

دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول، أو المهندس دراسة تحليلية، انتقادية مقارنة لمدى، الضمان العشري أو نطاقه في القانونين الكويتي، والمصري.

الدكتور أحمد السعيد الزقرد
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة عامة:

١ - تضمن التقنين المدني الكويتي^(١) والمصري^(٢) والفرنسي^(٣) نصاً يلزم المقاول، والمهندس، «أو غيرهما» بضمان سلامة المباني، والإنشاءات في مواجهة رب العمل، خلال عشر سنوات من وقت تسلم البناء أو الإنشاء^(٤) أو من وقت إتمامه بهدف حماية الممتلكات، والأرواح، والاقتصاد

(١) فنصت م ١/٦٩٢ على أن يضمن المقاول، والمهندس، ما يحدث من تدهم، أو خلل، كلي أو جزئي فيما شيدها من مباني، أو أقاماه من منشآت ثابتة. وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء، أو الإنشاء ومع مراعاة ما تقضي به المواد التالية.

(٢) فنصت م ٦٥١ على أن يضمن المهندس المعماري، والمقاول، متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي، أو جزئي. والمهندس بنص القانون الكويتي ورد عاماً، ليشمل كل مهندس يساهم في عملية البناء أو الإنشاء بينما تقتصر المسؤولية العشرية في القانون المصري على المهندس المعماري - وانظر مع ذلك م ٥ من القانون رقم ١٩٧٦/١٠٦.

(٣) حيث ورد نص م ١٧٩٢ مدني - كالتالي:

Tout constructeur d'un ouvrage, est responsable - de plein - droit envers le maître, ou l'acquéreur de l'ouvrage....

ولفظة Constructeur الواردة بالنص تعني المعماري عموماً. بينما كلمة l'acquéreur، تعني كل شخص تؤول إليه ملكية البناء، أو الإنشاء بصرف النظر عن كيفية تملكه، أو الطريقة التي شيد البناء، بناء عليها.

(٤) في تسلم الأعمال من القضاء الحديث

Civ. 12 Octobre 1994 - D. 1994 - i. R. 241.

Civ. 21 Janvier 1994 - et Civ. 22 Juin 1994 - D. 199 73 - not - Huin.

Civ. 27 Mars 1991 - R.D.i. 1992 - 25.

Civ. 19 Avril 1989 - R.G.A.T. 1989 - 616.

ومن القضاء المصري: نقض ١٩٦٥/٦/١٠ - الفكهاني - ص ٦١٢ - رقم ١٦ ولا يسأل المعماري عن عيوب البناء، أو تدهمه، إذا ظهرت هذه العيوب، أو حدث التدهم بعد انقضاء المدة المحددة - نقض ١١ يناير ١٩٧٧ - جازيت دي باليه - ٢٠ أبريل ١٩٧٧ - وانظر.

Mazeud (H.L.J.) traité de la responsabilité Civile, 5^{ème} éd. - T-11- n° 1062.

الوطني^(٥). وأجمع الفقه^(٦) والقضاء^(٧) على أن التزام المقاول، والمهندس، التزام بتحقيق نتيجة، هي بقاء البناء أو الإنشاء الذي يشيدانه سليماً، متيناً مدة عشر سنوات، بعد تسليمه إلى رب العمل مقبولاً في القانونين المصري، والفرنسي أو من وقت إتمام البناء أو الإنشاء في القانون الكويتي.

(٥) من المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م ٦٩٢ مدني كويتي - ص ٥٠٦. وهو هدف قاصر في اعتقادنا على الإلمام بجميع دوافع تشريع الضمان العشري. وقارن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج٥ - ص ٢١ - فالقصد، أيضاً، توفير الحماية الخاصة للملاك، غير المتخصصين في مواجهة المقاول، أو المهندس «المهني، المتخصص» الذي يحترف أعمال البناء، والإنشاء، وانظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي - ص ٥١٠. ولعل هذا الهدف، هو ما دفع البعض - بحق - لإدخال قانون ٤ يناير ١٩٧٨ المعدل لحكم م ١٧٩٢ / مدني فرنسي ضمن قوانين حماية المستهلك من ذلك مثلاً F. Le Febvre في: Mement., Droit Social - n° 11940 - p 825.

(٦) مثلاً، سليمان مرقس، بواسطة هدى النمير / تعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية / ط ١٩٨٧ / ص ٢٠٧ - وانظر:

F. Collart, D. et Delepeque, les contrats civil et commérca 1993 - 522 - n° 750.

بينما ترى G. Viney في دراسة بعنوان:

Les clauses amenant la responsabilité des constructeurs - R.D.i. 1982 - p.319.

إمكانية اشتراط استبعاد التضامن بين المشيدين في المسؤولية، والإعفاء من المسؤولية بالتعويض عن الأضرار التجارية.

(٧) كان أول حكم - فيما نعلم - يقر المسؤولية عن التزام بتحقيق نتيجة على عاتق المقاول، والمهندس في فرنسا: Civ. 16 Juillet 1889 - D.P. 1890 - 1 - 488.

فيما أشار إليه، بلانيول، واسمان في «المطول في القانون المدني» ط ١٩٥٨ / ج٣ / ص ٢٠٨٢ ومن القضاء المصري، نقض ٢٠/٦/١٩٦٥ - مجموعة أحكام النقض س١٦ - ص ٧٣٦ - ونقض ١٩٧٠/٦/٢٣ «الفكهاني» - ج٥ - ص ٢٠٩ - واستئناف مصر - ٥ نوفمبر ١٩٣٥ - معلقاً عليه في سليمان مرقس، وهدى النمير/ مرجع سابق / ص ٢٠٧ - ومن القضاء الفرنسي:

Civ. 16 Mars 1967 - B. civ. - 1 - n° 64

Civ. 3 Juin 1983 - B. civ - 1 - n° 137

Civ. 20 Juin 1990 - JCP. 1990 - 17 - 316.

والالتزام بتحقيق نتيجة هو سلامة البناء وماتنته، والإنشاء خلال مدة الضمان لا يقع في القانون الفرنسي على عاتق المقاول، والمهندس وحدهما، بل تشمل كذلك الممول العقاري Le Promoteur - immobilière - انظر مثلاً:

Civ. 6 Mai 1980 - G.P. 1980 - 11 - Pan. 430

ولا يعتبر الجهل، بالعيب، سبباً لإعفاء المهندس، والمقاول، وغيرهما من المسؤولية عن سلامة البناء وماتنته - انظر مثلاً:

- Civ. 21 juin 1989 - D. 1989 - i.R - 202.

- Civ. 7 Mars 1990 - B. civ. 111 - n° 68

- Civ. 19 Mars 1985 - B. civ. 111 - n° 57.

- Civ. 13 Juin 1990 - R.C.A. Aaût - Sep. 1990 - 293.

- Civ. 16 Octobre 1984 - D. 1985 - J - 431 not. J.P.Rem

كما، لا يعفى المهندس من المسؤولية بالضمان لمجرد ثبوت خطأ المقاول
Civ. 28 Mars 1990 - Inédit - n° 686.

وينتقل الحق في الضمان العشري إلى المشتري، بنص خاص بالقانون الفرنسي (م ١٧٩٢ مدني) وطبقاً لقاعدة عامة في الاستخلاف الخاص بالقانونين الكويتي (م ٢٠٢ مدني)، والمصري (م ١٤٦ مدني) بما يحقق هدفاً أبعد، هو تيسير تداول الأموال العقارية، وأهمها المباني، والإنشاءات الثابتة، خصوصاً إذا كان ثمن تملك البناء يشمل، وضمانه. وهو هدف يقترب من اعتبار التصرف، جوهر الملكية لا يتقيد إلا لسبب جدي، ومشروع، وإلا ترتب على ذلك شل الملكية ذاتها^(٧مكرر).

٢ - ولما كانت الحاجة إلى تداول الأموال، تقترب بالحاجة، ليس فقط إلى انتقال الحق في الضمان إلى المشتري في البيوع المتتالية للمباني، والإنشاءات. وإنما بالحاجة كذلك إلى توسيع، مدى، أو نطاق الضمان الذي ينتقل إلى المشتري^(٨). فضلاً عن التطور التقني، أو الفني، أو القانوني، الذي طرأ على أساليب البناء الحديثة، فقد تدخل المشرع الفرنسي في مناسبتين مهمتين: الأولى بقانون ٣ يناير ١٩٦٧^(٩) والثانية بقانون ٤ يناير ١٩٧٨^(١٠) بما أسفر عن نتائجه مؤداها: اتساع نطاق الضمان العشري من حيث المسؤولين به، ليشمل، كل من ساهم في عملية البناء، أو التشييد la Construction. واتساع نطاق الأضرار المشمولة بالضمان، والنص خصوصاً على انتقال الحق في الضمان إلى المشتري. خلال المدة المحددة. بينما، ظلت نصوص التقنين المدني الكويتي، كمنظيره المصري دون تعديل مماثل. بما أدى، مع تطور أساليب البناء الحديثة - على ما سنرى - إلى نتائج غير مقبولة، أو معقولة.

٣ - ونلفت النظر إلى أننا لن نعرض لدعوى الضمان العشري في علاقة رب العمل، بالمقاول، أو المهندس أو غيرهما، فقد سبقنا الفقه إليها، بتمكن واقتدار^(١١). وإنما في علاقة المشتري من أي منهما، بكل منهما، أو غيرهما ممن يساهمون في عملية البناء.

(٧مكرر) السنهوري/ الوسيط ج٨ / ص ٥٠٧ / بند ٢٠٩ - شكري سرور - موجز ينظم حق الملكية - ١٩٩٤ ص ٢٦١ - بند ٣٨٢ - جمال زكي / حق الملكية / ص ٨٨ / بند ٤٧.

(٨) ودليل ذلك أن شركات المقاولات العقارية في مصر، وفي ظل المنافسة على بيع العقارات في السوق العربية، لجأت إلى استخدام طول مدة الضمان الخاص واتساع نطاقه إلى حد ما بالقانون المصري، وسيلة للترويج، مقارنة بمدة الضمان التي تقتصر في بعض القوانين على خمس سنوات فقط، كما يقتصر نطاق الضمان فيها على تهمد البناء، أو تداعيه للسقوط ولا يشمل العيوب التي تهدد سلامته، أو متانته - من ذلك مثلاً، قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٦٨٨ - وانظر، إعلان، منشور بالقبس ع - ١٥ / ٥ / ١٩٩٦.

(٩) ومن أهم سماته، التفرقة بين بيوع العقارات تحت التشييد، ويشملها الضمان العشري والعقارات المبنية، ولا تطبق عليها أحكام الضمان. وكذا التفرقة في نطاق الضمان العشري بين الأعمال الكبيرة، والصغيرة، والأولى وحدها بعكس الثانية يشملها الضمان. وانظر: Malaurie, et Aynes - القانون المدني - العقود الخاصة / ١٩٩٦ / ص ٤١٥ / بند ٧٤٦.

(١٠) ومن أهم سماته، توسيع نطاق الضمان العشري من حيث المدين به، واعتبار أن الصانع، بصفة خاصة، ومن في حكمه مسؤول بالضمان، بالتزامن مع المقاول الأصلي وكذا، التوسع في نطاق الأضرار المشمولة بالضمان، والعقود التي يشملها الضمان ذاته.

(١١) سواء من حيث مسئولية المقاول أو المهندس أو من حيث التأمين الإجباري من المسؤولية. بحيث أصبح البحث فيهما مجرد ترديد لما سبق من ذلك مثلاً، السنهوري/ الوسيط / ج٧، بواسطة مصطفى الفقي / ص ٧٩، وبعدها - لبيب

وقد يحتج على ذلك بأن دعوى المشتري بالضمان، وهو خلف خاص لرب العمل، في مواجهة المقاول، أو المهندس لا تختلف عن دعوى سلفه. والحديث عن الأولى بمثابة ترديد للتأني. ومردود على ذلك، مرة أخرى بأنه إذا كان رب العمل يملك دعوى الضمان العشري بنص خاص، في مواجهة المقاول، أو المهندس فإن انتقال الحق في الضمان خلال مدته إلى المشتري من رب العمل في القانونين المصري والكويتي، برغم عدم وجود نص خاص يثير تساؤلات عدة، بصدد الأساس القانوني لانتقال الحق في الضمان إلى المشتري^(١٢)؛ وهل يملك المستأجر المشتري في البيوع الإيجارية للمباني، والإنشاءات هذا الحق؟ وهل يجوز للمستفيد في عقد الائتمان التأجيري العقاري التمسك بأحكام الضمان العشري قبل البائع أو المقاول؟ وهل يجوز التمسك بأحكام الضمان العشري في مواجهة المقاول، أو المهندس البائع؟ أو الوكيل، أو الممول العقاري؟ وإذا كان سبب التهدم، أو الخلل يرجع لعيب في تصنيع المواد، أو الخامات الداخلة في عمليات البناء، فهل يستطيع المشتري التمسك بأحكام الضمان مباشرة قبل الصانع، أو المورد أو الموزع؟^(١٣). وإن كانت الإجابة بالإيجاب، فما أساس ذلك قانوناً؟

٤ - ولا يمكن بدهة تجاهل الإجابة عن التساؤلات السابقة سواء بالنظر إلى اتساع أنشطة المقاولات عموماً بمصر، أو الكويت. أو بالنظر إلى التغيير الذي طرأ على المقاولات العقارية، وانعكس

شنب/ شرح أحكام عقد المعاولة / ١٩٦٢ / ص ٨٩، وبعدها - فتحي غيث، قانون المهندس، ط ١٩٦٠ - محمد حسين منصور/ المسؤولية المعمارية، في حوادث، وانهايار المباني أثناء، وبعد التشييد، والتأمين الإجباري منها/ ط ١٩٨٤ - محمد ناجي ياقوت/ مسؤولية المعماريين، بعد إتمام الأعمال، وتسلمها مقبولة من رب العمل/ ط ١٩٨٤ - محمد شكري سرور/ مسؤولية مهندس، ومقاولي البناء، والمنشآت الثابتة الأخرى / ١٩٨٥ - دار الفكر العربي - ومذكرات، بالدورات التدريبية بكلية الحقوق بجامعة الكويت منقحة عن مؤلفه السابق، بعنوان الضمان العشري، أو المسؤولية العشرية - طعمه الشمري/ ملاحظات على الشروط الحاقية لعقود المقاولات العامة - الدورات التدريبية بكلية الحقوق - جامعة الكويت - نزيه محمد الصادق المهدي/ التأمين الإجباري من مسؤولية المهندس المعماري، والمقاول/ ١٩٨٢ - عبدالناصر العطار تشريعات تنظيم المباني/ بدون تاريخ - عبدالرازق حسين يسين المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، ومقاول البناء / ١٩٨٧/ محمد المرسي زهرة - بيع المباني تحت الإنشاء في القانون المصري، والكويتي، والفرنسي / ط ١٩٨٩/ عبدالودود يحيى مسؤولية المهندسين، والمقاولين، والتأمين منها/ مجلة مصر المعاصرة/ ابريل ١٩٧٩/ عدد ٣٧٦.

(١٢) وخصوصاً أن الحكومة، بالكويت ممثل في وزارة الأشغال العامة، قد جرت ضمن أساليب عدة على تقديم أراضي البناء، والتسهيلات المالية للمقاولين المحليين، أو الدوليين، وتعهدهم إليهم ببناء القيلات، أو الإنشاءات الأخرى، وتسلمها بعد ذلك، إلى الأفراد العاديين بتسهيلات مالية بما يثير مشكلة انتقال الضمان العشري، وتحديد بداية مهلة الضمان، والمسؤول عنه... انظر لاحقاً بند ٥٤ - والوطن/ ع- ٢٥/ ١٠/ ١٩٩٧ - والسياسة - ع- ٢٥/ ١٠/ ١٩٩٧.

(١٣) ومشكلات أخرى في، شكري سرور/ مرجع سابق/ ص ١٩٩/ بند ١٧٥ - ومن الفقه الفرنسي: Boubli (B.) transfert de propriété et responsabilité dans les groups de contrat (A propos de l'arrêt du 12 Juillet 199 R.D.i. 1992 - 27. Boubli (B.) soliloque sur la transmission de l'acte en garantie J.C.P. 1974 - 1 2646.

على آليات ممارسة هذا النشاط، ومنها، وأهمها، الأساليب القانونية التي تلجأ إليها مكاتب المقاولات، هروباً من أحكام الضمان العشري المشددة^(١٤) ولا بالنظر إلى ضرورة تيسير تداول الأموال العقارية، وأهمها المباني، والإنشاءات الثابتة، بانتقال الحق في الضمان في البيوع المتتالية، ولا بالنظر إلى تطور الأساليب الفنية، والتقنية، والتي جعلت، مثلاً صانع المواد، والأدوات الداخلة في عمليات البناء أو الإنشاء، أحد أهم المساهمين في عملية التشييد، ومن عيوب، وسوء تصنيعها، أحد أهم أسباب التهدم، أو الخلل^(١٥) للمباني الحديثة.

٥ - ولما كانت التساؤلات السابقة، تدور حول انتقال الحق في الضمان العشري، إلى المشتري، ومدى أو نطاق الضمان الذي ينتقل إليه، فسوف نعرض بداية لانتقال الحق في الضمان إلى المشتري - في باب أول، على أن نتناول مدى أو نطاق، الحق، في الضمان - في باب ثان.

(١٤) المعنى نفسه، ناجي ياقوت/ مرجع سابق - ص٧٥/ بند ٢٨ - محمد حسين منصور - مرجع سابق/ ص ٦٩، «الذي أجاز، لذلك، رجوع رب العمل، ومن ثم المشتري، بوصفه خلفاً خاصاً بالضمان على الما قول البائع، ومبرراً ذلك بالاعتبارات العملية، رغم عدم وجود نص على ذلك - وانظر ص٤٨ - ويرغم ارتباط الضمان العشري في القانون المصري بعقود مقاولات المباني والإنشاءات ولا نسلم بذلك لارتباط الضمان الخاص بالمقولة وما لم يتدخل المشرع بنص خاص يمتد بنطاق الضمان العشري إلى غير المقاولات.

(١٥) وهو التطور الذي حدا بالمشرع الفرنسي، ومن قبله القضاء، إلى مد نطاق الضمان، خارج نطاق المقاولات، والتوسع في الأشخاص المسؤولين بالضمان، وكذا، الأضرار التي ترفع عنها دعوى الضمان الخاص، وانظر في المسألة الأخيرة:

PH. Malinvaud, et Jestaz, Droit de promotion immobilière - 1980 - 150

فضلاً عن وجود ضمان ثنائي، يشمل عناصر تجهيز المبنى، التي يمكن أن تنفصل عنه، من أبواب، وتكسيات أرضية، وتجهيزات كهربائية، ومساعد وغير ذلك. انظر مثلاً: أعمال الدهان - J.C.P. 11 Juin 1966 - T.G.i. sein, 17 - 12 - J.C.P. 1967 - 1966

أو أعمال البلاط، والتكسية في: Civ. 28 November 1969 - B. civ. 111 - n° 726 - p.588

فضلاً عن ضمان التشطيب، مدة سنة واحدة، ويشمل جميع الأضرار، والعيوب، بصرف النظر عن خطورتها، التي تكتشف بالبناء أو الإنشاء بعد تسلمه. م ١٧٩٢/٦ مدني. وكما يقول البعض - بحق - لا يوجد عنصر، أو مادة، بالبناء أو الإنشاء إلا ويشملها، ضمان ما بالتقنين المدني الفرنسي - ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ١١٩ - بند ٤٨ ومن الفقه الفرنسي.

G. Liet - veaux, la loi du 4 Janvier 1978 - elements dissocié et garantie biennale - G.P. 1979 - Doct. 301.

ونقد، للقانون المصري في الأهرام ١٠/٣١/١٩٩٦ - ص١/ص٢٠ - والأهرام ٤/١١/١٩٩٦ - والأهرام ١٠/١١/١٩٩٦ - وفي القانون الفرنسي Malaurie et Aynes - القانون المدني/ العقود الخاصة/ ٩٩٦/٩ ص٤١٦/ بند ٧٤ يبدأ سريان المدة في الضمانات الثلاثة من تاريخ تسلم البناء - وانظر م ١٧٩٢/٦ مدني فرنسي - وانظر:

Civ, 8 avril 1986 - D.1986 - 1.R - 205

الباب الأول انتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري

تمهيد، وتقسيم:

٦ - قدمنا بأن المستفيد أساساً من الضمان العشري، هو رب العمل Le mairte de l'ouvrage، الذي يخوله القانون رفع الدعوى، إذا حدث تدهم، أو خلل، أو عيب، يهدد سلامة ومثانة البناء والإنشاء خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء في القانون الكويتي^(١٦) أو من وقت تسلمه مقبولاً بالقانونين المصري، والفرنسي^(١٧).

- فإذا باع رب العمل البناء، أو الإنشاء خلال المدة المحددة للضمان، فإنه يفقد صفته كرب عمل، وبالتالي لا يعد بإمكانه التمسك بالضمان في مواجهة المقاول، أو المهندس، فينتقل هذا الحق إلى المشتري، أو المكتسب l'acquéreur، بنص خاص في التقنين المدني الفرنسي (م ١٧٩٢^(١٨)).

(١٦) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م ٦٩٢ مدني.

(١٧) في هذا المعنى، نقض مصري ١٩٧٠/٦/٢٣ - طلبه - ج٩ - ص ٦٠٩ - ونقض ١٩٦٥/٦/١٠ - طلبه - مرجع سابق - ص ٦١٢ - رقم ١٦ - ومن القضاء الفرنسي:

Civ. 26 Fevrier 1963 - A.J.P.i. 11 - 1967 - n° 82

Civ. 16 Juillet 1963 - B. Civ. - 1 - 375 - 396

(١٨) مشار إلى بداية النص بأصله الفرنسي في الحاشية رقم ٣ - سابقاً وقبل هذا النص، اتجه القضاء إلى جواز مباشرة الخلف، دعوى ضمان سلفه، حدث ذلك بداية في عقد البيع مثلاً:

محكمة باريس، ١١ يناير ١٩٠٦ - جازيت دي باليه - ١٩٠٦ - ج١ - ص ٢٣١ وتوالت الأحكام بعده، انظر مثلاً:

Aix, 5 Octobre 1954 J.C.P. 1955 - 11 - 8548 not. Rodière civ. 9 Fevrier 1963 - J.C.P. 1963 - 11 - 13159 not. Savatier R.T.D. civ. 1963 - 564 - not. Cornu.

وتكرس بنص م ١٦٤٦/مدني، متعلقاً بضمان العيوب الخفية، وامتد من البيع إلى المقاوله في:

Civ. 26 Fevrier 1963 - B. civ. 1 - n° 122

Civ. 22 Fevrier 1978 - B. civ. 111 - n° 93

وتكرس في بيوع المباني، تحت الإنشاء بقانون ٣ يناير ١٩٦٧ ثم اتسع نطاق الضمان ليشمل المكتسب، عموماً بصرف النظر عن الكيفية التي آلت بها الملكية، أو العقد الذي شيد البناء، بناء عليه، وانظر تفاصيل أخرى في: Bonet et Gross, la réparation des dommages causés aux constructions par les vices de matériaux, J.C.P. 1974 - 1 - 2602 - Gaston, la responsabilité des constructeurs. 2^{ém} éd. n° 456.

وبعد أن أوضحت م ١٩٧٢ مدني بأن كل مشيد للمبنى، مسئول بالضمان بقوة القانون نصت فقرتها الأولى - تفصيلاً بأنه يعتبر مشيداً، أو معمارياً للعمل، كل مهندس معماري، أو مقاول، أو فني، أو أي شخص يرتبط برب العمل بعقد مقاوله.... إلخ.

وإلى المشتري، بوصفه خلفاً خاصاً بقاعدة عامة في الاستخلاف الخاص بالقانونين المصري «م ٤٦ مدني» والكويتي «م ٢٠٢ مدني».

- وانتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري يرتب نتائج قانونية عدة، كما ترتبط به مشكلات، يتعلق بعضها - فيما رأينا - بتحديد المشتري، كما هو الحال في البيوع الإيجارية للمباني، والإنشاءات أو في الائتمان التأجيري العقاري أو دعاوى جمعيات الإسكان، وغيرها من الجمعيات الفئوية. وبعضها الآخر، بمدى الضمان أو نطاقه في علاقة المشيدين Les constructeurs مثلاً، أو من حيث محله كما هو الشأن في ملكية الشقق والطبقات.

٧ - وبناء على ما تقدم، سوف نعرض بداية لأساس انتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري وآثاره، في فصل أول - قبل أن نتناول المشكلات التي يثيرها انتقال الضمان إلى المشتري في فصل ثان.

الفصل الأول أساس انتقال الضمان العشري ، وآثاره:

٨- ذكرنا، بأن الضمان العشري ينتقل إلى مشتري البناء، أو الإنشاء بنص خاص أو محدد في التقنين المدني الفرنسي، وبناء على القواعد العامة في الاستخلاف الخاص بالقانونين المصري، والكويتي^(١٩)،

- فإذا سلمنا بانتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري، فإن ذلك يثير تساؤلات أخرى منها، وأهمها إمكانية قيام هذا الأخير، برفع دعوى المسؤولية العشرية بناء على عقد بيع البناء، أو الإنشاء على رب العمل «البائع» ورفع دعوى المسؤولية بالضمان، إذا حدث سببه خلال العشر سنوات على المقاول، أو المهندس؟
فإذا لم تتحقق شرائط الضمان العشري، فهل يجوز مع ذلك للمشتري، الرجوع بالمسؤولية عن التهدم أو الخلل أو العيوب الجسيمة طبقاً للقواعد العامة؟

٩ - وسوف نعرض تباعاً، لأساس انتقال الحق في الضمان العشري^(٢٠) في مبحث أول. ثم النتائج المترتبة على انتقال الحق في الضمان في مبحث ثان.

المبحث الأول الأساس القانوني لانتقال الضمان

١٠ - البحث عن السند القانوني، الذي يخول مشتري البناء أو الإنشاء التمسك بأحكام الضمان العشري عن التهدم أو الخلل أو العيب الجسيم قبل المقاول، أو المهندس، أو غيرهما. والفرض أنه لم يرتبط معهما بعلاقة تعاقدية، على جانب كبير من الأهمية لا تتضح - مع ذلك - إلا إذا تصورنا جدلاً أنه لا يحق للمشتري، مطالبتهما بالضمان العشري. وعندها، إما أن نسلم بحقه في رفع دعوى

(١٩) والمشتري، بدوره، يعتبر خلفاً خاصاً ayant cause particulie لرب العمل، وذكرناه - خصوصاً - لأن بيوع المباني، أو الإنشاءات خلال مدة الضمان، أهم صور انتقال الملكية، والضمان العشري، تبعاً لها. كما أنها أكثر الصور إثارة للمشكلات، بعكس الحالات الأخرى من الاستخلاف الخاص كالموصى له، والموهوب له بحصة محددة. وكذا، الاستخلاف العام - م ١٤٥ مدني مصري - ٢٠١ مدني كويتي - و١٢٢٢ مدني فرنسي - وانظر السنهاوري/ مرجع سابق/ ج١/ ص ٥٩٨.

(٢٠) انظر

Soinne la responsabilité des architectes et entrepreneurs après la reception des traivaux - L.G.D.J. 1969 - T - 1 n° 91.

حيث أشار إلى العديد من المراجع الأخرى.

المسئولية التعاقدية على رب العمل الذي تعاقد معه عن العيوب الخفية مثلاً. أو دعوى المسئولية التصهيرية على المقاول، أو المهندس، بوصفه أجنبياً عن العلاقة التعاقدية، التي شيد البناء بناء عليها^(٢١) ولا يجوز الجمع بين دعويين عن ضرر واحد. والثابت أن دعوى المسئولية التعاقدية، كدعوى المسئولية التصهيرية، لا تكفل للمشتري الحماية ذاتها التي توفرها له دعوى الضمان العشري^(٢٢). بما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، ولا يشجع على تداول الثروة العقارية من مبانٍ أو إنشاءات أخرى.

والواقع أن انتقال الضمان إلى المشتري في القانونين المصري، والكويتي، يقوم على قاعدة عامة في الاستخلاف الخاص، وعلى نص خاص، أو محدد بالقانون الفرنسي بما يثير التساؤل عن مدى الحاجة بالقانونين المذكورين إلى نص خاص بانتقال الضمان العشري إلى أي شخص تؤول إليه ملكية البناء، أو الإنشاء خلال المدة المحددة؟

١١ - وسوف نعرض بداية لانتقال الضمان، طبقاً لأحكام الاستخلاف الخاص، مطلب أول - ثم انتقال الضمان بنص خاص، محدد - مطلب ثان.

المطلب الأول

انتقال الحق في الضمان، طبقاً لقواعد الاستخلاف الخاص

١٢ - قدمنا، بأنه رغم عدم وجود نص خاص بالقانونين المصري، أو الكويتي، بانتقال

(٢١) في هذا المعنى

Com. 27 Fevrier 1973 - G.P. 1973 - 11 - 737, not. Planqueel - J.C.P. 1973 - 11 - 17445 obs. Savatier.

ومن الناحية النظرية يمكن التمسك في هذا الصدد بفكرة السلسلة العقدية، باعتبار أنه في كل حالة، توجد علاقات تعاقدية متتالية، وذلك وحده يكفل توحيد أحكام المسؤولية المتولدة عن هذه السلسلة العقدية، ومعنى ذلك - في الفرض المطروح - عدم اللجوء إلى أحكام المسؤولية التصهيرية في نطاق السلسلة العقدية، أي المقاول في علاقة رب العمل، بالمقاول، أو المهندس، والبيع في علاقة رب العمل «البائع» بالمشتري، ولا يؤثر في ذلك كون العلاقات المتعاقبة غير منتظمة، أي تشمل المقاول والبيع، وبذا، يكون للمشتري رفع دعوى الضمان العشري على المقاول، والمهندس، كدعوى تعاقدية، وأن لم يرتبط معهما بعلاقة تعاقدية مباشرة. في هذا المعنى، بطريق غير مباشر Larroumet - دراسة بعنوان:

L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels dcp. 1988 - 1 - 3357.

G. viney, l'action en responsabilité entre participants à une chaine de Contrat - Melange - D. Holleaux. p.33.

J. neret, le sous - contrat, op. cit n° 375.

(٢٢) في هذا المعنى، لببيب شنب/ مرجع سابق/ ص ١٣٣، وبعدها - ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ١٧٦/ بند ٧٧ - Boublil/ مرجع سابق/ رقم ٣٢٢/ وفيما أشرنا إليه، بند (١).

الضمان العشري خلال مدته إلى المشتري فإن الفقه^(٢٣) والقضاء^(٢٤) يسلمان بانتقال الضمان إلى الخلف الخاص «المشتري» في الوقت الذي ينتقل فيه المال ذاته إذا توافرت الشرائط الأخرى أخذاً من نص م ١٤٦ مدني مصري، المقابل لنص المادة ٢٠٢ مدني كويتي. وعليه، يكون للمشتري التمسك بالضمان العشري قبل المقاول أو المهندس، أو هما معاً بالتضامن إذا حدث التهدم أو الخلل أو العيب خلال عشر سنوات من وقت تسلم السلف «رب العمل» البناء مقبولاً بالقانون المصري، ومن وقت إتمام البناء أو الإنشاء بالقانون الكويتي.

١٣ - وتنص م ١٤٦ مدني مصري على أنه إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الحق إليه. بينما ورد نص ٢٠٢ مدني كويتي أكثر دقة بقوله، إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية متصلة بمال معين، على نحو يجعلها من توابعه، أو أنشأ التزامات متصلة به على نحو يجعلها من محدداته، ثم انتقل المال إلى خلف خاص، فإن تلك الحقوق، والالتزامات تنتقل معه.

ومعنى ذلك أن العقود، التي يكون السلف، قد أبرمها قبل الاستخلاف متعلقة بذات المال المستخلف فيه، وكان من شأنها أن تولد حقوقاً، أو التزامات متصلة بذات المال أي لمنفعته، أو من توابعه، فإنها تنتقل من السلف إلى الخلف^(٢٥).

١٤ - ولا يخفى بأن الحكم الوارد بالمادتين المذكورتين، يتعلق بالحقوق الشخصية، وليس بالحقوق العينية، فهذه الأخيرة، كالرهن الرسمي مثلاً تنتقل بخاصية التتبع *droit de Suite*، بحيث تخول الدائن المرتهن المطالبة بحق الرهن في مواجهة من انتقلت إليه الملكية. أما الحقوق الشخصية فإنها لا تنتقل إلا بنص خاص، بشرط أن تكون تابعة، أو مفيدة، كان تؤدي إلى حفظ الشيء، أو تقويته، أو درء الخطر عنه، وهي لا تكون كذلك، إلا إذا كانت مقررة للمال ذاته *Intuitu- Rei*.

ولمّا كان الضمان العشري، مقرر للملكية ذاتها، وبغرض، درء أخطار التهدم، أو الخلل أو العيب الذي يمس سلامة، أو متانة البناء، أو الإنشاء - كما أسلفنا - وجب انتقاله إلى المشتري في الوقت الذي ينتقل فيه المال «البناء، أو الإنشاء». ولعل هذا ما حدا بنا للقول بأن نص م ٢٠٢ مدني

(٢٣) شكري سرور - مذكرات بالدورات التدريبية/ مرجع سابق/ ص ١٩٩/ بند ١٧٥ وعبدالرازق حسين يسين/ مرجع سابق/ ص ٥٩٤. ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ٧٦ وفي الفقه الفرنسي. وقرب من أحكام القضاء المصري/ نقض ٣/٤/ ١٩٨٠ - كمال عبدالعزيز ص ٢٩٨ - إنما في انتقال ضمان التعرض، والاستحقاق. Dury, quand, la responsabilité des architectes et des entrepreneurs cesse-t-elle- d'être contractuelle, pour devenir delictuelle - R.TD. civ. 1968 - 364.

(٢٤) مثلاً: Civ. 23 Mars 1968 - D. 1970 - 663 - not Jest 2Z

Civ. 18 Octobre 1972 - B. civ. 1972 - 386.

Civ. 28 Octobre 1975 - B. civ. 111 - n° 311.

(٢٥) أحمد شوقي عبدالرحمن/ مصادر الالتزام/ ج١/ ص ١٠٥.

كويتي، جاء أكثر دقة من نص م ١٤٦ مدني مصري فلم يستخدم عبارة «إذا كانت من مستلزماته» واستعاض عنها بعبارة، إذا كانت من توابعه والأولى بعكس الثانية غامضة المدلول، وإن اتفق مع ذلك على أن الحقوق لا تعتبر من مستلزمات الشيء ما لم تؤد إلى حفظه، أو تقويته، أو درء الخطر عنه كما هو الحال بالنسبة للضمان العشري، للمباني والإنشاءات.

١٥ - ومن جهة أخرى، اشترط المشرع المصري، لاكتساب الخلف الخاص، الحقوق، وانتقال الالتزامات، العلم، أو استطاعة العلم بها. والعلم بالحقوق لا معنى له. فضلاً عن أنها تنتقل مع المال محل الاستخلاف، وفقاً لقاعدة أخرى هي، الفرع، يتبع الأصل *cessorium Sequitue Principal*. ولذا، فقد اتفق على أن اكتساب الخلف الخاص «المشتري» حق الضمان المقرر لسلفه «رب العمل» لا يتوقف على شرط العلم به، وقت تلقيه ملكية البناء، أو الإنشاء الثابت^(٢٦) أما في التقنين الكويتي، فيقتصر علم الخلف الخاص، على الاستخلاف في الالتزامات، وحدها^(٢٧).

- ويلاحظ كذلك، بأن صفة الخلف الخاص، تنحصر في التقنين المصري في حدود الشيء "La chose" الذي تلقاه من سلفه، بينما استخدم المشرع الكويتي تعبيراً أكثر دقة، هو المال *Les biens*، ليتفادى بذلك، الخلط بين الأشياء المادية والمعنوية كالنزول عن ترخيص بالبناء مثلاً. وفي مقابل ذلك فقد تجنب التقنين المصري لفظة تابع الواردة بالنص الكويتي، ليتفادى الانتقادات الموجهة لها، وخاصة في الفقه، والقضاء الفرنسي^(٢٨).

وعلى أية حال، ففيما عدا اختلافات الصياغة التي أشرنا إليها، فإن للمشتري بالقانونين المصري، والكويتي الاحتجاج بدعوى الضمان العشري - خلال مدته - في مواجهة المقاول، أو المهندس استناداً للقاعدة العامة في الاستخلاف الخاص^(٢٩).

١٦ - وإذا كان حق الضمان لا ينقضي بتصرف رب العمل في البناء أو الإنشاء، بل ينتقل إلى المشتري، تبعاً لانتقال الملكية، طبقاً لقواعد الاستخلاف الخاص، فإن المستفيد من الضمان في حالة البيوع المتتالية، ليس فقط المشتري مباشرة من رب العمل، بل إن للمشتري الأخير للمبنى أو الإنشاء، الحق في التمسك بأحكام الضمان الخاص في مواجهة المقاول، أو المهندس، والمهم، توالي البيوع خلال المدة المحددة قانوناً، وهو ما يستفاد - ضمناً - من عبارة المادة ١٤٦ مدني مصري أو م ٢٠٢ مدني كويتي^(٣٠) «انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص» والمعنى أي خلف خاص، ولو أراد المشرع، الخلف

(٢٦) حسام الدين الأهواني/ عقد البيع، في القانون الكويتي / ١٩٨٩ / ص ٦٩٠ / بند ٨١٢.

(٢٧) المذكرة الإيضاحية، تعليقا على نص م ٢٠٢ مدني.

(٢٨) في هذا المعنى - حسام الدين الأهواني / مرجع سابق / ص ٦٩٢.

(٢٩) وانظر محمد المرسي زهرة / مرجع سابق / ص ٢٨٧ / وبعدها.

(٣٠) في الفقه، محمد المرسي زهرة / مرجع سابق / ص ٢٨٣ - وفي تطبيق ذلك على البيوع العقارية:

الخاص مباشرة للبائع «رب العمل»، لقيد عبارة النص بما يفيد ذلك. ناهيك بأن مدة الضمان العشري - كما أسلفنا - فترة اختبار لمتانة البناء وسلامته، وجودة تنفيذ الأعمال. ولا ريب بأن المالك الحالي للبناء، هو الوحيد الذي بإمكانه، تقدير مدى توافر هذه المتانة أو الحكم على جودة تنفيذ الأعمال من عدمه. والمالك الحالي وقت رفع دعوى الضمان، قد يكون المشتري الأول من رب العمل أو المشتري الأخير^(٣١) فالمهم، رفع الدعوى خلال مدة الضمان إذا كان العقد الذي شيد البناء، بناء عليه عقد مقابلة بعكس الحال في القانون الفرنسي الذي يكتسب فيه المشتري - على ما سنرى - الحق في رفع دعوى الضمان بصرف النظر عن طبيعة العقد الذي شيد البناء بناء عليه.

١٧ - ويثور التساؤل - بعد ذلك - بصدد طبيعة دعوى المشتري بالضمان الخاص، قبل المقاول، أو المهندس في حال البيوع المتتالية للعقار المشيد؟ فهل هي دعوى مباشرة أم غير مباشرة؟

ويبدو - لأول وهلة - أن الفرض الأول مستبعد تماماً، فالدعوى المباشرة، لا تكون إلا بنص خاص، وقد تقررت في القانونين المصري، والكويتي في ثلاث حالات: الأولى، دعوى المؤجر مباشرة على المستأجرين من الباطن للمطالبة بما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي (م/٥٩٦/١ مدني مصري، المقابلة للمادة ٢/٦٠٢ مدني كويتي^(٣٢)) والثانية دعوى المقاول من الباطن، والعمال مباشرة في مواجهة رب العمل، بما يستحق لهم قبل المقاول الأصلي، وعمال المقاول من الباطن أيضاً دعوى مباشرة قبل كل من المقاول الأصلي. ورب العمل في حدود المستحق عليه (م ٦٢٢ مدني مصري المقابلة للمادة ٦٨٢ مدني كويتي) والثالثة، دعوى الموكل مباشرة ضد نائب الوكيل، ودعوى نائب الوكيل قبل الموكل (المادة ٧٠٨ مدني مصري - المقابلة للمادة ٢/٧١٠ مدني كويتي).

وفيما عدا ذلك، لا يجوز القول بوجود دعوى مباشرة أخرى^(٣٣) وعليه يبقى التساؤل بصدد

(٣١) قرب، وإنما بخصوص، انتقال الحق في خدمة ما بعد البيع - جابر محبوب على/ خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة/ مطبوعات جامعة الكويت/ ١٩٩٥/ بند ١٤٨/ وكذا ص ١٧٠ - وفي الفقه الفرنسي - Boubli (B.) في:

Soliloque sur la transmission de l'action en garantie, J.C.P. 1974 - 1 2646.

- ويقترّب وما تضمنه قانون ٣ يناير ١٩٦٧، بانتقال الضمان العشري في البيوع المتتالية للمباني تحت الإنشاء للملاك المتعاقبين - وحرافياً:

Les Garanties «والمقصود الضمان العشري، والثاني» beneficiary aux propriétaires successifs de l'immeuble..

(٣٢) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م ٦٠٢ مدني.

(٣٣) السنهوري/ الوسيط/ مرجع سابق/ ج٢ - نظرية الالتزام بوجه عام/ بند ٥٥٧/ وبند ٥٦٠/ ١٢٨٧. والوجيز في شرح القانون المدني/ ١/ ١٩٦٦ - دار النهضة العربية ص ٨٥/ بند ٨٥ - توفيق فرج/ النظرية العامة للالتزام/ ج٢/ ١٩٨٥/ ص ٦٠ - وبعدها.

ما إذا كانت دعوى المشتري الأخير في مواجهة المقاول، أو المهندس دعوى غير مباشرة؟ ويقصد بها الدعوى التي يطالب فيها الدائن مدين المدين بحقوق له قبل مدينه الأصلي، إذا أهمل هذا الأخير أو سكت عن المطالبة بها، وترتب على ذلك إعساره، أو زيادة إعساره ولا يمكن القول - بدهاة - بأن رب العمل في عقد المقاولة، قد أهمل استخدام حقه في الضمان الخاص، أو لم يطالب به المدين «المقاول، أو المهندس» بالضمان اللهم إلا إذا توقع الخلل، أو التهدم أو العيب الجسيم بالمبنى، أو الإنشاء ثم باعه بسوء نية، وعندئذ يكون للمشتري، بوصفه دائناً المطالبة بالحقوق وحتى مباشرة الإجراءات التي أهمل المدين استعمالها قبل مدين مدين «المقاول أو المهندس» وحتى في هذا الفرض، لا يمكن القول بأن دعوى المشتري للعقار المشيد بالضمان باسم رب العمل، لا نيابة عنه. كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة بل يرفعها باسمه الخاص، مطالباً بحق الضمان الذي انتقل إليه بانتقال ملكية البناء أو الإنشاء. كما أن الحق في الضمان العشري لا تنصرف آثاره إلى رب العمل «المدين الأصلي» كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة بل تنصرف مباشرة إلى المشتري.

كذا، لا يمكن القول بأن المشتري في دعوى الضمان الخاص يستعمل حقوق مدينه، «رب العمل» بل الأصح أنه يستعمل حقاً أصيلاً له قبل المقاول، أو المهندس. ولا يمنع من ذلك أن يكون هذا الحق قد انتقل إليه بانتقال ملكية العقار. فالمهم أنه كان يملك هذا الحق وقت رفع الدعوى بالضمان بصرف النظر عن مصدر هذا الحق، أو كونه انتقل إليه من البائع. بينما الدائن في الدعوى غير المباشرة ينتقل إليه حق المدين قبل مدينه. إنها نيابة قانونية للدائن عن مدينه للمطالبة بحقوقه لدى مدين المدين. وهي نيابة تختلف عن صورة النيابة العادية، كونها تقررت لمصلحة النائب «الدائن» لا لمصلحة الأصيل «المدين».

١٨ - وقد يحتج على ذلك بأنه بينما يمكن التسليم بوجود حق أصيل للمشتري بالضمان الخاص في القانون الفرنسي وذلك لوجود نص خاص بالمادة ١٧٩٢/١ يمنح رب العمل، والمكتسب على السواء رفع الدعوى بالضمان، إذا تحقق سببه على المعماريين. بصفة عامة^(٣٤) فإن الضمان الخاص ينتقل بالقانونين المصري، والكويتي إلى الخلف الخاص «المشتري» بناء على أحكام الاستخلاف الخاص. ومردود على ذلك بوجود فرق بين الحق في الضمان ذاته ومصدر هذا الحق فالمشتري في دعوى الضمان. لا يستعمل حق رب العمل، بل يستعمل حقاً له، اكتسبه باكتساب ملكية البناء أو الإنشاء ما دام رب العمل، قد فقد صفته في دعوى الضمان، واكتسب المشتري هذه الصفة بانتقال الملكية. وبعبارة أخرى، فإن هذه الدعوى بعد انتقالها إلى الخلف «المشتري» لم تعد من حق

(٣٤) وآية ذلك، أن للمشتري في القانون الفرنسي التمسك بأحكام الضمان، قبل المعماري، عموماً، سواء انتقل إليه الحق، من رب العمل، لمبنى، أو إنشاء شيد بناء على عقد مقاولة. أو اشترى المبنى، أو الإنشاء من المقاول، أو المهندس البائع.

السلف «رب العمل»^(٣٥). ولا يغير من ذلك، أن تكون قد تقرررت للأول بنص خاص كما هو الحال في القانون الفرنسي، أو بناء على قاعدة عامة، بالقانونين المصري، أو الكويتي.

وإذا كانت دعوى المشتري بالضمان الخاص قبل المقاول، والمهندس لا تعتبر دعوى مباشرة، لعدم النص عليها. ولا غير مباشرة لعدم توافر شرائطها، واختلاف آثارها، فإنها إذن دعوى من نوع خاص Sui-Généris، يمارسها المشتري بوصفه خلفاً خاصاً، انتقلت إليه حقوق السلف «رب العمل» بانتقال ملكية البناء، أو الإنشاء، خلال عشر سنوات من وقت تسلم السلف، من دون تحفظ^(٣٦). فإذا انتهينا إلى انتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري من رب العمل في عقود مقاولات المباني، والإنشاءات، فإن ذلك يقربنا، وما تضمنه حكم النقض المصرية بخصوص عقد البيع، من انتقال الحق في ضمان التعرض إلى المشتري الذي يجوز له الرجوع على البائع لبائعه إذا سجل عقد البيع العقاري^(٣٦ مكرراً) وانتهى الفقه في عمومه إلى أن هذه الدعوى هي نفس دعوى المشتري الأول من البائع، وقد انتقلت إليه من المشتري الثاني بوصفها من ملحقات المبيع أو مستلزماته. وكذا، فإن دعوى ضمان العيوب الخفية تنتقل مع البيع من البائع إلى المشتري بحيث يكون للمشتري الأخير، الرجوع على البائع الأصلي مباشرة بالضمان.

١٩ - ومن ناحية ثانية، يجوز للمشتري الرجوع بالضمان على المقاول، أو المهندس عن الأضرار الناشئة عن التهدم أو الخلل، أو العيب خلال المدة المحددة، حتى ولو لم ينص في عقد بيع البناء على انتقال هذا الحق. وقد رأى البعض في ذلك تعارضاً والقول بأن مسؤولية المقاول، والمهندس مسؤولية تعاقدية، لعدم ارتباط المشتري مع المقاول، أو المهندس بعقد يرتب المسؤولية^(٣٧). والواقع أنها - في اعتقادنا - مسؤولية تعاقدية تقرررت بقوة القانون^(٣٨). بيد، أن المشتري وإن لم يرتبط بعلاقة تعاقدية مع المقاول أو المهندس. إلا أنه في رجوعه عليهما مباشرة، بدعوى المسؤولية العشرية، يستند إلى حق رب العمل في الضمان الذي انتقل إليه بانتقال ملكية العقار المشمول بالضمان.

وجدير بالملاحظة، أن الشروط العامة^(٣٩) F.I.D.I.C. التي تنطبق بالإحالة إليها في علاقة

(٣٥) قرب - متعلقاً بالبائع - نقض ١٦ أبريل ١٩٥٣ - أحكام النقض - ٤ - رقم ١٢٦ - ص ١١٠ - والسنهوري / الوسيط ج٤ / ص ٦٥٦ / بند ٣٤٤ فيما يتعلق بانتقال الحق في ضمان التعرض.

(٣٦) ويرى الدكتور شكري سرور أنه رجوع مباشر من نوع خاص / مرجع سابق / ص ٢٠٤. وفي التفرقة بين الرجوع المباشر والدعوى المباشرة - حسام الدين الأهواني / ص ٦٩٥ / بند ٨١٦.

(٣٦ مكرراً) نقض ٣/٤/١٩٨٠ - كمال عبدالعزيز / ص ٢٩٨ - السنهوري والفقي / ج٤ / ٦٥٦ - بند ٣٤٤.

(٣٧) في هذا الرأي، والرّد عليه / ناجي ياقوت / مرجع سابق / بند ١٧٧ / ص ٢٨١.

(٣٨) مازو - دروس من القانون المدني - ج ٣ - ص ٨٢١، وبعدها - بند ١٢٧٣.

(٣٩) أو الشروط الحقوقية كما يطلق عليها في الفقه الكويتي.

وزارة الأشغال وغيرها بالمقاولين الدوليين، أو المحليين، تضمنت النص على التزام المقاول، بصيانة الأعمال، أو الأشغال عن كل عيب أو خطأ يكون ناتجاً عن التنفيذ لمدة معينة. وليس ثمة صعوبة تذكر بصدد انتقال الحق في الصيانة قبل المقاول المذكور، إلى المشتري الذي تؤول إليه ملكية البناء، أو الإنشاء خلال المدة السابقة، بداية من تاريخ صدور شهادة التسلم النهائي، طبقاً للنص الوارد بالشروط المذكورة^(٤٠).

٢٠ - وفرق بين الالتزام بالضمان de garantie والصيانة d'entretien، فالضمان لا ينشأ - كما أسلفنا - إلا إذا حدث تهمد، أو خلل، أو عيب يهدد سلامة، ومتانة البناء، أو الإنشاء. بينما لا يلزم للقيام بأعمال الصيانة، وقوع ضرر بالفعل بالبناء، ولا احتمال وقوعه. بل يقوم به المقاول، كالتزام مستمر، طوال المدة المتفق عليها حتى، وإن جرت الشروط الحقوقية على أن مدة الصيانة، تستغرق مدة الضمان ويبدو لأول وهلة أن الالتزامين يجمع بينهما، كونهما من الالتزامات المحددة، التي تترتب خروجاً على القواعد العامة في انقضاء العقد، بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه والواقع أن ذلك لا ينطبق إلا على الضمان العشري. فالالتزام بالصيانة بعكس الضمان لا يبدأ إلا من تاريخ انتهاء البناء، أو الإنشاء ما لم يكن ثمة عيب في تنفيذ أعمال المقاول، فعندئذ يلتزم المقاول بصيانة الأعمال، كالتزام أقرب إلى التنفيذ العيني للإخلال بالتزام تعاقدية. كما أن الالتزام بالصيانة، قد يغني عن اللجوء إلى المسؤولية بالضمان العشري، وإن كان الالتزام بالضمان لا يعني بالضرورة، التزام المقاول، أو المهندس بالصيانة. إذ يحدث عملاً أن تنقطع صلة المقاول، أو المهندس بالبناء، أو الإنشاء عقب تشييده، ويظل مهديداً - مع ذلك - بدعوى الضمان، التي يرفعها رب العمل، أو المشتري إذا وقع تهمد أو خلل أو عيب جسيم بالمبنى خلال المدة المحددة ويقع على عاتق رب العمل، أو المشتري منه - في الفرض السابق - تدبير الصيانة، بوسائله الخاصة. بينما الالتزام بالصيانة، يستتبع قيام المقاول - خلال المدة المحددة بالعقد بعد تسلم أو إتمام البناء أو الإنشاء - كما أسلفنا أو من تاريخ صدور شهادة التسلم النهائي بإصلاح ما يظهر من العيوب وسد النقص، أو الخلل دورياً في الأعمال التي أتم إنجازها بما في ذلك إعادة البناء إلى الحالة التي كان عليها.

- وقد لوحظ أن شركات المقاولات - وخاصة في العقود النموذجية^(٤١) - تعهد بصيانة المبنى، أو الإنشاء إلى شركة أخرى، تتولى أعمال الصيانة، بما في ذلك ترميم المبنى، أو تجديده، وملاحظة، ما قد يطرأ عليه من عيوب تهدد سلامته، أو متانته بعد مدة معينة، قد تستغرق

(٤٠) في عرض الشروط الحقوقية، طبعة ١٩٨٥ - طعمه الشمري - مذكرات بالدورات التدريبية بكلية الحقوق - بجامعة الكويت - ١٩٩٥. وترجمتها - بواسطة مكتب الشلفاني للاستشارات القانونية، والمحاماة - طبعة ١٩٨٧، مع تعديلات ١٩٩٢.

(٤١) انظر:

S. Abbatucci, solutions apportées dans le contrat type de sous-traitance du B.T.P. aux principaux problèmes que posent les relations de sous traitance, R.D.i. 1995 - 247 et s.

مدة الضمان العشري. وهذه الشركة الأخيرة، تعتبر بمثابة المقاول من الباطن، قبل المقاول الأصلي «الشركة التي أنجزت البناء، أو الإنشاء» وتنطبق أحكام المقاول من الباطن في العلاقة بينهما وأخصها مسئولية المقاول من الباطن، تعاقدياً، قبل المقاول الأصلي في تنفيذ أعمال الصيانة، وتقصيراً في مواجهة رب العمل، أو المشتري للبناء، أو الإنشاء. فضلاً عن حق القائم بأعمال الصيانة، مطالبة، مالك المبنى مباشرة بما يستحق له قبل من أنجز البناء، أو الإنشاء في حدود القدر الذي يكون لهذا الأخير على المالك وقت رفع الدعوى، وكذا يكون لعمال المقاول الذي يقوم بأعمال الصيانة دعوى مباشرة قبل كل من المقاول الأصلي، ورب العمل في حدود المستحق عليه (م ٦٨٢ مدني كويتي - م ٦٢٢ مدني مصري).

- ونلفت النظر، أخيراً، إلى أن الالتزام بالصيانة، التزام تعاقدى لا يتحمله المقاول ما لم يرد عليه نص بالعقد، مقابل مبلغ محدد، أما الالتزام بالضمان العشري، فهو مقرر بقوة القانون يلتزم به المقاول، أو المهندس قبل رب العمل تلقائياً في جميع عقود مقاولات المباني، والإنشاءات الثابتة وينتقل إلى المشتري، بافتراض توافر الشرائط الأخرى، فإذا أهمل المقاول «المعهود إليه القيام بأعمال الصيانة»، التزامه بصيانة المبنى، أو الإنشاء، وترتب على ذلك الإضرار بالمبنى، من دون تهديد سلامته، أو متانته، كان للمشتري رفع دعوى المسئولية التعاقدية عن الإخلال بالالتزام التعاقدى، الذي انتقل إليه، بانتقال ملكية البناء من رب العمل.
- أما إذا ترتب على تخلف أعمال الصيانة، تهم المبنى أو الإنشاء، أو حدوث عيب جسيم به، كان للمشتري - عندئذ - الحق في رفع دعوى الضمان الخاص ما دام قد وقع سببه خلال عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء أو الإنشاء، أو من تاريخ إتمامه، بشرط أن يكون البناء، قد شيد بناء على عقد مقاوله بين المالك الأصلي والمقاول، أو المهندس في القانونين المصري، والكويتي بعكس القانون الفرنسي، إنما لا يجوز للمشتري، الجمع بين الدعويين عن ضرر واحد. ولا ريب أنه سيختار في الفرض المطروح رفع الدعوى بالضمان العشري، بوصفها أكثر حماية، وهي الدعوى التي انتقل للمشتري الحق في رفعها بانتقال ملكية البناء أو الإنشاء، إنما في حدود القيد الوارد بالقانونين المصري، والكويتي.

٢١ - ويختلف الالتزام بالصيانة - على النحو السابق - عما ورد بنص م ٢/٤٩ من الشروط الحقوقية Fidic من التزام المقاول، بقصد تسليم الأعمال إلى رب العمل، بإصلاح العيوب والانكماشات أو الأخطاء الأخرى التي يكون المهندس قد أصدر بشأنها تعليمات إلى المقاول لتنفيذها خلال فترة المسئولية عن العيوب أو خلال ١٤ يوماً بعد انتهائها، وذلك، إثر تفتيش قام به المهندس قبل نهاية مدة المسئولية عن العيوب. ويرتبط قيام المقاول بإصلاح العيوب المذكورة، بحصوله على شهادة التسلم. فالالتزام بالصيانة يرد على بناء تم إنجازه وتسلمه رب العمل من دون تحفظ، بينما التزام المقاول بإصلاح العيوب التي أشار إليها المهندس لا يخرج عن كونه التزاماً يرتبه عقد المقاول ذاته، ويكون إصلاح العيوب المذكورة في بعض الحالات على نفقة المقاول نفسه، إذا استخدم المواد

أو الآلات على نحو لا يتفق مع نصوص العقد، أو وقع منه إهمال أو تقصير، أو وقع خطأ في تصميم جزء من الأعمال الدائمة كان المقاول مسئولاً عنه - م ٤٩٩/٣ من شروط Fidic ولا شيء من ذلك بالنسبة للالتزام بالصيانة.

- وأخيراً، فإن مسألة انتقال الضمان العشري لا تثور بالنسبة لشروط «Fidic»، فقد نصت المادة الأولى على أن المقصود برب العمل، هو الشخص المسمى بالشروط، وخلفائه القانونيون، «أي الخلف العام، والخاص» فدل ذلك على حق المشتري، إعمالاً لهذا النص، التمسك بأحكام الضمان العشري قبل المقاول، أو المهندس.

المطلب الثاني:

النص الخاص على انتقال الحق في الضمان العشري

٢٢ - أما في القانون الفرنسي: فلم يكن يوجد نص، يقضي بانتقال الضمان العشري إلى المشتري للبناء أو الإنشاء، ولو تم البيع قبل انقضاء المهلة المحددة قانوناً. رغم التعديل الذي أدخله المشرع على نص م ١٧٩٢ مدني، بقانون ٣ يناير ١٩٦٧^(٤٢).

وقد ذهب الرأي الغالب في الفقه^(٤٣) رغم عدم وجود نص - إلى التسليم بانتقال الحق في الضمان العشري، إلى المشتري، إذا تحقق سببه قبل انقضاء المدة المحددة، وإن اختلفت المبررات، فبرره البعض، بفكرة الالتزام العيني، بمعنى أن الضمان العشري بمثابة التزام مقرر بقوة القانون، على عاتق المقاول، أو المهندس (أو غيرهما) وهو التزام لصيق بالملكية، ويتبعها في أي يد تكون، شأنه في ذلك شأن الحقوق العينية التبعية «الرهن، وخلافه» بحيث تخول الدائن، سلطات مباشرة على الشيء الذي ترد عليه بهدف تأمين حصول الدائن على حقه. وينتقل لذلك إلى المشتري، وخلفه الخاص، ما دامت توالى البيوع، خلال المدة المنصوص عليها قانوناً.

ومردود على ذلك بأن الحقوق العينية التبعية، على خلاف الحقوق الشخصية قد أوردتها المشرع على سبيل الحصر، وليس من بينها الضمان العشري للمباني والإنشاءات الثابتة^(٤٤). لذا، اتجه البعض^(٤٥) إلى انتقال الحق في الضمان إلى المشتري على سند من القول بوجود حوالة حق

(٤٢) واقتصر التعديل على توسيع نطاق الضمان من حيث المدين، لتشمل خصوصاً بائع البناء تحت التشييد.

(٤٣) مثلاً (Mazeud (H.L.J.) - دروس في القانون المدني/ ج٢/ رقم ٧٢٥ وبعدها وانظر تفصيلاً: السنهوري - المرجع السابق - ج٧/ ص ١٨٨، وإيجازاً - شكري سرور/ مذكرات/ مرجع سابق/ ص ٢٠١/ بند ١٧٦ - وعكس ذلك Gestaz من تعليق على نقض ٢٣ مارس ١٩٦٨ - دالوز ١٩٧٠ ص ٦٦٣.

(٤٤) وهي في القانون المدني الكويتي - حقوق الرهن (الرسمي، والحيازي) وحقوق الامتياز - وفي القانونين المصري، والفرنسي الرهن بنوعيه - والاختصاص والامتياز وانتقادات أخرى في Boubli مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٤٥) Rodière - not, sous Aix 5 Octobre 1954.

مشار إليه في ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص٧٧/ الحاشية رقم ١٥٦.

ضمنية، مؤداها أن حق رب العمل في الضمان قبل المقاول أو المهندس وغيرهما، ينتقل ضمناً إلى المشتري، بمقتضى عقد بيع البناء أو الإنشاء ذاته وبمقتضى حوالة الحق يتلقى المستفيد «المشتري، المحال له» حقوق البائع «المحيل» تجاه المحال إليه «المقاول، أو المهندس» في حدود الحق المحال به «المبنى أو الإنشاء» بحيث ينتقل إلى المستفيد جميع توابع الحق، وضمائه بما في ذلك الضمان العشري.

وقد تعرض هذا الرأي بدوره للانتقاد، فحوالة الحق لا يحتج بها في مواجهة المحال له إلا إذا أعلن بها أو قبلها بالقانونين المصري (م ٣٠٥ مدني)، أو الكويتي (م ٣٦٦ مدني)، أو بمجرد الإعلان فقط بالقانون الفرنسي (م ١٦٩٠ مدني). ولا يتحقق ذلك بانتقال الحق في الضمان العشري للمشتري، بمجرد انتقال ملكية المبنى أو الإنشاء المشمول بالضمان إليه من دون الحاجة إلى إعلان، أو قبول.

لذا، اتجه البعض للقول بأن انتقال الحق في الضمان إلى المشتري، يتضمن اشتراطاً ضمناً لمصلحة الغير. حيث يشترط رب العمل ضمناً على المقاول أو المهندس «أو غيرهما» «المتعهد». ضمان سلامة، ومتانة البناء أو الإنشاء خلال عشر سنوات من وقت التسلم، لمصلحة المشتري «المستفيد» أو فائدته.

ويحد من هذه المسألة أن اشتراط الضمان العشري لمصلحة المشتري لا يمكن تحقيقه ما لم يصرح رب العمل «المشترط» بإرادته عن ذلك^(٤٦) فضلاً عن حق الأخير في نقض الاشتراط، ما دام أن المشتري لم يكن قد أعلن عن رغبته في الإفادة منه. ثم إن الاشتراط ذاته لا يثبت للمشتري ما لم يعلن عن رغبته وقبوله الاشتراط لمصلحته ما لم يكن المشتري قد نقض المشاركة، وهو ما يتناقض أيضاً ومفهوم انتقال الضمان العشري بمجرد أيلولة ملكية المبنى، أو الإنشاء إلى المشتري دون حاجة إلى إعلان الأخير عن رغبته في الاستفادة من دعوى الضمان في مواجهة المقاول أو المهندس، ودون أن يكون لرب العمل الحق في نقض المشاركة أو «الضمان».

٢٣ - وذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم مهم في ٢٨ فبراير ١٩٦٧، إلى أن الضمان الذي أوجبه القانون، على المشيدين أو المعمارين، بمثابة حماية قانونية مرتبطة بملكية العقار، وليس بشخص رب العمل.. - وتابعت - أن هذه الحماية، تنتقل بانتقال الملكية لمن آلت إليه^(٤٧).

وفي حكم آخر، أبانت المحكمة العليا أن الغاية من الضمان العشري، أن تكون مدة اختبار لسلامة، المباني، والإنشاءات، ومتانتها، والتأكد من حسن تنفيذ الأعمال الموكولة إلى المعماري. وعلى

(٤٦) في المعنى نفسه: n°13 Boubli, op. cit.

(٤٧) انظر Cornu - obs. - 113 - R.T.D. civ. 1968 - 28 novembre 1967 - Civ. 28

Le droit à l'action en garantie decennale constitue une protection legale attachée à la propriété, et peut - donc-étre évoquée par tous ceux qui succèdent même à titre particulière dans cette propriété au maître de l'ouvrage.

ذلك فإن الحق في الضمان لا يرتبط بشخص رب العمل وإنما يتبع العقار المبيع، في أي يد يكون، ما دامت لم تنتقض فترة العشر سنوات - واعتدت المحكمة - في ذلك باعتبارات عملية أخرى، مؤداها أن المالك الحالي للعقار Le propriétaire de l'immeuble au moment de l'action هو الوحيد الذي يمكنه اكتشاف متانة، البناء وسلامته، وجودة الأعمال المنفذة، من عدمه^(٤٨) ومن يملك الحكم على نتائج الأعمال ينبغي عملاً أن يمتلك الوسيلة للوصول إليها، وهي - في حالتنا - دعوى الضمان العشري.

