

ضمان المقاول والمهندس في مقاولات المباني والإنشاءات بعد إتمام البناء أو الإنشاء في التشريع البحريني والمقارن

أ. د. محمد يوسف الزعبي

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق، جامعة البحرين

الملخص

يتناول هذا البحث أهم موضوعات عقد المقاولة من خلال دراسة مسؤولية المقاول والمهندس عن التهدم الكلي أو الجزئي الذي يصيب البناء أو الإنشاء بعد إتمامهما في التشريعين البحريني والمقارن. ومن إشكاليات هذا البحث خروج أحكامه عن القواعد التي تجيز في مجال المسؤولية العقدية تحمل المدين تبعه القوة القاهرة أو الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي، حيث ألزم المقاول والمهندس بالمسؤولية عن تهدم البناء ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض لا يعلمه المقاول والمهندس، ولم يجز الاتفاق على عدم مسؤوليتهما إذا كان العيب ناشئاً عن عيب في الأرض. وينحصر نطاق البحث في ضمان المقاول والمهندس عن الأضرار التي تصيب البناء أو الإنشاء بعد إتمامهما وليس قبل ذلك، بحيث تخرج من هذا النطاق الأضرار التي تصيب البناء أثناء التنفيذ، وقد تم تناول ذلك من خلال محورين هما: الأول هو ضمان المقاول والمهندس في مقاولات البناء والإنشاء بعد إتمامهما في التشريعين البحريني والمقارن، والثاني هو الضمان العشري الذي يلتزم به المقاول والمهندس في التشريعين البحريني والمقارن، وذلك عبر اعتماد المنهج الوصفي، التحليلي، والمقارن.

ومن أهم النتائج التي توصل إليها البحث هي: أن الضمان العشري الذي يضمنه المقاول والمهندس لا يجوز تنقيصه بالاتفاق وإنما يمكن زيادته عن عشر سنوات لصالح صاحب العمل، وأن مدة الضمان العشري هي مدة سقوط لا تقبل الوقف أو الانقطاع، وأن الضمان العشري تحكمه قواعد المسؤولية العقدية حتى بعد انتهاء عقد المقاولة، وأن لفظ المهندس الوارد في القانون البحريني يشمل المهندس المعماري وغيره من التخصصات الهندسية المختلفة. وأما أهم التوصيات التي يوصي بها البحث المشرع البحريني فهي بأن يعدل بداية الضمان العشري من وقت إتمام البناء أو الإنشاء إلى وقت التسليم، وألا يقتصر التضامن بين المقاول والمهندس على التضامن في المسؤولية وإنما يجب أن يمتد ليشمل التضامن في الضمان أيضاً.

كلمات دالة: الضمان العشري، عقد المقاولة، العيب في الأرض، التضامن في المسؤولية، التضامن في الضمان.

المقدمة

لم يقتصر المشرع البحريني والتشريعات المقارنة على القواعد العامة في المسؤولية المدنية في حقل المباني والإنشاءات، بل أضاف لها مسؤولية من نوع خاص وذات طبيعة استثنائية تتصف بالتشدد الذي يُناسب خطورة الأضرار الناشئة عن عيوب البناء أو الإنشاء. فقد حرص المشرع البحريني على اعتبار قواعد المسؤولية العقدية في مجال ضمان المقاول والمهندس بخصوص المباني والإنشاءات بعد إتمام البناء أو الإنشاء من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامه، خارجاً بذلك على القواعد العامة التي تجيز الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه العقدي أو التأخر في تنفيذه.

ومن أوجه التشدد الذي سار عليه المشرع في البحرين وغيره من التشريعات المقارنة أن ضمان المقاول والمهندس في مقاولات المباني والإنشاءات بعد إتمامها يقوم على المسؤولية المفترضة التي لا تقبل إثبات العكس، فبمجرد حدوث التهدم أو الخلل الجزئي أو الكلي فيما شيده من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة تقوم مسؤوليتهما القانونية المفترضة، ولا يمكنهما التخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو خطأ صاحب العمل.

وتقوم مسؤوليتهما المفترضة بقوة القانون لمدة عشر سنوات من إتمام البناء أو الإنشاء، أي أن المشرع جعل مسؤوليتهما تحقيق نتيجة وهي بقاء المباني والمنشآت سليمة متينة لمدة عشر سنوات بعد إتمام البناء أو الإنشاء، بحيث لو حدث للبناء أو الإنشاء أي تهدم أو خلل كلي أو جزئي خلال عشر سنوات من إتمام البناء أو الإنشاء فإنهما يضمنان ذلك، وهذا يفوق المدد في ضمان العيوب الخفية بكثير، ويفوق المدة التي يتعارف عليها أصحاب هذه المهنة أو ما يسمى بعرف المهنة.

ومن الأمور التي خرج فيها المشرع البحريني والتشريعات المقارنة في مجال ضمان المقاول والمهندس في مقاولات المباني والإنشاءات بعد إتمام البناء أو الإنشاء، أن الضمان يشمل التهدم ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض، أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامة المباني أو المنشآت المعيبة، كما يشمل ما يظهر في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها، أي أن المهندس والمقاول متضامنين في المسؤولية عن التهدم ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض، فهنا أخرج المشرع البحريني والتشريعات المقارنة عيب الأرض من مجال القوة القاهرة، كما أخرجها من مجال القوة القاهرة التهدم في البناء أو الخلل فيه حتى لو كان صاحب العمل قد أجاز إقامة المباني والمنشآت المعيبة،

باعتبار أن إجازته للبناء لا تخل بمسؤولية المقاول والمهندس عن التهدم أو الخلل الحاصل باعتبارهما متخصصين في المقولة التي قاما بها.

وكل ما ورد ذكره أعلاه يعد إشكالات قانونية خرج بها المشرع عن القواعد العامة، وأهم مشكلة في الموضوع أن المسؤولية تقع على المقاول والمهندس، ولو كان التهدم في البناء أو الإنشاء ناشئاً عن عيب في الأرض، وبعد هذا سأتابع في بحثي هذا المنهج الوصفي المقارن للمقارنة بين كل من القانون المصري والكويتي والبحريني.

محددات البحث

- 1- هذا البحث لا يتضمن مسؤولية المهندس أو المقاول أثناء فترة التشييد، فلا يشمل مسؤوليتهما عن حراسة الأشياء غير الحية كالأدوات والآلات والآليات المستعملة في البناء.
- 2- ولا يشمل مسؤولية مالك البناء عن البناء أو الإنشاءات أثناء البناء أو التشييد باعتباره حارساً للبناء أو حارساً للأشياء.
- 3- كما لا يتناول هذا البحث الأضرار التي تصيب الغير أو التابعين أو العمال أو الفنيين أو صاحب العمل وخلفه أو المهندس أو المقاول ولا أفراد أسرهم ولا الجيران ولا المارة أثناء البناء أو التشييد أو بعد الانتهاء منهما.
- 4- كما لا يشمل هذا البحث أي تهدم أو تعيب جزئي أو كلي في البناء أو الإنشاء قبل إتمام البناء أو الإنشاء.
- 5- إن ما يتضمنه هذا البحث هو فقط ضمان المقاول أو المهندس تحديداً في مقاولات المباني والإنشاءات بعد إتمام البناء أو الإنشاء.

منهجية البحث

يقوم هذا البحث على أساس المنهج الوصفي المقارن لحالة نظام قانوني معين تنصب عليه الدراسة، وهي حالة ضمان المقاول والمهندس، أي تهدم أو تعيب في الإنشاء أو البناء بعد إتمامه، مقارناً ببعض التشريعات العربية وهي المصري والأردني والكويتي.

خطة البحث

المبحث الأول: موضوع الضمان وصاحب الحق فيه ومجال مسؤولية الضامنين.
المبحث الثاني: أحكام الضمان العشري.

المبحث الأول

موضوع الضمان وصاحب الحق فيه ومجال مسؤولية الضامنين

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين: سأبحث في (الأول) موضوع الضمان، وأبحث في (الثاني) صاحب الحق في الضمان ومجال مسؤولية الضامنين.

المطلب الأول

موضوع الضمان ومدته

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع، سأبحث في (الأول) المقصود بالضمان والبناء والإنشاء، وأبحث في (الثاني) انهدام أو تعيب البناء أو الإنشاء كسبب لهذا الضمان، وأبحث في (الثالث) مدة الالتزام بالضمان، وأبحث في (الرابع) بداية مدة الالتزام بالضمان.

الفرع الأول

المقصود بالضمان والبناء والإنشاء

سأتناول هذا الفرع في بندين: أبحث في الأول المقصود بالضمان، وأبحث في الثاني المقصود بالبناء والإنشاء.

البند الأول – المقصود بالضمان

الضمان الذي نتحدث عنه في هذا الموضوع هو الضمان المنصوص عليه في المادة (615) من القانون المدني البحريني⁽¹⁾، حيث نصت على أنه: «أ- يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيده من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة...»، بمعنى أن هذا الضمان هو الضمان الذي تحدث عنه المشرع البحريني في عقد المقاولة، وهو المقصود بالضمان الذي سنتناوله في هذا البحث، أي أن أساس هذا الضمان هو العقد الذي يتم بين المقاول والمهندس من جهة، وبينه وبين صاحب العمل من جهة ثانية، بحيث تقوم مسؤولية المقاول والمهندس أو أحدهما عن الأخطاء التي تحدث في البناء أو الإنشاء الذي يظهر من وقت إتمام البناء أو الإنشاء، أي أن أساس هذا الضمان هو المسؤولية العقدية التي تظهر في نصوص المواد من (615 إلى 620) من القانون المدني البحريني،

(1) تقابلها المادة (1/788) من القانون المدني الأردني، والمادة (692) من القانون المدني الكويتي، والمادة (652) من القانون المدني المصري.

بمعنى أن الضمان الذي يعود به صاحب العمل على المقاول أو المهندس خارج نطاق عقد المقاولة لا يكون مقصوداً بهذا الضمان⁽²⁾، فلو أن المقاول أو المهندس قدّم استشارة أو فتوى بخصوص البناء أو الإنشاء قبل إبرام عقد المقاولة، وحدثت أضرار لصاحب العمل نتيجة هذه الاستشارة أو تلك الفتوى، فلا يعود صاحب العمل على المقاول أو المهندس بموجب قواعد عقد المقاولة وإنما يعود عليهما بموجب القواعد العامة في المسؤولية المدنية.

ويمكن القول أيضاً أن الضمان الذي نحن بصدده لا يشمل المقاول أو المهندس الذي يعمل تحت إشراف ورقابة صاحب العمل، وإنما يشمل المقاول والمهندس اللذين يعملان مستقلين عن صاحب العمل ولا يعملان تحت إشرافه ورقابته، لأن المقاول والمهندس في الحالة الأولى تجمعهما مع صاحب العمل علاقة عمل، في حين أنه في الحالة المقصودة بالضمان في هذا البحث تجمعهما مع صاحب العمل علاقة مقاوله يخضعون فيها جميعاً لعقد المقاولة.

