

تحویل در قراردادهای مقاطعه کاری ساختمان با مقایسه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلیس

غلامرضا حاجی نوری*

استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه تبریز

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۵/۲۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۷/۷/۲۴)

چکیده:

تحویل ساختمان به گونه کامل و بدون عیب یکی از تعهدات مهم دست اندرکاران ساخت است، با وجود این، برخلاف بیشتر محصولات مصرفی، عیب یابی ساختمان نیازمند گذشت زمان است به ویژه که عیوب مخفی آن در طول زمان و با استفاده مصرف کننده خود را نشان می دهد و اگر بعد از تحویل سازه، ادعاه مصرف کننده بر عیوب ظاهر نشینده است؛ حداقل در عیوب مخفی چنین روشی پذیرفته نیست. از سوی دیگر، ارزیابی کیفیت مصالح به کار رفته در عمارت نیز نیازمند فرصتی است تا قضاوت دقیق میسر شود. این است که در تحویل دو نوع تضمین در نظر گرفته می شود تضمینی که در طول آن مصرف کننده درخواست رفع معایب کند (تحویل موقت) و تضمینی که بعد از تحویل قطعی و اتمام دوره تضمین اول بر رضایت بخشی مصالح قابل اعمال است. مقاله حاضر ضمن بررسی ماهیت، انواع و آثار تحویل به دنبال نیل به موارد گفته شده است.

واژگان کلیدی:

تحویل موقت، تحویل قطعی، عیوب آشکار، عیوب مخفی، تضمینها.

Email: Aleomran2010@yahoo.com

* فاکس: ۰۴۱۱۳۳۵۶۰۱۳

از این نویسنده تاکنون مقاله زیر در همین مجله منتشر شده است:

«تحول شرائط قوه قاهره در حقوق فرانسه و امکان اعمال آن در حقوق ایران» سال ۱۳۸۹، شماره ۳.

۱. مقدمه

تعهد اصلی مقاطعه کار عبارت است از انجام و اجراء قرارداد با رعایت اصول و قواعد مربوط به اجراء ماهرانه و فنی کار. اجراء کار اقتضاء تحویل کار را دارد که می‌تواند مربوط به تعهدات فکری همانند ارائه مشاوره یا کار هنری و... باشد یا تعهدات مادی همانند کار پیمانکار ساخت، که معمولاً و در صورت عدم اجراء کار با یک اجبار همراه است. بر اساس مواد ۲۳۷ ق.م و به بعد، در صورت تخلف پیمانکار از اجراء تعهدات قراردادی طرف معامله می‌تواند با مراجعه به حاکم تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید و هر گاه اجراء تعهد بوسیله ملتزم ممکن نباشد ولی امکان انجام آن به وسیله شخص دیگر مقدور شود، حاکم می‌تواند بخرج ملتزم موجبات انجام فعل را فراهم کند. در هر حال، نتیجه کار باید به گونه‌ای باشد که در قصد مشترک، طرفین آمده است. به همین جهت در اینجا به مباحث مهم مربوط به تحویل کارگاه می‌پردازیم:

۲. مفهوم تحویل

باکمی مسامحه می‌توان گفت تحویل یعنی تسلیم کار تعهد شده و تایید مشروط یا قطعی صاحب کار مبنی بر صحت کارهای معموله بوسیله مقاطعه کار. پس از اتمام عملیات موضوع قرارداد و آماده شدن کار برای بهره برداری، پیمانکار (مجری) از صاحبکار تقاضای تحویل می‌کند، تحویل اهمیت بسیار را دارد؛ چرا که از یک سو و تا زمان تحویل، کارفرما (صاحبکار) نوعی حق حبس از پرداخت دستمزد کارها را دارد و از طرف دیگر، قبل از تحویل، پیمانکار مکلف به رفع عیوب کار است حتی عیوب ظاهری. لذا تحویل به معنی آن است که صاحبکار، بنا را بدون عیب تحویل گرفته است، حتی نسبت به عیوب ظاهری (Mazeaud, 1970, p.84). البته بعد از تحویل برخی تعهدات کماکان بر عهده مقاطعه کار خواهد بود که در بخش‌های آینده به این موضوع خواهیم پرداخت. در نهایت تحویل موجب می‌شود تا حفاظت کارگاه که در اختیار مقاطعه کار بوده، به تحویل صاحبکار برسد، تضمین‌های کیفی (دو سال و ده سال در حقوق فرانسه)^۱ از این زمان به جریان می‌افتد و آغاز دوره تضمین همان زمان تحویل می‌باشد. از طرف دیگر، به نظر می‌رسد که تحویل همانا تأیید کار مقاطعه کار است و نه معمار، زیرا معمار تنها، به صاحبکار کمک فکری می‌کند. اما در عین حال چنین تأییدی از ناحیه صاحبکار نسبت به معماران و مقاطعه کاران اثری واحد دارد. بدلیل اینکه اولاً، از این تاریخ ماموریت

۱. مفاد چنین تضمین‌هایی در پیش نویس لایحه بیمه اجباری تضمین کیفیت ساختمان آمده است که توسط شورای مرکزی سازمان نظام مهندسی ساختمان تهیه و به وزارت مسکن جهت طرح در هیات وزیران و ارسال لایحه آن به مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۰ تقدیم شده است. ولی تا حال به تصویب مجلس شورای اسلامی نرسیده است.

حفاظتی همه سازندگان و دست اندرکاران ساخت پایان می‌پذیرد؛ ثانیاً تعهد تضمین عیوب ظاهری با امضاء و تائید کارها بوسیله صاحبکار تمام شده محسوب می‌شود و در نهایت از این تاریخ تضمین عیوب پنهانی شروع می‌شود. بنابر این و در ادامه به ماهیت، انواع و آثار تحویل می‌پردازیم:

۳. ماهیت حقوقی تحویل

در ارتباط با ماهیت حقوقی تحویل مباحث دامنه داری در حقوق فرانسه و کشورهای تابع سیستم حقوقی نوشته دیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۶ و به بعد) برخی آن را ایقاع (عمل یک جانبه) می‌دانند و گروهی آن را قراردادی می‌بینند که دارای دو یا حتی سه طرف است و برخی آن را فن ساده احراز تسلیم دانسته‌اند.

۳-۱. ایقاع

ایقاع را انشاء اثر حقوقی می‌دانند که با یک اراده انجام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۱۸). مازوها آن را هر گونه اعلام اراده‌ای می‌دانند که به وسیله یک یا چند شخص باهدف ایجاد، تغییر یا از بین بردن حقی انجام می‌شود (Mazeaud, 1996, p.373) برخی از حقوقدانان فرانسوی تحویل را ایقاع و به تعبیر دیگر عمل یکجانبه حقوقی می‌دانند (Antonmattei, 2000, p.357). به عبارت دیگر «تحویل قبول کردن کار بوسیله صاحبکار (ایقاع) و متضمن اعلام اراده او بر این امر است (Caston, 2000, p.122). ماده ۶-۱۷۹۲ قانون مدنی فرانسه «تحویل را عملی می‌داند که بر اساس آن صاحبکار، پذیرش کار را مشروط یا غیر مشروط اعلام می‌دارد». تجزیه و تحلیل عمل حقوقی مزبور نشان می‌دهد که تحویل نوعی از بازرسی کارهای معموله است که به میل صاحبکار صورت می‌گیرد. البته همکاری معمار به آن سرعت می‌بخشد و از این رو، دخالت وی تنها جهت راهنمایی صاحبکار و روشن کردن مسایل مرتبط است و نه چیز دیگر. در واقع معمار به رفع مسائل فنی کمک می‌کند؛ اما پیمانکار را نمی‌توانیم طرف چنین عملی بدانیم چرا که رضایت و عدم رضایت وی چیزی را عوض نمی‌کند.

