

**النطاق الشخصي للالتزام بالضمان العشري بين
المفهومين التقليدي والعصري
”دراسة نقدية مقارنة“**

د. محمد السيد فارس

**أستاذ القانون المدني المساعد بكلية الحقوق - جامعة القاهرة
دكتوراه في القانون الخاص من جامعة مونبيليه (1) بفرنسا**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ"

سورة البقرة، آية رقم (٣٢)

"وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا"

سورة طه، آية رقم (١١٤)

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من سلك طريقا يلتمس فيه علما، سهل الله له به طريقا إلى الجنة، وإن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا بما يصنع، وإن العالم ليستغفر له من في السماوات ومن في الأرض حتى الحيتان في الماء، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب، وإن العلماء ورثة الأنبياء لم يورثوا دينارا، ولا درهما إنما ورثوا العلم، فمن أخذه أخذ بحظ وافر".

رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وصححه ابن حبان عن أبي الدرداء مرفوعا. وعن أبي أمامة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "فضل العالم على العابد كفضلي علي أدناكم، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن ملائكته وأهل السماوات والأرض حتى النملة في جحرها وحتى الحوت ليصلون على معلمي الناس الخير"

رواه الترمذي وقال: حديث حسن.

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "إن الله لا يقبض العلم انتزاعا ينتزعه من الناس، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء، حتى إذا لم يبق عالما اتخذ الناس رءوسا جهالاً فسئلوا فأفتوا بغير علم، فضلوا وأضلوا"

متفق عليه

عن ابن عباس رضي الله عنهما: "قيل يا رسول الله من نجالس، أو قال: أي جلسائنا خير؟ قال: من ذكركم الله رؤيته، وزاد في علمكم منطقه، وذكركم الآخرة عملة"، وعن ابن عيينة: "قيل لعيسى عليه السلام: يا روح الله من نجالس؟ فقال: من يزيد في علمكم منطقه، ويذكركم الله رؤيته، ويرغبكم في الآخرة عمله"، رواهما العسكري. وروى الطبراني في الكبير عن أبي أمامة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن لقمان قال لابنه: يا بني عليك بمجالسة العلماء، واسمع كلام الحكماء، فإن الله ليحيي القلب الميت بنور الحكمة، كما يحيي الأرض الميتة بوابل المطر"،

قال المنذري: سنده حسن.

النطاق الشخصي للالتزام بالضمان العشري بين المفهومين التقليدي والعصري

دراسة نقدية مقارنة للنظريات الفقهية

في مفهوم الضمان العشري وتكييفه ونطاقه

د. محمد السيد فارس

ملخص البحث

- لا جرم أن الضمان العشري يعد من بين الضمانات الهامة لأرباب الأعمال في عقود مقاولات البناء والأعمال الإنشائية الأخرى (المباني والمنشآت الثابتة)؛ حيث يضمن المشيّدون (المقاولون والمهندسون) - متضامنين - للأخيرين ما يحدث من تدهم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة خلال عشر سنوات من تاريخ تسلم المبنى أو المنشأ الثابت.
- وقد استعرضت هذه الدراسة المفهومين التقليدي والعصري لهذا الالتزام، وما يرتبط بهما من أحكام قانونية، ومدى تأثيرهما على تحديد شروط هذا الالتزام ونطاقه في إطار الدراسة المقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي، بغرض استجلاء ما بين هذين التشريعين من أوجه شبه وخلاف، والاستفادة من التجربة الفرنسية الرائدة في هذا المجال، واختيار أفضل النظم القانونية القابلة للتطبيق على ما ينشأ من نزاعات قضائية متعلقة بهذا الضمان في ظل القانون المصري الحالي.
- وقد سلطت هذه الدراسة الضوء على ما دار من خلاف فقهي حول مسألة الطبيعة القانونية للالتزام بالضمان العشري، وما يتعلق بها من تكييف للمسئولية الناشئة عن الإخلال به، وما ترتب على هذا الخلاف من نتائج قانونية، مع بيان وجهة النظر الشخصية من هذه الآراء، وتحديد مفهوم هذا الالتزام ونطاقه في الوقت الحاضر.
- وقد انتهت هذه الدراسة إلى بيان كيفية معالجة جمود الأحكام القانونية المنظمة لهذا الضمان في التشريع المصري وعدم مواكبتها للتطور الحضاري الهائل والمستمر الذي تشهده مصر في مجال التشييد وفن المعمار مع التوسعات العمرانية في المدن الجديدة في الوقت الحاضر. وقد توصلت الدراسة - في الختام - إلى عدة نتائج، وخلصت إلى بعض التوصيات التي نأمل أن تلقى آذان صاغية من المشرع قبل القضاء.
- **الكلمات المفتاحية:** مفهوم الضمان العشري - تكييف الالتزام بالضمان في عقود المقاولات - النطاق الشخصي لتطبيق أحكام الضمان العشري - الملتزمون بالضمان العشري - الطبيعة القانونية للمسئولية العشرية - تكييف المسئولية المدنية للمشيدين (المقاولين والمهندسين) ومن في حكمهم).

*Domaine personnel de la garantie décennale entre la notion
classique et moderne
Étude critique comparative des points de vue sur la notion et la
qualité juridique de la garantie décennale et son domaine*

Abstract

Undoubtedly, the commitment to the decennial guarantee obligation in construction contracts is one of the important obligations that depart from the general rules in the civil and common law, according to which the builder (contractor and engineer) is obligated to keep the building intact for ten years from the time of receiving the construction works.

In this study, we dealt the different concepts, traditional and modern, of the decennial guarantee obligation, and shown how these concepts affect the terms and scope of this obligation and the legal liability arising from it of the contractors and architectural engineers in the common rules of civil law.

The study focused also on the problem of the lack of clarity of the legal nature of the decennial guarantee obligation in Egyptian law compared with to its French counterpart law and discussed the various jurisprudential opinions that revolved around it.

The study showed also how to address the rigidity of the provisions legislatives regulating this obligation of guarantee in the Egyptian law and its failure to keep pace with the massive and continuous civilizational development that Egypt is witnessing in the field of construction and architecture with the urban expansion in the new cities now.

In conclusion, the study reached several results, and concluded with some recommendations that we hope that the legislator and the judiciary approve it.

Keywords:

Concept of the decennial guarantee obligation- Legal nature of the guarantee in contracting contracts- Scope of the legal provisions of the decennial guarantee obligation- Obligors of the guarantee- Kind of civil liability of the builders (contractors and engineers).

مقدمة Introduction

(أ) أهمية الدراسة:

١. اكتسب عقد المقاول- في الوقت الحاضر- أهمية خاصة في مجال التشييد والبناء في دول العالم أجمع، فقد أضحت مجالاً حيوياً للاستثمار واستغلال الأموال وزيادة الدخل القومي، لاسيما في ظل تفاقم أزمة الإسكان والحاجة المتزايدة إلى المباني في كثير من الدول، مما قد يدفع المشيدين وأصحاب المشاريع العقارية إلى السرعة في إتمام هذه المشاريع دون مراعاة المواصفات الفنية والتقنية، خاصة مع استغلالهم لعدم كفاءة وخبرة أرباب الأعمال في عمليات التشييد من الناحية الهندسية أو المعمارية، مما قد يؤدي إلى تصدع المباني وانهارها، وما يستتبع ذلك من خسائر مادية وبشرية كبيرة؛ إذ لا يشكل انهيار المباني وتصدعها تحدياً لمشاعر المتطلعين إلى المأوى والسكن فقط، وإنما يمثل بالتأكيد طامةً كبرى للاقتصاد القومي في مجمله، وتهديداً خطيراً للأرواح والممتلكات.

وكان هذا هو السبب الحقيقي من الذي دفع مشرعي مختلف دول العالم اليوم إلى التشدد في المسؤولية القانونية مع كل الذين تمتد أيديهم إلى عملية التشييد، من مقاولين ومهندسين معماريين وغيرهم ممن يقومون بأعمالهم، فاستحدثوا أحكاماً صارمة في شأن المسؤولية عن الأخطاء التي يمكن أن يرتكبونها الآخرون في عملية التشييد، تمثلت في أحكام الضمان العشري *Garantie décennale*، أو ما يطلق عليها بعض الفقهاء أحياناً "المسؤولية العشرية" *Responsabilité décennale*.

وقد لمسنا في السنوات الأخيرة- وبصفة خاصة منذ ثورة ٣٠ يونيو ٢٠١٣- تزايد أهمية قطاع التشييد في مصر نتيجةً لتحول رؤوس الأموال المنقولة من الاستثمار في قطاعات التجارة والمصارف والذهب والفضة إلى قطاع أمن وحيوي مثل العقارات، وتوجه الحكومة إلى حل أزمة الإسكان التي عانت منها الدولة منذ عصور- ولا تزال تعاني تبعاتها- ووضعها في قمة أولوياتها؛ مما أدى بدوره إلى عظم الدور الذي يلعبه قطاع التشييد حيث أصبح جزءاً لا يتجزأ من الاقتصاد القومي في الوقت الحاضر، كما أضحت هذا القطاع خير شاهد على نهضة مصر وحضارتها وتقدمها بحيث يكاد لا يمر يوم تطلع عليه الشمس إلا ويمكن أن نلمس جديداً في البناء والعمران خاصة مع التوسع العمراني في المدن والمناطق الجديدة، فالتسارع في كل هذه المدن نحو التشييد، بل والفن فيه، أصبح سمة رئيسة تتوج نجاح مصر في هذا المجال، ويقف خير شاهد على نهضة مصر العمرانية الواسعة النطاق.

ومع تزايد حركة الاستثمار في القطاع العقاري في مصر في الآونة الأخيرة، وتسارع عملية التشييد تسارعاً يسابق الزمن، وانتهاج كثير من شركات المقاولات نهج الاقتصاد في النفقات على حساب جودة المباني والمنشآت؛ أصبح من الممكن ظهور عيوب جسام في المباني والوحدات العقارية بعد تشييدها يمكن أن تؤدي إلى أضرار جسيمة وخطيرة على الأرواح والممتلكات؛ فكانت الحاجة ملحة لبيان النظام القانوني الواجب التطبيق في علاقة المقاولين بالمتعاقدين معهم، وتحديد مسؤوليتهم القانونية عن تصدع المباني أو تدهورها.

أما عن الأهمية القانونية للضمان العشري ومسئولية مشيدي المباني في النظام القانوني المصري، وكذا مسؤولية من كان على شاكلتهم أو من اعتبرهم القانون في حكمهم في النظم القانونية المقارنة وعلى رأسها النظام الفرنسي، فهي تتمثل - وهي السبب الرئيس الدافع لنا لاختيار هذا الموضوع بالدراسة - في أن الأحكام القانونية لهذا الضمان لم تحظ بالدراسة الوافية من الفقه المعاصر في الآونة الأخيرة، ولم تطلها يد المشرع المصري بالتعديل والتحديث منذ عقود، رغم تصدي بعض الفقه لها بالتفصيل والتأصيل منذ العقد الثالث من القرن العشرين تقريباً، في حين نجد أن القضاء الفرنسي - وقد سايره القضاء المصري في بعض الأحيان رغم قدم وجمود المفهوم التشريعي التقليدي لهذا الضمان وعدم استيعابه لاتجاهات هذا القضاء الحديثة - قد أصدر أحكاماً أدت إلى تطوير المفاهيم القانونية القديمة والنظريات التقليدية البالية التي ظلت رداً من الدهر أساساً للنظام القانوني الحاكم لهذا الضمان والمسئولية الناشئة عنه، إلى الحد الذي يمكن معه القول إن القضاء في مصر وفرنسا لم يكتف بتطبيق النصوص التشريعية في هذا الصدد، وإنما قام بدور خلاق لبعض القواعد القانونية الحاكمة لهذا الموضوع، بيد أن بعضاً من هذه الأحكام أصبح الآن متناقضاً مع النصوص التشريعية القديمة التي عفا عليها الدهر؛ الأمر الذي يجعلنا في حاجة سريعة وملحة إلى تدخل تشريعي عاجل - لاسيما فيما يتعلق بالمسئولية العشرية للأشخاص المتدخلين في عملية التشييد أو التسويق العقاري - لإعادة النظر في تلك النصوص بما يتناسب مع الوضع الجديد الراهن، وحتى ينسجم التشريع مع الواقع والمشكلات العملية الحالية بالمجتمع في هذا القطاع الحيوي.

ومن ناحية أخرى، فإن جدلاً فقهيّاً واسعاً قد ثار حول طبيعة المسئولية المدنية التي تتعدّد حال إخلال المشيدين (المقاولين والمهندسين وكل شخص آخر يتدخل في عملية التشييد) لهذا الضمان، فهناك من رآها مسئولية تقصيرية، وهناك من نظر إليها باعتبارها

نوع من المسؤولية العقدية، فيما وجدها آخرون تطبيقاً خاصاً للنظرية العامة للالتزام بالضمان؛ فكان تحديد طبيعة هذه المسؤولية وحسم الجدل الذي ثار حولها أمر أولي لا غنى عنه لتحديد الأحكام القانونية الواجبة التطبيق حال الإخلال بهذا الضمان، سواءً أثناء تنفيذ أعمال التشييد أو البناء، أو بعد تنفيذها.

(ب) مشكلة الدراسة:

٢. تجيب هذه الدراسة- بصفة رئيسة- على الأسئلة التالية: ما مدى فاعلية وكفاية القواعد القانونية الحالية الواردة بالقانون المدني المصري والمنظمة للضمان العشري في حكم النوازل التي تُعرض على القضاء في ظل التطور الهائل والمستمر في عمليات التشييد والبناء؟ وهل يكفي المفهوم التقليدي القديم لهذا الضمان- وما يرتبط به من نطاقٍ موضوعي وشخصي له- لحكم المشكلات العملية التي تنتج من ممارسة نشاط التشييد العقاري في مصر الآن؟ وهل يمكن للنظام القانوني الفرنسي العصري- الذي هو المصدر التاريخي والمهد الحضاري الذي استقى منه المشرع المصري أحكام هذا الضمان قديماً وحديثاً- أن يمد ظلاله إلى القانون المصري لتعديل المفهوم التقليدي وأحكام ونطاق هذا الضمان في الوقت الحاضر؟

كما تعالج هذه الدراسة- من ناحية أخرى- كيفية التغلب على المشكلة التي طالما أرقّت القضاء المصري في ظل غياب النص التشريعي- وعلى خلاف الحال في ظل التقنين الفرنسي الحالي- والتي تتمثل في مدى إمكانية مد نطاق أحكام الضمان العشري القديمة الواردة في القانون المدني المصري لتشمل- بالإضافة إلى المشيدين بالمعنى الدقيق من مقاولين ومهندسين- كل الأشخاص المتدخلين في عملية التشييد أو التسويق العقاري من مقاولين من الباطن، ومراقبين فنيين، وبائعي المباني بعد تشييدها، ومشيدي المباني بغرض بيعها، ووسطاء ووكلاء عقاريين، وصانعي الأجزاء أو العناصر الإنشائية للمباني الجاهزة التركيب وغيرهم من الأشخاص الذي يقومون بدور فاعل في عملية التشييد. فهؤلاء الآخرون، ومن كان على شاكلتهم، لا يقل دورهم في إقامة الأبنية وتشييدها وتسويقها عن دور المشيدين بالمعنى الدقيق أو الضيق من مقاولين ومهندسين. كما أن تساؤلات أخرى قد تطرح نفسها- في السياق نفسه- تدور حول نطاق تطبيق المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بهذا الضمان، لاسيما بعد أن لمسنا تقدماً ملحوظاً في أحكام القضاء المصري- على غرار القضاء الفرنسي- أدى إلى وجود فجوة كبيرة بينها وبين القواعد القانونية القديمة الواردة في القانون المدني المنظمة لهذه المسؤولية والتي عفا عنها الدهر من قديم الأزل، تلك القواعد التي كانت- ولا تزال-

السبب الرئيس وراء نشوب النزاع والخلاف بين الفقه والقضاء حيناً طويلاً من الدهر حول أساس هذه المسؤولية وتكييفها القانوني ومدى اعتبارها مسئولية من نوع خاص تخرج عن إطار القواعد العامة.

(ت) التنظيم القانوني للضمان العشري في مصر وفرنسا:

٣. للأهمية العملية الكبيرة لمقاولات التشييد في أي دولة من الدول في الوقت الحاضر على النحو السابق بيانه؛ فقد أحاط المشرعان المصري والفرنسي المباني والمنشآت الثابتة بحماية قانونية خاصة، حيث رتب على عاتق المقاول والمهندس اللذين قاما بتشبيدها التزاماً بضمانها لمدة عشر سنوات من وقت تسلمها النهائي من طرف رب العمل (طالب البناء)، بحيث إذا تهدم المبنى أو المنشأ الثابت أو ظهرت فيه عيوب جسيمة تهدد متانته أو سلامته خلال عشر سنوات من وقت تسلمه من جانب الأخير، انعقدت مسؤولية المشيدين.

هذا، وقد خصّ المشرع المصري لأحكام هذا الضمان أربع نصوص من تقنيته المدني هي المواد من ٦٥١ إلى ٦٥٤، كما أفرد لها بعض القواعد القانونية الخاصة بقانون البناء الموحد رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨. بينما نظم نظيره الفرنسي هذا الضمان والمسئولية الناشئة عنه بنصي المادتين ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ من التقنين المدني الفرنسي بصفة أساسية، وأكد على أحكامه كذلك بالمادة L. 111 من قانون البناء والإسكان *Le code de construction et de l'habitation* الصادر في ١٠ مارس ١٩٧٧ والنافذ بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٦٢١ في ٣١ مايو ١٩٧٨.

(ث) المنهج المتبع في الدراسة:

٤. اعتمدنا بشكل رئيس في هذه الدراسة على المنهج المقارن، ويبدو ذلك من خلال إخضاع أحكام التشريع والقضاء المصرية المنظمة للضمان العشري إلى عملية تفصيل وتقييم وتأسيس في إطار الدراسة المقارنة بينها وبين أحكام التشريع والقضاء الفرنسية، ثم العمل على استخلاص أهم النتائج والتوصيات التي نُفصلها أولاً تفصيلاً في صلب هذه الدراسة، ثم نعرضها ونشير إليها تباعاً وبشكل موجزٍ في ختامها.

وتتجلى فائدة الدراسة المقارنة في فهم أفضل لنصوص القانون المصري المنظمة للضمان العشري؛ ذلك أن هذا القانون يعد مُقتبساً من قوانين أجنبية مُتقدمة عليه ويأتي على رأسها القانون الفرنسي، ومادام أن التطبيقات العملية القضائية كثيرة ومتشعبة في هذا المجال المتطور يوماً بعد يوم في ظل القانون الأخير، فلا جرم في أن الرجوع إلى النظام القانوني الأخير يعين المشرع المصري في إصلاح وسد ثغرات تشريعه، ويساعد كذلك القضاء في تطبيقه وتطويره.

وبالإضافة إلى المنهج المقارن استخدمنا كذلك- وبشكل ثانوي- المنهج الجدلي التحليلي الذي يظهر في بعض المسائل والنقاط التي اختلفت فيها وجهات نظر الفقه والقضاء، وذلك كان منها بهدف التوصل إلى أقربها للحقيقة وأدقها تماشياً مع روح النصوص القانونية المنظمة للضمان العشري في القانون المصري ومقاصدها.

ج) خطة الدراسة:

٥. نحاول- من خلال هذه الدراسة- الاجتهاد لوضع مفهوم حديث للضمان العشري يكون جامعاً لخصائص هذا الالتزام الرئيسية، ومانعاً في الوقت نفسه من اختلاطه بغيره من الالتزامات الأخرى، ثم مقارنته بالمفهوم التقليدي القديم له؛ تمهيداً لبيان مدى اتساع نطاقه- وفقاً لمفهومه المعاصر- ليلزم أشخاصاً آخرين خلاف المنصوص عليهم صراحةً في نصوص القانون، مقارنين في ذلك بين التشريعين المصري والفرنسي، ووفقاً للمستحدث في القضاء في البلدين، وذلك كله من خلال فصلين، نخصص أولهما لتحديد مفهوم الالتزام بالضمان العشري قديماً وحديثاً، ونفرد الثاني لبيان نطاق تطبيق هذا الالتزام- قديماً وحديثاً كذلك- من حيث الأشخاص، لتمثل فصول هذه الدراسة فيما يلي:

الفصل الأول: مفهوم الضمان العشري وتكييفه القانوني

الفصل الثاني: النطاق الشخصي للالتزام بالضمان العشري

ونعالج هذين الفصلين في إطار الدراسة المقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي في ضوء المستحدث من أحكام القضاء على التفصيل التالي...
والله تعالى نسأل التوفيق والسداد.

الفصل الأول

مفهوم الضمان العشري وتكييفه القانوني

Concept et nature juridique de la garantie décennale

٦. تقضي المادة ٦٥١ من التقنين المدني المصري بما نصه: «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات».

وهذا النص الأخير يقابل نص المادة ١٧٩٢ من التقنين المدني الفرنسي حيث يجري على أن: "يكون كل مشيد لأي عمل إنشائي مسؤولاً- بقوة القانون- في مواجهة رب العمل أو المتصرف إليه في ملكية هذا العمل عن أي عيب أو خلل يلحقه حتى ولو كان ناتجاً عن عيب في الأرض، إذا كان من شأن هذا العيب أو الخلل أن يعرض متانة المبنى أو سلامته للخطر، أو يؤثر على عناصره الإنشائية (أساسياته) أو عناصره التجهيزية، والذي يترتب عليه أن يصبح العمل الإنشائي غير صالح للغرض الذي شيد من أجله....". وقد حددت المادة ٢٢٧٠ من التقنين نفسه مدة هذا الضمان، فجعلته عشر سنوات من وقت تسلم رب العمل للمبنى أو للعمل الإنشائي.

ومن خلال قراءة النصوص السابقة يتبين لنا أن القواعد العامة في المسؤولية العقدية التي كفلها القانون المدني لم تكن كافية لتحقيق الحماية التامة ومنح الطمأنينة الكاملة لمالكي المباني أو المتصرف إليهم فيها للحفاظ على سلامتها فترة طويلة من الزمن ضد خطر التهدم أو التصدع أو ظهور عيوب جسام فيها بعد تسلمها من قبل المشيدين؛ فكان لزاماً على المشرع أن يتدخل لوضع قواعد ضمان خاصة ومشددة تخرج عن إطار القواعد العامة في المسؤولية العقدية، أخضع لها من امتدت يده لعملية التشييد ومن كان على شاكلتهم أو من كان في حكمهم من الأشخاص الآخرين؛ وذلك بهدف ضمان بقاء الأبنية والمنشآت الثابتة قائمة دون تهدم أو خلل أطول فترة ممكنة.

لكن أحكام هذا الضمان والمسؤولية المترتبة على الإخلال به قد مرت بعدة مراحل تاريخية أدت إلى تغيير المفهوم القديم الذي صاحب ظهوره في فرنسا في مطلع القرن التاسع عشر الميلادي تقريباً، فحل محل هذا المفهوم مفهوم حديث وسع من نطاق الأشخاص الملزمين به توسعاً كبيراً في النظام القانوني الفرنسي على عكس نظيره المصري، مما انعكس بدوره على نطاق المسؤولية المترتبة على الإخلال بهذا الضمان في كل من مصر وفرنسا، وهذا ما نسعى لتفصيله من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم الضمان العشري

المبحث الثاني: تكييف الضمان العشري والمسؤولية الناشئة عن الإخلال به

وسنفضل أحكام هذين المبحثين تباعاً فيما يلي:

المبحث الأول

مفهوم الضمان العشري

Concept de la garantie décennale

٧. لا يمكن الوقوف على حقيقة أي نظام قانوني سوى بالتعرف أولاً على مفهومه أو المقصود منه والحكمة التي من أجلها تم تقريره. وقد اهتم المشرعان المصري والفرنسي بوضع الأحكام القانونية المنظمة للالتزام بالضمان العشري دون التعرض لتعريفه، واكتفوا ببيان الأشخاص الملزمين به (المشيدين من مقاولين ومهندسين) والمستفيدين منه (أرباب الأعمال في عقود المقاولات وخلفهم العام والخاص) والشروط الواجب توفرها لتطبيقه.

والحقيقة أنه حسناً فعلا المشرعان المصري والفرنسي في هذا الصدد لترك المجال رحباً أمام الفقه والقضاء للاجتهاد ما استطاعوا لوضع المفهوم الصحيح لهذا الضمان بما يتناسب مع التطور الحضاري المستمر الذي تشهده دول العالم أجمع في مجال البناء وفن المعمار، فقد ساعد هذا النهج في تغير النظرة القديمة الضيقة لمفهوم هذا الضمان والتوسعة من نطاقه إلى الحد الذي بات يستوعب معه مدينين جدد ليسوا بمشيدين بالمعنى الدقيق، بما يحقق أكبر حماية ممكنة لأرباب الأعمال وخلفهم (المتصرف إليهم في المباني والمنشآت الثابتة).

وعلى ذلك فيجدر بنا أولاً أن نتناول المفهوم التقليدي للضمان العشري والحكمة التي من أجلها تم تقنيه بنصوص التشريعيين المصري والفرنسي، ثم نتطرق لتوضيح وجهة النظر الحديثة من تعريفه في ضوء الأحكام القانونية التي تنظمه في التشريعين المدني المصري والفرنسي على حدٍ سواء.

وسنعالج المقصود بهذا الضمان والحكمة من تقريره بأحكام خاصة بشيء من التفصيل في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

تعريف الضمان العشري

Définition de la garantie décennale

أولاً: التعريف الفقهي التقليدي للضمان العشري

٨. اكتفى المشرع المصري- شأن نظيره الفرنسي- بتحديد مضمون الالتزام بالضمان العشري^(١) وبيان أحكامه، فبين شروطه ونطاقه ومدته دون بيان تعريفه أو

(١)- كلمة "ضمان" في معاجم اللغة العربية تأتي من الفعل: ضَمِنَ، بفتح الضاء وكسر الميم، بمعنى الكفالة والالتزام. ويقال ضَمِنَ الشيءَ ضماناً، أي كفل به، فهو ضامنٌ وضمينٌ. وضمين الرجل، ونحوه

مفهومه في صلب تشريعه؛ وكان الهدف من وراء ذلك- بحسب ما نعتقد- إفساح المجال أمام الفقه للاضطلاع بهذا الدور في ضوء المتغيرات الحديثة التي تطرأ على أحكام هذا الضمان مستقبلاً.

بينما لم يعن كثيرٌ من الفقه المصري والعربي- بعكس ما كان متوقفاً- بوضع تعريف دقيق لهذا الالتزام رغم أهميته، واكتفوا بشرح أحكامه القانونية وتوضيح شروطه ونطاقه فحسب كما فعل المشرع نفسه، في حين وقع آخرون منهم في خلط بين مفهومه والمسئولية الناشئة عن الإخلال به^(١).

ومن التعريفات الفقهية العربية النادرة للالتزام بالضمان العشري- بعكس التعريفات العديدة له في الفقه الفرنسي- نذكر منها ما قال به بعض الفقه المعاصر بأنه: "التزام المقاولين والمهندسين بالتضامن فيما بينهم- في مواجهة رب العمل- بضمان أي تهدم يحدث للمباني والمنشآت الثابتة سواءً كان كلياً أو جزئياً، أو أي عيوب تهدد سلامتها مستقبلاً، وذلك لمدة عشر سنوات من وقت تسلمها من قبل الأخير"^(٢).

ضماناً: كفله، أو التزم أن يؤدي عنه ما قد يُقصر في أدائه. وضمن الشيء: جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه. أنظر الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، المجلد الثاني، طبعة منقحة ومدققة، مكتبة لبنان، ٢٠٠٤، مادة ضمن، ص ١٥٥ & وفي المعنى نفسه: محمد بن علي بن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج ١٣، دار المعارف، ٢٠٠٧، ص ٢٥٧ & محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس، مادة ضمن، طبعة الكويت، ٢٠٠٦، ج ١٨، ص ٣٤٧. أما بالنسبة لإضافة لفظ "العشري" إلى هذا الضمان؛ فقد اصطلح عليه فقهاء القانون منذ زمن طويل نسبةً إلى مدة هذا الضمان الخاص التي حددها المشرع بعشر سنوات تبدأ من وقت تسلم رب العمل للمباني أو الأعمال الإنشائية.

(١) - سيأتي بيان الخلط أو اللبس الذي وقع فيه الفقه بين مفهوم الضمان العشري والمسئولية الناشئة عن الإخلال به حين التعرض لموقف الفقه من تكييفه القانوني في المبحث الثاني من هذا الفصل، فنحيل إلى هذا الموضوع منعاً للتكرار هنا.

(٢) - عبد الرحمن حموش، المسؤولية العقدية للمهندس المعماري في القانون المغربي والمقارن، بحث منشور بمجلة القضاء المدني المغربي، المغرب، السنة الثالثة، العدد الخامس، ٢٠١٢، ص ٢٦١ & وأنظر في المعنى ذاته وإن لم يتم بوضع تعريفٍ دقيقٍ له: محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، ١٩٨٥، ص ١١ وما بعدها & محمد حسين منصور، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١١، ص ٧٣ & وأنظر كذلك في المعنى نفسه: أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاول مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية، ط ١، الناشر غير معلوم، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٧ & وأنظر من الفقه الفرنسي لتعريف الضمان العشري تعريفاً يقترب إلى حدٍ كبير من هذا المعنى نفسه:

بينما عرّفه آخرون بأنه: "ذلك الالتزام الذي ألقاه المشرع على عاتق كل من المهندس المعماري والمقاول متضامنين، بضمان كل ما يقع من أضرار نتيجة التهدم الكلي أو الجزئي لما شيده من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، كما يشمل الضمان ما قد يوجد في المباني والمنشآت من عيوب تمثل تهديداً لمتانة المبنى وسلامته، وذلك كله طوال السنوات العشر التالية لتسلم العمل"^(٤).

في حين حدد البعض الآخر مفهومه بأنه: "الالتزام يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول، يبدأ سريانه بعد تسليمهما النهائي للأشغال التي نفذها أو أشرفا على تنفيذها لرب العمل، غايته بقاء البناء المنجز سليماً لمدة عشر سنوات بعد ذلك التسليم"^(٥).

ثانياً: التعريف الحديث للضمان العشري

٩. لئن كانت التعريفات الفقهية للالتزام بالضمان العشري السابق بيانها- على قلتها- تدور حول معنى واحد، غير أن التطور التشريعي في فرنسا بصفة خاصة، والذي يرجع الفضل فيه إلى القضاء هناك، قد وسّع من نطاق هذا الضمان ليشمل عقوداً أخرى خلاف عقود المقاولات، مثل عقود البيع وعقود التطوير العقاري، كما أدخل فيه العديد

B. BOUBLI, *La responsabilité des constructeurs dans la loi du 4 janvier 1978, RDI 1979*, p. 123 & A. CASTON, *Garantie décennale et responsabilité de droit commun, AJPI 1993*, p. 533 & J.-P. KARILA, *Responsabilités des constructeurs et assurance construction : la réforme du 8 juin 2005, D. 2005*, p. 2236 & J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 8^e éd., Montchrestien, 2008, p. 342.

(٤)- نصر أبو الفتوح فريد، نظرات في المسؤولية العقدية للمطور العقاري، دراسة في إطار تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة العدد ٣٥، جزء أول، إصدارات كلية القانون بجامعة عجمان، ص ٥١٩، هامش (١) & وفي المعنى نفسه أنظر: فتحة قرّة، أحكام عقد المقاول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص ١٤٩ & محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في عقد المقاول والتوكيلات التجارية، ط ٢، القاهرة ١٩٨٧، الناشر غير معروف، ص ٢٠٣ & وفي المعنى ذاته: عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها ونطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط ١، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ١٩٨٧، ص ٢٧٣ وما بعدها.

(٥)- كمال بوحمار، الضمان العشري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة العربي بن مهيدي (أم البواقي)، ٢٠١٣، ص ٧ & وفي المعنى نفسه وإن لم يضع مفهوماً دقيقاً له: زيد محمود العقابلية، قراءة متعمقة لنصوص مواد قانون المعاملات المدنية الإماراتية الناظمة لأحكام الضمان العشري الخاص بالمقاول والمهندس لما يحدث في البناء من تهدم أو عيوب، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد ٣٧، العدد الرابع، ٢٠١٣، ص ٣٤١.

من الأشخاص الآخرين- إضافة إلى المشيدين بالمعنى الدقيق *Les constructeurs* وهم المقاولين والمهندسين^(١)- ضمن الفئات الملزمة به، ومن هؤلاء على سبيل المثال- وكما سيأتي الحديث عنه تفصيلاً في حينه^(٢)- مشيدي المباني بغرض بيعها، وبائعي المباني الجاهزة المعدة للسكنى أو للأغراض التجارية، وبائعي هذه المباني بعد تجديدها أو ترميمها، والمطورين العقاريين، وصانعي العناصر التجهيزية المعدة للتركيب (صانعي أجزاء المباني الجاهزة للتركيب). وقد أطلق المشرع الفرنسي- وتلاه الفقه والقضاء هناك- على هؤلاء الأخيرين لفظ "من في حكم المشيدين أو من كانوا على شاكلتهم"، ليفرقوا بذلك بينهم وبين المشيدين الحقيقيين أو الفعلين للمبنى، وهم المقاولين والمهندسين؛ حيث أخضع الأخيرين- أي المشيدين بالمعنى الدقيق- للالتزام بهذا الضمان دونما شرط أو قيد، في حين ألزم من في حكمهم من الأشخاص الآخرين به، حال استيفاء شروط أو قيود معينة^(٣).

(١)- وتقضي المادة ١٧٩٢ من التقنين المدني الفرنسي بما نصه: "يكون كل مشيد لأي عمل إنشائي مسؤولاً- بقوة القانون- في مواجهة رب العمل أو المتصرف إليه في ملكية العمل الإنشائي عن أي عيب أو خلل يلحق هذا العمل حتى ولو كان ناتجاً عن عيب في الأرض، إذا كان من شأن هذا العيب أو الخلل أن يعرض متانة المبنى أو سلامته للخطر، أو يؤثر على عناصره الإنشائية (أساسياته) أو عناصره التجهيزية، والذي يترتب عليه أن يصبح العمل الإنشائي غير صالح للغرض الذي شُيّد من أجله، ما لم يثبت المشيد أن التهدم أو العيب كان لسبب أجنبي لا يد له فيه".

L'article 1792 dispose que: «*Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère*».

(٢)- أنظر بند ٢٦ وما بعده لاحقاً من هذه الدراسة.

(٣)- إن لفظ "Constructeurs"- أي مشيدي الأعمال الإنشائية أو المباني باللغة العربية- الذي استخدمه المشرع الفرنسي بالمادة ١٧٩٢-١ من تقنينه المدني يُطلق للدلالة على كل من شارك أو تدخل في عملية التشييد الفعلي للمبنى أو المنشأ الثابت، ويلتزم- من ثم- بالضمان العشري في مواجهة رب العمل، مثل المهندسين على اختلاف تخصصاتهم والمقاولين وإن لم يحترفوا مهنة المقاول. ويُطلق هذا اللفظ كذلك على كل من امتدت يديه إلى البناء أو يتدخل في عملية تسويقه حتى إن لم يكن مشيداً له بالمعنى الدقيق ولكن بشروط خاصة سنتعرض لها لاحقاً بشيء من التفصيل، فيدخل المشرع الفرنسي بذلك ضمن طائفة الأشخاص المشمولين بالالتزام بالضمان العشري- إضافة إلى المهندسين والمقاولين

وعلى نقيض المفهوم الفرنسي الموسع للضمان العشري، فإن مفهومه التقليدي في ظل التشريع المصري يقصر نطاقه على عقود مقاولات التشييد أو البناء وحدها^(٩)، تلك العقود التي ينتج عنها تشييد مبانٍ أو منشآت ثابتة على المفهوم الذي سيأتي بيانه لاحقاً؛ وبما أن هذا الضمان ينحصر نطاقه في عقود المقاولات على هذا النحو، فيتحدد الملتزمين به في فئتين من الأشخاص لا ثالث لهما هما: المقاولين والمهندسين المعماريين من جانب، وينحصر المستفيدين منه في أرباب الأعمال وخلفهم فحسب من جانب آخر^(١٠).

بيد أننا نعتقد أنه قد آن الأوان في مصر - للأسباب التي سيأتي ذكرها لاحقاً - لأن يتدخل المشرع لإعادة صياغة نص المادة ٦٥١ من التقنين المدني ليمد نطاق أحكام

المشيدين للبناء بالفعل - المطورين العقاريين، والمتعاقدين مع المقاولين لتشييد المباني بهدف بيعها، ومشتري المباني الجاهزة بغرض بيعها، وبائعي المباني بعد ترميمها أو تجديدها، وصانعي الأجزاء والعناصر الإنشائية للمباني جاهزة التركيب (المباني سابقة التجهيز). ونميز بين المشيدين الحقيقيين للبناء، وهم المهندسين والمقاولين، وغيرهم من الأشخاص الذين تمتد إيديهم إليه وهم ليسوا بمشيدين بالمعنى الدقيق، بالمصطلح "من في حكم المشيدين أو من كان على شاكلتهم". والحقيقة أن المشرع الفرنسي نفسه هو الذي اختار هذا اللفظ الأخير، وتبعه في ذلك غالبية الفقه المعاصر. أنظر في هذا الصدد:

«*La loi oblige les locateurs d'ouvrage, les personnes qu'elle assimile à des constructeurs et le fabricant de composants*», B. BOUBLI, «*Contrat d'entreprise*», *Rép. civ. Dalloz*, mars 2010, n° 488, p. 82 & dans le même sens V. uniquement, Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2009, n° 595.

^(٩) - في هذا المعنى أنظر لمزيد من التفصيل: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، "المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة"، المجلد الأول، ج ٧، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، وهي ذاتها طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة لإعادة الطباعة، ص ٦ وما يليها & قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاوله في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٨ وما بعدها & ومن الفقه الفرنسي أنظر أيضاً:

H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. III, Montchrestien, 1970, n° 1328, p. 614 et s. & G. RIPERT et R. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 3, 1956-1960, LGDJ, n° 2061 s. & B. BOUBLI, «*Contrat d'entreprise*», *Rép. civ. Dalloz*, mars 2010, n° 1, p. 4 et s.

^(١٠) - أنظر للتوسع في النطاق الشخصي للالتزام بالضمان العشري بند ٢٥ وما يليه لاحقاً.

هذا الضمان لتشمل عقوداً أخرى خلاف عقود المقاولات، وتستوعب بعض من هؤلاء الأشخاص الملزمين به الذين اعتبرهم المشرع الفرنسي في حكم المشيدين بالإضافة إلى مستفيدين آخرين سيأتي بيانهم في موضعه تفصيلاً لاحقاً؛ فضلاً عن جمود أحكام التشريع المصري المنظمة لهذا الضمان وعدم مواكبتها للتطور التشريعي والقضائي الذي تشهده أحكامه في فرنسا الآن، تلك الأحكام التي تعد المصدر التاريخي الذي استقى منه المشرع المصري أحكامه، إلا أن هذه الأحكام القديمة لم تعد تواكب كذلك التوسع الهائل في نشاط التشييد العقاري الذي تشهده مصر الآن، كما أضحى معها هذا الضمان قاصر عن تحقيق الهدف الذي شرع من أجله وهو تحقيق أكبر حماية قانونية ممكنة لأرباب الأعمال وخلفهم أو المتصرف إليهم في المباني والمنشآت في مواجهة المشيدين ومن كان على شاكلتهم من المتدخلين في عملية التشييد.

ومن ثم؛ نرى أنه من الأحرى أن نختار مفهوماً موسعاً للالتزام بالضمان العشري من حيث الموضوع والأشخاص الملزمين به، بحيث يشمل بالإضافة إلى عقود المقاولات، وخلافاً للمشيدين بالمعنى الدقيق، عقوداً أخرى وبعضاً ممن في حكم المشيدين على المفهوم المتقدم ذكره، وذلك انتظاراً لتدخل المشرع نفسه لتعديل تقنيته المدني للتوسعة الصريحة من نطاق هذا الالتزام، وليكن تعريفنا له حالياً كما يلي: "التزام المشيدين- ومن في حكمهم- بالتضامن فيما بينهم بضمان أي تهدم كلي أو جزئي يحدث للمباني والمنشآت الثابتة التي شيدها أو ساهموا في تشييدها، أو أي عيوب تظهر بها وتهدد متانتها أو سلامتها لأي سبب كان، وذلك خلال عشر سنوات من وقت تسلمها من رب العمل أو خلفه أو المتصرف إليه فيها بأي نوع من أنواع التصرفات القانونية"^(١).

^(١)- راجع في معنى ضرورة توسع المشرع المصري في مد نطاق الضمان العشري إلى غير المهندسين والمقاولين ممن يرتبط مع المالك بعقد مقاوله أو بيع أو توريد للاشتراك في عملية البناء: محمد حسين منصور، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١١، ص ٧٨ وما بعدها & وفي المعنى نفسه لمد نطاق هذا الضمان ليشمل المقاولين من الباطن: رأفت حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٧٢ وما بعدها.

المطلب الثاني

الحكمة من تقرير الضمان العشري

Destination de la garantie décennale

١٠. كان الهدف الرئيس من وراء تقرير الالتزام بالضمان العشري على عاتق مشيدي المباني من مهندسين ومقاولين - ومن في حكمهم - هو حماية ورعاية الطرف الضعيف في عقود مقاولات التشييد، وهم أرباب الأعمال الذين لا تتوفر لديهم - في الغالب - الخبرة الكافية من الناحية الفنية والمعرفة بأصول فن التشييد العقاري^(١٢). وأرباب الأعمال في مفهوم مقاولات التشييد أو البناء، هم الأشخاص المتعاقدون مع المقاولين بهدف تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، وبمعنى آخر هم طالبو تشييد هذه المباني وتلك

(١٢) - وهذه الحكمة ظهرت جليةً في مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري تعليقاً على نصوص المواد ٨٩٥ إلى ٨٩٧ من المشروع التمهيدي لهذا التقنين؛ إذ تضمنت ما نصه: "... ثم استفسر عما إذا كانت هذه المسؤولية الاستثنائية تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فأجيب بأن الفقرة الأخيرة من النص صريحة في أن هذه المسؤولية الاستثنائية قد استحدثت لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المهندس من الناحية الفنية، أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان فليست هناك إذن حاجة لاستحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما. وأقرت اللجنة النص، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٨. وفي لجنة مجلس الشيوخ أقيمت المادة على أصلها مع تعديلات لفظية أصبحت معاً مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد مع التفسير في حكمها القانون الحالي (السابق). أما الفقرة الثانية فتأتى بحكم جديد، فلا تبنى المسؤولية على التهدم الواقع بالفعل خلال عشر سنوات، بل تضع أساس المسؤولية على وجود عيب في البناء تهدم بالفعل في ظرف هذه المدة. وأصبح رقم المادة ٦٥١ ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية رقم ٥، ص ١٩ - ص ٢٤)". أنظر لتاريخ النص التشريعي: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٧، السابق، ص ١٠٤ وما بعدها، هامش (٢) & وفي المعنى نفسه: محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاول، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ١٢١ & رأفت حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٦٣ & وأنظر كذلك من الفقه الفرنسي رغم عدم وجود نص تشريعي صريح في التقنين المدني يتضمن هذه الحكمة صراحةً:

M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français, Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. 11, LGDJ, 1952-1960, n° 952, p. 196 & A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome deuxième, t. II., Paris, Dalloz, 1919-1920, n° 1095 & J. HUET, *Le droit de l'architecture*, 3^e éd., Economica, 2001, p. 231 et s.

وأنظر لمزيد من البيان حول مدى خضوع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري، بند ٢٢ لاحقاً من هذه الدراسة.

المنشآت الذين تربطهم بالمقاولين ومن في حكمهم عقود مقاوله^(١٣). فقد خشي المشرع على أرباب الأعمال من التلاعب بهم من قبل المشيدين ذوي الخبرة عند تسلم المباني والمنشآت الثابتة، فقرر لهم هذا الضمان الخاص بهدف رعايتهم وتحقيق أقصى حماية قانونية ممكنة لهم.

بيد أن هذه الحكمة التي صاحبت نشأة هذا الضمان الخاص- وكما سنرى لاحقاً بشيء من التفصيل- قد اتسع نطاقها في فرنسا الآن ليشمل، بالإضافة إلى حماية أرباب الأعمال في عقود المقاولات، حماية كافة المتصرف إليهم في المباني والمنشآت الثابتة أي ما كان شخص المتصرف أو المتصرف إليه أو طبيعة العقد المبرم بينهما؛ فأصبحت الحماية التشريعية المقررة بمقتضى هذا الضمان تتسع لتشمل مشتري المباني من غير مشيديها، مثل المشترين من المطورين العقاريين، ومشتري المباني من الخلف الخاص لرب العمل، والملاك المشتركين للمباني، وغيرهم الكثير على ما سيبين فيما بعد عند تحديد الأشخاص المستفيدين من هذا الضمان في الباب الثاني من هذه الدراسة.

يُضاف إلى الهدف السابق بيانه هدفاً آخر تمثل في أن المشرع قد خشي من انهدام المباني على رؤوس ساكنيها وتعرضهم للأخطار والأضرار المالية، فعمد إلى تشديد مسؤولية مشيديها ولم يكتف بتطبيق أحكام المسؤولية العقدية أو التقصيرية المقررة وفقاً للقواعد العامة عليهم، بل وجعل أحكام المسؤولية الناشئة عن الإخلال بهذا الضمان- بعد تشديدها على هذا النحو- من النظام العام، لا يجوز الخروج عليها أو الاتفاق على خلافها نظراً لما لوحظ في العمل من اشتراط المشيد (المقاول بصفة خاصة) على رب العمل اعفائه من هذه المسؤولية أو التخفيف منها في عقود المقاوله عند إبرامها^(١٤). وتكريساً لهذه الأهداف التشريعية؛ فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ من التقنين المدني المصري على أن: «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما

(١٣)- راجع لمفهوم رب العمل وإن كانت دراسته لا تدخل ضمن نطاق هذا البحث: محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص ١٩٧ وما بعدها & محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، مرجع سابق، ص ٨٢ وما يليه.

(١٤)- أنظر في هذا المعنى على سبيل المثال من الفقه المصري: محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في عقد المقاوله والتوكيلات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٠٩ & ومن الفقه الفرنسي:

H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. III, op. cit., n° 287, p. 130 et s. & A. CASTON, *Garantie décennale et responsabilité de droit commun, précité*, p. 493.

يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى...»، بينما أخرجت الفقرة الرابعة من النص نفسه المقولين من الباطن من نطاق هذا الالتزام؛ لأنهم- وكما تضمنت الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري المشار إليها سابقاً- خبراء من الناحية الفنية في مجال التشييد ولا يحتاجون إلى حماية من نوع خاص.

كما أكدت على هذه الأهداف أيضاً المادة ١٧٩٢ من التقنين المدني الفرنسي بقولها: "يكون كل مشيد لأي عمل إنشائي مسؤولاً- بقوة القانون- في مواجهة رب العمل أو المتصرف إليه في ملكية العمل الإنشائي عن أي عيب أو خلل يلحق هذا العمل حتى ولو كان ناتجاً عن عيب في الأرض، إذا كان من شأن هذا العيب أو الخلل أن يعرض متانة العمل الإنشائي أو سلامته للخطر، أو يؤثر على عناصره الإنشائية (أساسياته) أو عناصره التجهيزية، والذي يترتب عليه أن يصبح العمل الإنشائي غير صالح للغرض الذي شُيد من أجله، ما لم يثبت المشيد أن التهدم أو العيب كان لسبب أجنبي لا يد له فيه"^(١٥). وحددت المادة ٢٢٧٠ من التقنين ذاته مدة هذا الضمان؛

(15)- Article 1792 du code civil français dispose que: «*Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère*», Version en vigueur depuis le 01 janvier 1979, modifié par Loi n°78-12 du 4 janvier 1978- art. 1, JORF 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979 modifié par Loi n°67-3 du 3 janvier 1967- art. 4 () JORF 4 janvier 1967 en vigueur le 1^{er} juillet 1967, création Loi 1804-03-07 promulguée le 17 mars 1804.

والعناصر الإنشائية للمبنى مثل قاعدة البناء والأعمدة والصببات الخرسانية والحوائط والأسقف. أما العناصر التجهيزية فهي كافة الملحقات والعناصر الكمالية مثل: مواسير الصرف والمياه والكهرباء والغاز والأبواب والشبابيك والمصاعد وأجهزة التدفئة المركزية وأجهزة الطرد المركزية ... إلى غير ذلك من ملحقات وعناصر إضافية. كما أنه تجدر الإشارة كذلك إلى أن الضمان العشري يشمل- كقاعدة عامة- كافة العناصر الإنشائية في المبنى دون عناصره التجهيزية التي يكتفي فيها المشرع بضمانها لمدة عامين فحسب من وقت تسلم البناء، وليس عشر سنوات كما في الضمان العشري. لكن استثناءً من القاعدة الأخيرة، فإنه إذا كانت العناصر التجهيزية متصلة بالمبنى اتصالاً يوجبها لا يجوز فصلها عنه دون تلف أو خسارة كبيرة، فإنه يشملها الضمان العشري باعتبارها من أساسيات البناء (المادة ١٧٩٢-٢ من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديلها بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٥٨٦ لسنة ٢٠٠٥). ويمكن أن يصدق

فنصت على أن: "كل شخص طبيعي أو اعتباري يكون مسئولاً وفقاً لنصوص المواد من ١٧٩٢ إلى ١٧٩٢-٤ من هذا التقنين، تتعدّد مسؤوليته ويظل ملتزماً بالضمان وفقاً لهذه النصوص لمدة عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم الأعمال أو من وقت انتهاء المهلة المحددة بالمادة ١٧٩٢-٣ من هذه التقنين"^(١٦).

وتجدر الإشارة في الختام إلى أن مدة العشر سنوات المحددة لهذا الضمان قد قررها القانون لاختبار متانة المبنى أو المنشأ الثابت وصلابته، وهي مدة ارتأى المشرع أنها كفيلة للقول بتحقيق الغاية من عمل المهندس والمقاول- أو بمعنى أكثر شمولاً مشيد المبنى أو المنشأ الثابت- وللحيلولة دون انعقاد مسؤوليته عن تدمره أو ظهور أي عيب أو خلل خطير فيه فيما بعد^(١٧).

المبحث الثاني

تكييف الضمان العشري والمسئولية الناشئة عن الإخلال به

Nature juridique de la garantie décennale et sa responsabilité

١١. تجدر الإشارة- بدءاً- إلى أن كثيراً من الفقه كانوا يخلطون قديماً بين الضمان العشري والمسئولية القانونية الناشئة حال الإخلال به، أي المسؤولية التي تتعدّد في ذمة المشيدين لتهدم الأبنية والمنشآت الثابتة أو لظهور عيوب جسام بها خلال عشر سنوات من وقت تسلمها من قبل رب العمل. لكن هذا المفهوم الخاطئ قد تغيّر اليوم وتؤكد للضمان العشري تكييفه القانوني السليم على يد الفقه المعاصر الذين أصبحوا ينظرون إليه على أنه التزام وليس مسؤولية^(١٨).

ذلك المفهوم على أساسيات مواسير الكهرباء والصرف والمياه والأجهزة المركزية مثل أجهزة التدفئة أو المكيفات المركزية إذا كان يستحيل فصلها عن المبنى أو كان فصلها عنه يسبب خسارة مادية كبيرة لرب العمل أو مالك البناء.

(16)- L'article 2270 du Code civil prévoit que: «Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux ou, en application de l'article 1792-3, à l'expiration du délai visé à cet article».

(17)- A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 6^e éd., 2006, éd. Du Moniteur, p. 97.

(18)- إن رأياً قديماً في الفقه الفرنسي قد ذهب إلى إضفاء وصف المسؤولية العشرية على الضمان العشري، ثم عكف نصرائه على البحث عن تكييف قانوني سليم لهذه المسؤولية، وظلوا يتساءلون عن طبيعتها ونطاقها والأحكام القانونية التي تنظمها، وهل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟ وانتهوا إلى عدم

الجزم برأي قاطع في هذه المسألة التي ستظل تحير الفقه والقضاء أمدأ بعيداً، وتطالها بالتالي فوضى الفتوى وآراء الفقهاء التي لا تنتهي.

«On ne peut parler d'une solution doctrinale ; chaque auteur, en effet, développe à son sujet [au sujet de la garantie ou la responsabilité décennale] une solution particulière au point qu'on a pu parler d'un véritable chaos», DE SAINT-MAURICE, *La responsabilité des architectes*, thèse de doctorat, Grenoble, 1940, p. 112.

وقد سار القضاء الفرنسي على هذا الخلط أو اللبس بين المصطلحين (الضمان والمسئولية) حيناً من الدهر. راجع لبعض هذه الأحكام القديمة في نهاية القرن التاسع عشر الميلادي ومطلع القرن العشرين الأحكام التالية:

Cass. civ., 29 mars, 1893, D. n° 1, 1893, p. 289 & Cass. civ., 16 mai, 1904, D. n° 1, 1905, p. 352 & Cass. civ., 19 juin, 1929, D. épdl., 1929, p. 393.

