

جامعة مولود معمري - تيزي وزو -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون - نظام ل.م.د

**الضمان العشري للمهندس
المعماري والمقاول**
مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص القانون الداخلي الخاص

إشراف الأستاذ:
أ.د. كتو محمد الشريف

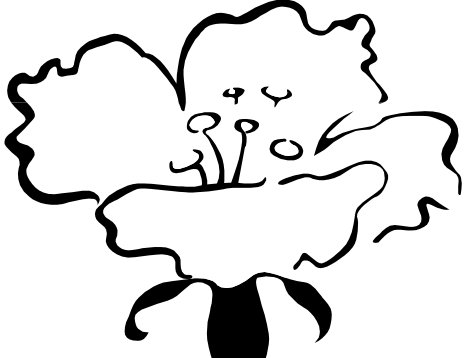
إعداد الطالبتين:
بندو صافية
سعدى سامية

لجنة المناقشة:

د. بوتشنت عبد النور، أستاذ محاضر (أ)، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....رئيساً
أ.د. كتو محمد الشريف، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....مشرفاً ومقرراً
د. صبايحي ربيعة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحناً

تاريخ المناقشة: 2012/11/14

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



إهداء



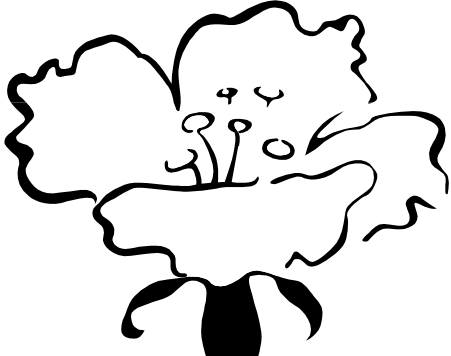
أحمد الله و أشكره على نعمه التي أنعم بها علينا، و أحمده على العون الذي منحه لي من أجل مواصلة و استكمال مشواري الدراسي و الذي أتوجه بهذه المذكرة.

أهدي هذا العمل المتواضع إلى روح " أبي " الذي أدعو الله بأن يسكنه فسيح جنانه و أن يجعله من أهل الجنة و يتغمده برحمته.

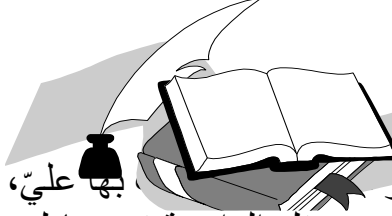
كما أهديه إلى سندي و مثلي الأعلى في هذه الحياة، إلى منبع سعادتي، إلى من وقفت إلى جانبي في السراء و الضراء و التي أدعو لها بطول العمر، إلى " أمي " .

أهديه إلى كلّ أفراد عائلتي من إخوان و أخوات و كلّ الأقارب، و إلى كل معارفي و خاصة إلى أعزّ صديقتي: سامية، ليليا، فضيلة، فاطمة.

صافية



إهداء



ربِّي قدَّرني أن أشكر بها عليّ، وأن
أعمل صالحاً ترضاه، وأدخلني برحمتك الواسعة في عبادك
الصالحين، والحمد لك على أفضل نعمة كرمتنا وميّزتنا بها على باقي المخلوقات
نعمة العقل.

أهدي ثمرة جهدنا الذي بذلناه على طول السنوات الجامعية
لإنجاز هذا العمل المتواضع، إلى سر وجودي وطاقة
تفكيرتي، مرشد طريقي ومسير دربي، و سندي في هذه الحياة
"أبي".

إلى أعلى وأعز شخص إلى قلبي، إلى من ضللت
شمعة منيرة أشتق منها أمالي، منبع حياتي وفرحة قلبي "أمي".

إلى كل إخوتي ذكورا كانوا و إناثا وأخص منهم " فرحات".
إلى كل من له في قلبي مكانة، إلى أعز وأقرب خلق ربِّي إليّ صديقات عمري و
فيقات دربي: صافية، ليليا، فضيلة، دھية.

سامية

كلمة شكر



نبدأ بتوجيه الشكر والحمد لله عزّ وجلّ على كل ما أنعم
علينا به، واعرّافاً بالفضل والجميل نتوجّه بالشكر الجزيل
إلى أستاذنا المشرف

«أ. د. كتو محمد الشريف»

الذي أشرف على هذا العمل وتتبعنا فيه بالنصائح
والإرشادات، وأخذ بيدنا أثناء إنجازه خطوة بخطوة إلى أن
تمّ واكتمل.
نفع الله به العلم وطلّابه، وجزاه الله عنا كلّ خير.

بندو صافية وسعدي سامية

ملخص المذكرة

نظرا لأهمية مجال العمران ، فقد حرص المشرّع الجزائري على التشديد في مسؤولية المهندس المعماري و المقاول على كلّ ما يشيدانه اتجاه رب العمل من مبان و منشآت ثابتة أخرى.

فيقوم الضمان العشري كلّما كان محل عقد المقاوله هو عملية تشييد أعمال من قبيل المباني و المنشآت الثابتة الأخرى، التي قد يلحق بها تهم كئي أو جزئي كما قد يظهر بها عيب خطير يهدد متانتها و سلامتها و لو كان العيب ناتج عن الأرض ، و هذا خلال مدّة عشر سنوات كاملة إبتداء من التسلم النهائي، مع تقرير مدّة ثلاث سنوات أخرى لتقادم دعوى الضمان.

إلا أنّ هذه المسؤولية قد أثارت جدلا واسعا فيما يخصّ تحديد طبيعتها القانونية إذا ما كانت عقدية أو تقصيرية، للتوصّل أخيرا إلى أنها ذات طبيعة خاصة.

هذه الخصوصية في طبيعة الضمان العشري ساهمت في تحديد الجزاء المترتب عنه و نوع التعويض و مداه، مع الرجوع دائما للقواعد العامة في هذا الشأن.

قائمة المختصرات

- ج.ر: جريدة رسمية.
- ق.م.ج : القانون المدني الجزائري
- د.د.ن : دون دار النشر
- د.س.ن : دون سنة النشر
- ص: صفحة
- ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

مقدمة

لقد أصبح مجال البناء والعمران مجالا نشيطا في الآونة الأخيرة، يشهد سرعة وتطورا كبيرا، سواء من حيث كمّ المشاريع أو نوعها، أو من حيث الوسائل والتقنيات المستعملة فيها إلى جانب تأثر هذا القطاع بالكثير من العوامل، خاصة الاجتماعية منها كتزايد الكثافة السكانية (النمو الديمغرافي) وبالتالي تزايد الطلب على البناء لتوفير المزيد من السكنات، خصوصا في ظلّ المساعدات الاجتماعية الممنوحة من طرف الدولة لتخفيف هذه الأزمة السكنية. مجموع هذه العوامل أدت بمعظم الأشخاص إلى التوجّه إلى إبرام عقود مقاولات البناء بحكم عدم خبرتهم بأمور البناء وأصول فنّه، وذلك مع أشخاص متخصصين فيه وخبراء في التشييد، والمتعارف عليه هو تولّي كل من المهندس المعماري و المقاول هذه العملية، وبالتالي خضوعهما للضمان المترتب عن إخلالهما بأحد التزاماتهم التعاقدية في إطار عقد المقاوله (1).

