ضمان المقاول والمهندس المعماري لسلامة البناء في القانون اليمني

(مقارنة بالقانون المصري)

دكتور/

فضل محمد المصري

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الشرطة

2019م

ملخص البحث

يناقش هذا البحث موضوع من أهم الموضوعات، يتعلق بإحدى المتطلبات الهامة والحيوية التي لا يستطيع الإنسان الاستغناء عنها، وهي توفير السكن أو البناء المناسب لمعيشته وعمله. وقد صاحب إنشاء هذه المباني محاولة بعض المقاولين التهرب من الالتزام بأحكام ضمان المشاريع، مما سبب قلقاً للمواطنين وأرباب العمل، لاسيما عند حدوث أضرار جسيمة في تلك المباني.

ويهدف هذا البحث إلى بيان نطاق التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان، وكذا توضيح طبيعة أحكام الضمان العشري، والآثار المترتبة عليه.

وقد اشتمل هذا البحث على مبحثين، تم تخصيص المبحث الأول منها للحديث عن نطاق التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان، وتم تخصيص المبحث الثاني لتناول طبيعة الضمان العشري والآثار المترتبة عليه.

وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، ثم اختتمت البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

Abstract

This research discusses one of the most important topics, related to one of the important and vital requirements that can not be dispensed with, namely, the provision of housing or construction appropriate for his living and work. The construction of these buildings has been accompanied by an attempt by some contractors to evade compliance with the project guarantee provisions, which has caused concern to citizens and employers, especially when there is serious damage to the buildings.

This research aimed to indicate the scope of the architect's and the contractor's obligation to guarantee, as well as to clarify the nature and implications of the provisions of the 10-year guarantee.

The research included two topics, the first of which was devoted to the scope of the commitment of the architect and the construction contractor to the guarantee, and the second topic was devoted to the nature of the ten-year guarantee and its implications.

It was based on the analytical descriptive and comparative approaches, and concluded with a set of conclusions and recommendations.

مقدمة:

نظراً للتطور الهائل المستمر في قطاع الإنشاءات الذي ينمو ويتطور متأثراً بعوامل عدة، لعل أهمها النمو السكاني المتزايد، فإن هذا النمو لابد له من توفير السكن الملائم والسليم الذي يلبي احتياجاته ومقاصده، وتظهر أهمية هذا القطاع إذا ما علمنا أن عدد العاملين في قطاع التشييد في الدول النامية – ومنها بلادنا – يربو عن 50% من إجمالي القوى العاملة في هذه البلدان، ونظراً لأهمية عقد المقاولة، وخصوصاً في مجال إنجاز المباني والمنشآت المعمارية، مما قد يدفع القائمين على التشييد والبناء إلى السرعة في إتمام المشاريع دون مراعاة المواصفات الفنية والتقنية، فإن ذلك قد يؤدي إلى تصدع المباني وانهيارها أو ظهور عيب من عيوب البناء، وما يستتبع ذلك من خسارة بشرية ومادية.

وبناءً عليه، جاء التشدد من قبل المقنن بخصوص تحديد مسئولية العاملين بهذا القطاع، وإخضاعهم إلى قواعد خاصة، حيث شدد على مسئوليتهم، وفرض عليهم – بقوة القانون – ضمان ما يحدث من أضرار نتيجة أعمالهم ولمدة طويلة نسبياً بعد التسليم، وهو ما يعرف بالضمان العشري أو الضمان الخاص (ضمان العشر سنوات).

لذلك، أصبح من الأهمية بمكان، أن توجد جزاءات على المقاولين الذين يخلّون بمواصفات ومقاييس الجودة في أعمالهم، لضمان تحقيق الأمان القانوني لأصحاب العمل، من أي أضرار ناتجة عن العمل، ولو حدثت بعد التسليم. ورغم تشدد المشرع اليمني في التشريعات المتعلقة بعمليات البناء – حيث ألزم المقاولين والمهندسين بضمان المنشآت المعمارية التي يقيمونها – إلا أننا لمسنا بعض القصور في نصوص القانون المدني المتعلقة بعقد المقاولة في التزامات المقاول الخاصة بضمان المقاول والمهندس، الأمر الذي دفعني لبحث ودراسة ضمان المقاول والمهندس المعماري لسلامة البناء للوقوف على أوجه القصور وتحديدها والتوصية بمعالجتها.

أولاً: مشكلة البحث:

تظهر مشكلة البحث في أن هذا الفرع من فروع الأعمال الإنشائية لم يحظ بالدراسة القانونية المتخصصة اللازمة من قبل أساتذة القانون الخاص، على الرغم من أهميته الكبيرة، أضف إلى ذلك أن المقنن اليمني أبقى النصوص المحددة لمسئولية المقاولين والمهندسين كما هي في مواد محددة منذ صدور القانون المدني الملغي، فلم تمتد إليها يد التعديل أو التغيير، بل بقيت جامدة كما هي، متجاهلة التطور الحاصل في مجال البناء والتشييد، الأمر الذي سهل معه الإفلات– في كثير من الأوجه – من قبضة تلك النصوص من قبل ممارسي هذا النشاط.

كما تظهر مشكلة البحث أيضاً – من خلال مشاهدتي الشخصية – في عدم التزام المقاول بضمان المشاريع، أو تهربه من الالتزام بأحكام هذا الضمان، حيث أن أغلب المشاريع في اليمن لا تسير وفق إجراءات قانونية صحيحة، وذلك يسبب قلقاً للمواطنين وأرباب العمل، لا سيما عند حدوث أضرار جسيمة في تلك المشاريع.

ثانياً: أهمية البحث:

تظهر أهمية موضوع البحث من الأهمية التي تكتسبها عقود البناء، كونها تمثل الوسيلة الفعالة لنمو وازدهار القطاع الإنشائي، ويترتب عليها الضمانات التي تكفل التنفيذ الأمثل للمشاريع.

كما تظهر أهمية هذا البحث في بيان الضمانات القانونية التي كفلها المشرع لتجنب الأضرار التي يمكن أن تحدث نتيجة لتنفيذ هذه المشاريع.

وتظهر أهمية هذا الموضوع أيضاً في تسليط الضوء على أوجه القصور في نصوص القانون المدني المتعلقة بعقد المقاولة في التزامات المقاول الخاصة بضمان المقاول والمهندس، والخروج بالتوصيات المناسبة لمعالجتها.

ثالثاً: أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي:

1. بيان نطاق التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان.
2. توضيح طبيعة أحكام الضمان العشري.
3. دراسة الآثار المترتبة على الضمان العشري.

رابعاً: منهج البحث:

اعتمدت في إعدادي لهذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، مستخلصاً الأفكار المتصلة بالبحث من المؤلفات والرسائل والأبحاث العامة والمتخصصة، كما استخدمت المنهج المقارن، لإجراء المقارنة بين القانون المدني اليمني ونظيره المصري، لمعرفة وجهة نظر كل منهما بالجزئيات المختلفة للبحث، بالإضافة إلى الرجوع لأحكام القضاء المصري والقليل من أحكام القضاء اليمني لمعرفة اتجاههما في القضايا المثارة التي اشتمل عليها البحث.

خامساً: خطة البحث: تسير دراستنا لضمان المقاول لسلامة البناء من خلال مبحثين، وتنتهى بخاتمة، على النحو الآتي:

المبحث الأول: نطاق التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القواعد العامة للضمان.

المطلب الثاني: أحكام الضمان الخاص للمهندس المعماري ومقاول البناء.

المبحث الثاني: أحكام الضمان العشري، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: طبيعة أحكام الضمان العشري.

المطلب الثاني: آثار الضمان العشري.

المبحث الأول

نطاق التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان

الضمان من الالتزامات التي تترتب على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء بمقتضى عقد المقاولة، حيث يضمن العيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته، سواءً في المادة التي يقدمها، أو في العمل الذي نفذه، وبناءً على ذلك وضع المشرعان – اليمني والمصري – أحكاماً خاصة في ضمان المهندس ومقاول البناء للمباني والمنشآت الثابتة التي يقيمانها، خرج فيها عن القواعد العامة للضمان في عقد المقاولة بوجه عام، والسبب يرجع إلى جسامة الأضرار التي يمكن أن تترتب على خطأ أو إهمال في تنفيذها، سواءً بالنسبة لطرفي العقد أو بالنسبة للغير، ومن أجل ذلك شدد المشرعان – اليمني والمصري – على المسئولية الملقاة على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء في مجال البناء والتشييد المعماري، وقبل دراسة أحكام الضمان الخاص بالمهندس المعماري ومقاول البناء سنتكلم عن القواعد العامة للضمان. وذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول

القواعد العامة للضمان

يشمل التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان مسئوليته عقدياً عن جودة أمرين **أولهما:** ضمان المادة التي قدمها من عنده واستخدمها في العمل، **وثانيهما:** ضمان الصنعة التي قام بها تنفيذاً للعمل محل المقاولة، وعليه تتحقق مسئوليتهما عن الإخلال بهذا الالتزام الذي يحكم هذا العمل في أي منهما. ولذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول

ضمان المقاول أو المهندس المعماري للمادة التي يقدمها

قد يلتزم المقاول أو المهندس المعماري بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، لذلك يجب أن تكون هذه المادة مطابقة للشروط المنصوص عليها في عقد المقاولة من حيث الجودة والمواصفات المتفق عليها، ويكون المقاول ملزماً بالضمان عن أي عيوب تظهر على المادة التي وزّدها، إلا أن هذا لا يعني أن المقاول يُعفى من تحمل المسئولية إذا كان رب العمل هو من قدم المادة، وهذا ما سيتم معرفته من خلال التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: ضمان المقاول والمهندس المعماري للمادة التي يقدمها:

تنص المادة (876) مدني يمني على أنه: "إذا التزم المقاول بتقديم المواد اللازمة للعمل كان مسئولاً عن جودتها وأوصافها بحسب العقد، وعليه ضمان ذلك لرب العمل"، وفي هذا السياق نصت المادة (648) مدني مصري على أنه: "إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسئولاً عن جودتها، وعليه ضمانها لرب العمل". كما نصت المادة (877) مدني يمني بأنه: "يلتزم المقاول على نفقته بتقديم المواد الإضافية المعتادة التي يحتاج إليها في إنجاز العمل المتفق عليه مع مراعاة ما أشترط في العقد أو عرف الحرفة"، ويقابلها في الصياغة المادة (2/649) من القانون المدني المصري.

من النصوص السابقة، يتضح إن المشرعين اليمني والمصري قد ألزما المقاول بضمان عيوب المواد التي قام بتوريدها أو تصنيعها، والمستخدمة في عملية التشييد والبناء الذي قام به. وبالتالي لا يستطيع أن يدفع مسئوليته في مواجهة رب العمل بخطأ من وردَّ إليه هذه المواد، بمعنى أنه لا يمكن أن يُعفى من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وخطأ المورد لا يعتبر سبباً أجنبياً[1]؛ فالعلاقة بين المقاول ورب العمل علاقة عقدية يحكمها عقد المقاولة، أما العلاقة بين المقاول والمورد أو المنتج فهي علاقة عقدية أيضاً لكنها تستند إلى أحكام عقد البيع، فمسئولية المورد أو المنتج أمام المقاول مسئولية البائع بضمان العيوب الخفية لمدة سنة من وقت العلم بالعيب، وفقاً لأحكام المادة (550) مدني يمني، والمادة (1/452) مدني مصري، ما لم يتفق المتعاقدان على مدة ضمان أطول. أما بالنسبة للعلاقة بين رب العمل والمورد أو المنتج فهي علاقة غير مباشرة، لأنهما من الغير بالنسبة له، ولا يستطيع الرجوع عليهما بما يشوب مواد البناء من عيوب، إلا وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية باعتبار عملهما سبب ضرراً له، وذلك طبقاً لأحكام المادة (304) مدني يمني والمادة (163) مدني مصري.

مما تقدم، يتضح إنه عندما يلتزم المقاول بتقديم المواد اللازمة لعملية البناء يكون مسئولاً عن جودتها وأوصافها حسب نصوص وشروط العقد إن وجدت، ما لم بحسب عرف الحرفة – أي العمل – وطبقاً لما توجبه أصول ذلك الفن، فإذا لم يستطع استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، فيجب أن تكون هذه المواد من صنف متوسط طبقاً لما نصت عليه المادة (191) مدني يمني والمادة (2/133) مدني مصري.

والجدير بالذكر في هذه الحالة، فإن القانون المدني اليمني قد ألزم المقاول في جميع الأحوال بتقديم المواد الإضافية للعمل، أي ولو كان رب العمل هو من يقع عليه تقديم تلك المواد، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ما نصه: "يلتزم المقاول – دائماً – بتقديم

(1) د. عبدالملك عبدالكريم محمد مطهر، التزامات المقاول والمهندس ومسئوليتهما في عقد المقاولة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001م، ص498.

المواد الإضافية غير الأساسية؛ كالخيوط، والمسامير، والسقالات التي يحتاج إليها في تنفيذ العمل، وذلك مع مراعاة ما اتفق عليه وعرف الحرفة"[1]. ويقع على رب العمل عبء إثبات عيوب المواد المستخدمة في العمل، كما تسقط دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل، ما لم يلتزم المقاول بالضمان لمدة أطول[2].

