# مدى تطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن

## ((دراسة مقارنة))

**الباحث/ عبد الله محمد علي حنظل**

**إشراف**

**أ.د. سعيد سليمان جبر**

**أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق- جامعة القاهرة**

(ISSN: 2537 - 0758)

# مدى تطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن
## (دراسة مقارنة)

**الباحث/ عبدالله محمد علي حنظل**

**المقدمـــة**:

ينطوي العمل المعماري على العديد من الجوانب لاشتراك أكثر من عنصر مادي وبشري في إنشائه، فإلى جانب المواد الأولية الطبيعية والمصنعة، يوجد العنصر التصميمي الذي يتولاه المهندس المعماري ويقوم بتنفيذه مقاول أو أكثر تحت إشراف مهندس آخر، ويشترك مع المقاول في تنفيذ العمل عمال وفنيون ومقاولون من الباطن، ولا شك أن تداخل وتعاضد هذه العناصر، يجعل من العسير في كثير من الأحيان تحديد مناط المسئولية والمسئول عن العيب الذي نجم عنه الضرر.

ولذلك لم يترك المشرع التزام المهندس المعماري ومقاول البناء خاضعًا للأحكام العامة في الضمان التي تسري على كافة عقود المقاولات؛ بل وضع أحكامًا خاصة لهذا الضمان، شدد فيه من مسئولية المهندس المعماري والمقاول، حيث جعلهما مسئولين بالتضامن عن سلامة البناء ومتانته مدة عشر سنوات من وقت التسليم لرب العمل، وبالرجوع إلى الأحكام الخاصة بعقد المقاولة يتضح أن الضمان العشري له نطاق خاص من حيث الأشخاص باعتباره حالة قانونية استثنائية أوجدها المشرع لاعتبارات خاصة أهمها حماية رب العمل. ويهدف هذا الضمان، والذي يطلق عليه أيضًا اسم المسئولية العشرية أو الخاصة، إلى حسن تنفيذ العمل من قبل المقاول، وعلى أساسها يكون هذا الأخير ضامنًا للعيوب التي تطرأ على الأشغال لمدة عشر سنوات بعد انتهاء العمل، والذي يهمنا هنا هو التعرف على مدى تطبيق هذا الضمان على مقاول البناء من الباطن، سواء في مواجهة المقاول الأصلي أو رب العمل.

**صعوبات البحث**:

الصعوبات التي واجهتنا أثناء أعداد هذا البحث، تتمثل بالدرجة الأولى في قلة المراجع العلمية المتخصصة– سواءً من جانب الفقه اليمني أو المصري أو الفرنسي– في هذا المجال. كما شكلت ندرة الأحكام القضائية بخصوص مدى تطبيق الضمان العشري

على مقاول البناء من الباطن، صعوبة أخرى في أعداد هذا البحث، على اعتبار أن التحليل المنطقي لأية فكرة قانونية يستلزم استظهار معناها وحقيقتها من خلال التطبيق القضائي لها.

**منهج البحث**:

اعتمدت في إعداد هذا البحث على إجراء المقارنة بين القانون المدني اليمني وكلاً من القانونين المصري والفرنسي، متبعاً المنهج الوصفي التحليلي المقارن، مستخلصا الأفكار المتصلة بموضوع البحث من المؤلفات العامة والمتخصصة والرسائل العلمية، بالإضافة إلى الرجوع لأحكام القضاء، لمعرفة اتجاهه في القضايا المثارة التي اشتمل عليها البحث.

**خطة البحث**:

وبناء على ما تقدم سوف نبحث في مدى تطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن وفقًا لخطة البحث التالية:

**المقدمة**:

**المبحث الأول:** موقف التشريعات القانونية من خضوع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري.

- **المطلب الأول:** موقف المشرع الفرنسي.
- **المطلب الثاني:** موقف المشرعين المصري واليمني.

**المبحث الثاني:** موقف الفقه والقضاء من خضوع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري.

- **المطلب الأول:** الاتجاه الرافض لتطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن.
- **المطلب الثاني:** الاتجاه المؤيد لتطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن.

**الخاتمة**

**قائمة المراجع**

## المبحث الأول

## موقف التشريعات القانونية من خضوع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري

تقوم علاقة مباشرة بين المقاول الأصلي ورب العمل، مردها وجود العقد المبرم بين الطرفين. وعلى أساس هذه العلاقة يتحمل المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل

(ISSN: 2537 - 0758)

مسئولية خاصة، يطلق عليها الضمان العشري. والسؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث هو مدى خضوع مقاول البناء من الباطن لأحكام الضمان العشري؟

للإجابة على هذا التساؤل نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

**المطلب الأول:** موقف المشرع الفرنسي.

**المطلب الثاني:** موقف المشرعين المصري واليمني.

## المطلب الأول

## موقف المشرع الفرنسي

عند صدور القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤، وما تلاه من تعديل للمادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧، حيث أقرتا بعدم خضوع المقاول من الباطن للمسئولية العشرية، وكذلك الحال عند صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، الذي أضيف بموجبه ست مواد إلى المادة السابقة ١٧٩٢، نجد أن المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق الأشخاص الخاضعين لأحكام المسئولية العشرية، حيث نصت المادة ١-١٧٩٢ مدني فرنسي على أنه:" يعتبر مقاولاً للعمل

١- كل مهندس معماري أو مقاول أو فني أو أي شخص آخر مرتبط برب العمل بموجب عقد إجارة صناعة (مقاولة).

٢- كل شخص يبيع بعد إنجازه، بناءً قام بتشييده، أو أوكل غيره بتشييده.

٣- كل شخص ينفذ مهمه شبيه بمهمة المقاول، حتى لو تصرف بصفته وكيلاً عن المالك"[١].

(1) Art 1792-1: (L. no. 78-12 du 4 janv. 1978) " Est réputé constructeur de l'ouvrage:
1. Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage;
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".

كما نصت المادة ٤-١٧٩٢ مدني فرنسي على: "أن صناع العمل أو جزء من العمل، أو جزء من التجهيزات، المصمم والمنتج بغرض أن يلبي- عند استخدامه- مستلزمات واضحة ومحددة سلفًا، يكون مسئولاً بالتضامن عن الالتزامات التي وضعتها المواد ١٧٩٢، ١٧٩٢-٢، ١٧٩٢-٣ على عاتق مؤجر العمل (المقاول) الذي أقدم على تنفيذ العمل أو جزء منه أو عنصر التجهيز المذكور دون أي تعديل وطبقًا للقواعد التي وضعها الصانع.

يعتبر بمثابة الصانع لتطبيق هذه المادة:

"من استورد عملاً أو جزءًا من عمل أو عنصر تجهيز مصنوع في الخارج؛ كذلك من قدمه على أنه من صنعه بأن وضع عليه اسمه أو علامة مصنعة أو أية علامة أخرى مميزة"(٢).

كما أن القانون الجديد رقم ٥٦١ لسنة ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ١٧ يونيو٢٠٠٨، الذي أضاف ثلاث مواد للمادة ١٧٩٢-٤، لم ينص صراحة على خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري، مكتفياً بتحديد مدة عشر سنوات لتقادم دعوى المسئولية المرفوعة ضدة فقط(٣).

(2) Art. 1792-4: (L. no. 78-12 du 4 Janv. 1978) " 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 œuvre, sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant, l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou élément d'équipement considéré.
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 œuvre en faisant figurer sur lui son nom, sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif ".