كما يمكن القول أيضاً أن المقصود بالضمان الذي نحن بصدده لا يشمل الضمان في مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع عندما يصدر الخطأ وما يستتبعه من ضرر من تابعي المقاول أو المهندس، وإنما الضمان المقصود هنا هو الضمان الذي يُسأل عنه المقاول والمهندس شخصياً استناداً لعقد المقاولة بينهما وبين صاحب العمل والذي تحكم قواعده المسؤولية العقدية، ولا تحكم قواعده المسؤولية التقصيرية التي تستند إلى مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع.

وأضيف بأن الضمان المقصود في هذا البحث لا يشمل قيام المقاول أو المهندس ببيع مبنى أو شقة أو بيت لآخر، فإذا حدث عيب أو تهدم في البناء المباع، فإن المشتري لا يعود على البائع وهو المقاول أو المهندس بموجب قواعد عقد المقاولة، وإنما يعود عليه بموجب التزام البائع بضمان العيب الخفي المنصوص عليه في عقد البيع، إلا إذا تبين أن المقاول والمهندس اللذين باعا العقار كانا قد عهدا إلى المقاول أو المهندس من أجل القيام بعملية البناء أو الإنشاء فتكون بينهما علاقة مقاوله، وعندها يستطيع المشتري أن يعود على المقاول أو المهندس اللذين عهد إليهما بالبناء لصالح المقاول والمهندس اللذين باعا العقار للمشتري

(2) د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني - العقود المسماة في المقاولة - الوكالة - الكفالة، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2001، ص 69، وسيشار لهذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: السرحان، العقود المسماة. ود. عبد الحميد الشواربي والمستشار عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج 4، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012، ص 1914. وسيشار لهذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: الشواربي والديناصوري، المسؤولية المدنية.

على أساس الضمان المنصوص عليه في عقد المقاولة استناداً إلى قواعد الاستخلاف، باعتبار أن المشتري خلف خاص للمقاول أو المهندس الذي باعه العقار، عندها يستطيع المشتري العودة على المقاول أو المهندس الذي بنى أو أنشأ العقار على أساس الضمان الموجود في عقد المقاولة باعتباره خلفاً خاصاً للبائع الذي باعه المبنى أو الشقة أو البيت.

ويشمل الضمان المقصود من هذا البحث أي انهدام أو تعيب كلي أو جزئي في البناء أو الإنشاء من وقت إتمام البناء أو الإنشاء ولا يشمل ما قبل ذلك، فأي تهدم أو تعيب كلي أو جزئي قبل إتمام البناء أو الإنشاء فليس محله بحثنا هذا، وإنما له قواعد القانونية الخاصة، كما أن الضمان المقصود في بحثنا هذا هو الضمان الناشئ عن عقد مقاولة صحيح استجمع كافة أركانه، فإذا كان عقد المقاولة باطلاً فلا مجال لتطبيق الضمان المنصوص عليه في عقد المقاولة الذي نحن بصدده، وإنما يتم تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية⁽³⁾.

البند الثاني - المقصود بالبناء أو الإنشاء

يقصد بالبناء أو الإنشاء الذي يشمل الضمان البناء والإنشاء في المشاريع الصغيرة والكبيرة التي تتشكل من دور واحد أو دورين أو أكثر، أو من عمارة متعددة الأغراض، للسكن أو للتجارة أو كانت للاستعمال الشخصي، وبشكل أعم سواء أكانت للاستعمال الصناعي أم الزراعي أم التجاري أم غير ذلك من الاستعمالات، وبالتالي يكون المقصود بالبناء أو الإنشاء كل أعمال البناء والإنشاء مهما كانت طبيعتها أو الغرض منها.

وبهذا فإن البناء والتشييد يمتد ليشمل أساسات البناء وقواعده وأعمدته وسقوفه وحوائطه وكل ما يتصل به اتصال قرار، بل ويشمل البناء والإنشاء كل ما يبني أو يشاد كالجسور والسدود والقناطر والخزانات والبوابات والأنفاق والسكك الحديدية وأجهزة التكييف المركزية والمدخن⁽⁴⁾.

ويشمل أيضاً أي مبانٍ أو إنشاءات تحت سطح الأرض أو فوقها أو بمستواها، المهم أن

(3) يراجع في هذا المجال: د. محمد شكري سرور، مسؤولية المهندس ومقاول البناء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985. ود. محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997. ود. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم مفتاح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004. ود. حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002. ود. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة - دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دون ناشر، القاهرة، 1977. ود. فتحية قره، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 7، مجلد 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 135. وسيشار له عند وروده فيما بعد هكذا: السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1.

تكون متصلة بعضها بعضاً اتصال قرار⁽⁵⁾، أي أن الضمان يشمل العقار دون المنقول، بل ويشمل الأبنية والإنشاءات سابقة التجهيز، والتي تعمل في أماكن معينة، ثم يتم نقلها إلى مكان البناء والتشييد لتنقل مع البناء الأصلي، وتكون جزءاً منه عن طريق ربطها ببعضها بعضاً بالجانازير أو بالبراغي القوية الضخمة الفولاذية أو الحديدية.

كما ويشمل البناء والإنشاء كل بناء أو إنشاء يتم على بناء قائم أو إنشاءات قائمة، فيشمل الزيادة على البناء القائم أو الإضافة إليه أو تعليته أو التعديل عليه أو تقويته بالدعامات الإسمنتية والحديدية، أو تبديله كلياً أو جزئياً أو توسعته، بل ويمكنني أن أضيف للبناء أو الإنشاء مجاري المياه والصرف الصحي والقنوات إذا تم بناؤها بالإسمنت المسلح، وكذلك أماكن تجميع المياه تحت سطح الأرض أو فوقها إذا كانت أماكن التجميع مبنية أو منشأة بالإسمنت المسلح وبتصاميم معمارية وإنشائية قام بها مهندس أو مقاول.

وبشكل عام فإن المقصود بالبناء والإنشاء: «المنازل والفلل والعمارات والمدارس والمستشفيات والمستوصفات والمصحات والمسارح ودور السينما والمصانع والمتاجر والمخازن والمساجد والكنائس والمعابد»⁽⁶⁾.

الفرع الثاني

انهدام أو تعيب البناء أو الإنشاء كسبب لهذا الضمان

في موضوع الضمان الذي نحن بصدده وبعد أن بينا المقصود بالضمان، لا بد أن نوضح معنى الانهدام أو التعيب الذي يصيب البناء أو الإنشاء والذي يعد سبباً لضمان المقاول أو المهندس لصالح رب العمل بعد إتمام البناء أو الإنشاء.

فالانهدام هو ما يصيب البناء أو الإنشاء من تفكك أو انفصال أجزاء من البناء أو الإنشاء أو جزء من البناء عن البناء الأصلي، أو أن يتم انهدام كامل البناء أو المنشأة، أي أن الانهدام هو ما يؤدي إلى زوال البناء وتساويته بالأرض أو زوال جزء منه، بمعنى أن الانهدام يعد انهداماً سواء أصاب كل البناء أو جزءاً منه⁽⁷⁾.

(5) د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين بعد تمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 88 وما بعدها. وسيشار له عند وروده فيما بعد هكذا ياقوت، مسؤولية المماريين.

(6) نقلاً عن السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 134. وانظر كذلك: السرحان، العقود المسماة، ص 60. وانظر كذلك المقصود في البناء: د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2009، ص 360. وسيشار لهذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: خالد عبد الفتاح، المسؤولية المدنية.

(7) د. أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد الماولة، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص 105. وسيشار لهذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا. أبو قرين، الأحكام العامة لعقد الماولة.

وقد بيّنت المادة (615) من القانون المدني البحريني بما معناه أن التزام المقاول أو المهندس هو التزام بتحقيق نتيجة، وهو بقاء البناء دون انهدام أو تفكك أو انفصال عشر سنوات بعد إتمام البناء، وبمجرد حدوث انهيار كلي أو جزئي أو انفصال تقوم مسؤولية المقاول أو المهندس، ولا يمكنهما التخلص من المسؤولية بإثبات العكس بأنهما قاما بالواجبات الملقاة على عاتقهما من أجل عدم حصول التهدم، ولا يمكنهما التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽⁸⁾.

ويعد في حكم الانهدام الكلي أو الجزئي أي عيب يظهر في البناء يؤدي إلى ضمان المقاول أو المهندس، كأن يكون العيب في مواد البناء المستعملة في البناء، بأن تكون هذه المواد رديئة الصنع أو مخالفة للمواصفات والمقاييس المعروفة أو المنفق عليها، أو أن يكون العيب في العمل ذاته لسوء الأساسات التي قام عليها البناء أو عدم تحمل هذه الأساسات للبناء، أو تكون الجدران أو الأسقف ليست بالسماكة الواجبة بحيث وقع في تشييدها خلل، أو أن تكون الأرض التي أقيم عليها البناء أو الإنشاء رخوة أو فيها عيب ولم تتخذ الإجراءات اللازمة والحسابات الضرورية حتى يقوم البناء على أرض قادرة على تحمل البناء أو الإنشاء⁽⁹⁾.

ويجب لقبول دعوى ضمان العيب أن يكون العيب قد وجد خللاً في متانة البناء أو الإنشاء، وألا يتمكن صاحب البناء من كشفه وقت إتمام البناء أو الإنشاء⁽¹⁰⁾، وتفسير ذلك أنه يجب لقبول دعوى الضمان توافر أمرين: الأول: أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء أو يؤثر على سلامته، فإذا تعلق الأمر بدهان الجدران أو البلاط أو الأبواب أو النوافذ أو الزجاج أو ما شابهها من أدوات البناء، بحيث لا يؤثر على سلامة البناء أو متانته فإنه لا يوجب الضمان. والثاني: أن يكون العيب خفياً، فإن كان ظاهراً ويمكن كشفه بالفحص المعتاد، فإن تسلم صاحب العمل للعمل دون اعتراض فإن ذلك يعد تنازلاً عن حقه في الضمان والتعويض الناشئ عنه⁽¹¹⁾.

وتقوم مسؤولية المقاول والمهندس وتحمله للضمان إذا ظهر عيب في المباني والمنشآت

(8) السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 145 والهامش (1)، الذي أشار فيه إلى قرار محكمة النقض المصرية، السنة 21، رقم 171، ص 1068.

(9) السنهوري، الوسيط ج 7، م 1، ص 142 والهوامش التي أشار إليها في الأرقام من 1-5.

(10) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني - العقود المسماة - الجزء الرابع - عقد العمل والمقاوله التزام المرافق العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 222. وسيشار له عند وروده فيما بعد هكذا: مرسي، العقود المسماة.

(11) السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 143 و 144.