الحالة الثانية: مسئولية المقاول والمهندس المعماري عن المادة التي يقدمها رب العمل:

نصت المادة (875) مدني يمني بأنه: "إذا قدم رب العمل للمقاول المواد اللازمة يلزم المقاول الحرص عليها ومراعاة أصول الفن والصناعة في استخدامها، وتقديم حساب عما استعمل، ورد الباقي منها لرب العمل، ويضمن المقاول ما ينشأ عن النقص في كفاءته الفنية أو تعدِّيه أو تقصيره أو إهماله من تلف أو خسارة"، وفي نفس السياق نصت المادة (1/649) مدني مصري، تعالج هاتان المادتان حالة ما إذا كان رب العمل هو من يقدم المادة اللازمة لإنجاز العمل محل عقد المقاولة، ففي هذا الفرض ألزم القانون المقاول بالمحافظة على تلك المواد المسلمة إليه من رب العمل، وعليه أن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد، وإلا كان مسئولاً عن أي تلف أو هلاك يصيبها، بحيث إذا أقتضى الأمر لحفظها نفقات فيلتزم بها المقاول باعتبارها جزءاً من النفقات العامة التي أدخلها في حسبانه عند تقدير أجره[3]. وكذلك يلتزم المقاول – وفقاً للنص آنف الذكر– بأن يؤدي لرب العمل حساباً عما استعمله من تلك المواد والفائض منها، مع التزامه برد ما بقي منها لرب العمل. ولما كان المقاول ذا خبرة في أصول مهنته، فإنه يقع عليه التزام آخر هو التحقق من المواد المقدمة من رب العمل، ومدى صلاحيتها للاستخدام، فإذا ظهر بتلك المواد عيوب أو اكتشف المقاول أنها لا تصلح لتنفيذ محل عقد المقاولة، فإن ذلك لا يعفي المقاول من المسئولية نهائياً؛ إذ عليه — قبل استخدام هذه المواد — التحقق من صلاحيتها، ومن ثم إخطار رب العمل بذلك، وإلا صار مسئولاً عما قد يترتب على إهماله من نتائج[4]، فإذا حدث عيب أو خلل في البناء جراء استخدام هذه المواد طبقت أحكام الضمان العشري[5]. وبما أن العلاقة بين رب العمل والمورد أو المنتج علاقة تعاقدية يحكمها عقد البيع، فيعتبر المورد أو المنتج بالنسبة للمقاول من الغير، وبالتالي إذا

(1) المذكرة الإيضاحية من القانون المدني اليمني الكتاب الثالث، طبعة المطبعة القضائية في المعهد العالي للقضاء، ص527.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول،ج7، دار الشروق، مصر،2010، ص84.

(3) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2، 2002م، ص102.

(4) د. عبد الملك عبد الكريم مطهر، مرجع سابق، ص500، د. قدري الشهاوي، مرجع سابق، ص103.

(5) المراد بالضمان العشري المسئولية الملقاة على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء بمقتضى عقد المقاولة، حيث يضمن كليهما بتعويض رب العمل عن كل إخلال بالالتزامات العقدية والقانونية الناتجة عن حدوث تهدم كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت أو ظهور عيب معتبر قانوناً خلال مدة الضمان (ضمان العشر سنوات)، لذلك يسمى بالضمان العشري.

كان العيب الموجود بالمواد التي قدمها رب العمل خفياً بحيث لم يتمكن المقاول من كشفه، فمن شأن ذلك أن يعفي المقاول من المسئولية، باعتبار أن الخطأ صادر عن الغير، وعليه فيحق لرب العمل أن يرجع بالضمان على المورد، وفقاً لأحكام ضمان العيوب الخفية في المبيع.

نخلص مما تقدم، إن القانون قد بين مسئولية المقاول، بحيث يصير مسئولاً مسئولية عقدية قوامها الخطأ المتمثل في عدم تحقق النتيجة المقصودة من العقد، ومخالفة أحكامه، وبالتالي تتحقق تلك المسئولية إذا خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها أو انحرف عن أعراف الحرفة والفن، أو أساء اختيار المادة التي قدمها، أو لم يبذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على المادة التي قدمها له رب العمل، أو ثبت عدم كفاءته، أو تقصيره، أو إهماله، مما أدى إلى حدوث التلف والخسارة.

الفرع الثاني

ضمان المقاول والمهندس المعماري لعيوب الصنعة

إذا كان المقاول ضامناً للمواد التي يقدمها فمن باب أولى أن يكون ضامناً لأي عيب يقع في صنعته «أي عمله»؛ فالمقاول يكون مسئولاً عن جودة العمل الذي يتولى تنفيذه، وملتزماً بإنجازه بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة، وطبقاً لشروط العقد أو طبقاً للعرف حال عدم وجود اتفاق يتناول تلك الشروط، التي تتفق مع أصول الفن والصناعة للعمل الذي يباشره، وإلا أضحى المقاول مسئولاً عن عيوب الصنعة[1]. وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة اكتشاف رب العمل العيب قبل أن يتسلم العمل أو أن يتقبل العمل، فإن لرب العمل طلب التنفيذ العيني، أي إصلاح العيب إذا كان إصلاح العيب ممكناً، وطلب إلزام المقاول بشروط العقد وتصحيح العمل خلال مدة معقولة، فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل الفسخ والترخيص له بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول. وهذا ما صرحت به المادتين (878) من القانون المدني اليمني والمادة (1/650) من القانون المدني المصري، بالقول أنه: "يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به على وجه معيب أو مناف للشروط فيجوز لصاحب العمل فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح العمل غير ممكن، وأما إذا كان الإصلاح ممكناً فيجوز لصاحب العمل أن يطلب من المقاول أن يلتزم بشروط العقد، ويصحح العمل ضمن مدة معقولة، فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد، والترخيص له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول".

(1) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص149.

الحالة الثانية: حالة تسَّلم رب العمل الشيء أو تقبل العمل، قبل اكتشاف العيب، ثم تم اكتشافه فيما بعد، فإلى أي مدى يتحقق ضمان المقاول؟ للإجابة عن هذا السؤال يجب الرجوع إلى القواعد العامة للضمان، والتي تقضي بوجوب التمييز بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول : كون العيب في الصنعة من الوضوح بمكان بحيث يمكن للشخص العادي كشفه إذا عاينه: في هذه الحالة يفترض أن رب العمل قد تسلم الشيء، وتقبل العمل بصورته معيباً، وأنه نزل عن حقه في الرجوع على المقاول بصدد هذا العيب؛ لأنه كان يمكنه استيضاح هذا العيب لو أنه بذل عناية الرجل العادي في كشفه[1]، وهكذا ينقضي ضمان المقاول للعيب في الصنعة بمجرد تسلم رب العمل الشيء أو تقبله للعمل، لأنه سقط حقه في الخيار بمجرد السكوت عن العيب بعد العلم به وهو ما نصت عليه المادة (248) من القانون المدني اليمني، والمادة (2/447) من القانون المدني المصري.

الفرض الثاني: كون المقاول قد سعى إلى إخفاء العيب غشاً منه في الشيء: فالفرض هنا أن رب العمل لم يستطع كشف العيب وقت تسلم الشيء، أو تقبل العمل، وحينئذٍ يكون المقاول مسئولاً عن غشه، وبمجرد أن يكشف رب العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان[2]، ويقع على رب العمل عبء إثبات عيوب العمل أو عيوب المواد المستخدمة فيه، ومتى أثبت رب العمل ذلك كان المقاول مسئولاً عن هذه العيوب، ويتحقق ذلك العيب بمجرد عدم تحقق النتيجة، وهي كون العمل غير مطابق لما هو متفق عليه أو لما توجبه أصول الصناعة والفن[3]، ويلزم لذلك أن تكون المطالبة بالضمان خلال ثلاث سنوات من كشف العيب، على اعتبار أن المقاول مسئولاً مسئولية تقصيرية محدثاً فعلاً ضاراً برب العمل، وبالتالي لا تسمع دعوى التعويض عن الفعل الضار بعد مضي ثلاث سنوات من يوم العلم بالضرر أو من تاريخ سقوط الدعوى الجنائية، ويؤكد ذلك نص المادة (200) مدني يمني بالقول: "لا تسمع الدعوى بطلب إبطال العقد أو نقضه بعد مضي ثلاث سنوات مع عدم وجود مانع أو جهل بسبب البطلان... وتبدأ المدة في حالتي الغلط والتدليس «التغرير» من اليوم الذي ينكشف فيه".

الفرض الثالث: كون العيب خفياً بحيث لا يمكن كشفه وقت تسلم أو تقبل العمل، ولم يخفه المقاول غشاً منه: في هذا الفرض لا يمكن الجزم بأن قبول رب العمل لذلك العمل مبرئاً للمقاول من الضمان، ذلك وإن كان القبول يعتبر موافقةً على العمل الذي قام به المقاول وإقرار منه بأن العمل مطابقاً لما هو متفق عليه، إلا أنه لا يمكن أن تفيد هذه الموافقة التنازل عن حقه في الرجوع بالضمان على

(1) لم يرد النص في هذا الشأن في الأحكام الخاصة بالتزامات المقاول التي نضمها القانون المدني اليمني.
(2) د. قدري الشهاوي، أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص150.
(3) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 2008، ص151.

المقاول إذا ظهر عيب فيما بعد ما دام لم يكن يعلم به، ولم يكن في وسعه أن يكتشفه، وبالتالي لا يعفى المقاول من الالتزام بضمان العيوب الخفية سواء كانت متعلقة بالمواد المستخدمة في العمل التي وردها المقاول أو بالعمل نفسه الذي قام به. وهنا يجب على رب العمل إخطار المقاول بالعيب فور اكتشافه، وإلا سقط حقه في الخيار بمجرد سكوته عن العيب.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني اليمني، فإنني لم أجد نصاً يوضح حكم هذه الحالة في شأن ضمان المقاول، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن هذه الحالة ينطبق عليها خيار العيب، وتبين أحكام هذا الخيار، بأنه يلزم رب العمل القيام بفحص العمل بعد تسلمه من المقاول، فإذا ظهر فيه عيب ثبت له الخيار في التعويض عن العيوب الحادثة بالعمل، ويشترط لذلك الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون العيب قديماً بحيث يكون وجوده في العمل سابقاً على التسليم.

الشرط الثاني: أن يكون العيب خفياً، بحيث يكون العيب مما لا يظهر عند الفحص، أو يكون المقاول قد كتمه عن رب العمل، ما لم يكن من العيوب التي لا يطلع عليها إلا بتغير ذات المحل.

الشرط الثالث: أن يكون العيب مما يفوت غرض رب العمل من العمل أو ينقص قيمته.

الشرط الرابع: ألا يكون رب العمل يعلم بالعيب قبل التسليم أو كان قد قبل العيب بعده، وسكت عنه.

الشرط الخامس: يجب الرجوع على المقاول بالتعويض عن العيوب في الصنعة في مدة معقولة، وإلا سقط حقه بالرجوع على المقاول بالضمان، وهذا مضمون المواد من (242-248)من القانون المدني اليمني. أما بالنسبة لنص المادة (878) الوارد في الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الثالث ،تحت عنوان (التزامات المقاول) والذي ينص على أنه:" يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به على وجه معيب أو منافٍ للشروط، فيجوز لصاحب العمل فسخ العقد ..". فهذا النص وإن كان قد ذكر أنه إذا تبين لرب العمل العيب فعليه طلب المقاول بإصلاح العيب- إذا كان ممكناً - خلال مدة معينة، إلاَّ أنه لا يعالج هذه الحالة التي نحن بصددها، وقد ذكرت النص في الحالة الأولى فهو نص خاص باكتشاف العيب أثناء العمل، أي قبل تسليمه لرب العمل، ومما يؤيد ذلك تكملة ذلك النص الذي جاء فيه: "فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد والترخيص له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول".

المطلب الثاني

أحكام الضمان الخاص بالمهندس المعماري ومقاول البناء

إن القوانين المدنية تضع أحكاماً خاصة لما يصيب البناء من تهدم أو ما يظهر فيها من عيب يرقى إلى درجة معينة من الخطورة خلال مدة معينة من الزمن، ومن ثم فإن هناك نطاقاً خاصاً محدداً تنطبق في حدوده أحكام الضمان الخاص للمهندس المعماري ومقاول البناء وفقاً للقواعد المقررة في المادة (881) مدني يمني، ويقابلها في الصياغة المادة (651) مدني مصري وما بعدها، بمعنى أن هناك أشخاصاً مسئولين عن الضمان، كما أن هناك أشخاصاً مستفيدين من هذا الضمان، ولبيان ذلك نعرض في الفرع الأول النطاق الشخصي لضمان المهندس والمقاول لسلامة البناء، وفي الفرع الثاني النطاق الموضوعي لضمان المهندس والمقاول لسلامة البناء على النحو الآتي:

الفرع الأول

النطاق الشخصي لضمان المهندس والمقاول لسلامة البناء

عرفت المادة (874) من القانون المدني اليمني عقد المقاولة بأنه: "عقد بين شخص وآخر يلتزم فيه أحدهما – وهو المقاول – بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً في مقابل أجر يلتزم به الأخر وهو رب العمل، وسواءً قدم رب العمل المواد اللازمة للعمل من عنده أم ألتزم المقاول تقديم العمل والمواد اللازمة له معاً". ويقابلها في الصياغة المادة (646) من القانون المدني المصري[1].

ومن الملاحظ، إن المشرع اليمني في المادة السابقة قد ضمن إلى جانب تعريف عقد المقاولة حكم تقديم المواد اللازمة للعمل، بينما أفرد المشرع المصري مادة مستقلة لتعريف عقد المقاولة وأخرى لتقديم المواد اللازمة للعمل، لذا يتعين على المشرع اليمني أن يحذو حذو المشرع المصري[2]، وذلك بالفصل بين تعريف عقد المقاولة وحكم تقديم المواد اللازمة كلاً في مادة مستقلة، ليسهل الرجوع إليها بالتطبيق والتعديل.

كما أن المشرع اليمني في القانون المدني قد جاء خالياً من تعريف المقاول مقتصراً على تعريف عقد المقاولة سالف الذكر، وكذا قانون البناء اليمني لم يعرف المقاول، غير أن قانون المناقصات والمزايدات اليمني[3]عرف المقاول في المادة (2) منه بأنه: "من يتعهد بمقتضى عقد المقاولة أن يصنع شيئاً أو ينفذ عملاً بمقابل"، كما عرف القانون ذاته[4] المهندس الاستشاري بأنه: "أي شخص مؤهل للقيام بالخدمات

(1) نصت المادة (646) مدني مصري على أن عقد المقاولة:"عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو إن يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأخر".

(2) المادة(646) والمادة (647) من القانون المدني المصري.