فالأصل أن ينفذ المقاول العمل المعهود له كما هو متفق عليه و طبقا لأصول الفنّ الذي يحكم ذلك العمل، وإلاّ اعتبر عمله معيبا خاصة وأن هؤلاء المشيدين كثيرا ما تدفع بهم تزايد وتيرة العمل وذلك طلبا لمزيد من الربح والمكسب إلى تجاهل بعض قواعد وأصول البناء أو حتّى تعمّد الأخطاء، ما يؤثر بشكل سلبي على ما تم تشييده من مبان ومنشآت. ما يؤدي إلى خضوعه للقواعد العامة في الضمان، فلرب العمل في هذه الحالة المطالبة بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد تماما مع إمكانية المطالبة بالتعويض إذا كان له محل فيه (2).

لكن و لكون إخلال المشيدين بالتزامهم القاضي بتحقيق نتيجة لا بذل عناية يؤدي حتما إلى الإضرار بأرباب العمل وحتّى الغير، وإصابتهم بخسائر فادحة تتعدّى الجانب المالي لتمتد حتّى إلى المساس بالأرواح، فتحصد العديد منها سواء كانوا ملاكا أو منفعين أو حتّى أجنب عمّا تهدّم من مبان ومنشآت.

الأمر الذي أدى بالمشرّع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى كالتشريع المصري والفرنسي، إلى عدم ترك هذا المجال دون أن يتدخّل فيه ويترك أرباب العمل دون حماية، بل شدّد على مسؤولية المشيدين من خلال تقرير مسؤولية على عاتقهم خلال كل مراحل عملية البناء أثناءه أو بعده.

وأهم مرحلة خصّها المشرّع باهتمامه هي مرحلة ما بعد التنفيذ والتي تبدأ من يوم التسلم النهائي للأعمال من طرف رب العمل، وذلك بتقرير ضمان خاص يلتزم به المشيدين و الذي سيكون موضوع هذا البحث مع التركيز على عقود المقاولات الخاصة و بالتالي استبعاد الضمان العشري في مجال الأشغال العمومية.

(1)- التزام كل من المهندس المعماري و المقاول في عقد المقاوله هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس بذل عناية.
(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 100.

هذا الضمان الخاص أُصطلح عليه في التشريع الجزائري "بالضمان العشري" «Garantie décennale»، أما المشرع المصري فقد أطلق عليه "الضمان المعماري"، أي نسبة إمّا إلى مدة هذا الضمان، أو نسبة إلى المجال الذي قرّر من أجله "العمران". كما تمّ استخدام مصطلح "الضمان" بدل مصطلح "المسؤولية" لكون رب العمل في هذا الضمان معنيّ تماماً من إثبات خطأ المشيدين لأنه مفترض بقوة القانون.

على عكس ما أخذ به المشرع الفرنسي حين فصل بين مصطلحي "الضمان" في المادة 2270 ومصطلح "المسؤولية" في المادة 1792 مدني فرنسي⁽¹⁾.

وكما سبق بيانه فإنّ المشرع خصّ مسؤولية المشيدين بعناية خاصة، حيث نص عليه في نصوص المواد من 554 مدني إلى نص المادة 557 مدني⁽²⁾، ذلك إلى جانب ما قرّره من قواعد عامة تسري على سائر عقود المقاولات، نظراً لخطورة مجال البناء وما ينجم عنه من أضرار مادية وبشرية، وحماية للطرف الضعيف في عقد مقولة البناء (رب العمل)، إلى جانب حماية الاقتصاد الوطني والصالح العام، ما أدى إلى خلق ازدواجية في مسؤولية مشيدي المباني، من مسؤولية وفقاً للقواعد العامة بحكم وجود عقد مقولة، إلى جانب المسؤولية ضمن القواعد الخاصة (الضمان العشري) ما يطرح إشكالا في تطبيق أحكام كلا المسؤوليتان عند توفرهما.

فإذا كانت القواعد العامة التي تخضع لها عقود المقاولات لا تثير أيّة إشكالات، فإنّ الضمان العشري أو "المسؤولية الخاصة" يشكّل إبهاماً سواء من حيث نطاق تطبيقه أو من حيث طبيعته القانونية، وحتى عن النظام القانوني الذي يخضع له لمعرفة متى يمكن إعمال قواعده لصالح المستفيد منه. ما يؤدي إلى ضرورة التساؤل عن النظام القانوني للضمان العشري المقرر على عاتق المهندسين المعماريين و مقاولي البناء؟ و ما مدى فعالية هذا النظام بالنسبة للمستفيدين منه؟

و لمحاولة الإجابة على هذه الإشكالية، فإنّ الأمر يستلزم تقسيم الموضوع إلى فصلين أساسيين:

الفصل الأول: يشمل نطاق تطبيق هذا الضمان

أما **الفصل الثاني**: فيتمثل في تحديد طبيعة الضمان العشري أخرى مع التطرّق إلى الجزاء فيه.

(1) - محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي الحديث، مصر، 1985، ص 125.

(2) - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، منشورات بيرتي، 2010-2011.

الفصل الأول

نطاق تطبيق الضمان العشري

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لمجال البناء و التعمير، فقد أحاط هذا المجال بمجموعة من الأحكام الخاصة نظرا لما تكتسيه البنيات و المنشآت من أهمية، لذا رتب على عاتق من يتولى تشييدها مسؤولية خاصة، هذا إلى جانب ما هو مقرر في للقواعد العامة من ضمان يكون أثناء مرحلة التنفيذ، إلا أن موضوع البحث يركز عن فترة ما بعد التنفيذ و تسليم البناء أو المنشأة وعلى الضمان الذي يكون في هذه المرحلة بشأن مجموع الأضرار و العيوب التي قد تظهر في البناء أو المنشأة، مع تحديد الأطراف المسؤولة في حالة وقوع هذه التعيبات و الأضرار.

فتعاقد رب العمل مع المشيدين يجعلهم مسؤولون أمامه بشأن كل ما يطال المباني المنجزة و المنشآت الأخرى من عيوب و تهدم كلي أو جزئي بعد تسليمها لمدة عشر سنوات، هذا إلى جانب مسؤوليتهما عن أخطاء العمال و الفنيين و المقاولين من الباطن. هذا الضمان المقرر لصاحب العمل قد ينتقل بانتقال ملكية البناء، فينتقل منه سواء إلى خلفه الخاص أو العام(المبحث الأول). لكن الملاحظ هو عدم قيام الضمان العشري بمجرد وجود عقد مقاوله، بل هو مرتبط بمحل معين و بمدة معينة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

نطاق تطبيق الضمان العشري من حيث الأشخاص

إنّ تشديد المشرع الجزائري و إصراره على المسؤولية الناجمة عن أعمال البناء في فترة ما بعد تسليمها، ووضعه أحكام خاصة بها و جعلها مسؤولية لا تخضع للأحكام العامة التي ترد على المقاولات مهما كانت طبيعة العمل الذي تنصب عليه⁽¹⁾، أمر عائد إلى أهمية و حساسية مجال المباني و المنشآت و ما يترتب من خسائر مادية و بشرية في حالة تهاونها.

