

قراءة معمقة لنصوص مواد قانون المعاملات المدنية الإماراتي النازمة لأحكام الضمان العشري الخاص بالمقاول والمهندس لما يحدث في البناء من تدهم أو عيوب(*)

الدكتور/ زيد محمود العقيلة

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق - جامعة مؤتة

ملخص:

يعد الضمان الخاص في مقاولات الأبنية ضرورة اقتصادية تسعى معظم الدول - على اختلاف اتجاهاتها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية - إلى تبنيّه وتحقيقه وتوفيره لمواطنيها خاصة في ضوء ما تشهده هذه الدول من زيادة هائلة في عدد السكان ومن زيادة في مجال الاستثمارات في قطاع العقارات والإنشاءات، وما يرتبط بذلك من ضرورة تشييد الأبنية لغايات السكن أو ممارسة النشاطات التجارية؛ الأمر الذي يتطلب بدوره تدخل المشرع بشكل دائم بغية تحقيق مصالح أفراد المجتمع ومن ثم حماية الأرواح والممتلكات، وذلك من خلال تعديل التشريعات ذات الصلة وتطويرها بما يتناسب مع مقتضيات الحداثة والعصرية وبما يواكب المستجدات والتطورات الداخلية والخارجية.

وقد كان المشرع الإماراتي أحد هؤلاء المشرعين؛ حيث لم يترك مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء خاضعة للقواعد العامة التي تحكم عقد

(*) أجزى البحث بتاريخ ٢٠١١/٢/٨ م.

المقولة بل أفرد لها نصوصاً خاصة؛ وذلك بسبب ما قد يترتب على تهمد المباني من آثار سلبية على صاحب العمل وأضرار جسيمة تصيب الأرواح والممتلكات. لذلك فقد شدد المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية الاتحادي من مسؤولية المقاول والمهندس لحثهما على بذل أقصى درجات العناية واتخاذ جميع الاحتياطات التي تضمن أن تكون المباني سليمة وخالية من العيوب التي تهدد سلامتها ومتانتها. يقدم هذا البحث قراءة معمقة لنصوص مواد قانون المعاملات المدنية الإماراتي النازمة لأحكام الضمان العشري للمقاول والمهندس لما يحدث في البناء من تهمد أو عيوب، وقد خلص إلى ضرورة إدخال التعديلات على هذه النصوص من أجل تحقيق مبتغى المشرع من وراء تقرير هذا الضمان أصلاً.

مقدمة:

يخضع كل من المقاول والمهندس المعماري - بحكم كون كل منهما مرتبطاً مع صاحب العمل بعقد مقولة - للأحكام العامة في المسؤولية العقدية^(١)؛ حيث وضع المشرع الإماراتي أحكاماً لتحقيق الضمان على المتعاقد

(١) كما أن المقاول والمهندس يخضعان للمسؤولية الجنائية؛ حيث يسأل كل منهما عن القتل الخطأ والإصابة الخطأ، وذلك في حالة انهيار البناء وإذا نجم على ذلك وفاة شخص أو إصابته نتيجة لخطأ في التنفيذ أو التصميم، مع توافر علاقة السببية بين الخطأ المنسوب إلى المتهم والنتيجة. انظر في ذلك: غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء (المقاول، مهندس البناء، صاحب البناء)، القسم الأول، مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشرة، العدد الثالث، الكويت، ١٩٩٥، ص ٩٧-٩٩. جدير بالإشارة أنه في القانون الفرنسي كانت بعض أعمال المقاولين ومسؤولي البناء والمهندسين تشكل جرائم جنائية وتدخل في باب الجرائم الاقتصادية الواردة في المجلة الجنائية الفرنسية، التي تمت إعادة صياغتها عام ١٩٩٤ بسبب ما تعرضت له من انتقادات من قبل ما سمي بـ *Mouvement de dépenalisation* التي نادت بالاستبدال بالنصوص الجنائية أخرى ذات طابع مدني يقوم على التعويض واللجوء إلى المسؤولية المدنية (المحامي إلياس بلطيف، المسؤولية الجنائية للمشيدي في القانون الأوروبي، ٢٠٠٧، دون دار نشر، ص ١٥). ونود الإشارة أيضاً إلى أن قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ في دولة الإمارات العربية المتحدة قد جعل من بعض الأفعال ذات الصلة بعقود المقولة جرائم بالمفهوم الجنائي؛ فقد نص في المادة ٢٢٩ =

المخل بالتزامه الناشئ عن العقد المبرم بينه وبين المتعاقد الآخر، سواء أكان هذا الإخلال قد بدر منه قبل البدء بتنفيذ العقد، أو في أثناء التنفيذ، أو حتى بعد الانتهاء منه ما دامت العلاقة التعاقدية بين المتعاقدين قائمة^(٢). فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أُجبر على ذلك متى كان التنفيذ العيني ممكناً، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٣٨٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بقولها: "يجبر المدين بعد إذاره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً".

ومن جهة ثانية، فإن المقاول والمهندس يخضعان للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها وأركانها، وذلك خارج نطاق الرابطة العقدية التي تربط كلاهما بصاحب العمل، وعليه، فقد وضع المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية^(٣) أحكاماً للضمان الناتج من الفعل الضار؛ حيث نصت المادة ٢٨٢ من هذا القانون على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، كما يسأل المقاول بضمان ما يتولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة^(٤).

= على أنه "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات من ارتكب عمداً غشاً في تنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقالة أو توريد أو غيره من العقود الإدارية ارتبط بها مع الحكومة أو إحدى الجهات المنصوص عليها في المادة (٥)، وتكون العقوبة السجن المؤقت إذا ترتب على الجريمة ضرر جسيم..".

(٢) عبد الرزاق حسين يسن، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة دكتوراه منشورة، ١٩٨٧، ص ١٦.

(٣) سوف يشار إلى هذا القانون فيما بعد بالرمز: م.م.

(٤) نصت المادة ٨٧٨ م.م على أنه "يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو بتقصيره أم لا، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه". انظر: حكم محكمة تمييز دبي رقم ٩٩/٢٢ تاريخ ١٨/٤/١٩٩٩ مشار إليه لدى المحامي حسن محمد عرب والمحامي راني جوزيف صادر، صادر بين التشريع والاجتهاد في دولة الإمارات العربية المتحدة: قانون المعاملات المدنية، صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٢٥٠-٢٥١؛ وانظر كذلك =

وبالمحصلة فإن المقاول يلتزم بأداء العمل وتنفيذ التزامه وفقاً لما اشترط عليه في عقد المقاولة^(٥) ولما تقتضيه أصول المهنة والعمل^(٦)، وبالعكس ذلك فإنه يعتبر مخالفاً بالتزامه مع ما يترتب على هذا الإخلال من آثار سواء أكان الإخلال بالالتزام تعاقدياً، أم حدث خطأ منه ترتب عليه ضرر لحق بالغير أو بصاحب العمل.

ليس هذا فحسب بل إنَّ المشرع الإماراتي وضع قواعد خاصة للمسؤولية المترتبة على المقاول والمهندس، وذلك ضمن أحكام عقد المقاولة، وقد أورد المشرع الإماراتي هذه الأحكام في المواد ٨٧٥-٨٨٣ م.م حيث أقرَّ نوعاً من الضمان لصالح صاحب العمل في حالة أن يكون محل العقد إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة. وقد شدد المشرع من مسؤولية المقاول والمهندس؛ بحيث أخضعهما لأحكام الضمان الخاصة مدة عشر سنوات يلتزم خلالها كل منهما -

= حكم محكمة تمييز دبي رقم ٢٠٠٤/١٣٢ ورقم ٢٠٠٤/١٨٨ (مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية، الجزء الثاني، العدد السادس عشر، المكتب الفني في دائرة محاكم دبي، سبتمبر - ديسمبر ٢٠٠٥، ص ٢٦١١).

(٥) عرف مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) بتاريخ ١١-١٦ كانون الثاني ٢٠٠٣م عقد المقاولة بأنه "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر، وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل" (مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٣، القرار رقم ١٢٩ (١٤/٣)). وبخصوص الأحكام الشرعية لعقد المقاولة وتطبيقاته العملية انظر: سراج مصطفى، المقاولة أحكامها الشرعية وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية، مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد ٢٦٣، سنة ٢٠٠٢.

(٦) وهذا مشابه تماماً للموقف في القانون الإنجليزي، للمزيد من التفاصيل انظر:

McKendrick E, Contract Law, Seventh Edition, London, Macmillan, 2006, pp.3-4; Adams J & Brownsword R, 2003, Understanding Contract Law, London, Sweet & Maxwell, 2003, p.5 & p.93; Thompson M, Land Law, First Edition, London, Sweet & Maxwell, 2005, p.62.

بالتضامن - بضمان عدم انهيار البناء كلياً أو جزئياً. على أن هذا الضمان يكتسب أهمية خاصة؛ حيث إنه ورد بنص خاص، وذلك خروجاً على القواعد العامة في المسؤولية المدنية الواردة في قانون المعاملات المدنية.

في هذا البحث - ومن خلال القراءة المعمقة لنصوص المواد النازمة لأحكام الضمان العشري - سوف نتعرف المدى الذي وصلت إليه فعالية أحكام الضمان العشري المتعلقة بالمقاول والمهندس، وإذا ما كانت كافية لتحقيق الحماية التي أَرادها المشرع، وهي حماية صاحب العمل مدنياً في مواجهة انهيار البناء أو حدوث عيب جسيم يهدد سلامته خاصة بعد ما حدث ويحدث اليوم من انهيارات وكوارث تهدد سلامة البناء وسلامة من فيه، ولمدى الحاجة إلى قانون خاص يعيد تنظيم هذه المسؤولية بشيء من التفصيل وبما يواكب متطلبات العصر ويتلاءم مع مقتضيات الحداثة.

وسوف ننتقل في قراءتنا هذه من نص المادة ٨٨٠ م.م الذي جاء على النحو التالي: "١- إذا كان محل عقد المقاول إقامة مبان أو منشآت ثابتة أخرى يضع المهندس تصميمها على أن ينفذها المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول. كل ذلك ما لم يكن المتعاقدان قد أَرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات ٢- ويبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المباني أو المنشآت المعيبة ٣- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسليم العمل".

وعليه، فسوف نقسم دراستنا إلى ثلاثة مباحث نناقش في المبحث الأول ماهية مدة الضمان العشري والشروط الواجب توافرها لتحقيقه، ونناقش في المبحث الثاني أحكام الضمان العشري، ونناقش في المبحث الثالث ضمان المقاول والمهندس في الأنظمة القانونية الأخرى:

المبحث الأول

ماهية مدة الضمان العشري والشروط الواجب توافرها لتحقيقه

يظهر لنا من نص المادة ٨٨٠ م.م أنه يجب لقيام مسؤولية المقاول والمهندس تجاه صاحب العمل أن يكون العقد الذي يربط صاحب العمل بالمقاول عقد مقاوله، كما يجب أن يكون البناء قد تم تسليمه إلى صاحب العمل؛ حيث إن فترة التنفيذ لا تدخل أصلاً في نطاق أحكام هذا الضمان، كذلك لا بد من حدوث التهدم (الكلي أو الجزئي) خلال مدة عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء. وقبل البدء في دراسة هذه الشروط يقتضي الأمر منا بيان ماهية الضمان العشري والطبيعة القانونية له:

المطلب الأول

ماهية مدة الضمان العشري والطبيعة القانونية له

بدايةً يمكن تعريف الضمان العشري بأنه ضمان ذو طبيعة خاصة، بموجبه يضمن المقاول والمهندس أي تهدم كلي أو جزئي في البناء وأية عيوب مؤثرة قد تحدث فيه بعدما يتم تسلمه من قبل رب العمل إذا وقع التهدم أو التعيب خلال مدة معينة.

وتتفق العديد من القوانين العربية مع قانون المعاملات المدنية الإماراتي حول خصوصية هذا الضمان، لذلك أفردت له أحكاماً خاصة إلى جانب الأحكام العامة في الضمان، وقد حددت معظم هذه القوانين مدة الضمان بعشر سنوات كما هو الحال في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ (م ١/٨٨٠)، والقانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ (م ١/٧٨٨)، والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ (م ٦٥١)، والقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (م ٨٧٠)، والقانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ (م ١/٦١٧)، والقانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠

(م ٦٩٢/١)، والقانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ (م ١/٧١١)، والقانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ (م ١/٦١٥)، في حين حددتها بعض القوانين بخمس سنوات كما هو الحال في قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ١١ نيسان لسنة ١٩٣٢ (م ٦٦٨).

أما في بعض القوانين الأجنبية فهي عشر سنوات كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي (م ١٧٩٢)، وخمس سنوات كما هو الحال في قانون معايير حماية المستهلك رقم ٩٥ لعام ١٩٩٨ في جنوب إفريقيا (م ١٣/٢/ب)، وست سنوات كما هو الحال في القانون الإنجليزي على نحو ما سنرى^(٧). وباعتقادنا فإن مدة عشر سنوات التي حددها قانون المعاملات المدنية الإماراتي مدة مناسبة لتحقيق مبتغى المشرع من تقرير الضمان أصلاً.

وهذه المدة المحددة بنص القانون لا يمكن الحد منها ويعتبر كل شرط يؤدي إلى ذلك باطلاً وذلك بالاستناد إلى صريح نص المادة ٨٨٢ م.م، الذي جاء على النحو التالي "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاتل أو المهندس من الضمان أو الحد منه".

لكن إلى جانب هذه المدة القانونية هناك أيضاً المدة الاتفاقية، إن جاز التعبير، حيث جاء في نهاية الفقرة الأولى من المادة ٨٨٠ م.م. "إذا لم يتضمن العقد مدة أطول". فالأصل أنه - بحسب هذه النصوص - لا يجوز الاتفاق على إنقاص مدة الضمان إلى أقل من عشر سنوات، لكن هذا لا يمنع من أن تكون مدة الضمان أقل إذا كان المقصود هو إقامة المباني مدة أقل من عشر سنوات. وبهذا فإن المشرع الإماراتي قد سار على نهج المشرع المصري الذي أجاز ذلك بصريح المادة ٦٥٢ من القانون المدني.

(٧) إبراهيم خليل، وقف التقادم للحوادث القهرية والظروف المعجزة، مجلة المحاماة، العدد الرابع، السنة الثامنة عشرة، القاهرة، ص ٥٤؛ Merwe V.D, Sectional Titles, Share Blocks and Time Sharing, Durban, Butterworths, 2009, p.140.

وباعتقادنا فإن المشرع الإماراتي كان موفقاً عندما نص على ذلك لما في هذا النص من مساهمة للواقع وتوسيع لنطاق هذه المسؤولية، هذا مع ملاحظة أن عنصر الزمن لم يعد هو الوسيلة الوحيدة لاختبار متانة البناء وسلامته؛ فقد أدى التطور والتقدم في مجال تشييد المباني إلى ظهور الكثير من الوسائل التي تضمن إنشاء مباني سليمة من العيوب، كما أن التقدم العلمي قد توصل إلى اكتشاف العديد من الأجهزة التي تعمل على اختصار الزمن اللازم لاختبار متانة البناء، وبإمكان صاحب العمل الاستعانة بها^(٨).

تبقى مسألة مهمة، وهي أن القانون الإماراتي قد ميز بين مدة الضمان ذاتها ومدة سقوط دعواه؛ ففي حين أن مدة الضمان عشر سنوات فإن مدة سقوط الدعوى ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب، كما قضت بذلك المادة ٨٨٣ م.م.

ويحمد المشرع الإماراتي على هذا المسلك؛ حيث جعل صاحب العمل يستفيد من مدة الضمان كاملة حتى آخر يوم فيها. كما أنه فصل بين المدتين فصلاً كاملاً من حيث بدايتها ونهايتها؛ حيث إن تاريخ مدة الضمان العشري يبدأ من وقت تسلم العمل من قبل صاحب العمل، أما مدة رفع الدعوى فتبدأ من تاريخ حصول العيب، وذلك على نحو ما سنرى لاحقاً.

وقد أجمع الفقه^(٩) على أن مدة عشر السنوات هي مدة تجربة واختبار لمتانة البناء وسلامته من العيوب الخفية، كما أنها ضمانه وحماية مشددة أقرها

(٨) انظر: إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٤؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(٩) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠٤، ص ١٢٣؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها والاتجاهات الحديثة في القانون الفرنسي وإمكانية الاستفادة منها في مصر، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٢٥؛ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٦٧؛ محمد شكري السرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٦٨.

المشرع لصالح صاحب العمل تجاه المقاول والمهندس^(١٠) وعليه، فإن هذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، أما مدة السنوات الثلاث التي يجب خلالها رفع دعوى الضمان فهي مدة تقادم، ومن ثم فهي تخضع لما يخضع له التقادم من وقف أو انقطاع. وقد سار القضاء الفرنسي على هذا الاتجاه؛ فقد قضت محكمة الهافر في حكمها الصادر بتاريخ ٤ مارس سنة ١٩٣٢ بأن مدة الضمان لا تقف بالنسبة إلى مسؤولية المهندس والمقاول ولا تمتد بسبب وقوع الحرب فهي مدة ضمان وتجربة، وإذا ساغ وقف هذه المدة فسيترتب على ذلك إطالة مدة الضمان والتجربة أكثر من عشر سنين، وبذلك تمتد مدة المسؤولية أكثر مما أراده الشارع^(١١).

بقي أن نقول إن الضمان العشري يعد أحد التطبيقات الخاصة للنظرية العامة للمسؤولية العقدية^(١٢) الذي أخضعه المشرع الإماراتي لتنظيم خاص ليتلاءم وخصوصية تشييد البناء وما قد ينجم عن ذلك من مشكلات. وهذا يبدو جلياً من نص المادة ١/٨٨٠ م.م، الذي جاء فيه "إذا كان محل (عقد المقاولة) إقامة مبان أو منشآت ... إذا لم يتضمن (العقد) مدة أطول".

(١٠) غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص ١٠٧؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٣؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ٢٥؛ محمد ليبب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٧؛ فتحية قره، أحكام عقد المقاولة، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ١٥٥؛ عدنان إبراهيم السرحان، العقود المسماة في المقاولة والوكالة والكفالة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة ٢٠٠٩، ص ٦.