(3) Art. 1792-4-2: (L. no. 2008-561 du 17 juin 2008) "Les actions end responsabilité dirigées contre un sous-traitant en raison de dommages affectant un ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage mentionnés aux articles = 1792 et 1792-2 se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux et, pour les dommages affectant ceux des éléments d'équipement de l'ouvrage mentionnés à l'article 1792-3, par deux ans à compter de cette mémé réception".

(ISSN: 2537 - 0758)

يتضح من النصوص التشريعية السابقة أن المشرع الفرنسي منذ البداية لم يقر بخضوع المقاول من الباطن للضمان العشري، لعدم ارتباطه برب العمل بعقد مقاولة، حتى بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، رغم التوسع الكبير الذي طرأ فيه، حيث وسع من نطاق الأشخاص الخاضعين للضمان العشري، ليشمل إلى جانب المقاول والمهندس المعماري أي شخص آخر يرتبط برب العمل بعقد مقاولة، وكذلك بائع العقار تحت التشييد، أو بعد إنجازه، والوكيل عن مالك البناء، وكذلك الصانع ومن في حكمه، على الرغم من عدم ارتباطهم برب العمل بعقد مقاولة، ومع ذلك لم يُرد ذكر المقاول من الباطن صراحةً من ضمنهم، مع أنه المنفذ الفعلي للعمل في أغلب الأحيان.

## المطلب الثاني

## موقف المشرعين المصري واليمني

### أولاً: موقف المشرع المصري:

نظمت المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ أحكام المسئولية العشرية، حيث نصت على أنه:

١- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئًا عن عيب في الأرض ذاتها،....

٢- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

٣- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل. ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن".

يتضح من النص السابق أن المشرع المصري- على عكس المشرع الفرنسي- قد ضيق من نطاق الأشخاص الخاضعين للمسئولية العشرية، حيث اقتصرت تلك المسئولية على المهندس المعماري والمقاول فقط، كما أنه نص صراحةً في الفقرة الأخيرة على عدم سريان أحكام الضمان العشري على ما قد يكون للمقاول الأصلي من حق الرجوع على المقاولين من الباطن، فقصر بذلك نطاق الضمان من حيث المستفيدين منه على رب العمل في عقد المقاولة وخلفه العام والخاص، وبالطبع ليس من هؤلاء المقاول الأصلي لأنه يعتبر في الأصل رب عمل بالنسبة للمقاولين من الباطن، ولكن المشرع بهذه الفقرة قد

أجهز على وجه الشبه الذي يمكن أن يقوم بين المقاول الأصلي ورب العمل، وقد بررت المذكرة الإيضاحية هذا النص، بأن هذه المسئولية الاستثنائية قد تقررت؛ لأن رب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى مساوي للمقاول والمهندس المعماري من الناحية الفنية، مما أدى إلى استحداث هذه المسئولية الاستثنائية حمايةً لرب العمل منهم(٤).

**خلاصة القول:** أن المشرع المصري لم يقضي بخضوع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري تجاه المقاول الأصلي، أو تجاه رب العمل.

**ثانياً: موقف المشرع اليمني:**

تنظم المادة ٨٨١ من القانون المدني اليمني الأحكام الخاصة بالمسئولية العشرية حيث نصت على أن: "يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من خلل مضر أو تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاما من منشآت ثابتة أخرى ولو كان ذلك ناشئًا عن عيب بالأرض إذا كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ويعتبر الخلل مضرًا إذا كان يهدد متانة البناء وسلامته، ويمتد الضمان إلى ما يعتاد عرفًا من سلامة البناء فيها فإن لم يوجد عرف ولا اتفاق على هذه السلامة فيكون إلى عشر سنوات من وقت تسليم العمل لربه ما لم يكن الاتفاق على أن تبقى المباني أو المنشآت أقل من ذلك، فيكون الضمان للمدة المتفق عليها ويقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من الضمان أو الحد منه".

يتضح من النص السابق أن المشرع اليمني قد أورد كلمة المقاول بصفة عامة، أي أنه يشمل المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، ولكن بما أن مسئولية المهندس المعماري والمقاول، إنما هي مسئولية استثنائية من القواعد العامة أنشئت بمقتضى نص خاص؛ لذلك لا يمكن التوسع فيها ولا القياس عليها(٥). كما أنه لم يشترط للخضوع للمسئولية العشرية ضرورة ارتباط المعماريين برب العمل بعقد مقاولة كما فعل المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢-١، كما أنه أيضًا لم ينص صراحة على عدم سريان أحكام المسئولية العشرية على المقاول من الباطن كما فعل المشرع المصري، بل سكت عن

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية بالقانون المصري، ج٥، ص٢٣.

(٥) د. محمد لبيب شنب: شرح أحام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، ص١٦٢، د. غازي أبوعرابي: المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع (دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي)، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩ ص ١٦٧.

(ISSN: 2537 - 0758)

ذلك. وعليه نرى تعديل المادة (٨٨١) من القانون المدني اليمني، والنص صراحةً على خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري، بالتضامن مع المقاول الأصلي والمهندس المعماري، حمايةً للمصلحة العامة وحماية لرب العمل من إهمال وتلاعب المقاولين، كما نرى خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري تجاه المقاول الأصلي، باعتباره المنفذ الفعلي للعقد.

## المبحث الثاني

## موقف الفقه والقضاء

يعد المقاول الأصلي بمثابة رب عمل في علاقته بالمقاول من الباطن، ويرتبط الاثنان بعقد مقاولة، ويعد هذا الأخير من الناحية الفعلية مشيدًا في خصوص مقاولات البناء والتشييد، على الرغم من هذه الاعتبارات، فإن السائد في الفقه والقضاء في كلٍ من فرنسا ومصر واليمن، أن مقاول البناء من الباطن في علاقته بالمقاول الأصلي لا يخضع لأحكام المسئولية العشرية.

ولتقدير مسلك الفقه والقضاء سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

**المطلب الأول:** الاتجاه الرافض لتطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن.

**المطلب الثاني:** الاتجاه المؤيد لتطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن.

### المطلب الأول

### الاتجاه الفقهي الرافض لتطبيق الضمان العشري

### على مقاول البناء من الباطن

ذهب جانب من الفقه[٦] إلى رفض تطبيق أحكام الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن، وهم يستندون في ذلك إلى الاعتبارات القانونية والفنية والمالية التالية:

(٦) د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، تحديث وتنقيح المستشار/ أحمد المراغي، دار الشروق، ط ٢٠١٠، ص٩٢ وما بعدها، محمد ناجي ياقوت: عقد المقاولة، النسر الذهبي للطباعة، ١٩٩٧، ص٩٠ وما بعدها، محمد لبيب شنب: عقد المقاولة، مرجع سابق، ص١٥٧ وما بعدها، محامي/ محمد عنبر: عقد المقاولة،

## الفرع الأول
## الاعتبارات القانونية الرافضة لتطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن

**أولاً:** أن الضمان العشري يتطلب لتطبيق أحكامه، وجود عقد مقاولة يربط بين رب العمل من جهة ومقاول البناء من الباطن من جهة أخرى، وهذا العقد غير موجود بينهما، ففي عملية المقاولة من الباطن، يوجد عقدان، عقد المقاولة الأصلي ويربط بين رب العمل والمقاول الأصلي، وعقد المقاولة من الباطن يربط بين هذا الأخير ومقاول البناء من الباطن، وهذان العقدان وإن تداخلا موضوعًا، إلا أنهما اختلفا أشخاصًا، وتطبيقًا لمبدأ نسبية أثر العقد، فإنه لا يمكن تطبيق أحكام الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن، دون أن يربطه برب العمل عقد مقاولة[١].