٢٤ - على أن المشرع الفرنسي لم يقنع بالرأي الغالب في الفقه، والقضاء وإن اختلفت مبرراته بانتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري، أو أي شخص انتقلت إليه ملكية البناء، أو الإنشاء. وإنما أثر أن يتدخل بنص صريح، ومحدد بقانون ٤ يناير ١٩٧٨، يقضي بانتقال الضمان العشري إلى المكتسب L'acquéreur، خلال المدة المحددة، فأوجد بذلك السند التشريعي لانتقال الحق في الضمان. ويلاحظ أن لفظة L'acquéreur الواردة بالنص، تعني كل شخص تؤول إليه ملكية البناء، أو الإنشاء، أي سواء أكان مشترياً، أم موهوباً إليه.

٢٥ - وقد مرت هذه المسألة، بتطور، بدأ، بقانون ٣ يناير ١٩٦٧، الذي كان يقصر الحق في الضمان العشري على رب العمل، وخلفه العام، والخاص، إذا شيد العقار بناء على عقد مقاول، واستثنى من ذلك بيوع العقارات تحت التشييد^(٤٩) à construire وبصودر قانون ٤ يناير ١٩٧٨، أصبح لكل من تلقى الملكية خلال عشر سنوات الحق في التمسك بأحكام الضمان بصرف النظر، عن الكيفية التي آلت بها الملكية، من رب العمل نفسه أو خلفه العام، والخاص، أو مباشرة، أو من ممول عقاري Promoteur immobilière، وسواء شيد العقار، بطريق المقاول، أو الوكالة، أو التمويل العقاري، أو غيره من أساليب البناء الحديثة. فأوضح المشرع بذلك عن قصده، بأن الضمان العشري تابع للملكية. ولم يفعل في الواقع سوى تكريس أحكام النقص الفرنسية التي أشرنا إليها سابقاً. واقترب بذلك من نص المادة الأولى من الشروط العامة Fidic آنفة الذكر.

(٤٨) انظر: Gestaz - 633 not. - D. 1970 - 23 Mars 1967 - Civ.

وجاء بهذا الحكم خصوصاً، أن الضمان ينتقل تبعاً ل'accessoire en tant qu'accessoire، ومرتباً به et s'identifie - ويعترض البعض على ذلك بقوله إن الحق من الضمان لا يمكن النظر إليه بوصفه تابعاً، لأن الحق لا يمكن أن يكون تابعاً لحق آخر - ملاحظات Malinvaud على حكم:

Civ. 5 Janvier 1972 - J.C.P. 1973 - 11 - 17540 - Civ - 25 Janvier 1989 - B - Civ - III - n°21

وفي نقد هذا القضاء لعدم الاقتناع بأساسه القانوني، ولا النتائج التي يرتهاها.

انظر Boubli - مرجع سابق - ص ٢٠١ - وبعدها.

- وقرب م ٣/١٦٠١ مدني فرنسي - بعدم قبول دعوى بائع البناء تحت الإنشاء - بالضمان لانعدام صفة رب العمل. وعكس ذلك انظر:

- Civ - II decembre 1991 - jcp 1992 - IV - 524.

وفيه ورد - حرفياً - ما يلي:

«...Le maitre de l'ouvrage peut posterieurement à la vente de l'immeuble construit, exercer l'action en garantie decennale si cell - ci presente pour lui unintèrèt direct et certain...»

(٤٩) انظر Boubli - مرجع سابق - ج س ب - ١٩٧٤ - ١ - رقم ٢٦٤٦.

٢٦ - ولما كان الضمان العشري لا يقتصر فيما انتهينا إليه على المشتري الأول للبناء، أو الإنشاء، بل يشمل كل شخص انتقلت إليه الملكية خلال مدة الضمان. وبدهي أن الضمان لا ينتقل، ما لم يسبقه نقل ملكية البناء، بتصرف قانوني ناقل للملكية، كبيع، أو هبة مثلاً. ومع ذلك، رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها^(٥٠). حق المالك الأخير للبناء، التمسك بدعوى الضمان العشري في مواجهة المعماري Constructeur خلال المدة المحددة قانوناً، إذا قطع البيوع المتتالية للعقار، عقد مقاوله.

وكانت الدعوى، تتعلق بالمسئولية العشرية لصانع المواد، والأدوات الداخلة في عملية البناء، عن تهدم المبنى واستندت المحكمة في ذلك إلى نظرية السلسلة العقدية Chain du contrat، وأنه بين البيع من الصانع إلى المقاول الأصلي لمواد البناء، ومن رب العمل إلى المشتري منه للمبنى، يوجد عقد مقاوله بين رب العمل، والمقاول، وبذا، لا يكون للمشتري الحق في الضمان الخاص في مواجهة الصانع لمواد البناء. وإن عدلت المحكمة عن ذلك في حكم آخر - كما سنرى^(٥١) فيما بعد.

- بقى أن نقول، إن انتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري بناء على قاعدة الاستخلاف الخاص، في القانونين المصري، والكويتي أو بناء على نص خاص في القانون الفرنسي ليست مقررمة لمصلحة المالك وحدة وإنما يقصد بها تحقيق مصلحة عامة. لأن من شأنها تشجيع تداول الأموال، وأهمها المباني، والمنشآت، بما يؤدي إلى كفاءة حسن استغلالها. والقول بغير ذلك، يعني شل، قاعدة الضمان العشري، ذاتها عن تحقيق الهدف منها. وبذا، يقع باطلاً، الشرط الوارد في عقد بيع المبنى الذي يقيد، أو يعدم حق المشتري في التمسك بأحكام الضمان في مواجهة المسئول، فحق الضمان العشري وانتقاله إلى المشتري من النظام العام. ويقترّب لذلك - كما ذكرنا - وعدم تقييد حق المالك في التصرف إلا لأسباب جدية وبشروط محددة^(٥٢).

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على انتقال الحق في الضمان إلى المشتري

٢٧ - إن التسليم بانتقال الضمان العشري إلى المشتري يرتب نتيجة مؤداها، أن لهذا الأخير، الحق في رفع دعوى العيوب الخفية على رب العمل مباشرة، إعمالاً لأحكام الضمان الخاص بعقد البيع^(٥٣ مكرراً) وله كذلك الحق في التمسك بالضمان العشري في مواجهة المسئول الحقيقي عن التهدم، أو الخلل، أو العيب الذي يهدد سلامة البناء، أو متانته وهو المقاول، أو المهندس، أو المعماري عموماً في القانون الفرنسي. علماً بأن هذا الأخير يلتزم بالضمان كذلك في مواجهة رب العمل قبل بيع البناء.

(٥٠) انظر Civ. 7 Fevrier 1986 - et 7 Mars 1986 - D.1987 - 257 not. A.Benabent

(٥١) انظر - 303 - R.D.i, 1988 - Civ. 24 fevrier 1988

(٥٢) جمال زكي - حق الملكية / ص ٨٨ / بند ٤٧ - شكري سرور (موجز تنظيم حق الملكية / ١٩٩٤ / ص ٢٦١ بند

٣٨٢ - السنهوري / حق الملكية / ص ٥٠٧ / بند ٣٠٩.

(٥٣ مكرراً) انظر Boubli - مرجع سابق - ج س ب - ١٩٧٤ - ٢ - رقم

بحيث إذا لم يبادر رب العمل برفع دعوى الضمان العشري، قبل البيع، لا تكون له صفة في رفع الدعوى^(٥٣)، بعد ذلك، وينتقل الحق إلى من آلت إليه ملكية العقار.

- وإذا كان للمشتري «الخلف الخاص» الحق في التمسك بالضمان العشري مباشرة قبل المفاوض، أو المهندس، «وغيرهما» لا يكون له كذلك التمسك بأحكام المسؤولية التعاقدية، طبقاً لمبدأ عدم جواز الجمع بين المسئوليتين non Cumul des responsabilités^(٥٤) والثابت عملاً أنه يختار عادة - في الفرض المطروح - دعوى المسؤولية العشرية، بوصفها أكثر حماية له.

٢٨ - ولا يمكن القول بأن لرب العمل. «بائع البناء، أو الإنشاء»، الحق في رفع دعوى الضمان العشري في مواجهة المفاوض، أو المهندس، إذا احتفظ، لنفسه، بنص صريح في عقد البيع، بالحق في الضمان. وإلا ترتب على ذلك تعطيل انتقال، الضمان العشري إلى من آلت إليه الملكية - خلال المدة المحددة - للبناء أو الإنشاء^(٥٥) بما يتعارض بدوره، والحكمة من الضمان العشري، التي تقررت لرب العمل، ولخلفه الخاص كذلك. فضلاً عن أن هذا الأخير هو الذي يتسنى له، بعد انتقال ملكية البناء - الحكم على سلامته، ومثانته، أو جودة تنفيذ الأعمال.

٢٩ - وترتبط بآثار الضمان العشري، مسألة أخرى، فمع تضاعف حجم السوق العقارية في مصر، مع الأخذ بقواعد تحرير الاقتصاد، والكويت، عقب حرب التحرير، وإعادة، بناء ما دمرته الحرب، ووجود العديد من التجمعات المهنية التي تضم أعداداً من المتعاملين في المقاولات، قامت بإعداد عقود

(٥٣) في هذا المعنى Civ. 9 Juillet 1973 - J.C.P. 1974 - 11 2646

رب العمل ينقل الملكية، والضمان الذي يتبعها فلا يكون له الإفادة، بدعوى الضمان العشري.

(٥٤) Civ. 19 Octobre 1967 - D. 1968 - 163 - "l'ayant cause ne peut avoir plus de droit que son auteur, il ne peut exercer que, l'action en garantie".

في المعنى نفسه - نقض ٣ يناير ١٩٦٩ - ج س ب - ١٩٦٩ - ج ٢، رقم ١٥٨٦٣ - تعليق Liet - Veaux وفي عدم الجمع بين الضمان العشري، والثنائي، والمسؤولية المدنية في قواعدها العامة، نقض ٣ إبريل ١٩٨٨ بلتان مدني ج ٣ - ٦٧ - ص ٣٩ - نقض ٢٥ يناير ١٩٨٩ - بلتان مدني - ج ٣ - رقم ٢٠ - ص ١١ نقض ٤ أكتوبر ١٩٨٩ - بلتان مدني - ج ٣ - رقم ١٧٨ - ص ٩٨ - وجاء بالحكم الأخير ما يلي حرفياً:

«... même s'ils ont pour origine, une non conformité aux stipulitis contractuelles, les dommages qui relèvent d'une garantie l'egale ne peuvent donner lieu contre les personnes tenues à cette garantie à une action en réparation sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun».

وفي هذا المعنى:

Boublil, le point de la jurisprudences, sur la responsabilité des architectes et des entre preneurs» J.C.P. 1975-1-2721.

Civ. 13 Decembre 1977 - B.civ - III - 440.

وتطبيقاً لذلك:

(٥٥) عكس ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي - ٥ مارس ١٩٦٩ - ج س ب - ١٩٦٩ - ٢ - رقم ١٥٨٦٣ وتعليق Liet - Veaux، الذي أجاز لرب العمل الاحتفاظ لنفسه عند البيع بالحقوق المدنية الناشئة عن هذا الضمان، إذا قام بشهر هذا التحفظ، مع تسجيل عقد بيع البناء أو الإنشاء، وفي نقد الحكم المذكور - شكري سرور - مرجع سابق - ص ٢٠٢.

نموذجية، أو شروط عامة للتعاقد^(٥٦) وهذه الشروط العامة، أو الحقوقية، كما يطلق عليها الفقه في الكويت^(٥٧) لا تعد جزءاً من العقد إلا إذا اتفق المتعاقدان على تطبيقها بالإحالة إليها، أو إلحاقها بالعقد، بل مع هذه الإحالة في استطاعة أطراف العقد- باتفاق صريح - إدخال ما يروونه من تعديلات على هذه الشروط.

٣٠ - وإذا كانت الشروط العامة Fidic تشغل مكانة مهمة، في قطاع المقاولات، بمصر، أو الكويت، أو غيرها لانتشارها وشيوع استخدامها من قبل المقاولين، فإن التساؤل يثور، بصدد القوة الملزمة لها؟

والواقع أن الشروط العامة، في نطاق المقاولات كما في غيرها، ليس لها قوة ملزمة بذاتها Lui-même ولا تصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد إلا إذا أحال إليها أطراف العلاقة التعاقدية. وتنطبق عندئذ بشرط العلم، والقبول بها. ونلفت النظر إلى أنه لا يجوز الخروج على نص أمر، بالقانون المصري أو الكويتي أو الفرنسي بمقتضى شرط، يرد بالشروط العامة «الحقوقية». وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً. وفي كل الحالات، فإن لجمعية المهندسين بالكويت، والنقابات المهنية الأخرى في مصر، وفرنسا. الرقابة على مضمون الشروط المذكورة في نطاق المقاولات، كتلك الرقابة التي تمارسها مثلاً الجمعيات المهنية في الدول الأخرى^(٥٨).

٣١- ولما كانت أحكام الضمان العشري قد صيغت كما أسلفنا بنص أمر فإن كل شرط للإعفاء من الضمان، أو الحد منه. يكون باطلاً، بطلاناً مطلقاً، سواء تعلق بالمستول عن الضمان، أو الأضرار المشمولة به، أو مدته، سواء ورد الشرط المذكور في عقد المقاوله ذاته، أو بالشروط الحقوقية التي يحيل إليها أطراف العلاقة التعاقدية، فتصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد. والقول بغير ذلك يعني التحايل على نص أمر في القانون الكويتي أو غيره، وهو غير جائز وعلى عكس ذلك، يقع صحيحاً أي نص يرد بالشروط الحقوقية، يشدد من أحكام الضمان العشري أو يوسع من نطاقه، سواء فيما يتعلق بالمستولين عن الضمان، أو نطاق الأضرار المشمولة بالضمان ذاته.

(٥٦) والفرق بين العقود النموذجية، والشروط العامة «الحقوقية» في التعاقد، أن الأولى يمكن استخدامها من قبل أطراف العلاقة التعاقدية، أي بوصفها وثيقة مطبوعة على أنها العقد ذاته بعد بيان أسماء المتعاقدين، ومحل العقد، والثمن، والبيانات الأخرى. أما الشروط الحقوقية «كوثيقة مطبوعة» لا يتسنى اعتمادها كعقد بين الأطراف - حسين الماحي/ آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني/ ط ١ / ١٩٩٥ / دار أم القرى/ ص ١٠ / الحاشية رقم (٢).

(٥٧) مثلاً - طعمه الشمري - ملاحظات علمه على الشروط الحقوقية لعقود المقاولات العامة - من الدورات التدريبية لكلية الحقوق جامعة الكويت.

(٥٨) انظر - خصوصاً:

P. Malinverni, les conditions generales de vente, et les contrets types des chambres sandycales - L.G.D.J. 1978

ومشار إليه في، حسين الماحي، مرجع وموضع سابقين.

٣٢ - ومن العمومية إلى التخصيص، فقد ورد بالمادة ٦٢/٤ من الشروط العامة *Fidic، أنه على الرغم من صدور شهادة التسلم النهائي، وإعادة محجوز الضمان إلى المقاول، فإن هذا الأخير يبقى مسئولاً مدة عشر سنوات عن سلامة الإنشاءات، وعن كل عيب، أو خطأ يكون ناتجاً عن التنفيذ. وقد يدعى في هذا الصدد بأن النص المذكور، يقصر المسؤولية بالضمان خلال مدته على المقاول وحده، بما يعتبر حداً من المسؤولية يخالف نصاً أمراً بالمادة ٦٩٢، من القانون المدني الكويتي أو م ٦٥١ مدني مصري، التي تمتد بالمسؤولية إلى المقاول أو المهندس. ومردود على ذلك بأن المقصود بالمقاول في النص المذكور، هو جهاز المقاول لإدارة الأشغال، ويتكون طبقاً للمادة ١٥ من ذات الشروط الحقوقية، ليس فقط من ممثل المقاول في موقع العمل، أو وكيله، أو مندوبه الكفاء المخول منه، وإنما كذلك من المهندس، أو عدد من المهندسين. ومعنى ذلك، أن مساءلة المقاول بالضمان ترتبط بالضرورة بمساءلة المهندس، أو المهندسين. وأعيد تأكيد هذا المعنى، بنص المادة ١٦ من الشروط المذكورة، التي أوضحت أن المقاول يستخدم في المواقع لتنفيذ، وصيانة الأشغال المهندسين، والمساعدين الفنيين، و.... وكذا المهندس المشرف على جهاز التنفيذ ويسمى بالمهندس المقاول.

فالنص الوارد بالفقرة الرابعة للمادة ٦٢ لا يتضمن إذن إعفاء المهندس من الخضوع لأحكام الضمان العشري، ما دام أنه يُستخدم في مواقع التنفيذ، أو ضمن جهاز إدارة الأشغال من قبل المقاول.

٣٤ - ويؤكد ذلك أيضاً، ما تضمنه نص من ٣٧ من الشروط العامة التزام المقاول، بتقديم كل التسهيلات، والمساعدات التي تضمن للمهندس الوصول إلى الأشغال، وإلى الموقع، وجميع الورش، أو الأمكنة التي تهيأ فيها العمل، أو «التي يحصل منها على المواد، والأشياء المصنوعة.. وإلا اعتبر المقاول مسئولاً» وألقت المادة ٣٨ على عاتق المقاول عبء الالتزام بكشف أي جزء من الأشغال، وفتح فوهات، بها، إذا طلبها المهندس، بهدف التأكد من سلامة هذه الأشغال ومتانتها، وضمان خلوها من العيوب.. وعلى المقاول أن يعيد الجزء أو الأجزاء التي كشفها بعد قيام المهندس بالفحص، وإبداء رضاه عنه. ومعنى ذلك، أنه برضاء المهندس عن الأعمال، التي قام بفحصها، يعتبر مسئولاً مع منفذها «المقاول» بالتضامن عما يحدث بها من تدهم، أو خلل، أو عيب يتهدد سلامتها، ومتانتها.

٣٥ - ومجمل القول إذن إن الشروط الحقوقية، لا تتضمن النص على إعفاء المهندس من المسؤولية بالضمان. بيد أنه إذا تعاقد رب العمل مع كل من المهندس، والمقاول على حدة، ومن دون اشتراط التضامن بينهما - اعتبر التضامن قائماً بالرجوع إلى نص م ٦٩٢ من القانون المدني الكويتي^(٥٩) أما إذا تعاقد مع أحدهما «المقاول مثلاً» كما هو الشأن في الشروط المذكورة فإن الآخر

(*) ط - ١٩٨٥ - ولم يرد هذا النص في الشروط نفسها - طبعة ١٩٨٧ - المعدلة ١٩٩٢ - وليس معنى ذلك إمكانية الخروج على أحكام الضمان العشري بتطبيق شروط Fidic - فقواعد الضمان - أمرة - لا يمكن مخالفتها بالشروط العامة، ولا بالعقود النموجية.
(٥٩) والمذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص المذكور.

«المهندس» يكون تابعاً له، بوصفه من جهازه على حد تعبير م ١٥ المذكورة، وبالتالي يتوافر التضامن بينهما دون حاجة إلى نص خاص. وإذا قبل أعمال المقاول، أصبح مسئولاً معه عن عيوبها.

خلاصة ورأي:

٣٦ - فإذا سلمنا بانتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري، تبعاً لانتقال ملكية البناء أو الإنشاء، طبقاً لقاعدة عامة في الاستخلاف الخاص بالقانونين المصري، والكويتي، أو طبقاً لنص محدد، في القانون الفرنسي، فإن التساؤل يثور بصدد الحاجة، في القانونين المذكورين إلى نص خاص، بانتقال الضمان، العشري إلي أي شخص تؤول إليه ملكية البناء، أو الإنشاء بدلاً من الاكتفاء بقاعدة عامة في الاستخلاف الخاص، يثور، بصدد تطبيقها في الفرض المطروح خلافات عدة^{٦٠}. يرى البعض^(٦١)، تمسكاً بحسن السياسة التشريعية، عدم الحاجة إلى نص خاص، في وجود قاعدة عامة في الاستخلاف الخاص لا مثيل لها بالقانون الفرنسي، وإلا لكان النص، بمثابة تطبيق لهذه القاعدة العامة، لا داعي له.

- ونعتقد، بعكس ذلك، أنه عند تعديل نصوص الضمان العشري بالقانونين المصري والكويتي، كرتبة الغالبية من الفقهاء^(٦١)، يحسن بالمشروع أن يحذو حذو المشرع الفرنسي، الذي وضع نصاً خاصاً بانتقال الضمان العشري إلى من آلت إليه، خلال المدة المحددة، ملكية البناء، أو الإنشاء رغم، تسليم الفقه، والقضاء، بانتقال الحق في الضمان فأوجد بذلك، السند، التشريعي، بنص خاص، ومحدد.

٣٧ - أما القول، بأن التدخل التشريعي، بنص خاص، يؤكد انتقال الحق في الضمان العشري إلى من آلت إليه ملكية البناء، أو الإنشاء، على الرغم من وجود قاعدة عامة في الاستخلاف الخاص لن يعدو كونه مجرد تطبيق لهذه القاعدة العامة، فمردود عليه بأن المشرع المدني قد أورد في حالات عدة، بعض القواعد العامة، ثم أورد تطبيقات عليها، دون أن ينعي عليه مخالفة حسن السياسة التشريعية، فالمادة ٨٣٨ من التقنين المدني الكويتي مثلاً، أوردت قاعدة عامة مفادها، أن تصرف جميع الشركاء، سواء ورد على المال الشائع كله، أو على جزء مفرز منه يظل نافذاً في مواجهتهم، أيا كانت نتيجة القسمة، ثم جاءت المادة ٩٧٩، في شأن الرهن الرسمي، بمثابة تطبيق لهذه القاعدة العامة، وبمقتضاها، يبقى نافذاً، الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار^(٦٢).

(٦٠) عبدالرازق حسين يسين - مرجع وموضع سابقين.

(٦١) مثلاً محمد ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ٣، محمد حسين منصور/ مرجع سابق/ ص ٤٥، عبدالرازق حسين يسين/ مرجع سابق/ ٦٢٣.

(٦٢) في هذا المعنى/ شكري سرور - موجز تنظيم حق الملكية، في القانون الكويتي/ مرجع سابق/ ص ٢٩٨ وغير ذلك كثير.

- وعلى أية حال، فإن حق المشتري في الضمان العشري بوصفه خلفاً خاصاً لرب العمل، في القانونين المصري، والكويتي، أو المشتري عموماً للبناء، أو الإنشاء، في القانون الفرنسي، ينتقل - من حيث المبدأ - بانتقال ملكية العقار المبنى فيفقد رب العمل، «أو البائع»، المطالبة بالضمان، وإن رأي البعض مع ذلك، أن رب العمل يمكنه الاحتفاظ، بالحق في رفع الدعوى بالضمان على المقاول أو المهندس، أو غيرهما، إذا كانت له مصلحة شخصية، ومحققة (٦٣)(٦٣ مكرراً).

(٦٣) من هذا الرأي J. Ghestin، في ملاحظاته على حكم النقض - ٢١ مارس ١٩٧٩ - سابق الإشارة. (٦٣ مكرراً) والمقصود رب العمل، سواء أكان شخصاً طبيعياً، أم اعتبارياً، كشركة أو مؤسسة، أو جمعية، وسواء أكان من أشخاص القانون الخاص، أو العام كالدولة، أو غيرها من الهيئات العامة. وسواء أكان يملك الأرض التي يقام عليها البناء، أو الإنشاء، لحسابه. وسواء أبرم عقد المقاولة بنفسه مع المقاول أو المهندس، أو عن طريق وكيل عنه - بينما تفرق العقود النموذجية عادة بين رب العمل، بالمعنى المذكور وبين رئيس العمل أو المشرف عليه - Le contrat - Le maitre d'ouvre - type Architecte - client - 1985 - وعادة ما يكون رئيس العمل، هو المهندس المعماري - ويختلف بذلك عن صاحب العمل في عقد العمل الذي يشرف أو يراقب عماله - حتى من الناحية الإدارية، أو التنظيمية، بحيث يعتبر هؤلاء تابعين له بعكس رب العمل في عقد المقاولة - وانظر - السنهوري / الوسيط / ج٧ / ص ٢٧٣ - أحمد الزقرد / شرح قانون العمل / ج١ - ١٩٩٣ / ص ٣٧ - ومن المعنى نفسه: PH. Malaurie et L. Aynès - Droit civil - Les contrats spéciaux - 1996 - P401.

الفصل الثاني

مشكلات انتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري

تمهيد وتقسيم:

٣٨ - وأيا ما كان الأساس الذي يقوم عليه حق المشتري في رفع دعوى الضمان على المقاول، أو المهندس، أو غيرهما. فإنه ترتبط بانتقال هذا الحق لمشكلات قانونية عدة، بعضها يتعلق بتحديد المشتري الذي ينتقل إليه الضمان العشري، وبعضها يتعلق بمدى، امتداد، تطبيق أحكام الضمان العشري إلى المشيدين عموماً.

٣٩ - وسوف نعرض بداية للمشكلات الناشئة عن تحديد المشتري الذي ينتقل إليه الحق في الضمان - في مبحث أول.

ثم المشكلات المرتبطة بمدى، امتداد، الضمان - في مبحث ثان.

المبحث الأول

المشكلات الناشئة عن تحديد المشتري

٤٠ - يرتبط بانتقال الضمان العشري إلى المشتري، مشكلات عدة، بعضها يتعلق بحق المستأجر، المشتري في البيوع الإيجارية للمباني، والإنشاءات في التمسك بالضمان العشري في مواجهة المقاول، والمهندس. وخاصة، أن الضمان يرتبط بالملكية، فيخول لمن آلت إليه ملكية البناء أو الإنشاء التمسك بأحكامه، إذا تحقق سببه خلال المدة المحددة. وبعضها يتعلق، بحق المستفيد من الائتمان التأجيري العقاري في رفع دعوى الضمان العشري على الممول التأجيري أو على البائع مباشرة.

كما يثور التساؤل خصوصاً، بصدد مدى حق جمعيات الإسكان، وغيرها من الجمعيات الفئوية التي تقوم ببناء المساكن لحساب أعضائها. في رفع دعوى الضمان العشري على المقاول، أو المهندس.

٤١ - وعلى هذا، نعرض بداية للضمان العشري للمستأجر المشتري في البيوع الإيجارية للمباني والإنشاءات والمستفيد من الائتمان التأجيري العقاري في مطلب أول.

ودعوى جمعيات الإسكان، وغيرها بالضمان العشري في مطلب ثان:

مطلب أول:

الضمان العشري في البيع الإيجاري وفي الائتمان التأجيري للمباني والإنشاءات

تمهيد وتقسيم:

٤٢ - يرتبط بأساس انتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري في بيوع المباني والإنشاءات مسألة أخرى، فلما كان السند التشريعي لحق المشتري بالضمان قبل المفاوض، والمهندس أنه خلف خاص لرب العمل «السلف» ينتقل إليه حق الضمان في الوقت الذي ينتقل فيه البناء أو الإنشاء، بوصفه تابعاً له. فإن هذا الحق يقتصر على الخلف الخاص^(٦٤). أي من يخلف، سلفه في مال معين بالذات، أو حق عيني أو شخصي عليه كالمشتري والموصى له بعين في تركة، والمحال له في الحق المحال به. وتفريعاً على ذلك فإن المستأجر لا يكون له الحق في رفع دعوى الضمان العشري، حتى وإن تحققت شروطها. كذا، لا يجوز للجار الرجوع بهذه الدعوى. ولا يكون له إلا الحق في رفع دعوى المسؤولية التقصيرية بوصفه ليس طرفاً في عقد المفاوضة، ولا خلفاً عاماً أو خاصاً لرب العمل.

ويثور التساؤل مع ذلك بصدد المشتري المستأجر في البيع الإيجاري Location- Vente هل يأخذ حكم المشتري، فيرجع بالضمان قبل المفاوض، والمهندس، أو حكم المستأجر فلا يكون له الحق في الضمان؟ كذا يثور، التساؤل نفسه بخصوص حق المستفيد من الائتمان التأجيري العقاري في رفع دعوى الضمان العشري على الممول التأجيري أو على البائع؟ وعلى ذلك نعرض - بداية - للضمان العشري في البيع الإيجاري، ثم في الائتمان التأجيري العقاري.

الفرع الأول

دعوى الضمان العشري في البيع الإيجاري

٤٣ - البيع الإيجاري، عقد يتفق بمقتضاه شخصان، أو أكثر على إيجار العين، أو العقار لمدة محددة. مقابل أجر، أو أقساط، بحيث إذا أوفى المستأجر بجميع الأقساط أو الأجرة أو بأخر الأقساط في نهاية المدة المتفق عليها انتقلت إليه ملكية العين أو العقار، دون أن يلتزم بالوفاء بأي مقابل آخر فإذا تخلف عن دفع الأقساط أو الأجرة، وجب تطبيق الأحكام العامة في عقد الإيجار^(٦٥).

- وقد انتشرت البيوع الإيجارية للمباني، والإنشاءات خاصة في مصر، مع أزمة الاسكان، وارتفاع الأسعار، وانصراف الملاك عن التأجير لأسباب، بعضها يتعلق، بالتحديد القانوني

(٦٤) أما الخلف العام، فينقل إليه - بطبيعة الحال - الحق في الضمان العشري، إذا توافرت شروطه، فأثر العقد يتصرف إلى المتعاقدين، والخلف العام «الوارث من رب العمل مثلاً والموصى له بحق شائع» - ولا محل للحديث تفصيلاً عنه - انظر م ٢٠١ مدني

كويتي - م ١٤٩ مدني مصري، م ١١٢٢ مدني فرنسي.

(٦٥) السنهوري - الوسيط/ مصادر الالتزام/ ص ٥٩٦.

للأجرة، وبعضها يرجع إلى الامتداد القانوني لعقد الإيجار ناهيك بعدم قدرة الغالبية من أبناء الطبقة المتوسطة على تملك المباني، أو الإنشاءات بثمن يدفع إجمالاً. ولذا، وجدت البيوع الإيجارية، للتوفيق بين هذين الاعتبارين المتناقضين، فيخول المستأجر «المشتري»، تملك المسكن الذي يقيم فيه، بعد فترة معينة، ويضمن للمالك في الوقت ذاته، سداد كامل الثمن، بحيث لا تنتقل الملكية قبل ذلك.

٤٤ - وعليه، فإن البيع الإيجاري، يتمخض في الواقع عن إيجار، يتمكن المستأجر بمقتضاه من الانتفاع بشيء معين لمدة محددة، مقابل عوض مالي^(٦٦) وبيع، أي تملك شيء... لقاء عوض نقدي^(٦٧) ولما كان البيع، يختلف عن الإيجار، فالأول على الأخص، ينقل الملكية، والثاني يرد على المنفعة^(٦٨) فإن البيع الإيجاري لا تنتقل فيه الملكية إلى المستأجر «المشتري» إلا بعد الوفاء بعد معين من الأقساط أو بأخر الأقساط، وهي تعادل عادة قيمة العين، أو العقار، وبانتهاء دفع الأقساط تنتقل الملكية فيصبح المستأجر «المشتري» مالكا، بناء على وعد ملزم للجانبين بالبيع^(٦٩). يعتبر - في الفرض المطروح - ضمناً لكل من المؤجر، البائع، والمستأجر المشتري، بإبرام البيع مستقبلاً. ولا يمكن لأي منهما. التنصل من إبرام البيع، وبحيث يتم العقد النهائي بمجرد إبداء الموعد له «المشتري» الرغبة في التعاقد، وتحدد مدة الوعد ببيع المستأجر بمدة الإيجار، بحيث تنقضي صفته كمستأجر، بانقضائها. ولا يتحقق الوجود القانوني للبيع قبل إبداء المستأجر، المشتري الرغبة في التعاقد. وقبل ذلك لا يتحمل أي من العاقدين، الالتزامات المستمدة من عقد البيع. فإذا هلكت العين «المؤجرة» أي الموعد بيعها، يتحمل المؤجر «الواعد» تبعه الهلاك باعتباره مالكا. ولا ينعقد العقد النهائي في هذا الفرض لانعدام المحل. كذا، يعتبر بمثابة هلاك للشيء، يتحمل المؤجر «الواعد» تبعته، نزع ملكية العين للمنفعة العامة^(٧٠).

٤٥ - فإذا أبدى المستأجر المشتري، الرغبة في إتمام البيع قبل انقضاء مدة الإيجار، فإنه يرتب آثاره القانونية في مواجهة المؤجر «البائع» فإذا نكل الأخير، اعتبر إخلالاً من جانبه، بالتزاماته المستمدة من العقد الموعد به «البيع» الذي اكتمل وجوده قانوناً، بدفع آخر الأقساط، وإبداء الرغبة

(٦٦) في معنى م ٥٦١ مدني كويتي.

(٦٧) في معنى م ٤٥٤ مدني كويتي.

(٦٨) عبدالفتاح عبدالباقي، أحكام القانون المدني، عقد الإيجار، ج١ - ٢٤ / بنده ١ / وسليمان مرقس - عقد البيع /

١٩٨٠ / ٢٥ / بند ٢٣ - وحسام الدين الأهواني / مرجع سابق / ص ٣٥، وفي الفقه الفرنسي:

J. Hame, vente a temperement, et locations - ventes - D.H. 1930 - T. thullier, location - Vente - Ency. Dall. com. V° - V.

(٦٩) انظر: Ripert, et Roblot, Traité de droit commercial - 1 - 1980 - n°2519

والمراجع المشار إليها في هذا الموضوع.

(٧٠) حسام الدين الأهواني / مرجع سابق / ص ٣٥ / بند ٤٨.

في إتمام العقد النهائي. ويقتصر دور المحكمة - عند رفع الدعوى - على إجبار المؤجر، البائع باعتباره طرفاً في عقد البيع، وليس عقد الإيجار، بتنفيذ التزاماته الناتجة عن عقد البيع.

- فإذا لم يقيم المستأجر بالوفاء بالأقساط «الأجرة» وجب عليه رد العين المؤجرة، وتعتبر الأقساط التي دفعت، أجرة، مقابل الانتفاع، كذا، يمكن القول بأنها بمثابة تعويض عن فسخ العقد، أخذاً من القواعد العامة. كذا، لا يكون للمستأجر قبل الوفاء بكامل الأقساط، التصرف في العين المؤجرة، وإلا كان تصرفه غير نافذ في مواجهة البائع^{(٧١)(٧٢)}.

- ومجمل ما تقدم إذن أن البيع الإيجاري، يختلط فيه البيع بالإيجار، قبل سداد الأقساط «الأجرة» بالكامل ويعتبر إيجاراً إذا لم يقيم المستأجر بسداد الأقساط، خلال المدة المحددة، وبمثابة بيع عقب الوفاء بالثمن كاملاً. وينطوي ذلك على فائدة للمؤجر البائع مقابل «إجحاف» بالمستأجر المشتري.

٤٦ - وهكذا نصت المادة ١٤٠ تجاري كويتي على أن أحكام البيع بالتقسيط، تسري على البيع الذي يسميه المتعاقدان إيجاراً. وعليه، لا يمكن وصف هذا البيع بأنه إيجار ابتداءً، وبيع انتهاءً، بل هو بيع في البداية، والنهائية، بيد أن نقل الملكية، مؤجل إلى حين سداد الثمن بالكامل. وقبل ذلك يظل البائع محتفظاً بملكية المبيع بكل ما يترتب على ذلك من آثار - عرضنا لها آنفاً - فإذا تم الوفاء بكامل الثمن ارتدت ملكية المشتري إلى وقت البيع، لا إلى وقت الوفاء بآخر الأقساط، ما لم يتفق على غير ذلك. ومن قبل فقد تدخل المشرع المصري بنص م ٤/٤٣٠ مدني مؤكداً في سريان أحكام البيع على البيوع الإيجارية. ومعنى ذلك، أن الوفاء بكامل الثمن لا يؤثر في وصف العقد بالقانونين الكويتي والمصري، وإنما على نقل ملكية المبيع إلى المشتري. فالبيع الإيجاري فيهما بيع بالتقسيط، مع شرط الاحتفاظ بالملكية إلى حين سداد كامل الثمن، إنه عقد معلق على شرط واقف «سداد الثمن» لا تنتقل

(٧١) وقد اشتغل القضاء الفرنسي، خصوصاً بوضع العديد من القيود التي تهدف لحماية الغير، ودائني المستأجر من الآثار المترتبة على احتفاظ البائع بملكية العين، محل العقد لحين الانتهاء من جميع الأقساط وخصوصاً إذا استمر مدة طويلة، يظل المستأجر خلالها، قلقاً، أو إذا تضمن العقد، كما يحدث عادة - أقساطاً مرتفعة عن الإيجار العادي، أو عندما يجمع المؤجر بين مزايا المالك، والمؤجر معاً ويحرم المستأجر من مزايا المستأجر، والمشتري، فاعتبر البيع الإيجاري، في الحالات السابقة بيع حماية للمستأجر الموعود له بالبيع - بصفة خاصة مثلاً:

Paris 13 Janvier 1960 - RTD civ. 1960 - 619 obs. T.HFMARO

وقد توصل المشرع الكويتي، إلى نتائج مماثلة، بنصه في المادة ٢/١٣٧ تجاري على أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يكون نافذاً في مواجهة الغير، إلا بأسبقية ثبوت تاريخه على نشوء حق الغير، أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائن.

(٧٢) وقرب من ذلك، ما أكدته محكمة البعض المصرية، بأن تأجير السيارة التي نشأ عنها الحادث إلى المشتري، واحتفاظ البائع بملكيته، حتى دفع كل الأقساط، وتبين أن البائع ما زال محتفظاً بمقتضى العقد على الإشراف والرقابة على قائدها، يحمل البائع المسؤولية مع المشتري، نقض ١٩٥١/٥/٢٤ - الفكهاني - ٩٦ - ص ٩٦، رقم ١٤٤.

- ومعنى ذلك أن البائع إذا لم يحتفظ بالإشراف، والرقابة، لا يتحمل المسؤولية.

فيه الملكية، قبل تحقق الشرط الواقف ولا يؤثر في ذلك وصف المتعاقد بأنه مشتر، وليس مستأجراً. فإذا تصرف المشتري بالعين، قبل الوفاء بالثمن، بأي تصرف ناقل للملكية، اعتبر تصرفه غير نافذ في مواجهة البائع في القانون الكويتي (م ١٣٨ من قانون التجارة) بعكس القانون المصري. فضلاً عن حق المالك «البائع» في المطالبة بفسخ العقد، مع التعويض، إن كان له مقتضى. ومع ذلك لا يجوز الحكم بالفسخ إذا تبين أن المشتري قام بتنفيذ الجزء الأكبر من التزاماته خلافاً لقاعدة عامة، تمنح المحكمة السلطة التقديرية في فسخ العقد أو عدم الفسخ، حتى وإن توافرت شرائطه^(٧٣)(٧٤).

٤٧ - وسواء اعتبر المستأجر، المشتري، مستأجراً Locateur، قبل سداد الثمن، أو مشترياً Acheteur مع احتفاظ البائع بالملكية. فإن دعوى الضمان العشري للمباني، والإنشاءات لا تنتقل - كما أشرنا - إلا إلى المالك. وبالتالي لا يمكن للمستأجر المشتري في القانون الفرنسي ولا المشتري طبقاً للنظام الوارد بنص م ١٤٠ - تجاري كويتي، أو م ٤٣٠/٤ مدني مصري قبل سداد، الأقساط الاستفادة من دعوى الضمان العشري، في مواجهة المقاول، أو المهندس (أو غيرهم). فهو في الحالة الأولى مستأجر موعود له بالبيع. وفي الحالة الثانية، مشترٍ مع احتفاظ البائع بالملكية.

فإذا تم الوفاء بالثمن، اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع. وبذا، يجوز له رفع دعوى الضمان العشري، إذا حدث التهدم، أو الخلل، أو العيب، بسبب يرجع إلى وقت البيع في القانون الكويتي، أو من تاريخ سداد كامل الثمن بالقانون الفرنسي. وهو الوقت الذي يصبح فيه المستأجر مشترياً للبناء أو الإنشاء^(٧٤ مكرراً) وقبل ذلك، فإن دعوى الضمان الخاص، تكون للبائع، سواء اعتبر البيع الإيجاري، بيعاً بالتقسيم، أو اعتبر إيجاراً، انقلب بسداد الثمن إلى بيع. وتفسير ذلك، أن الحق في الرجوع بالضمان الخاص على المقاول أو المهندس، أو غيرهما، يعتبر حماية قانونية مرتبطة بالملكية، ارتباطاً وثيقاً، وبالتالي تظل هذه الدعوى في البيوع الإيجارية للمؤجر «المالك» والبائع بالتقسيم «الذي يحتفظ بالملكية». طالما لم يتم الوفاء بكامل الثمن.

٤٨ - ولما كان الضمان العشري يرتبط بالملكية، والملكية، بدورها، وفقاً للنظام الوارد بالمادة ١٤٠ تجاري كويتي أو م ٤٣٠/٤ مدني مصري تستند إلى وقت البيع، وفي البيوع الإيجارية، بالقانون الفرنسي، تستند إلى وقت الوفاء بالثمن. فهل معنى ذلك، تقصير مدة الضمان بالنسبة للتقنين الكويتي، والمصري، مقارنة بالقانون الفرنسي، الذي يستفيد فيه المشتري بمدة ضمان أطول، حيث لا تؤول إليه الملكية إلا بعد الوفاء بالثمن كاملاً. ويحد من أهمية هذا الاختلاف، أن الضمان العشري بالقانونين المصري، والكويتي، مشروط - على ما سنرى - بوجود عقد مقاول، أي لا ينطبق

(٧٣) قارن - حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٧٤) روبيير، وروبلو - المطول في القانون التجاري - ط ١٩٨٠، ط ١ - بند ٢٥١٩ - حسام الدين الأهواني - مرجع

سابق - موضع سابق - أحمد الزقرد - الوجيز في عقد البيع - ص ٢٧ / بند ٣١.

إلا على المباني، والإنشاءات التي تشيد بناء على علاقة مقاوله بين رب العمل، والمقاول أو المهندس وتسلم الأول البناء مقبلاً، وبذا، يبدأ سريان مدة الضمان. فإذا باع رب العمل البناء بطريقة البيع الإيجاري، واتفق مع المشتري على سداد الثمن بعد فترة ما فإن هذا الأخير لا يستفيد بمدة للضمان أطول من سلفه، فلا تضاف إلى مدة الضمان المحدد قانوناً، فترة سداد الأقساط. سواء اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع كما هو الحال في نص م ١٤٠ تجاري، كويتي أو نص م ٤٣٠/٤ مدني مصري^(٧٥) أو إلى وقت الوفاء بكامل الثمن كما هو الحال في القانون الفرنسي. ويبقى الفرض، الذي تنطبق فيه أحكام الضمان العشري على بيوع المباني، والإنشاءات، بصرف النظر عما إذا شيد البناء أو الإنشاء، بناء على عقد مقاوله، من عدمه في القانون الفرنسي وخاصة في الحالات التي يقوم فيها المقاول، أو المهندس، بالبناء لحسابه، بغرض البيع، فيما يسمى بالمقاول أو بالمهندس البائع. فإذا تم البيع بطريق البيوع الإيجارية للمباني أو الإنشاءات، واتفق على سداد الثمن، بعد فترة، أطول من مدة الضمان العشري ذاتها. فليس معنى ذلك امتداد مدة الضمان أكثر من عشر سنوات، فالمدة ذاتها تبدأ من تاريخ تسلم البناء مقبلاً من البائع، أو من يمثله قانوناً.

الفرع الثاني

الضمان العشري في الائتمان التأجيري

٤٩ - الائتمان التأجيري العقاري، اتفاق تتعهد بمقتضاه مؤسسة تمويلية على تأجير العميل أو العملاء فترة محددة عقار أو عقارات يتم شراؤها بناء على طلبه، وعند انتهاء فترة الإيجار ممكن للاتفاق أن يتمثل في رد العقار إلى المؤسسة التمويلية أو تجديد الإيجار مدة أخرى يتفق عليها، وأما تملك العقار على أساس التكلفة التي لم تغطها الأخيرة أو الأقساط فيما يسمى في الفقه - Valeure residuelle^(٧٥مكرراً).

(٧٥) وتطبيقاً لذلك، انظر: Civ. 24 Octobre 1967 - R.T.D. civ. 1968 - p.363 obs. Corn

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي يفرق في نطاق البيع الإيجاري، بين المنقولات والعقارات - وفي الأخيرة يسمى

العقد Location - accession ونظمه المشرع بقانون ١٢ يولييه ١٩٨٤، وحدد خصائصه الثلاث. انظر:

- Alary - Houin, La Location - Vente - R.D.I. 1985 - 1.

- A. Durance, la location - accessio, Masson - 1988.

(٧٥مكرراً) أحمد الزقرد/ الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي/ ص ٣٠/ بند ٣٣ - وطبقاً للفقرة الثانية من المادة

الأولى من قانون ١٩٦٦ الفرنسي، فإن الائتمان التأجيري العقاري عقد يقوم بمقتضاه أحد المشروعات بتأجير

أموال عقارية مخصصة لأغراض مهنية يشترتها المشروع، أو يتم بناؤها لحسابه بحيث تسمح للمستأجر بتملك

جميع الأموال أو بعضها في موعد أقصاه انتهاء الإيجار عن طريق تنفيذ وعد منفرد بالبيع، إما عن طريق اكتساب

ملكية الأرض التي أقيمت عليها المباني، وإما عن طريق انتقال ملكية المباني المشيدة على أرض مملوكة للمستأجر

بقوة القانون.

- وعلى ذلك تنتقل ملكية العقار إلى المستفيد، إما تنفيذاً لوعده منفرد بالبيع، وإما باكتساب حق ملكية الأرض التي شيد عليها البناء، تطبيقاً لأحكام الالتصاق. ولما كانت المسئولية العشرية عن التهدم أو الخلل أو العيوب الجسيمة بالبناء تبدأ في القانونين المصري، والفرنسي من تاريخ تسلم البناء مقبولاً، فإن للمستفيد الرجوع على المقاول، أو البائع من تاريخ تسلم العقار^{(٧٦)(٧٧)}.
- فإذا كان المستفيد أجنبياً عن عقد البيع، أو عقد المقاولة الذي أبرم بين المؤسسة التمويلية، والمقاول فإنه لا يستطيع الرجوع على البائع بالضمان ما لم تمكنه منه مؤسسة التمويل، صاحبة الحق أصلاً في الضمان العشري. ويلاحظ، بأن البائع لا يخضع لأحكام الضمان العشري إلا في حالة قيامه ببيع العقار فور تمام بنائه، بعدما أشرف عليه أو عهد به إلى شخص آخر^(٧٨).
- أما في الفرض الذي يتعاقد فيه المستفيد مباشرة مع المقاول فإنه لا حاجة به إلى تدخل مؤسسة التأجير الائتماني، لكي يتمكن من الرجوع على المقاول بالضمان العشري كذا، يجوز للمستفيد في عقد الائتمان التأجيري، إذا ما تقرر له حق الرجوع المباشر على المقاول، ومن في حكمه، التمسك بدعوى الضمان الثنائي، ودعوى الضمان السنوي، شأنه في ذلك شأن رب العمل، والمشتري في عقد المقاولة، وغيره من العقود.

المطلب الثاني

دعوى جمعيات الإسكان، وغيرها بالضمان العشري

٥٠ - ويرتبط بانتقال الحق في الضمان الخاص إلى المشتري مسألة أخرى، أوجدها الواقع، المعاصر، وأزمة الإسكان في العديد من البلدان. هي انضمام الأفراد إلى جمعيات تعاونية للبناء، أو جمعيات فئوية للإسكان كإسكان الأطباء، والمحامين، وغيرهم. وهذه الجمعيات بدورها تبرم عقود مقاولات إنشاء مبانٍ، لحساب أعضائها. فإذا هلك البناء، أو الإنشاء، أو حدث تهدم خلال مدة الضمان، فهل يملك المشتري «بوصفه عضواً» رفع دعوى الضمان العشري، أم يظل هذا الحق للجمعية وحدها؟ وتسهل الإجابة عن التساؤل السابق، إذا اعتبرنا أن الضمان يرتبط بالملكية، فإذا انتقلت إلى المشتري «العضو» بتسليم المبنى، كان لهذا الأخير وحده رفع دعوى الضمان في مواجهة المقاول، أو

(٧٦) أو المادة ٤/٤٣٠ مدني مصري.

(٧٧) كما هو الحال في نص م ١٩٧٢ مدني فرنسي.

(٧٨) وهي مسألة أثارت العديد من الصعوبات في القانون الفرنسي، وخصوصاً، أنه من غير المتصور، أن يكون التسليم، والتسليم من شخص واحد فقط هو المقاول، أو المهندس.

المهندس، (وغيرهما في القانون الفرنسي) إذا تحقق سببه خلال المدة المحددة والمشتري «العضو صاحب الأسهم» يصبح مالكا، عندما يخصص الشقة، أو الجزء الخاص به، ما لم تكن الجمعية قد تعاقدت مع المقاول بوصفها نائبا عن أعضائها.

٥١ - وقد جرى قضاء النقض المصرية على أنه متى كانت جمعية المساكن، لم تعلن وقت إبرام العقد، أنها تعاقدت مع المقاول، نيابة عن أعضائها، وكان لا يوجد في نصوص العقد، ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة، أو ضمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية، وليس إلى أعضائها، ومن ثم، يكون للجمعية وحدها الحق في مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة. وبالتالي لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية الضمان إلا إذا ثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانونا^(٧٩).

فقضاء النقض. إذن، يؤسس إبرام عقود المقاولات من جانب جمعيات الإسكان لحساب أعضائها على فكرة الوكالة، فإن تعاقدت بوصفها وكيلاً عن الأعضاء، فإن آثار العقد من حقوق والتزامات تنصرف إلى ذمة الأعضاء. ومنها، وأهمها حق العضو «المشتري» في رفع دعوى الضمان العشري، إذا تحقق سببه، خلال المدة المحددة قانوناً، فإذا لم توجد وكالة، انصرفت آثار عقد المقاولة للبناء، أو الإنشاء إلى الجمعية «بوصفها رب العمل» ولها وحدها، مطالبة المقاول، أو المهندس بالضمان الخاص، فإذا انتقلت الملكية إلى الأعضاء. فقدت الجمعية صفة رب العمل، وتنتقل هذه الصفة إلى العضو «المشتري» فيكون من حقه المطالبة بالضمان الخاص، إذا تحقق سببه «التهدم أو الخلل الكلي أو الجزئي، أو العيب الجسيم خلال المدة المحددة قانوناً».

٥٢ - أما قبل انتقال ملكية البناء، أو الإنشاء إلى العضو «المشتري»، فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه لا يجوز للعضو في الجمعية رفع دعوى الضمان العشري^(٨٠) وإن اتجهت بعض الأحكام مع ذلك إلى القبول، - بصورة ضمنية - بحق العضو «صاحب الأسهم في الجمعية» في المطالبة بالضمان العشري^(٨١).

٥٣ - فإذا عدنا إلى قضاء النقض المصرية، الذي يقول بوكالة جمعيات الإسكان عن أعضائها، فهو محل نظر من جانب بعض الفقهاء^(٨٢) فالوكالة لا تكون إلا في التصرفات القانونية، بينما البناء،

(٧٩) نقض ١٩٦٩/٤/٢٩ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٠ - ص ٦٩٣ - نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ - مرجع سابق - س ١٧ - ص ١٠١٧ - بينما أعلنت محكمة النقض الفرنسية، صراحة، عدم قبول دعوى الضمان العشري من أي شخص لا يكون له صفة رب العمل وقت رفع الدعوى، وكذا، مجلس الدولة بالنسبة للجمعيات التعاونية مثلاً: Civ. 26 Fevrier 1963 - A.J.P.i - 11 - 770 - n°82.
Civ. 18 Juillet 1964 - B.civ. 375 - p. 397.
Civ. 5 Mai 1977 - B.civ. 111 - 152
(٨٠) مثلاً: Civ. 28 November 1967-D. 1968 - 163 obs. Cornu
(٨١) مثلاً: Civ. 3 Janvier 1969 - J.C.P. 1969 - 11 - 15863 not. Li et - Veaux
(٨٢) مثلاً، شكري سرور - مذكرات - مرجع وموضع سابقين.

أو الإنشاء من الأعمال المادية، وحتى إن اختلطت بتصرف قانوني، فإنه لا يغير من وصفها من مقالة إلى وكالة، فالغالب هو العمل المادي، بالنسبة لأعمال البناء، والإنشاء^(٨٣) وما نراه أقرب إلى الصواب، أن الجمعيات التعاونية أو الفئوية. تبرم عقود مقاولات لحسابها، وباسمها الخاص، فتعتبر رب عمل في مواجهة المقاول، أو المهندس، وقد ترى بعد ذلك بيع المباني أو الإنشاءات للأعضاء بالجملة أو بالتجزئة وعندما تنتقل الملكية إلى العضو، يكون له وحده، بعد أن فقدت الجمعية صفة رب العمل - المطالبة بالضمان الخاص، إذا تحقق سببه^(٨٤).

أما إذا قامت الجمعية نفسها بالبناء، لحسابها، بوصفها مقاولاً «كجمعيات المهندسين» مثلاً، ثم انتقلت الملكية لأعضائها، بالبيع، أو بأي طريق آخر من طرق انتقال الملكية. فإن العضو «المشترى» لا يكون له مع ذلك التمسك بأحكام الضمان العشري، وإن وقع تهدم، أو خلل، أو عيب جسيم بالمبنى، خلال المدة المحددة بالقانونين المصري، والكويتي. ذلك أن العقد الذي شيد البناء، بناءً عليه لم يكن مقولة، فقد جمعت الجمعية بين صفتها كرب عمل، ومقاول، ومهندس في آن واحد، بينما تقتصر دعوى الضمان العشري على عقود المقاولات التي تبرم بين رب عمل، ومقاول أو مهندس. وعلى العكس، يكون لعضو الجمعية في الفرض المطروح في القانون الفرنسي. المطالبة بالضمان الخاص في مواجهة الجمعية «المقاول البائع» بنص صريح في م ١٧٩٢ من القانون المدني^(٨٥). نفتقد مثله - للأسف - في القانونين المصري والكويتي.

٥٤ - بقى الفرض، الخاص بالبناء، أو الإنشاء بالنسبة للشركات التي تقوم على الملكية السياحية «نظام الانتفاع بالوقت» multi- proprieté. وفيها فإن دعوى الضمان العشري تكون للشركة، وليس للمالك السياحي، وذلك بنص صريح في القانون الصادر في فرنسا في ٦ يناير ١٩٨٦^(٨٦) ولا مثيل له في القانونين المصري والكويتي، فوجب لذلك تطبيق القواعد العامة في ارتباط الضمان العشري بالملكية.

وثمة فرض آخر في القانون الكويتي. مفاده ما تقوم به الحكومة. ممثل في وزارة الأشغال العامة، بتقديم الأرض، والأموال إلى أحد المقاولين المحليين أو الدوليين للقيام بالبناء، فيما يسمى

(٨٣) اقترب من ذلك حكم النقض - ١٦/٥/١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض س١٨ - ص ١٠٠٥.

(٨٤) انظر: Civ. 14 novembre 1970 - B. civ - 111 - 611

وفي الفقه الفرنسي Caston, la responsabilité des constructeurs, 2^{ème} éd. n°370

(٨٥) فبعد أن أوضحت المادة المذكورة، بأن كل مشيد للمبنى يعتبر مسؤولاً بالضمان بقوة القانون نصت فقرتها الأولى - تفصيلاً - على أنه: يعتبر مشيداً، أو معمارياً للعمل، كل مهندس معماري، أو مقاول، أو فني، أو أي شخص يرتبط برب العمل بعقد مقولة - كل شخص يبيع بناء، أو إنشاء، بعد إتمام إنجازه، أو قبل الإنجاز - كل شخص يقوم بعمل مشابه لعمل المقاول، حتى، ولو كان يتصرف بوصفه وكيلًا عن مالك العمل... فاعتبر البائع، مسئولاً، بالضمان، شأنه في ذلك شأن سائر المشيدين.

(٨٦) نشر في الجريدة الرسمية - عدد ٧ يناير ١٩٨٦.

بنظام «القسائم» لحسابها. على أن تنتقل ملكيتها بعد ذلك - بتسهيلات مالية - إلى الأفراد العاديين وبذا، ينتقل حق الضمان العشري إلى هؤلاء الأفراد. وتبدأ مهلة الضمان بمجرد إتمام البناء، أو الإنشاء من قبل المقاول المحلي أو الدولي. إذا كان العقد المبرم بين وزارة الأشغال العامة، والمقاول المذكور، عقد مقاول. فإن لم يكن كذلك، لا يجوز لهؤلاء، التمسك بأحكام الضمان العشري، قبل وزارة الأشغال العامة، ولا المقاول المذكور. بيد أن لهم - مع ذلك - التمسك بقواعد العيوب الخفية. بالمبنى، أو الإنشاء، إذا توافرت الشروط الأخرى الواردة بالمادة ٤٨٩ وما بعدها من القانون المدني^(٨٦م).

فإذا تراخى، انتقال ملكية المباني، والإنشاءات مدة ما، إلى الأفراد بعد إتمام البناء، والإنشاء، وتسلم الحكومة، - وهو ما يحدث عادة - فإن هذه المدة تنتقص من مهلة الضمان العشري أخذاً من نص المادة ١/٦٩٢ مدني كويتي.

المبحث الثاني: المشكلات المرتبطة، بنطاق الضمان

- تمهيد وتقسيم:

٥٥ - إذا سلمنا، بانتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري للبناء أو الإنشاء، خلال المدة المحددة، فإن التساؤل يثور بعد ذلك، بصدد إمكانية تطبيق أحكام الضمان في العلاقة بين المشيدين وخصوصاً بين المقاول الأصلي، والمقاول من الباطن؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب، أمكن لرب العمل، «المقاول، أو المهندس البائع» والمشتري منه في القانون الفرنسي التمسك بأحكام الضمان العشري، ليس فقط قبل المقاول الأصلي «البائع» بل المقاول من الباطن، أو عليهما معاً بالتضامن، أما في القانونين المصري، والكويتي، فلا تنطبق قواعد الضمان العشري - على الفرض المطروح - لعدم وجود علاقة مقاول.

كذا، يبقى التساؤل قائماً في الحالة التي يبيع فيها رب العمل، بناء أو إنشاء شيد، بعقد مقاول، فإذا سلمنا بامتداد أحكام الضمان العشري لتشمل المشيدين خصوصاً المقاول الأصلي، والمقاول من الباطن أمكن للمشتري من رب العمل «البائع» التمسك بأحكام الضمان قبل المقاول من الباطن كذلك. وهي مسألة اختلفت بشأنها التشريعات الثلاثة على ما سنرى لاحقاً.

- ويثور التساؤل أخيراً بصدد حق المشتري في رفع دعوى الضمان العشري عن التهدم أو

(٨٦م) أحمد الزقرد - الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي - وحدة التأليف والترجمة والنشر بكلية الحقوق جامعة الكويت / ١٩٨٨ / ص ٢١٧ / بند ٢٤٥.

الخلل، أو العيب الذي يلحق الأجزاء المشتركة في ملكية الشقق، والطبقات والفرض، أنه يملك الشقة، أو الطبقة، ملكية مفرزة، ويملك الأجزاء المشتركة ملكية شائعة؟

٥٦ - وسوف نعرض في مطلب أول لتطبيق أحكام الضمان العشري في العلاقة بين المشيدين المقاول الأصلي، والمقاول من الباطن.

ثم، تطبيق قواعد الضمان بالنسبة للأجزاء المشتركة في ملكية الشقق، والطبقات - - مطلب

ثان -.

المطلب الأول

أحكام الضمان في العلاقة بين المشيدين

٥٧ - يرتبط بانتقال الضمان العشري إلى المشتري التساؤل عن إمكانية تطبيق أحكامه في علاقة المقاول الأصلي بالمقاول أو بالمقاولين من الباطن، الذين يعهد إليهم تنفيذ كل عمليات البناء أو الإنشاء أو بعضها؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب، كان معنى ذلك أن المقاول الأصلي يكتسب صفة رب العمل le maitre de l'ouvrage في مواجهة هؤلاء. وترتب على ذلك نتيجة أخرى مؤداها، أنه إذا باع المقاول الأصلي البناء، بافتراض أنه يبني لحسابه، فيما يسمى بالمقاول البائع L'entrepreneur Vendeur، فإن الضمان الخاص ينتقل إلى المشتري فيكون لهذا الأخير، الحق في طلبه، إن تحقق سببه خلال المدة المحددة على المقاول أو على المقاولين من الباطن على الأقل في القانون الفرنسي فإن كانت الإجابة سلباً، لا يستفيد المقاول الأصلي ولا المشتري منه من الضمان، على افتراض أن الأول يبني لحسابه في مواجهة المقاول من الباطن. وإذا تمسك المشتري بأحكام الضمان قبل المقاول الأصلي «البائع» لا يكون للأخير الرجوع بالدعوى نفسها على المقاول من الباطن، وإن ثبت أن سبب التهدم، أو الخلل يرجع لخطأ هذا الأخير.

٥٨ - وقد اختلفت التشريعات في الإجابة عن التساؤل المطروح، فقد رفضها المشرع المصري بنص صريح. ونظيره الفرنسي بنص ضمني. وسكت عنها المشرع الكويتي فلم يصرح، أو يلمح بالقبول، أو بالرفض. وذلك على النحو الآتي.

الفرع الأول

في القانونين، المصري والفرنسي

٥٩ - جاءت عبارات الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدني مصري، صريحة في عدم سريان أحكام الضمان العشري، على ما يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن. فقصرت بذلك، نطاق الضمان من حيث المستفيدين منه على رب العمل في عقد المقاولة، وخلفه العام،

والخاص. وليس من هؤلاء، المقاول الأصلي الذي لا يعتبر رب عمل، بالمعنى الذي حددناه آنفاً^(٨٧) وبرتت المذكرة الإيضاحية للنص ذلك؛ بأن هذه المسؤولية الاستثنائية، قد تقررت «لأن رب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المقاول، والمهندس من الناحية الفنية، أما المقاول، والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان. مما لا يدعو إلى الحاجة إلى استحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما^(٨٨) وكل ما ورد بالنص المذكور، ومذكرته الإيضاحية، يتسق والحكمة التي تغياها المشرع أصلاً من المسؤولية العشرية، ألا وهي توفير حماية قانونية، خاصة لأرباب الأعمال، وملاك المباني، والإنشاءات، بوصفهم من غير المهنيين المتخصصين الذين يلومون بقواعد البناء وهندسة المعمار. وبما تتميز هذه المقاولات من تعقيد، وخطورة خاصة. وهو لا يتحقق، في العلاقة بين المشيدين «المقاول، والمقاول من الباطن» فلا يملك الأول دعوى الضمان العشري قبل الآخر لتخلف الحكمة منها^(٨٩) كذا، لا يكون للمشتري من المقاول الأصلي بافتراض أنه يبني لحسابه بغرض البيع، دعوى الضمان الخاص على المقاولين من الباطن، لأن سلفه لا يملكها أصلاً. فالمشتري يرجع على المقاول، والمهندس بدعوى الضمان التي انتقلت إليه بالبيع من رب العمل. فإذا لم يكن لهذا الأخير الحق في رفع دعوى الضمان. خاصة، وقد انتهينا إلى أن دعوى المشتري، بالضمان، ليست دعوى، تقررت له خصوصاً، بل انتقلت إليه من رب العمل بانتقال ملكية البناء أو الإنشاء إعمالاً لأحكام م ١٤٦ مدني مصري. ومما يقطع بذلك، أن المشتري للمبنى أو الإنشاء من المقاول أو المهندس «البائع» مباشرة لا يكون له التمسك بأحكام الضمان.

٦٠ - والواقع، أن الفرض الذي نعرض له، لا يكون للمشتري الرجوع على المقاول البائع، ليس فقط لأن أحكام الضمان لا تنطبق في القانون المصري على ما يكون للمقاول من الرجوع على المقاولين من الباطن. وإنما لأن الضمان العشري ذاته مرهون بوجود عقد مقاول^(٩٠) وفي حالة المقاول الذي يبني لحسابه، لا نكون بصدد مقولة، أي علاقة بين رب عمل، ومقاول أو مهندس لاستحالة وجود مقولة بين الشخص، ونفسه^(٩١) وبالتالي لا يمكن تصور رجوع المشتري أصلاً على المقاول البائع إلا بدعوى العيوب الخفية طبقاً للمادة ٤٤٧ مدني، إذا توافرت شرائطها، وليس بدعوى الضمان الخاص. ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها، أن المشتري من المقاول البائع حتى في حالة وجود نص يمنح المقاول الأصلي الرجوع بالضمان الخاص على المقاولين من الباطن. لا

(٨٧) راجع بند (٢). والحاشية (١٦).

(٨٨) السنهوري/ المرجع السابق/ ص ١١٩، الذي أشار بدوره إلى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ - ص ١٩، وما بعدها.

(٨٩) م ٦٥١ مدني مصري وم ٦٩٢ مدني كويتي، وقارن م ١٧٩٢ مدني فرنسي.

(٩٠) السنهوري/ مرجع سابق/ ج٧/ ص ١١٠/ بند ٦٣.

(٩١) في هذا المعنى/ ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ٢٥/ بند ١٠.