(3) المادة (2) من قانون المناقصات والمزيدات والمخازن الحكومية اليمني رقم (23) لسنة 2007.

(4) المادة (2) من قانون البناء اليمني رقم (19) لسنة 2002م.

الاستشارية تم اختياره وفقاً لهذا القانون"[1]، بينما عرفت المادة (2) من قانون البناء اليمني[2] المهندس بأنه: "أي مهندس معماري أو إنشائي معتمد من الجهة المختصة يقوم بإعداد التصاميم أو يعهد إليه بالإشراف على أعمال البناء". ونظراً لخصوصية هذا النوع من المسئولية (الضمان العشري)، فإنها تطبق على دائرة معينة من الأشخاص دون غيرهم، وهذه الدائرة تتحدد من حيث الأشخاص المسئولين عن الضمان، والأشخاص المستفيدون من أحكام هذه المسؤولية الخاصة على النحو التالي:

أولاً: المدينون بالضمان:

نصت المادة (881) مدني يمني على أنه: "يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من خلل مضر أو تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاما من منشآت ثابتة"، كما نصت الفقرة الأولى من المادة (651) مدني مصري على أنه: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى".

ويتضح من ذلك، إن المشرع اليمني ذكر المقاول والمهندس بدون أن يحدد صفة المهندس، أي أن النص جاء عاماً يشمل المهندسين المعمارين والمدنيين الذين يتصل تخصصهم بعملية البناء والتشييد، كمن يصنع من هؤلاء– على سبيل المثال– الرسوم الإنشائية أو التنفيذية للمبنى، وقد أكدت ذلك المادة (15) من قانون البناء اليمني، حيث لم تحدد صفة المهندس عندما طلبت من رب العمل أن:" يعهد إلى مهندس أو مكتب هندسي بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص لها"، بمعنى أنها أغفلت لفظ المعماري. أما المشرع المصري فقد جعل المسؤولية عن هذا الضمان في المادة (651) مدني مصري محصورة في المهندس المعماري والمقاول فقط [3].

وعلى ذلك، فإن المسؤولين عن الضمان العشري في القانون المدني اليمني والمصري هما: المقاول والمهندس بمعناه الواسع، ليشمل كل المهندسين المشاركين في عملية البناء، فإذا اشترك عدد من المهندسين في القيام بهذه الأعمال فكلٌ منهم ملتزم بالضمان في حدود العمل

---

(1) وفقاً لهذا التعريف فالمهندس الاستشاري شخص متخصص يتمتع بصفات غير عادية ومتميزة عن أي مهندس آخر، وبناءً عليه فإنه يخرج من نطاق المسؤولية المهندس والمقاول الذي لا يجمع الشروط التي بتطلبها القانون اليمني فيمن يصنف مهندس استشاري ويسجل في نقابة المهندسين بهذه الصفة، وكذلك المقاول الذي يقوم بتنفيذ الأعمال أن يسجل ويصنف ضمن المقاولين اليمنيين أو المصريين.

(2) قانون البناء اليمني رقم (19) لسنة 2002م.

(3) غير أن المادة (53) من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008 بشأن تنفيذ الأعمال المرخص بها قد أضافت إلى جانب المهندس المعماري المهندس المدني، وذلك بخصوص التزام المالك بأن يعهد إلى مهندس نقابي أو مكتب هندسي معماري أو مدني بالأشراف على تنفيذ الأعمال، كما طالبت بالرجوع إلى اللائحة التنفيذية لبيان الحالات التي يلزم فيها الاستعانة بأكثر من مهندس نقابي أو مكتب هندسي متعدد التخصصات تبعاً لنوعية الأعمال المرخص بها، فالضمان العشري بموجب هذا القانون مقصوراً على المهندسين المعماريين فقط، إلا أنه يمتد أيضاً إلى المهندسين المدنيين الذين لهم صلة بأعمال البناء. أنظر: د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المستثمرين بعد تمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص43.

الذي قام به[1]. وقد نصت المادة (879) مدني يمني على أنه: "يجوز أن يكلف أحد المهندسين بوضع تصميم مع الرقابة على تنفيذ المقاول له أو بدون ذلك، فإذا اقتصر عمله على وضع التصميم فلا يسأل إلا عن العيوب التي تنشأ عنه"، ويقابلها في القانون المدني المصري المادة (652).

يتضح من النصين، إنه إذا اقتصرت مهمة المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على تنفيذ العمل فإنه لا يسأل عن تهدم البناء أو عما يظهر فيه من عيوب إلا إذا ثبت أن ذلك يرجع إلى التصميم الذي وضعه، ويقع على عاتق رب العمل عبء إثبات أن العيب يرجع إلى التصميم.

على أنه يشترط لتطبيق أحكام المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري، أن يكون المقاول والمهندس المعماري مرتبطاً مع رب العمل بعقد مقاولة، بمعنى أنه من أجل مسائلة المقاول والمهندس المعماري عن ضمان ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي في المباني التي يشيدانها أو المنشآت الثابتة التي يقيمانها، أو ما يوجد من عيوب تهدد سلامة المباني والمنشآت، أو متانتها بعد الإنجاز والتسليم، فإنه لابد أن يكون هناك عقد مقاولة، أي أن يكون ملتزماً بالقيام بوضع التصميم والإشراف على العمل في مقابل أجر، إلا أنه لو قام بهذا العمل مجاناً خدمة لرب العمل، أو قام به بناءً على عقد آخر غير المقاولة، أو كان العمل تحت إشراف ورقابة رب العمل فإنه يعتبر عاملاً لا مقاولاً، وبالتالي لا يكون مسئولاً بالضمان العشري وفقاً للمادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري.

كذلك إذا كلف المقاول الأصلي مقاولاً من الباطن بإنجاز العمل كله أو بعضه فإن المقاول من الباطن لا يكون مسئولاً بالضمان تجاه رب العمل لعدم وجود رابطة عقدية بينهما، كما أنه لا يخضع للضمان العشري تجاه المقاول الأصلي[2] نظراً لتخلف الحكمة المقصودة من تشديد الضمان في صالح رب العمل.

ويجوز لرب العمل أن يعهد بالعمل إلى عدة مقاولين، فيعهد إلى مقاول بالأساسات، وإلى آخر بالنجارة، وإلى ثالث بأعمال السباكة؛ فكل واحد منهم يعتبر مقاولاً في حدود الأعمال التي يقوم بها، وملتزماً بالضمان في تلك الحدود[3].

---

(1) ويقصد بالمهندس المعماري: الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسوم والتصميمات اللازمة لإقامة المباني أو غيرها من المنشآت الثابتة الأخرى، وقد يكلف بالإشراف على تنفيذ العمل ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه. يُنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص91.

(2) عمرو بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004، ص151.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 52.

إلا أنه لا يسأل بالضمان العشري من يقتصر عمله على القيام بأعمال لا تهدد سلامة البناء أو متانته، إذا تمت معيبة، كمقاول الدهان والبياض، ويكتفي بأن تحكمها القواعد العامة في المسئولية العقدية، والسبب في ذلك أن هذه الأعمال إذا كان تنفيذها معيباً لا يترتب على ذلك حدوث تهدم كلي أو جزئي في البناء ولا يهدد سلامة البناء ومتانته أو يخل في أدائه للغرض الذي أنشئ من أجله[1].

وقد يستخدم المقاول معاونين أو مساعدين في إنجاز بعض الأعمال، فيكون مسؤولاً عن أعمالهم ويلتزم بضمان هذه الأعمال، كما لو كانوا مقاولين من الباطن، وفقاً لمسؤولية المتبوع عن التابع، وتكون مسئوليته بالضمان كما لو كان هو الذي قام بها[2].

ثانياً: المستفيدون من الضمان:

يقع في مقدمة الأشخاص المستفيدين – وفقاً لقواعد المسؤولية الخاصة – رب العمل المرتبط بعقد مقاولة مع المهندس المعماري أو مقاول البناء، ومن ثم فإن رب العمل هو المستفيد الأول من أحكام الضمان العشري[3]، لأنه هو الذي يصاب بالضرر من جراء تهدم البناء، أو من جراء ظهور عيب يهدد متانة البناء وسلامته، فيستطيع أن يرجع بضمان هذه الأضرار على المقاول أو المهندس أو هما معاً تبعاً لظروف الحال [4].

ويقع على رأس الأشخاص المسئولين عن تهدم البناء، أو تعيبه – وفقاً لأحكام المسؤولية الخاصة – المهندسان اللذان يباشران عملية البناء، ويكونان مرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة، وقد يكون رب العمل هو المالك للمبنى أو المنشأة، لكن الحال يمكن أن يختلف أحياناً، إذ تتولى هيئة أو وزارة أو شركة التعاقد مع مقاول على بناء وحدات سكنية بهدف تمليكها لأشخاص آخرين[5].

وهنا يثار تساؤل عن المستفيد في رفع دعوى الضمان العشري، هل هو رب العمل الشخص المعنوي؟ أم هم الملاك لهذه المباني؟

دعوى الضمان العشري تكون من حق رب العمل، ومن ثم تنصرف آثار عقد المقاولة الواردة على المباني والمنشآت الثابتة الذي يكون رب العمل طرفاً في هذا العقد، وبناءً على ذلك فإن دعوى الضمان العشري تكون من مستلزمات البناء؛ لأن من شأنها تقويته، ومن ثم فهي ترتبط به، وتنتقل إلى المالك مع انتقال ملكية البناء. **وعليه فإنه يجب التفرقة بين حالتين:**

---

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 160.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص92.

(3) رب العمل هو ذلك الشخص الذي يشيد البناء أو تقام المنشأة الثابتة لحسابه، سواءً أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، خاصاً أو عاماً، ولا يشترط في وصف رب العمل بهذه الصفة أن يكون قد أبرم عقد المقاولة بنفسه، وإنما يكفي أن يكون هذا العقد قد ابرم باسمه ولحسابه الخاص عن طريق من ينوب عنه. د. محمد ناجي ياقوت، المسئولية عن البناء، ندوة حول انهيار المباني أثناء الكوارث، جامعة عين شمس، القاهرة، 1993، ص20.

(4) عبد الله محمد حنظل، آثار عقد المقاولة في القانون اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المصري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، 2014م، ص115.

(5) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديد للنشر، القاهرة، بدون تاريخ النشر، ص82.

الأولى: قبل تسليم الوحدات السكنية للمستفيدين وتحديد الملاك من قبل الوازرة أو الهيئة أو الشركة تكون هي صاحبة الحق في رفع دعوى الضمان العشري باعتبارها رب العمل[1].

الثانية: بعد تسليم الوحدات السكنية إلى المستفيدين فيمكن لهم رفع دعوى الضمان العشري بأنفسهم من خلال اتحاد الملاك، ويستطيع هؤلاء الملاك الرجوع على رب العمل، ويحق لرب العمل الرجوع على المقاول أو المهندس في هذه الدعوى لمسئوليتهما عن عيوب البناء، أو يرجع عليهما بما تم دفعه من تعويض[2].

وعلى ذلك، فإن دعوى الضمان العشري تنتقل إلى الخلف العام، فإذا مات رب العمل فلورثته الحق في التمسك بهذا الضمان بمقتضى القواعد العامة[3]، باعتبارهم امتداداً لمورثهم، حيث أنتقل إليهم بوفاته الحقوق المالية التي ثبتت له في حال حياته، ومن ثم يحق لهم الرجوع بالضمان العشري على مقاولي البناء[4].

كما ينتقل الحق في الضمان إلى الخلف الخاص إذا انتقلت ملكية البناء في حياة رب العمل، فإن لخلفه الخاص؛ كالمشتري والموهوب له، الحق في الرجوع على المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري؛ لأن الحق في الرجوع بالضمان عليهم يعتبر من ملحقات البناء تنتقل معه إلى من انتقلت إليه الملكية[5].

إلا أنه لا تسري أحكام الضمان العشري على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل في مواجهة المقاول من الباطن، إذا عهد إليه تنفيذ العمل كله أو بعضه، فإن المقاول الأصلي لا يستطيع التمسك بدعوى الضمان في مواجهة المقاول من الباطن[6]، ومن ثم فإن المقاول الأصلي والمقاول من الباطن متساويان من الناحية الفنية، وعليه فلا حاجة لتقرير مسئولية استثنائية بينهما، في حين أن رب العمل ليس لديه خبرة المهندس أو المقاول من الناحية الفنية، وهذا الحكم تقرر صراحة في القانون المدني المصري بالفقرة الثالثة من المادة (3/651)[7]، في حين خلا القانون المدني اليمني من نص مماثل للنص المصري.

---

(1) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص83.

(2) د . محمد شكري سرور، مسئولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر المعاصر، القاهرة، 1985م، ص204.

(3) نص المادة (875) مدني يمني وما بعدها.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص93.

(5) د . محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، دارسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1997م، ص42.

(6) د . عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص93، 94.

(7) نصت المادة (3/651) مدني مصري على أنه: "ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن".

وبناءً على ذلك، نرى إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري متضامناً مع المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل؛ لأن الدوافع التي دعت المشرع اليمني إلى تقرير الحماية القانونية الاستثنائية لرب العمل كافية لأن تدفع –أيضاً– المشرع لتقرير نفس الحماية للمقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن بحيث يستطيع الرجوع عليه بدعوى الضمان العشري متى توفر سبب هذا الرجوع.