۳-۲. قرارداد

برخی معتقدند تحویل صورتی از قرارداد است چرا که مقاطعه کار همانند فروشنده مکلف به تحویل شی به طرف قرارداد است و طرف مقابل نیز مکلف به دریافت. چنین تسلیمی اثر بری کننده دارد. البته اجراء کار باید رضایت بخش باشد (Boubli, 1992, p.158-5). چنین نظریه‌ای منبع تعهد را با خود تعهد اشتباه گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۷) اجراء تعهد می‌تواند،

دریافت کار را بدنبال داشته باشد. بدین معنی که تحویل نتیجه انطباق کار اجراء شده با مفاد توافق است و نه چیز دیگر. در هر حال، تفکر گروهی از حقوقدانان و منبعث از افکار فرد گرایان بر این قرار گرفته است که وصول طلب برای سقوط دین بدهکار کافی نیست و پذیرش او امری ضروری است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، الف) ص ۷). از همین رو، معتقدند که تحویل دهنده و تحویل گیرنده باید اهلیت تصرف داشته باشند.

۳-۳. فن ساده احراز تسلیم

برخی از نویسندگان حقوقی فرانسه به منظور رد نظریه‌ای که تحویل را نوعی ایقاع می‌داند؛ آن را فن ساده احراز تسلیم می‌دانند و آن را منبعث از آثار حقوقی پیمان می‌دانند (Boubli, 1992, p.158-5). برخی نیز بدون اینکه به صراحت تحویل را به معنی فن ساده احراز تسلیم بنامند؛ آن را فرصتی برای بررسی کارهای انجام شده و مطابقت آن با قرارداد می‌دانند (Huet, 2001, p.1426) که عنصر اساسی در مقاطعه کاری (اجاره کار) محسوب می‌شود.^۱ هر چند آن را در برخی موارد اعلام یک جانبه از رضایت صاحبکار می‌دانند؛ اما در ادامه تاکید دارند که قبل از هر چیزی، سخن بر سر تحقق یک عمل است: «اتمام کار مطابق با شرایط قراردادی» (Huet, 2001, p.1486). در بحث تحویل به عنوان یکی از تعهدات مهم مقاطعه کار، رضایت صاحبکار شرط نیست تا گفته شود که تحویل عقد است یا ایقاع چرا که قاضی می‌تواند بدون توجه به جلب رضایت صاحبکار، تحقق کار و تحویل آن را با تعیین کارشناس اعلام دارد. به همان میزان رضایت یا عدم رضایت مقاطعه کار نیز چیزی را عوض نمی‌کند. البته چنین استدلالی عنصر و رکن مهم اراده صاحبکار را زیر سؤال نمی‌برد؛ چرا که اراده وی به هنگام انعقاد قرارداد موثر است و در طول اجراء قرارداد نیز اراده قبلی وی مناط اعتبار است و تصمیمات خارج از اراده قبلی وی مورد قبول نخواهد بود؛ مگر در شرایط قانونی، لذا، قاضی اختیار دارد تا از سوء استفاده وی از حق قبول کارها جلوگیری کند. اینجاست که باید گفت احراز تطابق کارها با مفاد قرارداد یا از طریق توافق طرفین خواهد بود و یا از طریق مداخله قاضی. بنابراین اراده و رضایت طرفین یا یکی از آنها در این مورد چگونه می‌تواند محقق شود؟ دقت در ماده ۶-۱۷۹۲ ق. مدنی فرانسه نشان می‌دهد که موضوع جنبه نظم عمومی دارد و رضایت صاحبکار در مقابل کارهای تحویلی سازنده تابع یک نظام قانونی است. البته با اعلام کامل اراده خود، صاحبکار انجام تعهدات قراردادی را با لوازم و لواحق قانونی آن تائید می‌کند که شامل اثر معاف کننده تحویل و قابل پرداخت بودن دستمزدها و امثال آن است ولی

1- La reception est un element Capital dans le le usage d' ouvrage, Parce qu' elle est language' occasion Pour le bénéficiaire de la prestation de verifier si le travail correspond avec ce don't on était Convenu.

هیچکدام از اینها دلیل نمی‌شود که تحویل را ایقاع بدانیم. برخی از استادان حقوق مدنی در این زمینه معتقدند: «... در وفای بعهد، مدیون از پیش ملتزم شده است که مالی را به دیگری واگذار کند یا کاری را انجام دهد، نه در انتخاب گیرنده آزادی دارد نه در گزینش میزان و اوصاف مال. به حکم قانون باید به این التزام عمل کند و اگر به رغبت مفاد عقد را انجام ندهد به زور وادار می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۷). ماده ۶-۱۷۹۲ (قانون شماره ۱۲-۷۸ - مصوب چهارم ژانویه ۱۹۷۸) در حقوق فرانسه به تمام بحثها پایان داده است و در این زمینه چنین مقرر می‌دارد: «تحویل عبارت است از عملی که بر اساس آن، صاحبکار قبول کار را به صورت مشروط یا بدون شرط اعلام می‌دارد». با این حال و بدنبال آن چنین آورده است: «تحویل به درخواست طرف پی‌گیرتر یا به طور دوستانه یا در غیر این صورت به گونه قضایی به وقوع می‌پیوندد» شایان ذکر است که تحویل در هر حال در حضور طرفین است. از سوی دیگر، تضمین پایان کامل کار است که پیمانکار به مدت یک سال بعد از تحویل بدان ملزم می‌باشد. همچنین، رفع تمام اختلالات (عیوب) اعلامی بوسیله صاحبکار - خواه از طریق آنچه در صورتجلسه تحویل گفته شده و خواه از طریق ابلاغ کتبی در مورد اختلالات (عیوب) نمایان شده پس از تحویل - مدت زمان مورد نیاز برای اجرای کارهای مرمتی با توافق صاحبکار و پیمانکار ذی ربط مشخص می‌شود. - در صورت فقدان توافق یا عدم اجراء (کارهای مرمتی) در زمان معین شده، کارها می‌تواند بعد از مطالبه رسمی که بی نتیجه مانده، به هزینه و ضمانت مقاطعه کار عهد شکن انجام پذیرد. - اجراء کارهای مورد مطالبه به عنوان تضمین پایان کامل کار در قالب توافقی و در غیر این صورت از طریق قضایی احراز می‌شود. - این تضمین به کارهای ضروری برای اصلاح آثار فرسایش عادی یا ناشی از استفاده تسری نمی‌یابد».

۳-۴. نتیجه

آنچه در نوشته‌های برخی از حقوقدانان فرانسه، دیدیم نشان داد که صدر ماده ۶-۱۷۹۲ تحویل را نوعی ایقاع می‌داند؛ اما آنچه از نوشته‌های برخی از حقوقدانان رهبر کشورمان بدست می‌آید حاکی از آن است که در وفای به عهد، مدیون باید به تعهد خود عمل کند: «نه در انتخاب گیرنده آزادی دارد و نه در گزینش میزان و اوصاف مال، به حکم قانون باید به این التزام عمل کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، الف) ص ۸. از سوی متعهد له نیز وضعیت به همان منوال است؛ همین که مدیون به تعهد خود به گونه‌ای عمل کند که «با موضوع دین و مفاد عقد منطبق باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، الف) ص ۸ تعهد به انجام رسیده است و رضایت یا عدم رضایت متعهد از ارکان اجرای عقد محسوب نمی‌شود. بنابراین، به نظر می‌رسد، تحویل را بتوان «فن ساده احراز تسلیم با قید مطابقت با مفاد عقد» دانست، هر چند ممکن است که در مقابل این تحلیل گفته

شود، این سازوکار که در صورت عدم تمکین صاحبکار به تحویل، قاضی آنان را ملزم بدین کار می‌کند، از ارادی بودن تحویل (ایقاع) نمی‌کاهد، اختیار قاضی جایگزین اراده صاحبکار نمی‌شود؛ بلکه از سوء استفاده از حق صاحبکار جلوگیری می‌کند (Caston, 2000, p.125). با این حال، پذیرش ایقاع بودن تحویل به دلیل فقدان اراده، ایجاد کننده مشکل است.

۴. انواع تحویل

تحویل کارگاه می‌تواند به صورت صریح یا ضمنی باشد، تحویل در صورتی صریح است که بوسیله صورتمجلسی احراز شود و در حالت سکوت صاحبکار وقوع این امر ممکن است از رفتار او مانند به تصرف گرفتن بنا و پرداخت طلب‌های مقاطعه کار استنباط شود که در این صورت تحویل، ضمنی می‌باشد. در برخی فرضها تحویل می‌تواند به ابتکار مقاطعه کار انجام پذیرد و آن در صورتی است که صاحبکار هیچگونه اقدامی در این زمینه نکند و یا حتی از تحویل گرفتن خودداری ورزد.