يستفيد من أحكام الضمان لأنها نظام خاص بعقود المقاولة. ويترتب على ذلك نتيجة أخرى، أنه لا يمكن حماية المشتري من المقاول البائع، بدعوى الضمان الخاص إلا بنص صريح، باعتبار الأخير في حكم المعماري Constructeur الملتمزم بالضمان. استثناءً من المبدأ العام الذي يشترط وجود عقد مقاولة، وهي الخطة التي انتهجها المشرع الفرنسي بالمادتين ١٧٩٢، و ٢٢٧٠ مدني - كما سنرى لاحقاً^(٩٢) - وحتى في القانون الفرنسي لا يجوز للمشتري من المقاول البائع، الحق في الضمان العشري على المقاولين من الباطن. حيث حدد المشرع الأشخاص المسؤولين بالضمان على سبيل الحصر، وليس من بينهم المقاول من الباطن، فاستبعده بذلك من الضمان، ضمناً وهو ما أكدته القضاء الفرنسي في أحكام عدة، فيما يمثل اتجاهها عاماً^{(٩٣)(٩٤)}.

- ولذا، حكم مثلاً، بأن المقاول من الباطن لا يلتزم إلا في مواجهة المقاول الأصلي، وأن مصدر الالتزام، الرابطة العقدية بينهما. ولا يعتبر مسئولاً، مسئولية تعاقدية قبل رب العمل الذي يعتبر أجنبياً عن العقد^(٩٥) وفي حكم الدوائر المجتمعة، في قضية Besse، أن مسئولية المقاول من الباطن في مواجهة رب العمل لا تقوم إلا على أساس تقصيري^(٩٦)
- كذا، جرى قضاء النقض الفرنسية، على إلزام رب العمل، في دعوى المسئولية التقصيرية، بإثبات خطأ المقاول من الباطن. ولا يكون لهذا الأخير التمسك بأحكام العقد، أو الإعفاء من المسئولية في العلاقة التعاقدية بينه، وبين المقاول الأصلي للإعفاء من المسئولية قبل رب العمل^(٩٧). وحكم كذلك بأن المقاول من الباطن لا يخضع لأية مسئولية خاصة قبل رب العمل. فيما عدا الحالة التي يقوم فيها المقاول من الباطن بتقديم المواد، والعناصر التجهيزية الداخلة في عملية البناء. وحتى في هذه الحالة لا يسأل بوصفه مقاولاً من الباطن، وإنما

(٩٢) وإن مرت هذه المسألة بتطور، بدأ بقانون ٣ يناير ١٩٦٧، ثم بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ - انظر: O. Robin, A propos de la loi du 4 Janvier 1978 - Architecte - Avril 1978 - 17.

(٩٣) بداية في نقض ١٢ فبراير ١٨٦٨ - دالوز - ٦٨ - ١ - ٥٠٢، فيما أشار إليه السنهوري - مرجع سابق / ج٧ / ص ١١٢.

(٩٤) ونقض ٢٥ يونيو ١٩٨٥ - بلقان - مدني - ٣ - رقم ١٠٢ - ونقض ٣ أكتوبر ١٩٨٥ - ج س ب - ١٩٨٦ - ٢٠٦٠١ - تعليق B. Bloch - ونقض ١٢ يونيو ١٩٩١ - بلتان مدني - ٣ - رقم ١٤٥.

(٩٥) انظر: 549 - R.D.i, 1995 - 22 Novembre 1994 - Toulouse.

وفي هذا المعنى: Versailles, 10 Decembre 1993 - et MontRellier 8 Octobre 1992 R.D.i. 1994 - 250.

(٩٦) الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية - ١٢ يوليو ١٩٩١ - دالوز - ١٩٩٢ - مختصرات - ١١٩ - رقم ١٦ و تعليق G. viney و ج س ب ١٩٩١ - ٢ - رقم ٢١٧٤٣ - ودالوز ١٩٩١ - ص ٥٤ و تعليق J. Ghestin، ودالوز ١٩٩١ - مختصرات - ٣٢١ - ملاحظات Aubert

ج س ب ١٩٩١ - طبعة مشروعات - ٢ - رقم ٢١٨ - تعليق Larroumet

(٩٧) انظر مثلاً: Civ. 7 Juillet 1992 - B. Civ. - 1 - 221
Civ. 23 Juillet 1992 - B. Civ. - 1 - 195
Civ. 11 Decembre 1991 - B. Civ. 111 - 319

باعتباره صانعاً Fabricant يلتزم - كما سنرى - بالضمان العشري، بالتضامن مع المفاوض الأصلي، طبقاً لنص الفقرة الرابعة من المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي^(٩٨). وغير خافٍ بأنه لولا، هذا النص، لما أمكن مساءلة الصانع بالضمان^(٩٩) العشري. ولما كنا نفتقد مثل هذا النص الخاص بالقانون المصري، فإن الصانع، ومن في حكمه لا يسأل بالضمان العشري.

الفرع الثاني في القانون الكويتي

٦١ - لم يرد بالتقنين المدني الكويتي أي نص صريح، كتنظيره المصري، ولا ضمنى كما هو الحال بالتقنين الفرنسي، يتعلق بتطبيق، أو استبعاد تطبيق أحكام الضمان العشري في العلاقة بين المشيدين «المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن» وقد فسر سكوت المشرع في القانون الكويتي عند بعض الفقهاء^(١٠٠) على أنه بمثابة استبعاد تطبيق أحكام الضمان الخاص، في العلاقة بين المفاوض والمفاوض من الباطن من دون ذكر أية أسانيد. لذا، سنحاول البحث عن مبررات هذا الاتجاه: فنبادر إلى القول بأنه قد يستند - ربما - إلى الصفة الاستثنائية لأحكام الضمان العشري، التي تقررت في علاقة رب العمل، وخلفه العام أو الخاص قبل المفاوض، أو المهندس فلا تمتد، لتشمل العلاقة بين المفاوض الأصلي، والمفاوض من الباطن، فلا يعتبر الأول بمثابة رب عمل يستفيد من الضمان الخاص قبل المفاوض من الباطن، والقول بغير ذلك، يعني التوسع في تفسير حكم استثنائي، والقياس عليه وهو غير جائز ومردود على ذلك بأن المشرع الكويتي، لو أراد استبعاد تطبيق أحكام الضمان العشري في العلاقة بين المفاوض الأصلي، والمفاوض من الباطن، لنص على ذلك صراحة، كما فعل نظيره المصري، ويقطع بذلك أن المذكرة الإيضاحية لنص م ٦٩٢ مدني صريحة في تأثر المشرع الكويتي بالتقنين المصري، سواء فيما يتعلق بأشخاص الضمان العشري، أو بمدى الضمان ونطاقه^(١٠١) أما، وقد سكت، فلا يفسر سكوته - بالضرورة - في اعتقادنا، على أنه استبعاد لأحكام الضمان في علاقة المفاوض الأصلي بالمفاوض من الباطن. فالأصح أن يفسر السكوت، خضوعاً للاعتبارات العملية التي تساند دعوى الضمان الخاص، على أنه رغبة - لم يصرح بها - في تطبيق قواعده في علاقة

(٩٨) انظر في هذا المعنى: Civ. 20 Juin 1989 - B. civ. 111 - n° 146

وفي الفقه - A. Benabent مرجع سابق - ص ٣٢٨.

(٩٩) بشرط أن يكون قد تدخل، في صناعة جزء من المبنى، أو عنصر من عناصره التجهيزية الخاصة - ولاحقاً - بند ١٤٥.

(١٠٠) شكري سرور - الذي عرض لحكم م ٦٥١ من القانون المدني المصري الذي يستبعد تطبيق أحكام الضمان في العلاقة بين المفاوض الأصلي بالمفاوض من الباطن، واستطرد يقول «ويمكن القول بذلك أيضاً في القانون الكويتي رغم عدم وجود مثل هذا الاستدراك فيه» - مرجع سابق/ ص ١٩٩/ بند ١٧٤.

(١٠١) المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على نص م ٦٩٢.

المشيدين، فيعتبر المقاول الأصلي بمثابة رب عمل، يستفيد من أحكام الضمان المشددة في مواجهة المدين «المقاول من الباطن».

ولا يغير من ذلك أن يكون الضمان العشري، نظاماً مرتبطاً بعقد المقاولة. ويتعين أن يكون العقد مبرماً مع رب العمل الذي يتمسك بأحكام الضمان. حيث يعتبر المقاول الأصلي - في غياب نص خاص - بمثابة رب عمل في علاقته بالمقاولين من الباطن.

٦٢ - ثم إن القول باستبعاد أحكام الضمان العشري على هذه العلاقة، معناه، تحمل المقاول الأصلي وحده آثار الضمان العشري في مواجهة رب العمل، وإن رجع سبب التهدم، أو العيب، أو الخلل، لخطأ المقاول من الباطن^(١٠٢) وقد يرد على ذلك بأن خطأ الأخير يرد إلى خطأ المقاول الأصلي، بإهماله، واجب الرقابة، والإشراف عليه أثناء تنفيذ الأعمال التي عهد بها إليه. أي أنه، مسئول عن خطئه الشخصي، لا عن أخطاء المقاول من الباطن. ومردود على ذلك بداية بأن تقسيم العمل، والتخصص فيه من ناحية، والتطور الذي شمل أساليب البناء، والتشييد من ناحية أخرى، قد أسفر عن أعمال يقوم بها المقاول من الباطن لا يعلمها، ولا يمكن أن يعلمها المقاول الأصلي فنياً، أو تقنياً. وبالتالي، فإن الإشراف، أو الرقابة، المدعى بهما، لا يمكن إلا أن تكون في جانبها التنظيمي، أو الإداري البحت، لعدم معرفة المقاول الأصلي أو إلمامه بدقائق عمليات البناء، أو التشييد. وبذا، ينبغي إخضاع المقاول من الباطن لدعوى الضمان الخاص، والقول بغير ذلك يعني تحميل المقاول الأصلي أعباء الضمان المشددة، للخطأ الذي ارتكبه المقاول من الباطن، دون أن تخوله حق الرجوع عليه بالأحكام نفسها التي أدين بمقتضاها. ومردود على ذلك مرة أخرى بأن إدانة المقاول الأصلي في دعوى الضمان العشري قبل رب العمل، تسهل رجوعه من بعد على المقاول من الباطن. فدعوى الضمان، تنعكس بآثار غير مباشرة على الأخير، عندما تمنح لرب العمل الرجوع على المقاول الأصلي، وهو رجوع قانوني Plein - droit لتمكن الأخير من الرجوع بدوره على المقاول من الباطن بدعوى المسؤولية العقدية. وخاصة إذا كان العيب أو التهدم متعلقاً بالعمل الذي قام به هذا الأخير. ومردود على ذلك بأن دعوى الضمان العشري، قد صيغت بقواعد أمره. لا يجوز الاتفاق على الحد أو الإعفاء منها، كما أن التزام المقاول، أو المهندس بالضمان، التزام بتحقيق نتيجة، ومدة الضمان نفسها عشر سنوات، بعد تسلم رب العمل البناء مقبولاً، أو بعدم إتمام البناء، أو الإنشاء كما قدمنا. بينما دعوى المسؤولية العقدية، التي يرجع بها المقاول الأصلي على المقاول من الباطن لا توفر الحماية ذاتها، فهي لا تنشأ إلا إذا وجد عيب بالبناء، تتوافر له جميع شرائط العيوب الخفية، ومدتها أقل^(١٠٣) كما يجوز الاتفاق على الإعفاء، أو الحد من المسؤولية العقدية. ولا ريب أن العدالة تأبى الرجوع على

(١٠٢) في هذا المعنى S. David من:

La responsabilité des architectes, et entrepreneurs dans les jurisprudences française, et Belege, Melanges - Voirin. p.162.

- وعكس ذلك - حكم الدوائر المجتمعة - ١٢/٢/١٩٦٨ - دالوز - ١٩٦٨ - ١ ص ٥٠٢.

(١٠٣) المادة ٤٨٩ مدني كويتي المقابلة للمادة ٤٤٧ مدني مصري.

المقاول الأصلي بأحكام مشددة ولا تخوله الرجوع على المقاول من الباطن إلا بقواعد المسؤولية العقدية المخففة. وخاصة إذا تحقق سبب الضمان العشري لخطأ وقع من المقاول من الباطن.

٦٣ - وقد يحتج على ذلك، بأن تشديد مسؤولية المقاول الأصلي بالضمان، سوف تدفعه عملاً إلى ممارسة الرقابة الجادة، لأعمال المقاول من الباطن^(١٠٤) وتبادر إلى القول بأن مسؤولية المقاول الأصلي عن الأخطاء الصادرة من المقاول من الباطن لا ترقى إلى اعتبارها مسؤولية المتبوع عن عمل التابع لأن هذا الأخير لا يخضع لرقابة، أو توجيه من الأول بل يعمل مستقلاً عنه. لذا، حكم مثلاً بأن القانون يجعل المقاول الأصلي مسؤولاً، وإنما بوصفه ضامناً لأعمال المقاول من الباطن^(١٠٥). وهي حجة نستند إليها للقول بأن المقاول من الباطن، وهو يباشر عمله على استقلال، ومع تقدم أساليب البناء من الناحية التقنية، ومع أزمة الإسكان التي دفعت بالمقاول الأصلي إلى الاكتفاء، بدور الممول Promoteur* لا يتفق، والقول، بعدم تطبيق أحكام المسؤولية العشرية في مواجهة المقاول من الباطن الذي يقوم بأعمال التنفيذ الفعلي.

٦٤ - وبالتالي، لا يصح - في نظرنا - القياس على موقف التشريع المصري، ولا سيما أحكام الضمان العشري في العلاقة بين المقاول، والمقاول من الباطن في التقنين الكويتي، لعدم وجود نص صريح أو ضمني من ناحية، ولأن السكوت، ربما ينبئ - من ناحية أخرى - عن عدم قناعة المشرع الكويتي، بالاعتبارات التي حدت بنظيره المصري إلى استبعاد أحكام الضمان في العلاقة بين أهم المساهمين في عمليات البناء. وأراد في الوقت ذاته، ترك الباب مفتوحاً لاجتهاد الفقه، والقضاء، ليزدهر. فلا يفسر سكوته بوصفه استبعاداً لقواعد الضمان المشددة في العلاقة بين المقاولين. وبمكنة المحاكم الكويتية، أن تلزم المقاول من الباطن، بآثار الضمان العشري، قبل المقاول الأصلي، دون أن ينعى عليها تجاوز نصوص القانون.

على أن، عدم وجود نص، يخول المقاول الأصلي، الرجوع بأحكام الضمان العشري على المقاول من الباطن، وتفسير السكوت، على أنه تأكيد لحق الضمان في العلاقة بينهما محدود بحدود هذه العلاقة، فلا يتعداها، لينطبق على دعوى المشتري من المقاول الأصلي «البائع» قبل المقاول من الباطن. لأن الضمان العشري ذاته، لا ينطبق، كون البناء لم يشيد بناء على عقد مقالة بين رب العمل، والمقاول. ويمكن للمشتري - في الفرض المطروح - الرجوع بدعوى العيوب الخفية على المقاول، البائع، أي بوصفه بائعاً، يلتزم - طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، بضمان العيوب الخفية في البناء، أو الإنشاء. كما يجوز له، من ناحية أخرى، الرجوع على المقاول من الباطن، على أساس المسؤولية التقصيرية. ولا يجوز الجمع بين المسئوليتين.

(١٠٤) في هذا المعنى: السنهوري/ المرجع السابق/ ج٧/ بند ٦٣ - ولييب شنب/ المرجع السابق/ بند ١٠٦ - شكري سرور/ مرجع سابق/ بند ١٧٤.

(١٠٥) مثلاً، نقض ١٣ مارس ١٩٩١ - بلتان مدني - ٣ - رقم ٩١.

وتفصيلاً Benabent - مرجع سابق - ص ٣٢٧ - بند ٦١٨.

(*) ولا نقصد الممول العقاري، المنصوص على مسئوليته بالضمان العشري بالمادة ١٨٣١ من القانون المدني الفرنسي

- إنما نقصد من يقتصر دوره على تقديم الأموال فقط لذا، لزم التنويه.

٦٥ - وجدير بالملاحظة أن موقف القضاء الفرنسي، قد تطور، فيما يتعلق بدعوى المشتري بالعيب الخفي، فافترض سوء نية الصانع، ومن في حكمه «الموزع والبائع، والمورد» بوصفه مهنيًا، محترفًا، يعلم، أو من المفروض أن يعلم، بالعيوب الكامنة بالمواد، والأدوات الداخلة في عمليات البناء. وأجاز للمشتري، رفع الدعوى لمجرد حدوث الضرر، وتوسع في تفسير العبارات الواردة بالمادة ٦٤١ مدني، وما بعدها.

ورغم تشدد القضاء في مواجهة المهنيين عموماً، ومشيدي المباني، والإنشاءات بصفة خاصة، فيما يتعلق بعيوب المواد الداخلة في عمليات البناء، أو تصنيعها، إلا أنها لا ترقى بحال من الأحوال، إلى درجة الحماية التي توفرها دعوى الضمان العشري لرب العمل والمشتري منه، قبل المقال، أو المهندس، أو المعماريين عموماً^(١٠٦).

٦٦ - وبطبيعة الحال، يكون لمشتري البناء أو الإنشاءات، الاستفادة من أحكام الضمان، بالإحالة إلى نص م ١٧٩٢ من القانون الفرنسي، أو مواد الضمان بالقانونين المصري، م ٦٥١ مدني، والكويتي (م ٦٩٢ مدني) في العقد المبرم، أي حتى، ولو كان العقار قد شيد بغير المقاولة، أي في الحالات التي لا يجوز فيها رفع دعوى الضمان العشري لعدم توافر شرط المقاولة وتفسير ذلك، أن دعوى الضمان العشري، كونها تتعلق بنص أمر، لا يجوز الاتفاق على الحد، أو الإعفاء منها، وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً. وإنما يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تشديد الضمان. واشتراط المتعاقدين، وصول الضمان، حد الضمان العشري بمثابة اتفاق على التشديد، وهو جائز قانوناً، لكن الحكم المذكور، لا ينطبق إلا إذا اتفق عليه، بعكس الضمان العشري، الذي تنطبق أحكامه، بقوة القانون - كما أسلفنا -.

٦٧ - وقد تضمن التقنين المدني الفرنسي النص على حق المشتري «المالك» بالضمان العشري في مواجهة المقاول، أو المهندس البائع، استثناءً من المبدأ العام الذي يشترط وجود عقد مقاولة. لا يجوز مع ذلك للمشتري الرجوع بالضمان على المقاولين من الباطن. فقد نصت م ١٧٩٢ - حصراً - على المسئولين بالضمان الخاص. وليس من بين هؤلاء المقاول من الباطن كما سنرى - فدل ذلك - ضمناً - على عدم خضوعه لأحكام الضمان العشري. لا في مواجهة المقاول الأصلي، أو المشتري منه، في حالة بيع البناء، خلال المدة المحددة. ولا يصح في نظرنا - القياس على موقف المشرع الفرنسي، للقول بعدم تطبيق أحكام الضمان المشددة في العلاقة بين المقاول، والمقاول من الباطن بالقانون الكويتي. لسبب بدهي، أن المشتري في القانون الفرنسي، ليس في حاجة - في الواقع - إلى دعوى الضمان الخاص قبل المقاول من الباطن ما دام أن نص م ١٧٩٢ مدني قد خوله الرجوع بهذه الدعوى على عدد كبير من الأشخاص الذين يساهمون في عملية البناء^(١٠٧) فضلاً عن أنه يملك دعوى الضمان أصلاً على المقاول البائع بنص خاص - بالفقرة الثانية من المادة المذكورة - لا مثل

(١٠٦) في هذا المعنى - p.166 - Caston, op. cit.

(١٠٧) راجع البند ٣، والحاشية ١٨.

له في القانون الكويتي الذي يتعين فيه النظر، فيما إذا كانت الملكية قد انتقلت للمشتري من رب عمل بناء على عقد مقاولة، أو انتقلت إليه من مقاول أو مهندس بائع. وفي الحالة الأولى - بعكس الثانية يخوله القانون الحق في رفع دعوى الضمان الخاص. فالمشرع بعبارة أخرى فرق في بيوع العقارات الجديدة بين فرضين: الأول، الشراء من رب عمل لبناء، شيد بعقد مقاولة. والثاني، الشراء من مقاول، أو مهندس يبني لحسابه بغرض البيع وفي الفرض الثاني، لا يكون للمشتري الحق في الضمان الخاص، وإن تحقق سببه خلال المدة المحددة، لعدم وجود عقد مقاولة. وإن خوله المشرع، الحق في رفع دعوى ضمان العيوب الخفية، إذا توافرت شرائطها على المقاول أو المهندس البائع، أو إذا اتفق في العقد المبرم بينهما على تشديد أحكام الضمان، بالإحالة إلى نص م ٦٩٢ مدني كويتي. أو بالإحالة إلى الشروط العامة Fidic بافتراض أنها تلزم المقاول أو المهندس بالضمان العشري لتهدم البناء، أو وجود عيب جسيم يتهده بصرف النظر عن الطريقة التي شيد البناء، بناء عليها.

٦٨ - أما الفرض الذي يشيد فيه البناء بناء على عقد مقاولة، وطبقاً للتفسير الذي نراه، يكون للمقاول الأصلي، الاستفادة من أحكام الضمان العشري قبل المقاول من الباطن ويكون هذا الحق لرب العمل، والمشتري منه. طالما توالى البيوع خلال المدة المحددة قانوناً للضمان. اعتباراً بأن حق الضمان، يتبع الملكية في أي يد تكون، وبما أن المقاول الأصلي - مع سكوت المشرع - يملك الدعوى على المقاول من الباطن. فإن هذا الحق ينتقل إلى رب العمل في عقد المقاولة وإلى المشتري منه بالبيع، ولا يحد من انتقال الضمان، أن تكون العلاقات التعاقدية المتتالية، غير منتظمة، فتشتمل على المقاولة في علاقة المقاول الأصلي، ورب العمل والمقاولة في علاقة المقاول الأصلي، والمقاول من الباطن، والبيع في علاقة رب العمل، والمشتري، وهو الاتجاه الذي أكدته من قبل محكمة النقض الفرنسية، في الرجوع بأحكام الضمان العشري من قبل رب العمل، والمشتري منه - على صانع المواد، والأدوات الداخلة في عمليات البناء، بالتضامن مع المقاول الأصلي^(١٠٨) وهو الاتجاه الذي كرسه المشرع - بنص صريح في الفقرة الرابعة للمادة ١٧٩٢ مدني - كما سنرى تفصيلاً^(١٠٩) رغم عدم وجود علاقة تعاقدية بينهما، ورغم أن العلاقات التعاقدية المتتالية، التي ينحدر منها - (إذا جاز التعبير) حق المشتري في رفع دعوى الضمان العشري، قطعها عقد المقاولة، فالفرض أن العلاقة بدأت ببيع بين المقاول، والصانع، ثم بمقاولة بين رب العمل والمقاول، ثم ببيع - مرة أخرى - بين رب العمل، والمشتري. ورغم ذلك أجيء لهذا الأخير، أخذاً بنظرية السلسلة العقدية، التمسك بأحكام الضمان العشري في مواجهة الصانع، ومن في حكمه من الموزعين، والمستوردين، للمواد، والأدوات الداخلة في عمليات البناء^(١١٠).

Civ. 24 Novembre 1987 - J.C.L. 1988 - IV - 45.

(١٠٨) مثلاً:

Civ. 26 Octobre 1988 - R.G.A.T. 1989 - 92

(١٠٩) انظر لاحقاً - بند ١٤٧.

(١١٠) Boubli (B.) - مرجع سابق - مجلة القانون العقاري ١٩٩٢ - ص ٢٧ - ودراسته سألقة الذكر في ج.س.ب.

١٩٧٤ - ١٦٤٦ - فقه - رقم ١٦٤٦.

٦٩- ويمكن الأخذ بهذا الحكم في القانون الكويتي، إنما في العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن - لأنه لم يشتمل على نص صريح - كالقانون المصري، ولا ضمنى كالقانون الفرنسي، يفيد استبعاد تطبيق أحكام الضمان العشري في العلاقة بين المشيدين. فيخول للمشتري، في الحالة التي يشيد البناء فيها بناء على عقد مقاولة رفع دعوى الضمان، على المقاول من الباطن، رغم انعدام الرابطة التعاقدية بينهما، ورغم أن العلاقات العقدية المتتالية، غير منتظمة. فهي مقاولة بين المقاول الأصلي، والمقاول من الباطن، ومقاولة بين رب العمل، والمقاول الأصلي، وبيع بين رب العمل، والمشتري. فيكون لهذا الأخير، في الفرض الذي يبنى فيه البناء، بعقد مقاولة، التمسك بأحكام الضمان العشري ليس فقط قبل المقاول الأصلي، فهو يملكه بصريح نص م ٦٩ مدني، محمولاً على نص م ٢٠٢ مدني. وإنما كذلك قبل المقاول من الباطن، فإذا تمسك المشتري بالضمان، قبل المقاول الأصلي أمكن للأخير، الرجوع، بالضمان ذاته على المقاول من الباطن، خصوصاً، إذا ثبت أن سبب الضمان، أي التهدم، أو الخلل أو العيب الجسيم بالمبنى أو الإنشاء، قد تحقق خطأ وقع من الأخير.

٧٠- أما في الفرض الذي لا يبنى فيه العقار، بناء على عقد مقاولة بين رب العمل، والمقاول أو المهندس لا يكون للمقاول الأصلي التمسك بأحكام الضمان الخاص قبل المقاول من الباطن لأنه لن يلتزم بهذا الضمان أصلاً قبل رب العمل، أو المشتري منه «خلفه الخاص». ولا تطبق قواعد الضمان العشري برمتها على البناء، أو الإنشاء، وإن تحقق التهدم أو الخلل أو العيب خلال المدة المحددة لتخلف شرط من شروطها، وهو عقد المقاولة وإنما يجوز للمقاول الأصلي - مع ذلك - الرجوع على المقاول من الباطن، بقواعد المسؤولية العقدية، بناء على الرابطة العقدية بينهما ويكون لرب العمل، ومشتري البناء أو الإنشاء، التمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية قبل المقاول من الباطن، بشرط إثبات الخطأ الذي أوقع الضرر بالمبنى، أو الإنشاء.

فإذا شيد البناء بناء على عقد مقاولة، فإن هذا الأخير سوف يفضل الرجوع بأحكام الضمان العشري على المقاول الأصلي، أو المهندس، ولهذا الأخير الرجوع بالأحكام نفسها على المقاولين من الباطن، طبقاً للرأي الذي انتهينا إليه.

٧١ - مجمل القول إذن إنه يجوز للمقاول الأصلي في القانون الكويتي، الرجوع بأحكام الضمان العشري على المقاولين من الباطن. لسكوت المشرع، من ناحية وتفسير سكوته، للاعتبارات العملية، والمبررات التي تساند الضمان الخاص من ناحية أخرى على أنه امتداد لحق الضمان في علاقة المقاول، بالمقاولين بين الباطن، بينما لا يكون للمشتري من المقاول أو المهندس البائع، الرجوع بالضمان العشري لا على المقاول الأصلي «البائع» ولا على المقاولين من الباطن لأن الضمان ذاته مشروط بوجود مقاولة، تنعدم في الفرض المذكور. ولا يختلف الحكم في القانون المصري، عنه في القانون الكويتي.

فإذا وجد عقد مقاولة كان لرب العمل، والمشتري منه الرجوع بالضمان ليس فقط في مواجهة

المقاول والأصلي بحسب، وإنما كذلك قبل المقاول من الباطن ويكون للمقاول الأصلي. حال الرجوع عليه بالضمان الرجوع بدوره، بأحكامه نفسها على المقاولين من الباطن. وهي نتيجة تختلف عما انتهينا إليه في القانون المصري، لوجود نص صريح يستبعد الرجوع على المقاول من الباطن بأحكام الضمان العشري ولا اجتهاد مع طرحه النص. ويتفق القانونان بعد ذلك، وللعلة نفسها، في عدم أحقية المشتري في حالة بيع البناء، أو الإنشاء من قبل المقاول، أو المهندس البائع التمسك بالضمان الخاص على المقاولين من الباطن. ولا يكون للمشتري، سوى رفع دعوى المسؤولية العقدية، طبقاً للقواعد العامة^(١١١).

٧٢ - وقد يدعى - بهذا الشأن - بأن المشرع الكويتي، كالمشرع الفرنسي، استبعد - ضمناً - تطبيق قواعد الضمان العشري في العلاقة بين المشيدين «المقاول الأصلي، والمقاول من الباطن» بنصه على المسؤولين بالضمان على سبيل الحصر، وهما «المقاول، والمهندس» ومردود على ذلك بأنه ولو صح هذا النظر، لما احتاج المشرع المصري أن يضمن نص م ٦٥١، فقرة، يستبعد بمقتضاها أحكام الضمان العشري في علاقة المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن. بعد أن نص كنزير الكويتي، على تطبيق هذه القواعد أصلاً على المقاول والمهندس «المعماري». ما لم يعتبر ذلك تزييداً، يتعين مبدئياً تنزيه المشرع عنه. والفرق بين النص الكويتي، والفرنسي، أن الأخير قد بين على سبيل الحصر، الأشخاص المسؤولين بالضمان (٢) لاعتبار المهنة، أو التخصص «كالمقاول، والمهندس» أو لأنه يعلم أو من المفروض أن يعلم بالعيوب الداخلة. بمواد البناء وأدواته، كالصانع ومن في حكمه، أو لأنه أدار أعمال البناء، كالوكيل عن رب العمل، والممول العقاري. وليس من بين هؤلاء المقاول من الباطن، فدل ذلك - ضمناً - على استبعاده من أحكام الضمان العشري. بخلاف النص الكويتي الذي لم يذكر سوى المقاول، والمهندس، والأولى وردت عامة، فوجب تفسيرها على أعمال المقاولات جميعاً أصلية أو من الباطن ما دام لم يرد أي نص يستبعد الأخير من الخضوع لقواعد الضمان. كما فعل المشرع المصري صراحة، أو الفرنسي دلالة.

٧٣ - فضلاً عما تقدم، لا يمكن القياس على التشريع الفرنسي، الذي عبر خصوصاً عن رفضه تطبيق أحكام الضمان الخاص في العلاقة بين المقاول، والمقاول من الباطن في مناسبات أخرى، منها، ما ورد بنص المادة ٣٨/١١١^(١١٢) م من التقنين الجديد للمباني والإسكان، بتطبيق أحكام الضمان على المراقبين الفنيين، الذين يعملون لحساب رب العمل، ويستبعد من الضمان أي مراقب فني

(١١١) كأن يتمسك بأحكام العيوب الخفية بالمبنى أو الإنشاء في مواجهة المقاول أو المهندس البائع - وتفصيلاً
:J.P.Karila - td:

La garantie decennale demeure-t-elle une garantie des vices cachés sous l'empire de la loi du 4 Janvier 1978 - R.D.I. 1987 - 27.

(١١٢) وعبر G.Liet - Veaux عن هذا الحصر، بعبارة: La construction - j-cl fasc - 203 List des Personnes tenues

يعين بواسطة المعماري «المقاول أو المهندس، وغيرهما» فيكون مقاولاً من الباطن، حتى ولو قام رب العمل بنفسه بدفع حساب المراقبة الفنية - م ٢ من قانون ٤ يناير ١٩٧٨^(١١٣) ولم يرد مثل هذا النص بالتشريع الكويتي.

٧٤ - ثم إن التوسع في المسؤولين بالضمان بالقانون الفرنسي، الذي يقابله تضيق نطاق من يلتزم بالضمان في القانون الكويتي، ينهض مبرراً معقولاً لمد نطاق المسؤولية العشرية في علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، ولولا النص ضمناً في القانون الفرنسي، وصراحة في القانون المصري، لامتد نطاق الضمان ليشمل هذه العلاقة في القانونين المذكورين.

٧٥ - ولنا ملاحظات عدة، على النص الفرنسي الذي يستبعد تطبيق أحكام الضمان الخاص على المقاولين من الباطن، نجملها فيما يلي:

أولاً - أن عدم مساءلة المقاول من الباطن بالضمان الخاص، في مواجهة المقاول الأصلي، وهو ما ينعكس خصوصاً على علاقة المشتري للمبنى أو الإنشاء، فلا يكون له التمسك بأحكام الضمان العشري قبل المقاول من الباطن، قد خلقت مشكلات عدة، عبر معها بعض الفقهاء^(١١٤) - بحق - عن الرغبة في مد نطاق الضمان ليشمل المقاول من الباطن.

ومن هذه المشكلات، أن التقنين المدني الفرنسي، بعكس التقنين المدني المصري، أو الكويتي، قد أدخل الصانع، ومن في حكمه، ضمن المسؤولين بالضمان العشري بالتضامن مع المقاول الأصلي (م ٤/١٧٩٢ مدني) وقد تدق التفرقة بين من يعتبر مقاولاً من الباطن، فلا يضمن سلامة، ومثانة البناء أو الإنشاء، أو صانعاً يلتزم بالضمان بالتضامن أخذاً من نص الفقرة الرابعة من المادة ١٧٩٢ مدني. ومردود على ذلك، بأن المقاول من الباطن يتدخل في ميدان العمل، أو الإنشاء، فيقدم خبرته، وخدماته، بينما يقتصر دور الصانع على تسليم المواد، والأدوات الداخلة في عملية البناء، أو التشييد. فالتفرقة بينهما تقوم على طبيعة الدور الذي يلعبه كل منهما في عمليات البناء، أو الإنشاء وتدق التفرقة - مع ذلك في الفرض الذي يتدخل فيه الصانع، شأنه شأن المقاول من الباطن، فيقدم خبرته، وخدماته، على الأقل أثناء مراجعة، أو فحص Vérification المواد، والأدوات الداخلة في البناء، والإشراف على جودة تركيبها وسلامته، فلا يعرف - والحال هكذا - هل يتدخل بوصفه صانعاً، يقدم المواد، والأدوات، ويعتبر مسؤولاً بالضمان، بالتضامن مع المقاول الأصلي عن عيوب، أو سوء تصنيع هذه المواد، أم على العكس، يتدخل بوصفه مقاولاً من الباطن، غير مسئول بالضمان، وإن وقع الخطأ بسبب يرجع إليه^(١١٥).

(١١٣) وملاحظات Larroumet في مرجع سابق - p.311 - R.D.I. 1981

(١١٤) انظر مثلاً:

H. Perinet - Marquet, Le fabricant, sous traitant, une hybridation difficile - J.C.p. 1989 - 1 - 3399.

Civ. 7 Novembre 1984 - R.D.I. 1985 - 159.

(١١٥) كما في حكم:

Civ. 5 Fevrier 1985 - B. Civ - 111 - n° 23

وانظر:

٧٦ - ثانياً - ويلاحظ أن بعض الأحكام، قد اتجهت إلى إعفاء المقاول من الباطن من المسؤولية العشرية، اعتباراً، بأنه لم يبرم عقد مقاوله مع رب العمل. وعلى حد تعبير محكمة النقض الفرنسية^(١١٦) في حكم لها عام ١٩٦٨، "Parce qu'ils n'ont Pas souscrit un marché avec Le maitre d'ouvrage" وهو حكم، يتسق، والقانون الصادر في ظله، «ق - ٣ يناير ١٩٦٧» وكان يفترض المقاوله شرطاً لتطبيق قواعد الضمان العشري. وهو غير صالح للتطبيق في ظل العمل بقانون ٤ يناير ١٩٧٨، الذي امتد بنطاق الضمان - كما أسلفنا - ليشمل أشخاصاً لم يبرموا عقود مقاوله، فيسأل الصانع، ومن في حكمه، وكذا الوكيل، والممول العقاري والبائع - على ما سنرى - ولو لم يبرم عقد مقاوله مع رب العمل.

٧٧ - ويلاحظ ثالثاً بأن القضاء الفرنسي مستنداً إلى روح القانون المذكور قد توسع في نطاق الضمان العشري فلم يتردد مثلاً في الحكم بأن المورد للمواد، والأدوات الداخلة في أعمال البناء، بناء على عقد الامتياز مع الصانع، مسئول بالضمان عن عيوب المواد التي تم توريدها، كما اعتبر ملزماً بمقتضى العقد المذكور، بضمان تقديم المساعدة الفنية^(١١٧).

- واعتبر مسئولاً بالضمان كذلك من لا يبيع المنتج، ولكن يكلف، مقابل أجر بمراقبة عمليات البيع، وتقديم المساعدات الفنية لاستعمال المواد الداخلة في عمليات البناء أو التشييد^(١١٨). ونتساءل كيف يمكن اعتبار أن هؤلاء مسئولون بالضمان العشري، ولا يمتد نطاق الضمان ليشمل المقاول من الباطن، ودوره أكثر ظهوراً في أعمال البناء، أو الإنشاء؟

٧٨ - كذا، يلاحظ، أخيراً، أن العقود النموذجية. لجمعيتي F.N.B. و F.N.T.B، ورد بهما النص، على التزام المقاول من الباطن، بالضمان العشري في مواجهة المقاول الأصلي. طبقاً، للأحكام ذاتها الواردة بنص م ١٧٩٢ من القانون المدني. ويعتبر، المقاول من الباطن كذلك مسئولاً مسئولية عقدية، قبل المقاول الأصلي، عن مخالفته للالتزامات الواردة بالعقد المحرر بينهما - م ٤/١٣، ن ٥/١٣ من العقود النموذجية^(١١٩).

(١١٦) انظر: Civ. 12 Decembre 1968 - B.Civ. 111 - 419

(١١٧) كما في حكم: Civ. 7 Decembre 1988 - G.P. 1989 - 1 - Pan. - 22

(١١٨) كما في حكم: Civ. 27 Octobre 1982 - R.D.I. 1983 - 234 obs. Malinvaux et Boublis.

وقد بلغ توسع المحاكم في المسؤولين بالضمان ذروته، عندما قدم، القائم على تقسيم أراضي البناء «Lotisseur» في

إحدى الدعاوى - على أنه مسؤول بالضمان العشري - صحيح أن محكمة النقض رفضت ذلك، في

Civ. 20 Mars 1978 - B. Civ. 111 - n° 127.

كما عبر البعض - F. Lefebvre - مرجع سابق - بند ١٢٠٠٠١ عن دهشته من مساءلة القائم على تقسيم

أراضي البناء بالضمان الخاص لكنه يدل على اتجاه عام ينحو للتوسع في تطبيق أحكام الضمان العشري من ناحية.

وفائدة أحكام الضمان العشري مقارنة بغيرها من ناحية أخرى.

(١١٩) وانظر، كذلك م ٤/١٠ من الشروط العامة؛ لجمعية B.T.P. - وانظر تفصيلاً:

S. Abbatucci, solutions apportées dans le contrat - type. de sous - traitance du BTP. aux principaux problèmes que posent les relations de sous - traitance. R.D.I. 1995 - 247.

- والنص الوارد بالعقود النموذجية المذكورة، يترتب عليه توسيع نطاق الضمان العشري، بإضافة المفاوض من الباطن إلى قائمة المسؤولين بالضمان العشري. قبل المفاوض الأصلي. وبذا يكون لرب العمل، أو المشتري منه، أن يتمسك بأحكام الضمان، في مواجهة المفاوض الأصلي، أو المفاوض من الباطن، فإذا رجع في الدعوى على المفاوض الأصلي، أمكن لهذا الأخير، التمسك بقواعد الضمان العشري نفسها على المفاوض من الباطن. ويحد من أهمية، توسيع نطاق الضمان ليشمل العلاقة بين أهم المساهمين في عمليات البناء. أو التشييد، أن العقود النموذجية، لا تعتبر ملزمة بذاتها. ما لم يتفق أطراف العلاقة التعاقدية على اعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد.

٧٩ - وقد يرى البعض - من زاوية أخرى - بأن الضمان العشري قد تقرر لرب العمل أي للشخص الذي يقيم البناء، أو الإنشاء لحسابه في الحقيقة، فلا يستفيد منه أي شخص آخر^(١٢٠) اعتباراً بأن هذا النص استثناء من القواعد العامة. ولو أخذ بهذا النظر على إطلاقه لترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد الضمان العشري بالنسبة لمن آلت إليه ملكية البناء، أو الإنشاء خلال مدة الضمان. وهي نتيجة غير مستساغة كونها، تعطل عملاً من نص م ٢٠٢ مدني كويتي، المقابلة للمادة ١٤٦ مدني مصري. وقد يرد على ذلك، بأنه يمكن الاستثناء بالنسبة للمستفيدين من الضمان الخاص، وإدخال المفاوض الأصلي ضمن الدائنين به، بينما لا يجوز التوسع في الملزمين به باعتباره خروجاً على القواعد العامة. ومردود على ذلك بأن الاستثناء للدائن يعني عملاً بالتوسع في المدين. فالقول بأن المفاوض الأصلي دائن بالضمان العشري لا معنى له ما لم يوجد المدين. وهو بحكم الواقع العملي المفاوض من الباطن.

- ومجمل القول إذن إن التساؤل، بصدد امتداد نطاق الضمان العشري في العلاقة بين المشيدين، في القانون الكويتي، تقتصر آثاره على علاقة المفاوض بالمفاوض من الباطن. فيمتد نطاق الضمان ليشمل هذه العلاقة، لسكوت المشرع من ناحية، ولاعتبارات العدالة التي تساندها من ناحية أخرى. ولا تمتد إلى المشتري من المفاوض البائع، حتى قبل انقضاء مدة الضمان. والقول بحق المشتري في رفع دعوى الضمان العشري على المفاوض الأصلي «البائع» ورجوع الأخير بدوره بالدعوى نفسها على المفاوض من الباطن لن يتحقق في القانون الكويتي، إلا إذا تزحزح المشرع عن موقفه بربط الضمان، بالمقابلة، كما فعل المشرع الفرنسي، الذي أجاز تطبيق أحكام الضمان العشري خارج نطاق المقابلة وعليه، يكون للمشتري التمسك بأحكام الضمان قبل المفاوض البائع، ويكون لهذا الأخير كما هو رأى بعض الفقهاء رفع الدعوى ذاتها على المفاوض من الباطن^(١٢١) ويحد من هذه المسألة أن المشرع الفرنسي قد توسع بالنسبة للأشخاص المسؤولين بالضمان العشري، واستبعد ضمناً المفاوض من الباطن.

(١٢٠) في هذا الفرض Boubli - مرجع سابق - ص ٦٥ / بند ١١٠.

(١٢١) لاعتبارات العدالة، وتعقيبات الفقرة الرابعة للمادة ١٧٩٢، والخلط بين الصانع والمفاوض من الباطن في العديد من الحالات - كما في نقض ٧ نوفمبر ١٩٨٤ - في: R.D.I. 1985 - 159 - وانظر في هذا المعنى H. Perinet - Marquet

مرجع سابق - ج س ب - ١٩٨٩ - ج ١ - رقم ٣٣٩٩.

المطلب الثاني تطبيق قواعد الضمان العشري على الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات.

٨٠ - الفروض التي عرضنا لها - آنفاً - ترتبط بالملكية المفترزة للبناء^(*)، أو الإنشاء، ألت إلى المشتري، فتحوله بالتالي رفع دعوى الضمان الخاص عن الخلل، أو التهدم أو العيب الذي يلحق بها. وإنما يثور التساؤل بصدد حق المشتري في الضمان عن الأجزاء المشتركة فيما يعرف بملكية الشقق، أو الطبقات. وبعبارة أخرى، هل يكون لمشتري الجزء المفترز «الشقة، أو الطبقة» الحق في رفع دعوى الضمان العشري عن التهدم أو الخلل الذي يمس الجزء المشترك، كالمداخل، والأسطح، والسلالم، والأعمدة المعدة لحمل البناء أو الجدران الرئيسية للمبنى بأكمله. بافتراض أن العقار شيد بناء على عقد مقاوله؟

٨١ - والإجابة عن التساؤل السابق تكتسب أهمية خاصة من نواح عدة: أولها، انتشار ملكية الطبقات، أو الشقق، خصوصاً مع أزمة الإسكان، وارتفاع ثمن الأرض «فهذا النظام يوفق بين اعتبارين أبرزت ظروف العصر تعارضهما، الأول، ميل الإنسان إلى التملك، وبخاصة لمسكنه، حتى يشعر بشيء من الاستقرار ويهيئ مسكنه على النحو الذي يرضيه، والثاني عدم قدرة كثير من الأشخاص، وبخاصة من أبناء الطبقة المتوسطة على تملك منزل خاص مستقل وحده بتملكه، أو عدم قدرته على تملك منزل مستقل تتوافر فيه المزايا، التي تتوافر في شقة في بناء كبير، ولذا، وتوفيقاً بين هذه الاعتبارات وجد نظام ملكية الطبقات، واتسع نطاقه»^(١٢٢).

ثانياً: ما ثبت عملاً من حدوث تهدم، أو خلل، أو عيوب جسيمة، بالأجزاء المشتركة من البناء، وليس بالوحدات السكنية المفترزة، تؤثر في البناء بأكمله^(١٢٣) الشقة، أو الطبقة بما يثير التساؤل عن حق المشتري في رفع دعوى الضمان الخاص؟

٨٢ - والإجابة عن هذا التساؤل، ينبغي أن تسبقها الإجابة عن سؤال قبلها، عن يملك الأجزاء المشتركة، ما دام أن دعوى الضمان - كما انتهينا^(١٢٤) - دعوى ملكية ترتبط بداية برب العمل، وتنتقل منه إلى المشتري «أو الخلف الخاص» خلال المدة المحددة قانوناً؟

(*) فإن لم يكن البناء قد شيد بناء على عقد مقاوله، فلا يكون للمالك - كما أسلفنا - في القانونين المصري والكويتي رفع دعوى الضمان الخاص، لا عن الأجزاء المفترزة، ولا عن الأجزاء الشائعة.
(١٢٢) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص م ٨٤٨ مدني كويتي.
(١٢٣) وخصوصاً في مصر، حيث تنقطع علاقة الملاك، ببيع المبنى شققاتاً أو طبقات، من دون التزام من جانبهم بالصيانة.
(١٢٤) سابقاً - بند ٢٣.

ونبادر إلى القول إن المشرع، قد عرض للأجزاء المشتركة، وحصّة كل شريك فيها، كما عرض للأحكام الخاصة بملكية هذه الأجزاء بوصفها شائعة شيوعاً إجبارياً^(١٢٥) فلا يجوز طلب قسمة هذه الأجزاء، ولا يجوز لمالك الشقة التصرف فيها مفرزاً^(١٢٦) وإذا تصرف مالك الجزء المفرز بالبيع، تدخل حصّة المتصرف في الأجزاء المشتركة بقوة القانون فيما يشملها التصرف «إلى المشتري» باعتبار أن الحصّة الشائعة في الأجزاء المشتركة تابعة أو ملحقة بالجزء المفرز المتصرف فيه. وبحسب الأصل فإن الأجزاء المشتركة، تكون مملوكة ملكية مشتركة، ويتحدد نصيب كل مالك فيها بنسبة الجزء الذي يملكه مفرزاً.

وبما أن الأجزاء المشتركة، ليست ملكية خالصة، لمشتري الشقة، أو الطبقة من العقار المتعدد الشقق، أو الطوابق، وبما أن دعوى الضمان العشري دعوى ملكية فإن التساؤل ما زال قائماً عن حق المشتري لجزء مفرز في الضمان الخاص عن التهدم أو الخلل أو العيب الجسيم الذي يلحق الأجزاء المشتركة.

ونؤكد بداية أن ملكية هذه الأجزاء المشتركة؟ ليست خالصة، لأن لكل مالك في سبيل الانتفاع بما يملكه مفرزاً أن يستعمل هذه الأجزاء المشتركة، فيما خصص له، مع مراعاة حقوق غيره من الملاك، وليس له أن يحدث تعديلاً في الجزء الشائع إلا بقيود معينة.

ويشترك الجميع في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وتجديدها، ويحدد نصيب كل مالك في الشيوع الإجباري في التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزاً.

٨٣ - فإذا انتهينا إلى أن الأجزاء المشتركة، يتعلق بها حق الشركاء الآخرين في المبنى. فإن التساؤل ما زال قائماً عن حق المشتري لشقة، أو لوحدة سكنية في رفع دعوى الضمان العشري؟ والإجابة عن التساؤل المطروح مرت بتطور في القانون الفرنسي فكان القضاء الفرنسي، يسلم - بداية - بحق مالك الجزء المفرز في رفع دعوى الضمان العشري، إذا حدث خلل، أو تهدم، أو عيب جسيم، سواء أكان الخلل بالجزء المفرز أم بالجزء الشائع «المشترك» من المبنى^(١٢٧) وقيل تبريراً لذلك إن دعوى الضمان العشري ترتبط بالملكية، والفرض أن جميع الشركاء مالكون، فيجوز لأي منهم التمسك بأحكام الضمان^(١٢٨). واستند البعض الآخر، تبريراً لهذا القضاء إلى فكرة المصلحة^(١٢٩).

(١٢٥) وذلك بالمواد ٢/٨٤٨، وم ٨٥٢ مدني كويتي - والمادة ٨٥٦ مدني مصري.

(١٢٦) وانظر شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون الكويتي/ ١٩٩٤ / ص ٨٤ / بند ١٢٦.

(١٢٧) مثلاً: Nice, 15 Octobre 1962 - G.P. 1963 - 1 - 42

Civ. 28 Novembre 1967 - D. 1968 - 163.

(١٢٨) انظر: Mazeaud، مرجع سابق - ج ٣ - ص ٦٦.

(١٢٩) وخاصة في أحكام مجلس الدولة، فيما أشار إليه شكري سرور - الضمان العشري - مذكرات، أنفة الذكر / مرجع

سابق / ص ٢٠٨ / الحاشية رقم (٥) ومثال ذلك من القضاء الفرنسي:

C.E. 10 Novembre 1967 - A.J.D.A. 1968 - 313.

فإذا قام ملاك المبنى بإنشاء، اتحاد الملاك، فإن القضاء كان يذهب إلى أنه ليس له صفة في ممارسة دعوى الضمان الخاص، باعتبار أن سلطاته مقصورة على الإدارة، والانتفاع، بينما دعوى الضمان العشري، دعوى ملكية، وبالتالي لا يكون لاتحاد الملاك صفة في رفع الدعوى بالضمان، عن الخلل، أو التهدم، أو العيب الذي يلحق الأجزاء المشتركة^(١٣٠).

وفي مرحلة لاحقة صدر قانون ١٠ يوليه ١٩٦٥، الذي ألزم الملاك، للمباني المتعددة الشقق، أو الطوابق إنشاء اتحاد للملاك. ونص فيه على صفة الاتحاد، ممثلاً في مأموره. في رفع الدعاوى منفرداً، أو مع الملاك المشتركين، بغية حماية الحقوق المتعلقة بالمبنى^(١٣١). ومنها، وأهمها دعوى الضمان العشري.

وفضلاً عما تقدم يكون لكل مالك، منفرداً، رفع الدعوى لحماية نصيبه في الأجزاء المشتركة، بشرط إخطار اتحاد الملاك مسبقاً^(١٣٢) سواء في ذلك دعاوى الملكية أو الانتفاع.

- كما نصت م ١٤ من القانون المذكور على أن مأمور الاتحاد، مسئول عن الأضرار التي تحدث للملاك المشتركين، أو الغير عن عيوب البناء، أو عن تخلف الصيانة للأجزاء المشتركة^(١٣٣).

٨٤ - ومقابل ذلك يكون لمشتري الجزء المفرد وحده الحق في الاستفادة من أحكام الضمان العشري على أملاكه المفردة «شقة، أو طبقة» إذا لم يكن سبب التهدم أو الخلل عيباً امتد إليها من الأجزاء المشتركة كالأسطح، والسلالم، والأعمدة الخرسانية الحاملة للجدران الرئيسية، أو للمبنى بأكمله^(١٣٤).

ومع ذلك يثور التساؤل التالي: هل يكون لمأمور الاتحاد وحده، رفع دعوى الضمان العشري، إذا حدث الخلل، أو التهدم بالأجزاء المشتركة والمفردة في آن واحد؟ لقد مرت الإجابة عن هذا

(١٣٠) وابتداء من حكم النقض الفرنسي - ١١ يناير ١٩٦١ - دالوز ١٩٦١ - مختصرات - ص ٤١، اعترفت المحاكم، بصفته في رفع دعوى الضمان.

(١٣١) مثلاً: Civ. 18 Fevrier 1981 - G.P. 3 Septembre 1981 - Som -

(١٣٢) انظر م ١٥ من القانون المذكور - ولم يرد عليها أي تعديل بعد صدور قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٥.

(١٣٣) مثلاً: Civ. 8 Mars 1972. Act. Jur. 1972 - p.1

«لمأمور الاتحاد رفع الدعوى عن الأجزاء المشتركة» ولجميع الشركاء التدخل في الدعوى المرفوعة من مأمور الاتحاد - انظر: Givord et Giverdon, la copropriété, 1974 - 531.

ولمأمور الاتحاد رفع دعوى الضمان، سواء رفع الخلل بالأجزاء المفردة، أو المشتركة.

Civ. 20 juin 1978 - B. Civ. 193.

T.G.I. Paris 27 Fevrier 1980 - Qot. Jur. 14 Mars 1981 .

Civ. 15 Mai 1974 - B.Civ. n° 190.

التساؤل بتطور في الفقه^(١٣٥) والقضاء^(١٣٦) إلى أن استقرت، الأحكام^(١٣٧) في الوقت الحالي على أن لمأمور الاتحاد، التمسك بأحكام الضمان الخاصة عن الأجزاء المشتركة، وغيرها، ويجوز للملاك المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تمس الأجزاء المشتركة^(١٣٨) علماً بأنه لا يجوز لمأمور الاتحاد رفع دعوى الضمان إلا بإذن، يصدر من أغلبية أعضاء الجمعية العمومية للاتحاد^(١٣٩) أما في حالة عدم حصول مأمور الاتحاد على إذن برفع دعوى الضمان الخاص، فإن لكل شريك على حدة، التمسك بأحكام الضمان^(١٤٠).

بقي أن نُذكر، أنه في الحالة التي يجوز فيها لمأمور الاتحاد رفع دعوى الضمان عن الخلل، أو التهدم بالأجزاء المشتركة من المبنى، فإن لجميع الشركاء، الحق في التدخل في الدعوى المرفوعة.

٨٥ - ونلفت النظر، إلى أن المشرع الكويتي، كنظيره المصري قد نظم إدارة الأجزاء المشتركة، في ملكية الشقق، أو الطبقات فأجاز للملاك بأغلبية الأنصبة، أن يكونوا اتحاداً لإدارة العقار، وضمان حسن الانتفاع به - م ٨٥٩ مدني كويتي. واعتبر الاتحاد المذكور بمثابة حارس على الأجزاء المشتركة، بنص صريح في المادة ٨٦٢ من القانون المدني. وبذا، يكون له - كما يرى البعض - بحق^(١٤١) أن يرفع الدعوى بالضمان على المقاول، أو المهندس عن الأضرار التي تمس بسلامة البناء ومثانته.

(١٣٥) انظر:

H. Souleau, l'action intentée par un syndic de copropriété en vertu d'une décision d'assemblée générale irrégulière, est-elle recevable? D. 1968, chr. 229.

G. vigneron, le syndic en justice - B.L. cop. novembre 1990 - 1

Civ. 8 Mars 1972 - Act. Jur. 1972 p.1.

مثلاً: (١٣٦)

Civ. 20 Juin 1978 - B. Civ. - 193.

مثلاً: (١٣٧)

Civ. 28 Avril 1981 - G.P. 1982 - Pan. 337.

Civ. 12 Octobre 1988 - D. 1989 - 53 not. G. et Givehdon

(١٣٨) تأكيداً لذلك

Civ. 16 Avril 1986 - B. Civ. 111 - n°43

(١٣٩) انظر -

Civ. 17 Avril 1984 - G.P. 1984 - Som - 10 - عكس ذلك

Civ. 10 Decembre 1985 - B. Civ. - 1 - n° 163.

ومع أخطار مأمور الاتحاد - انظر:

Givord et Giverdon, op. cit. 1974 - 531.

(١٤٠) انظر في ذلك الأحكام المشار إليها في:

وبصفة عامة:

J. Cabanac. L'évolution des actions collectives et individuelles dans le domain de copropriété, R.E.D.I. 1979.

(١٤١) من ذلك، شكري سرور/ موجز تنظيم الملكية/ مرجع سابق/ ص ٣٧١.

G. Giver don. Domaines respectifs de fraction individuelle et de l'action syndicale.

Info. Imm. - Mars 1984 - p.12.

اعترفت م ٥٥ من لائحة تطبيق قانون ١٠ يوليو ١٩٦٥ لمأمور الاتحاد، بقطع مدة الضمان، ورفع الدعوى

المستعجلة، واستئناف الدعوى المرفوعة من دون الحاجة إلى إذن الجمعية العمومية، في:

Civ. 9 Juillet 1990 - B. Civ. - 111 - n° 165.

Civ. 8 Juillet 1992 - G.P. 1993 - 1 - Pan. 56.

كما نص المشرع الكويتي - بصفة خاصة - على أن ما قد يستحق بسبب هلاك البناء كلياً أو جزئياً، مثل مبلغ التأمين، أو التعويض الذي يدفعه المسئول عن الهلاك، يخصص لأعمال التجديد ما لم يجمع الملاك على غير ذلك (م ٨٦٨ مدني).

- ولمدير الاتحاد، تمثيل اتحاد الملاك، أمام المحاكم، والجهات الإدارية، وفي التعامل مع الغير م ٨٧٢ من القانون المدني.

- كما نص المشرع الكويتي على قيود عدة على سلطات المالك على الأجزاء المشتركة تعتبر - في اعتقادنا - بمثابة إجراءات وقائية للمحافظة على سلامة هذه الأجزاء وممانتها، فأوجب على الملاك مثلاً استعمال الأجزاء المشتركة، فيما خصصت له، مع مراعاة حقوق غيره من الملاك - م ٨٥٥ مدني. وإذا بادر أحد الملاك إعمالاً لأحكام م ١/٨٥٦ مدني بإحداث تعديلات على نفقته بالأجزاء المشتركة... في ملكية الطبقات فإن ذلك يتقيد، بالأ يكون من شأنها، إلحاق ضرر بالملاك الآخرين.

فضلاً عن وجود قيد عام، لا يجوز بمقتضاه لأي مالك أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء،... م ٨٥٧ مدني.

٨٦ - فإذا تعدد الملاك لبناء، أو إنشاء، غير مفرزة حصة كل منهم فيه، أي بحيث يكون لكل مالك حصة في مجموع البناء، أو الإنشاء. كان لكل شريك أن يتصرف في الشائعة، تصرفاً صحيحاً، ونافاً في مواجهة باقي الشركاء، لكونه يملك هذه الحصة ملكية تامة، ولكن لا يسقط حقه في رفع دعوى الضمان - عن الجزء الباقي له في الشيوع لأنه يشارك بقية الشركاء في ملكية كل ذرة من ذرات العقار بأكمله، بهذا الجزء الشائع فيكون له التمسك بالضمان العشري، إن تحقق سببه^(١٤٢).

ويرى البعض أن تصرف رب العمل في جزء مفرز، والفرض أنه شريك على الشيوع يزيل عنه صفة رب العمل عن الجزء المفرز، وبالتالي لا يكون له رفع دعوى الضمان، بافتراض تحقق سببه^(١٤٣). وهذه النتيجة تفتقر التسليم - بداية - بأن تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز، صحيح، ونافذ في مواجهة باقي الشركاء. وهي نتيجة لا يمكن التسليم بها في القانون الكويتي، ذلك أن تصرف رب العمل في جزء مفرز من المال الشائع ولو كان معادلاً لحصته فيه اعتداء على حقوق الآخرين، وفيه معنى قسمة المال الشائع، ولا قسمة إلا بإجماع الشركاء، أو بحكم المحكمة وتبعاً لذلك، حكم مثلاً، إن الشريك في المال الشائع، وإن كان له أن يتصرف في حصته الشائعة، المعلومة منه كالنصف، أو الثلث قبل القسمة، فليس له قبلها أن يتصرف في قدر مفرز من ذلك المال الشائع إلا بإجازة باقي شركائه فيه لتعلق حقهم بالمبيع في هذه الحالة^(١٤٤).

كما نصت المادة ٨٢٩ مدني كويتي على أنه إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر فيما يتعلق بنقل الملكية، أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى، إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك المتصرف. ومعنى ذلك أنه إذا وقع الجزء المتصرف فيه مفرزاً في نصيب المتصرف، اعتبر نافذاً في حق باقي الشركاء، وعندها يكون للمتصرف إليه «المشتري للبناء، أو الإنشاء» وحده رفع دعوى الضمان. فإذا لم يقع هذا الجزء في نصيب الشريك المتصرف، يكون للمشتري في القانون الكويتي الحق في رفع دعوى الفسخ، مع التعويض، إن كان له مقتض ولا تثور عندئذ مسألة الضمان العشري.

أما في القانون المصري، فقد أخذ بمبدأ انتقال حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى ما يقع في نصيب المتصرف من أموال أخرى غير المال المتصرف فيه إعمالاً لفكرة الحلول العيني^(١٤٥).

٨٧ - وحتى إذا سلمنا - جدلاً - بما ذهب إليه محكمة النقض المصرية من أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، يعتبر نافذاً في مواجهة باقي الشركاء ولكن باعتباره تصرفاً في قدر شائع^(١٤٦) فإنه يجوز لرب العمل التمسك بأحكام الضمان العشري عن الجزء الباقي له في الشيوخ، وإنما على أساس الحالة الأولى. وهي نتيجة لا يكون لها محل مع القول بأن رب العمل، بعد التصرف في جزء مفرز لا يكون له رفع الدعوى بالضمان الخاص، وتكون للمتصرف إليه^(١٤٧).

فإذا كان المقصود، تصرف رب العمل - في جزء مفرز - في ملكية الشقق، والطبقات، فهو صحيح، ونافذ، وبالتالي لا يكون له من تاريخ التصرف، صفة في رفع دعوى الضمان العشري، بافتراض تحقق سببه، وتنتقل دعوى الضمان إلى المشتري.

(١٤٥) شكري سرور - حق الملكية/ مرجع سابق/ ص ٢٠٥.

(١٤٦) نقض ١٩٨٦/١٢/٢٣ - مشار إليه في، شكري سرور/ المرجع نفسه/ ص ٣٠٣.

(١٤٧) وانظر/ م ٨٢٩ مدني كويتي.

الباب الثاني: نطاق حق المشتري في الضمان العشري

تمهيد. وتقسيم:

٨٨ - لما كان الضمان العشري للمباني، والإنشاءات ينتقل إلى المشتري، بناء على قاعدة عامة في الاستخلاف الخاص في القانونين المصري، والكويتي. وبناء على نص محدد بالقانون الفرنسي - م ١٧٩٢ مدني.

ولما كانت القاعدة أن الخلف الخاص لا تنتقل إليه حقوق ليست للسلف، أو أكثر مما له، فإن حق المشتري في الضمان العشري، ونطاق هذا الحق ذاته يتوقف على الإجابة عن السؤال الآتي: هل يملك رب العمل أصلاً هذا الحق؟ ونبادر إلى القول بأن رب العمل، والمشتري منه لا يملك الحق في الضمان في القانونين المصري، والكويتي ما لم يكن العقد المبرم بينه، وبين المقاول، والمهندس، عقد مقاوله. ولا يملك دعوى الضمان إلا في مواجهة المقاول، والمهندس، دون غيرهما ممن ساهم في عملية البناء^(١٤٨).

- وبعبس ذلك، يجوز للمشتري في القانون الفرنسي، التمسك بأحكام الضمان العشري على المعماريين عموماً. بما فيهم البائع، والوكيل، والممول العقاري، بل حتى الصانع ومن في حكمه من الموزعين أو الموردين لمواد البناء، بالتضامن مع المقاول الأصلي.

- ومن ناحية أخرى، فإن الضمان العشري في القانونين المصري، والكويتي لا يغطي سوى الأضرار التي تهدد سلامة، ومتانة المباني، والإنشاءات دون غيرها من الأضرار بينما يتسع نطاق الضمان بالتقنين المدني الفرنسي ليشمل فوق ذلك الأضرار التي تجعل البناء أو الإنشاء غير صالح للغرض المخصص له، ويشمل كذلك الأضرار التي، لا تمس البناء أو الإنشاء ذاته ولا عناصره الإنشائية الرئيسية، أو الجزئية، بل تمس سلامة عناصره التجهيزية ومتانتها Elèments d'equipements، إذا كانت غير قابلة للانفصال عنه،

٨٩ - وبناء على ما تقدم، نعرض بداية للعقود التي يتولد عنها الضمان العشري. في فصل أول قبل أن نتناول نطاق الضمان من حيث الأشخاص المسؤولين به، والأضرار التي يشملها - في فصل ثان.

(١٤٨) راجع نصوص المادتين ٥٦١ من القانون المدني المصري، و٦٩٢ مدني كويتي، ولما كان نطاق الضمان في القانون المصري يقتصر على المهندس المعماري - فقد أضافت م ١٢ من القانون رقم ١٩٧٦/١٠٦ إلى الأشخاص الذين يلتزم رب العمل، بأن يعهد إليهم الإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص فيها المهندس المدني كما خولت للوزير المختص، بعد أخذ رأي نقابة المهندسين إصدار القرار ببيان الحالات التي يكون التنفيذ فيها لأكثر من مهندس نقابي من تخصصات مختلفة. فتم ذلك عن رغبة من المشرع في الامتداد بنطاق الضمان من حيث الأشخاص المسؤولين إلى المهندس عموماً، وهو المقرر كذلك بنص م ٦٩٢ مدني كويتي - وانظر، شكري سرور/ مرجع سابق/ ص ١٣.