ويُنكر أن المشرع الفرنسي نفسه قد وقع في هذا الخلط عند تعديل تقنينه المدني عام ١٩٦٧ ثم عام ١٩٧٨، فقد أطلق لفظ *responsabilité* - أي مسئولية - في المادة ١٧٩٢ من التقنين المدني للدلالة على الضمان العشري، في حين أطلق عليه مصطلح *garantie* - ضمان - في المادة ٢٢٧٠ من هذا التقنين. وأنظر من الفقه المصري قرب ذلك: محمد شكري سرور، مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، مرجع سابق، ص ٢٧١ وما بعدها.

غير أنه سرعان ما أنتقد هذا الرأي - وبحق - على أساس أن نقطة البداية التي ينطلق منها لتكييف الضمان العشري كانت نقطة بداية خاطئة، فأصحاب هذا الرأي كانوا يعتقدون بأن هذا الضمان ما هو إلا مسئولية تقع على عاتق مشيدي العقارات والمنشآت الثابتة الأخرى من مهندسين معماريين ومقاولين، في حين أن الصحيح أنه التزام قد يكون عقدياً أو قانونياً يقع على عاتق هؤلاء المشيدين قد يثير مسئوليتهم المدنية حال مخالفته أو الإخلال به. ويتحقق الإخلال بهذا الضمان عند حدوث تصدع أو تهدم كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت، أو ظهور عيوب جسيمة تهدد متانته أو سلامته الإنشائية. أما إن لم تقع مخالفة أو إخلال من الملتزم لأحكام هذا الضمان، بمعنى عدم حدوث تهدم أو خلل في البناء أو المنشأ الثابت؛ فيكون المدين به قد أدى التزامه، ولا مسئولية عليه في هذه الحال على الإطلاق، سواء كانت مسئولية عقدية أو تقصيرية. وبمعنى آخر، فإن الضمان العشري ليس مسئولية في ذاته، وإنما هو التزام قد تترتب عليه مسئولية الملتزم به إذا ما أخل به أو وقع منه مخالفة لأحكامه بما يستوجب مسألته قانوناً. راجع لمزيد من البيان:

M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., op. cit., n° 947, p. 139 et s. & H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. III, Montchrestien, 1970, n° 1070 et s., n° 99 & R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. XII bis, *contrats civils divers*, t. 12 par RODIÈRE, vol. 2, Rousseau éd., 1952, p. 195, n° 173 s. & R. SAVATIER, *Les contrats de conseil professionnel en droit*

هذا، وقد تنازعت الطبيعة القانونية لهذا الالتزام عدة نظريات فقهية في مصر وفرنسا على حدٍ سواء، فالبعض رآه التزام عقدي لا قانوني، في حين ذهب آخرون - على العكس من ذلك - إلى اعتباره التزام قانوني لا عقدي، وتوسط فريق بينهما ليراه التزام من نوع خاص. وعلى صعيد آخر ذهب رأي إلى القول بأنه التزام بتحقيق نتيجة، بينما عارضه آخرون ورأوه التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق غاية أو نتيجة؛ كل هذا بالطبع أثار على تحديد طبيعة وأحكام المسؤولية القانونية الناشئة عن الإخلال بهذا الضمان، وتردد القضاء حيناً من الدهر قبل حسم كل هذه الخلافات بحكم قاطع. ودونكم التفصيل...

المطلب الأول

الضمان العشري بين الالتزامين القانوني والعقدي

La garantie décennale entre l'obligation légale et contractuelle

(أ) أهمية تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري:

١٢. يُقسّم الفقه التقليدي^(١٩) - من قديم الأزل - الالتزامات من حيث مصدرها إلى التزامات عقدية وأخرى غير عقدية أو قانونية؛ فالالتزامات النوع الأول تجد مصدرها في العقد الذي يربط شخصين - في الغالب^(٢٠) - أحدهما دائن والآخر مدين، ويُسمى التزام

privé, D. 1972. Chron. 137, p. 329 & G. LIET-VEAUX, *Droit de la construction*, Montchrestien, éd. 1978, p. 324.

^(١٩) - أنظر في هذا الصدد لمزيد من التفصيل على سبيل المثال: سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١، ص ٩ وما بعدها & عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج ١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ٤١٤ وما يليها & جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٤٩٣ وما بعدها & عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الناشر غير معروف، ١٩٩٢، ص ٢٨٥ & وأنظر كذلك من الفقه الفرنسي:

A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10^{ème} éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1948, n° 278 et s. & G. MARTY et R. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 1, Sirey, 1964, n° 365, p. 333 et surtout, n° 545 bis. et s. & *Contra*: M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, 2^e partie, par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, n° 475 et s.

^(٢٠) - ونقول في الغالب لأن الاتجاه التشريعي الحديث في فرنسا أصبح يأخذ بنظرية التصرفات القانونية أو العقود متعددة الأطراف *Actes juridiques de multi-volontés*. راجع لمزيد من البيان حول النظريات الفقهية التي قيلت بشأن التقسيم الحديث للتصرفات القانونية مؤلفنا بعنوان: الاشتراط لمصلحة

المدين حينئذٍ بالالتزام العقدي، وتؤدي مخالفته إلى قيام المسؤولية العقدية *Responsabilité contractuelle* في حق الأخير^(٢١). أما في الالتزامات غير العقدية أو القانونية، فهي واجبات عامة ومفروضة على الكافة وتجد مصدرها في نص القانون مباشرةً، وتؤدي مخالفة هذا النوع من الالتزامات إلى انعقاد المسؤولية التقصيرية *Responsabilité délictuelle* في ذمة الشخص المخالف^(٢٢).

ولا شك أن تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالضمان العشري لهو أمر ضروري وأولي لتحديد الأحكام القانونية الواجبة التطبيق على المسؤولية التي قد تنشأ حال مخالفته، فالقول بأنه التزام عقدي ناشئ عن عقد المقاولة، يترتب عليه بالضرورة انعقاد المسؤولية العقدية للمدين الذي خالفه، وهو ينقضي بالضرورة لأي سبب يؤدي إلى انقضاء هذا العقد. بينما إضفاء وصف الالتزام القانوني عليه، يترتب قطعاً ثبوت المسؤولية التقصيرية على عاتق الملتزم به إذا ما خالف أحكامه، ولا يؤثر بالطبع انتهاء

الغير في ضوء التعديل التشريعي الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد ٩٤ و٩٥، ٢٠٢١، ص ٦٦ وما بعدها.

(٢١) - ويعتقد بعض الفقه المصري نظرية الفقه الفرنسي المتعلقة بالمسؤولية شبه العقدية أو شبه التقصيرية، أنظر على سبيل المثال لا الحصر: محمد عبد الظاهر حسين، صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على المسؤولية المهنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٨٧ وما يليها & أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٥٤ وما بعدها. وأنظر كذلك من الفقه والقضاء الفرنسيين:

Ch. BEUDANT, *Cours de Droit civil français*, par René RODIERE, t. III, 2^e éd., Rousseau, 1943, p. 211 et s. & G. DURRY, obs. RTD civ., 1968, n° 366 & Cass. 2^e civ., 4 janv. 1963, Bull. civ., II, n° 16 & Cass. 3^e civ., 27 nov. 1970, Bull. civ. III, n° 653 & Cass. 3^e civ., 19 oct. 1971, D. 1972, p. 77 & Cass. 3^e civ., 15 janv., 1992, RDI, 1992, p. 216 & Cass. 2^e civ., 27 mai 1999, Bull. civ. II, n° 104.

(٢٢) - راجع لأحكام القضاء المصري التي تميز بوضوح بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية على سبيل المثال لا الحصر: نقض مدني، جلسة ٤ إبريل ١٩٩٠، في الطعن رقم ٢٣٨٤، لسنة ٥٤ قضائية، مكتب فني رقم ٤١، ج ١، ص ٩١٧٤ & وفي هذا المعنى نفسه أنظر أيضاً: نقض مدني، جلسة ١١ نوفمبر ١٩٧٤، الطعن رقم ٤٢٣، لسنة ٣٩ ق، مكتب فني رقم ٢٥، ج ١، ص ١٢١٠ & نقض مدني، جلسة ٢ ديسمبر ١٩٨٠، في الطعن رقم ٦١٦، لسنة ٤٦ ق، مكتب فني ٣١، ج ٢، ص ١٩٧٨ & وأنظر أيضاً من أحكام القضاء الفرنسي:

Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1922, S., 1924, I, p. 105, note DEMOGUE & en même sens, Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 1965, D., 1966, p. 61.

عقد المعاولة على بقاء هذا الالتزام قائماً طوال المدة التي حددها القانون. ومن المعلوم بالضرورة- ووفقاً للفقهاء والقضاء الغالبين منذ زمن طويل- أن بعض الأحكام القانونية التي تنطبق على المسؤولية العقدية، تختلف عن نظيرتها التي تُطبق على المسؤولية التقصيرية من حيث مدى التعويض عن الضرر، والتضامن بين المدينين إذا تعددوا، ومدى جواز الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها، وأخيراً من حيث التقادم^(٢٣).

(٢٣) - اختلف الفقه المصري والفرنسي- مع مطلع القرن العشرين تقريباً- في مدى وجوب التمييز بين نوعي المسؤولية- التقصيرية والعقدية- من عدمه، على رأيين على طرفي نقيض: فالبعض كان يذهب إلى وجوب التمييز بينهما؛ لاختلاف أحكامهما القانونية، وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسؤولية *Dualité de responsabilité*. بينما كان يرى البعض الآخر- على النقيض من ذلك- أنه لا محل لهذا التمييز بين المسئوليتين؛ لأن أحكامهما واحدة وتكاد تكون متشابهة، وهؤلاء هم أنصار وحدة المسؤولية *Unité de responsabilité*. ويُذكر أن الفقيه *PLANIOL*- وتبعه في ذلك الفقيهان *MAZEAUD* و *TUNC*- كانوا يتزعمون النظرية الأخيرة ويرون عدم وجود معيار واضح للتمييز بين المسئوليتين وتشابه القواعد القانونية التي تحكمهما: راجع للفقيه الأول بالاشتراك مع ريبير واسمان، الموسوعة العملية في القانون المدني الفرنسي، الالتزامات، الجزء السادس، فقرة ٤٧٥ وما يليها.

M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, 2^e partie, par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, n° 475 et s.

ومن الفقه المصري من دافع عن هذه النظرية، فأُنظر على سبيل المثال: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ط ١، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، فقرة ٦٠ وما يليها، ص ٨٩ وما بعدها & سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٩٦١، ص ٣٣٣ وما يليها & محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، مشكلة النطاق والخبرة، محاضرات لطلاب الدراسات العليا بكلية الحقوق- جامعة أسيوط، ١٩٨١، ص ٣٥ وما بعدها & جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٣٥٨ وما يليها. ودون الدخول في خضم هذا الجدل الفقهي الذي أصبح في غياهب التاريخ؛ فلا شك أن الفقه والقضاء الغالبين الآن قد استقروا في النهاية على وجوب التمييز بين نوعي المسؤولية لتفاوت أحكامهما القانونية من حيث مدى التعويض عن الضرر، والتضامن بين المدينين إذا تعددوا، ومدى جواز الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها، وأخيراً من حيث التقادم؛ فبينما تقوم المسؤولية العقدية على أساس مخالفة أحد الالتزامات التي اشتمل عليها عقد أو تصرف قانوني ملزم لجانبين، تقوم المسؤولية التقصيرية على أساس مخالفة الشخص لالتزام قانوني عام أوجبه القانون؛ فالمدين في المسؤولية التقصيرية لم تكن تربطه بالدائن أي علاقة عقدية قبل تحقق مسؤوليته اتجاهه، أما المدين في المسؤولية العقدية فقد كانت تربطه بالدائن علاقة عقدية قبل تحقق مسؤوليته. ومن ثم؛ ففي المسؤولية العقدية- وعلى خلاف التقصيرية- فإن الدائن والمدين هما اللذان بإرادتهما أنشأ هذا الالتزام السابق وحددا مداه ورسما مدى التعويض عن الضرر، فلم يدخل في حسابهما الضرر غير المتوقع، ولم تتصرف إرادتهما إلى التعويض عنه، فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع

غير أننا سنرى مع ذلك لاحقاً بشيء من التفصيل - وبناءً على المقترح الذي ننادي بضرورة الأخذ به بشأن طبيعة الالتزام بالضمان العشري - أن هذه الفروق الجوهرية التي أجمع عليها الفقه بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية، لن يكون لها عظيم الأثر بشأن تحديد الطبيعة القانونية للمسئولية العشرية، فسواء تم تكييف المسئولية الأخيرة على أنها

فحسب. ومتى كانت إرادة المتعاقدين، إذا تعدد المدين، هي التي تحدد مدى اشتراك كل مدين في المسئولية؛ فالأصل ألا تضامن بين المدينين، فإذا أريد التضامن وجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى اشتراطه. كما يجوز للمتعاقدين، وهما اللذان بارادتهما حداً مدى الالتزام، أن يتراضيا على الإعفاء من المسئولية أو الحد منها في حالات معينة. وأخيراً فلا يتقادم الالتزام العقدي، وهما اللذان ارتضياه، إلا بمدة طويلة هي خمس عشرة سنة وفقاً للقاعدة العامة. وقد اتفق الفقه والقضاء أيضاً على عدم جواز الجمع بين المسئوليتين، أو الخيرة فيما بينهما. فلا يجوز للمضروب أن يجمع بين أحكام المسئوليتين طالباً التعويض مرتين عن خطأ واحد، إذا اجتمعت شروط المسئوليتين في خطأ واحد. وكذلك لا يجوز له - إن هو خسر إحدى الدعويين - أن يلجأ إلى الدعوى الأخرى. كما لا يجوز له الخيرة بين المسئوليتين وانتقاء الأفضل له من بينهما، فلا يمكن له التمسك بالمسئولية التقصيرية إن كانت أفضل له وترك المسئولية العقدية. كأن يريد التعويض عن الضرر غير المتوقع الذي لا تكفله المسئولية العقدية؛ فيتمسك بقواعد المسئولية التقصيرية مثلاً. أو أن يريد التهرب من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية؛ فيتمسك بالمسئولية التقصيرية وهكذا. راجع لمزيد من التفصيل حول هذا الخلاف الفقهي ووجوب التفرقة بين أحكام المسئوليتين العقدية والتقصيرية: مصطفى مرعي، المسئولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الأولى، الناشر غير معلوم، ١٩٣٦، ص ٢٠ وما بعدها & عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج ١، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٩٦، ص ٦٣٩ وما بعدها & أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ٤٧٠ وما بعدها & عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، دار النهضة العربية، ١٩٨٠، ص ٢٢٤ وما بعدها & عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، المصادر الإرادية، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢، ص ٤٦٧ & محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الإلتزام، الناشر غير معلوم، ١٩٩٢، ص ٣٥٤ & أنور العمروسي: المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في القانون المدني، ط ١، دار الفكر العربي بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١١ وما بعدها & عبير موسى الهنزي، الخيرة بين دعوى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، المجلة الليبية العالمية، جامعة بني غازي، عدد ٢٥، ٢٠١٧، ص ٧ وما بعدها & ومن الفقه الفرنسي راجع بصفة خاصة:

H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, éd. Montchrestien, 1978, n° 207 et s. & J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2002, LGDJ, n° 647 et s.

مسئولية عقدية، أو تم وصفها بالمسئولية التقصيرية، فلن يختلف الوضع كثيراً، اللهم إلا في فارق قانوني واحد وجوهري.

(ب) الخلاف حول تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري:

١٣. ننوه- بادئ ذي بدء- إلى أن الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للضمان العشري قد ارتبط ارتباطاً وثيقاً بخلاف فقهي آخر ثار حول ازدواج أو وحدة المسئولية المدنية، وهو ما لا يسع المقام لذكره تفصيلاً هنا ونحيل بشأنه إلى الدراسات المتخصصة في هذا الصدد، ولنكتفي الآن بمحاولة تحديد التكييف القانوني السليم لهذا الالتزام مشيرين- كلما لزم الأمر- إلى ما يترتب على هذا التكييف من نتائج قانونية وتحديد أثره على طبيعة المسئولية العشرية.

قد كان محل الخلاف في فرنسا^(٢٤) حول تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري- في العقد الأول من القرن العشرين تقريباً- راجعاً إلى نتيجة منطقية مفادها أنه لا يستقيم القول ببقاء الالتزام بهذا الضمان قائماً في ذمة المهندس المعماري والمقاول (أو أي مشيد آخر) لمدة عشر سنوات كاملة بعد تسلم المبنى من جانب رب العمل، رغم انتهاء عقد المقاولة ذاته بهذا التسلم؛ لأن أنصار هذا الرأي كانوا يعتبرون أن تسلم الأعمال من جانب رب العمل يعد من بين الأسباب المنهية لعقد المقاولة، وخاصة التزام المقاول بالضمان، حيث أن التسلم كان يغطي لديهم جميع العيوب التي كانت ظاهرة وقت التسلم، وما لم يكتشفه رب العمل من عيوب وقت تسلمه، لا يُسأل عنه المقاول أو المهندس، وتسلم الأعمال بذلك ينهي أو يستنفد كل آثار عقد المقاولة ويحول به العقد نفسه، ومن المعلوم بالضرورة أن الالتزامات العقدية تبقى ما بقي العقد قائماً، وتزول بزواله.

وقد دفع هذا الاعتقاد القضاء الفرنسي- في بادئ الأمر- إلى القول بأن الالتزام بهذا الضمان هو التزام تقصيري *Obligation délictuelle* على حد قول محكمة النقض الفرنسية^(٢٥)، أو هو التزام قانوني *Obligation légale*- على حد تعبير الفقه التقليدي

^(٢٤)- أنظر لعرض هذا الخلاف الفقهي وعرض حجج كل فريق في خصوص الضمان العشري:

Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, op. cit., n° 67 et s.

^(٢٥)- حيث كانت محكمة النقض الفرنسية تلط بدورها- كما كان يلتبس الأمر على بعض الفقه كما نوهنا آنفاً- بين طبيعة الالتزام بالضمان وطبيعة المسئولية التي يمكن أن تتعد أو تثور حال الإخلال بهذا الالتزام. راجع لبعض هذه الأحكام القديمة:

آنذاك^(٢٦) - مقرر بنص القانون نفسه ولا يزول بانتهاء أو زوال عقد المقاولة كالاتزامات الأخرى المترتبة على هذا العقد، وإنما يبقى قائماً للمدة التي حددها المشرع رعاية لرب العمل غير المتخصص في مجال التشييد أو البناء؛ نظراً لخطورة العقارات والمنشآت الثابتة الأخرى ووجوب اختبار صلابتها مدة من الزمن بعد انقضاء العقد.

وكان القضاء الفرنسي - والفقهاء الذي شايحه آنذاك - يؤسس وجهة النظر هذه على أساس أن ضمان المقاول لجودة العمل في أي مقاولة أخرى خلاف مقاولات التشييد أو البناء بصفة عامة، يعد ضماناً يثير المسؤولية العقدية؛ لأن مصدره ومنشأه كان هو عقد المقاولة، فأى عيوب في الصنعة تظهر في العمل بعد تسليمه إلى رب العمل خلال المدة المعقولة التي يحددها العرف بحسب طبيعة العمل نفسه، يُسأل عنها المقاول بلا أدنى شك على أساس التزامه العقدي. أما في نطاق مقاولات التشييد أو البناء، فينتهي ضمان المقاول لجودة العمل، وتتفني بالتالي مسؤوليته العقدية عن العيوب العادية مثل: عيوب الأبواب والشبابيك والتشطيبات ورداءة الدهانات أو اعوجاج الحوائط وغيرها، إذا ما تم تسلم المبنى من جانب رب العمل دون تحفظ؛ لأن تسلم المبنى - لدى هذا الفريق الفقهي - يغطي كل العيوب التي تظهر فيه بعد ذلك. أما عن الالتزام بالضمان العشري عن العيوب الخطيرة التي تؤدي إلى تهمد المبنى أو تهدد سلامته ومثابته، فينتهي بنص المشرع بمرور عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم المبنى، وهو يبقى بقوة القانون رغم زوال العقد وانتهائه، لأن المشرع أراد بقاءه بعد هذا الزوال، فهو التزام قانوني إذن وليس التزاماً عقدياً؛ لأن الالتزامات العقدية قد انتهت - لدى هذا الجانب من الفقهاء - بانتهاء العقد نفسه ويتسلم المبنى من قبل رب العمل دون تحفظ.

Cass. civ., 29 mars, 1893, D. n° 1, 1893, p. 289 & Cass. civ., 16 mai, 1904, D. n° 1, 1905, p. 352 & Cass. civ., 19 juin, 1929, D. épdl., 1929, p. 393 & Cass. civ., 24 nov., 1954, gazette du palais 1955, I, p. 100.

⁽²⁶⁾ - G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit civil, du contrat de louage*, t. II, 3^{ème} éd., Recueil Sirey, 1907, p. 1893 et s. & M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, n° 947 et s. & Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *Droit civil français*, t. V, 6^{ème} éd., par P. ESMIEN, Paris, libr. Marchal et Billard, 1947, p. 411 et s. & A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 10, *op. cit.*, p. 725 et s. & G. LIET-VEAUX, dans les premières éditions du Droit de la construction ; V. encore, éd. 1978, p. 324 et s. & *proch.*, A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 6^{ème} éd., éd. Du Moniteur, 2006, p. 103 et s.

لكن الرأي الراجح فقهاً وقضاءً في مصر وفرنسا^(٢٧) يذهب منذ زمن بعيد إلى أن الالتزام بالضمان العشري التزام عقدي يجد مصدره في عقد المقاولة مثله في ذلك مثل باقي الالتزامات الأخرى المترتبة على عائق المشيدين العقاريين (المهندس أو المقاول وكل من امتدت يديه إلى عملية التشييد)، غير أن أحكام هذا الالتزام والمسئولية الناشئة عنه ينظمها القانون بنصوص خاصة أو استثنائية تختلف عن المسئولية العقدية التي تنشأ من الإخلال بأي التزام عقدي آخر؛ وذلك على أساس أنه لولا عقد المقاولة لما نشأ التزام بين المشيد (المهندس والمقاول) من جانب ورب العمل (طالب البناء) من جانب

(٢٧) - راجع لهذا الرأي من الفقه المصري على سبيل المثال: محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، ج ٤، ط ١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٣، فقرة ٥٩٤، ص ٥١٣ & عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٧، السابق، فقرة ٧١، ص ١٣٢ وما بعدها & محمد شكري سرور، مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، مرجع سابق، ص ٢٨٣ & محمد حسين منصور، المسئولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٤١ وما بعدها. وأنظر لذات الاتجاه من الفقه والقضاء الفرنسيين: «C'est la violation d'une obligation contractuelle qui est sanctionnée par la garantie légale», R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. XII bis, *contrats civils divers*, t. 12, par RODIÈRE, vol. 2, *op. cit.*, n° 190, p. 204 et s. & B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, *Revue internationale de droit comparé*, 1967, n°1, vol. 19, p. 314 et s. & B. SOINNE, *La responsabilité des architectes et des entrepreneurs après la réception des travaux*, LGDJ, 1969, p. 389 et s. ; et pour le même auteur et même Titre, Thèse, Lille 1968, p. 31 et s. & C. LARROUMET, *L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels*, JCP 1988, I., 3357 & J. DELVAUX, *Droits et obligations des architectes*, *op. cit.*, p. 169 & E. PEZOUS, *Des devis et marchés, au point de vue du droit civil*, *op. cit.*, p. 40 & H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, *op. cit.*, n° 1070-10 et s. & B. BOUBLI, *La responsabilité des constructeurs dans la loi du 4 janvier 1978*, RDI 1979, p. 137 et s. & Ph. MALINVAUD et P. JESTAZ, *La loi no 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction*, JCP 1978, I., n° 2900 & J. CARBONNIER, obs. sous Cass. 1^{re} civ., RTD civ., 1958, n° 272 & Cass. 3^e civ., 26 mai 1992, RDI 1992, n° 333 ; 12 mai 1993, RDI 1993, n° 514 ; 17 mars 1993, Bull. civ. III, n° 38 ; 12 oct. 1994, RDI 1995., n° 109 & 12 juill. 1991, Bull. inf. C. cass. nov. 1991, concl. Hourier, D. 1991. 549, obs. J. Ghestin, Gaz. Pal. 1992. 1. Somm. 2, note M. Peisse, Mon. TP 8 nov. 1991, RDI 1992, 71 ؛ dans le même sens : Civ. 3e, 11 déc. 1991, RDI 1992. 71؛ 7 juill. 1992 et 18 nov. 1992, RDI 1993, n° 79 ؛ Civ. 1re, 7 juill. 1992, no 91-10.162, Bull. civ. I, no 221 ؛ 22 mai 1996, BPIM 5/96 ، no 347 ؛ 19 nov. 1997, RDI 1998, n° 93 ؛ 10 janv. 2001, RDI, 2001, n° ١٦٦، CE 6 mars 1987, RDI 1987, n° 231.

آخر، ولكن المشرع أخضع المسؤولية الناشئة عن الإخلال بهذا الالتزام لتنظيم قانوني خاص، ليقوم نوع من التوازن بين طرفي هذا العقد، ويكفل قدر من الحماية لأرباب الأعمال وسلامة الأرواح والممتلكات.

ويرد نصراء هذا الاتجاه على القائلين بأن الالتزام بالضمان العشري هو التزام قانوني وليس عقدي بأن عقد المقاولة لا ينتهي بمجرد تسلم رب العمل للمبنى أو للمنشأ الثابت، وإنما يستمر ليغطي أي تدهم كلي أو جزئي يحدث للمبنى أو العيوب الخفية التي تهدد متانة المبنى أو سلامته، ويستمر العقد ليغطي هذا التدهم أو تلك العيوب الجسيمة للمدة التي حددها القانون- وهي عشر سنوات- لاختبار متانة المبنى وصلابته، لأن العيوب التي تحدث للمباني والمنشآت الثابتة قد تأخذ فترة طويلة من الزمن حتى تظهر أو تتكشف، خاصة وأن رب العمل لا يكون خبيراً في الغالب بأصول الفن المعماري.

وهذا التكييف الأخير للضمان العشري ليس بغريب في مادة العقود في القانون المدني، فهو يقوم قياساً على ضمان البائع للعيوب الخفية في عقد البيع، فإن تسلم المشتري للمبيع لا ينهي عقد البيع، بل يظل البائع مسؤولاً عن العيوب الخفية التي تظهر في المبيع بعد تسلمه من قبل المشتري للفترة التي يحددها العرف، غير أن المشرع لم يترك مدة الضمان العشري للعرف؛ نظراً لخطورة مقاولات التشييد وتهديدها للأرواح والممتلكات، لذلك تدخل بقواعد أمره متعلقة بالنظام العام ليحدد تلك المدة دون أن يتركها لإرادة الطرفين أو للعرف.

ويرى هذا الجانب من الفقه من ناحية أخرى، أننا لو فرضنا أن العقد قد انتهى بالفعل بتسليم المبنى من قبل رب العمل- وهو افتراض جدلي لدى هذا الفريق من الفقهاء يرفضونه تماماً- فإن الالتزام بالضمان العشري يظل مع ذلك التزاماً عقدياً لا قانونياً، لأنه يجب النظر إلى طبيعة الالتزام وقت مخالفته وليس وقت وقوع الضرر، فالمخالفة قد حدثت لا محالة من المهندس أو المقاول وقت سريان العقد، أي وقت تنفيذ التشييد وقبل تسلمه، وفي هذا الوقت كان العقد قائماً لم ينقض، ومن ثم يبقى الالتزام بالضمان عقدياً حتى لو فرضنا انتهاء العقد نفسه بتسليم المبنى⁽²⁸⁾.

(28)- J.-E. LABIN, *La responsabilité des architectes et son assurance*, Thèse, Paris, 1978, p. 125 & R. SAINT-ALARY, *La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de la chose*, JCP 1968, I., n° 2146 ; pour le même auteur, V. *Droit de la construction*, 8^e éd., PUF, 2006, p. 297 et s. & B. BOUBLI, *La responsabilité des constructeurs dans la loi du 4 janvier 1978, précité*, p. 138 & «C'est une responsabilité contractuelle aménagée par la loi», A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 3e éd., éd. Du

بل ويضيف بعض المؤيدين لهذا الاتجاه الفقهي الغالب قائلين: إن الالتزام بالضمان العشري يبقى دائماً وأبداً التزاماً عقدياً قائماً في ذمة المشيد حتى ولو لم يُنص عليه صراحةً أو ضمناً في عقد المقاولة، أي أنه حتى في حال عدم الاتفاق على هذا الضمان، فإن العقد يظل هو المصدر الوحيد له؛ وذلك على أساس أن هذا الالتزام يعد من مستلزمات عقد المقاولة ومما يترتب عليه بالضرورة.

وقد تواترت أحكام محكمة النقض المصرية على الأخذ بهذا الرأي الأخير في العديد من الأحكام القديمة منها والحديثة، حيث قضت على سبيل المثال بما نصه: "ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء وللعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين ٦٥١ و ٦٥٢ من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية"^(٢٩).

وهكذا يؤكد غالبية الفقه والقضاء في مصر وفرنسا أن الالتزام بالضمان العشري ما هو إلا التزام عقدي لا قانوني، وأن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بهذا الالتزام لا بد حتماً أن تكون مسؤولية عقدية. وحتى هنا، اتفق نصراء هذا الرأي ولم يتفرقوا. بيد أنهم قد انشقوا على أنفسهم إلى فريقين بشأن القواعد الواجب تطبيقها على المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بهذا الالتزام: فالبعض رأى أن قواعد المسؤولية العقدية العادية هي الواجبة التطبيق، في حين رأى البعض الآخر وجوب تطبيق قواعد استثنائية وخاصة على هذه المسؤولية.

Moniteur, 1989, n° 6 et s., et spéc. n° 32 & J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 8^e éd., Montchrestien, 2008,, n° 1201 et s.

(٢٩) - نقض مدني، جلسة ٢١ مايو ١٩٧٥، في الطعن رقم ١٤٢٠ لسنة ٤٠، مجموعة أحكام النقض، مكتب فني رقم ٢٦، ج ٢، ص ١٠٤٨ & وأنظر في المعنى نفسه: نقض مدني، جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٧٣، في الطعن رقم ٢٦٩ لسنة ٣٦ ق، مجموعة أحكام النقض، مكتب فني رقم ٢٤، ج ٢، ص ١١٤٦ & نقض مدني، جلسة ٣١ مايو ١٩٧٣، الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٣٨ ق، س ٢٤. ص ٨٥٣ & نقض مدني، جلسة ٢١ مارس ١٩٦٣، الطعن رقم ٢٥٩، لسنة ٢٨ ق، مكتب فني رقم ١٦، ج ٢، ص ٣٠٦.

بينما توسط فريق ثالث من الفقهاء^(٣٠) الاتجاهين السابقين مقررين أنه لما كان الالتزام بالضمان العشري هو التزام خاص قرره المشرع بموجب أحكام قانونية خاصة تختلف عن الأحكام العامة المنظمة لنظرية الالتزام بصفة عامة؛ فإن المسؤولية المترتبة على الإخلال به تكون بدورها مسؤولية استثنائية وخاصة تختلف عن المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وهذا ما سوف نوضحه من خلال عرض موقف الفقه من طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بأحكام هذا الضمان عما قليل.

وأياً ما كان الأمر؛ فقد كان لهذا التيارات الفقهية الثلاثة في تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالضمان العشري أثرها بالطبع في تكييف المسؤولية الناشئة عن الإخلال به، ومن ثم في تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق عليها على التفصيل التالي بيانه:

(ت) الخلاف حول تكييف المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالضمان العشري:

١٤. كان هناك اتجاه قضائي قديم لمحكمة النقض الفرنسية^(٣١) - تبعها في ذلك بعض الفقه^(٣٢) - تذهب فيه المحكمة إلى تكييف المسؤولية العشرية على أنها مسؤولية

^(٣٠) - راجع لهذا المعنى من الفقه المصري على سبيل المثال: محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ١٢١ & محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة، الناشر غير معلوم، ١٩٨٧، ص ١٤٥ & أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، دراسة تطبيقية، ط ١، الناشر غير معلوم، ٢٠٠١، ص ٢ وما بعدها & وأنظر للمعنى نفسه من الفقه الفرنسي:

A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, tome deuxième*, t. II., Paris, Dalloz, 1919-1920, n° 1092 & Ch. BEUDANT, *Cours de Droit civil français, Contrat d'entreprise*, par René RODIERE, t. XII, 2e éd., Paris, Rousseau, 1947, n° 567 & J. FOSSEREAU, *Le clair-obscur de la responsabilité des constructeurs*, Recueil Dalloz Sirey, chronique III, 1977, p. 389 et s. & G. LIET-VEAUX, *Responsabilité de droit commun des architectes*, juris-classeur, responsabilité civile, 1984, fasc. 355, n° 1 & J.-P. KARILA, *Responsabilités des constructeurs et assurance construction : la réforme du 8 juin 2005*, D. 2005, p. 2231 & R. SAINT-ALARY, *Droit de la construction*, 8° éd., PUF, 2006, p. 134 et s. & J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 8° éd., Montchrestien, 2008., n° 893.

^(٣١) - لهذا القضاء راجع الحكم الآتي:

Cass., 15 juin 1863, D., 1963, I, p. 421 & en même sens, Cass. civ., 24 nov., 1954, gazette du palais 1955, I, p. 100.

^(٣٢) - من هذا الاتجاه راجع على سبيل المثال:

«Les garanties instituées par la loi dans les articles 1792 et 2270, qui ne couraient qu'à compter de la réception, ont fait figure de « mesures exceptionnelles », car se greffant sur un contrat expiré. La thèse a alors été soutenue que cette responsabilité postcontractuelle était purement légale, ce

تقصيرية وليست عقدية؛ نظراً لأنها تقوم على أساس الإخلال بالتزام قانوني مقرر بنص القانون وليس التزام عقدي ناشئ عن عقد المقاولة كما بان لنا من خلال عرض وجهات النظر في هذا الصدد.

وتقوم هذه المسؤولية- وفقاً لهذا الاتجاه- على أساس الفعل الضار المرتكب من قبل المسئول بالضمان والذي أدى إلى تهمد أو ظهور عيب أو خلل بالمبنى أو المنشأ الثابت. ويؤسس نصراء هذا الاتجاه رأيهم على أساس أن المسؤولية العقدية تنتهي بين المقاول أو المهندس من جانب ورب العمل من جانب آخر بتسلم العمل الإنشائي (المبنى أو المنشأ الثابت) من جانب رب العمل، ومن ثم فلا يبقى المقاول أو المهندس مسؤولاً عن التهمد أو العيب الذي يقع في المبنى أو المنشأ الثابت بعد انتهاء العقد على هذا النحو إلا بناءً على أحكام المسؤولية التقصيرية. وهذا هو ما يبرر- لدى نصراء هذا الرأي- انعقاد مسؤولية المهندس أو المقاول وفقاً لأحكام الضمان العشري، حتى ولو لم ينص عقد المقاولة ذاته على هذه المسؤولية.

بينما ذهب غالبية الفقه الفرنسي والمصري القدامى^(٣٣)- على العكس من ذلك- إلى القول بأن مسؤولية المقاول والمهندس من طبيعة عقدية، مادام أنها ناجمة عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عن عقد المقاولة، حتى ولو لم ينص عقد المقاولة على الالتزام بالضمان صراحةً، فتظل مع ذلك المسؤولية عقدية لكنها منظمة بنصوص القانون.

ويضيف نصراء هذا الاتجاه قائلين إن الزعم بأن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري التعاقدية تنتهي بتسلم العمل من جانب رب العمل أمر غير مقبول من

qui n'avait pas grande signification et se bornait à constater un phénomène sans l'expliquer. Puis a été évoquée l'idée d'une responsabilité délictuelle», A. CASTON, La responsabilité des constructeurs, op. cit., n° 202 & G. LIET-VEAUX, dans les premières éditions du Droit de la construction ; V. encore, éd. 1978, p. 324

^(٣٣)- من هذا الرأي من الفقه المصري: السنهوري، الوسيط، السابق، ص ١٣٢ & محمد لبيب شنب،

الوجيز، السابق، ص ١٤٣ & وأنظر من الفقه الفرنسي على سبيل المثال الحصر:

«La garantie légale trouve son statut technique dans l'ordre de la responsabilité contractuelle», L. GALLIÉ, de la responsabilité de l'architecte envers le propriétaire de travaux privés, thèse, Rennes, 1910, p. 14 et s. & J. DELVAUX, Droits et obligations des architectes, op. cit., p. 169 & E. PEZOUS, Des devis et marchés, au point de vue du droit civil, op. cit., p. 40 & H., L. et J. MAZEAUD, Traité de la responsabilité civile, t. 3, op. cit., n° 1070-10 s. & J. CARBONNIER, obs. sous Cass. 1^{re} civ., RTD civ., 1958, n° 272.

الناحية القانونية، فكما أن البائع مسئول عن العيوب الخفية في المبيع حتى بعد تسلمه من قبل المشتري، فإن المسؤولية عن هلاك المبنى أو المنشأ الثابت أو ظهور عيب به تستمر أيضاً بعد تسلم رب العمل وقبوله النهائي للعمل. ومن ثم؛ فإن المسؤولية العقدية هنا تمتد مع استمرار عقد المقاولة حتى بعد تسلم رب العمل للمبنى أو للمنشأ الثابت، كما تمتد مزايا العقد- وكما سبق وأن رأينا- لخلفاء رب العمل، مثل ورثته بعد موته ومشتري العقار حتى في حال حياته. يُضاف إلى ذلك أن تكييف مسؤولية المهندسين والمقاولين على أنها مسؤولية تقصيرية يتعارض مع استقر عليه القضاء من أن هذه المسؤولية مسؤولية مفترضة؛ فمن المعلوم أن المسؤولية التقصيرية لا تكون مفترضة إلا بنص قانوني خاص، وهو ما لم يقننه المشرع نفسه بنصوص قانونه التي أنشأت هذه المسؤولية.

في حين ذهب اتجاه آخر في الفقه^(٣٤) إلى القول بأن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري- ومن في حكمهما من مشيدي الأبنية والمنشآت الثابتة- وفقاً لأحكام الضمان العشري تبدو وكأنها مسؤولية خاصة يحكمها نظام قانوني مستقل له أحكامه الاستثنائية التي تأتي مقارنتها بالأحكام العامة التي تحكم المسئوليتين التقصيرية والعقدية. ويبيّن أنصار هذا الاتجاه رأيهم على أن الالتزام بالضمان العشري هو التزام قانوني خاص لا يتبع مباشرة أية طائفة من الأنظمة القانونية المعروفة؛ وأن هذا النظام قد أوجده المشرع وتشدد في أحكامه حماية لرب العمل غير الخبير في أصول البناء من جانب، وحفاظاً على الممتلكات والأرواح من جانب آخر^(٣٥).

ثم يرد معتقو هذا المذهب على أنصار مذهب المسؤولية العقدية بالقول: إن الالتزام بالضمان العشري التزام يترتب في ذمة المشيدين من مهندسين ومقاولين سواء تم الاتفاق عليه صراحةً أو ضمناً في العقد أم لم يتم الاتفاق عليه؛ وبالتالي فإن هذا الالتزام هو

(٣٤)- من هذا الاتجاه على سبيل المثال: محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، مرجع سابق، ص ٢٨٢ & أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص ٩٨ وما يليها & ومن الفقه الفرنسي:

M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., p. 195 & Ph. COLLART DUTILLEUL et F. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 7^e éd., Dalloz, 2004, p. 580.

(٣٥)- لهذا المعنى من الفقه الفرنسي، أنظر بصفة خاصة:

Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, 8^e éd., op. cit., n° 76.

التزام قانوني لا يترتب على عقد المقاولة، وإنما هو مقرر بنص خاص في القانون. وحتى هنا يتفق فقهاء هذا الاتجاه مع مذهب نظرية المسؤولية التقصيرية، غير أنهم يختلفون معهم في تأسيس رأيهم، حيث كان يرى فقهاء نظرية المسؤولية التقصيرية أن عقد المقاولة ينتهي بمجرد تسلم المبنى من رب العمل، ومن ثم فلا يُعقل أن يظل الضمان سارياً بعد انتهاء العقد، بينما أنصار النظرية الحديثة يرون أن عقد المقاولة يمكن أن يمتد أثره- كعقد البيع سواءً بسواء- إلى ما بعد تسلم المبنى من قبل رب العمل، غاية ما في الأمر أن الالتزام بالضمان العشري- ومن ثم المسؤولية العشرية التي تترتب حال مخالفته- ينشأ بنص القانون نفسه إذا تحققت شروطه التي من أهمها وجود عقد مقاولة، أي أنهم يعترفون في النهاية بحتمية وجود هذا العقد كشرط ضروري وجوهري كي تنشأ مسؤولية المشيدين، إن وقع بالطبع الإخلال بهذا الالتزام من أحدهم، هذا بالإضافة إلى أن المسؤولية لدى نصراء النظرية الحديثة ليست مسؤولية تقصيرية ولا عقدية، وإنما هي مسؤولية من نوع خاص مقررة بنصوص قانونية استثنائية لتحقيق أهداف معينة ارتأى الشارع أنها أولى بالرعاية، وتتمثل في رعاية الطرف غير الخبير بأصول الفن المعماري وحماية للأرواح والممتلكات.

ومن ثم فهم يرون أن المسؤولية العشرية لها نطاق خاص بها من حيث الأشخاص والأضرار والمدة، فإن كانت المسئوليتان العقدية والتقصيرية تنطبقان على كل الأشخاص عند الإخلال بعقودهم أو بنصوص قانونية مقررة لحماية المصلحة العامة وتلزمهم من ثم بتعويض المضرور عن كل الأضرار التي قد تقع منهم؛ فإن المسؤولية العشرية تنطبق على مشيدي المباني والمنشآت الثابتة الأخرى- بصفة خاصة المقاولين والمهندسين- ولصالح أرباب الأعمال وحدهم في مقاولات التشييد، وتختص بالأضرار الناشئة عن عيوب التهدم الكلي أو الجزئي للمباني والعيوب التي تهدد متانتها وسلامتها فحسب. كما أن المسؤولية العشرية مسؤولية مفترضة بقوة القانون لمجرد حدوث تهدم كمي أو جزئي بالمبنى أو المنشأ الثابت أو ظهور عيوب جسام فيه تهدد متانته، ومن ثم فلا يُطلب من الدائن إقامة الدليل على خطأ المهندس أو المقاول أو إخلالهم بتنفيذ التزامهم، بينما تقوم المسئوليتان العقدية والتقصيرية على إخلال بتنفيذ التزام أو خطأ واجب الإثبات. يُضاف إلى ذلك أن الضمان في العقود وفقاً للقواعد العامة لا يقوم إلا بالنسبة للعيوب التي تظهر قبل التسليم، أما في المسؤولية العشرية فإن الضمان يمتد إلى ما بعد التسليم. وبينما تظل المسؤولية التقصيرية قائمة- كقاعدة عامة- خلال ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر وعلم المضرور بشخص فاعله، فإن المسؤولية العشرية تستمر عشر

سنوات من وقت تسلم المبنى من جانب رب العمل. كذلك- وخلافاً للقواعد العامة في المسئوليتين العقدية والتقصيرية- فإن التضامن يُفترض في المسئولية العشرية بين المهندس والمقاول ولا يجوز الإعفاء أو التخفيف من هذه المسئولية بالاتفاق. وعليه؛ فإن عقد المقاولة في النظرية الأخيرة لا يعدو أن يكون تصرفاً قانونياً يتوقف على إبرامه تطبيق أحكام الضمان العشري، هذه الأحكام التي حددها المشرع بقواعد قانونية أمره وربط تطبيقها بوجود عقد المقاولة، ولا يمكن رد نظام الضمان العشري بأي حال من الأحوال إلى إرادة طرفي عقد المقاولة. ومن ثم؛ فإن المشيد أو القائم بأعمال البناء، في ظل تزايد مسئوليته واتساع صور العيوب الخاضعة لأحكام الضمان العشري، أصبح يشغل مركزاً لائحياً خاصاً أكثر منه عقدياً، فمسئوليته مصدرها القانون قبل أن يكون مصدرها العقد.

(ج) الرأي المختار: *Notre point de vue*

١٥. نشير- بدءاً- إلى أن مرد الخلاف الفقهي في تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالضمان العشري لم يرجع فحسب إلى الخلط الذي كان قائماً حيناً من الدهر بين الالتزام بالضمان في حد ذاته والمسئولية التي يمكن أن تتعدّد حال الإخلال به^(٣٦)، وإنما أيضاً إلى ارتباط هذا الخلاف بخلاف فقهي آخر- أشرنا إليه من قبل- حول وحدة أو ازدواج المسئولية المدنية (العقدية والتقصيرية)، وجواز أو عدم جواز الخيرة أو الجمع بينهما في دعوى قضائية واحدة^(٣٧). كما أن صعوبة تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالضمان العشري ترجع- لدى البعض- إلى أنه من قبيل الالتزامات بضمان السلامة *Obligation de sécurité*^(٣٨)، وهذه الالتزامات يصعب إدخالها ضمن طائفة

^(٣٦)- راجع بند ١٣ بحواشيه سابقاً من هذه الدراسة.

^(٣٧)- ومن البديهي بمكان أن هذا الخلاف لم يكن ليثور، إلا في حالة فرض الالتزام بنصوص العقد والقانون معاً، كما هو حال الالتزام بالضمان العشري في المقاولات وضمان العيوب الخفية في البيع.
^(٣٨)- H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. III, op. cit., n° 1070-6 ; et pour le même auteur, *Leçons*, t. 2, nos 21 et 402 & J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, 1965, préf. R. NERSON & G. DURRY, obs. RTD civ., 1968, p. 363 & Dans le même sens plus récemment, R. SAINT-ALARY, *Droit de la construction*, 8^e éd., PUF, 2006, p. 267 & B. BOUBLI, *Une pincée de droit pour l'obligation de sécurité de résultat*, JCP, S, 2008, p. 1624 & Contra, A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 3e éd., éd. Du Moniteur, 1989, n° 720.

الالتزامات العقدية أو التقصيرية، بالنظر إلى أن غالبية هذه الالتزامات تكون منظمة- في الغالب- بنصوص العقد والقانون معاً، وقد تستمر بعضها فترة طويلة بعد انتهاء كافة الالتزامات الأخرى المترتبة على العقد، كما هو الحال في التزام المشيدين بالضمان العشري في عقد المقاولة والتزام البائع بضمان العيوب الخفية؛ فالمقاول أو المهندس- المشيّد في التشريع الفرنسي- يضمن لرب العمل أو المتعاقد معه بقاء المبنى أو المنشأ الثابت سليماً طوال مدة الضمان (عشر سنوات من وقت تسلم الأخير للمبنى أو للمنشأ الثابت)، وهي فترة طويلة يظل فيها هذا الالتزام قائماً بالمقارنة لكافة الالتزامات الأخرى المترتبة على هذا العقد، والتي تنتهي من المفترض انتهائها بتسليم رب العمل للمبنى أو للمنشأ الثابت^(٣٩).

ونعتقد كذلك أن هذه المسألة الخلافية التي تدور حول قانونية أو عقدية الالتزام بالضمان العشري ترجع في الأصل إلى أن كل فريق فقهي نظر إلى جانب واحد فقط من المسألة دون جوانبها الأخرى، ألا وهو استمرار أو عدم استمرار عقد المقاولة بعد تسلم المبنى من جانب رب العمل؛ فالقائلين بالالتزام القانوني زعموا أن تسلم المبنى ينهي حياة هذا العقد، فلا منطوق في بقاء الالتزام بالضمان العشري عقدياً طوال عشر سنوات بعد هذا التسلم، فكان مصدره لديهم- بدهاءة- نص القانون لا العقد. في حين رأى نصراء الالتزام العقدي أن عقد المقاولة يظل مستمراً عشر سنوات بعد تسلم المبنى من جانب رب العمل، ليتحقق الأخير من سلامته ومثانته خلال هذه المدة، فلا محيص

ويُنكر أن هذا الاتجاه قد وجد معارضين له بشدة من الفقه المصري. أنظر على سبيل المثال: محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، السابق، ص ٣٧٥ & أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، دراسة تطبيقية، ط ١، مرجع سابق، ص ٤٤ وما بعدها. ^(٣٩)- والالتزام بضمان السلامة هو أن يضمن المدين للدائن السلامة في شيء أو شخص معين أثناء مدة معينة متفق عليها. ومثال ذلك الالتزام بنقل الأشخاص، وكما هو في نقل الأشياء، فهو التزام بتحقيق غاية أو نتيجة. فإذا أصاب الراكب أو الشيء المنقول ضرر بسبب النقل؛ كان الناقل مسؤولاً مسؤولية عقدية- في الغالب- لا يستطيع الخلاص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي. وأنظر لمزيد من الإيضاح حول مفهوم الالتزام بضمان السلامة بصفة عامة وأحكامه القانونية: محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ١٩٩٥، ص ٣١٧ وما بعدها & محمد بن إبراهيم الموسى، نظرية الضمان الشخصي، منشورات جامعة الدمام، المملكة العربية السعودية، ١٤١١هـ- ١٩٩١، ص ٤٣ وما يليها & محمود وحيد، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٨ وما بعدها & حسن عبد الرحمن تدرس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة، في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٣٧ وما يليها.

لديهم من القول إن الالتزام بهذا الضمان يكون بدوره عقدياً طوال هذه المدة. بل وذهب غالبيتهم إلى أبعد من ذلك حينما قالوا بأن الالتزام بهذا الضمان يكون التزاماً عقدياً في جميع الأحوال، حتى ولو لم يُتفق عليه صراحةً أو ضمناً في عقد المقاولة؛ لأنه يترتب على هذا العقد بالضرورة، بيد أن أحداً منهم - سواءً القدامى منهم والمعاصرين - لم يقدم لنا سنداً قانونياً معقولاً لهذه الفكرة الأخيرة، مطلقين لنا العنان في التخمين والتجيم بحثاً عن الأساس القانوني السليم لها.

ومع احترامنا الكامل لأنصار هذا الاتجاه أو ذاك، فإن كان لنا الإدلاء برأي في هذه المسألة الشائكة من قديم الأزل، فإننا نعتقد أنه قد يكون كلا الفريقين على حق؛ لذا فنقترح - قياساً على ما اقترحه بعض الفقه الفرنسي في العقد الأخير من القرن الماضي^(٤٠) - الأخذ بمذهب وسط بين هذين الاتجاهين الفقهيين يتمثل في أن مصدر الالتزام بالضمان العشري ليس هو العقد في جميع الأحوال، كما أنه ليس هو القانون في كل الأوقات، فهو قد يكون عقدياً تارةً، وقانونياً تارةً أخرى، لكن الوجه التعاقدية فيه هو

(٤٠) - حيث ذهب نصرء هذا الاتجاه إلى القول بأن للضمان العشري وجهان: أحدهما قانوني والآخر عقدي؛ لأنه يلزم في الأصل أن يوجد عقد مقاولة حتى ينشأ هذا الالتزام، ثم يأتي القانون ليحدد النظام القانوني الخاص *le mécanisme* الذي سيُطبق على هذا الضمان. غير أن هذا الفريق من الفقه قد اختلفوا في تغليب الجانب القانوني على الجانب العقدي إلى رأيين على طرفي نقيض، فالبعض يغلب الجانب الأول، في حين يغلب البعض الآخر الجانب الثاني. أنظر لهذا الاتجاه الفقهي:

F. MODERNE, *La responsabilité décennale des constructeurs en droit public*, Dalloz 1993, n° 425 et s. & J.-L. COSTA, *La responsabilité des constructeurs d'après la loi du 4 janvier 1978*, D. 1979, chron., p. 46 et s. & *proch.*, Ch. GABOLDE, *Les rapports de l'architecte, de l'entrepreneur et du maître de l'ouvrage au regard de la garantie décennale dans la jurisprudence administrative*, D. 1962, chron., p. 253 et s. ; et pour le même auteur, *La responsabilité décennale en droit public*, JCP, 1968, n° 4 et s.

غير أننا لا نقول - كما يذهب بذلك هذا الفريق من الفقه - بإمكانية توفر الصفتان: القانونية والعقدية في الالتزام بالضمان العشري في آن واحد، ومن ثم إمكانية أن تقوم المسئوليتان التصيرية والعقدية في دعوى واحدة وفي آن واحد، فهذا الرأي تدحضه القواعد المسلم بها الآن فقهاً وقضاءً من عدم جواز إعمال قواعد المسئوليتين التصيرية والعقدية في دعوى واحدة وفي آن واحد، وعدم جواز الخيار بينهما، وإنما الصحيح لدينا هو إمكانية اتصاف هذا الالتزام بالصفة القانونية في بعض الحالات، وبالصفة العقدية في حالات أخرى. راجع حكم محكمة النقض المشار إليه في المتن لاحقاً.