۴-۱. تحویل به اعتبار اراده طرفین

۴-۱-۱. تحویل صریح

اصولاً، تحویل دو مرحله ای خواهد بود چرا که وقتی مقاطعه کار، کارها را تحویل می‌دهد، صاحبکار نمی‌تواند در همان لحظه و بلافاصله به بررسی این نکته پردازد که مقاطعه کار به تعهدات خود به خوبی عمل کرده است یا نه و طبیعی است که وجود برخی معایب کار بعد از گذشتن مدت زمانی از استفاده مشخص می‌شود. فاصله بین تحویل موقت تا تحویل قطعی، مدت یکسال است. این دوره را دوره تضمین می‌نامند (Caston, 2000, p.127). این موضوع در ماده ۴۵ شرایط عمومی پیمان نیز آمده است. تحویل صریح تشریفاتی خاص لازم ندارد (Mazeaud, 1970, p.84). اما معمول آن است که صورتمجلسی با امضاء صاحبکار و احتمالاً مقاطعه کار و معمار تنظیم می‌شود. البته امضاء صورت‌مجلس بوسیله مقاطعه کار در حقوق فرانسه چه قبل و چه بعد از قانون چهارم ژانویه ۱۹۷۸ (ماده ۶-۱۷۹۲ قانون مدنی این کشور) شرط نافذ بودن تحویل نیست؛ زیرا که با ارسال صورتمجلس بوسیله پست سفارشی برای مقاطعه کار، وی از مفاد آن آگاه می‌شود. این وضع در حقوق کشورمان نیز قابل پذیرش است. با این حال، در آرای جدید تر از دیوان فرانسه (رای شعبه سوم ۱۸ ژوئن ۱۹۹۷) نظریه‌ای در یکی از آراء دیوان کشور ظهور کرد که به ظاهر، امضاء مقاطعه کار یکی از شروط مهم تحویل است که به جهت اهمیت آن به تحلیل موضوع می‌پردازیم: خلاصه رای طولانی آن است که شرکت ساختمانهای متالیک بلیرون (مقاطعه کار) کارخانه‌ای را می‌سازد، صاحبکار آن را در

تاریخ دسامبر ۱۹۸۰ به تصرف می‌گیرد ولی صورتمجلس تحویل را امضاء نمی‌کند؛ زیرا که نواقصی را بدنبال بررسی‌های بعمل آمده، مشاهده کرده است. با این حال، در ۱۵ ژوئیه ۱۹۸۰ بقیه مطالبات مقاطعه کار را می‌پردازد و در ۱۵ ژوئیه ۱۹۸۷ صورتمجلس تحویل را بدون حضور و امضای مقاطعه کار امضاء می‌کند. در این قضیه معمار نیز به وظیفه خود به عنوان مشاور صاحبکار عمل نکرده و او را در جریان عدم رنگ زنی (رنگ حفاظتی) سازه آهنی قرار نداده بود. دیوان کشور فرانسه، نظر دادگاه تجدید نظر مبنی بر اینکه هیچگونه تحویل ضمنی در سال ۱۹۸۱ صورت نگرفته بوده و از آنجا که عمل انجام یافته در ۱۵ ژوئیه ۱۹۸۵ جنبه حضوری نداشته؛ بنابر این نمی‌توان تحویل را در این تاریخ به وقوع پیوسته انگاشت، ابرام کرده است. از این رای چنین استنباط شده است که عدم ترتیب اثر به تحویل، ناشی از فقدان امضاء مقاطعه کار بوده است و شاید خواسته اند چنین نتیجه بگیرند که امضاء مقاطعه کار یکی از شرایط نفوذ تحویل می‌باشد؛ ولی برخی از نویسندگان حقوق ساختمانی فرانسه معتقدند که از جمله «حضور نبوده» نباید استنباط کرد که منظور دیوان آن است که امضاء صورتمجلس تحویل بوسیله مقاطعه کار شرط ضروری است و بلکه می‌توان گفت که عدم امضاء مقاطعه کار می‌تواند دلیل عدم آگاهی وی بر مفاد صورتمجلس باشد و نه اینکه امضاء صورتمجلس شرط ضروری تحویل است (Caston, 2000, p.129 – 130). گفته شده است این رای جنبه موردی دارد و در آن قضات دیوان عالی که باید انطباق احکام صادره با موازین قانونی را احراز کند، این بار رای یک دادگاه تجدیدنظر را که قضیه مطروحه را بر پایه موازین انصاف حل و فصل کرده بوده نجات داده‌اند (Caston, 2000, p. 130). در هر حال، محدوده تفسیر اراده طرفین به دست قضات است و به غیر از مواردی که قانون اظهار نظر در آن را به عهده عوامل کارشناسی قرار داده است، قاضی اختیار تفسیر اراده آنان را دارد. معمولاً بعد از اعلام آمادگی مقاطعه کار بر تحویل کار و رسیدگی به درخواست وی از ناحیه مشاور (طرحهایی که مشاور این وظیفه را عهده دار است) هیات تحویل آماده می‌شوند و آزمایش‌ها و بررسیهای لازم صورت می‌گیرد و نتایج آن در صورتمجلس تحویل موقت درج می‌شود و هزینه‌های آن به استثناء آزمایشهایی که طبق اسناد بر عهده پیمانکار است، بعهدہ کارفرما است و هر گاه عیب و نقص مشاهده شود، اقدام به تنظیم صورتمجلس تحویل موقت با تعیین مهلتی برای رفع نقص می‌شود و فهرست نقایص و معایب کارها و عملیات ناتمام و آزمایشهایی که نتیجه آن بعداً معلوم می‌شود را تنظیم و ضمیمه صورتمجلس تحویل موقت می‌نمایند. موضوع به کارفرما منعکس می‌شود تا موضوع را به پیمانکار ابلاغ کند. تاریخ شروع دوره تضمین، تاریخ تحویل موقت است؛ مشروط بر آنکه هیات تحویل هیچگونه نقصی در کار مشاهده نکند یا در مهلت تعیین شده رفع شود (Caston, 2000, p.127).

۲-۱-۴. تحویل ضمنی

در صورت فقدان صورتمجلس، از اوضاع و احوال می‌توان قصد صاحب کار را استنباط کرد. بر اساس برخی آراء صادره از دیوان کشور فرانسه از تصرف مالک در کارگاه قبل از اتمام کارها، نمی‌توان تحویل را استنباط کرد یا استفاده از بخشی از کارگاه بوسیله وی به معنی تحویل کارگاه نیست (Caston, 2000, p.127). در موردی که صاحبکار، صورتمجلس تهیه شده از ناحیه معمار یا مقاطعه کار را امضاء نکرده بوده، ولی پس از تسلیم این صورتمجلس به صاحبکار، وی طی روزهای بعد، اعتراضی نسبت به آن ننموده بود؛ این سکوت وی علامت رضای او انگاشته شده است (Cass.Civ.3,23 avril 1970, Le Goue (C/figaroli)). در حقوق فرانسه فرم معروف (Abrevition de Association Freancaise denormalisation -AFNOR) و قانون چهارم ژانویه ۱۹۸۷ هیچکدام، بحثی از تحویل ضمنی نکرده است و بر عکس و چنانچه قبلاً گفته شد ماده ۶-۱۷۹۲ جدید قانون مدنی این کشور، تحویل را به اعلام قبول کارها بوسیله صاحبکار با شرط یا بدون شرط تعریف کرده است. همین موضوع ممکن است مشکلاتی را در برخی موارد به وجود آورد. چه اگر این نظر پذیرفته شود که ماده ۶-۱۷۹۲ ق.م.ف در فقدان تحویل صریح فقط تحویل قضایی را پیش بینی کرده، نتیجه این می‌شود که اگر نه تحویل صریح و نه تحویل قضایی هیچکدام انجام پذیرفته باشد، تحویلی به وقوع نپیوسته است. لذا ضمانت ده ساله و دو ساله که آغاز آن از تاریخ تحویل است؛ در عمل تبدیل به مسئولیت و ضمانت دائمی می‌شود و این موضوعی شگفت انگیز است. با این حال، مشکل به وجود آمده را با رفع یک سوء تفاهم می‌توان براحتی پاسخ داد. بدین معنی که در یک تفکیک سنتی مرحله ثبوت از مرحله اثبات جدا شده است و فقدان دلیل اثباتی (صورتمجلس تحویل) وضعیتی ویژه در مسئولیت ناشی از مقاطعه کاری ساختمان تلقی نمی‌شود. اثبات تحویل با تفسیر رفتار کارفرما ممکن است: تصرف کارگاهی که مقاطعه کار، کار را در آن به اتمام رسانده و پرداخت حق الزحمه مقاطعه کار، از جمله رفتارهایی است که حاکی از تحویل گرفتن است. البته تحریر صورتمجلس تحویل، اثبات تحویل را آسان می‌کند؛ اما هیچ شرط ضروری نیست و به همین جهت آن را امری تشریفاتی نمی‌کند (Caston,2000,p135-138).