**ثانيًا:** يرى بعض الفقه[٧] أن المادة ١٧٩٢-١ مدني فرنسي، قد حددت على سبيل الحصر الأشخاص الذين يخضعون لأحكام الضمان العشري، وليس من بين هؤلاء مقاول البناء من الباطن، وهو ما يدل على رغبة المشرع الفرنسي، في استبعاده من نطاق أحكام المسئولية العشرية، فلو أراد إخضاع مقاول البناء من الباطن لهذه الأحكام لصرح بذلك، خصوصًا أنه يعلم أنه يضع نصًا استثنائيًا يتخطى به ضوابط القواعد العامة وحدودها.

**ثالثًا:** أن إخضاع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري، فيه مخالفة لأحكام القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥، الخاص بحماية المقاولين من الباطن من إفلاس أو

---

دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، بدون دار نشر، ١٩٨٧، ص١٩٦، د. سعيد عبدالسلام: الوجيز في العقود المسماة (مقاولة-بيع)، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٢٦.

CASTON (Albert); Responsabilité et assurance– construction; Le (lifting) inachevé …, Commentaire de l'ordonnance du 8 juin 2005, prec., No.391, p.183.

(٧) د. عبد الرازق يس: المسئولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص٤٣٤، د. عبد الحميد الحفني: المسئولية المدنية للمقاول من الباطن، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، بدون دار نشر، ص١١٧.

(ISSN: 2537 - 0758)

تصفية أعمال المقاول الأصلي، والذي جعل هذا الأخير مسئولاً عن أعمال المقاول من الباطن في مواجهة رب العمل(٨).

**رابعًا:** جاءت الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدني مصري، واضحة وصريحة في أن أحكام الضمان العشري لا يطبق على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

وقد ذهب الفقه المصري(٩) وهو بصدد تعليقه على هذه الفقرة، إلى أنه يلزم لتطبيق أحكام الضمان العشري أن يكون هناك عقد مقاولة، وأن يكون هذا العقد مبرمًا مع رب العمل، ولما كان عقد المقاولة من الباطن يبرم مع المقاول الأصلي وليس مع رب العمل، فإن الضمان العشري قد فقد شرط تطبيقه، فضلاً عن ذلك فإن الضمان العشري يعد مسئولية خاصة، تقررت بنصوص خاصة، استثناء من القواعد العامة، والاستثناء لا يجوز أن يتجاوز في تفسيره مورد النص، كما أنه لا يجوز القياس عليه أو التوسع فيه.

**خامسًا:** يبقى المقاول الأصلي هو المسئول الأول في مواجهة رب العمل عن أعمال المقاول من الباطن، كأنها صادرة عنه (١٧٩٧ مدني فرنسي، ٦٦١/٢ مدني مصري، ٨٩١ مدني يمني)، فهو ملزم بأعمال تابعيه، ولو لم يعتبر المقاول من الباطن من أتباعه بالمعنى الدقيق، وفقًا لقواعد مسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه(١٠)، ومن ثم فلا حاجة لإخضاع المقاول من الباطن للضمان العشري(١١).

---

(٨) هذا ما قاله بعض نواب الجمعية الوطنية الفرنسية، Caston: Op. Cit.p.183.

راجع في ذلك الجريدة الرسمية لمناقشات الجمعية الوطنية الفرنسية (JO. Deo. AN) بتاريخ ٢٠ديسمبر ١٩٧٧، ص٨٩٨٠.

(٩) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج٧ مج١، مرجع سابق، ص٩٣-٩٤، د. محمد شكري سرور: مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، ١٩٨٥، ص١٩٩، د. محمد لبيب شنب: عقد المقاولة، ص١٥٧، د. محمد ناجي ياقوت: عقد المقاولة: مرجع سابق، ص٣٠، ٣١.

(١٠) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج٧ مج١، مرجع سابق، ص٩٢- ص٩٤ هامش٢، د. محمد لبيب شنب: أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص ١٦٢، د. محمد ناجي ياقوت: عقد المقاولة، ص٤١.

(١١) د. غازي أبوعرابي: مرجع سابق، ص١٧٠.

وبالنسبة لأحكام القضاء الفرنسي، فقد تواترت أحكامه على استبعاد المقاول من الباطن من الخضوع للضمان العشري، في علاقته بالمقاول الأصلي، ولم يخرج القضاء في تبريره لذلك عن تبرير الفقه.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "لما كانت المقاولة من الباطن لا تعدو أن تكون عقد مقاولة؛ لذا فإن المقاول من الباطن لا يسأل إلا في مواجهة المقاول الأصلي وفقًا لأحكام المسئولية العقدية المقررة في القواعد العامة، وذلك حتى ولو كان موضوع المقاولة من الباطن تشييد عمل عقاري. لما كان ذلك فإن أحكام الضمان العشري المنصوص عليها في المواد من ١٧٩٢ إلى ١٧٩٢-٦ من التقنين المدني، لا تطبق إلا على العلاقات التي تنشأ بين رب العمل والمقاول الذي تعاقد معه... ولا تنطبق بأي حال من الأحوال على العلاقات التي تنشأ بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن"(١٢).

وفي حكم آخر قضت المحكمة نفسها بأنه: "لما كان المقاول من الباطن، لا يلتزم إلا في مواجهة المقاول الأصلي بالتزام عقدي بتحقيق نتيجة؛ لذا فإنه لا يخضع لقرينة المسئولية العشرية المنصوص عليها في المادة ١٧٩٢ مدني، ومن ثم فإنه لا يسأل مسئولية عشرية..."(١٣).

## الفرع الثاني

## الاعتبارات الفنية الرافضة لتطبيق الضمان العشري

## على مقاول البناء من الباطن

تتمثل في عدم دراية رب العمل بأعمال البناء والتشييد، حيث اعتمد المشرع على هذه الاعتبارات في تبريره لتطبيق الضمان العشري على المقاول والمهندس المعماري، فبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، يتضح أن المشرع قد أراد بتقريره الضمان العشري حماية رب العمل، انطلاقًا من عدم خبرته من الناحية الفنية بفن

(12) Cass. Civ. 20 Juin 1989. Précité; 17 Juill. 1992, Resp. Civ. et ass 1992, som. 418.
(13) Cass. Civ. 17 Déc. 1997 précité. Cass. Civ, 20 Juin 1989. Cass. Civ 17 Jull, 1992.

(ISSN: 2537 - 0758)

البناء والتشييد، فإذا أراد أن يشيد بناء، أو يقيم منشأة ثابتة، فإنه يتعامل مع أهل فن وخبرة ودراية كاملة بما هو جاهله. ومن هذا المنطلق هدف المشرع إلى حمايته من تلاعب المقاولين أو المهندسين، الذي قد يلجأ إليهم في مجال البناء والتشييد، وقد يكون دافع هؤلاء إلى التلاعب، وعدم إتقانهم لعملهم، معرفتهم بجهل رب العمل وعدم درايته بأصول المهنة(١٤)، أما بالنسبة للمقاول الأصلي في علاقته بالمقاول من الباطن، فإن هذه الحماية لا تتقرر له، لأنهما من الناحية الفنية متساويان، وبالتالي فليس هناك حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهما(١٥).