الفصل الأول نطاق الضمان العشري، من حيث العقود

٩٠ - قدمنا بأن الضمان العشري لا ينطبق إلا على عقود مقاولات البناء، والإنشاءات الثابتة في القانونين المصري، والكويتي^(١٤٩) بينما يمتد نطاق الضمان في القانون الفرنسي ليشمل عقوداً أخرى خلاف المقولة، كالبيع، والوكالة، والتمويل العقاري^(١٥٠).

ولا يشمل ضمان المقاول أو المهندس إلا ما شيداه أو أقاماه من مبان أو منشآت ثابتة فلا يمتد إلى غير ذلك.

٩١ - وبناء على ما تقدم، نعرض بداية لتطبيق أحكام الضمان العشري على المقاولات، وغيرها. في مبحث أول قبل أن نتناول - البناء، والإنشاءات الثابتة، «محل الضمان» في مبحث ثان.

المبحث الأول مدى ارتباط الضمان العشري بعقود المقاول (مقارنة)

٩٢ - وردت أحكام الضمان العشري في القانونين المصري^(١٥١) والكويتي^(١٥٢) في الباب الخاص بعقد المقاول. ولم يرد أي نص آخر بامتداد الضمان إلى غيره من العقود كما هو الحال في التقنين الفرنسي^(١٥٣). كما أن المواد من ٦٥١ إلى ٦٩٢ مدني مصري، المقابلة للمواد من ٦٨٩ إلى

(١٤٩) السنهوري/ الوسيط/ مرجع سابق/ ص ٢١، وبعدها - ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ٢٥/ بند ١٠ - محمد حسين منصور/ مرجع سابق - ص ٤٦ - عبدالودود يحيى - مرجع سابق - مصر المعاصرة - ١٩٧٩، لبيب شيب - مرجع سابق - ص ١٢١، وبعدها - والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، تعليقاً على نص م ٦٩٢. (١٥٠) وقد مرت هذه المسألة، بتطور، بدأ بنص م ١٧٩٢، من تقنين نابليون، التي تشترط وجود عقد مقاول بين رب العمل، والمقاول، والمهندس، لتطبق أحكام الضمان العشري ثم عدل النص المذكور، بمقتضى قانون ٣ يناير ١٩٦٧، الذي تضمن النص على امتداد نطاق الضمان لتشمل بيوع المباني، والإنشاءات تحت التشييد *à construire* ولا تشمل بيوع المباني، والإنشاءات تامة الإنجاز. وهي تفرقه، تعرضت للانتقادات العنيفة من جانب الفقه الفرنسي، وألغيت بقانون ٤ يناير ١٩٧٨، الذي نص على امتداد أحكام الضمان العشري لتشمل عقود البيع عموماً للمباني، والإنشاءات سواء شيدت فعلاً أو تحت التشييد، وكذا، الوكالة، أو التمويل العقاري. وانظر: - Civ. 13 Novembre 1967 - D. 1968 - 257 - not. Saint - Alary.

وفي ربط الضمان العشري بالمقولة: Civ. 22 Octobre 1974 - D. 1975 - I.R.2.

(١٥١) وتحديداً في القسم الأول من الفصل الأول بالباب الثالث الخاص بالعقود الواردة على العمل. (١٥٢) وتحديداً في الفصل الأول من الباب الثالث الخاص بالعقود الواردة على العمل. وجاءت الأحكام الخاصة بمقاولات المباني والإنشاءات بالمواد من ٦٨٥ إلى ٦٩٧.

(١٥٣) وردت أحكام المقاول مختلطة بقواعد الإيجار تحت عنوان «إيجار الأعمال» وتشتمل في الحقيقة على إيجار الأعمال، وإيجار الأشخاص، وإيجار الناقلين، وإيجار مقاولي الأعمال. وهذه الأخيرة، وهي ما يهتما في دراستنا - نص عليها بالمواد من ١٧٨٧ إلى ١٧٩٩ بعنوان: Des devis, et des marchés

٦٩٧ مدني كويتي لم تتعرض إلا لرب العمل، والمقاول أو المهندس. فدل ذلك، بما لا يدع مجالاً للشك على انحسار أحكام الضمان العشري للمباني، والإنشاءات الثابتة عن العقود الأخرى، خلاف عقد المقاولة^(١٥٤) فإذا لم يرتبط رب العمل، مع المقاول، أو المهندس، بعقد مقاولة. فلا يجوز له التمسك بالضمان العشري، حتى إذا تحقق سببه، وكذا، لا يكون للمشتري منه «خلفه الخاص» التمسك بالضمان في مواجهة المقاول أو المهندس^(١٥٥). فالضمان العشري نظام يرتبط بعقد المقاولة.

وقد تواتر قضاء النقض المصرية، على استبعاد تطبيق الضمان العشري خارج نطاق عقود المقاولات للمباني، والإنشاءات الثابتة، فحكم مثلاً، برفض تطبيق أحكام المادة ٦٥١ من القانون المدني على المشورة الفنية المجانية الصادرة عن المهندس المعماري نظراً لأنها لا تكون عقد مقاولة. وبالتالي لا يخضع المسئول لأحكام الضمان العشري وإنما للقواعد العامة للمسئولية المدنية^(١٥٦). وحكم قديماً، برفض الرجوع على مهندس معماري يرتبط برب العمل، بعقد عمل، وليس بعقد مقاولة^(١٥٧). كما حكم بأن المشرع، أورد القواعد المتعلقة بمسئولية المهندس المعماري في الباب المخصص لعقد المقاولة ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايسة، ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات^(١٥٧م).

٩٣ - وما من شك لدينا، في استبعاد أحكام الضمان العشري - لذات الاعتبارات - إذا كانت العلاقة التي تربط الدائن، بالمدين، بيعاً، أو وكالة، أو تمويلاً عقارياً، أو غير ذلك^(١٥٨) فضمن المقاول، أو المهندس، لتهدم البناء، أو للعيوب التي تهدد سلامته، ومتانتته، أساسه المسئولية العقدية المنصوص عليها في المادتين ٦٥١ مدني مصري، و٦٩٢ مدني كويتي. فالضمان العشري ينشأ عن عقد مقاولة،

(١٥٤) من هذا الرأي، السنهوري/ الوسيط/ ٧/ مرجع سابق/ ص ١٢٢ - بند - عبدالودود يحيى/ مرجع سابق/ مصر المعاصرة/ ١٩٧٩/ ٣٧٦/ ص ١١٧ - ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ٢٦، شكري سرور/ مرجع سابق/ ص ١٦٨.

(١٥٥) مرت هذه المسألة بتطور في القانون الفرنسي، الذي اتجه إلى تعديل النص الوارد بقانون ٣ يناير ١٩٦٣ الذي يقيد الضمان بوجود عقد مقاولة، واستثنى من ذلك بيوع المباني تحت الإنشاء. فإذا تخلف عقد المقاولة فلا تنطبق أحكام الضمان العشري ما لم يكن ثمة اشتراط تعاقدى عليه - انظر:

Civ. 13 Novembre 1967 - (مصدر سابق) not. Saint-Alary.

Civ. 22 Octobre 1974 - D. 1975 - I.R.2.

(١٥٦) نقض ١٩٧٥/٥/٢١ - طلبه - ج٩ - ص ٦١٠ - رقم ١٢ - نقض ١٩٦٧/٥/١٦ - مجموعة أحكام النقض س٣٣ ي - ص ١٠٠٥

(١٥٧) محكمة استئناف مصر ١٨ مايو ١٩٣٩ - المجموعة الرسمية ٣٩ - ص ٥٦٨ - وقرب - نقض ١٩٧٣/١١/٢٧ - طلبه - مرجع سابق - ص ٦١١ - رقم ١٣.

(١٥٧م) نقض ١٩٦٧/٥/١٦ - أحكام النقض/ س١٨/ ص ١٠٠٥.

(١٥٨) بعكس القانون الفرنسي - انظر لاحقاً - بند ١٢٨.

يعهد فيه رب العمل إلى المقاول، أو المهندس القيام بعمل لقاء أجر من دون أن يكون المقاول أو المهندس تابعاً له، أو نائباً عنه. فإذا تخلف عقد المقاولة، لا يلتزم المدين، قبل رب العمل، ولا خلفه الخاص «المشتري» بهذا الضمان وإنما يخضع لأحكام المسؤولية المدنية، في قواعدها العامة.

- ولا يكفي لرفع دعوى الضمان العشري وجود عقد المقاولة، بل يتعين كذلك أن يكون هذا العقد مبرماً مع رب العمل الذي يتمسك بأحكام الضمان.

٩٤ - ولما كان الحق في الضمان العشري، يرتبط بعقد المقاولة مع رب العمل الأصلي كما قدمنا - فإنه يقع على عاتق المحكمة، تكييف العلاقة التعاقدية، قبل الحكم بالضمان العشري لمصلحة رب العمل، أو المشتري منه.

وقد جرى قضاء النقض المصرية^(١٥٩) والتمييز الكويتية^(١٦٠) على أن لمحكمة الموضوع، سلطة تقديرية، في تفسير عبارات العقد، وتفهم نية المتعاقدين لاستنباط حقيقة الواقع فيها، وتكييفها التكييف الصحيح دون رقابة من المحكمة العليا^(١٦١). كما استقر القضاء كذلك^(١٦٢) على أن العبرة في تكييف العلاقة التي تربط المتعاقدين، بما يتبينه قاضي الموضوع على أنه الحقيقة، دون التقيد بالوصف الذي يخضعه عليه الخصوم.

٩٥ - والمقاولة في القانونين الكويتي^(١٦٣) والمصري^(١٦٤) عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر لقاء أجر دون أن يكون تابعاً له، أو نائباً عنه. فالعقد لا يعتبر مقاولة إذا كان بغير أجر، يلتزم رب العمل، بدفعه للمقاول، أو المهندس. بل يعتبر عندئذ عملاً تبرعياً لا تنطبق عليه أحكام الضمان الخاص، وإن تعلق ببناء، أو إنشاء ثابت.

- فإذا كانت المقاولة مأجورة أمكن التمسك بأحكام الضمان إذا تحقق سببه ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الأجر، قد دفع بطريق المقيسة، على أساس الوحدة بالتفصيل - Marché - Sur - dévis، أو على أساس تصميم متفق عليه، أي بسعر إجمالي أو شامل Marché à forfait.

(١٥٩) مثلاً نقض ٧ يوليو ١٩٥٧ - مجموعة النقض المصرية في ٢٥ عاماً - ج ٢ - ص ٨٤٢ - ونقض ١٣/١٠/

١٩٨٥ مجموعة أحكام النقض، مرجع سابق - ص ٦٦٣ - رقم ١١٩.

(١٦٠) مثلاً: تمييز ٢٠/٥/١٩٨١ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية - القسم الأول -

المجلد الثاني - يناير ١٩٩٤ - ص ٢٩٨ - وتمييز ١٠/٦/١٩٨١ - المرجع السابق - ص ٢٩٨ وتمييز

٢٣/١١/١٩٨٣ - المرجع السابق - ص ٣٠٠ - وتمييز ٧/١/١٩٨٧ - مجلة القضاء والقانون - س ١٥ - ص

٦٤ - قاعدة رقم (٦).

(١٦١) مثلاً، تمييز ٣/٤/١٩٨٥ - المرجع السابق - ص ٣٠٢ - ونقض ٢١/١٢/١٩٩١ - مجموعة أحكام النقض -

س ١٢ - ص ٨١٠.

(١٦٢) الأحكام المشار إليها بالحاشية ١٦٠.

(١٦٣) المادة ٦٦١ مدني، مع اختلاف في الصياغة عن النص الوارد بالقانون المدني المصري.

(١٦٤) وفي القانون الفرنسي، انظر:

ومع ذلك فقد جرى قضاء المحاكم الفرنسية على التشدد في مساءلة المقاول، والمهندس، وغيرهما من المعماريين بالضمان الخاص لمصلحة رب العمل، والمشتري منه إذا كانت المقاوله بسعر إجمالي أو شامل. وعلة التشدد أن تحديد البناء أو الإنشاء بموجب تصميم معد من قبل لقاء مبلغ إجمالي، قد يجعل المعماري عموماً، يقتصد في التكاليف، فلا يراعي أصول الدقة، ولا الجودة لأجل مزيد من الأرباح. وقد يكون ذلك على حساب متانة البناء وسلامته^(١٦٥) بعكس الحالة التي يدفع فيها الأجر للمعماري بحسب المقياس، أي بحسب الوحدات المنفذة من البناء، أو الإنشاء، والتي يسهل من جهة الرقابة على جودتها، أو التأكيد من سلامتها، ويقل فيها الدافع أو الباعث نحو توفير النفقات من ناحية المعماري من جهة أخرى.

- وفي كل الحالات، إذا لم يحدد أجر المقاول أو المهندس سلفاً، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل، ونفقات المقاول والمهندس (م ٦٥٩ مدني مصري المقابلة للمادة ٦٩٧ مدني كويتي).

٩٦ - ونلفت النظر إلى أنه لا يلزم فقط لقيام الضمان العشري لرب العمل، والمشتري منه وجود عقد مقاوله محلها المباني، والإنشاءات الثابتة، بأجر إجمالي، أو محدد بالتفصيل. بل يجب - فوق ذلك - أن يقوم المقاول، أو المهندس بالعمل استقلالاً، دون توجيه، أو إشراف من قبل رب العمل أو نائبه. فإذا خضع المقاول أو المهندس لإشراف رب العمل، ورقابته، انقلب العقد من مقاوله إلى عمل Contrat du Travail، وعد فيه صاحب العمل، وحده مسئولاً عن سلامة البناء أو متانته. وتبعاً لذلك وتفصيلاً له يتجه القضاء المصري^(١٦٦) أو الفرنسي^(١٦٧) نحو انتفاء مسئولية المقاول، أو المهندس أو غيرهما، وترتيبها في الفرض السابق على عاتق رب العمل بشرط أن يكون ثمة تدخل فعلي من قبل الأخير في أعمال المقاول، أو المهندس، وأن يكون له دراية فنية بأعمال المباني، والإنشاءات. وتأكيداً لذلك حكم بأنه وإن كان الأصل في القانون أن المسئولية شخصية. إلا أن حالة مسئولية المتبوع عن خطأ تابعيه ليست الاستثناء الوحيد الذي يرد على هذا الأصل. بل يرد عليه أيضاً مسئولية رب العمل عن خطأ المقاول، إذا كان هذا الأخير يعمل بتوجيهه، وتحت إشرافه المباشر على ما جرى عليه قضاء النقض - كما يرد عليه أيضاً حالة رب العمل الذي يسيء اختيار المقاول فيعهد بالعمل إلى مقاول جاهل بأصول مهنة المقاوله، والفاوق بين مسئولية المالك في هذا الصدد ومسئولية المتبوع أن سوء الاختيار في الحالة الأولى يجب على المدعي إثباته، وأما في الحالة الأخرى فهو مفترض قانوناً افتراضاً لا سبيل لدحضه. فإذا كان المضرور قد تمسك في دفاعه بأن المقاول الذي عهد إليه المالك، يجهل أصول هذه المهنة، ولم يتناول الحكم هذا الدفاع بما يصلح رداً عليه، فإنه يكون قاصر التسبب،

(١٦٥) من هذا الرأي، ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ١٧٥/ بند ٧٦.

(١٦٦) مثلاً، نقض ١١/٢٧/١٩٧٣، طلبه، ص ٦١١.

(١٦٧) مثلاً، نقض ٧ نوفمبر ١٩٦٨ - دالوز ١٩٦٩ - مختصرات - ص ٤٢.

مخالفاً للقانون^(١٦٨). وحكم، برفض الرجوع بأحكام الضمان العشري على مهندس معماري مرتبط مع رب العمل بعقد عمل، وليس بعقد مقاول، وتطبيق أحكام عقد العمل على هذه العلاقة^(١٦٩).

وحكم بأنه إذا قام المقاول، والمهندس بإنجاز العمل تحت إشراف، وإدارة رب العمل الذي وضع التصميم، وأشرف على تنفيذه، وكان له من الخبرة، والفن ما يفوق خبرة المقاول، فلا يجوز له الرجوع بالضمان عما يحدث في البناء من تهدم، أو خلل كلي، أو جزئي^(١٧٠) وحكم في فرنسا، بأن مسؤولية المقاول تظل قائمة عن عيوب الحائط الذي بني بواسطته، وحتى إن كان ورق الحائط، قد أعد بواسطة رب العمل، ما دام أن المقاول كان يعمل على استقلال^(١٧١).

٩٧ - ولا يكفي إذن لإعفاء المقاول من المسؤولية بالضمان مجرد خضوعه لتعليمات، رب العمل أو توجيهاته. بل يجب أن يكون هذا الأخير من أهل الخبرة، والفن. فإذا لم تلتفت المحكمة إلى أنه لم يكن متخصصاً في فنون المعمار. فإن عبء المسؤولية عن العيب بالبناء يجب أن يلقى على عاتق المقاول، أو المهندس^(١٧٢). وتبعاً لذلك حكم برفض حكم الاستئناف الذي ألزم رب العمل جزئياً بالمسؤولية عن عيوب البناء الجسيمة كونه أعطى تعليمات للمقاول، ما دام أن الأخير لم يتأكد أنه فني، أو متخصص بشئون العمارة^(١٧٣).

٩٨ - على أن ثمة اتجاه - نؤيده - ينحو للتفرقة، حتى في الحالات التي يخضع فيها المقاول، والمهندس لتعليمات رب العمل، أو إشرافه، بين الأعمال الضرورية لسلامة، ومتانة البناء، أو الإنشاء وهذه لا يجوز للمقاول، أو المهندس أن يعفى من ضمانها. ولا يجوز له أن يحتج بموافقة المالك عن تجاوزها ومثال ذلك من أحكام القضاء^(١٧٤) الميدة المسلحة، والأعمدة الخرسانية اللازمة لحمل البناء، أو الإنشاء. فهذه لا يتسامح فيها، حتى ولو طلب المالك «رب العمل» تجاوزها. وبين الأعمال غير

(١٦٨) نقض ١٩٥٨/٦/١٢ - مجموعة أحكام النقض - س٩ - ص ٥٥٧ - الفكهاني - مرجع سابق - ص ٣٨ - رقم ٨٦.

(١٦٩) نقض ١٩٧٣/١١/٢٧ - طلبه - ص ٦١١ - وقرب - نقض ١٩٧٥/٥/٢١ - طلبه - ص ٦١٠.

(١٧٠) نقض ١٩٦٦/١٢/٨ - طلبه، مرجع سابق - ص ٦١٤ - رقم ٢٠ - وكذا نقض ١٩٦٥/١/٢١ - طلبه - ص ٦١٥ - رقم ٢١.

(١٧١) انظر: Civ. 7 Novembre 1968 - D.1969 - Som - 42

(١٧٢) انظر: Civ. 13 Mai 1971 - B. Civ. 111 - n° 297 - p212

(١٧٣) انظر: Civ. 9 Janvier 1980 - B.Civ. 111 - n° 11 - p.8 - D.1980 - Som - 232 - J.C.P. 1980 - IV - p.113

Liet - Veaux. G. Construction - J- CL. Fax. 203-1- وفي الفقه

(١٧٤) مثلاً محكمة استئناف مصر - ٥ نوفمبر ٣٥ - المحاماة - ١٦ - ٧٠٢ - ٣٤٨ - ومنشور كذلك في مجلة القانون، والاقتصاد - س٧ - ١٩٣٧ - ص ٦٥٦ - ومعلقاً عليها في - سليمان مرقس - بواسطة هدى النمير - بحث، وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها - ١٩٨٧ - ص ٢٠٧.

الضرورية، وهذه يمكن للمهندس، والمقاول الإعفاء من المسؤولية عنها. وإلقاء عبء الالتزام على عاتق رب العمل، إذا كان من أهل الخبرة، والفن، وطلب تجاوزها.

٩٩ - وقد يرد على ذلك بأن هذا الاتجاه من شأنه التوسع في تطبيق قواعد الضمان العشري، حتى خارج عقود المقاومات، التي يميزها، عمل المقاول، أو المهندس على استقلال، لتشمل حالات أخرى يخضعان فيها، لرقابة رب العمل وتعليماته. وهو ما يعني تطبيق أحكام الضمان على عقود العمل. وهو ما لا يمكن التسليم به، حتى في القانون الفرنسي.

كما أن المسؤولية العشرية من ناحية أخرى، استثناء على القواعد العامة، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه، بتطبيق أحكامه خارج عقود المقاولة. ومردود على ذلك بأن تجاوز المقاول، أو المهندس، وهما من المهنيين، المتخصصين في البناء، أو التشييد عن الأعمال الضرورية لسلامة البناء ومتانته، بناء على طلب المالك رب العمل، ولو كان على دراية فنية بأعمال البناء، أو الإنشاء، لا يتفق، وروح التشريع، والحكمة من الضمان العشري أصلاً، ناهيك بأن الاتجاه الحديث في الفقه^(١٧٥) والقضاء^(١٧٦) ينحو إلى التشدد في مواجهة المهنيين، عموماً، ومنهم المقاول والمهندس، وخاصة إذا تعلق الأمر بسلامة ومتانة البناء أو الإنشاء وهي لا تتعلق بالملكيات وحدها، وإنما بالأرواح كذلك. ولا يعقل أن يعفى المقاول أو المهندس وهو المتخصص، المحترف من الخضوع لأحكام المسؤولية المشددة، لمجرد، صدور تعليمات من رب العمل، يتجاوز بمقتضاها، مقتضيات السلامة والمتانة. ولا يغير من ذلك أن يكون الأخير على دراية أو خبرة بأعمال البناء طالما أنها لا ترقى إلى خبرة أو علم المقاول أو المهندس.

١٠٠ - ومن ناحية أخرى، لا يجوز للمشتري في القانونين المصري، والكويتي، التمسك بالضمان العشري قبل المقاول أو المهندس، الذي يقوم بنفسه ولحسابه بالبناء، بغرض البيع فيما يسمى بالمقاول، أو بالمهندس البائع، ففي هذا الفرض لا نكون بصدد عقد مقاولة. حيث جمع المقاول، أو المهندس بين صفته المهنية، وصفته كرب عمل، بينما تقوم المقاولة أساساً على طرفين هما رب العمل، والمقاول، أو المهندس. وبالتالي لا يمكن القول بأن المشتري خلف خاص لرب العمل في التمسك بأحكام الضمان العشري، طالما أن دعوى الضمان العشري تدور، وعقد المقاولة وجوداً، وعدمياً. ويجوز للمشتري - مع ذلك - التمسك بقواعد المسؤولية العقدية قبل المقاول أو المهندس البائع، إذا ثبت وجود عيب خفي بالبناء أو الإنشاء أخذاً من نص م ٤٨٩ وما بعدها مدني كويتي المقابلة للمادة ٤٤٧ مدني مصري، لكن هذه الدعوى يعيها، وجوب رفعها خلال فترة قصيرة، وهي سنة من وقت تسلم البناء، أو الإنشاء وأن يكون العيب خفياً، وسابقاً في وجوده على التسليم أو

(١٧٥) مثلاً: J.P. Karila, la garantie decennale, demure-t-elle- une garantie des vices cachés sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978 - FVII-A

والمؤلف نفسه في، مسؤوليات المماريين - طبعة - دلا - ١٩٨١ - فصل

Civ. 13 Avril 1988 - B. Civ. - n° - n° 67 - p.39

(١٧٦) مثلاً:

معاصراً له، فضلاً عن جواز الاتفاق على الإعفاء، أو الحد من الضمان أصلاً. ومن ناحية أخرى قد يبدو بأن دعوى الضمان العشري في عقود مقاولات المباني، والإنشاءات تختلف عن دعوى العيوب الخفية في الفرض الذي نعرض له، فالأولى تنتقل - كما رأينا - إلى من آلت إليه ملكية المباني، «المشتري» أو خلفه، بحيث يكون له الحق في رفع الدعوى مباشرة على المقاول، أو المهندس في البيوع المتتالية، طالما توالى هذه البيوع ولم تنقض مدة الضمان. بينما لا يجوز للمشتري الثاني إذا توالى البيوع. الرجوع مباشرة على المقاول، أو المهندس البائع بضمان العيوب الخفية. ومردود على ذلك بأن الحق في ضمان العيوب الخفية، شأنه في ذلك شأن الضمان العشري ينتقل إلى المشتري الأخير على سند تشريعي من نص المادة ١٤٦ مدني مصري، المقابلة للمادة ٢٠٢ مدني كويتي. بحيث يكون له جميع الحقوق، والضمانات المرتبطة بالمبيع، والتي كانت للسلف «البائع له» ومنها، دعوى العيوب الخفية، وبحيث تكون دعواه في مواجهة المقاول، أو المهندس البائع الأصلي، دعوى مسئولية، تعاقدية، فهو لا يعتبر من الغير، وإنما يأخذ حكم المتعاقد مع البائع الأصلي، أو يأخذ حكم المشتري الأول، وتكون المسئولية تضامنية بين المقاول أو المهندس البائع، والبائع مباشرة. وجدير بالملاحظة أن المشرع المصري، أو الكويتي، قد قصر نظام الضمان العشري على المقولة دون البيع.

- أما في التقنين الفرنسي، فقد نص م ١٧٩٢ على التزام المقاول، أو المهندس البائع بالضمان العشري، بحيث يكون للمشتري، وخلفه الخاص، التمسك بالضمان في مواجهته خلال المدة المحددة.

- وعلى العكس من ذلك لا يجوز لرب العمل، ولا للمشتري في القانون المصري، الرجوع بالضمان على المهندس الاستشاري، أو المهندس الإنشائي، ولا غيرهما من الفنيين المتخصصين، في عمل معين من أعمال التشييد، إذا استعان بهم المهندس المعماري، نظراً لعدم وجود عقد مقولة بين رب العمل، والمقاول، أو المهندس فيما يجوز الرجوع على أي من المهندسين الاستشاريين، أو الإنشائيين بمقتضى القانون رقم ١٠٦/١٩٧٦ إذا ارتبط رب العمل، بعقد مقولة مع أي منهما^(١٧٧).

١٠١ - أما في التقنين المدني الفرنسي، الذي توسع في نطاق العقود التي تنطبق عليها أحكام الضمان العشري، وتوسع في الأشخاص المسؤولين بالضمان، لتشمل إلى جانب المقاول، والمهندس، كل من ساهم في عملية البناء أو التشييد. إلا أنه استثنى من ذلك المقاولين من الباطن، فإذا أبرم المقاول الأصلي، مقولة مع مهندس استشاري أو إنشائي، فلا يمكن الرجوع عليه، بأحكام الضمان العشري. بينما سكت التقنين المدني الكويتي، عن هذه المسألة، واختلفت لذلك الآراء، بصدد إمكانية التمسك بالضمان في العلاقة بين المشيدين، ومنهم المقاول الأصلي، والمقاول من الباطن، وانتهينا

(١٧٧) عبدالودود يحيى/ مرجع سابق/ مصر المعاصرة/ عدد ٣٧٦ - أبريل ١٩٧٩ - ص ١٢٨ - وقرب، نزيه محمد الصادق المهدي/ مرجع سابق/ ط ١٩٨١/ ص ١٠.

إلى تأييد الرأي القائل بإمكانية الرجوع على المقاول من الباطن بما في ذلك المهندس الاستشاري أو الإنشائي، الذي يرتبط بعلاقة مقاولة بينه وبين المقاول الأصلي. بأحكام الضمان العشري.

١٠٢ - كذا، لا يكفي وجود عقد المقاولة، لتطبيق أحكام الضمان العشري، بل يلزم بقاء العلاقة العقدية بين رب العمل، والمقاول أو المهندس «أو غيرها» حتى يثبت الحق في الضمان. فإذا حكم بفسخ عقد المقاولة، لا يجوز لرب العمل التمسك بقواعد الضمان^(١٧٧). وإن حدث التهدم، أو الخلل، أو العيب خلال عشر سنوات من وقت تسلمه البناء أو الإنشاء مقبولاً، أو من وقت إتمامه إذا سلمنا جدلاً بأن فسخ العقد قد تم بعد انتهاء البناء. وهو ما يمكن تصوره إذا رفعت دعوى الفسخ، أثناء تنفيذ عقد المقاولة، لإخلال أي من المتعاقدين بالتزاماته العقدية، وحكم بالفسخ بعد إتمام البناء أو الإنشاء. أما قبل ذلك، فلا يقوم التسلم أصلاً من رب العمل، وبذا، لا تتوافر شروط دعوى الضمان العشري. وتفسير ذلك، أن للفسخ أثراً رجعياً، فيعتبر عقد المقاولة كأنه لم يكن، ولا يبقى أمام رب العمل، أو المشتري في حال بيع البناء، سوى الرجوع على المقاول، أو المهندس استناداً إلى الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذي فسخ.

- وإذا كانت المقاولة شرطاً لازماً لقيام الضمان العشري، فليس معنى ذلك أن دعوى الضمان العشري تستند إلى وجود عقد مقاولة. فقد رأينا أن الضمان لا يقوم إلا بانقضاء العقد، بالتسليم النهائي لرب العمل، ودفع الأجرة أو بانتهاء البناء، أو الإنشاء^(١٧٨) وإنما يرجع إلى عقد المقاولة أصلاً لإثبات الضمان العشري.

١٠٣ - وإذا كانت القاعدة، أنه إذا تخلف عقد المقاولة، فلا يلتزم المقاول، أو المهندس قبل رب العمل أو المشتري بالضمان العشري وبأن أحكام الضمان لا تنطبق إلا على عقود المقاولة للمباني والإنشاءات الثابتة إلا أن محكمة النقض المصرية، قد خففت ضمناً من آثار القاعدة، إذا قام المقاول، والمهندس بأعمال مادية، وتصرفات قانونية فغلبت صفة المقاول، على الوكيل، لأن الغالب بالنسبة للمهندس، بحكم التخصص هو العمل المادي، فيعتبر العقد مقاولة، لا وكالة. وهو ما يسمح بتطبيق أحكام الضمان العشري^(١٧٩). واستطراداً مع هذا القضاء يمكن القول بأن للمحاكم أن تتوسع في المقاولة على حساب العقود الأخرى كلما تعلق الأمر ببناء أو إنشاء ثابت. وتعتبر العلاقة مقاولة بالبناء أو التشييد Construction. ويمكن أن ينطبق ذلك على البيع بصفة خاصة^(١٨٠)، بما لا يسمح بالتهرب من أحكام الضمان العشري، وبما يستجيب للاعتبارات التي يقوم عليها هذا الضمان. ولكن

(١٧٧) م) نقض ١٧/٣/١٩٧٠ / أحكام النقض / س ٢١٠ / ص ٤٥٠.

(١٧٨) في القانون الكويتي م ٦٩٢ مدني.

(١٧٩) في هذا المعنى، السنهوري / المرجع السابق / ج ٧ / ص ١١٩

(١٨٠) في الاختلافات بين هذه العقود، أحمد الزقرد / شرح قانون العمل / ١٩٩٣ / ص ٢٩.

هذا النظر يخالف الأسس التقليدية التي تقيم حدوداً، لا يجوز تجاوزها بين أنواع العقود. كما أنه قاصر على المقاولة، والوكالة، فتطغى الأولى على الثانية إذا اختلط العمل المادي بالعمل القانوني للمقاول أو المهندس حيث يجب تغليب الأصل وهو العمل المادي على الفرع وهو التصرف القانوني. ولا يمكن الأخذ بهذا النظر في العلاقة بين المقاولة، والعمل مثلاً - لاختلاف طبيعة كل منهما - ولا يمكن بدون نص صريح تطبيق أحكام الضمان العشري على عقود البيع للمباني والإنشاءات.

١٠٤ - والواقع، أن قصر تطبيق أحكام الضمان العشري على عقود المقاولات، قد أوجد تفرقة غير مقبولة، أو معقولة، من حيث الحماية القانونية بين المشتري من المقاول البائع وتمثل في رفع دعوى العيوب الخفية بالمبنى، أو الإنشاء، إذا تحققت شرائطها. وبين المشتري من رب العمل بناء على عقد مقاولة، وتخوله رفع دعوى الضمان العشري في مواجهة المقاول، أو المهندس. وبعبارة أخرى، إذا أقام (أ) بناء لنفسه، ولحسابه بغرض البيع، لا يكون للمشتري منه الاستفادة من أحكام المسؤولية المشددة التي يوفرها له الضمان العشري، إذا حدث تهم، أو خلل، أو عيب بالمبنى لأن العلاقة بيع، لا مقاولة. وإنما يجوز للمشتري أن يرفع الدعوى بضمان العيوب الخفية. وفرق - كما ذكرنا - بين الدعويين.

أما إذا عهد (أ) إلى (ب) بناء منزل بمقتضى عقد مقاولة. ثم باعه إلى (ج) خلال عشر سنوات، فإن هذا الأخير يستفيد من أحكام الضمان العشري المشددة، في مواجهة المقاول أو المهندس. وهي تفرقة غير عادلة تؤثر، ولا ريب، في الحكمة من تشريع الضمان العشري أصلاً، وتفتح الباب على مصراعيه أمام مكاتب المقاولات، التي تبرم عقودها مع أرباب العمل تحت مسميات أخرى خلاف المقاولة كالبيع، أو العمل أو الوكالة، تهرباً من أحكام الضمان العشري المشددة، فضلاً عن مخالفتها، مقتضيات العصر، وأساليب البناء الحديثة، التي أسفرت عن عمليات تشييد ضخمة «بالقرى السياحية»، وفيلات، وشاليهات المصايف والشواطئ، والمدن الأخرى»، تقوم بها مكاتب المقاولات، باسمها، ولحسابها وبيعها جملة، بعد ذلك، أو تجزئة إلى مشتريين، لا يستطيعون التمسك في مواجهتهم بأحكام الضمان العشري المشددة، على أهميتها لا لشيء إلا لأن العقد الذي شيدت المباني بناء عليه ليس مقاولة^(١٨١).

١٠٥ - وفي محاولة لتلافي الآثار السلبية لتقييد أحكام الضمان العشري على عقود المقاولة، اتجه البعض^(١٨٢) قياساً على أحكام القضاء الفرنسي^(١٨٣) من ناحية، ونظراً للاعتبارات العملية من

(١٨١) في المعنى نفسه، عبدالرازق حسين يسين / مرجع سابق / ص ٦٣١ وما بعدها.

(١٨٢) محمد حسين منصور / مرجع سابق / ص ٦٩.

(١٨٣) من ذلك، مثلاً -

Civ. 7 Mai 1971 - 13 Mars 1973

Civ. 13 Mars 1973 - Civ. 19 Janvier 1977

فيما أشار إليه، محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٤٨.

ناحية أخرى، إلى القول بأنه إذا باع المقاول، أو المعماري، المبنى الذي شيده، بنفسه، ولحسابه، أمكن الرجوع عليه بالضمان العشري بوصفه مقاولاً. ومردود على ذلك بأنه، برغم التسليم بأهمية الهدف الذي يحققه الرأي المذكور والاعتبارات العملية التي يقوم عليها إلا أن الضمان العشري، يرتبط - كما ذكرنا - بعقد المقاولة بين رب العمل والمقاول أو المهندس. وفي الفرض السابق لا نكون بصدد مقولة إلا إذا سلمنا بقيام العقد بين الشخص ونفسه!! ولذا، فقد عدل المشرع الفرنسي بقانون ٤ يناير ١٩٧٨، عن موقفه، وألغى التفرقة بين بيع العقار تحت الإنشاء، أو بعد إنجازه فعلاً، وأصبح المقاول، أو المهندس البائع ملتزماً بالضمان في الحالتين. ومع ذلك، فإن تطبيق أحكام الضمان العشري على المقاول أو المهندس البائع تثير عملياً مشكلة أخرى. إذ يجب - كما قدمنا - التمسك بالضمان خلال عشر سنوات من وقت تسلم رب العمل البناء، أو الإنشاء مقبولاً. في القانونين المصري، والفرنسي. والتسليم يعني وجود رب عمل يتسلم، بلا تحفظ، ومقاول أو مهندس يسلمه البناء، أو الإنشاء. وفي حالة المقاول أو المهندس البائع لا يتصور أن يتم التسليم، والتسليم، مع شخص واحد.

ويترتب على ذلك مشكلة ثالثة، هي حساب مدة العشر سنوات التي ترفع خلالها دعوى الضمان. التي تحسب - في الفرض المطروح - من تاريخ إتمام البناء أو الإنشاء الذي قد يرتد إلى فترة طويلة قبل بيع البناء، وفي هذه الحالة لا يتمتع المشتري بضمان عشري، والصحيح أن الضمان، قابل لأن يقوم بدوره في المدة المتبقية، محسوبة من تاريخ إتمام البناء أو الإنشاء. وربما لا يكون، ثمة ضمان عشري للمشتري، إذا تأخر بيع البناء أكثر من عشر سنوات بعد إتمامه. وهي الحالة التي تقترب، والمعمول به في القانون الكويتي من قيام الحكومة ممثلة بوزارة الأشغال العامة، والإسكان، تقديم الأرض الصالحة للبناء إلى مقاولين محليين، أو دوليين، على أن تعهد إليهم ببناء منازل، أو مجمعات سكنية، على أن تتسلمها في فترة محددة. لتعيد بعد ذلك تسليمها للأفراد العاديين بتسهيلات مالية فيما يسمى بالقسائم السكنية وقد تتراخى فترة تسلم الأفراد، فتنقضي هذه الفترة من مدة الضمان العشري التي تبدأ عملاً من تاريخ إتمام البناء، أو الإنشاء، فلا يستفيد الأفراد إلا من المدة المتبقية من تاريخ إتمام البناء أو الإنشاء وتسلم الحكومة لها من المقاول المحلي أو الدولي.

١٠٧ - وثمة فرض، لا يكون فيه للمشتري الحق في التمسك بالضمان العشري على المقاول أو المهندس حتى ولو كانت العلاقة التي شيد البناء بناء عليها مقاوله، وحتى لو بيع العقار المبني قبل انقضاء مدة الضمان، ويتمثل هذا الفرض، فيما لو تسلم رب العمل البناء أو الإنشاء نهائياً من دون تحفظ رغم علمه بالعيوب الجسيمة للمبنى، فلا يكون للمشتري من رب العمل، الحق في رفع دعوى الضمان العشري على المقاول أو المهندس ولا يمنع من ذلك أن يكون العقد الذي أنشأ البناء أو الإنشاء، مقاوله، لأنه لا يجوز للخلف أن يملك حقاً ليس للسلف، ولا تكون له في كل الحالات حقوقاً أوسع من حقوق سلفه.

ويعتبر تسلم رب العمل البناء مقبولاً، وعدم التحفظ، رغم علمه بالعيوب الجسيمة بالبناء أو الإنشاء بمثابة تنازل عن الحق في الضمان، لا تخول الخلف الخاص «المشتري منه» بعد ذلك حق الضمان على المقاول، أو المهندس^(١٨٤).

١٠٨ - وثمة فرض ثان يكون فيه للخلف الخاص «لرب العمل» الرجوع بالضمان العشري على المقاول أو المهندس، حتى ولو لم يكن له الرجوع على رب العمل، كما لو كان موهوباً له وليس له الرجوع بالضمان على الواهب «رب العمل» فإنه يرجع على الرغم من ذلك بالضمان على المقاول أو المهندس، لأن دعوى الضمان قد انتقلت إلى الموهوب له، بعقد الهبة^(١٨٥).

وليس معنى الفرض السابق، أن تكون للخلف الخاص حقوق ليست للسلف، فالسلف أصلاً كان له الرجوع بالضمان - إذا تحقق سببه - على المقاول، أو المهندس. كل ما هنالك أنه ليس له الرجوع على الواهب «رب العمل». وعلى أية حال، فهذا الفرض، لا يتعلق إلا بالهبة، ولا علاقة له بانتقال ملكية البناء، أو الإنشاء بالبيع إلى المشتري «كخلف خاص للبائع وقد عرضنا له على سبيل الاستطراد النظري البحث.

١٠٩ - وثمة فرض ثالث يتصور حدوثه عملاً بالقانونين المصري، والكويتي، تكون فيه العلاقة مقالة بين رب العمل، والمقاول، أو المهندس، ويتفق المتعاقدان لمصلحة بينهما^(١٨٦) على إخفاء المقولة في صورة عمل. أو وكالة مثلاً، بهدف الإضرار بالدائن بالضمان «المشتري مستقبلاً من رب العمل» بحرامانه من دعوى الضمان المشددة مثل المقاول، أو المهندس، وخاصة إذا كانا. يعلمان بعيوب البناء، أو الإنشاء، قاصدان التهرب من ضمانها، فلا يستطيع المشتري بالتالي التمسك بالضمان العشري. ومردود على ذلك، بأن للمشتري الدائن بالضمان الحق في رفع دعوى الصورية أخذاً من نص المادة ٢٤٤ مدني مصري، المقابلة للمادة ٢٠٠ مدني كويتي وإثبات حقيقة المقولة، فإن نجح في ذلك، تيسر له التمسك بأحكام الضمان العشري على المقاول، أو المهندس، إذا تحقق سببه خلال المدة المحددة ويعترض على ذلك بأن إثبات الصورية، وإن كان المشرع يعتبرها واقعة

(١٨٤) في عدم أحقية رب العمل، التمسك بالضمان العشري، بعد تسلمه العمل، بلا تحفظ رغم علمه بالعيوب الجسيم، ونتائجه انظر:

Civ. 31 Janveir 1994, et 22 Juin 1994 - D. 1995 - P. not v.Huin «Les vices affectant les immeubles etant connus du maître de l'ouvrage dans toutes leur etendue à la date de la réception définitive sans reserve des travaux dans ces conditions. cedernier ne peut rechercher la responsabilité de l'architecte et de l'entrefreneur sur le fondement des principes dont s'insp les art. 1792 - 2270 c.civ..».

(١٨٥) السنهوري - مرجع سابق - ج ٧، ص ١١٢.

(١٨٦) مصلحة رب العمل الذي يبني، مثلاً بغرض البيع، ويرغب في الوقت ذاته في توفير النفقات على حساب المتانة، وجودة التنفيذ. ومصلحة المقاول أو المهندس الذي يرغب في التخلص من أعباء الضمان العشري المشددة، مقابل تقبل مواد، وخامات رديئة.

مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها البنة، وشهادة الشهود، إلا أنها محفوفة بصعوبات عدة. وحيداً لو حذا المشرع المصري، والكويتي حذو المشرع الفرنسي فنص صراحة على انتقال الحق في الضمان العشري إلى المشتري «الخلف الخاص»، أيا كانت طبيعة العلاقة التي شيد البناء بناء عليها. بحيث ترتبط دعوى الضمان العشري بالملكية، وتصبح من حق المالك «المشتري وقت رفع الدعوى» بصرف النظر عن الكيفية التي آلت بها الملكية، أو طبيعة العقد الذي شيد البناء بناء عليه. وعندئذ لن يكون المشتري - في الفرض المذكور - في حاجة إلى إثبات حقيقة المقاول. وبدون هذا النص فإن الباب يظل مفتوحاً على مصراعيه، تهرباً من أحكام الضمان المشددة.

المبحث الثاني:

محل الضمان العشري «المباني، والإنشاءات الثابتة»

١٠٩ مكرراً - لا يكفي، وجود عقد مقاوله، لرفع دعوى الضمان العشري من قبل رب العمل، أو خلفه الخاص «المشتري» ما لم يتعلق محل المقاوله، ببناء، أو إنشاءات ثابتة. وعلى هذا ورد نص م ٦٥١ مدني مصري المقابل لنص م ٦٩٢ مدني كويتي صريحاً.. بأن يضمن المقاول، والمهندس المعماري... فيما شيداه من مبان، أو أقاماه من إنشاءات ثابتة. بينما مرت هذه المسألة، بتطور جدير بالملاحظة في القانون الفرنسي.

- وإذا كانت أحكام الضمان العشري، تتعلق بالبناء، أو الإنشاءات الثابتة، فهل تمتد كذلك إلى أعمال الترميم، أو التجديد، أو الإصلاح، أو التعلية، وجميعها، تجري على بناء، أو إنشاء قائم فعلاً؟

١١٠ - وسوف نتناول - فيما يلي - المفهوم القانوني للمباني، والإنشاءات الثابتة في تطبيق أحكام الضمان العشري - في مطلب أول ثم الأعمال التي تجري على بناء أو إنشاء قائم - في مطلب ثان.

المطلب الأول

البناء، والإنشاءات الثابتة

١١١ - لا تنطبق أحكام الضمان العشري، لمجرد وجود عقد مقاوله، ما لم يكن محلها، بناء، أو إنشاءات ثابتة أخرى وهو ما يعبر عنه من القانون الفرنسي، بأن الضمان العشري يرتبط بعملية التشييد أو البناء La Construction^(١٨٧) وتفريعاً على ذلك، فإن عقود المقاولات، التي ينصب عمل

(١٨٧) المقصود بالتشييد في الفقه الفرنسي، كل الأعمال التي يترتب عليها، البناء، أو الأعمال التي تجري على البناء بالمعنى الواسع للكلمة - كما سنرى - بما في ذلك أعمال الصيانة d'entretien التي تجري على البناء، أو مجرد التغيير العادي deménagement وبصرف النظر، عما إذا كان البناء كبيراً، أو صغيراً. كما كان الأمر في القانون السابق على قانون ٤ يناير ١٩٧٨، ولا يهم أن يكون المقصود البناء ذاته، أو عناصره التي لا تنفصل عنه. وانظر J. cornu - المصطلحات القانونية / ١٩٩٤ / ص ١٩٦.

المقاول، أو المهندس فيها على غير المباني، والإنشاءات، لا تنطبق عليها قواعد الضمان العشري، وتخضع تبعاً لذلك للأحكام العامة للمسئولية التعاقدية.

فالضمان العشري إذن يشمل المباني، بمعناها التقليدي، وهي كل ما يرتفع فوق سطح الأرض، ويسمح للفرد أن يتحرك فيه، ويوفر له الحماية في مواجهة مخاطر الطبيعة، وغيرها. فإن تحقق ذلك، فلا يشترط أن يتم البناء بالطوب، أو بالطابوق، أو بالزجاج، أو بالبلاستيك، أو بأية مواد أخرى، طالما أنه ثابت متصل بالأرض، اتصال قرار^(١٨٨).

- ويدخل - بالتالي - ضمن أحكام الضمان العشري، المنازل، ودور العبادة، والمخازن والمسارح والمدارس، والمستشفيات، وما إلى ذلك.

١١٢ - كما تشمل المسئولية العشرية، المنشآت الثابتة الأخرى، وإن لم تعتبر بناء بالمعنى السابق. وعليه، يدخل في نطاق الضمان، إقامة الجسور، أو الكباري، والقناطر، والأنفاق، والبوابات وغيرها. ولا يهم ما إذا أقيم الإنشاء على سطح الأرض، أو تحتها، أو في مستواها، فيتسع نطاق الضمان العشري إذن ليشمل مجرد شق الترع، والمصارف وحمامات السباحة^(١٨٩) وإعداد أو تجهيز ملاعب التنس^(١٨٩م) وغيرها.

١١٣ - ورغم أن النص بالتقنين المدني المصري م ٦٥١، أو الكويتي م ٦٩٢ المأخوذ بدوره عن التقنين المصري قد فصل بين المباني، والإنشاءات الثابتة، إلا أن المذكرة الإيضاحية للمادة ٦٩٢، قد جمعت بينهما، في المعنى فأدخلت المباني، ضمن الإنشاءات. وأبانت بأن الضمان العشري يشمل المنشآت كافة بما فيها المباني^(١٩٠) رغم ما بينهما من اختلافات.

وأياً ما كان الأمر، فإن الضمان العشري، يتسع في القانونين، ليشمل المباني، والإنشاءات بعكس النص الفرنسي، الذي أثار لعيب في صياغته، التساؤلات، بصد مدى، تطبيق أحكام الضمان على الإنشاءات الثابتة. وتفسير ذلك، أن قانون ٣ يناير ١٩٦٧، استخدم في تطبيق أحكام الضمان لفظة edifice، أي بناء^(١٩١) فدل ذلك على انحسار أحكام الضمان على الإنشاءات الثابتة الأخرى، سواء أعدت لأغراض السكنى، أو الاستخدام التجاري، أو الصناعي، أو الإنشاءات العمومية كالمستشفيات، ودور العبادة، والمسارح، وغيرها. كما يخرج من نطاق الضمان العشري، ما يقام من إنشآت، تحت سطح الأرض كمواقف السيارات، أو المحلات، أو الأنفاق وما إلى ذلك^(١٩٢).

(١٨٨) ناجي ياقوت، مرجع سابق - ص ٩٢ - بند ٣٥.

(١٨٩) وعكس ذلك، Aix. 13 Mai 1987 - B.Aix - n° 73

(١٨٩م) نقض ٨ أبريل ١٩٧٠ / JCP / ١٩٧٠ / ٢ / ١٦٤٣٤.

(١٩٠) المذكرة الإيضاحية - ص ٥٠٨.

(١٩١) وقارن، شكري سرور - مرجع سابق/ ص ٢١٦ / بند ١٩١، الذي ترجم لفظة edifice، على أنها منشأة، بعكس

ناجي ياقوت - مرجع سابق/ ص ٨٤ / وص ٩٠ - الحاشية رقم ١٧٤.

(١٩٢) مثلاً: Civ. 3 Avril 1970 - J.C.P. 1970 - 11 - 16434

ورغم النص الوارد بالقانون المذكور، فإن القضاء، قد توسع في تطبيق أحكام الضمان العشري ليس فقط على أعمال البناء، التي تتطلب مواصفات خاصة، من حيث الحجم، والأساليب التقنية المستخدمة، بل كذلك على الأعمال المعمارية، الأخرى بما فيها المباني Batiments، وهي لا تتطلب أن يكون البناء، بمواصفات خاصة، أو حجم كبير^(١٩٣).

١١٤ - وتكريساً للاتجاه المضيق في تطبيق أحكام الضمان الخاص، تبني المشرع في قانون ٣ يناير ١٩٦٧، مبدأ التفرقة في تطبيق أحكام الضمان العشري بين الأعمال الكبرى، Travaux Gros والأعمال الصغيرة Menus فأخضع الأولى، دون الثانية لقواعد الضمان^(١٩٤)، على أن هذه التفرقة كسابقتها، أثارت مشكلات عدة، خصوصاً، بصدد المعيار الذي يرجع إليه لتحديد ما يعتبر كبيراً، وصغيراً من الأعمال. وتلافياً لهذه المشكلات، صدر قانون ٤ يناير ١٩٧٨، الذي أحل لفظة Ouvrage محل edifice التي تضمنها القانون السابق، وأجمع الشراح على أن المقصود بذلك، رغبة المشرع الفرنسي، التوسع في تطبيق أحكام الضمان العشري لتشمل، ليس فقط المباني، بمعناها التقليدي، وإنما كذلك المنشآت الثابتة الأخرى بما في ذلك أعمال الهندسة المدنية، سواء أقيمت فوق الأرض، أو تحتها^(١٩٥) وإن اختلف الفقه - بعد ذلك - بصدد تحديد معنى الأعمال ouvrages الواردة في النص الجديد. فذهب البعض إلى أن المقصود، هو مجموع البناء منظوراً إليه، بعناصره الإنشائية Constructifs، والتجهيزية d'equipements، بصرف النظر عما إذا كان مبنى بمواصفات خاصة edifice، أو من دون مواصفات خاصة Batiment^(١٩٦) وهذا المفهوم، يتسع في أحكام المحاكم ليشمل مثلاً ملاعب التنس^(١٩٧)، أو ساحات الرياضة المختلفة، والحدائق والمتنزهات^(١٩٨) بينما يذهب البعض إلى أن المقصود بلفظة الأعمال الواردة في قانون ٤ يناير ١٩٧٨، الأجزاء الإنشائية من

(١٩٣) مثلاً: Civ. 21 Mars 1979 - G.P.1979 - 11 - 313 - R.D.I - 1979 - 344 - obs. Malinvaud, et Boubli.

Civ. 8 Decembre 1981 - R.D.I. 1981 - 517 not. Malinvaud et Boubli.

(١٩٤) فجاء نص المادة ٢٢٧٠ مدني على النحو الآتي:

"Les architectes, entre freneurs, et autres personnes liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont dechargés, de la garantie, des ouvrages qu'ils ont fait, ou dirigés, dix ans s'il s'agit de gros ouvrages, après deux ans pour les menus ouvrages.

فالضمان عشرياً بالنسبة للأعمال الكبيرة، ولمدة لا تزيد عن سنتين من الأعمال الصغيرة.

(١٩٥) مثلاً: Malinvaud et Boubli في ملاحظات على حكم - مدني - ٨ ديسمبر ١٩٨١ - في:

R.D.I. - 1981 - 517.

J.P. kahila Bilande p. nouvelle responsabilité decennale - la loi du 4 janvier 1978 - et des responsabilites «Satellites» - D.V. 1988 - n°26.

Civ. 19 Octobre 1973 - B. Civ. 111 - 512.

(١٩٦) مثلاً:

Aix 22 Juin 1982 - R.D.I, 1983 - 252.

(١٩٧) انظر:

(١٩٨) وقرئ 3 n° - Civ. 8 Janvier 1974 - B.Civ. 111 - ومن هذا الرأي في الفقه المصري - السنهوري - مرجع

سابق/ ص ١٠ -/ بند ٦١.

المبنى، دون عناصره التجهيزية. على سند من القول بأن الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢، تتحدث عن الأساس، والخرسانة، وتكسيات الأرضية «البلاط وخلافه»، كما أن الفقرة الرابعة للمادة المذكورة، لم تكف بالحديث عن المسؤولية العشرية لصانع الأعمال ومن في حكمه في مجموعها، بل تعرض كذلك، ولأي جزء من أجزائها^(١٩٩)(٢٠٠). فدل ذلك على شمول الضمان للأجزاء الإنشائية وحدها.

وعلى أية حال. فإن هذا الرأي الأخير، وإن اشتمل على بعض آثار التفرقة، التي كان يقيمها القانون القديم بين الأعمال الكبيرة، وتدخل في نطاق الضمان العشري، والصغيرة، وتخضع لضمان آخر لا تزيد مدته عن سنتين فقط من تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل إلا أنه يتسع - مع ذلك - لدخول أعمال الهندسة المدنية Génie Civil ضمن أحكام المسؤولية العشرية، كذا، يدخل في نطاقها أعمال النوافذ، والفتحات المختلفة بالمبنى وهي ما يعرف باسم Voirie et Reseaux divres ويرمز لها (V.R.D) سواء تعلق بالعمل كله، أو بجزء منه^(٢٠١).

١١٥ - بينما اتجه القضاء^(٢٠٢) عموماً إلى التوسع في مفهوم الأعمال التي تخضع لأحكام الضمان العشري. فحكم مثلاً بأن الفرنادة، صغيرة الحجم، والمكونة من أجزاء محددة، ومكسوة بطبقة من البلاستيك، وداخلة في واجهة العقار تعتبر بناء في حكم المادة ١٧٩٢^(٢٠٣)، وتنطبق عليه أحكامها.

وفي حكم لمحكمة Riom، في ١٣ يولييه ١٩٨٨، أن مجرد بناء سور لموقع طهي للحوم، بارتفاع ١ ١/٢ متر وبعمق في الأرض نصف متر فقط، يعتبر ثابتاً بالأرض، ويدخل في حكم البناء الذي ينطبق بشأنه أحكام الضمان العشري^(٢٠٤). واعتبر حمام السباحة في حكم آخر بمثابة البناء،

(١٩٩) من ذلك مثلاً: Caston / مرجع سابق / ص ٢١٩ - ولم نجد لهذا الرأي صدى - فيما نعلم - من أحكام القضاء الفرنسي، وقد ثار الخلاف خصوصاً، فيما يتعلق بالعناصر التجهيزية، في فرنسا، بصدد أجهزة التكييف المركزي، كما ناقش الفقه في مصر مدى تطبيق أحكام الضمان العشري، على المصعد الكهربائي، بوصفه ثابتاً في مكانه، لا يتعدى دائرة محدودة في حركته، ولذا، يعد في حكم البناء الملحق بخدمته من هذا الرأي مثلاً، السنهوري / المرجع السابق - ج٧ / ص ١٠٧ - الحاشية - بينما يرى البعض عدم تطبيق أحكام الضمان الخاص على المصعد على إطلاقه، وإنما ينبغي التفرقة، بين عناصره الثابتة، المثبتة في الجدران، وعناصره المتحركة والأولى، وحدها، تعد في حكم البناء، وتخضع لأحكام الضمان - محمد ناجي ياقوت / مرجع سابق / ص ٨٥ / حاشية ١٧٦. (٢٠٠) انظر تفصيلاً:

Malinvaud, et Jestaz, la définition des travaux des batiments dans l'assurance construction: R.D.I. 1985 - 217.

(٢٠١) حتى، ولو لم تعتبر بناء - من حكم - inedit - 18 Novembre 1982 - Aix.

(٢٠٢) 99 p. 180 n° 111 - B. Civ. - 4 Octobre 1989 - Civ., وفي القضية أيدت محكمة النقض، حكم الاستئناف.

(٢٠٣) والمحكمة بذلك، تذهب بعيداً، وخاصة، أن الغرض من الضمان العشري هو المحافظة على سلامة البناء ومثابته من الخلل، أو التهدم، ومنع انهياره. - حكم غير منشور.

Aix - 22 Juin 1982 - R.D.I - 1983 - 252.

تطبيقاً لنظرية التبعية، ومن ثم، ينطبق عليه أحكام الضمان العشري^(٢٠٥) واعتبرت الحفرة الفاصلة بين مبنيين، لتربية الخنازير، بمثابة البناء في حكم ثالث، إعمالاً لنظرية التبعية^(٢٠٦).

١١٦ - وإذا كانت القاعدة أن أحكام الضمان العشري لا تنطبق في القانونين المصري، والكويتي ما لم يكن محل المقاوله المباني، والإنشاءات الثابتة الأخرى^(٢٠٧) وأن محل الضمان. عند أغلب الفقه. والقضاء الفرنسي، بعد قانون ٤ يناير ١٩٧٨، هو المباني، والإنشاءات طالما أنها متصلة بالأرض، اتصال قرار^(٢٠٨) وبصرف النظر عما إذا شيد البناء بناء على عقد مقاوله، أو غيره من العقود فإن التساؤل يظل قائماً عن مدى تطبيق أحكام الضمان الخاص على العقارات بالتخصيص؟ فبينما يذهب الفقه التقليدي إلى عدم اعتبارها من قبيل المباني، وعدم خضوعها بالتالي لمسئولية القواعد الخاصة^(٢٠٩) وإن اختلفوا فيما بينهم، فيما بعد خصوصاً بعد استبدال كلمة edifice الواردة بقانون ٣ يناير ١٩٦٧، بكلمة ouvrage، والقول بأن الأخيرة تعني العقار، والعقار بالتخصيص. فبينما يرى الأستاذ Caston^(٢١٠) بأن البناء المقصود أصلاً، هو العقار بالطبيعة وإن أمكن امتداد الضمان مع ذلك ليشمل العقارات بالتخصيص يرى البعض^(٢١١) عكس ذلك، وبأن المقصود في تطبيق أحكام الضمان هو العقار بالطبيعة فقط. والواقع أن هذا الخلاف تقل أهميته، في اعتقادنا في القانون الفرنسي الذي استحدثت بالفقرة الثالثة من المادة ١٧٩٢، نوعاً من الضمان، لا يعرفه القانون المصري ولا الكويتي يشمل جميع العناصر التجهيزية، الملحقة بالمباني، والإنشاءات، والتي تُشكل جسماً منفصلاً عن البناء ذاته، وهو ضمان ثنائي، يقع بمقتضاه على عاتق المعمارى الالتزام بضمان، حسن أداء العناصر التجهيزية مدة لا تقل عن سنتين، على الرغم أنها منقولات غير ثابتة^(٢١١).

(٢٠٥) وعكس ذلك محكمة Tarascon ١٨ نوفمبر ١٩٨٣، غير منشور، حيث رفضت اعتبار الحائط الفاصل «السور» بمثابة بناء استناداً إلى نص ملغى بعقد التأمين.

(٢٠٦) محكمة Laval في ٢٧ مارس ١٩٨٤ - غير منشور.

(٢٠٧) بصريح نص المادة ٦٩٢ - مدني كويتي - المقابل للمادة ٦٥١ مدني مصري.

(٢٠٨) في الفقه مثلاً Boubli / مرجع سابق / ص ٢٥٥ - ومن أحكام القضاء - خلافاً لما ذكرناه آنفاً - انظر:

Civ. 21 Mars 1979 - D. 1979 - I.R - 604

(٢٠٩) على سند من القول بأن العقار بالتخصيص، منقول، بالطبيعة، والضمان العشري لا يشمل سوى البناء، أو الإنشاءات الثابتة، ولا يغير من الأمر شيئاً أن يرصد «المنقول» لخدمة العقار - من هذا الرأي في الفقه الفرنسي، Mazeaud op. cit. - Leçon - p. 805 - n° 1368.

ومن الفقه المصري، السنهوري - المرجع السابق / ج٧ / ص ١٠٧، وما بعدها.

(٢١٠) انظر Caston / في مرجع سابق / ص ٢١٨.

(٢١١م) انظر Mazeaud - مرجع سابق / موضع سابق.

(٢١١) حيث جاءت عبارة الفقرة المذكورة، على النحو الآتي:

Les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage.

١١٧ - ولما كان الثابت من ناحية أخرى أن الأعمال التي تجري على المبنى، ويعتبر من قبيل الأشياء المنقولة ذات الأهمية الثانوية لا تعتبر مشمولة بالضمان العشري، بوصفها تخرج عن معنى البناء^(٢١٢) أو التشييد، إلا أن المحاكم، قد اختلفت في ذلك. فبينما اتجهت بعض الأحكام مثلاً بعدم تطبيق أحكام الضمان على أعمال الصيانة التي تجري على حمام السباحة^(٢١٣) ولا على تجهيز طريق لموقف السيارات^(٢١٤)، ولا على الأعمال التي تجري على مخزن الحبوب الزراعية^(٢١٥) ولا على خطوط المنافذ أو الفتحات داخل المبنى^(٢١٦). واتجهت أحكام أخرى، للحكم بعكس ذلك، فاعتبر مثلاً، في حكم أعمال التشييد، ومن ثم، يخضع لقواعد الضمان العشري مجرد أعمال الصيانة الثانوية التي تجري على حمام السباحة^(٢١٧) وعملية فتح منفذ لمرور الهواء بالمبنى^(٢١٨). وفي المعنى نفسه، حكم بتطبيق قواعد الضمان العشري على أعمال تغطية منافذ الهواء بالمبنى^(٢١٩)، وحكم بتطبيق الضمان كذلك على السقف المقلوب أو "a un fau Plafond"^(٢٢٠).

- ولا يمكن في اعتقادنا تفسير الأحكام التي تتوسع في محل الضمان العشري إلا بالنظر إلى خطورة الأعمال التي تجري على البناء، أو داخله، وخشية المحاكم أن تتسبب حاضراً، أو مستقبلاً في حدوث خلل، أو تهدم، بالبناء، أو الإنشاء، فجعل كل ما يتعلق به مشمولاً بالضمان الخاص. ونلفت النظر مع ذلك إلى أن قواعد الضمان الخاص، بمثابة استثناء على القواعد العامة في المسؤولية المدنية قد تقررت لهدف خاص، هو حماية الممتلكات والأرواح ورب العمل، غير المتخصص في مواجهة المعماري «المهني المتخصص». ولا ينبغي التوسع في تطبيقها ولا القياس عليها، لتشمل حالات لا يخشى منها أية خطورة على سلامة، أو متانة البناء أو الإنشاء. ومما يؤيد ذلك، أن المحاكم قد اتجهت في أغلب الحالات إلى عدم تطبيق أحكام الضمان العشري على مجرد فتح منفذ لمرور المياه لغسالة الملابس^(٢٢١) ولا على الأعمال الثانوية الأخرى، كفرش المبنى بالسجاد أو الموكيت^(٢٢٢)، وعليه، تظل أحكام الضمان العشري، محددة، بحدود الهدف منها. وهو أساساً حماية الأرواح والممتلكات، وهو لا يتوافر إلا إذا كان العمل بناءً أو إنشاء بالمعنى الذي عرضنا له آنفاً.