فالأصل أن عقد المقابلة الذي محله إقامة بناء أو منشأة، يتم إبرامه بين رب العمل والمهندس المعماري أو المقاول، و بالتالي و للوهلة الأولى يمكن أن يتم تحديد أشخاص الضمان العشري بناء على أطراف عقد المقابلة المبرم، فتبرز فئتين من الأشخاص "ملتزمين" بالضمان العشري و "مستفيدين" منه.

إلا أنه قد يصادف في مسألة تحديد أشخاص هذا الضمان بعض المسائل التي تستوجب الإجابة عليها، كأن يكون هذا الضمان مقتصرًا فقط على أطراف عقد المقابلة أم أنه يتعدى دائرة هؤلاء الأشخاص ممن يقع على عاتقه الضمان العشري (المطلب الأول) و صاحب الحق فيه (المطلب الثاني) فيمتد إلى الغير الخارج عن إطار عقد المقابلة.

المطلب الأول

الملتزمون بالضمان العشري و مجال مسؤوليتهم

إنه و باستقراء نص المادة 554 مدني جزائري⁽²⁾ والتي تنص على: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني وأقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التدهم ناتج عن عيب في الأرض.

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

(1) - عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني (العقود المسماة المقابلة- الوكالة- الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 1996، ص52..

(2) - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السالف الذكر.

وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا.

ولا تسري هذه المدة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين".

فإنه يتبين منها أن التزام ضمان المباني و المنشآت عن كل ما يحدث لها من تهدم كلي أو جزئي، أو أي تعيب يهدد متانتها وسلامتها حتى ولو كان ذلك ناتج عن عيب في الأرض، يقع على عاتق كل من المهندس المعماري و المقاول دون غيرهما من الأشخاص (الفرع الأول)، إلا أن مجال مسؤولية كل منهما يتحدد وفقا لمعيار المهمة التي أسندت إليه أو ما قدمه من مواد أو يد عاملة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الملتمزمون بالضمان العشري

إذا كان المشرع الجزائري قد حدّد في نص المادة 554 م.ج أن كلّ من المهندس المعماري و المقاول هما الملتمزمان بالضمان العشري دون غيرهما من الأشخاص، إلا أنه هناك من الباحثين من وسّع من دائرة الملتمزمين بالضمان العشري ليمتد إلى أشخاص آخرين و هيئات تتدخل في عملية البناء و التشييد إلى جانب الأشخاص المحدّدة في نصّ المادة المذكورة أعلاه. و عليه سيتمّ بيان هؤلاء الأشخاص كل على حدى بداية بالمهندس المعماري، انتقالا إلى المقاول و أخيرا عرض اقتراحات الباحثين من أشخاص أخرى.

أولا: المهندس المعماري

لقد ألزم القانون المهندس المعماري بضمان كلّ ما يشيده من بناء أو يقيمه من منشآت خلال العشر سنوات الموالية لتسليمه لرب العمل فمن هو المهندس المعماري؟

لتقديم تعريف للمهندس المعماري في القانون الجزائري فإن الأمر يقتضي الرجوع إلى مجموعة القرارات الوزارية الصادرة في هذا الشأن. فمن خلال القرار الوزاري الصادر في 15/5/1988⁽¹⁾ في موادّه الثّانية والثّالثة، كذلك القرار الوزاري المؤرّخ في 05/05/1992⁽²⁾ في مادتيه الأولى و الثّانية، فيقصد بالمهندس المعماري كلّ من اتخذ لنفسه هذا الدّور:

- كل شخص طبيعي معتمد وهذا وفقا للأمر رقم 66-22 المؤرّخ في 13/01/1966 المتعلق بمهنة المهندسين⁽³⁾
- كل شركة مدنية مهنية متكونة من 2 أو أكثر من المهندسين المعتمدين.
- كل مكتب دراسات عمومي مختص في الهندسة المعمارية.
- كل مكتب دراسات خاص مستخدم مهندسين دائمين و معتمدين.

(1)- القرار وزاري المؤرخ في 15/05/1988 المتضمن كيفية ممارسة و مكافأة مهنة المهندس المعماري، ج.ر رقم 43، لسنة 1988.

(2)- قرار وزاري المؤرخ في 05/05/1992 و المتعلق بالأشخاص المسموح لها بالقيام بالمشاريع الخاصة الخاضعة لرخصة البناء، ج.ر رقم 59 لسنة 1992

(3)- المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 مايو 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري المعدل بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 16 غشت 2004، منشورات بيرتي، 2005 .

و بالتالي و انطلاقا من هذه القرارات ،يمكن أن يتم تعريف المهندس المعماري على أنه : ذلك الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسومات و التصميمات اللازمة لإقامة المباني و المنشآت الأخرى، و الإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء. فنتجت المسؤولية القانونية (الضمان العشري) على كل شخص يؤدي في عملية البناء دور المهندس المعماري ،و المتمثل في إعداد الرسومات أو التصميمات ، أو الإشراف على عملية تنفيذها من طرف المقاول، و ذلك بغض النظر عن الألقاب أو الشهادات الرسمية أو التخصص (1).

فكل من يرتبط بعقد مقاول للقيام بعمل المهندس المعماري بخصوص منشآت ثابتة يلتزم بالضمان و لو لم يكن مؤهلا(2)، فالعبرة بالمهندس المعماري ليست بالصفة القانونية أو بالمؤهل العلمي أو الشهادات ،بل بطبيعة الأعمال التي يقوم بها و التي يمكن تحديدها حسب المشرع الجزائري من نص المادة 555 من ق.م.ج و التي تنص على أنه " إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ" بالتزامين أساسيين يتعلقان بمهمتي وضع التصاميم و الرقابة على التنفيذ.

فكل من وضع تصميمًا أو أشرف على التنفيذ على عملية البناء كان ملزما بالضمان العشري، فإذا حدث و أن تعدد المهندسون المعماريون في عملية بناء واحدة ، كان كل منهم ملتزما بالضمان في حدود العمل الذي قام به (3)، وهو ما أكدته نص المادة 09 من المرسوم التشريعي حيث نصت على أنه: "يقصد"بصاحب العمل" في الهندسة المعمارية، كل مهندس معماري معتمد يتولى تصور إنجاز البناء و متابعته" رقم 07-94 المؤرخ في 18/05/1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري المعدل ،التي اقتضت فيها مهمة المهندس المعماري على تصور المشروع بمعنى وضع التصاميم، و متابعة انجازه أي الإشراف على التنفيذ (4) كما أشار المشرع الجزائري مرة أخرى إلى ذلك في نص المادة 563 م.ج المتعلق بتحديد أجر المهندس المعماري حسب عمله الذي كلف به.