وهذا الاعتبار أيضًا، هو ما دفع المشرع الفرنسي إلى تقرير الضمان العشري، عند وضعه للمجموعة المدنية الفرنسية سنة ١٨٠٤، وأيضًا عند تعديله لأحكام هذه المسئولية سنة ١٩٦٧، فقد أقر عدم إخضاع المقاولين من الباطن لأحكام الضمان العشري، وعند الرجوع إلى الأعمال التحضرية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، يتضح أنه أثناء عرض مشروع هذا القانون المقدم من الحكومة، على مجلس الشيوخ في لجنته التشريعية، اقترح أحد أعضاء هذه اللجنة(١٦)، أن يكون المقاول من الباطن مسئولاً بالتضامن مع المقاول الأصلي، عن الالتزامات التي تفرضها على عائق هذا الأخير، المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي وما بعدها، وذلك من الوقت الذي يكون فيها رب العمل قد قبل المقاولة من الباطن، وعند طرح مشروع القانون في مجلس الشيوخ متضمنًا هذا الاقتراح، تم حذف هذا الاقتراح من المشروع، لدى عرضه على الجمعية الوطنية (مجلس النواب)، وذلك لاعتراض بعض النواب عليه.

---

(١٤) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج٧ مج١، مرجع سابق، ص٨٧ هامش ٢، د. أشرف عبد العظيم: الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص٤٧٨.

(١٥) راجع في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٥، ص٢٣.

(١٦) راجع في ذلك، الجريدة الرسمية بفرنسا، الصادرة بتاريخ ٣ يناير ١٩٧٦، ص١٤٥، راجع اقتراح:

M. Pillet "La Sous-traitant accepté par le maître de M. Pillet l'ouvrage, dans les conditions visées à l'article de latoin 75, 1334 du 31 déc. 1975 soit solidaire meut responsable des ablégations mise à la charge du locateur d'ouvrage par les art 1792 ets " Jo. Deb. Ass. No.20 déc. 1977. P.8980.

## الفرع الثالث
## الاعتبارات المالية الرافضة لتطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مقاول البناء من الباطن، أوالشركات التي تقوم بالمقاولة من الباطن، غالبًا ما تكون إمكانياتها المادية والتمويلية والفنية ضعيفة ومحدودة، وليس لديها الكفاءة المطلوبة، لا من الناحية المالية ولا من الناحية الفنية، كي تكون قادرة على تحمل مسئولية العمل المطلوب تشييده في مجموعة، فإذا أخضعنا مقاول البناء من الباطن للمسئولية المشددة المنصوص عنها بالمواد (١٧٩٢ وما بعدها مدني فرنسي، ٦٥١ مدني مصري، ٨٨١ مدني يمني)، فسوف يعرضه ذلك للإفلاس والانهيار(١٧).

## المطلب الثاني
## الاتجاه الفقهي المؤيد لتطبيق أحكام الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن

ذهب جانب من الفقه(١٨) إلى القول بوجوب تطبيق أحكام الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن بالتضامن مع المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل، وذلك من خلال تدخل المشرع سواءً الفرنسي أو المصري أو اليمني، بالنص صراحةً على خضوع مقاول البناء من الباطن لأحكام المسئولية العشرية متضامنًا مع المقاول الأصلي، وذلك بهدف

(١٧) د. عبد الرازق يس: مرجع سابق، ص٤٣٧، راجع كذلك:
Bigot (J): La réforme de l'assurance construction ed l'arhus, p.42-43 paris – 1980.

(١٨) د. عبد الرازق يس: مرجع سابق، ص٤٤٥ وما بعدها، د. رأفت حماد: مرجع سابق، ص١٨٣ وما بعدها، د. عبد الحميد الحفني: المسئولية المدنية للمقاول من الباطن، مرجع سابق، ص١١٩ وما بعدها، د. نجم الأحمدي: التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص١٧٥ وما بعدها، د. عبد الملك مطهر: التزامات المقاول والمهندس ومسئوليتها في عقد المقاولة في القانون اليمني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص٣٥٣، د. مصطفى عصيمي: عقد المقاولة من الباطن في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه: جامعة أسيوط، ٢٠٠٢، ص٤٢٨، د. أشرف عبد العظيم: مرجع سابق، ص٤٩٧ وما بعدها، د. غازي أبوعرابي: مرجع سابق، ص١٧٥ وما بعدها.

(ISSN: 2537 - 0758)

حماية رب العمل، خصوصًا أن معظم عمليات البناء والتشييد في وقتنا الحاضر تتم بواسطة مقاولين من الباطن، ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجج والأسانيد التالية:

## الفرع الأول
## الاعتبارات القانونية المؤيدة لتطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن

**أولاً:** إن القول بأن عدم خضوع مقاول البناء من الباطن لأحكام الضمان العشري، يرجع لعدم وجود عقد مقاولة بين هذا الأخير ورب العمل، يمكن الرد على ذلك، بأن الطبيعة القانونية للضمان العشري، مازالت محل اختلاف وجدل فقهي وقضائي كبير، حيث يذهب اتجاه إلى أن الضمان العشري من طبيعة عقدية، بينما اتجاه آخر يقيمها على أساس تقصيري، بينما اتجاه ثالث يرى أن الضمان العشري ذات طبيعة مزدوجة بين العقد والقانون، واتجاه رابع يرى أنها مسئولية استثنائية لاحقة على العقد أنشأها المشرع بنص قانوني صريح(١٩).

وأمام هذا الخلاف حول الطبيعة القانونية للضمان العشري، ذهب جانب من الفقه(٢٠) إلى القول، أن الاستناد إلى ضرورة وجود الرابطة العقدية، لتطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن لم يعد ذا أهمية، خصوصًا أن المشرع الفرنسي قد خرج بنفسه على هذه الحجة، وطبق الضمان العشري في بعض الأحوال، ولم يتطلب أية رابطة عقدية بين رب العمل وبين من يقومون ببعض أعمال المقاولات، ومن ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢-٤ مدني فرنسي، بخصوص إخضاع الصانع لعمل أو لجزء من عمل، أو لعنصر تجهيزي فيه، وكذلك المستورد أو الموزع لكل هذا، أو حتى البعض منه، دون أن يكون بينه وبين رب العمل رابطة عقدية.

كما أن المشرع الفرنسي لم يلتزم أيضًا بضرورة وجود عقد مقاولة، يربط بين رب العمل ومقاول البناء من الباطن، فقد قرر هذا الضمان بنصوص خاصة، في حالات عديدة، دون أن يتطلب وجود هذا العقد، كما في حالة بيع عقار تام الإنجاز ١٧٩٢-

(19) ODENT: Cite par Costa (J.I), La responsabilité des-constructeurs, d'après la loi du 4 janvier 1978, D.1979, Chr. P.46, Note 51.

(٢٠) د. عبد الرازق يس: مرجع سابق، ص٤٤١، د. رأفت حماد: المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص١٧٨.

٢/١ مدني فرنسي)، وحالة بيع عقار تحت التشييد ١٦٤٦-١ مدني فرنسي، وكذلك في حالة عقد الوكالة ١٧٩٢-٣/١ مدني فرنسي، وأيضًا حالة التمويل العقاري ١٨٣١-١ مدني فرنسي(٢١).