(٢١٢) في قاموس «المصطلحات القانونية» للأستاذ Cornu - مشار إليه سابقاً - فإن كلمة البناء، أو التشييد Construction، هي:

Civ. 7 Janvier 1984 - G.P. 1984 - Pan. 133 Obs. Jestoz (٢١٣)

Civ. 11 Juillet 1972 - B.Civ. 11 - 456 (٢١٤) انظر:

Civ. 10 Fevrier 1976 - B.Civ. 111 - n° 55 (٢١٥) انظر:

Civ. 8 Janvier 1974 - B.Civ. - 111 - n° 3 (٢١٦) انظر:

AIX, 13 Mai 1987 - B. AIX, 73 (٢١٧) انظر:

Civ. 26 Janvier 1983 - B. Civ. - 111 - n° 27 (٢١٨)

Civ 24 Mai 1984 - J.C.P. 1985 - IV - 275 - «à une gaine de circulation d'air» (٢١٩)

Civ. 7 Décembre 1988 - B. Civ. - 111 - n° 174 (٢٢٠) انظر:

Civ. 4 Juillet 1990 - J.C.P. 1990 - IV - 336 - G.P. 1991 - 1 - Pan. 19. (٢٢١)

AIX - 11 Fevrier 1973 - B. AIX - n° 19. (٢٢٢) وكذا -

المطلب الثاني

الأعمال التي تجري على البناء، أو الإنشاء

١١٨ - لما كان الضمان العشري يتعلق كقاعدة عامة بأعمال البناء، أو التشييد بالمعنى السابق فإن الخلاف يثور بشأن الأعمال الأخرى التي تجري على بناء أو إنشاء قائم فعلاً، بقصد ترميمه مثلاً، أو صيانته، أو تجديده، فهل تدخل هذه الأعمال ضمن نطاق الضمان الخاص^(٢٢٣)؟. والواقع أن المحاكم، قد اختلفت، بصدد الإجابة عن السؤال السابق لدرجة، يقع فيها الباحث في حيرة لا يخفيها ويصعب معها التوصل إلى معيار محدد. وإن لوحظ مع ذلك، اتجاه القضاء - بداية - في ظل قانون ٣ يناير ١٩٦٧ إلى عدم تطبيق قواعد الضمان العشري على أعمال الترميم Travaux d'amenagement^(٢٢٤) ولا على أعمال التجديد أو الصيانة Restauration^(٢٢٥). وقد اختلف الأمر - إلى حد ما - بالنسبة لتلك الأحكام الصادرة في ظل العمل بقانون ٤ يناير ١٩٧٨. حيث ذهبت محكمة النقض إلى إمكانية تطبيق أحكام الضمان الخاص على أعمال الترميم الأساسية^(٢٢٦) فدل ذلك ضمناً على إرهاصات ميلاد اتجاه جديد، ينحو إلى التفرقة بين أعمال التجديد، أو الترميم الأساسية، وتعتبر، مشمولة بالضمان العشري، وغير الأساسية، وتخضع لقواعد المسؤولية العقدية، ما لم يتعلق بها ضمان ثنائي أو سنوي، ويترتب على هذه التفرقة نتائج مهمة، مؤداها أن القول بخضوع أعمال الترميم الأساسية لقواعد المسؤولية العشرية، يعني أن معنى التشييد أو البناء، المنصوص عليه بقانون ٤ يناير ١٩٧٨، يتغير ليشمل ليس فقط مجرد البناء، وإنما كذلك الأعمال التي تجري على بناء قائم إذا كانت أساسية أو جوهرية^(٢٢٧) ويترتب على ذلك أيضاً أن الأعمال الثانوية التي تجري على بناء قائم تخرج من نطاق الضمان العشري، وتدخل في قواعد المسؤولية العقدية. وبينما يلتزم المعماري - بالنسبة لضمان سلامة البناء ومتانته بالتزام بتحقيق نتيجة، فإن التزامه عن الأعمال الثانوية التي تجري على بناء قائم فعلاً، التزام ببذل عناية^(٢٢٨) وليس ثمة صعوبة في تحديد ما يعتبر

(٢٢٣) في هذه المسألة - السنهوري - المرجع السابق - ج٧/ ص ١٠٧ / بند ٦١ - وفي تطبيق قواعد الضمان العشري على مخازن الحبوب الزراعية - Le silo - بوصفه يشتمل على تجميع لأجزاء مبنية، وثابتة بالأرض، رغم إمكانية نقلها، وتفكيكها - انظر:

Civ. 20 decembre 1993 - D. 1994 - 1. R - 323 - JCP - 1994 - IV - 524.

Civ. 24 Janvier 1971 - B. Civ. 11 - 74.

مثلاً: (٢٢٤)

Civ. 20 Décembre 1971 - B. Civ. 111 - 647

Civ. 16 Décembre 1964 - D. 1965 - 347

Civ. 11 Juillet 1973 - B. Civ. 111 - 254

انظر مثلاً: (٢٢٥)

Civ. 15 Décembre 1982 - B. Civ. 111 - n° 254

انظر: (٢٢٦)

Civ. 30 Mars 1989 - R.D.I. 1989 - 360

في هذا المعنى: (٢٢٧)

Civ. 30 Mars 1989 - R.D.I. 1989 - 360

في هذا المعنى: (٢٢٨)

من الأعمال الأساسية ويخضع بالتالي لقواعد المسؤولية العشرية، وما لا يعتبر كذلك. وعلى هدى من أحكام القضاء الفرنسي - بصفة خاصة - يمكن القول بأن الأعمال التي تعدل، أو تغير من التركيب الإنشائي للعقار، تدخل في نطاق الضمان الخاص. وتفريعاً على ذلك، حكم مثلاً بتطبيق قواعد الضمان الخاص على عملية إصلاح Refection صالة للسينما، لأنها تمس بقاعدة الخرسانة المسلحة للمبنى ossature^(٢٢٩) وحكم بتطبيق قواعد الضمان على الأعمال التي تهدف إلى التغيير في التركيب الداخلي، أو الخارجي للبناء، أو الإنشاء^(٢٣٠) على أعمال التوسيع d.agrandissement الجوهري بالبناء أو الإنشاء^(٢٣١) وعلى أعمال التجديد عموماً، إذا بلغت درجة اتساع واضحة^(٢٣٢)، وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية في ٣٠ مارس ١٩٩٤. أن الضمان العشري، يغطي جميع أعمال الترميم إذا بلغت درجة من الاتساع، أو الأهمية. وكانت محكمة الاستئناف. قد رفضت في الدعوى المطروحة - تطبيق قواعد الضمان الخاص على أعمال الترميم، واستندت في ذلك أن مبررين: إن أعمال الترميم لم تكن على درجة كبيرة من الأهمية أو الاتساع بما يكفي لأن تشملها قواعد المسؤولية الخاصة كما نصت عليها المادة ١٧٩٢ - وأنه، بافتراض بلوغها درجة من الأهمية، أو الاتساع، فإن دعوى الضمان العشري إنما تتعلق بأعمال التشييد الجديدة. "à la Partie nouvelle resultant des travaux" ولما كانت أعمال الترميم لا تدخل في أعمال التشييد أو البناء ذاته، فوجب لذلك أن تخرج من نطاق الضمان الخاص^(٢٣٣) وقالت محكمة النقض، تبريراً لتطبيق قواعد الضمان العشري، أن أعمال الترميم التي أجريت على المبنى، قد تشابهت لضخامتها وأعمال البناء أو التشييد الجديدة تماماً، بحيث يخشى أن تمس بسلامة، البناء وماتنته^(٢٣٤).

١١٩ - مجمل القول إذن إنه ينبغي التفرقة بصدد أعمال الترميم، والتجديد، والإصلاح، بين ما يعتبر منها أساسياً، ويخضع لقواعد الضمان العشري، وما يعتبر ثانوياً، وتنطبق عليه أحكام المسؤولية العقدية للمعماري، والأول، التزام بتحقيق نتيجة، والثاني التزام ببذل عناية. والتفرقة بين ما يغير أساسياً، ويخضع لأحكام الضمان، أو ثانوياً، ولا يخضع له. في نظر محكمة النقض الفرنسية مسألة قانونية، تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض^(٢٣٥) وقد تبنت بعض الأحكام معياراً آخر يخضع، بمقتضاه لأحكام المسؤولية العشرية، عن أعمال الترميم، إذا كان القيام بها يستلزم الحصول

(٢٢٩) Civ. 4 Mai 1988 cité par Auly - op. cit., 478 n° 1221
 (٢٣٠) انظر: Pau, 30 Mars 1989 - Juris - data - n° 043110
 (٢٣١) Versailles 11 Décembre 1987 - D. 1989 - 13 - not - Karilla. كما في حكم
 (٢٣٢) Paris 12 Septembre 1990 - R.D.I. 1991 - 82 - obs. Dubois. كما في حكم
 (٢٣٣) Civ. 30 Mars 1994 - D. 1995 - J. - 279 not R. Raffi. انظر:
 (٢٣٤) Civ. 9 Janvier 1991 - B. Civ. 111 - n° 10 - R.D.I. 1991 - 225 obs. في هذا المعنى:
 Malinvaud et Boubli
 Civ. 3 Juillet 1990 - R.C.A.T. 1990 - 392.

(٢٣٥) في هذا المعنى - حكم النقض (المدنية) ٣٠ مارس ١٩٨٩ - سابق الذكر -

على رخصة بالبناء من الجهات المختصة^(٢٣٦) وهذا النظر - في الواقع يكفل حماية سلامة البناء ومتانته من الأعمال التي تجري عليه، بطريق وقائي وهو ضرورة الحصول على رخصة قبل إجراء هذه الأعمال، بالإضافة إلى الحماية التي توفرها مسئولية القواعد الخاصة. وإذا أجريت هذه الأعمال، دون الحصول على ترخيص، تعرض المسئول عنها لجزاء جنائي. فضلاً عن التزامه بضمان السلامة، والمتانة وهو التزام بتحقيق نتيجة. ويمكن الأخذ بهذا الرأي في القانونين المصري، والكويتي بحيث إن إجراء أعمال الترميم، وغيرها على بناء قائم دون حصول المقاول، والمهندس، على ترخيص سابق، أو مخالفة قواعد الترخيص، ترتب بالضرورة لصاحب المصلحة الحق في رفع دعوى الضمان العشري.

١٢٠ - فإذا انتهينا إلى أن أحكام الضمان العشري، تنطبق على عقود المقاولات للمباني، والإنشاءات، في القانونين المصري، والكويتي، وغيرها في القانون الفرنسي. وأن محل الضمان العشري. جميع أعمال التشييد، أو البناء، التي تشتمل على أعمال الترميم، والتجديد، والتغيير، في عناصر المبنى، الرئيسية. فإن التساؤل يظل مع ذلك قائماً، بصد أعمال التعليق في بناء قائم فعلاً، إذ يقصد بها إضافة دور، أو عدة أدوار إلى بناء قائم فعلاً، فهل تخضع لقواعد المسئولية العشرية؟

يمكن القول، بصفة عامة إن أعمال التعليق، تدخل ضمن أعمال البناء، والتشييد المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ مدني مصري، المقابلة للمادة ٦٩٢ من القانون المدني الكويتي، وتخضع بالتالي لقواعد الضمان الخاص، وخاصة، إذا قصد المتعاقدان. بقاء هذه الأدوار مدة تزيد عن عشر سنوات. وحدث التهدم، أو الخلل، أو العيب خلال المدة المذكورة.

وثمة فرض آخر يحدث فيه التهدم أو الخلل بالأدوار العليا، لعيب بالأدوار السفلى. فهل يظل المعماري مع ذلك مسئولاً بالضمان؟ وإذا كانت الإجابة، بالإيجاب، فهل تبدأ مدة العشر سنوات من وقت إتمام التعليق؟ أو إتمام الأعمال القديمة؟^(٢٣٧) والسؤال الأول يثير مسألة الإغفاء من المسئولية الخاصة بالضمان. وقد قدمنا أن التزام المقاول، أو المهندس، أو المعماري عموماً، بضمان سلامة، ومتانة البناء، أو الإنشاء، التزام بتحقيق نتيجة. بحيث لا يعفى من المسئولية عن الخلل، أو التهدم، أو العيب الجسيم. إلا لقوة قاهرة، أو لسبب أجنبي. لا يد له فيه. ويظل لذلك - في نظرنا - مسئولاً عن التهدم، أو الخلل، بالأدوار العليا، حتى وإن ثبت أن سببه يرجع لخلل، أو عيب بالأدوار القديمة من المبنى. باعتبار أن ذلك - بداية - لا يعد قوة قاهرة، أو سبباً أجنبياً للإغفاء من المسئولية بالضمان.

(٢٣٦) قالت به محكمة Nancy في حكم ٦ مايو ١٩٨٧ - في:

R.D.I. 1988 - 301 - obs. Malinvaud, et Boubli.

(٢٣٧) وقد جمع البعض «ناجي ياقوت» / مرجع سابق / ص ٩٣ / بند ٣٦ بين أعمال التعليق، وأعمال التجديد والترميم، والتعديل، والتدعيم، والتوسعة، باعتبارها، أعمالاً معمارية لا تندرج تحت فكرة إنشاء أو إقامة بناء جديد - وفصلنا بينهما في المتن لأن التعليق بصفة خاصة تشتمل على تشييد، أو إضافة جديدة، وتثير لذلك مشكلة الضمان العشري، إذا كان سببه، قد امتد من الجزء القديم، بعكس الحالات الأخرى. وقاموس المصطلحات القانونية - Cornu - مرجع سابق / ص ٣١٧.

كما أن المقاول، أو المهندس المتخصص، والمحترف لأعمال البناء، والتشييد لا يصح إعفاؤه من الضمان لمجرد أن التهدم أو الخلل، قد امتد إلى الأدوار العليا من الأجزاء القديمة بالمبنى. فكان عليه أن يجري الفحص، والاختبارات اللازمة للتأكد من متانة، السفلى، أو قوة تحمله لأدوار أعلى، ثم إن أحكام الضمان - طبقاً لصياغة نصوصه - يتعلق بأي تهدم، أو عيب، أو خلل يمس البناء، أو الإنشاء في مجموعته، أي من دون تمييز بين قديمه، وما أضيف إليه من أدوار^(٢٣٨) جديدة، وهو الاتجاه السائد خصوصاً لدى الفقه^(٢٣٩) أو القضاء^(٢٤٠) الفرنسي، وتتسع نصوص القانون المصري، أو الكويتي للأخذ به. بشرط أن يكون البناء، أو التشييد، بالمعنى الذي انتهينا إليه قد تم بناء على عقد مقاوله بين رب العمل، والمقاول، أو المهندس. وعليه، يمكن للمحاكم بمصر، أو الكويت أعمال أحكام الضمان العشري على أعمال التعلية وعدم إعفاء المهندس أو المقاول من المسؤولية بالضمان حتى، وأن ثبت أن سببه، قد وقع لعيب في الأدوار السفلى.

وعلى عكس ذلك لا تنطبق أحكام الضمان الخاص، إذا لم تتعلق المقاوله، ببناء، أو إنشاء سواء شملت الأعمال، التشييد ذاته، أو الأعمال التي تجري عليه، من ترميم، أو تعديل، أو تعلية، وتفرغاً على ذلك لا تنطبق، قواعد الضمان العشري من أحكام النقض الفرنسية على مجرد إجراء توصيلات خارجية بالمبنى أو الإنشاء^(٢٤١) ولا على الأعمال التي يقصد منها فتح منفذ لمياه غسالة الملابس^(٢٤٢).

(٢٣٨) عكس ذلك - نقض مدني ٣٠ مارس ١٩٩٤ - سالف الذكر - وقد أكدت المحكمة العليا أن التهدم أو الخلل عام يشمل المبنى في ذاته، دون تمييز بين جديده، وقديمه، وعادت تقول إذا ثبت أن التهدم أو الخلل، قد امتد من الأجزاء القديمة فإن ذلك يعد بمثابة قوة قاهرة، ويعفى المعماري بالتالي من المسؤولية بالضمان. وانظر تعليق Raffi R. على الحكم - دالوز ١٩٩٥ - ص ٢٧٩.

(٢٣٩) انظر مثلاً:

Boubli, la responsabilité et l'assurance des architectes, entre freneurs, et autres constructeurs, ed. J.N.A. 1991 - 374.

H. Groutel, op. cit - in, R.C.A. 1990 - chr. 23.

وعكس ذلك Malinvaud, et Jestaz، في مؤلفها عن قانون التمويل العقاري ط ١٩٩١ - الطبعة الخامسة - بند ١٢٢ - وبنو ١٤١ - ويريان أن الضمان لا يشمل سوى الأجزاء القديمة - في فرض التعلية.

(٢٤٠) من أحكام القضاء - بالنسبة للمباني العمومية - في القضاء الإداري -

C.E. 10 Avril 1991 - R.D.I. 1991 - 338 obs. F. Lionrens et P. terneyre.

ومن القضاء العادي

Civ. 9 Janvier 1991 - B. Civ. 111 - n° 10 - R.D.I. 1991 - 225 obs. Malinvaud, et Boubli,

Civ. 3 juillet 1990 - R.C.A.T. 1990 - 392.

Civ. 26 Mai 1992 - B. Civ. 111 - n° 168.

(٢٤١) في هذا المعنى

Civ. 9 Juillet 1990 - J.C.P. 1990 - IV - 336 - G.P. 1991 - 1 - Pan. 19.

الفصل الثاني المسؤولون، بالضمان، والأضرار التي يشملها

تمهيد وتقسيم:

وسوف نعرض بداية للمسؤولين بالضمان في مبحث أول، ثم الأضرار المشمولة بالضمان في مبحث ثان

المبحث الأول المسؤولون بالضمان

- تمهيد وتقسيم:

١٢١ - لم يذكر التقنين المدني المصري ولا القانون رقم ١٠٦/١٩٧٦، كنظيره الكويتي، من المسؤولين بالضمان سوى المقاول، والمهندس، بينما أضاف المشرع الفرنسي، إلى هؤلاء قائمة أخرى من المشتغلين بعمليات البناء، أو التشييد، إذا ارتبطوا بعلاقة مقاوله مع رب العمل^(٢٤٣).

وفي تطور جدير بالاعتبار امتد المشرع الفرنسي بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ - بنطاق الضمان ليشمل طائفة جديدة من الأشخاص، كالوكيل، والبايع^(٢٤٤) والممول العقاري، والصانع «كمسئول بالتضامن مع المقاول»، وإن لم يرتبط هؤلاء بعلاقة مقاوله مع رب العمل.

١٢٢ - وسوف نعرض بداية للأشخاص المسؤولين بالضمان بناء على رابطة المقاوله - مطلب أول، والأشخاص المسؤولين، بصرف النظر عن علاقة المقاوله - مطلب ثان.

(٢٤٣) وهو ما يستفاد من العبارة الواردة بقانون ٣ يناير ١٩٦٧ «وأي أشخاص آخرين خلاف المقاول، والمهندس، مرتبطين مع رب العمل بعقد المقاول».

«..... et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contre de louage d'ouvrage, en sont responsables pendant dix ans.»

- ومقابل ذلك، لا يكون بمكنة رب العمل، ولا المشتري منه «خلفه الخاص» الرجوع بأحكام الضمان العشري على المهندسين الاستشاريين، ولا الإنشائيين، ولا غيرهما من المهندسين المتخصصين في البناء، أو التشييد، إذا استعان بهم المهندس المعماري، نظراً لعدم وجود عقد مقاوله.

- وفي القانون المصري، لا تنطبق أحكام الضمان العشري في العلاقة بين هؤلاء، والمهندس المعماري، لوجود نص صريح بالفقرة الثانية من المادة ٦٥١ مدني يستبعد أحكام الضمان في العلاقة بين المشيدين - عبدالودود يحيى / مرجع سابق / مصر المعاصرة / ابريل ١٩٧٩ / ٣٧٦ / ص ١٢٨.

(٢٤٤) سواء أكان بائعاً لعقار تحت الإنشاء، أم بعد الإنشاء - بعكس القانون القديم - «٣ يناير ١٩٦٧» الذي كان يدخل الأول، وحده في عداد المسؤولين بالضمان العشري، بعكس الثاني.

المطلب الأول

الأشخاص المسئولون لوجود علاقة مقالة

١٢٣ - يترتب الضمان العشري بداية في مواجهة المقاول، والمهندس المعماري في القانون المصري، أو المقاول، والمهندس عموماً في القانون الكويتي، وكل شخص آخر ارتبط بعلاقة مقالة مع رب العمل في القانون الفرنسي م١٧٩٢/١ مدني، وسوف نعرض لهؤلاء فيما يلي:

الفرع الأول: المقاولون

١٢٤ - يترتب الضمان - بداية - في ذمة المقاول l'entrepreneur الذي يعهد إليه إقامة البناء، أو الإنشاء الثابت، وقد يعهد رب العمل بالتنفيذ إلى مقاولين عدة، فيعهد إلى أحدهم مثلاً، وضع الأساس، والقيام بأعمال البناء الأخرى، ويعهد إلى آخر القيام بأعمال النجارة، وإلى ثالث بأعمال الحدادة، وإلى رابع بالأعمال الصحية وهكذا، فيعتبر كل من هؤلاء مقاولاً في حدود ما قام به من أعمال. ولكن الغالب أن الملتزم بالضمان منهم، من ساهم في أعمال البناء، أو الإنشاء بالمعنى الضيق فالضمان يتعلق بالمتانة، والسلامة ولا شأن لها مثلاً بأعمال الدهان أو أعمال النجارة غير المسلحة. ولذا، لا يكون النقاش، ولا مقاول النجارة مسئولاً بالضمان بالنظر إلى طبيعة الأعمال التي يقوم بها. وبالعكس ذلك يعتبر مقاولاً مسئولاً بالضمان العشري من يقوم بالأعمال الصحية للبناء أو الإنشاء، إذا ثبت أن التهدم أو الخلل أو العيب يرجع إلى هذه الأعمال، وفي حكم قديم لمحكمة استئناف مصر، أن القانون «م ٤٠٩» يوجب مسئولية المقاول، والمهندس بالتضامن عن خلل البناء، فإذا كان هناك عدة مقاولين، فلا شك أن مسئوليتهم واجبة التضامن، أيضاً مع المهندس، أو المهندسين إذا تعددوا^(٢٤٥).

فالمقاول إذن، كل شخص طبيعي، أو اعتباري يقوم بالبناء أو التشييد أو أعمال التنفيذ Execution، بناء على ما يقدم له من تصميمات، ونماذج دون أن يخضع في ذلك لإشراف رب العمل أو رقابته^(٢٤٦) بينما نصت م١/٢ من الشروط العامة Fidic بأن المقاول هو الشخص الذي قبل رب العمل عطاءه. وخلفاؤه القانونيون في هذه الصفة ولا يقصد به (إلا بموافقة رب العمل) المحال إليه من هذا القانون.

(٢٤٥) وتابعت المحكمة «إذا فرض، وكان المستأنف، وآخر، هما اللذان باشرا عملية البناء، وظهر الخلل، كانا مسؤولين معاً بالتضامن عن تعويض الضرر...» محكمة استئناف مصر ٥ نوفمبر ١٩٣٥ - المحاماة/١٦/٧٠٢/٣٢٥ - ومعلقاً عليه في سليمان مرقس/ مرجع سابق - ص٢٠٩.

Civ. 2 Mai 1978 - D. 1978 - I.R. - 489.

قرب: (٢٤٦)

ويمكن تطبيق الأحكام ذاتها في القانونين المصري، أو الكويتي من دون صعوبة - خصوصاً وقد ثبت أن الخلل أو التهدم الكلي، أو الجزئي، يرجع عادة إلى عيوب بالأعمال الصحية، للبناء، أو الإنشاء، ومن ذلك مثلاً، تسرب المياه إلى الجدران، والأسقف.

وقد يحدث عملاً - أن تقدم التصميمات التي يتم التنفيذ بناء عليها من قبل المهندس المعماري L'architecte، فإذا حدث التهم، أو الخلل، أو ظهر عيب يهدد متانته وسلامته عد المقاول، والمهندس، مسئولين بالضمان تضامنياً^(٢٤٧) فإذا كانت عيوب التصميم ترجع إلى مخالفة قواعد التنظيم، وقامت «جهة الإدارة» بهدم البناء كجزاء على المخالفة اعتبر المهندس مسئولاً بالضمان - كما سنرى - ويبين من ذلك أن عيوب البناء التي ترتب المسؤولية العشرية لمن قام بها، قد تكون مادية «في التصميمات، والخرائط، والتنفيذ ذاته، أو قانونية، تنشأ عن مخالفة قواعد التنظيم، ولوائح البناء، وشروطه، ويؤكد ذلك أن عبارات النص - م ٦٥١ - مدني مصري، أو م ٦٩٢ مدني كويتي، وردت عامة، في مساءلة المقاول عن التهم، أي كان سببه، أي سواء لأسباب مادية من عملية التصميم أو التنفيذ، أو لأسباب قانونية كتجاوز قواعد التنظيم، والمسافات، كما أن الحكمة من الضمان العشري، حماية الأرواح والممتلكات. وإذا كان التهم لأسباب مادية، يمس بسلامة الأرواح. فإن التهم لأسباب قانونية يمس كذلك بسلامة الممتلكات. فوجب أن يكون حكمها واحداً.

١٢٥ - وعلى عكس ذلك، إذا عمل المقاول بإشراف رب العمل الذي وضع التصميم، وجعل نفسه مكان المهندس المعماري، فإنه يشترك مع رب العمل في المسؤولية عما يحدث بالبناء من عيوب إذا كان قد علم بالخطأ، وأقره، أو كان الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب أو المهني المتخصص.

- أما إذا كان المقاول قد نبه رب العمل إلى ما كشفه من خطأ في التصميم، فأصر الأخير على تنفيذه، وكان لرب العمل من الخبرة، والتفوق في فن البناء ما يفوق خبرة المقاول وفنه، فإن إذعان المقاول لتعليمات رب العمل في هذه الحالة، لا يجعله مسئولاً عما يحدث في البناء من تهم نتيجة الخطأ في التصميم، إذ الضرر يكون راجعاً إلى خطأ رب العمل، وحده فيتحمل المسؤولية بالكامل^(٢٤٨). وتبعاً لذلك، حكمت محكمة النقض الفرنسية، برفض حكم الاستئناف الذي أكد مسؤولية رب العمل إثر عيوب جسيمة لحقت بالبناء، برغم أن رب العمل، هو الذي قام بالتصميم، وأعطى تعليماته، كما لو كان رجل خبرة، وفن لأن المحكمة لم تلتفت إلى أنه لم يكن متخصصاً في فن المعمار، وبالتالي يلقي عبء العيب على عاتق المقاول^(٢٤٩). إنما في ظل القيد الذي سبق تأييده، وبمقتضاه تتعين التفرقة بين الأعمال الضرورية أو الأساسية للبناء ولا يعفى المقاول عنها، أما الأعمال الأخرى، فيمكن الإعفاء عنها إذا ثبت أن رب العمل أعطى تعليمات بشأنها وكان متخصصاً.

(٢٤٧) انظر: Cornu - في قاموس المصطلحات - V°. Entrepreneur - مرجع سابق/ ص ٣١٦.

(٢٤٨) ولا تضامن بينهما في نص م ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي، فهذه المادة لم تقرر التضامن في المسؤولية إلا فيما يتعلق بالمقاول الأصلي - والصانع ومن في حكمه من الموزعين أو الموردين، راجع الفقرة الرابعة للمادة المذكورة.

(٢٤٩) مثلاً - Civ. 10 Octobre 1969 - B. Civ. 111 - n°639.

وحكم كذلك، برفض حكم الاستئناف الذي ألزم رب العمل جزئياً بالمسئولية، كونه أعطى تعليمات للمقاول، دون أن يتأكد الأخير، كونه فنياً، متخصصاً في البناء، أو التشييد، من عدمه^(٢٥٠). ويمكن تفسير هذا القضاء. على سند من القول بأن المسئولية العشرية، لا تتحقق أصلاً إلا بوجود عقد مقاوله في القانونين المصري، أو الكويتي، وتمتد إلى عكس ذلك في القانون الفرنسي لتشمل، الوكالة، والبيع، أو التمويل العقاري، فإذا خضع المقاول لإشراف رب العمل ورقابته، فإننا لا نكون بصدد مقاوله، ولكن عقد عمل، لا ينشأ عنه الالتزام بالضمان العشري، لا في القانونين المصري، والكويتي، ولا في القانون الفرنسي.

وتبعاً لذلك، أكدت محكمة استئناف مصر قديماً بأن المقاول لا يعتبر تابعاً للمالك في عمله، ولا يكون الأخير مسئولاً عن عمل المقاول، إلا إذا احتفظ في عقد المقاوله، بإدارة الأعمال، والإشراف عليها، بطريقة فعلية من الوجهة الفنية، ولا يكفي لذلك أن المالك، يدفعه اهتمامه الشخصي ليكون موجوداً بمحل العمل لملاحظة سيره بصفة عامة، بل يكون المقاول هو المسئول وحده عن أعماله التي ينشأ عنها ضرر للغير^(٢٥١).

١٢٦ - وثمة فرض آخر، فربما لا يقف المقاول عند دوره الأساسي، وهو البناء، أو التنفيذ، بناء على تصميمات، أو نماذج معدة سلفاً، بل يضع هذه النماذج بنفسه، ويتولى التنفيذ كذلك. فإذا ظهر التهدم، أو الخلل، أو العيب الذي يتهدد سلامة البناء ومثاقته، خلال مدة الضمان كان مسئولاً وحده، بوصفه مقاولاً ومهندساً في آن واحد. وعكس ذلك، إذا اقتصر دور المقاول على تنفيذ مخطط، أو نموذج، وضع سلفاً من قبل المهندس المعماري وثبت أن التهدم، أو الخلل أو العيب يرجع إلى عيوب التصميم، أمكن له طلب الإعفاء من المسئولية العشرية بالكامل وإلقاء عبء المسئولية على عاتق المهندس^(٢٥٢).

وسوف نرى أن الحكم ذاته ينطبق على المهندس المعماري الذي لا يكتفي بالدور المرسوم له، وهو - كما أسلفنا - التصميم، والمقاييس، والإشراف على التنفيذ، بل يتعداه إلى أعمال التنفيذ الفعلية، فيعتبر وحده مسئولاً، بوصفه مقاولاً، مهندساً عن الخلل، أو التهدم أو العيب. الذي يحدث بالبناء أو الإنشاء فإذا اقتصر على وضع التصميم، أو النماذج، والمقاييس، وترك أعمال التنفيذ الفعلية للمقاول، فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت منه. وعادة ما يقوم المقاول الأصلي بإسناد الأعمال إلى مقاول أو إلى مقاولين من الباطن. وهؤلاء، لا يعتبرون مسئولين بالضمان كما أسلفنا^(٢٥٣). ومع ذلك، فطبقاً لقضاء ثابت، فإن هؤلاء يلتزمون في مواجهة المقاول الأصلي، بالتزام بتحقيق نتيجة de Resultant، هي تنفيذ الأعمال الموكولة إليهم، كما تكون مسئوليتهم تضامنية فيما بينهم، قبل المقاول الأصلي^(٢٥٤). وعادة ما يرجع المقاول الأصلي المسئول بالضمان العشري قبل

Civ. 13 Mai 1971 - B. Civ. - 111 - n° 297

(٢٥٠)

Civ. 4 Mars 1971 - B. Civ. - 111 - n° 162

(٢٥١)

(٢٥٢) استئناف - مصر ١٩ مارس ١٩٢٨ - المحاماة - ١٢٥ - ص ٥٧.

Civ. 28 Mai 1979 - Civ. 11 Fevrier 1980 - R.D.I. 1988 - 409

(٢٥٣) في هذا المعنى:

Civ. 20 Juin 1989 - B. Civ. 111 - n° 146.

(٢٥٤) تطبيقاً لذلك، انظر:

رب العمل، بمسئولية القواعد العامة» على المقاولين من الباطن^(٢٥٥) ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أن مسؤولية المقاول من الباطن، تخضع من حيث التقادم لقواعد المسؤولية العقدية، وليس بعشر سنوات، كما هو الحال في دعوى الضمان التي يرفعها رب العمل على المقاول الأصلي، إذا تحقق سببها^(٢٥٦) وعلى عكس ذلك لا يعتبر المقاول من المقاول مسئولاً قبل رب العمل مسئولية تعاقدية، وإنما على أساس الخطأ التقصيري. وهو الحكم الذي استقر عليه القضاء الفرنسي، وخصوصاً عقب صدور حكم النقض - بدوائر مجتمعة - في قضية "Bess" في ١٢ يولييه ١٩٩١^(٢٥٧).

والتزام المقاول كالمهندس بالضمان يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة هي بقاء البناء، أو الإنشاء سليماً متيناً خلال المدة المحددة. وعليه، يعد المقاول مسئولاً عن التهدم أو الخلل أو العيب ما لم يثبت أن ذلك يرجع لقوة قاهرة، أو سبب أجنبي، تتوافر له خصائص، عدم التوقع، واستحالة الدفع، وأن يكون خارجاً عن إرادته.

١٢٧ - وقد اختلفت أحكام القضاء الفرنسي بصدد عيوب الأرض «التربة» وهل يعتبر سبباً أجنبياً للإعفاء من المسؤولية بالضمان العشري. فذهبت بعض الأحكام إلى اعتبارها بمثابة القوة القاهرة^(٢٥٨)، واتجهت أغلب الأحكام إلى عدم اعتبارها قوة قاهرة للإعفاء من المسؤولية بالضمان العشري^(٢٥٩) ورتبت على ذلك بأن المقاول غير مسئول، بالضمان العشري إذا ثبت حدوث التهدم أو الخلل، لعيب في الأرض، أو التربة، التي أجريت عليها دراسات، أو فحوصات من قبل رب العمل، إذا كان هذا الأخير خبيراً في أعمال البناء والتشييد، ويلزم لإعفاء المقاول في هذه الحالة، التأكد مما إذا كان بمكنته إجراء فحص آخر، ولفت نظر رب العمل، أو تنبيهه إلى اتخاذ إجراءات وقائية لمنع التهدم أو الخلل^(٢٦٠). ومعنى ذلك، أن المقاول مسئول عن التهدم أو الخلل الذي ينشأ عن عيب في التربة، إذا لم يكن رب العمل خبيراً أو متخصصاً في أعمال البناء، وتبعاً لذلك وتفصيلاً له حكم بأن مكتب

(٢٥٥) مثلاً:

Civ. 3 Décembre 1990 - B. Civ. 111 - n° 188 - Civ. 24 Fevrier 1982 - B. Civ. 111 - 54.

Civ. 13 Mars 1991 - B. Civ. 111 - n° 91.

(٢٥٦) في هذا المعنى،

(٢٥٧) انظر تعليق B.Bloch على حكم مدني - ٣ أكتوبر ١٩٨٥ - ج س ب - ١٩٨٦ - ج ٢ - رقم ٢٠٦٠١.

(٢٥٨) انظر في هذا الحكم:

Asse. Plénière, 12 Juillet 1991 - J.C.P. 1991 - 11 - 21743 not. G. Viney - D. 1991 - P. 54 not. G. Viney. - D. 1991 - P. 54 not. j. Ghestin - D. 1991 - Som - 321 obs. Aubert. - J.C.P. - 1991 - éd - E - 11 - 218 not. Larroumet.

ومن هذا التاريخ، ومحكمة النقض على الوفاء بالمبدأ - انظر

Civ. 7 Juillet 1992 - B. Civ. - 1 - n° 221.

(٢٥٩) من اختلاف الأحكام القضائية انظر Malinvaud et Boubli - مرجع سابق - في R.D.I. 1980-173 et s.

Rouen, 25 Octobre 1976 - G.P. 1979 - 153.

(٢٦٠) في ذلك مثلاً:

Civ. 20 Juin 1979 - J.C.P. 1979 - IV - 289.

ورأى Durry من ملاحظاته بالمجلة الفصلية للقانون المدني - ١٩٧٤ - ١٩٦١ ويناقش البعض مسألة ما إذا كان

عيب الأرض يرجع إلى عيوب بالأرض المجاورة، وهل يعتبر ذلك بمثابة السبب الأجنبي انظر، Lamarque et

Moderne في L'affaire de mal passent, devant la justice administrative - AJDA - 1972.

دراسات التربة مسئول بالضمان العشري عن التهدم الذي وقع، لقبوله، وضع أساسات ودعمات على أرض رخوة «غير ثابتة» بوصفة خبيراً، متخصصاً في دراسات التربة ولا يجهد، المخاطر التي تترتب على البناء، أو الإنشاء على أرض غير ثابتة، وبأنه مسئول كذلك عن مخالفة التزامه بتقديم النصح والإرشاد، أو المشورة، بما أدى في النهاية إلى التهدم^(٢٦١). وعلى أية حال، فقد نصت م ١٧٩٢ مدني فرنسي، والمادة ٦٩٢ مدني كويتي والمادة ٦٥١ مدني مصري على قيام المسؤولية بالضمان العشري، ولو نشأ التهدم عن عيب في الأرض ذاتها. وكذا، إذا كان رب العمل قد أجاز إقامة المباني، والإنشاءات المعيبة بالقانونين المصري والكويتي، وهذه الفقرة الأخيرة لم يرد النص عليها في المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي.

١٢٨ - ويثور التساؤل كذلك بصدده ما إذا كانت مخاطر التطور، les risques de developpement تعد قوة قاهرة يترتب عليها إعفاء المقاول من المسؤولية بالضمان العشري؟ والواقع أن هذه المشكلة قد أثرت أساساً بالنسبة لمسئولية المنتج، أو الموزع عن الأضرار الناشئة عن المنتجات^(٢٦٢) ثم انتقلت بعد ذلك إلى المباني، والإنشاءات. ويقصد بمخاطر التطور الأضرار التي تكمن بالمواد أو الأدوات، ولا تسمح الحالة بالعلمية الراهنة بالتعرف عليها. فإذا تم الكشف عنها مستقبلاً فهل يعتبر المقاول مسئولاً؟ وتتجه أغلب الأحكام إلى التشدد في مواجهة المقاول، وغيره من المعماريين، فحكم مثلاً. بأن مجرد عدم المعرفة بالعيوب الكامنة في المادة المستخدمة في البناء أو الإنشاء لا يعد سبباً أجنبياً للإعفاء من المسؤولية بالضمان في مواجهة رب العمل^(٢٦٣). أو المشتري منه، بطبيعته الحال، بوصفه خلفاً خاصاً له في دعوى الضمان العشري. وحكم أيضاً بأن مجرد عدم الاطلاع، بدقة على الأساليب التقنية، التي أصبحت شائعة، بنشرها بالوثائق الفنية الموحدة "D.T.U." في الفترة التي شيد البناء خلالها، لا يعد سبباً أجنبياً للإعفاء من المسؤولية بالضمان العشري^(٢٦٤).

Civ. 7 Juillet 1981 - B. Civ. - 111 - n° 137 - p. 99

(٢٦١) في المعنى نفسه:

Civ. 17 Avril 1984 - J.C.P. 1984 - IV - 198

(٢٦٢) انظر:

وفي الفقه Larroumet في

La responsabilité des organismes de control - R.D.I. 1981 - 311.

(٢٦٣) وجرى القضاء الفرنسي - في نطاق الأضرار التي تمس المشتري من المبيع، على عدم جواز تمسك الصانع، أو

الموزع باستحالة اكتشاف العيب، الذي أوقع الضرر للإعفاء من المسؤولية بالتعويض انظر تفصيلاً:

Y. Lambert Faivre, le droit du dommage corporel, Dalloz - 1991 - n° 594.

- O. Berg. La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits defectueux - J.C.P. 1996 - I - 3945.

وانتقل إلى مساءلة الأطباء عن اكتشاف فيروس الـ V.I.H. المسبب لمرض نقص المناعة المكتسب عند نقل الدم - انظر

تفصيلاً: احمد الزقرد «تعويض ضحايا مرض الإيدز، والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل الدم الملوث» المحامي -

يناير ١٩٩٥ - ص ١١٥ - وكذا:

H. Margeat et F. Wald, Risques - thérapéutiques - Risques - Juin - 1990 S. Fredricq. Risques modernes et inémination des victimes corporelles éd. Bhuy - 1990.

Civ. 22 Octobre 1980 - B. Civ. 111 - n° 162.

(٢٦٤) انظر:

وقريباً من ذلك، حكم بأن العيب المرتبط بتنفيذ أسلوب للبناء، تتعلق تحديداً بتكسية الأرض، والجدران، موافقاً عليها من قبل هيئة C.S.T.B.^(٢٦٥) وغير مخالفة لما ورد بالوثائق الفنية الموحدة في تلك الفترة، لا يعتبر سبباً أجنبياً للإعفاء من المسؤولية عن التهدم، أو الخلل، أو العيب، ولا يمنع من ذلك أن تكون غير معروفة للمسئول، في زمن البناء، أو الإنشاء^(٢٦٦). كما تتجه بعض الأحكام إلى تشديد الالتزامات، التي تقع على عاتق المهندس، وبالتالي مسؤوليته بالضمان، إذا استخدم مواد جديدة في أعمال البناء، أو طبق أساليب تكنولوجية حديثة، لم تكن مطبقة من قبل^(٢٦٧).

ويبين من هذه الأحكام إجمالاً أن مخاطر التطور، لا تعتبر سبباً لإعفاء المقاول، أو المهندس أو غيرهما من المعماريين، من المسؤولية بالضمان، ما لم تتوافر لها، خصائص القوة القاهرة. وتعتبر، عندئذ سبباً أجنبياً للإعفاء من المسؤولية، أي ليس بوصفها مخاطر تطور بالمعنى السابق ولكن بوصفها قوة القاهرة.

١٢٩ - ومن ناحية أخرى، فإن التعليمات، أو الأوامر الصادرة من رب العمل، المتعلقة بالتصميم، أو التنفيذ، لا تعد كقاعدة عامة سبباً للإعفاء من المسؤولية بالضمان الخاص. ذلك أن تخصص المقاول، والمهندس، واحترافهما أعمال البناء، والتشييد. فضلاً عن ضرورة التزامهما، بتقديم النصح والإرشاد لرب العمل، تحول دون قيامه بالتنفيذ الفوري، أو المجرّد لتعليمات وأوامر أرباب العمل وأوامرهم. وتبعاً لذلك حكم بأن مسؤولية المقاول تظل قائمة، بالضمان العشري للبناء، حال وقوع خلل بالحائط، وإن كان سببه يرجع إلى المادة «ورق الحائط» المقدم من قبل رب العمل إلى المقاول، دون قيام الأخير بتنبية رب العمل إلى خطورة المادة المقدمة، أو تقديم النصح، والإرشاد^(٢٦٨).

وفي حكم مهم، أكدت محكمة استئناف مصر^(٢٦٩) أنه متى ظهرت، ضرورة عمل ميدة مسلحة، تعين على المقاول، النص عليها في العقد، وتنبيه المالك «رب العمل» إليها، حتى إذا تجاوزها وأشار بعدم عملها، كان المقاول مسئولاً أمامه عند حدوث خلل في البناء بسبب ذلك خلال مدة العشر سنين التالية لتسليم البناء. ولم يجوز له أن يحتج بعدم ذكر هذه الميدة بين الأعمال التي تعهد في العقد على القيام بها. وبدهي أنه ما دام المقاول، لا يجوز له أن يدفع عن نفسه المسؤولية العشرية بموافقة المالك صراحة عن تجاوز عمل ضروري، فلا يجوز له - من باب أولى - دفع المسؤولية بالتمسك بعدم النص في العقد المبرم بينه، وبين رب العمل على هذا العمل الضروري^(٢٧٠). ويلاحظ من الحكم

Civ. 30 Novembre 1983 - B. Civ. - 111 - n° 253.

(٢٦٥) انظر:

Civ. 17 Mai 1983 - B. Civ. 111 - n° 115

(٢٦٦) انظر:

(٢٦٧) انظر الحكم السابق - مباشرة -

Rennes. 18 Décembre 1958 - Cité par Liet - Veaux.

(٢٦٨)

Civ. 7 Novembre 1960 - D. 1969 - som - 42

(٢٦٩) انظر:

(٢٧٠) محكمة استئناف مصر - ٥ نوفمبر ١٩٣٥ - المحاماة - ١٦ - ٧٠٢ - ٣٢٨ - ومنشور كذلك في مجلة القانون،

والاقتصاد س ٧ - ابريل ١٩٣٧ - ومعلقاً عليه في - سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية

المدنية، وغيرها - بواسطة هدى النمير - ١٩٨٧ / ص ٢٠٧.

السابق، التفرقة بصدد مسئولية المقاول برغم تعليمات، رب العمل بين الأعمال الضرورية للمحافظة على سلامة، ومتانة البناء أو الإنشاء. وبين الأعمال غير الضرورية، وفي الأولى وحدها، يظل المقاول مسئولاً بالضمان العشري، حتى ولو صدرت تعليمات أو أوامر من رب العمل بعدم القيام بها - ولكننا لم نعثر على أية أحكام أخرى - لاحقة - تكرر هذه التفرقة التي نؤيدها لسلامة الاعتبارات التي تساندها.

١٣٠ - ونذكر بأن المقاول يلتزم بالضمان العشري، إذا تحقق سببه سواء قدم المواد من عنده، أو قدمها له رب العمل بصرف النظر عما إذا قام بالعمل بنفسه، أو بواسطة عماله، أو نفذت الأعمال من خلال عدد من المقاولين من الباطن كما يحدث عادة حيث يسأل المقاول الأصلي بالضمان عن عمل عماله التابعين له، وعن عمل المقاول من الباطن في مواجهة رب العمل، من دون أن يكون له الحق في الرجوع بدعوى الضمان نفسها على المقاولين من الباطن، بنص صريح بالتقنين المدني المصري، ونص ضمني، بالتقنين المدني الفرنسي، أما في القانون الكويتي فقد سكت المشرع عن إيراد نص صريح ولا ضمني تستبعد حق المقاول الأصلي الرجوع بأحكام الضمان العشري، قبل المقاول من الباطن. وانتبهنا إلى أن السكوت يفسر، لاعتبارات عملية، لمصلحة المقاول الأصلي، الذي يجوز له التمسك بالضمان العشري قبل المقاول من الباطن، إذا ثبت أن الخلل، أو التهدم أو العيب الذي يمس بسلامة ومتانة البناء أو الإنشاء، لخطأ الأخير.

والأخذ بهذا الرأي يرتب نتيجة مؤداها، أن المقاول من الباطن لا يعد مسئولاً، مسئولية تعاقدية عن الخلل، أو التهدم قبل المقاول الأصلي طالما أنه مسئول أصلاً بالضمان العشري أخذاً من نص المادة ٦٩٢ مدني كويتي. بينما يسأل عمال المقاول الأصلي، أو المقاول من الباطن في القانونين المصري، أو الفرنسي في مواجهة المقاول الأصلي، الذين تربطهم به علاقة تعاقدية، ولا يسألون في مواجهة رب العمل إلا عن الخطأ التصريحي.

١٣١ - بقى أن نوضح أخيراً، أن جميع المقاولات المتعلقة بإنشاء المباني، تعتبر عملاً تجارياً، متى كان المقاول متعهداً بتوريد الأدوات، والأشياء اللازمة. ومعنى ذلك، أن المقاولات إذا لم تتعلق بإنشاء المباني، والعمليات المرتبطة بها، وإذا لم يتعهد المقاول بتوريد الأشياء اللازمة لها، فلا يعتبر تاجراً. كذا، يعد عملاً مدنياً، ما تقوم به المكاتب العقارية - في الكويت - من وضع الرسوم، أو النماذج المعمارية، أو التصميمات للمباني، والإنشاءات، دون أن تتولى تنفيذها. لأنها تقوم عندئذ بعمل من الأعمال الذهنية، تستغل فيه ما لها من خبرة، أو فن، أو تجربة.

وإذا اعتبرت المقاول، تجارية، بالنسبة للمقاول، ترتب على ذلك نتائج مهمة، تتعلق بالمحكمة المختصة بنظر النزاع، وطرق الإثبات، والتضامن، وبهنا - في نطاق دراستنا - أنه إذا عهد رب العمل بالتنفيذ إلى عدد من المقاولين، كانوا متضامنين فيما بينهم في المسئولية، دون حاجة إلى اتفاق خاص^(٢٧١) بينما نصت المادة ٦٥١ مدني مصري، والمادة ٦٩٢ مدني كويتي على أن المسئولية

(٢٧١) سليمان مرقس - وهدي النمير/ مرجع سابق/ ص ٢٠٨.

تضامنية بين المقاول، والمهندس عن الأضرار التي تمس بسلامة، وبمتانة البناء، أو الإنشاء. وهذه الحالة تفترض أن رب العمل، تعاقد مع كل منهما مباشرة، وبدون اشتراط التضامن، لأنه إذا تعاقد مع أحدهما، وكان الآخر تابعاً له، قام التضامن بينهما، دون حاجة لنص هذه المادة. وتفترض كذلك، تكليف المهندس، ملاحظة أعمال البناء والإشراف على تنفيذها، أما إذا اقتصر دوره على وضع التصميم، فإنه لا يكون عندئذ مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت منه، م ٦٩٢ مدني كويتي، المقابلة للمادة ٦٥٢ مدني مصري. أما إذا كلف المهندس أيضاً بالإشراف على تنفيذ الأعمال، فضلاً عن وضع التصميم، فإنه يكون متضامناً مع المقاول، في حدود عيوب التنفيذ، ومستقلاً عن عيوب التصميم التي يسأل عنها المهندس وحده^(٢٧٢) بينما نصت م ٦٩٤ من القانون المدني الكويتي - تفصيلاً - على أن المقاول مسئول أيضاً عن عيوب التنفيذ التي ترجع إلى الخطأ في التصميم، الذي وضعه المهندس، بشرط أن يكون هذا الخطأ من الوضوح بحيث لا يجهله المقاول، وفي كل الحالات، يعد المقاول مسئولاً عن عيوب التصميم، إذا كان المهندس الذي قام بوضع التصميم تابعاً له.

وتتضح أهمية النص على التضامن في المسؤولية العشرية بين المقاول، والمهندس، في القانونين المصري، والكويتي، كونه أقام التضامن بين شخصين لا تربطهما علاقة عقدية، ليكون كل منهما رقيباً على الآخر في عمله بما يحقق مصلحة رب العمل. بحيث يكون لهذا الأخير، الخيار في الرجوع بأحكام الضمان على أي منهما.

الفرع الثاني: المهندسون:

١٣٢ - إذا كان المشرع، قد نظم عقد المقاولة في المادة ٦٩٢، وما بعدها مدني كويتي، أو المادة ٦٥١، وما بعدها مدني مصري. فقد أورد بهذه النصوص الأحكام الخاصة بالمهندس في القانون الكويتي وبالمهندس المعماري في القانون المصري. باعتبار عمله في التصميم، والمقايضة من نوع الأعمال المادية للمقاولات، يندرج في صدها^(٢٧٣) ويبين من هذه النصوص أنه حيث يلتزم المهندس عموماً سواء أكان معمارياً، أم كهربائياً، أم ميكانيكياً أو غيره بالضمان العشري في التقنين المدني الكويتي، فإن نطاق هذا الالتزام ينحصر في نظيره المصري، فلا يشمل سوى المهندس

(٢٧٢) عكس ذلك، ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ١٩٨ - بينما نستند في القول بالتضامن في المسؤولية العشرية عند تعدد مقاولي البناء، بضمان حقوق المضررين في التعويض، بتوسيع دائرة المدين، إذا كانوا تجاراً. وحتى في هذا الفرض، لا نجد أنفسنا في حاجة إلى تطبيق قاعدة التضامن بين التجار، بل يكفي الرجوع إلى القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة ١٦٧ مدني مصري، المقابلة للمادة ٢٢٨ مدني كويتي، من أنه إذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم، التزم كل منهم، في مواجهة المضرور بتعويض كل الضرر - قارن، سليمان مرقس/ مرجع سابق/ ص ٢٠٨.

(٢٧٣) في هذا المعنى، في الفقه ٢ السنهوري/ مرجع سابق/ ص ١٢٠ - ومن القضاء، نقض ١/٢١/١٩٦٥ - مجموعة أحكام النقض/ ١٦/ ص ١٨.

المعماري. أي الشخص الحاصل على مؤهل هندسي في هندسة المعمار، يمكنه من وضع التصميمات، والرسوم، والخرائط، أو النماذج المختلفة للمباني، والإنشاءات، ويتولى الإشراف على تنفيذها^(٢٧٤) أو على حد تعبير لائحة مزاوله المهنة الشخص المتميز بقدرته على التخطيط، والتصميم المعماري، والتطبيق الابتكاري والتنفيذ. وله إمام تام بفن البناء، حسب ظروف البيئة، ومقتضياتها ويساهم في التعمير والتشييد، في نطاق التخطيط العام، ويتمتع بالحماية القانونية التي تتطلبها مهنته^(٢٧٥).

- وقد عدل المشرع المصري أخذاً من نص م ٥ من القانون رقم ١٩٧٦/١٠٦ عن حصر نطاق الالتزام بالضمان العشري^(٢٧٦) على المهندس المعماري، بحيث يمتد عبء الضمان في الوقت الحالي إلى المهندس بصفة عامة^(٢٧٦ مكرراً) بصرف النظر عما إذا كان معمارياً، أو غيره حيث يتناول النص المذكور «المهندس النقابي المتخصص بما يعني إمكانية امتداد الضمان لأي مهندس يتصل عمله بالبناء أو التشييد. وإذ نؤيد موقف المشرع، وخاصة أن قصر عبء المسؤولية العشرية على المهندس المعماري، فضلاً عن عدم عدالته، يجافي التطور، الذي أسفر عن عمليات للبناء، أو التشييد، تساهم فيها جميع أفرع الهندسة الكهربائية والميكانيكية وغيرها، بالمبنى الواحد. وعليه، فإن انتقاء المهندس المعماري، وحده، من بين جميع المساهمين في عملية البناء لا يقوم على أسس مقبولة، ولا معقولة، كونه يستند إلى محض المصادفة. ويكرس واقع البناء والإنشاء وقت صدور التقنين المدني المصري في نهاية الأربعينيات ويتفق ونص م ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها، ويبدو أن التقنين الكويتي، قد تأثر بدوره، بهذا التشريع، فنص على التزام المهندس عموماً، بالضمان العشري قبل رب العمل.

- ومع ذلك، فإن الاكتفاء بإلقاء عبء المسؤولية على عاتق المقاول، والمهندس عموماً غير كاف بذاته، ما لم ترتبط به تعديلات أخرى، تمتد بنطاق المسؤولية العشرية بضمان سلامة المباني والإنشاءات ومثانتها لكل من يشترك في البناء، والتشييد، استناداً إلى ذات الاعتبارات التي حدت بالمشرع إلى التوسع في مفهوم المهندس، الملتزم بالضمان. إن عدم امتداد المسؤولية

(٢٧٤) انظر السنهوري - المرجع السابق / ج٧ / ص ١٠٩ - لببب شنب/ عقد الماولة ص ١٢٢ / بند ١٠٥

(٢٧٥) وفي قاموس الأكاديمية الفرنسية - ط ١٨٧٨ أنه:

L'ariste qui compose les edifices en determine les proportions, les distributions, les faites exccutes sous ses ordres et, en règles les dépenses».

(٢٧٦) لببب شنب - مرجع وموضع سابقين. وكانت المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها تنص على أنه إذا هلك البناء الذي شيد بسعر إجمالي هلاكاً كلياً أو جزئياً بسبب عيب في البناء أو عيب في الأرض فإن المهندسين المعماريين والمقاولين يكونون مسئولين عن هذا الهلاك خلال عشر سنوات. ثم عدل النص المذكور بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ فأصبح كل من يساهم في عملية البناء، مسئولاً بالضمان العشري.

(٢٧٦م) في هذا المعنى شكري سرور / مرجع سابق / ص١٩٣ / بند ١٦٧ - كما خولت م١٢ من القانون المذكور للوزير المختص إصدار قرار ببيان الحالات التي يكون الإشراف على التنفيذ فيها لأكثر من مهندس نقابي من تخصصات مختلفة.

العشرية إلى الصانع، أو الموزع، أو المورد للآلات، والمواد الخام، في عصر المباني سابقة التجهيز، لا يستجيب للتطور المعاصر، ويتمخض، عن مبانٍ، أو إنشاءات تنهار، فور إيجازها، أو بعدها بفترة قصيرة. كذا، فإن عدم خضوع بائع العقار المبني، لأحكام الضمان العشري، سواء بعد إتمام البناء، أو قبل تشييده. لا يستجيب للأساليب الحديثة، أو الواقع العملي، فيسمح للمقاول البائع، والمهندس البائع بالإفلات من أحكام الضمان العشري لا لشيء إلا لعدم ارتباطهما بعقود مقالة مع رب عمل، وإنما بعقود بيع عقاري^(٢٧٧).

١٣٣ - ومن ناحية أخرى، فإن لائحة مزاوله مهنة الهندسة في القانونين الكويتي والمصري، تشترط حصول المهندسين على بكالوريوس في الهندسة أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها قانوناً فضلاً عن ضرورة كونه عضواً بنقابة، أو جمعية «بالكويت»^(*) وبذا، يثور التساؤل: هل، يعد هذا الشرط لازماً لتطبيق أحكام الضمان العشري، وبمعنى آخر، هل يلزم توافر الصفة القانونية، حتى يلتزم المهندس بالضمان العشري، إذا ظهر عيب بالمبنى، أو خلل، أو تهدم؟، ولا نتردد في الإجابة عن التساؤل بالنفي، ذلك أن العبرة في تطبيق قواعد الضمان العشري بطبيعة الأعمال، التي يقوم بها الشخص، بصرفه النظر عن صفته القانونية «المهنية».

فالمقصود بالمهندس، في الضمان العشري، أي شخص يعهد إليه من قبل رب العمل بهذه المهمة، بصرف النظر عن مؤهلاته، أو تخصصه، أو احترافه الأعمال، وفي حدود هذه الأعمال فلا يعفى بالتالي من عبء الضمان، لمجرد أنه، لا يحمل مؤهلاً في الهندسة. والقول بغير ذلك، يعني تهرب هؤلاء من قواعد الضمان العشري بحجة عدم التخصص، ولا المؤهل، وهي نتيجة غير معقولة، بينما نصت م٤/١ من الشروط العامة Fidic بأن المهندس هو الشخص المعين من قبل رب العمل ليعمل مهندساً في شئون العقد، والمسمى بذلك في الجزء الثاني من هذه الشروط. ويستفاد من ذلك، عدم اشتراط حصوله على مؤهل في الهندسة. فيكفي أن يكون معيناً من قبل رب العمل للقيام بالأعمال الهندسية.

١٣٣م - وإذا عهد رب العمل إلى عدة مهندسين، القيام بأعمال التصميم، والرسوم، والمقاييسات، والإشراف، وإدارة عملية التنفيذ، وغيرها، وهو ما يحدث غالباً كانوا جميعاً مسئولين عن ضمان ما يحدث بالبناء، أو الإنشاء من تهدم، أو خلل، أو عيوب تؤثر في سلامته، أو متانته ولو نشأ الخلل عن عيب في الأرض ذاتها، ونوزع المسؤولية في هذه الحال، كل في حدود العمل الذي قام به^(٢٧٨) وإنما يثور التساؤل، بعد ذلك، بصدد معرفة الجزء المكلف به كل مهندس من المهندسين المتعددين، حتى يسأل عنه، أو يسأل في حدوده؟ وهذه المسألة، يرجع في شأنها إلى العقد المبرم

(٢٧٧) في هذا المعنى، أغلب الفقه المصري، مثلاً، ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص٢٨ - محمد حسين منصور/ مرجع سابق/ ص ٤٧ - عبدالرازق حسين يس/ مرجع سابق/ ص٢٥١.

(*) المقصود جمعية المهندسين

(٢٧٨) شكري سرور - مرجع وموضع سابقين..

بين هؤلاء، وبين رب العمل. فإذا ثبت أن الخطأ الذي ولد الضمان العشري، يرتبط بعملية تصميم البناء، كان المهندس، المعماري، وحده، هو المسؤول. وإن ثبت أن الخلل قد حدث لأسباب تتعلق بالتنفيذ، وسير أعمال الإنشاء، كان المهندس المشرف على التنفيذ وحده مسؤولاً وهو المهندس المعماري غالباً. وتبعاً لذلك حكم بأن أساس التزام المهندس المعماري بالضمان، العقد المبرم بينه وبين رب العمل، الذي يحدد مسؤوليته عن أخطاء التصميم، وعيوب التنفيذ^(٢٧٩) وحكم قديماً^(٢٨٠) بأن من واجبات المهندس المعماري، أن يلاحظ، عند وضع الرسوم. أحكام القوانين المتعلقة بالجوار، وقيود البناء، وحقوق الارتفاق، سواء ما كان منها مفروضاً بحكم القانون، أو ناشئاً عن الاتفاق، أو بسبب موقع الأرض الطبيعي، وله في سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكية الأرض المطلوب إقامة البناء عليها، حتى يتأكد من ذلك كله، فإذا امتنع المالك عن تقديمها إليه، التزم بأن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق، أو القيود التي يحيط بها علماً.

فإذا جعل رب العمل نفسه مكان المهندس المعماري، فإن الما قول الذي يعمل تحت إشرافه في هذه الحالة لا يكون مسؤولاً عن تهمد البناء، أو العيوب التي تهدد سلامته، أو متانته إذا نشأ ذلك عن خطأ في التصميم الذي وضعه رب العمل. إلا أن الما قول يشترك مع ذلك في المسؤولية، مع رب العمل إذا عمل بالخطأ في التصميم، وأقره أو كان الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على الما قول المجرب، فمصدر مسؤوليته في الحالة الأولى، إقراره بالخطأ، والثانية، هو التقصير أو الإهمال^(٢٨١) وتفريعاً على ذلك، فإنه لا يعتبر مسؤولاً أصلاً بالضمان، إذا اقتصر دوره على تنفيذ تصميم، أو تخطيط، وضع سلفاً من قبل المهندس المعماري - كما قدمنا^(٢٨٢). وإنما تقوم مسؤوليته عن إقراره بخطأ واضح في التصميم أو إهمال مراجعة التصميم أو الرسومات المقدمة من المهندس. وتأكيداً لذلك، حكم بأنه، إذا اعتبر المهندس المعماري مسؤولاً عن عيوب في تصميم البناء، فلا يمكن الرجوع بالمسؤولية على الما قول الذي قام بمهمة التنفيذ^(٢٨٣).

١٣٤ - كذا، يثور التساؤل بصدد الفرض الذي يخالف فيه المهندس المعماري، لوائح التنظيم،

(٢٧٩) وفي الفقه، انظر السنهوري / مرجع سابق / ج٧ / ص ١٠٩ / بند ٦٢.

ومما يؤكد ذلك أن المشرع المصري، استخدم، صيغة الجمع. «فيما شديده»، وفيما أقاموه، فدل ذلك على تعدد المهندسين، وتعدد الما قولين بعكس المشرع الكويتي الذي استخدم صيغة المثنى وليس معنى ذلك، القول بالتضامن بين المهندسين، واما قولين المتعددين في القانون المصري، وعدم التضامن بينهم في القانون الكويتي فهذا لا يمكن التسليم به طالما أنهم يرتبطون جميعاً بعقد مقاوله مع رب العمل، وطالما أن الأعمال التي يقومون بها، تدخل في نطاق الضمان العشري.

(٢٨٠) وفي إلقاء عبء الإلزام المذكور وإنما في صورة أقل حدة على عاتق الما قول
Civ. 8 Novembre 1976 - B. Civ. - 111 - n° 390.

وانظر - نقض مدني ٥ مايو ١٩٦٤ - بلتان مدني - ج١ - رقم ٢٣٤.

(٢٨١) مصر الوطنية ٣١ أكتوبر ١٩٤٤ - الحمامة - ٢٦ - ص ٢٦٢ - وفي المعنى نفسه في الفقه الفرنسي Boubli - مرجع سابق - ص ٩٠.

R.D.I. 1989 - 215

(٢٨٢) انظر:

Civ. 28 Mai 1979 - Civ. 11 Fevrier 1980 - R.D.I. 1988 - p.409.

أو قيود البناء، ويترتب على ذلك قيام الجهات المختصة بهدم البناء أو الإنشاء الذي شديد مخالفاً لوائح التنظيم، فهل يعتبر المهندس مسؤولاً بالضمان العشري رغم أنه لم ينسب إليه أية أخطاء في تصميم، وتنفيذ العمل نفسه؟.

ولا نتردد في الإجابة عن السؤال السابق بالإيجاب، فالنص صريح بأن المقاول، أو المهندس «وغيرهما» مسئول عن التهدم أو الخلل أو العيب الجسيم عموماً، كنتيجة لتقصير، أو إهمال نسب إليه بصرف النظر عما إذا كان التقصير، أو الإهمال لأسباب مادية، في عملية التصميم أو الإشراف والتنفيذ، أو لأسباب قانونية، أي مخالفة قواعد البناء، ولوائح التنظيم، أو ما يسمى بقيود البناء، أياً كان مصدرها «القانون أو الاتفاق»^(٢٨٤) وقد ذهب البعض، إلى أن المهندس لا يلتزم مع ذلك - تلقائياً، بمراعاة المواصفات، والمقاييس الإدارية، بوصفها، عقداً، نموذجياً Contrat-type، لا يلتزم بما ورد به إلا إذا أحال إليه أطراف العلاقة، بحيث تعتبر عندئذ جزءاً لا يتجزأ من العقد المبرم^{(٢٨٥)(٢٨٦)}.

ويقع على عاتق المهندس المعماري بصفة خاصة الالتزام بالرقابة، والإشراف على الأعمال، وإلا عد مسئولاً بالضمان. وبذا، أيدت محكمة النقض الفرنسية، حكم الاستئناف الذي قرر مسئولية المهندس المعماري، عن الإخلال بالتزاماته، بطلب الخرائط الجيوتكنيكية وعمل المجسات اللازمة، للتربة، وعدم تجاهل أي عيب بها يمكن أن يحدث لاحقاً^(٢٨٧).