الفرع الثاني

النطاق الموضوعي لضمان المهندس والمقاول لسلامة البناء

يُعد الضمان العشري من الالتزامات التي تترتب على عاتق المقاول بمقتضى عقد المقاولة، ومن ثم فإن المقاول والمهندس المعماري يضمنا العيوب التي قد تظهر سواءً في المادة التي قدماها ، أو في العمل الذي نفذاه، وعليه فإن المشرعين؛ اليمني والمصري[1] قد وضعا أحكاماً خاصة بضمان المهندس المعماري ومقاول البناء لسلامة المباني والمنشآت التي يشيدانها، والسبب في إفراد أحكام خاصة بمقاولات المباني والمنشآت الثابتة دون غيرها يرجع إلى جسامة الأضرار التي يمكن أن تترتب على أي خطأ أو إهمال في تنفيذها، ونبين ذلك كما يلي:

أولاً: الالتزام بضمان عيوب البناء تبعاً لمعيار الارتباط بعقد مقاولة:

لتنفيذ هذا الالتزام ينبغي مراعاة ما يلي:

1. **وجود عقد مقاولة:** أورد المشرع الضمان العشري في المادتين (881 مدني يمني،و651 مدني مصري) اللتين أكدتا صراحة على قيام هذا الضمان بين المتفقين في هذا العقد، ومن ثم لا يمكن مساءلة المقاول والمهندس بالضمان العشري عما يحدث من تهدم أو ما يظهر من عيوب في المباني أو المنشآت الثابتة التي يشيدانها إلا في حالة وجود عقد المقاولة[2]، بيد أنه يكمن جوهر عقد المقاولة في استقلال المقاول في تنفيذه للعقد دون سيطرة أو إشراف أو إدارة من قبل رب العمل، أما إذا كان خاضعاً لرقابة وإشراف هذا الأخير فإن العلاقة بينهما تكون علاقة عمل ولا مجال للحديث عن الضمان العشري [3] ومن ثم فإن المسئولية تكون وفقاً لمسئولية المتبوع عن أفعال التابع، وكذا لا يسري الضمان العشري على عقود البيع؛ لأن البيع لا يرتب مثل هذا الضمان

---

(1) المادتان (881 مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري.

(2) قضت محكمة النقض المصرية في ذلك صراحة بقولها: "فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوعب مسئوليته عن أخطأ التصميم أو عيب التنفيذ"، نقض مدني مصري، طعن رقم (149) لسنة 38 ق جلسة 1973/11/27م، المكتب الفني، مجموعة أحكام محكمة النقض، س24، ص1146، وقضت كذلك: "أن ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء والعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسئولية العقدية المنصوص عليها في المادتين (651) (652) من القانون المدني، فهذا الضمان ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر، فإذاً تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المهندس تجاه رب العمل بهذا الضمان، وإنما تخضع مسئوليته للقواعد العامة في المسئولية المدنية"، نقض مدني مصري، طعن رقم (241) لسنة 40ق، جلسة1975/5/21م، المكتب الفني، مجموعة أحكام النقض، س26 ، ص1048.

(3) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، مرجع سابق، ص116.

الخاص، فالتفرقة بين عقد المقاولة وعقد بيع البناء قيد الإنشاء يعتمد على معيار ملكية الأرض، فيكون العقد مقاولة عندما يقوم المقاول بالبناء على أرض مملوكة لرب العمل، أما في البيع لعقار مستقل أو قيد الإنشاء فإن البائع يقوم بالبناء في أرض مملوكة له. وإذا تبين أن هناك عقد وكالة أطرافه المهندس المعماري ورب العمل حيث يكلف رب العمل المهندس بالقيام ببعض التصرفات القانونية؛ كأن يكلفه بشراء قطعة أرض يقام عليها البناء، والتعاقد مع المقاولين اللازمين لتنفيذ المشروع، ومراجعة حساباتهم، واستلام العمل بعد انجازه من المقاول وفحصه، فكل هذه الأعمال القانونية إذا قام بها المهندس المعماري فإنه يكون وكيلاً عن رب العمل فيها، وتسري بشأنها أحكام عقد الوكالة، ومن ثم فلا يجوز الرجوع بمقتضى الضمان العشري؛ لأن عقد الوكالة لا يعطي الحق في هذا الضمان. ويكون معيار التفرقة بين عقدي المقاولة والوكالة على أساس طبيعة الأعمال التي أبرم العقد من أجل تأديتها، فهي أعمال مادية في عقد المقاولة، وتصرفات قانونية في عقد الوكالة[1]. كما يجب على المقاول أخذ أجر عن عمله، فإذا قدم عمله دون أجر كان العقد من عقود التبرع لا عقد مقاولة، ومن ثم فلا يسري الضمان العشري، وإنما يسأل من قام بالعمل طبقاً للقواعد العامة، وسواءً أكان الأجر قد حدد جزافاً أو على أساس الوحدة[2].

2. **أن يكون محل العقد تشييد مبانٍ أو إقامة منشآت ثابتة:** استناداً إلى العبارة الواردة بالمادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري التي تقول: "فيما شيداه من مبانٍ أو أقاما من منشآت ثابتة أخرى"، نستطيع أن نحدد الأعمال التي تشكل محلاً للمسؤولية العشرية للمقاول والمهندس، والتي تتمثل في تشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة[3]، وهذه الأعمال بذاتها هي محل الضمان العشري للمقاول والمهندس، الأمر الذي يمكن معه القول بأنه حتى يُسئل المهندس أو المقاول بالضمان العشري أن يكون محل العقد الذى يربطهما برب العمل تشييد مبانٍ أو إقامة منشآت ثابتة أخرى.

وعلى ذلك، فإن أحكام الضمان العشري لا تسري إلا على العمليات الإنشائية الجديدة، بحيث يقتصر عليها وحدها تطبيق تلك الأحكام[4]، أما غيرها من الأعمال الأخرى كأعمال الترميم والصيانة والتوسيع والهدم فإنها لا تخضع لأحكام الضمان العشري، وإنما تطبق في شأنها القواعد العامة في المسئولية العقدية[5].

---

(1) نقض مدني مصري، الطعن رقم (223) سنة 33ق، جلسة 1967/5/16م، المكتب الفني، مجموعة أحكام النقض، س18، ص1005.

(2) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص160.

(3) يقصد بالمباني والمنشآت الثابتة أنها كل عمل أقامته يد الإنسان، وثابت في حيز الأرض، متصلاً بها اتصال قرار، عن طريق الربط ربطاً غير قابل للفك دون تعيب من بين مجموعة من المواد أياً كان نوعها، ولا يهم الغرض الذي أنشئت من أجله هذه الأعمال سواءً أكان للسكن أو التعليم، وآياً كانت المواد التي صنعت منه. د. أحمد سعيد مؤمن، مسئولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1987، ص115.

(4) د. محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص213.

(5) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

أما بخصوص أعمال الدهان والبياض والزخرفة (الديكور) فإن أغلب الفقه المصري جرى على عدم تطبيق أحكام الضمان العشري على هذه الأعمال، واكتفى بأن تحكمها القواعد العامة في المسئولية العقدية، والسبب في ذلك أن هذه الأعمال إذا كان تنفيذها معيباً لا يترتب عليه حدوث تهدم كلي أو جزئي في البناء، ولا يهدد سلامته أو متانته[1].

وقد ذهب أغلب الفقه المصري – والذي نؤيده – إلى أن أعمال الإصلاحات الكبيرة والترميمات وأعمال التدعيم والتعديل والتجديد والتوسعة والتعلية وأعمال الصيانة الكبيرة التي تمس الأجزاء الرئيسية للمبنى أو ملحقاته كل هذه الأعمال تخضع لأحكام الضمان العشري دون القواعد العامة[2].

غير أن هناك من يرى إخضاع هذه الأعمال لأحكام الضمان العشري طالما لهذه الأحكام ضابط يجب توفره لإعمال الضمان العشري، وهو حدوث التهدم الكلي أو الجزئي، أو ظهور العيب الذي يهدد سلامة البناء[3] – والذي نؤيده – لأن الأعمال الواقعة على هيكل العقار من زخرفة وزينة وديكور وإضافات تجميليه قد تكون من الجسامة بحيث تفوق في تكلفتها تكلفة العقار نفسه بشرط أن يكون لهذه الأعمال تغيير جوهري في تصميم البناء أو المنشآت الثابتة.

ثانياً: الأضرار التي يشكل تحققها سبباً لتطبيق أحكام الضمان العشري:

هناك أضرار تنتج عن عمل المهندس المعماري أو المقاول وتكون سبباً لتطبيق الضمان العشري عليها، وهذا ما سيتم معرفته من خلال البنود الآتية:

1. **حدوث التهدم:** والهدم لغة يعرف بأنه: نقيض البناء[4]، بمعنى: انحلال الرابطة التي تربط بين أجزائه، أو بمعنى حدوث انفصال أجزاء البناء بعضها عن بعض أو عن الأرض ذاتها، وذلك دون تدخل إرادي من الإنسان[5].

وتتحقق مسئولية المهندس المعماري ومقاول البناء إذا حدث تهدم في المباني التي يقيمانها أو المنشآت الثابتة التي يشيدانها، سواءً أكان التهدم كلياً أو جزئياً، أو يتمثل في عيب يلحق بالعقار يؤدي إلى تهديد وجوده وسلامته ومتانته، أو جعله غير صالح للغرض الذي

---

(1) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(2) للمزيد يُنظر: د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص163، د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 43، د. نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص97.

(3) د. محمد شكري سرور، مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببه منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983م، ص64 وما بعدها.

(4) مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، 1995، ص1053.

(5) د. محمد شكري سرور، مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببه منتجاته الخطرة، مرجع سابق، ص64 وما بعدها.

أنشئ من أجله، ومن ثم فإن أحكام الضمان العشري تتحقق على المهندس المعماري والمقاول إذا حدث شيء من ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة (881) مدني يمني بقولها: "يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من خلل مضر أو تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى.."، ويقابلها الفقرة الأولى من المادة (651)مدني مصري[1].

أما العيب في عملية التشييد فقد يكون راجعاً إلى عدم مراعاة الترتيب الزمني بين العمليات المختلفة المكونة للبناء[2]، وقد يكون العيب الذي أدى إلى التهدم راجعاً إلى عيب في المواد المستعملة في عملية البناء، مما أدى إلى انحلال هذه الرابطة وانفصالها؛ كأن تكون من صنف رديء لا يصلح لتأدية الغرض المقصود منها في شد وربط هذه الأجزاء للبناء بعضها ببعض، أو أعيد استعمالها مرة أخرى، أو تالفة نتيجة رطوبة[3].

كما قد يكون العيب راجعاً إلى الأرض التي أقيم عليها البناء والمنشأ الثابت، كأن تكون غير صالحة لإقامة المشروع؛ كالأرض الهشة (الأرض الطينية)، ولم تتخذ الإجراءات الوقائية من تعميق الأساس حتى يقوم على أرض صلبة فيحدث التهدم[4].

وبناءً على ذلك، يُسئل المقاول والمهندس عن هذا التهدم إذا حدث بسبب عيب في الأرض، إلا أذا كان عيب الأرض من العيوب التي يستحيل كشفها وفقاً لقواعد الفن المعماري، فإن ذلك يكون من قبيل القوة القاهرة، ومن ثم لا يكون المهندس مسئولاً عنه[5].

كذلك قد يكون العيب راجعاً إلى التصميم نفسه لعدم مراعاة الأصول الفنية في مهنة الهندسة المعمارية، ويكون من شأن هذا العيب إلحاق ضرر بالمبنى أو المنشآت الثابتة، وفي هذه الحالة يكون المهندس الذي قام بوضع هذا التصميم المعيب مسئولاً – دون المقاول – تجاه رب العمل عن هذا التهدم[6]، إلا إذا كان العيب في التصميم يسهل كشفه لمقاول ذي خبرة عالية في مجال البناء والتشييد، ولم يُنبه إليه

---

(1) نصت الفقرة الأولى من المادة (651) مدني مصري بقولها: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى...".

(2) د. محمد لبيب شنب، بحث في المسئولية عن تهدم البناء، مرجع سابق، ص53.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 95وما بعدها.

(4) د. محمد شكري سرور، مسئولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، مرجع سابق، ص53.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص96.

(6) وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأن:" الأصل في المسئولية عن الضمان المقرر في المادتين (651،652) من القانون المدني أن يكون المهندس المعماري والمقاول مسئولين على وجه التضامن عن هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء وهي مسئولية تقوم على خطأ مفترض من جانبهما،...، وبالتالي إذا كانت هذه العيوب ناشئة عن تصميم البناء دون أن يمتد إلى تنفيذه فإن الضمان يكون على المهندس واضع التصميم وحده باعتبار أنه وحده الذي وقع منه الخطأ" نقض مدني مصري، طعن رقم (1847) لسنة 59 ق جلسة 1993/11/18، المكتب الفني، مجموعة أحكام النقض، س 44، ص 224.

المهندس أو رب العمل فيكون مسئولاً بالضمان إلى جانب المهندس في مواجهة رب العمل[1]. وعلى ذلك فإن المشرعين – اليمني والمصري– لم يشترطا شروطاً معينة يجب توافراها في التهدم حتى يمكن معه القول بتطبيق أحكام الضمان العشري، إلا أن مجرد حدوث التهدم الكلى أو الجزئي بأي صفة كانت، سواءً أكان بسبب مادي أو قانوني، فإن ذلك، يُعد سبباً لانعقاد مسئولية المقاول والمهندس المعماري أو كليهما معاً، بشرط أن يحدث هذا التهدم خلال مدة الضمان، وألا يكون راجعاً إلى سبب أجنبي[2].

2. **خطورة العيب**: إن الأضرار الناشئة عن العيوب الخفية التي يترتب على ظهورها تهديد متانة البناء وسلامته، هي العيوب المقصودة في نص الفقرة الثانية من المادة (881) من القانون المدني اليمني[3]، فنطاق الضمان لا يقتصر على الأضرار الناشئة عن العيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته، فليس من الضروري أن يتهدم البناء كله أو بعضه لتحقق مفهوم الضرر الخطير الذي قصدته المادة (881) من القانون المدني اليمني، والمادة (651) من القانون المدني المصري، بل يكفي أن يظهر عيباً يهدد سلامة البناء ومتانته، وإن لم يقع التهدم بالفعل، ويستوي بعد ذلك أن يكون العيب راجعاً إلى المواد المستخدمة في العمل أو أصول الصنعة، أو في الأرض التي أقيم عليها البناء[4].