هدد متانتها وسلامتها ولو كان هذا العيب ناشئاً عن عيب في الأرض⁽¹²⁾.

ويجب ألا يقتصر العيب الذي نحن بصدده على العيوب التي تهدد البناء وقوته وسلامته ومتانتها كالأساسات والأسقف والجدران الاستنادية، بل يجب أن يمتد ليشمل العيوب التي تهدد حفظ البناء وسلامته كتوصيلات المياه والكهرباء والتدفئة المركزية والمصاعد، بحيث لا يشترط أن يهدد العيب البناء كله بل يمكن أن يعد العيب عيباً مؤثراً ولو اقتصر العيب على جزء من العقار، بحيث يجعل العقار غير صالح لما أعد له.

الفرع الثالث

مدة الالتزام في الضمان

نصت المادة (615) من القانون المدني البحريني على أنه:

أ. يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تدهم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة، وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء مع مراعاة ما تقضي به المواد التالية (...).

ب. ومع ذلك إذا ثبت أن قصد المتعاقدين من المباني أو المنشآت أن تبقى لمدة أقل من عشر سنوات، فإن الضمان يكون للمدة التي قصد أن تبقى خلالها.

ج. والضمان يشمل التدهم ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامة المباني أو المنشآت المعيبة، كما يشمل ما يظهر في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها.

يستدل من هذا النص أن المقاول والمهندس يضمنان ما يحدث من تدهم أو خلل في البناء كلياً كان أو جزئياً فيما شيده من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة مدة عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء، أي أن المدة التي يلتزمان الضمان خلالها هي عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء، وهذه هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، أي أنها مدة متناقصة لا تقبل الوقف أو الانقطاع⁽¹³⁾.

(12) يفهم ذلك من نص المادة (615/ج) من القانون المدني البحريني.

(13) السنهوري، الوسيط، ج7، م1، ص155. وانظر كذلك: السرحان، العقود المسماة، ص61. والمستشار أنور طلبة، العقود الصغيرة - الشركة والمقاول والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص265. وسيشار لهذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: طلبة، العقود الصغيرة.

ومدة العشر سنوات التي نص عليها القانون من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على إنقاصها إلى أقل من ذلك، وإذا تم الاتفاق على إنقاصها فإن هذا الاتفاق يعد باطلاً لا يلزم صاحب العمل مالك المنشأة أو المباني، بحيث لو حدث تدهم أو عيب في البناء أو الإنشاء بعد انتهاء المدة المنقوصة عن العشر سنوات وقبل انتهاء العشر سنوات، فإن مالك المنشأة صاحب العمل يستطيع رفع الدعوى مطالباً بالضمان من المهندس أو المقاول حتى انتهاء مدة العشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء، على أن هذه المدة والتي هي عشر سنوات والتي هي من النظام العام يمكن أن تكون أقل من ذلك حسب نص المادة (615/ب) من القانون المدني البحريني التي جاء فيها: «ومع ذلك إذا ثبت أن قصد المتعاقدين من المباني أو المنشآت أن تبقى لمدة أقل من عشر سنوات فإن الضمان يكون للمدة التي قصد أن تبقى خلالها».

ففي هذه الحالة فإن المدة التي من النظام العام هي المدة القصيرة التي قصداً أن يمتد لها الاتفاق، وهي المدة التي أقل من عشر سنوات، فلو كانا قد قصداً إقامة بناء ثابت أو منشأة لعمل مكان للسيرك أو معرض كتاب أو دار سينما مؤقتة لثمان سنوات، وظهر ذلك من الاتفاق أو العقد، فإن المدة التي من النظام العام هي مدة الثماني سنوات المشار إليها في المادة (625/ب) وليس مدة العشر سنوات المشار إليها في المادة (615/أ) من القانون المدني البحريني.

على أن مدة العشر سنوات المشار إليها في المادة (615/أ) والتي اعتبرتها تلك المادة من النظام العام يمكن زيادتها إلى أكثر من عشر سنوات بالاتفاق، ذلك أن هذه المدة وجدت لمصلحة صاحب العمل، فإذا زادت هذه المدة بالاتفاق فلا يخل ذلك بمصلحة صاحب العمل، بل تكون هذه الزيادة في صالحه، على عكس التقصير فإنه في غير صالحه فلا يكون مقبولاً، أي أن مدة العشر سنوات التي فرضها المشرع هي الحد الأدنى للضمان الذي لا يجوز النزول عنه؛ لأن المشرع البحريني في المادة (620) من القانون المدني جعل كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو بالحد منه باطلاً، أي أنه أبطل كل شرط بالإعفاء من الضمان لمدة عشر سنوات أو التنقيص منه، على أن دعوى الضمان ضد المهندس والمقاول يجب أن ترفع خلال ثلاث سنوات على حصول التدهم أو انكشاف العيب⁽¹⁴⁾.

فإذا حدث التدهم أو انكشف العيب في السنة التاسعة من وقت إتمام البناء أو الإنشاء، فيجب على صاحب العمل أن يقيم دعوى الضمان على المهندس والمقاول خلال سنة

(14) المادة (619) من القانون المدني البحريني، تقابلها المادة (654) من القانون المدني المصري، والمادة (696) من القانون المدني الكويتي، والمادة (791) من القانون المدني الأردني.

واحدة من وقت التهدم أو انكشاف العيب، وإذا لم يتم الدعوى خلال هذه المدة سقط حقه بالمطالبة بالضمان؛ لأن مجموع المدة يجب ألا يزيد عن عشر سنوات باعتبار أن المدة مدة سقوط، على أنه إذا تهدم جزء من البناء أو انكشف عيب به في السنة الثانية مثلاً، فإن لصاحب العمل الحق برفع الدعوى خلال ثلاث سنوات كحد أقصى من تاريخ التهدم أو انكشاف العيب، وإلا سقط حقه في المطالبة بالضمان عن هذا الجزء المتهدم أو المعيب، لكن سقوط حقه بالمطالبة بالتعويض عن الجزء الذي لم يطالب بالتعويض عنه خلال مدة ثلاث سنوات، لا يسقط حقه بالمطالبة بالتعويض عن جزء آخر لم ينهدم أو ينكشف عنه العيب إلا بعد مدة سبع سنوات من إتمام البناء أو الإنشاء.

كما أنه لا بد من القول بأن سقوط حق صاحب العمل في التعويض لعدم المطالبة خلال ثلاث سنوات من حدوث التهدم أو انكشاف العيب عن جزء من البناء أو الإنشاء، وكذلك حصوله على تعويض عن جزء آخر تهدم أو انكشف عنه العيب، لا يخل بحقه في المطالبة بالتعويض عن تهدم جزء آخر من البناء أو انكشاف العيب عنه مختلف عن الجزئين الأولين؛ لأن الضمان لمدة عشر سنوات يشمل المباني والمنشآت جميعها بكافة أجزائها ومرافقها، فإذا كان البناء أو التشييد قابلاً للتجزئة، فإن سقوط الحق بالضمان في جزء منه، وحصول التعويض عن جزء آخر، لا يخل بحق صاحب العمل بالحصول على التعويض في الجزء الثالث من البناء أو الإنشاء الذي لم يحصل على تعويض عنه إذا انهدم جزء منه أو انكشف العيب عنه، على أنه إذا كان التعويض المقدم من المهندس والمقاول ليس نقدياً بل عينياً بأن قاما بإعادة بناء الجزء المنهدم أو أصلح العيب الذي فيه، فإن مدة عشر سنوات جديدة تبدأ من تاريخ إتمام البناء المنهدم أو تاريخ إصلاح العيب الذي فيه، أما باقي الأجزاء التي لم تصب بعيب أو تهدم، فإن مدة الضمان تبقى بالنسبة لها مدة عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء في الجزء الذي لم ينهدم أو ينكشف العيب عنه.

ويثور التساؤل فيما إذا كان التهدم أو العيب في المباني أو الإنشاءات ناشئاً عن غش متعمد من المهندس أو المقاول، فهل هذا الغش يخرج المقاول من مجال المسؤولية العقدية إلى مجال المسؤولية التقصيرية، باعتبار أن الغش يفسد التصرفات القانونية ويخرجها من مجال العقد إلى مجال الفعل الضار⁽¹⁵⁾.

الرأي عندي أنه إذا استطاع صاحب العمل إثبات الغش المتعمد من المقاول أو المهندس، فإن أي تهدم للبناء أو التعيب ناتج عن هذا الغش يعطي لصاحب العمل أحد خيارين هما: إما اللجوء إلى الضمان العشري المنصوص عليه في عقد المقاول في نص المادة (615)

(15) انظر بهذا المعنى: السنهوري، ج 7، ص 156 هامش (2) و ص 126، والمراجع التي أشار إليها.

من القانون المدني البحريني، أو اللجوء إلى النصوص المتعلقة بالمسؤولية عن العمل غير المشروع استناداً إلى نص المادة (158) من القانون المدني البحريني، التي تنص على أن: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أحدثه بتعويضه».

وغالباً فإن صاحب العمل لن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية إذا كانت مدة العشر سنوات المنصوص عليها للمسؤولية العقدية لم تنته بعد، إنما يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية إذا كانت مدة الضمان العشري المنصوص عليها في عقد المقاولة قد انتهت، ذلك أن دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع تبقى مسموعة لمدة خمس عشرة سنة من وقت وقوع العمل غير المشروع أو بثلاث سنوات من يوم علم المضرور بالضرر والمسؤول عنه أي المدتين تنقضي أو لا⁽¹⁶⁾.

وبالقطع تكون مسؤولية المقاول والمهندس تجاه صاحب العمل بتعويض الضرر في مجال المسؤولية التقصيرية تضامنية، وتكون بينهما بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم بالتعويض⁽¹⁷⁾، بشكل غير متساوٍ.

والأمر المهم في موضوع الضمان لمدة عشر سنوات، الذي يكون المهندس والمقاول مسؤولين عنه تجاه صاحب العمل، أن التعويض يستحق لصاحب العمل عن التهدم أو العيب في البناء أو الإنشاء، ولو كان التهدم أو العيب ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامة المباني أو المنشآت المعيبة⁽¹⁸⁾.

فلا يمكن للمقاول أو المهندس التذرع بالقول إن سبب التهدم أو التعيب أو الخلل ناشئ عن عيب في الأرض، بأن يدعي بأن الأرض التي قام عليها البناء أو الإنشاء كانت رخوة أو قابلة للانزلاق أو كانت مردومة على أرض رخوة أو كانت في أصلها مكباً للنفايات، وتم ردمها ردماً خفيفاً، بحيث بقي ما تحتها لا يتحمل إقامة بناء عليه، أو اكتشف فيما بعد أن البناء أقيم على أرض تحتها مغارات وفراغات، وأنه عندما تم البناء فإن الأرض لم تتحمل هذا البناء مما أدى إلى انهدامه أو تعيبه أو تشققه، بحيث أصبحت الأبنية والمنشآت غير صالحة للسكن أو لما أعدت له من الاستعمالات.