١٣٥ - وعلى أية حال، فقد يصعب التوفيق أحياناً، بصدد المسئولية العشرية للمهندس بين اعتبارات متعارضة منها، رغبة رب العمل، الاقتصاد في نفقات البناء، بطلبه أدوات أو مواد من نوع رديء، بما قد يؤثر في سلامة ومتانة البناء نفسه خلال المدة المجددة للضمان، فهل يجوز للمهندس الاستناد إلى ذلك، بوصفه خطأ من رب العمل للإعفاء من المسئولية بالضمان العشري؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب، كما ذهب بعض الأحكام^(٢٨٨) الا يعد ذلك متعارضاً، والحكمة من الضمان العشري

(٢٨٤) انظر: Civ. 26 Fevrier 1979 - J.C.P. 1979 - IV - 161

(٢٨٥) في هذا المعنى: Liet - Veaux - Droit de la construction - p.217.

(٢٨٦) في هذا المعنى - انظر: Liet - Veaux - op. cit - p.217.

(٢٨٧) وفي ضرورة العلم بالقيود والاتفاقية - الالتصاق - والمطالات، والمسافات انظر:

Civ. - 8 Novembre 1978 - B. Civ. - 111 - n° 390.

وفي القانون الكويتي اكتفى المشرع المدني بالإحالة إلى القوانين الخاصة بشأن التنظيم القانوني لقيود الفتحات، انظر الجدول الملحق بقرار رئيس بلدية الكويت رقم ٣٠/١٩٨٥ - مشار إليه في، شكري سرور - الملكية/ مرجع سابق/ ص٢٥٨/ بند ٣٨٠ - وفي القانون المصري - السنهوري/ مرجع سابق/ ص٧٤٢، وما بعدها.

(٢٨٨) وقالت محكمة النقض في حكم لها - حرفياً:

Il incombaux architectes, au titre de la conception du chantier de demander une étude geotechnique, voire de dresser des plans de terrassement et de ne pas ignorer qu'une grande fouille dans un terrain en très forte pente pose toujours des problèmes graves et en révélant que le fait que les travaux de terrassement aient commencé avant leur intervention n'ait pas de nature à diminuer leur responsabilité - Civ. 5 Avril 1995 - R.D.I., 1995 - p.550.

نفسه، وهي حماية رب العمل، غير المهني، أو غير المتخصص، قبل المهندس الذي يعلم أو من المفروض أن يعلم ماهية المكونات الداخلة في مواد البناء، فيعتبر لذلك مسئولاً عن سلامة المباني والإنشاءات ومآنتها؟ كما أن التوسع في الإعفاء من المسؤولية العشرية للمهندسين بدعوى رغبة أرباب العمل الاقتصاد في النفقات يتعارض والتزام المهندس بحساب التكلفة، ومسئوليته بالتالي عن اقتصاديات البناء أو الإنشاء إذا تعدى المبالغ التي حددها سلفاً، فلا يقبل لذلك، طلب رب العمل، الاقتصاد في النفقات عما سبق تحديده^(٢٨٩).

١٣٦ - والواقع أنه يمكن - في نظرنا - التوفيق بين اعتبارات، رغبة أرباب العمل التوفير في اقتصاديات البناء، أو الإنشاء، والتزام المهندس المعماري خصوصاً بسلامة البناء ومآنته، بالنظر إلى الأصول المهنية المرعية التي تلقى على عاتق المهندس عبء الالتزام ليس فقط بالمتطلبات المالية للمشروع، وإنما كذلك بالمتطلبات الفنية أو التقنية، وعليه لذلك إقامة نوع من التوازن المعقول بين الاعتبارات المالية، والفنية، بحيث لا تطغى إحداها على الأخرى. وعليه لذلك ألا يقبل توفيراً للنفقات، مواد، أو خامات رديئة، يتسبب عنها التهدم أو الخلل، وإلا اعتبر مسئولاً بالضمان العشري، وعليه لذلك التزام أقصى درجات الحرص، والحذر، عند تحديد تكلفة البناء أو الإنشاء. فيحتاط مثلاً لارتفاع الأسعار في السوق. التي تضطره إلى قبول مواد رديئة، تؤثر في سلامة البناء ومآنته.

ويؤكد ذلك، ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية، عدم إعفاء المهندس أو المقاول من المسؤولية بالضمان، بحجة خضوعه لتعليمات المراقب الفني Controleur technique^(٢٩٠) ولما كان المهندس، يعد مسئولاً بالضمان رغم، تعليمات، وأوامر المراقب الفني في الحكم المذكور والفرض أنه على درجة كبيرة من التخصص الفني أو المهني. فإنه يعتبر كذلك مسئولاً بالضمان، وإن طلب إليه رب العمل، الاقتصاد في نفقات البناء، باستخدام مواد، وخامات رديئة. ولا يغير من ذلك أن يكون رب العمل، من المهنيين، المتخصصين، فالتزام المهندس، بتوجيه النصح، والإرشاد، يحول دون قيامه بتنفيذ ما يصدر إليهم من أوامر، أو تعليمات تنفيذاً فورياً، أو مجرداً^(٢٩١). وهو حكم يصلح للتطبيق - كذلك في القانونين المصري، والكويتي.

الفرع الثاني: أشخاص آخرون:

١٣٧ - والمتأمل في النصين الواردين بالقانون الفرنسي وهما المادة ١٧٩٢ والمادة ٢٠٠٠ مدني يرى أن كل من ساهم في عملية تشييد البناء، مباشرة، أو بصورة غير مباشرة مسئول

Civ. 16 Mars 1977 - B. Civ. - 111 - n° 125.

مثلاً: (٢٨٩)

Civ. 16 Janvier 1976 - cité, par B. Boublil la responsabilité et l'assurance des architectes, entre preneurs et autres constructeurs - J.N.A - 1991 - p.94.

انظر: (٢٩٠)

وعكس ذلك - مدني - ١٦ مارس ١٩٧٧ - بلتان مدني - ج٣ - رقم ١٢٥.

Civ. 18 Avril 1986 - B. Civ. - 111 - n° 42.

من ذلك مثلاً: (٢٩١)

بالضمان العشري إذا ارتبط بعلاقة مقاولة مع رب العمل. أي بشرط أن يعين هؤلاء من قبل رب العمل، وليس من قبل المعماري، وإلا عد مقاولاً من الباطن لا يخضع لقواعد الضمان العشري... وتبعاً لذلك، وتأكيداً له حكم بمساءلة المراقب الفني، عن الخلل بسلامة البناء، بوصفه مقاولاً، وليس بوصفه وكيلاً عن رب العمل^(٢٩٢) وبأن المهندس مسئول بالضمان فيما إذا تدخل، كأنه معماري، فقام بحساب المقاييسات، وأدى الأعمال لحساب رب العمل^(٢٩٣). وبأن مكتب الدراسات المعمارية مسئول كذلك بالضمان العشري^(٢٩٤) وبأن شركة الدراسات الفنية، مسئولة بالضمان العشري عن عيوب في عملية المونتاج، وتجربة التكيف المركزي بالمبنى^(٢٩٥) وبأن المعهد الفني للعمارة، يعتبر مسئولاً، كذلك بالضمان العشري عن الخطأ في التصميمات النموذجية^(٢٩٦) وبأن تقني أو فني المبنى Technicien du batiment، يلقي عليه عبء الالتزام بالضمان العشري^(٢٩٧).

- ولا يعتبر أي من هؤلاء، أو غيرهم، ممن يرتبطون بعلاقة مقاولة مع رب العمل مسئولاً بالضمان ما لم يتدخل فعلاً في أعمال البناء، أو الإنشاء، بوصفه مقاولاً، ولذا، حكم بأن المكلف، بتجهيز غسالة الملابس وتشغيلها، لا يعتبر في حكم المقاول المسئول بالضمان العشري^(٢٩٨) وأن المكلف بالقيام بأعمال تجديد، يسيرة بالمبنى أو الإنشاء لا يكون ملزماً، بسلامة البناء ومثانته طبقاً لأحكام المادة ١٧٩٢ مدني^(٢٩٩).

- كما حكم بأن مقاول البناء، الذي يدعى للقيام بأعمال الرقابة الثانوية، ولم يتدخل في عملية التشييد، لا يعتبر ضمن المعماريين، ولا يعتبر لذلك مسئولاً بالضمان العشري^(٣٠٠).

وبأن مركز تنسيق الأعمال المعمارية Bureau, de Coordination immobilier لا يكون مسئولاً بالضمان العشري ما لم يقم بأعمال معمارية في نطاق البناء، أو الإنشاء بالفعل^(٣٠١).

(٢٩٢) في هذا المعنى:

Laroumet, La responsabilité des organismes de control techniques. R.D.I. 1981 - 311 - Spec. n° 62.

Civ. 20 Mars 1989 - J.C.P. 1989 - IV - 206.

وانظر:

Civ. 30 Mars 1989 - op. cit-

(٢٩٣) انظر:

Civ. 12 Octobre 1978 - G.P. 1979 - 1 - Pan. 19

(٢٩٤) انظر:

C.E. 18 Mars 1983 - Rec. n° 20 - 618.

(٢٩٥) انظر:

Civ. 9 Avril 1962 - B. Civ - 1 - n° 201

(٢٩٦) انظر:

C.E. 2 Décembre 1970 - Req. n° 76 - 979.

(٢٩٧) انظر:

Civ. 10 Décembre 1969 - B. Civ. - 111 - n° 612

(٢٩٨) انظر:

Civ. 28 Mars 1979 - B. Civ. - 1 - n° 58

(٢٩٩) انظر:

Civ. 15 Décembre 1982 - G.P. 1983 - 482 - not. Planqueel

(٣٠٠) انظر:

Civ. 11 mai 1988 - R.D.I. 1988 - 467

(٣٠١) انظر:

المطلب الثاني: الأشخاص المسئولون، بصرف النظر عن وجود عقد المقاولة

تمهيد وتقسيم:

١٣٨ - أفصح المشرع الفرنسي، في قانون ٤ يناير ١٩٧٨ عن رغبته في اعتبار الضمان العشري من توابع الملكية، ففقد بذلك موقف محكمة النقض، كما سبق أن أشرنا. وعليه، يكون للمشتري الحق في التمسك بأحكام الضمان العشري، بصرف النظر عن الطريقة التي شيد بها البناء.

كما عبر المشرع عن المشتري، بلفظة l'acquéreur، أي كل شخص تؤول إليه ملكية البناء، أو الإنشاء. فلم يعد الأمر قاصراً - كما هو الشأن في قانون ٣ يناير ١٩٦٧ - على رب العمل، وخلفه العام، والخاص، وإنما كل من يتلقى الملكية خلال عشر سنوات^(٣٠٢) فامتد الضمان ليشمل إلى جانب المقاول، والمهندس، وبائع العقار المبني، والوكيل، والممول العقاري، وكذا، صانع، المواد، والأدوات الداخلة في عملية البناء^(٣٠٣). ومن في حكمه من الموردين والموزعين.

١٣٩ - ولما كان توسيع نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص يعتبر، اتجاهاً يتعين - في نظرنا الاستفادة منه في القانونين المصري، والكويتي، فسوف نعرض لكل من هؤلاء بوصفه مسئولاً بالضمان العشري - في فرع مستقل.

الفرع الأول - البائع:

١٤٠ - انتهينا إلى أن الضمان العشري، ينطبق أساساً على مقاولات البناء، والإنشاءات الثابتة، فإذا انتقلت ملكية البناء إلى المشتري، بعقد بيع من مقاول، أو مهندس يبني لحسابه، بغرض البيع، لا يكون لهذا المشتري التمسك بالضمان العشري، وإن كان له مع ذلك التمسك بدعوى ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، إذا توافرت شرائطها، وبذا، تهدر الحماية القانونية التي أراد المشرع أن يكفلها إلى كل شخص تؤول إليه ملكية البناء، أو الإنشاء خلال عشر سنوات. كما وجدت شركات المقاولات في اشتراط «المقاولة» شرطاً لتطبيق أحكام الضمان العشري ذريعة للتهرب من أحكامه، بإبرام عقود أخرى - خلاف المقاولة^(٣٠٤).

(٣٠٢) في هذا المعنى - انظر: Karila:

Garanties legales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobilières après la reception de l'ouvrage D.1990 - chr. 307.

(٣٠٣) في هذا المعنى، عبدالرازق حسين يسين/ مرجع سابق/ ص ٦٣٠ - محمد ناجي ياقوت/ مرجع سابق - ص ٤٩.

(٣٠٤) وأضيف بقانون - ١ ديسمبر ١٩٩٠، الذي جرى تطبيقه بداية من أول ديسمبر ١٩٩١ إلى قائمة الأشخاص المسئولين بالضمان العشري، مشيدو المنازل الفردية، والقيلات الخاصة، بشرط أن يشيد المنزل الخصوصي، طبقاً لخطة اقترحها المشيد، أو عمل على اقتراحها، ومعنى ذلك، أنه إذا لم يقيم المعماري مباشرة، أو بطريق غير مباشر، بتقديم مخطط القيلات لا يعد مسؤولاً بالضمان.

واستمر الأمر على ذلك، في القانون الفرنسي، إلى أن صدر قانون ٣ يناير ١٩٦٧ الذي امتد بنطاق تطبيق أحكام الضمان لتشمل بيوع المباني، والإنشاءات تحت التشييد^(٣٠٥) وأوجد المشرع بذلك تفرقة بين بيع البناء أو الإنشاء تحت التشييد، أو بعد التشييد. وفي الحالة الأولى، وحدها، تنطبق أحكام الضمان العشري، أما بالنسبة لبيع العقارات التي تم إنجازها فعلاً، فلا تنطبق عليها سوى أحكام المسؤولية العقدية، أي في قواعدها العامة^(٣٠٦) وهي تفرقة، أدت بدورها، إلى التفرقة في مدى الحماية المقررة، للعقارات المببوعة تحت التشييد، وهي حماية القواعد الخاصة، للضمان العشري، والحماية المقررة للعقارات المببوعة، التي تم إنجازها فعلاً، وتكفلها القواعد العامة للمسؤولية العقدية.

- وقد تعرضت هذه التفرقة لانتقادات الفقه الفرنسي^(٣٠٧) كما تضاربت بشأنها أحكام المحاكم^(٣٠٨) وفتحت الباب على مصراعيه، أمام المعمارين للتهرب من أحكام المسؤولية العشرية المشددة، بعدم إتمام البيع إلا بعد تشييد البناء كاملاً وبذا، لا يجد المشتري، من سبيل، سوى رفع دعوى العيوب الخفية، على المقاول، والمهندس البائع أو بعدم الارتباط أصلاً بعقد مقاول. وقد انعكس ذلك على تداول الأموال العقارية، وساهم إلى حد كبير في تفاقم أزمة الإسكان.

١٤١ - وفي مرحلة تالية، صدر قانون ٤ يناير ١٩٧٨، ونص فيه خصوصاً على خضوع المقاول أو المهندس البائع لأحكام الضمان العشري، من دون التفرقة بين بيع البناء تحت التشييد à Construire أو بعد التشييد après achivement. وجاء نص م ١٧٩٢ / ١ مدني صريحاً، ومحددأ على أنه يعتبر معمارياً، «مسئولاً بالضمان العشري» كل شخص يبيع بناء بعد إتمام تشييده، سواء أكان شبيده، أم عمل على تشييده، «فسوى بذلك من حيث المسؤولية بالضمان بين المهني الذي يحترف عمليات البناء، أو التشييد لحسابه بغرض البيع فيما يسمى بالمقاول البائع entrepreneur - Vendeur - وبين غير المهني، الذي قد يضطر - لظروف ما - إلى بيع مسكنه^(٣٠٩) ونلفت النظر إلى أن آثار التسوية - في النص الجديد - بيوع العقارات تحت التشييد، أو بعد التشييد تقتصر على

(٣٠٥) وتطبيقاً لذلك، انظر، Civ. 19 Janvier 1977 - B.Civ. - 111 - p.23.

Civ. 20 Mars 1978 - B.Civ. - 111 - p.99.

وفي الفقه G. Liet - Veaux - مرجع سابق ط ١ Litec الطبعة العاشرة - ص ٣٩٥، وما بعدها.

(٣٠٦) وقد ورد النص على النحو التالي:

Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu pendant dix ans à compter de la réception des travaux, des vices cachés dont les architectes, entrepreneurs, et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des art. 1792 - 2270 C.Civ.».

(٣٠٧) في ذلك مثلاً: Civ. 5 Avril 1978 - G.P. 20 Juillet 1978.

(٣٠٨) في ذلك مثلاً: G. Liet - Veaux, op. cit. «Litec» - 395 A. Roussel, op. cit, 1978 - n° 12.

(٣٠٩) في ذلك مثلاً: Civ. 4 Juillet 1990 - B. Civ. - 111 - n° 164.

قواعد الضمان العشري وحدها أما فيما يتعلق بضمان التشطيب Parfait achivement المنصوص عليه بالمادة ٦/١٧٩٢ من التقنين المدني، فيلتزم به المقاول، دون البائع. فقد ورد بالفقرة المذكورة، أن المقاول يلتزم بضمان جودة التشطيب، في خلال سنة من وقت تسلم البناء مقبولاً، بإصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل. سواء عن طريق ما أبداه من تحفظات في محضر التسلم، أو بإخطار كتابي بالنسبة للعيوب الأخرى التي لم يتم اكتشافها إلا بعد تسلم البناء مقبولاً. فبضمان التشطيب إذن يفترض وجود رب عمل، ومقاول، ويلتزم الأخير - بمقتضاه - بإصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل، إذا تحفظ بشأنه في محضر التسلم، كذا يشمل الخلل الذي لم يظهر إلا بعد التسلم بشرط إخطار المقاول به، خلال سنة من وقت التسلم.

- فهذا الضمان، كما يبين من النص المذكور لا يشمل سوى المقاول وحده، ولا يمتد إلى غيره من المماريين، فيما إذا شيد البناء، بناء على عقد مقاوله، ولا يمتد إلى غير هؤلاء، وخاصة على البائع.

١٤٢ - وعلى عكس ذلك، يمتد الالتزام بضمان توقي الحد الأدنى من العزل الصوتي المطلوب تحقيقه في المباني المخصصة للسكنى الأدمية، إلى البائع، والممول العقاري بالتضامن مع المقاول (م ١١١ من قانون التشييد، والإسكان) فرغم أن المشرع، قد جعل الإخلال بالحد الأدنى، المشار إليه من العزل الصوتي، سبباً يوجب رفع الدعوى بضمان، جودة التشطيب، إلا أنه وسع في نطاق الأشخاص المسؤولين عن العزل الصوتي ليشمل، ليس فقط المقاول كما هو الحال، في ضمان جودة التشطيب، بل يمتد كذلك إلى البائع، والممول العقاري الذي يعتبر ضامناً في مواجهة «المشتري الأول» لكل وحدة سكنية خلال الستة أشهر التالية لشغل هذه الوحدة. وبعبارة أخرى، فإن المقاول يلتزم، بتوفير الحد الأدنى المطلوب تحقيقه بالنسبة للعزل الصوتي خلال مدة سنة، تبدأ من تاريخ تسلم رب العمل للأعمال. أما البائع، والممول العقاري، فيعتبر مسئولاً، قبل المشتري، الأول لمدة ستة أشهر، تبدأ من تاريخ شغل الوحدة السكنية.

- ونلفت النظر، أخيراً، إلى أن إدخال البائع ضمن المسؤولين بالضمان العشري، أثارت مشكلات عدة، وخصوصاً، في حالة قيام المقاول البائع، أو المهندس البائع بتشبيد البناء ثم بيعه. وفي هذا الفرض لا يوجد تسلم، فكيف تحتسب مدة الضمان؟ وهي صعوبة لا تثور أصلاً في القانون الكويتي حيث تبدأ مدة الضمان من تاريخ إتمام البناء أو الإنشاء - كذا، قد يتراخى وقت البيع عن وقت تسلم البناء أو الإنشاء، وهو ما يترتب عليه بالضرورة اختصار مدة الضمان العشري في غير مصلحة المشتري.

الفرع الثاني - الوكيل:

١٤٣ - نصت م ٢/١٧٩٢ (٣) ولا مثيل لها في القانونين المصري والكويتي على أنه يعتبر معمارياً «تنطبق عليه أحكام الضمان العشري» كل شخص يقوم بمهمة تشبه عمل المقاول، على الرغم

من تصرفه بصفة الوكيل عن مالك البناء «رب العمل»^(٣١٠) ويستفاد من النص أنه لا يكفي لاعتبار الشخص معمارياً في معنى، الضمان العشري أن يكون مرتبطاً مع رب العمل بعقد الوكالة. بل يلزم، فضلاً عن ذلك أن يقوم بمهمة تشبه عمل المقاول، أو المهندس، أو المعماري كأن يقوم مثلاً بأعمال الإشراف على العمل، أو تمويل عمليات البناء، أو يشارك في وضع التصميم أو غير ذلك من أعمال المقاولات. والذي يبدو من ظاهر النص أن الوكيل يخضع لقواعد الضمان العشري، بصرف النظر عن ارتباطه بعلاقة مقاوله مع رب العمل. وبذا، يتوسع المشرع بالنسبة للأشخاص المسؤولين بالضمان فلا يفلت منه من يتصرف كوكيل عن رب العمل، إذا قام بمهمة تشبه مهمة المعماري.

- وليس ثمة صعوبة في فهم معنى النص المذكور. ومغزاه فالوكيل يقتصر دوره على إبرام التصرفات القانونية باسم رب العمل ولحسابه، فإن تعدى الدور المرسوم له، وقام بعمل من أعمال المقاول كوضع تصميم البناء أو الإنشاء، أو الإشراف على أعمال التشييد، فإنه يقوم بعمل مادي من أعمال المقاوله، فيعد لذلك مسئولاً ليس بوصفه وكيلاً، وإنما بوصفه معمارياً يخضع لأحكام المسؤولية الخاصة بالمعماريين. قبل رب العمل «الموكل» بحيث تنتقل دعوى الضمان إلى خلفه العام، والخاص «أي إلى المشتري» خلال مدة الضمان. إن النص السابق لم يترتب عليه في الحقيقة اتساع نطاق الضمان العشري من حيث المدین^(٣١١).

وقد اقتربت محكمة النقض المصرية في حكم لها من نص م ٢/١٧٩٢ (٣)، فاعتبرت أن الوكيل مسئول بالضمان العشري، شأنه في ذلك شأن المقاول. إذا قام بأعمال مادية إلى جانب التصرفات القانونية. وجاء بهذا الحكم خصوصاً أن المشرع، قد أورد القواعد المتعلقة بمسؤولية المهندس المعماري في الباب المخصص لعقد المقاوله، ليعتبر عمله، بوضع التصميم والمقاييس، ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات ويندرج في صورها. وإن اختلاط الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية، فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاول إلى الوكالة^(٣١٢) وتتضح أهمية الحكم، من كونه يطبق أحكام المقاوله في الفرض الذي تتعارض فيه مع الوكالة. ويلزم الوكيل تبعاً لذلك بالخضوع لأحكام الضمان العشري، على سند من القول، بأن عنصر المقاوله هو الغالب بالنسبة للعقد مع المهندس المعماري^(٣١٣).

١٤٤ - ونلفت النظر إلى أن القضاء السابق لا يرقى إلى حد اعتبار أن الوكيل عن رب العمل،

(٣١٠) ورد النص على النحو التالي:

Est, réputé constructeur de l'ouvrage: toute personne qui vend après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit, ou fait à construire.

(٣١١) وجاء النص على النحو الآتي:

«.. Est réputé constructeur de l'ouvrage, toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage».

(٣١٢) نقض ١٩٦٧/٥/١٦ - مجموعة أحكام النقض - س ١٨ - ص ١٠٠٥.

(٣١٣) عكس ذلك، ناجي ياقوت - مرجع سابق - ص ٥١ - بند ٢١.

مسئول بالضمان العشري، إذا قام بعمل يشبه عمل المقاول. كما هو الحال في نص م ١٧٩٢/٢، ٣ وإلا لترتب على ذلك هدر التمييز بين عقدي الوكالة، والمقاوله على ما له من أهمية عملية^(٣١٤) وطغيان الثانية على الأولى بدون سند تشريعي..

وقد رأى البعض في هذا الصدد ضرورة التمييز في الحالة التي يختلط فيها العمل الذهني، بالأعمال المادية للمقاول، أو المهندس بين التصرفات القانونية، وتنطبق عليها أحكام الوكالة. والأعمال المادية، وتنطبق عليها قواعد المقاوله^(٣١٥) ولا يتسنى في نظرنا اعتبار الوكيل، مسؤولاً بالضمان العشري، في القانون المصري، أو الكويتي إلا بنص خاص، كما هو الحال في التقنين المدني الفرنسي، بشرط أن يقوم الوكيل، بعمل في مجال البناء، أو التشييد، يشبه عمل المقاول، فعندئذ يخضع في مجمل الأعمال الموكولة إليه، لأحكام الضمان العشري، فإذا اقتصر عمل الوكيل، على إبرام التصرفات القانونية، باسم رب العمل أو لحسابه، فإنه يظل خاضعاً للأحكام العامة في عقد الوكالة، فلا يكون مسؤولاً - كقاعدة عامة قبل رب العمل إلا عن التزام ببذل عناية^(٣١٦).

الفرع الثالث - الصانع^(٣١٧):

١٤٥ - لم يقف التوسع من حيث المسؤولين بالضمان العشري، بالقانون المدني الفرنسي - المعدل بقانون ٤ يناير ١٩٧٨، عند حد إلزام البائع، والوكيل، والممول العقاري، بالضمان العشري للمباني، والإنشاءات، بل خول المشرع رب العمل أو لأي شخص انتقلت إليه ملكية البناء، أو الإنشاء، التمسك بأحكام الضمان العشري على الصانع، ومن في حكمه من الموزعين، أو الموردين للمواد، والأدوات الداخلة في عملية البناء أو التشييد، عندما يرجع سبب التهدم أو الخلل، إلى عيب، أو سوء تصنيع بالمواد، والأدوات إذا توافرت شرائط معينة. تضمنها نص الفقرة الرابعة للمادة ١٧٩٢، المعدلة، كما يلاحظ خصوصاً أن مسؤولية الصانع، تضامنية مع المقاول، وتابعة لها.

١٤٦ - وسوف نعرض بداية لمدى أو نطاق المسؤولية العشرية للصانع في محور أول، ثم شروط المسؤولية في محور ثان، على أن نتناول، خصائص، هذه المسؤولية في محور ثالث.

المحور الأول: مدى أو نطاق المسؤولية العشرية للصانع.

١٤٧ - نصت الفقرة الرابعة من المادة ١٧٩٢ مدني، على أنه يعد معمارياً، يسأل بالضمان العشري في مواجهة رب العمل، ومن آلت إليه ملكية العقار المبني كل صانع للعمل، أو جزء من أجزائه أو عنصر من عناصره التجهيزية، إذا كانت هذه العناصر قد صممت، وانتجت للوفاء بأغراض خاصة بالبناء، طبقاً لمواصفات دقيقة، تم تحديدها في المادة ١٧٩٢ مع المقاول، إذا قام الأخير، باستخدام

(٣١٤) في هذا المعنى/ السنهوري/ مرجع سابق/ ج٧/ ص ٢٢.

(٣١٥) في الأهمية العملية للتمييز بين المقاول، والوكالة/ السنهوري/ المرجع السابق/ ص ١٤.

(٣١٦) في هذا المعنى - ناجي ياقوت/ المرجع السابق/ ص ٢٦/ والحاشية (٢١).

Civ. 17 Juin 1971 - D. 1971 - 515 -

(٣١٧) تطبيقاً لذلك:

- وانظر: G. Liet - Veaux / مرجع سابق/ ٣٩٦.

العمل، أو جزء منه، أو عناصره التجهيزية، طبقاً للتعليمات التي وضعها الصانع، وبشرط عدم إجراء أية تعديلات عليها^(٣١٨).

والنص، بذلك، يخول المشتري «المالك وقت رفع الدعوى» التمسك بأحكام الضمان العشري قبل الصانع، ومن في حكمه، إذا ثبت أن العيب أو الخلل، أو التهدم وقع لعيب في المواد، والأدوات الداخلة في عملية البناء أو التشييد، بما في ذلك المباني سابقة التجهيز، أو الأجهزة الميكانيكية، أو الكهربائية للبناء، أو الإنشاء.

١٤٨ - ولا يحد من قيام الضمان العشري للصانع، ومن في حكمه، عدم الارتباط مع المالك «المشتري» بعقد مقاوله، فهو ضمان مقرر بنص خاص بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ يستجيب فيه المشرع، للتطور الذي طرأ على أساليب البناء الحديثة، وبصرف النظر عما إذا كان العقد الذي شيد البناء، بناء عليه مقاوله أو بيعاً، أو وكالة، أو تمويلًا عقاريًا.

١٤٩ - ونلفت النظر إلى أن المشرع الفرنسي لم يصل إلى تقرير المسؤولية العشرية للصانع، أو من في حكمه^(٣١٩) إلا بعد تطور في الفقه^(٣٢٠) والقضاء^(٣٢١) كرسه، بعد ذلك بنص الفقرة الرابعة سابقة الذكر.. فقبل تشريع ٤ يناير ١٩٧٨، لم يكن لرب العمل، أو للمشتري منه - بطبيعة الحال - الحق في التمسك بأحكام الضمان العشري في مواجهة الصانع، أو من في حكمه من الموردين والموزعين للمواد والأدوات الداخلة في عمليات البناء.

بيد أن لرب العمل، أو المشتري رفع الدعوى بالضمان العشري على المقاول، أو المهندس، أو غيرهما من الأشخاص الذين يرتبطون معه، بعلاقة مقاوله. ويجوز للمقاول، أو المهندس، الرجوع بدوره، بقواعد المسؤولية العقدية، على الصانع أو من في حكمه إذا ثبت أن التهدم، أو الخلل، يرجع إلى عيب المواد، والعناصر التجهيزية، الداخلة في عملية البناء، أو الإنشاء. والضمان المقصود، هو

(٣١٨) انظر تفصيلاً:

Malinvaud, l'action directe du maître de l'ouvrage contre les fournisseurs de matériaux et composants - D. 1984 - chr. 41.

(٣١٩) ورد النص - حرفياً - على النحو الآتي:

Le fabricant d'un ouvrage, d'une partier d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire en état de service à des exigences précises et déterminées à l'avance, est solidairement responsable des obligations mises par les articles 1792..... à la chare du locateur d'ouvrage qui a mis en oeuvre sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant l'ouvrage, la partie d'ouvrage, ou élément d'équipement considéré...».

Malinvaud, op. Cité - D. 1984 - Chr. 41

(٣٢٠) بصفة خاصة

Bonet et Gross, la réparation des dommages cuasés aux constructeurs par les vices de matériaux - J.C.P. 1974 - I - 2602 -

Malinvaud, la responsabilité civile du fabricant en droit français G.P. 1973 - Doct - 2 وكذا، - 463.

Civ. 12 novembre 1975 - J.C.P. 1976 - 11 - 18479

(٣٢١) مثلاً:

Com. 5 Janvier 1972 - B.Civ. - IV - n°17.

Civ. 5 Décembre 1972 - D. 1973 - 401 - not. J.Mazeaud.

ضمان العيوب الخفية طبقاً للقواعد العامة للمسئولية العقدية لا الضمان العشري. والنتيجة، أنه بينما يرجع رب العمل أو المشتري على المقاول والمهندس بأحكام الضمان العشري، لا يكون لأي منهما الرجوع بالضمان ذاته على الصانع، أو من في حكمه. ولا يغير من ذلك أن يرجع سبب التهدم أو الخلل أو العيب الجسيم، لعب أو سوء تصنيع بالمواد والأدوات المذكورة.

١٥٠ - ويعيب دعوى العيوب الخفية، أنها مقيدة كما أشرنا بمدة قصيرة «سنة من وقت تسلم البناء أو الإنشاء»، ما لم يقبل الصانع، الالتزام بالضمان مدة أطول، أو كان قد تعمد إخفاء العيب في المواد المصنوعة غشاً منه أو أكد، خلو المواد أو المعدات الداخلة في عمليات البناء من وجود أية عيوب. كما لا يجوز رفع دعوى العيوب الخفية ما لم يكن العيب سابقاً على تسلم المواد المذكورة، وغير معلوم، أو خفي بالنسبة للمشتري، ولا تقبل دعوى العيوب الخفية - في كل الحالات - إذا ثبت أن العيب يرجع إلى سوء استعمال المواد، والأدوات الداخلة في عملية البناء، أو استخدمت في غير الغرض المخصصة من أجله، طبقاً لطبيعتها، واتفاق المتعاقدين.

١٥١ - ومن جهة ثانية، خول القضاء المالك الحق في الرجوع مباشرة على الصانع، ومن في حكمه، طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية، بالتعويض عما أصابه من أضرار بسبب تعيب المواد الداخلة في عملية البناء، أو الإنشاء. بوصفه أجنبياً عن العلاقة التي تربط بين المقاول أو المهندس والصانع، ومن في حكمه^(٣٢٢) أي أنه بينما تكون المسئولية عقدية بين الصانع، والمقاول، فإنها تقصيرية بين رب العمل «أو المشتري منه»، وبين الصانع، ويصعب غالباً على المشتري نسبة خطأ أو تقصير من جانب الصانع، وخاصة مع التطور التقني، أو الفني الذي طرأ على عمليات البناء، الذي يصعب معه اكتشاف العيب، أو سوء التصنيع، بالمواد، والأدوات الداخلة في تشييد المبني.

١٥٢ - وقد تطور موقف القضاء الفرنسي - بعد ذلك - فذهبت بعض الأحكام بداية إلى أن لمشتري العقار المبني الخيار بين رفع الدعوى على الصانع، إما على أساس تعاقدية، «العيوب الخفية» أو على أساس تقصيري «الخطأ»^(٣٢٣) فإذا كانت القاعدة أنه لا يجوز لرب العمل «أو المشتري منه» الرجوع بالضمان العشري مباشرة على الصانع، ومن في حكمه، حيث لا يمكن القول بأن رب العمل خلف خاص للمقاول الأصلي في علاقته بالصانع، بل هو دائنه، وإن ذهبت بعض الأحكام، مع ذلك إلى أن دعوى المشتري الأخير للبناء، أو الإنشاء، في البيوع المتتالية، دعوى عقدية مباشرة قبل الصانع، ومن في حكمه، على أساس ضمان العيوب الخفية^(٣٢٤)، فلم يعد رفع دعوى العيوب الخفية، بالمبني أو الإنشاء قاصراً على المقاول، أو المهندس، المشتري، مباشرة، لمواد البناء وأدواته من الصانع، ومن في

Civ. 18 Avril 1972 - B. Civ - 111 - n° 167.

مثلاً: (٣٢٢)

Civ. 19 Juin 1984 - B.civ -1 - n° 120.

مثلاً: (٣٢٣)

Civ. 10 Mai 1990 - B.Civ. - 111 - n° 116 - R.D.I. 1990 - 376 - obs.

مثلاً: (٣٢٤)

Malinvaud, et Boubli - Civ. 29 Mai 1984 - J.C.P. 1985 - 11 - 20387

ولم يقتصر الأمر على انتقال دعوى العيوب الخفية، وإنما امتد كذلك إلى دعوى عدم المطابقة لانون - conformité التي تنتقل إلى المشتري الأخير - نقض ٩ مارس ١٩٨٣ - المجلة الفصلية للقانون المدني - ١٩٨٣ - ص ٧٥٣ - ملاحظات Durry.

حكمه من الموردين، والموزعين بل يمتد هذا الحق ليشمل كذلك رب العمل، والمشتري منه. وفضلاً عن ذلك فقد عثرنا على بعض الأحكام التي طبقت المبدأ ذاته، وإنما على الضمان العشري للبناء أو الإنشاء^(٣٢٥) فحولت لرب العمل، الحق في التمسك بالضمان قبل الصانع مباشرة، بنفس الدعوى التي يرجع بها على المعمارين عموماً وإن كانت هذه الأحكام نادرة، وصدرت على استحياء. إلا أنها تمثل تطوراً جدير بالاعتبار.

١٥٣ - وعلى أية حال، فقد اختلف الفقه، في تفسير الأساس القانوني للقضاء السابق، فذهب البعض إلى الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، باعتبار أن كل بيع للبناء والإنشاء، يتضمن اشتراطاً ضمنياً لمصلحة الغير «المشتري اللاحق» موضوعه، خلو البناء أو الإنشاء من العيوب الخفية^(٣٢٦)، واستند البعض إلى افتراض التنازل الضمني عن الحق الوارد على دعوى الضمان^(٣٢٧).

وأخيراً، استقر قضاء النقض الفرنسية على أن الحق في الضمان ينقل إلى المشتري التالي، كتابع، أو فرع، للبناء، أو الإنشاء المبيع^(٣٢٨).

١٥٤ - كذا، تثور المشكلة، إذا قطع البيوع المتتالية للبناء أو الإنشاء، عقد مقاوله، فقام المقاول أو المهندس بشراء مواد، وعناصر تجهيزية من الصانع، أو المورد، استخدمت في بناء، بيع بعد ذلك، والمشكلة في الفرض المطروح أن العقد بدأ ببيع بين المقاول أو المهندس، والصانع ثم أعقبته مقاوله، بين رب العمل والمقاول، ثم بيع مرة أخرى بين رب العمل، والمشتري فهل يجوز لهذا الأخير رفع دعوى الضمان مباشرة على الصانع، أو المورد؟.

أجابت محكمة النقض الفرنسية على التساؤل المذكور بالنفي فلم تخول المشتري، سوى الحق في رفع دعوى المسؤولية التقصيرية على الصانع أو المورد^(٣٢٩). وهذا القضاء، كان محلاً لانتقادات عديدة من جانب الفقه^(٣٣٠). على أساس أنه أقام تفرقة غير مقبولة، أو معقولة بين دعوى

(٣٢٥) مثلاً: Civ. 30 Janveir 1978 - B. Civ. - n° 93.

(٣٢٦) انظر سابقاً - بند ٢٢، حيث عرضنا، لهذا الرأي، والرّد عليه.

(٣٢٧) Rodière, not. sous AIX, 5 Octobre 1954

مشار إليه في ناجي ياقوت / مرجع سابق / ص ٧٧ / الحاشية ١٥٦ - ونقد Boubli - سابقاً - بند ٢٢.

(٣٢٨) مثلاً: Civ. 21 Mars 1979, J.C.P. 1979 - IV. 184

Civ. 14 Avril 1982 - D. 1983 - I.R. 482 obs. Larroumet

Bonet et gross, op. cit, J.C.P. 1974 - 1 - 2602 وفي اختلاف الآراء، انظر:

J.P. Karila, l'integration dans le droit positif français de la directive européenne sur la responsabilité des produits défectueux - G.P. 24 - 25 Mai - 1991 - p2 et s.

(٣٢٩) مثلاً: Civ. 27 Janvier 1982 - B. Civ. n° 30.

Civ. 29 Mai 1984 - J.C.P. 1985 - 11 - 20387.

(٣٣٠) انظر مثلاً: ملاحظات Durry في Civ. / R.T.D. ١٩٨٣ / ص ٧٥٣ - وكذا:

Malinvaud, op. cit. D. 1984 - chr. 41.

الضمان في حالة البيوع المتتالية. حيث يجوز للمشتري الأخير، رفع الدعوى العقدية مباشرة على الصانع أو المورد. بينما لا يجوز ذلك بالنسبة لعقد المقاولة، أي لا يجوز لرب العمل، الإفادة من دعوى المسؤولية العقدية. وإذا أراد أن يقيم المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري، فعليه إثباته. وهي تفرقة تؤدي إلى نتائج متناقضة في القانون الفرنسي، فدعوى المسؤولية التقصيرية تسقط بمضي ٣٠ سنة من تاريخ اكتشاف العيب، بينما يسقط الضمان بمرور عشر سنوات من تاريخ تسلم رب العمل البناء أو الإنشاء مقبولاً. ومعنى ذلك أنه يكون للمشتري حقوق تفوق «المدة أطول» الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد معه «المقاول، أو المهندس» بينما القاعدة أنه لا يجوز أن يكون للخلف حقوق أكبر من سلفه، ولا حقوق أوسع منه. كما أن هذا القضاء يخالف قاعدة أن الفرع يتبع الأصل *accessorium Sequitur Principle*.

- ولذا، انتهت الدائرة الأولى لمحكمة النقض تلافياً لانتقادات الفقهاء إلى قبول دعوى المسؤولية العقدية لرب العمل مباشرة في مواجهة الصانع، أو المورد عن العيوب في المواد أو العناصر التجهيزية الداخلة في البناء، أو الإنشاء، حتى، وإن تخلل السلسلة العقدية عقد مقاولة^(٣٣١) كما في الفرض السابق بينما استمرت الدائرة الثالثة بمحكمة النقض، على رفض دعوى المسؤولية العقدية مباشرة على الصانع أو المورد. وخولت لرب العمل، أو «المشتري» التمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية^(٣٣٢) بشرط، إثبات خطأ المدعى عليه، ونلفت النظر إلى أنه، مما يسهل من إثبات خطأ الصانع، أو المورد، ما تضمنه نص م١٧٩٢م/٤ مدني من إلقاء عبء الالتزام بإعطاء النصائح، أو التعليمات على عاتق الصانع ومن في حكمه وهو التزام محدد، يتمكن بمقتضاه رب العمل من إسناد خطأ إلى الصانع لمجرد مخالفته لهذا الالتزام.

١٥٥ - وإزاء، اختلاف حكم الدائرة الأولى عن الدائرة الثالثة، بمحكمة النقض. فقد صدر حكم الدوائر المجتمعة في ٧ فبراير ١٩٨٦، مؤكداً أن لرب العمل، أو المشتري للمبنى أو الإنشاء، الحق في

(٣٣١) وأول حكم، يعد تراجعاً عن القضاء السابق، حكم الدائرة الأولى - ٢٩ مايو ١٩٨٤ - ج س ب ١٩٨٦ - طبعة الموثقون - ٢٨١ - تعليق Malinvaud. وحظي هذا الحكم بتعليقات عدد من الفقهاء، مثلاً:

Malinvaud, et Bigot, R.D. imm 1984 - 421.

Malinvaud, obs. J.C.P. 1985 - 11 - 20387.

Bemy, obs. R.T.D. Civ. 1985 - 407.

Benabent, D. 1985 - 213.

وفي هذا المعنى أيضاً انظر:

T.G.I. clermont - Ferrand, 7 Fevrier 1985 - G.P. 1985 - 1 - som - 176 R.D.Im. 1985 - 261 - obs.

Malinvaud, et Boubli.

Besançon, 21 Janvier 1986 - G.P. 1987 - som - 14

(٣٣٢) حكم - الدائرة الثالثة - ١٤ يونيو ١٩٨٤ - بلتان مدني - رقم ١٢٠.

رفع دعوى المسؤولية العقدية مباشرة في مواجهة الصانع^(٣٣٣) ويحد من أهمية الحكم السابق عند البعض، كونه لا يتعلق بضمان العيوب الخفية، وإنما بضمان مطابقة المبيع، لما ورد بنصوص العقد، وبذا، أثار الحكم العديد من التحفظات التي قامت في مجملها. على التشكيك في قيام المسؤولية العقدية المباشرة للصانع، قبل رب العمل أو المشتري منه في حال توالي بيوع العقار المبني، على أساس ضمان العيوب الخفية^(٣٣٤). وعلى أية حال، فإذا كانت بعض الأحكام التي صدرت عقب حكم الدوائر المجتمعة، لم تستطع أن تميز بدقة بين عدم المطابقة la non Conformité والعيوب الخفية les vices cachés في المبيع، إلا أن هذه التفرقة، لا أثر لها بالنسبة لدعوى الضمان العشري، التي تقوم على وجود تهدم أو خلل، أو عيب يؤثر في سلامة، ومثانة البناء، أو الإنشاء. والمهم أن القضاء الفرنسي، قد توصل إلى نتيجة مؤداها، إمكانية قيام رب العمل، والمشتري منه، في رفع دعوى المسؤولية مباشرة في مواجهة الصانع، بالضمان حتى ولو كانت السلسلة العقدية «العلاقات التعاقدية المتتالية» لا ينظمها نوع واحد من العقود، أي حتى، ولو لم تكن، الروابط العقدية التي ترتب الحق في دعوى الضمان بيعاً، بل قطعاً عقد مقاول. كما هو الحال في الدعوى المطروحة.

١٥٦ - وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن تدخل المشرع بقانون ٤ يناير ١٩٧٨، لم يضيف جديداً، بنصه في الفقرة الرابعة للمادة ١٧٩٢ مدني على التزام الصانع، ومن في حكمه بالضمان العشري، إذا توافرت الشروط الواردة بالنص. فإذا لم تتوافر هذه الشروط، فإن قضاء المسؤولية العقدية المباشرة يمكن تطبيقه. بمعنى أن الصانع، لا يمكنه الإفلات من المسؤولية بالضمان قبل رب العمل أو المشتري للبناء والإنشاء إن لم يكن على أساس النص التشريعي. فليكن على أساس المبدأ الذي صاغته محكمة النقض الفرنسية بدوائرها المجتمعة^(٣٣٥)، ومع ذلك، فإن التدخل التشريعي يكرس اتجاه القضاء السابق ويحد من اختلاف المحاكم.

١٥٧ - وفضلاً عما سبق يجوز للصانع، ومن في حكمه، في دعوى الضمان العشري، أن يتمسك في مواجهة رب العمل، والمشتري منه، بجميع الدفع التي كانت له في مواجهة المتعاقد معه مباشرة «المقاول، أو المهندس» وهو ما أكدته محكمة النقض، في دعوى تتلخص وقائعها، أن رب

(٣٣٣) حكم الدوائر المجتمعة، ٧ فبراير ١٩٨٦ - دالوز ١٩٨٦ - ٢٩٣ - ملاحظات Benabent وقد حظي الحكم على تعليقات عدة، مثلاً: Malinvaud, J.C.P. 1986 - 11 - 20616

Berly - G.P. 29 Août 1986.

Malinvaud, et Boubli, R.D.I. - 1986 - 210 - Remy, RTD. Civ. - 1986 - 605.

(٣٣٤) وانظر J. Ghestin - تعليق على حكم سابق - لمحكمة النقض - ٢١ مارس ١٩٧٩.

(٣٣٥) وعبر B. Boubli عن ذلك بقوله:

Le fabricant peut sortir de la toile d'araignée tissée par la loi et la jurisprudence... op. cité - éd. J.N.A. 1991 - 183.

Civ. 21 Décembre 1988 - R.D.I. 1988 - 468.

ومن أحكام القضاء،

Civ. 15 Février 1989 - R.D.I. 1989 - 314.

Civ. 10 Mai 1990 - B. Civ. - 111 - n° 116 - R.D.I. 1990 - 376 obs. Malinvaud et Boubli.

العمل «شركة للبناء» أبرمت عقداً مع مقاول لتركيب وتجهيز بعض الأعمال اللازمة لتشغيل التدفئة، فتعاقد بدوره مع إحدى المصانع، وإثر حدوث أضرار جسيمة بالمبنى نشأت عن تسرب المياه، لسوء تصنيع جهاز الإغلاق des Vans، رفع رب العمل دعوى المسؤولية مباشرة على مصنع الأجهزة، فدفعت الأخير، بوجود شرط للحد من المسؤولية عن الأضرار التي وقعت، بحيث لا يعتبر مسئولاً إلا عن تغيير الجزء المعيب من الجهاز، واستبقاء المصروفات مقابل ذلك. ولما أكدت محكمة الاستئناف في الدعوى المطروحة أنه لا يجوز للمصانع، التمسك بهذا الدفع قبل رب العمل بوصفه غير متخصص، ولا مهني رفضت محكمة النقض ذلك، مؤكدة، أن للمصانع، التمسك بالدفع بالحد من المسؤولية في مواجهة رب العمل، وهو الدفع الذي كان له أصلاً، قبل المقاول، الذي تعاقد معه^(٣٣٦).

١٥٨ - وقد اختلف الفقه، بعد ذلك بصدد الأساس الذي تقوم عليه نظرية السلسلة العقدية فيرى البعض^(٣٣٧) أنها تقوم على سند من نظرية التبعية باعتبار أن البيوع المتتالية للمباني أو الإنشاءات، تنتقل معها الحقوق، والدعاوى التي كانت للمتعاقد الأصلي، قبل المصانع، ومن في حكمه، تبعاً لانتقال الملكية بوصفها مرتبطة بها^(٣٣٨).

- والقول بالتبعية كأساس لانتقال الحق في الضمان العشري إلى رب العمل، أو المشتري منه، في مواجهة المصانع مباشرة، يتناقض، وما أكدته حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الذي أبان أن رب العمل، يستند في الدعوى المباشرة على المصانع إلى العقد المبرم بين هذا الأخير، وبين المقاول. وبأنها على ذلك دعوى مصدرها العقد الأصلي^(٣٣٩).

(٣٣٦) انظر: Civ. 7 Juin 1995 - Cont. Conc. Consom. 1995 - n° 159 - obs. L.leveneur.

(٣٣٧) في هذا المعنى ملاحظات L.Leveneur - مرجع سابق - الموضوع نفسه وكذا F. terré, et y. lequette, les grands arrêts de la jurisprudence Civile - Dalloz - 10 éd.- n° 179 - p737.,

J.L.Aubert, les obligations - 1 - l'acte juridique - 1994 - spec. 455.

(٣٣٨) حيث قالت المحكمة:

«... Le maître d'ouvrage, comme le sous-acquereur jovit de tous les droits, et actions attachés à la chose qui appartient à son auteur...».

انظر حكم الدوائر المجتمعة ٧ فبراير ١٩٨٦ - سالف الذكر - وملاحظات G. Routel عليه في ج س ب - ١٩٨٦ - ج٢، رقم ٥٢٠٦١٦.

(٣٣٩) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٩١ - ج س ب - ١٩٩٢ - ١ - رقم ٣٥٧٠ - وملاحظات C. Jamine، حيث يقول بأن

تمسك رب العمل بالعقد الأصلي لا يشرح، بصورة كافية الدعوى، بقدر ما يحدد نظامها. «... invoquer le contrat le contrat originaire permet moins d'expliquer l'action que, d'en fixer le régime.

وفي نقد نظرية البقية انظر:

Mazeaud, Parchahas, Leçons de droit civil, 1 - Obligations 1991 - 8^{em} éd. - 2 - V - 1 - Spec. 756.

وانظر في أن رب العمل يكتسب حقاً جديداً، مجرداً من كل الأعباء، لكن يتمتع بمزايا الحق الجديد، في: Jourdain، في: La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'assemblée plénière du 12 Juillet 1991 - D. 1992 chr - 149 - Spec. n° 19.

١٥٩ - وأياً ما كان الأمر بشأن الاختلاف، بصدد الأساس القانوني، لرفع رب العمل دعوى الضمان مباشرة على الصانع، ومن في حكمه، إلا أن النتيجة هي انتقال الحق في رفع الدعوى إلى رب العمل، أو المشتري منه، وتمسك الصانع في مواجهته بالدفع التي كانت له قبل المقاو «المتعاقد معه» لو أنه هو رافع الدعوى. ولذا، حكم مثلاً، بحق الصانع في التمسك بالشرط المقيد للضمان^(٣٤٠) وفي دعوى أخرى بحقه في التمسك في مواجهة رب العمل بشروط الاختصاص الإقليمي للمحكمة^(٣٤١) وفي دعوى ثالثة بحقه في المطالب باسترداد الثمن، في حالة وجود عيب خفي بالمواد والأدوات الداخلة في عملية البناء^(٣٤٢).

١٦٠ - وطبقاً لنص م ١٧٩٢/٤ مدني المضافة بقانون ٤ يناير ١٩٧٨، فإن الصانع، لا يلتزم بالضمان العشري، بالتزامن مع المقاو، إلا إذا كان صانعاً لعمل، أو لجزء منه، أو لعنصر من عناصره التجهيزية، إذا كانت، مصممة، ومنتجة أصلاً لكي تفي بأغراض خاصة وفقاً لمواصفات دقيقة محددة سلفاً، وصياغة النص على هذا النحو، غامضة، وغير منضبطة، وأثارت العديد من التساؤلات، عن المقصود بالعمل، والجزء من العمل. مما دفع البعض إلى القول بأن هذا الفرض. يدخل أساساً ضمن عمل المقاو، ويعد مسئولاً عنه طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة المذكورة، ولا داعي لإعادة النص عليه بالفقرة الرابعة. بينما الأقرب إلى الصواب أن المشرع قد أراد بعبارة صانع العمل *de fabricant d'un Ouvrage*، الواردة بالفقرة الرابعة مواجهة المساكن سابقة التجهيز وهي تصنع سلفاً، بمصانع خاصة، ويقتصر دور المقاو، والمهندس على تركيبها بينما يقصد بعبارة صانع جزء من العمل *Fabricant d'une Partie d'ouvrage*، الأجزاء التجهيزية الصناعية المتعددة الداخلة في مجموع البناء، أو الإنشاء، كالجدران سابقة التجهيز، والأسقف. وغيرها^(٣٤٣) أما العناصر التجهيزية من العمل المصممة، والمنتجة للوفاء بأغراض خاصة، طبقاً لمواصفات محددة سلفاً، فيقصد بها أصلاً التجهيزات الميكانيكية، الالكترونية، والكهربائية، الداخلة في المبنى، أو الإنشاء، طبقاً لمواصفات دقيقة، تم تحديدها سلفاً، كأجهزة التكييف، والتركيبات الكهربائية وغيرها، ومع ذلك، فقد أثارت عبارة *d'element Concus Pour Satisfaire à des exigences Precies et determinées d' avance* الواردة بالفقرة الرابعة التساؤلات بصدد ما إذا كانت المواد الخام، كالرمل، والزلط، أو الحجر، والمواد شبه المصنعة، كالإسمنت، والحديد، والمصنعة، كالأنابيب، والكابلات الكهربائية. تدخل ضمن العناصر التجهيزية في مفهومها السابق، أم لا؟ والإجابة عن هذا التساؤل تكتسب أهمية خاصة، فإذا قلنا بأن المواد المذكورة، تدخل ضمن العناصر المذكورة، كان معنى ذلك أن صانع هذه المواد ومن

Civ. 26 Mai 1992 - J.C.P. 1992 - 1 - n° 3625 obs.

مثلاً: (٣٤٠)

G. Viney.

Civ. 30 Octobre 1991 - op. cité -

مثلاً: (٣٤١)

Civ. 27 Janvier 1993 - Defrenois, 1993 - 1437 ot - S. G. Vernelle.

مثلاً: (٣٤٢)

(٣٤٣) التي لا تعتبر جزءاً من العمل، كونها غير منتجة، أو مصممة لخدمة البناء وحده.

في حكمه من الموزعين أو الموردين، يعتبرون مسئولين، بالضمان العشري، تضامنياً مع المقاول، في مواجهة رب العمل، والمشتري منه. بحيث يستطيع الأخير أن يرفع الدعوى مباشرة على الصانع ومن في حكمه. وتبعاً لذلك تتسع دائرة الأشخاص المسئولين بالتضامن، فلا تقتصر على صناع المساكن سابقة التجهيز، أو أجزاء هذه المساكن، ولا عناصرها التجهيزية التي تدخل في مفهوم المنتجات الصناعية، كأجهزة التكيف المركزي.

وقد ذهب البعض إلى التفسير الموسع للنص، فأدخل المواد الخام، وشبه المصنعة، والمصنعة، إذا كانت لا تدخل ضمن مفهوم العمل، أو جزء منه - كما أسلفنا - ضمن العناصر التجهيزية، المصممة والمنتجة للوفاء بأغراض، خدمة البناء، طبقاً لمواصفات دقيقة، تم تحديدها سلفاً^(٣٤٤).

بينما اتجه البعض إلى تفسير النص، تفسيراً ضيقاً، بحيث لا يعتبر صانعاً تنطبق عليه أحكام المسؤولية العشرية سوى صانع العناصر التجهيزية المحددة سلفاً، طبقاً لمواصفات، أو معايير دقيقة كالتركيبات الإنشائية، والحوائط السابقة التصنيع. وغيرها^(٣٤٥) ويخرج من ذلك المواد الخام كالزلط، والحجر والرمل والمواد نصف المصنعة الأخرى كالإسمنت والحديد.

١٦١ - وإذا أمعنا النظر، نرى أن نصوص التقنين المدني لا تسعف في تبني إحدى وجهتي النظر. لذا، يمكن الرجوع في هذا الصدد إلى نص م ٢/٢٤١ (A) من قانون التأمين الفرنسي المضافة بقانون ١١ نوفمبر ١٩٧٨. وطبقاً لهذا النص، يعتبر صانعاً، كل من ينجز، أو ينفذ، أجزاء من البناء أو الإنشاء، أو التركيبات، إذا كانت مصممة، أو منتجة للوفاء بحاجات معينة.. وهذا النص، الذي أضيف إلى قانون التأمين بعد عشرة شهور من صدور قانون ٤ يناير ١٩٧٨، قد تأثر كما يبين من عباراته بنص الفقرة الرابعة من م ١٧٩٢ من القانون الأخير. وينبىء مع ذلك عن تبني المعيار الضيق، بالنسبة للمواد، التي يسأل عنها الصانع، بحيث لا تخرج عن المساكن سابقة التجهيز، أو أجزاء منها، فضلاً عن التركيبات الكهربائية، كأجهزة التكيف أو الأجهزة الميكانيكية، الأخرى، ومع ذلك، فقد الغي هذا النص من قانون التأمين، فقلت بالتالي أهمية الاستهداء به في تفسير عبارة الفقرة الرابعة للمادة ١٧٩٢ من القانون المدني^(٣٤٦).

ولذا، اجتمعت لجنة «أسبتييا» بغرض، تفسير، قصد الشارع في الفقرة المذكورة وأودعت تقريرها في ٤ يناير ١٩٨١، أكدت فيه، ضرورة الأخذ بالتفسير الضيق للنص^(٣٤٧).

(٣٤٤) في ذلك مثلاً Karila / مرجع سابق / رقم ١٢.

(٣٤٥) وهو رأى أغلب الفقهاء، من ذلك مثلاً Gaston / مرجع سابق / ص ١٨٠

Boubli, op. cit, p195 et s.

Durry, l'annulation de l'art. A 241/2 du code des assurances R.D.I. 1980 - 30.

(٣٤٦) انظر:

B. Bigot, la notion de composant R.D.I. 1980 - 132.

وحرصت اللجنة، بصفة خاصة، على التنويه، بأن المواد الهيدروليكية والمواد الصماء، والمواد البلاستيكية لا تندرج تحت مفهوم المنتجات الصناعية، ولا يسأل عنها الصانع طبقاً لقواعد الضمان العشري، وأعقب ذلك صدور تفسيرات وزارية عدة تؤكد بأنه لا يخضع لقواعد الفقرة الرابعة سوى المواد الصناعية الداخلة ضمن عناصر المبنى، بوصفها جزءاً من عمارته^(٣٤٨).

وبما أن نص التقنين المدني على ما رأينا غامض، والنص الوارد بقانون التأمين تم إلغاؤه. والارتكان إلى مجرد التفسيرات الوزارية، لا يغني، أو لا يكفي لتبني وجهة نظر محددة، عن المقصود بعبارة الفقرة الرابعة، فوجب تبعاً لذلك الرجوع إلى أحكام القضاء.

١٦٢ - ويبدو لأول وهلة أن قضاء النقض الفرنسية، قد تبني معياراً ضيقاً في تفسير النص المذكور فرفضت مثلاً، اعتباره صانعاً من يورد مواد مختلفة، أو متنوعة، قدمت إلى المقاول، بوصفها طوباً حرارياً "Tuiles"^(٣٤٩)، وبأن الخرسانة Beton أي خليط الرمل والزلط، والإسمنت، مما يدخل في أعمال الإنشاء، لا يعتبر منتجاً صناعياً في معنى الفقرة الرابعة من المادة ١٧٩٢ مدني^(٣٥٠). وحكم أيضاً بأنه لا يعتبر صانعاً من يورد تكسيات الأرضيات لأحد ملاعب التنس^(٣٥١).

١٦٣ - وعلى العكس من ذلك، فقد تبني قضاة المحاكم الأدنى، معياراً واسعاً لتفسير النص المذكور، فأدخلت ضمن الصناع، الذين يلتزمون بالضمان العشري لسلامة البناء ومثانته، من يورد ألواح الرخام، Plagues de Platre^(٣٥٢). ومن يورد تكسيات الأرضية لملاعب التنس^(٣٥٣) ومن يورد أجهزة الطاقة الشمسية للقبيلات^(٣٥٤)، كذا اعتبرت منتجات صناعية يشملها الضمان العشري الأرميد أو الطوب الحراري tuiles^(٣٥٥). ومقابض النوافذ بالمبنى، أو الإنشاء^(٣٥٦) وأجهزة التدفئة^(٣٥٧)، وغير ذلك.

(٣٤٨) وتفسيرات وزارية، أكدت المعنى السابق، في ٣٠ أكتوبر ١٩٨٩ في

J.C.P. 1990 éd. - N. - n° 1447.

وكذا B. Bigot - مرجع سابق - 132 - R.D.I. 1980

(٣٤٩) مثلاً: Civ. 4 Décembre 1984 - B. Civ. - 111 - n° 202.

(٣٥٠) مثلاً: Civ. 24 Novembre 1987 - J.C.P. 1988 - IV - 45.

وهو الحكم الذي رفض، ما أكدته محكمة Nimes في اعتبار الزلط، ضمن نطاق المسؤولية العشرية للصانع، انظر:

Nimes - 23 Avril 1986 - A.D.I. 1987 - 64

وملاحظات: Malinvaud, et Boubli

(٣٥١) انظر:

Civ. 26 Octobre 1988 - R.G.A.T. 1989 92 = not. B. Bigot R.D.I. 1989 - 218 - obs. Malinvaud et Boubli.

(٣٥٢) مثلاً: Paris 13 Novembre 1987 - Juris - Data - n° 027353.

(٣٥٣) مثلاً Paris 27 avril 1990 - R > D.I. 1991 - 81 - obs. Malinvaud et Boubli.

(٣٥٤) «Nimes. 26 Mai 1986 - Juris - Data - 527 Pour des capteurs solaire, devant equiper une villa»

(٣٥٥) مثلاً: Bordeaux, 10 Mars 1987 - Juris, data - n° 41081.

(٣٥٦) مثلاً: Paris - 19 Septembre 1989 - Juris - Data - n° 24339.

(٣٥٧) مثلاً: Paris 12 Septembre 1990 - D. 1990 - I.R. 258 R.D.I. 1991 - 68 obs. Malinvaud, et Boubli

ومع ذلك فقد رفضت محكمة فرساي اعتبار التكسيات الأرضية، ضمن العناصر التجهيزية الواردة بالفقرة الرابعة، لأنها لم تصمم، ولم يتم إنتاجها أصلاً لغرض، خدمة المبنى، وهي بطبيعتها لا تعتبر استخداماً خاصاً للبناء، أو الإنشاء^(٣٥٨)، كما رفضت في حكم آخر، اعتبار الإسمنت، ضمن المنتجات الصناعية، التي تلزم موردها بالضمان العشري، بالتزامن مع المقاول^(٣٥٩).

وعلى أية حال، فإن هذه الأحكام قد أوقعتنا في حيرة - لا نخفيها - فأحياناً تتبنى المحاكم معياراً ضيقاً، في تفسير نص الفقرة الرابعة من م ١٧٩٢ المدني بينما تتبنى محاكم أخرى، اتجاهاً موسعاً، والقدر المتفق عليه، في قضاء النقض الفرنسية، هو تبني التفسير الضيق للنص المذكور.

وإذا كانت عبارة صانع العمل، تتصرف إلى المساكن سابقة التجهيز، أو التصنيع، بينما تتصرف عبارة أو جزء من العمل إلى الأجزاء المتنوعة، التي تدخل في مجملها ضمن البناء في مجموعته كالأسقف سابقة التجهيز، والجدران المصنوعة، سلفاً بحيث تقتصر مهمة المقاول، والمهندس، على تركيبها. فإن العناصر التجهيزية للبناء لا تعتبر منتجات صناعية، تخول بالتالي مسئولية الصانع بالضمان العشري عنها إلا إذا توافر شرطان: أن تكون قد صممت، وأنتجت، بصفة خاصة، للوفاء بأغراض خاصة بالمبني، أو الإنشاء. أي أن تكون من أعمال العمارة، وحدها. والثاني، أن يكون تصميمها، وإنتاجها أصلاً، قد تم طبقاً لمواصفات، دقيقة، محددة سلفاً.

١٦٤ - ونعتقد أنه، مع تطور الصناعة، ودخول المنتج الواحد في أغراض متعددة، وظهور حاجات جديدة لمنتج سبق أن صمم، وانتج لأغراض أخرى كمواد البلاستيك مثلاً، ومع اكتشاف خصائص جديدة لمنتجات قديمة. فإن تبني التفسير الضيق للنص المذكور لا يسمح بإدخال هذه المنتجات ضمن نطاق الالتزام بالضمان العشري للصانع، رغم تأثيرها في سلامة البناء ومثابته^(٣٦٠) بل إن مسaire هذا التفسير حتى نهايته، سوف تؤدي إلى إخراج الأجهزة الميكانيكية، والكهربائية المخصصة لخدمة المبنى، وطبقاً لمواصفات دقيقة محددة سلفاً من نطاق تطبيق النص، إذا ظهر لها أغراض أخرى في الاستخدام مستقبلاً ولا يمكن في الوقت نفسه تبني معيار واسع، في تفسير النص،

Versailles 21 Avril 1989 - R.D.I. 1989 - 364.