۲-۴. تحویل به اعتبار قطعیت و عدم آن

شرایط عمومی پیمان که بر اساس آیین نامه ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه ۱۳۵۱ تصویب شده است (آخرین اصلاحات ۱۳۷۸/۳/۳) و صرفاً برای سازمان های دولتی و شهرداریها الزام آور است و عرفاً در پروژه های بزرگ نیز که ارتباطی به سازمانهای دولتی و عمومی ندارد، مورد توجه قرار می‌گیرد، شرایط تحویل رابه دو بخش موقت و قطعی تقسیم می‌کند. البته تا تصویب قانون ۴ ژانویه ۱۹۷۸ به شماره ۱۲-۷۸ (اصلاح مواد ۱۷۹۲ و بعد قانون مدنی) در

حقوق فرانسه که به ویژه در مباحث حاضر، حقوق ایران را تحت الشعاع دارد، نیز تحویل دو مرحله‌ای بود، که با وجود طرفداران زیاد، به دلیل مشکلات بوجود آمده کنار گذاشته شد. گفتنی است، قبل از آن فرم معروف آف نر (AFNOR) - P.03011 در ماده ۱۴ تحویل را تک مرحله‌ای مقرر کرده بود. با تصویب قانون ۴ ژانویه ۱۹۷۸ نحوه تحویل در حقوق فرانسه دچار تغییراتی شد، بدین توضیح که قبل از این تاریخ در عمل و بر اساس عرف، کارهای ساختمانی تحویل به دو بخش موقت و قطعی تفکیک شده بود؛ اما با تصویب ماده ۶-۱۷۹۲ تحویل یک مرحله‌ای شد ولی در عوض از تاریخ تحویل، تضمینی به نام تضمین اتمام کامل کار پیش بینی شد که مدت آن یک سال است و در حقیقت مدتی است که در آن اجراء کارها تحکیم می‌شود.^۱ به تعبیر یکی از نویسندگان حقوق فرانسه در سایه این قانونگذاری، تحویل با یک دوره استحکام بخشی اجراء و تحت یک فرم تضمین یک سال دنبال شده است.^۲ بنابراین، هر چند قانونگذار فرانسوی به دنبال یک مرحله‌ای کردن تحویل بوده است با این حال و در عمل قانون ۴ ژانویه ۱۹۷۸ تحویل دو مرحله‌ای را تاسیس کرده است (Boubli, 1992, p.84). در هر حال، چنین تضمینی به معنی بررسی نقایص و عیوب و به تعبیر بهتر کنترل کیفی کارها است و چون در عمل ماهیت آنچه فعلاً تحت عنوان تحویل و اعطاء مهلت یک ساله جهت اتمام کامل کار، اعمال می‌شود با آنچه تحویل موقت و قطعی نامیده می‌شود چندان متفاوت نیست. بنابراین به تقسیم تحویل به موقت و قطعی می‌پردازیم. همانگونه که گفته شد، در فرانسه نیز در پروژه‌های مهم عمرانی تحویل کارگاه در دو مرحله موقت و قطعی صورت می‌گرفت و در فاصله میان این دو تحویل، ساختمان، ناتمام محسوب می‌شد (Mazeaud, 1970, p.84) از همین رو، از حقوق آن کشور می‌توان در این زمینه کمک گرفت. به هر حال، هر کدام از این دو تحویل آثار حقوقی خاص خود را دارد که در ادامه به بررسی آنها می‌پردازیم:

۱-۲-۴. تحویل موقت (فوری) (La réception provisoire)

در تحویل موقت، پس از اتمام عملیات مقاطعه کاری و آماده بودن کار جهت بهره برداری و انجام آزمایشهایی که برای تحویل کار لازم است؛ هر گاه عیب و نقصی در کارها مشاهده نشود، اقدام به تنظیم صورتمجلس تحویل موقت می‌شود و هر گاه عیب و نقص در کار مشاهده شود، به صورتمجلس تحویل موقت با تعیین مهلتی برای رفع نقص اقدام می‌کنند و فهرستی از نقایص کارها و عملیات ناتمام و آزمایشهایی را که نتیجه آن بعدها معلوم می‌شود تنظیم و ضمیمه صورتمجلس تحویل موقت می‌کند و نسخه ای از آن را به پیمانکار می‌دهد،

1- J.Huet. op. cit. N° 32435.

2- J.Huet. op. cit. loc. Cit.

پس از اعلام رفع نقص از جانب پیمانکار، عملیات ساختمانی دوباره، بازدید و اگر بر اساس فهرست نقایص تعیین شده هیچگونه عیب و نقصی باقی نمانده باشد، صورتمجلس به امضاء کارفرما (صاحب کار) می‌رسد. البته ممکن است تحویل موقت به صورت مجزا باشد بدین معنی که گاه در اسناد قراردادی برای تکمیل و تحویل موقت قسمتهای مستقل از کار، زمانهای مجزایی پیش بینی می‌شود یا به نظر صاحبکار، بهره برداری از قسمتهایی مستقل از کار پیش از تکمیل کل کار مورد نیاز می‌باشد؛ در این صورت و با تحقیق شرایط گفته شده، قسمتهای پیش گفته به تحویل موقت می‌رسد (Mazeaud 1970, p.84). «ضرورتی ندارد که تحویل نسبت به مجموع و تمام کار باشد، کارفرما می‌تواند فقط کارهای یک چند مقاطعه کار را تصویب کند حتی بخشی از کارهای یک مقاطعه کار را». و اقدامهای پس از تحویل موقت همانند آزاد کردن تضمین انجام تعهدات، شروع دوره تضمینی، تحویل قطعی، استرداد کسور تضمین حسن انجام کار به تناسب آن قسمت از کار که تحویل موقت شده است، طبق اسناد و مدارک پیمان، به صورت مستقل انجام می‌شود (ماده ۳۹ شرایط عمومی).

۲-۲-۴. تحویل قطعی

بعد از اتمام دوره تضمین موضوع تحویل موقت، کارگاه به تحویل قطعی کارفرما می‌رسد؛ همان گونه که گفته شد در کشورهایی چون فرانسه تحویل دو مرحله‌ای منسوخ شده است اما دوره یک ساله که برای آشکار شدن معایب و نقائص کار پیش بینی شده است که در عمل همان آثار تحویل دو گانه را دارد.^۱ در هر حال، بعد از اتمام دوره تضمین ظاهری که برای رفع معایب احتمالی ظاهری گذاشته می‌شود و بعد از بررسی و بازدید و عدم مشاهده عیب و نقص، موضوع قرارداد (کارگاه) با تنظیم صورتمجلس به تحویل قطعی صاحبکار (کارفرما) می‌رسد. قابل ذکر است که هرگاه پیمانکار در پایان دوره تضمین تعیین شده، تقاضای تحویل قطعی کار را نکند، مکلف به رفع نواقص ناشی از کار خود است که تا تاریخ تقاضای تحویل قطعی بروز کرده است و تاریخ تقاضای پیمانکار، ملاک اقدامات مربوط به تحویل قطعی است (تبصره ۳ ماده ۴۱ شرایط عمومی پیمان). از طرفی هرگاه کارفرما با وجود تقاضای پیمانکار به انجام امور مربوط به تحویل اقدام نکند و این تاخیر بیش از دو ماه به طول انجامد و پس از درخواست مجدد پیمانکار و انقضای یک ماه از تاریخ تقاضای مجدد، کارفرما در این زمینه اقدامی نکند، عملیات موضوع پیمان تحویل داده شده تلقی می‌شود و باید اقدامات پس از

1- B. Boubli, Contrat d'entreprise, n° 59:

... Théoriquement, il n'existe qu'une seule réception depuis la loi du 4 Janvier 1978, alors qu'autrefois la pratique faisait une distinction entre la réception provisoire et la réception définitive qui intervenait 1 an après. Or en instituant la garantie de Parfait achèvement la loi 1978 institutionnalise, en fait, la double réception...