ففي كل هذه الحالات، فإن المقاول والمهندس يضمنان الضرر الذي أصاب صاحب العمل، ولا يستطيعان أن يتخلصا من المسؤولية إلا بإثبات أن الضرر الذي لحق البناء أو الإنشاء كان بسبب أجنبي لا يد لهما فيه.

(16) المادة (180) من القانون المدني البحريني.

(17) المادة (160) من القانون نفسه.

(18) المادة (615/ج) من القانون نفسه.

الفرع الرابع

بداية مدة الالتزام في الضمان

نصت المادة (615/أ) من القانون المدني البحريني على أن: «يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تدهم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة، وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء...»⁽¹⁹⁾.

يستدل من هذا النص أن مدة العشر سنوات التي يضمن خلالها كل من المقاول والمهندس الأضرار التي تصيب صاحب العمل نتيجة تدهم البناء كلياً أو جزئياً أو حدوث خلل فيه تبدأ من وقت إتمام البناء أو الإنشاء⁽²⁰⁾.

والمقصود بإتمام البناء أو الإنشاء هو إتمام البناء إتماماً فعلياً، بحيث يكون جاهزاً للاستعمال وصالحاً لما أعد له، أي لا يحتاج إلى أي تدخل من أي جهة كانت لإتمام ما فيه من نقص، بحيث لا توجد به نواقص وقابل للسكن المريح، إذا كان سكناً وقابلاً لأن يستعمل استعمالاً عادياً فيما أعد لغير السكن.

ويجب على المهندس والمقاول أن يبلغا صاحب العمل بأن البناء أو الإنشاء أصبح مكتملاً وتاماً، وأنه قابل للسكن أو لاستعماله لما أعد له، ويتم تبليغ صاحب العمل بإتمام البناء أو الإنشاء بكل الطرق، كرسالة مكتوبة عرفية أو رسمية، ويمكن أن تكون من خلال جهة رسمية ككاتب العدل، أو من خلال محام، ويمكن أن تكون رسالة ترسل بالبريد العادي أو المسجل أو من خلال مكالمة تلفونية أو عن طريق الفاكس أو البريد الإلكتروني أو بأي وسيلة من وسائل التواصل السائدة في هذه الأيام، بل يمكن أن تكون الرسالة شفوية تقال لصاحب العمل مباشرة. ومن الأفضل أن يكون التبليغ مكتوباً من أجل سهولة الإثبات عند حدوث نزاع بين الطرفين حول الميعاد الذي تم فيه التبليغ بأن البناء أو الإنشاء أصبح تاماً وقابلاً للاستعمال لما أعد له، فعلى المقاول أو المهندس القول بأن البناء أو الإنشاء أصبح تاماً وعليه إثبات ما يدعيه، بأن يثبت الوسيلة التي من خلالها بلغ صاحب العمل بأن البناء أو الإنشاء قد أصبح تاماً.

ويمكن لصاحب البناء أو الإنشاء إثبات عكس ذلك بأن يثبت بأن البناء أو الإنشاء فيه من النواقص ما يجعله غير كامل أو تام وأنه غير مكتمل للاستعمال الشخصي أو للاستغلال

(19) وهذا ما أخذ به المشرع الكويتي في المادة (1/692) من القانون المدني.

(20) عكس ذلك القانون المدني المصري، حيث تبدأ مدة العشر سنوات من وقت تسلم العمل وليس من وقت إتمام البناء أو الإنشاء. انظر: المادة (3/651) من القانون المدني المصري. وعكس ذلك أيضاً القانون المدني الأردني، انظر: نص المادة (3/788).

كتأجيله، أو بشكل عام أنه غير قابل للاستعمال الذي أعد له.

ويمكن أن يتم هذا الإثبات عن طريق الخبرة التي يتم تعيينها من قبل صاحب العمل أو من قبل صاحب العمل والمقاول مجتمعين، على أن تكون مصاريف هذه الخبرة على من يدعي عدم إتمام العمل وهو صاحب العمل، على أن يعود في النهاية بهذه المصاريف على المقاول والمهندس.

فإذا ثبت أن البناء أو الإنشاء لم يكتمل، فإن مدة العشر سنوات لا تبدأ إلا من وقت اكتمال البناء أو الإنشاء فعلاً، وإن الوقت الذي يستغرقه إكمال البناء بعد ادعاء صاحب العمل أنه غير كامل - على فرض ذلك - لا يدخل في مدة العشر سنوات، وإنما تبدأ هذه المدة من وقت أن يصبح البناء أو الإنشاء مكتملاً وصالحاً لما أعد له باتفاق الطرفين أو من اللحظة التي لا ينزاع فيها صاحب العمل بكون البناء قد اكتمل فعلاً.

وهناك فارق بين إتمام البناء وتسليم البناء، فإتمام البناء هو أن يدعي المقاول أو المهندس أن البناء قد اكتمل، أما التسليم فهو أن يدعي أنهما قاما بتسليمه إلى صاحب العمل بأي طريق من طرق التسليم، كالتسليم الفعلي أو الحكمي، وقد أخذ القانون المدني الأردني بسريان مدة العشر سنوات من وقت تسلم العمل⁽²¹⁾، وكذلك فعل المشرع المصري، حيث اعتبر سريان مدة العشر سنوات من وقت تسلم العمل⁽²²⁾، في حين أن المشرع البحريني لم يأخذ بوقت تسلم العمل، وإنما أخذ بوقت إتمام البناء أو الإنشاء⁽²³⁾.

ويا حبذا لو أن المشرع البحريني أخذ بما أخذ به المشرع المصري، واعتبر بداية مدة العشر سنوات من وقت تسلم العمل وليس من وقت إتمام العمل، لأن تسلم العمل لا يكون إلا بتسليمه فعلاً أو حكماً لصاحب العمل، فيكون التسليم باتفاقهما وحضورهما، بحيث لو وجد نقص أو عيب لما قبل صاحب العمل تسلم البناء، وفي هذه الحالة لا يكون هناك أي خلاف بينهما بعد الاتفاق على التسلم، في حين أن القول ببداية العشر سنوات من وقت إتمام العمل، تجعل من هذا القول خلافاً بين المقاول أو المهندس من جهة وصاحب العمل من جهة أخرى، فسيدعي المقاول أو المهندس أن البناء أو الإنشاء قد تم، في حين يدعي صاحب العمل أن العمل لم يتم، فيكون ذلك مدعاةً للخلاف والنزاع، ثم يطول أمد النزاع بينهما، حيث يؤثر على بداية المدة وعلى مصلحة صاحب العمل أو مصلحة المقاول أو المهندس إذا طال النزاع، مما يضطرهما إلى الضمان لمدة أطول من حيث الواقع وهما في غنى عن ذلك.

(21) المادة (3/788) من القانون المدني الأردني.

(22) المادة (3/651) من القانون المدني المصري.

(23) المادة (1/615) من القانون المدني البحريني.

المطلب الثاني

صاحب الحق في الضمان والملتزمون به ومجال مسؤوليتهم

ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، أبحث في (الأول) صاحب الحق في الضمان، وأبحث في (الثاني) الملتزمون في الضمان، وأبحث في (الثالث) مجال مسؤولية طرفي الضمان.

الفرع الأول

صاحب الحق في الضمان

بالتأكيد أن صاحب الحق في الضمان هو صاحب العمل الذي يكون أحد أطراف عقد المقاولة مع المقاول أو المهندس، سواء أكان هو الذي أبرم العقد بنفسه أم بواسطة نائب عنه. وعليه فإن ممارسة الحق في رفع الدعوى تكون له بنفسه أو لمن يمثله قانوناً في حالة الشخصية المعنوية، أو من ينوب عنه قانوناً في حالة الشخصية الطبيعية. وإذا انتقل البناء إلى خلف خاص، فإنه يصبح صاحب الحق في الضمان، وتنتقل له دعوى الضمان باعتبارها من توابعه⁽²⁴⁾، فإذا كان رب العمل شخصية معنوية وكان الغرض الذي أعدت له تلك الشخصية بناء المساكن وإعادة بيعها، فإن هذه الدعوى تكون ابتداءً للشخصية المعنوية باعتبارها صاحب العمل، ثم بعد توزيع الوحدات السكنية للملاك تنتقل لهم باعتبارهم خلفاً خاصاً لها.

كما يعتبر صاحب حق في الضمان الخلف العام، وهم الورثة والموصى لهم بجزء شائع في التركة، وينتقل لكل هؤلاء دعوى الضمان التي كان يملكها مورثهم باعتبارها صاحب العمل ضد المقاول أو المهندس، على أن المدة التي كانت سابقة على انتقال الملكية للخلف الخاص أو الخلف العام تحسب من مدة الضمان العشري وهي العشر سنوات، باعتبار أن الخلف الخاص والخلف العام لا يملكون أكثر مما كان يملكه سلفهم من مدة، وعليه فلو انتقلت الملكية لأي من هؤلاء في السنة السابعة، فلا يملكون من المدة إلا ما يكمل العشر سنوات محسوباً منها السبع سنوات قبل انتقال ملكية البناء أو الإنشاء إليهم.

الفرع الثاني

الملتزمون بالضمان

نتحدث عن الملتزمين بالضمان في بندين: الأول في تعدد الضامنين، والثاني في توزيع المسؤولية بينهم.

(24) انظر: المادة (134/ب) من القانون المدني البحريني.

البند الأول - تعدد الضامنين

الأصل أن الضامنين لما يحدث من تدهم أو خلل كلي أو جزئي في المباني أو المنشآت هما المقاول والمهندس، وفي هذا تنص المادة (615/1) من القانون المدني البحريني على أنه: «يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تدهم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة، وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء...»⁽²⁵⁾.

هذا هو الأصل وهو أن المقاول والمهندس هما الضامنان لما يحدث من تدهم أو تعيب كلي أو جزئي في المباني والمنشآت التي قاما ببنائها أو شيدها خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء.

لكن هذا الضمان قد يمتد إلى المتنازل له عند حصول التنازل بموافقة الطرف الآخر⁽²⁶⁾، فإذا تم التنازل حل المتنازل له محل المتنازل في حقوقه والتزاماته⁽²⁷⁾، ومن بين هذه الالتزامات التزامه بالضمان العشري، والتزامه بالضمان والتعويض لصالح صاحب العمل في حال حدوث تدهم أو تعيب في البناء أو الإنشاء في المقاول التي تم التنازل عنها من المقاول أو المهندس لصالح المتنازل له مقاولاً أو مهندساً جديداً.