ومما سبق نجد أن المشرع الفرنسي قد خرج بنفسه عن هذه الحجة، فقد سلب قيمتها، وأهدر أهميتها، بكثرة ما أورده من استثناءات عليها، حيث أخضع طوائف أخرى للضمان العشري دون اشتراط توافر عقد مقاولة بينها وبين رب العمل، ولهذا كان أجدر بالمشرع الفرنسي أن يخضع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري ولو بنص خاص لحاجة الصالح العام والخاص لمثل هذا الإخضاع بعد انتشار ظاهرة المقاولين من الباطن(٢٢).

ومما يؤيد عدم ضرورة توافر الرابطة العقدية، تدخل المشرع الفرنسي والمصري، حيث أوجدا علاقة قانونية بين مقاول البناء من الباطن ورب العمل، وذلك عندما أعطيا للأول- بشروط خاصة- حق رفع الدعوى المباشرة ضد رب العمل، لمطالبته بما هو مستحق للمقاول الأصلي لديه، للوفاء بأجر مقاول البناء من الباطن، أوبالقدر المتبقي منه (١٢ من قانون رقم ٧٥/١٣٣٤ تاريخ ١٩٧٥/٣١ مدني فرنسي، ١/٦٦٢ مدني مصري)، وذلك لحماية مقاول البناء من الباطن من إفلاس المقاول الأصلي وتصفية أمواله، وفي مقابل ذلك يحتاج رب العمل والصالح العام إلى حماية مماثلة لذلك(٢٣).

وعلى العكس من ذلك لم يمنح المشرع اليمني هذه الحماية للمقاول من الباطن من خلال السماح له برفع الدعوى المباشرة لمطالبة رب العمل بما له من أجر مستحق في ذمة المقاول الأصلي، كما أن المقاول من الباطن لا يستطيع الرجوع على رب العمل باسم المقاول الأصلي عن طريق الدعوى غير المباشرة لعدم تنظيم المشرع اليمني لها ضمن القواعد العامة للقانون المدني اليمني، وبالتالي لا يمكن للمقاول من الباطن الرجوع على رب العمل إلا إذا أحاله المقاول الأصلي، بموجب دعوى الحوالة (٣٨٣ مدني يمني)(٢٤).

---

(٢١) د. عبد الرازق يس: مرجع سابق، ص٤٤١، د. رأفت حماد: مرجع سابق، ص١٨٠.

(٢٢) د. غازي أبوعرابي: مرجع سابق، ص١٧٢.

(٢٣) د. رأفت حماد: مرجع سابق، ص١٨١، د. نجم الأحمدي: مرجع سابق، ص١٧٤.

(٢٤) حيث تنص المادة (٣٨٣) مدني يمني على أن: " حوالة الحق هي أن يحيل الدائن (المحيل) شخصا آخر (المحال) بحقه على مدينه (المحال عليه) لاستيفائه منه وهي جائزة إلا أن يحول دون

(ISSN: 2537 - 0758)

**ثانيًا:** يرد أصحاب هذا الاتجاه على من يقول بأن إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري يعد مخالفًا للقانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥، أنه لا يوجد تعارض في ذلك، لأن هذا القانون، وإن كان قد قرر حماية المقاول من الباطن لأي سبب من الأسباب، إلا أنه لم يقرر صراحة عدم خضوعه لأحكام هذا الضمان، وحتى لو قرر ذلك صراحة أو ضمنًا، فالأمر مرده أولاً وأخيرًا في يد المشرع، يستطيع أن يلغي اليوم ما قرره بالأمس، متى توفرت لديه دواعي ذلك وأسبابه(٢٥).

**ثالثًا:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه إذا كان المشرع، سواء أكان في فرنسا أم في مصر، قد أراد بالفعل حماية رب العمل، باعتباره من غير المهنيين أصحاب الخبرة، فإن ذلك لا ينبغي أن يترتب عليه تجاهل المقاول الأصلي في علاقته بالمقاول من الباطن، ذلك أن المقاول الأصلي، الذي يكتسب مركز رب العمل في علاقته بالمقاول من الباطن، سوف يضار من عدم خضوع العلاقة بينه وبين المقاول من الباطن لأحكام المسئولية العشرية. والقول بغير ذلك يؤدي إلى أن يتحمل المقاول الأصلي وحده آثار المسئولية العشرية في مواجهة رب العمل، في الوقت الذي قد يكون فيه سبب عدم التنفيذ راجعًا إلى تقصير المقاول من الباطن(٢٦)، دون أن يكون من حقه الرجوع على هذا الأخير بأحكام المسئولية العشرية نفسها والتي أدين بمقتضاها. ولا شك أن أحكام هذه المسئولية أشد إذا ما قورنت بأحكام المسئولية العقدية، التي يرجع بمقتضاها المقاول الأصلي على المقاول من الباطن، لأن أحكام المسئولية العشرية قد صيغت بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على الحد أو الإعفاء منها، في حين أن دعوى المسئولية العقدية يمكن الحد أو الإعفاء منها. والعدالة تأبى الرجوع على المقاول الأصلي بأحكام مشددة ولا تخوله الرجوع على المقاول من الباطن إلا بقواعد المسئولية العقدية المخففة(٢٧).

---

ذلك نص في القانون أو اتفاق بين الدائن والمدين. أو طبيعة الحق كأن يكون مرتبطا بشخص معين عين له محسن مرتبا لتفوقه هذا وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين".

(٢٥) د. عبد الرازق يس: مرجع سابق، ص٤٤٢ وما بعدها، د. مصطفى عصيمي: مرجع سابق، ص٤٢٢.

(٢٦) د. أحمد الزقرد: دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول أوالمهندس، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، يونيو١٩٩٨، ص٥٤٢ وما بعدها، د. عبد الحميد الحفني: المسئولية المدنية للمقاول من الباطن، مرجع سابق، ص١٢١.

(٢٧) د. أحمد الزقرد: المرجع السابق، ص٥٤٢ وما بعدها.

**رابعًا:** يرى جانب من الفقه[٢٨] أن عدم خضوع مقاول البناء من الباطن لأحكام المسئولية العشرية يترتب عليها آثار ضارة، فالثابت أن التأمين الإجباري من المسئولية، يرتبط في فرنسا بالمسئولية العشرية وجودًا وعدمًا، وعدم خضوع مقاول البناء من الباطن لأحكام المسئولية العشرية، يترتب عليه عدم خضوعه لأحكام التأمين الإجباري، على الرغم من أن الحكمة من تقرير التأمين الإجباري تتوافر في شأنه، فالغاية الاجتماعية التي دعت إلى تنظيم التأمين الإجباري تتمثل في حماية المضرورين من تهدم البناء بتمكينهم من الحصول على تعويض سريع وكامل. وتحقيق ذلك يتطلب تغطية التأمين الإجباري للمسئولية أيًا كان الشخص الذي قام بعملية البناء، سواء المقاول الأصلي أو مقاول البناء من الباطن، فالعلة قائمة في الحالتين، والقول بغير ذلك يعرض حق المضرور في الحصول على التعويض للخطر، خاصة أن مقاول البناء من الباطن غالبًا ما تكون إمكانياته المالية ضعيفة؛ لذا فإن حماية حق المضرور في الحصول على تعويض سريع وكامل يستلزم تغطية التأمين الإجباري لمسئولية مقاول البناء من الباطن.