إلا أنه من جهة أخرى قد وسع من أعمال المهندس المعماري و ذلك في نص المادة 05 من القرار الوزاري المؤرخ في 15/05/1988 السالف الذكر، و التي يمكن تعديدها كالتالي: تصميم الرسوم التمهيديّة، تصميم المشاريع الابتدائية، تصميم المشاريع النهائية أو التنفيذية، مساعدة رب العمل في اختيار المقاولين الذين سيقومون بتنفيذ الأعمال، متابعة و مراقبة تنفيذ الأعمال إضافة إلى تقديم كشف الحسابات حسب الأعمال المنفذة طبقا لاشتراط العقد، كما يمكن أن تضاف خدمات أخرى تكون ضرورية لحسن تنفيذ المشروع(5).

(1)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص25

(2)- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص 110

(3)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 110

(4)--كامل فؤاد، المسؤولية المدنية عن تدهم البناء في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 31.

(5) -إبراهيم يوسف، « المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و المقاول » ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، الجزء 33، رقم 03، بن عكنون، الجزائر، لسنة 1995، ص ص 686-687.

لكن و من خلال ما سبق التّعرض إليه من تعريف للمهندس المعماري و تعداد لمهامه و دوره في عملية البناء، لا يكفي لمساءلة كل من قام بهذا الدور، بل لابد من توافر شرطين أساسيين لذلك هما:

الشرط الأول: يتمثل في وجود عقد مقولة و ليس عقد يربط المهندس المعماري مع رب العمل⁽¹⁾، حيث أن مسؤوليته لا تقوم حسب نص المادة 555 م.ج إلا في إطار عقد مقولة، و ذلك عند التزامه بوضع التصميم أو الإشراف على العمل مقابل أجر. فإن كان المهندس المعماري يقوم بالعمل دون أن يرتبط مع صاحب العمل بعقد، كما لو قام به مجاناً لخدمة صاحب العمل⁽²⁾، أو كان مرتبطاً مع رب العمل بموجب عقد آخر كعقد العمل و كان يقوم بعمله تحت إشرافه و إدارته ، فإنّه تترتب مسؤوليته في الحالة الأولى وفقاً للأحكام العامة في المسؤولية التقصيرية، و أمّا في الحالة الثانية تكون وفقاً لأحكام عقد العمل⁽³⁾.

و أمّا الشرط الثاني: فيتمثل في ضرورة إبرام عقد العمل بين المهندس المعماري و رب العمل الأصلي، فإن المقاولين من الباطن و المهندسين المعماريين الآخرين و غيرهم من الفنيين الذين لم يتعاقدوا مع رب العمل الأصلي مباشرة و الذين شاركوا بدور معين في عملية البناء لا يخضعون للمسؤولية الخاصّة (الضمان العشري) هذا نظراً لتخلف شرط إبرام العقد بين المهندس و رب العمل الأصلي⁽⁴⁾.

ولقد عمدت معظم التشريعات على التمييز بين المهندس المعماري و المقاول لوجود تداخل بينهما⁽⁵⁾، على غرار المشرّع الفرنسي الذي كان هو السبّاق إلى ذلك ، و قد حذا حذوه المشرّع الجزائري حيث أقرّ ذلك في نصّ المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 07-94 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري المعدل بالقانون رقم 06-04، أين أقرّ أنّ ممارسة مهنة المهندس المعماري تتعارض مع ممارسة المهنة كأجير أو مقاول أو متعامل في الترقية الصناعية أو ممون بالمواد و اللوازم المستعملة في التشييد، و عليه فإنّ ثاني شخص ملزم إلى جانب المهندس المعماري بالضمان العشري هو المقاول.

ثانياً: المقاول

فحسب نص المادة 554 م.ج فإنّ المقاول يلتزم في مواجهة رب العمل بضمان ما يشيده خلال عشر سنوات إلى جانب المهندس المعماري. فالمقاول لغة: يقصد به المفاوض والمقولة هي المفاوضة⁽⁶⁾، أمّا اصطلاحاً فالمقاول هو كل شخص تولّى إقامة بناء أو منشآت معينة بموجب عقد مقولة مبرم بينه و بين صاحب العمل في مقابل أجر، مع الأخذ بعين

(1)-Auby-Jean-Bernard , Périnet Market Hugues , Droit de l'urbanisme et de la construction, 4^{ème} édition, Paris Montchrestien, 1995, P 609

(2)- معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الثاني، الناشر منشأة المعارف، لإسكندرية، 1987، ص 57

(3)- فتيحة قرة، أحكام عقد المقولة، منشأة المعارف للكتب القانونية، الإسكندرية، 1992، ص 150

(4)- فتيحة موهوبي ، الضمان العشري للمهندس المعماري و مقاول البناء ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة 2006-2007، ص 16.

(5)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ص: 15، 16، 17.

(6)- فتيحة موهوبي ، المرجع السابق، ص 22.

الاعتبار عدم خضوع هذا المقاول لتعليمات وتوجيهات رب العمل، لأنه في حالة خضوعه لهذه التعليمات و التوجيهات فإن المقاول بصدد عقد عمل لا عقد مقاوله .

و قد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 03 من القانون رقم 11-04⁽¹⁾ على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفيا او مؤسسة تملك مؤهلات مهنية".

إذن من خلال نص المادة 554 م ج فسواء كان المقاول مكلفا بإنجاز كل الأعمال اللائمة لإقامة البناء، أو كان مكلفا فقط بإنجاز نوع من هذه الأعمال يكون مسؤولا في مواجهة رب العمل بضمانها (2).

و عليه فإنه و في حال تعاقد عدة مقاولين مع رب العمل لأداء كل أو جزء من أعمال البناء، فإن كل واحد منهم يكون مشمولا بالتزام ضمان أعماله التي تولّى مسؤولية إنجازها. و تعدد المقاولين يكون مثلا في حالة تعاقد رب العمل مع مقاول للأساسات و مقاول آخر للأعمال الصحية، مقاول التجارة، مقاول الحدادة...

إلا أنه يتم استبعاد هذه المسؤولية الخاصة (الضمان العشري) على من يقتصر عمله على القيام بأعمال ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته إذا كانت معيبة كمثل مقاول الطلاء (3)، وبالتالي فالمقاول المكلف بمثل هذه الأعمال يخضع للقواعد العامة للمسؤولية ولا يخضع لمسؤولية الضمان العشري.

و يجوز للمقاول المتعاقد مع رب العمل الأصلي تكليف مقاول من الباطن أي مقاول آخر بإنجاز العمل كله أو جزئه، و بالتالي فإن المقاول من الباطن لا يكون مسؤولا اتجاه رب العمل بالضمان العشري لسبب واحد هو انعدام الرابطة العقدية المباشرة بينهما، ما يعني أن المقاول الذي يعهد بالمقولة إلى غيره لا يخلّ بحق رب العمل في الرجوع عليه كما لو كان هو الذي قام بالعمل، فيكون حينها المقاول مسؤولا عن أعمالهم و يلتزم بضمان هذه الأخيرة كما لو كان هو الذي باشرها بذاته و بنفسه(4).