على أن الضمان قد يتجزأ بين المقاول والمهندس على خلاف الأصل، فإذا اقتصر عمل المهندس على وضع تصميم البناء أو الإنشاء أو جانب منه، كان مسؤولاً عن العيوب التي ترجع إلى التصميم الذي وضعه دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ⁽²⁸⁾، فإذا عهد إليه صاحب العمل بالإشراف على التنفيذ أو على جانب منه، كان المهندس مسؤولاً أيضاً عن العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ الذي أسند له الإشراف عليه⁽²⁹⁾، ففي هاتين الحالتين تقع المسؤولية كاملة على المهندس دون المقاول، هذا في العلاقة بينهما وليس في علاقتهما مع صاحب العمل.

كما أن المقاول يكون مسؤولاً وحده في علاقته مع المهندس عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الخطأ في التصميم، ما لم تكن هذه العيوب ظاهرة⁽³⁰⁾، ومع ذلك يكون المقاول مسؤولاً في علاقته مع المهندس عن العيوب التي ترجع إلى التصميم إذا كان المهندس الذي قام بوضع التصميم تابعاً للمقاول⁽³¹⁾.

(25) يقابلها نص المادة (1/651) من القانون المدني المصري.

(26) المادة (1/603) من القانون المدني البحريني.

(27) المادة (603/ب) من القانون نفسه.

(28) المادة (1/616) من القانون نفسه.

(29) المادة (616/ب) من القانون نفسه.

(30) المادة (1/617) من القانون نفسه.

(31) المادة (617/ب) من القانون نفسه.

ولفظ المهندس الوارد في المادة (615/1) من القانون المدني البحريني يشمل كل المهندسين المشاركين في عملية البناء أو الإنشاء، وليس المهندس المعماري كما هو في القانون المدني المصري⁽³²⁾.

وعليه فإن جميع المهندسين بمختلف تخصصاتهم الذين شاركوا في البناء أو الإنشاء يكونون ضامنين لما يحدث من تهدم أو خلل جزئي فيما شيده من مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة.

ولفظ المقاول يشمل كل مقاول اشترك في العمل عندما يشترك فيه أكثر من مقاول، فهناك مقاول للبناء وآخر للألمنيوم وثالث للنجارة ورابع للتمديدات الصحية وخامس للتمديدات الكهربائية وسادس للتمديدات الميكانيكية، فهنا تمتد دائرة الضمان لتشملهم جميعاً، وتقع مسؤولية كل واحد منهم عن الجزء الذي قام به أو أسند إليه⁽³³⁾.

البند الثاني - توزيع المسؤولية بين أطراف الضمان

نصت المادة (618) من القانون المدني البحريني على أنه: «إذا كان المهندس والمقاول مسؤولين عما وقع من عيب في العمل، كانا متضامنين في المسؤولية». فإذا حصل عيب في العمل أو البناء أو الإنشاء وتبين أن المهندس والمقاول هما المسؤولان عن هذا العيب، فإن مسؤوليتهما تكون مسؤولية تضامنية، فيستطيع صاحب العمل أن يعود بالمسؤولية كاملة على أحدهما أو على كليهما حسبما يتراءى له، عملاً بقواعد التضامن التي تجيز للدائن - وهو هنا صاحب العمل - الرجوع على أي من المدينين المتضامنين بالمسؤولية وهما المقاول والمهندس، أو الرجوع عليهما كليهما معاً وهما المقاول والمهندس.

فإذا اختار صاحب العمل الرجوع عليهما معاً بالمسؤولية استناداً لقواعد التضامن، فلا شيء يمنعه من ذلك، لكن هذا الرجوع عليهما معاً استناداً لقواعد التضامن لا يكون إلا في العلاقة بين الدائن (صاحب العمل) من جهة والمدينين (المقاول والمهندس) من جهة ثانية. أما في العلاقة بين المدينين نفسيهما (المقاول والمهندس)، فلا تضامن بينهما، فإن المسؤولية توزع بينهما كل حسب نسبة خطئه في حصول العيب أو التهدم في البناء أو الإنشاء.

(32) المادة (1/651) من القانون المدني المصري. ولقد أصاب المشرع البحريني عندما جعل لفظ (المهندس) مطلقاً غير مقيد ليشمل كل المهندسين أياً كان تخصصهم، على عكس المشرع المصري الذي قصر لفظ المهندس على (المهندس المعماري) فقط.

(33) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية في حوادث وانهيار المباني أثناء وبعد التشييد والتأمين الإلزامي لها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 47. وسيشار لهذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية.

فعند توزيع المسؤولية بينهما، يراعي القاضي عند الحكم في القضية نسبة خطأ كل من المهندس والمقاول، فإذا كان هناك خطأ في التنفيذ أو في المواد المستعملة في البناء أو الإنشاء، وكان المهندس مشرفاً على التنفيذ، فإن القاضي يحمل المهندس نسبة من الخطأ يقدره حسب الخبرة المقدمة له. أما إذا كان العيب في التصميم أو البناء أو الإنشاء وتبينه المقاول، فإنه يتحمل نسبة من الخطأ لقيامه بالعمل دون التنبيه بوجود العيب، لكن خطأ المهندس في هذه الحالة يكون أكثر جساماً، لأن المهندس هو المسؤول عن التصميم والبناء والإنشاء ابتداءً أكثر من المقاول في هذه الحالة⁽³⁴⁾ إذا كان هو الذي يباشر عملية البناء والإنشاء أكثر من المقاول.

الفرع الثالث

مجال مسؤولية طرفي الضمان

قد علمنا أن طرفي الضمان العشري هما المقاول والمهندس، وأن مسؤوليتهما قبل صاحب العمل تضامنية، وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء، فقد نصت المادة (615/أ) من القانون المدني البحريني على أن: «يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تدهم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أرقامه من منشآت ثابتة، وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء...»⁽³⁵⁾.

كما نصت المادة (618) من القانون المدني البحريني على أنه: «إذا كان المهندس والمقاول مسؤولين عما وقع من عيب في العمل، كانا متضامنين في المسؤولية»⁽³⁶⁾.

ويلاحظ أن التضامن حسب النصين السابقين هو تضامن في المسؤولية وليس تضامناً في الضمان، والتضامن في الضمان يستلزم قيام مسؤولية كل من المقاول والمهندس في الوقت نفسه، فإذا قامت مسؤولية المقاول وحده دون المهندس فلا تضامن بينهما، وإذا قامت مسؤولية المهندس وحده دون مسؤولية المقاول فلا تضامن بينهما، لأن التضامن في المسؤولية لا يكون إلا إذا ارتكب كل واحد من المسؤولين عن الفعل الضار خطأً، وأن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سبباً في إحداث الضرر الذي أحدثه الآخرون، أي أن يكون الضرر الذي وقع منهم ضرراً واحداً وأن يشترك في إحداثه جميع المسؤولين عنه⁽³⁷⁾.

(34) المرجع السابق، ص 58.

(35) ويقابلها نص المادة (651/أ) من القانون المدني المصري.

(36) يقابلها نص المادة (651/أ) من القانون المدني المصري.

(37) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 1290، وسيشار له عند وروده فيما بعد هكذا: السنهوري، الوسيط، ج 2.

بناءً على ما ذكر، فإذا اعتبرنا تضامن المهندس والمقاول تضامناً في المسؤولية وليس تضامناً في الضمان، فإن هذا الضمان لا يقوم إلا إذا كان الخطأ مشتركاً بين المقاول والمهندس، أما إذا وقع الخطأ من أحدهما دون الآخر، فإن الرجوع يكون على المخطئ وحده دون الآخر.

وعلى ضوء ما ذكر أعلاه، فسيقسم هذا الفرع إلى بندين: أبحث في (الأول) في مجال مسؤولية المهندس، وأبحث في (الثاني) في مجال مسؤولية المقاول.

البند الأول - مجال مسؤولية المهندس

نصت المادة (616/أ) من القانون المدني البحريني على أنه: «إذا اقتصر عمل المهندس على وضع تصميم البناء أو الإنشاء أو جانب منه، كان مسؤولاً عن العيوب التي ترجع إلى التصميم الذي وضعه دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ».

يتبين من هذا النص أن المهندس لا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي ترجع إلى تصميم البناء أو الإنشاء أو جزء منه، فهو غير مسؤول عن العيوب التي تعود إلى التنفيذ في البناء، لكن المهندس يكون مسؤولاً عن العيوب التي تحصل من طريقة التنفيذ، إذا كان صاحب العمل قد عهد إليه بالإشراف على التنفيذ أو على جزء منه⁽³⁸⁾. ويكون مسؤولاً كذلك عن الأخطاء التي تقع من المقاول في التنفيذ إذا كان مكلفاً بالإشراف على التنفيذ ولو لم يكن المهندس هو الذي اختار المقاول أو وضع التصميم، إذ يكفي أن يكون صاحب العمل اختاره للإشراف⁽³⁹⁾.

البند الثاني - مجال مسؤولية المقاول

نصت المادة (617/أ) من القانون المدني البحريني على أن المقاول يكون مسؤولاً عن العيوب التي تقع في التنفيذ. كما يكون مسؤولاً عن العيوب التي تأتي من الخطأ في التصميم، إذا كانت هذه العيوب ظاهرة للمقاول وغير ظاهرة لصاحب العمل⁽⁴⁰⁾، كما أن المقاول يكون مسؤولاً عن العيوب التي ترجع إلى التصميم، إذا كان المهندس الذي قام بوضع التصميم تابعاً للمقاول⁽⁴¹⁾، على أنه إذا كان المقاول قد قام بعمله بإشراف صاحب العمل والمهندس، فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تقع في التصميم.

(38) المادة (616/ب) من القانون المدني البحريني.

(39) محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، ص 43.

(40) المفهوم المخالف لنص المادة 616/ب من القانون المدني البحريني.

(41) المادة (617/ب) من القانون نفسه.

فإذا كان المقاول هو الذي وضع التصميم، فإنه يكون مسؤولاً عن العيوب التي وقعت في التصميم وكذلك التي وقعت في التنفيذ، وإذا تبين للمقاول وجود عيب في التصميم، فله أن يطلب إيقاف العمل في المشروع ولا يستأنف العمل به إلا بعد أن يتم إصلاح العيب، وبخلاف ذلك فإن مسؤوليته تبقى قائمة عن العيب في التصميم والتنفيذ بآن معاً⁽⁴²⁾.

وتبقى مسؤولية المقاول قائمة حتى لو تدخل المالك في العمل ونفذ المقاول ما أمر به المالك، لأن على المقاول أن يمتنع عن كل ما يخالف أصول مهنة المقاول ولو أمره بذلك المالك. كما أن وجود مهندس معين من قبل المالك لمراقبة أعمال المقاول، لا يعفي المقاول من مسؤوليته قبل رب العمل، إذا أحل بشروط عقد المقاول أو لم يراع في عمله أصول قواعد المقاول، ولو كان قد تلقى من المهندس المعين من صاحب العمل تعليمات تخالف تلك القواعد والأصول، لأن المقاول مستقل في عمله عن المهندس المعين فيما يدخل في أصول مهنته وقواعد عمله، وتبقى مسؤوليته قائمة أمام المالك حتى لو كانت المخالفة من المالك نفسه أو بإذنه⁽⁴³⁾.