(١١) مجلة أحكام المحاكم الفرنسية سنة ١٩٢٧، الجزء الثاني، ص ٦٣٠ (مشار إليه لدى إبراهيم خليل، مرجع سابق، ص ٥٤). انظر موقف القانون الفرنسي في المطلب الثاني من المبحث الثالث من هذا البحث.

(١٢) انظر حكم محكمة تمييز دبي رقم ٢٠٠٧/١٥٠ تاريخ ٢٠٠٧/١٠/٧ (مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية، الجزء الثاني، العدد الثامن عشر، المكتب الفني في دائرة محاكم دبي، سبتمبر - ديسمبر ٢٠٠٧، ص ١٨٥٨).

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها لتحقيقه

بحسب نص المادة ٨٨٠ م.م فإنه يستلزم لتحقيق الضمان العشري توافر الشروط الثلاثة التالية:

الشرط الأول - أن يكون العقد الذي يربط صاحب العمل بالمقاول عقد المقاولة:

العقد لغة: الإحكام والشد، ويقال عقدت الحبل من باب ضرب فانعقد، ومنه عاقدته على كذا بمعنى عاهدته^(١٣). وقد عرفت المادة ١٢٥ م.م العقد على أنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

أما المقاولة لغةً: فهي اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم بعمل معين لمصلحة آخر بأجر محدود في مدة معينة^(١٤)، ويقال قاوله في الأمر أي فاوضه وجادله، وقاوله أي أعطاه العمل^(١٥). وقد عرفت المادة ٨٧٢ م.م المقاولة على أنها "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

نلاحظ من التعريف السابق أن المشرع الإماراتي مقتفياً خطا المشرع الأردني استخدم كلمة البذل ونأى عن استخدام كلمة الأجر التي استخدمها

(١٣) أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، كتاب العين "في العين مع القاف وما يثلثهما"، الجزء الثاني، المكتبة العلمية للنشر، بيروت، ١٩٩٨، ص ٤٣٠.

(١٤) المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الريان، الجزء الثاني، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٧٧٣.

(١٥) راجع في ذلك المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٥٣٠-٥٣١.

المشرع المصري^(١٦). ونعتقد أن وصف المشرع الإماراتي لما يلتزم به صاحب العمل بالبدل أصوب من النص المصري؛ وذلك لتمييزه عن كل من عقدي البيع والإيجار، حيث إن لعقد المقاولة طبيعته وأحكامه الخاصة به التي تميزه عن غيره من العقود. كما أن الأجر يدل على الثمن في حين أن البدل يشمل الثمن والأجرة وكل ما يعطى لقاءهما^(١٧). هذا علاوة على أن كلمة البدل أدق في التعبير من كلمة الأجر؛ لأنها تراعي التطور الذي طرأ على هذا العقد بسبب اتساع ميدان العمل واتجاه الناس إلى رفع شأن العامل والإعراض عن تسميته بالأجير^(١٨).

أما بالنسبة إلى محل عقد المقاولة فهو بالنسبة إلى صاحب العمل العمل المتعاقد على تأديته وبالنسبة إلى المفاوض البدل الذي تعهد صاحب العمل بدفعه، ومفاد ذلك أن العمل يعد أحد وجهي محل عقد المقاولة، وهو ما يهمنا في هذا المجال.

وغني عن القول إن الأعمال التي تكون محلاً لعقد المقاولة قد تتنوع، فمن ناحية حجم العمل، هناك المقاولات الصغيرة كأعمال المهن الحرة مثل النجارة والسباكة والحدادة، وهناك المقاولات الكبيرة وهي في العادة تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى كالجسور والطرق والخزانات^(١٩). ومن ناحية العمل

(١٦) عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ عقد المقاولة بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، بينما عرفته المادة ٨٧٠ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ بأنه "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

(١٧) انظر: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة التوفيق، عمان، ١٩٩٢، ص ٥٨٢.

(١٨) عكس هذا الرأي: وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، دار الفكر للنشر، دمشق، ١٩٨٧، ص ٢٧٧-٢٧٩.

(١٩) محمد عزمي البكري، موسوعة شرح القانون المدني الجديد: العقود المدنية الصغيرة، المجلد الثالث: عقد المقاولة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥١.

نفسه فهناك من المقاولات ما يعرف باسم خاص لانتشاره كمقاولات البناء والتزام المرافق العامة وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها^(٢٠). على أن ما يهمنا هنا هو نوع معين من عقود المقاولات، وهي تلك التي تنصب على تشييد المباني أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى^(٢١).

الشرط الثاني - أن يكون البناء قد تم تسليمه إلى صاحب العمل:

إن التسلم له أهمية بالغة لما يترتب عليه من آثار مهمة، منها استحقاق الأجر بالنسبة إلى المقاول من ناحية ومن ناحية أخرى انتقال تبعة الهلاك من المقاول إلى صاحب العمل؛ حيث يصبح حارساً له، ومن ناحية ثالثة يترتب على تسلم البناء الإعفاء من العيوب الظاهرة وبدء سريان مدة الضمان^(٢٢).

وعليه، سوف نناقش هذا الشرط ضمن بندين اثنين، ندرس في الأول مدى ضمان العيوب الظاهرة في البناء وفي الثاني بدء سريان مدة الضمان.

البند الأول - مدى ضمان العيوب الظاهرة:

العيوب التي قد تعتري البناء قد تكون ظاهرة وقد تكون خفية؛ فالعيوب

(٢٠) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٤١.

(٢١) انظر: جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية: البيع - الإيجار - المقولة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ٣٩٨.

(٢٢) انظر بالتفصيل حول الآثار المترتبة على تسلم البناء: عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٢٦٠-٢٧٨؛ فتحية قرة، مرجع سابق، ص ١٨٦؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٧٩-١٨١؛ أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثاني: العقود المسماة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٨١٥؛ نزيه محمد الصانق المهدي، دور التأمين في مجال عقود وأعمال البناء والتشييد في ظل أحدث النظم القانونية والنصوص التشريعية المعاصرة، بحث مقدم إلى مؤتمر عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة الذي عقدته كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩-٢١ نيسان ٢٠١٠، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، ص ٤٥٢-٤٦١.

الظاهرة هي التي يمكن لصاحب العمل أو من ينوب عنه اكتشافها لو بذل في فحصها الجهد المعقول؛ أي ما يبذله الشخص المعتاد^(٢٣).

وقد ذهب الفقه التقليدي^(٢٤) إلى أن الأثر المخفي للتسليم يقتضي التزام المقاول بضمان العيوب الخفية والظاهرة معاً، لكن الفقه الحديث يقصر هذا الأثر على العيوب الظاهرة فقط، ويبرر ذلك أنه على الرغم من عدم وجود نص يقضي به فإنه يتفق مع القواعد العامة، وذلك على أساس أن قبول صاحب العمل بهذه العيوب دون إبداء أي تحفظ على الرغم من علمه بها يفيد أنه قد نزل عن حقه في الرجوع على المقاول بضمانها، أو أن صاحب العمل قدّر أن هذه العيوب ليست جسيمة من ثم لا تؤثر على هذا العمل أو تنقص من قيمته^(٢٥).

أما في حالة العيب الخفي فإن صاحب العمل لا يكون بإمكانه اكتشافه وقت تسلم العمل، حتى لو بذل في معاينته وفحصه عناية الشخص المعتاد. ففي هذه الحالة فإن قبول صاحب العمل به لا يبرئ المقاول من ضمان مثل هذا العيب، والعلّة في ذلك أن العمل حتى لو كان في الظاهر مطابقاً للشروط وأقرّه صاحب العمل، وبعد ذلك تبين أن فيه عيباً خفياً، فليس من العدل اعتباره أنه قد أقرّ هذا العمل وقبل به على ما به من عيوب، ما دام أنه لم يكن بوسعه أن يكتشفها ولم يكن يعلم بها^(٢٦).

(٢٣) عبد الرزاق يسن، مرجع سابق، ص ١٥٢؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، ١٩٨٥، ص ٢٦٧.

(٢٤) انظر حول ذلك: محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، ص ٢٦٦-٢٦٧؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٥٢-١٥٣؛ عبدالرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٢٧٤؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٩-١٠٤ و ١٥٣.

(٢٥) انظر: محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، ص ٢٦٧؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٥٢-١٥٣؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٩-١٠٤ و ١٥٣.

(٢٦) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٥٣؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، ص ٢٦٧-٢٦٨.

حاصل القول هو أن الفقه قد أجمع على إعفاء المقاول من العيوب الظاهرة دون الخفية.

البند الثاني - بدء سريان مدة الضمان:

نصت الفقرة الثالثة من المادة ٨٨٠ م.م على أنه "تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسليم العمل". وهذا هو ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري التي جاء نصها "وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل" والفقرة الثالثة من المادة ٧٨٨ من القانون المدني الأردني التي جاء نصها "تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل".

وعليه، فإن بدء سريان مدة الضمان العشري وفقاً لما تقتضي به النصوص السابقة يكون من وقت تمام العمل وتسلمه، ولا حاجة بعد ذلك لمعرفة الوقت الذي قام فيه السبب المؤدي إلى حدوث التهدم أو ظهور العيب سواء أكان راجعاً إلى التصميم أم إلى التنفيذ، حيث يكون موجوداً قبل التسلم لكن لا يكتشفه صاحب العمل إلا بعد التسلم، ولعل السبب في ذلك هو أن خطورة مثل هذه المباني والمنشآت تقتضي امتداد مسؤولية المقاول والمهندس - عما يصيبهما من تهدم كلي أو جزئي وما يظهر من عيوب - إلى ما بعد الإنجاز والتسليم بخلاف القواعد العامة التي لا توجب الضمان عن التهدم والعيب الذي يطرأ بعد التسليم^(٢٧).

الشرط الثالث - حدوث التهدم (الكلي أو الجزئي) خلال مدة عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء:

وهذا الشرط مستلزم بنص القانون وهو يتضمن عنصرين: أولهما عنصر موضوعي وهو حدوث تهدم (كلي أو جزئي) أو ظهور العيب الذي يهدد سلامة

(٢٧) محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه، دراسة مقارنة، مطبعة عشتار، بغداد، ١٩٨٥، ص ١٧٩.

البناء، وثانيهما عنصر زمني وهو النطاق الزمني للضمان؛ ألا وهو أن يحدث التهدم أو يظهر العيب خلال عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء.

وعليه تقتضي منا دراسة هذا الشرط تقسيمه إلى بندين اثنين: ندرس في الأول ضرورة حدوث التهدم أو العيب الذي يهدد سلامة البناء، وفي الثاني أن يحدث هذا التهدم أو العيب خلال عشر سنوات من تاريخ تسلم البناء.

البند الأول - حدوث تهدم أو عيب يهدد سلامة البناء:

تقضي المادة ٨٨٠/١ م.م بمسؤولية كل من المقاول والمهندس عن كل "تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته ..". وهذا يعني أن مسؤولية المقاول والمهندس لا تغطي جميع الأضرار التي قد تلحق بالبناء؛ بل إن الضرر المراد تغطيته بهذه المسؤولية هو الذي يتمثل في التهدم الكلي أو الجزئي في البناء أو المنشآت، أو العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته.

ولتوضيح جوانب هذا البند سنتناول ضمن نقطتين مستقلتين: حالة التهدم الكلي أو الجزئي ثم العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته.

النقطة الأولى - حالة التهدم الكلي أو الجزئي:

إن المراد بالتهدم^(٢٨) الذي يترتب على حصوله قيام مسؤولية كل من المقاول والمهندس هو انحلال الرابطة التي تربط بين أجزاء البناء أو حدوث انفصال في أجزائه^(٢٩) سواء كان ذلك انفصلاً كلياً ترتب عليه تهدم البناء برمته، أم انفصلاً جزئياً أدى إلى تهدم بعض البناء^(٣٠).

(٢٨) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، بيروت، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٣، ص ١٩٠.

(٢٩) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٣؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٦٩٧.

(٣٠) محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص ١٤٥؛ ربحي اليعقوب، واجبات ومسؤولية المهندس ومقاول البناء في القانونين اللبناني والأردني، رسالة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، بيروت، ١٩٨٧، ص ٢٣٧.

لكن بعض الشراح^(٣١) قد توسّعوا في تفسير معنى التهدم، فاعتبروا من التهدم الجزئي أو الكلي القرار الصادر عن الجهات المختصة بهدم البناء جزئياً أو كلياً بسبب خطأ المقاول أو المهندس الناتج عن مخالفة ما تفرضه القوانين والأنظمة والتعليمات المنظمة لأعمال البناء كتجاوز الارتفاع المسموح به أو عدم مراعاة الارتدادات القانونية أو غيرها.

أما بالنسبة إلى قانون المعاملات المدنية الإماراتي فإنه عندما عالج هذه المسألة جاء النص صريحاً؛ حيث استخدم كلمة تهدم فكان لفظاً واضح الدلالة على المعنى؛ حيث لم يتطلب القانون كماً معيناً للتهدم لتطبيق أحكام الضمان العشري، وعليه، فإن أحكام الضمان تقوم وتترتب المسؤولية على كل من المقاول والمهندس في حالة حدوث هذا التهدم كلياً بانتهاء البناء بأكمله^(٣٢) أو جزئياً بانتهاء أو سقوط جزء منه^(٣٣).

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا في الدولة في حكم حديث لها جاء فيه أن "تضامن المهندس مع المقاول في المسؤولية مناطه أن يحدث خلال عشر سنوات تهدم كلي أو جزئي للبناء أو المنشآت التي أقامها أو شيدها أو حدوث عيب يهدد متانة البناء وسلامته ... وأن تحصيل فهم الواقع في ذلك وتقدير أدلته موضوعي متى كان سائغاً يكفي لحمل قضاء المحكمة"^(٣٤).

أما بخصوص أسباب تهدم البناء فإن هذا التهدم قد يرجع إلى أسباب متعددة، فقد يكون راجعاً إلى الأرض نفسها التي أقيم عليها البناء كأن تكون

(٣١) ربحي اليعقوب، مرجع سابق، ٢٣٨؛ محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص ١٤٩.

(٣٢) عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٧٠٢.

(٣٣) محمد شكري السرور، مرجع سابق، ص ٢٢١؛ محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٢٣.

(٣٤) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم ٥٤٠ تاريخ ٥٤٠/٤/٦ (مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٧٢٢).

غير صالحة للبناء بسبب طبيعتها الجيولوجية أو التكوينية^(٣٥). وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٨٨٠ م.م التي قضت بأن مسؤولية المقاول والمهندس تتحقق ولو كان التهدم راجعاً إلى عيب في الأرض نفسها، ولعل السبب في إقرار مسؤولية المقاول والمهندس عن تهدم البناء - كلياً أو جزئياً - بسبب عيب في الأرض ذاتها هو أن هذا السبب من الممكن أن يلجأ إليه المقاول أو المهندس للتخلص من المسؤولية على اعتبار أن الأرض تعتبر سبباً أجنبياً لا يد للمقاول أو المهندس فيه؛ لذلك جاء النص صريحاً على قيام مسؤوليتهما في حال تهدم البناء بسبب يرجع إلى عيب في الأرض المقام عليها البناء، وهذا أمر محمود من جانب المشرع. ومع ذلك يجب أن يكون عيب الأرض مما يمكن كشفه بالفحص الفني الدقيق، أما إذا استحال كشفه فإنه لا يترتب عليه الضمان؛ حيث يعتبر عندها من قبيل القوة القاهرة^(٣٦).

كما قد يكون سبب التهدم في الغالب راجعاً إلى عيب في التصميم ذاته، وذلك بسبب عدم مراعاة الأصول الفنية والهندسية والمعمارية^(٣٧). على أن التصميم قد يضعه شخص آخر غير المهندس، كأن يضعه المقاول أو صاحب العمل نفسه، وعليه فإن واضع التصميم هو المسؤول عن عيوب تلك التصميمات^(٣٨) فإذا كان المهندس هو الذي وضع التصميم ولم يكن مكلفاً الرقابة على أعمال المقاول في التنفيذ فهو المسؤول أمام صاحب العمل دون المقاول، إلا إذا كان العيب في التصميم واضحاً بحيث لا يخفى على مقاول

(٣٥) ربحي يعقوب، مرجع سابق، ص ٢٣٩؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٦٩٨.

(٣٦) أحمد سعيد المومني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار المنامة للنشر والتوزيع، الزرقاء، ١٩٨٧، ص ٢٣٧؛ مصطفى أبو علم، المسؤولية عن تهدم البناء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثانية، العدد الرابع، ١٩٥٨، ص ٢٨٠.

(٣٧) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١١٩؛ جابر الدوري، مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٣٨) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٦٣؛ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

متمتع بالخبرة؛ حيث يسأل هنا المقاول بالتضامن مع المهندس في مواجهة صاحب العمل^(٣٩).

كذلك قد يكون سبب التهدم راجعاً إلى عيب في المواد التي استخدمت في البناء، كأن تكون غير صالحة للبناء نتيجة رطوبة مثلاً أو مخالفة للمواصفات والشروط العقدية^(٤٠)، عندها تقوم مسؤولية المقاول والمهندس تجاه صاحب العمل في حال حدوث تهدم كلي أو جزئي، بسبب عيب في المواد المستعملة في عملية البناء^(٤١) حتى لو كانت المادة المعنية قد قدمها صاحب العمل حيث لا يعفى المقاول أو المهندس من هذه المسؤولية^(٤٢).

وأخيراً قد يكون السبب في تهدم البناء عيباً في عملية التشييد والبناء ذاتها، كأن تكون الجسور والحدان غير كافية لإقامة البناء أو مخالفة للأصول الفنية عند تنفيذ الأساسات^(٤٣)، أو عدم إحكام ربط قضبان حديد التسليح؛ بحيث يترتب على ذلك أن تكون أجزاء البناء غير مترابطة، وبذلك تكون غير قادرة على حمل بعضها بعضاً، ومن ثم يحدث تهدم في البناء^(٤٤).

(٣٩) مشاعل عبد العزيز الهاجري، الضمان العشري لمشيدي البناء وفقاً للقانون المدني الكويتي، بحث مقدم لندوة المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين، ٢١-١٧ آذار ٢٠٠٧، جامعة الكويت، ص٣؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص٦٩٩-٧٠٠.