فالمقاول يعد صانعا ، يورّد المواد المستخدمة للبناء أحيانا، وقد يقدم الأيدي العاملة اللائمة لتنفيذ عملية البناء، و هذا في إطار عقد المقولة، يحترف عمل ذو طابع مادي يتمثل في تنفيذ البناء تبعا للتصميم الذي أعدّه المهندس المعماري وهذا ما يميّزه عن هذا الأخير الذي يقوم أساسا بعمل فكري أو ذهني(5).

(2)- قانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، ج.ر عدد 14 ، الصادرة بتاريخ 06 مارس 2011.

(2)- فتية قره، المرجع السابق، ص 151.

(3)- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 58

(4)- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقولة في التشريع المصري و المقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2001، ص 158.

(5)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ص: 17، 18.

وأما فيما يخص دور المقاول في عملية البناء فهو يتمثل أساسا في التزامه⁽¹⁾ بالنقاط التالية: الالتزام بإنجاز العمل المثق عليه، الالتزام بتسليم العمل المنجز، والالتزام بضمانه. وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في نصوص ق.م في مواده من 550 إلى غاية 557 تحت عنوان "التزامات المقاول" في القسم الأول من الفصل الأول من الباب التاسع من القانون المدني.

هذا بالنسبة إلى الأشخاص الملزمين بالضمان العشري حسب نصّ المادة 554 م.ج، لكن وبالعودة إلى أهمية عملية البناء وتشعبها وامتداد آثارها، فإنه و من الناحية العملية يظهر وبشكل جلي إمكانية بل وضرورة امتداد دائرة الضمان العشري لتشمل أشخاص آخرين غير المهندس المعماري و المقاول.

ثالثا: الأشخاص الأخرى الملزمة بالضمان العشري

لقد عمد المشرع الجزائري إلى حصر أشخاص الضمان العشري في المهندس المعماري و المقاول في المادة 554 م.ج، إلا أنه قد تدارك هذا التضييق للنطاق الشخصي لهذا الضمان - و إن لم يكن هذا التدارك من خلال تعديل نص المادة 554 م.ج رغم أن الأمر يستوجب ذلك - من خلال القانون رقم 80-07 المؤرخ في 09/08/1980 المتضمن قانون التأمين المعدل في 2006⁽²⁾، حيث نص في المادة 94 منه الواردة في الفصل الرابع بعنوان "التأمينات الإلزامية" من الباب الأول "التأمينات البرية" على ما يلي " يجب على المهندسين المعماريين و المقاولين و الأشخاص الآخرين المرتبطين بصاحب المشروع بموجب عقد الأشغال أن يؤمنوا من العواقب المالية و مسؤوليتهم المهنية".

و منه فإنّ المادة قد تضمّنت إلى جانب المهندس المعماري و المقاول، كل الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد أشغال، أي أن قانون التأمينات قد وسّع من دائرة الضمان العشري و نطاقه الشخصي ليصل إلى الغير المرتبطين مع صاحب المشروع (رب العمل) بموجب عقد أشغال⁽³⁾.

كما أكد المشرع الجزائري على ذلك في المادة 46 من القانون رقم 11-04 السالف الذكر حيث نصت على أنه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة للأرضية الأساس"، ما يجعله في تناقض مع نفسه، حيث حصر الضمان العشري في القانون المدني ثم وسّعه في قانون التأمينات، ليفسح المجال تماما في القانون رقم 11-04 ليجعل الضمان العشري على عاتق كل من يرتبط بعقد مع صاحب العمل دون أي تخصيص لنوع هذا العقد.

(1)- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة -المقاوله- الوكالة -الكفالة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص، ص، 47، 69.

(2)- قانون رقم 80-07 المؤرخ في 09/08/1980 و المتضمن قانون التأمين، ج.ر عدد 33 لسنة 1980، المعدل بأمر رقم 95-07 الجريدة الرسمية عدد 13 لسنة 1995 و المعدل بقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20/02/2006، ج.ر عدد 15 لسنة 2006.

(3)- فتحة موهوبي، المرجع السابق، ص 32

في حين كرّس المشرع الفرنسي على خلاف المشرع الجزائري مسألة توسّع دائرة المسؤولية عن الضمان العشري إلى الغير، فجعل كل من المهندس المعماري و المقاول و الفني أو أي شخص آخر مرتبط مع رب العمل بعقد مقولة في نصي المادة 1792 والمادة 1792-1 من القانون المدني الفرنسي مسؤولاً عن الضمان العشري.

كما عمد بعض الباحثين و المتخصّصين في مجال البناء إلى اقتراح هيئات لها دخل كبير في عملية البناء، و ذلك لتخضع هي أيضا لالتزام الضمان العشري إلى جانب المهندس المعماري و المقاول، فقد اقترح كلّ من الهيئة الوطنية لرقابة البناء التّقنية و الهيئة التي تقوم بفحص الأرض.

حيث أن الهيئة الوطنية لرقابة البناء التّقنية تقوم بدور المراقبة أثناء عملية التنفيذ خاصة قبول الأرض التي ستقام فوقها أساسات البناء بعد الحفر، و كذا مراقبة الإسمنت المسلّح، إضافة إلى دورها الضروري في عملية التسليم فهي من تقدم شهادة المراقبة التي تطلبها شركة التأمين لإنشاء عقد التأمين ضدّ العواقب المالية للمسؤولية المهنية.

أما الهيئة الثانية المقترحة فهي الهيئة التي تقوم بفحص الأراضي و تعدّ تقريرا بذلك و بناء على تقريرها يتم تحديد نوعية و أهمية أساسات البناء⁽¹⁾.

و عليه فأبى ضرر يحدث فإنّه يؤدي باشتراك المسؤولية فيما بينهم (بين المشيدين وهذه الهيئات المقترحة) فيتم تحديد درجة خطأ كلّ منهم و نسبة مسؤوليتهم، و عليه فالأجدر بالمشرع الجزائري مراجعة نص المادة 554 مدني جزائري و تعديلها بشكل يساير على الأقل نص المادة 94 من القانون رقم 80-07 المعدل المتعلق بالتأمين وإعادة النّظر في النّطاق الشخصي للضمان العشري في التشريع الجزائري.

الفرع الثاني: مجال مسؤولية الملتزمين بالضمان العشري

إنّه وبالتّحديد بما ورد في المادة 554 م. ج، فإنّ أمر تحديد مجال مسؤولية الملتزمين بالضمان يتحدّد بشخصين هما: المهندس المعماري و المقاول و ذلك من خلال هذه النّقاط: الأولى تحدّد مجال مسؤولية المهندس المعماري و المقاول من خلال عقد المقولة، أمّا النّقطة الثانية فتحدّد مسؤولية هؤلاء المشيدين عن أخطاء المقاولين من الباطن و العمال و الفنيين.