وتكون العبرة في متانة البناء في مجموعه وسلامة أجزائه الرئيسية أو الأساسية فحسب، ومن ثم لا يُعد بالأضرار الناشئة عن العيوب التي تمس العناصر الثانوية للبناء، أو الأعمال الصغيرة فيه وحدها، بحيث لا يكون من شأنها أصلاً أن تهدد سلامة ومتانة البناء ذاته، فلا يُعد ضرراً بالمعنى المقصود لتطبيق هذا الضمان – طبقاً لصريح نص المادة (881) مدني يمني، وتقابلها الفقرة الثانية من المادة (651) مدني مصري – لخروجها عن الوصف الذي حدده المشرع لتطبيق هذا الضمان، وهو وصف التهدم وسلامة البناء ومتانته[5]، بل يتخلص منها المقاول والمهندس بحصول التسليم وقبول العمل من رب العمل دون إبداء أي تحفظات عليها[6]، إلا إذا كان العيب خفياً فيكون الضمان لمدة قصيرة يحددها عرف الصناعة أو الحرفة[7].

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص102.

(2) د. محمد حسين منصور، المسئولية المعمارية، مرجع سابق، ص123.

(3) نصت المادة (881) مدني يمني بأنه: "يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من خلل أو تهدم كلي أو جزئي ... ويعتبر الخلل مضراً إذا كان يهدد متانة البناء وسلامته..."، ويقابلها الفقرة الثانية من المادة (651) مدني مصري.

(4) على سبيل المثال ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 149 لسنة 38ق، جلسة 1973/11/27م، م .م .فٍ 24، ص1146.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص104،105.

(6) د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص171.

(7) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص96،97.

واعتبار العيب مما يهدد متانة وسلامة البناء من عدمه مسألة واقع يختص بتقديرها قاضي الموضوع وفقاً لظروف كل حالة على حدة[1].

كما لا يشترط أن يكون العيب قديماً وقت قبول رب العمل له، فأحكام الضمان العشري تتناول العيوب القديمة والطارئة بعد القبول معاً، وهذا يعتبر خروجاً عن القواعد العامة في المسئولية الناشئة عن عقد المقاولة، ومن ثم لا يضمن المقاول عيوب عمله إلا إذا كانت قديمة، أما الضمان العشري الخاص بالمقاول والمهندس فيتحقق وإن لم يثبت أن العيب كان موجوداً في المبنى وقت إقرار رب العمل له[2]، وبديهي إذا كان العيب طارئاً فلا معنى لاشتراط أن يكون العيب خفياً وقت القبول؛ لأنه لم يكن موجوداً في ذلك الوقت، أما إذا كان العيب قديماً، أي موجوداً في المبنى وقت التسليم، فإن المقاول والمهندس لا يضمناه إلا إذا كان خفياً غير معلوم لرب العمل في ذلك الحين، ومن غير الممكن كشفه ولو بذل عناية الشخص المعتاد في فحصه ومعاينته[3].

وعلى هذا، فإن ضمان سلامة البناء يبدو أكثر تشدداً من حيث إنه يشمل العيوب القديمة والحديثة التي تطرأ بعد التسليم خلال عشر سنوات، بل وحتى لو تفاقمت آثاره، ومن ثم يغطي الضمان كل العيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته، باستثناء العيوب الظاهرة التي يعلمها رب العمل عند التسليم[4].

3. **خفاء العيب**: المقصود بالعيب الخفي هو: "كل خلل يصيب البناء أو المنشأ الثابت تقتضي الفطرة السليمة نقاءه منه، ويكون غير معلوم عادةً لرب العمل عند التسليم"[5]، وبناءً على ذلك، فإن المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري اقتصر نطاق الضمان الخاص على حالة واحدة، وهي الأضرار الناشئة عن العيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته ذاته دون النظر إلى المساس بالغرض الذي شيد من أجله البناء أو بعض عناصره أياً كانت طبيعته، ليخضع ما ينطوي تحت هاتين الحالتين للقواعد العامة في المسئولية العقدية أو العيب الخفي إن تحقق شروطها. في حين أن الفقه[6]، والقضاء المصري[7] أجمعا على ضرورة توافر

---

(1) د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص170.

(2) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص164.

(3) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص183.

(4) د. محمد لبيب شنب، عقد المقاولة، مرجع سابق، ص165،164.

(5) د .محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص147.

(6) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص97، د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص165،164، د.محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص146،147.

(7) حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: "تسلم رب العمل البناء تسلماً نهائياً غير مقيد بتحفظ ما وأن كان لا يسقط ضمان المقاول والمهندس عن العيوب الخفية التي لم يستطع صاحب البناء كشفها عند تسليم البناء، إلا أن من شأنه أن يغطي ما بالمبني من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفه لرب العمل"، نقض مدني مصري، الطعن رقم 3246 لسنة64ق، جلسة 1995/4/20م المكتب الفني، مجموعة أحكام محكمة النقض، س46،ص 669.

هذا الشرط لإعمال الضمان العشري، أما عن العيوب الظاهرة الموجودة في البناء والمعلومة لرب العمل وقت التسليم النهائي فإن التسليم يعفي المهندس المعماري والمقاول من المسئولية عنها.

أما عن طبيعة المعيار الذي يتم الاعتماد عليه في تقدير مدى خفاء العيب من عدمه بالنسبة لرب العمل، فإننا نتفق مع غالبية الفقه المصري[1] على الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يعتد بقدرة الرجل العادي من ذات الطائفة التي ينتمي إليها رب العمل في اكتشاف العيب والوقوف عليه طبقاً للعرف الذي جرى عليه العمل في هذا المجال.

ثالثاً: مدة الضمان الخاص:

نصت المادة (881) من القانون المدني اليمني بأنه: "يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من خلل مضر أو تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاما من منشآت ثابتة أخرى ... ويمتد الضمان إلى ما يعتاد عرف سلامة البناء فيها، فإن لم يوجد عرف ولا اتفاق على مدة السلامة فيكون إلى عشر سنوات .."، ويقابلها في هذا السياق المادة (651) مدني مصري.

وبناءً على ذلك، فإن المشرع اليمني قد جعل مدة الضمان مرتبطة بعرف سلامة البناء التي قد تمتد إلى أقل أو أكثر من عشر سنوات، مما يجعلها محل خلاف بين رب العمل ومقاول البناء، لذا فإن على المشرع اليمني تعديل نص المادة (881) مدني يمني، والاكتفاء بالعشر السنوات المذكورة في النص منعاً للخلاف. وعلى ذلك فإن المشرع قد شدد من مسئولية المهندس المعماري والمقاول بأن جعلهما ضامنين لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، أو ما يوجد في هذه المدة من عيوب يهدد سلامة المبنى ومتانته[2].

وذلك نظراً لما قد يترتب على تهدم المباني من أضرار جسيمة تصيب الأرواح والأموال، ولا تقتصر على من كان طرفاً في التعاقد، بل تمتد إلى الغير، مما يتطلب بذل كل عناية وجهد، واتخاذ كل الاحتياطات اللازمة والممكنة من قبل المهندس والمقاول لتكون المباني والمنشآت التي يقيمونها متينة وسليمة، لا يخشى منها على رب العمل، ولا على الغير، وخاصة أن رب العمل – غالباً – ما يكون جاهلاً بفن البناء، وبالتالي لا يستطيع اكتشاف ما به من عيوب وقت تسلمه، فضلاً عن أن كثيراً من هذه العيوب ما يكون خفياً، ولا يظهر أثره إلا باستعمال البناء فترة من الزمن[3].

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص98، د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص166.

(2) المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري.

(3) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص156.

وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (651) مدني مصري؛ لأن التسلم يقع على عاتق رب العمل، فإذا قام باستلام العمل من المقاول بعد معاينته، فإن ذلك يدل على أنه قد قبله، أما تسليم العمل فإنه يقع على عاتق المقاول، ويتم احتساب مدة الضمان العشري من وقت قبول العمل وتسلمه من قبل رب العمل.

وبناءً على ذلك نهيب بالمشرع اليمني أن يحذو حذو المشرع المصري في تحديد موعد بدء سريان العشر سنوات من وقت قبول العمل، بمعنى تسلمه من قبل رب العمل، وبالتالي فإن مدة العشر سنوات تبدأ من تاريخ الاستلام النهائي للمباني والمنشآت الثابتة، ويقع عبء إثبات التسلم وتاريخه على عاتق رب العمل، لأنه هو الذي يدعي الضمان الخاص، فيجب عليه أن يثبت أن سببه قد قام خلال المدة المحددة قانوناً[1].

كما أن مدة الضمان العشري المنصوص عليها في المادتين (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري هي مدة اختبار لصلابة البناء ومتانته، وليست مدة تقادم؛ لأن المشرع في القوانين محل المقارنة رأى من الضروري أن يفرض مدة معينة يظل المهندس المعماري والمقاول ضامنين لما شيداه ومسئولين عنه. وهنا يثار تساؤل عن الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري هل هي مدة تقادم أم مدة سقوط حتى يتم إخضاع مدة الضمان لأحكام الضمان العشري المحددة في المواد السابق ذكرها؟

للإجابة عن ذلك، فإن المشرع المصري حدد مدة الضمان بعشر سنوات، تبدأ من تاريخ تسلم العمل، كما حدد لدعوى الضمان مدة سقوط قدرها ثلاث سنوات من وقت حدوث التهدم أو اكتشاف العيب[2]، وقد حذا المشرع اليمني حذو المشرع المصري في تحديد مدة الضمان بعشر سنوات، إلا أنه لم يحدد لدعوى الضمان مدة السقوط على غرار المادة (654) مدني مصري، ولا توجد قاعدة عامة يتم تطبيقها في حالة عدم وجود نص مماثل، كما هو الحال في المادة (374) مدني مصري. غير أنه حل محله قانون الإثبات اليمني في المادة (23) والتي جعل المدة الأصلية العامة لعدم سماع الدعوى هي خمس سنوات[3]، ومن ثم فإنها لا تسمع دعوى الضمان بعد مضي خمس سنوات من وقت حدوث التهدم أو اكتشاف العيب، وإن كنا نهيب بالمشرع اليمني استحداث مادة في القانون المدني تحدد عدم سماع الدعوى بعد مضي مدة معينة – كما فعل المشرع المصري – دون أن يترك ذلك للقواعد العامة في قانون الإثبات.

---

(1) د. محمد ناجي ياقوت، مسئولية المعماريين، مرجع سابق، ص158.

(2) المادتان (651، 654) مدني مصري.

(3) نصت المادة (23) من قانون الإثبات اليمني رقم (20) لسنه 1996م على أنه: "لا تسمع الدعوى من حاضر .. بعد مضي خمس سنوات...".

المبحث الثاني

أحكام الضمان العشري

بيّنت في المبحث الأول الالتزامات التي تترتب على عاتق المقاول بمقتضى عقد المقاولة، حيث يضمن العيوب التي تظهر، سواء في المادة التي قدمها، أو في العمل الذي نفذه، وكذا الأحكام الخاصة في ضمان المهندس المعماري ومقاول البناء، وفي هذا المبحث سوف نتكلم عن أحكام الضمان التي يخضع لها المهندس المعماري والمقاول، سواء من حيث الأساس القانوني لأحكام الضمان من حيث عبء الإثبات، أو من حيث تضْامنهما أثناء عملية التشييد والبناء، أو من حيث تعلق الضمان بالنظام العام، أو من حيث جزاء النظام العشري، وكيفية دفع هذا الضمان، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

طبيعة أحكام الضمان العشري

سبق عرض نطاق التزام المقاول بالضمان بمقتضى عقد المقاولة، حيث يضمن العيوب التي قد تظهر، سواء في المادة التي قدمها، أو في العمل الذي نفذه، وبيان النطاق الشخصي لضمان المهندس المعماري والمقاول من حيث المسئولين والمستفيدين منه، وأوضحنا النطاق الموضوعي الواجب توافره لقيام مسئولية المهندس المعماري والمقاول فيما لو حدث بالبناء أو المنشأ الثابت تهدم كلي أو جزئي، أو ظهر بهما عيب معتبر قانوناً، وفي هذا المطلب سوف نتكلم عن طبيعة التزام المهندس المعماري والمقاول بالضمان العشري، هل هو التزام وفقاً للقواعد العامة في المسئولية العقدية نابعة عن العقد المبرم بين المهندس والمقاول من جهة، ورب العمل من جهة أخرى، أو تكون مسئولية تقصيرية، أم نكون أمام مسئولية قانونية تتعلق بالنظام العام؟ نبين ذلك في ثلاثة فروع:

الفرع الأول

المسئولية العقدية للمهندس المعماري ومقاول البناء (الإثبات في الضمان العشري)

وفقاً للقواعد العامة في المسئولية العقدية يجب على رب العمل – إذا أراد الرجوع على المهندس المعماري والمقاول بتعويض ما أصابه من أضرار – أن يثبت أن هناك عقد مقاولة صحيحاً مبرماً بينه وبين كل منهما، محله مبانٍ ومنشآت ثابتة، وحدث بها تهدم كلي أو جزئي،

أو ظهر بها عيب يهدد سلامتها ومتانتها، خلال العشر السنوات التالية لتسلم البناء حتى يقوم التزام المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري[1].

وهذه المسئولية تقوم في حال عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية، ومن ثم فإن هذه الالتزامات هي التزامات ناشئة عن العقد، وهو ما يعرف بالخطأ العقدي، ويستوي أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد أو إهمال أو بدون قصد، ومن ثم فإن رب العمل يلتزم بإثبات وجود خطأ من جانب المهندس أو المقاول حتى يرجع عليهما بالضمان.

والسؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث هو: هل طبيعة التزام المهندس المعماري والمقاول التزام بوسيله، أي مجرد بذل عناية معينة في تشييدهما للبناء أو المنشأ الثابت، أم هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء أو المنشأ الثابت سليماً ومتيناً خلال العشر سنوات التالية لتسلمها؟ إن التزام المهندس والمقاول الواردة في المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري هو التزام بنتيجة، هي بقاء البناء الذي شيداه سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسلمه، وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما، الأمر الذي يمكن معه القول: بأن مسئولية المهندس المعماري والمقاول مبنية على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، فلا يستطيع أي منهما أن يثبت أنه قد بذل ما في وسعه من العناية ليتخلص من المسئولية؛ لأن التزامه في الضمان مفترض، بمعنى أن الضمان العشري يقوم على المسئولية المفترضة بقوة القانون[2]، وهذه المسئولية المفترضة تتمثل في قرينة ذات ثلاثة أوجه:

الأول: إن التهدم أو العيب في البناء راجع إلى عيب في الصنعة.