الغالب من الناحية العملية، بيد أنه قد يكون من الأولى للمضرور الرجوع على المشيد بقواعد المسؤولية التقصيرية^(٤١)، وفي الأمر تفصيل:

عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، فإن الالتزام لا يكون عقدياً إلا إذا أتفق عليه صراحةً أو ضمناً، والالتزام لا يكون قانونياً إلا إذا قرره المشرع بنص قانوني خاص؛ حيث تتحدد طبيعة الالتزامات من حيث طبيعة منشئها. ولقاضي الموضوع- عند النزاع- استخلاص الاتفاق الضمني من ظروف العقد الصحيح وشروطه^(٤٢). كما أنه إذا كانت عبارات العقد غير واضحة (غامضة)، فيجب على القاضي التدخل لتفسيره، وينبغي عليه حينئذٍ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. أما إذا كانت- على النقيض من ذلك- عبارات العقد

(٤١)- مع أن هذا الوجه التعاقدى الغالب لهذا الالتزام لا يمنع رجوع المضرور بدعوى المسؤولية التقصيرية على المشيد أو المتسبب في الضرر، بل سنرى في ختام رأينا هذا أن هذا الحل الأخير قد يكون هو الأفضل بالنسبة للمضرور، ولن يكون فيه مخالفة لمبدأ عدم جواز الجمع بين المسئوليتين أو الخيرة بينهما، فحيل إلى هذا الموضوع منعاً للتكرار هنا.

(٤٢)- إذ تقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ما نصه: "ومن المقرر إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، أن العقد وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني- شريعة المتعاقدين، لكنها شريعة اتفاقية، فهو يلزم طرفيه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً، غير مخالف للنظام العام والآداب، والأصل أنه لا يجوز لأي من طرفي العقد أن يستقل بنقضه أو تعديله، إلا بتراضي الطرفين، ويكون هذا التراضي بمثابة اتفاق أو عقد جديد، أو لسبب من الأسباب التي يقررها القانون، وكذلك لا يجوز لقاضي الموضوع أن ينقض عقداً صحيحاً أو يعدله، بدعوى أن ذلك تقتضية قواعد العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين، ولكن لا تنسخها، ولأن القاضي لا يتولى إنشاء العقود عن عاقدتها، وإنما يكون عمله مقصورة على تفسير مضمونها، بالرجوع إلى نية طرفيها، ثم تحديد نطاقها وتطبيقاتها، والخطأ فيه، خطأ في تطبيق القانون، يخضع لرقابة محكمة النقض، فلها أن تنقض الحكم، وتفصل في الدعوى، على أساس الاتفاق الواجب التطبيق"، نقض مدني، جلسة ١٦ إبريل ٢٠١٨، الطعن رقم ٣٠٦٥ لسنة ٨٦ ق، حكم منشور على رابط محكمة النقض على شبكة الانترنت التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111379862&ja=261881

وأنظر لتطبيقات أخرى لهذا المبدأ على سبيل المثال لا الحصر: نقض مدني، جلسة ٢٣ فبراير ٢٠١٢، الطعن رقم ١١٦٥٢ لسنة ٨٠ ق، مكتب فني س ٦٣، قاعدة ٤٣، صفحة ٢٨٧ & وأنظر كذلك في المعنى نفسه: نقض مدني، جلسة ٢٩ فبراير ٢٠١٧، الطعن رقم ١٨٠٨٧ لسنة ٨٥ ق، راجع الحكم على الرابط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111353374&ja=139152

واضحة لا غموض فيها، فلا يجوز للقاضي الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين الحقيقية^(٤٣).

ومن المبادئ المستقر عليها أيضاً أنه يتعين على القاضي بعد تفسير العقد- إن كان محلاً للتفسير ونشأ صحيحاً بين طرفيه- أن يُعيّن نطاقه ويحدد آثاره القانونية، ولا يقتصر في هذا الصدد على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة، بل يشمل ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، فيلزم المتعاقدين

(٤٣)- وهذه المبادئ هي محض تطبيق لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تضمنتها المادة ١٤٧ من التقنين المدني. كما نصت المادة ٩٠ من التقنين المدني فيما يتعلق بشكل التعبير عن الإرادة في العقود والتصرفات القانونية على أن: "(١) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود. (٢) ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً". بينما أكدت المادة ١٥٠ من التقنين الأخير على مبدأ عدم جواز تدخل القاضي لتفسير العقد إلا في حالة غموض عباراته بقولها: "(١) إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. (٢) أما إذا كان محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات". وقد أكدت محكمة النقض المصرية بدورها على هذه المبادئ كلها في غير نازلة قضائية عرضت عليها؛ منها على سبيل المثال ما قضت به حديثاً بأن: النص في المادة ١٤٧ من القانون المدني... وفي المادة ١٥٠ منه... يدل على أن العقد قانون المتعاقدين ومخالفة نصوصه والخطأ في تطبيقها يعد مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه، فإذا كانت عبارة العقد واضحة يتعين الالتزام بها، والمراد بعبارة العقد في هذا الخصوص مجموع عباراته لا خصوص كلمة بعينها أو عبارة بذاتها، بل ينظر إلى كل ما تضمنته نصوص العقد كلها كوحدة متكاملة يكمل بعضها بعضاً، ومتى كانت عبارة العقد واضحة المعنى وألفاظه ظاهرة الدلالة تفصح بجلاء عن إرادة المتعاقدين وما اتجه إليه مقصدهما، وجب على القاضي التقيد بها والزام العاقدين بحكمها، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق التفسير أو التأويل بدعوى استقصاء النية المشتركة للمتعاقدين، اعتباراً بأن نص العقد كنص القانون في الفهم والدلالة ووجوب العمل به"، نقض مدني، جلسة ١٥ مايو ٢٠١٧، في الطعن رقم ٥١٥ لسنة ٧٩ ق، وفي المعنى نفسه: نقض مدني، جلسة ١٢ ديسمبر ٢٠١٧، في الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٧٥ ق، حكمان غير منشوران ورقياً، ويمكن الرجوع إليهما من خلال موقع محكمة النقض المصرية على شبكة الانترنت عبر الروابط التالية:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111354721&ja=136761

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111369993&ja=197159

بتنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية^(٤٤). ومن المسلم به كذلك أن المسؤولية العقدية- بدورها- لا تنشأ إلا إذا أخل أحد طرفي العقد بأحد الالتزامات العقدية المتفق عليها إما صراحةً أو ضمناً^(٤٥).

(٤٤)- إذ تنضي الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من التقنين المدني بأنه: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه. ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وهو ذات الحكم الذي تضمنته المادة ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي إذ يجري نصها على:

L'article 1135 prévoit que: «Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature».

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا السياق بما نصه: "بأنه من المقرر- في قضاء هذه المحكمة- أنه يتعين على القاضي بعد تفسير العقد، واستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، أن يحدد الآثار التي تترتب في ذمة كل منهما، أي يحدد نطاق العقد، فلا يقتصر على ما اتجهت إليه إرادتهما المشتركة الحقيقية والذاتية بطبيعتها- باعتبارها مرجع ما يرتبه التعاقد من آثار- بل يشمل ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، فيلزم المتعاقدين بتنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ويعتبر تحديد نطاق العقد مسألة قانونية، يخضع فيها قاضي الموضوع الرقابة محكمة النقض، التي تراقب ما إذا كانت محكمة الموضوع قد أغفلت الأخذ بالنصوص الواردة بالمستندات المقدمة المؤثرة في مصير الدعوى، وأوردت من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادة كل من طرفي التعاقد في هذا الصدد، وإلا كان حكمها مستوجباً نقضه"، نقض مدني، جلسة ١٦ إبريل ٢٠١٨، الطعن رقم ٣٠٦٥ لسنة ٨٦ ق، حكم منشور على رابط محكمة النقض على شبكة الانترنت التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111379862&ja=261881

وفي المعنى نفسه: نقض مدني، جلسة ١٠ يوليو ٢٠١٢، في الطعن رقم ١٧٣٥ لسنة ٨٠ ق، مكتب فني، س ٦٣، ص ١٠١١.

(٤٥)- وفي هذا يقول الأستاذ الدكتور السنهوري- رحمه الله- ما نصه: "ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التي تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها سبباً لتحقيق المسؤولية العقدية. وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الالتزامات. ويرجع في التحديد إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية. وعلى القاضي أن يكشف عن هذه النية بطرق التفسير المعتادة"، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق الإشارة، فقرة ٥١٣ & وأنظر كذلك لأنواع الالتزام ونطاق المسئوليتين العقدية والتقصيرية بصفة خاصة: محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط ٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٤٤٥ وما بعدها & أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطابع جامعة عين شمس، ١٩٧٥، ص ٤٥٠ وما بعدها & سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام

وبناءً على هذه المبادئ الراسخة في فقه القانون المدني منذ زمن بعيد؛ فنرى أنه إذا كان عقد المقاولة متضمناً للالتزام بتحمل المقاول والمهندس- المشيّدون ومن كان على شاكلتهم بصفة عامة في ظل التشريع الفرنسي- بهذا الضمان صراحةً أو ضمناً على هذا النحو، وكان العقد صحيحاً، وكانت عباراته واضحة لا غموض فيها، وكان هذا الضمان- كما هو معلوم- مقررّاً كذلك بقواعد القانون نفسه، وقياساً على الرأي الغالب فقهاً وقضاءً في العقود الأخرى بصفة عامة^(٤٦)، فإن الاعتراف بغلبة الطبيعة العقدية

العامة، مرجع سابق الإشارة، ص ٩ وما يليها & محمد إبراهيم دسوقي، مصادر الالتزام، مكتبة الطليعة بأسبوط، ١٩٩٦، ص ١ وما بعدها، وخاصة ص ٢٥٦ وما يليها & نزيه المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٤ وما بعدها، وبصفة خاصة ص ٣٠٣ وما بعدها & رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص ٣١٤ وما يليها & وقرب ذلك وإن كان يعتد بسبب العقد فضلاً عن سبب الالتزام للقول بنشأة الالتزام العقدي: عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٨٣ وما بعدها & ومن الفقه الفرنسي في المعنى الأصلي السابق بيانه، أنظر بصفة تفصيلية:

A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome deuxième, 5^{ème} éd., t. II., Paris, Dalloz, 1919-1920, p. 638 et s. & H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II., op. cit., n° 207 et s. & M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil Français, Traité Pratique de Droit Civil*, par J. BOULANGER, Vol. 2, 2^e édition, op. cit., n° 938 et s. & v. également en ce sens plus récemment, J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, Paris, 1978, p. 111 et s. & P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Litec 1982, n° 675 & Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, CUJAS 1985, n° 460 et s. & G. VINEY, *La responsabilité, conditions*, 1982; *La responsabilité, les effets*, L.G.D.J. 1988, n° 652 & J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 13^e éd., PUF 1988, n° 159.

^(٤٦)- أنظر من هذا الاتجاه على سبيل المثال: سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مرجع سابق، ص ٣٣٨ وما يليها؛ وللمؤلف نفسه المسؤولية المدنية، المرجع السابق، نفس الموضوع السابق & محمد إبراهيم دسوقي، مصادر الالتزام، مكتبة الطليعة بأسبوط، ١٩٨١، ص ٢٩٣ وما بعدها & محمود السيد عبد المعطي خيال، الحدود الفاصلة بين المسؤولية التصيرية والعقدية، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة بني سويف، عدد يناير ٢٠٠٠، ص ١١ وما بعدها & منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ٢١١ وما بعدها & وراجع كذلك أحكام النقض المصرية والفرنسية التالي الإشارة إليها في المتن لاحقاً.

لهذا الالتزام على الطبيعة القانونية لهو الأولى والأقرب للصواب^(٤٧). ولا جرم أنه إذا كان الالتزام عقدياً على هذا النحو، يُطبق على الإخلال به بالطبع قواعد المسؤولية العقدية،

(٤٧) - من الجدير بالذكر أن بعض الفقه الفرنسي التقليدي كانوا يضيفون إلى نطاق العقد التزامات ثلاثة يستخلصونها من طبيعة العقد. الالتزام الأول هو العمل بحسن نية (agir de bonne foi)، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ العقد لا بتحديد نطاقه. والالتزام الثاني هو التزام الضمان (Oblige garantie)، وقد نظم القانون التزام الضمان هذا في بعض العقود كالبيع والمقاوله، كالتزام بضمان العيوب الخفية وبالضمان العشري الذي نحن بصدد الحديث عنه، ويقررون أنه التزام قائم في كل العقود التي تقتضي طبيعتها ذلك. والالتزام الثالث هو ضمان السلامة (Oblige de sécurité)، وهو التزام تقتضيه طبيعة بعض العقود، فعقد العمل يقتضي أن يضمن رب العمل سلامة العمال، وعقد نقل الأشخاص يقتضي أن يضمن الناقل سلامة الأشخاص الذين ينقلهم من مكان إلى مكان. أنظر لمزيد من البيان:

M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil Français, Traité Pratique de Droit Civil*, par J. BOULANGER, Vol. 2, 2^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, n° 455 et s et surtout n° 958 et s. & COLIN et CAPITANT, *Traité de droit civil français*, t. 2, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz 1959, n° 1395 et s.

بيد أن هذا التقسيم الثلاثي للالتزامات المترتبة على العقد أو التي تدخل في نطاقه لا يوافق عليه غالبية الفقه المصري والفرنسي القدامى منهم والمعاصرين على حدٍ سواء، ويرونه تزيدياً وتوسعاً مبالغاً فيه لإضفاء الصفة العقدية على كثير من الالتزامات؛ ويؤدي في النهاية إلى طغيان الجانب العقدي على الجانب القانوني عند تحديد طبيعة كافة الالتزامات المنظمة بموجب نصوص العقد والقانون معاً. أنظر في هذا المعنى للحد الفاصل بين الالتزامات العقدية والالتزامات التصيرية وما يتصل به من تحديد نطاق المسئوليتين العقدية والتصيرية: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية، الناشر غير معلوم، ١٩٥٨، ص ٩ وما بعدها & جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٣٣ وما بعدها، وبصفة خاصة ص ٤٨٢ & حسام الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، الناشر غير معلوم، ١٩٩١، ص ٣٠٩ وما بعدها & محمد إبراهيم الدسوقي، مصادر الالتزام، مكتبة الطليعة بأسبوط، ١٩٩٦، ص ٢٨٧ وما بعدها & سعيد جبر، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ١٦ وما بعدها & حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، ط ٢، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٢٥ وما بعدها & وأنظر كذلك جموع الفقه الفرنسي منذ القدم:

R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. 8, par Lagarde, éd. Rousseau et Cie, 1938, n° 669 et s. & Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *Droit civil français*, t. 4, par BARTIN, Litec, 1951, n° 297 et s. & H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1^{er} vol., 7e éd., par CHABAS, Montchrestien 1985 n° 397 et s. & C.

لأن قيام المسؤولية العقدية هنا كافٍ لمنع انعقاد المسؤولية التقصيرية، ويكون تطبيقها بالقدر الذي لا يخالف حكماً قانونياً خاصاً من أحكام الضمان العشري، لأن الأحكام الأخيرة المقررة بنصوص القانون أحكاماً متعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها^(٤٨).

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بما نصه: "لا يجوز للمضروب أن يترك أحكام المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية إلا إذا كان الخطأ العقدي يشكل في ذات الوقت جريمة أو ينطوي على غش أو خطأ جسيم، فهنا نخرج من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق المسؤولية التقصيرية؛ إذ المدعي عليه يكون قد أدخل بالالتزام قانوني يوجب عليه الامتناع عن هذا العمل في كل الأحوال، سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً"^(٤٩).

LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, *Les obligations*, I^{re} partie, Economica 1986, p. 349 et s. & G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, 2^e éd., t. 1, *Les sources*, Sirey 1988, n° 532 et s. & B. STARCK, H. ROLAND ET BOYER, *Droit civil, Obligations*, t. 2, 2^e éd., Litec 1986, n° 1361 et s. & A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 4^e éd., Précis Dalloz 1986, n° 386 et s. & J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ 1994, n° 735 et s.

^(٤٨) - ونحن بهذا الاقتراح لا نعارض ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن العقد المبرم بين المشيد (المقاول أو المهندس) وطالب البناء أو المتعاقد على الوحدة العقارية لا ينقض بتسلم البناء، وإنما على العكس من ذلك فنحن نؤيده؛ فالالتزام بالضمان يبقى أثراً من آثار العقد قائماً في ذمة المشيد طوال المدة التي حددها المشرع، مع بقاء العقد نفسه قائماً طوال هذه المدة بالطبع.

^(٤٩) - نقض مدني، ١٦ إبريل ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ١١٠، س ١٩ ق، ص ٧٦٢. كما قضت ذات المحكمة في هذا الصدد في حكم حديث نسبياً لها بما نصه: المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط فيها المضروب مع المسئول بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد والقواعد القانونية المكملة له المتعلقة بالمسؤولية عند الإخلال بتنفيذه ما لم يثبت أحد المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه الطرف الآخر يشكل جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على إنه أدخل بالالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الأحوال سواء أكان متعاقداً أم غير متعاقداً، نقض مدني، جلسة ١٦ نوفمبر ٢٠١٥، في الطعن رقم ١٦٠١٠ لسنة ٨٣ ق، ويمكن الاطلاع عليه من خلال الرابط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111245522&ja=82830

وأنظر كذلك في المعنى نفسه لأحكام النقض الفرنسي القديمة والحديثة:

Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1922, D.P. 1922. 1. 16 & Dans le même sens: Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 1962, D. 1963. 57, note P. Esmein ; 9 mars 1970, Bull. civ. I, no

وإن كان الضمان العشري محلاً للاتفاق الصريح أو الضمني في العقد المبرم بين المشيّد- المقاول أو المهندس- والمتعاقد معه (رب العمل أو طالب البناء) على هذا النحو، وهو مقرر كما هو معلوم بنص القانون في الوقت ذاته؛ فليس أمام الأخير- أو بصفة عامة المضرور من الإخلال بالضمان العشري- إلا أن يرجع على المشيّد بأحكام المسؤولية العقدية، ولا يجوز له أن يختار بين المسؤوليتين أو أن ينتقي الأفضل له من بينهما، فلا يمكن له التمسك بالمسؤولية التقصيرية إن كانت أفضل له وترك المسؤولية العقدية، كأن يريد التعويض عن الضرر غير المتوقع الذي لا تكفله المسؤولية العقدية؛ فيتمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية مثلاً. وليس له أن ينتقل إلى المسؤولية العقدية التي تتقادم دعواها بمرور خمسة عشر سنة كقاعدة عامة، ويترك دعوى المسؤولية التقصيرية التي تتقادم بثلاث سنوات عادةً. كما لا يجوز له أن يجمع بين أحكام المسؤوليتين طالباً التعويض عن الإخلال بهذا الضمان في دعوى قضائية واحدة؛ لتعارض بعض أحكامهما القانونية كما سبق وقدمنا. وكذلك لا يجوز له- إن هو خسر إحدى الدعويين- أن يلجأ إلى الدعوى الأخرى؛ وذلك لحيازة الحكم في الدعوى الأولى قوة الشيء المقضي^(٥٠).

أما إن لم يكن الالتزام بالضمان العشري محلاً للاتفاق الصريح أو الضمني بين طرفي أي عقد محلّه تشييد عمل إنشائي (مبنى أو منشأ ثابت)- أو حتى التصرف في هذا العمل بأي وجه من أوجه التصرفات القانونية على ما نؤيده من الاتجاه الموسع

87, Rev. trim. dr. civ. 1971. 139, obs. G. Durry & Cass. 2^e civ., 9 avr. 1970, Bull. civ. II, n° 118, Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 143, obs. G. Durry & Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1981, Bull. civ., I, n° 7 & Cass. 3^e civ., 29 avr. 1987, Bull. civ. III, n° 90 & Cass. 2^e civ., 24 juin 1987, D. II, n° 142.

(٥٠)- أنظر في هذا المعنى من الفقه الحديث نسبياً، فضلاً عن مراجع الفقه التقليدي المشار إليها آنفاً بشأن التمييز بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وعدم جواز الجمع أو الخيرة بينهما: مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الناشر غير معلوم، ١٩٩٦، ص ٤٦٠ وما بعدها & جلال العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٣١٤ وما بعدها وخاصة ص ٣٢٥ وما يليها & محسن البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، ٢٠٠٣، ص ١٢ وما بعدها & نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ٣٧٤ وما يليها & ومن الفقه الفرنسي المعاصر أنظر على سبيل المثال:

J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 22^e éd., PUF 2000, n° 7, 9 et 17 & M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF 2004, n° 4 et 13 & J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation*, 4^e éd., A. Colin 2006, n° 68 et s.

لنطاق هذا الضمان لكنه يحتاج لتدخل تشريعي صريح من قبل المشرع المصري كما سيبين لاحقاً في موضعه- فلا محيص من القول باعتبار الالتزام بهذا الضمان في هذه الحال- وفي هذا الفرض فقط- التزاماً قانونياً مصدره نص المشرع نفسه؛ ومن ثم قد يثير المسؤولية التصيرية لمن خالفه من الملتزمين به على وجه ما سنرى تفصيلاً من خلال الحديث عن النطاق الشخصي لهذا الالتزام فنحيل إلى هذا الموضوع منعاً للتكرار الحتمي هاهنا^(٥١).

ويجد رأينا هذا سنده لدينا- من ناحية أولى- فيما رأيناه آنفاً من أن الاتجاه التشريعي والقضائي الحديث في فرنسا وكافة دول الاتحاد الأوروبي الآن^(٥٢) ينزع نحو التوسع التدريجي في نطاق الضمان العشري من حيث الموضوع والأشخاص، وذلك بإسداد الحماية التشريعية بقواعد هذا الضمان على طالب البناء أو المتصرف إليه في العمل الإنشائي أياً ما كانت صفتة، ويلزم به المشيدين ومن في حكمهم بصفة عامة أياً ما كانت صفتهم كذلك، ولم يقصره على المتعاقدين في عقد المقاوله بصفة خاصة فحسب. وبمعنى آخر، فإنه- وكما سنرى لاحقاً- حتى ولو لم يوجد عقد أصلاً بين طالب البناء

^(٥١)- أنظر الباب الثاني من هذه الدراسة، بند ١٨ وما بعده.

^(٥٢)- أنظر لهذا التوسع في نطاق الضمان العشري من حيث الموضوع والأشخاص قوانين الدول الأوروبية وإن اختلفت من حيث مدة هذا الضمان مثل: إيطاليا وإسبانيا وبلجيكا (مدة الضمان عشر سنوات كالقانون الفرنسي)، والنمسا (مدة الضمان ثلاث سنوات)، وألمانيا (مدة الضمان من أربع سنوات بالنسبة لعيوب البناء إلى ست سنوات بالنسبة لتهدم البناء) وبلغاريا (مدة الضمان من ثلاث سنوات بالنسبة للعيوب إلى ست سنوات بالنسبة للتهدم)، والبرتغال واليونان وجمهورية التشيك (مدة الضمان من ثلاث إلى خمس سنوات)، وهولندا (مدة الضمان من خمس على عشر سنوات)، وفنلندا والسويد (مدة الضمان من خمس إلى عشر سنوات)، والدنمارك وأيرلندا (مدة الضمان خمس سنوات)، وبريطانيا وإن كانت- وعلى خلاف الدول الأوروبية جميعاً- تقيم المسؤولية عن الإخلال بالضمان العشري على أساس الخطأ واجب الإثبات (مدة الضمان من ستة إلى اثنتي عشر سنة). راجع لمزيد من التفصيل السؤال الموجه من وزير الاقتصاد والصناعة والعمل الفرنسي إبان تعديل أحكام الضمان العشري عام ٢٠٠٨ في الدورة الثالثة عشر التشريعية بالبرلمان الفرنسي:

Lachaud YVAN, ministère d'économie, industrie et emploi, Question n°: 16901 publiée au JO le: 19/02/2008, 13^{ème} législature, p. 1315

وأنظر كذلك كنموذج للدول العربية على سبيل المثال لا الحصر: نص المادة ١٨١ من القانون الجزائري رقم ٩٥-٠٧ المتعلق بالتأمينات.

بصفة عامة وبين المشيدين أو المتدخلين في عملية التشييد؛ فإن الأخيرين يلتزمون بأحكام الضمان العشري في مواجهة الأول (طالب البناء).
وقد قرر المشرع الفرنسي^(٥٣) - بعد إقرار القضاء هناك^(٥٤) - هذا المبدأ في البداية بإلزام المديرين العقاريين بصفة عامة - مثل المطورين العقاريين - بالأحكام الخاصة بهذا الضمان، رغم أن المشرع نفسه قد كيّف العلاقة بين المدير العقاري والمتعاقد معه أو طالب البناء (رب العمل في عقد المقاولة) على أنها علاقة نيابة قانونية (تفويض مفترض مقرر بنص القانون)؛ فالمطور العقاري - على سبيل المثال وكما سنرى لاحقاً في موضعه^(٥٥) - يعد نائباً قانونياً ومفترضاً عن طالب البناء في التعاقد مع المقاولين والمهندسين، أي أن طالب البناء أو المتعاقد على تشييد الوحدات العقارية يتعاقد في البداية مع المطور العقاري لتشييد أو لشراء الوحدات العقارية، ثم يتعاقد المطور العقاري نيابةً عن عميله (طالب البناء) مع المقاولين والمهندسين بهدف إقامة المباني أو الوحدات العقارية المطلوبة.

وفي مرحلة لاحقة وفي خطوة غير مسبوقه، ذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من ذلك حينما ألزم بالضمان العشري - بعد إقرار القضاء الفرنسي أيضاً لهذا الحكم رغم خلو النص التشريعي آنذاك وكما سنرى لاحقاً بشيء من التفصيل - جميع المشيدين المتدخلين في عملية التشييد خلاف المقاولين والمهندسين بالمعنى الدقيق أيّاً ما كانت صفتهم، أي حتى ولو لم يكونوا مقاولين أو مهندسين بالمعنى الفني، وحتى ولو لم يكن العقد الذي يربطهم بطالبي البناء أو الوحدات العقارية عقد مقاولة، بل وحتى ولو لم يكن بينهم وبين الأخيرين أية رابطة عقدية. وعلى هذا النحو، فقد ألزم المشرع الأخير بهذا الضمان بآئعي المباني الجاهزة المعدة للسكنى أو للأغراض التجارية، ومشيدي المباني بغرض بيعها، وبآئعي هذه المباني بعد تجديدها أو ترميمها، رغم أن الذي يربطهم بطالب المبنى أو المتعاقد معهم على الوحدة العقارية ليس هو عقد المقاولة، وإنما هو

^(٥٣) - أنظر المادة 1831-1 من التقنين المدني الفرنسي، والمواد من L. 211-1 إلى L. 211-5. بالإضافة إلى المواد من L. 221-1 إلى L. 222-7 من تقنين البناء والإسكان الفرنسي Le code de construction et d'habitation رقم 621 الصادر في 10 مارس 1977.

^(٥٤) - راجع الأحكام القضائية الفرنسية المشار إليها في هوامش أو حواشي بند 31 لاحقاً.

^(٥٥) - ومع ذلك فإننا سنرى أن الفقه الغالب يعارض هذا التكييف التشريعي ويعتبر المطور العقاري ممثلاً قانونياً عن رب العمل ومقاولاً بالأصل عن نفسه في مواجهة الأخير في نفس الوقت. أنظر بند 27 لاحقاً من هذه الدراسة.

عقد البيع. بل وأكثر من ذلك، فقد ألزم التشريع الفرنسي بهذا الضمان صانعي العناصر التجهيزية للمباني الجاهزة أو المعدة سلفاً في مواجهة طالب البناء أو المتعاقد على الوحدة العقارية، رغم أن صانعي العناصر التجهيزية-المجهزين إن صحَّ استعمال هذا اللفظ قانوناً- لا تربطهم بالمتعاقد الأخير على الوحدات العقارية ثمة علاقة عقدية^(٥٦). هذا، وقد حاول اتجاه ضعيف في القضاء الفرنسي^(٥٧)- لم يُكتب له النجاح ولا تزال أحكامه محل جدل فقهي حتى الآن- الذهاب إلى أبعد من ذلك بكثير حين ألزم نصرائه المقاول من الباطن بالضمان العشري في مواجهة رب العمل (طالب البناء)؛ تأسيساً على عدم منطقية التفرقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في الالتزام بأحكام هذا الضمان، وذلك رغم عدم وجود علاقة عقدية تربط المقاول من الباطن برب العمل، حيث أن المقاول من الباطن يرتبط بعقد مقاوله مع المقاول الأصلي، ويعد رب العمل (طالب البناء) بالنسبة له من الغير، كما أن المقاول الأصلي لا يعد نائباً قانونياً عن رب العمل في التعاقد مع المقاولين من الباطن^(٥٨).

^(٥٦)- أنظر لإلزام كل هؤلاء بأحكام الضمان العشري في ظل التشريع الفرنسي، بند ٢٨ وما يليه لاحقاً.

^(٥٧)- راجع على سبيل المثال:

CA Paris, 23 mai 2001, RDI 2002, n° 52 & Proch. Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 1962, Bull. civ., I, n° 44.

أما محكمة النقض الفرنسية فقد استقرت في النهاية- وعلى النقيض من ذلك- إلى استبعاد المقاولين من الباطن من الالتزام بالضمان العشري، سواءً في مواجهة رب العمل أو في مواجهة المقاول الأصلي.

أنظر على سبيل المثال الأحكام التالية:

Cass. 3^e ch. civ., 1971, Bull. civ., III, n° 450 & Cass. 3^e civ., 8 juill. 1971, Bull. civ., III, no 450 ; 2 oct. 1979, JCP 1979, IV, n° 460 & Cass. 3^e civ., 2 oct. 1979, JCP 1979, IV., p. 460 & Cass. 3^e civ., 11 juin 1981, Bull. civ. III, n° 120, note B. BOUBLI, RDI 1982, 1, n° 12 & Cass., ass. plén. 12 juill., 1991, Bull. civ., n° 5 & Cass. 3^e civ., 28 nov. 2001, n° 00-14450, 00-13559 & Cass. 3^e civ., 17 nov. 2004, n° 03-15495 & Cass. 3^e civ., 14 janvier 2021, n° 19-23874.

وراجع لمزيد من البيان من الفقه الفرنسي:

H. PEISSE, *L'action directe du sous-traitant en concours avec une cession de créance loi Dailly*, Gaz. Pal., 19 mars 1989, p. 2 et s. & J.-P. KARILA, *L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant est nécessairement de nature délictuelle*, Gaz. Pal. 8-9 janv. 1992, p. 7 et s. & J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., p. 38 et s.

وأنظر لتفصيل هذه الاتجاهات الفقهية والقضائية وحجج كل فريق منها، بند ٢٢ لاحقاً.

^(٥٨)- ويذكر أن هذا الاتجاه الفقهي قد وجد صده بالفعل وبعض المؤيدين له من الفقه المصري، أنظر لهذا الاتجاه على سبيل المثال لا الحصر: رأفت حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في

وشاهدنا من هذا كله أن التوسع التشريعي والقضائي في فرنسا ودول الاتحاد الأوروبي في مد نطاق الضمان العشري ليشمل عقوداً أخرى خلاف عقد المقاولة، ويثقل كاهل بعض الأشخاص الذين لا تربطهم بطالب البناء أو المتعاقد على تشييد الوحدات العقارية ثمة رابطة عقدية، يكفي دليلاً على أن الالتزام بهذا الضمان قد يكون مصدره القانون في ظل هذه التشريعات لا العقد كما هو الغالب عملاً، وأن المسؤولية العشرية التي يمكن أن تنشأ نتيجة الإخلال به قد تتعد بدورها تقصيرية في بعض الأحوال، ولا يشترط أن تكون عقدية في كل الأوقات. لكن يبقى هذا الرأي الذي نقول بضرورة الأخذ به في ظل التشريع المصري- مع ذلك وكما أشرنا آنفاً- رهناً بتدخل المشرع المصري نفسه لإعادة صياغة نص المادة ٦٥١ من التقنين المدني بهدف التوسع في مد نطاق هذا الضمان ليشمل غير أشخاصاً آخرين غير الملتزمين به من المقاولين والمهندسين المعماريين أيضاً ما كانت علاقتهم بطالب البناء أو المتعاقد على تشييد الوحدات العقارية، وليستقيده منه- من ثم- أشخاص آخرون غير أرباب الأعمال في عقود المقاولات بالمعنى الدقيق.

القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٧٢ وما بعدها. وقد نزع محكمة النقض المصرية إلى هذا الاتجاه قليلاً، وخففت- من ثم- من عدم منطوقية نص المادة ٦٥١ من التقنين المدني في استبعاد المقاولين من الباطن من نطاق الالتزام بالضمان العشري وأخضعتهم للمسؤولية العقدية العادية طبقاً للقواعد العامة وليس المسؤولية العشرية؛ إذ قضت المحكمة بما نصه: المقرر- في قضاء محكمة النقض- أنه ولئن كانت المادة ٦٥١ من القانون المدني- التي تجعل المقاول ضامناً لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم في المبنى أو المنشآت الثابتة الأخرى ولجميع ما يوجد فيها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته- (٣) لا تسرى على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، إلا أن الأخير يكون ضامناً لعيوب البناء في حدود القواعد العامة، وفي المدة المتفق عليها مع المقاول الأصلي. (٤) لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن- المقاول الأصلي- بالرجوع على المطعون ضدهم الرابع والخامس والسادس- المقاولون من الباطن- على سند من أن المقاول الأصلي هو وحده الضامن لعيوب البناء إعمالاً لنص المادة ٦٥١ مدني سالف الذكر، بالرغم من أن عقد المقاولة من الباطن هو الذي يحكم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه، وقد حجبه ذلك عن بحث مسؤولية المقاولين من الباطن قبل المقاول الأصلي عن عيوب البناء طبقاً للقواعد العامة وفي المدة المتفق عليها فيما بينهم، أو تلك التي يقضى بها عرف المهنة، بما يعيب الحكم".
نقض مدني، جلسة ١٠ مارس ٢٠١٦، في الطعن رقم ٣٦٦٣ لسنة ٨٤ ق، حكم منشور بموقع محكمة النقض المصرية على الرابط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111344205&&ja=128606

لكن وعلى صعيد آخر، فرغم إمكانية نشأة الالتزام بالضمان العشري قانونياً كما ينشأ عقدياً على هذا النحو، ومن ثم إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية في حق المشيد في بعض الحالات وانعقاد مسؤوليته العقدية في حالات أخرى، بيد أنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار ما هو مستقر عليه في قضاء النقض الآن من أن المسؤولية العقدية قد تنقلب إلى تقصيرية حال ارتكاب أحد المتعاقدين جريمةً أو غشاً أو خطأً جسيماً في حق التعاقد الآخر^(٥٩)؛ الأمر الذي يوسع من نطاق التعويض المستحق للمضرور في هذه الحالة، حيث يجعل له الحق في طلب التعويض عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع على حدٍ سواء^(٦٠). ولا شك أنه إذا تهدم المبنى كلياً أو جزئياً أو ظهرت بيه عيوب جسام تؤثر في متانته وصلابته، فالغالب عملاً- والأحكام القانونية تُبنى على الغالب كما هو معلوم بالضرورة- أننا بصدد جريمة من جرائم البناء مثل جرائم الغش في مواد البناء وتعتمد الإضرار بالغير والتدليس، أو على الأقل أمام غش أو خطأ جسيم صدر من المقاول أو المهندس المعماري (المشيد) عند تنفيذ المبنى أو أثناء عملية التشييد، حيث خالف أيٌّ منهما أعراف وأصول المهنة وخرج عن مقتضياتها خروجاً صارخاً^(٦١). لذلك أشرنا آنفاً

(٥٩)- حيث قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بما يلي: «لا يجوز للمضرور أن يترك أحكام المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية إلا إذا كان الخطأ العقدي يشكل في ذات الوقت جريمة أو ينطوي على غش أو خطأ جسيم، فهنا نخرج من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق المسؤولية التقصيرية؛ إذ المدعي عليه يكون قد أخل بالالتزام القانوني بوجوب عليه الامتناع عن هذا العمل في كل الأحوال، سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً»، نقض مدني، ١٦ إبريل ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ١١٠، س ١٩ ق، ص ٧٦٢. كما قضت المحكمة نفسها في شأن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالضمان العشري محل الحديث بما نصه: «(٥٥) وكان الحكم المطعون فيه ألزم كلاً من الطاعنين بالتعويض الذي قدره على ما استخلصه من سائر الأوراق من توافر الخطأ الموجب للمسؤولية في حقهما أخصاً من تقرير الخبير الذي أورى أن هناك عيوباً في مواد البناء وصدأ في حديد التسليح وعيوب في تنفيذ الأعمال الصحية وهي نتيجة خطأهما وإهمالهما بصفتيهما المهندس المعماري والمقاول المسئولان عن البناء الذي تم تسليمه للجمعية المطعون ضدها الأولى (٥٥) فالنعي حول تعيب هذا الاستخلاص لا يعدو أن يكون جدلاً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها تتحسر عنه رقابة محكمة النقض»، نقض مدني، جلسة ٢٠ مارس ٢٠١٦، في الطعن رقم ٥٨٠٩، لسنة ٧٨ قضائية، من الأحكام غير المنشورة حتى الآن.

(٦٠)- قُرب هذا المعنى أنظر بصفة خاصة: محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص ١٧٦.

(٦١)- أنظر لمزيد من البيان حول المسؤولية الجنائية المعمارية وفي هذا المعنى: غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، (المقاول- مهندس البناء- صاحب البناء)، دار النهضة العربية،

إلى إن الالتزام بالضمان وإن نشأ عقدياً، مما ترتب عليه بالضرورة انعقاد المسؤولية العشرية للمقاول أو للمهندس في مواجهة رب العمل، غير أن المضرور منها- وهو رب العمل في الغالب- يمكن أن يستند في رجوعه على المقاول أو المهندس (المشيّد) إلى قواعد المسؤولية التقصيرية دون قواعد المسؤولية العقدية، وذلك دون المساس بالقواعد القانونية الخاصة المقررة بأحكام هذا الضمان. بل إن رجوع المضرور بقواعد المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة الأخيرة سيكون أفضل له عن نظيرتها العقدية لاتساع نطاق التعويض فيها وشموله كافة الأضرار المتوقعة منها وغير المتوقعة، خلاف المسؤولية العقدية التي يقتصر فيها التعويض على الأضرار المتوقعة وقت التعاقد. كما أننا لن نكون هنا أمام حالة من حالات الجمع بين المسئوليتين أو الخيرة بينهما المرفوض حالياً فقهاً وقضاءً؛ لأن الفرض هنا أن المسؤولية العقدية انقلبت إلى تقصيرية، فلا مسؤولية إلا الأخيرة.

وقد يُقال من نصراء الالتزام العقدي رداً على مقترحنا هذا- وإن لم يحص سند هذا الرد أحدٌ منهم بصفة صريحة حتى الآن^(٦٢)- إن القواعد القانونية المقررة للالتزام

١٩٩٧؛ وللمؤلف نفسه بحث على قسمين تحت نفس العنوان، مجلة الحقوق جامعة الكويت، مجموعة ١٩، العدد الثالث والرابع، ١٩٩٥ & محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١١ وما بعدها & هدى قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري والمقاول، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١٦ وما بعدها & محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٦ وما بعدها & وفي السياق نفسه راجع بصفة خاصة:

A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, op. cit., p. 56 et s. & R. SAINT-ALARY, *Droit de la construction*, op. cit., p. 298 et s.

^(٦٢)- يُذكر أن جُلّ الرأي الفقهي والقضائي الغالب الذي يقول بأن الالتزام بالضمان العشري ما هو إلا التزام عقدي، يستند- وكما ذكرنا آنفاً في معرض بيان رأيهم هذا- إلى أن هذا الالتزام يعد من مستلزمات عقد المقاولة أو مما يترتب عليه بالضرورة، ولا يحتاج الالتزام به النص عليه في العقد نفسه. أنظر على سبيل المثال لا الحصر: محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، مرجع سابق، ص ٢٧٨ & محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص ١٨٤ & ونذكر هنا بحكم محكمة النقض المصرية السابق الإشارة إليه آنفاً والذي تقول فيه ما نصه: *إن مسؤولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقاً للمادة ٤٠٩ مدني لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنية، ولا يمكن كذلك اعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة، وإنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء، سواءً أنص عليه في العقد أم لم ينص،*

بالضمان العشري تعد مكملة لنصوص العقد حال عدم الاتفاق على هذا الالتزام صراحةً أو ضمناً، ومن ثم يعد الالتزام بهذا الضمان من مستلزمات عقد المعاولة^(٦٣) - أو أي عقد آخر أياً ما كانت طبيعته في ظل التشريع الفرنسي - فيظل التزاماً عقدياً في جميع الأحوال، ولو لم يُتفق عليه صراحةً أو ضمناً في العقد، لأنه منصوص عليه بنصوص القانون، ومن المعلوم بالضرورة أن هذه النصوص تكمل إرادة المتعاقدين في أي عقد من العقود عند تحديد نطاقه أو بيان الآثار القانونية التي تترتب عليه. بل وإن النصوص المقررة للالتزام بالضمان العشري بصفة خاصة، يجب على القاضي أخذها بعين الاعتبار عند تحديد نطاق العقد وعدم الوقوف على ما ورد فيه وفقاً لإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية؛ لأن القواعد المقررة لهذا الضمان تعد - بإجماع الفقه المصري والفرنسي^(٦٤) - قواعد قانونية آمرة؛ فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها أو استبعاد حكمها، وتعد ملزمة للقاضي كما هي ملزمة للمتعاقدين وللناس كافة كما سنرى لاحقاً.

كمسئولية البائع عن العيوب الخفية، فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانوناً على عقد البيع الصحيح". نقض مدني، ٩ يونيو ١٩٥٥، الطعن رقم ٨٠ لسنة ٢٢ ق، مجموعة أحكام النقض، مكتب فني رقم ١٦٥، ج ٩، ص ١٢٣٥. ومن الملاحظ على هذا الحكم أن المحكمة لم تجهد نفسها في توضيح كيفية اعتبار هذا الالتزام المقرر بنص القانون مترتباً على عقد المعاولة، وإنما عملت القياس على الالتزام بضمان العيوب الخفية المقرر في عقد البيع، وهو قياس مع الفارق من وجهة نظرنا؛ لأن الضمان الأخير يجوز زيادته أو إنقاصه أو إسقاطه بالاتفاق (المادة ٤٥٣ من التقنين المدني)، في حين أن الضمان العشري لا يجوز فيه شيء من ذلك (المادة ٦٥١ من التقنين المدني)، كما أن ضمان العيوب الخفية مقرر بنصوص قانونية خاصة لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها.

^(٦٣) - وتقضي الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من التقنين المدني - التي تقابل المادة ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي - في هذا الصدد بما نصه: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

^(٦٤) - أنظر لتعلق أحكام الضمان العشري بالنظام العام: لمزيد من البيان أنظر بصفة خاصة: محمد لبيب شنب، الوجيز، سابق الذكر، ص ١٤٤ وما بعدها & محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٧٨ & إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقهاً وقضاً، المرجع السابق، ص ٨٨ & أنظر أيضاً من الفقه الفرنسي:

M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *op. cit.*, p. 194 et surtout p. 201 et s. & J. DELVAUX, *Droits et obligations des architectes*, *op. cit.*, p. 254.

غير أننا نعتقد أنه لا يمكن أن ينال هذا الرد- على إطلاقه- من صحة اقتراحنا من إمكانية وصف الالتزام بالضمان العشري بالعقدي تارةً، وبالقانوني تارةً أخرى؛ وذلك لأسباب عدة:

أولها أن الفقه المصري والفرنسي على إجماعه^(٦٥) منذ زمن بعيد على أن القواعد التي يمكن أن تكمل نصوص العقد وتضيف إليه التزامات أخرى تبعية إضافةً إلى الالتزامات الأصلية المتفق عليها فيه وتعد من مستلزماته وما تترتب عليه بالضرورة سواءً تم الاتفاق عليها فيه أم لا، هي القواعد القانونية المكملة لإرادة المتعاقدين *les règles impératives*^(٦٦)؛ فالقواعد المكملة سُميت بهذا الاسم بهدف تكملة العقد وسد النقص

^(٦٥) راجع على سبيل المثال لا الحصر: سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مرجع سابق، ص ٣٤٩ & السنهوري، الوسيط، ج ١، مرجع سابق، فقرة ٥١٤، هامش (١) & عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٣٥٣ & جميل الشراوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٠٦ وما بعدها & راجع كذلك في المعنى نفسه من الفقه الفرنسي:

M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil Français, Traité Pratique de Droit Civil*, par J. BOULANGER, Vol. 2, 2^e édition, op. cit., n° 398 et s. & H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, éd. Montchrestien, 1978, n° 425 et s. & B. STARCK, H. ROLAND ET BOYER, *Droit civil, Obligations*, t. 2, 2e éd., Litec 1986, n° 1201.

^(٦٦) بيد أن القضاء الفرنسي قد عدل مؤخراً عن الأخذ بهذا المبدأ، واعتبر- ولا يزال مسلكه محل انتقاد الفقه الفرنسي- أن الالتزامات التي تقررها القواعد القانونية الأمرة تعد من مستلزمات العقود. أنظر لذلك بوجه خاص:

Cass. 1^{re} civ., 22 nov ١٩٨٨, Gaz. Pal., 1989, I, n° 10 & et pour les observations v. uniquement, G. VINEY, *La responsabilité, conditions*, 1982, n° 485 ; et pour le même auteur, *La responsabilité, effets*, L.G.D.J. 1988, n° 513 & A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 4^e éd., Précis Dalloz 1986, n° 399 & P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3e éd., 1982, p. 287.

ويُنكر أن بعض الفقه الفرنسي قد زعموا حسم الخلاف حول اعتبار الالتزامات المنصوص عليها بالقواعد القانونية الأمرة تعد مكملة للعقود أم لا؛ إذ يقول ما نصه: "لا خلاف حول الدور الذي تلعبه القواعد القانونية المكملة، فهي تكمل إرادة المتعاقدين في أي عقد في حال غياب أو سكوت الطرفين عن أي حكم يخالفها، وهذه هي حالة الكثير من النصوص القانونية المكملة بالتقنين المدني خاصة في عقد البيع، إذ تحدد التزامات كلٍ من البائع والمشتري. أما الالتزامات المنصوص عليها بالقواعد القانونية الأمرة، فهي على العكس من ذلك كانت محلاً للخلاف الفقهي قديماً، لكن القضاء قد حسم هذا الخلاف اليوم ورأى أن القواعد الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها تتدخل في نطاق العقد مثلها مثل القواعد المكملة".

الذي يمكن أن يعترضه حال عدم الاتفاق- جهلاً أو عمداً- بين الطرفين على تنظيم مسألة معينة بينهما، وكفيهما لاستبعاد حكمها بالطبع الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم. أما القواعد الأمرة المقررة للالتزامات معينة في إطار أي عقد، كالقواعد المقررة للالتزام بالضمان العشري في إطار عقد المقاولة التي نحن بصدد الحديث عنها، فلا يتصور القول بأنها تكمل نصوص العقد، وإن صح جدلاً هذا القول على إطلاقه هكذا- وهو لدينا غير صحيح- لما أمكن الأخذ به إلا حال السكوت أو عدم الاتفاق على ما يخالف حكم هذه القواعد في العقد، أما حال الاتفاق على ما يخالف حكمها، فهي تقوم بنسخ هذا الاتفاق وتحل محله بوصفها قواعد أمرية تعبر عن إرادة المشرع العليا تحقيقاً لمصلحة أساسية يقوم عليها كيان المجتمع ككل^(٦٧)، ولا يجوز- من ثم- استبعاد حكمها بالاتفاق. وبناءً على ذلك؛ فعند قيام القاضي بتحديد نطاق عقد المقاولة- أو أي عقد آخر يثير ضمان المشيدين في ظل التشريع الفرنسي- حال استبعاد هذا الضمان بالاتفاق الصريح؛ فلا يصح له اعتبار الالتزامات التي تقرها القواعد الأمرة المقررة للالتزام بالضمان العشري مكملة لإرادة المتعاقدين، أو من مستلزمات هذا العقد أو مما

V. pour le controverse doctrine, «*La solution n'a jamais été discutée pour les lois supplétives, dont le rôle est de compléter le contrat et qui, à défaut de clause contraire, sont censées révéler la volonté des parties. Tel est, en principe, le cas des nombreuses dispositions du code civil qui définissent les obligations du vendeur et de l'acquéreur (C. civ., art. 1602 et s.). Les obligations mises à la charge d'une partie par des lois impératives ont, en revanche et plus délicate, prêté à discussion, mais aujourd'hui le débat paraît clos: les obligations imposées par des lois auxquelles les parties ne peuvent pas déroger entrent aussi dans la sphère contractuelle*», G. LEGIER, responsabilité contractuelle, Rép. civ. Dalloz, 1989, n° 30.

لكن الحقيقة أن الفقه الفرنسي لا يزال يعارض بشدة اتجاه القضاء الذي يرى في الالتزامات المقررة بمقتضى القواعد الأمرة نوعاً من الالتزامات العقدية، أنظر على سبيل المثال لا الحصر:

G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Les obligations, 2e éd., t. 1, Les sources, n°541 et s. & A. WEILL et F. TERRE, Droit civil, Les obligations, 4e éd., Précis Dalloz 1986, n° 391 et s.

^(٦٧)- وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ما نصه: المقرر في قضاء محكمة النقض أن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية باعتبار أن المصلحة الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة وسواء ورد في القانون نص بجرمها أو لم يرد، نقض مدني، جلسة ١٣ مارس ٢٠١٧، الطعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٧٩ ق، على الرابط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111356377&ja=143659

يترتب عليه بالضرورة في جميع الأحوال، لتصبح بهذه المثابة التزامات عقدية دائماً وأبداً، وإنما الصحيح أن تظل هذه الالتزامات محكومة بنصوص القانون التي تحل محل الاتفاق وتتسخه، ويظل - من ثم - مصدرها الأول والأخير هو القانون لا العقد، فتبقى هذه الالتزامات على طبيعتها القانونية.

ومن ناحية ثانية، صحيح أن المشرع قد حدد النص القانوني كمصدر مهم لتحديد نطاق العقد ومستلزماته، وقد جاء لفظ "القانون" كمصدر عام وبشكل مطلق دون تخصيص^(٦٨)، فلم يحدد المشرع ما إذا كان المقصود بهذا اللفظ القواعد القانونية الكاملة أم الأمرة، بيد أن المتعاقدين لا يملكان البحث في تطبيق أو عدم تطبيق القواعد القانونية الأمرة، باعتبارها ملزمة ولا يجوز بأي حال الاتفاق على خلاف حكمها، فمن هنا كان من البديهي أن يكون المقصود من النص القواعد القانونية الكاملة وليست الأمرة. هذا بالإضافة إلى أن الفائدة العملية من استكمال مستلزمات العقد بما تضمنه النص الأمر تكون معدومة؛ ذلك أن المتعاقدين ملزمان لا محالة بتطبيق النص الأمر سواء اتفقا عليه أو لم يتفقا، وسواء أضيف الالتزام القانوني إلى العقد أم لا، فالمحصلة في النهاية واحدة، وهي أنهما ملتزمان بالنص الأمر، ولا حاجة لاستكمال مستلزمات العقد أو إضافته إلى العقد من قبل القاضي أو من قبلهما^(٦٩).

وأخيراً فإننا إذا قلنا - على سبيل الجدل النظري - إن القواعد القانونية الأمرة كالقواعد الكاملة يمكن أن تكمل نصوص أي عقد، فتضيف إليه التزامات تبعية غير منقح عليها فيه صراحةً أو ضمناً، لتصبح معها هذه الالتزامات عقدياً لا قانونية لأنها من مستلزمات العقد وما يترتب عليه بالضرورة؛ لاستغراق نطاق العقد نطاق القانون وطغى عليه، ولم يعد هناك مجال للحديث عن التزامات قانونية سوى تلك التي توجب الالتزام باحترام حقوق الكافة بصفة عامة، ولانقلبت بذلك غالبية الالتزامات المقررة بموجب نصوص القانون - الأمرة والمكاملة - إلى التزامات عقدية، ولانهدمت - من ثم - التفرقة التقليدية التي أقرها المشرع منذ عقود لمصادر الالتزام.

(٦٨) - إذ يجري نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من التقنين المدني بأنه: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه. ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وهو ذات الحكم الذي تضمنته المادة ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي

(٦٩) - أنظر في هذا المعنى بصدد عقد البيع: عبد المنعم البدرابي، عقد البيع في القانون المدني، ط٢، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٧٥، ص ٣٩٢ & في المعنى نفسه: رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٣.

من أجل ذلك كله؛ نعتقد أنه ليس بصحيح القول إن القواعد المقررة للالتزام بالضمان العشري تعد مكملة لعقد المقاوله ومن مستلزماته، وتضيف إلى التزاماته الأصلية التزاماً آخر تبعية وهو الضمان العشري، فيلتزم طرفاه به عقدياً وإن لم يتفقا عليها صراحةً أو ضمناً. ولكن الصحيح- في اعتقادنا- الإبقاء على مصدر هذا الالتزام قانونياً بحسب الأصل عملاً بالقواعد القانونية الأمرة المقررة له على نحو ما بيّنا، إلى أن يتدخل العاقدان بالاتفاق الصريح أو الضمني للأخذ به، فينقلب حينها هذا الالتزام إلى التزام عقدي.