(٤٠) جاء في القرار رقم ١٢٩ (١٤/٣) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي أن المقاول " ١٠- يضمن إذا تعدى أو فرط أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها.. " (مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق).

(٤١) ربحي اليعقوب، مرجع سابق، ص٢٣٩؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص٦٩٩؛ محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص١٤٨.

(٤٢) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ٢٠٠٣، ص١٠٤ و ص١٦٥.

(٤٣) ربحي اليعقوب، مرجع سابق، ص٢٣٩.

(٤٤) محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص١٤٩؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص٦٩٧.

الخلاصة - إذن - أن المقاول والمهندس مسؤولان بالتضامن تجاه صاحب العمل عما يحدث من تهدم كلي أو جزئي في البناء خلال عشر سنوات من تسليمه، بغض النظر عن سبب هذا التهدم؛ فالتزامهما هو التزام بتحقيق نتيجة معينة ألا وهي بقاء البناء قوياً ومتيناً سليماً خلال تلك المدة. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن "التزام المقاول بضمان سلامة المبنى مدة عشر سنوات بعد تسليمه التزام بنتيجة، وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد ثبوت عدم تحقق النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما" (٤٥).

النقطة الثانية - العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته:

لا يشترط لقيام المسؤولية الخاصة بالمقاول والمهندس حدوث تهدم - كلي أو جزئي - فقط، إنما يكفي لقيامهما أن يلحق بالبناء عيب - أيًا كان سببه - يكون على درجة من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء ومتانته، على أنه لا بد أن يكون هذا العيب خفياً بحيث لا يتسنى لصاحب العمل كشفه عند تسلم البناء.

ويقصد بالعيب الموجب للضمان هنا: الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتة والذي تقتضي أصول الصناعة وقواعد الفن خلوها منه (٤٦). هذا مع عدم الخلط بين العيب بهذا المفهوم وبين عدم مطابقة العمل للمواصفات المتفق عليها في العقد؛ فقد يكون العقار المشيد خالياً من العيوب لكنه غير مطابق لتلك المواصفات (٤٧)؛ حيث تطبق القواعد العامة هنا.

أما عن أسباب العيوب الموجبة للضمان فهي متعددة؛ فقد يكون السبب راجعاً إلى الأرض نفسها كأن تكون الأرض هشة أو فيها مستنقعات (٤٨)، وعليه

(٤٥) الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٥١ ق، جلسة ١٢ يونيه ١٩٨٩.

(٤٦) محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ٩٧.

(٤٧) عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، هامش ١، ص ٧٠٤؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٤٨) محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ١٧٢.

فلا بد من دراسة الأرض وينعقد الإجماع الفقهي^(٤٩) على أن دراسة التربة وفحصها تقع على عاتق المهندس لما يتوافر لديه من خبرة فنية في هذا المجال. ولكن يشترط هنا أن يكون هذا العيب في الأرض من الممكن اكتشافه، فإذا استحال ذلك اعتبر من قبيل القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسؤولاً عنه^(٥٠). على أن المسؤولية التضامنية للمقاول والمهندس المشرف تبقى قائمة حتى لو كان الخلل أو التهدم راجعاً إلى عيب في الأرض ذاتها أو حتى ولو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة (م ٢/٨٨٠ م.م).

كما قد يكون العيب راجعاً إلى خطأ في التصميم الذي يقوم المهندس بإعداده، أو إلى المواد المستخدمة في البناء^(٥١)، أو قد يكون ناشئاً عن عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة والمعتادة ضد الحريق^(٥٢)، أو إلى الصنعة نفسها، كأن تقضي الصنعة بجعل الأساس بسمك معين^(٥٣)، وأخيراً قد يكون العيب راجعاً إلى خطأ في التنفيذ، والتنفيذ هنا يشتمل على عمليتين، هما عملية ذهنية يختص بها المهندس واضع التصميم والمقاسات، وعملية مادية وهي تنفيذ المقاول لمضمون العقد^(٥٤).

كما قد يشارك المهندس المقاول بالتنفيذ وذلك بالإشراف عليه ومراقبته في

(٤٩) محمد شكري السرور، مرجع سابق، ص ٨١-٨٢؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٧٦-١٧٧.

(٥٠) أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٢٣٧؛ أحمد سعيد الزقرد، دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والمنشآت في مواجهة المقاول أو المهندس، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، ١٩٩٨، ص ١٣٣.

(٥١) انظر: محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٥؛ محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص ١٦٧؛ أحمد سعيد المومني، مرجع سابق.

(٥٢) محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني المصري، العقود المسماة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية ودار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٤٩٩.

(٥٣) محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٥٤) عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٧٧٤-٧٧٥.

أثناء عملية التنفيذ، والخطأ في التنفيذ قد يكون خطأ في تنفيذ التصميم^(٥٥)، وقد يكون خطأ في استخدام المواد سواء فيما يتعلق بالكم أو بالكيف^(٥٦)، وفي كلتا الحالتين يسأل المهندس إذا أهمل في الإشراف على التنفيذ.

قد يكون الخطأ أيضاً متمثلاً في عدم اتباع التعليمات ومخالفة قواعد وأصول الفن وما تقضي به القوانين والأنظمة^(٥٧). ويرى جانب من الفقه^(٥٨) أن المهندس بوضعه تصاميم مخالفة للقوانين والأنظمة وعلى فرض أنها تؤدي إلى إلحاق ضرر بصاحب العمل لما تؤول إليه الحالة من تدخل سلطات التنظيم بالهدم أو تدخل أصحاب الحقوق بالمطالبة بالتعويضات فإن مساءلة المهندس إنما تكون وفقاً للمبادئ العامة في المسؤولية وليس وفقاً للقواعد الخاصة بمسؤولية المقاول والمهندس، ونحن نميل إلى هذا الرأي.

وفيما يتعلق بالعيوب الموجبة للضمان فإنه يجب أن تكون جسيمة إلى حد تكون فيه مؤثرة على متانة البناء وسلامته^(٥٩). وهذه العيوب قد تلحق في البناء على شكل تصدعات في الأسقف أو الجدران أو تتمثل في خلل في تركيب

(٥٥) محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ١١٥؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٥٦) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٨١ و ص ٨٥.

(٥٧) محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص ١٧٤؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٧٨٤.

(٥٨) أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

(٥٩) مصطفى أبو علم، مرجع سابق، ص ٢٧؛ محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص ٢٠٢؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٢٥؛ محمد شكري السرور، مرجع سابق، ص ٢٢٣ و ص ٢٢٤؛ محمد عبد الرحيم عنبر، أحكام عقد المقاول، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، الطبعة الأولى، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٧٤.

أنابيب مياه الشرب أو التكييف المركزي، وقد تقع هذه العيوب في بعض الأجزاء الرئيسية من البناء كالأساسات أو الأعمدة^(٦٠).

وعليه، فإذا كان العيب في الدهان أو الزخرفة مثلاً أو غير ذلك من أجزاء البناء؛ بحيث لا يكون من شأنه تهديد سلامة البناء أو متانته فإنه لا يوجب الضمان العشري^(٦١) بل يتخلص من مسؤوليته المقاول والمهندس بمجرد حصول تسليم البناء^(٦٢)، وهو ما تقتضيه - برأينا - السياسة التشريعية؛ حيث إن أحكام الضمان العشري جاءت بصورة استثنائية اقتضتها اعتبارات معينة؛ لذلك كان بديهاً أن تكون هذه العيوب على درجة من الجسامة والخطورة بحيث تبرر هذا الاستثناء. على أن مسألة اعتبار العيب مهدداً سلامة البناء أم لا مسألة واقع يختص بتقديرها قاضي الموضوع وفقاً لظروف كل حالة على حدة، بما له من سلطة تقديرية على الواقع ومستعيناً برأي الخبراء في هذا المجال^(٦٣).

أما من حيث خفاء العيب فيكاد ينعقد إجماع الفقه^(٦٤) على أنه يشترط لتحقق الضمان العشري أن يكون العيب خفياً؛ بحيث لا يكون في استطاعة

(٦٠) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١١٣-١١٤؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٤؛ عبد الناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، ١٩٧٢، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٦١) محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ١٧٣؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ١٢١؛ نعيم مغبغب، عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة، دون دار نشر، ١٩٩٧، ص ١٢٢؛ عزت عبدالقادر، عقد المقاول، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، المنيا، ٢٠٠١، ص ١٤٦.

(٦٢) محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص ٤٩٩؛ مصطفى أبو علم، مرجع سابق، ص ٢٧؛ أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(٦٣) عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص ١٢٤؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٧٩-٨٠؛ محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(٦٤) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١١٣؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٤؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ٩٦-٩٨؛ محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص ٤٩٩؛ مصطفى أبو علم، مرجع سابق، ص ٢٨.

صاحب العمل اكتشافه وقت التسلم. أما إذا كان ظاهراً ومعروفاً فلا يسأل المقاول والمهندس عنه ما دام صاحب العمل قد تسلم البناء من غير أن يبدي تحفظاً عليه^(٦٥). هذا، ويرى جانب من الفقه أنه يجب ألا يتم تحديد العيب وفق المفهوم الضيق للعيب؛ بحيث لا يقتصر العيب على العيب القديم الموجود وقت تسلم رب العمل للعمل وقبوله به بل يجب أن يمتد إلى العيب الطارئ بعد القبول، وكذلك يجب أن يمتد ليشمل العيب الذي يهدد حفظ البناء كالعيوب التي تظهر في توصيلات المياه وتوصيلات الصرف الصحي^(٦٦).

أما بالنسبة إلى قانون المعاملات المدنية فلم ينص على ضرورة أن يكون العيب خفياً لكن يتوجب اعتماد هذا الحل؛ لأنه منطقي ومقبول، ويبرر ذلك أنه لا يمكن تطبيق أحكام الضمان العشري في ظل العيوب الظاهرة، خاصة أن صاحب العمل قد قبل العمل وأقرّه دون إبداء أي تحفظ من جانبه على الرغم من علمه بتلك العيوب، لذلك يعتبر متنازلاً عن حقه في المطالبة بالضمان عن هذه العيوب^(٦٧).

البند الثاني - أن يحصل هذا التهدم خلال عشر سنوات:

طبقاً لنص المادة ٨٨٠ م.م فإن مسؤولية المقاول والمهندس لها نطاق زمني معين ألا وهو عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسليم البناء، وهذه المدة هي مدة الضمان العشري.

ويلاحظ على قانون المعاملات المدنية أنه قد أخذ بفكرة تسليم البناء معياراً لتحديد تاريخ بدء مدة الضمان العشري. وتاريخ التسليم يثبت عادة في محضر التسليم والتسلم الذي يكون بين المقاول والمهندس وبين صاحب العمل أو من ينوب عنه^(٦٨)، عندها تبدأ مدة الضمان بالسريان من تاريخ تحرير

(٦٥) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٦٦) نزيه محمد الصابق المهدي، دور التأمين في مجال عقود وأعمال البناء والتشييد في ظل أحدث النظم القانونية والنصوص التشريعية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

(٦٧) نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص ١٢٠؛ عبد الرزاق يسن، مرجع سابق، ص ٨٣٧.

(٦٨) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٦؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٢.

محضر الاستلام، وتاريخ التسلم هذا لا يثير خلافاً إذا كان صريحاً؛ حيث إنه يثبت في محضر الاستلام.

أما في حالة التسلم الضمني كالاستيلاء على العمل واستعمال البناء مدة طويلة أو تأجيله للغير، فإنه في هذه الحالة يمكن استخلاص تقبل صاحب العمل إذا لم يبد أي تحفظ، وفي هذه الحالة فإن المدة تحسب من تاريخ هذا الاستلام. ويمكن إثبات أن صاحب العمل قد تقبل العمل دون إبداء أي تحفظ بجميع طرق الإثبات؛ كون الأمر يتعلق بإثبات واقعة مادية^(٦٩). هذا، وتحسب هذه المدة بحسب القواعد العامة بالتقويم الميلادي وفقاً لنص المادة ٩ من قانون المعاملات المدنية، ولا يحسب اليوم الأول وتنتهي المدة بانقضاء اليوم الأخير^(٧٠). بقي أن نشير إلى أن تسلم العمل أو البناء قد يتم دفعة واحدة وقد يتم على أكثر من دفعة كما لو كانت طبيعة البناء تقتضي ذلك، وفي هذه الحالة تسري مدة الضمان بخصوص كل عمل يتم تسلمه منذ تاريخ التسلم^(٧١).

(٦٩) أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٢٥٧؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٣؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٧؛ سمير عبد السميع الأودن، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنياً في مجال الإنشاءات، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٤.

(٧٠) نصت المادة ٤٨٠ م.م على أنه "تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالأيام ولا يحسب اليوم الأول منها وتكمل بانقضاء آخر يوم منها إلا إذا كان عطلة رسمية فإنه يمتد إلى اليوم التالي. كما نصت ١١ من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه "٥- وفي جميع الأحوال إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها ٦- وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك".

(٧١) فاروق الأباصيري، نحو توسيع مفهوم المعماري المسؤول عن عيوب البناء (المسؤولية العشرية لصانع مكونات العمل المعماري)، بحث مقدم إلى مؤتمر عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة الذي عقدته كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩-٢١ نيسان ٢٠١٠، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، ص ٢٧٤.

هذا، ونلاحظ أن القانون الإماراتي استخدم كلمة "تسليم" مخالفاً بذلك القانون الأردني - الأصل الذي استقى منه معظم نصوصه - الذي استخدم كلمة "تسلم"^(٧٢)، ونعتقد أن المراد هنا هو التسلم وليس التسليم؛ لأن التسلم متعلق بصاحب العمل الذي تقرر الضمان لمصلحته بينما التسليم متعلق بالمقاول الذي تقوم مسؤوليته بموجب أحكام الضمان العشري. كما نلاحظ أن المادة ٨٨٠ م.م نصت على أنه "تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسليم العمل" وهذا التسليم قد يتم قبل تمام العمل بشكل كامل لذلك فإن من الأفضل عدم سريان هذه المدة إلا بعد تمام العمل وتسلمه، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة ٨٧٠ منه بقولها " .. وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تمام العمل وتسليمه.." ^(٧٣) وهو عينه ما أخذ به الاتجاه الحديث في القضاء في بعض الدول العربية، ومثال ذلك ما أخذت به محكمة التمييز الكويتية؛ حيث جاء في أحد أحكامها أن الضمان "يتحقق إذا حدث سببه خلال عشر سنوات تبدأ من وقت إتمام البناء وهذه المدة هي مدة

(٧٢) نصت المادة ٣/٧٨٨ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على أنه "تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل".

(٧٣) من القوانين العربية التي استخدمت كلمة "تسلم": القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩؛ حيث جاء النص على النحو الآتي: "وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل" (م ٣/٦١٧) والقانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤؛ حيث جاء النص على النحو الآتي: "وتبدأ المدة في جميع الأحوال من تاريخ تسلم العمل" (م ٢/٧١١). ومن الملاحظ أن بعض القوانين العربية لم يستخدم أيّاً من كلمتي "التسليم" أو "التسلم" كما هو الحال بالنسبة: للقانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠؛ حيث جاء النص على النحو الآتي: "وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء" (م ١/٦٩٢) والقانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١؛ حيث جاء النص على النحو الآتي: "وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء" (م ١/٦١٥)، ونعتقد أن هذه النصوص جاءت غامضة، كما أن البناء قد يتم إنشاؤه ولا يتم تسليمه ومع ذلك يبدأ سريان مدة الضمان، وهذا أمر منقذ ويتناقض مع قصد المشرع من وراء النص على الضمان في الأساس وهو من قبيل المصادرة على المطلوب.

اختبار لصلابة المنشآت ومثانتها" ^(٧٤). كما أن هذا الاتجاه أخذ به التشريع الفرنسي والتشريع الإنجليزي ^(٧٥).

وبانقضاء هذه المدة تبرأ ذمة كل من المقاول والمهندس من دعوى المسؤولية العشرية. وعليه فإن عبء إثبات انقضاء المدة يقع على عاتق كل من المقاول والمهندس؛ لأنهما المستفيدان من انقضائها ولا يختص قاضي الموضوع بإثارته من تلقاء نفسه بل لا بد أن يتمسك بانقضائها كل منهما ^(٧٦).

لكن بعد انقضاء المدة هل يحق لصاحب العمل أن يرجع على كل من المقاول والمهندس؟

للإجابة عن ذلك نقول: في الأصل أنه بانقضاء مدة الضمان العشري تبرأ ذمة كل من المقاول والمقاول من المسؤولية بشرط عدم حدوث تدهم كلي أو جزئي أو ظهور عيب يهدد سلامة البناء أو مثانتته خلال مدة الضمان. وعليه فلا يحق لصاحب العمل الرجوع عليهما بعد بانقضاء مدة عشر السنوات والعلّة في ذلك أن المسؤولية العشرية في حد ذاتها طويلة، فإذا ما سمح لصاحب العمل بالرجوع فإن ذلك سيطيّل مدة الضمان إلى زمن غير محدد، ومن ثم يكون عبئاً ثقيلاً على المقاولين والمهندسين ^(٧٧). هذا إلا إذا ثبت أن العيب كان موجوداً في أثناء مدة الضمان وانكشف أو ظهر بعد انقضاء هذه المدة.

(٧٤) حكم رقم ٤١-٤٤/٢٠٠١ الصادر بتاريخ ٢٩/١/٢٠٠٣ والمنشور في مجلة القضاء والقانون، السنة الخامسة والعشرون، القاعدة ٦، ص ٣٩. انظر كذلك:

www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/displayverdict.aspx, 24 June 2010

(٧٥) انظر المطلبين الأول والثاني من المبحث الثالث من هذا البحث.

(٧٦) ربحي اليعقوب، مرجع سابق، ص ٢٨٥؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٣٧٦-٣٧٨؛ محمد شكري السرور، مرجع سابق، ص ٢٦٦.

(٧٧) عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٣٨١؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، ص ١٦٣. وقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم لها جاء فيه "أن مدة الضمان العشري هي مدة اختبار لا تقادم وأن أي دعوى مستندة إلى هذا الضمان لا يمكن أن ترفع بعد عشر سنوات على التسليم (Cass.civ., 3e, 15fev, 1989, Bull, III, no36)".