الثاني: إن عيب الصنعة راجع إلى خطأ المهندس المعماري والمقاول.

الثالث: إن العيب راجع إلى كل مهندس أو مقاول شارك في العمل، ومن ثم فإن الوجه الأول والثاني يمثلان قرينة المسئولية المفترضة التي لا تقبل إثبات العكس، ولا يمكن دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي[3]، أما الوجه الثالث: الذي يمثل قرينة المساهمة فيقبل إثبات العكس، بمعنى أن القرينة تسقط إذا ما أثبت المقاول عدم تعلق نشاطه بالأعمال التي ظهر فيها العيب[4]، وذلك لأن التزام المهندس والمقاول الوارد في

---

(1) استقرت محكمة النقض المصرية على أن: "ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء وللعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسئولية العقدية المنصوص عليها في المادتين (651، 652) من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقاولة". نقض مدني، الطعن رقم (241) سنة 40ق، جلسة 1975/5/21م، المكتب الفني، مجموعة أحكام النقض، س 26، ص1048.

(2) المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري.

(3) د. عبد الملك مطهر، مرجع سابق، ص446.

(4) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص182، 183.

المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري هو التزام بنتيجة، وهي بقاء البناء الذي شيداه سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسلمه من قبل رب العمل، وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما[1].

والجدير بالذكر، إنه إذا توفر الخطأ لا بد أن يكون لهذا الخطأ أثر يتمثل في الضرر الناجم عنه، حيث أنه لا مسئولية بلا ضرر، إلا أن هذا الضرر قد يتخذ صورة مادية أو معنوية، ومن ثم فلا بد من وجود علاقة سببية بين الضرر والخطأ، بمعنى أن خطأ المهندس المعماري أو المقاول هو الذي سبب ضرر لرب العمل، يتمثل في تهدم البناء أو ظهور عيب معتبر قانوناً، وبتحقق أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية تنشأ مسئولية المهندس المعماري ومقاول البناء، ولا سبيل لدفعها إلا بإثبات القوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المضرور (رب العمل)[2]. لذلك فإن رب العمل لا يكلف بإثبات الخطأ الناجم عن تنفيذ العقد، بل عليه أن يثبت وجود العقد، إذ أنه بمجرد حدوث التهدم في البناء وظهور العيب الذي يهدد سلامة ومتانة البناء، فالخطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، وعليه فإن مسئولية المهندس والمقاول إذا تعلقت بالتهدم وظهور العيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناء بعد تسلم العمل فمن الصعب القول بأنها مسئولية عقدية؛ لأن المسئولية العقدية تنتهي بانتهاء المدة المقررة في العقد، في حين أن القانون يقرر امتداد هذه المسئولية بعد انتهاء العقد.

الفرع الثاني

المسئولية التقصيرية للمهندس المعماري ومقاول البناء(تضامن في المسئولية)

المبدأ العام في المسئولية التقصيرية هو أن الإنسان لا يُسئل إلا عما يرتكبه شخصياً من أفعال، ومن ثم لا يسأل المهندس المعماري والمقاول – وفقاً لذلك – إلا إذا ثبت أن فعلهما كان خطأ، وأنه بفعلهما قد تسببا في إحداث ضرر معين أصاب الغير، ويقع عبء الإثبات على عاتق المضرور (رب العمل)[3]، أي أن عنصري الخطأ والضرر (الإهمال) اللذين يؤديان إلى الفعل الضار أهم ما تستند إليه المسئولية التقصيرية.

وبناءً على ذلك، فإنه لجبر الضرر، ولكي تتحقق مسئولية المهندس المعماري والمقاول، فلا بد من صدور خطأ منهما يتمثل في تهدم البناء أو ظهور عيب فيه يلزمهما بدفع التعويض، وما دامت المسئولية قبل المهندس المعماري والمقاول عما أصاب المبنى أو المنشأ الثابت من تهدم كلي أو جزئي، أو ظهور عيب خلال مدة الضمان عشر سنوات من تسلم رب العمل للبناء أو المنشأ الثابت ، مسئولية تقصيرية ، فإن

(1) د . عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص126.

(2) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص173.

(3) د. محمد علي جباري، مسئولية متولى الرقابة في القانون اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المصري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2002، ص284.

تعدد المسئولين (المهندس والمقاول) عن الأضرار التي تدخل في نطاق الضمان العشري يجعلهما متضامنين في المسئولية عما شيداه من مبانٍ أو منشآت ثابتة، ويجب أن يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون؛ لأن الأصل أن التضامن لا يفترض[1]، وعليه فقد نص المشرع المصري صراحة على تضامن المهندس المعماري والمقاول في المسئولية عن الأضرار التي تدخل في نطاق الضمان العشري[2]، أما المشرع اليمني فقد سكت عن ذلك مكتفياً بالقواعد العامة في التضامن. الأمر الذي يمكن معه القول: إن تقرير المشرع لهذا التضامن ينطوي على فائدة، سواءً لرب العمل أو المهندس والمقاول، إذ يزيد من شعورهما بالمسئولية، الأمر الذي يؤدي إلى إقامة بناء أو منشأ ثابت بصورة سليمة، وخال من العيوب، حفاظاً على أرواح الناس والممتلكات العامة والخاصة[3]، فإذا حدث تهدم كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت، أو ظهور عيب معتبر قانوناً خلال مدة الضمان، فإن رب العمل يستطيع الرجوع على المهندس المعماري والمقاول معاً بالمسئولية، فإذا حكم له بالتعويض نتيجة ما لحقه من أضرار، كان له أن يقتضي هذا التعويض منهما معاً متضامنين أو من أحدهما[4].

والجدير بالذكر، إن التضامن بين المهندس المعماري والمقاول لا يكون إلا في علاقتهما برب العمل، أما فيما بينهما فلا تضامن، بل يقسم التعويض بنسبة خطأ كل واحد منهما، وذلك لعدم وجود علاقة تعاقدية تربطهما، لذلك فإن أساس رجوع أي منها على الآخر يتم طبقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية، والتي تستند في هذه الحالة على خطأ واجب الإثبات[5]. فإذا قام أحد المعماريين بدفع التعويض كاملاً لرب العمل عن الأضرار التي لحقت به من جراء تهدم البناء أو ظهور العيب فيه، كان له الرجوع بعد ذلك على الآخرين بدعوى المسئولية التقصيرية، وذلك بإثبات خطأ المتسبب منهم بالضرر محل التعويض[6].

---

(1) نصت المادة (276) مدني يمني على أن: "التضامن والتكافل بين أصحاب الحق أو بين الملتزمين به يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون"، وكذلك نص المادة (279) مدني مصري والتي قالت: "التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون".

(2) المادة (651) من القانون المدني المصري.

(3) نقض مدني مصري، طعن رقم (83) لسنة 41ق، جلسة 1990/2/8م، المكتب الفني، مجموعة أحكام النقض، ص477.

(4) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص179.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص102.

(6) هذا ما أكدته المواد (295- 297) من القانون المدني اليمني، والمواد (297 ، 299) من القانون المدني المصري، أو الرجوع على الآخر بدعوي الحلول، فيحل محل رب العمل في حقوقه بنص القانون، وفقاً للمادة (400) مدني يمني، يقابلها المادة (326) مدني مصري، وهذه الدعوي الأخيرة أفضل من الأولى، لأنه لن يكون بحاجة لإثبات خطأ المدعي عليه أو المتسبب، بل يكفي حدوث التهدم أو ظهور العيب، فهذا يعد في ذاته خطأ يستوجب الضمان. لمزيد من التفصيل يُنظر: د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، الصفحة ذاتها.

وعلى ذلك، إذا حدث تهدم بالبناء أو ظهر فيه عيب معتبر قانوناً خلال فترة الضمان العشري فقد ثبت التزام المهندس المعماري والمقاول بالضمان، ولا داعي لأن يثبت رب العمل خطأ في جانبهما، فخطأهما مفترض لا يقبل إثبات العكس، فمجرد حدوث التهدم أو ظهور العيب فإنه هو ذاته الخطأ، ولذلك لا يمكن تحميل أحدهما بالتعويض دون الآخر، لأنهما متضامنان تجاه رب العمل[1].

لذلك رفضت محكمة النقض المصرية – بشكل قاطع وصريح – قبول الرأي الذي يعتبر المسئولية تقصيرية، حيث قضت في أحد قراراتها بأن:" مسئولية المهندس والمقاول خلل في البناء بعد التسليم لا يمكن اعتبارها مسئولية تقصيرية أساسها الفعل الضار"[2].

الفرع الثالث

مسئولية قانونية تتعلق بالنظام العام (أساس الضمان العشري)

نصت المادة (881) مدني يمني على أنه:"... يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من الضمان أو الحد منه"، ويقابلها في الصياغة المادة (653) مدني مصري[3]. يتضح من هذين النصين، حرص المشرعين – اليمني والمصري – على الطبيعة الآمرة لأحكام هذا الضمان وتعلقه بالنظام العام، وذلك ببطلان كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه، والبطلان هنا محله الشرط لا العقد. ويبرر ذلك أن رب العمل لا يكون – عادةً – ذا خبرة فنية في أعمال البناء، والمقاول والمهندس هما من ذوي الخبرة الفنية المفترضة، وهما في الوقت ذاته الجانب الأقوى في عقود المقاولة، وبسبب هذه الخبرة يستطيعان أن يضيعا الحماية التي وفرها المشرع لرب العمل لو جاز لهما اشتراط عدم المسئولية العشرية أو التخفيف منها، بأن يدرجا في عقد المقاولة مثل هذا الشرط، فيصبح من الشروط المألوفة في هذه العقود[4]، فأراد المشرع أن يدعم الحماية التي منحها لرب العمل فجعل أحكام الضمان الخاص (الضمان العشري) من النظام العام لا يجوز الاتفاق على محوها أو التخفيف منها، إلا أنه يجوز الاتفاق على تشديد الضمان على المقاول والمهندس المعماري، ولكن لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا كان العيب راجعاً إلى غش المقاول أو خطأ جسيم منه[5]. إلا أن المشرعين – اليمني والمصري– في المادتين (881 مدني يمني، 651 مدني مصري) قد استثنيا حالة واحدة أجازا فيها لأطراف العقد أن يتفقا على النزول بمدة الضمان إلى المدة التي يريان بقاء البناء أو المنشأ الثابت قائماً خلالها، إذا كان غرضهما من إقامة هذين الأخيرين هو استعمالهما لمدة أقل من العشر

(1) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص174 ، 175.

(2) نقض مدني مصري، طعن رقم (4503) لسنة 61ق، جلسة 1998/1/11، المكتب الفني، مجموعة أحكام محكمة النقض، س249، ص 325.

(3) نصت المادة (653) مدني مصري على أنه: ".. يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص133.

(5) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص152.

سنوات، وهذا بخلاف أحكام ضمان العيوب الخفية، والتي تعد تطبيقاً لأحكام المسئولية العقدية التي يجيز المشرع للمتعاقدين باتفاق خاص الإعفاء أو التخفيف من هذا الضمان[1]، غير أن عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العشرية (الخاصة) أو الحد منها مقدماً لتعلقها بالنظام العام لا يمنع المتعاقدين من التصالح عليها بعد حدوث التهدم، سواءً أكان تهدماً كلياً أم جزئياً، أو ظهور عيب في البناء معتبراً قانوناً، كما لا يمنع رب العمل من النزول عن حقه في الضمان، فهو حر التصرف في التعويض بعد تحقق الضرر ومقداره، فيجوز له الرجوع عليهما بالتعويض أو النزول عن هذا الحق كله أو بعضه نزولاً صريحاً أو ضمنياً[2].

المطلب الثاني

آثار الضمان العشري

يترتب على توفر سبب الضمان العشري الحق في مطالبة المهندس المعماري ومقاول البناء أو هما معاً عن طريق دعوى يقدمها رب العمل أمام القضاء، لإلزامهما بالتعويض عما يحدث في المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى التي يقيمانها من تهدم كلي أو جزئي، أو يظهر فيهما من عيوب معتبرة قانوناً خلال مدة الضمان العشري، اعتباراً من تاريخ التسلم، ولا حاجة لأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ من جانبهما، فمسئوليتهما هنا مفترضة بموجب القانون[3]، إلا أن ذلك لا يعني أن المعماريين (المهندس المعماري ومقاول البناء) لا يمكنهم التخلص من هذه المسئولية إذا حدث شيء من هذا القبيل، ويكون ذلك بإثبات أن حدوث التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور العيب لم يكن منسوباً إلى فعلهما، وإنما كان نتيجة لسبب أجنبي لا يد لهما فيه، وبناءً على ذلك، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

التعويض (جزاء الضمان العشري)

الأصل تحقق سبب الضمان العشري، بأن يحصل إخلال بالمبنى فانهدم كله أو جزء منه، أو وجد به عيب يهدد متانته وسلامته، فإن لرب العمل الحق في مطالبة المهندس المعماري أو المقاول أو كليهما – متضامنين – بالتنفيذ العيني، وذلك بإعادة بناء ما تهدم أو إصلاح ما ظهر به من عيب على نفقتهما بترخيص من القضاء، في غير حالة الاستعجال عملاً بالمادة (342) مدني يمني، والمادة (209) مدني

(1) د. جعفر الفضلي، مسئولية المهندس أو المقاول والتأمين فيها، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، العدد الثاني، 1997، ص141.

(2) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص186 ، 187.

(3) المادة (881) من القانون المدني اليمني، والمادة (651) من القانون المدني المصري.