كما لا ينال من صحة ما نقترحه- من ناحية أخرى- أن يُقال من نصراء الالتزام العقدي- وعلى النقيض من ذلك- إن العلاقة العقدية بين الطرفين تكفي وحدها لنشأة الالتزام بالضمان العشري عقدياً في جميع الأحوال، وإن لم يتفق عليه صراحةً أو ضمناً، لتتعد من ثم مسؤولية الملتزم به مسؤولية عقدية كذلك وفي جميع الحالات. فهذا القول مردود جملةً وتفصيلاً؛ حيث أن وجود عقد مقاوله بين الطرفين (رب العمل من جانب والمقاول أو المهندس من جانب آخر) لا يكفي بذاته للقول بنشأة الالتزام بالضمان عقدياً ويتحقق المسؤولية العقدية للمقاول أو للمهندس عند الإخلال به في جميع الأحوال^(٧٠)؛

(٧٠)- وقد أكدت محكمة النقض المصرية مؤخراً- بعد أن عدلت عن موقفها القديم في هذا الصدد (راجع الحكم المشار إليه آنفاً: نقض مدني، جلسة ١٦ نوفمبر ٢٠١٥، في الطعن رقم ١٦٠١٠ لسنة ٨٣ ق)- على المبدأ الذي يقضي بإمكانية انعقاد المسؤولية التقصيرية لأحد العاقدين رغم وجود عقد صحيح بينهما، وذلك بحسب طبيعة الالتزام الذي تمت مخالفته؛ فإذا أخل أحدهم بتنفيذ التزام قانوني عام أو التزام فرضه العرف ولم يكن مصدره العقد، كانت مسؤوليته تقصيرية لا عقدية؛ إذ قضت المحكمة حديثاً بما نصه: لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتوافر الخطأ في حق البنك الطاعن على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية- للتعسف في استعمال الحق- دون المسؤولية العقدية لاتفاق طرفي النزاع على إعفاء البنك الطاعن منها، وكان من المقرر أنه وإن كان يجوز الاتفاق على الإعفاء من الخطأ العقدي ويتعين في حال إيراده بالعقد احترام شروطه التي يدرجها الطرفان، إلا أن هذا الإعفاء محدد بنطاقه، بحيث يكون البنك مسؤولاً عن الخطأ الذي يجاوز هذا النطاق... ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص وفق الثابت بأوراق الدعوى ومستنداتهما وتقارير الخبراء فيها أن البنك الطاعن قد تعسف في استعمال حقه بتوقفه عن تمويل المقاوله المسندة إلى الشركة المطعون ضدها (أولاً) بالمخالفة لأعراف المصرفية المعمول بها والاتفاق الثابت بينهما، ودون أن تثبت من الأوراق وجود إخلال من جانب الشركة المطعون ضدها... فتوافرت بذلك أركان المسؤولية التقصيرية في حق البنك الطاعن مما يوجب إلزامه بالتعويض المطالب به، فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ويضحي النعي عليه في هذا

لأنه إذا نشأ العقد صحيحاً بين الطرفين، لكنه لم يتضمن هذا الالتزام صراحةً أو ضمناً على النحو سالف البيان، فمن الصعب افتراض اتجاه إرادة المقاول أو المهندس (أو أي مشيّد آخر ممن في حكمهم) عند إبرام العقد لتحمل بمثل هذا الضمان، ولا يجوز للقاضي الانحراف عن العبارات الواضحة للعقد لإضافة التزام جديد لم يضمّناه المتعاقدان عقدهما؛ إذ أنه لا يمكن تخيل اتجاه إرادة أي متعاقد لتحمل بضمان شديد الوطأة كهذا الضمان، ولا يجوز افتراض اتجاه إرادته إلى التحمل به لمجرد إبرامه عقد مقاول، ولا أي عقد من نوع آخر من بابٍ أولى؛ وبالتالي فإنه لا محيص في هذه الحال سوى الاعتراف بأن الالتزام بالضمان العشري- كالحالة التي ينعدم فيها العقد بين الطرفين سواءً بسواء- يكون قانونياً، ويترتب على الإخلال به تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية العادية، وذلك إذا خلت القواعد الخاصة التي قررها المشرع لهذا الضمان من حكمٍ خاص كما سبق وأشرنا^(٧١).

ولا يقدح في صحة الرأي الذي ننادي بضرورة الأخذ به- من ناحية ثالثة- زعم أتباع نظرية الالتزام القانوني بأن المشرع إذ نظم الالتزام بالضمان العشري بنصوص قانونية خاصة تختلف عن تلك النصوص المنظمة للالتزامات الأخرى والواردة بنظرية العقد وفقاً للقواعد العامة، فهذه النصوص تظل قائمة ولها أولوية التطبيق رغم الاتفاق بين طرفي عقد المقاول على وجوب تحمل المقاول أو المهندس- أو أي شخص آخر ممن في حكمهما- بالضمان العشري، فكان من الأولى اعتبار الالتزام بالضمان العشري التزاماً قانونياً لا عقدياً في جميع الأحوال، خاصةً لتعلق أحكامه بالنظام العام؛ لأن القانون في هذه الحالة أولى في التطبيق من الاتفاق. والحقيقة لدينا أن هذا القول يجافي المنطق القانوني؛ لأن هذا القول على إطلاقه يؤدي إلى نتيجة غير مرغوب فيها تناقض ما انتهينا إليه آنفاً في الرد على أصحاب الرأي القائل بالالتزام العقدي تتمثل في أن الأخذ بهذا الرأي يقلب غالبية الالتزامات العقدية الواردة بالعقود المسماة- أي العقود المنظمة تنظيمياً قانونياً خاصاً من قبل المشرع كعقود البيع والإيجار والوديعة والمقاول وغيرها- إلى التزامات قانونية مقررة بنص القانون نفسه، لأن المشرع ينظم تلك العقود تنظيمياً دقيقاً ويحدد أحكامها القانونية قبل الاتفاق عليها، والأخذ بهذا القول على إطلاقه

الشأن على غير أساس"، نقض تجاري، جلسة ٢٢ يناير ٢٠١٨، الطعن رقم ٥٢٠٩، لسنة ٨٦ ق، حكم منشور على موقع محكمة النقض المصرية بالربط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111378421&&ja=220975

(٧١)- أنظر في هذا المعنى لمزيد من البيان: سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، ص ٣٥ وما يليها & السنهوري، الوسيط، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، السابق، فقرة ٥١٣.

يؤدي إلى طغيان الجانب التنظيمي على الجانب التعاقدية، ويهدم - من ثم - مبدأ سلطان الإرادة. كما أن الفقه والقضاء الغالبين - كما سبق ورأينا آنفاً - على قلب رجل واحد بشأن تغليب المسؤولية العقدية على المسؤولية التقصيرية، وليس العكس، كلما أخل أحد طرفي العقد بأحد الالتزامات المتفق عليها صراحةً أو ضمناً^(٧٢).

خلاصة القول لدينا، أن الالتزام بالضمان العشري يكون التزاماً عقدياً إذا أتفق عليه صراحةً أو ضمناً بالعقد المبرم بين المشيد وطالب البناء (المتعاقد معه على تشييد الوحدات العقارية)، أي إذا ورد باتفاق صريح في العقد أو كان من الممكن استنتاج اتجاه إرادة المتعاقدين إليه بالفعل وبما لا يدع مجالاً للشك حول اتجاه إرادتهما للأخذ به، وفي إحدى هاتين الحالتين فحسب، أي عند وجود الاتفاق الصريح أو الضمني على الضمان العشري، تتعدد المسؤولية العقدية للمقاول أو المهندس - أو أي مشيد أو ملتزم بهذا الضمان آخر وفقاً للتشريع الفرنسي - إذا ما خالف هذا الالتزام العقدي، وتطبق عليه - من ثم - أحكام المسؤولية العقدية العادية، مع عدم الإخلال بتلك الأحكام الخاصة التي استثناها المشرع من نطاق القواعد العامة عند تنظيمه لهذا الضمان بصفة خاصة كأحكام التضامن والتقدم. أما إذا لم يُتفق على هذا الالتزام صراحةً أو ضمناً، أو استبعده الطرفان بالاتفاق الصريح، كان التزاماً قانونياً، يتولد عن مخالفته مسؤولية قانونية تتعدد على عاتق الشخص الذي أثقل كاهله المشرع بهذا الالتزام قانوناً، وتطبق عليه بالتالي قواعد المسؤولية التقصيرية، مع عدم الإخلال بالطبع بالأحكام الخاصة بهذا الضمان كأحكام التضامن والتقدم كما نعرض له حالاً.

(ح) نتائج الأخذ برأينا في شأن الطبيعة القانونية للضمان العشري:

١٦. قلنا إن المقترح الذي ننادي بضرورة الأخذ به من إمكانية نشأة الالتزام بالضمان العشري قانونياً أحياناً كما ينشأ عقدياً أحياناً أخرى؛ وبالتالي إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية في حق المدين بهذا الضمان في بعض الحالات وانعقاد مسؤوليته العقدية في حالات أخرى، لا يمنع من أن تتقلب المسؤولية العقدية إلى تقصيرية حال ارتكاب الملتزم بهذا الضمان - المشيد في الغالب - لجريمة أو لغش أو لخطأ جسيم في حق التعاقد الآخر (رب العمل في عقد المقاولة)^(٧٣)؛ وغالباً ما يشكل سبب تصدع المباني أو

^(٧٢) - راجع ما سبقت الإشارة إليه في بند ١٣ آنفاً.

^(٧٣) - حيث قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بما يلي: 'لا يجوز للمضروب أن يترك أحكام المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية إلا إذا كان الخطأ العقدي يشكل في ذات الوقت جريمة أو ينطوي على غش أو خطأ جسيم، فهنا نخرج من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق المسؤولية التقصيرية؛ إذ المدعي عليه يكون قد أخل بالالتزام قانوني بوجب عليه الامتناع عن هذا العمل في كل

انهيارها جريمة أو غش أو خطأ جسيم على نحو ما أسلفنا تفصيلاً؛ الأمر الذي يوسع من نطاق التعويض المستحق للمضرور (رب العمل) في هذه الحالة، حيث يجعل له الحق في طلب التعويض عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع على حدٍ سواء. وعلى ذلك فتبدو فائدة اقتراحنا هذا جليةً في أن الالتزام بالضمان العشري إذا كان قانونياً- حال عدم الاتفاق عليه في العقد صراحةً أو ضمناً أو استبعاد حكمه باتفاق مخالف- وترتب على الإخلال به المسؤولية التقصيرية، فإن نطاق التعويض الذي يستحقه المضرور في هذه الحالة يتسع ليشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع، مادام أنه كان نتيجة طبيعية للإخلال بهذا الالتزام (ضرراً مباشراً). أما إن كان الالتزام بهذا الضمان عقدياً، أي اتفق عليه صراحةً أو ضمناً في العقد المبرم بين المشيدين وطالبي البناء (المتعاقدين مع المشيدين على إقامة الوحدات العقارية) على نحو ما قدمنا؛ فيمكننا- في ظل التشريع المصري وعلى خلاف نظيره الفرنسي^(٧٤)- أن نصل إلى نفس النتيجة السابقة بمد نطاق التعويض ليشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع في آن واحد، حينما يُنسب إلى الملتزم بالضمان والمسئول عن الضرر جريمة أو غش أو خطأ جسيم، وهو الوضع الغالب كما سبق وأن قدمنا؛ لأن تهمد المبنى أو العيوب الجسام التي تظهر به، إن لم تشكل جريمة من جرائم البناء في حد ذاتها، فهي تمثل بالضرورة خطأً جسيماً نتج عن خروج المشيد الصارخ عن مقتضيات المهنة ومخالفة أصولها وأعرافها. وعلى

الأحوال، سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً، نقض مدني، ١٦ إبريل ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ١١٠، س ١٩ ق، ص ٧٦٢.

^(٧٤)- أما في ظل التشريع الفرنسي، فإن غالبية الفقه والقضاء قد أجمعوا على أن المسؤولية في حال الغش أو الخطأ الجسيم تظل عقدية ولا تتقلب إلى تقصيرية، ولكن ستكون أشد من المسؤولية العقدية العادية؛ إذ يُعوض المضرور في هذه الحالة عن الضرر المتوقع وغير المتوقع استثناءً من القواعد العامة في المسؤولية العقدية. راجع في هذا المعنى:

H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *op. cit.*, n° 404 & G. VINEY, *La responsabilité, conditions*, L.G.D.J. 1982, n° 222 & A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 759 & C. LARROUMET, *Droit civil, t. 3, Les obligations*, I^{er} partie, Economica 1986, n° 622 & B. BOUBLI, *Une pincée de droit pour l'obligation de sécurité de résultat*, JCP S 2008. 1624 & V. aussi en même sens pour les applications jurisprudentielles, Cass. 1^{er} civ., 16 juill. 1987, Bull. civ. I, n° 226, D. 1988, p. 49, note J. Calais Auloy & Cass. 1^{er} civ., 6 déc. 1989, D. 1990. 289, note J. Ghestin & Cass. 1^{er} civ., 25 janv. 1989, Bull. civ. I, n° 43 ; rapp. sur le délit «d'abus de faiblesse» & *comp.* G. MARTY et R. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 1, Sirey, 1964, n° 450.

هذا النحو، فلن نكون في حاجة إلى حسم الخلاف الفقهي الذي ثار بشأن نطاق التعويض عن الضرر الناتج في نطاق المسؤولية العشرية- كما سيأتي بيانه- وتأييد وجهة نظر على حساب أخرى، ولن نكون كذلك في حاجة إلى فكرة مصطنعة للقول بضرورة مد نطاق التعويض ليشمل الضرر غير المتوقع في حال المسؤولية العقدية باعتبار أحكامها أحكام استثنائية تخرج عن المألوف في القواعد العامة كما ذهب إلى ذلك بعض نصراء الرأي القائل بالالتزام العقدي.

ومن ناحية أخرى، فقد أشرنا إلى خلاف الفقه- في بادئ الأمر- في مدى وجوب التمييز بين نوعي المسؤولية- أي التصيرية *Responsabilité délictuelle* التي تقوم على أساس الإخلال بالتزام قانوني والعقدية *Responsabilité contractuelle* التي تنهض على أساس مخالفة أحد المتعاقدين لأحد الالتزامات التي اشتمل عليها العقد- من عدمه على رأيين على طرفي نقيض: فالبعض كان يذهب إلى وجوب التمييز ما بين المسؤولية التصيرية والمسؤولية العقدية؛ لوجود فروق هامة بينهما تقتضي هذا التمييز، وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسؤولية المدنية. *Dualité de responsabilité* بينما كان يرى البعض الآخر- على النقيض من ذلك- أنه لا محل لهذا التمييز بين المسؤوليتين؛ لأن أحكامهما واحدة. وهؤلاء هم أنصار وحدة المسؤولية *Unité de responsabilité*. ولن يتسع المقام هنا بالطبع لعرض كافة أسانيد تلك المذاهب الفقهية، خاصة وقد حسم غالبية الفقه والقضاء- في مصر وفرنسا- هذا الخلاف منذ زمن بعيد، بيد أنه يتحتم علينا- في معرض الحديث عن مزية أو فائدة اعتناق وجهة النظر التي ننادي بضرورة الأخذ بها بشأن طبيعة المسؤولية المدنية للمشئدين- أن نشير إلى مضمون هذه النظريات على عُجالة.

قد كان نصراء مذهب ازدواج المسؤولية- وهم غالبية الفقهاء^(٧٥)- يرون أن هناك فروقاً جوهرية بين المسؤوليتين من حيث أحكام كثيرة: فمن حيث الأهلية، فيكفي فيمن

(٧٥)- من أنصار هذه النظرية من الفقه المصري على سبيل المثال: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ص ٧٤٨ وما يليها & عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٤٦٦ وما بعدها & أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٤٦٨ وما يليها & ويُذكر أن الفقيه الفرنسي PLANIOL وتبعه في ذلك الفقيهان MAZEAUD و TUNC كانوا يرون- وعلى عكس غالبية الفقه والقضاء- عدم وجود معيار واضح للتمييز بين المسؤوليتين وتشابه القواعد القانونية التي تحكمهما: راجع للفقيه الأول بالاشتراك مع ريبير واسمان، الموسوعة العملية في

تتعقد مسؤوليته التقصيرية أن يكون أهلاً للتمييز، بينما يشترط فيه أهلية الرشد في غالبية العقود في المسؤولية العقدية. ومن حيث الإثبات فإنه في المسؤولية التقصيرية يتحمل به الدائن الذي عليه أن يثبت أن المدين قد أخل بالتزام قانوني وارتكب عملاً غير مشروع، أما في المسؤولية العقدية فيتحمل عبء الإثبات فيها المدين وحده إذا قام الدائن بإثبات وجود العقد بأن يثبت المدين تنفيذه للالتزام. ومن حيث الإغذار فالمسؤولية الأولى لا حاجة فيها للإغذار، بينما في الثانية يشترط أن يعذر الدائن مدینه بموجب تنفيذ الالتزام كقاعدة إلا في حالات استثنائية معينة. ومن حيث مدى التعويض وتحديد الضرر فإنه في المسؤولية التقصيرية يكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقفاً أو غير متوقع، أما في المسؤولية العقدية فإنه لا يكون إلا عن الضرر المتوقع الحدوث وقت إبرام العقد. ومن جهة التضامن بين المدينين إذا تعددوا في المسؤولية التقصيرية فإن التضامن ثابت بنص القانون، أما في المسؤولية العقدية فإن التضامن لا يفترض ويشترط فيه الاتفاق بين المدينين المعددين كقاعدة عامة. وبالنسبة للإعفاء من المسؤولية أو الحد منها فإنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو الحد منها لأنها مقررة بنصوص قانونية متعلقة بالنظام العام، بينما يجوز ذلك في المسؤولية العقدية. وأخيراً فمن حيث التقادم فإن المسؤولية التقصيرية تتقادم الدعوى فيها بمضي ثلاث سنوات كقاعدة أو خمس عشرة سنة في بعض الحالات الخاصة، أما في المسؤولية العقدية فإنها تتقادم بمرور خمس عشرة سنة.

ورغم أن نصراً وحدة المسؤولية^(٧١) قد أفلحوا- بما يضيق معه المقام لشرحه هنا تفصيلاً- في إثبات عدم وجود فوارق جوهرية بين نوعي المسؤولية من حيث الأهلية

القانون المدني الفرنسي، الالتزامات الجزء السادس، فقرة ٤٧٥ وما يليها & ومن الفقه الفرنسي الغالب راجع بصفة خاصة:

،t. II ،*Cours élémentaire de droit civil français* ،A. COLIN et H. CAPITANT 10et s. ٢٧٨n° ،١٩٤٨JULIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, .éd., par L^{ème} ،٣٦٥n° ،١٩٦٤Sirey, ،t. II, vol. ،*Droit civil* ،G. MARTY et R. RAYNAUD & ،M. PLANIOL et G. RIPERT : *Contra & .et s .bis* ٥٤٥et surtout, n° ٣٣٣p. partie, par P. ٩٢ ،*Les obligations* ،t. VI ،*Traité pratique de droit civil français* .et s ٤٧٥n° ،١٩٥٢ESMEIN, LGDJ,

(٧١)- أنظر على سبيل المثال لا الحصر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ط ١، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، فقرة ٦٠ وما يليها، ص ٨٩ وما بعدها & سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٩٦١، ص ٣٣٣ وما يليها & محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، مشكلة النطاق والخبرة، محاضرات لطلاب الدراسات العليا بكلية الحقوق-

والإثبات والإعذار والسبب والنتيجة، غير أنهم فشلوا في إزالة الفوارق الأخرى بين المسئوليتين في شأن نطاق التعويض، والتضامن، والتقدم، وجواز أو عدم جواز التأمين من هذه المسئولية، وكذا جواز الإعفاء أو التخفيف من المسئولية من عدمه.

وقد استقر الفقه الغالب في النهاية- مدعوماً بأحكام القضاء المصري والفرنسي على حدٍ سواء^(٧٧)- على وجوب التمييز بين نوعي المسئولية لتفاوت الأحكام القانونية الأخيرة. واتفقوا أيضاً- بسبب هذه الفوارق الجوهرية- على عدم جواز الجمع بين المسئوليتين أو الخيرة فيما بينهما؛ فلا يجوز للمضروب أن يجمع بين أحكام المسئوليتين طالباً التعويض مرتين عن خطأ واحد، كما لا يجوز له أن يجمع بين خصائص الدعويين في دعوى واحدة، وكذلك لا يجوز له- إن هو خسر إحدى الدعويين- أن يلجأ إلى الدعوى الأخرى. هذا وإذا اجتمعت شروط المسئوليتين في خطأ واحد، فليس للمضروب- وفقاً للراجح فقهاً وقضاءً أيضاً^(٧٨)- الخيرة بينهما بمحض إرادته وحده، فلا

جامعة أسيوط، ١٩٨١، ص ٣٥ وما بعدها & جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٣٥٨ وما يليها & أصحاب هذه النظرية من الفقه الفرنسي بصفة خاصة:

M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, 2^e partie, par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, n° 475 et s. & H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, 6^e éd., PUF, 1952, n° 514, p. 600 et s.

^(٧٧)- راجع لأحكام القضاء المصري التي تميّز بوضوح بين المسئوليتين التصيرية والعقدية على سبيل المثال لا الحصر: نقض مدني، جلسة ٤ إبريل ١٩٩٠، في الطعن رقم ٢٣٨٤، لسنة ٥٤ قضائية، مكتب فني رقم ٤١، ج ١، ص ٩١٧٤ & وفي هذا المعنى نفسه أنظر أيضاً: نقض مدني، جلسة ١١ نوفمبر ١٩٧٤، الطعن رقم ٤٢٣، لسنة ٣٩ ق، مكتب فني رقم ٢٥، ج ١، ص ١٢١٠ & نقض مدني، جلسة ٢ ديسمبر ١٩٨٠، في الطعن رقم ٦١٦، لسنة ٤٦ ق، مكتب فني ٣١، ج ٢، ص ١٩٧٨ & وأنظر أيضاً من أحكام القضاء الفرنسي:

Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1922, S., 1924, I, p. 105, note DEMOGUE & en même sens, Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 1965, D., 1966, p. 61.

^(٧٨)- السنهوري، الوسيط، ج ١، المرجع السابق، ص ٧٥٧ وما بعدها & سليمان مرقس، الموجز، المرجع السابق، ص ٣٣٨ وما يليها & محمد إبراهيم دسوقي، مصادر الالتزام، مكتبة الطليعة بأسبوط، ١٩٨١، ص ٢٩٣ وما بعدها & محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٧ وما بعدها & منير رياض حنا، المسئولية المدنية للأطباء والجراحين ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ٢١١ وما بعدها & وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها القديمة بأنه: لا يجوز للمضروب أن يترك أحكام المسئولية العقدية إلى المسئولية التصيرية إلا إذا كان الخطأ العقدي

يمكن له التمسك بالمسئولية التقصيرية إن كانت أفضل له وترك المسئولية العقدية، كأن يريد التعويض عن الضرر غير المتوقع الذي لا تكفله المسئولية العقدية فيتمسك بقواعد المسئولية التقصيرية مثلاً، أو أن يريد التهرب من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية فيتمسك بالمسئولية التقصيرية وهكذا.

ونعتقد - ختاماً لوجهة نظرنا - أن الخلاف الفقهي حول طبيعة الالتزام بالضمان العشري، ومن ثم تحديد طبيعة المسئولية العشرية الناشئة عن الإخلال به، لا يكون له عظيم الأثر في ظل المقترح الذي ننادي بضرورة الأخذ به لتكثيف هذا الضمان وفقاً لمفهومه الحديث أو العصري. فرغم الفروق التقليدية الجوهرية بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية على نحو ما بينا، غير أن هذه الفروق تذوب كلها لتتبلور في أثر واحد فقط يتعلق بنطاق التعويض المستحق للمضرور في مواجهة المشيدين ومن في حكمهم؛ ولبيان ذلك نقول إن الفقه والقضاء^(٧٩) قد استقروا الآن على أن التنظيم القانوني الخاص بهذا الضمان يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته أو إلغاء أحكامه، وقد قرر المشرع بتلك الأحكام التضامن الإجباري بين المدينين بهذا الضمان، وتقدم دعوى المسئولية العشرية الناشئة عن الإخلال به، ووجوب التأمين الإجباري من انعقاد هذه المسئولية، وعدم جواز الإعفاء أو التخفيف منها، بما لا يجوز معه للمشيدين ومن في حكمهم الاتفاق على خلافها في عقودهم الخاصة. ومن ثم؛ فيجب العمل بتلك الأحكام الأمرة سواء قلنا بانعقاد المسئولية التقصيرية أو العقدية للملتزم بأحكام الضمان العشري. أما بالنسبة لنطاق التعويض المستحق للمضرور من تصدع المباني أو تدهمها أو ظهور عيوب جسام بها، فهو الأثر الوحيد الذي قد يختلف بحسب نوع المسئولية المنعقدة حال إخلال المدين به، حيث يقتصر التعويض على الضرر المتوقع فحسب إذا ما تم تكثيف

يشكل في ذات الوقت جريمة أو ينطوي على غش أو خطأ جسيم، فهنا نخرج من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق المسئولية التقصيرية؛ إذ المدعي عليه يكون قد أخل بالتزام قانوني يوجب عليه الامتناع عن هذا العمل في كل الأحوال، سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً" نقض مدني، ١٦ إبريل ١٩٦٨، الطعن رقم ١١٠ لسنة ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، ج ٢، س ١٩ ق، ص ٧٦٢.

^(٧٩) - لمزيد من البيان أنظر بصفة خاصة: محمد لبيب شنب، الوجيز، سابق الذكر، ص ١٤٤ وما بعدها & محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٧٨ & إبراهيم سيد أحمد، مسئولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقهاً وقضاً، المرجع السابق، ص ٨٨ & أنظر أيضاً من الفقه الفرنسي:

PLANIOL M., RIPERT G. et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *op. cit.*, p. 194 et surtout p. 201 et s.

المسئولية العشرية بالعقدية، بينما يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع إذا ما تم تحديد طبيعتها بالمسئولية التقصيرية^(٨٠).

المطلب الثاني

التزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية؟

١٧. إن تحديد نوع الالتزام بالضمان العشري من حيث كونه ينتمي إلى طائفة الالتزامات ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة أو غاية لمن الأهمية بمكان لتحديد الأحكام القانونية الواجبة التطبيق على مسئولية من يخالفه من حيث قواعد الإثبات^(٨١). فمن المقرر أن الملتزم ببذل عناية لا تتعدد مسئوليته إذا أثبت أدائه الالتزام، ولو لم تتحقق الغاية أو النتيجة المرجوة، ويكفي أن يثبت بذله عناية الشخص المعتاد في أداء الالتزام حتى تنتفي مسئوليته القانونية. وعلى النقيض من ذلك، فالملتزم بتحقيق نتيجة لا يعفي

(٨٠) - راجع لمزيد من البيان حول أحكام دعوى المسئولية العشرية: محمد لبيب شنب، الوجيز، سابق الذكر، ص ١٣٦ وما بعدها & السنهوري، الوسيط، السابق، ص ١٣٢ وما بعدها & محمد شكري سرور، السابق، ص ٢٧٩ وما يليها & محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٦٠ وما يليها & إبراهيم سيد أحمد، مسئولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقهاً وقضاءً، المرجع السابق، ص ٨٨ وما بعدها & محمد ناجي ياقوت، مسئولية المعمارين بعد تمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها & وأنظر أيضاً من الفقه الفرنسي:

M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, op. cit., p. 194 et surtout p. 201 et s. & J. DELVAUX, *Droits et obligations des architectes*, op. cit., p. 182 et s. & H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, op. cit., n° 1150 et s. & J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., p. 509 et s.

(٨١) - لا علاقة بين وجود عقد بين طرفين وطبيعة الالتزام من حيث كونه التزاماً بتحقيق غاية (نتيجة) أو ببذل عناية، فقد يكون الالتزام بتحقيق غاية ناتجاً عن عقد (التزام عقدي)، كما قد يكون ناشئاً عن نص القانون (التزام قانوني). كما أن الالتزام ببذل عناية بدوره قد يكون ناشئاً عن عقد، وقد يكون مصدره نص القانون. لكن الفارق الحقيقي بين الالتزامين يبدو كما يقول الأستاذ الدكتور السنهوري - رحمة الله عليه - في هذا الصدد: «الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد. فالمدين قد التزم بالعقد. فيجب عليه تنفيذ التزامه... فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد، وجب أن نميز في هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام. فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية، والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة»، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، فقرة ٤٢٤.

من المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام ولو أثبت بذله العناية اللازمة في أدائه، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي حال دون تحقيق النتيجة الملتزم بها^(٨٢). ويذهب الرأي الراجح فقهاً^(٨٣) وقضاءً^(٨٤) - ونحن نؤيدهم لرزانة أسانيدهم وقوة حججهم - إلى أن التزام المهندس والمقاول، كقاعدة عامة، ما هو إلا التزام بتحقيق نتيجة

^(٨٢) - راجع لهذا المعنى على سبيل المثال: عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ٣٥ & أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المعارف، ١٩٦٢، ص ٣٩٠ & عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٣٦٣ - وللمزيد أيضاً للمؤلف نفسه، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المصري والقانون الكويتي، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص ١٦٣ وما بعدها & عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج ١، المرجع السابق، ص ٦٦٠ وما بعدها & للمزيد راجع أيضاً المراجع المتخصصة التالية: أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسئوليتين الشخصية والموضوعية، دراسة تحليلية قضائية في القانونين الفرنسي والمصري، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص ٢٦١ وما يليها & ناديا محمد مصطفى قزمار، حدود المسؤولية العقدية في إطار الالتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة، مجلة بحوث الشرق الأوسط، مركز بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، العدد ٤٨، ٢٠١٩، ص ٣٧٥ وما بعدها. ومع ذلك فإن بعض الفقه الفرنسي المعاصرين أثبتوا عدم دقة التفرقة بين نوعي الالتزام بتحقيق نتيجة وبذل عناية مما لا يسع المقام لذكره هنا تفصيلاً، أنظر لمزيد من البيان على سبيل المثال لا الحصر:

«La distinction entre le contrôle des moyens et le contrôle du seul résultat n'est pas toujours aisée. Il en résulte une casuistique nuancée parfois déroutante», BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8^e éd., coll. Domat Droit privé, Montchrestien, 2008, n° 23 & V. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, 1965, préf. R. NERSON; G. DURRY, obs. RTD civ. 1968, n° 363.

^(٨٣) - من هذا الرأي على سبيل المثال لا الحصر: محمد لبيب شنب، الوجيز، المرجع السابق، ص ١٣٢ وما يليها & محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، بدون دار نشر، ٢٠٠٣، ص ٢٣ وما بعدها & ويرى كذلك الفقه الفرنسي الغالب أن كافة التزامات مقاول البناء الذي يقوم بصنع شيء من عدم - هو المبنى أو المنشأ الثابت - لهي التزامات بتحقيق نتيجة دائماً، خاصة في حالة المقاول من الباطن المطلوب منه تنفيذ أعمال البناء والذي تخضع مسؤوليته للقواعد العامة؛ فإذا لم تتحقق هذه النتيجة بأن لم يتم تسليم البناء في موعده المتفق عليه، قامت قرينة على انعقاد مسؤولية المقاول. أنظر بصفة خاصة:

«Les obligations de l'entrepreneur de construction immobilière (qui sont de construire, donc de façonner une chose), sont, en principe, des obligations déterminées ou de résultat ; c'est au résultat non atteint que ressort le manquement présumé à l'engagement global de livrer dans le délai une chose exempte de vices. Spécialement dans le cas du sous-traitant, dont la

وليس التزاماً ببذل عناية؛ فلا يبرأ المهندس والمقاول، وغيرهما من المشيدين، من التزامهما إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة وأنجزا العمل المطلوب منهما- وهو المبنى أو المنشأ الثابت- دون حدوث تدهم أو ظهور عيوب جسيمة تهدد متانتة خلال العشر سنوات التالية لتسلمه من جانب رب العمل، ولا يكفي أن يبذلا في القيام بهذا الالتزام عناية الشخص المعتاد أو حتى أكبر عناية ممكنة، ذلك أنه ما دام قد تدهم العمل الإنشائي أو ظهرت به عيوب جسام تهدد متانتة خلال هذه المدة، فإن المهندس والمقاول- ومن في حكمهما- يكونا مسئولين، ولا تنتفي مسؤوليتهما حتى يثبتا السبب الأجنبي^(٨٥).

responsabilité relève du droit commun», M. CANTELAUBE, *La responsabilité des constructeurs en droit public français*, thèse, Paris, 1966, p. 116 et s. & en même sens, J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 8e éd., Montchrestien, 2008, n° 1044 & Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, 8° éd., 2009, Précis Dalloz, n° 23 et s.

^(٨٤)- قد أكدت محكمة النقض المصرية على هذا الحكم في غير مناسبة لها فقضت بما نصه: «أن التزام المقاول هو التزام بنتيجة، هي بقاء البناء الذي يشيده سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، وإن الإخلال بهذا الإلتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما و إن الضمان الذي يرجع إلى تنفيذ المقاول أعمال البناء يتحقق إذا ظهر وجود العيب في البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم و لو لم تتكشف آثار العيب و تتفاقم أو يقوم التدهم بالفعل إلا بعد إنتضاء هذه المدة»، نقض مدني، ٢٣ يونيو ١٩٧٠، الطعن رقم ٤١٠ لسنة ٣٦، مكتب فني ٢١، ص ١٠٦٨ & وفي المعنى نفسه: نقض مدني مصري، ٢٧ نوفمبر ١٩٧٣، الطعن رقم ٩٤١، لسنة ٣٨، مكتب فني ٢٤، ص ١١٤٦ & وأنظر في المعنى نفسه أحكام النقض الفرنسي التالية:

Cass. 3° civ., 28 janv. 1998, RDI 1998, n° 472, obs. P. Malinvaud et B. Boubli & Cass. 1° civ., 24 mars 1993, Gaz. Pal., 1994. I. somm., p. 113, obs. PEISSE & Cass. 1° civ., 6 déc. 1989, D. 1990, p. 289, note J. GHESTIN & comp. Cass. 1° civ., 25 janv. 1989, Bull. civ., I., n° 43, p. 21 & Cass. 3° civ., 30 mars 1989, RGAT 1989, p. 613, obs. J. Bigot & Civ. 1° civ., 16 juill. 1987, Bull. civ., I, n° 226, D. 1988, p. 49, note J. Calais-Auloy.

^(٨٥)- أنظر لمزيد من البيان: محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، السابق، ص ٨٥ وما بعدها & فتحة قررة، أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص ١٠٧ وما بعدها & قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، المرجع السابق، ص ٩٦ وما يليها & إبراهيم سيد أحمد، إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل، عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مرجع سابق الإشارة، ص ٣٢ وما يليها & وللتطبيقات القضائية المصرية، أنظر على سبيل المثال لا الحصر: نقض مدني، جلسة ١٣/٤/١٩٦٧، الطعن رقم ٩٢٤، س ١٨، مجموعة أحكام النقض، ج ٢، س ٤٧ ق، ص ٨٣٥ & وراجع كذلك من الفقه الفرنسي والتطبيقات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية:

غير أنه استثناءً من القاعدة سالفة الذكر، فإن التزام المشيّد (المقاول أو المهندس) إذا كان يوجب عليه القيام بواجب النصح والإرشاد أو التبصير في مواجهة عملائه، مثل التزام المهندس الاستشاري- أي مكتب الاستشارات الهندسية- بتقديم واجب النصح وإرشاد عميله أو المتعاقد معه أثناء تنفيذ عملية التشييد، فإن التزامه هذا يكون ببذل عناية^(٨٦).

وبناءً على القاعدة التي وضعها الرأي الراجح فقهاً وقضاءً^(٨٧)، ومن ناحية أولى، فإذا تهدم المبنى كلياً أو جزئياً أو ظهرت فيه عيوب تهدد متانته وسلامته خلال عشر سنوات من وقت تسلم المبنى من جانب رب العمل، أي لم تتحقق النتيجة المرجوة؛ انعقدت مسؤولية المهندس والمقاول- ومن كان في حكمهم ممن تمتد يديه إلى عملية التشييد- القانونية أمام رب العمل، إلا إذا أثبتنا السبب الأجنبي الذي حال دون تحقق هذه النتيجة، وهو إثباتٌ جُدٌ عسير؛ لأن انتفاء مسؤوليتهما في هذه الحالة إنما يأتي من نفي

«Le louage d'ouvrage oblige l'entrepreneur à un résultat ; mais pour obtenir ce résultat, le locateur est libre des moyens qu'il met en oeuvre. Tenu d'exécuter le travail, il décide comme il l'entend de la façon dont il va y procéder», H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, op. cit., n° 1332 & en même sens, M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, 2° éd., t. 11, LGDJ, 1952-1960, n° 769 et 907 & B. BOUBLI, *Le lien de subordination juridique réalité ou commodité ?*, JS Lamy 1999, n° 35/1 & J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, PUF, Paris, 1996, p. 341 et s. & J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, op. cit., n° 1452 et s. & Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, Bull. civ., I, n° 108, obs. Jourdain & Cass. 1^{re} civ., 5 juin 1935, DH 1935, p. 508 ; Soc. 2 déc. 1970, Bull. civ., V, n° 683.

^(٨٦)- لمزيد من الإيضاح أنظر من الفقه المصري: سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم مفتاح، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٩ وما يليها & وأنظر كذلك من الفقه الفرنسي:

«En revanche, il n'est tenu que d'une obligation de moyen, lorsque sa responsabilité est encourue pour manquement à l'obligation de conseil (solution transposée de l'architecte)», P. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, 5° éd., Précis Dalloz, 1991, n° 116.

^(٨٧)- أنظر لمزيد من البيان حول النتائج المترتبة على هذه القاعدة: محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، ج ٤، ط ١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٣، فقرة ٥٩٤، ص ٥١٣ & السنهوري، الوسيط، ج ٧، المرجع السابق، فقرة ٧١، ص ١٣٢ وما بعدها & محمد لبيب شنب، الوجيز في عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة ١٢٣ & وأنظر كذلك من الفقه الفرنسي:

علاقة السببية بين الخطأ والضرر، لا من نفي الخطأ نفسه. ومن ناحية أخرى، فيكفي رب العمل إذن في رجوعه على المقاول أو المهندس أو عليهما معاً بدعوى الضمان أن يثبت أن هناك عقد مقاوله بينهم محله مبانٍ أو منشآت ثابتة، وأن هذه المباني أو المنشآت قد تهدمت كلياً أو جزئياً أو ظهرت فيها عيوب جسيمة في خلال العشر سنوات التالية لتسلم المبنى أو المنشأ الثابت، حتى تنهض مسؤولية المقاول والمهندس بالتضامن اتجاه رب العمل، ولا حاجة لأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ في جانب المقاول أو المهندس؛ إذ حدوث التهدم أو ظهور العيب في المبنى أو المنشأ هو ذاته الخطأ، كما هو الأمر في كل التزام بتحقيق نتيجة^(٨٨).

لكن من الجدير بالذكر أنه كان هناك رأي مرجوح في الفقه الفرنسي^(٨٩) يذهب إلى أن الالتزام بالضمان العشري ما هو إلا التزام ببذل عناية؛ فليس على المهندس المعماري والمقاول إلا أن يقوموا بواجبهما في إعداد التصميم أو المخطط الهندسي للمبنى أو للمنشأ

^(٨٨) - ومع ذلك، يبدو أن القضاء الفرنسي قد تردد قليلاً في تقرير هذه القاعدة في بعض الحالات التي يلتزم فيها المقاول بمجرد خدمة يدوية لا ينتج عنها شيء معين. مثل خدمات التنظيف والحراسة وكي الملابس. فعلى سبيل المثال، قضت محكمة النقض الفرنسية في مجال مقاولات البناء بأن منظر واجهات المباني والأبراج الذي يستعين برافعات أو مصاعد، لا يلتزم بالضمان العشري أمام رب عمله، ومن ثم لا تنور مسؤوليته العشرية، وإنما يُسأل وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية. أنظر على سبيل المثال لانتقاد بعض الفقه الفرنسي مسلك محكمة النقض الفرنسية:

«*Mais ici, la solution est loin d'être satisfaisante d'autant que certains arrêts, tout en considérant qu'un ravalement ne relève pas de la garantie décennale, mais de la responsabilité de droit commun de l'entrepreneur, font peser sur l'entrepreneur une obligation de résultat. Civ. 3e, 5 févr. 1985, Bull. civ. III, no 21 ; rappr. : 19 mars 1986, RDI 1986, 368 et 13 janv. 1988, ibid. 1988. 229*», B. BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, 3^e éd., Journ., 1987, n° 212.

^(٨٩) - أنظر لهذا الرأي من الفقه الفرنسي بصفة خاصة:

V. ROULET et M. PEISSE, *Commentaire de la loi du 4 janvier 1978*, Gaz. Pal. 1978, I, Doctr., n° 115 & D. SIZAIER, *Dommages intermédiaires*... Constr. et Urb. 1999. Chron. p. 7 & A. SPINETTA, *La réforme de la responsabilité et de l'assurance dans le domaine de la construction*, Annales des Ponts et Chaussées, 4^e trim. 1978, p. 7 & A. THIBIERGE, *Responsabilité et assurance dans le domaine de la construction après la loi du 4 janvier 1978*, Defrénois 1979, art. 32021 & P. TIRARD, *Le domaine de la maîtrise d'ouvrage déléguée*, RDI 1996, n° 451 & M. ZAVARO, *Achèvement, inachèvement et réception*, Gaz. Pal., 1^{er}-3 août 1999, p. 2.

الثابت وتنفيذه والإشراف عليه، وأن يبذلا في التصميم والتنفيذ عناية من في مستواههما في المهندسين والمقاولين الآخرين، وليس عليهما بعد ذلك أن يحققا الغرض من عملهما وهو عدم تدهم المبنى أو المنشأ الثابت في المستقبل خلال عشر سنوات من وقت تسلمه من قبل رب العمل أو ظهور عيوب جسيمة فيه تهدد متانته. ومن ثم- وبناءً على هذا الرأي- تنتفي مسؤولية المهندس والمقاول إذا ما أثبتا قيامهما بواجبهما وبذل عناية الشخص المعتاد الذي يوضع محلها في أداء ذات العمل، حتى ولو تدهم المبنى أو المنشأ الثابت بعد ذلك خلال العشر سنوات من وقت تسلمه من جانب رب العمل تدهماً كلياً أو جزئياً، لأنه لم يصدر منهما إخلالاً بالضمان يستوجب مسائلتهما.

وكان نصراء هذا الاتجاه يستندون إلى أساس الالتزام ومصدره؛ أساس ومصدر الالتزام بالضمان العشري- لدى هذا الجانب من الفقه وكما رأينا آنفاً بشيء من التفصيل- هو عقد المقاولة الذي أنشأه وليس نص القانون، أي هو التزام عقدي يوجب المسؤولية العقدية عند مخالفته، والالتزامات العقدية تكون دائماً وأبداً- وفقاً لهذا الرأي- التزامات ببذل عناية وليست بتحقيق نتيجة.

لكن الحقيقة التي لا يخالجهما شك لدينا هي أن هذا الرأي الأخير لم يلق رواجاً في مصر أو في فرنسا، على أساس ما أجمع عليه غالبية الفقه- وبحق- من أنه ليس هناك تلازم حتمي بين الالتزام العقدي والالتزام ببذل عناية، فهناك من الالتزامات العقدية ما يكون بتحقيق نتيجة^(٩٠). كما أن الأخذ بهذا الرأي الأخير لا يحقق أي قدر من الحماية

(٩٠)- ويقول الأستاذ الدكتور السنهوري في هذا الشأن ما نصه: *فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد، وجب أن نميز في هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام. فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية. والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة... إن الالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (obligation de resultat)، وإنما أن يكون التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen). أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية. وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير. فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية، غير أن سيادته عاد للتوسعة من مجال الالتزام القانوني فجعله كذلك إما التزاماً ببذل عناية أو بتحقيق غاية؛ إذ يقول: "وهذا التمييز لا يقتصر على الالتزامات العقدية، فالالتزام بعدم الإضرار بالغير، وهو التزام قانوني، التزام ببذل عناية. والالتزام بعدم الإضرار على حساب الغير، وهو أيضاً التزام قانوني، التزام بعناية"، أنظر الوسيط، ج ١، سابق الإشارة، فقرة ٤٢٨ بهامش (١)، وفقرة ٥٢٦ & وفي المعنى نفسه راجع على سبيل المثال:*

القانونية لرب العمل، وهو الشخص الذي قصد المشرع حمايته بموجب قواعد الضمان العشري؛ فالأخير- وهو من غير المتخصصين وغير ذوي الخبرة في أصول التشييد والمعمار- من مصلحته أن يكون التزام المهندس والمقاول- ومن في حكمهما- التزاماً بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، لأنه يكفيه في هذه الحالة إقامة الدليل على تدهم المبنى كلياً أو جزئياً أو ظهور عيوب خطيرة فيه تهدد متانته وسلامته خلال العشر سنوات التالية لتسلم المبنى دون إثبات خطأ المهندس أو المقاول أو معاونيه، أي يقيم الدليل فحسب على عدم تحقق النتيجة المرجوة عند إقامة دعواه عليهما، لتتعد من ثم مسؤوليتهما اتجاهاه بقوة القانون.

الفصل الثاني

نطاق الالتزام بالضمان العشري من حيث الأشخاص (الأشخاص الملزمون بأحكام الضمان العشري)

Débiteurs ou personnes tenues à la garantie décennale

١٨. يُقصد بأشخاص الضمان العشري أو المخاطبين بأحكامه بصفة عامة: الملتمزمون به والمستفيدون منه، وتعبير أدق، المدينون بهذا الضمان والدائنون به، ولا يدخل الأخيرون ضمن نطاق دراستنا التي خصصناها لبحث نطاق تطبيق هذا الضمان من حيث الملتمزين أو المدينين به فحسب.

ويلتزم بالضمان العشري في التشريع المصري- وفقاً لصريح نص المادة ٦٥١ من التقنين المدني- شخصان لا ثالث لهما هما: المقاول والمهندس المعماري. أما عن الوضع في فرنسا، فقد شهد تطوراً كبيراً منذ أن قنن المشرع الضمان العشري بنصوص المجموعة المدنية القديمة (مجموعة نابليون) في إبريل من العام ١٨٠٤؛ فقد كانت المادة ١٧٩٢ من المجموعة المدنية تلزم المقاولين والمهندسين المعماريين فقط بهذا الضمان فحسب كما هو الوضع في القانون المصري. وظل هذا الوضع قائماً فترة طويلة من الزمن حتى بعد التعديلات التشريعية المتتالية لهذه المجموعة في ١٤ ديسمبر ١٩٦٦ وفي ٣ يناير من عامي ١٩٦٧ و١٩٧٧. إلى أن جاء المشرع الفرنسي بنقطة نوعية كبيرة في عدد الملتمزين بهذا الضمان بموجب المرسوم بقانون رقم ١٢ الصادر

سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٩٣ وما بعدها & عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٨٧ وما يليها & عبد الودود يحيى، الموجز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٧ وما بعدها & حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها & جلال إبراهيم، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، ص ١٢ وما بعدها.

في ٤ يناير لسنة ١٩٧٨ فألزم به المشيدين *Constructeurs* بصفة عامة، ليصبح الملتزمون به بمقتضى المادة ١٧٩٢-١ من التقنين المدني الحالي- إضافةً إلى المقاولين والمهندسين المعماريين- المهندسين المدنيين، والمهندسين الجيولوجيين، والمساحين للأراضي، والفنيين الاستشاريين، والمراقبين التنفيذيين، والمطورين العقاريين، وبإعني الأبنية لأغراض السكنى وللأغراض التجارية، ومشيدي الأبنية بهدف بيعها، والوسطاء العقاريين ونائبي أرباب الأعمال، وصانعي عناصر التجهيز في المباني المعدة سلفاً للتركيب ومستورديها، ثم صدر قانون البناء والإسكان- المواد L 111 منه وما يليها- النافذ بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٦٢١ في ٣١ مايو ١٩٧٨ ليؤكد على هذا التوسع الكبير في النطاق الشخصي للالتزام بأحكام هذا الضمان الخاص.

وإبان هذا التوسع الذي شهدته نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص في فرنسا، نجد أن المشرع المصري- على النقيض من ذلك- قد وقف مكتوف الأيدي واكتفى بالنصوص التشريعية القديمة التي نقلها عن مجموعة نابليون المدنية القديمة، فحصر الملتزمين بهذا الضمان في المشيدين بالمعنى الدقيق فحسب (المقاولين والمهندسين المعماريين)، ولم يشأ أن يتدخل لتعديل هذه النصوص منذ أن سنّ تقنينه المدني في منتصف القرن العشرين تقريباً حتى الآن، وذلك رغم انتقاد غالبية الفقه لهذا المسلك التشريعي السلبي، ورغم مرونة القضاء في تطبيق أحكام هذا الضمان ليستوعب بعض الأشخاص الآخرين الذين لم تلزمهم النصوص التشريعية به صراحةً مثل المهندسين المدنيين ومن كان على شاكلتهم من فنيين استشاريين (مكاتب أو شركات الاستشارات الهندسية). وقد جاء موقف الفقه والقضاء هذا نتيجة استشعارهم للحرج وخيبة الأمل في النصوص التشريعية الجامدة التي لم تعد تلائم التطور العصري الذي شهدته القطاع العقاري في الآونة الأخيرة والتسارع نحو البناء مع كثرة عدد المتدخلين في عملية التشييد واستخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة فيها.

وسوف نستعرض من خلال مبحثي هذا الفصل، كلا الاتجاهين المضيق والموسع- اتجاه المشرع المصري ونظيره الفرنسي- للنطاق الشخصي للالتزام بالضمان العشري على النحو التالي:

المبحث الأول: النطاق التقليدي الضيق للملتزمين بالضمان العشري

المبحث الثاني: التوسع في نطاق الملتزمين بالضمان العشري

المبحث الأول

النطاق التقليدي الضيق للملتزمين بالضمان العشري

(المشيدون بالمعنى الدقيق)

Sens étroit des débiteurs de l'obligation décennale

١٩. إن القانون المدني المصري يقصر - وفقاً لصريح لفظ المشرع بنص المادة ٦٥١ من التقنين المدني وكما أشرنا آنفاً- نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري على المقاول والمهندس المعماري دون غيرها من الأشخاص الآخرين الذين يتدخلون أو يتوسطون في عملية التشييد (من في حكم المشيدين). ولا ريب أن التشريع الفرنسي لا يزال يشترك مع نظيره المصري في تطبيق أحكام هذا الضمان الخاص على المشيدين بالمعنى الدقيق؛ لأن هذا الضمان قد نشأ في الأصل في فرنسا- كما أشرنا آنفاً- لحماية طائفة أرباب الأعمال في مواجهة المتعاقدين معهم في عقود المقاولات من مقاولين ومهندسين. وسوف نستعرض سوياً مفهوم المقاولين والمهندسين المعماريين، وحدود أو قيود إلزامهم بالضمان العشري في نطاق الدراسة المقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

المقاولون

(المقاولون الأصليون والمقاولون من الباطن)

Les entrepreneurs et les sous-traitants

٢٠. لما كان من المتصور أن يعهد المقاول بتنفيذ العمل الإنشائي (تنفيذ المبنى أو المنشأ الثابت) إلى مقاول آخر من الباطن (مقاول فرعي)، فكان لزاماً علينا أن نحدد مدى التزام كل واحدٍ منهما بهذا الضمان الخاص، وهو ما سنحاول بحثه من خلال النقاط التالية:

(١) المقاولون^(٩١):

Les entrepreneurs principaux (les locateurs d'ouvrage):

٢١. لم يعرف المشرع المصري المقاول ضمن النصوص القانونية المنظمة لعقد المقولة في القانون المدني بصفة عامة أو ضمن القوانين الخاصة الأخرى المنظمة

(٩١) - حينما يقوم المشيد أو المقاول - بعد تعاقد مع رب العمل - بتنفيذ الأعمال الإنشائية (المبنى أو المنشأ الثابت) بنفسه؛ فليس هناك في هذا الفرض أدنى مشكلة في تحديد الملتزم بالضمان العشري في مواجهة رب العمل (طالب البناء)، ولن يكون هناك حاجة في هذه الحالة للترقية بين مقاول أصلي وآخر فرعي (مقاول من الباطن)، ويُطلق على المشيد في هذه الحال لفظ "المقاول" فحسب، ويُسمى أحياناً بالمنفذ.

للبناء كقانون البناء الموحد رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨^(٩٢)، وإن كان قد اكتفى في هذا الصدد بتحديد التزامات هذا الأخير في علاقته برب العمل^(٩٣).