**خامسًا:** إن عدم خضوع مقاول البناء من الباطن لأحكام المسئولية العشرية، كان محلاً للانتقاد من جانب الفقه الفرنسي، خصوصًا بعد أن أصبح الصانع مسئولاً بالتضامن مع المقاول الذي قام بالتركيب، عن الالتزامات التي وضعتها المواد ١٧٩٢، ١٧٩٢-٢، ١٧٩٢-٣، وذلك بمقتضى المادة ١٧٩٢-٤ مدني فرنسي، لأن ذلك سوف يفتح الباب واسعًا أمام الصانع للإفلات من مسئوليته التضامنية التي فرضها القانون، وذلك عندما يقوم بتركيب ما يورده الصانع مقاول من الباطن- الذي لا يخضع لأحكام المسئولية العشرية- وليس المقاول الأصلي، وبالتالي يفلت الصانع من الخضوع لأحكام هذه المسئولية أيضًا[٢٩].

---

(٢٨) د. عبد الحميد الحفني: نطاق التأمين الإجباري من المسئولية المدنية لمشيدي البناء عن الأضرار التي تلحق بالمضرور من تهدم البناء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.، ص٤٢ وما بعدها.

(29) Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz. Dr. de la promotion immobilière, D.5e éd. On 168.

(ISSN: 2537 - 0758)

**سادسًا:** يرى جانب من الفقه[٣٠]، أن خضوع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري، يحاصر محاولات الغش في العمل، وكذا الغش في المواد المستخدمة في البناء والتشييد، والتي تهدف إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الكسب غير المشروع، خصوصًا إذا علم مقاول البناء من الباطن أن مسئوليته تنتهي بمجرد تسليم الأعمال للمقاول الأصلي، وأن هذا الأخير وحده هو الذي سيكون مسئولاً عنها أمام رب العمل، حتى لو أراد هذا الأخير الرجوع على مقاول البناء من الباطن، فلن يستطيع الرجوع عليه إلا وفقًا للقواعد العامة، وفي هذا ما فيه من إرهاق للمقاول الأصلي، وتضييع لحقوقه.

## الفرع الثاني

## الاعتبارات الفنية المؤيدة لتطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن

**أولاً:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه إذا كان مبرر المشرع في تقريره للضمان العشري هو حماية رب العمل من تلاعب المقاولين، انطلاقًا من عدم خبرته للجوانب الفنية للبناء والتشييد، فإن ذات المبرر قائم بالنسبة لرب العمل في مواجهة مقاول البناء من الباطن، وإذا قيل– ردًا على ذلك– أن المقاول الأصلي يبقى مسئولاً عن أعمال المقاول من الباطن أمام رب العمل، وأن هذه المسئولية المشددة سوف تجعل المقاول الأصلي يشدد من رقابته على مقاول البناء من الباطن، مما يدفعه إلى إتقان عمله[٣١]. فهذا القول مردود عليه بأن مسئولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن، لا ترقى إلى اعتبارها كمسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه، لأن مقاول البناء من الباطن يباشر عمله باستقلال عن المقاول الأصلي، فضلاً عن ذلك، فإن ما تبناه المشرع من حماية لرب العمل قد تهدر تمامًا، خاصة في حالة رجوع رب العمل على المقاول الأصلي بالضمان، عند حدوث سبب خلال مدة الضمان العشري، فلم يجد المقاول الأصلي، كما لو كان هذا الأخير شركة تمت تصفيتها قبل حدوث سبب الضمان، أو كان أجنبيًا وعاد إلى بلده، أو كان قد توفي ولم يكن له خلف عام. ففي هذه الحالة لن تتحقق حماية رب

(٣٠) د. عبد الرازق يس: مرجع سابق، ص٤٤٧ وهامش ٣٩ بنفس الصفحة.

(٣١) د. مصطفى عصيمي: مرجع سابق، ص٤٢٧.

العمل بمقتضى القواعد الخاصة للضمان العشري، وذلك لأن رب العمل في هذه الحالة لن يستطيع مطالبة مقاول البناء من الباطن بالضمان، لعدم خضوعه– وفقًا للرأي الرافض لخضوع المقاول من الباطن للضمان العشري– له، بالرغم من أنه قد يكون هو المنفذ الفعلي لكل البناء، أو لجزء منه، وقد يكون هو المتسبب في حدوث التهدم أو العيب، وبالتالي فإنه باستبعاد المقاول من الباطن من الضمان العشري، استنادًا إلى مسئولية المقاول الأصلي عنه، قد تؤدي إلى إهدار حماية رب العمل، وبالتالي إهدار الاعتبار الذي من أجله شرعت القواعد الخاصة للضمان العشري، مما قد يفرغ إرادة المشرع من مضمونها، خاصة وأن حدوث سبب الضمان يكون بعد تسليم العمل وقبوله من قبل رب العمل(٣٢).

**ثانيًا:** يذهب بعض الفقه(٣٣) إلى القول، بأن عدم دراية رب العمل الفنية في مواجهة المقاول الأصلي، تتوافر أيضًا في مواجهة المقاول من الباطن، ومن ثم كان من المنطقي انسحاب أحكام الضمان العشري على هذا الأخير، لتوافر نفس العلة التي تقرر من أجلها هذا الضمان، فعدم دراية رب العمل الفنية، تقوم أيضًا في مواجهة المقاول من الباطن المتخصص في أعمال البناء والتشييد.

وقد استدلوا على ذلك، بأن القضاء سواء في مصر أو فرنسا، لم يقتصر في تطبيق أحكام الضمان العشري، على المهندس المعماري والمقاول، استنادًا إلى أسباب شخصية، تتعلق بشخصيتهما، وإنما طبق أحكام هذا الضمان استنادًا إلى معيار أكثر موضوعية، حيث أنه أخضع كل من يباشر مهام هذه الشخصية لأحكام الضمان العشري، ولو افتقد الصفة أو أعوزه اللقب مادام من يباشر هذا العمل كان مرتبطًا مع رب العمل بعقد مقاولة(٣٤).

---

(٣٢) المرجع السابق نفسه، ص٤٨٤، ٤٨٥.

(٣٣) المرجع السابق نفسه، ص٤٨٥.

(٣٤) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، مج٧ ج١، مرجع سابق، ص٩١، ٩٢، د. عبد الرازق يس: مرجع سابق، ص٤٣٣، د. عبد الناصر العطار: تشريعات تنظيم المباني ومسئولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، ١٩٧٢، ص١٢٢ وما بعدها.

(ISSN: 2537 - 0758)

وعلى ذلك، فإن أساس تطبيق الضمان العشري هو مباشرة مهام البناء والتشييد، أي مباشرة مهمة كل من المهندس المعماري والمقاول، ولما كان مقاول البناء من الباطن يباشر هذه المهمة، فإن المنطق يقضي بخضوعه لأحكام هذا الضمان، وذلك لقيامه فعلاً بتنفيذ كل العمل أو لجزء منه(٣٥).