(٣٥٨) انظر:

Versailles 5 Octobre 1990 - R.D.I. 1991 - 228 obs. Malinvaud, et Boulbi.

(٣٥٩) وفي التطبيق الطبيعي للنص، انظر أيضاً:

Paris 30 Mai 1990 - R.G.A.T. 1990 - 598 obs. B.Bigot.

- وفي نقد، الاتجاه، الموسع لنطاق الضمان العشري للصانع عن المكونات الداخلة في أعمال البناء، أو E.P.E.RS - انظر:

D. Tomasin, Innovation et responsabilités des constructeurs, R.D.I. 1990 - 281 - Spec. 21.

M.P. Maurin, Pourquoi, faut-il supprimer l'art 1792 du c. civ.: Le Moniteur, 3 novembre 1989.

(٣٦٠) يذكر - في هذا الصدد - بأن عيوب تجهيزات الصرف الصحي، بالمباني، والإنشاءات بمصر، بما ينتج عنه من تسرب المياه إلى الجدران، أو الأسقف، أحد أهم العوامل التي تساعد على انهيار المباني، ويمكن الحد منها - مع ذلك بادخال الصانع للادوات الصحية ضمن المسؤولين، بالضمان العشري، بما يتضمنه في أحكام متشددة.

بحيث تعتبر منتجات صناعية يسأل عنها موردها بالضمان العشري، أخشاب النوافذ، والأبواب، ولا مواد دهان الحوائط... لأن هذا التفسير يخالف قصد المشرع الفرنسي، والأعمال التحضيرية للنص، صريحة في ذلك^(٣٦١).

وعلى ذلك، فإننا نتساءل ألا يمكن القول، بتبني مفهوم وسط، فلا يعتد بالمعيار الضيق، لمخالفته تطور صناعة وأساليب البناء، ولا بالمعيار الواسع لمخالفته قصد المشرع والحكمة من النص. وبالتالي تعتبر منتجات صناعية، تلزم صانعها، ومن في حكمه، بالضمان العشري بالتضامن مع المقاول، العناصر التجهيزية، إذا كان الاستعمال الغالب لها هو عمليات البناء أو التشييد. وبالتالي تدخل بهذا المعنى، المواد الخام، ونصف المصنعة، كالحديد، والإسمنت، والمواد كاملة التصنيع، كمواسير الصرف الصحي، والغاز الطبيعي، وكابلات الكهرباء، ضمن المنتجات الصناعية التي ترتب المسؤولية العشرية للصانع، ومن في حكمه. ولا يمنع من ذلك، دخول هذه المنتجات في أغراض أخرى خلاف البناء، أو التشييد. ما دام أن الاستعمال الغالب لها، هو أعمال البناء أو التشييد، وما دام أن دخول هذه المنتجات في أعمال البناء، أحد أهم الأسباب التي تؤدي إلى التهدم، أو الخلل، إذا كانت معيبة، أو سيئة التصنيع.

١٦٥ - ومردود على ذلك بأن العديد من المنتجات المصنوعة، وعناصر التجهيز المختلفة في المباني، والإنشاءات، كالأسقف المقلوبة، وتكسيات الأرضية، والتجهيزات الكهربائية الأساسية، أو الالكترونية، تدخل في التقنين الفرنسي، ضمن نطاق ضمان آخر، هو الضمان الثنائي la garantie biennale، فتطبق عليه أحكام الفقرة السادسة لا الرابعة من المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الخاصة بالضمان العشري، للصانع، ومن في حكمه من الموردين، أو الموزعين. ومردود على ذلك مرة أخرى بأن العيب في المنتجات، والتجهيزات، المذكورة، قد يمس بالغرض الذي خصص، البناء، أو الإنشاء من أجله، وعندئذ، تخضع لأحكام الضمان العشري في نص الفقرة الرابعة وخصوصاً أن الضمان الثنائي لا يتعلق إلا بسلامة ومتانة ومكانة المنتجات، والتجهيزات، وفرق بين، الأغراض التي شيد البناء أو الإنشاء لأجلها، والمساس، بسلامتها ومتانتها. والأولى لا تنشأ دائماً عن الثانية فضلاً عن أنه الاتجاه الذي يساند القضاء الفرنسي^(٣٦٢).

المحور الثاني - شروط المسؤولية العشرية للصانع:

١٦٦ - لا يعتبر الصانع مسئولاً بالضمان العشري إلا إذا توافرت عدة شروط، أهمها أن يكون المنتج المصنوع قد تم تركيبه، «إذا كان حائطاً، أو سقفاً سابق التجهيز» أو تجهيزه «إذا كان ميكانيكياً، أو كهربائياً، كتكييف الهواء المركزي» بواسطة مقاول البناء، أو الإنشاء، ومعنى ذلك أن

(٣٦١) فضلاً عن اندعام تأثير هذه المنتجات في سلامة، ومتانة البناء أو الإنشاء، الهدف الأساسي من تشريع الضمان العشري أصلاً.

Paris - 29 Mai 1986 - Juris - Data - n° 23660

(٣٦٢) مثلاً: Civ. 7 Décembre 1988 - R.G.A.T. 1989 - 94 not. B.Bigot Paris 12 Mai 1990 - Juris - Data - n° 20661.

مسئولية الصانع لا تقوم مستقلة عن مسئولية المقاول، بل تقوم تابعة لها. والمعنى، يؤكد، ضرورة وجود عقد مقاوله بالمفهوم الذي أوضحناه سلفاً^(٣٦٣) ولا يمنع من ذلك أن يقوم الصانع وحده، بإنجاز البناء بكامله، كما هو الحال بالنسبة للمباني سابقة التجهيز. حيث يقتصر دور المقاول في هذه الحالة كما أسلفنا على إجراء عملية التركيب فقط.

١٦٧ - ويشترط ثانياً أن تكون العناصر المذكورة قد تم تركيبها، بلا تدخل من المقاول، سواء تمثل التدخل بالتعديل أو التغيير، أو التبديل، ولا ريب أن هذا الشرط، يتسع نطاقه بالنسبة للمباني سابقة التجهيز، منظوراً إليها في مجموعها، بوصفها كلاً لا يتجزأ، مقارنة بأجزاء المبنى نفسه.

ويقصد بالتعديل، خصوصاً، التغيير في الوظيفة، أو الغرض، وهو يقتصر على ما يبدو على العناصر التجهيزية. ومعنى ذلك، أن الصانع لا يعتبر مسئولاً، بالضمان العشري في مواجهة رب العمل، أو المشتري منه، إذا أحدث المقاول تعديلاً، أو تغييراً، أو استبدالاً لعناصر البناء، بعناصر أخرى، وإنما يشترط لإعفائه من المسئولية بالكامل، أن يحدث التهدم أو الخلل أو العيب الجسيم، نتيجة إلى التعديل، أو التغيير في المواد أو الأدوات التي قدمها الصانع أو من في حكمه.

١٦٨ - ويشترط أخيراً أن يلتزم المقاول، بالقواعد، أو التعليمات التي حددها الصانع سلفاً لتركيب التجهيزات الصناعية، ولا ريب أن هذا الشرط، مكمل للشرط السابق، ويرتبط به. بحيث إن التعديل أو التعبير أو استبدال العناصر الداخلة، في البناء، من جهة المقاول يعتبر - غالباً - مخالفة للقواعد، التي حددها الصانع، وإن اعتبر في حالات أخرى عملاً يقوم به المقاول نفسه، دون مخالفة لأي أوامر أو تعليمات صدرت إليه من الصانع، ولكن في هذه الحالة يعفى الصانع من المسئولية، ليس لأن المقاول خالف التعليمات أو الإرشادات التي حددها، وإنما لأنه أحدث تعديلاً، أو تغييراً، أو استبدالاً للعناصر التجهيزية الموردة إليه من الصانع وبعبارة أخرى لأنه، خالف الشرط الثاني. فإذا ثبت أن التعديل نشأ أصلاً عن تقصير، أو إهمال الصانع إرشاد المقاول إلى كيفية تركيب العناصر المذكورة أو تجهيزها، اعتبر كلاهما مسئولاً بالضمان العشري بالتضامن إذا تحقق سببه.

١٦٩ - ومجمل ما تقدم إذن أنه طبقاً للشرط الأخير، يسأل الصانع بالضمان العشري إذا لم يلتزم بوضع بيانات أو تعليمات. تتعلق، بطريقة استعمال المنتج المصنوع أو بالمخاطر الناجمة عن استعماله، والوقاية منها، على أن مسئولية الصانع لا تعني إعفاء المقاول بوصفه مهنياً، متخصصاً، أو يجب أن يعلم، بطريقة استعمال المنتجات المصنوعة، أو بالمخاطر الناجمة عن استعمالها.

ونلفت النظر إلى أن التزام الصانع، بتحديد إرشادات، أو تعليمات طريقة الاستعمال، أو مخاطره، بالعقد المبرم، بينه وبين المقاول، يستمد جذوره من نص م ١٦٠٢ من القانون المدني، التي تلزم المتعاقد «الصانع» بإعلام المتعاقد الآخر «المقاول» بجميع المعلومات الضرورية عن المنتج

(٣٦٣) سابقاً - بند - ٩٤.

المصنوع، وطريقة استعماله، والمخاطر الناجمة عن هذا الاستعمال، وكيفية الوقاية منها^(٣٦٤) ومعنى ذلك أن التزام الصانع بالإعلام، أو بالإفشاء، مزدوج، يتضمن في شقه الأول إعلام المقاول، بطريقة استعمال المواد أو الأدوات أو العناصر التجهيزية، وفي شقه الثاني إحاطته علماً بالمخاطر المرتبطة بالمنتج أو بالعناصر التجهيزية^(٣٦٥) ويقع الالتزام بذكر بيانات عن المنتج المصنوع على عاتق الصانع، لأنه بحكم مركزه الاقتصادي والاجتماعي في عمليات البناء، والإنشاء وخاصة بالنسبة للمساكن سابقة التجهيز، أكثر الأشخاص علماً، بتركيبها، وخصائصها، لذا، يتشدد القضاء في مواجهته عند الإخلال بالالتزام بتحديد كيفية التركيب، أو خصائص المنتج^(٣٦٦).

ولمّا كان المقاول «الدائن بالالتزام» مهنيّاً، متخصصاً يعلم بالمنتج، أو العنصر الداخل في البناء أو الإنشاء بحكم مهنته، فإنه لا يعفى من المسؤولية بالكامل. وإنما يعتبر في أغلب أحكام القضاء مسئولاً بالتضامن مع الصانع، إذا حدث التهدم أو الخلل أو العيب بسبب يرجع إلى المنتجات، أو العناصر التجهيزية^(٣٦٧) وهذا القضاء يتفق، والأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالإعلام، أو الإفشاء^(٣٦٨). فضلاً عن ذلك فإن المقاول بدوره، مسئول في مواجهة رب العمل على الأقل في حدود مهنته، أو تخصصه عن عدم توجيه النصح، والإرشاد الخاص بعملية البناء. ومعنى ذلك أن الالتزام بالإعلام، أو الإفشاء يتدرج بتدرج المدين في المهنة، أو التخصص، بحيث يتسع نطاقه بالنسبة للصانع ويضيق بالنسبة للمقاول. وتأكيداً لذلك، حكم بأن المهندس المعماري ليس مجرد رجل علم، أو فن هندسي، يصمم، أو يدير الأعمال الإنشائية، بل هو مستشار، اكتسب بحكم تخصصه ثقة العملاء ويميزه لذلك أنه يعلم كل ما يتعلق بالمشروع الذي طلب إليه دراسته، والإشراف على تنفيذه^(٣٦٨ مكرراً). وحكم أيضاً بمسؤولية المهندس المعماري بإعلام العملاء، بالمخاطر المترتبة على إنجاز بعض الأعمال المحددة^(٣٦٩). وبمسئوليته عن عدم ملاءمة البناء أو الإنشاء للغرض المخصص له أو عدم إحاطة العميل علماً بجميع النفقات المالية للمشروع^(٣٧٠).

(٣٦٤) تطبيقاً لذلك في:

Civ. 27 Octobre 1982 - J.C.P. 1983 - IV - 19 - R.D.I. - 1983 - 234 obs. Malinvaud, et Boubli.

Malinvaud, op. cit. - D. 1984 chr. 91 et S.

(٣٦٥) في هذا المعنى.

(٣٦٦) وهذه التعليمات يجب أن تكون كاملة - في نقض ١٣ مارس ١٩٨٤ 319 R.D.I. 1984 -

وإذا كانت مكتوبة، بلغة أجنبية، يجب ألا تحتوي على أخطاء في الترجمة كما في-

Civ. 19 Novembre 1985 - R.D.I. 1986 - 210 obs. Malinvaud et Boubli.

وتزداد أهمية الإرشادات، إذا كنا بصدد معدات، أو تجهيزات حديثة، كما في

Civ. 13 Mars 1991 - R.G.A.T. 1991 - 252.

Civ. 24 Fevrier 1988 - b. Civ. - 111 - n° 40

(٣٦٧) وتطبيقاً لذلك

Civ. 25 juin 1963 - B. Civ. 1 - n° 341.

(٣٦٨) وتطبيقاً لذلك 9 - G.P. 10 Juillet 1979 - Civ. 20 Janvier 1979 - المواد ١/٣ و ٢/٣ من تقنين الواجبات المهنية

الصادر في ١٩٤١ - والمادة ١٢ - ٣٣ - ٣٦ من القرار الصادر في ٢٠ مارس ١٩٨٠.

(٣٦٨ م) حكم ٢٠ يناير ١٩٧٩ - مشار إليه آنفاً

Civ. 24 Fevrier 1988 - op. Cit.

(٣٦٩)

C.E. 18 Mars 1963 - D.A - 1963 - n°126

(٣٧٠)

وتزداد أهمية الالتزام بالنصح، أو الإرشاد إذا كان المستخدم نفسه «الدائن بالالتزام»، غير متخصص، ولذا، حكم بالالتزام الصانع، بإعلام المقاول، كيفية إجراء دراسات، أو تحليلات تتعلق ببقاء المياه^(٣٧١). أو بطرح اقتراحات خاصة بغريلة الزلط المستخدم في البناء أو الإنشاء^(٣٧٢). أو بإعطاء إرشادات، خاصة بنوع المواد المستخدمة، الأكثر توافقاً، واحتياجات العملاء من بين عدة أنواع مطروحة في الأسواق^(٣٧٣).

ويتسع نطاق التزام الصانع بالنصح، والإرشادات في بعض الأحكام ليلبغ في حده الأقصى ضرورة تقديم المساعدة الفنية لكيفية تجهيز المنتج الصناعي، أو تركيبه^(٣٧٤) ونلفت النظر إلى أن الحكم يختلف تماماً إذا تم الإنتاج أو التصنيع، طبقاً لأوامر صادرة من المقاول، أو المهندس، وتحت إشرافه، ورقابته. فالصانع في هذه الحالة، يصبح مقاولاً من الباطن، غير مسئول - كما أسلفنا - بالضمان العشري في مواجهة المقاول الأصلي «الذي أصدر تعليمات، التصنيع»^(٣٧٥).

المحور الثالث - خصائص المسؤولية العشرية للصانع:

١٧٠ - إذا توافرت الشروط السابقة، اعتبر الصانع كقاعدة عامة مسئولاً بالتضامن مع المعماري بالضمان العشري في مواجهة رب العمل أو المشتري، حتى ولو وقع الخلل أو التهدم، أو العيب الجسيم، لعيب في المنتجات الصناعية، الداخلة في عملية البناء ولا يتصور فرض تقوم فيه مسؤولية الصانع وحده، من دون مسؤولية المعماري، فالتضامن، والتبعية، خصيصتان تميزان مسؤولية الصانع بالضمان العشري، إعمالاً لنص الفقرة الرابعة من م ١٧٩٢ مدني فرنسي. ونعرض لهما فيما يلي:

أولاً - مسؤولية الصانع تضامنية:

١٧١ - ويقصد بالتضامن خصوصاً، أنه يجوز للدائن بالضمان العشري رب العمل، أو المشتري مطالبة المعماري، والصانع معاً بالتعويض. ومصدر التضامن في هذه الحالة، هو نص القانون - الفقرة الخامسة للمادة ١٧٩٢ من القانون المدني، وهو ما تكرر النص عليه كذلك الفقرة الرابعة للمادة المذكورة.

وبدهي، أن مسؤولية الصانع، التضامنية بالضمان مع المعماري، لا تنشأ، ما لم يعتبر الأول

(٣٧١) Civ. 3 Juin 1987 - B. Civ - 111 - n° 113
 (٣٧٢) انظر: Civ. 31 Mai 1989 - inedit «la pureté de l'eau»
 (٣٧٣) انظر: Civ. 19 Octobre 1990 - G.P. 1990 - 11 - Pan. 119.
 (٣٧٤) انظر: Civ. 3 Juillet 1985 - R.D.I. 1986 - 78
 Com. 11 Juillet 1988 - D. 1988 - I.R- 243.
 (٣٧٥) في اعتباره مقاولاً من الباطن - انظر: Civ. 19 Juin 1991 - J.C.P. 1991 - IV - 325.

مسئولاً أصلاً، بأن تتوافر في شأنه شروط المسؤولية بالضمان العشري، فتخلف أي شرط من شروط الضمان لا يترتب عليه قيام مسؤولية الصانع «ومن في حكمه»، في مواجهة رب العمل، أو المشتري بل يعتبر المعماري وحده ملزماً بالضمان، وإن جاز للمعماري عموماً رفع دعوى المسؤولية العقدية على الصانع، عن العيوب الخفية بالمنتج الداخل في عملية البناء أو الإنشاء، فتعتبر مسؤولية المعماري، عشرية في مواجهة المشتري، ولا يكون له الرجوع بالمسؤولية ذاتها على الصانع، حتى وإن ثبت أن التهدم أو الخلل، قد حدث لعيب في التصنيع، لذا، فإن الصانع، يوجد في موقف قانوني نادر الوقوع مما دفع البعض - بحق - للحديث عن استعارة الضمان (garantie d'imprunt)^(٣٧٦). على سند من القول بأنه لما كان الهدف من التضامن في المسؤولية بين الصانع، والمقاول، حماية أرباب العمل، بتوسيع نطاق الضمان ليشمل أحد أهم المساهمين في عملية التشييد، وهو الصانع، ومن في حكمه. فإنه يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على الحد من التضامن أو استبعاده، وإلا وقع باطلاً، بطلاناً مطلقاً. ويستفاد ذلك من اعتبار أحكام الضمان العشري، متعلقة بالنظام العام بالفقرة الخامسة للمادة ١٧٩٢، وكذا، بالنص في الفقرة الرابعة، على بطلان أي شرط، يجد أو يستبعد التضامن في المسؤولية بين المقاول، والصانع وتبعاً لذلك يجوز لرب العمل أو المشتري منه الرجوع بأحكام الضمان العشري على الصانع ومن في حكمه، فإذا رجع على المقاول بالضمان أمكن للآخر الرجوع بالضمان ذاته على الصانع أو من في حكمه.

١٧٢ - ويترتب على قيام التضامن في المسؤولية العشرية بين المعماري والصانع نتيجة أخرى مؤداها أنه لا يجوز لرب العمل، ولا المشتري للبناء، أو الإنشاء التمسك قبل الصانع، بأحكام المسؤولية التقصيرية.

أما في القانونين المصري، أو الكويتي، حيث لا تنطبق أحكام الضمان العشري على الصانع، ومن في حكمه، يجوز لرب العمل، أو المالك، للبناء، أو الإنشاء الرجوع على الصانع طبقاً، لأحكام المسؤولية التقصيرية لانعدام الرابطة التعاقدية بينهما. وهو ما جرى عليه القضاء الفرنسي، في ظل القانون القديم، الذي لم يكن ينص على اعتبار الصانع مسئولاً بالضمان العشري، بالتضامن مع المقاول.

ثانياً - مسؤولية الصانع، تبعية:

١٧٣ - والمقصود بالتبعية - في هذا الصدد - أنه بينما يتصور قيام مسؤولية المعماري - عموماً - مستقلة عن مسؤولية الصانع، وإن ثبت أن التهدم، أو الخلل نشأ عن عيوب، أو سوء تصنيع

(٣٧٦) في هذا المعنى:

Boubli, la responsabilité des constructeurs depuis la loi du 4 Janvier 1978 - R.D.I. 1979 - 13 - malinvaud, op. cit. D. 1984 - chr. 41.

المواد، والأدوات الداخلة في عملية البناء أو التشييد. في الحالة التي يخالف فيها المعماري مثلاً، طريقة استعمال العناصر التجهيزية كما حددها الصانع، أو من في حكمه في تعليماته^(٣٧٧) فإن العكس غير صحيح، بمعنى أنه، لا يمكن تصور قيام مسؤولية الصانع، وحده، مستقلة عن مسؤولية المعماري «المقاول أو المهندس وغيرهما الذي استعمل المواد والأجهزة المصنعة. في مواجهة رب العمل، أو المشتري بالضمان العشري»، فهي مسؤولية تابعة، ولا تقوم منفصلة عن مسؤولية المعماري.

١٧٤ - فإذا قام الصانع وحده، أو عن طريق عماله، بتركيب أجزاء البناء، أو عناصره التجهيزية التي سبق له تصنيعها، كما هو الحال في المساكن سابقة التجهيز فعندئذ يعتبر وحده مسئولاً بالضمان العشري، إنما بوصفه صانعاً، ومقاولاً في الوقت نفسه، في مواجهة رب العمل، أو المشتري، خلال مدة الضمان.

فإذا لم تتوافر شرائط المسؤولية العشرية قبل المقاول، فإن مسؤولية الصانع، بدورها، لا يمكن أن تنعقد، وإن أمكن الرجوع عليه، بأحكام ضمان العيوب الخفية، إذا توافرت شرائطها^(٣٧٨).

١٧٥ - أما في القانونين المصري، والكويتي، لا يمكن لرب العمل، أو المشتري منه، أن يتمسك قبل صانع المواد، والأدوات الداخلة في عملية البناء، أو الإنشاء، ومن في حكمه، بقواعد الضمان العشري. حتى وإن ثبت أن التهدم، أو الخلل، قد وقع لعب، أو سوء تصنيع المواد المذكورة، فقد حددت المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري، المقابلة للمادة ٦٩٢ مدني كويتي، الأشخاص المسؤولين بالضمان العشري على سبيل الحصر، وليس من بينهم، الصانع، أو من في حكمه كما هو الحال في القانون الفرنسي. ومع ذلك، يمكن تصور فرض معين، يسأل فيه الصانع في القانونين المذكورين، مسؤولية مزدوجة، عقدية في مواجهة من تعاقد معه، المقاول، أو المهندس، إذا ثبت وجود عيب خفي، بالمواد، والأدوات الداخلة في عملية البناء أو الإنشاء، ومسؤولية تقصيرية قبل رب العمل، «أو المشتري منه» والفرض أنهما لم يتعاقدا مع الصانع، أو من في حكمه، وهو الحكم، الذي جرى عليه القضاء الفرنسي، قبل تعديل نص م ١٧٩٢، بقانون ٤ يناير ١٩٧٨^(٣٧٩) كما أسلفنا.

١٧٦ - والمتأمل بالشروط الحقوقية Fidic التي تطبق في الكويت أو غيرها على عقود المقاولات برضاء رب العمل، والمقاول «الدولي، أو المحلي» يجد أنها تفرق من حيث المسؤولية عن عيوب، أو سوء تصنيع المواد، الداخلة في أعمال البناء، والإنشاء بين المقاول، والمهندس، والصانع.

(٣٧٧) أو يكون المقاول قد أجرى تعديلاً في المواد، والمنتجات المصنوعة، التي تولى استعمالها من البناء كله، أو جزء منه أو من عنصر من عناصره التجهيزية - كما هو نص الفقرة الرابعة - المشار إليها.

Civ. 9 Octobre 1979 - G.P - 19 Avril 1980.

(٣٧٨) في هذا المعنى:

Civ. 5 Décembre 1972 - D. 1973 - 401 - not. J. Mazeaud

(٣٧٩) في ذلك مثلاً:

Civ. 23 Mai 1978 - B. Civ. - 111 - n° 201.

وكذا:

وركزت، بصفة خاصة، على ضرورة، اتخاذ جميع الإجراءات الوقائية فيما يتعلق بالمواد المذكورة، أي قبل أن ينشأ عنها الضرر بالبناء، أو الإنشاء فعلاً. فنصت م ٣٦. على أنه يجب أن تكون جميع المواد، والمصنعات من المواد الموصوفة في العقد، وطبقاً لتعليمات المهندس... ومعنى ذلك أن إخلال الصانع بالتزامه، بتوريد مواد غير مطابقة للمواصفات، أو مخالفة للتعليمات الصادرة من المهندس، يجعله مسؤولاً، مسئولية عقدية عن مخالفة الالتزام بالمطابقة، وليس بالضمان العشري. وقد أشرنا آنفاً - إلى أن م ٤/٦٢ من الشروط المذكورة، قد أُلقت عبء الالتزام بضمان سلامة الأعمال، لمدة عشر سنوات من وقت صدور شهادة التسلم النهائي، وإعادة محجوز الضمان على عاتق المقاول وحده، علماً بأن المهندس يدخل في جهاز المقاول، على حد تعبير م١٦^(٣٨٠) من الشروط ذاتها ويعتبر تابعاً لرب العمل^(٣٨١).

كما نصت م١٨ كذلك على إجراءات وقائية، بحيث تخضع المواد، والمصنعات بين الحين، والآخر لأية اختبارات قد يطلب المهندس إجرائها في مكان الصنع، أو في الموقع، أو فيهما، وعلى المقاول أن يقدم المساعدة، والأدوات، والآلات، والعمال، والمواد اللازمة عادة لفحص وقياس واختبار أي عمل، ونوعية، ووزن، وكمية، أي مادة مستعملة، وعليه أن يقدم عينات لأية مواد يطلبها، ويختارها المهندس لاختبارها، واعتمادها قبل استعمالها في الأشغال.

- كما ألزمت الفقرة الثالثة للمادة المذكورة، المقاول بتحمل تكاليف الاختبارات السابقة إذا كان منصوصاً عليها في الواجبات، أو جداول الكميات، فإذا ثبت أن المنتجات المصنوعة أو المواد مطابقة للمواصفات، وتعليمات المهندس، فإن تكاليف هذه الاختبارات تكون على رب العمل. وهي نتيجة مقبولة، فالأصل أن المواد المقدمة. مطابقة للمواصفات، وعلى رب العمل إذا ادعى عكس ذلك إثبات ما يدعيه، ويتحمل لذلك التكاليف، إذا ثبت أنها مطابقة للمواصفات، والتعليمات الصادرة عن المهندس.

الفرع الرابع - الممول العقاري

١٧٧ - التمويل العقاري Promotion - immobiliere، عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى «الممول العقاري Promoteur - immobiliere، بأن يقوم، بنفسه أو عن طريق الغير بالقيام بجميع

(٣٨٠) ورد نصها على أنه.. على المقاول أن يستخدم في الموقع، لتنفيذ، وصيانة الأشغال: فضلاً عن المهندسين الفنيين... (أ)، والعمال المهرة (ب) - مهندس المقاول (ح).

(٣٨١) في هذا المعنى، طعمه الشمري - مرجع سابق - ص ٢٠ - والمقاول - في هذه الشروط يجب أن ينفذ وينجز الأشغال.. بما يرضى عنه المهندس م١٣.

- وللمهندس، أن يطلب من المقاول، إبعاد أي شخص يستخدمه الأخير في تنفيذ الأشغال أو صيانتها - م ٢/١٦ في الشروط الحقوقية، وعلى المقاول، في أي وقت أثناء تنفيذ الأشغال وبناء على طلب المهندس الخطي عمل جسات، أو حفريات استكشاف... إلخ م١٨.

الأعمال المادية، والتصرفات القانونية أو الإدارية، أو المالية، التي تساهم في إنجاز البناء، أو الإنشاء، مقابل أجر معين، يلتزم به رب العمل. م ١/١٨٣١ مدني فرنسي^(٣٨٢).

- ونصت المادة السابقة، خصوصاً على أن الممول العقاري ضامن للالتزامات الملقاة على عاتق الأشخاص الذين يتعامل معهم، باسم، رب العمل ويلتزم بصفة خاصة بجميع الالتزامات المتولدة عن نص م ١٧٩٢ مدني فرنسي وبذا، أصبح الممول العقاري، مسئولاً بالتضامن مع المعمارين عموماً - بضمان سلامة البناء، أو الإنشاء مدة عشر سنوات من تاريخ تسلم رب العمل، العمل مقبولاً.
- كذا، يتضح بأن الممول العقاري، إما أن يقوم بالأعمال المادية للبناء، أو الإنشاء، بنفسه أو عن طريق الغير، ومن ذلك مثلاً، أعمال التصميم، أو التنفيذ، وهي في مجملها لا تخرج عن كونها مقولة، فيعتبر لذلك مسئولاً بالضمان العشري عن الخلل أو التهدم أو العيوب الخفية أو عدم تطابق المبنى للغرض من إنشائه شأنه شأن المقاول، أو المهندس.
- وقد يقتصر الدور المنوط بالممول العقاري، على إبرام التصرفات القانونية باسم رب العمل ولحسابه، وعندئذ، يعتبر وكيلاً، ويسأل لذلك بالضمان العشري، شأنه شأن الوكيل^(٣٨٣).

المبحث الثاني

نطاق، الضمان العشري من حيث الأضرار

- ١٧٨ - انتهينا إلى أن مدى الضمان العشري أو نطاقه يتسع في القانون الفرنسي، ليشمل كل من ساهم في عملية البناء أو التشييد^(٣٨٤). كذا، يتسع نطاق الضمان في القانون الفرنسي بالنسبة للأضرار ليشمل ليس فقط، التهدم الكلي، أو الجزئي، أو العيوب التي يترتب عليها تهديد سلامة البناء ومتانتها كما هو الحال في القانونين المصري، والكويتي. بل يمتد ليشمل كذلك، الأضرار التي يترتب عليها عدم صلاحية المبنى، أو الإنشاء للغرض المخصص له، وكذا، الأضرار التي تمس بالعناصر التجهيزية، غير القابلة للانفصال عن المبنى أو الإنشاء.
- وإذا كان الفقه، التقليدي يسلم باشتراط العيب الخفي، في الضرر الذي يدخل في نطاق

(٣٨٢) وكان عقد التمويل العقاري إلى عهد قريب، عقداً غير مسمى، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي، بتنظيمه، بقواعد خاصة، فدخل لذلك في زمرة العقود المسماة - م ١٨٣١ مدني، ولا مثل لهذا النص في القانونين المصري، والكويتي وفيهما، يعد التمويل العقاري من العقود غير المسماة.

(٣٨٣) وتفصيلاً:

C. Giver Jon, promotion immobilière. Rep. Dalloz. Construction Malinvaud, la garantie des vices par le vendeur - Promoteur de constructions immobilières - Unité ou diversité J.C.P. 1969 - 1 - 2284.

(٣٨٤) انظر أنفاً بند ٩٤.

الضمان العشري. فقد ذهب القضاء الفرنسي - بعيداً - حماية لرب العمل الذي قد تخفى عليه العديد من العيوب، فاتجه على ما سنرى إلى التخفيف من حدة هذا الشرط^(٣٨٥).

١٧٩ - وسوف نعرض بداية، للأضرار المشمولة بالضمان العشري ثم نتناول خفاء العيب كشرط للأضرار الداخلة في نطاق الضمان.

المطلب الأول

الأضرار المشمولة بالضمان

١٨٠ - لا تنطبق أحكام الضمان العشري ما لم يكن الضرر خطراً. ولا يعتبر الضرر خطراً في القانون الفرنسي إلا إذا كان من شأنه تهديد سلامة ومثانة البناء، ذاته أو عنصر من عناصره التجهيزية غير القابلة للانفصال عنه، أو ترتب عليه عدم صلاحية البناء أو الإنشاء للغرض المخصص له^(٣٨٦) وبالعكس ذلك لا يعتبر الضرر خطراً، وبالتالي مشمولاً بالضمان العشري في القانونين المصري، والكويتي إلا إذا ترتب عليه تهديد سلامة، ومثانة البناء ذاته.

١٨١ - وسوف نعرض لهذه العناصر الثلاثة فيما يلي.

الفرع الأول - الأضرار التي تهدد سلامة، ومثانة البناء أو الإنشاء:

١٨٢ - لا ريب أن كل تقصير أو إهمال ينسب إلى المقاول أو المهندس أو غيرهما من المعماريين، لا يجعله مسئولاً بالضمان العشري ما لم يثبت أنه لم يؤثر في سلامة، أو مثانة المبنى أو الإنشاء. وقد عبر المشرع المصري، أو الكويتي عنه ذلك. بنصه على التزام المقاول، أو المهندس متضامنين، ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي، أو جزئي، فيما شيدوه... ويشمل الضمان كذلك ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد مثانة البناء، وسلامته^(٣٨٧) وهي مسألة لا يختلف فيها القانونان المصري، والكويتي عن القانون الفرنسي - وبالتالي لا تنطبق أحكام الضمان العشري في علاقة رب العمل بالمقاول أو المهندس ومن باب أولى في علاقة المشتري بكل منهما، إذا لم تكن الأضرار التي حدثت بالبناء أو الإنشاء من شأنها تهديد سلامته، أو مثانته^(٣٨٨) ولذا، حكم مثلاً بأنه يجوز للمشتري رفع دعوى الضمان العشري على المعماري إذا كان الضرر من شأنه المساس بالعناصر الأساسية للمبنى، أو الإنشاء^(٣٨٩).

(٣٨٥) مثلاً: Civ. 8 Juin 1979 - D. 1979 - Som 522 -

(٣٨٦) وتفصيلاً Karila - مرجع سابق - دالوز ١٩٩٠ - فقه - ص ٣٠٧، وما بعدها.

(٣٨٧) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقاً على نص م٦٩٢.

(٣٨٨) في ذلك مثلاً: Civ. 3 Juin 1987 - B. Civ. 111 - n° 112.

Civ. 13 Avril 1988 - B. Civ. 111 - n° 67.

ويتعلق الحكم بأضرار بسيطة في درجة من درجات السلم. وكذا

Civ. 25 janvier 1989 - B.Civ. - 111 - n° 20.

(٣٨٩) مثلاً: Civ. 31 Octobre 1989 - D. 1990 - 433 - not Dubuis -

ولمّا كان المشرع الكويتي كمنظيره المصري أو الفرنسي يشترط لرفع دعوى الضمان العشري سواء من قبل رب العمل، أو المشتري منه، حدوث تهمد أو خلل أو عيب من شأنه تهديد متانة البناء، وسلامته فليس معنى ذلك اشتراط التهمد الفعلي للتمسك بالضمان. طالما أن الخلل أو العيب من شأنه أن يعرض سلامة البناء أو الإنشاء للخطر، ولو لم يقع بالفعل^(٣٩٠).

١٨٣ - وقد مرت هذه المسألة بتطور في التقنين المدني الفرنسي الذي اشترط بداية للتمسك بالضمان العشري التهمد الكلي أو الجزئي، سواء نشأ عن عيب في البناء، أو حتى عن عيب في الأرض - م ١٧٩٢^(٣٩١) ثم عدل نص المادة المذكورة بقانون ٣ يناير ١٩٦٧ وبقيت عبارة التهمد الكلي أو الجزئي من دون تعديل. ثم صدر قانون ٤ يناير ١٩٧٨ معدلاً لنص م ١٧٩٢، وألغي العبارة المذكورة، واكتفى. لرفع دعوى الضمان، بوجود ضرر يترتب عليه تعريض متانة البناء أو الإنشاء للخطر.

١٨٤ - وفي القانون المدني المصري القديم، اكتفى المشرع بوجود خلل في البناء (م ٤٠٩ / ٥٠٠) بينما ورد بالمشروع التمهيدي للقانون المدني لفظه التهمد، كما أضاف حالة ما يوجد بالمباني، والمنشآت الكبيرة التي في حكمها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.. وهو ما ورد بنص م ٦٥١ مدني. في صورتها النهائية، وجاء بالمذكرة الإيضاحية للنص أن الفقرة الأولى منها تواجه حالة وقوع التهمد الكلي أو الجزئي خلال عشر سنوات، وهي تطابق في حكمها القانون القديم أما الفقرة الثانية، فتأتي بحكم جديد، فلا تبني المسؤولية على التهمد الواقع بالفعل... وإنما تضع أساس المسؤولية على وجود عيب في البناء يترتب عليه تهديد متانته، وسلامته، ولو لم يقع بالفعل^(٣٩٢) وهو ما ورد كذلك - حرفياً - بنص م ٦٩٢ من القانون المدني الكويتي^(٣٩٣). وتبعاً لذلك حكم بأن، مفاد نص المادة ٤٠٩ من القانون المدني السابق، والمادة ٦٥١ من القانون المدني الحالي، المقابلة للمادة السابقة، أن الضمان الذي يرجع إلى تنفيذ المكاول، أعمال البناء، يتحقق، إذا ظهر وجود عيب في البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم ولو لم تتكشف آثار العيب، وتتفاقم، أو يقوم التهمد بالفعل إلا بانقضاء هذه المدة^(٣٩٤).

- وفي القانون الفرنسي، حكم بأن الضرر المستقبل، يخضع لأحكام الضمان الواردة بالمادة

(٣٩٠) نص م ٦٥١ مدني مصري المقابلة للمادة ٦٩٢ مدني كويتي المقابلة للمادة ١٧٩٢ مدني فرنسي.

(٣٩١) ورد النص - بأصله الفرنسي - على النحو التالي:

Si l'edifice construit à prix fait, perit en tout ou en partie par le vice de construction, même parle vice du sol, les architectes et les entre preneurs en sont responsables pendant dix ans».

(٣٩٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٥ - ص ١٩، وبعدها - والسنيهوري/ المرجع السابق/ ص ١١٦.

(٣٩٣) المذكرة الإيضاحية، تعليقاً على المادة ٦٩٢ مدني، وقرب، لبيب شنب/ المرجع السابق/ ص ١٢٧.

(٣٩٤) نقض ١٩٧٠/٦/٢٣ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض - منذ إنشائها ١٩٣١ - للمستشار

أنور طلبه/ ج ٩/ ص ٦٠٩.

١٧٩٢ من القانون المدني، إذا قامت دلائل، قوية، على أنها مؤكدة الوقوع بالبناء أو الإنشاء^(٣٩٥) وإذا كان الضرر المستقبل يخضع لأحكام المادة ١٧٩٢ مدني فإن نتائج هذا الضرر إذا وقعت خلال عشر سنوات وترتب عليها المساس بسلامة البناء ومكانته، أو الغرض الذي خصص لأجله، أو ترتب عليه التأثير في مكانة عناصر المبنى إذا كانت هذه العناصر غير قابلة للانفصال عنه - على ما سنرى - تنطبق عليها أحكام الضمان العشري^(٣٩٦).

١٨٥ - وجدير بالملاحظة أنه إذا ظهر عيب يهدد سلامة البناء أو متانته بعد عشر سنوات من تسلّم رب العمل البناء مقبولاً في القانونين المصري، والفرنسي، أو من وقت إتمام البناء أو الإنشاء بالقانون الكويتي، لا يكون لرب العمل الحق في المطالبة بالضمان العشري. وإذا باع الأخير البناء أو الإنشاء بعد انقضاء المدة المذكورة لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان العشري على المقاول أو المهندس. وتطبيقاً لذلك، رفضت محكمة النقض الفرنسية مساءلة المعمارين عن عيوب البناء أو تدمره، إذا ظهرت هذه العيوب، أو حدث التهدم بعد انقضاء المدة المحددة قانوناً. وأكدت صراحة أنه مهما بلغت جسامته الأخطاء التي ينسبها رب العمل إلى المقاول، والمهندس بالإخلال بالتزاماتهما بالضمان. فإن دعوى الضمان تنقضي نهائياً بانقضاء مدة العشر سنوات^(٣٩٧). فإذا لم يكن من شأن الضرر تهديد سلامة البناء، ومتانته، أو كان من شأنه ذلك، ولم يظهر إلا بعد انقضاء المدة المحددة، أو كان ظاهراً لرب العمل، ولم يتحفظ عليه بمحضر التسلم، ثم باع المبنى أو الإنشاء، فإن المقاول أو المهندس لا يكون مسئولاً بالضمان العشري قبل المشتري إذا توافرت الشرائط الأخرى ويكون له مع ذلك رفع دعوى المسؤولية التقصيرية، إذا ثبت وجود خطأ أو إهمال من المقاول أو المهندس.

١٨٦ - والمقصود بالسلامة، أو المتانة التي يترتب على الإخلال بها، المسؤولية العشرية للمعمارين، ليس فقط، سلامة البناء أو متانته، أو الإنشاء في مجموعه، ولا سلامة أجزائه الرئيسية كالأسقف، والأعمدة المعدة لحملها، والجدران الرئيسية التي يستند إليها البناء، بل يمتد الضمان كذلك،

(٣٩٥) انظر Rouen, 21 Fevrier 1990 - J.D. n° 40100 «pour des ordres d'appui de fenêtre..»

وفي المعنى نفس:

Civ. 17 Avril 1991 - G.P. 1991 - 1 - pan. 196 - Pour des fissures infiltrantes à terme...».

Civ. 7 Octobre 1988 - D. 1988 - I.R - 282 - et Civ. 9 Janvier 1990 - R.D.I. 1990 - 497 «Pour des fissures liées à une insuffisance d'enrobage des aciers d'armature et rendant ineluctable la chute des materiaux.».

Civ. 13 Fevrier 1991 - R.G.A.T. 1991 - 396 - obs. Bigot.

(٣٩٦) انظر:

Civ. 21 Fevrier 1990 - R.D.I. 1990 - 372 - obs

Malinvaud et Boubli. R.T.D. civ. 1990 - 316 - obs. Remy.

(٣٩٧) نقض، ١١ يناير ١٩٧٧ - جازيت دي باليه ١٩٧٧ - ونقض ٢٠ أبريل ١٩٧٧ - مشار إليهما في، محمد ناجي

ياقوت - مرجع سابق - ص ٢٩٩ - الحاشية ٦٨٥.

ليشمل الأضرار التي تمس الأجزاء الثانوية من البناء، أو الإنشاء إذا كان من شأنها تهديد سلامة، أو متانة المبنى في مجموعه. ولذا، حكم مثلاً في فرنسا بأن الشجرة، الملاصقة للبناء، كون جذورها تمتد أسفل الأرض المقام عليها، من شأنه تهديد سلامة البناء، بتعرضه لخطر الانهيار^(٣٩٨)، ويؤدي بذلك لتطبيق أحكام الضمان.

ويمكن تطبيق الحكم نفسه على عيوب الصرف الصحي، فهي، وإن كانت لا تمس سوى الأجزاء الثانوية من المبنى، إلا أنها بما تؤدي إليه من تسرب المياه إلى الأسقف أو الحوائط تمثل تهديداً لمتانة البناء، تنطبق بشأنه أحكام الضمان.

ويلاحظ، كذلك أن عدم ثبات الضرر، أي خطورته، في بعض الحالات لا يمنع من اعتباره تهديداً لسلامة البناء ومئاته^(٣٩٩) ويحول للمضور رفع دعوى الضمان العشري.

- وعلى عكس ذلك، لا يمكن رفع دعوى المسؤولية العشرية عن الأضرار التي تمس المبنى، في مجموعه «أجزائه الأساسية، أو الثانوية»، إذا لم ينشأ عنها تهديد لسلامته أو متانته، وتأكيداً لذلك حكم بأن الأضرار التافهة، التي تلحق بتكسيات الأرضية «التبليط» لا تنهض بذاتها سبباً، كافياً، لرفع دعوى الضمان العشري^(٤٠٠) وأن سقوط السقف المقلوب، لا يولد، بذاته، المسؤولية العشرية للمعماري^(٤٠١) كونه لا يمس بسلامة البناء ومئاته.

وقياساً على ذلك، فإن العيوب التي تلحق أعمال الدهان، أو البلاط، أو الأبواب أو الحدادة، وغيرها من الأعمال الصغيرة، لا تؤثر في سلامة البناء ومئاته، ولا تبرر - تبعاً لذلك - المطالبة بالضمان العشري^(٤٠٢)، ومع ذلك، فإن المشرع الفرنسي - كما أشرنا - قد أدخل الأضرار التي تمس بالعناصر التجهيزية للبناء، أو الإنشاء ضمن نطاق الضمان العشري، إذا كانت جزءاً لا ينفصل عن المبنى، indissociable وبذا، يمكن القول، بأن أعمال الزجاج مثلاً، والأعمال الكهربائية، وغيرها، تخضع لأحكام الضمان، ليس باعتبارها تمس بسلامة البناء ومئاته. ولكن، لأنها تمس بسلامة العناصر التجهيزية بالبناء أو متانتها، بشرط أن تكون العناصر المذكورة جزءاً لا يتجزأ من المبنى، بحيث لا يمكن أن تنفصل عنه كما قلنا.

١٨٧ - وعلى أية حال، يقع على عاتق محكمة الموضوع عبء تحديد أهمية الضرر وطبيعته

T.G.I. Paris 23 Janvier 1989 - R.D.I. 1989 - 470 obs. Malinvaud et Boubli. (٣٩٨)

Paris 14 Décembre 1990 - R.D.I. 1990 - 80 - obs. Leguoy. وقرب:

Civ. 4 Février 1986 - G.P. 29 Novembre 1986 - som - 15 - not. pied - Lievre. من ذلك: (٣٩٩)

Paris 29 Mai 1981 - R.D.I. 1982 - 91 obs. Malinvaud, et Boubli. انظر: (٤٠٠)

T.G.I. Pontoise, 27 Septembre 1990 - R.G.A.T. 1990 - 868 - obs. B. Bigot. في حكم: (٤٠١)

(٤٠٢) في هذا المعنى، السنهوري - مرجع سابق - ج ٧ - ص ١١٤ - لبيب شنب - مرجع سابق. ص ١٢٦.

المشمول بالضمان العشري، وتخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض، وتبعاً لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية مثلاً، الحكم الذي ألزم المهندس المعماري، بإصلاح الخلل المدعى به في الأرضية الخشبية للمبنى، تطبيقاً لنص م ١٧٩٢ مدني. لأن المحكمة لم تبين، ما إذا ترتب على الخلل المدعى به تعريض سلامة البناء ومثانته للخطر، من عدمه^(٤٠٣). وإذا، تم الكشف عن عيب بالبناء، أو الإنشاء يهدد سلامته، ومثانته، خلال المدة المحددة قانوناً، فبادر رب العمل، أو المشتري «خلفه الخاص» للحصول على ترخيص الجهة الإدارية المختصة بهدم البناء، لا يجوز للمقاول، أو المهندس، المدعى عليه، التمسك بأن التهدم لم يحدث تلقائياً للإغفاء من مسئولية بالضمان العشري.

- وكذا، أكدت محكمة النقض المصرية، صراحة، بأن الخلل، أو العيب في المباني هو الذي يهدد متانة البناء، أو سلامته. وهو الشرط الأساسي للضمان الخاص، ولا يؤثر في ذلك. أنه يشترط أخذاً من نص المادة ٦٥٤ مدني، حصول تهدم تلقائي، وليس تهدماً بفعل، رب العمل، ما دام تم الكشف عن عيب من شأنه أن يعرض سلامة البناء ومثانته للخطر^(٤٠٤).

- ويلاحظ كذلك أن أحكام القضاء الفرنسي، تتجه إلى اعتباره ضرراً، خطراً، يولد المسئولية العشرية للمعماري، تسرب المياه الجوفية إلى المبنى، بما يترتب على ذلك من تهديد لسلامة البناء^(٤٠٥) والعيوب الداخلة في جدران المبنى الداخلية^(٤٠٦) وانهيار مدخل البناء، بسبب إحداث، فتحات Canalisations به^(٤٠٧).

وما يهدد أساسات البناء، وإن نشأ عن جذع شجرة ملاصقة^(٤٠٨) وبصفة عامة أي تهديد للبناء في أساساته، أو عناصره التي يقوم عليها من أرض، أو تربة وخرسانة مسلحة، وجدران^(٤٠٩).

١٨٨ - بقي أن نوضح بأن المادتين ٦٩٢ مدني كويتي، و٦٥١ مدني مصري تنصان على مسئولية المقاول، والمهندس بالضمان عما يوجد بالمباني، والإنشاءات من عيوب يترتب عليها تهديد

(٤٠٣) انظر: Civ. 7 Juin 1978 - G.P. 25 octobre 1978 - 10 J.C.P. 1978 - IV - 244.

وبأن المسئولية العشرية، لا تتعلق إلا بالأضرار، ذات الخطورة الحقيقية.

Des dommages, d'une réelle gravité - j'estaz et malinvaud, Droit de promotion immobilière - 1980 - n° 140.

(٤٠٤) نقض ١٩٧٣/٥/٣١ - أحكام النقض - س ٢٤ - ص ٨٥٣ - ونذكر، بأن المادة الواردة بالحكم تنص على سقوط دعاوى الضمان العشري بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم، أو انكشاف العيب.

Paris 28 Septembre 1978 - R.D.I. 1979 - 70 obs. Malinvaud et Boubli (٤٠٥) كما في:

Civ. 17 Mars 1986 - G.P. 1986 - 11 - Pan. 17 (٤٠٦) كما في:

Paris 27 Fevrier 1989 - Mont. T.P. 16 Juin 1989 - 62 (٤٠٧) كما في:

T.G.I. Paris - 23 Fevrier 1980 - op. cit. (٤٠٨) كما في:

Civ. 31 Octobre 1989 - D.1990 - 433 not, Dubuis - Civ. 21 Fevrier 1990 - R.D.I. (٤٠٩) مثلاً:

1990 - 372 - obs. Malinvaud et Boubli - R.T. D civ. 1990 - 316 - obs. Remy.

متانة البناء، وسلامته حتى، ولو كان رب العمل، قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة. ونرى أن هذه الفقرة الأخيرة، فضلة، وزائدة، لا فائدة منها. فالضمان العشري في القانونين المذكورين من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على إعفاء المقاول، والمهندس من الضمان، أو الحد منه، وإلا وقع الاتفاق باطلاً، بطلاناً مطلقاً. ولا ريب أن رب العمل، بإجازته للمقاول أو المهندس، إقامة منشآت معيبة، بمثابة، إعفاء المدين من مسؤوليته العقدية بالضمان، خاصة، وقد ذكرنا أن دعوى الضمان العشري، وإن كانت دعوى استثنائية مقررة بقوة القانون إلا أنها دعوى تعاقدية. وفضلاً عن ذلك، فإن الغرض من الضمان العشري أصلاً، حماية الأرواح، والممتلكات، والاقتصاد الوطني، ولا يمكن أن يعلق هذا الغرض على إجازة رب العمل، بإنشاء منشآت، معيبة أي تهدد الأرواح، والممتلكات والاقتصاد الوطني^(٤١٠).

الفرع الثاني - الأضرار التي تمس بالغرض المخصص للبناء أو الإنشاء لأجله:

١٨٩ - بينما يقتصر نطاق الضمان العشري في القانونين المصري، والكويتي - كما قدمنا - على الأضرار التي تعرض للخطر، سلامة، ومتانة البناء، أو الإنشاء. يمتد نطاق الضمان في القانون الفرنسي ليشمل فضلاً عن ذلك الأضرار التي تمس بالغرض الذي شيد البناء لأجله، وإن لم يترتب عليه، الإخلال، بسلامة البناء، ومتانته. م١٧٩٢^(٤١١).

- وإذا كان القضاء الفرنسي، يتشدد أحياناً كما رأينا، فيما يعتبر ضرراً يمس بسلامة البناء، أو الإنشاء، فإنه يدخل الأضرار التي تمس بالغرض الذي شيد البناء لأجله ضمن أحكام الضمان العشري إعمالاً لنص المادة المذكورة. ومعنى ذلك أن التضييق في الحالة الأولى، يقابله، التوسع في الحالة الثانية، بحيث يصعب تصور وجود ضرر ما، بالبناء، أو الإنشاء لا يكون مشمولاً بالضمان العشري، سواء تعلق بالبناء، أو الإنشاء ذاته، من حيث المتانة، والسلامة أو من حيث الغرض الذي شيد لأجله، والهدف، حماية رب العمل، والفرض، أنه غير مهني ولا متخصص، في مواجهة المقاول، والمهندس المحترف لأعمال البناء، والتشييد، والذي قد يلجأ توفيراً للنفقات، وسعياً لجني الأرباح إلى تغيير الغرض الذي شيد البناء لأجله، دون أن يمس عناصر سلامة البناء، أو متانته، فلا يمكن التمسك في مواجهته بأحكام الضمان العشري. فشمّلها الحكم الوارد بقانون ٤ يناير ١٩٧٨، فأصبح الضمان يمتد إلى الأضرار الخطرة، سواء تعلق بسلامة البناء ومتانته، أو بالغرض الذي شيد البناء لأجله. وفي الحالة الثانية، لا يهم ما إذا لحق الضرر، العناصر التأسيسية للبناء، أو عناصره

(٤١٠) قرب - شكري سرور - مرجع سابق - ص ٢٢٧ - بند ٢٠١.

(٤١١) فبعد أن نصت المادة المذكورة على شمول الضمان العشري، جميع الأضرار التي تمس بسلامة البناء ومكانته، تابعت تقول، حرفياً:

Où qui, l'effectant dan l'un de ses éléments constructifs, où l'un de ses éléments d'équipement le rendent, impropre à sa destination

انظر A. Benabent، مرجع سابق ط ١٩٩٣ - ص ٣١٥ - بند ٦٠٤.

التجهيزية، إذا ترتب عليه التأخير في مدى الفائدة أو المنفعة المرجوة من البناء، أو الإنشاء^(٤١٢). وبعبارة أخرى، أصبح معيار الخطورة أكثر اتساعاً بالنص الجديد مقارنة بالنص السابق.

١٩٠ - وعلى أية حال، فقد جاء التعديل، بقانون ٤ يناير ١٩٧٨، استجابة لما نادى به العديد، من الفقهاء^(٤١٣) وأحكام المحاكم^(٤١٤) التي اتجهت إلى الاكتفاء بالمساس، بصلاحيّة البناء أو الإنشاء للغرض الذي شيد لأجله، لرفع دعوى الضمان العشري. والمهم أنه يترتب على شمول الضمان، عدم صلاحية العمل l'ouvrage، الغرض الذي شيد لأجله، نتيجة مؤداها، إلقاء عبء الالتزام بالاستعلام obligation de se-Rensigner - عن الغرض الذي خصص العمل لأجله على عاتق المقاول، أو المهندس، أو المعماري عموماً بحيث لا يمكنه أن يتمسك للإعفاء من المسؤولية بالضمان العشري، بعدم علمه بالأغراض التي يشيد البناء لأجلها^(٤١٥).

وإنما يقع على محكمة الموضوع عب تحديد العيب بالبناء أو الإنشاء، وبيان مدى تأثيره في الغرض المخصص له، وهي، ولا ريب، مسألة تختلف بحسب ظروف الدعوى وملابساتها، فاعتبر مثلاً ضرراً يؤثر في الغرض الذي شيد البناء لأجله العيب الناشئ عن عدم وجود أية فتحات للتهوية، أو الضوء بالمبنى المخصص للسكنى^(٤١٦). وعدم صلاحية المبنى بالكامل لتشغيل الحاسب الآلي الذي شيد لأجله خصيصاً، لعيوب في التصميم^(٤١٧) واعتبر أيضاً، مساساً بالغرض الذي شيد البناء لأجله وضع كابلات الكهرباء، وأسلاك التليفونات، بطريقة ينجم عنها الخطر^(٤١٨).

١٩١ - واتجه، العديد من الأحكام، إلى أن عدم ملاءمة المناخ داخل البناء، أو الإنشاء بمثابة مساس بالغرض من إنشائه، يوجب رفع دعوى الضمان العشري^(٤١٩). وبأن وجود فتحات بالجدران الداخلية، أو الخارجية، تتسرب عنها الرطوبة، بما يؤثر في تدفئة

(٤١٢) من ذلك مثلاً:

T.G.I. Paris 2 Novembre 1990 - R.G.a.T. 1990 - 873 - obs. Bigot.

Civ. 10 Mars 1981 - J.C.P. 1981 - IV - 190.

Paris 23 Fevrier 1988 - D. 1988 - I.R - 86.

(٤١٣) مثلاً Soinne - مرجع سابق - ص ٤٨٦، وبعدها - وكذا Karila - مرجع سابق رقم ٣٤.

Agostini not. in. Civ. 5 Juin 1975 - D. 1977 - 53

Civ. 21 Fevrier 1978 - G.P. 7 Juillet 1978

(٤١٤) مثلاً:

Paris 10 Avril 1990 - R.T.D. Civ. 1990 - 365 obs. Perrot.

(٤١٥) وتطبيقاً لذلك:

Civ. 27 Fevrier 1985 - G.P. 1985 - 11 - Pan. 229.

Civ. 20 Novembre 1984 - J.C.P. 1985 - IV - 42

(٤١٦)

Civ. 12 Mai 1982 - J.C.P. 1982 - IV - 257.

(٤١٧) انظر:

Civ. 3 Novembre 1987 - R.D.I. 1988 - 212 obs. Malinvaud et Boubli.

(٤١٨)

(٤١٩) من ذلك مثلاً: حكم - غير منشور - لمجلس الدولة في ١٠ يونيه ١٩٨٨ - وكذا

AIX 8 Décembre 1982 - B. AIX - 1982 - 3 - 4 - n° 180

المبنى، بمثابة مساس بالغرض الذي شيد لأجله، طبقاً للمعنى الوارد في المادة ١٧٩٢ من القانون المدني^(٤٢٠) واعتبر كذلك، مساساً بالغرض الذي شيد البناء لأجله، العيوب التي تلحق أجهزة العازل الصوتي^(٤٢١). واعتبر أيضاً، عيباً، يؤثر في الغرض الذي شيد البناء لأجله، الخطأ الذي يقع من المكاو أو المهندس، في تحديد الجهة التي تفتح فيها المظلات، أو النواقد^(٤٢٢).

وحكم كذلك بأن أسلوب تركيب العناصر المركزية للبناء أو الإنشاء، يمكن أن يترتب عليه، تغيير الغرض المخصص لأجله البناء، وتثير لذلك المسؤولية العشرية للمكاو، أو المهندس.. ومن ذلك مثلاً، عدم اتخاذ الإجراءات الوقائية، أثناء إقامة البناء، لمواجهة الفيضانات المتوقعة^(٤٢٣). أو أسلوب تركيب أجهزة العازل الحراري داخل المبنى^(٤٢٤) وكذا، تركيب أسقف المبنى، في المباني سابقة التجهيز^(٤٢٥) واعتبر ضرراً، يؤثر في الغرض المخصص لأجله المبنى، ويولد، تبعاً لذلك المسؤولية العشرية للمعماري العيوب التي تلحق جدران البناء وأرضياته^(٤٢٦) والعيوب، التي أدت إلى تساقط الألواح المكونة لسقف المنزل^(٤٢٧).

- وعلى عكس ذلك، لا يعتبر ضرراً، يؤثر في الغرض المخصص لأجله البناء، تطبيق أحكام الضمان العشري، مجرد العيوب من تكسيات «تبليط» أرضية المبنى^(٤٢٨) ولا التسرب النسبي، والمؤقت للمياه، تحت الأرض المقام عليها البناء، وإن أدى ذلك إلى تسرب الرطوبة بجدرانه الخارجية^(٤٢٩).

(٤٢٠) مثلاً: Civ. 27 Janvier 1981 - B. Civ - 111 - n° 20.

- Civ. 13 Janvier 1983 - R.D.I 1983 - 455 - obs. Malinvaud et Boubli.

(٤٢١) في ذلك مثلاً: Civ. 8 Décembre 1981 - J.C.P. 1982 - IV - 83.

Civ. 8 Novembre 1981 - R.D.I. 1982 - 388 - obs. Malinvaud et Boubli.

علماً بأن العيوب التي تلحق العازل الصوتي للبناء، أو الإنشاء، تخضع، لما يسمى بضمان التشطيب. ولكنها يمكن أن تولد المسؤولية العشرية كذلك إذا أدى إلى الإيذاء إليه العمل، بصورة ثانية، في هذا المعنى:

Civ. 16 Novembre 1982 - R.D.I. 1983 - 347.

(٤٢٢) Civ. 21 Octobre 1981 - J.C.P. 1982 - IV - 14

(٤٢٣) Civ. 17 Octobre 1990 - J.C.P. 1990 - IV - 401

(٤٢٤) Civ. 16 Novembre 1982 - R.D.I. 1983 - 347

(٤٢٥) Civ. 7 Décembre 1988 - D. 1988 - I.R. 299.

(٤٢٦) في ذلك مثلاً: Civ. 7 Mai 1990 - J.C.P. 1990 - IV - 245

«Fissurations interieurs, et exterieurs des lorsque des infiltrations se produient»

- Civ. 6 Novembre 1984 - J.C.P. 1985 - IV - 24 «une inportante condensation des murs».

- Civ 1^{er} Février 1984 - G.P. 1984 - 11 - Pan. 215 «la défectuosité de peintures extérieures compromettant l'étanchité».

(٤٢٧) C.E. 2 Mai 1990 - R.D.I. 1990 - 364 - obs. temeyre.

(٤٢٨) Paris 19 Mai 1981 - R.D.I. 1982 - 91 obs. Malinvaud et Boubli. انظر:

(٤٢٩) Paris - 12 Juin 1981 - R.D.I. - R.D.I. 1982 - 41

ولا العيوب التي تلحق جهاز التدفئة المركزية للبناء، بما يؤدي إلى برودة البناء^(٤٣٠). أو يؤدي إلى إحداث صوت مزعج لا يمكن تحمله^(٤٣١).

وعلى أية حال، إذا كان لمحكمة الموضوع تحديد العيب، وبيان مدى تأثيره في الغرض الذي خصص البناء لأجله، فإنها تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض^(٤٣٢).

١٩٢ - والنص في القانون الفرنسي على شمول الضمان العشري، جدوى الأعمال، وفائدتها المرجوة، وصلاحياتها لما أعدت له من أغراض ينم بلا شك عن اتجاه للتوسع في تطبيق أحكام الضمان، وتشديد مسئولية المعمارين، ولا مثل له في القانونين المصري، والكويتي. الذي يقتصر فيها نطاق الضمان فقط على المساس بسلامة، ومثانة البناء، أو الإنشاء. على أن التوسع في نطاق الأضرار المشمولة بالضمان في القانون الفرنسي لا يصل إلى حد القول، بأن كل تقصير أو إهمال يجعل المعماري مسؤولاً بالضمان العشري قبل رب العمل أو المشتري، ما لم ينشأ عنه عيباً يؤثر بدوره في أغراض البناء التي أقيم لأجلها.

ويلاحظ بهذا الصدد أن محكمة النقض الفرنسية، وإن لم تتطلب في قضاة الموضوع، تحديداً تفصيلياً، وصریحاً لما إذا كان العيب الذي يولد الضمان العشري، يؤدي إلى المساس بالغرض الذي خصص البناء لأجله في كل حالة تكون فيها خطورة العيب مؤكدة إلا أنها تراقب قضاة الموضوع^(٤٣٣).

١٩٣ - المقصود بالغرض الذي شيد البناء لأجله، الغرض الأول، طبقاً لعقد المقاولة، أو غيره من العقود التي تولد أحكام الضمان المبرم بين رب العمل، والمقاول أو المهندس، أو بين أي منهما، والمشتري «عقد البيع»^(٤٣٤) ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أن قيام رب العمل. في الحالة الأولى، أو من آلت إليه الملكية في الغرض الثاني، بتغيير الغرض الذي من أجله شيد البناء بداية تغييراً جوهرياً فإن ذلك يخرج العيب الذي يظهر نتيجة لهذا الاستعمال الجديد من نطاق الضمان العشري للمعمارين، ولا يؤثر في ذلك ظهور، العيب خلال المدة المحددة للضمان.

ويقصد بالتغيير الجوهري - في هذا الخصوص. كل تغيير لا يتلاءم وتصميم، ولا كيفية تنفيذ البناء أو الإنشاء، ويستترشد في ذلك بالترخيص الصادر من الجهة الإدارية، المختصة قبل

Civ. 15 Janvier 1990 - R.D.I. 1990 - 216 obs. Malinvaud et Boubli (٤٣٠)

Civ. 10 Juillet 1984 - J.C.P. 1984 - IV - 305 (٤٣١)

وفي عدم تطبيق أحكام المسؤولية العشرية - باريس ٢٤ يناير ١٩٩٠ - عبر منشور عن:

«Des des ordres affectant des plaques de bordage.

Civ. 9 Décembre 1970 - B.Civ. - 111 - 495. في هذا المعنى: (٤٣٢)

في هذا المعنى - ملاحظات Malinvaud, et Gestaz في (٤٣٣)

R.D.I. 1984 - p.56 (٤٣٤)

Civ. 17 Octobre 1990 - J.C.P. 1990 - IV - 40 - R.D.I. 1991 - 67 obs. Malinvaud et Boubli

الإنشاء أو التشييد. فإن لم يكن ثمة ترخيص مسبق، تعين على المدعي، إقامة الدليل على «نوع الغرض المتفق عليه مع المعماري قبل إقامة البناء أو الإنشاء»^(٤٣٥).