غير أنه يمكننا تعريف المقاول في أحكام الضمان العشري- ويسمى كذلك المنفذ- من مجمل النصوص القانونية المنظمة لالتزاماته في القانون المدني ومن اجتهادات الفقه بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يرتبط بعقد مقاوله مع رب العمل، يتعهد بمقتضاه بتشيد أو بتنفيذ مبنى أو منشأ ثابت وفقاً للتصاميم والنماذج والرسوم المعدة من قبل مهندس معماري معتمد من قبل الدولة"^(٩٤).

وبالتالي فإن المقاول- الملتزم الأصلي بأحكام الضمان العشري- هو الذي يُعهد إليه بمهمة إقامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى أو بتنفيذ التصميم الهندسي الذي يضعه

(٩٢)- أنظر الجريدة الرسمية- العدد ١٩ مكرر (أ)- السنة الحادية والخمسون، ٦ جمادى الأولى سنة ١٤٢٩ هـ، الموافق ١١ مايو سنة ٢٠٠٨ م.

(٩٣)- وقد أنشئ الاتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء بموجب القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٩٢، حيث ينص في مادته الأولى على أن الاتحاد يشمل كافة مقاولي التشييد والبناء والأشغال العامة واستصلاح الأراضي، ومقاولي التركيبات والتكريك وأعمال الملاحة البحرية، وأية أعمال أخرى من ذات طبيعة هذه الأعمال. ومن الجدير بالذكر أن المادة الأولى بقرتها الثانية من التعريفات الواردة بالشروط العامة للمقاولات والهندسة المدنية لعقود الفيدك لعام ١٩٩٢ بيّنت المقصود بالمقاول بقولها: "هو الشخص الذي قبل رب العمل عطاؤه ولا يُعصد به المحال إليه الحق من هذا الشخص (المقاول من الباطن)"، راجع في هذا الصدد الترجمة العربية لعقد الفيدك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية (الكتاب الأحمر)، إعداد مكتب الشلفاني للاستشارات القانونية والمحاماة، ط ٣، ١٩٩٨، ص ١٢ & ولمزيد من البيان حول عقود الفيدك أنظر في هذا الصدد: محمد مجد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٥ وما بعدها & محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسة في مجال التشييد والبناء، دراسة في ضوء عقد الفيدك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٨٧ وما يليها & جمال الدين أحمد نصار ومحمد ماجد خلوصي، عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، ط ٢٠٠٢، الناشر غير معلوم، ص ٣ وما بعدها،

(٩٤)- أنظر لهذا المعنى: محمد شكري سرور، مسئولية مهندسي ومقاولي البناء، السابق، ص ٤٨ & فتحة قرّة، أحكام عقد المقاوله، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص ٢٥ & ومن الفقه الفرنسي أنظر أيضاً:

A. CASTON, *Garantie décennale et responsabilité de droit commun, préc.*, p. 539 et s.

المهندس المعماري بحسب الأصل، ويستوي أن يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً (شركة مقاولات)^(٩٥).

وحتى يخضع المقاول لأحكام الضمان العشري يستوي أن يكون هو من قدّم مواد البناء من عنده، أو يكون الذي قدّم تلك المواد هو رب العمل، ففي الحالتين يلتزم المقاول بالضمان العشري وتقوم مسؤوليته المفترضة عن أي خلل يظهر بالمبنى أو المنشأ فيما بعد بقوة القانون إذا اجتمعت شرائطها التي سنبيّنها تباعاً فيما بعد^(٩٦).

كذلك يستوي- حتى يلتزم المقاول بالضمان العشري- أن يكون رب العمل قد عهد بإقامة المباني أو المنشآت إلى مقاول واحد، أم أسند هذه المهمة إلى عدة مقاولين دفعة واحدة؛ فيوكل- على سبيل المثال- إلى مقاول بمهمة وضع الأساس وتشبيد الأسقف والحوائط، ويُسند إلى مقاول ثانٍ مهمة أعمال الأرضيات، ويعهد إلى ثالث بأعمال الكهرباء، وإلى رابع بأعمال الصرف، وإلى خامس بأعمال النجارة... وهكذا. فكل من هؤلاء يعتبرون مقاوليين في حدود الأعمال التي يقومون بها، ويكون كل منهم ملتزماً بالضمان في مواجهة رب العمل بشأن أعمال البناء التي قام بها بصفة خاصة.

وقد بيّنت المادة ٦٥٢ من القانون المدني المصري- بالمفهوم المخالف- مسؤولية المقاول بنصها على أن: «إنما أقتصر المهندس المعماري على وضع التصميمات دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم». وبالمفهوم المخالف للنص سالف الذكر، فإن المقاول يُسأل عن العيوب التي تأتي من تنفيذ المبنى أو المنشأ الثابت على أرض الواقع، ومن العدالة بمكان- وبحسب

^(٩٥)- إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقهاً وقضاءً، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٨٦.

^(٩٦)- في هذا المعنى أنظر بصفة خاصة: محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ١١، هامش (١) & وفي المعنى نفسه: محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية، مرجع سابق، ص ٨ وما بعدها، وبصفة خاصة ص ٢٤٥ وما يليها & ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٩٢ وما يليها & سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف، دون سنة نشر، ص ٢١ وما يليها & ومن الفقه الفرنسي أنظر أيضاً:

R. SAINT-ALARY, *Droit de la construction*, 8^e éd., PUF, 2006, p. 289 & E. GAVIN-MILAN-OSTERLYNCK, *Pour une durée décennale de la responsabilité du constructeur*, RDI 2006, p. 259 et s.

الأصل ووفقاً للقاعدة سالفة الذكر- ألا يُسأل عن العيوب التي تظهر في التصميم؛ لأنه ليس الأخير من مهام عمله، وإنما من مهام المهندس، فالمقاول- كما سبق القول- يضطلع أساساً بمهمة تنفيذ التصميم على أرض الواقع أو تشييد المبنى أو المنشأة الثابتة، في حين أن مهمة وضع التصميم تقع على عاتق المهندس المعماري وهو ما سنفصله بعد قليل.

غير أن غالبية الفقه قد استدركوا على هذه القاعدة البديهية وقالوا بضرورة إلزام المقاول بالعيوب التي ترجع إلى التصميم استثناءً في حالة ما إذا كان المهندس الذي وضع التصميم تابعاً له، أي يعمل تحت إدارته وإشرافه. وسوف نرى لاحقاً من خلال دراستنا لمهام المهندس المعماري أن الأخير إذا كان تابعاً للمقاول، فهو لا تربطه برب العمل أية علاقة عقدية، نظراً لأن عقد المقاولة هنا يكون مبرماً بين رب العمل والمقاول مباشرة، أما المهندس فهو يرتبط بالمقاول بعقد عمل وليس مقاولة. ولذلك فإننا نرى- مع غالبية الفقه^(٩٧)- أن المقاول هو من يخضع وحده في هذه الحال لأحكام الضمان العشري وليس المهندس الذي وضع التصميم. وينطبق نفس الحكم السابق على معاوني المقاول الذين يساعده في عملية التشييد، فيُسأل المقاول أمام رب العمل عن أعمال هؤلاء الأخيرين، ويلتزم بضمان هذه الأعمال وفقاً لأحكام الضمان العشري وحده كما لو كان هو الذي قام بها بالفعل، وحتى لو كان معاونوه لا يعتبرون من أتباعه بالمعنى الدقيق وفقاً لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه.

٢) المقاولون الفرعيون (المقاولون من الباطن):

Les sous-traitants:

٢٢. قد يعهد المقاول الأصلي إلى مقاول من الباطن *Le sous-traitant* بتنفيذ أعمال البناء أو جزء منها، وفي هذه الحالة الأخيرة فإنه طبقاً لصريح نص الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ من التقنين المدني المصري^(٩٨)، ووفقاً للرأي الراجح فقهاً وقضاءً^(٩٩)،

^(٩٧) من هذا الرأي على سبيل المثال لا الحصر: السنهوري، الوسيط، السابق، ص ١١٠ & محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، ج٤، ط ١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٣، ص ٥٠٩ & ومن الفقه الفرنسي:

Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *Droit civil français*, t. V, 6^e éd., par P. ESMIEN, *op. cit.*, p. 414 & E. GAVIN-MILAN-OOSTERLYNCK, *Pour une durée décennale de la responsabilité du constructeur, préc.*, p. 266 et s.

^(٩٨) وهذه الفقرة لا نظير لها في التشريع الفرنسي، وإن كان الفقه والقضاء على إجماعه هناك على إعفاء المقاول من الباطن من الضمان العشري كما سنرى تفصيلاً بالمتون عما قليل.

فلا يُسأل المقاول من الباطن (المقاول الفرعي) - سواءً أمام رب العمل - أو في مواجهة المقاول الأصلي بناءً على أحكام الضمان العشري؛ ذلك - ومن ناحية أولى - لعدم وجود أية رابطة عقدية بينه وبين رب العمل، وإنما تقوم مسؤوليته اتجاه المقاول الأصلي على أساس قواعد المسؤولية العقدية العادية وفقاً للقواعد العامة لقيام رابطة عقدية بينهما تتمثل في عقد المقاولة من الباطن. ومن ناحية أخرى، فإنه لا يستطيع المقاول الأصلي الرجوع على المقاول من الباطن وفقاً لأحكام الضمان العشري؛ لأن تلك الأحكام مقررّة أصلاً لحماية طائفة تجهل أصول البناء وفن المعمار، وهذا ما لا يتوفر في علاقة المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن، فكلاهما مهني خبير في مجال التشييد، فلا يوجد إذن مقتضى لتطبيق قواعد خاصة مشددة فيما بينهما. وهذا ما قننه المشرع المصري صراحةً بالفقرة الثالثة من المادة ٦٥١ من التقنين المدني حين نصت على أن: «ولا تسري أحكام هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن»^(٩٩).

^(٩٩) - أنظر بصفة خاصة: السنهوري، الوسيط، ج ٧، السابق، ص ١١٠ & محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص ١٢٤ & وفي المعنى نفسه: عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص ٥٧٩ وما بعدها & محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد تمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مرجع سابق، ص ٤٧ وما يليها & فتحة قرّة، أحكام عقد المقاولة، السابق، ص ١٥١ & وعكس ذلك: رأفت محمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٦٠ وما بعدها.

M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., op. cit., p. 1190 et s. & Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *Droit civil français*, t. V, 6^e éd., par P. ESMIEN, op. cit., p. 516 & H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, op. cit., n° 1333, p. 651 et s. & J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., p. 367 et s. & P. SABLIER et Ph. CARO, *Guide de la sous-traitance dans la construction*, 6^e éd., éd. du Moniteur 2007, p. 134 et s. & BERLY, La responsabilité du sous-traitant, Mon. TP 8 nov., 1991, p. 88 & J.-P. KARILA, *L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant est nécessairement de nature délictuelle*, *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 1992, p. 7 et s. & B. BOUBLI, *Les travaux supplémentaires dans le marché à forfait*, RDI 1986, p. 415.

^(١٠٠) - وقد أوردت الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري هذه الحكمة صراحةً إبان التعليق على نص القانون المدني الجديد، وقال عنها الأستاذ السنهوري رحمه الله عند سردته لتاريخ النص: ثم استفسر

وعن الوضع في فرنسا، فقد كان القضاء الفرنسي قد استقر^(١٠١) - وتبعه أئمة الفقه القدامى منهم والمعاصرون^(١٠٢) - على استبعاد المقاولين من الباطن من نطاق الضمان

عما إذا كانت هذه المسؤولية الاستثنائية تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فأجيب بأن الفقرة الأخيرة من النص صريحة في أن هذه المسؤولية الاستثنائية قد استحدثت لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المهندس من الناحية الفنية، أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متاويان فليست هناك إذن حاجة لاستحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما. وأقرت اللجنة النص، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٨. وفي لجنة مجلس الشيوخ أقيمت المادة على أصلها مع تعديلات لفظية أصبحت معاً مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد مع التفسير في حكمها القانون الحالي (السابق)، الوسيط، ج ٧، السابق، فقرة ٦٠، ص ١٤٠ بهامش رقم (١).

^(١٠١) - راجع أحكام محكمة النقض الفرنسية التالية التي استقرت عليها في النهاية بعد تردد دام طويلاً حول أساس مسؤولية المقاول من الباطن، حيث انتهت المحكمة إلى أن مسؤولية الأخير اتجاه رب العمل (طالب البناء) ليست مسؤولية عقدية، وإنما هي مسؤولية تفسيرية تخضع للقواعد العامة:

Pour les applications jurisprudentielles v. uniquement, Cass. 3^e ch. civ., 1971, Bull. civ., III, n° 450 & Cass. 3^e civ., 8 juill. 1971, Bull. civ., III, no 450 ; 2 oct. 1979, JCP 1979, IV, n° 460 & Cass. 3^e civ., 2 oct. 1979, JCP 1979, IV., p. 460 & Cass. 3^e civ., 11 juin 1981, Bull. civ. III, n° 120, note B. BOUBLI, RDI 1982, 1, n° 12 & Cass., ass. plén. 12 juill., 1991, Bull. civ., n° 5 & Cass. 3e civ., 8 févr. 2012, n° 11-11.417 : JurisData n° 2012-001753 & (Cass. 3e civ., 19 mai 2016, n° 15-11.355 : JurisData n° 2016-009490 & V. aussi pour plus détaillés, B. BOUBLI, *Réflexions sur les obligations des parties dans la sous-traitance de marchés de travaux immobiliers*, RDI 1988. 391 et sur l'arrêt du 12 juill. 1991 ; Transfert de propriété et responsabilité dans les groupes de contrats, ibid. 1992. 27 s.

^(١٠٢) - "لا يخضع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري؛ لأنه يعد من الغير بالنسبة لرب العمل الذي تحكم مسؤوليته اتجاهه القواعد العامة المنصوص عليها بالمواد ١٣٨٢ وما يليها من التقنين المدني، غير أن نص المادة ١٧٩٢-٤-٢ من التقنين المدني الفرنسي تخضع الدعوى المقامة من المقاول الأصلي على المقاول من الباطن لعيوب البناء للتقادم العشري أو للتقادم الثنائي بحسب طبيعة العيب الموجب للضمان، وعلى هذا يمكننا التساؤل عما إذا كان التقادم العشري أو الثنائي لهذه الدعوى الأخير لا يغير من طبيعة المسؤولية العقدية العادية بين الطرفين، ولا يلتزم المقاول من الباطن بالضمان العشري؟".

«N'est pas tenu à garantie : le sous-traitant ; c'est un tiers au maître de l'ouvrage qui est responsable envers lui sur le fondement des articles 1382 et suivants. Toutefois, l'article 1792-4-2 soumet les actions en responsabilité dirigées contre le sous-traitant à la prescription de dix ou deux ans selon que les dommages en cause relèvent de la garantie décennale ou de la garantie biennale : il est permis de se demander si ce texte de prescription, désormais placé après l'article 1792, ne modifie pas la nature de la responsabilité

العشري في مواجهة المقاولين، وأجمعوا على أنه إذا كان رب العمل مقاولاً أصلياً تعاقداً مع مقاول من الباطن، وتسلم أعمال البناء منه، لم يكن المقاول من الباطن ملتزماً بالضمان نحو المقاول الأصلي أو نحو رب العمل في هذه الحالة إلا بمقدار ما تقضى به القواعد العامة؛ ومن ثم ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي الأعمال التي قام بها مع تمكنه من فحصها والكشف عما بها من عيوب، فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك تهدد متانة المبنى أو سلامته، لم يكن المقاول من الباطن مسئولاً إلا بالقدر وإلى المدة التي يقضى بها عرف الحرفة أو المهنة ووفقاً لأحكام المسؤولية العقدية العادية، فلا يكون ملتزماً بالضمان العشري لا في مواجهة رب العمل ولا في مواجهة المقاول الأصلي إذا ظهر عيب جسيم خلال عشر سنوات من وقت تسلم الأعمال من جانب المقاول الأصلي.

وقد استند الفقه والقضاء الغالبين في فرنسا لاستبعاد المقاولين من الباطن من نطاق الالتزام بالضمان العشري في مواجهة المقاول الأصلي ورب العمل على حدٍ سواء إلى أن الضمان العشري ما هو إلا ضمان مشدد واستثنائي قد اقتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول أو المهندس، فرب العمل عادة ما يكون رجلاً غير فني وغير خبير في أصول الفن المعماري، فأراد القانون أن يحميه ضد المقاول والمهندس وهما من رجال الفن والخبرة، وليس هذا هو مركز المقاول الأصلي في مواجهة المقاول من الباطن، فكلاهما من أهل الفن والخبرة ولا يوجد مقتضى لحماية خاصة مشددة تمنح للمقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن، ويكفي في حماية حقوق المقاول الأصلي ضد المقاول

encourue par le sous-traitant», H. L. et J. MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle., t. 3, op. cit., p. 1327 & v. aussi, «Le sous-traitant est lié à l'entrepreneur principal par un contrat d'entreprise. Il relève par conséquent du droit commun de ce contrat, lequel implique en théorie une « réception des travaux » ... Non tenu des garanties décennale et biennale et probablement pas de la garantie de parfait achèvement qui ne se conçoit qu'à l'égard du maître de l'ouvrage, le sous-traitant est responsable selon le droit commun», J. HUGOT et D. SIZAIRE, Sous-traitance dans le secteur de la construction de maisons individuelles, JCP, éd. Dalloz, 1992, I, n° 169 & v. également, B. BOUBLI, La responsabilité de l'assurance des architectes entrepreneurs et autres constructeurs, 3^e éd., 1991, Journal des notaires, n° 236 & AUBY et PÉRINET-MARQUET, Droit de l'urbanisme et de la construction, 9^e éd., Montchrestien 2012, p. 298 et s. & Ph. MALINVAUD, Droits et obligations des sous-traitants dans les marchés privés, RDI 2006, n° 165 & dans le même sens, Cass. 3^e civ., 4 nov. 1999,, BPIM 1/00, n° 21.

من الباطن الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية. ومن ناحية أخرى فلا علاقة عقدية تربط طالب البناء (رب العمل في عقد المقاولة الأصلي) بالمقاول من الباطن؛ لأنه تعاقد مع المقاول الأصلي وليس المقاول من الباطن، فيعد الأخير بالنسبة له من الغير أو أجنبي عن العقد، ولا يجوز له من ثم الرجوع عليه عن عيوب البناء بقواعد المسؤولية العقدية العادية، وإنما الذي يلتزم بالضمان العشري المشدد نحو رب العمل هو المقاول الأصلي، فيكون ضامناً عمل المقاول من الباطن، ويضمن كذلك أعمال مساعديه أو معاونيه ولو لم يعتبروا من أتباعه بالمعنى الدقيق، كما هو الأمر بالنسبة إلى المقاول من الباطن^(١٠٣).

وعلى ذلك؛ فإن المقاول من الباطن- وفقاً للرأي الغالب في فرنسا حتى الآن- يمكن أن تتعدّد مسؤوليته التقصيرية أو شبه التقصيرية اتجاه رب العمل عن عيوب البناء، ولا تُثار مسؤوليته العقدية مطلقاً. لكن إذا وافق المقاول من الباطن على شروط عقد المقاولة الأصلي بين المقاول الأصلي ورب العمل، أو اشترط المقاول الأصلي على المقاول من الباطن شرط الضمان، استفاد من ذلك رب العمل وتكون المسؤولية حينئذٍ عقدية لا تقصيرية، فيكون المقاول من الباطن مسؤولاً تجاه رب العمل مباشرة مسؤولية عقدية دون أن يكون المقاول من الباطن طرفاً في عقد المقاولة الأصلي مع رب العمل، لأننا هنا بصدّد حالة من حالات الاشتراط لمصلحة الغير، ويعد هذا استثناء من القاعدة التي تقضي بأن المسؤولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفي العقد، نزولاً على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير^(١٠٤).

(103) - «Le maître de l'ouvrage peut également rechercher la responsabilité du sous-traitant. La compétence est judiciaire. Le sous-traitant n'était pas responsable des dommages sur le fondement des articles 1792 et suivants; le maître de l'ouvrage étant un tiers au sous-traité, l'action en responsabilité qu'il exerce contre le sous-traitant était fondée sur les articles 1382 et suivants du code civile», R. SAINT-ALARY, *Droit de la construction*, 8e éd., 2006, coll. «Que sais-je?», PUF, 2006, p. 101 et s. & R. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Mémento de Droit de la construction*, Dalloz 2008, p. 216 et s. & v. aussi, Cass. 3^e civ., 20 juin 1989, Bull. civ. III, n° 146 & Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1964, Bull. civ., I, n° 138 & Cass. 3^e civ., 22 janv. 1982, D.. III, n° 164.

(١٠٤) - أنظر لمزيد من البيان مؤلفنا بعنوان: الاشتراط لمصلحة الغير في ضوء التعديل التشريعي الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد ٩٤ و٩٥، ٢٠٢١، ص ٣٤ وما يليها & وأنظر كذلك من الفقه الفرنسي:

Dans le même sens V. uniquement, B. BOUBLI, *La responsabilité de l'assurance des architectes entrepreneurs et autres constructeurs*, op. cit., n°

ورغم استقرار الفقه والقضاء الغالبين في فرنسا الآن على هذه المبادئ التي تستبعد المقاولين من الباطن من نطاق الالتزام بالضمان العشري على هذا النحو، غير أن المشرع الفرنسي - وعلى خلاف المشرع المصري - قد أعطى مؤخرًا، وهو الأمر الذي أثار حفيظة بعض الفقه هناك، بموجب التعديلات التشريعية الصادرة بالمرسوم رقم ٥٦١ لعام ٢٠٠٨، لرب العمل الحق في إقامة دعواه المباشرة للمطالبة بالتعويض عن عيوب العمل الإنشائي في مواجهة المقاول من الباطن (المقاول الفرعي) مباشرة دون المرور بالمقاول الأصلي وفقاً للمادتين ١٧٩٢-٤-٢ و ١٧٩٢-٤-٣ من التقنين المدني الفرنسي، وذلك تأسيساً على القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية أو شبه العقدية وليس بناءً على أحكام الضمان العشري كما قدمنا. غير أنه أخضع هذه الدعوى الأخيرة إما للتقادم العشري أو للتقادم الثنائي، بحسب العيب أو الخلل الذي ظهر في المبنى أو المنشأ الثابت، فإن كان من بين العيوب التي تتال من متانة وسلامة المبنى وتؤثر في عناصره الإنشائية وتثير من ثم الضمان العشري، فتتقادم الدعوى بمرور عشر سنوات من وقت تسلم الأعمال من قبل رب العمل، وإن كانت العيوب لا تدخل في تلك التي تقوم معها المسؤولية العشرية ولا تتال من متانة المبنى أو الغرض منه ولا تؤثر سوى في العناصر التجهيزية له، فتتقادم الدعوى بمرور سنتين من وقت تسليم الأعمال لرب العمل^(١٠٥).

238 & P. MALINVAUD, *Droits et obligations des sous-traitants dans les marchés privés*, précitée, p. 166/

(١٠٥) - أشرنا آنفاً إلى أن العناصر الإنشائية في البناء هي أساسيات المبنى والتي لا يقوم بدونها، مثل قاعدة البناء والأعمدة والصببات الخرسانية والحوائط والأسقف. أما العناصر التجهيزية للبناء فهي ملحقات المبنى والعناصر الكمالية أو ما يُطلق عليها العقارات بالتخصيص، مثل: مواسير الصرف والكهرباء والغاز والأبواب والشبابيك والمصاعد وأجهزة التدفئة المركزية وأجهزة الطرد المركزية ... إلى غير ذلك من تركيبات (أنظر المادة ١٧٩٢-٢ من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديلها عامي ٢٠٠٥ و ٢٠٠٨).

«Depuis l'ordonnance du 8 juin 2005 et la loi no 2008-561 du 17 juin 2008 sur la prescription, les actions en responsabilité contre le sous-traitant sont soumises à un régime uniforme, les textes (C. civ., art. 1792-4-2 et 1792-4-3 nouveaux, visant « les actions en responsabilité ») : l'action se prescrit par dix ans à compter de la réception lorsque le dommage affecte l'ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage mentionné aux articles 1792 et 1792-2 du code civil (désordres de nature « décennale: « C. civ., art. 1792-4-2) ; elle se prescrit par deux ans à compter de la réception lorsque le dommage affecte les éléments d'équipement visés à l'article 1792-3 du code civil (désordres de

ورغم أن الرأي الغالب في فرنسا يتجه نحو استبعاد المقاولين من الباطن من الالتزام بأحكام الضمان العشري على هذا النحو، غير أن رأياً آخر^(١٠٦) قد ظهر مؤخراً يدعو على النقيض من ذلك- وهو لا يزال رأياً مرجوحاً في الفقه الفرنسي حتى الآن- إلى وجوب خضوع المقاولين من الباطن للضمان العشري؛ لأن هذا المبدأ مقنن الآن لديهم بصفة صريحة بمقتضى المادة ١٧٩٢-٤ من التقنين المدني الفرنسي التي أدخلت على التقنين المدني عام ١٩٧٨ بمقتضى القانون رقم ٧٨/١٢ الصادر في الرابع من يناير من العام نفسه، والتي وسعت من دائرة هذا الضمان ليشمل "صانع العمل الإنشائي أو جزء منه" *Le fabricant d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage* بصفة عامة، والمقاول من الباطن يعد صانعاً للعمل الإنشائي أو لجزء منه، فيلتزم بالضمان العشري في مواجهة المقاول الأصلي وفي مواجهة طالب البناء نفسه (رب العمل في عقد المقاوله الأصلي) كما يلتزم المقاول الأصلي بهذا الضمان سواءً بسواء، رغم أنه ليس هناك علاقة عقدية تربطه بطالب البناء؛ ورأوا أنه رغم أن النص هنا استثنائي

*nature « biennale » : art. 1792-4-2), elle se prescrit par dix ans lorsque la responsabilité de droit commun du sous-traitant est engagée (C. civ., art. 1792-4-3)», B. BOUBLI, «Contrat d'entreprise», Rép. civ. Dalloz, précité, n° 332, p. 59 & A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 3° éd., éd. Du Moniteur, 1989, p. 345 & R. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY HOUIN, *Droit de la construction*, 4° éd., Mémento Dalloz, 1994, n° 311.*

(١٠٦)- أنظر لهذا الجانب من الفقه الفرنسي المعاصر على سبيل المثال لا الحصر:

M. BARRÉ-PÉPIN, *Contrat de construction d'une maison individuel*, Rép. Civ. Dalloz, janv. 2007, n° 100 et 104 & à l'acte de construire, Gaz. Pal. 14-16 mai 2000, p. 2 & V. ROULET et M. PEISSE, *Commentaire de la loi du 4 janvier 1978*, Gaz. Pal., ١٩٧٨, 1, Doctr., n° 115 & *Contra*, B. BOUBLI, «*Contrat d'entreprise*», préc., n° 499.

وأنظر كذلك لهذا الرأي من قدامى الفقه الفرنسي حتى قبل تعديلات التقنين المدني عام ١٩٧٨:

G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit civil, du contrat de louage*, t. II, op. cit., p. 1094 & A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome deuxième, t. II., Paris, Dalloz, 1919-1920, n° 1105 et s.

وقد اعتنق بعض الفقه المصري المعاصر هذا المذهب في ظل التشريع المصري ودافعوا عنه بشدة، رغم أن نص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري صريح في استبعاد المقاولين من الباطن من دائرة الالتزام بالضمان العشري، ورغم صراحة الأعمال التحضيرية لهذا القانون في إظهار حكمة هذا الاستبعاد. أنظر بصفة خاصة: رأفت محمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، مشار إليه آنفاً، ص ١٧٢ وما بعدها.

وخاص خرج به المشرع عن مقتضى القواعد العامة ولا يجوز التوسع في تفسيره، بيد أن المقاول من الباطن ينطبق عليه وصف صانع العمل الإنشائي الوارد بالنص وفقاً للفظه الصريح، فالنص يؤخذ على مدلول عبارته الظاهرة، ولا قياس عليه أو توسع في تفسيره. كما أنه- ومن ناحية أخرى- ليس هناك مبرر للترقية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في مواجهة رب العمل، فالحكمة التي من أجلها قرر المشرع حماية رب العمل في مواجهة المقاول الأصلي، تتوفر كذلك في العلاقة بين المقاول من الباطن ورب العمل، فلا يجوز- والعلّة بهذا الشكل واحدة- تغيير الحكم القانوني فيما بينهما. وإن كان لنا الرأي في الشأن الفرنسي، فنميل إلى الأخذ بالرأي الأخير في هذا الصدد وإن كان مرجوحاً^(١٠٧)؛ حيث أن تقرير استبعاد المقاولين من الباطن من جانب القضاء والفقهاء الفرنسيين في ظل صراحة النصوص التشريعية هناك، لهو أمر يتناقض مع قواعد التفسير التشريعي السليم ويخرج النصوص التشريعية الصريحة عن مدلولها وفحواها الذي قصده المشرع من ورائها من جهة أولى، كما يتناقض مع المنطق القانوني السليم الذي أخضع معه القانون المقاول الأصلي لهذا الضمان من جهة أخرى؛ وتفسير ذلك:

إن المادة ١٧٩٢ من التقنين المدني الفرنسي صريحة في إلزام "المشيدين" *Constructeurs* بأحكام هذا الضمان، والمقاول من الباطن يعد من بين المشيدين الفعليين للمبنى أو للمنشأ الثابت، بل قد يكون هو المنفذ الوحيد لأعمال التشييد أو البناء ولا يشاركه فيها المقاول الأصلي. كما أن المادة ١٧٩٢-٤ من التقنين ذاته، أشارت كذلك إلى خضوع صانع العمل الإنشائي *Le fabricant d'un ouvrage* لهذا الضمان، ولم يحدد المشرع المقصود بصانع العمل الإنشائي هنا، بيد أن الفقه الغالب^(١٠٨) يقولون إن المشرع قد قصد من هذا اللفظ المعنى العام المأخوذ به في اللغة الدارجة وهو "صانع المباني سابقة التجهيز أو الأعمال الإنشائية المجهزة للتركيب

(١٠٧)- نحن نميل هنا إلى ترجيح رأي على حساب آخر في ظل التشريع الفرنسي وليس المصري؛ لأن الأمر في ظل التشريع المصري كما بينا محسوم بنص الفقرة الثالثة من نص المادة ٦٥١ من التقنين المدني، ولا يسع المقام هنا للتعرض لمنطقية هذا الحكم من عدمه. راجع للرأي القائل بضرورة إخضاع المقاولين من الباطن للضمان العشري في ظل التشريع المصري ولمزيد من التفصيل: رأفت حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٥٧ وما بعدها.
(١٠٨)- B. BOUBLI, *Contrat d'entreprise, précité.*, n° 331 et surtout n° 499 & R. SAINT-ALARY, *Droit de la construction, op. cit.*, p. 98 et s.

ويقررون من ثم وجود عيب تشريعي في صياغة المادة الأخيرة. ^(١٠٩) "constructeur de maison préfabriquée qui la livre en kit"

بيد أنه من المعلوم في قواعد التفسير التشريعي أن إعمال اللفظ خير من إهماله، وأن النص يؤخذ على معناه العام حتى يوجد نص خاص يقيد، كما أنه لا يجوز إقامة هذا الحكم في ظل التشريع الفرنسي بالقياس بالمفهوم المخالف على حكم رب العمل غير الخبير في أصول الفن المعماري كما يقول بذلك غالبية الفقه والقضاء؛ لأن أحكام الضمان العشري- ومن ثم المسؤولية العشرية المترتبة عليها- هي أحكام خاصة تخرج عن إطار القواعد العامة ولا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها.

ومن ناحية أخرى، فإنه ليس هناك ثمة مبرر يقضي بالتفرقة في الحكم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن بشأن الالتزام بالضمان العشري^(١١٠)، فكلاهما يقوم بعمل إنشائي لقاء أجر يتقاضاه من رب العمل، صحيح أنه ليس هناك علاقة عقدية مباشرة تربطه برب العمل في الغالب، غير أن الأخير إذ عهد بمهمة تنفيذ العمل الإنشائي إلى مقاول ولم يحظر عليه في عقد المقاولة التنازل عن المقاولة أو التقاؤل من الباطن، فلم يكن يعنيه عند إبرام العقد شخص من يقوم بالتنفيذ الفعلي للعمل الإنشائي على أرض الواقع، والمنطق القانوني يقضي في هذا الفرض بعدم حرمانه من مزية الرجوع المباشر على المقاول من الباطن بدعوى الضمان العشري إذا علم شخص الأخير؛ مادامت أن المقاولة تقوم على الاعتبار المالي ولا تقوم على الاعتبار الشخصي من جانب المقاول، ومادام أننا انتهينا آنفاً إلى أنه يمكن أن يكون القانون- في بعض الحالات- هو مصدر الالتزام بالضمان العشري وليس العقد. بل إن هذا المنطق يبدو أكثر وضوحاً في الحالة التي يوافق فيها رب العمل على التقاؤل من الباطن وعلى شخص المقاول الفرعي، ففي هذه الحالة الأخيرة لن يكون هناك أي مبرر منطقي لاستبعاد المقاول من الباطن من الخضوع لأحكام الضمان العشري في مواجهة رب العمل. لذلك كله نعتقد من جانبنا أن القول باستبعاد المقاولين من الباطن من نطاق الالتزام بالضمان العشري في فرنسا- على فرض صحته- يحتاج إلى تدخل تشريعي من جانب المشرع الفرنسي نفسه لتعديل

^(١٠٩)- وهي المباني الجاهزة التركيب والتي يكتفي المقاول فيها بتجميعها أو بتركيبها على الأرض، دون أن يكون له دور في إنشائها (المباني سابقة التجهيز).

^(١١٠)- راجع لهذا الرأي على سبيل المثال لا الحصر من الفقه المصري: رأفت محمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص ١٧١ وما يليها.

نصوص تقنيته المدني وتقرير هذا الاستبعاد بنص قانوني صريح مثلما فعل نظيره المصري.

خلاصة القول، فإن الذي يخضع لأحكام الضمان العشري، في ظل التشريعين المصري والفرنسي وفقاً لأرجح الآراء وأحكام القضاء، هو المقاول الأصلي الذي تعاقد مع رب العمل، وليس معاوني هذا المقاول أو مساعديه الذين يستخدمهم الأخير في تنفيذ أعمال التشييد، وكذا ليس- ومن باب أولى- المقاول من الباطن الذي قام بتنفيذ أعمال التشييد بالفعل ولا تربطه برب العمل أي علاقة عقدية^(١١١).

المطلب الثاني

المهندسون المعماريون

Les architectes

٢٣. أدخل المشرعان المصري والفرنسي صراحةً- ضمن أحكام المادتين ٦٥١ و١٧٩٢-١ من التقنين المدني- المهندس المعماري *L'architecte*^(١١٢) من بين

^(١١١)- رغم أننا سنرى عما قليل أن المشرع الفرنسي قد أخضع عدداً كبيراً من الأشخاص خلاف المشيدين لأحكام الضمان العشري بنصوص قانونية صريحة مثل: بائعي المباني بعد تشييدها والمطورين العقاريين، بيد أنه لم يصرح بمثل هذا الحكم بالنسبة للمقاول من الباطن. في حين أن القضاء قد استقر هناك كما أوضحنا بالمتن- ودون سند صريح من نصوص القانون- على أن المقاول من الباطن يعد من بين الأشخاص المستبعدين من نطاق هذا الضمان. وللأحكام القضائية الفرنسية، راجع حواشي المتن محل الحديث آنفاً.

^(١١٢)- من الجدير بالذكر أن جُل الفقه المصري والفرنسي- إن لم يكن كلهم- قد انتقدوا بشدة قصور النصوص القانونية بسبب تخصيص لفظ "المهندس المعماري" وإلزامه وحده بالضمان العشري دون فئات المهندسين المدنيين الآخرين المشاركين في عملية التشييد، مثل مهندسي الكهرباء والميكانيكا والمهندسين الاستشاريين ومشرفي التنفيذ ومهندسي المساحة والتربة ومهندسي المناجم والتعدين؛ وذلك لأن لفظ "المهندس المعماري" يُطلق في عرف مهنة هذا المجال والتشييد لئراد به مهندس قسم العمارة الذي يضطلع أصلاً بمهمة وضع التصميم أو المخطط الهندسي الذي يتم على أساسه عملية تشييد المبنى المزمع إقامته فحسب. لمزيد من البيان راجع بصفة خاصة: فتحي غيث، قانون المهندس، دار المعرفة، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٣٤ وما بعدها & محمد ناجي ياقوت، مسئولية المعماريين بعد تمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، غير معلوم سنة النشر، ص ٣٣، وبصفة خاصة ص ١٩٣ وما يليها & محمد شكري سرور، مسئولية مهندسي ومقاولي البناء، السابق، ص ٥ & عبد الرازق حسين ياسين، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري

الفئات الملزمة بالضمان العشري، باعتباره أحد المشيدين الرئيسيين المدنيين بهذا الالتزام إلى جوار المقاولين.

ولم يرد تعريف واضح للمهندس المعماري *architecte* في صلب النصوص المنظمة لعقد المقاولة في القانونين المدنيين المصري والفرنسي، غير أن المادة الثانية من لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعتمدة من الجمعية العمومية للشعبة الهندسية المعمارية الصادرة عام ١٩٧٧^(١١٣) في مصر قد عرّفت المهندس بقولها: «المهندس الحاصل على بكالوريوس هندسة وعضو نقابة المهندسين والذي له إلمام تام بالعلوم الأساسية والهندسية وتطبيقاتها المتصلة بمجال تخصصه، ويتميز بقدرته على التخطيط والتصميم والابتكار والتطوير والإشراف على تنفيذ وإدارة المشروعات والأعمال الهندسية والصناعية بطريقة اقتصادية»^(١١٤).

ومقاول البناء، شروطها ونطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط ١، مرجع سابق، ص ١١ وما بعدها & على أحمد صالح المهدي، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري في الضمان العشري في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٠، ص ٢٨ & ومن الفقه الفرنسي أنظر أيضاً:

A. GUETTARD, *Les honoraires d'architectes*, Litec 1963, p. 56 et s. & G. LIET-VEAUX, *La profession d'architecte*, éd. Ch. Massin, 1963, p. 112 et s. & B. BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, 3^e éd., Journ., 1987, n° 110 & A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 3^e éd., éd. Du Moniteur, 1989, p. 213 & R. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY HOUIN, *Droit de la construction*, 4^e éd., Mémento Dalloz, 1994, n° 234 et s. & G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, *Droit de la construction*, 11^e éd., Litec 2000, p. 79 et s. & J. HUET, *Le droit de l'architecture*, 3^e éd., Economica, 2001, p. 25 et s.

^(١١٣) - وهذه اللائحة قد تم التصديق عليها من الجمعية العمومية لنقابة المهندسين المصرية في ١٨ مارس ١٩٧٧، وقد أُصدرت هذه اللائحة بعد نفاذ قانون نقابة المهندسين رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤.

^(١١٤) - تجدر الإشارة إلى أنه منذ مطلع القرن السادس عشر الميلادي تقريباً، كان هناك خلط في فرنسا بين مفهومي المقاول والمهندس؛ ذلك أن المهندس يعني في اللغة اللاتينية القديمة *tecton-arctos* رئيس العمال أو المستخدمين، وهي نفس التسمية التي كانت تطلق على المقاول في تلك الفترة نظراً لقيامه ببعض المهام التي كانت تُسند إلى المهندسين من الناحية الفعلية والتي تتمثل في إعداد التصاميم الهندسية وتنفيذها والإشراف على التنفيذ، ثم أخذ هذا المصطلح شكلاً جديداً في ظل تقنين نابليون فأصبح يُطلق على المهندس والمقاول معاً اسم "الفني أو مالك الصنعة" *le maîtrise d'œuvre*. وبقي هذا الخلط سائداً حتى منتصف القرن التاسع عشر، إلى أن زال نتيجة الثورة الصناعية وما أحدثته من تطور عمراني كبير، فأصبح مصطلح "المهندس" مقصوراً على الشخص الذي يضطلع بمهمة وضع

وعلى ذلك؛ فممارسة مهنة الهندسة في مصر - وفقاً لصريح النصوص التشريعية- تفرض بالطبع على المهندس (أو المكتب الهندسي بصفة عامة) أن يكون معتمداً لدى الجهات الإدارية في الدولة، أي أن يكون مسجلاً في سجل خاص بنقابة المهندسين وسجل المكاتب الهندسية، وأن يكون المهندس- الشخص الطبيعي- حاصلاً على المؤهل العلمي المطلوب لمزاولة هذه المهنة^(١١٥). والأمر لا يختلف كثيراً في ظل التشريع الفرنسي، فالمشرع قد استلزم ضرورة حصول الشخص على المؤهل العلمي المطلوب في تخصصات وفروع الهندسة المعمارية المختلفة؛ حتى يحصل على هذا اللقب ويكون مؤهلاً لممارسة هذه المهنة.

ومما سبق يمكن القول- كقاعدة عامة- أن المهندس المعماري هو: "ذلك الشخص الحائز على شهادة مهندس معترف بها من قبل الدولة، ومقيد في سجل المهندسين، ويعهد إليه بوضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المباني والمنشآت، وقد يعهد إليه بالإشراف على العمل وإدارته".

التصميم الهندسي ويشرف على تنفيذه، في حين بقي المقاول هو المنفذ للتصميم الهندسي، أو بتعبير آخر، هو من يقوم بالفعل بعملية البناء والتشييد. لمزيد من التفصيل، راجع بصفة خاصة: V. MICHEL, «A l'usage des architectes et des collectivités locales», Guide Pratique de l'urbanisme, éd. Du Papyrus, Paris, 2011, p. 71 et s.

^(١١٥)- تشترط المادة الثالثة من قانون نقابة المهندسين المصرية رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ في الشخص الذي يزاول مهنة الهندسة ويكون عضواً في نقابة المهندسين المصرية ما يلي: "يشترط فيمن يكون عضواً بالنقابة ما يأتي: (أ) أن يكون حاصلاً على بكالوريوس في الهندسة من إحدى الجامعات المصرية أو على درجة علمية يعتبرها المجلس الأعلى للجامعات معادلة لدرجة البكالوريوس في الهندسة (١)، (٢). (١- البند أ) من المادة ٣ مستبدل بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه، و(٢- البند أ) من المادة ٣ تم تعديله بالقانون ١٨٠ لسنة ١٩٩٣). (ب) أن يكون متمتعاً بجنسية جمهورية مصر العربية ويجوز لمجلس النقابة أن يقبل عضوية النقابة رعايا الدول الذين تتوفر فيهم شروط العضوية بشرط المعاملة بالمثل. (ج) أن يكون متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة. (د) أن يكون محمود السيرة- حسن السمعة. (هـ) ألا يكون قد حكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن قدر رد إليه اعتباره في الحالتين. (و) ألا يكون قد صدرت ضده أحكام تأديبية عن أفعال مخلة بالشرف أو الأمانة ما يمضي على صدور الحكم النهائي أربعة أعوام على الأقل. ويجب على الجامعات والكليات والمعاهد العليا التي يتخرج منها حملة المؤهلات المنصوص عليها في الفقرة "أ" أخطار النقابة بأسماء الخريجين ودرجات تخرجهم ومحال إقامتهم خلال سنتين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان نتيجة الامتحان".

غير أن هناك جانباً كبيراً في الفقه والقضاء^(١١٦) - وكما سنرى بعد قليل - يفرّقون بين المهندس وفقاً لتعريفه التشريعي على هذا النحو، والشخص الملتزم أو المخاطب بأحكام الضمان العشري، حيث ذهبوا إلى القول بأن ضرورة الحصول على المؤهل العلمي اللازم يعتبر من باب التنظيم المهني فحسب؛ حتى يسمح للفرد بحمل لقب "مهندس". أما في شأن تطبيق أحكام الضمان العشري، فلا عبرة بالحصول على مؤهل دراسي فني في هندسة المعمار، بل يكفي لتطبيق أحكام هذا الضمان قيام الشخص - أي ما كانت صفته أو مؤهلاته - بمهام المهندس المعماري من وضع التصميم والرسومات وتعيين الأبعاد وخلافه، مما يدخل في المهمة الأصلية للمهندس المعماري.

ويجرى العمل على أن يمارس المهندس أدواراً محددة في عملية البناء والتشييد يمكن إجمالها فيما يلي:

- **عملية وضع التصميم الهندسي والمقاييس:** تنقسم الأعمال التي يمكن أن يقوم بها المهندس المعماري - في الغالب - إلى نوعين من الأعمال: **أعمال مادية** ويأتي في مقدمتها عملية وضع التصميم والرسوم الهندسية *plan*، أو إدخال تعديلات على التصميم، أو إضافة أعمال جديدة، وعمل المقاييس اللازمة للتنفيذ *devis*^(١١٧).

^(١١٦) - أنظر على سبيل المثال من الفقه المصري: السنهوري، الوسيط، ج ٧، السابق، ص ١٠١، وخاصة ص ١٠٩ & محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٠١ & إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص ٨١ & عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المعارف، ١٩٨٧، ص ٥٧٩ وما يليها & وأنظر أيضاً:

G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit civil, du contrat de louage*, t. II, *op. cit.*, p. 1096 & M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *op. cit.*, p. 195.

^(١١٧) - ويبدو الفارق بين التصميم والمقاييس في أن التصميم هو الذي يجرى على أساسه تنفيذ العمل وهو من صنع المهندس المعماري، بينما المقاييس هي بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها، والمواد الواجب استخدامها في هذه الأعمال، والأجرة الواجب دفعها عن كل عمل، وأسعار المواد التي تستخدم، وهي غالباً من وضع المقاول. وليس من الضروري أن يفصل التصميم عن المقاييس، بل يجوز أن يتضمن عقد المقاول ذاته التصاميم والمقاييس، بل ويمكن أن يشتمل العقد على بيان الأعمال المطلوب تأديتها بياناً كافياً يغني عن التصميم، وعلى الأجر الواجب دفعه فلا تكون هناك حاجة لمقاييس منفصلة: راجع في هذا الصدد: السنهوري، الوسيط، السابق، ص ٣٣ وما بعدها.

وتصرفات قانونية، مثل التوقيع على التصميم الهندسي بعد الانتهاء منه، أو عقد صفقات لحساب رب العمل ك شراء مواد البناء مثلاً، والتفاوض مع المقاول، وإقرار الحساب النهائي، ودفع مستحقات المقاول التي يلتزم بها رب العمل، وتسلم الأعمال من المقاول سواءً على أجزاء أو دفعة واحدة^(١١٨).

ومن ثم فإن العقد الذي يبرمه المهندس المعماري مع رب العمل يقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية، وقد استقر الرأي الغالب في الفقه والقضاء حالياً^(١١٩) على تطبيق أحكام المقاوله فيما يتعلق بالأعمال المادية، وتطبيق أحكام

^(١١٨) - في لزوم توقيع المهندس المعماري على التصاميم حتى يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عنها أنظر في هذا الصدد: محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، السابق، ص ٤٥.

^(١١٩) - من هذا الرأي على سبيل المثال لا الحصر: اسماعيل غانم، عقد العمل، مرجع سابق، ص ١١٦ & محمد نبيب شنب، الوجيز، السابق، ص ٣٣ وما يليها & وراجع للفرقة بين المقاوله والوكالة مؤلفنا في "التعاقد مع النفس، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية ٢٠١٥، ص ٢١ وما بعدها ومنشور كذلك مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ملحق خاص، العدد ٩٢، ٢٠١٩، ص ١٩٧ وما يليها & ومن التطبيقات القضائية المصرية في هذا الصدد: استئناف مصري، جلسة ٦ مايو ١٩٩٣، الطعن رقم ٤٥، لسنة ١٩٩٢ قضائية، ص ٤٢٢ & وأنظر أيضاً:

J. DELVAUX, *Droits et obligations des architectes*, Bruxelles/ Paris Bruylant/ Librairie Generale de Droit 1923, p. 11 et s. ; v. pour le même auteur, *Traité juridique des bâtisseurs*, 2^e éd., t. I., Revue internationale de droit comparé Année 1969, 21-1, p. 266-267 & Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *Droit civil français*, t. V, 6^e éd., par P. ESMIEN, *op. cit.*, p. 400, note 1 (3) & M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *op. cit.*, p. 144.

ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض المصرية قد بينت الفارق بين عقد المقاوله وعقد الوكالة في العديد من أحكامها فقضت في إحداها بما نصه: « وإن كان يبين مما تم الإتفاق عليه في العقد - موضوع الدعويين الأصلية و الفرعية - أن الطرفين قد أفرغا فيهما جميع عناصر عقد المقاوله، إذ وقع التراضي بينهما على الشيء المطلوب من المطعون عليه صنعه، وهو إقامة المبنى والأجر الذي تعهد به الطاعنان بوصفهما رب عمل، ولم يرد بأي منهما ما يدل على قيام المطعون عليه بالعمل تحت إشراف الطاعنين، أو بوصفه تابعاً لهما أو نائباً عنهما وكان ما تعهد المطعون عليه بالقيام به في كلا العقدتين لم يتجاوز العمل المادي (...). وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وكيف العقدتين بأنهما عقدا وكالة، و أقام قضاءه في الدعويين الأصلية و الفرعية على هذا الأساس، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه»، نقض مدني مصري، جلسة ٩ مارس ١٩٧٢، في الطعن رقم ١٤٣، لسنة ٣٧ قضائية، مكتب فني س ٢٣، ص ٣٧٦. وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أيضاً بأن: « المستفاد من ذلك وعلى ما جاء بالمنكرة الإيضاحية للقانون المدني في هذا الخصوص - أن المشرع أراد تنظيم عقد المقاوله لتلائم قواعده التطور الذي وصلت إليه أعمال المقاولات في صورها المختلفة، وأنه إنما أورد

الوكالة على التصرفات القانونية^(١٢٠). ومن ثم فيتعاقد المهندس باسمه ولحسابه في الأعمال المادية باعتبار العقد مقاوله، أما في التصرفات القانونية فيعد المهندس نائباً فيها عن رب العمل، وتسري أحكام الوكالة عليها. وعلى ذلك، فليس هناك ما يمنع في ظل التشريعين المصري والفرنسي من اعتبار الشخص الذي يقوم بأعمال الهندسة المعمارية مقاولاً بالنسبة للأعمال المادية في وضع المخطط الهندسي، ووكيلاً بالنسبة للأعمال القانونية في التعاقد مع المقاوليين وإبرام صفقات لحساب رب العمل، بحيث

القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقاييس ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج في صورها، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من إعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاوله إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المقاوله عليه»، نقضي مدني، ١٦ مايو ١٩٦٧، الطعن رقم ٣٢٢٠، س ٣٣، مكتب فني ١٨، ص ١٠٠٥ & وأنظر لذات المعنى: نقض مدني، جلسة ٩ مارس ١٩٧٢، الطعن رقم ٣٤١٠، لسنة ٣٧، مكتب فني ٢٣، ص ٣٧٦ & وقرب: تمييز مدني مصري، جلسة ١٩ يونيو ٢٠٠٧، الطعن رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٧، ص ٢٣٣.

^(١٢٠) - ويُذكر أن القضاء الفرنسي كان قد تردد قليلاً قبل تقرير المبدأ القاضي بأن المهندس المعماري يقوم أحياناً بدور الوكيل أو النائب عن رب العمل، حيث أنه كان قد قضى في أحكامه القديمة بأن المهندس يتعاقد باسمه ولحسابه الشخصي كمدين لرب العمل في عقد مقاوله فحسب، ولا يمكن بهذه المثابة أن يمثل قانوناً. أنظر على سبيل المثال أحكام محكمة النقض الفرنسية التالية:

«*L'architecte est un locateur d'ouvrage ne représentant pas le maître*», Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 1963, Gaz. Pal. 1963. 1. 333 & Cass. 1^{re} civ., 2 févr. 1965, JCP 1965, II, 14089 & et égal. Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1965, Bull. civ. I, n° 234. أما عن الأحكام التي استقرت عليها محكمة النقض الفرنسية في النهاية - وهو ذات المبدأ المستقر عليها في التشريع السويسري - والتي تقضي بإمكانية تمثيل المهندس لرب العمل من الناحية القانونية، فراجع على سبيل المثال:

Mais les pour le principe récent V. uniquement, Cass. 3^e civ., 30 oct. 1978, 12 déc. 1978, RDI 1979. 207, obs. P. Malinvaud et B. Boubli, & *Comp. Cass. 3^e civ.*, 28 févr. 1984, Bull. civ. III, n° 51 & la jurispr. suisse qui retient que le contrat d'architecte est un acte mixte : T. féd. 13 déc. 1983, ATF 109.II, p. 462 & Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, par GAUTHIER, *op. cit.*, n° 705, note 6 & «*L'architecte qui agit comme mandataire doit apporter la preuve du pouvoir qui lui a été donné par le client Il peut également obliger le maître sur le fondement de la théorie du mandat apparent*», B. BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes entrepreneurs et autres constructeurs*, *op. cit.*, nos 124 et 133 & dans le même sens, J.-E. LABIN, *La responsabilité des architectes et son assurance*, Thèse précitée, p. 4 et s. & G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, *Droit de la construction*, 10^e éd., Litec 1994, p. 251 s.