بيد أن أياً من المقاول أو المهندس قد يستعمل طرقاً احتيالية لحمل صاحب العمل على قبوله على الرغم من وجود العيب فيه، وذلك دون معرفة صاحب العمل أو كشفه لتلك العيوب. وهذه النقطة تثير مسألتين: الأولى أن يكشف صاحب العمل وجود العيب في البناء أو الغش في أثناء فترة الضمان العشري فلا مشكلة هنا، حيث يستطيع صاحب العمل استعمال حقه في الرجوع بالضمان خلال مدة ثلاث سنوات من وقت حصول العيب أو اكتشافه (م ٨٨٣ م.م)^(٧٨). والمسألة الثانية أن يكشف صاحب العمل وجود العيب في البناء أو الغش بعد انقضاء مدة الضمان العشري؛ ففي هذه الحالة فإن على صاحب العمل إثبات أن طرقاً احتيالية قد قام بها أي منهما لحمله على قبول العمل دون أن يعلم بوجود عيب فيه، ويترتب على إثبات الغش أنه يحق لصاحب العمل أن يباشر دعوى الضمان دون التقيد بمدة الضمان العشري؛ أي حتى لو وقع التهدم أو كشف العيب بعد انقضاء المدة وهذا الرأي الغالب في الفقه^(٧٩). بالإضافة إلى أن الغش واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات الجائزة قانوناً. وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة في حكم حديث له بأن "المقصود من حصول التهدم أو اكتشاف العيب هو العلم الحقيقي الذي يحيط بوقوع الضرر والتأكد منه، والمرجع فيه ما تستخلصه محكمة الموضوع مما هو ثابت في الأوراق"^(٨٠).

(٧٨) هذه المدة هي سنة واحدة في القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ (م ٧٩١) وثلاث سنوات في كل من: القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ (م ٦٩٦) والقانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ (م ٧١٤) والقانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ (م ٦١٩).

(٧٩) محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص ٥٠٧، ص ٦٢؛ مصطفى أبو علم، مرجع سابق، ص ٣٢؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٧٠؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٤؛ محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص ٢٣٧، محمد حسين منصور، ص ٨٣؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٣٨٦-٣٨٩.

(٨٠) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم ٥٨١ تاريخ ٢٧/٦/٢٠٠٤ (مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ١٧٢٣).

حاصل القول أنه حتى نستطيع أن نطبق أحكام الضمان العشري لا بد من توافر الشروط المذكورة سابقاً. لكن في حالة تخلف شرط أو أكثر من هذه الشروط فإنه يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب عن العيب وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية.

المبحث الثاني أحكام الضمان العشري

في هذا المبحث سوف نناقش الأثر الذي يترتب على تعلق أحكام الضمان العشري بالنظام العام ونطاق تطبيق هذا الضمان وذلك في مطلبين مستقلين:

المطلب الأول أثر تعلق أحكام الضمان بالنظام العام

إن الضمان بوجه عام لا تعتبر أحكامه من النظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامه تخفيفاً أو تشديداً باتفاق خاص^(٨١)، أما الضمان الخاص بالمهندس والمقاول فتعتبر أحكامه من النظام العام، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٨٢ م.م بقولها: "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه". ويستفاد من هذا النص أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على الإعفاء من الضمان العشري أو الحد منه، ويقضي ذلك أيضاً أنه لا يجوز لأي من المقاول أو المهندس أن يشترط شروطاً يقصد منها الحد من هذا الضمان أو الانتقاص منه.

وقد أراد المشرع من وراء ذلك تدعيم وتعزيز الحماية التي منحها لصاحب العمل فجعل أحكام الضمان الخاص - في عقد المقاولة - من النظام العام على خلاف القواعد العامة فيه. ونعتقد أن هذا الخروج على القواعد العامة في الضمان له مبررات توجبه وهي حماية المصالح العامة وحماية المصالح الخاصة:

فحماية المصالح العامة تتحقق بحماية السلامة العامة، وتفصيل ذلك أن تهدم المباني والمنشآت الكلي أو الجزئي قد يؤدي إلى حدوث كوارث تصيب

(٨١) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٣؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

الكثيرين بأضرار فادحة في أموالهم أو أرواحهم سواء كانوا أصحابها أو مستأجريها أو جيرانها أو من المارة في الطريق العام، وهؤلاء الطائفة من الناس لا بد من حمايتها من خلال عدم السماح للمهندسين أو المقاولين باستبعاد مسؤولياتهم عن هذه الحوادث وما يترتب عليها من أضرار باتفاق خاص^(٨٢).

أما حماية المصلحة الخاصة فهي هنا مصلحة صاحب العمل وهو الشخص الذي تعاقد مع المقاول والمهندس على إقامة البناء، وهذه المصلحة من الضروري أن يسعى القانون لحمايتها لأن من أهدافه حماية الصالح الخاص إلى جانب الصالح العام. ومن هذا المنطلق فإن المشرع قد نص صراحةً على حماية صاحب العمل خاصةً أنه عادة لا يكون من أهل الخبرة الفنية في أعمال البناء^(٨٣).

فضلاً عن ذلك فإن المقاول والمهندس هما الجانب الأقوى في عقد المقولة من الناحية الفنية ومن ثم يستطيعان أن يضيعا هذه الحماية لو أجاز لهما القانون التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها من خلال اللجوء إلى تضمين عقودهم بنوداً تعفيهم من المسؤولية، وهذا فيه ضرر كبير بأصحاب الأعمال الذين غالباً لا يفهمون في مسائل البناء إضافةً إلى الضرر الذي يمكن أن يمس المجتمع بأكمله^(٨٤).

(٨٢) أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل، الطبعة الأولى، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٥٨-٨٩؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ٢٥٤-٢٥٥؛ محمد لبیب شنب، مرجع سابق، ص ١٨٥. هذا، ويرى جانب من الفقه أن لأحكام الضمان هدفاً آخر ألا وهو الحفاظ على سلامة ومثانة الأعمال المعمارية عموماً باعتبارها ثروةً قوميةً عقارية (فاروق الأباصيري، نحو توسيع مفهوم المعماري المسؤول عن عيوب البناء (المسؤولية العشرية لصانع مكونات العمل المعماري)، مرجع سابق، ص ٢٦٦). وبرأينا فإن هذا الهدف يتفق مع الحكمة من تقرير الضمان.

(٨٣) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص ٥٧؛ محمد ناجي ياقوت، العقود المسماة: البيع - الإيجار - المقولة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٤، ص ٤٤٦.

(٨٤) محمد لبیب شنب، مرجع سابق، ص ١٥٨؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ٢٥٥-٢٥٦.

أما عن الأثر الذي يترتب على تعلق أحكام الضمان بالنظام العام فإنه يتمثل في مدى صحة الشروط التي من الممكن أن يتضمنها العقد سواء كانت مشددة أم معفية أم مخففة لمدة الضمان، وهذا ما سوف نتناوله تالياً:

أولاً - حكم الشروط المشددة:

إذا كان قصد المشرع من جعل الضمان من النظام العام هو التشديد في مسؤولية المقاول والمهندس فإنه من الطبيعي والمؤكد السماح بتشديد مدة الضمان وزيادتها على عشر سنوات؛ حيث إن أحكام القانون تمثل الحد الأدنى للحماية المقررة بخصوص هذا الضمان ويفهم ذلك من نص المادة ٢/٨٨٠ م.م؛ حيث تضمنت "...إذا لم يتضمن العقد مدةً أطول". ومع ذلك فإنه يجب التحفظ بالنسبة إلى جواز إطالة مدة الضمان؛ وذلك حتى لا يتعسف أصحاب الأعمال فيضمنوا عقودهم مثل هذه الشروط خاصة عندما يكونون هم الطرف الأقوى ككبار الشركات، فإذا تم اشتراط مثل هذه الشروط فإنه يمكن أن تكون مثل هذه الشروط المشددة مردها القواعد العامة فيما يتعلق بعقود الإذعان^(٨٥).

ثانياً - حكم الشروط المخففة:

تنص المادة ٨٨٢ م.م على أنه "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه". فحسب هذا النص فإن حكم الشروط المخففة هو البطلان، والبطلان محله هنا الشرط لا العقد، وهذا البطلان مطلق؛ لأنه متعلق بالنظام العام فلا يصححه أي اتفاق، وهذا ما انعقد عليه الاجتهاد^(٨٦). وتجدر الملاحظة هنا أن المشرع الإماراتي أعطى للمتعاقدين حرية

(٨٥) عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٣١٨-٣١٩.

(٨٦) محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص ٢٧٣؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ٢٦١؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٨٦؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٤؛ محمد شكري السرور، مرجع سابق، ص ٣٢٥؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٣١؛ مصطفى أبو علم، مرجع سابق، ص ٣٠-٣١.

الاتفاق على إنزال مدة الضمان لمدة أقل من عشر سنوات في حالة أن يكونا قد قصدا من إقامة المباني استعمالها مدة أقل من عشر سنوات^(٨٧).

ثالثاً - حكم الشروط المعفية:

لا يختلف حكم الشروط المعفية عن حكم الشروط المخففة في قانون المعاملات المدنية، ويظهر ذلك جلياً من خلال نص المادة ٨٨٢، الذي قضى ببطلان كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه. إذن، فما دام القانون قد نص صراحة على بطلان أي شرط يقصد به التخفيف من الضمان فمن باب أولى بطلان أي شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من هذا الضمان؛ لأن هذا الضمان يتعلق بالنظام العام ولا يجوز النزول عنه مقدماً^(٨٨).

المطلب الثاني

نطاق تطبيق الضمان العشري

إن الأحكام الخاصة بالضمان العشري لها نطاق تطبيق معين سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الأضرار التي تشملها، وللوقوف على هذه الأحكام سوف نتناولها في بندين اثنين: نتحدث في الفرع الأول عن نطاق الضمان

(٨٧) انظر حول جواز ذلك في القانون المصري أيضاً: محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص ٥٠٤؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٣٢١؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٨٨) انظر: أنور طلبة، مرجع سابق، ص ٨١٠؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٤١؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٣١-١٣٢؛ محمد شكري السرور، مرجع سابق، ص ٢٢٤؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٨٥؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماربيين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ٣٥٩. جاء في القرار رقم ١٢٩ (١٤/٣) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي أنه "١٦- لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول" (مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق).

العشري من حيث الأشخاص، وفي الفرع الثاني عن نطاق الضمان العشري من حيث الأضرار التي يشملها.

الفرع الأول نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص

ما دمنا نتحدث هنا عن مسؤولية أياً كان نوعها، فلا شك أن هناك جانبين لها، وهما المستفيد من هذه المسؤولية وهو الدائن، والمدين بها وهو المهندس والمقاول.

البند الأول - الدائن بالضمان:

لاشك أن المستفيد الأول من الضمان العشري هو صاحب العمل؛ لأنه هو الذي يصاب بالضرر الناتج عن تدهم البناء أو ظهور عيب جسيم فيه، فهو الذي يرتبط مع المقاول بعقد المقاولة، وإليه تنصرف آثار العقد مباشرة سواء كانت في صالحه أم لا، ومع ذلك فقد ينتقل هذا البناء من صاحب العمل إلى أي شخص آخر، وذلك بطرق الاستخلاف المعروفة، كبيعه لشخص آخر مثلاً. وانطلاقاً من ذلك فإن هناك أشخاصاً آخرين غير صاحب العمل يمكن لهم المطالبة بالضمان قبل المهندس والمقاول، وهم الخلف العام والخلف الخاص وأخيراً دائن صاحب العمل.

فبالنسبة إلى صاحب العمل فإنه لا يشترط فيه أن يكون مالكاً للأرض التي يقيم عليه البناء، فقد تكون له أو تكون مملوكةً لغيره^(٨٩)، كما هو الحال بالنسبة إلى صاحب حق المساطحة. كما قد يكون صاحب العمل شخصاً طبيعياً كفرد معين، أو شخصاً معنوياً كالمؤسسات العامة والدوائر الحكومية والجمعيات، وقد يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص كالشركة المدنية أو التجارية، أو شخصاً من أشخاص القانون العام كالدولة أو هيئة عامة^(٩٠). ومن جهة أخرى،

(٨٩) عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٥٧٣.

(٩٠) انظر: أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٢٢١-٢٢٢.

فقد نكون أمام حالة اتحاد الملاك؛ حيث يتولى الاتحاد رفع الدعوى سواء كان التهدم أو العيب في الأجزاء المشتركة أم في جزء خاص بأحد الملاك، على أن ذلك لا يمنع المالك من ممارسة الدعوى بنفسه^(٩١).

أما بالنسبة إلى الخلف العام فقد نصت المادة ٢٥٠ م.م على أنه "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام". ومقتضى هذا النص أن الحقوق التي يرتبها العقد لصالح صاحب العمل تنتقل بعد موته إلى الخلف العام^(٩٢) وهم الورثة. فإذا كان الحق في الضمان العشري هو أهم الحقوق التي يرتبها عقد المقاول لصاحب العمل، فإن من حق خلفه أيضاً المطالبة بهذا الضمان - في حال تحقق سببه - بعد وفاته^(٩٣). أما ما جاء في عجز المادة من استثناءات فلا محل له هنا؛ وذلك لأنه لو أخذنا بها لأمكننا الإغفاء من الضمان ذاته، وهذا يتعارض مع نص المادة ٨٨٢ م.م السالفة الذكر.

أما بالنسبة إلى الخلف الخاص^(٩٤) كالمشتري مثلاً فإن الحق في الضمان

(٩١) انظر بالتفصيل: عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٥٧٦-٥٧٧.

(٩٢) الخلف العام: هو من يخلف الشخص في كامل ذمته المالية من حقوق والتزامات كالورثة والموصى له بحصة شائعة. انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠٤، ص ٥٤٠-٥٤١.

(٩٣) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦١؛ عبد الرزاق السنهوري، ج ٧، مرجع سابق، ص ١١١؛ محمد عبد الرحيم عنبر، مرجع سابق، ص ١٩٥؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ٧٥-٧٨؛ أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٩٤) الخلف الخاص: هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها أو حق شخصي، كالمشتري والموصى له بعين محددة وصاحب حق الانتفاع. انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٥٩٦ و ٦٠٥.

ينتقل إليه بوصفه خلفاً خاصاً، وذلك طبقاً لقواعد الاستخلاف الخاصة الواردة في قانون المعاملات المدنية^(٩٥). على أنه يجوز للمشتري - فضلاً عن ذلك - أن يرجع على البائع (صاحب العمل) بموجب دعوى ضمان العيوب الخفية، وفي هذه الحالة فإن للبائع أن يرجع على المقاول أو المهندس بالضمان، وله أيضاً أن يدخلهما متضامنين في دعوى ضمان العيب التي يرفعها المشتري^(٩٦).

أما بالنسبة إلى دائن صاحب العمل فيرى جانب من الفقه أن له حق ممارسة الضمان العشري من خلال الدعوى غير المباشرة؛ لأنه ذا طبيعة مالية ولا يتعلق بشخص المدين^(٩٧)، وهذا يتفق مع نص المادة ٣٩٢/١ م.م التي تنص على أن "لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يباشر باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز". وهذا يعني أن دائن صاحب العمل يستطيع أن يطالب بالضمان العشري وأن يقيم دعوى ضد المقاول والمهندس من خلال الدعوى غير المباشرة، وذلك في حال أن تحقق لصاحب العمل حقه وكان من شأن تقصيره بالمطالبة به أن يؤدي إلى إعساره أو زيادة إعساره ومن ثم ضياع حقوق دائن أو دائني صاحب العمل.

وعليه، فإنه يمكن القول إن تطبيق أحكام الضمان العشري نتج منه أن أصبح كل من المهندس والمقاول عرضةً لانشغال مسؤوليته قبل الأعيان الذين لم يدخل معهم المهندس أو المقاول في أية علاقة تعاقدية مما يستتبع من ثم انحسار مبدأ نسبية أثر العقد، وإن كان ذلك بشكل ضيق.

(٩٥) تنص المادة ٢٥١ م.م على أنه "إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

(٩٦) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، مرجع سابق، ص ١١١؛ أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٢٢١؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٩٧) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٨٥.

البند الثاني - المدين بالضمان:

المدين بالضمان هو المهندس والمقاول؛ حيث اقتصر القانون على مسؤوليتهما دون غيرهما:

أولاً - المهندس:

يقصد بالمهندس في هذا المجال: الشخص الذي يعهد إليه في وضع التخطيط أو التصميم أو الرسومات أو الخرائط أو النماذج لإقامة المنشآت، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه وتقييمه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه^(٩٨) وقد عرفه جانب من الفقه بأنه "الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسوم والتصميمات اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء"^(٩٩).

وبحسب هذه التعريفات فإن المهندس قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً كما في حالة أن يتم التعاقد مع مؤسسة هندسية^(١٠٠). ولا يشترط في المهندس أن يكون حاملاً لمؤهل فني في الهندسة المعمارية؛ فهو يلتزم بالضمان ما دام يقوم بمهمة المهندس المعماري سواء أكان ميكانيكياً أم كهربائياً أم مدنياً^(١٠١)، إذن، فالعبرة للأداء لا للوصف القانوني للشخص لغايات

(٩٨) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٩؛ محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ١٥٤؛ سمير كامل، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندس والمقاولين عن حوادث البناء، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ١٩. انظر كذلك: سمير عبد السميع الأودن، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنياً في مجال الإنشاءات، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ٢٠٠٠ ص ٩٢؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٩٩) نقلاً عن محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٥٧.

(١٠٠) أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٢٢٣-٢٢٤.

(١٠١) جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص ٤٠؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٩؛ محمد ناجي ياقوت، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ٤٤٧.

تطبيق أحكام الضمان عليه في هذه الحالة^(١٠٢)، وهذا ما نراه الأنسب لتحقيق غاية المشرع من النص على الضمان.