**ثالثًا:** مما لا شك فيه أن المشرع أراد فعلاً حماية رب العمل المفتقر إلى الدراية الفنية، بتقريره هذه المسئولية الخاصة للمعماريين، إلا أنه ليس معنى ذلك أنه أهدر المصلحة العامة، فهذه المصلحة تقتضي سريان هذه المسئولية تجاه مقاول البناء من الباطن حتى تكون دافعًا له على ضرورة إتقان ما يؤديه من عمل، لأن أي إهمال في أداء العمل ينعكس بالضرر على المجتمع حيث يضار بعض أفراد الجماعة المستخدمين لهذا البناء(٣٦)، وإذا كان المشرع لم يخضع مقاول البناء من الباطن لأحكام الضمان العشري، لحماية مصلحته الخاصة، فإن حماية المصلحة العامة أولى وأوجب، وليس أدل على أن المشرع لم يهمل المصلحة العامة، في تقريره الضمان العشري، من أنه قد ربط بين هذا الضمان والنظام العام، فقيّد من حرية الأفراد في تعطيل أحكام هذا الضمان، أو الحد منه(٣٧)، حيث نصت المادة ١٧٩٢-٥ مدني فرنسي(٣٨) على أن: "بطلان كل شرط في العقد يكون مقتضاه استبعاد المسئولية المنصوص عليها في المواد ١٧٩٢-١، ١٧٩٢-٢ أو الحد من هذه المسئولية، أو استبعاد الضمان المنصوص عليه في المادة ١٧٩٢-٣ أو التضييق من نطاقه، أو استبعاد التضامن المنصوص عليه في المادة ١٧٩٢-٤ أو الحد منه، كما نصت المادة ٦٥٣ مدني مصري وكذا المادة ٨٨١ مدني يمني على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه"، وبذلك جعل المشرع سواءً الفرنسي أو

(٣٥) د. أشرف عبد العظيم: مرجع سابق، ص٤٨٦.

(٣٦) د. رأفت حماد: مرجع سابق، ص١٧٣، د. أشرف عبد العظيم: مرجع سابق، ص٤٨٧.

(٣٧) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، مج١ ج٧، مرجع سابق، ص١١٩، د. فتحي غيث: قانون المهندس، دار المعرفة، ١٩٦٠، ص٥٤.

(38) Art. 1792-5" Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure << les guaranties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 >> ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite".

المصري واليمني، البطلان جزاء كل شرط يدرج في العقد يعفي الضمان العشري، أو يحد منه(٣٩).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرعين سواء في فرنسا أو مصر أو اليمن، قد ابتغوا المصلحة العامة بتقريرهم الربط بين الضمان العشري والنظام العام، على النحو الذي بيناه، مما يستوجب خضوع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري(٤٠).

**رابعًا:** يرد أصحاب هذا الاتجاه على من يقول بأن المقاول الأصلي ومقاول البناء من الباطن متساويان من الناحية الفنية، ومن ثم فليس هناك حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية بينهما(٤١)، بأن الواقع العملي يؤكد أن الأساس في التقاول من الباطن ليس في القوة أو الضعف الفني، وإنما في نوع التخصص، ومدى قدرة المقاول الأصلي على القيام به من الناحية الفنية. فإذا قرر هذا الأخير أنه قادر على القيام بالتخصص من الناحية الفنية، فلن تكن له حاجة إلى التقاول من الباطن، أما إذا لم تكن لديه قدرة فنية كافية للقيام بما عهد إليه أو بجزءٍ منه، فإنه في هذه الحالة سوف يكون في حاجة إلى مقاول من الباطن يكون متخصصًا وذا كفاءة فنية كافية، أي أن المقاول الأصلي، غالبًا ما يلجأ إلى مقاول من الباطن، لتنفيذ الأجزاء من العمل التي لا طاقة له بها فنيًا، منها– مثلاً– أعمال الحفر ودق الأساسات والتركيبات الفنية الكبرى التي يحتاج إليها البناء، وهذه الأعمال تعد على درجة عالية من الأهمية، وأن التهاون في تنفيذها، أو تنفيذها ممن ليس لديه الدراية الفنية الكافية، فإن ذلك غالبًا ما يكون سببًا في الحوادث والانهيارات التي تحدث في المنشآت والأبنية(٤٢).

وعلى ذلك فإن المقاول الأصلي عندما يلجأ إلى مقاول البناء من الباطن، فإنه يكون– في أغلب الأحوال– غير متساو معه من الناحية الفنية، بخصوص العمل الذي عهد به إليه، الأمر الذي يجعل هذه الحجة غير مقنعة، عند تبرير عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري، في علاقته بالمقاول الأصلي لتساويهما من الناحية الفنية.

---

(٣٩) د. أشرف عبد العظيم: مرجع سابق، ص٤٨٧.

(٤٠) المرجع السابق نفسه، ص٤٨٧.

(٤١) راجع في ذلك، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٥، ص ٢٣، سبق الإشارة إليها في ص.

(٤٢) د. عبد الرازق يس: مرجع سابق، ص٤٤٤، د. رأفت حماد: مرجع سابق، ص١٨٢، ١٨٣.

(ISSN: 2537 - 0758)

## الفرع الثالث

## الاعتبارات المالية المؤيدة لتطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن

يرد أصحاب هذا الاتجاه على من يقول بعدم خضوع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري، بسبب ضعفه المالي والتمويلي والفني، بأن هذه الحجة وإن كانت مستندة إلى الواقع، إلا أنه يمكن الرد عليها– أيضًا– بأدلة واقعية. فما يجري عليه العمل– فعلاً– في مجال البناء والتشييد سواءً في فرنسا أو مصر أو اليمن هو إسناد المقاول الأصلي للمقاول من الباطن الأعمال التي لا طاقة للأول بها فنيًا أو ماديًا، كأعمال الأساسات والتركيبات الفنية الكبرى التي تحتاج إلى تخصص وكفاءة فنية وقدرة عالية لا تتوفر غالبًا في المقاول الأصلي. وقد يعترض البعض على ذلك بقولهم بأنه: "في مصر كثير من عقود المقاولين العرب عثمان تتم بمقاولين من الباطن مع العلم أن المقاولين العرب أكثر قدرة وتخصصًا"، ولكن يمكن الرد على ذلك، بأن هذه الحالة مبنية على الأمر النادر وليس الأمر الغالب، فالغالب أن معظم شركات المقاولات، ليست متخصصة في جميع أعمال البناء والتشييد، وإنما يكون تخصصها في فرع واحد من هذه الأعمال، أما باقي الأعمال، فغالبًا ما تكون غير متخصصة فيها، ولذلك تستعين بمقاولي البناء من الباطن المتخصصين، خاصة في ظل نظام المناقصات التي يدخلها معظم الشركات استنادًا إلى سبق الأعمال فقط، والتي قد تكون– أصلاً– تمت بواسطة مقاولين من الباطن، واعتمادًا فقط على القدرة المالية وحسن السمعة، كما أن تفرع عمليات البناء وتشعبها تستلزم الاستعانة بمقاولين من الباطن كل في تخصصه(٤٣).

ومن هنا يمكن القول أن الأساس في إسناد العمل للمقاول من الباطن، ليس في الفقر أو الغني المالي، أو القوة أو الضعف الفني، وإنما هو في نوع التخصص، ومدى قدرة المقاول الأصلي على القيام به، أو أن يعهد هذا الأخير بالعمل، أو بجزء منه إلى شركة متخصصة تكون أكثر منه كفاءة فنية وأعلى مقدرة مالية(٤٤).

ولذلك فإن الواقع العملي سواء في فرنسا أو مصر واليمن، يثبت أن ما ينفذه مقاول البناء من الباطن من أعمال، قد يكون أكثر أهمية من تلك التي يقوم بتنفيذها المقاول الأصلي(٤٥).

(٤٣) د. رأفت حماد: مرجع سابق، ص١٨٢ هامش ٢، د. أشرف عبد العظيم: مرجع سابق، ص٤٩٠، ٤٩١.