أولاً: مسؤولية المهندس المعماري و المقاول في حدود عقد المقولة

فارتباط المهندس المعماري و المقاول مع رب العمل يكون بموجب عقد مقولة يبرم بينهما، يحدّد فيه المهمة التي كلف بها المهندس المعماري أو المقاول و التي هي محلّ التزامهم و الذي يكون تحقيق نتيجة لا بذل عناية، و عليه فلا يسأل عن الضمان العشري إلاّ فيما نفّذه من أعمال و ما التزم به كلّ منهما.

أ- مسؤولية المهندس المعماري

كما سبق الإشارة إليه فإنّ المادة 555 م. ج⁽¹⁾، قد حدّدت التزامات المهندس المعماري فقد يكون مكلفاً بوضع التصميم فيكون مسؤولاً عن كلّ عيب فيه، كما قد يكون مكلفاً بالرقابة

(1)- إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص 678.

على التنفيذ فيكون مسؤولاً بوصفه مشرفاً و مراقباً إلى جانب مسؤولية المقاول المنقذ. كما قد يكون المهندس المعماري واضعاً للتصميم و منفذاً له في نفس الوقت و عليه فهو يجمع أيضاً كلا المسؤوليتين الناجمتين عن هاتين المهمتين.

أما المهندس المعماري المكلف بوضع التصميم فقط لا يسأل إلا إذا كان تهدم البناء أو ظهور تعيب يهدد سلامته و متانته راجع إلى عيب في التصميم (2) ، و مسؤوليته لا تكون على العيب في التصميم في حد ذاته بل تكون عن الأضرار الناتجة عن هذا العيب من تهدم أو تعيب.

و من جملة الأخطاء و العيوب في وضع التصميم تلك التي تنجم عن مخالفة قواعد الهندسة المعمارية أو بمخالفة القوانين و اللوائح المنظمة لهذا المجال (3).

فيكون المهندس المعماري مخالفاً لقواعد الهندسة المعمارية عند وضعه لتصميم أساسات غير كافية لحمل المبنى، أو خطأ في قياسات الأبعاد المختلفة، أو عيب في تصميم الشقق مع اتساع فيه دون أعمدة تدعمه.

و يكون مخالفاً للقوانين و اللوائح المنظمة للفن المعماري عند وضعه تصميم دون النزول بالأساسات إلى عمق معين. كما قد يتجاوز بعض المسائل التنظيمية كتجاوز الارتفاع المسموح به أو الشرفات (4) و هو ما أقرته المادة 11 من الأمر رقم 04-11.

و قد أيد القضاء المصري مسؤولية المهندس المعماري عن عيوب تصاميمه في أكثر من مناسبة من خلال ما أصدرته من قرارات قضائية (5).

وقد أجمعت قراراتها في متن منطوقها على تحقق مسؤولية المهندس المعماري على تصاميمه و التزامه بالضمان العشري إذا ما كان هناك وجود لعقد مقولة، فإذا ما تخلف هذا العقد فإنه يخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية في حالة حدوث أضرار (6).

كما يسأل المهندس المعماري إذا كان تهدم البناء أو تعيبه راجع إلى عيب في الأرض طالما كان من الممكن كشف تعيب الأرض وتبين عدم صلاحيتها للبناء وفقاً لقواعد الفن.

أمّا إذا استحال كشف العيب وفقاً لقواعد و أصول فنّ البناء فإنّ ذلك يكون في حكم القوة القاهرة و لا يكون المهندس مسؤولاً عنه (7).

(1)- المادة 555 مدني تنص على : "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم"

(2)- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 72

(3)- كمال فؤاد، المرجع السابق، ص 38

(4)- أنور العمر وني، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، الجزء الثالث، مصر، 1994، ص 47.

(5)- سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار و مشيّد البناء المقاولين و المهندسين، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2000، ص 32 و ص ص 41، 42، 43، و من أمثلة القرارات القضائية: نقض 1973/11/27 لسنة 24 العدد الثالث صفحة 1142، و نقض 1925/01/21 سنة 12 العدد الأول صفحة 81، و غيرها من القرارات الأخرى.

(6)- إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس و المقاول عن عيوب البناء فقها و قضاء، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2003، ص 98.

(7)- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية (أنواع المسؤولية، جرائم البناء، تعيب المباني، التصدع و الانهيار، الحوادث أثناء و بعد التشييد....) الطبعة الجديدة، دار الجامعة الجديدة، 1999، ص 99.

أما في حالة ما إذا كانت مهمّة المهندس المعماري مقتصرة على أعمال الطلاء أو الرّخرفة ، أي لا تستدعي فحص الأرض فلا مجال لإثارة مسؤوليته عن أي ضرر ناتج عن تعيب في الأرض.

و إلى جانب هذا فإنّ مسؤولية المهندس المعماري تقوم كذلك عند تكليفه بالإشراف على التنفيذ على كل الأخطاء التي يرتكبها المقاول الذي يشرف عليه ، حتى ولو لم يختره هو بنفسه، حيث أنّه يجوز لصاحب العمل أن يكلف مهندسا أو شخصا آخر ليضع تصميم البناء أو المنشأة، أو إن ينجزه حتى هو بنفسه ويكلف مهندسا آخر يشرف على التنفيذ (1). فيكفي قبول المهندس المعماري بالإشراف على التنفيذ لإثارة مسؤوليته و التي تقوم إلى جانب مسؤولية المقاول المنفّذ، ذلك أنّه مكلف بالتحقق من مدى مطابقة أعمال هذا الأخير (المقاول) للتصميم الموضوع و قواعد الفن و للشروط المدرجة بالعقد (2).

ب- مسؤولية المقاول

إنّ عمل المقاول هو عمل مادي تنفيذي لا يسأل إلا عمّا قام بتنفيذه، و ذلك إذا أدّى عمله تحت إشراف المهندس المعماري أو أدّاه تحت إشراف رب العمل بذاته. ولكن و بالعودة إلى فرض إمكانية وضع التصميم من شخص آخر غير المهندس المعماري، فإنّ المقاول كذلك يمكن أن يكون هو واضع لتصميم البناء و منفّذه في نفس الوقت، فهو في هذه الحالة مسؤول عن كلا المهمتين، فيضمن عيوب التصميم و عيوب التنفيذ معا. الأمر نفسه حتّى ولو تم تنفيذ البناء بواسطة عمال يعينهم لأجل هذا الغرض، فهو مسؤول عن أي خطأ يرتكبونه لأنه لم يحسن مراقبتهم و إرشادهم ليتم البناء مطابقا لأصول الفن و وفقا لما تقتضيه (3).