تطبق أحكام عقدي المقاولة والوكالة كل في نطاقه الخاص^(١٢١)، وتطبق بالطبع أحكام الضمان العشري على المهندس- مثله في ذلك مثل المقاول- بناءً على العقد الأول إن كان صحيحاً^(١٢٢).

أما إذا اختلطت الأعمال التي يقوم بها المهندس المعماري بحيث يتعذر التمييز في شأنها بين نطاق كل عمل منها، يتم تكييف العقد في هذه الحالة تكييفاً موحداً وفقاً للصفة الغالبة، فيعتبر العقد وكالة إذا كانت الغلبة للعمل القانوني، ومقاولة إذا كان النشاط المادي هو الغالب^(١٢٣).

- عملية الرقابة على التنفيذ وإدارة الأعمال: كان المشرع الفرنسي يفرّق- قبل التعديل التشريعي الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٦٦- بين مقاولات البناء الصغيرة ونظيرتها الكبيرة في كثير من الأحكام القانونية، بيد أن هذه التفرقة قد ألغاه المشرع بالتعديل التشريعي الأخير بعد أن تطورت وسائل التكنولوجيا وأصول الفن المعماري.

^(١٢١)- وتنص المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري على أنه: «الوكالة عقد يلتزم الوكيل بمقتضاه بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل». وعليه يتفق عقد المقاولة مع عقد الوكالة *Contrat de mandat* في أن محل التزام المدين في كل منهما هو القيام بعمل لحساب الدائن، ولكن يختلف العقدان في أمرين أحدهما موضوعي والآخر شخصي؛ أما الجانب الموضوعي فيتمثل في طبيعة العمل الذي تم العقد من أجله، فبينما يكون عملاً مادياً في عقد المقاولة، يكون قانونياً- بحسب الأصل- في عقد الوكالة. وأما المميّز الشخصي بين العقدين فهو يظهر في قيام الصفة التمثيلية بين الموكل ووكيله وانعدامها بين المقاول ورب العمل؛ حيث يؤدي الوكيل عمله باسم ولحساب الموكل، بحيث تضاف نتائج التصرفات القانونية التي يبرمها من حقوق والتزامات إلى الموكل كما لو كان هو الذي عقدها مباشرة، في حين أن المقاول يعمل باسمه ولحسابه الخاص، فهو لا يمثل رب العمل أو ينوب عنه، ومن ثم فإن نتائج الأعمال التي يؤديها المقاول إنما تضاف إلى ذمته الشخصية وليس ذمة رب العمل.

^(١٢٢)- ويُذكر أن القضاء الفرنسي يشترط- بناءً على نص المادة ١٣٤١ مدني- كتابة العقد الذي يبرمه

المهندس مع رب العمل حتى ينعقد صحيحاً وإلا وقع باطلاً، راجع لهذا المبدأ الأحكام التالية:

Cass. 3^e civ., 11 juin 1986, D. 1987, 285, note A. Gourio & Cass. 3^e civ., 15 mars 1989, Bull. civ. III, no 59 ; 6 nov, D. 1996, n° 1630 & Cass. 3^e civ., 24 mars 1987, RDI 1987, n° 453, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli ; 28 févr. 1996, RDI 1996. 212 ; 14 mars 2001, 2 esp., n° 98-20.247 et 98-20.248 & *rappr.* Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, D. 2000. IR 20.

^(١٢٣)- أنظر في هذا المعنى من الفقه المصري: السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ١٤ وما يليها

& وأنظر أيضاً من الفقه الفرنسي في هذا الصدد:

J. HUET, *Le droit de l'architecture*, op. cit., p. 37 et s. & B. BOUBLI, «Contrat d'entreprise», *préc.*, n° 24, p. 8 et s.

وكان يجري العرف بشأن مقاولات الأعمال الإنشائية الصغيرة *les menus ouvrages*^(١٢٤)، مثل بناء مسبح (حمام سباحة) أو غرفة للبيستاني أو لحارس العقار، على أن يتعاقد رب العمل مع المهندس أو المكتب الهندسي واضع التصميم ليقوم في الوقت نفسه بعملية الرقابة والإشراف على التنفيذ، أو أن يتعاقد مباشرة مع متعهد مقاولات أو شركة مقاولات تقوم بكافة الأعمال الهندسية والفنية وتتكفل بالتنفيذ والإشراف عليه معاً.

لكن الوضع يختلف في حال المقاولات الكبيرة *les gros ouvrages*^(١٢٥)، حيث استلزم المشرع الفرنسي بنص المادة ١٦٢ من المرسوم بقانون رقم ٢١٧ الصادر ٢٠ مارس ١٩٨٠- على خلاف الوضع في مصر^(١٢٦)- أن تكون عملية الرقابة أو الإشراف على التنفيذ عملية إجبارية وإلزامية، مع ضرورة لجوء رب العمل إلى مكتب استشارات هندسية للإشراف على عملية التنفيذ خلاف المقاول (شركة المقاولات) التي تقوم بالتنفيذ

^(١٢٤)- ومقاولات البناء الصغيرة هي التي لا تتجاوز مساحة الأرض التي سيُقام عليها المبنى فيها عن ١٧٠ متر مربع، أما الكبيرة فهي التي تتجاوز مساحة الأرض فيها هذه المساحة. من هذه الأحكام على سبيل المثال أنه يجوز لرب العمل في المقاولات الصغيرة- بخلاف المقاولات الكبيرة- أن يلجأ مباشرة إلى شركة هندسية أو عقارية متعددة التخصصات للقيام بوضع التصميم والتنفيذ والإشراف عليه في آن واحد. لكن وفقاً للتعديل التشريعي الذي أدخله المشرع على تقنين الإسكان بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٢ الصادر في ٣ يناير ١٩٧٧، قد ألغى المشرع بمقتضاه عدة فروق جوهرية بين هذين النوعين من المقاولات، وأبقى فقط على فارق واحد وهو أن دعوى الضمان في المقاولات الصغيرة تتقدم بمرور سنتين فحسب من وقت تسلم الأعمال ولا تتقدم تقادماً عشرياً كما هو الشأن في دعوى الضمان العشري في مقاولات البناء الكبيرة. غير أن هذا النص الذي يميز بين المقاولات الصغيرة والمقاولات الكبيرة لا يوجد له مثيل في التشريع المصري حتى الآن. راجع لمزيد من البيان:

G. LIET-VEAUX, *Responsabilité de droit commun des architectes*, jurisclasser, responsabilité civile, fasc. 355-1, 1984, p. 23 et s.

^(١٢٥)- وهي المقاولات التي تزيد مساحة الأرض التي يُقام عليها البناء عن ١٧٠ متر مربع في القانون الفرنسي دون القانون المصري.

^(١٢٦)- حيث قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها القديمة بما نصه: *تُظم المشرع عقد المقاولات بالمادة ٦٤٦ وما بعدها من القانون المدني، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري باعتبار عمله في وضع التصميم والمقاييس وفي مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج في صورها، ... ومن ثم، فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يُبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسؤوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ.* نقض مدني، جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٧٣، الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق، مجموعة أحكام النقض، س ٢٤، ص ١١٤٦.

والمهندس الذي يضع التصميم؛ وذلك حتى يتحقق الهدف الأكمل من الإشراف أو الرقابة باختلاف شخص المراقب عن شخص المنفذ وواضع التصميم^(١٢٧). والإشراف أو الرقابة على التنفيذ يقتضي من المهندس أو الاستشاري الفني القيام بدور المدير أو المشرف التنفيذي إن صح هذا التعبير، فهو يقوم بعملية الإشراف على التنفيذ والإدارة في نفس الوقت. ويمكن القول بصفة عامة أن عملية الإشراف على التنفيذ تسلتزم عملية إدارة الأعمال والتنسيق بين المقاولين إذا تعددوا، بل وتستغرق العملية الأولى الثانية^(١٢٨).

- **عملية التنفيذ:** وهذه العملية تقع في الأصل على عاتق المقاول وليس على المهندس المعماري كما سبق وأن قدمنا. أما إذا تعاقد رب العمل مع مهندس مباشرة لوضع التصميم وتنفيذ العمل معاً؛ فإن المهندس يقوم في هذه الحالة بمهمة شاملة ويلتزم بالقيام بعملين في الوقت نفسه وليس عمل واحد: عمل كمهندس يضطلع أساساً بوضع التصميم والرسومات والمقايسة، وعمل آخر كمقاول يقوم بتنفيذ المبنى وفقاً للتصميم والرسومات التي وضعها بنفسه.

وفي كل الأحوال، فليس هناك خلاف في الفقه والقضاء - سواءً في مصر أو فرنسا - حال إبرام رب العمل عقداً مع المهندس مباشرة للقيام بمهمة واحدة أو أكثر من المهام السابق ذكرها، حيث لم يفرق المشرع في المعاملة هنا بين المهندس المعماري والمقاول من حيث الأحكام القانونية، واعتبر العقد المبرم بينهما وبين رب العمل من قبيل عقود المقاولات، وطبق عليهما بالتالي أحكام الضمان العشري^(١٢٩). وقد بان لنا من خلال

^(١٢٧) - وكان المشرع الفرنسي يستلزم في مقاولات البناء الكبيرة أن يلجأ رب العمل (طالب البناء) إلى مكتب استشاري هندسي لدراسة جدوى المشروع يختلف عن المكتب الهندسي واضع التصميم، بيد أنه مع التعديل التعديلي التشريعي الصادر عام ١٩٦٦، أزال المشرع الفارق بين هذين النوعين من المقاولات وأصبحت كافة أنواع المقاولات محلاً لذات الأحكام القانونية. أنظر لذلك:

J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Le droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., n° 1192.

^(١٢٨) - لمزيد من البيان راجع من الفقه المصري: سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم مفتاح، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٤ وما يليها & وأنظر كذلك من الفقه الفرنسي في المعنى نفسه:

P. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, 5^e éd., 1991, Précis Dalloz, n° 121 & B. BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, JNA 1991, p. 143.

^(١٢٩) - راجع لهذا المعنى: محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاول، المرجع السابق، ص ٣٨ & وفي المعنى نفسه: السنهوري، الوسيط، ج ٧، السابق، ص ١٠٩ & محمد حسين منصور،

التفرقة بين دور المقاول ودور المهندس في عملية التشييد، أن دور الأول في تنفيذ عملية التشييد يغلب عليه الطابع المادي، بينما دور الثاني في وضع التصميم والإشراف على التنفيذ يغلب عليه الطابع الذهني. ويضيف الاتجاه القضائي الفرنسي الغالب إلى المهندس - أياً ما كان دوره في عملية التشييد وأياً ما كان تخصصه الدقيق - ضرورة القيام بواجب النصح والإرشاد والتوجيه لرب العمل أثناء عملية التشييد⁽¹³⁰⁾.

أما إذا كان المهندس يقوم بتنفيذ عمل أو أكثر من الأعمال السابق ذكرها تحت إدارة وإشراف المقاول (شركة المقاولات)، فيختلف هنا وضع المهندس قانوناً، حيث أن عقد المقابلة يكون مبرماً بين رب العمل والمقاول، أما المهندس فهو يقوم بعمله في هذه الحالة تحت إدارة وإشراف المقاول الذي يعمل لديه، ومن ثم فإن العقد الذي يربطه بالمقاول هنا هو عقد عمل وليس مقابلة، كما أنه لا يرتبط في هذه الحال مع رب العمل بأية علاقة عقدية. وقد كان المشرع الفرنسي صريحاً في هذا الشأن حين أخضع المهندس حتى في هذا الفرض الأخير لأحكام الضمان العشري، رغم عدم وجود عقد مقابلة يربطه مباشرة برب العمل، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيين منذ التعديل التشريعي الذي أدخل على نص المادة 1792 من التقنين المدني الفرنسي عام 1978⁽¹³¹⁾. بيد أن الأمر يدفعنا إلى التساؤل عن مدى انطباق أحكام الضمان العشري

المسئولية المعمارية، مرجع سابق، ص 87 & محمد ناجي ياقوت، مسئولية المعمارين بعد تمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، مرجع سابق، ص 51 وما يليها & ومن الفقه الفرنسي أنظر أيضاً: J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., p. 322 et s. & Ch. BEUDANT, *Cours de Droit civil français, Contrat d'entreprise par René RODIERE*, t. XII, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1947, p. 202 & J.-P. KARILA, *Responsabilités des constructeurs et assurance construction : la réforme du 8 juin 2005, préc.*, p. 2246 et s.

⁽¹³⁰⁾- Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 1970, D. 1970, IR, p. 345 & Cass. 3^e civ., 12 févr. 1974, D. 1974, IR, p. 101 ; 7 mars 1979, JCP 1979. IV. 169 ; 28 mai 1979, RDI 1979. 471, obs. P. Malinvaud et B. Boubli & comp. Cass. 3^e civ., 22 févr. 1989, JCP 1989, IV, p. 150 & Civ. 3e, 12 janv. 2000, BPIM févr. 2000, no 97 ; Civ. 3e, 30 janv. 2008, no 06-19.100 ; rapp. : 8 mars 2000, BPIM mars 2000, n° 171.

⁽¹³¹⁾- Pour plus détaillés, V. par exemple, B. SOINNE, *La responsabilité des architectes et des entrepreneurs après la réception des travaux*, op. cit., p. 392 et s. & B. BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, op. cit., p. 137 et s. & A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 6^e éd., 2006, éd. Du Moniteur, n° 381 & J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Le droit de l'urbanisme et de la construction*, 6e éd., 2001, Montchrestien, n° 1192 & Cass. 3^e civ., 20 juin

على المهندس في هذه الحالة في ظل القانون المصري لخلو النص وسكوت المشرع عن حكم هذا الفرض تحديداً؟!^(١٣٢). غير أننا يمكننا القول - بصفة عامة وهو ما اتفق عليه الفقه والقضاء المصريين^(١٣٣) - أن المشرع المصري يشترط وجود عقد مقاوله بين رب العمل من جانب والمقاول والمهندس من جانب آخر، بحيث إذا انعدم هذا الشرط بين أيّ منهم، فلا محل لتطبيق أحكام الضمان العشري.

1979, Bull. civ. III, no 139 & Cass. 3^e civ., 16 juill. 1987, Mon. TP 12 févr. 1988 ; 15 juin 1988, JCP 1988, IV, 297 ; 21 févr. 1990, Gaz. Pal. 1990, 2. Somm. 623, obs. M. Peisse.

^(١٣٢) - إذ أن الفقه على إجماعه أيضاً - وكما سنرى عما قليل بالمتن - على أنه إذا كان من يقوم بتنفيذ العمل أو تشييد البناء: «يخضع لإشراف رب العمل وتوجيهه، فليس العقد مقاوله بل هو عقد عمل، ولا يترتب عليه ضمان عقد المقاوله بل التزامات العامل في عقد العمل»، السنهوري، الوسيط، السابق، ص ١٠٨ & محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاوله، المرجع السابق، ص ١٢٣ & ومن الفقه الفرنسي:

A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, tome deuxième*, t. II., Paris, Dalloz, 1919-1920, p. 845 & Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *Droit civil français*, t. V, 6^e éd., par P. ESMIEN, *op. cit.*, p. 414 & M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *op. cit.*, p. 195.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه الفقهي من قبل فقضت بما نصه: «المقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل لا يسأل عن تدهم البناء أو عن العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ذلك ناشئاً عن الخطأ في التصميم الذي وضعه رب العمل، ما لم يكن المقاول على علم بهذا الخطأ وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب»، نقض مدني، ١٢ يونيو ١٩٨٩، الطعن رقم ٣٤٤٠، لسنة ٥١، مكتب فني ٤٠، ص ٥٧٣.

^(١٣٣) - أنظر على سبيل المثال: السنهوري، الوسيط، السابق، ص ١٠٨ & محمد لبيب شنب، الوجيز، ص ١٢٢ وما يليها & محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، مرجع سابق، ص ١١٥ وما بعدها & نقض مدني، جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٧٣، الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨، مجموعة أحكام النقض، س ٢٤، ص ١١٤٦ & ومن الفقه الفرنسي القدامى الذين تطلبوا هذا الشرط صراحةً لإعمال أحكام الضمان العشري: G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Ibid.*, p. 1094 & J. DELVAUX, *Droits et obligations des architectes*, *op. cit.*, p. 194 et s. & M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *op. cit.*, p. 195 et s. & G. ROUJOU DE BOUBÉE, La responsabilité pénale des agents immobiliers, *RDI*, 1979, p. 295 et s.

ويرى غالبية الفقه المصري والفرنسي^(١٣٤)، وبحق، أن المهندس، أياً ما كانت مهمته الموكولة إليه، وأياً ما كان تخصصه (معماري أو فني أو استشاري أو منفذ أو مراقب... إلخ)، وأياً ما كانت مؤهلاته العلمية، يجب أن يلتزم بالضمان العشري مثله مثل المقاول سواءً بسواء، فلا مسوغ قانوني يفرق بين المهندسين المعماريين *des architectes* وغيرهم من المهندسين الاستشاريين أو المنفذين أو المراقبين في الحكم والخضوع لأحكام هذا الضمان، ويرون من ثم أن صياغة نصوص القانون التي تخص المهندسين المعماريين دون غيرهم من المهندسين الآخرين المتدخلين في عملية البناء يعد قصوراً يحتاج إلى تعديل تشريعي^(١٣٥). في حين يعارض البعض الآخر^(١٣٦) هذا التفسير

^(١٣٤) - محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، السابق، ص ١٥٧ & محمد شكري سرور، مسئولية مهندسي ومقاولي البناء، مرجع سابق، ص ١٩٣ & محمد حسين منصور، المسئولية المعمارية، السابق، ص ٨٨ وما يليها & قرب: فتحة قره، أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص ١٥٠ وما يليها. وراجع من الفقه الفرنسي في المعنى نفسه:

G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit civil, du contrat de louage*, t. II, 3^{ème} éd., op. cit., n° 1096 & A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10^{ème} éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, op. cit., n° 729 et s. & R. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY HOUIN, *Droit de la construction*, 4^e éd., Mémento Dalloz, 1994, n° 234 et s. & G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, *Droit de la construction*, 11^e éd., Litec 2000, p. 79 et s. & J. HUET, *Le droit de l'architecture*, 3^e éd., Economica, 2001, p. 25 et s.

^(١٣٥) - أشرنا من قبل إلى أن النصوص القانونية المقررة للضمان العشري في مصر وفرنسا قد خصت بالذكر المهندس المعماري من بين طوائف المهندسين الآخرين لتحمله بالالتزام بالضمان العشري، وقد أنتقد هذا المسلك التشريعي من غالبية الفقه المصري والفرنسي على حدٍ سواء. أنظر على سبيل المثال لا الحصر: سمير عبد السميع الأودن، مسئولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم مفتاح، مرجع سابق، ص ١٣٤ وما يليها & فتحي غيث، قانون المهندس، دار المعرفة، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٣٤ وما بعدها & محمد شكري سرور، مسئولية مهندسي ومقاولي البناء، السابق، ص ٥ & عبد الرازق حسين ياسين، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها ونطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط ١، مرجع سابق، ص ٤١٤ وما بعدها & ومن الفقه الفرنسي أنظر أيضاً:

A. GUETTARD, *Les honoraires d'architectes*, Litec 1963, p. 56 et s. & G. LIET-VEAUX, *La profession d'architecte*, éd. Ch. Massin, 1963, p. 112 et s. & B. BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, 3^e éd., Journ., 1987, n° 110 & A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 3^e éd., éd. Du Moniteur, 1989, p. 213.

الموسع لنص المادة ٦٥١ من التقنين المدني المصري (المادة ١٧٩٢ من التقنين المدني الفرنسي)؛ على أساس أن المشرع قد خص بالذكر المهندس المعماري وحده بأحكام الضمان العشري دون غيره من المهندسين الآخرين، والحكم هنا استثنائي لا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره.

ونحن من جانبنا نعتقد رجاحة الرأي الأول لما سبق وأن أوردناه من ضرورة مد نطاق تطبيق الضمان العشري ليشمل كافة الأشخاص المتدخلين في عملية البناء والتشييد، فلا فرق بين المقاول والمهندس، ولا تمييز بين المهندسين بحسب تخصصاتهم؛ لأن الحكمة التي من أجلها قرر المشرع هذا الضمان شديد الوطأة- وهي حماية رب العمل غير الخبير في أصول الفن المعماري- تتحقق بإلزام أي متدخل في عملية البناء أو التشييد بهذا الضمان أياً ما كانت صفته أو مهمته أو خبراته. ونحن من جانب آخر لا نشكك في صحة الرأي المتمسك بظاهر النص؛ حيث أنه من المسلم به في مجال تفسير النصوص القانونية أنه لا يجوز القياس على الحكم الاستثنائي أو التوسع في تفسيره؛ لذا قلنا مراراً من قبل بضرورة تدخل المشرع المصري لتعديل نص المادة ٦٥١ من التقنين المدني لمد نطاق الالتزام بالضمان العشري ليشمل جميع الأشخاص المتدخلين في عملية البناء على اختلاف تخصصاتهم، وبذلك يتم تصحيح العوار الذي اعتري الصياغة القانونية لنص المادة ٦٥١ سالف الذكر منذ إصداره من جانب، ويتوأكب النص مع التطورات القانونية الحادثة في مجال المسؤولية العشرية في دول العالم المتقدم كما سبق وأشرنا من جانب آخر.

وبناءً على هذا الرأي فإنه يكون ملتزماً بالضمان العشري، أي شخص- طبيعي أو اعتباري- مهما كان اختصاصه مادام قد قام بمهمة المهندس المعماري في وضع التصميم أو الإشراف على تنفيذه. بل إنه إذا قام المقاول نفسه- وإن لم يحصل على أي مؤهل أو شهادة خاصة في الهندسة المعمارية- بدور المهندس المعماري ووضع بنفسه التصميم، يكون ملتزماً بالضمان العشري بالنسبة للعيوب التي تظهر في المبنى أو المنشأ الثابت من التصميم، وليس فقط بالنسبة للعيوب التي تظهر في عملية التنفيذ. وقد استقر القضا الفرنسي^(١٣٧) على هذا الرأي الأخير وأكد في أكثر من مناسبة على وجوب استعمال كلمة المهندس بمفهومها العام أو الشامل الذي يصدق على

(١٣٦)- عبد الودود يحيى، مسؤولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٧٦، ١٩٩٣، ص ١٢٨ & قرب: محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد تمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مرجع سابق، ص ٣٣ وما بعدها.
(١٣٧)- راجع على سبيل المثال لا الحصر أحكام النقض الفرنسية الآتي ذكرها:

المهندس واضع التصميم، وغيره من المهندسين المتدخلين في عملية التشييد أياً ما كانت تخصصاتهم، بل وأي شخص آخر يقوم بمهمة المهندس المعماري ولو لم يكن حاصلاً على شهادة مرخصة من الدولة أو حاصلاً على مؤهل علمي لمزاولة مهنة الهندسة^(١٣٨). وسند القضاء لهذا التوسع في مد نطاق الضمان العشري ليشمل كافة الأشخاص الذين يقومون بدور المهندس أو الاستشاري الفني في عملية التشييد أياً ما كانت تخصصاتهم تمثل في تنوع تخصصات الهندسة المعمارية وتداخلها تداخلاً كبيراً نتيجة لتعدد عمليات التشييد في الوقت الحاضر مما استتبع معه صعوبة تحديد شخص المسؤول عن الضرر، الأمر الذي يضر برب العمل أو مالك المبنى (المتصرف إليه في المبنى) في النهاية.

وتطبيقاً لذلك مد القضاء الفرنسي نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري ليشمل جملة من المتدخلين في عملية التشييد أطلق عليهم اسم "المشيدين ومن في حكمهم". فالى جوار المهندسين - بالمعنى الدقيق - واضعي التصاميم والرسومات الهندسية *les architectes*، يوجد المهندسون الفنيون أو القائمون بالدراسات الهندسية (مكاتب الدراسات الهندسية) *d'études techniques des*، والمهندسون المشرفون أو مراقبو التنفيذ *techniques contrôleurs des*، وكذا المهندسون القائمون بعملية التنسيق بين المقاولين المتعددين *coordonateurs des* حتى ولو كانوا يقومون بعملية تأمين السلامة الصحية بين العمال فحسب، ومهندسو المساحة أو التربة *et l'arpenteurs*^(١٣٩).

Cass. 3^e ch. civ., 10 déc. 1969, *Juris-classeur, Responsabilité civile*, fasc. 355-4-1, 5-1990, n° 227 & Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 1970 et 4 oct. 1978, préc. & Cass. 3^e civ., 12 janv. 2000, BPIM févr. 2000, n° 97 & *rappr.* Cass. 3^e civ., 8 mars 2000, BPIM mars 2000, n° 171

^(١٣٨) - واعتبار الشخص القائم بوضع التصميم وبمهام المهندس المعماري مهندساً في تطبيق أحكام الضمان العشري عليه ولو لم يكن حاصلاً على ترخيص أو شهادة بمؤهل علمي لا يعني إفلات هذا الشخص من المسؤولية أو العقوبة التي قد تضعها الدولة على من يمارس هذه المهنة دون شهادة معتمدة أو ترخيص بمزاولة المهنة وفق ما تقضي به القوانين المنظمة للبناء أو القانون الخاص بتنظيم مزاولة مهنة الهندسة المعمارية.

^(١٣٩) - أنظر على سبيل المثال الأحكام القضائية الآتية:

Cass. 3^e civ., 11 mai 1988, *RDI* 1988, p. 467 & Cass. 3^e civ., 10 juill. 1996, BPIM 1/97, n° 38 & Cass. 3^e civ., 12 févr. 1974, D. 1974. IR 101 ; 7 mars 1979, JCP 1979. IV. 169 ; 28 mai 1979, *RDI* 1979. 471, obs. P. Malinvaud et

وعلى ذلك فإنَّ نهيب بالقضط المصري- في حالة التعرض لمثل هذه الحالات ولحين تدخل المشرع نفسه بالتعديل التشريعي المأمول- التوسع في تفسير مفهوم المهندس المعماري الوارد بنص المادة ٥٦١ من القانون المدني لتوفير حماية أكبر في مجال التشييد لرب العمل، باعتبار أن الحكمة التي توخاها المشرع لتقرير الالتزام بالضمان العشري تتوفر في جميع المتدخلين في عملية التشييد أياً ما كانت تخصصاتهم المهنية، فرب العمل يعد- في الغالب- شخصاً غير فني بأصول البناء، على عكس المتعاقد معه وهو شخص فني وخبير، مهندساً كان أو مقاولاً. غير أن مسؤولية المهندس- وفقاً لأحكام الضمان العشري الحديثة سيما في ظل التشريع الفرنسي- تتحدد بالنظر إلى مدى اتساع المهمة المسندة إليه من طرف رب العمل، فقد تقتصر مهمته على وضع التصميم فقط، وقد تمتد إلى الإشراف والرقابة على التنفيذ، أو أن يتولى مهمة الإشراف والرقابة على التنفيذ دون مهمة وضع التصميم:

فإذا اقتصر دور المهندس على وضع التصميم دون أن يكلف بالإشراف على تنفيذه، فإنه لا يسأل إلا عن العيوب التي تأتي من التصميم. وهذا الحكم هو ما قننه المشرع المصري بالمادة ٦٥٢ من التقنين المدني حيث نصت على أنه: «إذا أقتصر المهندس المعماري على وضع التصميمات دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم»^(١٤٠).

وبناءً على ذلك؛ فإذا اقتصر دور المهندس على وضع تصميم المبنى أو جانب منه فحسب، كان مسؤولاً عن العيوب التي ترجع إلى التصميم الذي وضعه دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ. وإذا عهد رب العمل إلى هذا المهندس بالإشراف على التنفيذ كله أو على جانب منه، كان مسؤولاً أيضاً عن العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ الذي عهد إليه بالإشراف عليه.

وهذا الحكم يعد حكماً بديهياً، بل وعادلاً أيضاً، فمتى اقتصر عمل المهندس على وضع تصميم المبنى أو جزء منه، كان مسؤولاً فقط عن العيوب التي ترجع إلى التصميم الذي وضعه دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ (طريقة التشييد). والعكس أيضاً صحيح، فمتى أسند رب العمل إلى المهندس بمهمة الإشراف على التنفيذ فحسب دون

B. Boubli ; 4 févr. 1981, ibid. 1982. 89, obs. P. Malinvaud et B. Boubli & comp. Cass. 3^e civ., 22 févr. 1989, JCP 1989. IV. 150.

^(١٤٠)- وهو ذات الحكم الذي اشتملت عليه المادة ١٧٩٢-٢ من التقنين المدني الفرنسي.

وضع التصميم، كان المهندس مسؤولاً عن العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ دون عيوب التصميم.

وقد سنحت الفرصة لمحكمة النقض المصرية للتأكيد صراحةً على هذا الحكم الأخير فقضت بأن: «نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ وما بعدها من القانون المدني، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري باعتبار عمله في وضع التصميم والمقاييس وفي مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج في صورها، وجعل قواعد المسؤولية عن تهمد البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول على سواء، ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم، فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت منه»^(١٤١).

أما في ظل التشريع الفرنسي، فإننا سنرى حالاً أن الأصل - وعلى خلاف الحال في مصر - أن يستقل شخص المهندس واضع التصميم أو الرسومات الهندسية عن شخص المهندس المراقب أو المشرف التنفيذ، غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن تجتمع الصفتان في شخص واحد، وفي هذه الحالة الأخيرة يُسأل المهندس وفقاً لأحكام الضمان العشري في مواجهة رب العمل عن عيوب المبنى الناتجة عن التصميم والناتجة كذلك عن عيوب الإشراف أو المراقبة معاً. لكن إذا كان عمله الفني أو إشرافه على التنفيذ يتم دون مقابل، فهو يُسأل عن العيوب التي تنتج عن عمله وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية وليست القواعد الخاصة الموجبة للضمان العشري^(١٤٢).

^(١٤١) - نقض مدني، جلسة ٢١ مايو ١٩٧٥، الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٠٤٨.

^(١٤٢) - «*Si l'architecte, qui accepte à titre gracieux d'assumer la direction des travaux, est responsable des désordres résultant du défaut de surveillance, il n'est pas un locateur d'ouvrage, et n'est tenu de sa faute que selon le droit commun*», G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, *Droit de la construction*, op. cit., p. 311.

لكن محكمة النقض المصرية كانت قد خالفت هذا المبدأ في شقه الأخير وقضت بعدم مسؤولية المهندس الذي يقدم خدمة مجانية لرب العمل نهائياً لا على أساس المسؤولية العشرية ولا على أساس المسؤولية التقصيرية وفقاً للقواعد العامة، ففي دعوى تتلخص وقائعها في أن مهندساً معمارياً اقتصر دوره على عمل حساب تكاليف الانشاءات الخرسانية كخدمة مجانية لرب العمل بناءً على المعلومات الفنية الخاصة بالنزعة التي تلقاها منه ولم يكن مرتبطاً مع الأخير بثمة علاقة عقدية (عقد مقاولة)، حيث قام مهندس آخر بوضع التصميم النهائي للبناء، فقضت المحكمة بنقض الحكم المستأنف إذ أنه لم يلتفت إلى دفاع الطاعن (المهندس الأول) الجوهري وللصور في التسبب لعدم وجود علاقة تربط المهندس

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تعدد المهندسون المعماريون المتدخلون في عملية تشييد واحد أو إقامة منشأ ثابت واحد، كان كل منهم ملتزماً بالضمان العشري في حدود العمل الذي قام به^(١٤٣).

وعلى أي حال، فإن لفاضي الموضوع السلطة التقديرية الكاملة في تقدير الأدلة المقدمة بالدعوى على ثبوت خطأ المهندس المعماري في وضع التصميم الهندسي بلا معقب عليه من محكمة النقض، مادام قضاؤه كان مبنياً على أسباب سائغة، بيد أن محكمة الموضوع تخضع بالطبع في تكييفها لهذا الفهم وتطبيق القانون لرقابة محكمة النقض؛ إذ تؤكد الأخيرة على هذا المبدأ قائلة: «لئن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة فيها وموازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن إليه منها، إلا أنها تخضع لرقابة محكمة النقض في تكييفها لهذا الفهم وفي تطبيق ما ينبغى تطبيقه عليه من أحكام القانون»^(١٤٤).

المبحث الثاني

التوسع في نطاق المتزمين بالضمان العشري

Sens large des débiteurs de l'obligation décennale

٢٤. ذكرنا آنفاً أن الفصل يرجع أولاً إلى القضاء - قبل المشرع - في فرنسا في التوسع التدريجي لمد نطاق الضمان العشري إلى أشخاص آخرين غير المقاولين

الأول برب العمل ولأنه اكتفى بتقديم خدمة مجانية له. نقض مدني، جلسة ٢١ مايو ١٩٧٥، الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٠٤٨.

^(١٤٣) - أنظر على سبيل المثال من الفقه المصري: السنهوري، الوسيط، ج ٧، السابق، فقرة ٦١، ص ١١٤ & محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص ١٥٧ & وأنظر أيضاً:

H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, op. cit. n° 1343 et s. & en même sens v., G. RIPERT et R. BOULANGER, *Traité de droit civil* t. 3, 1956-1960, LGDJ, n° 2111 et s.

^(١٤٤) - نقض مدني، جلسة ١٥ إبريل ٢٠١٥، الطعن رقم ٣١١٨ لسنة ٨٤، موقع أحكام النقض على الرابط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111311013&ja=123714

وأنظر كذلك في المعنى نفسه للأحكام القديمة: نقض مدني، جلسة ٢٣ أكتوبر ٢٠٠٨، الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٦٩، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، س ٥٩، ص ٧٨٨ & نقض مدني، ١٣ مارس ٢٠٠٣، الطعن رقم ٦٢٠٤ لسنة ٦٦، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، ج ١، س ٥٤، ص ٤٨٠.

والمهندسين المعماريين المذكورين بصفة صريحة في النصوص التشريعية الموجبة لهذا الضمان، بيد أنه قد ثار التساؤل قديماً حول وضع مشرفي التنفيذ أو المهندسين المراقبين على المقاولين وعمالهم أثناء التنفيذ؛ حيث أن هؤلاء لم يكن من السهل إدخالهم ضمن طائفة المهندسين واضعي تصاميم المباني الذين قصدهم المشرع بنص المادة ١٧٩٢ من التقنين المدني بالمعنى الدقيق، كما أنه من البديهي عدم جواز إدراجهم ضمن طائفة المقاولين لأنهم لا يقومون بالتنفيذ الفعلي أو المادي للعمل الإنشائي؛ الأمر الذي يثور معه التساؤل حول مدى جواز إلزامهم بهذا الضمان في التشريع المصري في ظل قصر نطاق هذه النصوص للمشيدين فحسب من باب أولى.

وقد قلنا إن المشرع الفرنسي- وعلى نقيض نظيره المصري- قد وسّع من دائرة الملتزمين بالضمان العشري أكثر فأكثر؛ فمد نطاقه ليشمل- إضافة إلى المشيدين بالفعل من المقاولين والمهندسين- من كان على شاكلتهم (أو من في حكمهم قانوناً) من المراقبين الفنيين، وأشخاص آخرين اعتبرهم في حكم المشيدين مثل: المطورين العقاريين، وبائعي المباني بصفة عامة، سواء تم البيع قد تشييدها (على الخريطة)، أو تم البيع أثناء أو في طور تشييدها، أو حتى بعد الانتهاء من تشييدها، بل وألزم بهذا الضمان كذلك مشتريي المباني الجاهزة بغرض بيعها، ومستوردي وصابغوي أجزاء المباني المعدة سلفاً (المباني جاهزة التركيب)، وأشخاص آخرين متدخلين في عملية إدارة وتسويق المشاريع العقارية. وقد اشترط المشرع لكل شخص من هؤلاء الأخيرين بعض الشروط الخاصة لمد نطاق الضمان العشري إليه، وهو ما سوف نتباحثه من خلال فقرات المطالبين التاليين التالية:

المطلب الأول

المراقبون الفنيون (مشرفو التنفيذ)

Les contrôleurs techniques

٢٥. ألزم المشرع المصري رب العمل- طالب البناء- بموجب قانون البناء الموحد رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨^(١٤٥) بأن يعهد بتنفيذ الأعمال المرخص بها إلى شركة هندسية لوضع التصاميم والرسومات الهندسية وتقديمها إلى الجهات المختصة لاعتمادها قبل

(١٤٥)- أنظر الجريدة الرسمية- العدد ١٩ مكرر (أ)- السنة الحادية والخمسون، ٦ جمادى الأولى سنة

١٤٢٩ هـ، الموافق ١١ مايو سنة ٢٠٠٨م.

القيام بعملية البناء أو التشييد الفعلية؛ وذلك للحصول على الترخيص اللازم لإتمام البناء^(١٤٦). وقد ذكرنا آنفاً أن هذه الشركات غالباً ما يُعهد إليها بمهمة شاملة، فنقوم بوضع التصميم وتتولى في الوقت نفسه مهمة الإشراف على التنفيذ، ولا فرق في هذا الشأن بين مقاولات الأعمال الكبيرة أو الصغيرة^(١٤٧).

في حين ظهرت مهمة المراقب الفني أو المشرف التنفيذي *le contrôleur technique* في القانون الفرنسي لأول مرة بمقتضى القانون رقم ٥٤٧ الصادر في ٣ يناير ١٩٦٧، وذلك كان بشأن مقاولات الأعمال الكبيرة التي تزيد مساحة الأرض التي

^(١٤٦) - وتقضي المادة الرابعة من قانون البناء الموحد رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ (الجريدة الرسمية - العدد ١٩ مكرر (أ) الصادرة في ١١ مايو ٢٠٠٨) بما نصه: في تطبيق أحكام هذا القانون المرافق يُقصد بالوزير المختص الوزير المختص بالإسكان والمرافق والتنمية العمرانية ما لم ينص على خلاف ذلك. كما يُقصد بالجهة الإدارية المختصة بالتخطيط والتنظيم بالنسبة للمجمعات العمرانية الجديدة هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة، وبالنسبة للمناطق السياحية الهيئة العامة للتنمية السياحية، وبالنسبة للمناطق الصناعية الهيئة العامة للتنمية الصناعية". كما قضت الفقرة الأولى من المادة ٣٩ من هذا القانون - في هذا الصدد نفسه - بما يلي: "يحظر إنشاء مبان أو منشآت أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعديتها أو تعديلها أو تدعيمها أو ترميمها أو هدم المباني غير الخاضعة لقانون هدم المباني غير الآيلة للسقوط جزئياً أو كلياً أو إجراء أي تشطيبات خارجية دون الحصول على ترخيص في ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشؤون التخطيط والتنظيم وفقاً للاشتراطات البنائية وقت إصدار الترخيص ولما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون". في حين تقضي المادة ٤١ من القانون نفسه بما نصه: "يتولى المهندس أو المكتب الهندسي تقديم الرسومات والمستندات المرفقة بطلب الترخيص، وإصدار شهادة صلاحية الأعمال للترخيص، وعلى الجهة الإدارية المختصة بشؤون التخطيط اعتماد هذه الشهادة وإصدار الترخيص بالبناء في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ ورود شهادة صلاحية الأعمال من المهندس أو المكتب القائم بالإعداد، والتأكد من استيفاء المستندات المطلوبة".

^(١٤٧) - لمزيد من البيان في ظل التشريع المصري راجع بصفة خاصة: عبد الرازق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، مرجع سابق، ص ٤٧٠ وما بعدها & وأنظر كذلك في ظل التشريع الفرنسي بصفة خاصة:

A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 6^e éd., 2006, éd. Du Moniteur, n° 387, p. 342 et s. & G. LIET-VEAUX, *Responsabilité de droit commun des architectes*, juris-classeur, responsabilité civile, fasc. 355-1, 1984, n° 173 et s. & J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., p. 345 et s.

يُقام عليها المبنى أو المنشأ الثابت فيها عن ١٧٠ متر مربع، وأدخل المشرع الفرنسي هذا الشخص- بنصوص قانونية صريحة- ضمن طائفة الأشخاص الملزمين بأحكام الضمان العشري في مواجهة رب العمل، ثم نظم مهمته ومسئوليته بموجب تقنين البناء والإسكان الفرنسي *Le code de construction et d'habitation* رقم ٦٢١ الصادر في ١٠ مارس ١٩٧٧ بالمادة L. 111-24، وأكد على الأمر نفسه بالقانون رقم ١٢ الصادر في ٤ يناير ١٩٧٨^(١٤٨).

وتتمثل آلية تدخل الشركات الهندسية في مراقبة عملية تنفيذ المبنى أو المنشأ الثابت- المراقبين الفنيين أو مشرفي التنفيذ في التشريع الفرنسي- في مرحلتين: تكون الأولى على مستوى المشروع التمهيدي، إذ تتدخل هذه الشركات قبل البه في إنجاز الأعمال، وتجري دراسة جدوى لمجموع الترتيبات الفنية على تصميم الأعمال الكبيرة والرسوم والخرائط والنماذج المصغرة التي ترتبط بها، لتتأكد من مطابقتها لقواعد البناء. أما الثانية فتكون على مستوى الإنجاز أو التنفيذ، وتتعلق بالإشراف على تنفيذ أعمال التشييد، للتأكد من احترام التصاميم المعتمدة وكيفية تنفيذها^(١٤٩). أما في فرنسا، فإن الغالب في مشروعات البناء العملاقة مثل تشييد المجمعات السكنية أو مجموعات الشركات الكبيرة، أن يلجأ رب العمل إلى فنيين أو استشاريين متخصصين (مكاتب استشارات هندسية) خلاف المراقبين الفنيين الذين يقومون بالإشراف على تنفيذ المشروع العقاري، ويطلق الفقه على الاستشاريين مصطلح "الفنيين أو مكاتب الدراسات الهندسية" *des techniciens d'études* لتمييزهم بذلك عن المهندسين المراقبين أو المشرفين على التنفيذ^(١٥٠).

^(١٤٨)- أنظر بصفة خاصة لشرح هذا القانون أو ذاك والتعليق عليه من الفقه الفرنسي:

P. DELMAS, *Contrôle technique : analyse de la loi du 4 janvier 1978 et de ses textes d'application*, RDI, 1979, Doctr., n° 129 & P. MALINVAUD et P. JESTAZ, *La loi no 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction*, JCP 1978, I., n° 2900.

^(١٤٩)- أنظر لهذا المعنى: سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم مفتاح، مرجع سابق الإشارة، ص ٢٥ وما يليها & محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، مرجع سابق الإشارة، ص ١٥٦ & وفي المعنى نفسه راجع: محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة نشر، ص ٢١١.

^(١٥٠)- «*Les techniciens qui concourent avec l'architecte à la maîtrise d'oeuvre, et appelés parfois "techniciens d'études" pour les distinguer des organismes*

وقد ثار الخلاف في بداية الأمر حول مدى إلزام هذه الطائفة من الأشخاص بأحكام الضمان العشري في ظل الفكرة القديمة التي كانت سائدة لمفهوم الملتمزمين بأحكام الضمان العشري؛ حيث أن المراقبين التنفيذيين ليسوا بمشيدين بالمعنى الدقيق ولا بمهندسين يقومون بوضع التصاميم والرسومات الهندسية.

وقد ذكرنا آنفاً أن المادة ٦٥١ من التقنين المدني المصري لم تخص بأحكام الضمان العشري سوى المقاولين والمهندسين المعماريين فقط وفقاً لصريح هذا النص، ولم تذكر من بينهم المراقبين الفنيين أو الشركات أو المكاتب الهندسية المذكورة بقانون البناء الموحد، بيد أن الفقه الغالب في مصر^(١٥١) قد توسعوا في تفسير لفظ المهندسين المعماريين ليشمل جميع فئات المهندسين من مدنيين واستشاريين ومراقبين وغيرهم، رغم إجماعهم على أن هذا النص يعد نصاً خاصاً يشتمل على حكم استثنائي فلا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره.

أما في فرنسا، فإن المادة ١٧٩٢ من التقنين المدني الفرنسي - بعد تعديلها بموجب التعديلات التشريعية التي أشرنا إليها آنفاً في أكثر من موضع من هذه الدراسة - قد نصت صراحةً على خضوع أي مشيد فني خبير - بل وأي متدخل آخر يساهم في عملية التشييد - لأحكام الضمان العشري، كما ألزمت صراحةً المادة L. 111-24 من قانون البناء والإسكان الفرنسي المشار إليه آنفاً المراقبين الفنيين بالضمان العشري شأنهم في ذلك شأن المقاولين^(١٥٢)، وافترضت مسئوليتهم العشرية حين ظهور أي خلل أو عيب

chargés du contrôle technique», B. BOUBLI, «Contrat d'entreprise», *Rép. civ. Dalloz*, précité, n° 154.

^(١٥١) - محمد شكري سرور، مسئولية مهندسي ومقاولي البناء، السابق، ص ٥ & عبد الرزاق حسين ياسين، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها ونطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٤٧٤ وما بعدها & سمير عبد السميع الأودن، مسئولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم مفتاح، مرجع سابق، ص ١٣٤ وما يليها

^(١٥٢) - راجع في هذا المعنى على سبيل المثال لا الحصر:

Ch. BEUDANT, *Cours de Droit civil français, Contrat d'entreprise* par René RODIERE, t. XII, 2e éd., Paris, Rousseau, 1947, p. 390 et s. & G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, *Le droit de la construction*, 10e éd., 1994, Litec, n° 490 et s. & P. GRELIER-BESSMANN, *Le mémento des marchés privés de travaux, Intervenants, passation et exécution*, 2006, éd. Eyrolles ; *Pratique du droit de la construction*, 4e éd., 2007, éd. Eyrolles

يهدد متانة المبنى أو المنشأ وسلامته أو حدوث تهدم كلي أو جزئي به خلال عشر سنوات من وقت تسلم الأعمال من قبل رب العمل^(١٥٣).

وعلى ذلك؛ فإن أحكام الضمان العشري تمتد في فرنسا- بمقتضى النصوص التشريعية الصريحة وعلى خلاف الوضع في القانون المصري- لتشمل مشرفي التنفيذ أو المراقبين الفنيين، بل وأي مهندس آخر فني خبير في أصول الفن المعماري تمتد يديه إلى المشاركة في عملية التشييد، مثل: المهندسين القائمين على ترميم المباني، ومهندسي أساسيات المباني أو الأعمال الإنشائية من نجارة وسباكة وكهرباء وصرف صحي إلى غير ذلك. كما تشمل هذه الأحكام كذلك مهندسي تركيب المصاعد، ومهندسي تركيب أجهزة التكييف والتدفئة المركزية، ومهندسي أجهزة المراقبة، شريطة أن تكون هذه العناصر- المصاعد وأجهزة التكييف والتدفئة والمراقبة- من بين العناصر الإنشائية أو التكوينية للعمل الإنشائي ككل (المبنى أو المنشأ الثابت)، أو أن تكون من بين العناصر التجهيزية التي إن نُزعت من العمل الإنشائي، تجعله غير صالح للغرض المعد له على نحو ما بيّنا آنفاً^(١٥٤).

ونعود لنؤكد على أنه كان حرياً بالمشروع المصري تعديل نص المادة ٦٥١ من التقنين المدني ليقضي بإخضاع المراقبين الفنيين أو الشركات والمكاتب الهندسية لأحكام الضمان العشري بصفة صريحة؛ نظراً لاتحاد العلة في تحملهم بهذا الالتزام مع المقاولين والمهندسين المعماريين بالمعنى الدقيق، وذلك حتى لا يثور الشك حول شمول النص لهذه الطائفة من الأشخاص من عدمه من جانب، وحتى يتحقق الهدف الذي سعى إليه المشروع من وراء تقنين تلك الأحكام الاستثنائية التي خرج بها عن إطار القواعد العامة في المسؤولية المدنية وهو تقرير أقصى الحماية لرب العمل من جانب آخر. على أنه يجب أن نلاحظ أخيراً في حالة الشركات أو المكاتب الهندسية أنه حتى لو أقر المشروع المصري صراحةً إلزامها بالضمان العشري، فيجب أن يتحدد المسئول وفقاً

(153)- «Sont tenus à garantie: l'architecte et, plus généralement, le maître d'oeuvre, dont les techniciens d'étude ; l'entrepreneur, le contrôleur technique qui, en application de l'article L. 111-24 du code de la construction et de l'habitation, est soumis à la présomption édictée par les articles 1792 et suivants, dans la limite de la mission qui lui est confiée», B. BOUBLI, «Contrat d'entreprise», Rép. civ. Dalloz, mars 2010, n° 490, p. 82.

(154)- J.B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 8e éd., Montchrestien 2008, p. 219 et s. & Ph. MALINVAUD-GIRIBILA, *Droit de la construction*, Dalloz Action, 2007/2008, J.-Cl. civ., art. 1787, fasc. 10 et 20, p. 245 et s.

لأحكام هذا الضمان بهذه الشركات نفسها بوصفها أشخاص اعتبارية أو معنوية، وليس المهندسين- الأشخاص الطبيعيين- الذين يعملون بعقود عمل بتلك الشركات؛ ذلك أنه يجب- وكما أشرنا من قبل وسنرى تفصيلاً في حينه- أن تربط المهندسين برب العمل علاقة مقاوله مباشرة حتى يخضع الأخيرون لأحكام الضمان العشري، والشركات الهندسية هي الطرف الثاني في عقد المقاوله مع رب العمل وليس المهندسون الذين يعملون بتلك الشركات ويخضعون لإشرافها ورقابتها بموجب عقود عمل^(١٥٥).

المطلب الثاني

من في حكم المشيدين ومدنيون آخرون^(١٥٦)

Personnes assimilées à des constructeurs et autres prestataires

٢٦. يُخضع المشرع الفرنسي- وعلى خلاف نظيره المصري- المقاولين والمهندسين، وهم المشيّدون الفعليون للمبنى أو للمنشأ الثابت، للالتزام بالضمان العشري دونما قيد أو شرط مثلما رأينا بشيء من التفصيل آنفاً. لكنه قد أدخل بين طائفة الملتزمين بهذا الضمان أشخاصاً آخرين ليسوا بمشيدين بالمعنى الدقيق، واشترط لإمكانية مد نطاق هذا الضمان إليهم عدة شروط خاصة.

ويأتي في مقدمة هؤلاء الأشخاص الذين اعتبرهم المشرع الفرنسي في حكم المشيدين- ونأمل أن يحذو نظيره المصري حذوه لتحقيق الحماية القانونية الكاملة لأرباب الأعمال والمتصرف إليهم في الأعمال الإنشائية-: المطورون العقاريون، وبائعو المباني، وصانعو ومستودو العناصر التجهيزية من المباني سابقة التجهيز أو المعدة سلفاً للتركيب، هذا بالإضافة إلى مدنيين آخرين.

وفيما يلي نتناول كل طائفة من هذه الطوائف سألفة الذكر بشيء من التفصيل:

أولاً: المطورون العقاريون^(١٥٧)

Les promoteurs immobilières

^(١٥٥)- راجع في خصوص ضرورة استعانة المقاول بمساعدين أو معاونين يعملون لديه: السنهوري،

الوسيط، ج ٧، المرجع السابق، ص ١١٠.

^(١٥٦)- أنظر لاستعمال المشرع الفرنسي- ومن بعده الفقه والقضاء- المصطلح: "من في حكم المشيدين

أو من كان على شاكلتهم"، بند ٩ آنفاً من هذه الدراسة.

^(١٥٧)- نظراً لأن عقود التطوير العقاري- ومن ثم النظام القانوني الواجب التطبيق على المطورين

العقارين- تخضع لأحكام قانونية خاصة تعد محلاً لدراسات قانونية متخصصة ولا تسع هذه الدراسة

لبيان هذه الأحكام جميعاً؛ فنكتفي هنا ببيان مفهوم المطور العقاري الملتزم بأحكام الضمان العشري

وطبيعة الدور الذي يلعبه في عقود المقاولات فحسب، ونحيل في شأنه إلى الدراسات المتخصصة التي

سنشير إليها لاحقاً في موضعه.

٢٧. يعد مفهوم المطور العقاري مفهوماً حديثاً نسبياً في ظل القانون المصري مقارنةً بالقانون الفرنسي، فلم يصدر المشرع المصري - حتى كتابة سطور هذه الدراسة - قانوناً خاصاً ينظم نشاط التطوير العقاري، رغم انتشار هذا النشاط بشكل ملحوظ في مصر في الآونة الأخيرة، ورغم إشارة المشرع نفسه إلى مصطلح "المُنمي العقاري" دون تعريفه باللائحة التنفيذية لقانون البناء الموحد رقم ١١٩ الصادر عام ٢٠٠٨^(١٥٨).

ويمكننا تعريف المطور العقاري بأنه: "الشخص المعنوي الذي يزاول نشاط التطوير العقاري بأن يأخذ على عاتقه المبادرة لإنشاء وإدارة وصيانة أو تطوير المشاريع العقارية، وتجهيز واستغلال المناطق المعدة للإستثمار السياحي والصناعي والزراعي، وتسويق الوحدات العقارية عن طريق بيعها أو تأجيرها، سواءً بعد تشييدها أو على الخريطة، وسواءً قام بإنشاء وإدارة المشروع العقاري وتسويقه بنفسه، أو بواسطة غيره من المطورين الفرعيين أو المقاولين والوسطاء العقاريين"^(١٥٩).