ونود الإشارة في هذا الصدد إلى أن المادة ٢ من المرسوم رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم مزاولة مهنة الاستشارات الهندسية في إمارة دبي قد عرفت المهندس بأنه "الشخص الطبيعي الحاصل على مؤهل جامعي من جامعة معترف بها في أحد التخصصات الهندسية والمقيد اسمه في سجل مزاوالي الاستشارات الهندسية"، كما عرفت المهنة الهندسية بأنها "مجموع الأنشطة التي يقوم بها المهندسون المؤهلون في أي من التخصصات الهندسية". وبحسب ما نرى فإن المشرع كان موفقاً في تعريف المهنة الهندسية؛ حيث لم يحدد تخصصاً محدداً وإنما جاء النص مطلقاً ليشمل جميع التخصصات الهندسية لكنه جانب الصواب عندما عرف المهندس بأنه الشخص الطبيعي متجاهلاً الحالة التي يتم فيها التعاقد مع مكتب هندسي أو شركة هندسية على نحو ما ذكرناه سابقاً، ومما يثير الأمر غرابةً أنه جاء في المادة ١٢ من المرسوم ذاته ما يلي: "لا يجوز مزاولة مهنة الاستشارات الهندسية إلا من خلال مكتب هندسي مرخص"، فكأن المشرع هنا عاد واعترف بإمكانية أن يكون المهندس شخصاً معنوياً.

أما بالنسبة إلى قانون المعاملات المدنية الإماراتي فقد اقتصر نص المادة ١/٨٨٠ منه على ذكر كلمة المهندس، دون ذكر كلمة "المعماري" ليمنح القضاء فرصة تفسير كلمة المهندس تفسيراً واسعاً ليشمل كل المهندسين المشاركين في عملية البناء، وهذا مشابه تماماً لنص المادة ١/٧٨٨ من القانون المدني الأردني ومخالف لنص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري التي ذكرت كلمة المهندس المعماري تحديداً^(١٠٣). ومع ذلك يرى بعض الشراح اعتبار

(١٠٢) انظر: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٨٧.

(١٠٣) انظر: عبد الوود يحيى، مسؤولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها، مجلة مصر المعاصرة، مجلة ربع سنوية تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، السنة السبعون، العدد ٣٧٥، ١٩٧٩، ص ١٦.

المهندس الإنشائي وخبير التربة في حكم المهندس المعماري إذا ارتبطوا مباشرة بعقد مقالة مع صاحب العمل^(١٠٤).

وتجدر الإشارة إلى أنّ الاتجاه التشريعي الحالي يميل إلى توسيع حلقة الملزمين تحمل الضمان العشري؛ بحيث يكون لرب العمل أو من انتقلت إليه ملكية العقار أن يرفع دعوى الضمان ضد أشخاص لم يكونوا طرفاً في عقد المقالة كصانع عناصر أو قطع البناء المصنعة أو الجاهزة^(١٠٥). وهذا هو موقف المشرع الفرنسي الذي وسع من نطاق الضمان العشري من جهة المسؤولين عن الضرر الناجم عن تدهم البناء، وكان ذلك في مناسبتين، الأولى كانت بالقانون رقم ٣ لعام ١٩٦٧ والثانية بالقانون رقم ٤ لعام ١٩٧٨ بحيث شمل نطاق الضمان العشري من جهة المسؤولين بالضمان المهندس والمقاول والبائع والوكيل والممول العقاري والصانع، وذلك بالتكافل والتضامن مع المقاول الأصلي والمقاول من الباطن^(١٠٦). ونعتقد أن هذا تدخل حميد من جانب

(١٠٤) محمد ليبب شنب، مرجع سابق، ص ١٥٨؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها، مرجع سابق، ص ١٩٣-١٩٤. جدير بالإشارة أن الفقه والقضاء الفرنسيين توسعا في مفهوم المهندس؛ بحيث أصبح يشمل المهندس غير المعماري ومكاتب الدراسات الهندسية والرسامين والقياسيين والجيولوجيين وغيرهم (انظر: أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٩٧).

(١٠٥) بولعيد حسن صويح، مسؤولية المقاول والمقاول من الباطن: دراسة في التشريعين المغربي والفرنسي (دراسة باللغة الفرنسية مترجمة إلى اللغة العربية)، منشورات عذراء، الرباط، ٢٠٠٦، ص ٢٧.

(١٠٦) انظر: محمد حاتم البيات، الإطار العام لمسؤولية المهندس المعماري والمقاول في القانون المدني: دراسة مقارنة في الضمان العشري، بحث مقدم إلى مؤتمر المسؤولية المهنية، كلية القانون - جامعة اليرموك، ١٣-١٤ نيسان ٢٠١٠، ص ٣ وما بعدها؛ مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقالة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٢٥-١٢٦. انظر المبحث الثالث من هذا البحث.

المشرع الفرنسي؛ ذلك أن قصر الضمان العشري على المهندس والمقاول وبالمفهوم التقليدي أمر لا تستجيب له أساليب البناء الحديثة ونوعياته، ومن هنا فإنه يمكن القول إن النص المتعلق بالأشخاص المسؤولين عن الضمان العشري في القانون الإماراتي قد وضع منذ أمد بعيد تطورت بعده الأساليب الفنية والتقنية للبناء، وأضحى بحاجة إلى تعديل ينسجم مع التطور الذي طرأ على أساليب البناء والحركة العمرانية الضخمة التي تشهدها الدولة، وهو ما ينسجم مع السياسة التشريعية التي تهدف إلى حماية الأرواح والممتلكات وتعزيز الأمن والاستقرار في المجتمع^(١٠٧).

وعلى أي حال فإنه حتى يمكن مساءلة المهندس وفقاً لأحكام المادة ٨٨٠م.م يجب أن يكون مرتبطاً مع صاحب العمل بعقد مقالة، أما إذا قام بالعمل دون أن يرتبط مع صاحب العمل بعقد مقالة، فإنه لا يكون مسؤولاً مسؤولية خاصة تجاه صاحب العمل، بل يسأل عن أخطائه وذلك وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ثانياً - المقاول:

يستنتج من المادة ٨٨٠/١ م.م أن المقاول هو الشخص الذي يعهد إليه إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى يضع المهندس تصميمها على أن ينفذها المقاول تحت إشرافه. وكما هو الشأن بالنسبة إلى المهندس فإن المقاول قد يكون شخصاً طبيعياً كما قد يكون شخصاً معنوياً كأن يكون شركة مقاولات^(١٠٨).

(١٠٧) بخصوص المشاريع الإنشائية والتنمية المعيبة التي تم تنفيذها في دول الخليج العربي في ظل غياب الرادع التشريعي للمهندس والمقاول. انظر: عثمان سليمان العيسى، ضمان ما تهدم، مقالة منشورة في صحيفة الرياض: صحيفة يومية تصدر في العاصمة السعودية، مؤسسة اليمامة، العدد ١٥٢٣٩، الإثنين ١٥ آذار ٢٠١٠، ص ٧.

(١٠٨) أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٢٢١.

ولغايات تصنيف المقاولين يمكن تقسيم أشغال المقاولات إلى عدة تقسيمات، أهمها الطرق، الأبنية، الإلكتروميكانيك، المياه والصرف الصحي، والأشغال الأخرى^(١٠٩). لكن مهما كان صنف المقاول فإن التزامه الأساسي في عقد المقاوله يبقى تنفيذ محتوى العقد ومضمونه، وذلك وفقاً للتصميمات والنماذج والرسوم الموضوعه من قبل المهندس أو صاحب العمل^(١١٠) ويترتب على إخلاله بهذا الالتزام قيام مسؤوليته^(١١١). وتبقى مسؤولية المقاول قائمة حتى لو تدخل صاحب العمل في التنفيذ؛ لأن من واجب المقاول أن يمنع كل عمل يخالف أصول الفن ولو أمر به صاحب العمل، حيث يلتزم المقاول بنتيجته وهي بقاء البناء الذي قام بتشيدته متيناً وسليماً مدة عشر سنوات بعد تسليمه^(١١٢).

وقد يعهد صاحب العمل إلى مقاول واحد للقيام بعملية البناء فيقوم بعمله بواسطة فريق عمل من الفنيين والمستخدمين والعمال وبالاستعانة بمقاولين من الباطن، وفي جميع هذه الحالات يبقى المقاول هو المسؤول الوحيد تجاه صاحب العمل وفقاً لأحكام الضمان العشري^(١١٣)، وهذا ما أكدته المادة ٢/٨٩٠ م.م.

ومع ذلك فقد يتعاقد صاحب العمل مع عدة مقاولين ليقوم كل منهم بجزء من عملية البناء، كأن يقوم أحدهم بالحفريات والتأسيس، وآخر بالتقسيمات الداخلية، وثالث بأعمال البناء الأخرى من أعمدة وجدران وما إلى ذلك من

(١٠٩) للمزيد من التفاصيل انظر على سبيل المثال: الملحق رقم ١ لتعريف المجالات والاختصاصات لأشغال المقاولات المرفق بتعليمات ترخيص مقاولي الإنشاءات الأردني لسنة ٢٠٠٢.

(١١٠) عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٤٢١.

(١١١) محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(١١٢) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(١١٣) محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ١٦١. وهذا مشابه للموقف في القانون الإنجليزي؛ حيث يسأل المقاول عن أعمال تابعيه، انظر:

McNeill Stokes, Construction Law in Contractor's Language, New Edition, McGraw-Hill Book Company, London, 2008, p.95.

الأعمال التي يتطلبها البناء^(١١٤). فكل واحد من هؤلاء يعتبر مقاولاً في حدود ما عهد إليه، ومن ثم يكون ملتزماً بالضمان العشري كل في نطاق العمل الذي تم إسناده إليه؛ حيث لا يمنع من قيام الضمان تعدد المقاولين^(١١٥).

أما عن الحالة التي يكون فيها من الصعوبة بمكان أن تتم نسبة العيب الذي أصاب البناء إلى مقاول معين كما في حالة ظهور تشققات جسيمة في أعمدة البناء التي قام أحد المقاولين ببنائها، وخاصة عندما يكون هناك مقاول آخر قد قام ببناء أساسات تلك الأعمدة؛ ففي هذه الحالة يكون من الصعب تمييز سبب ظهور التشققات أهو خطأ مقاول الأعمدة أم خطأ مقاول الأساسات. والحقيقة أن النصوص القانونية لم تتضمن هذه الحالة لكنها ذكرت المقاول بشكل عام ومسؤوليته عن أي تهدم كلي أو جزئي أو ظهور عيب في البناء، إلا أنني أعتقد أنه يمكن لصاحب العمل الرجوع على المقاولين بالتضامن عن أي عيب يصيب البناء من شأنه تهديد سلامته، ولأي مقاول لم يتسبب في هذا العيب أن يثبت أمام المحكمة بجميع وسائل الإثبات عدم مسؤوليته.

البند الثالث - تضامن المهندس والمقاول في الضمان العشري:

فيما يخص الضمان العشري فقد نص المشرع الإماراتي في المادة ٨٨٠/١ م.م على تضامن المهندس والمقاول عما يحصل من تهدم أو تعيب في البناء، ومفاد ذلك أنه يجوز لصاحب العمل الرجوع عليهما معاً متضامنين بالتعويض^(١١٦)،

(١١٤) أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٢٢٢؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٤٣٤.

(١١٥) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١١٠؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(١١٦) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٧٩؛ محمد شكري السرور، مرجع سابق، ص ٣٠٢؛ فاروق الأباصيري، نحو توسيع مفهوم المعماري المسؤول عن عيوب البناء (المسؤولية العشرية لصانع مكونات العمل المعماري)، مرجع سابق، ص ٢٤٤؛ انظر كذلك:

Camille Paldi, Contractor's Liability Under UAE Construcyion Law versus FIDIC 1999 Red Book Contract, <http://ilovetheuae.com/2010/05/18/contractor%E2%80%99s-liability-uae-constructionlaw>.

ولا يمكن لأحدهما دفع الضمان عنه بحجة عدم توافر الخطأ في جانبه ونسبته إلى الآخر^(١١٧). ولعل الحكمة من هذا التضامن هو حث المقاول والمهندس على الإجابة في البناء للخروج به في صورة كاملة خالية من العيوب مما يحافظ على الأرواح والممتلكات، ويبعث الطمأنينة في نفس صاحب العمل ويحقق المصلحة العامة للمجتمع ككل^(١١٨).

أما عن علاقة المقاول والمهندس كل منهما بالآخر فلا يوجد فيها تضامن؛ وذلك لأنه لا يوجد عقد يربط بينهما ولو أن كلاهما يرتبط مع صاحب العمل برابطة عقدية^(١١٩). وعليه فإن المسؤولية المترتبة عليهما تقسم بينهما بنسبة خطأ كل منهما^(١٢٠)، ويجوز في هذه الحالة لأي منهما أن يرجع على الآخر إذا كان العيب الذي حدث في البناء بسبب خطأ هذا الأخير^(١٢١). أما إذا كانت مسؤوليتهما قد قامت دون أن يثبت خطأ في جانب أي منهما فإن المسؤولية في هذه الحالة تقسم وتوزع عليهما بالتساوي^(١٢٢).

الفرع الثاني

نطاق الضمان العشري من حيث الأضرار التي يشملها

إن المسؤولية الخاصة بالمهندس ومقاول البناء كما هي مقيدة بالنسبة للأشخاص فهي أيضاً مقيدة بالنسبة إلى الأضرار، وعليه فسندرس هنا الأعمال التي تشكل محلاً للضمان والآثار المترتبة على تحقق الضمان:

(١١٧) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٩٨.

(١١٨) انظر: محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

(١١٩) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٩٨؛ محمد ليبب شنب، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(١٢٠) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(١٢١) محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(١٢٢) أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

البند الأول - الأعمال التي تشكل محلاً للضمان:

لا بد هنا من بحث محل عقد المقاوله الذي أشارت إليه المادة ٨٨٠/م.م بعبارة "فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت". وعليه تنثير هذه النقطة مسألتين: تتعلق الأولى بتشديد المباني كمحل لعقد المقاوله، وتتعلق الثانية بإقامة منشآت أخرى كمحل ثانٍ للعقد.

أولاً - تشييد المباني:

لقد تعرض الفقه لتعريف البناء؛ فقد عرفه الأستاذ السنهوري بأنه "مجموعة من المواد أيّاً كان نوعها - خشباً أو جسراً أو جبساً أو حديداً، أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا - شيدتها يد الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار"^(١٢٣). كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه "كل شيء من صنع الإنسان ثابت في حيزه، متصل بالأرض اتصال قرار"^(١٢٤).

ويشير جانب آخر من الفقه أيضاً إلى أن البناء له ثلاث خصائص: الأولى تتعلق بالمادة التي يتكون منها كالحجارة أو الإسمنت أو الطين أو الطوب أو الحديد أو غيرها، والثانية تتعلق بمن صنعه وهو الإنسان، والثالثة تتعلق بثباته واستقراره في الأرض بحيث لا يمكن فصله عن الأرض أو نقله من مكان إلى آخر دون ضرر أو دون تغيير في هيئته^(١٢٥).

(١٢٣) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مرجع سابق، ص ١٢١٣.
(١٢٤) عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص ٨-٩ وص ١٢٣. وقريب من ذلك فقد عرفه بعض الفقه على أنه "كل شيء متماسك من صنع الإنسان" (عبد الحميد نجاشي عبد الحميد الزهيري، قياس الأضرار في منازعات عقود البناء والتشييد في ضوء نماذج عقود الفيديك والقانون المقارن، بحث مقدم إلى مؤتمر عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة الذي عقدته كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩-٢١ نيسان ٢٠١٠، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، ص ٥٠٤. كما أن الباحث يشير إلى: خالد عبد الفتاح، التعليق على قانون المباني، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٣٤ وما بعدها).
(١٢٥) نزيه محمد الصابق المهدي، دور التأمين في مجال عقود وأعمال البناء والتشييد في ظل أحدث النظم القانونية والنصوص التشريعية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٤٨.

وقد عرف القضاء الفرنسي أعمال البناء أو التشييد بأنها "الأعمال الهادفة إلى إرساء أو تثبيت منقولات بالأرض"^(١٢٦)، وبذلك يكون المعيار هو التثبيت بالأرض. وقد شملت أعمال البناء والتشييد إقامة منازل فوق أعمدة خشبية مثبتة بالأرض على شاطئ البحر^(١٢٧)، وإرساء أحواض السباحة في الحدائق الخاصة وإقامة ممرات لملاعب التنس^(١٢٨).

وقريباً ممّا سبق يمكن تعريفه أيضاً بأنه "كل عمل أقامته يد الإنسان عن طريق الربط بين مجموعة مواد إنشائية أيّاً كان نوعها ربطاً غير قابل للفك، جرت العادة على استعمالها في مثل هذا العمل، طبقاً لمقتضيات الزمان والمكان على أن يكون هذا المبنى ثابتاً بالأرض متصلاً بها اتصال قرار، بحيث لا يمكن نقله دون هدم أو تلف".

وعليه يمكن القول: إن نوعية المواد المصنوع منها البناء لا تؤثر في مدى خضوعه لأحكام هذه المسؤولية، فيستوي أن تكون هذه المواد مصنوعة من الطوب أو الخشب أو الحديد أو الحجارة أو الحصير أو الخرسانة المسلحة أو الجبس أو البلاستيك أو الزجاج أو غيره^(١٢٩).

يسلمّ الفقه أيضاً بخضوع تلك المباني لهذه الأحكام أيّاً كان الغرض من

(١٢٦) قرار محكمة التعقيب الفرنسية الصادر في ٢٨ أبريل ١٩٩٣ والمنشور بمجلة JCP القانونية، الجزء الثاني، العدد ٢٢١٠٣.

(١٢٧) قرار محكمة التعقيب الفرنسية الصادر في ٢٨ كانون الثاني ٢٠٠٣ والمنشور بمجلة القانون المعماري الفرنسية، سنة ٢٠٠٣، ص ١٨٤.

(١٢٨) قرار محكمة استئناف باريس الصادر في ٥ تموز ١٩٩١ والمنشور بمجلة JCP القانونية، الجزء الرابع، ص ٤٤٤). (انظر المحامي إلياس بلطيف، مرجع سابق، ص ٧ وما بعدها). انظر المطلب الثاني من المبحث الثالث من هذا البحث.

(١٢٩) حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة على بناء تم تشييده من الزجاج بقصد المحافظة على بعض النباتات والزهور: مشار إليه لدى محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، هامش ١٧٢، ص ٨٣.