(42) محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، ص 56.

(43) المرجع نفسه، ص 57.

المبحث الثاني أحكام الضمان العشري

سينقسم هذا المبحث إلى مطلبين: أبحث في (الأول) الطبيعة القانونية للضمان العشري وأساسه ومدى تعلقه بالنظام العام، وأبحث في (الثاني) تعويض الضمان العشري ودفعه وتقادمه.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للضمان العشري وأساسه ومدى تعلقه بالنظام العام

سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: أبحث في (الأول) الطبيعة القانونية للضمان العشري، وأبحث في (الثاني) أساس الضمان العشري، وفي (الثالث) أبحث في مدى تعلق النظام العشري بالنظام العام.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للضمان العشري

من خلال نص المادة (615) من القانون المدني البحريني⁽⁴⁴⁾، يتبين أن الضمان العشري له طبيعة عقدية، وهذه الطبيعة مستمدة من عقد المقاولة الذي تم بين المقاول والمهندس من جهة وبين صاحب العمل من جهة أخرى، وتقوم المسؤولية العقدية بينهما عند إخلال أحدهما بالتزامه قبل الطرف الآخر. فإذا حدث تهدم في البناء أو الإنشاء الذي تعهد ببنائه أو إنشائه المقاول أو المهندس، فإن مسؤوليتهما العقدية تقوم لصالح صاحب العمل وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء «إلا إذا ثبت أن قصد المتعاقدين من المباني أو المنشآت أن تبقى لمدة أقل من عشر سنوات، فإن الضمان يكون للمدة التي قصدا أن تبقى خلالها»⁽⁴⁵⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: مسؤولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية، كما لا يمكن اعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء، إنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء، سواء نص

(44) تقابلها المادة (651) من القانون المدني المصري، والمادة (788) من القانون المدني الأردني، والمادة (692) من القانون المدني الكويتي.

(45) المادة (615/ب) من القانون المدني البحريني.

عليها في العقد أو لم ينص، كمسؤولية البائع عن العيوب الخفية فإنها تثبت بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانوناً على عقد البيع الصحيح⁽⁴⁶⁾.

فنقول تبعاً لذلك إن الطبيعة القانونية للمسؤولية في الضمان العشري هي مسؤولية عقدية نشأت عن عقد المفاولة حتى لو امتدت لمدة عشر سنوات بعد الانتهاء من البناء أو الإنشاء أو للمدة الأقل من عشر سنوات، إذا قصد المتعاقدات أن المباني والمنشآت تبقى لمدة أقل. ولا يمكن القول إن المسؤولية العقدية تنتهي بانتهاء المباني أو المنشآت لتبدأ بعدها مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس الفعل الضار، كما لا يمكن اعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول والمهندس من جهة وصاحب البناء من جهة أخرى⁽⁴⁷⁾.

ولقد اعتبر المشرع هذه المسؤولية مسؤولية عقدية أوجبها رعاية لصاحب العمل نظراً لخطورة المنشآت والمباني الثابتة، ووجوب اختبار متانتها وصلابتها مدة من الزمن، حيث جعلها عشر سنوات أو أقل من ذلك، إذا قصد المتعاقدان أن يكون البناء لمدة أقصر من عشر سنوات⁽⁴⁸⁾، أو أزيد من عشر سنوات إذا اتفق المتعاقدان على ذلك.

الفرع الثاني

أساس الضمان العشري

قد يتبادر إلى الذهن سؤال وهو، ما هو الأساس القانوني للضمان العشري الذي يلتزم به المهندس والمقاول؟ فأقول لا شك بأن الأساس القانوني لهذا الضمان هو المسؤولية العقدية الناشئة عن عقد المفاولة، وهذه المسؤولية أساسها المباشر عقد المفاولة، وأساسها غير المباشر نص القانون، حيث نصت المادة (615/أ) من القانون المدني البحريني على أن: «يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تدهم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة، وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء...»⁽⁴⁹⁾، حيث يتبين من نص المادة المذكورة أن محل التزام المقاول والمهندس تحقيق نتيجة، وهو بقاء البناء أو الإنشاء الذي شيدها أو بنياه سليماً ومتماسكاً ومتيناً لمدة عشر سنوات على الأقل، بعد الانتهاء من البناء أو الإنشاء، وأن الإخلال بهذا الالتزام يتحقق بعدم تحقق

(46) نقض مدني يناير 1939، مجموعة عمر 2، رقم 154، ص 452، مشار إليه في: السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 167.

(47) انظر في هذا الرأي: مرسى، العقود المسماة، ص 223، وهو حكم لمحكمة النقض المصرية المشار إليه في الهامش السابق، انظر في هذا الرأي: السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 168.

(48) السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 168-169.

(49) تقابلها المادة (651) من القانون المدني المصري، والمادة (1/788) من القانون المدني الأردني.

النتيجة المرجوة خلال العشر سنوات بعد الانتهاء من الإنشاء أو البناء.

وصاحب العمل لا يثبت خطأ المقاول أو المهندس إذا حدث تدهم أو تعيب يؤثر على سلامة البناء، بل يكفي أن يثبت عدم تحقق النتيجة خلال فترة العشر سنوات من تاريخ الانتهاء من البناء، لأن حدوث الخلل أو العيب في البناء أو الإنشاء يجعل مسؤولية المقاول والمهندس مفترضة بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة وهي بقاء البناء سليماً خلال عشر سنوات من تاريخ الانتهاء من البناء، وإن هذه المسؤولية مفترضة لا تقبل إثبات العكس، وإن كان يمكن دفعها بإثبات السبب الأجنبي، بأن يثبت بأن الخلل أو العيب في البناء قد حصل بسبب أجنبي لا يد له فيه.

وافترض المسؤولية بهذا الشكل يتماشى مع المسؤولية العقدية حين يكون التزام المدين تحقيق نتيجة، ففي عقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول والمهندس بتشديد وبناء منشآت خالية من العيوب، يتفق مع العدالة وواقع الحال؛ لأن المقاول والمهندس يعتبران متخصصين في هذا النوع من العمل، ويفترض معرفتهما بالعيوب التي يمكن أن تلحق بالبناء أو الإنشاء ويفترض فيهما تفاديها.

ومن غير المتصور - والحالة هذه - أن يلزم المشرع صاحب العمل بإثبات الخطأ لصعوبة ذلك، كونه في الغالب غير فني ولا يعرف بهذه الأمور التي يعرفها المقاول والمهندس، ولكونه كذلك فإنه يكاد يكون مستحيلاً عليه أن يتبين وجه القصور والعيب في البناء أو الإنشاء الذي يكون معقداً وصعباً بالنسبة له، خاصة وأنه قد اشترك في إقامة هذا البناء أو الإنشاء عدة أشخاص ومن مهن مختلفة من معماريين وبنائين ومهندسين وعمال كهرباء وعمال ميكانيك وعمال نجارة وحدادة وتمديدات صحية وشبابيك وأبواب وغيرهم، وعليه فمن غير الممكن للمشرع أن يطلب من صاحب العمل حتى تقوم مسؤولية المقاول أو المهندس ثم طلب التعويض أن يثبت الخطأ وممن صدر وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وذاك الضرر، بل جعل ذلك مفترضاً.

وتقوم المسؤولية المفترضة كما حددها المشرع⁽⁵⁰⁾ على أمرين: الأول أن التدهم أو الخلل يرجع إلى تعيب البناء، والأمر الثاني أن هذا التدهم أو الخلل قد حدث خلال فترة الضمان وهي عشر سنوات.

فإذا حدث تعيب في البناء أو الإنشاء أو حدث تدهم، فإن مسؤولية المقاول والمهندس تقوم تجاه صاحب العمل الذي بإمكانه إقامة الدعوى على أي واحد منهما أو على كليهما باعتبارهما متضامنين في المسؤولية، ويستطيع من أقيمت عليه الدعوى، سواء المهندس

(50) المادتان (618) و(615/ب) من القانون المدني البحريني.

أو المقاول أو كليهما، أن يدخل من يعتقد أنه سبب في الخلل أو العيب خصماً في الدعوى ليرجع عليه بما دفع من تعويضات لصاحب العمل، وإذا تعدد المتسببون في الفعل الضار الذي كان سبباً في العيب أو الخلل فللمقاول أو المهندس أن يرجع عليهم كل بنسبة خطأه وحسب ما تقررته المحكمة، لأن المسؤولية بين هؤلاء لا تكون تضامنية⁽⁵¹⁾.

الفرع الثالث

مدى تعلق النظام العشري بالنظام العام

تنص المادة (620) من القانون المدني البحريني على أن: «كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو بالحد منه يكون باطلاً»⁽⁵²⁾، حيث يتبين من هذا النص بأن النظام العشري من النظام العام الذي لا يجوز للطرفين الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، وإذا تم مثل هذا الاتفاق فإنه يقع باطلاً، ويجوز لأي من الطرفين أن يتحلل منه بإرادته المنفردة، كما يجوز للخلف العام أن يدفعوا ببطلان هذا الاتفاق، ويجوز ذلك لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ويجوز لأي من الطرفين أن يتمسك به في أي مرحلة من مراحل التقاضي حتى لو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة التمييز، بل يجوز لأي محكمة وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي أن تتمسك بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه الخصوم.

وبناء على ما ذكر أعلاه فإن شرط الإعفاء من الضمان العشري يقع باطلاً، سواء نص عليه في العقد أو نص عليه لاحقاً، وسواء نص عليه في ورقة منفصلة أو كان مشافهة. كما أن شرط الحد منه بتقليص آثاره أو تقليص مدته إلى أقل من عشر سنوات يقع باطلاً أيضاً، فلو اتفق على جعله خمس سنوات أو دون ذلك أو أكثر من ذلك ويقل عن عشر سنوات فإنه يقع باطلاً أيضاً؛ لأن الحد من الضمان أو التقليص منه يعد إعفاءً جزئياً من الضمان وهذا باطل أيضاً.

كما أنه إذا اتفق على أن يعفى المقاول أو المهندس من جزء من المسؤولية بأن لا يتحملها أي منهما كاملة، بأن يتحمل نصفها أو ثلثها أو أكثر من ذلك أو أقل بحيث لا تكون المسؤولية كاملة، كان هذا الإعفاء باطلاً، لأنه يعد إعفاءً من الضمان ولكن بطريقة أخرى وهي تقليل نسبة المسؤولية من مئة بالمئة إلى ما دون ذلك، على أنه لا يعد باطلاً إذا كان الضمان لمدة أقل من عشر سنوات، إذا كان البناء أو الإنشاء قد قصد منه أن يبقى لمدة أقل من عشر سنوات، عندها لا مانع أن تكون المدة أقل من عشر سنوات، بحيث تكون للمدة التي

(51) ياقوت، مسؤولية المعماريين، ص 204.