والأصل في المقاول أن لا يرضخ لأوامر رب العمل لأنه مستقل في عمله، لكن إذا حدث و أن احتفظ رب العمل بحقه في إدارة الأعمال و الإشراف عليها في أحد بنود عقد المقاول المبرم بينهما، فإنّ المقاول في هذه الحالة متحلل تماما من المسؤولية، و الأمر نفسه ينطبق على وجود المهندس المشرف على التنفيذ ، فإن نفذ أحد أوامره و حدث ضرر بالبنية مع أن المقاول قد اعترض على الأمر و تحفظ عليه فهو في هذه الحالة غير ملزم بالضمان العشري.

و يجب الإشارة إلى أنه قد تثار مسألة أخرى في مقاولات البناء و هي المسؤولية عن مواد البناء المستخدمة في التشييد، فوفقا لنصوص المواد 550، 551، 552، 553 م. ج فقد عالجت في مضمونها هذه مسألة ، و أثارت المسؤولية الناتجة عن عملية تقديم هذه المواد.

ففي حالة تقديمها من رب العمل فإن مسؤولية كل من المهندس المعماري و المقاول (4)، لا تنتفي بشكل مطلق بل يتحملان جزءا من المسؤولية لأنهما ملزمان بالتأكد من سلامة

(1)- أنور العمروني، المرجع السابق، ص 48

(2)- كمال فؤاد، المرجع السابق، ص 40

(3)- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 102

(4)- المهندس المعماري لا يسأل عن عيوب مواد البناء إلا إذا كان مشرفا على التنفيذ، فإذا كان ملزما فقط بوضع التصميم فهو مسؤول فقط عن هذه العيوب عملا بالمادة 555 مدني جزائري.

المواد و صلاحيتها قبل استعمالها، و المحافظة عليها و الكشف عن العيوب الموجودة فيها طبقاً للمستوى الفني المطلوب من رجل مثله خبير في المجال و تنبيه رب العمل كلما اقتضى الأمر ذلك (1).

أما عند ما يتكفل المهندس المعماري أو المقاول بتقديم مادة البناء، فإنه يلتزم بما قد ينجم عن جودة هذه المواد من تأثيرات على متانة البناية أو المنشأة، و بالتالي فهو ملزم بضمان ما يقدمه من مواد اتّجاه رب العمل هذا تطبيقاً لنص المادة 551 م.ج.

ثانياً: مسؤولية المهندس المعماري و المقاول عن أخطاء العمال و الفنيين و المقاولين من الباطن

يعد من ضروريات عملية البناء وجوب الاستعانة بعمال و فنيين من طرف المهندس المعماري أو المقاول، هذا إلى جانب إمكانية الاستعانة أيضاً بمقاولين من الباطن و هو ما تضمنته نص المادة 1/564 م.ج كما ورد في نص المادة 17 من الأمر 04-11 السالف الذكر، فإذا حدث عيب أو تهدم للبناء فإن الرجوع بالضمان يكون على المهندس المعماري أو المقاول بدعوى الضمان العشري، حتى و لو كان السبب فيه راجع إلى أخطاء العمال و الفنيين (2). أي أن المشيدين لا يستطيعون التخلّص من التزامهم بالضمان العشري قبل رب العمل استناداً إلى ما يصدر من أخطاء عن العمال المستخدمين و الفنيين الذين استعانوا بهم لإنجاز محل التعاقد، حتى و لو لم يكونوا من اختيارهم، فالعبرة إذن تكون برابطة تبعية هؤلاء العمال و الفنيين للمشيدين و ما لهم من سلطة فعلية في رقابتهم و توجيههم (3). أما مسؤوليتهم عن أخطاء المقاولين من الباطن، فهي تقوم كلما و كُنت لهم مهمة إنجاز جزء أو كلّ العمل ما لم يتضمن العقد بينه و بين رب العمل شرطاً مخالفاً لذلك، أو أن شخص المشيد المتعاقد مع رب العمل لم تكن محل اعتبار في تنفيذ العقد .

كما أنه يمكن للمشيدين الذين تثبت مسؤوليتهم و التزامهم بالضمان العشري بسبب خطأ العمال أو الفنيين أو المقاولين من الباطن الرجوع عليهم وفقاً للقواعد العامة كل حسب العلاقة الرابطة بينهما.

فيعودون على العمال و الفنيين بصفتهم متبوعين و هم تابعون لهم بما تم الوفاء به لرب العمل بشرط إثبات خطأ التابع (العمال و الفنيين)، لأن افتراض الخطأ في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة مقررة للمضروور فقط و ليس بين كل من التابع و المتبوع (4) ويرجعون على المقاول من الباطن عند تحملهم للضمان العشري بناء على العقد المبرم بينهما أي بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن.

(1)- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص، 104

(2)- المرجع نفسه، ص111.

(3)- المرجع نفسه، ص113.

(4)-محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص112.

المطلب الثاني

المستفيدون من الضمان العشري

إن المستفيد الأول من الضمان العشري هو رب العمل بحكم أن العقد المبرم مع الملتزمين به (المهندس المعماري و المقاول) (الفرع الأول) و باعتبار أن محل عقد المقاوله هو إنجاز بنايات أو إقامة منشآت والذي هو مال منقول أي في حركة دائمة، فإنه قد تنتقل ملكيته من ذمة رب العمل إلى ذمة أخرى بأية طريقة. كأن ينتقل هذا الحق إلى الورثة بعد وفاة رب العمل مثلا أو بالشراء... (الفرع الثاني)، بالتالي هل هناك إمكانية من اتساع دائرة هذا الضمان ليشمل مستفيدين آخرين غير رب العمل؟ و بعبارة أخرى هل الضمان العشري مرتبط بالعقار بذاته أو بملكية هذا العقار؟

الفرع الأول: رب العمل

يعدّ رب العمل ذلك المتعاقد مع المهندس المعماري أو المقاول في إطار عقد المقاوله، و غالبا ما يكون هو المالك للبناء أو المنشأة محل عقد المقاوله. وعليه فإنه يستفيد من الضمان العشري سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، خاصا أو عاما، و يستوي أن يكون قد أبرم العقد بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه أو يمثله وفقا للقواعد العامة فإنه و إن تم إبرام عقد المقاوله عن طريق وكيل عن رب العمل، فإن دعوى الضمان عن عيوب البناء يمكن ممارستها من قبله (رب العمل) أو نائبه (1).

و لا يشترط في رب العمل أن يكون مالك الأرض التي يقام عليها البناء، بل يكفي أن يكون قد أعطي له الحق في البناء عليها و لحسابه الخاص و ليس لحساب غيره (2).

و رب العمل قد يحدث و أن يكون منفردا، لكن قد يكون ضمن ملكية مشتركة (اتحاد الملاك) لذا وجب التمييز بين هاتين الحالتين.

أولا: رب العمل منفردا

كما سبق، فإن الأصل في صاحب الحق في "الضمان العشري" هو رب العمل (3)، الذي يكون الطرف المتعاقد في عقد المقاوله مع الطرف الآخر الملتزم بالضمان العشري كما تبين من خلال المطلب السابق ألا و هما المهندس المعماري و المقاول.