إنشائها، وسواء كان البناء بغرض السكن كالمنازل أو إيواء الحيوانات أو الطيور أو السيارات كالحظائر والكرجات، أو كانت مخصصة لتقديم خدمات تعليمية كالمدارس والجامعات، أو خدمات صحية كالعيادات والمستشفيات، أو بهدف الترويج والتسلية كالملاهي والمسارح وما إلى ذلك من الأبنية المعدة لأداء أغراض معينة تقضي مختلف حاجات المجتمع^(١٣٠). كما لا يهتم إذا ما كان البناء قد شيد فوق سطح الأرض أو تحتها كالملاهي والأدوار السفلية^(١٣١).

ونميل إلى الأخذ بالاتجاه الفقهي الذي يرى أن أعمال البناء التي تسري عليها أحكام الضمان ليست محصورة بالقيام بأعمال البناء الجديدة فحسب بل تمتد لتشمل المفهوم الواسع للبناء بما في ذلك أعمال التعلية والتعديل والتجديد والتوسيع والترميم وتقوية الأجزاء المتداعية وغير ذلك^(١٣٢)، ونرى أن الأخذ بالمعنى الواسع يحقق قصد المشرع في تشديد الحماية القانونية وتعزيزها بتوسيع نطاق المحل الذي تحميه هذه المسؤولية؛ وذلك تحقيقاً لمصلحة صاحب العمل وللصالح العام من خلال المحافظة على اقتصاد الوطن والمحافظة على أمن المجتمع وسكينة، هذا علاوة على أن التعديلات أو الإضافات أو الترميمات قد تكون أحياناً من حيث التكلفة والأهمية بمكان بحيث تفوق الأعمال المشيدة

(١٣٠) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، مرجع سابق، ص ١٠٧؛ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٢؛ عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص ١٢٣؛ محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص ١٥٧ ويشير إلى عبد الرزاق عبد الوهاب في بحث له بعنوان "المسؤولية المدنية في القانون السويسري": مجلة القضاء، العدد ٢، سنة ٣٥، ١٩٧٠، ص ٣٥-٣٦.

(١٣١) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٧٢؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، ص ٨٤؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٨؛ عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص ٥٩.

(١٣٢) انظر: محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٣؛ محمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص ١٦٠؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٢١؛ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها، مرجع سابق، ص ٩٣-٩٤، مصطفى أبو علم، مرجع سابق، ص ٢٧-٢٨؛ محمد عبد الرحيم عنبر، مرجع سابق، ص ٦٢.

أصلاً^(١٣٣). هذا مع ملاحظة أن جانباً من الفقه^(١٣٤) يرى أن توسيع نطاق مسؤولية المقاول والمهندس بهذه الحالة ربما يدفع بعض المقاولين أو المهندسين إلى بذل ممارسات دفاعية قد تؤثر سلباً على الجانب الإبداعي للمهنة، ونحن بدورنا لا نؤيد هذا الرأي ونعتقد أن توسيع نطاق المسؤولية سيكون مدعاةً لتحفيز الجانب الإبداعي للمقاول والمهندس من خلال شعورهم بالمسؤولية وبأهمية ما يقومون به من أعمال تساهم في خدمة المجتمع وفي تنميته واستقراره بما ينسجم مع قصد المشرع.

على أنه يمكن القول إن هناك أعمالاً لا تندرج ضمن المفهوم الواسع للبناء كأعمال الصيانة البسيطة وأعمال الدهان والزخرفة والزينة، فكل هذه الأعمال لا تخضع لأحكام الضمان العشري ومن ثم لا تستفيد من هذه الحماية الخاصة، ولعل السبب في ذلك هو أن هذه الأعمال ليس من شأنها تهديد متانة البناء وسلامته باعتبار أنها لا تدخل في هيكل البناء أو في الأجزاء الرئيسية منه، فهي تفتقر إلى أي تأثير خطر على البناء، وهذا ما أجمع عليه الفقه^(١٣٥).

أما عن خضوع العقار بالتخصيص^(١٣٦) لأحكام الضمان العشري فلم

(١٣٣) انظر بالتفصيل سند الفقه في ذلك: عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٦٦٥-٦٦٧. انظر كذلك: نزيه محمد الصادق المهدي، دور التأمين في مجال عقود وأعمال البناء والتشييد في ظل أحدث النظم القانونية والنصوص التشريعية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٤٩.

(١٣٤) مشاعل عبدالعزيز الهاجري، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري كما نظمها القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، بحث منشور عام ٢٠٠٦ على الموقع الإلكتروني <http://law.kuiniv.edu.kw/mashael>

(١٣٥) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٧؛ عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص ١٢؛ محمد شكري السرور، مرجع سابق، ص ٢٢٠؛ ربحي اليعقوب، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(١٣٦) نصت المادة ١٠٢ م.م على أنه "يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له رسداً على خدمته أو استغلاله ولو لم يكن متصلاً بالعقار اتصال قرار".

ينص المشرع على ذلك مع أن هناك جانباً من الفقه يرى أن العقار بالتخصيص ليس من قبيل المنشآت الثابتة، وعليه فإنه لا يخضع لأحكام الضمان العشري إلا أننا نعتقد أن إخضاع العقار بالتخصيص لأحكام الضمان العشري أمر ضروري؛ وذلك لأن العيب الذي يلحق بالعقار بالتخصيص قد يهدد سلامة البناء ومثانيته وإن لم يؤدِّ إلى حدوث تدهم كلي أو جزئي، أيضاً في كثير من الأحيان يكون العقار بالتخصيص من الأهمية الوظيفية بمكان؛ بحيث لا يمكن أن يؤدي العقار وظيفته من دونه مثل أعمال التدفئة في البلاد شديدة البرودة وأعمال التكيف في البلاد شديدة الحرارة، ومن ثم يترتب على تعيب العقار بالتخصيص جعل البناء كاملاً غير صالح لتأدية الغرض الذي أنشئ من أجله.

وبفضل التطور التكنولوجي فقد أضفي الطابع الصناعي على مكوناته؛ بحيث لم تعد تقتصر على المواد الأولية كالحديد والإسمنت وغيرها بل أضحت العناصر الداخلة في عملية البناء أو العناصر الصناعية جزءاً مهماً من عملية البناء والتشييد، ومثال تلك العناصر الجدران الإسمنتية الجاهزة والواجهات الزجاجية والأسقف الخشبية والأعمدة الجاهزة، وهذه العناصر لا يكتمل البناء أو يؤدي الغرض من إنشائه من دونها^(١٣٧).

وهذا يعني أن المفهوم الحديث لأعمال التشييد أو للعمل المعماري لم يعد يقتصر على الأعمال الإنشائية التي تقوم على المواد الخام من إسمنت ورمل وحديد وحجارة وغيرها بل أضحت تشمل المنشآت الصناعية التي تعتمد على الأعمال أو العناصر المصنوعة؛ حيث غدت عملية التصنيع جزءاً من عملية التشييد^(١٣٨).

ftnalt M. CARCENAC, La condition juridique du fabricant d'éléments (١٣٧) préfabriqués, Dalloz, 1999, p. 665; BOUBLI, La loi du 4 jan. 1978 en matière de la responsabilité des constructeurus, RDI, 1978, p. 13.

(١٣٨) انظر: فاروق الأباصيري، نحو توسيع مفهوم المعماري المسؤول عن عيوب البناء (المسؤولية العشرية لصانع مكونات العمل المعماري)، مرجع سابق، ص ٢٤٣-٢٤٥. ويشير الباحث إلى أمر غاية في الأهمية؛ حيث يقول: "لتوفير الحماية لمالك البناء من خلال إعمال أحكام المسؤولية التضامنية للصانع يجب أن يتبع المقال التعليمات الصادرة إليه من هذا الأخير، وذلك عند دمج المنتج في العمل المعماري" (ص ٢٥٧-٢٥٨).

ومن المهم في هذا المجال ذكر موقف المشرع الفرنسي الذي وسّع من نطاق الأعمال الخاضعة للمسؤولية لتشمل ما أسماه بالعناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال وهي ذاتها العقار بالتخصيص^(١٣٩). أما العناصر التجهيزية الملحقة بالمبنى، التي لا تشكل جسماً غير قابل للانفصال كالمصاعد والشبابيك والأبواب فقد استحدث المشرع الفرنسي لها في المادة ١٧٩٢ بفقرتيها الثالثة والرابعة نوعاً من المسؤولية الخاصة، سماها ضمان حسن أداء العناصر التجهيزية في البناء والقابلة للانفصال عنه، ومدة هذه المسؤولية سنتان على الأقل من تاريخ العمل أو التشغيل^(١٤٠)، وقد أدخلت هذه التعديلات بموجب القانون رقم ٣ لعام ١٩٦٧ والقانون رقم ٤ لعام ١٩٧٨؛ بحيث تم تجاوز المفهوم الضيق للأعمال المتعلقة بالبناء والتشييد وأضحى الضمان يشمل جميع الأعمال الصناعية الداخلة في البناء كتركيب المنازل الصناعية الجاهزة التي تتكون من جدران وأسقف صناعية تتكون من مواد معدنية أو زجاجية أو خشبية أو بلاستيكية أو غيرها^(١٤١).

ونتمنى على المشرع الإماراتي - في هذا المقام - أن يسير على نهج المشرع الفرنسي؛ وذلك لأن هذه العناصر سواء القابلة للانفصال أو غير القابلة

(١٣٩) عرفت المادة ١٧٩٢/٢ من القانون المدني الفرنسي العناصر غير القابلة للانفصال على أنها "تلك العناصر التي تشكل وحدة واحدة مع البناء أو العمل المعماري في مجموعته؛ بحيث يصعب فصلها بلا إحداث خلل في البناء أو التأثير على حسن استخدامه".

un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec un ouvrage lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peuvent s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de l'ouvrage.

(١٤٠) انظر بالتفصيل حول ذلك: عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٨٨٦-٨٨٧؛ ربحي اليعقوب، مرجع سابق، ص ٢٢٩؛ فاروق الأباصيري، الحماية المدنية لملك البناء في مواجهة صانع المنتجات المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٠ وما بعدها.

(١٤١) انظر المطلب الثاني من المبحث الثالث من هذا البحث.

للالنفاصل هي التي تمكّن من الانتفاع بالعقار، وخضوعها لتلك الأحكام يؤدي إلى حماية أصحاب العمل ضد الأضرار والمخاطر التي قد تنتج عن الإهمال لها، وهذا النهج يؤدي بالنتيجة إلى حث كل من المقاول والمهندس على بذل كل جهد وعناية ممكنة في عملهما؛ مما يعود بالنفع على صاحب العمل بصفة خاصة وعلى المجتمع بصفة عامة.

ومع ذلك يمكن للمحاكم الإماراتية التوسع في تفسير مفهوم المباني والمنشآت بحيث تشمل العناصر التجهيزية كالمصاعد والقطع المجزأة مسبقاً للتركيب وأجهزة التكيف وغيرها من الأجهزة التي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من البناء في العصر الحديث.

ونود الإشارة هنا إلى أن إمارة أبوظبي بدأت بتطبيق "نظام البناء الموحد" اعتباراً من ١ كانون الثاني ٢٠١٠، وهذا النظام يتضمن نظاماً جديدة تطبق للمرة الأولى للوقاية من أخطار الزلازل وانقباض التربة ومقاومة الحرائق وتحسين جودة المباني وتوفير متطلبات الأمن والسلامة وترشيد استخدامات الطاقة، وقد تم إعطاء شركات المقاولات والاستشارات الهندسية في الإمارة فترة انتقالية لمدة ستة شهور تمهيداً لبدء العمل بالنظام الجديد^(١٤٢).

ثانياً - إقامة المنشآت الأخرى:

لم يقتصر المشرع الإماراتي في تطبيق أحكام الضمان العشري على البناء فقط وإنما طبقه على المنشآت الأخرى، فجاءت العبارة في المادة ١/٨٨٠ م.م "فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة ..".

وفي الحقيقة لا تختلف المنشآت الأخرى عن المباني من حيث التكوين فكلاهما قد يقام من الحديد أو الخشب أو الإسمنت أو الحجر أو غير ذلك، كما أن كليهما يتميز بالارتباط بالأرض والثبات فيها^(١٤٣). إلا أن الاختلاف بينهما

(١٤٢) انظر: جريدة الاتحاد الإماراتية، عدد السبت الصادر في ١٢/٥/٢٠٠٩، ص ٥.

(١٤٣) ربحي اليعقوب، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

ينصب على الوظيفة التي يؤديها كل منهما: ففيما تقتصر وظيفة البناء على إيواء الإنسان أو الحيوان أو بضائعه أو ممتلكاته وتوفير له الحماية ضد المخاطر الناجمة عن المؤثرات الطبيعية، فإن المنشآت الأخرى تيسر للإنسان انتقاله من مكان إلى آخر، كالشوارع والجسور والأنفاق والسكك الحديدية والمطارات، أو تيسر عليه سبل معيشته كالسدود والقنوات والخزانات والآبار^(١٤٤)، أو توفر له الراحة كأرصفت محطات السكك الحديدية والملاعب الرياضية وبرك السباحة^(١٤٥)، أو تيسر له سبل اتصاله كقواعد الأعمدة وأبراج الاتصالات السلكية واللاسلكية وغير ذلك^(١٤٦).

إذاً، هناك جانب تكويني لتلك المنشآت بالإضافة إلى الجانب الوظيفي لها. ومن ذلك كله يتضح جلياً أن الجانب التكويني لا يمكنه تمييز المباني عن المنشآت الأخرى عكس الجانب الوظيفي الذي فيه اختلاف واضح يميز بين المباني والمنشآت الأخرى.

وهذا ربما يبرر المنحى الذي سار عليه المشرع الإماراتي بذكر لفظ منشآت ثابتة كما فعل المشرع المصري، وتجنب إيراد عبارة منشآت وحدها كما فعل المشرع الأردني دون النص على الثبات، ونعتقد أن هذا منحى حسن للمشرع الإماراتي.

البند الثاني - الآثار المترتبة على تحقق الضمان:

بتوافر جميع شروط الضمان العشري تتحقق مسؤولية كل من المقاول والمهندس وتترتب عليها آثارها، وعليه يجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه لصاحب البناء نتيجة تدهم هذا البناء (كلياً أو جزئياً) أو نتيجة ظهور

(١٤٤) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٨؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٤٨٣.

(١٤٥) عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(١٤٦) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٦٣؛ محمد شكري السرور، مرجع سابق، ص ٢١٦.

عيب جسيم فيه. والوسيلة التي يلجأ إليها صاحب العمل للحصول على التعويض هي في أغلب الأحوال دعوى الضمان^(١٤٧). والأصل أن صاحب العمل أو من ينوب عنه هو في الأصل صاحب الصفة في رفع دعوى الضمان العشري إلا أن هذا الحق في رفع هذه الدعوى ينتقل إلى الخلف العام، كما يمكن أن ينتقل الحق في الضمان العشري إلى الخلف الخاص باعتباره من مستلزمات البناء على نحو ما ذكرنا آنفاً^(١٤٨).

ونعتقد أنه يمكن تضمين عقد المقاولة شرطاً جزائياً يقدر من خلاله التعويض في حالة انهيار البناء كلياً أو جزئياً أو تعييه، هذا مع تسليمنا بما لمحكمة الموضوع من سلطة تقديرية في تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيها^(١٤٩). وقد أخذ مجمع الفقه الإسلامي بهذا الاتجاه؛ حيث قرر ما يلي: "إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) بتاريخ ٨-١٣ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١-١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صورته، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع وقواعده ومقاصده، ورعاية للمصالح العامة في العقود والتصرفات، ونظراً لما لأهمية عقد المقاولة ودوره الكبير في تنشيط الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي: ٥- يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة..."^(١٥٠).

(١٤٧) قد يتم اللجوء إلى الوسائل البديلة للتقاضي أو لحل المنازعات كالتحكيم أو مجالس تسوية المنازعات: انظر في ذلك مشاعل عبد العزيز الهاجري، بداية النهاية - أثر ظهور مجالس تسوية المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في عقد الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، العدد ٢٠٠٧، المجلد ٣١.

(١٤٨) انظر: محمد ناجي ياقوت، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ٤٤٩.

(١٤٩) انظر المادة ١٠٦٨/٢ م.م.

(١٥٠) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، القرار رقم ١٢٩ (١٤/٣).

وإذا كان لصاحب العمل الحق في رفع دعوى الضمان على المقاول أو المهندس فإن لهذا الأخير بالمقابل الحق في دفع المسؤولية عن نفسه من خلال إثبات السبب الأجنبي، الذي يتمثل في القوة القاهرة أو خطأ صاحب العمل أو خطأ الغير^(١٥١)، فإن تمكن من ذلك فلا يكون ملزماً بالتعويض، أما إذا عجز عن دفع المسؤولية عنه فإنه بذلك يكون ملزماً تعويض صاحب العمل عما لحقه من ضرر.

ولم تتضمن المادة ٨٨٠ م.م والمواد الأخرى التي عالجت مسألة الضمان العشري أية إشارة لمقدار التعويض أو طرقة؛ مما يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية. وعليه، فقد يكون التعويض عينياً وهو ما يعد من أفضل طرق التعويض؛ لأنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه^(١٥٢). ويتمثل هذا في قيام المقاول أو المهندس بإعادة بناء الجزء المتهدم أو إصلاح العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته.

وقد يكون التعويض بمقابل في حالة أن يكون التعويض العيني مرهقاً للمقاول أو المهندس أو أن صاحب العمل لم يطلبه ولم يعرضه المقاول، والتعويض بمقابل قد يكون نقدياً أو غير نقدي، ومثال ذلك أن تأمر المحكمة بأداء شيء معين على سبيل التعويض، وذلك بحسب ما تقتضيه الظروف في بعض الأحيان.

(١٥١) محمد ناجي ياقوت، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ٤٥١؛ جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص ٣٩٩؛ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات: دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٢٩٩.