تحویل قطعی در مورد آن انجام شود (تبصره ۳ ماده ۴۱ . ش.ع. پ). هزینه‌های حفاظت، نگهداری و بهره برداری کارهای تحویل موقت شده در دوره تضمین به عهده کارفرماست؛ اما هر گاه با وجود اتمام مدت توافقی، پیمانکار اقدامی در جهت تحویل نکند؛ مسئولیت خسارات وارده که به جهت عدم تحویل باشد، با وی خواهد بود.

۵. آثار تحویل

تحویل آثار متعدد دارد؛ از جمله انتقال خطرات به کارفرما و انتقال حفاظت کارگاه به صاحبکار و کشف تمام عیوب یا عدم مطابقت‌های ظاهری که موضوع شرط تحفظ به هنگام تحویل نباشد (Antonmattei , 2000 , p357).

۵-۱. تخلیه و انتقال اموال مقاطعه کار

مقاطعه کار مکلف است تا پس از تحویل موقت، تمامی وسایل، ماشین آلات و ابزار و مصالح اضافی متعلق به خود را در محل‌های تحویلی کارفرما، ظرف مدت مناسب که مورد قبول مهندس مشاور یا معمار در پروژه‌های بزرگ و صاحب کار یا نماینده وی در پروژه‌های معمولی باشد، از محل‌های یاد شده خارج کند. همچنین مکلف است تا ساختمانها و تاسیسات موقتی را که برای اجراء کارها در محل‌های تحویلی کارفرما ساخته است، تخریب یا پیاده کند و مصالح و مواد زاید آن را از محل کار خارج و کارگاه را به هزینه خود تمیز کند. در غیر این صورت، کارفرما می‌تواند برای خارج کردن آنها به هر نحو که مقتضی بداند عمل کند و هزینه‌های آن را به حساب بدهکاری مقاطعه کار منظور دارد (بند «و» ماده ۳۹ . ش.ع. پ).

۵-۲. قطعی شدن صورت وضعیت

در قراردادهای مقاطعه کاری گاه، مبلغ قرارداد بطور کامل مشخص نیست و در واقع مبلغ نهایی ممکن است به دلیل تغییرات احتمالی که بر اساس اسناد و مدارک پیمان خواهد بود؛ از بدو کار مشخص نباشد. در حقیقت بعد از مشخص شدن صورت وضعیت قطعی کارهای انجام شده که بر اساس اسناد و مدارک، صاحبکار آن را راساً یا بوسیله مهندس معمار (یا مشاور) بررسی می‌کند، مقادیر کارهای منظور شده ممکن است با مقادیری که در صورت وضعیت های موقت منظور شده است، متفاوت باشد. هزینه‌های بالا سری^۱ معمولاً از عوامل

۱. منظور از هزینه های بالا سری، هزینه هایی است که نمی توان آنها را بکار مشخصی مربوط کرد شامل هزینه های بالاسری عمومی - هزینه های بالا سری کار (شامل هزینه های سرمایه گذاری که شامل هزینه های تنخواه در گردش پیمانکار - ناشی از وجوه مالیات، صندوق کار آموزی، سود پیمانکار، هزینه مستمر کارگاه، هزینه های تهیه مدارک فنی و تحویل کار و امثال آن

افزایش مقادیر است، هر گاه پیمانکار تضمین حسن انجام کار داده است و با قطعیت یافتن صورت وضعیت و سایر حسابهای پیمانکار، وی بدهکار نباشد، نصف تضمین حسن انجام کار آزاد می‌شود (ماده ۴۰ ش.ع.پ).

۳-۵. آغاز دوره تضمین اتمام کامل کار (Garantie de parfait achèvement) یا تحویل موقت

در حقوق فعلی فرانسه که بر اساس ماده ۶-۱۷۹۲ تحویل یک مرحله‌ای است بعد از تحویل، تضمینی بنام تضمین پایان کامل کار به مدت یک سال وجود دارد که در این مدت مقاطعه کار، ملزم به رفع تمام اختلالات خاطر نشان شده بوسیله صاحبکار است. همانگونه که گفته شد چنین تاسیسی، مشابه تفکیک عرفی قبل از قانون ۴ ژانویه ۱۹۷۸ موضوع تحویل موقت و قطعی است. اکنون باید دید در دوره یک ساله تضمین پایان کامل کار چه اموری بررسی و چه اختلالاتی بازبینی و رفع می‌شود. اصولاً، نظام تضمین اتمام کامل کار مجوزی به نفع صاحبکار است تا کارهای انجام شده را با آنچه توافق شده، مطابقت دهد؛ وسیله ای اطمینان بخش که وی را از دستیابی به رفع اختلالاتی که بوسیله پیمانکار در به هنگام تحویل تذکر داده و یا آنچه بعدها آشکار خواهند شد؛ مطمئن می‌کند (Huet, 2001, p.1488). البته برغم پیش بینی چنین تاسیسی، هرگاه عیبی در مدت بعد از یک سال بروز کند تضمینهای دیگر می‌تواند مبنای طرح دعوای صاحبکار باشد.

قبل از پایان بردن مطلب یادآوری برخی نکات اساسی ضروری است:

اول، فاصله بین دوره تحویل موقت و تحویل قطعی فاصله‌ای است که عیوب و نقایص ظاهری کار برطرف می‌شود و بعد از تحویل قطعی تضمین عیوب پنهانی آغاز می‌شود. که در توضیحات بعدی به صورت مشروح، مورد بحث قرار می‌گیرد و در واقع دوره تضمین به معنای واقعی، شامل دوره اخیر است.

دوم، دکترین سنتی فرانسه بر این بود که قبل از تحویل کار، مقاطعه کار متعهد به مسئولیت قراردادی عام است و مسئولیت وی عبارت است از اجزاء کار تعهد شده و اقدام به تحویل (Mazeaud, 1974, p.626. et. s) و این مسئولیت قراردادی عام با تحویل کار که وصف و ویژگی معاف کننده دارد، قطع می‌شود، و اگر تحویل رد شد، مقاطعه کار تا سی سال از تاریخ کشف عیب زیانبار، مسئول است، بشرط آنکه مرور زمان سی ساله تضمین شروع نشده باشد (Aubry et Rau, 1964, p.374).

می‌باشد) جهت توضیح بیشتر مراجعه شود به: علی مراد اتحاد، دانستی های حرفه پیمانکاری، انتشارات فدک، ۱۳۸۴، چاپ دوم، ص ۳۰ و به بعد.

سوم، تضمین اتمام کامل با تضمین عیوب که در بحث مسئولیت قراردادی مطرح است، متفاوت است. در واقع تضمین اتمام کامل کار، مدتی را شامل است که مقاطعه کار در خلال یک دوره یک ساله (در حقوق فرانسه) و یا مدت زمان توافقی (حقوق ایران) اقدام به رفع عیوب و نقائص مربوط به کارهای مورد تعهد می کند و در صورتی که در این مدت کارها انجام نشود، صاحب کار با هزینه و ضمان مقاطعه کار، کارها را انجام می دهد (ماده ۶-۱۷۹۲ ق. م فرانسه). سوالی که در اینجا مطرح است، آن است که هر گاه عیوب و نقائص ناشی از عمل مقاطعه کاران فرعی باشد به عنوان مثال موردی که مقاطعه کار فرعی مصالح معیوب تهیه کرده است، در این صورت، مقاطعه کار اصلی حق رجوع به وی را دارد، اما اگر اشکال کار از مقاطعه کاران دیگری است که زیر نظر مقاطعه کاران اصلی نبوده اند و عمل آنها ساختمان را معیوب و کار را ناقص جلوه می دهد در این وضعیت مسئولیت مقاطعه کار اصلی چگونه خواهد بود؟ پاسخ این سوال می تواند در بحث مسئولیتهای متقابل مقاطعه کاران مختلف مطرح شود که بدلیل محدودیت در حجم مقاله امکان پرداختن به آن در اینجا وجود ندارد.