مصري، وفي حالة الاستعجال بدون ترخيص من القضاء[1]، إلا أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للقاضي أن يقتصر على الحكم بالتعويض عملاً بالقواعد العامة الواردة بالمادة (347) مدني يمني والمادة (2/203) مدني مصري، كما لو كان إصلاح العيب يقتضي هدم جزء كبير من البناء، بحيث يكلف نفقات جسيمة لا تتناسب مع الضرر الناتج عن العيب[2]. غير أنه يجوز الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض النقدي إذا كان هناك مقتضى لذلك، فإذا تطلب إعادة البناء أو إصلاح العيب مدة من الزمن فإنه يجوز لرب العمل أن يطلب التعويض النقدي عن عدم الانتفاع بالبناء طوال هذه المدة من الزمن، كما يجوز لرب العمل أن يطلب التعويض النقدي أيضاً إذا كان إصلاح العيب أو إعادة البناء لم يؤدّ إلى إصلاحه كاملاً، بل بقيت بعض العيوب التي من شأنها أن تقلل من نفع البناء أو تنقص من قيمته[3]، وقد يحكم القاضي منذ البداية بالتعويض النقدي دون التنفيذ العيني، فيقضي لرب العمل بمبلغ يساوي تكاليف إعادة البناء أو إصلاح العيب، وكذا مقابل ما فاته من حق الانتفاع بالبناء حتى تمام الإصلاح؛ لأن الضمان قائم على المسئولية العقدية، كون التعويض يشمل ما أصاب رب العمل من خسارة وما فاته من ربح، بشرط أن يكون الضرر الذي يعوض عنه ضرراً مباشراً متوقع الحدوث ما لم يوجد غش أو خطأ جسيم، حيث إن التعويض يكون عن الضرر المباشر كله، ولو كان غير متوقع الحدوث[4].

ويعتبر ضرراً متوقع الحدوث أن يتهدم البناء فيقع على أحد المارة فيصيبه بضرر، ويرجع المضرور بالتعويض على رب العمل الذي بدوره يرجع به على المسئول عن الضمان، وإذا كان لرب العمل منقولات داخل البناء فأتلفها تهدم البناء أو العيب، فإن هذا يعتبر ضرراً يستلزم عنه التعويض لرب العمل[5].

الفرع الثاني

حالات انتفاء الضمان العشري

التزام المهندس المعماري ومقاول البناء الوارد في المادتين (881) مدني يمني، و(651) مدني مصري هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء أو المنشأ الثابت الذي يشيدانها سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد التسليم، ولا حاجة لأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ من جانبهما،

---

(1) د. محمد عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص187، 188.

(2) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص144 ، 145.

(3) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص188.

(4) وهذا ما أكدته المادة (351) مدني يمني بقولها: ".. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة صاحب الحق أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وإذا كان الحق ناشئاً عن عقد فلا يحكم على الملتزم الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت العقد"، ويقابلها نص المادة (2/221) من القانون المدني المصري والتي تقول: "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

(5) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص201.

فمسئوليتهما هنا مفترضة بقوة القانون[1]. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "التزام المقاول والمهندس الوارد في المادة (651) من القانون المدني هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيدانه سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد التسليم، ويثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة، دون حاجة لإثبات خطأ ما"[2]، إلا أن ذلك لا يعني أن المقاول والمهندس المعماري لا يمكنهما التخلص من المسئولية العشرية، بل يمكنهما ذلك من خلال نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض من جانبهما وبين الضرر الذي لحق رب العمل جراء حدوث التهدم أو ظهور عيب في البناء أو المنشأ الثابت[3]، ويكون ذلك بإثبات أن حدوث التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور عيب في البناء أو المنشآت الثابتة لم يكن منسوباً إلى فعلهما، وإنما كان نتيجة لسبب أجنبي لا يد لهما فيه، كالقوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير. **وهو ما سنبينه من خلال البنود الآتية:**

أولاً: القوة القاهرة[4]:

مما لا شك فيه فإن توافر القوة القاهرة تنفي مسئولية المهندس المعماري والمقاول عما يحدث في المباني أو المنشآت الثابتة التي يقيمانها من تهدم كلي أو جزئي أو ما يظهر فيها من عيوب تهدد سلامة البناء ومتانته[5]، ولا يوجد فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، فكلهما شيء واحد مستمد من الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة [6].

وعلى ذلك، فإن القوة القاهرة هي: حدث غير متوقع، ولا يد للمهندس المعماري والمقاول فيه، ولا يستطيعان دفعه، ويترتب على ذلك أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، والمقصود بعدم إمكانية التوقع، أي تلك الحوادث التي لا يستطاع توقع حدوثها حتى من أكثر الناس حيطة، مثل الزلازل والبراكين والغارات الجوية، تعد من قبيل القوة القاهرة [7]، إلا أن الأمر يختلف بصدد الكوارث الطبيعية التي يمكن توقع حدوثها وتفادي خطرها، مثل هطول الأمطار والعواصف، فهذه الظواهر يمكن توقع حدوثها على ضوء التقدم العلمي، ومن ثم لا تعد قوة قاهرة، إلا إذا خرجت عن التوقع، أو كان من المستحيل دفعها[8].

---

(1) المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري.

(2) نقض مدني مصري، طعن رقم (325) لسنة 30ق، جلسة 1965/6/10م، س16، ص737.

(3) د.عبد الرزاق يس، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاولي البناء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987م، ص495.

(4) د. سليمان مرقس، المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص491.

(5) قضت محكمة النقض المصرية بأن: "القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة (156) من القانون المدني، قد تكون حرباً أو زلزالا أو حريقاً، كما قد يكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة الدفع، وينقضي بها التزام المدين من المسئولية العقدية، وتنقضي بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر من المسئولية التقصيرية، فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين". نقض مدني 1976/1/29م، المكتب الفني، مجموعة أحكام محكمة النقض، س27 ع 1ق74، ص343.

(6) د. إسماعيل المحاقري، الإعفاء من المسئولية المدنية في القانون اليمني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996م، ص220.

(7) تطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف مختلط المصرية بتاريخ 1940/1/22م، بلتان 26، ص 169 بأن: "هبوط الأرض المقام عليها البناء نتيجة الحادث من مياه الأمطار لا يعتبر قوة قاهرة ...".

(8) د. هاشم علي الشوان، المسئولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009، ص495.

وقيام القوة القاهرة ينفي مسئولية المهندس المعماري والمقاول عما يحدث في المبانٍ أو المنشآت الثابتة من تهدم كلي أو جزئي، أو ما يظهر فيها من عيب يهدد سلامة البناء ومتانته، ويقع عبء إثبات القوة القاهرة على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء، فإن أثبتا ذلك تنتفي العلاقة السببية ما بين فعل المقاول أو المهندس المعماري، وبين الأضرار التي تصيب رب العمل.

ثانياً: خطأ رب العمل:

إن خطأ رب العمل ينفي مسئولية المهندس المعماري والمقاول عن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء أو ظهور عيب من عيوب البناء معتبر قانوناً، إذا أثبت المهندس المعماري ومقاول البناء أن ذلك يرجع كله إلى خطأ رب العمل نفسه، وإلا يثبت خطأ في جانبهما؛ فإن ثبت خطأ في جانب المهندس أو المقاول فإنهما يعتبران مخطئين، لأن مسئوليتهما لا ترتفع كلية بسبب خطأ رب العمل، وإنما يعد الضرر راجعاً إلى خطأ مشترك، بشرط أن لا يستغرق خطأ رب العمل خطأهما وألا كان مسئولاً وحده عن الضرر[1]، غير أنه إذا جاء خطأ رب العمل بعد إقامة البناء وتسليمه سليماً، كأن يقوم رب العمل بسوء استخدام للبناء أو إجراء تعديلات معينة فيه، وحدثت أضرار في المبنى أو المنشأ الثابت، لأسباب لا صلة للمهندس المعماري ومقاول البناء بها، تنتفي مسئوليتهما؛ لأن الأضرار لا صلة لهما بها، فلا يحق لرب العمل الرجوع عليهما بدعوى الضمان أو المطالبة بالتعويض[2]، إلا أنه قد يحدث خطأ من رب العمل أثناء فترة التشييد، كأن يتدخل في عملية التنفيذ بإعطاء تعليمات خاطئة أو تقديم مواد معيبة أو الموافقة على تصميم معيب، كل هذا لا يعفي المهندس المعماري أو المقاول من المسئولية العشرية [3]؛ لأن واجب المهندس والمقاول تنبيه رب العمل إلى عيوب المواد، وعدم كفاية المواصفات.

وبناءً على ذلك، فإن تدخل رب العمل لا يعفيهما من المسئولية، كون رب العمل عادةً ما يكون جاهلاً بأصول فن البناء ، والذي من واجبهم تبصيره بالخطأ وتحذيره، بل والامتناع عن استخدام مواد معيبة، أو تنفيذ تعليماته الخاطئة [4]. أما إذا كان المهندس المعماري والمقاول قد نبها رب العمل إلى ما في المواصفات من نقص أو ما في المواد من عيوب فإن الأمر لا يخرج عن **فرضين:**

---

(1) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص164.

(2) وفي هذا الصدد قضت المحكمة التجارية بأمانة العاصمة صنعاء بأنه: ".. حيث أن من الثابت قيام المدعى عليها بتنفيذ الأعمال محل المقاولة طبقاً للمواصفات والمقاييس المتفق عليها في الوقت المحدد، وحيث أن الثابت من خلال التقرير أن الأضرار ترجع إلى أسباب لا علاقة للمدعي عليها بها فهي بسبب القصور في التصميم ولعدم التناسب بين مكونات المباني محل المقاولة وبين طبيعة الاستخدام دون صيانة، فإن ذلك يعني انتفاء الأركان التي يقوم عليها التعويض في المسئولية العقدية مما يتعين والحال كذلك رفض طلب المدعية للتعويض أيضاً". (حكم المحكمة التجارية بأمانة العاصمة صنعاء الصادر بتاريخ 2008/11/11م، في القضية التجارية رقم (233) لسنة 1425هـ الرقم الآلي 0294-51-033-2-1-1425).

(3) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص167.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص177، د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص200.

الفرض الأول: أن يُصر رب العمل على المضي في التنفيذ وفقاً لهذه التعليمات والمواصفات الخاطئة أو باستعمال تلك المواد المعيبة، فإنه يجب على المهندس المعماري والمقاول أن يرفض التنفيذ إذا كان يترتب عليه تهدم البناء، أو وجود عيب يهدد سلامة البناء ومتانته، وإذا أذعنا لمشيئة رب العمل فإنهما يعتبران مخطئين، ولا يستغرق خطأ رب العمل خطأهما، وتوزع المسئولية بينهما، ومن هنا حرص المشرعان– اليمني والمصري– على النص صراحة في المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري[1].

الفرض الثاني: قيام المهندس المعماري أو المقاول بتنبيه رب العمل بعيوب المواد التي قدمها، أو تحذيره بخطر التنفيذ لوجود عيب في التصميم، وعمل التحفظات اللازمة لمنع ذلك، إلا أن رب العمل أصر على التنفيذ، وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق في فن البناء ما يفوق خبرة وفن المهندس والمقاول، الأمر الذي يمكن معه القول أن تطبيق رغبات وتعليمات رب العمل في مثل هذه الحالة لا يجعلهما مسئولين عما يحدث من تهدم العمل، كون الضرر راجعاً إلى خطأ رب العمل وحده [2].

ثالثاً: خطأ الغير:

وفقاً للقواعد العامة في المسئولية العقدية فإن فعل الغير لا يدفع المسئولية عن الأعمال الشخصية أو يحد منها إلا إذا اعتبر هذا الفعل خطأ في ذاته، وكان السبب في إحداث الضرر وحده، أو ساهم فيه[3]. وعلى هذا فإن خطأ الغير لا يدفع عن المهندس المعماري ومقاول البناء قرينة المسئولية الملقاة على عاتقهما بمقتضى ما قرره المشرعان اليمني والمصري[4]، إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة بأن يكون الخطأ – نفسه – مستحيل الدفع، وغير قابل التوقع، فإذا لم يتوفر ذلك ظل المهندس المعماري ومقاول البناء مسئولين عن كل الضمان تجاه رب العمل، وكان لهما حق الرجوع على الغير المسئول عن إحداث الضرر[5].

---

(1) أورد المشرع اليمني نصاً صريحاً يشدد من مسئولية المهندس والمقاول عن تهدم الأعمال أو تعيبها، حيث نصت المادة (880) مدني يمني بالقول: "لا يجوز لمهندس أو مقاول البناء أن يقيم أو يشارك في إقامة مبانٍ أو منشآت معيبة ولو كان العيب ناشئاً عن الأرض أو بإذن رب العمل مما يحدث بها خللاً مضراً أو تهدماً كلياً أو جزئياً، فإن فعلا كانا مسئولين قبل الغير عما يترتب على ذلك من أضرار، ويشاركهم رب العمل في المسئولية إذا علم بالعيب وأجازه"، ويقابلها في الصياغة نص المادة (651) مدني مصري.

(2) د. محمد حسين منصور، المسئولية المعمارية، مرجع سابق، ص178.

(3) نقض مدني مصري بتاريخ 1968/4/2م، المكتب الفني، مجموعة أحكام محكمة النقض، س19، ص689.

(4)أنظر: المادة (881) مدني يمني ، والمادة (651) مدني مصري .

(5) د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص246 ، 247.

ويقع عبء إثبات خطأ الغير على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء – المدين – وأن هذا الخطأ هو الذي أحدث النتيجة المتمثلة في الضرر الحاصل برب العمل، ويقاس خطأ الغير بالمعيار الموضوعي، بمعنى الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد[1].