(١٥٢) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٧، ص ٣٥٣؛ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ٤٢٦؛ جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

أما عن المحكمة المختصة بنظر دعوى المطالبة بالتعويض فهي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار، وهذا ما أكدته المادة ٣٢ من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ في دولة الإمارات العربية المتحدة بقولها "١- في الدعاوى العينية العقارية ودعاوى الحيازة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً في دوائر محاكم متعددة ٢- وفي الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعي عليه". هذا مع ملاحظة أنه بموجب القرار الإداري رقم ٢٠٠٨/٥٧ الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٦/١ تم استحداث محكمة خاصة في إمارة دبي للنظر في الدعاوى العينية العقارية، وقد سميت هذه المحكمة بـ "المحكمة العقارية" ^(١٥٣).

جدير بالإشارة هنا إلى أن المشرع الإماراتي لم ينص على التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس خلال فترة الضمان العشري كما فعل بعض المشرعين كالمرشع المصري والمرشع الفرنسي. ونعتقد أن إيراد مثل هذا النص أصبح ضرورة مهمة؛ وذلك لأن التأمين فيه أمان للغير الذي يلحقه ضرر من جراء تدهم البناء وفيه كذلك تشجيع على الاستثمار والتوسع في هذا النشاط الاقتصادي وتطويره؛ فضلاً عن أنه عمل حضاري يحقق مصالح المهندسين والمقاولين أنفسهم وكذلك مصالح المستفيدين من خدماتهم ^(١٥٤). هذا، ويرى بعض المؤيدين لفكرة التأمين الإلزامي هذه أن من الأفضل عدم وضع حد أقصى لمبلغ التعويض عن الأضرار التي قد تحدث بالمباني أو الإنشاءات؛ وذلك نظراً لأن هذه الأضرار غير مقيدة ولا يمكن تحديدها من الأساس؛ حيث إن المسؤولية هنا غير محددة المخاطر ^(١٥٥).

(١٥٣) محاكم دبي، التقرير السنوي لعام ٢٠٠٨، منشورات حكومة دبي، ص ١٥.
(١٥٤) نزيه محمد الصابق المهدي، الوسيط في الأحكام العامة لعقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٦٠ وما بعدها؛ برهان محمد عطا الله، دراسات في وثائق وتشريعات التأمين، من دون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣١٠.
(١٥٥) نزيه محمد الصابق المهدي، دور التأمين في مجال عقود وأعمال البناء والتشييد في ظل أحدث النظم القانونية والنصوص التشريعية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٨٩.

المبحث الثالث

ضمان المقاول والمهندس في الأنظمة القانونية الأخرى

أما وقد تحدثنا عن الضمان العشري في القانون الإماراتي فإنه ينبغي علينا التطرق ولو بإيجاز عن هذا الضمان في الأنظمة القانونية الأخرى وبالتحديد في النظام القانوني الإنجليزي والنظام القانوني الفرنسي:

المطلب الأول

ضمان المقاول والمهندس في النظام القانوني الإنجليزي

تعتبر إنجلترا مهد النظام القانوني الأنجلوساكسوني الذي يعد إلى حد كبير من صنع القضاء أو ما يعرف بقانون السوابق القضائية، وقد أثر هذا النظام في قوانين الدول التي كانت خاضعة للحكم البريطاني مثل الولايات المتحدة الأمريكية، أستراليا، كندا، نيوزلندا، باكستان، الهند، هونغ كونغ، سيريلانكا، ونيجيريا^(١٥٦). وعلى أية حال، فإنه في عالم النظام القانوني الأنجلوساكسوني المعاصر توجد أقاليم معينة تطبق النظام القانوني اللاتيني، ومن أمثلة ذلك مقاطعة كيبيك في كندا وولاية لويزيانا في الولايات المتحدة^(١٥٧).

وفي القانون الإنجليزي يعرف العقد على أنه "اتفاق ينشأ بالإيجاب والقبول الصادرين من شخصين مختلفين بهدف إيجاد رابطة قانونية بينهما"^(١٥٨). هذا مع ملاحظة أن القانون الإنجليزي الذي يركز أساساً على

Brown J, A Casebook on Landlord and Tenant Law, First Edition, London, (١٥٦) Sweet & Maxwell, 1995, p.241.

René D & Brierley J.E.C, Major Legal Systems in the World Today, London: (١٥٧) Stevens & Sons, 1990, p.8.

A contract is an agreement which arises from concurring offer and acceptance; (١٥٨) one person makes the offer and another person accepts it for the purpose of bringing about a legal tie or transaction (Adams & Brownsword, Op. Cit, p.93 & Brodgen v. Metropolitan Railway Co. (1877) 2 App Cas 666 HL.

مبادئ العدالة المطلقة (rules of equity) قد أقر بانعقاد العقد دون حاجة إلى قول أو كتابة بل اعتماداً على المسلك الذي يتخذه المتعاقدان^(١٥٩). وفي القانون الإنجليزي يقوم العقد بشكل عام على أساس فكرة الوعد (promise) وليس على أساس فكرة اتفاق أو ارتباط الإرادات كما هو الحال في النظام القانوني اللاتيني وقوانين الدول التي تأثرت به^(١٦٠).

بقي أن نشير إلى أن القواعد العامة التي تحكم العقود بوجه عام في القانون الإنجليزي توجد في الأساس في أحكام المحاكم أو ما يعرف بالسوابق القضائية (case law)؛ حيث إن قانون الملكية لعام ١٩٢٥ (the Law of Property Act 1925) الذي يعد التشريع الرئيس في مجال مسائل القانون الخاص والعقود والالتزامات، وكذلك الحال قانون الملكية لعام ١٩٦٩ (the Law of Property Act 1969) وقانون الملكية لعام ١٩٨٩ (the Law of Property Act 1989) لا تحتوي إلا على عدد محدود جداً من هذه القواعد.

وبخصوص عقد المقاولة فإنه يوجد له نموذج خاص مبني في الأساس على شروط الفيديك (FIDIC)، التي تعني الشروط العقدية النموذجية التي صاغها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (International Federation of Consulting Engineers, Fédération Internationale des Ingenieurs Conciels)، الذي تأثر بالنموذج الذي وضعه معهد المهندسين المدنيين البريطاني (Institute for Civil Engineers, ICE)، ولذلك فقد بنيت شروط الفيديك أساساً على منهج النظام

(١٥٩) ففي القضية الرائدة:

Smith v. Hughes (1871) LR6 QB 597, Blackburn J said: "If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms".

McKendrick E, Contract Law, Seventh Edition, London, Macmillan, 2006, p.3; (١٦٠) see Balfour v. Balfour (1919) 2 KB 571, CA.

القانوني الأنجلوساكسوني وفكره^(١٦١). ويبدو ذلك جلياً من خلال استخدام بعض المصطلحات والمفاهيم الخاصة بالنظام القانوني الإنجليزي^(١٦٢) وهذا ما جعل بعض الأساتذة ينتقدون شروط الفيديك بحجة أنها مبنية في الفكر والفحوى والمصطلحات على النظام القانوني الإنجليزي الداخلي وبالتالي فإنها لا تصلح لأن تكون معياراً موحداً تأخذ به جميع الأنظمة القانونية^(١٦٣).

أما عن ضمان المقاول والمهندس لما يحدث في البناء من تدهم أو عيوب في القانون الإنجليزي فيمكن القول أن هذا الضمان يعد تطبيقاً للنظرية العامة للمسؤولية العقدية. فقد نص القانون الإنجليزي على ضمان أي عيوب في البضاعة مهما كان نوعها في عدة قوانين وبالتحديد قانون بيع البضائع لعام ١٩٧٢ (Sales of Goods Act 1972) وقانون تزويد الخدمات والبضائع لعام ١٩٨٢ (Supply of Goods and Services Act 1982) وقانون حماية المستهلك (Consumer Protection Act 1987) وهذه القوانين بالإضافة إلى ما استقر عليه القضاء من سوابق قضائية طيلة مئات السنوات نصت على عدة ضمانات خاصة بجودة وملائمة البضاعة والتعويض وغير ذلك وقد افترضت أن المتعاقد قد تعاقد على تزويده بسلعة خالية من العيوب مع ضمان ما قد يحدث فيها من خلل لاحقاً^(١٦٤).

أما مدة ضمان المقاول والمقاول الفرعي والمهندس عما يحدث في البناء

(١٦١) FIDIC, The FIDIC Contracts Guide, First Edition, 2000, p.4.

(١٦٢) انظر: نسرين محاسنة، إصدار الأوامر التغييرية من قبل المهندس في عقد المقاول: دراسة في عقد الفيديك النموذجي (الكتاب الأحمر)، بحث مقدم إلى مؤتمر عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة الذي عقدته كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩-٢١ نيسان ٢٠١٠، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، ص٢٧٧ و ص٣٢٢.

(١٦٣) انظر في تفصيل ذلك: Andre-Dumont A, The FIDIC Conditions and Civil Law, International Construction Law Review, Volume 5, 1988, p.43.

(١٦٤) Gaafer H.K & Perry J.G, Limitation of Design Liability of Contractors, International Journal of Project Management, Volume 17, Issue 5, October 1999, pp.30-308.

من تهدم أو عيوب فهي منصوص عليها في قانون تحديد المدد لعام ١٩٨٠ (the Limitation Act 1980)، الذي سمح للمتعاقدین بتحديد المدة المناسبة إلا أن أي زيادة أو تقليل في هذه المدة أو إذا اقترنت بشروط كان فيها إجحاف بحق أحد الطرفين فربما تعتبر هذه المدة أو هذه الشروط غير منطقية، وقد تكون من ثم عرضة للإلغاء أو لعدم الأخذ بها من قبل المحكمة كونها تتعارض مع نصوص قانون شروط العقد المجحفة لعام ١٩٧٧ (Unfair Contract Terms Act 1977)^(١٦٥). أما في حالة عدم تحديد للمدة فتطبق أحكام قانون تحديد المدد لعام ١٩٨٠ الذي نص في المادتين الخامسة والثامنة على أن ترفع الدعوى خلال مدة ست سنوات من تاريخ إتمام العمل، وبحد أقصى ١٢ سنة من تاريخ حصول العيب أو التهدم^(١٦٦). ويشمل ضمان المقاول والمهندس هنا عيوب البناء وعيوب المواد الداخلة في البناء؛ ذلك أن التزامهما بضمان سلامة البناء هو التزام بتحقيق نتيجة بغض النظر عن الأسباب ما لم يكن ذلك راجعاً إلى قوة قاهرة (Act of God, Force Majeure) أو فعل الغير أو غير ذلك^(١٦٧).

Goudsmit J.J, Exclusion or Limitation of Liability in a Turnkey Contract, The (١٦٥) International Construction Law Review, Volume 7, Part 3, July 1990, Lloyds's of London Press Ltd, p.235; Duncan W, Hudson's Building and Engineering Contracts, 13 Edition, Sweet & Maxwell, London, 2001, p.26.

(١٦٦) انظر في تطبيقات ذلك من القضايا الحديثة للمحاكم الإنجليزية: Harris Springs Ltd v. Howes (2007) EWHC 327; Oxford Architects Partnership v. Cheltenham Ladies College (2006) EWHC 3156; New Islington & Hackney Housing Association v. Pollard Thomas & Edwards (2001) BLR 74.

(١٦٧) في القضية Ch Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs and Kemp (1979) 3 All ER 571, 384; (1978) 3 All ER 571,

Oliver, J pointed out "if I employ a carpenter to supply and put up a good quality oak shelf for me, the acceptance of him of that employment involves the assumption of a number of contractual duties. He must supply wood of an adequate quality and it must be oak. He must fix the shelf. He must carry out the fashioning and fixing with the reasonable care and skill which I am entitled = to expect of a skilled craftsman. If he fixes the brackets but fails to supply the

بالإضافة إلى ذلك فإنه يمكن رفع دعوى الضمان بالاستناد إلى نص الفقرة الخامسة من المادة ١ من قانون المباني المعيبة لعام ١٩٧٢ (Defective Premises Act 1972) أو بالاستناد إلى نص المادة ١٤ من قانون أضرار المباني المستترة لعام ١٩٨٦ (Latent Defects Act 1986) اللتين نصتا على أن لرب العمل أن يرفع الدعوى خلال مدة ست سنوات من تاريخ إتمام العمل. كما أن الحق في رفع الدعوى ينتقل إلى الخلف العام والخلف الخاص كالمشتري. وفي هذا الصدد، فإن قواعد العدالة تلعب دور المصدر المكمل للقانون في النظام القانوني الإنجليزي ولا أدل على ذلك من حكم مجلس اللوردات الذي قرر فيه - ملهماً بمبادئ الأخلاق والعدالة المطلقة - أن الصانع أو المنتج الذي باع شراب الزنجبيل في زجاجات مغلقة لكن في حالة مؤذية يكون مسؤولاً تجاه المستهلك النهائي الذي عانى المرض بغض النظر عن وجود أو عدم وجود أية رابطة عقدية بينهما^(١٦٨).

جدير بالإشارة إلى أنه تم تعديل المادة ١ والمادة ١٤ من قانون المباني المعيبة لعام ١٩٧٢ بموجب قانون أضرار المباني المستترة لعام ١٩٨٦، وكان مما دفع إلى ذلك التعديل ما عرض على مجلس اللوردات من قضايا خاصة بالمدة المحددة لرفع الدعوى ومن أشهر هذه القضايا قضية (Pirelli General Cable Works Ltd v. Oscar Faber & Partner (1982) 2 AC 1) التي حكم فيها بأن المدعي الذي رفع دعواه ضد المهندس المعماري الذي قام بعمل مدخنة لمنزله عام ١٩٧٠ وظهر العيب فيها في العام نفسه لا يمكن قبول دعواه؛ وذلك لأن مدة السنوات الستة نفدت ولم ترفع الدعوى إلا في عام ١٩٧٨^(١٦٩).

= shelf or if he supplies and fixes a shelf of unseasoned pine, my complaint against him is not that he has failed to exercise reasonable skill and care in carrying out the work but that he has failed to supply what was contracted for...". See Uff J, The ICE Conditions of Contract, 6th Edition, The International Construction Law Review, Volume 8, Part 2, April 1990, p.245.

Donoghue v. Stevenson (1932) AC, 562.

(١٦٨)

Christopher Wong, Liability after Take-Over: the English Position, the Institute of Construction Law Journal, Volume 9, September 2009, p.1-5; see the International Law Firm White & Case website.

أما بخصوص إمكانية أن يتضمن عقد المقاوله شرطاً جزائياً فإن القضاء الإنجليزي قد استقر منذ القدم على عدم الأخذ بالشرط الجزائي العقابي؛ أي المبالغ فيه والذي لا يكون المقصود فيه تحديد تعويض منطقي بل معاقبة المخل بشروط العقد^(١٧٠). وفيما يتعلق بإمكانية التأمين من المسؤولية الخاصة بالمهندس والمقاول فقد أجازته القانون الإنجليزي^(١٧١).

المطلب الثاني

ضمان المقاول والمهندس في النظام القانوني الفرنسي

تعتبر فرنسا حاضنة النظام القانوني اللاتيني الذي هو أقدم نظام قانوني في العالم والأكثر تأثيراً على الأنظمة القانونية الأخرى. ويجد هذا النظام جذوره في القانون الروماني الذي كان من نتاج حضارة ذكية امتدت من البحر المتوسط إلى بحر الشمال ومن بيزنطة إلى بريطانيا^(١٧٢).

وقد أثرت القوانين الفرنسية وبالتحديد القانون المدني (تقنين نابليون) الصادر عام ١٨٠٤ في تشريعات كثير من دول العالم بما في ذلك التشريعات في دول العالم العربي^(١٧٣). وقد أورد القانون المدني الفرنسي القواعد العامة في المسؤولية بوجه عام وبشكل مفصل ولكن المشرع الفرنسي لم يترك التزام المهندس والمقاول بضمان كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته خاضعاً لأحكام الضمان بشكل عام بل أورد أحكاماً خاصة لهذا الضمان شدد فيها من هذه المسؤولية شريطة وقوع التهدم أو العيب خلال مدة معينة.

وقد حددت المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي مدة ضمان المقاول والمهندس بعشر سنوات يضمنان خلالها كل ما يحدث في البناء من عيوب أو

Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. (1893) 1 QB 256 CA. (١٧٠)

Tyco Fire & Integrated Solutions (UK) v. Limited Rolls-Royce Motor Cars (١٧١)
Limited (2008) EWCA Civ 286.

René D & Brierley J.E.C, Major Legal Systems in the World Today, London: (١٧٢)
Stevens & Sons, 1990, p.42.

تهدم، كما يشمل هذا الضمان عيوب الأرض التي تؤثر على قوة البناء ومتانته، والعيوب التي تجعل البناء غير صالح للغرض الذي تم البناء لأجله، وتبدأ هذه المدة من تاريخ إقرار أعمال البناء، أما إذا كان في البناء عيوب ولم يتم إقرار العمل فيكون لرب العمل أن يقاضي المقاول على أساس الإخلال بالتزاماته العقدية بحسب نص المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي.

هذا، واعتبر القضاء الفرنسي من العيوب الداخلة في الضمان عدم مطابقة سمك الجدران لما هو متفق عليه^(١٧٤)، وسور الدرج المنخفض جداً واستعمال خشب رديء الجودة في أرضية البناء^(١٧٥).

وفيما يتعلق بالأعمال الخاضعة للمسؤولية فقد وسّع المشرع الفرنسي من نطاقها؛ بحيث أصبحت تشمل العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال والعناصر الصناعية الداخلة في عملية البناء والتشييد كالجدران والواجهات الإسمنتية أو الزجاجية الجاهزة. وهذا التطور التشريعي في القانون الفرنسي الذي وسع من نطاق الأعمال الخاضعة لهذه المسؤولية حقق اعتبارات عملية تواكب التطور التقني في مجال هندسة البناء وتقنياته، كاستخدام عناصر البناء المعماري المصنعة أو الجاهزة، وهي من المنقولات مسبقاً الصنع؛ بحيث يقتصر دور المقاول على تجميعها وتثبيتها بالعقار، ومن ثم فلا بدّ من خضوعها لأحكام الضمان العشري^(١٧٦).