۶. مفهوم عیب

عیبی که «تضمین» را شامل آن می شود به تعبیری «غیر عادی بودن و مرض شی» (Viney, p.717, 1998) است که متضمن تباهی و خرابی مادی محصول تحویلی است. عکس آن، هرگاه تفسیری موسع و از دیدگاه قراردادی از این کلمه ارایه شود، این کلمه شامل مواردی نباشد که شی دریافتی مطابق با آنچه در قرارداد آمده است. بدیهی است که برداشت موسع از عیب موجب شمول تضمین، به تعداد زیادی از فرضها به ویژه، فرض تحویل یک شیئی که متفاوت با آنچه مورد تعهد بوده است و یا حتی جنس با کیفیت پائین، خواهد بود (Viney, p.717, 1998). مشاهده مثالهای عملی نشان می دهد که رویه قضایی فرانسه تا جایی پیشرفته است که عیوب مربوط به عایق صدا را در کار ساختمان، جزء عیبهای ساختمانی می داند (Boubli, 1992, p.158). برخی از اساتید با بررسی تفصیلی مفهوم عیب، نقص موثر در مصرف و انتفاع را از معیارهای مهم شناخت عیب و نقص دانسته اند، نقصی که فائده مطلوب را از بین ببرد یا از آن چندان بکاهد که، اگر خریدار آگاه می شد، از معامله صرفه نظر می کرد یا بهائی کمتر می پرداخت. این معیار در برخی سیستمهای مهم حقوقی، همانند فرانسه و آمریکا پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۷۱). در حقوق ساختمانی و در ارتباط با تضمین عیوب و نقائص ساخت مطالعه مواد ۱۷۹۲ و ۲۲۷۰ قانون مدنی فرانسه، قبل و بعد از اصلاحات، نتایج متفاوتی را نشان می دهد: قبل از اصلاحات ۴ ژانویه ۱۹۷۸ یکی از نویسندگان مطلع از موضع دیوان کشور فرانسه می نویسد: توسعه چنین تضمینات به عیب حقوقی ساختمان، همانند استقرار

زیانبار، تجاوز به زمین دیگری، نقض و تعدی به حقوق ارتفاقی، تخلف از یک ضابطه شهرسازی قابل پذیرش است، هر چند که دیوان کشور فرانسه، هرگز فرصت اظهار نظر صریح در این زمینه را نداشته است (Viney, 1998, p.718). عکس آن، قانون جدید در موارد ۱۷۹۲، ۱۷۹۲-۲ و ۱۷۹۲-۳ (۴ ژانویه ۱۹۷۸ شماره ۱۲-۷۸) تعریف آن چنان موسعی از عیب را ارایه نکرده است که بتواند شامل عیوب حقوقی باشد. در واقع این متن‌ها در کنار عیب خاک، صدمات وارده به «استحکام کار»، به مفیدی و سودمندی آن و یا به استواری برخی عناصر تجهیزات را بعنوان عیب می‌شناسند (Viney, 1998, p.718). بنابراین آنچه در دیدگاه قانونگذاران جدید اهمیت داشته است، «بی‌نظمی‌ها و اختلالات» «بی‌قاعدگی‌های واقعی» است که در ساختمان احراز می‌شود. از همین رو، برخی نویسندگان معتقدند که تضمین‌ها از عیب مخفی (موضوع قانون شماره ۳-۶۷، سوم ژانویه ۱۹۶۷) به تضمین لطمات و خسارات متوجه شده است. دیوان کشور فرانسه نیز معتقد است تحویل موضوع تعهد باید منطبق با آنچه باشد که در قرارداد ذکر شده است تا بتوان از مسئولیت رها شد. بنابراین، هر گاه شیء تحویلی از هر لحاظ مطابق با آنچه طرفین پیش بینی کرده‌اند، نباشد، نقص تعهد تحویل وجود دارد و مسئولیت مقاطعه کار یا فروشنده را بدنبال دارد. ماده ۱۷۹۲ ق.م.ف، نیز عدم مطابقت و عدم تناسب با هدف از ساخت را، موجب مسئولیت تمام دست‌اندارکاران ساخت و طرح در مقابل کارفرما می‌داند.

۷. عیب پنهانی

آشکار نبودن عیوب پنهانی قانونگذاران را بر آن داشته است تا در ارتباط با این عیوب که ممکن است حتی سالها بعد از اتمام و تحویل کار خود را نشان دهد، ضمات اجرایی موثر برقرار کنند. قبل از هر چیز باید دید مفهوم عیب پنهانی در حقوق کشورهای مورد تطبیق چیست:

۷-۱. حقوق فرانسه

برخی از نویسندگان فرانسوی معتقدند تضمین عیوب که موضوع برخی از مواد قانون مدنی آن کشور از جمله مواد ۱-۱۶۴۶، ۱۷۹۲ است مختص عیوب مخفی مربوط به کارها و بخشهای مهم سازه ای است و به تعبیر دقیق تر می‌توان گفت آنان معتقدند تضمین‌های بعد از تحویل مرتبط با تضمین کیفیت هستند، چنین نکته‌ای در نوشته‌های حقوقی قبل از اصلاحات قانون شماره ۱۲-۷۸ به تاریخ ۴ ژانویه ۱۹۷۸ هم مشاهده می‌شود. اما در نوشته‌های بعدی

تقسیم عیوب به عیوب ظاهری و مخفی^۱ دیده نمی‌شود و شاید علت اصلی آن را در اصلاح ماده ۱-۱۶۴۶ بیابیم. با این توضیح که در اصلاح ماده ۱-۱۶۴۱ در تاریخ سوم ژانویه ۱۹۶۷^۲ جمله عیوب مخفی حذف شد و بجای آن کلمه تعهدات (Obligations) آمده در هر صورت و بدین جهت که در نوشته‌های قبل از ۱۹۷۸ دلایلی خاص برای شرط دانستن عیب مخفی آمده است؛ اجمالی از آن را آورده و سپس بحث را در ارتباط با تاثیر یا عدم تاثیر عیب مخفی به عنوان شرط دعوی تضمین ادامه خواهیم داد، « قبل از تحویل، سازندگان مکلف به تضمین تمام عیوب ظاهری و مخفی بنا هستند، اما آیا تحویل آنان را نسبت به عیوب ظاهری کارهای انجام شده، بری می‌سازد؟ با توجه به اینکه در حقوق عام قراردادها، بر خلاف مقاطعه کار، فروشنده، فقط مسئول عیوب مخفی است می‌توان چنین استنباط کرد که هدف نویسندگان قانون مدنی فرانسه از وضع مقررات خاص برای مقاطعه کاران ساختمان تشدید مسئولیت معمار و مقاطعه کار و مکلف کردن آنان به تضمین تمام عیوب مرتبط با کارهای مهم، حتی آنهایی که مالک از آنها غافل نیستند (عیوب ظاهری) بوده است» (Mazeaud, 1970, p.98) در اصلاحات ۱۹۷۸ قانونگذار جمله عیوب مخفی را حذف کرد و تعهدات معماران، مقاطعه کاران و دیگر اشخاصی را که با صاحب کار، قرارداد مقاطعه کاری دارند، را جانشین آن کرد. بنابراین، سؤال مزبور بار دیگر مطرح شد که مخفی بودن عیب جزء شرایط تضمین ده ساله است یا نه؟ برخی از آراء دیوان کشور فرانسه و دکترین حقوقی آن کشور به صراحت و بی هیچ سخن از اصلاح عبارت گفته شده (عیوب مخفی) معتقدند که تحت شرایطی، تحویل می‌تواند، مسئولیت صاحب کار را از بین ببرد؛ در حالی که هیچگونه بحثی در شرط بودن یا نبودن عیب مخفی یا عیب ظاهری بنمایند. برخی از حقوق دانان می‌نویسند که تحویل مسئولیت را در صورت فقدان مطابقت ظاهری تعهد با کار انجام شده (عیوب ساخت ظاهری) از بین می‌برد به شرط فقدان هر گونه حق تحفظ بهنگام تحویل (Le Tourneau, 2000, p.804). بنابراین، عیوب ظاهری در تحویل بدون شرط مانع دعوای تضمین است.^۳ تعدادی زیادی از آراء نیز در ذیل ماده ۱۷۹۲ ق. مدنی محشای فرانسه به عنوان شروط تضمین (شماره ۱۴) نقل شده است که گویای مانع بودن تحویل بدون شرط برای امکان اقامه دعوای تضمین می‌باشد.^۴ نتیجه آن که در حقوق فرانسه تحویل بدون شرط به معنی اسقاط حق اقامه دعوای تضمین

1. Vices apparents, Vices caches.

۲. برای دیدن مواد اصلاحی مراجعه شود به قانون مدنی محشای فرانسه چاپ ۱۰۲، ۲۰۰۳ ذیل ماده جدید.