(52) تقابلها المادة (653) من القانون المدني المصري، والمادة (790) من القانون المدني الأردني.

قصدها المتعاقدان، وفي هذا تنص المادة (615/ب) من القانون المدني البحريني على أنه: «ومع ذلك إذا ثبت أن قصد المتعاقدين من المباني أو المنشآت أن تبقى لمدة أقل من عشر سنوات، فإن الضمان يكون للمدة التي قصد أن تبقى خلالها⁽⁵³⁾».

على أنه إذا كان كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه يقع باطلاً خلال عشر سنوات من تاريخ الانتهاء من البناء أو الإنشاء، فإن مدة العشر سنوات يمكن أن تزيد لتصبح أكثر من ذلك، ويكون العقد والشرط صحيحين وملزمين للمقاول والمهندس، ولا يمكنهما أن يتحلا من هذا الشرط بحجة أن الضمان هو ضمان عشري ومتعلق بالنظام العام؛ لأن المادة (620) من القانون المدني البحريني نصت على البطلان بخصوص الشرط الذي يقضي بالإعفاء أو الحد من الضمان، ولم تتناول موضوع زيادة الضمان بالمنع، مما يعني أن الاتفاق على زيادة الضمان غير مشمول بالبطلان.

والزيادة بالضمان في هذا المقام تشمل المدة وتشمل مقدار التعويض، فتشمل المدة بأن يتفق المتعاقدان على جعل الضمان لمدة أكثر من عشر سنوات، كأن تكون ثلاث عشرة سنة مثلاً، فإن ذلك يكون صحيحاً وملزماً للمقاول والمهندس⁽⁵⁴⁾.

كما أنه يشمل مقدار التعويض أيضاً إذا اتفق على ذلك، فلو اتفق على أن يلتزم المقاول أو المهندس بتعويض أكثر من الأضرار التي أصابت صاحب العمل، فإنهما يلتزمان بدفع الضمان الأصلي المنصوص عليه في القانون والضمان الإضافي المتفق عليه في العقد، بشرط التقيد بنص المادة (266) من القانون المدني البحريني التي تنص على أنه: «لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر».

ويعد من قبيل التشديد المقبول الذي لا يتعارض مع القانون، تشديد الضمان على المقاول والمهندس بأن يتحملا تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، حيث نصت المادة (218) من القانون المدني البحريني على أنه: «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة

(53) تقابلها المادة (1/651) من القانون المدني المصري، ولا يوجد مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني، على أن هذا يمكن الأخذ به استناداً لنصوص العقد وقصد المتعاقدين الذي يظهر في العقد بأن مدته تكون لأقل من عشر سنوات، عندها تطبق نصوص العقد وقصد المتعاقدين.

(54) وفي هذا تنص المادة (1/788) من القانون المدني الأردني على أنه: «إذا كان عقد المعاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبانٍ أو أقامها من منشآت، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول».

ولم تتضمن نصوص القانون المدني البحريني والقانون المدني المصري جملة: (إذا لم يتضمن العقد مدة أطول)، لكن القواعد العامة لا تمنع من الاتفاق على أن تكون مدة الضمان أكثر من عشر سنوات، لأن النصين البحريني والمصري تحدثا عن البطلان فيما يخص شرط الإعفاء وشرط الحد من مسؤولية المقاول والمهندس، ولم يتحدثا عن إطالة المدة أو عن التشديد في المسؤولية.

القاهرة أو الحادث الفجائي».

وإذا كان البطلان في الضمان العشري يشمل كل الاتفاقات التي تعفي أو تخفف أو تحد من نطاق الضمان أو تنقص من مدته، فإنه يشمل أيضاً بطلان قصر التعويض على بعض الأعمال أو بعض العيوب أو الحد من قيمة التعويض المستحق في حالة ظهور العيب أو حدوث التهدم⁽⁵⁵⁾.

كذلك فإن البطلان في الضمان العشري يمتد ليشمل أي اتفاق يقتصر فيه الضمان على المهندس وحده أو المقاول وحده دون الآخر، كذلك يمتد البطلان ليشمل استبعاد التضامن في المسؤولية بين المقاول والمهندس المنصوص عليه في المادة (618) من القانون المدني البحريني، كما أن البطلان يمتد ليشمل أي اتفاق يضعه الطرفان ويتطلب قيام صاحب العمل بإثبات الخطأ في جانب المقاول والمهندس حتى يمكن الرجوع عليهما بالضمان، لأن هذا النوع من المسؤولية لا يحتاج إلى إثبات الخطأ، وإنما يكون فيه الخطأ مفترضاً ولا يقبل إثبات العكس، وإنما يمكن دفعه بإثبات السبب الأجنبي.

لكن صاحب العمل يستطيع أن يتنازل عن التعويض بعد تحقق سببه بأن يتصالح مع المقاول أو المهندس على إعفائه من التعويض كلياً أو جزئياً، ويمكنه ذلك صراحة بأن يسلمه ورقة يصرح فيها بتنازله عن التعويض أو بأي طريق من طرق التعبير، صراحة أو ضمناً بأن يترك المطالبة بالتعويض بشكل نهائي⁽⁵⁶⁾.

المطلب الثاني

تعويض الضمان العشري ودفعه وتقادمه

سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: أبحث في (الأول) تعويض الضمان العشري، وأبحث في (الثاني) دفع الضمان العشري، وأبحث في (الثالث) تقادم الضمان العشري.

الفرع الأول

تعويض الضمان العشري

التعويض الذي نتحدث عنه في هذا المطلب هو التعويض المترتب عند حدوث تهدم أو تعيب في البناء أو الإنشاء في خلال العشر سنوات التالية على إتمام البناء أو الإنشاء.

(55) ياقوت، مسؤولية المماريين، ص 264.

(56) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2018، ص 144، وسيشار له عند وروده فيما بعد هكذا: شنب، شرح أحكام عقد المقاولة. والسنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 142.

لم تتضمن القواعد المتعلقة بعقد المقاولة المنصوص عليها في القواعد العامة للمقاومات في المواد من (584 إلى 620) من القانون المدني البحريني موضوع التعويض عن تدهم أو تعيب البناء أو الإنشاء بعد إتمامه، وفي هذه الحالة لا بد من الرجوع إلى قواعد التعويض المنصوص عليها في النظرية العامة للالتزام، فقد نصت المادة (206) من القانون المدني البحريني⁽⁵⁷⁾ على أنه: «أ- يجبر المدين بعد إذاره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. ب- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين، جاز للمحكمة بناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً».

كما نصت المادة (216) من القانون نفسه⁽⁵⁸⁾ على أنه: «إذا تعذر تنفيذ الالتزام عينياً أو تأخر المدين في التنفيذ، فعليه تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخر كان لسبب أجنبي لا يد له فيه».

وبناء على هذين النصين، فالمقاول والمهندس يجب عليهما أن يقيما بتنفيذ التزامهما تنفيذاً عينياً، فإن لم يكن ذلك ممكناً حكم بالتعويض، فالبناء والإنشاء مضمون من قبلهما في حال الانهتام أو التعيب لمدة عشر سنوات، فإذا حصل له شيء من هذا خلال مدة الضمان، فإن ذلك يعد إخلالاً بالتزامهما، ويجب عليهما بعد إذارهما أن يقيما بالتنفيذ عينياً، وذلك بإعادة التشييد والبناء في حال الانهتام أو الإصلاح في حالة تعيب البناء أو الإنشاء.

والأصل في التعويض أن يكون عينياً، ولا يجوز العدول عنه إلى التعويض النقدي إلا في ثلاث حالات: الأولى، إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً، والثانية، إذا عرض المقاول أو المهندس التعويض النقدي على صاحب العمل وقبل به، والثالثة، إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمهندس أو المقاول وطلباً من المحكمة العدول عنه إلى التنفيذ بطريق التعويض بشرط ألا يلحق العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض ضرراً جسيماً بصاحب العمل.

وبالإضافة لما قد يحكم به القاضي من تعويض بديل عن التعويض العيني يمكنه أن يحكم بتعويض إضافي بسبب عدم استغلال البناء، أو يمكنه أن يحكم بتعويض إضافي بسبب عدم استغلال البناء أو الانتفاع به على الأقل المدة التي يستغرقها الإصلاح أو إعادة التشييد، كما ويمكن للقاضي أن يحكم بتعويض إضافي في حالة نقص قيمة البناء أو الإنشاء أو نقص ما يدره من ريع بسبب تعيبه وعدم خروجه بالشكل المطلوب حتى بعد إصلاحه⁽⁵⁹⁾.

(57) تقابلها المادة (203) من القانون المدني المصري، والمادة (355) من القانون المدني الأردني.

(58) تقابلها المادة (215) من القانون المدني المصري.

(59) السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 158.

على أن قيام المهندس أو المقاول بالتعويض يكون من مقتضيات النظام العام، فلا يجوز الاتفاق بين المهندس أو المقاول من جهة وصاحب العمل من جهة ثانية على إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان والتعويض حتى ولو كان ذلك جزئياً، وفي هذا تنص المادة (620) من القانون المدني البحريني على أن: «كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه يكون باطلاً»⁽⁶⁰⁾.

الفرع الثاني

دفع الضمان العشري

لا يلتزم المقاول أو المهندس بتعويض الضمان العشري إذا أثبت أن تدهم البناء أو الإنشاء كان بسبب أجنبي لا يد لهما فيه⁽⁶¹⁾. ولا يستطيعان نفي مسؤوليتهما بإثبات أي سبب أجنبي وإنما فقط بالقوة القاهرة وخطأ صاحب العمل، ولهذا يجب التفرة في إثبات السبب الأجنبي بين القوة القاهرة وخطأ صاحب العمل، لأن القوة القاهرة هي وحدها التي تنفي الضمان وتدفعه، أما إثبات خطأ صاحب العمل فلا ينفي الضمان في كل الأحوال⁽⁶²⁾. وسأتناول ذلك بالبحث في بندين: أبحث في البند (الأول) القوة القاهرة، وأبحث في البند (الثاني) خطأ صاحب العمل.

البند الأول - القوة القاهرة

ينتفي التزام المقاول والمهندس إذا أثبت أن تدهم البناء أو الإنشاء أو تعييبهما يرجع إلى قوة القاهرة. ولا يقصد بالقوة القاهرة هنا عيوب الأرض؛ لأن المادة (615/ج) من القانون المدني البحريني⁽⁶³⁾ صريحة بأن الضمان يشمل التدهم ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، فالخلل في موقع الأرض أو حركتها الذاتية لا يعتبر - استناداً لهذا النص - من قبيل القوة القاهرة التي يمكن بها دفع مسؤولية المهندس أو المقاول، أما الخلل في استقرار الأرض الذي يرجع إلى أسباب خارجية لم تكن متوقعة عند البناء فيعتبر من قبيل القوة القاهرة التي تنفي المسؤولية عن المقاول أو المهندس⁽⁶⁴⁾.