(٤٤) د. عبد الرازق يس: مرجع سابق، ص٤٤٤.

(٤٥) د. أشرف عبد العظيم: مرجع سابق، ص٤٩٢.

ومما سبق يتضح، أنه لا يمكننا مسايرة الاتجاه الرافض لخضوع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري، استنادًا إلى ضعف قدرته الفنية وإمكانياته المالية.

ومن كل ما سبق نستخلص، أن المشرع– سواءً الفرنسي أو المصري أو اليمني– قد استقر على إقصاء مقاول البناء من الباطن عن الضمان العشري، أما بالنسبة للفقه، فإن جانبًا منه قد ذهب إلى تأييد المشرع في عدم إخضاع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري، بينما ذهب الجانب الآخر إلى انتقاد مسلك المشرع في هذا الخصوص، والمطالبة بضرورة إخضاع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري، لأن اعتبارات المصلحة العامة تتطلب إخضاعه لها، لكي يؤدي عمله بإتقان وأمانة، ومنعًا للغش والتلاعب ومحاولة تحقيق الربح على حساب متانة البناء وسلامته من الناحية الفنية...، ويطالب أصحاب الاتجاه الأخير بوجوب إخضاع مقاول البناء من الباطن بالتضامن مع المقاول الأصلي للضمان العشري.

ومن جانبنا نرى أن الاتجاه الأخير أولى بالإتباع، وأنه من الواجب إخضاع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري، وذلك من خلال تدخل المشرع سواء الفرنسي أو المصري أو اليمني لتعديل أحكام نصوص المواد (١٧٩٢-١ مدني فرنسي، وكذا المادة ٦٥١ مدني مصري، والمادة ٨٨١ مدني يمني) لتنص صراحةً على خضوع مقاول البناء من الباطن للمسئولية العشرية إلى جانب المهندس المعماري والمقاول الأصلي، نظرًا لأهمية ذلك في تحقيق حماية الصالح العام والمحافظة على أرواح الناس وممتلكاتهم، لاسيما وأن معظم عمليات البناء والتشييد في العصر الحالي تتم بواسطة مقاولين من الباطن.

## الخـاتـمـة

بعد أن انتهينا بحمد الله تعالى من استعراض جوانب البحث، وبعد الدراسة السابقة عن مدى تطبيق الضمان العشري على مقاول البناء من الباطن، نورد فيما يلي أهم النتائج والتوصيات التي خلصنا إليها:

### أولا: أهم النتائج:

١- تناولنا فكرة الضمان العشري ومدى إمكانية خضوع مقاول البناء من الباطن لهذا الضمان، وبعد مناقشة الحجج التي احتج بها البعض لمنع خضوع مقاول البناء من

(ISSN: 2537 - 0758)

الباطن للضمان العشري، وجدنا أن غالبية الفقه يرى ضرورة خضوع مقاول البناء من الباطن لهذا الضمان، ويرجع ذلك لعدة اعتبارات قانونية وفنية ومالية.

٢- أن المشرع- سواء الفرنسي أو المصري أو اليمني- قد استقر على إقصاء مقاول البناء من الباطن عن الضمان العشري، أما بالنسبة للفقه، فإن جانبًا منه قد ذهب إلى تأييد المشرع في عدم إخضاع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري، بينما ذهب الجانب الآخر إلى انتقاد مسلك المشرع في هذا الخصوص، والمطالبة بضرورة إخضاع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري، لأن اعتبارات المصلحة العامة تتطلب إخضاعه لها، لكي يؤدي عمله بإتقان وأمانة، ومنعًا للغش والتلاعب ومحاولة تحقيق الربح على حساب متانة البناء وسلامته من الناحية الفنية...، ويطالب أصحاب الاتجاه الأخير بوجوب إخضاع مقاول البناء من الباطن بالتضامن مع المقاول الأصلي للضمان العشري.

**ثانيا: أهم التوصيات:**

بعد أن انتهينا من عرض أهم النتائج المستخلصة من هذه الدراسة، نورد فيما يلي أهم التوصيات التي يتمنى الباحث أن تأخذ بعين الاعتبار من الجهات المختصة:

١- نقترح ضرورة إخضاع مقاول البناء من الباطن للضمان العشري، وذلك من خلال تدخل المشرع سواء الفرنسي أو المصري أو اليمني لتعديل أحكام نصوص المواد (١٧٩٢-١ مدني فرنسي، وكذا المادة ٦٥١ مدني مصري، والمادة ٨٨١ مدني يمني) لتنص صراحةً على خضوع مقاول البناء من الباطن للضمان العشرية تجاه المقاول الأصلي، ويشترك مع هذا الأخير بتضامن في المسئولية العشرية تجاه رب العمل، نظرًا لأهمية ذلك في تحقيق حماية الصالح العام والمحافظة على أرواح الناس وممتلكاتهم، لاسيما وأن معظم عمليات البناء والتشييد في العصر الحالي تتم بواسطة مقاولين من الباطن.

# قائمة المراجع

## أولاً: المؤلفات العامة والمتخصصة:

١- د. أحمد الزقرد: دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول أو المهندس، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، يونيو١٩٩٨.

٢- د. رأفت حماد: المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

٣- د. سعيد عبدالسلام: الوجيز في العقود المسماة (مقاولة-بيع)، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

٤- د. عبدالحميد عثمان: المسئولية المدنية للمقاول من الباطن، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، بدون دار نشر.

٥- د. عبدالحميد عثمان: نطاق التأمين الإجباري من المسئولية المدنية لمشيدي البناء عن الأضرار التي تلحق بالمضرور من تهدم البناء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.

٦- د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، تحديث وتنقيح المستشار/ أحمد المراغي، دار الشروق، ط٢٠١٠.

٧- د. عبد الناصر العطار: تشريعات تنظيم المباني ومسئولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، ١٩٧٢.

٨- د. عمر طه بدوي: الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

٩- د. غازي أبوعرابي: المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع (دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي)، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.

١٠- د. فتحي غيث: قانون المهندس، دار المعرفة، ١٩٦٠.

١١- د. محمد شكري سرور: مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، ١٩٨٥.

١٢- محامى/ محمد عنبر: عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، بدون دار نشر، ١٩٨٧.

(ISSN: 2537 - 0758)

١٣- د. محمد لبيب شنب: شرح أحام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.

١٤- د. محمد ناجي ياقوت: عقد المقاولة، النسر الذهبي للطباعة، ١٩٩٧.

**ثانياً: الرسائل العلمية:**

١- د.أشرف عبدالعظيم: الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧.

٢- د.عبد الرازق يس: المسئولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.

٣- د.عبدالملك مطهر: التزامات المقاول والمهندس ومسئوليتها في عقد المقاولة في القانون اليمني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١.

٤- د.مصطفى عصيمي: عقد المقاولة من الباطن في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه: جامعة أسيوط، ٢٠٠٢.

٥- د.نجم الأحمدي: التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

**المراجع الأجنبية:**

1- Bigot (J): La réforme de l'assurance construction ed l'arhus, p.42-43 paris - 1980.
2- CASTON (Albert); Responsabilité et assurance - construction; Le (lifting) inachevé …, Commentaire de l'ordonnance du 8 juin 2005, prec.
3- ODENT: Cite par Costa (J.I), La responsabilité des-constructeurs, d'après la loi du 4 janvier 1978, D.1979, Chr. P.46, Note 51.
4- Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz. Dr. de la promotion immobilière, D.5e éd. On 168.