3- Civ.3. 20 oct. 1993 -not 14 ss. Art. 1792, code civil- 102 éd, 2003, cass. 3^e civ., 29 avr 1981 Cass. 3^e civ., 9 oct. 1991, Bull. Civ. III n^o 231. Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 1998 JCP éd (Cité Par P. LeTourneau. op. cit. loc. cit).

4- Cass. 3^e civ. 1 avr. 1998. ICP éd.

نسبت به عیوب ظاهری بوده و دلالت بر رضایت صاحب کار بر وضعیت موجود به هنگام تحویل می‌کند.

۲-۷. حقوق انگلیس

حقوق انگلیس، بر اساس قاعده ای که (Interest rei publicae ut sit finis litium) معتقد است به نفع جامعه است که رسیدگی قضایی، نقطه پایانی داشته باشد و به همین منظور قانون مرور زمان (محدودیت دعوی) در سال ۱۹۸۰ تصویب شده است. مبنای این اصل عبارت است از ایجاد موازنه. بدین توضیح که مرور زمان دو مصلحت را کنار هم می‌بیند: خواهان زمان کافی برای اقامه دعوی داشته باشد؛ در عین حال، این زیان به خواننده نیز تحمیل نشود که وی بعد از سالهای سال نسبت به رفتار نامناسب خویش پاسخگو باشد. این موضوع به ویژه در محدوده حقوق ساختمانی، اهمیت بسیار دارد. بسیاری از عیوب ساختمانی که ناشی از ساخت و یا طراحی هستند، بلافاصله بعد از ساخت مشخص نمی‌شوند و امکان این را ندارند که به سرعت خود را نشان دهند. مصداق بارز آن پی‌های کم عمق است که بعد از مدت زمانی آثار آن مشخص می‌شود چه اطراف آنها پوشیده است و هیچ وسیله‌ای برای کشف و بازرسی و کشف عیب آن وجود ندارد و تنها بعد از ترک دیوارها و سقف‌ها، عیب مزبور آشکار می‌شود. هر گاه مدت مرور زمان کوتاه باشد، بدون تردید، خواهان متضرر خواهد شد و اگر نامحدود باشد برای خوانندگان اعم از سازنده، طراح، شهرداری مشکل‌ساز می‌کند. (Jackson, 1992, p. 62).

قانون خسارات مخفی ۱۹۸۶ نیز در زمینه مدت زمانی که خواهان زیان‌دیده، می‌تواند اقامه دعوی کند؛ مقرراتی دارد با این حال در طول بیش از ۲۵ سال گذشته تعادل یاد شده، تثبیت نشده است و برغم اصلاحاتی که اخیراً و به نفع خواهان نسبت به عیب مخفی صورت گرفته است، جدیداً تلاش‌های بسیار در ایجاد مرور زمان جدید به نفع خواننده بعمل آمده است (James, 2002, p. 249). ماده ۵ قانون مرور زمان ۱۹۸۰ برای اقامه دعوای قراردادی، ۶ سال مدت تعیین کرده است که آغاز آن زمانی است که در آن علت دعوی اتفاق افتاده است (یعنی شروع عیب). با این حال، به دلیل مخفی بودن عیب و به ویژه این که در ساختمانها ظهور عیب بیش از ۶ سال طول می‌کشد، می‌توان از ماده ۱۴ قانون خسارت مخفی ۱۹۸۶ که وفق رای آیرون مسئولیت خارج از قرارداد را نیز شامل می‌شود، استمداد جست (James, 2002, p. 249). در این ماده از زمانی که خواهان از عیب مطلع شود یا باید مطلع باشد، وی ظرف سه سال توانایی اقامه دعوای مبتنی بر نقض قرارداد یا مسئولیت مدنی را دارد. در هر حال، از زمان

نقض تعهد (چه خواهان مطلع بشود یا نه) نباید بیش از ۱۵ سال گذشته باشد. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که مدت زمان تضمین عیوب بیش از ۱۵ سال نخواهد بود (Cooke, 2001, p.345).

۳-۷. حقوق ایران

بر اساس بند سوم از بخش «ب» ماده ۳۰ ق برنامه چهارم توسعه اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، شهرداریها یا سایر مراجع صدور پروانه ساختمان مکلف هستند به هنگام صدور پایان کار ساختمان از صاحبکار یا صاحبکاران در خواست ارایه بیمه نامه کیفیت ساختمان، بنفع خریداران و بهره برداران بعدی بنمایند. تضمین عیوب در حقوق ساختمانی، وفق ماده ۱۸ آئین نامه قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان و شیوه نامه ماده ۱۸ مزبور، به عهده مجری و با ارائه بیمه نامه تضمین کیفیت حاصل می‌شود، بر اساس ماده ۱۸ آ.ق.ن.م.و.ک.س.، مجری مکلف است نسبت به تضمین کیفیت اجرای ساختمانی که به مسئولیت خود می‌سازد، بر اساس دستورالعمل ابلاغی وزارت مسکن و شهر سازی اقدام کند و در مواردی که مکلف به ارایه بیمه نامه تضمین کیفیت شده باشد، بیمه نامه مزبور را به نفع مالک و یا مالکان بعدی تهیه و در اختیار ایشان قرار دهد. بند ۷-۱-۱۵ مبحث دوم مقررات ملی ساختمان (نظامات اداری) به تفصیل به موضوع بیمه کردن کیفیت اجرای ساختمان می‌پردازد.

۸. آغاز تضمینهای بعد از تحویل موقت و تحویل قطعی

بعد از اتمام تحویل قطعی (ایران) و یا اتمام مهلت یک ساله در فرانسه دوره تضمینهای دو ساله یا ده ساله می‌رسد که به شرح ذیل توضیحات آن می‌آید:

۸-۱. تقسیم تضمینها به اعتبار بنا

قانون سوم ژانویه ۱۹۶۷ فرانسه، مسئولیت تضمین دو ساله و ده ساله را در کارهای جزئی و مهم به تناسب آورده بود. بدین توضیح که در آن زمان، تضمین ده ساله مربوط به بناهای مهم بود و سازندگان آن دارای مسئولیت مفروض نسبت به عیوب مخفی زمان تحویل بودند؛ در صورتی که تضمین دو ساله نسبت به کارهای جزئی اعمال می‌شد، بدون آنکه دقیقاً مشخص شود رژیم اثباتی آن چگونه است.

۲-۸. تقسیم تضمین‌ها به اعتبار کارکردها

قانون ۴ ژانویه ۱۹۷۸ به طور محسوس رژیم تضمین‌ها را تغییر داد و بجای تفاوت نهادن میان کارهای مهم و جزئی، تفکیک کارکردی را تاسیس کرد (کارکرد تجهیزات و تاسیسات و کارکرد ساختمان). در واقع، تفکیک جدید متضمن ایجاد تغییر در مفاهیم نیست و در حقیقت کارکرد ساختمان مربوط به کارهای مهم و کارکرد تجهیزات و تاسیسات مربوط به کارهای جزئی است (Boubli, 1992, p.158). به عبارت دیگر، مقصود از کارکرد ساختمانی همانا بخش‌های سازه‌ای و مهم و کارکرد تجهیزات، شیر آلات، سیستم برق کشی و... است.