١٩٤ - ويبين من أحكام القضاء، خصوصاً، أن البناء أو الإنشاء، قد يكون غير صالح. للغرض المخصص له، أما العيوب في عناصره التأسيسية أو الإنشائية^(٤٣٦) أو لعيوب تلحق عناصره التجهيزية^(٤٣٧) ويدخل في الأولى العيوب التي تلحق جدران المبنى^(٤٣٨) والأرضية^(٤٣٩) والأسقف^(٤٤٠) والخرسانة المسلحة^(٤٤١) وفي نطاق الثانية - المنافذ^(٤٤٢). وأجهزة التدفئة^(٤٤٣) والعازل الصوتي^(٤٤٤) والحراري^(٤٤٥) وغيرها.

١٩٥ - ويلاحظ كذلك، أن العيب الذي يترتب عليه المساس بالغرض المخصص لأجله البناء أو الإنشاء يكفي بذاته لرفع دعوى الضمان العشري على المعماري، وإن لم يترتب عليه الإخلال بسلامة البناء ومكانته، وهو ما لا يمكن القول به في القانونين المصري، والكويتي وإن ظل لرب العمل، أو المشتري الحق في رفع دعوى المسؤولية التقصيرية على المقاول أو المهندس، إذا ثبت الخطأ أو التقصير.

- بقى الغرض الذي تقام فيه مبانٍ أو منشآت، تتصاعد منها، الأبخرة، أو الدخان إلى جانب مبان، خصصت أساساً للسكنى المريحة أو الهادئة، فهل يدخل ذلك ضمن نطاق المسؤولية للمعماري؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب، فإن للمستفيد من الضمان «رب العمل - أو المشتري» دعويين، الأولى، دعوى الضمان على المقاول، أو المهندس، والثانية، دعوى التعسف في استعمال الحق، التي يملكها رب العمل «أو المالك» على من أقام المصانع، والمنشآت المذكورة.

(٤٣٥) في هذا المعنى، شكري سرور/ مرجع سابق / ٢٢٣ / بند ٢٠٧.

(٤٣٦) مثلاً - Civ. 12 Mai 1982 - J.C.P. 1982 - IV - 257.

(٤٣٧) مثلاً - Civ. 27 Février 1985 - G.P. 1985 - Pano. 229

(٤٣٨) مثلاً: Civ. 27 Janvier 1981 - B.Civ. - 111 - n° 20 - Civ. 13 Janier 1983

R.D.I. 1983 - obs. malinvaud et Boubli.

(٤٣٩) قرب - Riom. 21 Juin 1988 - R.D.I. 1989 - 222 obs. Groslière

(٤٤٠) مثلاً: Civ. 7 Décembre 1988 - D. 1988 - I.R. - 299 C.E. 2 Mai 1990 - R.D.I. 1990 - 364 obs. Terneyre.

(٤٤١) مثلاً - Civ. 23 Janier 1991 - B. Civ. - III - n° 30

(٤٤٢) انظر مثلاً: Civ. 21 Octobre 1981 - J.C.P. 1982 - ed. G. - 14

(٤٤٣) T.G.I. Paris 2 Novembre 1990 - R.G.A.T. 1990 - 873 obs. Bigot Paris 23 Février 1988 - D. 1988 - I.R. - 86.

(٤٤٤) مثلاً: Civ. 8 Novembre 1981 - R.D.I. 1982 - 388

(٤٤٥) مثلاً: Civ. 16 Novembre 1982 - R.D.I. - 1983 - 347

وقرب: Civ. 10 Juillet 1984 - J.C.P. 1984 - IV - 305

الفرع الثالث - المساس، بسلامة، وبمتانة العناصر التجهيزية، غير القابلة للانفصال:

١٩٦٦ - ورد النص على هذه الحالة، بالفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢، المعدلة بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ بقولها. إن الضمان العشري يشمل كذلك الأضرار التي تؤثر في سلامة، أو متانة العناصر التجهيزية الداخلة في البناء، أو الإنشاء «العمل» إذا كانت هذه العناصر غير قابلة للانفصال عنه، يستوي في ذلك أن تكون متعلقة بالتأسيس، أو بأعمال المنافع العامة، أو بهيكله، أو بأسواره، أو بمظلاته.

- والنص بهذا المعنى، يتضمن، بلا شك - توسعاً في نطاق الأضرار المشمولة بالضمان العشري، وضمناً إضافياً لرب العمل، والمشتري منه - خلال المدة المحددة، - وقبل تبريراً، لهذا الضمان، أن المفهوم الأصلي، لوظيفتي التجهيز، والتشييد إشباع الاحتياجات اليومية للإنسان، فيما يتعلق باستعمال المكان، واستغلاله، ولا يتحقق ذلك إلا إذا شمل الضمان العشري بما يتضمنه من قواعد مشددة الأضرار التي تمس بسلامة العناصر التجهيزية للعمل ومتانتها، إذا كانت جزءاً لا يتجزأ منه، بحيث لا يمكن فصلها عنه. حتى ولو لم يترتب عليها المساس بسلامة، ومتانة البناء من مجموعة، ولا في أجزائه الرئيسية، ولا أجزائه الثانوية^(٤٤٦).

وبذا، أصبح الضمان العشري، يمتد في القانون الفرنسي، إلى الأضرار التي تمس بسلامة البناء أو الإنشاء عموماً، أي سواء في عناصر تأسيسه أو تجهيزه. وعلى أية حال، فإنه يعتبر ضرراً، مشمولاً بالضمان العشري، في القانون الفرنسي، الأضرار التي تمس بسلامة البناء ومتانتها، أو الغرض الذي خصص لأجله أو الضرر الذي يمس بسلامة ومتانة عناصره التجهيزية، التي لا تقبل الانفصال عنه.

١٩٧٧ - أما الأضرار الأخرى، التي تمس، بجمال، أو رونق البناء^(٤٤٧) وجميع الأضرار التي يحتمل معها، المساس، بسلامة، ومتانة البناء، أو عناصره التجهيزية وكانت نسبة الاحتمال ضئيلة، فلا ينطبق عليها أحكام الضمان العشري. وهذا النوع الأخير من الأضرار يطلق عليه، الأضرار

(٤٤٦) ورد النص - حرفياً - على النحو التالي:

La presumption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un bâtiment, mais seulement lorsque Ceux-ci sont indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature de clos, ou de couvert.

على ما ذكره، مازو، في دروس في القانون المدني - ج ٣ - ص ٨٠٦ - وفي معنى العناصر التجهيزية، وعدم الانفصال عن جسم المبنى - انظر:

Malinvaud, et Jestaz op. cit, J.C.P. 1978 - 1 - 2900 -

T.G.I. Evreux. 4 Juin 1982 - J.C.P. 1983 - 4 - 331

Civ. 13 Fevrier 1991 - D. 1991 - I.R. - 81.

وتطبيقاً لذلك:

(٤٤٧) في ذلك مثلاً -

المتوسطة intermediairs^(٤٤٨) إذا توافرت بشأنها الشروط السابقة، وتخضع في القانون الفرنسي لضمان آخر، هو الضمان الثنائي إذا كانت نسبة احتمال وقوعها مستقبلاً، مرتفعة، وكان لها ما يسوغها، فإنها تدخل في نطاق الأضرار المشمولة بالضمان العشري^(٤٤٩).

- وتلافياً لما قد يثور من منازعات، تتعلق بمعنى العناصر، غير القابلة للانفصال المبني، نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن ذلك يتحقق في كل مرة يستحيل فيها تركيب العنصر، أو رفعه، أو استبداله دون حدوث تدهم، أو إتلاف^(٤٥٠)،

المطلب الثاني

خفاء العيب، كشرط للتمسك بأحكام الضمان

١٩٨ - لم يرد نص صريح في القانونين المصري - م ٦٥١، وما بعدها أو الكويتي م ٦٩٢، وما بعدها، يشترط في الضرر الذي يدخل في نطاق الضمان العشري، أن يكون راجعاً إلى عيب خفي. على أن المذكرة الإيضاحية لنص م ٦٩٢ صريحة في أنه «لا يشترط أن يكون العيب خفياً، فلو كان العيب ظاهراً بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد فإن تقبل رب العمل للعمل، دون اعتراض لا يسقط الضمان. ومع ذلك يسلم الفقه في مجموعه بأن العيب الذي يولد المسؤولية، بالضمان العشري، يجب أن يكون خفياً، وغير معلوم بالنسبة لرب العمل، بحيث إنه لم يستطع كشفه وقت التسلم النهائي للبناء أو الإنشاء^(٤٥١) ويمكن تفسير ما ورد بالمذكرة الإيضاحية، بأنها استندت إلى الفقرة الواردة بنص م ٦٩٢ مدني،

(٤٤٨) وتطبق عليها القواعد العامة للمسؤولية المدنية، بشرط إثبات خطأ المسؤول - انظر:

Civ. 9 Mars 1988 - Mont. - T.P. 10 Mars 1989 - 49

(٤٤٩) من ذلك «تطبيق قواعد الضمان العشري عليها» - انظر:

- Civ. 4 Fevrier 1986 - G.P. 29 Novembre 1986 - som. - 15.

- Civ. 7 Juin 1989 - R.D.I. 1989 - 485 obs. Leguay.

وعكس ذلك:

Civ. 12 Juillet 1989 - Mont. - T.P. 23 Fevrier 1990 - 55 «Le retour parsiphonage dans un conduit de cheminée qui demeure aléatoire, et exceptionnel».

(٤٥٠) وجاء بالنص ما يلي:

«Un élément d'équilement est considéré comme formant, indissociablement corps avec l'un des ouvrages.... lorsque sa dépose ontage, ou son remplacement ne peut s'affectuer son détérioration ou enlèvement de matière..»

(٤٥١) من الفقه الفرنسي - P. Karila، في

La garantie Décennale, demeure-t-elle, une garantie des vices cachés. sous l'empire de la loi du 4 Janvier 1978 R.D.I. 1987 - 27

- وتعليق Bigot على حكم النقض المدنية ٢٣ ابريل ١٩٨٦ - في المجلة العامة للتأمين البري ١٩٨٦ - ص ٣٧٩.

وفي الفقه المصري - السنهوري / مرجع سابق / ص ١١٣ - لبيب شنب / مرجع سابق / ص ١٢٦ - شكري

سرور / مرجع سابق / ص ٢٣٧ - بند ٢١٢ - ناجي ياقوت / مرجع سابق.

والمأخوذة، عن النص المصري، والتي لا تعفي المسئول من الضمان، حتى، ولو أجاز رب العمل إقامة المنشآت المعيبة. فأكدت لذلك أن المقاول، والمهندس يظان مسئولين بالضمان لأن الخطأ هو خطأ المقاول، ولم يفعل رب العمل سوى أن يجيز هذا الخطأ، والمفروض أنه غير فني، وليس متخصصاً، فلا يعدت بإجازته، ولا يكون لها أثر في مدى، ونطاق مسئولية المقاول بالضمان^(٤٥٢) وقد انتهينا - أنفاً - إلى أنه ما كان للمشرع أن يورد هذه الفقرة، طالما أن الضمان العشري ذاته، مقرر بقاعدة أمره، لا يجوز الاتفاق على الحد، والإعفاء من المسئولية عنه، وإجازة رب العمل، إقامة منشآت معيبة، بمثابة اتفاق على الإعفاء من الضمان محظور بنص المادة ٦٥٣ مدني مصري. أو ٦٩٧ مدني كويتي.

١٩٩ - وقد اتجه القضاء المصري^(٤٥٣) أو الفرنسي^(٤٥٤) إلى اشتراط العيب الخفي، لتطبيق أحكام الضمان العشري. والعيب الخفي في القانونين الكويتي والمصري هو الخلل، الذي يجهل رب العمل أصلاً، إذا كان يؤثر في سلامة البناء أو الإنشاء ومتانته بينما يتسع نطاق العيوب الخفية في القانون الفرنسي، ليشمل فضلاً عن ذلك العيوب، التي يترتب عليها عدم صلاحية البناء، أو الإنشاء للغرض الذي أقيم لأجله، فضلاً عن المساس بأي عنصر من العناصر التجهيزية للمبنى، إذا كانت هذه العناصر لا يمكن أن تنفصل عنه *indissociables*^(٤٥٥).

٢٠٠ - العيب الخفي، بهذا المعنى، يختلف عن عدم المطابقة للمواصفات المتفق عليها بالعقد *non Conforimité* وتنشأ عن مخالفة المقاول، أو المهندس أو المعماري بصفة عامة، التصميمات أو النماذج المتفق عليها، من دون تأثير في سلامة البناء أو متانته، ولا سلامة عناصره التجهيزية، أو الغرض الذي خصص لأجله.

والترفقة بين، العيب الخفي، بالمعنى السابق، وعدم المطابقة، ترتب نتيجة مؤداها، أن الأولى تدخل في نطاق الأضرار المشمولة بالضمان العشري «على خلاف في مدى، أو نطاق الضمان في القانونين المصري، والكويتي عنه في القانون الفرنسي» بينما الإخلال بالمواصفات المتفق عليها لا يرتب سوى المسئولية العقدية «في قواعدها العامة».

- ومع ذلك، فالإخلال بالتزام المطابقة يمكن أن يدخل في نطاق الضمان العشري في حالتين هما،

(٤٥٢) وقد أشرنا - أنفاً - إلى أن الفقرة الواردة بنص م ٦٥١ مدني مصري أو ٦٩٢ مدني كويتي، فضلة، وزائدة، لا فائدة منها طالما أن الضمان العشري ذاته، مقرر بقوة القانون.

(٤٥٣) مثلاً، نقض ١٠/١٩٦٥ - س ٣٠ ق - الفكهاني - ص ٦١٢ - رقم ١٦.

(٤٥٤) مثلاً - Civ. 3 Octobre 1980 - G.P. 1981 - Pan. 11 - Civ. 8 Décembre 1981 - J.C.P. 1982

IV - 83 - Civ. 23 Novembre 1976 - B.Civ. 316 -

رغم عدم النص في القانون الفرنسي - أيضاً - على اشتراط العيب الخفي. ومن ذلك مثلاً، حكم بأن:
Les vices affectant les immeubles étant connus du maître de l'ouvrage dans toute leur étendue à la réception définitive sans réserve des travaux dans ces conditions, ce dernier ne peut rechercher la responsabilité de l'architectes et de l'entre prene sur le fondement des principes, dont s'inspirent les art. 1792 - et 2270 C.Civ - Civ. 21 Janvier 1994 - D. 1995 - 73 - not - V.Haim.

Civ. 8 Juin 1977 - J.C.P. 1977 - IV - 201.

(٤٥٥) في هذا المعنى:

أن يترتب على إخلال المقاول، أو المهندس، بالمواصفات، أو المقاييس المتفق عليها، مخالفة، لقواعد التنظيم، ولوائح البناء، كما حددتها جهة الإدارة، بما ينشأ عنه، تعرض البناء، أو الإنشاء للتهدم، أو إذا ترتب على عدم الالتزام بالمواصفات المتفق عليها، أن أصبح البناء، أو الإنشاء، غير صالح للغرض، المخصص لأجله. وبينما تنطبق الحالة الأولى في القانونين المصري، والكويتي، فإن الحالة الثانية، يقتصر تطبيقها على القانون الفرنسي، بينما تخضع لقواعد المسؤولية العقدية، في القانونين المذكورين^(٤٥٦).

٢٠١ - وعلى أية حال، فقد استقرت أحكام القضاء المصري، على أن الضرر الذي يدخل في نطاق الضمان العشري، لا بد أن يرجع في أصله إلى عيب خفي. فحكم مثلاً بأنه يجب لقبول دعوى الضمان الخاص، طبقاً للمادة ٦٥١ من القانون المدني، أن يكون العيب المدعى به في البناء خفياً، بحيث لا يستطيع رب العمل، صاحب البناء، اكتشافه وقت التسلم، أما إذا كان العيب ظاهراً، أو معروفاً فلا يسأل عنه المقاول، ما دام رب العمل قد تسلم البناء، من غير أن يتحفظ بحقه فيه^(٤٥٧) وحكم أيضاً بأن إقرار رب العمل في عقد الصلح، بتسليم البناء مقبولاً، بحالته الظاهرة التي هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس المعماري. والمقاول من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت التسليم، ولم يكن يعلمها رب العمل، لأن التسليم، وإن كان نهائياً، لا يغطي العيوب الظاهرة^(٤٥٨).

وحكم كذلك. بأن تسلم رب العمل البناء نهائياً، غير مقيد بتحفظ ما، من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسلم، أو معروفة لرب العمل، أما عدا ذلك من العيوب مما كان خفياً، لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلم البناء، فإن التسليم لا يغطيه، ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه، وترتبت المحكمة على ذلك بأن الحكم - المطعون فيه - وقد انتهى إلى أن العيب الموجب ل ضمان المقاول ناشئ عن خطئه في إرساء الأساسات على أرض طفلية، غير صالحة للتأسيس عليها، وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك، وأن التسليم لا ينفى ضمان المقاول لهذا العيب فإنه يكون قد طبق صحيح القانون لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التي لا يغطيها التسليم^(٤٥٩).

٢٠٢ - ويقع على عاتق رب العمل «المدعي» عبء إثبات الخلل، أو العيب الخفي، في دعوى الضمان - وعليه لذلك، إثبات أن الخلل، قد وقع لعيب سابق على تاريخ تسلم البناء، على أن بعض الأحكام - في القانون الفرنسي - تتجه، تخفيفاً لعبء الإثبات على عاتق رب العمل - والمشتري^(٤٦٠)

(٤٥٦) وانظر، شكري سرور/ مرجع سابق/ ص ٢٢٣/ بند ٢٠٨.

(٤٥٧) نقض قديم - ١٥ يناير ١٩٣٩ - مجموعة أحكام النقض - س ٨ - ص ٩٧٥.

(٤٥٨) نقض ١٣/٤/١٩٦٧ - طلبه - ج ٩ - ص ٦١٢.

(٤٥٩) نقض ١٠/٦/١٩٦٥ - الفكاهاني - ص ٢٠٢ - ومجموعة أحكام النقض س ١٦ - ص ٧٣٦.

(٤٦٠) حيث نقض م ١٧٩٢ مدني فرنسي على أن بائع العقار يكون مسؤولاً عن العيوب الخفية التي يسأل عنها المقاول، والمهندس طبقاً لأحكام المادتين ١٧٩٢ - ٢٢٧٠ من القانون المدني - فيما لا يسأل البائع بالضمان العشري، ما لم يكن البناء أو الإنشاء، قد شيد بُنء على عقد مقاول.

بصفة عامة - للقول بأن تسلم أي من هؤلاء العمل مقبولاً، دون تحفظ، يعد قرينة على عدم علمه بوجود العيب المدعى به في العمل de l'ouvrage. ويدل على أنه لم يكن ثمة عيوب ظاهرة^(٤٦١).

٢٠٣ - فإذا ثبت أن الضرر، قد وقع لعيب خفي، بالمعنى الذي حددها، فلا يهتم بعد ذلك ما إذا نشأ العيب عن المواد المستخدمة في البناء ذاتها أو غير ذلك من الأسباب. ولذا، حكم مثلاً بتطبيق أحكام الضمان العشري عن استعمال المقاول، والمهندس مواد رديئة بالبناء، ترتب عليها تسرب مياه الصرف إلى المبنى، وظهور شروخ فيه^(٤٦٢) وحكم كذلك بمسائلة المقاول، والمهندس عن استعمال نوع رديء من الخشب في أرضية البناء، مما أدى إلى ظهور خلل فيه^(٤٦٣).

- وقد يكون العيب راجعاً إلى عدم مراعاة أصول الصناعة، أو القواعد الفنية، المتعارف عليها في تنفيذ أعمال الخرسانة المسلحة^(٤٦٤) وقد يرجع العيب إلى التصميم ذاته، لمخالفته الأصول الفنية الهندسية مثلاً، أو مخالفة قوانين التنظيم أو لوائحه^(٤٦٥)، وفي هذه الحالة الأخيرة يلقي عبء المسؤولية أساساً على عاتق المهندس المعماري. وتأكيداً لذلك، حكم بأن من واجبات المعماري عند وضع الرسم أن يلاحظ أحكام القوانين المتعلقة بالأجواء، وقيود البناء، وحقوق الارتفاق، سواء ما كان منها مفروضاً بحكم القانون، أو ناشئاً عن الاتفاق، أو بسبب موقع الأرض المطلوب إقامة البناء عليها، حتى يتأكد من ذلك كله، فإذا امتنع المالك عن تقديمها إليه، التزم المهندس بأن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق، أو القيود التي لم يحط بها علماً^(٤٦٦) وقد أشرنا إلى أن الالتزام الواقع على عاتق المهندس بمراعاة الأصول الفنية والقانونية في تصميم المباني، والإنشاءات يلقي على عاتقه بالالتزام آخر باستعلام من رب العمل مالك الأرض بماهية، قيود البناء، خاصة الاتفاقية منها. أما القيود الأخرى. فيلتزم بالاستعلام عنها من الجهات الإدارية المختصة^(٤٦٧) فإذا أشرف المهندس المعماري على أعمال التنفيذ كذلك - عد - مسؤولاً بالضمان العشري عن عيوب التصميم، والتنفيذ معاً.

(٤٦١) نقض قديم - ٢٧ - فبراير ١٩٢٩ - سيرى - ١٩٢٩ - ص ٢٩٧ - فيما أشار إليه ناجي ياقوت/ مرجع سابق/

ص ١١١ / هامش ٢٦٦ - وقرب من ذلك - من نواح أخرى:

Civ. 2 Octobre 1980 - B.Civ. - 111 - n° 141 - G.P. 1981 - som. - 107. R.D.I 1981 - 77. obs. Halinvaud et Boubli.

(٤٦٢) نقض ٣١ مايو ١٩٨٣ - مجموعة أحكام النقض س ٣٤ ق - ص ٨٥٣.

(٤٦٣) نقض ٩ يونيو ١٩٥٥ - مرجع سابق - ص ٣٠٦ ص ١١٣.

(٤٦٤) كما في نقض ١٣ أبريل ١٩٦٧ - مرجع سابق س ١٨ - ص ٨٣٥.

(٤٦٥) في هذا المعنى / السنهوري / مرجع سابق / ص ١١٩

(٤٦٦) في هذه القيود - شكري سرور / موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي - جامعة الكويت / ١٩٩٤ /

ص ٢٤٧ / وما بعدها.

(٤٦٧) وعادة ما تشتمل العقود النموذجية، في الكويت، على بند يتعهد بمقتضاه مكتب الاستشارات الهندسية «كمهندس مسؤول عن، تصميم البناء أو الإنشاء) بإعداد المخططات المعمارية، وفقاً لملاحظات البلدية، إن وجدت، والمخططات الصحية، والكهربائية، بخصوص الحمل الكهربائي، والعزل الحراري، ومخططات الهاتف، والمخططات الإنشائية،

٢٠٤ - وقد يرجع الضرر، الذي يدخل في نطاق الضمان العشري للمقاول، والمهندس - أخذاً من نص م ٦٥١ مدني مصري، أو المادة ٦٩٢ مدني كويتي - إلى عيب في الأرض ذاتها. ولذا، أيدت محكمة النقض المصرية، ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه بأن العيب الموجب لضمان المقاول ناشيء عن خطئه في إرساء الأساسات على أرض طفلية، غير صالحة للتأسيس عليها، وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصالحة لذلك. وبأن التسليم. لا ينفي ضمان المقاول لهذا العيب، بوصفه من العيوب الخفية، التي لا يغطيها التسليم^(٤٦٨) وحكم أيضاً بمساءلة المقاول، والمهندس عن واقعة البناء على أرض هشه «نظراً لوجود مستنقعات» وعدم اتخاذ الإجراءات التي تليها، أصول صناعة البناء، من تعميق الأساسات حتى تقوم على أرض صلبة^(٤٦٩).

٢٠٥ - وقد أشرنا - أنفاً - إلى أنه يقع على عاتق المهندس، خصوصاً، عبء الالتزام باحترام المتطلبات الفنية، أو التقنية المرعية، ومنها، وأهمها، إجراء الدراسات الأولية على مشروع البناء، أو الاقتراح بالبناء. بما في ذلك اختيارات صلاحية - التربة أو الأرض، لإقامة البناء، ولا يعفى من المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام، بدعوى عدم وجود نص بالعقد^(٤٧٠) بل إنه لا يعفى من المسؤولية عن القيام باختبارات صلاحية التربة، وتقدير مدى تحملها للبناء، أو الإنشاء، إذا ورد بند في العقد يجعله غير مسئول عن ذلك. كأن يرد بالعقد، عبارة، أن الأرض المخصصة للبناء يفترض أنها صالحة للبناء، le Sol est Prèsumé bon.

وتطبيقاً لذلك حكم بمسئولية، المهندس عن التهدم الذي وقع بصالة، مخصصة لاحتفالات الجمهور، كون الأرض المقام عليها البناء، غير صلبة^(٤٧١) وبمسئوليته عن إقامة أساسات البناء في أرض، لا تتحملة إطلاقاً^(٤٧٢) وكذلك بمسئوليته عن الخطأ، في تقدير أعماق الحفر في التربة للوصول إلى الطبقة الصلبة^(٤٧٣).

والحصول على جميع الموافقات اللازمة لذلك من الجهات الحكومية حاجه العلاقة، وكذا، الحصول على رخصة البناء من البلدية. فضلاً عن التزام المهندس - طبقاً لعبارة العقود النموذجية - باتباع القواعد، والأصول الفنية، عند قيامه بإعداد، هذه التصاميم، والمخططات. فإذا خالف المهندس هذه الالتزامات، عد مسؤولاً، ومسؤولية تعاقدية عن عدم المطابقة، ما لم يترتب على الإخلال بالالتزامات السابقة، الخروج على قواعد التنظيم، ولوائح البناء، بما يؤدي إلى التهدم، فيسأل عنها المهندس، مسؤولية عشرية.

(٤٦٨) حكم نقض، سابق الإشارة إليه، وفي هذا الرأي - في الفقه الفرنسي:

J. Catz, les constructeurs, et le risque du sol. Coll. Act. Jur. Spec. p. 37 - n°46.

Civ. 9 Mars 1965 - B. Civ. - 1 - n° 174.

وانظر:

(٤٦٩) في دعوى النقض المدنية - أول يولييه ١٩٧٥ - بلتان مدني - ج ٣ - رقم ٢٧ - ونقض مصري - ١٩٧٥/٥/٢١ -

مجموعة أحكام النقض س٢٦ - ص١٠٤٨ - مشار إليه في ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ٩٨ / الحاشية رقم ٢١١.

Civ. 9 Octobre 1962 - D. 1963 - 1 - not. Liet - Veaux

(٤٧٠) كما في:

Civ. 30 Octobre 1969 - B. civ - 111 - n° 693

(٤٧١) في

Civ. 18 Avril 1972 - B. Civ. - 111 - n° 234.

(٤٧٢) في

(٤٧٣) في هذا الرأي / السنهوري / مرجع سابق / ج ٧ / ص ١١٩.

Leit - Veaux, Droit de la construction, p217.

٢٠٦ - ونذكر في هذا الصدد بأنه إذا استحال كشف عيوب الأرض، أو التربة رغم اتباع القواعد، والأصول المرعية، في إجراء الاختبارات السابقة على البناء، فإنها تعتبر بمثابة قوة قاهرة، لا تجعله مسئولاً بالضمان.

وسواء، كنا بصدد عيوب في المواد المستخدمة في عملية البناء، أو عيوب في تصميم المبنى ذاته، أو في تنفيذه، أو عيب في الأصول الفنية المرعية، أو مخالفة اللوائح وقوانين التنظيم، أو في الأرض المقام عليها البناء أو الإنشاء، فإنه يشترط أن يكون العيب خفياً، غير معلوم لرب العمل وقت التسليم. فإذا علم رب العمل، بالعيب، وقت التسليم، فلا يجوز له، ولا للمشتري منه «خلفه الخاص» بعد ذلك التمسك بأحكام الضمان العشري، بالنسبة لهذا العيب^(٤٧٤) ولا يجوز لرب العمل، قبل التسلم النزول عن حقه في الضمان العشري، أي قبل تحقق سببه، فالقاعدة، أنه لا يجوز النزول عن الحق ثبوت الحق فيه^(٤٧٥).

وتقدير ما إذا كان العيب الموجب للضمان خفياً أو ظاهراً، مسألة موضوعية، يترك تحديدها لمحكمة الموضوع. إلا أن المحاكم قد اختلفت بخصوص المعيار الذي يعول عليه في تقدير خفاء العيب. فتعتد أحياناً بمعيار موضوعي. ولذلك حكم بأنه يعتبر خفياً، العيب الذي لا يمكن اكتشافه من شخص غير متخصص أو فني^(٤٧٦) وبأن العيب لا يشمل الضمان، إذا كان بإمكان رب العمل أن يكتشفه بالفحص العادي، ولو لم يكتشفه بالفعل، واتجهت بعض الأحكام إلى الأخذ بمعيار ذاتي بحت أي بالنظر إلى رب العمل نفسه، وما إذا كان بمكنته اكتشاف العيب، من عدمه^(٤٧٧). بما يترتب عليه توسيع نطاق الأضرار، لتشمل الأضرار التي لم يتم العلم بها فعلاً، إذا ثبتت صعوبة ذلك على رب العمل.

وأياً ما كان الأمر، وسواء أخذ بمعيار موضوعي مجرد، أو شخصي، وذاتي لوجود خفاء العيب من عدمه. فإن القول بأن الضرر الذي يدخل في نطاق تطبيق الضمان العشري لا بد أن يرجع في أصله إلى عيب خفي، يبدو متناقضاً، والحكمة من الضمان ذاته، وهي حماية رب العمل غير المهني، أو غير المتخصص في مواجهة المقاول أو المهندس، والمعماري عموماً. ولا ريب أن عدم الخبرة بالنسبة لرب العمل، أو المشتري، تحول دون الإلمام، بعيوب البناء، أو الإنشاء، وتخفى عليه،

(٤٧٤) في هذا المعنى/ السنهوري/ مرجع سابق/ ج ٧/ ص ١١٥.

(٤٧٥) ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ١٠٨ - الذي أشار بهذا الخصوص إلى حكم نقض ١٣/٤/١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض - س ١٨٠ - ص ٨٣٥.

(٤٧٦) انظر: Civ. 19 Mai 1958. J.C.P. 1958 - 11 - 10808

Civ. 23 Novembre 1976 - B. Civ - 111 - 316 وفي هذا المعنى:

Civ. 8 Décembre 1981 - J.C.P. 1982 - IV - 83.

Civ. 3 Octobre 1980 - G.P. 1981 - Pan - 11.

Civ. 8 Juin 1979 - D. 1979 - Som. 522 مثلاً: (٤٧٧)

وتخرج تبعاً لذلك من نطاق الضمان وخصوصاً، أن أعمال التشييد، تتسم بقدر من الدقة، والتعقيد، قلما تتوافر في أرباب العمل، أو المشترين عموماً للمباني والإنشاءات. لذا، اتجهت المحاكم حماية لرب العمل، غير المهني non- Professional^(٤٧٨) أو غير المتخصص، وتوسيعاً لنطاق الضمان العشري إلى التخفيف من النتائج المترتبة على اشتراط خفاء العيب، المولد للضمان. واتبعت في ذلك وسائل عدة نذكر منها:

فضلاً عن الأخذ في تقدير خفاء العيب - بمعيار ذاتي بحت -^(٤٧٩) اعتبار أن تسلم رب العمل، البناء، أو الإنشاء مقبولاً، دون تحفظ، بمثابة قرينة على عدم علمه بوجود العيب المدعى به، وبالتالي لم تكن ثمة عيوب ظاهرة^(٤٨٠).

وذهبت بعض الأحكام بعيداً، بتأكيد أن العيب الذي كان محلاً لتحفظ من قبل رب العمل لحظة التسلم، أي بمفهوم ضمني، كان ظاهراً، يمكن أن تنطبق بشأنه أحكام الضمان العشري^(٤٨١).

- واتجهت بعض الأحكام إلى أن العبرة في تقدير العيب الخفي، بآثاره في المستقبل فحكم مثلاً بأن العيوب الظاهرة، تعتبر مع ذلك في حكم العيوب الخفية، إذا كان من الصعب التعرف على آثارها الضارة إلا بعد فترة من الزمن^(٤٨٢) وحكم كذلك بأنه يعتبر عيباً خفياً تلك العيوب

(٤٧٨) وخصوصاً، أن المشرع، ما وضع أحكام الضمان إلا لأن رب العمل غير متخصص، بما يحول، دون إلمامه بوجود عيوب خفية. وبذا، فإن اشتراط خفاء العيب يتناقض، ومبررات الضمان العشري ذاته. وعلى عكس ذلك - اعتبر في أحكام القضاء الفرنسي - عيباً ظاهراً، ما يلي:

- وضع كابلات القناة التلفزيونية، على أملاك الجار.

Civ. 3 Mai 1982 - R.D.I. 1984 - p.416

وكذا، تصميم السلالم على ارتفاعات متفاوتة
Civ versailles 6 Juillet 1983 - R.D.I. 1984 - 56

وكذا، حكم النقض المدنية - ٢٣ أبريل ١٩٨٥ -
- R.D.I. 1985 - 379 «pour un défaut de Planeité du sol.

واعتبر عيباً خفياً، يولد تطبيق أحكام المسؤولية العشرية
Des fissures apparentes lors de la reception, mais dont la gravité n'a pu être mesuré que postérieurement -
Civ. 3 Janvier 1991 - R.G.A.T. 1991 - 372 - obs. Bigot.

وفي الفقه - Karila بعنوان:
La garantie decennale, demmeure-t-elle, une garantie des vices cachés, sous l'empire de la loi du 4 Janvier 1978? R.D.I. 1987 - 27.

(٤٧٩) كما قدمنا - ص ١٨٣.
(٤٨٠) في ذلك مثلاً - نقض فرنسي - ٢٧ فبراير ١٩٢٩ - سيربي - ١٩٢٩ - ص ٢٩٧ - مشار إليه في: محمد ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ١١١/ الحاشية رقم ٢٦٦.

(٤٨١) مثلاً:
Civ. 23 Avril 1986 - B. Civ. - 111 - n° 47 - 48.

(٤٨٢) مثلاً:
Civ. 13 Fevrier 1991 - R.G.A.T. 1991 - 396 obs. Bigot.

Civ. 2 Octobre 1980 - B. Civ. - 111 - n° 141 - G.P. 1981-
Pan. 84 - Civ. 2 Décembre 1980 - G.P. 1981 - Som. - 107.

الظاهرة، وقت التسلم، ولا تتضح مع ذلك آثارها الخطرة أي على سلامة، ومتانه البناء أو الإنشاء إلا مستقبلاً^(٤٨٣) ولذا، اتجه البعض إلى أن العبرة، من الضرر الذي يولد تطبيق أحكام الضمان العشري - في قانون ٤ يناير ١٩٧٨، بمدى تأثيره في البناء أو الإنشاء، بصرف النظر عن سببه^(٤٨٤) وقد ولد هذا الاتجاه خصوصاً، عقب حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ أبريل ١٩٨٦^(٤٨٥) الذي اعتبر تسلم رب العمل، البناء أو الإنشاء مقبولاً من دون تحفظ، قرينة على عدم علمه بالغيب، ويرد على هذا الرأي، بأنه يتضمن مبالغة في التوسع في تطبيق أحكام الضمان العشري ليشمل العيوب الظاهرة، فضلاً عن أن الحكم المذكور قصد منه، تطبيق قواعد التأمين لا الضمان، على الأضرار التي تمس المباني أو الإنشاءات، بصرف النظر عما إذا كانت محلاً لتحفظ من رب العمل لحظة التسليم^(٤٨٦).

- وفي كل الحالات، فإن تحفظ رب العمل، أو المشتري لحظة التسلم، يمكن أن يولد تطبيق أحكام ضمان بآخر، هو ضمان التشطيب المنصوص عليه بالفقرة السادسة من المادة ١٧٩٢ ويشمل إصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل بصرف النظر عن أسباب الخلل، ودرجة خطورته. وبذا يمتد ضمان التشطيب ليشمل حالات عدم مطابقة العمل للمواصفات المتفق عليها، حتى ولو كانت ضئيلة، كما تشمل العيوب الأخرى. ويشترط لتطبيق أحكام ضمان التشطيب في هذا الفرض - قيام رب العمل بالتحفظ في شأنه في محضر التسلم، وهو ما يفترض بدوره أن يكون الخلل ظاهراً. أما بالنسبة للخلل الخفي، فلا يشمل ضمان التشطيب إلا إذا ظهر خلال السنة التالية، للتسلم، وقام رب العمل، بإخطار المفاوض المسئول به كتابة خلال الفترة ذاتها.

Civ. 3 janvier 1991 - R.G.A.T. 1991 - 372.

(٤٨٣) انظر -

«Pour des fissures apparentes lors de la réception, mais dont la gravité n'a pu être mesurée que postérieurement»

وفي هذا المعنى:

Paris 7 Juillet 1983 - R.D.I. 1983 - 455 obs. malinvaud et Boubli - Civ. 2 Décembre 1980 - G.P. 1981 - Som. 107.

Civ. 10 Janvier 1990 - B. Civ. - n°6 - p.3.

(٤٨٤) انظر Karila - مرجع سابق - في 27 - R.D.I. 1987 - وتعليق Bigot في المجلة العامة للتأمين البري /

١٩٨٦ / ص ٣٧٩ - وتقرير لجنة Copal في العام نفسه. نشر في 48 - n° 47 - 111 - B. Civ.

(٤٨٥) وهو قضاء قديم كذلك - نقض ٢٧/٢/١٩٢٩ - سيرري - ١٩٢٩ - ٢٩٧ وفي الفقه المصري - السنهوري /

المرجع السابق/ ص ١١٥ «فإذا كان العيب ظاهراً بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد، فإن تسلم رب العمل،

للعمل، دون اعتراض يعتبر نزولاً عن الضمان...» وعكس ذلك - ناجي ياقوت/ مرجع سابق/ ص ١١١ / الحاشية

رقم ٢٦٦.

(٤٨٦) ورد نص، الفقرة المذكورة على النحو الآتي:

«... La garantie de parfait achèvement, à la quelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la reception s'étend à la réparation de tous les desordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès - Verbal de réception, soit par voie de notification écrite...».

- ولا يعرف المشرع الكويتي، أو المصري، ضمان التشطيب بالمعنى الذي حددناه آنفاً. رغم ما يحققه لرب العمل من مزايا، لا تحققها، قواعد الضمان العشري، ذاتها ويكفي للدلالة على ذلك أن ضمان التشطيب يشمل الخلل عموماً، بصرف النظر عن درجة خطورته. كما يخول لرب العمل، المطالبة بإصلاح الخلل، خلال فترة قصيرة، بمجرد الإشارة إليه، إذا كان ظاهراً بمحضر التسلم أو خلال فترة لا تتجاوز سنة، من وقت التسلم، إذا كان خفياً^(٤٨٧).

(٤٨٧) وتطبيقاً لذلك:

Civ. 10 Juillet 1990 - R.G.A.T. 1990 - 148 obs. d'hauteville - Civ. 12 Juillet 1988 - R.D.I. 1988 - 462 - R.T.D. Civ. 1989 - 344 obs. Remy.

خاتمة عامة

لمّا كان تداول الأموال، وأهمها العقارات المبنية، من شأنه كفالة حسن استغلالها ولمّا كان انتقال الحق في الضمان إلى المشتري في البيوع المتتالية للمباني، والإنشاءات يساهم في تيسير تداول الأموال، فضلاً عما يحققه من أهداف المحافظة على سلامتها ومتانتها. فإن ذلك لا يتحقق - في نظرنا - لمجرد النص على التزام المقاول، والمهندس بضمان ما يحدث من تهدم، أو خلل كلي، أو جزئي، فيما شيده من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة خلال عشر سنوات. سواء في مواجهة رب العمل، أو من تؤول إليه ملكية البناء «المشتري» خلال المدة المحددة. وإنما يلزم - فوق ذلك - توسيع مدى الضمان العشري أو نطاقه، بحيث يكون المعماري عموماً مسئولاً بالضمان قبل رب العمل، أو من تؤول إليه ملكية العقار المشيد «المشتري» وعلى أن يكون ذلك حكماً عاماً يسري على جميع الحالات دون تفرقة، بين ما إذا كان العقد الذي تم البناء تنفيذاً له عقد مقاول، أو غيره من العقود. وبحيث لا تكون العبرة، في دعوى المشتري، «المالك» بالضمان، هي ممن تلقى الملكية، ولا كيف آلت إليه الملكية، وبذا، فلا مناص من تدخل المشرع في القانونين المصري والكويتي بنص صريح، يقرر الضمان حقاً لرب العمل، ولمن تؤول إليه ملكية البناء، أو الإنشاء خلال عشر سنوات من وقت التسلم، أو من وقت إتمام البناء، أو الإنشاء، بحيث يستوي - بعد ذلك - أن يكون العقار مشيداً، أو تحت التشييد، أو أن يكون المشتري. قد تلقى الملكية من رب عمل، بعقد مقاول، أو من مقاول، أو مهندس، يبني لحسابه بغرض البيع، أو بغير ذلك من عقود. أما قصر الضمان العشري على عقود المقاولات وحدها، فيفتح الباب على مصراعيه أمام مكاتب المقاولات، التي تبرم عقوداً مع أرباب العمل، تحت مسميات أخرى، بهدف التهرب من أحكام الضمان العشري وبذا، لن يكون للمشتري بدوره التمسك بأحكام الضمان، وإن تحقق سببه خلال المدة المحددة، ثم إن تطبيق أحكام الضمان على المقاولات وحدها، أو وجد تفرقة غير مقبولة، أو معقولة بين الفرض الذي يتم فيه البناء، بناء على عقد مقاول، ويجوز فيه لرب العمل، أو المشتري منه الاستفادة من أحكام الضمان. وبين الفرض الآخر الذي يقوم فيه المقاول، أو المهندس بالبناء لغرض البيع فيما يسمى بالمقاول، أو بالمهندس البائع، وفيه لا يكون للمشتري الحق في التمسك بأحكام الضمان الخاص، قبل البائع، على ما تتضمنه من حماية مشددة. وفضلاً عن ذلك فإن قصر تطبيق أحكام الضمان العشري على عقود المقاولات، يخالف مقتضيات العصر، وتطور عمليات البناء، أو التشييد، الذي أسفر عن عمليات بناء يقوم بها المقاولون والمهندسون بأنفسهم، أو لحسابهم بغرض بيعها، بعد ذلك جملة، أو تجزئة، ولا يكون للمشتري، الحق في التمسك بقواعد الضمان العشري. كما أن أزمة الإسكان ذاتها، وتلهف الغالبية إلى الحصول على مأوى، شجعت مكاتب المقاولات العقارية على البناء على عجل، وبمواد لا تتفق والجودة، بهدف التوفير، والربح الوفير، فرأينا، أبنية، وإنشاءات تنهار في مصر - مثلاً - خلال فترة قصيرة، لا تتجاوز عشر سنوات وغلت فيها يد المشتري - للأسف - عن الاستفادة بأحكام الضمان العشري، لعدم وجود عقد مقاول.

وقد يحتج على ذلك بأن للمشتري - في الفرض السابق - الحق في التمسك بقواعد المسؤولية

العقدية، قبل البائع، كما يجوز له رفع دعوى المسؤولية التقصيرية على المقاول، أو المهندس. ومردود على ذلك، بأن الحماية التي توفرها، القواعد العامة في المسؤولية المدنية، لا ترقى - إطلاقاً - إلى درجة الحماية التي توفرها أحكام الضمان العشري.

- ثم إن حق المشتري في الضمان العشري لا يكون إلا في مواجهة المقاول، والمهندس - في القانونين الكويتي، والمصري. وهو أمر لا يستجيب لأساليب البناء الحديثة، التي أسفرت عن عمليات بناء ضخمة، لا يشيدها المقاول أو المهندس فقط بل يساهم فيها الوكيل، والصانع، والمورد، والموزع، والممول العقاري بدور لا يمكن تجاهله. وإذا كان من غير المنطقي، انتقاء المقاول، أو المهندس من بين كل هؤلاء لإلقاء عبء الالتزام بالضمان على عاتقه. فإن من غير العدالة، أن تكبل يد المشتري عن ملاحقة هؤلاء جميعاً بدعوى الضمان المشددة، خصوصاً إذا ثبت أن التهدم، أو الخلل أو العيب بالبناء، أو الإنشاء كان خطأ من هؤلاء.

- كما أن قصر الضمان العشري على سلامة، ومتانة البناء وحده لا يكفي لتحقيق الحماية اللازمة للمتلكات، أو مصالح أرباب العمل، فثمة أضرار أخرى يجب إدخالها ضمن الأضرار المشمولة بالضمان، كعدم صلاحية البناء للغرض الذي أقيم لأجله وشمول الضمان، لهذه الحالة، يحقق الهدف من السكنى، بوصفه المكان الذي يباشر فيه الفرد أعماله، وحياته. وخصوصاً، إن عدم تطابق البناء، للهدف من إنشائه يتساوى أحياناً وتهدمه، أو عدم جودة أصلاً. والقول بغير ذلك يحد من نطاق الحماية المشددة، التي يمكن أن تحققها دعوى الضمان العشري.

وننتهي مما سبق إلى أن يد المشتري تغل - عملاً - عن التمسك بدعوى الضمان العشري في القانونين الكويتي، والمصري، حتى، وإن تحقق التهدم أو الخلل أو العيب الجسيم خلال المدة المحددة والسبب في ذلك لا يرجع مثلاً إلى كساد سوق العقارات، بحيث تنعدم، أو تندر عقود نقل الملكية. ولا يرجع إلى سلامة، ومتانة جميع المباني، والإنشاءات، فالواقع، بعكس ذلك - خصوصاً في مصر بل يعود السبب - فيما أسلفنا - إلى أن المشتري إما أن تؤول إليه ملكية عقار اشتراه من مقاول، أو مهندس، بائع، ولا يكون له في هذا الفرض المطالبة بتطبيق قواعد الضمان. وإما أن يرجع سبب التهدم أو الخلل إلى عيب في المواد، الداخلة في عمليات البناء، أو الإنشاء خصوصاً في المساكن، سابقة التجهيز بصورة كاملة، أو جزئية، ولا يكون للمشتري في هذا الفرض رفع دعوى الضمان العشري على الصانع، وأخيراً، فقد يرجع عدم تطبيق أحكام الضمان أصلاً إلى إفلات المقاول، والمهندس من أحكامه، بإبرام عقود أخرى خلاف المقاول، كالكوالة، أو التمويل العقاري، أو البيع، أو غيرها.

أن نصوص الضمان العشري في القانونين المصري، أو الكويتي قد وضعت منذ أمد بعيد تطورت خلاله الأساليب القانونية، والتقنية للبناء أو التشييد، وكان الفرض، أن يتدخل المشرع في البلدين، لتعديل أحكام الضمان العشري لتلائم، التطور الذي طرأ على أساليب البناء، كما تدخل المشرع الفرنسي في مناسبتين: الأولى، بقانون ٣ يناير ١٩٦٧، والثانية، بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ بما

أسفر عن نتائج مهمة، أهمها، توسيع نطاق الضمان العشري من حيث العقود، التي ينطبق عليها، ومن حيث المسؤولين بالضمان، لتشمل المقاول والمهندس، والبائع، والوكيل، والممول العقاري، والصانع، بالتضامن مع المقاول الأصلي والامتداد بنطاق الأضرار المشمول بالضمان، فلا يقتصر على سلامة البناء ومتانته فقط، بل تمتد إلى صلاحية البناء للغرض من إنشائه، فضلاً عن سلامة عناصره التجهيزية ومتانتها، ناهيك بوجود ضمانات أخرى كالضمان السنوي، والثنائي لا مثيل لهما في القانونين المصري أو الكويتي. وتفريعاً على ذلك فإن القواعد الخاصة بالقانونين المذكورين بالتزام المقاول، والمهندس عن سلامة، ومتانة البناء أو الإنشاء لم تعد تساير مقتضيات العصر، ولا سيما إذا قورنت بغيرها من القواعد في القانون الفرنسي وقد أثبتناه. ولا يغير من ذلك أن تكون أحكام الضمان آمرة، فقاعدة آمرة، يعتورها عيب، يتساوى - أحياناً - وعدم وجودها أصلاً.

قائمة بالمختصرات – Liste des Abreviations

- B.CIV. Bulletin des arrêts de la chambre civile
ونشير إليها أحياناً باسم بلتان مدني
- C.E Conseil d'Etat.
- Cass. Cour de cassation
- Civ. Civil
- D. Dalloz إلهيا أحياناً باسم دالوز
- Doc. Doctrine
- J.C.P. «Semaine Juridique» ونشير إليها أحياناً بحروف ج س ب
- J-cl - Juris - Classeur.
- G.P Gazette de Palais
- Ibdm au même en droit
- R.T.D. civ. Revue Trimistrielle de droit civil
- R.T.D. Com. Revue Trimistrielle de droit commercial.
- R.T.A.T. Revue générale des assurances terrestre.
- R.D.I Revue de droit immobilière.
- Rep.Civ Reperatoire Dalloz, en droit civil.
- Rep. Com. Reperatoire Dalloz de droit commercial
- R.R.J. Revuede la necherche juridique (Aix - en - provence)
- R.SOC. Revue des societes.

المقصود بـ:

- نقض: محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية
- تمييز: دائرة التمييز - بمحكمة الاستئناف العليا، بالنسبة للأحكام الصادرة حتى ١٩٩٠ - ومحكمة التمييز - بالنسبة للأحكام الصادرة بعدها.
- المحاماة - مجلة المحاماة - التي تصدر عن نقابة المحامين المصرية.
- الفكهاني - الموسوعة الذهبية الصادرة عن الدار العربية للموسوعات - حسن الفكهاني وعبدالمنعم حسني - الإصدار المدني - حتى عام ١٩٨٩.
- المحامي - مجلة المحامي - الصادرة عن جمعية المحامين الكويتية.
- أحكام النقض - مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية، والتجارية، والدائرة المدنية، بمحكمة النقض المصرية - أما مجموعة أحكام النقض «الدائرة الجنائية» فنشير لها بالاسم.
- مجموعة القواعد القانونية - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - تصدر عن المكتب الفني بمحكمة الاستئناف العليا.
- طلبه - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، منذ إنشائها ١٩٣١ - ح ٩ - المستشار أنور طلبه.

مراجع البحث الأساسية

أولاً - باللغة العربية

- د. طعمه الشمري - ملاحظات عامة على الشروط الحقوقية لعقود المقاولات العامة على الحاسوب - مذكرات - بالدورات التدريبية بكلية الحقوق - جامعة الكويت.
- د. عبدالرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٧ ومشار إليه باسم السنهوري /ص/بند.
- د. عبدالودود يحيى - مسؤولية المهندسين، والمقاولين، والتأمين منها - مجلة مصر المعاصرة - ابريل ١٩٧٩ - ع ٣٧٦.
- د. محمد لبيب شنيت - شرح أحكام عقد المقاوله - ط ١٩٦٢ ومشار إليه باسم لبيب شنب/ص/بند.
- د. محمد ناجي ياقوت - مسؤولية المماريين بعد إتمام الأعمال، وتسلمها ١٩٨٤ ومشار إليه باسم ناجي ياقوت/ص/بند.
- د. محمد شكري سرور - مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، والمنشآت الثانية الأخرى - ١٩٨٥ - دار الفكر العربي، ومشار إليه باسم شكري سرور/ص/بند.
- د. محمد شكري سرور - الضمان العشري، أو المسؤولية العشرية - مذكرات بالدورات التدريبية بكلية الحقوق بجامعة الكويت - منقحة عن مؤلفه السابق.
- د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية في حوادث، وانهايار المباني أثناء وبعد التشييد والتأمين الإجباري منها - ١٩٨٤ - منشأة المعارف.
- د. نزيه محمد الصادق المهدي - التأمين الإجباري من مسؤولية المهندس المعماري، والمقاول - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية.

ثانياً - بالفرنسية

I - ouvrages généraux:

- Benabent (A.) Les obligations - 2èm - éd - 1989 Droit civil - Les contrats speciaux - 1993.
- M.M.Mazeaud, prin cipaux contrats 1987 - 6èm - éd - par gianvtti.
- Malauri et Aynès - Droit civil - Les contrats spéciaux - 3èm éd 1992 - et 6èm éd - 1995/1996.

II - ouvrages speciaux:

- Atias (C.) l'interruption du délai de la garantie decennale par l'action au fond du syndic de copropriété - D. 1995 chr - 329.

- Boubli (B.) Transfert de propriété dans les groupes de contrats - à propos de l'arrêt - du 12 Juillet 1991 - R.D.j - 1992 - 27.
- Boubli (B.) Soliloque sur la transmission de l'action en garantie - J.C.P. 1974 - 1 - 2646.
- Le Point de la jurisprudence sur la responsabilité des architectes et des entrepreneurs - J.C.P. 1975 - 1 - 272.
- Bourbeaud et Remery, observations sur le calcul judiciaire de l'indemnité réparatrice de malfaçon - R.D.I. 1995 - 295.
- Blanchard (B.) les dommages - intermédiaires - G.P. 31 Mai 1987.
- Costa (J.L.) la responsabilité des constructeurs d'après la loi du 4 Janvier 1978 - D. 1979 - chr. 35.
- Caston (A.) La réforme de la responsabilité et de l'assurance dans le domaine de la construction - A.J.P.I - 1978 - 107.
- Dagot (M.) garantie d'achèvement et garantie décennale - J.C.P. 1990-1-doct - 3456.
- Desportes (F.) La garantie décennale est-elle toujours une garantie des vices de la construction? G.P. 1988 - 1 - Doct. - 85
- Fossereau (M.J.) Le clair - obscur de la responsabilité des constructeurs - D. 1977 chr - 13.
- Giverdon (G.) promotion immobilière - Ency - Dalloz - V° construction.
- Giverdon. Le contrat de promotion immobilière, G.P. 1972 - 1 - doct - 213.
- Huet (J.) L'obligation in solidum, et le Jeu de la solidarité dans la responsabilité des constructeurs - R.D.I. 1983 - 11.
- Jestaz (PH.) Variations sur la notion d'achèvement - R.D.J. 1982 - 336.
- Jestaz (ph) Faute du promoteur syndiqué et responsabilité syndicale - D. 1971 - chr. - 71.
- Karila, travaux d'entretien, de réparation et assurance, construction - Administr - 7.
- Karila (J.P.) la garantie décennale, demeure - t-elle une garantie des vices - cachés sous l'empire de la loi du 4 Janvier 1978 - R.D.I. 1987 - 27.
- Karila (J.P.) garanties légales, et responsabilité contractuelle de droit commun des locataires d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage - D. 1990 -

chr. 3. 7. EL. D. 1990 - chr. 315 - suit, et fin.

- Karilo, la reconnaissance de responsabilité des constructeurs, conditions d'existence et effets - G.P. 1978 - 11 - doct. 348.
- Larroumet, la responsabilité des organismes de control, R.D.I - 1981 - 311.
- Liet - Veaux (G.) la loi du 4 Janvier 1978 - éléments dissociable et garantie Biennale - G.P. 1979 - 1 - doct. 301.
- Liet Veaux (G.) et Veaux (D.) la responsabilité des constructeurs et la distinction des obligations de moyens, et des obligations de resultes. R.M.P. Avril-Mai 1984.
- Liet - Veaux (G.) construction - J-Cl. Fax. 203 - 1 - 200.
- Liorens (F.) Le devoir de conseil des constructeurs. R.D.I. 1986 - 1.
- Maurin (M.P.) Pourquoi faut-il supprimer part 1792 - du c. civ. le moniteur - 3 Novembre 1989.
- Meysson et Tirard (M.) ventes d. immeubles à construire - J - CL Construction - Fax 83 - 4
- Moderne (F.) responsabilité contractuelle, et responsabilité decennale des constructeurs en droit Rublic. Quot. Jur. 21-22 Mai 1989.
- Moderne (F.) Le nouveau régime de la responsabilité decennale M.T.P. 6 Fevrier 1978 - 23.
- Malinvaud, l'action directe du maître de l'ouvrage contre les fournisseurs de materiaux et composants - D. 1984 chr. 41.
- Malinvaud et Jestaz, la loi du 4 Janvier 1978, relative à la responsabilité, et l'assurance dans le domaine de la construction - J.C.P. 1978 - 1 chr - 2900.
- Malinvaud, la garantie des vices par le Vendeur-Promoteur de construction immobilières. Unité ou diversité - J.C.P. 1969 - 1 - Doct. 2284.
- Mainvaud et Jestaz, la définition des travaux de bâtiment dans l'assurance construction - R.D.I. 1985 - 217.
- Malinvaud, la responsabilité civile du fabricant en droit français G.P. 1973 - doct - 2 - 463.
- Malinvaud, l'application de la directive communautaire sur la responsabilité du fait des produits defectueux et le droit de la construction, ou le casse-tete-communautaire R.D.I. 1987 - 409.

- Penneau (A.) La notion de règles de l'art dans le domaine de la construction. R.D.I. 1988 - 407.
- Tomason (D.) innovation et responsabilité des constructeurs - R.D.I - 1990 - p. 281.
- Torem (ch.) et Focsaneanu (L.) La directive du 25 Juillet 1985. rélatve à la responsabilité du fait des produits defectue et le droit français applicables à la manière - J.C.P. 1987 - 1 - 3269.
- Taschner (H.) risque et securité, Risque et responsabilité, principes de la directive europeenne du 25 Juillet 1985 - Annal. dr. de Liege - 1987 - 290.
- Tournafond (M.) Les Pretendus concours d'actions (erreurs, default, de conformité, vice cahé) et la vente d'immeuble à construire - R.D.I - 1988 - 37.
- Vandorn (P.) Thieffry, associes, réflexions sur l'effet direct des directives communautaires à propos de la directive sur la responsabilité du fait des produits: G.P. 1989 1 - doct. 172.
- Viney (G.) Les clauses amenant la responsabilité des constructeurs R.D.I. 1982 - 319.

III - Notes de jurisprudence, conclusions, observations.*

- Agostini (M.) civ. 5 Juin 1975 - D. 1977 - 53.
- Aubert (M.) Ass. Plèn. 12 Juillet 1991 - D. 1991 - som - 321.
- Bloch (B.) Civ. 3 Octobre 1985 - J.C.P. 1986 - 11 - 20601.
- Bigot, (B.) Civ. 13 Fevrier 1991 - R.G.A.T. 1991 - 396.
- Paris 30 Mai 1990 - R.G.A.T. 1990 - 598
- Civ. 13 Fevrier 1991 - R.G.A.T. 1991 - 396.
- Civ. 7 Décembre 1988 - R.G.A.T. 1989 - 94.
- Civ. 26 Octobre 1988 - R.G.A.T. 1989 - 92.
- Civ. 3 janvier 1991 - R.G.A.T. 1991 - 372.
- T.G.I. Pontoise 27 Septembre 1990 - R.G.A.T. 1990 - 868.
- T.G.I. Paris 2 novembre 1990 - R.G.A.T. 1990 - 873.
- Benabent - Ass. Plen. Fevrier 1986 - et 7 Mars 1986 - D. 1987 - 25 D. 1986 - 293.

(*) نكتفي بذكر أحكام القضاء التي اقترنت بتعليقات الفقه، أما ذكر جميع الأحكام فينطوي على تزييد أو تصنع، ننأى عنه، خصوصاً وقد أشرنا إليها بالحاشية. لذا، لزم التنويه.

- Civ. 29 Mai 1984 - D. 1985 - 213.
- Berly. Ass. Plèn. 7 Fevrier 1986 - G.P. 29 Août 1986.
- Cornu, Civ. 24 Octobre 1967 - R.T.D. Civ. 1968 - 363.
- Civ. 28 Novembre 1967 - R.T.D. Civ. 1963 - 564.
- Croslière. Riom - 21 Juin 1988 - R.D.I. 1989.
- Dubuis (M.) Civ. 13 octobre 1989 - D. 1990 - 433.
- Dubois. Paris 12 Septembre 1990 - R.D.I. 1991 - 82.
- Durry. Civ. 9 Mars 1983 - R.T.D. Civ. 1983 - 753.
- d, Hauteville. Civ. 16 Novembre 1988 - R.G.A.T. 1989 - 384.
- G. Hestin (J.) Ass. plèn. 12 Juillet 1991 - D. 1991 - 54.
- Groutel, Ass. Plèn. 7 Fevrier 1986 - J.C.P. 1986 - 11 - 520616.
- Giverdon. T.G.I. Paris 27 Fevrier 1980. D. 1980 - I.R. 453.
- Giverdon et (G.). Civ. 12 Octobre 1988 - D. 1989 - 53.
- Jestaz, Civ. 7 Janvier 1984 - G.P. 1984 - Pan. 133.
- Civ. 23 Mars 1968 - D. 1970 - 663.
- Jamine (G.) Civ. 3 Octobre 1991 - J.C.P. 1992 - 1 - 3570.
- Hfmard (T.) Paris 13 Janvier 1960 - R.T.D. Civ. 1960 - 619.
- Haim (V.) Civ. 21 Janveir 1994 - D. 1995 - 73.
- Karila (M.) Versailles 11 Décembre 1987 - D. 1989 - 13 - Loirens (F.) Terneyre (P.) C.E. 10 Avril 1991 - R.D. I. 1991 - 338.
- Liet-Veaux. Civ. 3 janvier 1989 - J.C.P. 1969 - 11 - 15863.
- Civ. 9 Octobre 1962 - D. 1963 - 1.
- Larroumet. Ass.Plèn. 12 Jullet 1991 - J.C.P. éd - E. 11 - 218.
- Mazeaud (J.) Civ. 5 Décembre 1972 - D. 1973 - 401.
- Malinvaud. Civ. 29 Mai 1984 - J.C.P. éd. - N - 1986 - 281 - J.C.P. 1985 - 11 - 20387.
- Ass. Plèn. 7 Fevrier 1986 - J.C.P. - 1986 - 11 - 20616.
- Malinvaud et Boubli - Paris 28 Septembre 1978 - R.D.I. 1979 - 7.
- Civ. 21 Mars 1979 - R.D.I. 1979 - 344.
- Civ. 2 Octobre 1980 - R.D.I. 1981 - 77.

- Civ. 27 Octobre 1982 - R.D.I. 1983 - 234.
- Civ. 19 Mai 1981 - R.D.I. 1982 - 91.
- Paris 7 Juillet 1983 - R.D.I. 1983 - 455.
- Civ. 8 Decembre 1980 - R.D.I. 1981 - 517.
- Civ. 2 Octobre 1988 - R.D.I. 1989 - 218.
- Nimes, 23 Avril 1986 - R.D.I. 1987 - 64.
- Paris 29 Mai 1981 - R.D.I. 1982 - 1982 - 91.
- Civ. 13 Janvier 1983 - R.D.I. 1983 - 455.
- Civ. 19 Novembre 1985 - R.D.I. 1986 - 210.
- Ass. Plèn. 7 Fevrier 1986 - R.D.I. 1986 - 210.
- Civ. 8 Novembre 1981 - R.D.I. 1982 - 388.
- Civ. 17 Octobre 1990 - R.D.I. 1991.
- Civ. 15 Janvier 1990 - R.D.I. 1990 - 216.
- Civ. 9 Janvier 1991 - R.D.I. 1991 - 225.
- Civ. 10 Mai 1990 - R.D.I. 1990 - 376.
- Paris 27 Avril 1990 - R.D.I. 1991 - 81.
- Versailles 5 Octobre 1990 - R.D.I. 1991 - 22.
- Paris 12 Septembre 1990 - R.D.I. 1991 - 68.
- Nancy, 6 Mai 1987 - R.D.I. 1988 - 301.
- T.G.I. CL.FD. 7 Fevrier 1985 - R.D.I. 1985 - 26.
- Civ. 21 Fevrier 1990 - R.D.I. 1990 - 372.
- T.G.I. Paris 23 Janvier 1989 - R.D.I. 1989 - 4.
- Civ. 13 Octobre 1989 - R.D.I. 1990 - 372.
- Malinvaud et Bigot. Civ. 29 Mai 1984 - R.D.I. 1984 - 421.
- Malinvaud et Jestaz. R.D.I. 1984 - 56.

- Planqueel. Civ. 15 Decembre 1982 - G.P. 1983 - 482. Com. 24 Fevrier 1973 - G.P. 1973 - 2 - 737.
- Pièd - Lievre. Civ. 4 Fevrier 1986 - g.P. 29 novembre 1986 - Som - 15.
- Perrot. Paris - 10 Avril 1990 - R.T.D. Civ. 1990 - 361.

- Remy (J.P.) Civ. 12 Juillet 1988 - R.T.D. Civ. 1989 - 344.
- Civ. 16 Octobre 1984 - D. 1985 - J - 431.
- Civ. 21 Fevrier 1990 - R.T.D. Civ. 1990 - 316.
- Civ. 24 Mai 1984 - R.T.D. Civ. 1985 - 407.
- Rodière. Aix. 5 Octobre 1954 - J.C.P. 1955 - 11 - 8548.
- Raffi (R.) Civ. 30 Mars 1994 - D. 1995 - J - 279.
- Savatier Com. 24 Fevrier 1973 - J.C.P. 1973 - 11 - 17445.
- Civ. 4 Fevrier 1963 - J.C.P. 1963 - 11 - 13159.
- Terneyre, C.E. 2 mai 1990 - R.D.I. 1990 - 364.
- Viney. (G.) Ass. Plèn. 12 Juillet 1991 - J.C.P. 1991 - 11 - 2174.