وقد مد غالبية الفقه والقضاء الفرنسيين نطاق الالتزام بالضمان العشري ليشمل المطورين العقاريين مستنديين في ذلك إلى المادة ١٧٩٢-١ من التقنين المدني، والمواد ٢١١-١ وما يليها من قانون البناء والإسكان؛ حيث تقضي الأولى بما نصه: "يعتبر

^(١٥٨) - راجع لنصوص اللائحة التنفيذية لقانون البناء الموحد رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨، الوقائع المصرية - العدد ٨٢ مكرر (أ) - إبريل سنة ٢٠٠٩م. أما في فرنسا، فقد نظم المشرع الفرنسي عقد التطوير العقاري *Le contrat de promotion immobilière* لأول مرة عام ١٩٣٨ بمقتضى المواد من ١٨٣١-١ إلى ١٨٣١-٥ التي أُدخلت على التقنين المدني الصادر عام ١٨٠٣، كما بيّنت مسؤولية المطورين العقاريين المواد من L. 211-1 إلى L. 211-5 بالإضافة إلى المواد من L. 221-1 إلى L. 222-7 من تقنين البناء والإسكان الفرنسي *Le code de construction et d'habitation* رقم ٦٢١ الصادر في ١٠ مارس ١٩٧٧.

^(١٥٩) - يُذكر أن بعض الفقه المصري الذين تعرضوا لمفهوم المطورين العقاريين في العقد التاسع من ثمانينيات القرن الماضي كانوا يطلقون على المطور العقاري اسم: "الممول العقاري" - *Le crédit bailleur*، وشتان ما بين مفهوم المطور والممول، فليس بلازم أن يكون كل ممول مطور. فقد يكتفى المطور بإنشاء وإدارة وتسويق المشروع العقاري، ويكون الممول شخصاً آخر مثل مؤسسة مالية أو مصرفية. كما قد يكون المطور هو نفسه الممول، لو أنه هو الذي أعد التمويل النقدي اللازم للمشروع العقاري الذي ينشئه. أنظر لهذا الخلط بين المفهومين: عبد الرازق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص ٥٣٨ وما يليها & وراجع لمعنى المطور العقاري والفرق بينه وبين المتدخلين في عمليتي التشييد والتسويق العقاريين:

Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière, op. cit.*, n° 663.

مشيداً لعمل إنشائي في هذا الصدد: ١- كل مهندس، ومقاول، وفني، أو أي شخص آخر يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة. ٢- كل بائع لعمل إنشائي بعد تشييده، سواء كان قد شيده بنفسه أو بواسطة غيره. ٣- كل شخص آخر يقوم بمهمة تشبه مهمة المشيد، شريطة أن يتعامل بصفته وسيطاً أو مفوضاً عن مالك العمل الإنشائي^(١٦٠). ويرى الفقه الفرنسي الغالب^(١٦١) - القدامى منهم والمعاصرون - أن المطور العقاري ينطبق عليه الوصفان الثاني والثالث معاً من النص سالف الذكر؛ حيث يعمل المطور على بيع المباني بعد تشييدها سواء بنفسه أو بواسطة غيره، كما يقوم بمهمة تشبه أحياناً مهمة المشيدين الفعليين (المقاولين) إذا قام بتنفيذ بعض الأعمال الإنشائية بنفسه^(١٦٢). ويشترط الفقه والقضاء الفرنسيين^(١٦٣) لإلزام المطورين العقاريين بأحكام الضمان العشري - وفقاً لحكم المادة ١٨٣١-١ من التقنين المدني الفرنسي^(١٦٤) - ضرورة توسط

^(١٦٠) - إذ تغطي الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ١٧٩٢-١ من التقنين المدني الفرنسي بما نصه:

«2° Toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire؛ 3° Toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage».

^(١٦١) - V. par exemple, B. CARTERON, *Promoteurs-constructeurs et copropriétaires dans les sociétés de construction d'immeubles collectifs*, Journ. agrées 1963, n° 17 & C. BRILLOIT, *Le contrat de promotion immobilière, Analyse de la loi n° 71-579 du 16 juillet 1971*, Journ. not. 1971, n° 1161 & R. BOYEURE, *L'application de la loi modifiée du 16 juillet 1971 relative à diverses opérations de construction*, AJPI 1973, n° 398 et s. & H. PÉRINET-MARQUET, *Promotion immobilière*, Rép. Dalloz, janv. 2013, n° 24 et s. & C. GIVERDON, *Le contrat de promotion immobilière*, Gaz. Pal. 1972, I, Doctr., n° 217

^(١٦٢) - «Sont concernés, ... celui qui fournit la garantie de livraison à prix et délai convenus dans le CCMI et reprend le programme (Civ. 3e, 4 juin 2009, no 07-16.647) ؛ le promoteur immobilier (C. civ., art. 1831-1)»، B. BOUBLI, «Contrat d'entreprise», Rép. civ. Dalloz, mars 2010, n° 493, p. 82 & G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, *Droit de la construction*, 11^e éd., Litec, 2000, p. 149.

^(١٦٣) - راجع الفقه والقضاء المشار إليهم سابقاً في كافة حواشي البند محل الحديث (بند ٢٧).

^(١٦٤) - ويجري نص المادة ١٨٣١-١ من التقنين المدني الفرنسي على ما يلي: "عقد التطوير العقاري هو عقد تفويض جماعي لتحقيق النفع العام، يتعهد بمقتضاه شخص - يُسمى مطور عقاري - في مواجهة رب العمل، وذلك مقابل أجر متفق عليه، بأن يقوم بإبرام عقد مقاولة، بهدف وضع برنامج (نظام) لإقامة أو لتشييد مبنى أو عدة مبانٍ أو منشآت ثابتة، بالإضافة إلى القيام بنفسه أو بواسطة الغير - مقابل أجر - بكل أو ببعض العمليات القانونية والإدارية والمالية اللازمة لتحقيق هذا الهدف".

المطور بين أرباب الأعمال (ملاك الأراضي) والمشيدين (المقاولين والمهندسين) في مباشرة كل أو بعض العمليات القانونية والإدارية والمالية اللازمة لإنشاء المشروع، بحيث يصبح المطور في مركز النائب القانوني أو المفوض عن أرباب الأعمال (ملاك الأراضي) في التعاقد مع المشيد، وكذا ضرورة قيامه بوضع برنامج أو نظام لإنشاء وإدارة وتسويق المشروع العقاري. ومن البديهي، أنه حال اختلال أو تخلف شرط من هذه الشروط، ألا يتم إلزامه بأحكام الضمان العشري، وإنما- على النقيض من ذلك- قد يستفيد من أحكام هذا الضمان باعتباره دائناً به، فمن يملك أرضاً من المطورين العقاريين ويتعاقد مع المقاولين لتشييد مشروع عقاري عليها، فإنه يأخذ مركز رب العمل في عقد المقاول، ويصبح بهذه الصفة دائناً بالضمان العشري في مواجهة المقاولين.

أما عن الوضع في التشريع المصري، فيبدو من سياق نص المادة ٦٥١ من التقنين المدني التي تقرر أحكام الضمان العشري بنصها على أن: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى..."، أن المشرع يقصر الالتزام بهذا الضمان- وفقاً لحرفية اللفظ التشريعي- على المهندسين المعماريين والمقاولين فحسب.

وقد يظن البعض أنه بما أن هذا النص يتضمن حكماً استثنائياً يخرج عن إطار القواعد العامة؛ فلا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره، ولا يمكن من ثم إلزام المطورين العقاريين- من الناحية القانونية- بهذا الضمان الخاص لأنهم غير مذكورين به بصفة صريحة. لكن الحقيقة- في نظرنا- هي أنه لما كان تطبيق أحكام الضمان العشري مرهوناً في التشريع المصري- وعلى خلاف نظيره الفرنسي كما سبق ورأينا تفصيلاً آنفاً- بوجود عقد مقاوله بغض النظر عن شخص القائم بعملية التشييد أو صفته

Selon l'article 1831-1 du Code civil qui dispose que: «le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite "promoteur immobilier" s'oblige envers le maître d'ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet».

(164)- «Le terme de promotion immobilière est, aujourd'hui, ambigu. Il recouvre en effet aussi bien, dans son sens large, une activité que, dans son sens étroit, un contrat précis», H. PÉRINET-MARQUET, *Promotion immobilière*, Rép. Dalloz, janv. 2013, n° 1 & v. en même sens, Ph. MALINVAUD, *La garantie des vices par le vendeur-promoteur de constructions immobilières: unité ou diversité*, JCP 1969, I, n° 2284 & J.-L. BERGEL, *Diversité et convergences des techniques de promotion immobilière*, Dr. et patr. 2009, n° 183, p. 77.

أو تخصصه أو كفاءته الفنية، فلا ريب في إمكانية تطبيق هذه الأحكام على المطورين العقاريين- في ظل النصوص التشريعية الحالية المنظمة للضمان العشري في مصر- حينما يمكن للقاضي، عند النزاع، إضفاء وصف المقاولة على العقد الذي يبرمه المطور العقاري مع المتعاملين معه أياً ما كانت صفتهم (أي سواء كانوا ملاك الأراضي التي يُقام عليها المشروع العقاري أو المتصرف إليهم في الوحدات العقارية)، ويصبح- من ثم- المطور مديناً أو دائناً بهذا الضمان بحسب مركزه القانوني في كل عقدٍ على حده^(١٦٥).

ثانياً: بائعو الأعمال الإنشائية الجاهزة أو المُشَيِّدة بغرض البيع^(١٦٦)

^(١٦٥)- إن تكييف العقود التي يبرمها المطور العقاري وتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق عليها ليس محلاً لهذه الدراسة التي نتناول فيها مفهوم ونطاق الضمان العشري، لكننا نحيل في شأنها إلى الدراسات المختصة أو المتعمقة في هذا الصدد والتي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر من المؤلفات المصرية والعربية: محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، ١٩٨٩، ص ١١٣ وما يليها & ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري، دراسة مقارنة، مطبوعات دائرة القضاء بإمارة أبو ظبي، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص ٦٧ وما بعدها & سعيداني لوناسي، المركز القانوني للمرقي العقاري في القانون الجزائري، بحث مقدم إلي مؤتمر الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر- الواقع والآفاق- يومي ٢٧ و٢٨ فبراير ٢٠١٢، ص ٥ وما بعدها & حياة حامي، النظام القانوني لبيع البناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري، رسالة دكتورا مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١٦، ص ٤٧ وما يليها & وأنظر كذلك من المؤلفات الفرنسية:

R. BADINTER, *Aspects juridiques de l'activité des promoteurs de construction immobilière*, JCP 1965, I., p. 1933 et s. & G. CABANAC et F. KAMOUN, *Tentative de qualification juridique de l'activité de promoteur*, AJPI 1961, n° 41 et s. & Ch. MARTIN, *La promotion immobilière*, Ann. loyers, 1973, n° 1104 et s. & L. BERGEL, *Diversité et convergences des techniques de promotion immobilière*, Dr. et patr. 2009, n° 185, p. 81 & Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, op. cit., n° 89 et s. & D. TOMASIN, *Contrat de promotion immobilière*, in Dalloz Action Droit de la construction 2010/2011, dossier n° 230 à n° 278.

^(١٦٦)- نُذكر بأن المشرع الفرنسي هو أول من أطلق لفظ "من في حكم المشيدين أو من كان على شاكلتهم" *Personnes réputés constructeurs*، بالمادة ١٧٩٢-١ من التقنين المدني الفرنسي، على الأشخاص الذين يتدخلون في عملية البناء أو التشييد أو عملية البيع والتسويق العقاري وهم ليسوا بمشيدين بالمعنى الدقيق، أي ليسوا بمهندسين أو مقاولين؛ وذلك بهدف تمييزهم عن المشيدين الحقيقيين

Vendeurs des immeubles réputés constructeurs

٢٨. نصت المادة ١٧٩٢-١-٢ من التقنين المدني الفرنسي- وهو ما أكدت عليه المادة ١٦٤٦-١ من التقنين^(١٦٧) نفسه- على خضوع بائعي المباني الجاهزة والمنشآت الثابتة سواء المعدة للسكنى أو للأغراض التجارية المهنية، للالتزام بالضمان العشري باعتبارهم في حكم المشيدين، وسواء كانت هذه المباني وتلك المنشآت تحت الإنشاء أو على الخريطة (مباني أو منشآت مستقبلية) عند إبرام البيع *une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)*، أو تم البيع بعد إنشائها بواسطة البائع نفسه إن كان مقاولاً أو مهندساً فنياً، أو بواسطة مقاول أو أي شخص آخر غير *une vend après achèvement l'ouvrage qu'il a construit ou fait construire* ويلتزم بالضمان العشري كذلك من اشترى مبنى أو منشأ ثابت بغرض بيعه أو مقايضته، ويعد الدائن بالضمان هنا هو المتصرف إليه (المشتري أو المقايض)^(١٦٨). وبصفة عامة، يلتزم بهذا الضمان أي متصرف في عمل إنشائي *un ouvrage* (مبنى أو منشأ ثابت على التفصيل السابق ذكره) في مواجهة أي متصرف إليه جديد، سواء تم التصرف فيه لأول مرة أو للمرة الثانية أو الثالثة، وهكذا.

لكن المشرع الفرنسي قد اشترط لخضوع هذه الطائفة من الأشخاص للالتزام بالضمان العشري شرطاً وحيداً وهو أن تتوفر لدى البائع نية البيع عند التشييد أو البناء، أو نية إعادة البيع عند الشراء (اكتساب ملكية المبنى). ولا عبء بعد ذلك لما إذا كان البائع قد اتخذ مهنة بيع العقارات أو المباني الجاهزة على سبيل الاحتراف، أو لم يتخذها كذلك كأن يقوم بتشديد المبنى في البداية لمنفعته الشخصية أو لغرض السكنى ثم يغير نيته في الانتفاع به شخصياً فيقوم ببيعه بعد تشييده. ولا أهمية أيضاً للهدف من إقامة أو تشييد المبنى أو المنشأ الثابت، أي سواء كان للأغراض الشخصية أو للأغراض التجارية

من مهندسين ومقاولين؛ لأنه أخضعهم للضمان بشروط معينة على عكس المشيدين الحقيقيين الذين يلتزمون بهذا الضمان دونما شرط أو قيد. راجع بندي ٩ و٢٦ آنفاً.

^(١٦٧)- وهذا النص قد أضافه المشرع الفرنسي إلى المجموعة المدنية بموجب التعديل التشريعي الصادر بمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ والمنشور بالجريدة الرسمية في ٥ يناير ١٩٧٨.

Loi n°78-12 du 4 janvier 1978- art. 4- JORF 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979.

^(١٦٨)- راجع لخضوع هذه الفئة من الأشخاص للضمان العشري بصفة خاصة من الفقه المصري: عبد الرازق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص ٤٨٢ وما بعدها.

(التشييد بهدف تسويق المبنى). ولا عبرة كذلك لشخص من قام بعملية التشييد المادية، أي سواء أقام بها البائع نفسه دون الاستعانة بمقاول، إذا كان البائع مؤهلاً من الناحية الفنية لهذه العملية كأن تكون مهنته المقاول أو الهندسة المعمارية، أو قام بهذه العملية مقاولٌ محترف واكتفى البائع بعملية البيع فحسب، شريطة أن يكون البائع قد انتهى من عملية التشييد كاملة قبل إبرام البيع في الحالة الأولى (نقصد حالة إقامة البائع للمبنى أو للمنشأ بنفسه)^(١٦٩).

كذلك ينطبق الضمان العشري في التشريع الفرنسي بموجب المادة ٢٣١-١ من قانون البناء والإسكان- وعلى خلاف التشريع المصري كذلك- على مشيدي المنازل الخاصة *les constructeurs de maison individuelle*، أي من يقوم بتأسيس وتشيد منزل سكني واحد^(١٧٠). ويدخل ضمن هذه الطائفة من الملتزمين بالضمان

^(١٦٩)- تنظم المادة ١٧٩٢-١-٢ من التقنين المدني حالة "بيع العقار (المبنى) بعد الانتهاء من تشييده من جانب البائع نفسه أو تعاقد الأخير مع المقاولين على تشييده"، بينما تواجه المادة ١٦٤٦-١ من التقنين نفسه حالة بيع العقار تحت الإنشاء (البيع على الخريطة). وبالتالي فإن الملتزمين المعنيين بأحكام الضمان العشري وفقاً لهذه النصوص هم: بائع المبنى تحت الإنشاء الذي اختار بيع العقار تحت التشييد أو في بيع مبنى يتم تشييده مستقبلاً (مبنى مستقبلي) أو البيع المستقبلي بشروط معلومة، وتطبق أحكام الضمان العشري كذلك على البائع الذي يقوم بتشيد المباني بغرض بيعها، أي الشخص المحترف ببيع المباني مثل بائع المنقولات سواءً بسواء. وينطبق هذا الوصف على مقاول الأنفار الذي يقوم بإنشاء منازل أو وحدات عقارية سكنية. وبالقياس كذلك ينطبق هذا الضمان على المطور العقاري لمنطقة سكنية (كومبوندا) مغلقة *un secteur protégé*، وأخيراً ينطبق الضمان على الشخص العادي الذي يشيد مبنى لاستعماله الشخصي أو يتعاقد مع مقاول لتشييده لهذا الغرض، ثم يقوم ببيعه بعد الانتهاء من إقامته".

«L'article 1792-1, 2°, vise celui qui «vend après achèvement l'ouvrage qu'il a construit ou fait construire» ; l'article 1646-1 vise le vendeur d'immeuble à construire. Sont donc concernés : le vendeur d'immeuble à construire, qu'il opte pour une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) ou pour une vente à terme ; celui qui vend après achèvement l'ouvrage qu'il a fait construire, c'est-à-dire le professionnel de la vente, comme le marchand de biens, le lotisseur qui fait réaliser des VRD et, par analogie, l'aménageur d'une zone d'aménagement concerté (ZAC), le particulier qui vend après achèvement l'ouvrage qu'il a fait construire ou rénover, même pour son propre usage ; celui qui vend après achèvement l'ouvrage qu'il a construit lui-même», B. BOUBLI, «Contrat d'entreprise», *Rép. civ. Dalloz*, mars 2010, n° 493, p. 82 & pour les applications jurisprudentielles v. aussi, Cass. 3^e civ., 9 déc. 1992, Bull. civ., III, n° 321 ; 28 mai 2002, RDI 2002, p. 324.

^(١٧٠)- «L'obligation de souscrire une garantie décennale concerne le constructeur. Par constructeur, il faut entendre : L'architecte ou toute autre

العشري كذلك الأشخاص الذين يبيعون مباني ويتعهدون بتسليمها خلال مدة زمنية معينة مقابل ثمن نقدي متفق عليه سلفاً، ويضع برنامجاً خاصاً لإدارة هذه المباني، وإن لم ينطبق عليه وصف المطور العقاري بالمعنى الدقيق لعدم اكتمال الشروط الأخرى المتطلبية فيه قانوناً^(١٧١).

وقد توسع القضاء الفرنسي في مد نطاق الضمان العشري ليشمل كذلك بائعي المباني تحت الترميم أو التجديد، شريطة أن تكون النية معقودة كذلك لدى هؤلاء البائعين في بيع العقار أثناء عملية التجديد أو الترميم، وأن يقوم المقاول بإنجاز أو تنفيذ المبنى كاملاً وتسليمه إلى رب العمل في عقد المقاولة- الذي يخضع بدوره بالتضامن مع المقاول للضمان العشري في مواجهة المشتري (المتصرف إليه)- خلال المدة المتفق عليها، وأن يكون البيع بمقابل مالي متفق عليه يحصله البائع من المشتري قبل التسليم، كي تبدأ مدة العشر سنوات الخاصة بالضمان العشري في السريان^(١٧٢). وقد قنن المشرع الفرنسي هذا التوسع غير المبرر- والمنتقد من جانب عدد كبير من الفقه^(١٧٣)- ليس

personne liée au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ; Toute personne qui vend un ouvrage qu'elle a elle-même construit ; Tout prestataire qui intervient à l'acte de construire : promoteur immobilier, constructeur de maisons individuelles, lotisseur», Ph. MALINVAUD, La garantie des vices par le vendeur-promoteur de constructions immobilières : unité ou diversité, JCP 1969, I, p. 2284 et s.

⁽¹⁷¹⁾- «Le constructeur de maison individuelle» qui n'est qu'un locateur d'ouvrage (CCH, art. L. 231-1) ; celui qui fournit la garantie de livraison à prix et délai convenus dans le CCMI et reprend le programme», J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction, op. cit.*, p. 145 & en même sens, E. PEZOUS, *Des devis et marchés, au point de vue du droit civil, op. cit.*, p. 69 & Cass. 3^e civ., 4 juin 2009, n° 07-16.647.

⁽¹⁷²⁾- Cass. 3^e civ., 17 déc. 1997, Bull. civ., III, n° 224 & Cass. 3^e civ., 12 mars 1997, Bull. civ. III, n° 61 & Cass. 3e civ., 14 janv. 1998, Bull. civ. III, n° 11 ; 2 oct. 2002, RDI 2002, n° 546 & Cass. 3^e civ., 14 mars 2001, Bull. civ. III, no 34 & comp. Cass. 3^e civ., 9 juin 1999, n° 97-19.257.

⁽¹⁷³⁾- G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit civil, du contrat de louage*, t. II, *op. cit.*, p. 993 & G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, *Droit de la construction*, 11^e éd., Litec 2000, p. 123 et s. & P. GRELLIER-BESSMANN, *Pratique du droit de la construction*, 4^e éd., Eyrolles 2007, n° 178 et s. & V. MICHEL, *Guide Pratique de l'urbanisme: «A l'usage des architectes et des collectivités locales»*, éd. Du Papyrus, Paris, 2011, p. 328 et s. & O. TOURNAFOND:

Les problèmes juridiques relatifs au contrat de construction de maison individuelle, Rev. Administrer, févr. 1991, p. 17 et s.

فحسب في صلب التقنين المدني، وإنما كذلك في نصوص تقنين البناء والإسكان من المواد L. 111-13 إلى L. 111-16، وبالمادتين L. 262-1,2^(١٧٤). وفي جميع الحالات السابقة، يلتزم المشيّدون وبأعو الأعمال الإنشائية (المباني أو المنشآت الثابتة) بالتضامن بالضمان العشري في مواجهة المشتري أو المتصرف إليه في المبنى أو المنشأ الثابت. ولا تبدأ مدة العشر سنوات الخاصة بهذا الضمان من وقت إتمام البيع أو إبرامه، وإنما من وقت تسليم المبنى أو المنشأ الثابت جاهزاً أو كاملاً من المقاول إلى البائع (رب العمل في عقد المقاولة)، رغم أن المقاول لا تربطه بالمشتري أو المتصرف إليه في المبنى ثمة رابطة عقدية، وهو الأمر الذي يثير حفيظة بعض الفقه الفرنسي حتى الآن.

أما في ظل التشريع المصري، فيمكن تصور أحد ثلاثة فروض لتحديد المركز القانوني لبائع العمل الإنشائي: الأول يتمثل في أن نكون بصدد عقدين مختلفين، أحدهما مقاولة والآخر بيع، فيتعاقد مالك الأرض (المرخص له في البناء وفقاً للفظ المشرع بلائحة قانون البناء الموحد) أولاً مع المشيّدين بعقد مقاولة، ثم يتعاقد مع مشتريين بعقود بيع للمباني أو للوحدات العقارية، فيكون البائع في هذا الفرض هو نفسه رب العمل في عقد المقاولة، أي هو مالك الأرض أو من يتم البناء لصالحه، فيكون بهذه الصفة مستفيداً (دائناً) بالضمان العشري في مواجهة المشيّدين، وليس ملتزماً أو مديناً به في مواجهة المشتري. ويحق للمشتري بموجب عقد البيع في هذا الفرض - إذا تهدم أو تصدع العمل الإنشائي نتيجة لعيوب خفية - إما الرجوع مباشرةً على المشيّدين بدعوى الضمان العشري باعتباره خلفاً خاصاً لرب العمل (البائع)، وإما أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية وفقاً لأحكام عقد البيع، ليحق للأخير الرجوع بدوره على المشيّدين بأحكام الضمان العشري^(١٧٥).

^(١٧٤) - أنظر في هذا المعنى:

«Le vendeur d'immeuble à rénover est soumis à la garantie décennale et à la garantie biennale (CCH, art. L. 262-1 et L. 262-2, issus L. no 2006-872 du 13 juill. 2006, et art. L. 111-13, L. 111-15, L. 111-16)», V. H. PÉRINET-MARQUET, *Le nouveau statut de la vente d'immeubles à rénover*, RDI 2006, p. 329 et s.

^(١٧٥) - ويُذكر أن بعض الفقه المصري يشترطون لانتقال الحق الشخصي من السلف إلى الخلف الخاص، أن يكون هذا الحق من مستلزمات المال الذي انتقل إلى الخلف أو مكمله له، ويرفضون من ثم فكرة انتقال حق رب العمل في عقد المقاولة إلى المتصرف إليه في البناء (المشتري مثلاً)، على أساس

ويمكننا تصور فرضاً ثانياً نكون فيه أمام ثلاثة عقود أو أكثر، حيث يبدأ مالك الأرض فيه بالتعاقد مع مقاولين لتشييد العمل الإنشائي بموجب عقد مقاوله، ثم يقوم ببيعه لمشتري أول، فبيعه الأخير لمشتري ثانٍ وهكذا، فنصبح أمام أكثر من تصرف قانوني واقع على نفس العمل الإنشائي. فإذا تهدم العمل الإنشائي في هذا الفرض أو ظهر فيه عيبٌ جسيمٌ يهدد متانته أو سلامته خلال مدة الضمان العشري، وكان ذلك قد حدث تحت يد المتصرف إليه الثاني (المشتري الثاني) مثلاً، فيجوز للأخير أن يرجع على الذي باعه (المتصرف إليه الأول) بمقتضى أحكام ضمان العيوب الخفية، ولا يجوز له - بحسب ما نرى - الرجوع على المشيدين (المقاولين والمهندسين) بموجب أحكام الضمان العشري، لأنه ليس خلفاً خاصاً مباشراً لرب العمل (المالك الأول للعمل الإنشائي)، ويعد من الغير بالنسبة لهم. أما بالنسبة للمتصرف إليه الأول (المشتري الأول من المالك الأصلي)، فيجوز له الرجوع على البائع (رب العمل وهو المالك الأصلي للعمل الإنشائي) بدعوى ضمان العيوب الخفية في مادة البيع، كما يجوز له الرجوع مباشرةً على المشيدين بدعوى الضمان العشري في مادة المقاولات، باعتباره خلفاً خاصاً لرب العمل (المالك الأصلي للعمل الإنشائي)^(١٧٦).

أما الفرض الثالث فيكون البائع فيه هو نفسه المقاول القائم بالتشييد على أرض يملكها أو له عليها حق عيني أصلي، فلن نكون في هذه الحالة بصدد عقد مقاوله، وإنما بصدد عقد بيع بين بائع ومشتري، ولما كان العقد الأول - أي عقد المقاوله - هو وحده ما يشترطه المشرع المصري من بين الشروط الموضوعية لإعمال أحكام الضمان العشري عكس نظيره الفرنسي؛ فلن يخضع البائع في هذا الفرض لأحكام الضمان العشري في مواجهة المشتري، وإنما لأحكام ضمان العيوب الخفية وفقاً لأحكام عقد البيع فحسب، ولن يستطيع المشتري الرجوع على أي شخص آخر بالضمان العشري، لأن المشتري هنا لن يكون في مركز الخلف الخاص لرب العمل لعدم وجود رب عمل أصلاً

أن الحقوق الناشئة عن عقد المقاوله ليست مكتملة للمال محل التصرف. أنظر على سبيل المثال: عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٣٩٩.
(١٧٦) - أنظر لمفهوم الخلف الخاص كأحد المستفيدين التقليديين من أحكام الضمان العشري: محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، مرجع سابق، ص ١٩٧ وما بعدها & محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، سابق الإشارة، ص ٨٢ وما يليها.

من جانب، ولعدم وجود علاقة مقابلة مباشرة بينه وبين المقاول (وهو نفسه البائع في هذا الفرض) من جانب آخر.

وهذه المفارقة الغريبة هي ما اضطرت المشرع الفرنسي إلى إخضاع الباعين لأحكام هذا الضمان بنصوص تشريعية صريحة واعتبرهم في حكم المشيدين، درءاً للتحايل أو التلاعب المحتمل بين ملاك الأراضي والمقاولين، فقبل هذه النصوص التشريعية، كان في مقدور ملاك الأراضي فبركة أو اختلاق عقود بيع صورية للمقاول، ليصبح الأخير في مواجهة مشتري العمل الإنشائي مجرد بائع وليس مقاول، فيتهرب من أحكام هذا الضمان الخاص المتعلقة بالنظام العام، وتنتفي- من ثم- المسؤولية العشرية.

ونعتقد هنا أنه كان حرياً بالمشرع المصري أن يمد نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان ليشمل بائعي الأعمال الإنشائية على غرار ما فعل نظيره الفرنسي، سواء وقع البيع على مبنى أو منشأ مستقبلي (بيع على الخريطة)، أو وهو لا يزال في طور التشييد، أو حتى بعد تشييده؛ فقد اعتبر المشرع الفرنسي البائع هنا بمثابة المقاول ويأخذ حكمه، فأخضعه- من ثم- لأحكام الضمان العشري في مواجهة المشتري بنصوص قانونية خاصة.

ثالثاً: صانعو ومستوردو أجزاء وعناصر المباني سابقة التجهيز

Les fabricants de composants

٢٩. نظراً للتطور التكنولوجي المتسارع في عملية التشييد، فقد ظهرت في الآونة الأخيرة مباني أو منشآت جاهزة أو معدة سلفاً للتركيب^(١٧٧)، وقد أخضع المشرع الفرنسي- على خلاف نظيره المصري- صانعي ومستوردي أجزاء هذه المباني أو

(١٧٧)- تتمثل هذه المباني في أجزاء منفصلة من المباني سابقة أو جاهزة التركيب، مثل أجزاء السيارات تماماً، مثل السلالم ودورات المياه (الحمامات) والمطابخ. ويأتي كل جزء منها على قاعدة تمثل جزءاً من أساسات المبنى، ويتم تجميعها أو تركيبها معاً ليتكون الشكل النهائي للمبنى. وتختلف هذه المباني عن المباني المحمولة التي ظهرت في الآونة الأخيرة، فالأخيرة تعد مبنى كاملاً وليس أجزاءً منفصلة من مبنى، ويجوز حملها أو نقلها من مكان لآخر دون تلف. أنظر لمزيد من البيان حول مفهوم هذه المباني وتطبيق أحكام الضمان العشري على صانعي ومستوردي أجزائها أو عناصرها التجهيزية سابقة الإعداد من الفقه المصري: عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص ٤٩٨ وما يليها & ومن الفقه الفرنسي:

A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 6^e éd., éd. Du Moniteur, 2006, p. 161 et s. & B. BOUBLI, «*Contrat d'entreprise*», préc., n° 496 et s. & G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, *Droit de la construction*, op. cit., p. 152 et s.

عناصرها التجهيزية *Le fabricant de partie d'ouvrage et d'éléments d'équipement* للالتزام بالضمان العشري بموجب المادة ١٧٩٢-٤ من التقنين المدني شأنهم شأن المقاولين والمهندسين، والتي استحدثت المشرع حكمها بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨^(١٧٨). ولا يعد هذا التوسع قاصراً على نطاق الملتزمين بالضمان العشري فحسب، بل يعد توسعاً أيضاً في محل الحماية التشريعية المقررة بموجب أحكام الضمان العشري، فلم يقصر المشرع الفرنسي نطاق هذا الضمان على المباني والمنشآت الثابتة بالمفهوم التقليدي القديم، وإنما مد نطاقه ليشمل الإنشاءات المعمارية الحديثة التي لا يمكن إطلاق وصف العقارات بطبيعتها عليها، ذلك الوصف الذي كان يعتمد على معيار عدم إمكانية نقلها من مكان لآخر دون تلف؛ فالتطور الحديث الذي شهده مجال التشييد في معظم دول العالم في الوقت الحاضر تمخض عن

(١٧٨) - وتقضي هذه المادة بما نصه: "يخضع صانع العمل الإنشائي (الشركة المصنعة لأجزاء المباني المعدة سلفاً للتركيب أو المباني سابقة التجهيز)، أو لجزء من هذا العمل، أو لعنصر من العناصر المعدة للإنشاء أو لتلبية متطلبات فنية خاصة وفقاً لترتيب العمل الإنشائي ومحددة سلفاً بموجب شروط ومعايير خاصة عند إبرام العقد، لكافة الالتزامات المنصوص عليها بالمواد ١٧٩٢ و ١٧٩٢-٢ و ١٧٩٢-٣ من التقنين المدني والتي يلتزم بها المقاول، شريطة عدم التعديل أو التغيير في هذه الأجزاء والعناصر عند تركيبها، مع مراعاة الشروط الخاصة التي وضعها صانع العمل الإنشائي ككل، أو لجزء من العمل الإنشائي، أو لعنصر من عناصره الإنشائية المعنية عند التركيب أو التجميع. ويعتبر في حكم الصانعين (الشركات المصنعة) في مفهوم هذا النص ما يلي: (١) مستورد العمل الإنشائي أو جزء من العمل الإنشائي أو لعنصر من عناصره إنشائه. (٢) مقدم العمل الإنشائي أو جزء منه أو عنصر من عناصر الإنشاء باعتباره هو مبتكره أو مؤلفه أو صدر تحت اسمه التجاري أو علامته التجارية أو أي علامة مميزة أخرى".

«*Le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, est solidairement responsable des obligations mises par les articles 1792, 1792-2 et 1792-3 à la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en oeuvre, sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant, l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou élément d'équipement considéré.*

Sont assimilés à des fabricants pour l'application du présent article:

Celui qui a importé un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement fabriqué à l'étranger؛

Celui qui l'a présenté comme son oeuvre en faisant figurer sur lui son nom, sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif».

إمكانية نقل بعض أنواع المباني والإنشاءات من مكان لآخر دون تلف، تلكم المباني التي يُطلق عليها الآن اسم "المباني سابقة التجهيز".

وقد ذهب الفقه إلى أن السبب في إلزام صانعي أجزاء أو عناصر التجهيز في المباني جاهزة التركيب^(١٧٩) للضمان العشري تتمثل في القياس على المشيدين الحقيقيين للمباني وللمنشآت الثابتة بأكملها من مقاولين ومهندسين، فما ينطبق على الكل يصدق على الجزء، أي من يُشيد مبنى أو منشأ ثابت بأكمله كمن يشيد جزءاً منه منفصلاً (المُجهّز) *Le fabricant d'EPERS* يجب أن يخضع لنفس الالتزامات والقواعد؛ نظراً لأن كليهما يعد خبيراً أو متخصصاً في مجال التشييد والبناء، سواء أقام بدور المقاول أو المهندس، فلا بد أن تتعدّد مسؤوليته العشرية بهذه الصفة عن تدهم المبنى أو المنشأ الثابت بعد تركيبه أو العيوب التي قد تظهر به خلال مدة الضمان، وذلك حمايةً للمشتري أو للمتصرف إليه في هذه المباني الذي يعد غير خبير في أصول الفن المعماري في الغالب^(١٨٠).

لكن بعض الفقه الفرنسي^(١٨١) قد انتقدوا- وبحق- صياغة نص المادة ١٧٩٢-٤ من التقنين المدني؛ على أساس أن المشرع قد ذكر بصريح اللفظ إلزام "صانعي العمل الإنشائي" *Le fabricant de partie d'ouvrage* بالضمان العشري، في حين أنه كان يقصد "صانعي المباني سابقة التجهيز أو المُعدة للتركيب *constructeur de maison préfabriquée qui la livre en kit*" وليس صانعي العمل الإنشائي ككل؛ لأن صانعي العمل الإنشائي هم أنفسهم المشيّدون من مقاولين ومهندسين، وبالتالي فإن النص على صياغته الركيكة هذه لم يضيف جديداً لنص المادة ١٧٩٢ من التقنين المدني الذي ألزم فيه المشرع كل مشيّد *Constructeur* لعمل إنشائي لهذا الضمان الخاص^(١٨٢).

^(١٧٩)- ويُطلق عليهم اختصاراً في اللغة الفرنسية اسم: *Les fabricants d'EPERS*.

^(١٨٠)- «Il résulte du texte que sont tenus à garantie : le fabricant d'ouvrage : en pratique, il s'agit du constructeur de maison préfabriquée qui la livre en «kit» ou la fournit déjà structurée pour être posée sur des fondations destinées à la recevoir», J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., p. 201 et s. & en même sens, B. BOUBLI, «*Contrat d'entreprise*», préc., n° 497.

^(١٨١)- B. BOUBLI, *Contrat d'entreprise*, précité., n° 331 et surtout n° 499 & R. SAINT-ALARY, *Droit de la construction*, op. cit., p. 98 et s.

^(١٨٢)- أنظر لتوضيح محكمة النقض الفرنسية المقصود من اللفظ التشريعي الوارد بنص المادة ١٧٩٢-٤ من التقنين المدني الفرنسي:

ويبدو الفارق بين صانعي أجزاء وعناصر المباني سابقة التجهيز والمقاولين في أن الصانعين لأجزاء وعناصر المباني سابقة التجهيز لا يقومون بتصنيع أو إنشاء أجزاء المباني وعناصرها الإنشائية بناءً على طلب العميل أو رب العمل وفقاً لشروط الاتفاق الخاصة بينهم، فهم يقومون بتصنيع هذه الأجزاء جاهزة وصالحة للاستعمال بمبادرة شخصية منهم، ثم يعرضونها للبيع لمن يطلب شرائها فيما بعد، أي أنهم غير مطالبين بتصنيع أجزاء من المباني لإنشاء مبنى أو منشأ ثابت بعينة، وغير مطالبين بتوفير شروط خاصة في هذا الأجزاء للتوائم مع هذا المبنى بصفة خاصة، وإنما يقومون بتصنيع هذه الأجزاء وتلك العناصر لتصلح لإقامة أو لتشييد أي مبنى مشابه (مبنى نموذجي *Standard building*). أما المقاولون فيقومون بتشييد المبنى أو المنشأ الثابت بناءً على طلب العميل (رب العمل) وفقاً للشروط الخاصة المتفق عليها بينهم وبين الأخير في عقد مقاوله^(١٨٣).

ويختلف كذلك صانعو أجزاء المباني سابقة التجهيز وعناصرها الإنشائية عن صانعي مواد البناء، فمواد البناء - مثل الحديد المسلح والطوب والأسمنت والخشب والأسقف المعلقة والبلاط أو السيراميك - لا تعد من بين الأجزاء أو العناصر سابقة التجهيز، وإنما تمثل مواد بناء لا يخضع صانعوها ومستورديها للضمان العشري، وإنما لضمان العيوب الخفية في مادة البيع^(١٨٤).

ويُشترط لمد نطاق الضمان العشري ليشمل هذه الطائفة من الأشخاص ثلاثة شروط: الأول أن يكون محل الضمان العشري أجزاء أو عناصر إنشائية من المباني سابقة التجهيز *Le composant doit être un EPERS au sens déjà précisé*. بيد أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد اختلفا اختلافاً كبيراً حول كثير من الأجزاء والعناصر التي يمكن استخدامها في المباني سابقة التجهيز، وثار التساؤل حول مدى اعتبارها من

Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 2009, D. 2009, p. 1083, obs. D. Chenu, D. 2009, p. 2573, obs. A-C. Monge.

^(١٨٣) - راجع لهذا المعنى من الأحكام القضائية الفرنسية:

Civ. 3e, 4 juill. 1989, Bull. civ. III, n° 210 & Cass., ass. plén., 26 janv. 2007 et Civ. 3e, 25 avr. 2007, no 05-17.838, préc. & Civ. 3e, 19 déc. 2007, no 06-19.595.

^(١٨٤) - «*La partie d'ouvrage ou les équipements au sens de la loi*» ayant une vocation spécifique, on les distingue des matériaux indifférenciés comme les tuiles», A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 6^e éd., éd. Du Moniteur, 2006, p. 167 & pour les applications jurisprudentielles v. par exemple, Cass. 3^e civ., 4 déc. 1984, Bull. civ. III, n° 202 & CE 20 mars 1992, req. no 97819, Lebon 120.

بين الأجزاء المشمولة بالضمان العشري أم لا^(١٨٥). فمثلاً، قد استقر القضاء الفرنسي^(١٨٦) بعد تردد طويل- وتلاه الفقه هناك- على أنه يعد من بين أجزاء المبنى المشمولة بالضمان العشري، السلام الداخلية والخارجية للمبنى إن كانت مجهزة سلفاً قبل إدماجها في المبنى، وحفرة المسبح الخاص سابق التجهيز، ودورات المياه المنفصلة، وحوائط الغرف سابقة التجهيز، وأسقف المباني وأرضياتها المعدة سلفاً. وتعد كذلك من العناصر الإنشائية المعدة سلفاً للمباني سابقة التجهيز *Des éléments d'EPERS* والتي يشملها الضمان كذلك: مواسير المياه والصرف والمداخن وأبواب الغاز *des tubes* وأبواب التدفئة المركزية التي توضع تحت الأرضيات للتدفئة *un système dalle depolystyrène et canalisation pour un plancher chauffant* ومضخات التدفئة *une pompe à chaleur ou un système du chauffage* وصدفة حوض السباحة *une coque de piscine* وألواح العزل الحراري والصوتي *les panneaux d'isolation d'un poulailler* والنوافذ المصنعة تصنيعاً خاصاً بحسب الطلب *des fenêtres répondant à des conditions spécifiques* والمنشآت المؤقتة داخل المبنى مثل حواجز الغرف *et les cratères* المغلقة والمكاتب النقالة *des bâtiments provisoires qui ne sont pas assimilés à des travaux de réparation*.

وعلى النقيض مما سبق، فقد اختلف الفقه والقضاء حول بعض الأجزاء والعناصر الإنشائية الأخرى للمباني سابقة التجهيز، ومنهم من اعتبرها- من ثم- مجرد مواد بناء لا

(185) - «Logiquement, il conviendrait de distinguer «partie d'ouvrage» et «élément d'équipement». Il est probable qu'un escalier préfabriqué, une coque de piscine, une salle de bains préconstruite sont des parties d'ouvrage, tandis qu'un système de chauffage, voire un «liner» de piscine sont des équipements. Toutefois, la distinction n'est pas toujours commode à faire, car on ignore exactement ce qu'est un élément d'équipement au sens de l'article 1792-4», J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction, op. cit.*, p. 202 et s.

(186) - أنظر لهذه التطبيقات القضائية مرتبة بحسب الأمثلة المذكورة بالمتن:

Civ. 3e, 4 déc. 1984, Bull. civ. III, no 202 ; CE 20 mars 1992, req. no 97819, Lebon 120 & Civ. 3e, 20 janv. 1993, RDI 1993. 231 & CA, Versailles, 30 juin 1995, RDI 1996. 224 & Civ. 3e, 25 juin 1997, no 95-18.234, Bull. civ. III, no 150 & Civ. 3e, 23 avr. 1997, BPIM 4/97, no 262 & Civ. 3e, 17 juin 1998, no 95-20.841, Bull. civ. III, no 126 & Civ. 3e, 12 juin 2002, RDI 2002. 421 & Civ. 3e, 4 janv. 2006, no 04-13.489, Bull. civ. III, no 1 & Cass., ass. Plén., 26 janv. 2007, no 06-12.165, BPIM 2/07, inf. 123 ; Civ. 3e, 25 avr. 2007, no 05-17.838, BPIM 4/07, inf. 276 & Civ. 3e, 13 janv. 2010, no 08-13.562, Dalloz actualité 27 janv. 2010, obs. H. Berrah.

تكون محلاً للضمان العشري. ومن هذه الأشياء التي لم يعتبرها القضاء الفرنسي^(١٨٧) من قبيل أجزاء المباني سابقة التجهيز وعناصرها الإنشائية على سبيل المثال لا الحصر ما يلي: الخرسانة الجاهزة *un béton prêt à l'emploi*، والطلائع أو المواد العازلة المانعة لتسرب المياه أو الحرارة *un revêtement d'étanchéité liquide*، والحجارة أو الأجزاء الخارجية التي يتم تركيبها على الأسطح بهدف إزاحة أو انزلاق كتلة الثلج *des crochets destinés à enrayer l'amas de neige*، البلاط والسيراميك *des dalles d'un court de tennis*، وأرضيات ملاعب التنس *des matériaux servant au double vitrage*، وألواح التبريد المخصصة لأجهزة التبريد *des panneaux destinés à constituer des entrepôts frigorifiques*.

ولا شك أن القضاء يتمتع بسلطة تقديرية كبيرة في إضفاء وصف الأجزاء والعناصر الإنشائية للمباني سابقة التجهيز من عدمه في مثل هذه الأجزاء والعناصر المعمارية، ويستعين في هذا الشأن بأهل الخبرة بالطبع، ودون معقب على حكمه من محكمة النقض. غير أنه لم يضع القضاء حتى الآن معياراً جامعاً مانعاً لما يعد من بين هذه الأجزاء أو تلك العناصر وما يخرج عنها.

والشرط الثاني الذي استلزمه المشرع الفرنسي لإلزام صانعي ومستوردي أجزاء وعناصر المباني سابقة التجهيز بالضمان العشري يتمثل في عدم التعديل أو التغيير بالإضافة أو الإنقاص في أجزاء أو عناصر هذه المباني عند تركيبها بواسطة المقاول المجهّز أو المركب *Le composant doit être mis en oeuvre sans modification par le poseur*. والحكمة من تطلب هذا الشرط تبدو واضحة في أن صانع أو مستورد هذه الأجزاء والعناصر من تلك المباني يظل مسؤولاً عن أي عيب أو خلل يؤدي إلى تدهم المبنى أو المنشأ الثابت أو ظهور عيوب جسيمة فيه خلال مدة الضمان العشري إذا لم يتم التعديل فيها أو المساس بها وقت تركيبها من جهة المجهّز،

(١٨٧) - راجع لهذه الأحكام القضائية مرتبة على التوالي حسب التطبيقات المذكورة بالمتن:

Civ. 3e, 24 nov. 1987, Bull. civ. III, no 188 & Civ. 3e, 26 mai 1992, no 90-18.391, Bull. civ. III, no 167 & Civ. 3e, 11 janv. 1995, RDI 1995. 335 & Civ. 3e, 14 avr. 1999, BPIM 5/99, no 368 & Civ. 3e, 4 déc. 1984, Bull. civ. III, no 202 & Civ. 3e, 27 janv. 1993, RJDA 7/93, no 648 & Civ. 3e, 26 juin 2002, RDI 2002. 422 & Civ. 3e, 20 nov. 2002, no 01-14.010, Bull. civ. III, no 228 ; rappr. : 26 oct. 1988, RDI 1989. 218 & Civ. 3e, 22 sept. 2004, no 03-10.325, Bull. civ. III, no 151 ; 15 mars 2006, no 04-20.228, Bull. civ. III, no 63 ; rappr., toutefois, Cass., ass. plén., 26 janv. 2007 et Civ. 3e, 25 avr. 2007, préc.

أما إذا قام الأخير- أو أي شخص آخر غيره- بالتعديل في هذه الأشياء عند التركيب، انتقلت المسؤولية العشرية لصانعي ومستوردي هذه الأشياء، وإن ظلت مسؤوليتهم العقدية الأخرى قائمة، مثل مسؤوليتهم عن العيوب الخفية في عقد البيع^(١٨٨).

أما عن عبء إثبات على التغيير أو التعديل في أجزاء وعناصر المباني سابقة التجهيز من عدمه، فيظهر أن القضاء الفرنسي لا يزال متردداً ولم يحسم هذا الأمر حتى الآن؛ فبعض الأحكام الصادرة من النقض الفرنسي قد قضت بإلزام صانع هذه الأشياء بإثبات التغيير أو التعديل الحادث في هذه الأشياء- على صعوبة هذا الإثبات- أثناء تركيبها للإفلات من المسؤولية العشرية^(١٨٩)، والبعض الآخر- على النقيض من ذلك- قد ألقى بعبء الإثبات العكسي- أي بإثبات عدم التغيير أو التعديل في هذه الأشياء أثناء التركيب- على عاتق رب العمل (المتصرف إليه في المبنى)^(١٩٠).

أما عن الشرط **الثالث** الذي تطلبه المشرع الفرنسي لشمول الضمان العشري لصانعي ومستوردي أجزاء وعناصر المباني جاهزة التركيب فهو ضرورة مراعاة المركب أو المجهّز - *l'entrepreneur-poseur* - للشروط والمواصفات الخاصة التي اشتمل عليها الكاتالوج أو قائمة الإرشادات الفنية الخاصة بالتركيب أو بالاستعمال والتي وضعها صانعو ومستوردوا هذه الأشياء عند التركيب أو التجميع على الأرض *La mise en oeuvre doit être conforme aux règles édictées par le fabricant*. ومخالفة شروط ومواصفات التركيب من جانب المقاول المجهّز للمبنى سابق التجهيز يعني بالطبع انتفاء مسؤولية الصانع أو المستورد العشرية، وقيام مسؤولية المقاول المجهّز وحده عنها^(١٩١).

وعلى أي حال، فالأصل حال اجتماع الثلاثة شروط السالف بيانها أن يلتزم صانعو ومستوردوا أجزاء وعناصر الإنشاء في المباني سابقة التجهيز على المفهوم المتقدم ذكره في التشريع الفرنسي- وعلى عكس نظيره المصري- للضمان العشري بالتضامن مع

^(١٨٨) - راجع للأراء الفقهية وللتطبيقات القضائية الفرنسية في هذا الصدد على سبيل المثال لا الحصر:

A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 6^e éd., éd. Du Moniteur, 2006, p. 172 et s. & Cass. 3^e civ., 26 mai 1994, RDI, 1994. 461 & Cass. 3^e civ., 6 oct. 1999, BPIM 6/99, n^o 431.

^(١٨٩) - Cass. 3^e civ., 4 janv. 2006, Bull. civ. III, n^o 1 & Cass. 3^e civ., 6 oct. 1999, BPIM 6/99, *préc.*

^(١٩٠) - Civ. 3e, 17 juin 1998, no 95-20.841, Bull. civ. III, n^o 126.

^(١٩١) - Dans le même sens V. uniquement, Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, op. cit., n^o 112 & R. SAINT-ALARY, *Droit de la construction*, 8e éd., op. cit., n^o 354.

المقاول الذي يقوم بتجميع وتركيب هذه الأجزاء ووضعها جنباً إلى جنب لتكوين المبنى في شكله النهائي (المركب أو المجمع) *l'entrepreneur-poseur*. هذا وقد استقر القضاء الفرنسي^(١٩٢) - رغم معارضة بعض الفقه^(١٩٣) - على مد نطاق أحكام الضمان العشري كذلك للصانع من الباطن *Le fabricant sous-traitant*، وهو الصانع الذي قام بإعداد أجزاء وعناصر المبنى سابق التجهيز بالفعل بناءً على طلب من الصانع الأصلي الذي تعاقد مع العميل لشراء هذه الأجزاء وتلك العناصر. وهذا ما دعانا من قبل إلى القول^(١٩٤) - مع بعض الفقه - إن الاتجاه القضائي الحديث يميل الآن نحو مد نطاق الضمان العشري إلى المقاول من الباطن شأنه شأن المقاول الأصلي، الأمر الذي يقضي به المنطق السليم لاشتراكهما في علة الحكم، وهي مسئوليتهم عن أي تهدم أو خلل يظهر بالعمل الإنشائي.

أما بالنسبة إلى المجمع الفرعي (المقاول من الباطن الذي يقوم فعلياً بتركيب أجزاء المبنى سابق التجهيز)، فلم يشمله الضمان العشري - في بعض الأحكام القضائية نقيضاً لبعضها الآخر - وذلك لنفس العلة التي استبعد بها القضاء الفرنسي المقاول من الباطن من نطاق هذا الضمان والتي تتمثل في كونه أجنبياً عن رب العمل ولا تربطه به ثمة علاقة عقدية، ولكن ذلك لا يمنع من انعقاد مسئوليته شبه التقصيرية *quasi délictuelle* اتجاه الأخير!^(١٩٥)

رابعاً: مدينون آخرون بالضمان

Autres prestataires réputés constructeurs

٣٠. قد توسع الفقه والقضاء الفرنسيين^(١٩٦) أكثر فأكثر - واستجاب لهم المشرع فيما بعد بتقنين هذا التوسع صراحةً - في إلزام أشخاص آخرين بأحكام الضمان العشري، رغم

(١٩٢) - Cass. 3^e civ., 10 janv. 2001, RDI 2001. 177 & Cass. 3^e civ., 28 nov., 2001, BPIM 1/02, no 38 & Civ. 3e, 29 mars 2006, Bull. civ. III, n° 82.

(١٩٣) - H. PÉRINET-MARQUET, *Le fabricant sous-traitant, une hybridation difficile*, JCP, 1989. I. 3399.

(١٩٤) - راجع رأينا في مدى اتساع نطاق الضمان العشري لإلزام المقاولين من الباطن، بند ٢٢ آنفاً من هذه الدراسة.