(60) تقابلها المادة (790) من القانون المدني الأردني.

(61) السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 170، والفقهاء المشار لهم في الهامش 2 وهم: محمد كامل مرسي، مجلة القانون والاقتصاد، ج 7، ص 656 فقرة 15، ومحمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، ص 135.

(62) السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 170.

(63) تقابلها المادة (651) من القانون المدني المصري.

(64) محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، ص 112. وانظر كذلك: د. خولة كاظم محمد المعموري، مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي، مجلة جامعة بابل، العراق، العلوم الإنسانية، المجلد 24، العدد 1، عام 2016، ص 12 وما بعدها. وسيشار لهذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا: خولة المعموري، مسؤولية المقاول.

ويعتبر من قبيل القوة القاهرة العيب في الأرض الذي ينتج عن تحركات غير متوقعة في تربة الأرض لم يكن بالإمكان كشفها حتى مع استخدام وسائل الفحص الفني الحديثة⁽⁶⁵⁾. ويكون المهندس أو المقاول مسؤولاً عن العيب أو التهدم في البناء أو الإنشاء الذي يكون من الممكن كشفه وفقاً لقواعد الفن، فإذا استحال كشفه وفقاً لهذه القواعد فإنه يكون في حكم القوة القاهرة ولا يكون المقاول أو المهندس مسؤولاً عنه⁽⁶⁶⁾.

وبناء على ما ذكر، فإن وجود أنفاق وأتربة متراكمة على عمق كبير جداً من سطح الأرض التي بنى عليها في منطقة غير معروفة بأنها منطقة آثار، ولم يكن بوسع المقاول أو المهندس أن يعلم بذلك يعتبر من قبيل القوة القاهرة التي تعفي المقاول أو المهندس من المسؤولية عن العيب في البناء أو الإنشاء أو انهدامها كلياً أو جزئياً⁽⁶⁷⁾.

البند الثاني - خطأ صاحب العمل

يعتبر خطأ صاحب العمل قوة القاهرة بالنسبة لمسؤولية المهندس أو المقاول، فلا يلتزم المقاول أو المهندس بالضمان إذا كان العيب يرجع إلى عيب في المواد التي جلبها صاحب العمل، على أنه إذا كان العيب في المواد من العيوب التي يمكن كشفها من قبل المقاول أو المهندس، فعندئذ تكون المسؤولية مشتركة بينهما بحسب جسامه خطأ كل منهما⁽⁶⁸⁾. وإذا أراد المهندس أو المقاول التخلص من المسؤولية الملقاة عليه، فيجب عليه أن يثبت أن خطأ صاحب العمل وحده هو المتسبب في إحداث الضرر⁽⁶⁹⁾.

فإذا اقتصر عمل المهندس على وضع تصميم البناء أو الإنشاء أو جزء منه كان مسؤولاً عن هذه العيوب دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ، فإذا عهد صاحب العمل إلى المهندس أو المقاول بالإشراف على التنفيذ أو جزء منه، كان أي منهما مسؤولاً عن العيوب التي تعود إلى طريقة التنفيذ التي عهد بها إليه للإشراف على البناء أو الإنشاء⁽⁷⁰⁾.

كما أن صاحب العمل يسأل عن الخطأ الصادر عن المقاول أو المهندس إذا أساء اختيارهما، كأن يعهد بالعمل إلى مقاول يجهل أصول المقاول أو البناء أو الإنشاء، أو يعهد بالعمل إلى مهندس غير متخصص في مجال البناء أو الإنشاء⁽⁷¹⁾.

(65) ياقوت، مسؤولية المماريين، ص 225.

(66) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 5، ص 23.

(67) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، ص 136.

(68) السنهوري، الوسيط، ج 7، م 1، ص 173.

(69) محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، ص 114.

(70) في هذا المعنى: المادة (616) من القانون المدني البحريني، والمادة (789) من القانون المدني الأردني.

(71) في هذا المعنى: محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، ص 120.

الفرع الثالث

تقادم الضمان العشري

تنص المادة (619) من القانون المدني البحريني على أنه: «لا تسمع دعاوى الضمان ضد المهندس أو المقاول بانقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب»⁽⁷²⁾. وهنا يجب أن نفرق بين مدة الضمان ودعوى الضمان، فمدة الضمان العشري هي عشر سنوات، بمعنى لو أن البناء أو الإنشاء انهدم أو تعيب خلال مدة عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء فتكون دعوى المطالبة بالضمان والتعويض قائمة لمدة ثلاث سنوات من وقت التهدم أو التعيب، في حين أن رفع الدعوى القضائية للمطالبة بالتعويض أو الضمان خلال ثلاث سنوات من تاريخ الانهدام أو التعيب هي مدة تقادم تخضع للوقف والانقطاع.

(72) تقابلها المادة (791) من القانون المدني الأردني، على أن دعوى الضمان في القانون الأردني، لا تسمع بعد انقضاء سنة على حصول التهدم أو اكتشاف العيب. وتقابل المادة (619) من القانون المدني البحريني، والمادة (654) من القانون المدني المصري.

الخاتمة

ستتضمن خاتمة البحث النتائج التي توصلت إليها والتوصيات التي أرغب بطرحها وذلك على النحو التالي:

أولاً- النتائج

1. إن الضمان العشري المنصوص عليه في المادة (615) من القانون المدني البحريني من النظام العام، لا يجوز تنقيصه إلا إذا قصد للبناء أو الإنشاء أن يكون لمدة أقل من عشر سنوات، على أن هذه المدة تكون لمصلحة صاحب العمل، وعليه فيجوز أن تمتد لأكثر من عشر سنوات بالاتفاق بين المقاول أو المهندس من جهة وصاحب العمل من جهة أخرى.

1. إن سقوط حق صاحب العمل بالتعويض عن جزء من البناء أو الإنشاء لا يخل بحقه في المطالبة بالتعويض عن تدهم جزء آخر من البناء، أو انكشاف عيب عنه مختلف عن الجزء الأول في الحالات التي يكون فيها البناء أو الإنشاء قابلاً للتجزئة كبناء لبيوت مختلفة تم بناؤها بموجب عقد مقاول واحد.

3. إن مدة الضمان العشري المنصوص عليها في المادة (615) القانون المدني البحريني هي مدة متناقصة لا تقبل الانقطاع أو الوقف.

4. إن الطبيعة القانونية للضمان العشري طبيعة عقدية يحكمها عقد المقاوله رغم انتهاء العقد بإتمام البناء أو الإنشاء، ولا يمكن القول إنها ذات طبيعة خاصة، أو إنها تكون محكومة بقواعد المسؤولية التقصيرية.

5. إن محل التزام المقاول والمهندس في عقد المقاوله هو تحقيق نتيجة، وهو بقاء البناء أو الإنشاء الذي شيده أو بناه سليماً ومتماسكاً ولا يوجد به خلل لمدة عشر سنوات على الأقل بعد الانتهاء من البناء أو الإنشاء.

6. إن لفظ المهندس الوارد في نص المادة (615) من القانون المدني البحريني لفظ عام ومطلق، بحيث يشمل جميع المهندسين بكل تخصصاتهم، ولا يقتصر على المهندس المعماري كما ورد في بعض التشريعات.

ثانياً- التوصيات

1. أوصي المشرع البحريني بأن يقتدي بالمشرعين المصري والأردني فيما يخص بداية مدة العشر سنوات التي يحسب على أساسها حصول الضمان، بأن يعدل

النص الذي يجعل الضمان خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء (المادة 516/أ) لتصبح عشر سنوات من وقت التسليم؛ لأن وقت إتمام البناء أو الإنشاء يكون مختلفاً عليه في الأعم الأغلب، إنما وقت التسليم فيكون محددًا بالضبط.

2. أوصي المشرع البحريني بأن يجعل التضامن بين المقاول والمهندس فيما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء غير مقتصر على التضامن في المسؤولية، بل يمتد ليشمل التضامن في الضمان أيضاً.

المراجع

- د. أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002/ 2003.
- أنور طلبية، العقود الصغيرة - الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، دون سنة نشر.
- د. حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية في حوادث وانهيار المباني أثناء وبعد التشييد والتأمين الإجباري لها، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.ن.
- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني - العقود المسماة - عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، ج4، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 2005.
- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2018.
- د. محمد ناجي ياقوت،
 - مسؤولية المعماريين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
 - عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- د. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة، عقد المقاولة - دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دون ناشر، القاهرة، 1977.
- د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندس ومقاول البناء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
- د. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم مفتاح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- د. عبد الحميد الشواربي والمستشار عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري،
 - الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، م1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

- الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني - العقود المسماة في المقاوله - الوكالة - الكفالة، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2001.
- د. فتحية قره، أحكام عقد المقاوله، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.
- د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية - مسؤولية المهندس المعماري والمقاول ورب العمل في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2009.

المحتوى

الصفحة	الموضوع
313	الملخص
314	المقدمة
316	المبحث الأول- موضوع الضمان وصاحب الحق فيه ومجال مسؤولية الضامنين
316	المطلب الأول- موضوع الضمان ومدته
316	الفرع الأول- المقصود بالضمان والبناء والإنشاء
316	البند الأول- المقصود بالضمان
318	البند الثاني- المقصود بالبناء أو الإنشاء
319	الفرع الثاني- انهدام أو تعيب البناء أو الإنشاء كسبب لهذا الضمان
321	الفرع الثالث- مدة الالتزام في الضمان
325	الفرع الرابع- بداية مدة الالتزام في الضمان
327	المطلب الثاني- صاحب الحق في الضمان والملتزمون به ومجال مسؤوليتهم
327	الفرع الأول- صاحب الحق في الضمان
327	الفرع الثاني- الملتزمون بالضمان
328	البند الأول- تعدد الضامنين
329	البند الثاني- توزيع المسؤولية بين أطراف الضمان
330	الفرع الثالث- مجال مسؤولية طرفي الضمان
331	البند الأول- مجال مسؤولية المهندس
331	البند الثاني- مجال مسؤولية المقاول

الصفحة	الموضوع
333	المبحث الثاني - أحكام الضمان العشري
333	المطلب الأول - الطبيعة القانونية للضمان العشري وأساسه ومدى تعلقه بالنظام العام
333	الفرع الأول - الطبيعة القانونية للضمان العشري
334	الفرع الثاني - أساس الضمان العشري
336	الفرع الثالث - مدى تعلق النظام العشري بالنظام العام
338	المطلب الثاني - تعويض الضمان العشري ودفعه وتقادمه
338	الفرع الأول - تعويض الضمان العشري
340	الفرع الثاني - دفع الضمان العشري
340	البند الأول - القوة القاهرة
341	البند الثاني - خطأ صاحب العمل
342	الفرع الثالث - تقادم الضمان العشري
343	الخاتمة
345	المراجع