على أن هذه التعديلات المهمة في التشريع الفرنسي جاءت انسجاماً مع المنطق الذي يرى أنه وإن كانت العيوب التي تلحق تلك العناصر قد لا تؤثر على

Edge I, 'A Comparative Approach to the Treatment of non-Muslim Minorities (١٧٣) in the Middle East, with Special Reference to Egypt', in Mallat C & Connors J (eds.), Islamic Family Law, London: Graham & Trotman, 1990, p.34; Edge I, 'Introduction: Material Available on Islamic Legal Theory in English', in Edge I (ed.), Islamic Law and Legal Theory, Aldershot: Dartmouth, 1996, p.1.

(١٧٤) محكمة بروكسل التجارية، ١٧ ديسمبر ١٨٨٨، مجموعة الأحكام ١٨٨٩ - ١٩٩٣.

(١٧٥) محكمة مونيخ، ٢٢ يوليو ١٩٠١، دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٤٦٠.

(١٧٦) انظر الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني.

سلامة المبنى أو العمل المعماري ككل فإن من المتصور أن تؤثر على حسن استخدامه أو على أدائه للغرض الذي أقيم لأجله. فالعيب المتعلق بعدم صلاحية العناصر الخاصة بالكهرباء - مثلاً - يؤدي إلى عدم المقدرة على استخدام البناء سواء أكان الأمر يتعلق باستخدامه كمنزلٍ للسكنى أو كمحلٍ لممارسة التجارة، وهكذا الحال في العيوب التي تشوب العناصر الخاصة بتمديدات المياه وعناصر الصرف الصحي وغيرها^(١٧٧).

ونعتقد أن الدافع وراء ذلك كان توفير الضمان الكافي لمالك البناء بخصوص المضار الناجمة عن تزايد دخول التكنولوجيا الصناعية في البناء. أما إذا كانت تلك العناصر لا تؤثر على سلامة البناء أو على حسن استخدامه فإنها لا تعتبر من قبيل العناصر التجهيزية، ولذلك فقد قضى بأن أعمال الخرسانة وحدها لا تعد من المنتجات أو العناصر التجهيزية الخاضعة لأحكام الضمان؛ وذلك لأنها لا تعد عملاً من أعمال البناء ولا جزءاً منه وإنما هي مجرد أعمال مادية وليست ذات طبيعة صناعية^(١٧٨).

وبخصوص الأشخاص الخاضعين للضمان فقد أدخل المشرع الفرنسي تعديلاً على نصوص القانون المدني بموجب القانون رقم ٣ لعام ١٩٦٧ وتعديلاً آخر بموجب القانون رقم ٤ لعام ١٩٧٨؛ بحيث أصبح خاضعاً لأحكام الضمان العشري المهندس الاستشاري ومهندس التنظيم والمراقب الفني وغيرهم من المهندسين أو غير المهندسين إذا قاموا بمهمة تشبه مهمة المهندس المعماري أو مهمة مقاول المباني. كما أصبح خاضعاً لأحكامه مكاتب الدراسات الهندسية والرسامين والقياسيين ومهندسي الديكور والجيولوجيين والطبوغرافيين ومنتجي أو صانعي الأجزاء الجاهزة غير القابلة للانفصال عن البناء^(١٧٩).

(١٧٧) فاروق الأباصيري، نحو توسيع مفهوم المعماري المسؤول عن عيوب البناء (المسؤولية العشرية لصانع مكونات العمل المعماري)، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(١٧٨) Cass. civil. 24 nov. 1987, cité par A. CASTON, La responsabilité des constructeurs, Editions du Moniteur, 1989, p. 254.

(١٧٩) فاروق الأباصيري، الحماية المدنية لمالك البناء في مواجهة صانع المنتجات المعيبة، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها؛ بولعيد حسن صويح، مرجع سابق، ص ٢٧؛ محمد =

على أن المشرع الفرنسي حرص على تأكيد تعلق أحكام الضمان بالنظام العام، ومن ثم فإن كل شرط يضمنه المقاول أو المهندس أو الصانع ليستبعد مسؤوليته يكون باطلاً، والأمر نفسه يقال بالنسبة إلى تعديل أحكام الضمان بما يؤدي إلى تخفيفها كالاتفاق على إنقاص المدة أو على عدم توافر المسؤولية التضامنية للصانع مع المقاول أو غير ذلك^(١٨٠).

وفيما يتعلق بالتأمين من مخاطر البناء فقد قام المشرع الفرنسي بتنظيم ذلك بمقتضى المادة ٢٨ من القانون رقم ٤ لعام ١٩٧٨ لأعمال البناء، التي تحيل إلى المادة ١٧٩٢ من القانون المدني؛ بحيث جعلت التأمين على نوعين، هما تأمين المسؤولية وتأمين الأضرار، وينتقد بعض الفقه الفرنسي والعربي هذا التقسيم ويرى أن المشرع الفرنسي لم يكن موفقاً في هذا التقسيم؛ وذلك لأن تأمين الأضرار يشمل التأمين على الأشياء والتأمين من المسؤولية معاً^(١٨١).

ويستلزم نص المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي من المقاول أن يشترك في بوليصة تأمين تغطي متطلبات الضمان العشري التي تشمل التعويض عن الأضرار الناجمة عن تعيب البناء حتى ولو كان ذلك بسبب عيوب في الأرض التي تم البناء عليها. وكذلك الحال يستلزم أن يشترك رب العمل في بوليصة تأمين ضد أضرار البناء (dommages-ouvrages)، التي تهدف إلى ضمان حصول رب العمل على تعويض عن الأضرار الرئيسية قبل مباشرته

= حاتم البيات، مرجع سابق، ص ٣ وما بعدها؛ مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص ١٢٥-١٢٦؛ عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٨٨٦-٨٨٧؛ ربحي اليعقوب، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(١٨٠) عبد الرزاق حسين يسن، مرجع سابق، ص ٢٩٣؛ R. SAINT-ALARY, La préfabrication dans le bâtiment: problèmes et solutions, art. préc., p. 416.

(١٨١) انظر في هذا النقد: محمد المرسى زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤٠٤؛ نزيه محمد الصابق المهدي، الوسيط في الأحكام العامة لعقد التأمين، مرجع سابق، ص ٦٦؛ Malinvaud et Jestaz: Droit de la promotion immobilière - 1976 No 221.

للدعوى ضد المقاول، وعندها فإن شركة التأمين التي أمن رب العمل عندها ستتخذ إجراءات قانونية بحق الشركة التي أمن المقاول عندها والتي أصدرت بوليصة التأمين الخاصة بتأمين الأضرار خلال فترة الضمان العشري. وهذا يعني أن بوليصة التأمين تسمح لرب العمل بالحصول على تعويض حتى ولو أصبح المقاول مفلساً^(١٨٢).

النتائج والتوصيات:

لقد خصّ المشرع الإماراتي مهندسي ومقاولي البناء بالضمان العشري إلى جانب المسؤولية المقررة بالقواعد العامة في علاقتهم بصاحب العمل الذي يرتبط معهم بعقد مقاوله. وكان هذا بغية حماية المصلحة الخاصة لصاحب العمل وتحقيقاً للصالح العام وخاصةً في ظل التطور الهائل الذي حدث في مجال النشاط المعماري، وفي ضوء التزايد المستمر للاستثمارات في دولة الإمارات العربية المتحدة وإنشاء الأبراج السكنية العالية والمباني الضخمة والمجمعات التجارية والمدن المتكاملة والمناطق الصناعية والتجارية والسياحية، وفي ضوء صدور التشريعات التي تشجع على هذا الاستثمار.

ومن هنا فقد خلصت الدراسة إلى بعض النتائج التي نوجزها فيما يلي:

- ١ - إنَّ دعوى الضمان هي حماية قانونية أقرّها المشرع الإماراتي بنص خاص خروجاً على القواعد العامة لحت كل من المقاول والمهندس على بذل كل أقصى درجات العناية فيما يشيدانه من أبنية ومنشآت، ولتحقيق حماية صاحب العمل والصالح العام من خلال تحقيق أمن المجتمع واستقراره.
- ٢ - يحمي المشرع الإماراتي على استخدامه لكلمة المهندس بشكل عام دون أن يضيق من نطاق المهندسين المسؤولين؛ حيث تظهر في النص عموميته

(١٨٢) بيكار وببيسون، شرح أحكام عقد التأمين في القانون الفرنسي، الجزء الأول، باريس، ١٩٣٧، بند ٦٣؛ هيمار، الأحكام النظرية والعملية لعقد التأمين، الجزء الأول، باريس، ١٩٢٤، ص ٢٧ وما بعدها.

لتطول كل مهندس يشارك في عمليات البناء أياً كان تخصصه سواء معمارياً أو مدنياً.

٣ - يحمي المشرع الإماراتي على استخدامه لكلمة "ثابتة" بعد كلمة منشآت؛ وذلك لتمييز المنشآت الثابتة عن المنشآت الأخرى غير الثابتة مثل السفن والمساكن المتنقلة؛ حيث إن وصف الثبات في الأرض يشكل ركناً أساسياً في وصف المحل الذي تسري عليه أحكام الضمان العشري.

٤ - يحمي المشرع الإماراتي على أنه نص في الفقرة الثانية من المادة ٨٨٠ م.م على أنه "ويبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التهمد ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المباني أو المنشآت المعيبة"؛ وذلك حتى لا يعطي المهندس أو المقاول ذريعةً للتخلص من الضمان ومن ثم الالتفاف على النصوص التشريعية، كما أن في ذلك حمايةً لصاحب العمل خاصةً أنه - على الأغلب - لا يكون خبيراً بفن البناء.

٥ - أحسن المشرع الإماراتي صنفاً حينما فصل بين مدة الضمان العشري التي تبدأ من تاريخ تسلم البناء وتنتهي بنهاية المدة المقررة قانوناً، وبين مدة تقادم دعوى الضمان التي تحمي هذه المسؤولية والتي تبدأ من يوم اكتشاف العيب الموجب للضمان حتى نهاية المدة المقرر قانوناً.

وبعد استعراض أهم النتائج نرى أنه من الضروري تقديم بعض التوصيات التي نأمل أن يأخذها المشرع الإماراتي بعين الاعتبار:

١ - تعديل نص المادة ٨٨٠ م.م بما يتناسب مع التطور المتلاحق في مجال البناء، وذلك بالنص صراحةً على إخضاع كل من يشارك في عملية البناء والتشييد من مهندسين وفنيين لأحكام الضمان العشري، كما لا بد من إخضاع المقاول من الباطن لأحكام هذا الضمان سواء في علاقته مع صاحب العمل أو مع المقاول الأصلي؛ وذلك تأكيداً لتحقيق حماية صاحب العمل التي هي هدف المشرع من تقرير أحكام هذا الضمان، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة من خلال الضغط على القائمين بأعمال البناء والتشييد؛ لكي يبذلوا أكبر قدر ممكن من الحيلة والعناية فيما يقيمونه من مبانٍ أو منشآت.

٢ - تعديل نص المادة ٨٨٠ م.م تعديلاً من شأنه أن يوسع من نطاق العيوب الخاضعة لسريان أحكام الضمان العشري؛ وذلك ليكون هناك توافق بين القانون والواقع، فقد رأينا أن نص المادة ٨٨٠ م.م يقصر الضمان على التهدم (الكلي أو الجزئي) أو العيب الجسيم الذي يهدد متانة البناء وسلامته، لذلك نأمل أن تشمل هذه العيوب أيضاً أي عيب من شأنه أن يجعل البناء غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله، وعليه نقترح أن يكون النص على النحو التالي " ..من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة، وعن كل عيب من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يجعله غير صالح لتحقيق الغرض المقام لأجله".

٣ - تعديل نص المادة ٨٨٠/٣ م.م التي صرحت بأن مدة الضمان العشري تبدأ من وقت تسليم العمل وذلك:

أ - الاستبدال بكلمة "تسليم" كلمة "تسلم"؛ حيث إن المراد هنا هو التسلم وليس التسليم؛ وذلك لأن التسلم متعلق بصاحب العمل الذي تقرر الضمان لمصلحته بدءاً من تاريخه احتساب مدة الضمان.

ب - بإضافة عبارة "تمام العمل" قبل كلمة التسلم؛ بحيث يصبح النص على النحو التالي " ..وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تمام العمل وتسلمه..". وهذا ما أخذت به بعض التشريعات العربية والغربية كالتشريع الفرنسي والتشريع الإنجليزي.

٤ - النص على اشتراط أن يكون العيب الموجب للضمان العشري خفياً، وهذا أمر منطقي؛ وذلك لأنه لا يمكن تطبيق الضمان العشري في ظل العيوب الظاهرة خاصة أن صاحب العمل قد قبل البناء وأقرّه دون إبداء أي تحفظ من جانبه على الرغم من علمه بتلك العيوب حتى لا يبقى المكاوّل أو المهندس تحت رحمة صاحب العمل الذي قد يستغل حماية المشرع له بشكل سلبي أو تعسفي.

٥ - لم يأت المشرع على ذكر العقار بالتخصيص؛ لذلك نرى أنه من الأهمية بمكان النص على خضوع العقار بالتخصيص لأحكام الضمان العشري

خاصةً أنه في كثير من الأحيان يكون هذا العقار من الأهمية الوظيفية؛ بحيث لا يمكن أن يؤدي وظيفته من دونه.

٦ - نقترح أن يقوم المشرع بسن تشريع خاص بالتأمين الإلزامي من المسؤولية الناجمة عن الأضرار التي قد تصيب البناء خلال فترة الضمان العشري؛ أي أن يتم تطبيق نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس خلال هذه الفترة، وذلك على غرار التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن حوادث المركبات، وهذا من شأنه تسهيل التمويل السريع لإصلاح الأضرار وتمكين صاحب العمل من إيجاد الجهة ذات الملاءة المالية للرجوع عليها في حالة تحقق شروط الضمان. وفي ذلك يكون المشرع الإماراتي قد حذا حذو المشرع المصري الذي أورد في قانون تنظيم وتوجيه أعمال البناء رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ نصاً خاصاً على عدم جواز إصدار ترخيص للبناء إلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة تأمين إجبارية من مخاطر البناء؛ حيث نصت المادة ٤٦ من القانون ذاته على أنه "لا يجوز صرف ترخيص البناء أو البدء في التنفيذ .. إلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة تأمين، وتغطي وثيقة التأمين المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب ما يحدث بالمباني والمنشآت من تهدم كلي أو جزئي بالنسبة لما يلي: ١- مسؤولية المهندس والمقاول في أثناء فترة التنفيذ باستثناء عمالهم ٢- مسؤولية المهندس والمقاول أثناء فترة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني". كما يكون قد حذا حذو المشرع الفرنسي الذي ألزم بذلك والمشرع الإنجليزي الذي أجاز ذلك أيضاً.

٧ - ورد في المادة ٨٧٨ م.م أنه "يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو بتقصيره أم لا وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه"، كما ورد في المادة ٣٨٩ من القانون ذاته أن المحكمة تقدر الضمان بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه. وعليه، فقد حصر قانون المعاملات المدنية التعويض بالخسارة الحاصلة دون أن يتطرق إلى التعويض عن الكسب الفائت، وذلك على خلاف

نص المادة ٢٩٢ م.م الذي ذكر صراحةً أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يقدر بمقدار ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب. وتضييق المشرع الإماراتي للضرر بحيث يقتصر على التعويض عن الضرر الواقع فعلاً هو موقف منتقد، وذلك لأنه يتعارض مع اعتبارات العدالة ويؤدي إلى التفرقة بين المضرور في المسؤولية العقدية والمضرور في المسؤولية التقصيرية دون أدنى مبرر. لذلك نأمل من المشرع تعديل نص المادتين ٨٧٨ و ٢٨٩ م.م باعتماد عنصر التعويض المتمثلين بالخسارة المحققة والكسب الفائت علماً بأن القضاء الإماراتي قد أخذ بهذا الاتجاه في العديد من الأحكام^(١٨٣).

٨ - تعديل نص المادة ٢ من المرسوم رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم مزاوله مهنة الاستشارات الهندسية في إمارة دبي التي عرفت المهندس؛ بحيث يشمل التعريف الشخص الطبيعي والشخص المعنوي.

٩ - وحاصل القول هو أننا بحاجة إلى تدخل المشرع الإماراتي ليعيد تنظيم أحكام الضمان العشري بما يواكب مقتضيات العصر، فما دام أن المشرع قد شدد من مسؤولية المهندس والمقاول في مقاولات الأبنية وذلك بإيراد نصوص خاصة خروجاً على القواعد العامة في المسؤولية الناشئة عن عقد المقالة فالأولى بالمشرع أن يسن قانوناً خاصاً بالمهندس والمقاول يبين فيه مدى مسؤوليتهما بعد تسلم البناء من قبل صاحب العمل، ويعيد فيه

(١٨٣) انظر على سبيل المثال: حكم محكمة تمييز دبي رقم ١٠٩ تاريخ ٢١/١٠/١٩٩٥ (مجلة القضاء والتشريع، العدد السادس، المكتب الفني في دائرة محاكم دبي، ديسمبر ١٩٩٧، ص ٦٢٤) وحكم محكمة تمييز دبي رقم ١٥٢ تاريخ ٢٨/١٢/١٩٩٩ (مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية، العدد العاشر، المكتب الفني في دائرة محاكم دبي، ديسمبر ٢٠٠٠، ص ١٠٠٩) وحكم المحكمة الاتحادية العليا رقم ١١٣ تاريخ ١٧/٩/١٩٩١ (مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا، العدد الثاني، السنة ١٣، ١٩٩٨، ص ٧٣٢).

تنظيم الأحكام الخاصة بالضمان العشري بما ينسجم مع الهدف من تقريرها في الأساس.

١٠- كذلك لا بد من إيجاد نوع من الرقابة على كل ما يتعلق بعملية البناء والتشييد من خلال دراسة التربة المقام عليها البناء ومراقبة التصاميم والمقاييس وفحص المواد المقدمة للتنفيذ من حيث صلاحيتها ومعرفة مدى مطابقتها للمواصفات ومتابعة التنفيذ، ويكون ذلك من خلال تشكيل لجنة مشتركة مؤلفة من ممثلين عن المقاولين والمهندسين في القطاع الخاص ومديرية الدفاع المدني ووزارة الأشغال العامة والإسكان ووزارة الصناعة ووزارة الاقتصاد والتخطيط ووزارة البيئة وغيرها من الجهات المعنية، بما يضمن حماية أرواح الناس وأموالهم، وبما ينعكس إيجاباً على اقتصاد الدولة.