(١٩٥) - Cass. 3^e civ., 28 mars 2001, no 434 FS-D, inédit & Cass. 3^e civ., 12 déc. 2001, RDI 2002. 92 & comp. Cass. 3^e civ., ٢٨ nov. 2001, RDI 2002. 92,

(١٩٦) - راجع لأول من ناشد المشرع بضرورة إدخال هذه الطوائف من الأشخاص ضمن الفئات الملتزمة بالضمان العشري في مؤلفه عن المطورين العقاريين والتشييد لصالح الغير عام ٢٠٠١:

A. BERTRAND et R. BERNARD, *La promotion immobilière, construire pour autrui*, op. cit., p. 56 et s.

أنهم ليسوا بمشيدين أو حتى في حكمهم بالمعنى الدقيق، وهؤلاء هم مدراء المشاريع العقارية أو المفوضين العقاريين الذين يقومون بدور الوسيط بين أرباب الأعمال والمقاولين في عقود المقاولة، والأشخاص الذين لا تتحقق فيهم بعض شروط المطورين العقاريين (أشباه المطورين العقاريين)، وسنتناول كلاً منهما بالدراسة والتحليل في الفقرات القليلة التالية.

(١) المدبرون المحترفون للمشاريع العقارية

Les maîtres d'ouvrage délégués

٣١. تتمثل هذه الطائفة من الأشخاص في الأشخاص المعنويين الذين يقومون بإدارة المشاريع العقارية على وجه الاحتراف، ويُطلق عليهم أرباب الأعمال المهنيون أو المحترفون *les maîtres d'ouvrage délégués* ويقومون بالتوسط بين أرباب الأعمال في عقود المقاولات (ملاك الأراضي) والمتصرف إليهم في الوحدات العقارية (المشترين في الغالب)، لكنهم لا يكتفون بهذا الدور فحسب وإلا أعتبروا مجرد وكلاء عن أرباب الأعمال ويأخذون من ثم نفس مركزهم القانوني كدائنين بالضمان العشري في مواجهة المقاولين وليس مدينين به، وإنما يقومون - إضافة إلى ذلك - ببيع الوحدات العقارية نيابة عن المتعاقدين معهم (أرباب الأعمال أو ملاك الأراضي)، وقد يتدخلوا في إقامة جزء من الأعمال الإنشائية. وتعبير أكثر دقة، يقوم هؤلاء - إضافة إلى دورهم كمفوضين عن أرباب الأعمال في عقود المقاولة - بدور مماثل للدور الذي يقوم به المطور العقاري أو المقاول؛ لذلك أخضعهم المشرع الفرنسي بالفقرة الثالثة من نص المادة ١٧٩٢-١ من التقنين المدني للالتزام بأحكام الضمان العشري وذلك بعد إقرار القضاء العادي وقضاء مجلس الدولة لهذا الحكم واستقرارهم عليه^(١٩٧).

وأنظر كذلك في هذا المعنى من الفقه والقضاء الفرنسيين:

B. BOUBLI, «*Contrat d'entreprise*», *Rép. civ. Dalloz*, mars 2010, n° 493, p. 82 & en même sens, E. GAVIN-MILAN-OSTERLYNCK, *pour une durée décennale de la responsabilité du constructeur*, RDI 2006, n° 17 & Cass. 3° civ., 27 juin 2001, RDI 2001. 523 & CE 12 janv. 1994, RDI 1994. 244 ; CE 30 juin 1999, req. no 163435, Cne de Voreppe, Lebon 225, BPIM 1/00, no 23⁽¹⁹⁷⁾ - «*Peut être intéressé le maître d'ouvrage délégué, s'il ne se borne pas à être le mandataire du maître de l'ouvrage*», A. BERTRAND et R. BERNARD, *La promotion immobilière, construire pour autrui, op. cit.*, p. 51 et s. & G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, *Droit de la construction*, 11° éd., Litec, 2000, p. 149 et s. & Civ. 3°, 4 juin 2008, no 06-17.521

ويضرب الفقه والقضاء الفرنسيين^(١٩٨) لهذه الطائفة من الأشخاص المعنوية أمثلة بجمعيات أو شركات البناء المدنية وشركات الإسكان التي تتعاقد مع المقاولين لبناء وحدات سكنية يتم تسليمها لأرباب الأعمال أو المشترين (المتعاقدين معهم على الوحدات العقارية) بعد بيعها لهم بثمان فوري أو مُقسط، وقد ألزم المشرع الفرنسي - بعد تردد القضاء في الأخذ بهذا الحكم زمنًا طويلاً - هذه الجمعيات وتلك الشركات بالضمان العشري بالتضامن مع المقاولين لمصلحة أرباب الأعمال أو المشترين للوحدات العقارية. ورغم أن هذه الجمعيات وتلك الشركات تعد في الواقع بمثابة أرباب أعمال في مواجهة المقاولين في عقود المقاولة، وكان الرأي قديماً^(١٩٩) يميل إلى أن هؤلاء تكون لهم بالفعل صفة أرباب أعمال - كدائنين بالضمان العشري - بالنسبة للمقاولين من وقت إبرام عقود المقاولة وحتى إنتهاء عملية التشييد وقبل تسليمها إلى مشتريها، غير أنهم يفقدون هذه الصفة بمجرد تسليم الأعمال الإنشائية أو الوحدات العقارية لمشتريها، ويصبحوا من ثم مجرد وسطاء بين المقاولين وأرباب الأعمال، أو نائبين قانونيين عن الأخيرين^(٢٠٠).

(198) - J. FOSSEREAU, *Le clair-obscur de la responsabilité des constructeurs*, Recueil Dalloz Sirey, *préc.*, p. 393 et s. & H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, *op. cit.*, n° 1350 & Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1972, *Bill. civ.*, 1972, p. 113.

(199) - أنظر على سبيل المثال من الفقه والقضاء الفرنسيين التقليديين:

A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 3^e éd., éd. Du Moniteur, 1989, p. 165 et s. & B. BOUBLI, *La responsabilité des constructeurs dans la loi du 4 janvier 1978*, *RDI* 1979, p. 211 & *Civ.* 3e, 15 nov. 1989, *Bull. civ.* III, no 202؛ 16 mars 1994, no 91-20.128, *Bull. civ.* III, no 56 ; 17 mars 1999, no 97-19.766, *BPIM* 3/99, no 218.

(200) - من الجدير بالذكر أن بعض الفقه المصري قد أطلقوا على هذه الطائفة من الأشخاص صفة الوكلاء، مع أن النائب القانوني يختلف عن الوكيل - ليس فحسب في اتساع المفهوم الأول ليشمل الثاني ويحتويه - وإنما كذلك في أن النائب القانوني يكون معيناً بقوة القانون ولا يجوز إلغاء هذه النيابة بالاتفاق إذا كانت الأحكام القانونية المقررة لها متعلقة بالنظام العام كأحكام الضمان العشري محل الحديث، في حين أن الوكيل يكون معيناً بموجب الاتفاق وليس القانون، ويجوز للموكل - كقاعدة عامة - إلغاء الوكالة في أي وقت. راجع لهذا الجانب من الفقه: عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص ٤٨٩ وما بعدها & وأنظر لتفصيل التفرقة بين أحكام النيابة القانونية والوكالة مؤلفنا بعنوان: التعاقد مع النفس، دراسة مقارنة، مرجع سابق الإشارة، بند ١٤ وما يليه.

في حين أن الرأي الراجح^(٢٠١) قد استقر في النهاية- وبحق- على اعتبار هؤلاء مجرد مفوضين أو نائبين قانونيين مفترضين- وبقوة القانون- عن المتعاقدين على الوحدات العقارية أو مشتريها، وذلك منذ بداية إبرام عقود المقاولة والتوسط في التشييد العقاري بينهم وبين المقاولين، وهم بهذه الصفة ليسوا مفوضين أو نائبين قانونيين عن أرباب الأعمال، وإنما مديرو مشاريعهم العقارية، ولا يجوز لهم وفقاً لهذا المركز القانوني الرجوع بوصفهم دائنين بأحكام الضمان العشري على المقاولين أو المهندسين إذا توفرت شرائط المسؤولية العشرية في حق الأخيرين، وإنما يظل المتعاقدون على شراء الوحدات العقارية هم الدائنون وحدهم بهذا الضمان والمستفيدون منه، ويتضامن المقاولون مع مديري المشروعات العقارية (أرباب الأعمال المحترفون من جمعيات أو شركات بناء) بقوة القانون في الالتزام بهذا الضمان بصفتهم مدينين فيه وبقوة القانون في مواجهة أرباب الأعمال في عقود المقاولات (ملاك الأراضي المقام عليها المشاريع العقارية).

وهذا الاتجاه الأخير هو ما قننه المشرع نفسه بموجب المرسوم بقانون رقم ٧٠٤ الصادر في ١٢ يوليو عام ١٩٨٥ وأكد عليه بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٩٧٥ الصادر في الأول من أغسطس عام ٢٠٠٦، وأخضع العلاقة بين هذه الجمعيات أو تلك الشركات وعمالها لأحكام الإنابة القانونية أو التفويض والمنظمة بموجب القوانين سالفه الذكر إن كانت الجمعية أو الشركة العقارية تتعاقد مع عملائها في إطار القانون العام أو كان العقد من عقود الأشغال العامة^(٢٠٢)، أما إذا كانت الجمعية أو الشركة العقارية تتعاقد مع عملائها في إطار القانون الخاص، فتخضع العلاقة بينهم لأحكام الإنابة القانونية المنصوص عليها وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

ويختلف المديرون المحترفون للمشاريع العقارية (أرباب الأعمال المحترفون *Les maîtres d'ouvrage délégués*) بهذه الصفة عن المطورين العقاريين في أنهم لا

(201)- «Le maître d'ouvrage délégué ne peut, en principe, agir en garantie décennale», D. TOMASIN, *Contrat de promotion immobilière*, in Dalloz Action Droit de la construction 2010/2011, n° 251 & L.-L. CHRISTIANE, *vente d'immeubles à construire*, In Études et dossiers, Institut d'études judiciaires de Rennes, Tome 7, II, 1976, p. 15 & Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, 8° éd., op. cit., n° 123 & Civ. 3e, 27 mai 1999, BPIM 4/99 inf. 292.

(202)- L. no 85-704 du 12 juill. 1985 ; Code des marchés publics issu du décret no 2006-975 du 1er août 2006 mod. ; V. aussi L. no 2001-1188 du 11 déc. 2001 [JO 12 déc.], dite loi MURCEF.

يقومون بتشييد أو إقامة مشروعات عمرانية متكاملة الخدمات داخل مجمعات سكنية مغلقة (كومبوندات مغلقة) ثم يتولون إدارتها وتسويقها، وإنما يكتفون بالاضطلاع بدور الوسيط في تسويق وبيع وحدات عقارية عادية خارج مجمعات سكنية تم تشييدها من قبل من جانب المقاولين. كما يبدو الفارق بينهم وبين المطورين العقاريين من ناحية أخرى في أنهم لا يأخذون المبادرة في وضع برنامج شامل لإقامة مشروعات عقارية وإدارتها وصيانتها وحراستها، ويتمثل كل دورهم في التوسط فحسب بين أرباب الأعمال (ملاك الأراضي) والمشتريين، وقد يزيد بعضهم في هذا الدور فيشتركون مع الأخيرين في تنفيذ بعض الأعمال الإنشائية. وأخيراً، فيتميز المديرون المحترفون للمشاريع العقارية في أنهم يتوسطون الصفقات أو العقود التي تتم بين ملاك الأراضي والمتصرف إليهم في الوحدات العقارية (المشتريين) في عقود البيع العقاري، بينما يتوسط المطورون العقاريون- كما سبق ورأينا بشيء من التفصيل آنفاً- الصفقات أو العقود المبرمة بين أرباب الأعمال (ملاك الأراضي) والمقاولين في عقود المقاولات.

وقد أثارت مسألة التمويل التأجيري في عملية التشييد العقاري *Une construction financée par un crédit-bail* جدلاً بين أوساط الفقه والقضاء الفرنسيين، وهل يدخل الممولون العقاريون بهذا النظام ضمن هذه الطائفة من الأشخاص أم لا؟ وذلك لتشابك العلاقات القانونية الناتجة عنها وتداخلها بين أشخاص متعددين. فهذه العملية تقوم على أساس أن شركة مقاولات (مستأجر للأرض) تتعاقد أولاً مع مصرف أو بنك أو مؤسسة مالية (الممول *Le crédit-bailleur*) والذي يمتلك قطعة أرض فضاء، وذلك بهدف تمويل عملية تشييد بعض الوحدات العقارية على هذه الأرض المملوكة للممول بعد تأجيرها بموجب عقد إيجار عقاري، لتصبح شركة المقاولات (المستأجر) مالكة للأرض والمباني المقامة عليها بعد سداد كامل الأقساط أو الأجرة المتفق عليها أو في نهاية مدة الإيجار، فتقوم شركة المقاولات بدورها بالتصرف في الوحدات العقارية لمصلحة عملائها (مشتري الوحدات العقارية).

وقد تنازع الفقه والقضاء في البداية في تحديد شخص رب العمل الحقيقي ومدير المشروع العقاري المحترف في هذه العملية المركبة، إلى أن انتهى الرأي^(٢٠٣) إلى اعتبار

(٢٠٣)- أنظر لهذا الخلاف الفقهي من الفقه المصري: عبد الرازق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة

بالمهندس المعماري ومقاول البناء، مرجع سابق، ص ٦٠٥ وما بعدها & ومن الفقه الفرنسي:

Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, 8^e éd., op. cit., n° 126 & Civ. 3e, 27 mai

الممول- البنك أو المؤسسة المالية- هو رب العمل الحقيقي في عقد المقاولة وهو المستفيد أو الدائن بالضمان العشري بالطبع، ويفوض صلاحياته إلى مقاول التمويل العقاري *Le crédit-preneur* وهو مدير المشروع وفي ذات الوقت الملتزم أمامه أو المدين بالضمان العشري.

أما مستأجرو الأرض، وهم مشتركو الوحدات العقارية في نفس الوقت، فليس لهم صفة قانونية في عقد المقاولة المبرم بين الممول ومقاول التمويل العقاري (مدير المشروع)، ولا يحق لهم بالتالي مقاضاة المقاولين والمهندسين مباشرة بأحكام الضمان العشري بناءً على عقد المقاولة، وإنما يحق لهم ذلك- في التشريع الفرنسي فحسب بعكس نظيره المصري بالطبع- بناءً على عقد البيع، أي باعتبارهم مشترين للوحدة العقارية، أو بصفة عامة متصرف إليهم فيها، رغم أنهم ليسوا خلفاً خاصاً لرب العمل (الممول والدائن بالضمان العشري)، وإنما هم خلف خاص لمقاول التمويل العقاري (المدين بالضمان العشري)!.^(٢٠٤)

(٢) أشباه المطورين العقاريين:

٣٢. امتد الضمان العشري كذلك لدى الفقه والقضاء الفرنسيين^(٢٠٤) ليشمل أشباه المطورين العقاريين- إن صح لنا استعمال هذا التعبير- الذين يخلت فيهم أو يفقدوا شرط من الشروط اللازمة لاكتساب صفة المطورين العقاريين وفقاً لنص المادة ١٨٣١-١ من التقنين المدني، ولا ينطبق على عقودهم بالتالي وصف عقود التطوير العقاري بالمعنى الدقيق^(٢٠٥).

ويضرب الفقه أمثلة لهذه الطائفة من المدينين بالضمان بالشخص المعنوي- شركة عقارية مثلاً- الذي يقوم بتشديد المشاريع العقارية أو الوحدات العقارية ولكن لم يكن قد وضع لها برنامجاً خاصاً لإدارتها وتسويقها، أو لم يكن له حرية اختيار المقاولين والمهندسين، أو لم يكن نائباً قانونياً أو مفوضاً عن أرباب الأعمال في إبرام عقود

1999, BPIM 4/99 inf. 292 & Civ. 3e, 13 sept. 2006, no 04-20.729, RJDA 12/06, no 1260 & Civ. 3e, 27 sept. 2000, BPIM janv. 2001, no 25.

(204)- «Celui qui, sans être promoteur immobilier au sens de l'article 1831 du code civil, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage selon l'article 1792-1, 3° du Code civil», Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, 8° éd., op. cit., n° 117 & dans le même sens v. uniquement, J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., p. 179 et s.

(205)- راجع للشروط القانونية المتطلبة لاكتساب وصف المطور العقاري، بند ٢٧ أنفأ.

المقاول، أو بالشخص الذي يكتفي بإبرام عقود المقاول مع المقاولين لحسابه ومصالحته الشخصية باعتباره رب عمل في المقاول ولم يكن قد تعاقد بعد مع أي شخص لشرائها، ولا يلعب- من ثم- دور الوسيط أو النائب عن رب العمل في تعاقد مع المقاولين، أو أن يخل فيه أي شرط آخر من الشروط اللازمة لاكتساب صفة المطور العقاري والتي رأيناها آنفاً مثل أن يكون شخصاً طبيعياً لا معنوياً.

تم بحمد الله

خاتمة

بان لنا من خلال هذه الدراسة أن مفهوماً تقليدياً قديماً لا يزال يسيطر على المشرع المصري بشأن الالتزام بالضمان العشري، وذلك بعكس نظيره الفرنسي الذي لم يتوان- في أي حقبة تاريخية منذ نشأة هذا الضمان بالمجموعة المدنية الفرنسية القديمة منذ أواخر القرن التاسع عشر الميلادي حتى الآن- في التدخل بالتعديل والتنقيح لنصوص تقنيته المدني القديم كي يتواءم مع التطورات الحديثة في مجال التشييد العقاري، ويتلائم والتطور المستمر في الفن المعماري.

وقد انعكس هذا المفهوم- وأدلى بظلاله- على تحديد الطبيعة القانونية لهذا الالتزام في ظل التشريعين المصري والفرنسي، فرأينا اختلافاً كبيراً بين الفقهاء- القدامى منهم والمعاصرين- في تحديد طبيعته القانونية، فبينما رآه البعض التزاماً قانونياً، رآه آخرون- على النقيض- التزاماً عقدياً، وفي حين اعتبره البعض التزاماً بتحقيق غاية، صنفه البعض الآخر ضمن الالتزامات ببذل عناية. وقد أوضحنا موقفنا من هذه الآراء جميعاً مقترحين رأياً خاصاً يتماشى مع ما ينادي به كثير من الفقه من ضرورة التوسع في نطاق وأحكام هذا الضمان، ونطاق المسؤولية الناشئة عن الإخلال به.

وقد رأينا كيف أثر المفهوم التشريعي القديم للالتزام بالضمان العشري على شروط ونطاق تطبيقه في مصر وفرنسا على حدٍ سواء، حيث تطلب مشرعا البلدين شروطاً خاصة لتطبيق أحكام هذا الضمان، منها ما هو موضوعي، ومنها ما هو شكلي؛ فاستلزما أن يكون هناك عقد بين المشيّد والمستفيد من أحكام هذا الضمان، وأن يكون محل هذا العقد تشييد مبنى أو منشأ ثابت، وأن يحدث له تدهم كلي أو جزئي أو أن يظهر فيه عيب جسيم يؤثر في متانته أو سلامته، وإلى هذا الحد، اتفق المشرع المصري مع نظيره الفرنسي؛ نظراً لأن شروط وأحكام هذا الضمان التقليدية كانت متطابقة إلى حدٍ كبير في البلدين حتى منتصف القرن الماضي تقريباً.

بيد أنه مع الطفرة الكبيرة والتطور الواسع الذي شهدته فرنسا في مجال التشييد وأساليب الفن المعماري بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، قد أدت إلى تطور كبير في المفاهيم والأحكام القانونية المنظمة للالتزام بالضمان العشري، في حين ظلت شروطه وأحكامه القانونية التقليدية القديمة على ما هي عليه في ظل النظام المصري دون تغيير يُذكر. وقد ترتب على ذلك أن وجدنا المشرع المصري - بعكس قرينه الفرنسي الآن - لا يزال يتمسك باشتراط ضرورة أن يكون هناك عقد مقاولة بالمعنى الدقيق لتطبيق أحكام هذا الضمان على المقاولين والمهندسين المعماريين والمتعاقدين معهم فحسب، بينما لم يقصر المشرع الفرنسي نطاق هذا الالتزام على المشيدين بالمعنى الضيق وعلى عقود المقاولات وحدها، وإنما عمد إلى التوسع التدريجي في مد نطاق هذا الضمان ليشمل عقوداً أخرى خلاف عقود المقاولات، مثل عقود البيع، ويستوعب أشخاصاً وحالات أخرى خلاف المقاولين والمهندسين وحالة تشييد المباني والمنشآت، مثل المديرين العقاريين وصانعي العناصر الإنشائية للمباني جاهزة التركيب.

أما من الناحية الشكلية، فقد بيّنا الشروط المتعلقة بمدة الضمان العشري ومدة سقوط دعوى المطالبة بالتعويض الناشئ عنه؛ حيث رأينا أن مدة الضمان تقدر - والحال واحد في التشريعين المصري والفرنسي على حدٍ سواء - بعشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلم رب العمل النهائي للمبنى أو للمنشأ الثابت، وقد ضربت هذه المدة لصالح المستفيد من هذا الضمان بهدف اختبار متانة المبنى وسلامته والتحقق من حسن تنفيذ الأعمال الإنشائية. أما عن مدة سقوط دعوى الضمان العشري، فقد رأينا اختلاف التشريعين المصري والفرنسي بشأنها اختلافاً كبيراً، فهي تتحدد في التشريع الأول بمرور ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب حتى لو حدث ذلك في آخر يوم من فترة الضمان المقررة قانوناً، حيث يكون لرب العمل - أو من يخلفه بالطبع - ثلاث سنوات من هذا الوقت لإقامة الدعوى ضد المشيّد، وإلا لا تُقبل منه أمام القضاء وتبرئ ذمة الأخير من الالتزام بالتعويض وفقاً لأحكام هذا الضمان الخاص. أما عن التشريع الفرنسي، فتتداخل مدة تقادم الدعوى بفترة الضمان المحددة بعشر سنوات من وقت تسلم رب العمل النهائي للمبنى أو المنشأ الثابت؛ فتكون الفترة الأخيرة هي الحد الأقصى التي يمكن أن يضمن خلالها المشيّد العمل الإنشائي في فرنسا، فإذا حدث التهدم أو ظهر العيب بعد هذه المدة، فلا ضمان عليه.

وقد رأينا من خلال هذه الدراسة كذلك أن نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان تتحدد من حيث الأشخاص الملزمين به والمستفيدين منه؛ ذلك أن أحكام هذا الضمان إنما

تقررت بقواعد صارمة شديدة الوطئة على الملتزم بها على سبيل الاستثنا من القواعد العامة للمسئولية المدنية؛ حفاظاً على الأرواح والممتلكات من جانب، وحماية فئة معينة من الأشخاص لا تتوفر لديها معرفة بفن وأصول البناء والتشييد من جانب آخر. وقد بان لنا من خلال هذه الدراسة أن الملتزمين التقليديين بأحكام الضمان العشري في ظل التشريع المصري هما: المقاول والمهندس فحسب دون غيرهم من الأشخاص الآخرين المتدخلين في عملية التشييد أو التسويق العقاري، وسواءً اقتصر دور الأخير- أي المهندس- على وضع التصميم، أو الرقابة والإشراف على عملية التنفيذ، أو غير ذلك من مهام هندسية أو معمارية. كما لم يلتزم بأحكام هذا الضمان في ظل التشريعين المصري والفرنسي- رغم غرابة وعدم منطقية هذا الحكم وانتقاده من قبل الفقه المصري والفرنسي- المقاولون من الباطن، مع أن دور الأخيرين لا يقل أهمية عن دور المقاولين الأصليين والمهندسين المعماريين بل يفوقهم، لأن المقاول من الباطن هو الذي يقوم بعملية التنفيذ الفعلي في تشييد العمل الإنشائي.

وعلى صعيد آخر، فقد قصر المشرع المصري الاستفاد من أحكام الضمان العشري على أرباب الأعمال في عقود المقاولات دون غيرهم، وهم غالباً أصحاب أو ملاك الأراضي التي يتم التشييد عليها، وبما أن عقود السلف تغيد الخلف، فقد استفاد من هذا الضمان الخاص خلف أرباب الأعمال بتلك العقود سواءً كانوا خلفاً عاماً أو خاصاً.

أما عن المشرع الفرنسي، فقد وسع من دائرة الملتزمين من هذا الضمان إلى حدٍ كبير، بحيث أصبحت أحكامه قابلة للتطبيق على أشخاص ليسوا بمشيدين بالمعنى الدقيق، وإنما في حكم المشيدين مثل المطورين العقاريين وبائعي المباني على اختلاف أنواعها وأغراضها، والمديرين العقاريين، وصانعي ومستوردي أجزاء وعناصر المباني سابقة التجهيز. كما توسع المشرع الأخير كذلك في مد نطاق هذا الضمان ليستفيد منه أشخاصاً آخرين خلاف أرباب الأعمال في عقود المقاولات، فشمّل الملاك المشتركين للمبنى، وأشخاص اعتباريين آخرين لم تنطبق عليهم الشروط الخاصة التي تطلبها المشرع للالتزام بهذا الضمان في حالات معينة.

وقد انتهينا من هذا كله إلى استحسان موقف المشرع الفرنسي بشأن مفهوم ونطاق الضمان العشري، وناشدنا- مع البعض- المشرع المصري بتعديل تشريعه للأخذ بهذا النهج ليواكب التطورات الحادثة في قطاع التشييد العقاري، ذلك القطاع الذي أضحي قطاعاً حيواً لاسيما مع التوسعات العمرانية الكبيرة التي تشهدها مصر في الآونة الأخيرة في المدن الجديدة.

أهم المقترحات والتوصيات

ختاماً لهذه الدراسة، نستعرض معاً بعض الاقتراحات والتوصيات علّها تجد آذاناً صاغية من المشرع المصري، ويمكن إجمالها فيما يلي:

(١) قد آن الأوان في مصر لأن يتدخل المشرع لإعادة صياغة نص المادة ٦٥١ من التقنين المدني المنظمة لأحكام الضمان العشري؛ فضلاً عن جمود هذه الأحكام، التي لم يمسه قلم المشرع بالتعديل منذ ما ينيف عن سبعة عقود من الزمان حتى الآن، وعدم مواكبتها للتطور التشريعي والقضائي الذي تشهده نوازل في فرنسا بلد منشأ هذا الضمان، غير أن هذه الأحكام لم تعد تواكب كذلك التوسع الهائل في نشاط التشييد العقاري الذي تشهده مصر في الوقت الحاضر، كما أضحت معها هذا الضمان قاصر عن تحقيق الهدف الذي سُرع من أجله، ألا وهو تحقيق أكبر حماية قانونية ممكنة لأرباب الأعمال وخلفهم (المتصرف إليهم في المباني والمنشآت) في مواجهة المشيدين ومن كان على شاكلتهم أو من في حكمهم.

(٢) نهيب بالفقهاء والباحثين المهتمين بموضوع هذه الدراسة التأمل والتدبر قليلاً في المفهوم التقليدي للضمان العشري بهدف إعادة النظر في تكييفه القانوني وفقاً لمفومه العصري، فتحديد طبيعته القانونية في ضوء آخر التطورات العملية والتطبيقات القضائية التي تشهدها مصر - كما شهدتها فرنسا من قبل حليفتها التشريعية ومهد نظمها القانونية - يفيد في تحديد الأحكام القانونية الواجبة التطبيق على ما ينشأ من مخالفة هذا الالتزام من مسئولية عشرية. وقد اقترحنا حلاً لأزمة الطبيعة القانونية لهذا الالتزام، التي احتدم حولها الجدل الفقهي ولم تُحسم منذ عصور حتى الآن، إمكانية وصف هذا الالتزام بالقانوني تارةً، وبالعقدي تارةً أخرى، بحسب اتجاه إرادة المشيدين - ومن كان على شاكلتهم - والمتعاقدين معهم عند إبرام عقودهم. ونعتقد أن هذا المقترح وحده قد يحقق للمضروب من تهمد الأعمال الإنشائية أو من ظهور عيوب جسام بها، الاستفادة الكاملة من هذا الضمان بالحصول على أكبر تعويض ممكن حين إقامة دعواه بناءً على أحكام هذا الضمان الخاص، بل وقد يضبط ما وقع فيه البعض من خلط في مفهوم هذا الضمان والمسئولية الناشئة عنه، أو ما حدث للقضاء حين نظر دعاوى هذا الضمان من التباس. فكم من فقيه أدلى بدلوه في هذا الصدد، قد تعصب لنظرية على حساب أخرى، دونما نظر لما يمكن أن

يحققه رأيه من نتائج عملية أو فوائد قانونية ملموسة. وكمن قاضٍ عجزت أقلامه عن تسطير وتسنيد أحكامه، مخافة الوقوع في مغبة الجدل الفقهي، ومشايعة النظريات غير المدروسة.

(٣) نعتقد أن الخلاف الفقهي حول طبيعة الالتزام بالضمان العشري، ومن ثم طبيعة المسؤولية العشرية الناشئة عن الإخلال به، لا يكون له عظيم الأثر في ظل المقترح الذي ننادي بضرورة الأخذ به لتكثيف هذا الضمان في ظل مفهومه الحديث. فرغم الفروق التقليدية الجوهرية بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية، غير أن هذه الفروق تذوب كلها لتتبلور في أثر واحد فقط يتعلق بنطاق التعويض المستحق للمضرور في مواجهة المشيدين ومن في حكمهم؛ ذلك أن التنظيم القانوني الخاص بهذا الضمان يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته، وقد قرر المشرع بتلك الأحكام التضامن الإجباري بين المدينين بهذا الضمان، وتقدم دعوى المسؤولية العشرية الناشئة عن الإخلال به، ووجوب التأمين الإجباري من انعقاد هذه المسؤولية، وعدم جواز الإعفاء أو التخفيف منها، وكل هذه الأحكام تتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمشيدين ومن في حكمهم الاتفاق على خلافها في عقودهم الخاصة. ومن ثم؛ فيجب العمل بتلك الأحكام الآمرة سواء قلنا بانعقاد المسؤولية التقصيرية أو العقدية للملتزم بأحكام الضمان العشري. أما بالنسبة لتحديد نطاق التعويض المستحق للمضرور من تصدع المباني أو تدهمها أو ظهور عيوب جسام بها، فهو الأثر الوحيد الذي قد يختلف بحسب نوع المسؤولية المنعقدة حال إخلال المدين بهذا الضمان، حيث يقتصر التعويض على الضرر المتوقع فحسب إذا ما تم تكثيف المسؤولية العشرية بالعقدية، بينما يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع إذا ما تم تحديد طبيعتها بالمسؤولية التقصيرية.

(٤) لا جرم لدينا أنه أصبح من الضروري الآن أن يعمد المشرع المصري إلى إضافة نصوص تشريعية أخرى- إلى جانب تعديل نص المادة ٦٥١ من التقنين المدني بما يتناسب وأحكام هذه النصوص- بتشريعات وقوانين خاصة لاستكمال صرح النظام القانوني الخاص بالضمان العشري، وأن يتوسع في نطاقه الشخصي ليشمل كافة الأشخاص المتدخلين في عملية التشييد والتسويق العقاريين من فنيين ومراقبين ومطورين عقاريين ومديرين مفوضين وبائعين ومصنعين لعناصر المباني الجاهزة

التركيب وغيرهم ممن ألزمهم المشرع الفرنسي بهذا الضمان، ولا يقصره فحسب- كما هو الحال الآن- على المقاولين والمهندسين المعماريين؛ وذلك بهدف تحقيق أكبر حماية قانونية لأرباب الأعمال والمتصرف إليهم في المباني والمنشآت الذين لا تتوفر لديهم- في الغالب- الخبرة المعمارية من جانب، وحفاظاً على الممتلكات المادية والأرواح والاعتبارات الإنسانية من جانب آخر. وناشد المشرع بصفة خاصة بضرورة مد نطاق أحكام هذا الضمان لينطبق على المقاولين من الباطن، فترك هؤلاء لأحكام المسؤولية العقدية المخففة، قد يفتح لهم الباب الخلفي للعبث في تنفيذ الأعمال المكلفين بها أو الاقتصاد في مواد البناء والنفقات على حساب مصلحة أرباب الأعمال في عقود المقاولات، حيث سيكونون في هذه الحالة بمنأى عن قواعد المسؤولية المشددة المقررة بموجب أحكام هذا الضمان. ولعل ما ننادي بضرورة الأخذ به هنا قد سبق إليه جموع الفقه المصري والفرنسي من عشرات السنين، لكن لم يحدث أن استجاب المشرع المصري لهذه النداءات حتى الآن.

(٥) يا حبذا لو أخذ المشرع المصري- حين استكمال الأحكام القانونية المنظمة للالتزام بالضمان العشري- بمفهوم أوسع لمحل الحماية التشريعية المقررة بموجب أحكام الضمان العشري، وألا يقصره على المباني والمنشآت الثابتة بالمفهوم الدقيق أو الضيق، وأن يستعمل بدلاً منه لفظ: "الأعمال الإنشائية" بصفة عامة، وذلك بهدف اتساع هذه الأحكام لتشمل الإنشاءات المعمارية الحديثة التي لا يمكن إطلاق وصف العقارات بطبيعتها عليها، ذلك الوصف القديم الذي يعتمد على معيار عدم إمكانية نقلها من مكان لآخر دون تلف؛ فالتطور الحديث الذي شهده مجال التشييد في معظم دول العالم في الوقت الحاضر تمخض عن إمكانية نقل بعض أنواع المباني والإنشاءات من مكان لآخر دون تلف، تلك المباني التي يُطلق عليها الآن اسم "المباني سابقة التجهيز". كما أن اقتراحنا هذا يسمح بإلزام المشيّد لأي عمل إنشائي بأحكام هذا الضمان دونما نظر لما إذا كان المنشأ مقاماً فوق الأرض أو تحته، مثل الآبار والمقابر، ودون أهمية لما إذا كان المنشأ يشكل مسطحاً كبيراً من الأرض أم لا، مثل الملاعب الرياضية، أو كان مرتبطاً وجوده بعدة مباني أو منشآت أخرى أم لا، مثل حمامات السباحة وصوبات النباتات.

لا يمكن - كقاعدة عامة - تطبيق أحكام الضمان العشري على بائعي العمل الإنشائي وفقاً لأحكام التشريع المصري بعكس نظيره الفرنسي، اللهم إلا من خلال بعض الفروض الخاصة التي يمكن تصورها كما يلي: الفرض الأول، أن يكون بائع العمل الإنشائي هو نفسه رب العمل في عقد المقاولة، وهو من يتم البناء لصالحه (المرخص له في البناء وفقاً للفظ المشرع بلائحة قانون البناء الموحد)، فيكون بهذه الصفة مستفيداً (دائماً) بالضمان العشري في مواجهة المشيدين، وليس ملتزماً أو مدينماً به في مواجهة المشتري. ويكون للمشتري في عقد البيع إذا تهدم أو تصدع العمل الإنشائي نتيجة لعيوب خفية، إما الرجوع مباشرة على المشيدين بدعوى الضمان العشري باعتباره خلفاً خاصاً لرب العمل (البائع)، وإما أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية وفقاً لأحكام عقد البيع، ليحق للأخير الرجوع بدوره على المشيدين بأحكام الضمان العشري. والفرض الثاني يتمثل في أن يكون البائع هو نفسه المقاول القائم بالتشييد على أرض يملكها أو له عليها حق عيني أصلي، ولن نكون في هذه الحالة بصدد عقد مقاولة وإنما بصدد عقد بيع بين بائع ومشتري، ولما كان العقد الأول - أي عقد المقاولة - هو وحده ما يشترطه المشرع المصري، خلاف نظيره الفرنسي، لإعمال أحكام الضمان العشري، فلن يخضع البائع في هذا الفرض لأحكام الضمان العشري في مواجهة المشتري، لعدم وجود علاقة مقاولة بينه وبين أي شخص آخر، وإنما سيخضع لأحكام ضمان العيوب الخفية في مادة البيع في مواجهة المشتري. وهذه المفارقة الغريبة هي ما اضطرت المشرع الفرنسي إلى إخضاع البائعين لأحكام هذا الضمان بنصوص قانونية خاصة؛ درءاً للتحايل أو التلاعب المحتمل بين ملاك الأراضي والمقاولين. ونعتقد هنا أنه كان حرياً بالمشرع المصري أن يمد نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان ليشمل بائعي الأعمال الإنشائية على غرار ما فعل نظيره الفرنسي، سواءً وقع البيع على مبنى أو منشأً مستقبلي (بيع على الخريطة)، أو وهو لا يزال في طور التشييد، أو حتى بعد تشييده.

قائمة بأهم المراجع باللغتين العربية الأجنبية

أولاً: المعاجم وقواميس اللغة وكتب الفقه الإسلامي

- أبو القاسم الحسين بن محمد، المشهور بالرَّاعِب الأصفهاني، المُفردات في غريب القرآن، تحقيق مُحمَّد سيِّد الكيلاني، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٥ & وللمؤلف نفسه: معجم مفردات ألفاظ القرآن الكريم، دار الكتب العلمية للنشر ٢٠٠٨.
- أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، حَقَّقه وأخرج أحاديثه: محمود محمد شاكر، ج ٩، دار المعارف المصرية، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
- محمد بن علي بن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج ١٣، دار المعارف، ٢٠٠٧م.
- معجم الغني، لعبد الغني أبو العزم، ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م.
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ١٣٧٩هـ / ١٩٦٠م.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، طبعة مؤسسة الرسالة، منقحة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦ هـ، ٢٠٠٥ م.

ثانياً: الرسائل والدوريات والمجلات العلمية

- أسامه أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسئوليتين الشخصية والموضوعية، دراسة تحليلية قضائية في القانونين الفرنسي والمصري، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠٠٩.
- حياة حامي، النظام القانوني لبيع البناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري، رسالة دكتورا مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١٦.
- زيد محمود العقابلية، قراءة متعمقة لنصوص مواد قانون المعاملات المدنية الإماراتي النازمة لأحكام الضمان العشري الخاص بالمقاول والمهندس لما يحدث في البناء من تهدم أو عيوب، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد ٣٧، العدد الرابع، ٢٠١٣.
- سعيداني لوناسي، المركز القانوني للمركبي العقاري في القانون الجزائري، بحث مقدم إلي مؤتمر الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر - الواقع والآفاق - يومي ٢٧ و٢٨ فبراير ٢٠١٢.
- عبد الرحمن حموش، المسؤولية العقدية للمهندس المعماري في القانون المغربي والمقارن، بحث منشور بمجلة القضاء المدني المغربي، المغرب، السنة الثالثة، العدد الخامس، ٢٠١٢.

- غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، (المقاول- مهندس البناء- صاحب البناء)، مجلة الحقوق جامعة الكويت، مجموعة ١٩، العدد الثالث والرابع، ١٩٩٥.
- كمال بوحمار، الضمان العشري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة العربي بن مهيدي (أم البواقي)، ٢٠١٣.
- محمد السيد فارس، الاشتراط لمصلحة الغير في ضوء التعديل التشريعي الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد ٩٤ و ٩٥، ٢٠٢١.
- محمد السيد فارس، التعاقد مع النفس، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ملحق خاص، العدد ٩٢، ٢٠١٩.
- نصر أبو الفتوح فريد، نظرات في المسؤولية العقدية للمطور العقاري، دراسة في إطار تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة العدد ٣٥، جزء أول، إصدارات كلية القانون بجامعة عجمان.

ثانياً: المراجع القانونية العامة والمتخصصة

- إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقهاً وقضاءً، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطابع جامعة عين شمس، ١٩٧٥.
- أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١٠.
- أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاول مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية، ط ١، الناشر غير معلوم، القاهرة، ٢٠٠٣.
- أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، دراسة تطبيقية، ط ١، الناشر غير معلوم، ٢٠٠١.
- أنور العمروسي: المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، ط ١، دار الفكر العربي بالإسكندرية، ٢٠٠٤.

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
- أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- توفيق حسن فرج، شرح أحكام عقد البيع، الناشر غير معلوم، ١٩٦٢.
- جلال العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧.
- جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- جمال الدين أحمد نصار ومحمد ماجد خلوصي، عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، الناشر غير معلوم، ٢٠٠٢.
- جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- حسام الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، الناشر غير معلوم، ١٩٩١.
- حسن عبد الرحمن تدرس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة، في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، ط ٢، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- رأفت محمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ٢٠٠٠.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.
- سعيد جبر، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.
- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١.
- سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٩٦١.
- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم مفتاح، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.

- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المصري والقانون الكويتي، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية، الناشر غير معلوم، ١٩٥٨.
- عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها ونطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط ١، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ١٩٨٧.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، "المقابلة والوكالة والوديعة والحراسة"، المجلد الأول، ج ٧، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، وهي ذاتها طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة لإعادة الطباعة.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، حق الملكية، مع شرح مفصل للأشياء والأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ٢٠٠٠.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج ١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج ١، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٩٦.
- عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الناشر غير معروف، ١٩٩٢.
- عبد المنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، ط ٢، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٧٥.
- عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- عبد الناصر توفيق العطار، استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، ١٩٧١.

- عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، ١٩٨٠.
- عبد الودود يحيى، مسئولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٧٦، ١٩٩٣.
- عبير موسى الهنري، الخيرة بين دعوى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، المجلة الليبية العالمية، جامعة بني غازي، عدد ٢٥، ٢٠١٧.
- على أحمد صالح المهداوي، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري في الضمان العشري في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٠.
- غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، (المقاول - مهندس البناء - صاحب البناء)، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- فتحي غيث، قانون المهندس، دار المعرفة، القاهرة، ١٩٦٠.
- فتيحة قره، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢.
- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- محسن البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، ٢٠٠٣.
- محمد إبراهيم الدسوقي، مصادر الالتزام، مكتبة الطليعة بأسسيوط، ١٩٩٦.
- محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، مشكلة النطاق والخبرة، محاضرات لطلاب الدراسات العليا بكلية الحقوق - جامعة أسسيوط، ١٩٨١.
- محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥.
- محمد السيد فارس، التعاقد مع النفس، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠١٥.
- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، ١٩٨٩.
- محمد بن إبراهيم موسى، نظرية الضمان الشخصي، منشورات جامعة الدمام، المملكة العربية السعودية، ١٤١١ هـ - ١٩٩١.

- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ١٩٩٩.
- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠٠٣.
- محمد حسين منصور، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، مسؤولية المهندس والمقاول والمالك عن التعيب والانهيان، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.
- محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسة في مجال التشييد والبناء، دراسة في ضوء عقد الفيديك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، ١٩٨٥.
- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية، ط ٢، القاهرة ١٩٨٧.
- محمد عبد الظاهر حسين، صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على المسؤولية المهنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة، ج ٤، ط ١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٣.
- محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، الناشر غير معلوم، ١٩٩٢.
- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.
- محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.

- محمود التلي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، الـمريئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ١٩٩٥.
- محمود السيد عبد المعطي خيال، الحدود الفاصلة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة بني سويف، عدد يناير ٢٠٠٠.
- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط ٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.
- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ط ١، دار الفكر العربي، ١٩٩٨.
- محمود وحيد، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الناشر غير معلوم، ١٩٩٦.
- مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الأولى، الناشر غير معلوم، ١٩٣٦.
- مكتب الشلفاني للاستشارات القانونية والمحاماة، الترجمة العربية لعقد الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية (الكتاب الأحمر)، إعداد مكتب الشلفاني، ط ٣، ١٩٩٨.
- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- نادية محمد مصطفى قزمار، حدود المسؤولية العقدية في إطار الالتزام ببذل عناية وبتحقيق نتيجة، مجلة بحوث الشرق الأوسط، مركز بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، العدد ٤٨، ٢٠١٩.
- ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

- نزيه المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- هدى قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري والمقاول، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري، دراسة مقارنة، مطبوعات دائرة القضاء بإمارة أبوظبي، الطبعة الأولى ٢٠١٤.

رابعاً: قائمة بأهم المراجع الأجنبية العامة والمتخصصة

- A. BÉNABENT, Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 8^e éd., coll. Domat Droit privé, Montchrestien, 2008.
- A. CASTON et J. MONTMERLE, Passation et exécution des marchés de travaux privés, Le Moniteur, 1979.
- A. CASTON, Garantie décennale et responsabilité de droit commun, AJPI 1993.
- A. CASTON, La responsabilité des constructeurs, 6^e éd., éd. Du Moniteur, 2006.
- A. COLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 10^{ème} éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1948.
- A. COLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, tome deuxième, 5^{ème} éd., t. II., Paris, Dalloz, 1919-1920.
- A. GUETTARD, Les honoraires d'architectes, Litec 1963.
- A. WEILL et F. TERRE, Droit civil, Les obligations, 4^e éd., Précis Dalloz 1986.
- B. BOUBLI, «Contrat d'entreprise», Rép. civ. Dalloz, mars 2010.
- B. BOUBLI, Commentaire de la loi no 90-1129 du 19 décembre 1990 sur la construction d'une maison individuelle, ALD 1991.
- B. BOUBLI, La responsabilité des constructeurs dans la loi du 4 janvier 1978, RDI 1979.
- B. BOUBLI, La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs, 3^e éd., Journ., 1987.
- B. BOUBLI, Une pincée de droit pour l'obligation de sécurité de résultat, JCP S 2008.
- B. GROSS, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Revue internationale de droit comparé, 1967.

- B. SOINNE, La responsabilité des architectes et des entrepreneurs après la réception des travaux, LGDJ, 1969.
- B. STARCK, H. ROLAND ET BOYER, Droit civil, Obligations, t. 2, 2e éd., Litec 1986.
- C. GIVERDON, Le contrat de promotion immobilière, Gaz. Pal., I, Doctr. 1972,
- C. LARROUMET, Droit civil, t. 3, Les obligations, I^{er} partie, Economica 1986.
- Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, Droit civil français, t. 4, par BARTIN, Litec, 1951.
- Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, Droit civil français, t. V, 6^e éd., par P. ESMIEN, Paris, libr. Marchal et Billard, 1947.
- Ch. BEUDANT, Cours de Droit civil français, Contrat d'entreprise par René RODIERE, t. XII, 2e éd., Paris, Rousseau, 1947.
- Ch. GABOLDE, La responsabilité décennale en droit public, JCP, 1968.
- D. TOMASIN, Contrat de promotion immobilière, in Dalloz Action Droit de la construction 2010/2011,
- DE SAINT-MAURICE, La responsabilité des architectes, Thèse de doctorat, Grenoble, 1940.
- F. MADERNE, Le nouveau régime de la responsabilité décennale, Moniteur des travaux publics, 27 mars 1987.
- F. MODERNE, La responsabilité décennale des constructeurs en droit public, Dalloz 1993.
- G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, Droit de la construction, 11^e éd., Litec, 2000.
- G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, Droit de la construction, Litec 1994.
- G. LIET-VEAUX, dans les premières éditions du Droit de la construction ; V. encore, éd. Delmas, 1978.
- G. LIET-VEAUX, Droit de la construction, Montchrestien, 1978.
- G. LIET-VEAUX, La profession d'architecte, éd. Ch. Massin, 1963.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Les obligations, 2^e éd., t. 1, Les sources, Sirey 1988.
- G. RIPERT et R. BOULANGER, Traité de droit civil, t. 3, LGDJ, 1956-1960.
- G. VINEY, La responsabilité, conditions, L.G.D.J. 1982.
- G. VINEY, La responsabilité, les effets, L.G.D.J., 1988.

- H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. I, 6^e éd., PUF, 1952.
- H. L. et J. MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6^e éd., t. III, Montchrestien, 1970.
- H. PÉRINET-MARQUET, La responsabilité relative aux travaux sur existants, RDI 2000.
- H. PÉRINET-MARQUET, Promotion immobilière, Rép. Dalloz, janv. 2013.
- H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., 7e éd., par CHABAS, Montchrestien 1985.
- J. CABANAC, E. KISCHINEWSKY-BROQUISSE et G. LACROIX, Traité de la copropriété et de la construction en copropriété, t. 1, Éd. de l'Actualité juridique, 1967.
- J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, 13^e éd., PUF, 1988.
- J. CARBONNIER, Droit civil, t. 4, Les obligations, 22^e éd., PUF 2000.
- J. DELVAUX, Traité juridique des bâtisseurs, 2^e éd., t. I., Revue internationale de droit comparé Année 1969.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation, 4^e éd., A. Colin 2006.
- J. FOSSEREAU, Le clair-obscur de la responsabilité des constructeurs, Recueil Dalloz Sirey, chronique III, 1977.
- J. FROSSARD, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, 1965.
- J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, Traité de droit civil, Les effets du contrat, LGDJ, 2002.
- J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, Introduction générale, 4^e éd., LGDJ 1994.
- J. HUET, Le droit de l'architecture, 3^e éd., Economica, 2001.
- J. HUET, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, Thèse, Paris, 1978.
- J. HUET, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, PUF, Paris, 1996.
- J. HUGOT et D. SIZAIRE, Sous-traitance dans le secteur de la construction de maisons individuelles, JCP, éd. Dalloz, 1992.

- J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, Droit de l'urbanisme et de la construction, 8e éd., Montchrestien, 2008.
- J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, Droit de l'urbanisme et de la construction, 9 éd., Montchrestien 2012.
- J.-E. LABIN, La responsabilité des architectes et son assurance, Thèse, Paris, 1978.
- J.-L. ATIAS et L. BERGEL, La copropriété, lexique droit immobilier, Dalloz, 2^{ème} édition, 1994.
- J.-L. BERGEL, Lamy Droit immobilier, t. 2, Lamy, 2006, nos 2538 à 2540.
- J.-L. BERGEL, Lamy Droit immobilier, t. 2, Lamy, 2006.
- J.-P. BROUANT, P. BENOÎT-COLLIN et alii, Code de la construction et de l'habitation, 11e éd., Dalloz 2006.
- J.-P. KARILA, Responsabilités des constructeurs et assurance construction : la réforme du 8 juin 2005, D. 2005.
- L. GALLIE, De la responsabilité de l'architecte envers le propriétaire de travaux privés, Thèse, Rennes, 1910.
- M. BARRÉ-PÉPIN, Contrat de construction d'une maison individuel, Rép. Civ. Dalloz, janv. 2007.
- M. CANTELAUBE, La responsabilité des constructeurs en droit public français, thèse, Paris, 1966.
- M. DAGOT, La vente d'immeuble à construire, Litec 1983.
- M. FABRE-MAGNAN, Les obligations, PUF 2004.
- M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, Traité pratique de droit civil français, 2^e éd., t. 11, LGDJ, 1952-1960.
- M. THIOYE, La réparabilité des dommages futurs et évolutifs, RDI 2004.
- P. GRELIER-BESSMANN, Le mémento des marchés privés de travaux, Intervenants, passation et exécution, éd. Eyrolles 2006.
- P. GRELIER-BESSMANN, Pratique du droit de la construction, 4^e éd., Eyrolles 2007.
- P. LE TOURNEAU, La responsabilité civile, 3^e éd., Litec 1982.
- P. MALINVAUD et P. JESTAZ, Droit de la promotion immobilière, 7^e éd., 1995, n° 97 ; et 7e éd., Précis Dalloz, 2004, par O. TOURNAFOND et P. JOURDAIN.
- P. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, Droit de la promotion immobilière, 5^e éd., Précis Dalloz, 1991.

- P. SABLIER et Ph. CARO, Guide de la sous-traitance dans la construction, 6^e éd., éd. du Moniteur 2007.
- P. TIRARD, Le domaine de la maîtrise d'ouvrage déléguée, RDI 1996.
- Ph. COLLART DUTILLEUL et F. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 7^e éd., Dalloz, 2004.
- Ph. MALAURIE et L. AYNES, Contrats spéciaux, 4^e éd. Par GAUTHIER, Defrénois 2009.
- Ph. MALINVAUD et A. JESTAZ, La notion de travaux de bâtiment, RDI 1985.
- Ph. MALINVAUD, A. JESTAZ, Ch. JOURDAIN et S. TOURNAFOND, Droit de la promotion immobilière, 8^e éd., Précis Dalloz, 2009.
- Ph. MALINVAUD, Droits et obligations des sous-traitants dans les marchés privés, RDI 2006.
- R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Cours de droit civil français, t. XII bis, contrats civils divers, t. 12 par RODIÈRE, vol. 2, Rousseau éd., 1952.
- R. BIGOT, Commentaire de la loi du 4 janvier 1978, JCP 1978.
- R. DENOYELLE, Le promoteur de constructions immobilières, Éditions Berger-Levrault, 1965.
- R. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY HOUIN, Droit de la construction, 4^e éd., Mémento Dalloz, 1994.
- R. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY-HOUIN, Mémento de Droit de la construction, Dalloz 2008.
- R. SAINT-ALARY, Droit de la construction, 8^e éd., coll. «Que sais-je», PUF 2006.
- R. SAINT-ALARY, La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de la chose, JCP, I., 1968.
- V. MICHEL, «A l'usage des architectes et des collectivités locales», Guide Pratique de l'urbanisme, éd. Du Papyrus, Paris, 2011.