۳-۸. ویژگی‌های تضمین‌های بعد از تحویل (تضمین‌های ده ساله و دو ساله)

۱-۳-۸. تضمین‌ها، مخصص قواعد عمومی

مسئولیت‌های یاد شده به نوعی ناقض قواعد عمومی هستند؛ بدین معنی که مواد ۱۷۹۲ و ۲۲۷۰ قانون مدنی فرانسه متضمن قاعده‌ای خاص و استثنایی می‌باشد چه، اصولاً وقتی کاری انجام می‌شود و یا تعهدی اجراء می‌شود، تعهد قراردادی به اتمام می‌رسد. بنابراین با تحویل کار می‌باید، متعهد از تعهد خود بری شود، با این حال و برغم تحویل، سازندگان به مدت ده سال برای سازه و دو سال در مورد تجهیزات متعهد و مسئول هستند. دلیل این امر با بررسی اجمالی بدست می‌آید. به تعبیر یکی از دست اندرکاران تدوین قانون مدنی فرانسه اگر شرط شود که یک شیء منقول چگونه باید باشد درست و عادلانه است که همین که شیء تحویل گرفته شد سازنده شیء از مسئولیت بری شود، اما در مورد یک عمارت وضع بدین سان نیست، چه یک عمارت ممکن است همه ظواهر استحکام را دارا باشد ولی در عین حال دچار عیوبی مخفی باشد که پس از گذشت مدت زمانی باعث فرو ریختن آن شوند. بنابراین، معمار (سازنده) باید در خلال یک مدت زمانی که برای روشن شدن استحکام بنا کافی است، پاسخگو باشد (Caston, 2000, p.33).

۲-۳-۸. ویژگی قانونی مسئولیت ده ساله

آیا با تحویل با تحویل، قرارداد به پایان می‌رسد؟ " این که مسئولیت مقاطعه کار در خلال ده سال باقی می‌ماند یا به جهت یک شرط ضمنی است که به هنگام تحویل وجود دارد یا ناشی از اراده قانونگذار بر حمایت مالک است. بر حسب اینکه اعمال این یا آن پذیرفته شود، مسئولیت می‌تواند قراردادی یا قانونی باشد. به نظر می‌رسد نظر دوم (اراده قانونگذار) قابل ترجیح است. تصدیق می‌کنم که مالکی که اقدام به تصرف مال غیر منقول بدون عیب ظاهری می‌کند، به هیچ وجه به فکر اعمال یک شرط ضمنی نیست و این قانون است که آن را پیش بینی می‌کند" (Planiol et Ripert, 1956, no.947). در هر صورت اعتقاد بر این است که

قانونگذار چنین تضمینی را پیش بینی کرده است و چنین تمهیدی جنبه حمایتی دارد، حکمی که مرتبط به نظم عمومی است.

۳-۳-۸. ویژگی نظم عمومی تضمین ده ساله

استحکام ساختمانها ضرورتی است که به تامین ایمنی اجتماع مربوط می شود و هر قرارداد مخالف با آن مخالف نظم عمومی باطل است. با این مقدمات باید گفت تضمین ده ساله امری است که ضرورت آن به نظم عمومی تصویب شده است (Caston, 2000, p.33)؛ بنابراین، شرط خلاف آن باطل می باشد. با توجه به ماده ۳۰ قانون برنامه چهارم و آئین نامه ماده ۳۳ ق. ن.م. ک ساختمان و شیوه نامه آن که بیمه تضمین کیفیت را الزامی می داند و توجه به اینکه مقررات شهر سازی جز مقررات آمره است، می توان گفت تضمینات مربوط به بناهای ساخت شده، ویژگی نظم عمومی دارد.

۹. نتیجه

بررسی مقررات جدید نشان می دهد که حمایت از مصرف کنندگان کالاهای ساختمان و ساختمانهای نوساز، نیازمند اخذ تضمین های معتبر از سازندگان سازه هاست. به ویژه که در زمینه عیوب پنهانی می توان با تصویب قانون مشابه آنچه در مواد ۱-۱۶۴۶ و ۱۷۹۲ و به بعد قانون مدنی فرانسه آمده است، مصرف کنندگان یاد شده را به ویژه در عیوب مخفی مصالح بکار رفته در ساختمان و کیفیت رضایت بخشی آن مورد حمایت قرار داد امری که در وضعیت حاضر که سازندگان حرفه ای متکفل ساخت و ساز هستند، نه تنها ضامن حفظ حقوق مصرف کننده ها بلکه ضرورتی اجتناب ناپذیر است. نگاهی به آمارها، نشان دهنده عدم رضایت خریداران ساختمان ها و کارفرماها از عملکرد مقاطعه کاران است. بنابراین و در شرایطی که صنعت ساختمان سازی یکی از مهم ترین صنایع است و مشتریان ساختمان، به عنوان کالای گران قیمت، همه آحاد جامعه را فرا می گیرد و کمترین اشتباه در ساخت، طراحی و غیره حوادث مرگبار و ناگواری را به دنبال دارد. در حالی که در مورد بیشتر کالاها، مسئولیت مدنی ناشی از عیب تولید و تعمیر و اصلاح امر بدیهی است، ضرورت تدوین قوانین سختگیرانه و اخذ تضمینات به ویژه از سازندگان، اجتناب ناپذیر و در جهت حفظ نظم عمومی است.

منابع و مأخذ

الف- فارسی

۱. اتحاد، علی مراد(۱۳۸۴)، دانستیهای حرفه پیمانکاری، تهران: نشر فدک.
۲. کاتوزیان، ناصر(۱۳۷۰)، ایقاع، تهران: انتشارات بلد.
۳. کاتوزیان، ناصر(۱۳۷۱)، اعمال حقوقی، تهران: شرکت انتشار.
۴. کاتوزیان، ناصر(۱۳۷۶)، (الف)، قواعد عمومی قراردادها، (۵ مجلد)، جلد چهارم، اجرای قرارداد، تهران: شرکت انتشار.
۵. کاتوزیان، ناصر(۱۳۷۶)، (ب)، قواعد عمومی قراردادها(۵ مجلد) جلد پنجم، انحلال قرارداد، تهران: شرکت انتشار.
۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر دادگستر.
۷. کاتوزیان، ناصر(۱۳۸۱)، مسئولیت ناشی از عیب تولید، تهران: دانشگاه تهران.

ب- خارجی

- 1-Antonmattei (Paul – Henri), Jacques Raynald, (2000) **Droit Civil, Contrats speciaux**, 2^{ed}, Paris, Litec.
- 2-Aubry et Rau, (1964) **Cours de Droit Civil Francais**, T . IV. Paris, L. G.D.J.
- 3-Boubli, Bernard,(1992), **Contrat d'entreprise**, Guide Juridique Dalloz, T.2- Commaire aux comptes a Endossemen, Paris, Dalloz.
- 4-Boubli, Bernard, (1996) **Le Contrat d'entreprise**, Repertoire Dalloz de droit civil, Paris, Dalloz.
- 5-Caston, Albert (2000), **La responsabilite des constructeurs**, Paris, Le Moniteur.
- 6-Huet, Jerom, (2001) **La principaux contrats Speciaux**, 2^{ed}, Paris L. G. D. J.
- 7-Jackson® – Powell(J), (1992), **Professional negligence**, 3th. Ed, London. Sweet & Maxwell.
- 8-James M.F. 2002, **Construction Law**, 2th.ed, London, Palgrave.
- 9-Le Tourneau (ph), Cadiet (Loic) (2001)**Droit de la Responsabilite et des Contrats**, Paris, Dalloz.
- 10-Mazeaud, (H.-L. et J), (1970), **Responsabilite Civile**, T.2. Par Andre Tunc, Paris, Montchrestine.
- 11-Mazeaud,(H.- L. et J) (1996), **Lecons de droit civil**, T. 1.V.1, Introduction, 11^{ed}, Paris, Montchrestien.
- 12-Planiol (M) et Ripert (G), (1956), **Traite pratique de droit Civil Francais** , T. XI. Par. Rouast. Paris, L.G.D. J.
- 13-Viney (G)(1998) **Les Conditions de La responsabilite Civile**. Paris, L. G. D. J.