وقد يكون هذا الغير شخصاً أجنبياً – تماماً – عن عملية التشييد التي حدث بها الخلل أو العيب، وهي حالات نادرة، إلا أن ذلك ليس مستحيلاً؛ مثل قيام الغير باستخدام آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة من البناء مما أدى إلى حدوث تصدعات به، أو القيام بعمليات حفر عميقة بالقرب من أساسات العقار، فإن من شأن ذلك الخطأ إعفاء المهندس المعماري ومقاول البناء كلية من المسئولية، بشرط عدم التقصير في أساسات البناء طبقاً للأصول الفنية المتبعة، ومن ثم فإن لقاضي الموضوع أن يخفض من مقدار التعويض المستحق لرب العمل من قبل المهندس المعماري ومقاول البناء بنسبة مساهمة هذه الأعمال في إحداث الضرر، وهي مسألة تتوقف على ظروف كل حالة على حدة [2].

(1) د. هاشم علي الشهوان، مرجع سابق، ص147.

(2) د . محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص351.

الخاتمة

أود أن أنبه هنا إلى أن موضوع الخاتمة لن يكون سرداً موجزاً لما سبق تناوله، وإنما سيخصص لتسجيل أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة، وعلى أساسها أضع مجموعة من التوصيات، بها وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

1. تبين من دراسة ضمان المقاول فهم ماهيته، المتمثلة في مسئوليته المدنية عن العيوب والأضرار الحادثة بالمباني التي قام بتشييدها، وهذه المسئولية ينتج عنها إلزامه- قضائياً - بالتنفيذ العيني، إن كان ممكناً في إصلاح العيب وجبر الضرر، أو بالتعويض المناسب لرب العمل، شاملاً كل ما لحقه من أضرار وخسارة، وما فاته من كسب.
2. يتبين من بيان أحكام الضمان العشري أن المقاول حين يباشر عملية التشييد والبناء يعمل مستقلاً عن رب العمل، ولا يحق لهذا الأخير التدخل في التنفيذ أو أن يصدر تعليمات أو أوامر فيما يتعلق بكيفيته ووقته. فإذا أصر على موقفه وكان من شأن ذلك إلحاق إضرار بالعقار محل العقد وجب على المقاول رفض العمل، وهذا ما يُميز عقد المقاولة عن عقد العمل، ولذلك ألزم القانون المدني المقاول والمهندس بضمان عيوب الأرض حتى ولو أجاز إقامة البناء على الأرض المعيبة رب العمل نفسه.
3. إن التزام المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يكفيه القول أنه قد نفذ العمل محل العقد، وإنما عليه أن يثبت أن هذا التنفيذ قد تم طبقاً لما هو منصوص عليه في العقد من شروط ومواصفات، ومتفقاً مع قواعد الفن المتبعة في هذا الشأن، وغير مخالف لما تقضي به القوانين واللوائح، ومقتضى ذلك الالتزام بقاء البناء الذي شيده سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسلمه. وهذا ما يعني أنه يكفي رب العمل أن يثبت وجود العيب في التنفيذ دون أن يُلزم بإثبات الخطأ المؤدي لذلك العيب، فإذا انقضت مدة الضمان وظهر العيب المخفي غشاً، أو تبدت آثاره، وتمكن رب العمل من إثبات الغش في إخفاء العيب أثناء التسليم فإنه يستطيع مباشرة دعوى الضمان دون التقيد بالمدة العشرية.
4. يبدو لي إن القانون المدني اليمني نظم أحكام الضمان شاملةً مقاولي البناء، والطرقات، والجسور، وكذا بقية المنشآت والأعمال التي تكون فيها الدولة رب العمل، نظراً لعدم صدور قانون خاص بالمزايدات والمناقصات أثناء صدور القانون المدني محل البحث.
5. يتضح من نصوص القانون المدني اليمني المنظمة لضمان المقاول أنها أقرنت ضمان المقاول بالمهندس المعماري، ولأجل ذلك أشرنا في ثنايا البحث - قدر الإمكان - إلى أحكام المهندس مسايرة لتنظيم القانون، ولذلك إذا حصل العيب بالمباني التي شيداها يمكن لرب العمل الرجوع عليهما معاً أو على أحدهما كونهما متضامنين بنص القانون.

ومن ناحية أخرى، فالمقاول قد يتعدد بحسب الجوانب المنوطة به تنفيذها من العملية المعمارية، فنكون بصدد عقود مقاولة يكون كل منهم مسئولاً عن الضرر الناتج عن الجزء الواقع تحت مسئوليته، وقد يرجع الضرر إلى خطأ مشترك بين أكثر من مقاول، فيكونون متضامنين بالتزامهم بتعويض الضرر بالتساوي أو بقدر نصيب كل واحد منهم.

6. يتبين لي أن مدة الضمان المقررة قانوناً، هي مدة تجربة واختبار لمتانة البناء وليست مدة تقادم، وقد جعلها القانون المدني اليمني خاضعة لاتفاق الأطراف، فلهم حرية تحديد المدة التي تكون فيها التجربة، أي مدة سلامة البناء، وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف فتكون كأصل عام لمدة عشر سنوات من تاريخ التسليم.
7. نجد أن المشرع اليمني قد حصر أسباب الضمان العشري، بحدوث أضرار منصوص عليها حصراً، وهي التهدم الكلي أو الجزئي، والخلل المضر المهدد لسلامة ومتانة البناء، وهذه الأضرار فقط هي التي تكون سبباً للمسئولية المشددة على المقاول، وما عداها يرجع إلى القواعد العامة، كونها الأصل الحاكم لكل الالتزامات؛ وهذا الضمان إنما هو استثناء على ذلك الأصل.
8. الأصل أن رب العمل يلتزم باللجوء إلى القضاء ليأذن له بالتنفيذ عند إخلال المقاول بالتزاماته، فإذا خالف هذا الطريق واستوفى حقه بيده، بلا إذن من القضاء فإنه يعرض نفسه للمسئولية، إلا في الحالات الاستثنائية التي نص عليها القانون، فقد يسمح لرب العمل بالخروج على هذا الأصل، تحت إشراف ورقابة القضاء اللاحقة لهذا التنفيذ،وقد يجيز هذا التصرف أو يرفضه حسب الأحوال.
9. لكي تنتفي مسئولية المقاول يجب عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه بالطريقة الصحيحة وطبقاً للشروط والأصول وقواعد الفن، تنفيذاً اختيارياً أو إجبارياً عن طريق القضاء، عند مطالبة رب العمل له، وإذا كان هذا التنفيذ يسبب إرهاقاً جسيماً للمقاول فيتم العدول إلى التعويض بمقابل، شريطة عدم تضرر رب العمل ضرراً جسيماً، ولذلك يلزم المقاول الضمان عن أخطائه الشخصية، ويترتب على ذلك الالتزام قيامه بدفع التعويض لرب العمل شاملاً جميع الأضرار الناتجة عن تلك العيوب، ولا يمكن دفع تلك المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي البعيد عن عملية التشييد.
10. يظهر من تنظيم المقنن المدني اليمني للأحكام الخاصة بضمان المقاول المتسمة بالتشدد، أنه لم يكتفِ بالقواعد العامة في المسئولية المدنية في مجال التشييد، وهذا ما يتفق مع خطورة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، وما يسببه تهدمها–كلياً أو جزئياً– من تفويت الغرض الذي أقيمت من أجله، وكذا الإضرار بالاقتصاد القومي، ومساس بالأمن العام والسكينة العامة في المجتمع، وتهديد الأفراد

في أموالهم وأنفسهم، كل ذلك التشدد يهدف إلى دفع المعماريين إلى بذل كل عناية ممكنة في عملية التشييد والبناء حتى يكون البناء سليماً متيناً.

11. يظهر لي من البحث أن القانون المدني اليمني كان متسماً بقصور وعجز في مواده في باب ضمان المقاول، حيث لم يوضح عدداً من الأحكام لهذه المسئولية الخاصة، ومنها المستفيدون من الضمان، ودعوى الضمان، ووسائل التخلص من الضمان، وأثر ذلك الضمان، لذلك فالمتأمل للبحث سيجده يدور في شرح وتفصيل مادة واحده هي المادة (881)، والتي اعتمدتها لبيان ما نصت عليه من أحكام هذا الضمان، مستوفياً ذلك العجز بالرجوع إلى القواعد العامة بما يتوافق وهذه المسئولية.

12. لا يجوز الاتفاق مقدماً على إعفاء المقاول من المسؤولية، وكل اتفاق مخالف لهذا الحظر يكون باطلاً. ولكي تنتفي مسئوليته يجب عليه إثبات أن الواقعة –مناط الضرر– تسبب فيها شخص من الغير، أو إثبات خطأ رب العمل، أو إثبات القوة القاهرة، وعلى العكس من ذلك يجوز الاتفاق على أن يتحمل المقاول تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، لأن في ذلك تشديد يوافق الغرض من تقرير هذا الضمان.

ثانياً: التوصيات:

1. نوصي المشرع اليمني بإدخال بعض التعديلات على نص المادة (881) مدني يمني، بحيث تشتمل على الآتي:

أ أن تكون موزعة على فقرات مرقمة، لكي يسهل الرجوع إليها أو تعديلها أو إضافة فقرات أخرى استجابة للتطورات المتسارعة في مجال البناء.

ب يجب إخضاع كل المهندسين والفنيين الذين أثبت التطبيق الحديث مشاركتهم في عملية البناء لأحكام الضمان العشري.

ج أن ينطبق أحكام الضمان على كل معماري أو مقاول ممن يحترفون تشييد الأبنية وبيعها، وذلك تيسيراً للمشتري في الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من أضرار.

د توسيع دائرة العيوب سبب الضمان لتشمل، إلى جانب العيوب المهددة لمتانة البناء وسلامته، العيوب التي تفقد البناء الغرض والهدف من إنشائه.

هـ تحديد مدة الضمان الخاص بالمهندس والمقاول بمدة عشر سنوات فقط دون أن يجعلها مرتبطة بالعرف منعاً للإشكالات المحتملة، لاختلاف العرف من مكان لآخر بحيث يفتح ذلك باباً للنزاع، وكذا تحديد موعد بدء سريان مدة العشر سنوات من وقت قبول العمل، بمعنى أن تبدأ من تاريخ الاستلام النهائي للمباني والمنشآت الثابتة من قبل رب العمل.

ونقترح أن يكون النص كالآتي: "1 ـ يضمن المهندس والمقاول متضامنين ما يحدث من خلل مضر أو تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو اقاما من منشآت ثابتة أخرى ولو كان ذلك ناشئاً عن عيب بالأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة. 2- يعتبر الخلل مضراً إذا كان يهدد متانة البناء وسلامته أو يفقد البناء الغرض والهدف من أنشائه. 3- ويمتد الضمان إلى عشر سنوات من وقت تسلم العمل من قبل رب العمل، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المباني والمنشآت الثابتة مدة أقل من عشر سنوات. 4- يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من الضمان أو الحد منه".

2. نوصي المشرع اليمني بضرورة تعديل المادة (891) من القانون المدني وإدخال المقاول من الباطن في نطاق الملتزمين بالضمان العشري، متضامناً مع المقاول الأصلي تجاه رب العمل، وذلك لأن المقاول من الباطن غالباً ما يكون متخصصاً فنياً في مجال عمله، ويمتلك من الخبرة القدر الذي قد لا يتوفر لدى المقاول الأصلي، مما يجعل المقاول الأصلي غير خبير في فن المعمار بالنسبة لعمل المقاول من الباطن.

ونقترح أن يكون النص كالآتي: « إذا أسند المقاول العمل أو جزءً منه إلى مقاول آخر، فإنهما يكونان مسئولين بالتضامن قبل رب العمل».

3. نهيب بالمشرع اليمني ضرورة إضافة مادة جديدة في القانون المدني ينص فيها صراحةٌ بسقوط دعوى الضمان العشري بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهدم أو ظهور العيب في البناء أو المنشأ الثابت دون ترك ذلك للقواعد العامة في قانون الإثبات على غرار نص المادة 654 من القانون المدني المصري.
4. نرى أنه يجب تنظيم مهنة المقاولة قانونياً وفنياً، بحيث يتم تحديد شروط اكتساب صفة المقاول وتنظيم عمله وتخصصه كماً وكيفاً، والتأمين على مسئولياته، وإيجاد جهة رقابية على المقاولين في كيفية أداء وجودة أعمالهم، حتى لا يكون هذا المجال مسرحاً لمن هب ودب، خاصة لمن يملكون رؤوس أموال، ولديهم نفوذ في البلد.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة والمتخصصة:

1. د. أحمد سعيد مؤمن، مسئولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1987.
2. د. إسماعيل المحاقري، الإعفاء من المسئولية المدنية في القانون اليمني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996م.
3. د. جعفر الفضلي، مسئولية المهندس أو المقاول والتأمين فيها، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، العدد الثاني، 1997.
4. د. سليمان مرقس، المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة.
5. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، دار الشروق، مصر، ج7، 2010.
6. د.عبد الرزاق يس، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاولي البناء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987م.
7. عبدالله محمد حنظل، آثار عقد المقاولة في القانون اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المصري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، 2014م.
8. د. عبدالملك عبدالكريم محمد مطهر، التزامات المقاول والمهندس ومسئوليتهما في عقد المقاولة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001م.
9. عمرو بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004.
10. د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 2002م.
11. مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، 1995.
12. د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديد للنشر، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
13. د. محمد شكري سرور، مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببه منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983م.
14. د . محمد شكري سرور، مسئولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر المعاصر، القاهرة، 1985م.

15.د. محمد عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

16.د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008.

17.د. محمد ناجي ياقوت، المسئولية عن البناء، ندوة حول انهيار المباني أثناء الكوارث، جامعة عين شمس، القاهرة، 1993.

18.د . محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، دارسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1997م.

19.د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المستثمرين بعد تمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989.

20.د. نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

21.د. هاشم علي الشوان، المسئولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009.

ثانياً: التشريعات:

1. المذكرة الإيضاحية من القانون المدني اليمني الكتاب الثالث، طبعة المطبعة القضائية في المعهد العالي للقضاء.

2. القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م.

3. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.

4. قانون البناء اليمني رقم (19) لسنة 2002م.

5. قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008.

6. قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم (23) لسنة 2007.