و لكن رب العمل لا يكون دائما مستفيدا بالضمان، كما لو كان رب العمل مقاولا أصليا ثم تعاقد مع مقاول من الباطن لإنجاز العمل، فإن هذا الأخير ليس ملزما بالضمان لا نحو المقاول الأصلي و لا نحو رب العمل إلا بقدر ما تقضي به القواعد العامة دون أي التزام باي ضمان خاص (الضمان العشري) (4)، حيث أن هذا الضمان مقرّر لمصلحة رب العمل في مواجهة المقاول الأصلي لكونه غير خبير في البناء. أما المقاول الأصلي و المقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية فمتساويان، فليس هناك حاجة لاستحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما، إذ يكفي الأخذ بالقواعد العامة التي تقضي بانتهاء التزام المقاول من الباطن بمجرد تسلم الأعمال من المقاول الأصلي.

فإذا ظهرت عيوب في هذه الأعمال فيما بعد (أي بعد تسليمها) لم يكن المقاول من الباطن مسؤولا إلا بقدر و إلى المدّة التي يقضي بها عرف المهنة، فلا يكون ملزما بالضمان إذا ظهر عيب خلال عشر سنوات (5).

هذا و قد يكون رب العمل ليس منفردا، بل قد يتعدد ملاك البناية أو المنشأة اي حالة الملكية المشتركة (اتحاد الملاك)، و عليه كيف يستفيدون من الضمان العشري في هذه الحالة؟

(1)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص197.

(2)- فتيحة موهوبي، المرجع السابق، ص38.

(3)-Auby-Jean-birnard, et..., op-cit, P 603

(4)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص111.

(5)- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص84.

ثانياً: رب العمل في الملكية المشتركة

قد يحدث أن لا يوجد ربّ عمل واحد، كأن يتعلق الأمر بحالة عمارات التملك التي يقوم الأفراد أو الشركات ببنائها إما بأنفسهم أو من خلال التعاقد مع مهندسين معماريين أو مقاولين، ثم يتم بيع هذه البنايات و المنشآت في صور وحدات منفصلة.

وبالعودة إلى ق.م.ج في قسمه الخامس من الباب الأول في الكتاب الثالث المعنون "بالحقوق العينية الأصلية"، نجد أن المشرع الجزائري قد خص الملكية المشتركة بعدة مواد من المادة 734 إلى غاية المادة 772 منه، حيث عرّف الملكية المشتركة في نص المادة 743 ق.م.ج و الذي يتضح منها أن لكل مالك في هذا البناء المشترك أجزاء خاصة به و أجزاء مشتركة ذات استعمال جماعي مع باقي الملاك، والتي حددها المشرع في نص المادتين 744 و 745 م.ج على التوالي⁽¹⁾. و المأخوذ على المشرع الجزائري في هذا الإطار هو عدم تحديد الحد الأدنى من الملاك لتكوين الملكية المشتركة، رغم أنه قد تطرق إلى كافة المسائل المتعلقة بها من حقوق و واجبات الملاك، و كذا كيفية إدارة و تسيير العقارات ذات الاستعمال الجماعي.

وهذا ما أكدته نصوص المواد 60-61-62 من القانون رقم 04-11⁽²⁾، فإنه يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخضع إدارة البنايات الجماعية أو تجمعات السكنية في هذا القانون لنظام الملكية المشتركة الذي أشير إليه سابقاً. كما حدد في نص المادة كيفية ممارسة هذه الإدارة (إدارة الملكية المشتركة) حيث أسند إدارة الملكية المشتركة إلى المرقي العقاري خلال سنتين ابتداء من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية حسب نص المادة 62 من قانون رقم 04-11، مع التزام هذا المرقي العقاري خلال السنتين بالعمل على نقل الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين المشتركين، رغم أنه أصلاً تسند إلى جمعية لها شخصية مدنية تمارس صلاحيات تهدف إلى ضمان المحافظة على البناية و تسييرها فيما يخص الأجزاء المشتركة حسب الشروط المحددة في نظام الملكية المشتركة.

و عليه يمكن للمالك المكلف بإدارة الملكية المشتركة المطالبة بالتعويض عن كل تهديم أو تعيب في الأجزاء المشتركة، أو في جزء خاص بأحد الملاك، مع بقاء حق المالك في المطالبة بهذا الضمان إذا ما حدث الضرر في جزئه الخاص به⁽³⁾.

و يثبت لمالك الشقة في الملكية المشتركة أو للمالك المكلف بإدارة هذه الملكية في حالة تهديم البناء أو اكتشاف عيب يهدد متانته أو سلامته حق الرجوع على المالك الأصلي للبناية، الذي يحمل صفة البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية في هذه الحالة وفقاً للقواعد العامة، و الذي يجوز له أي المالك الأصلي للبناية الرجوع على المهندسين المعماريين و المقاولين بدعوى الضمان الناشئة عن عقد المقاول، بل و يحق له إدخالهما كضامنين معه في ضمان المشتري

(1)-الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، السالف الذكر.

(2)-القانون رقم 04-11، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السالف الذكر.

(3)-Auby-Jean-birnard, et...,op-cit,PP 605-606,Hugues- Périnit-Market ,La responsabilité des constructeurs, DALLOZ ,1996 ,PP 52-53

في دعوى العيوب الخفية التي رفعت عليه⁽¹⁾، وهو ما أكده المشرع الجزائري في نصوصه السالفة الذكر.

(1) - محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 83

كما يمكن الرجوع على المالك الأصلي (البائع) للبنية بدعوى الضمان العشري إذا ما تولى هذا المالك الأصلي عملية التنفيذ بنفسه، و هذا راجع إلى انعقاد سلطة الإشراف و السيطرة من خلال تشغيل العمال و الفنيين، و عملهم تحت إمرته و وفقا لقراراته كتابعين له.(1)

فإن المستفيد الأول و الأصلي من الضمان العشري هو رب العمل سواء كان منفردا أو كان ضمن اتحاد الملاك أو الملكية المشتركة ، إلا ان هذا الحق قابل للانتقال.

الفرع الثاني: انتقال الحق في الضمان العشري

إذا كان رب العمل مستفيدا أصليا من الضمان العشري بحكم ارتباطه بموجب عقد مقولة مع الملتزمين به ، فإن هذا الضمان و بحكم أنه مرتبط بالبنية أو المنشأة و أنه ضمان بقوة القانون فإنه يعدّ من مستلزماتها ، والتي هي مال منقول في حركة دائمة ما يعني قابليته للانتقال إلى غير رب العمل سواء إلى خلفه العام أو إلى خلفه الخاص.

أولاً: انتقال الحق في الضمان العشري إلى الخلف العام

والخلف هو كل من ينتقل إليه الحق سواء كان حقا عينيا أو شخصيا من شخص آخر يسمى السلف بسبب من الأسباب الناقلة للحق، و قد يكون الخلف عاما أو خاصا.

فأما الخلف العام فهو من يخلف سلفه في كل حقوقه أو في نسبة معينة منها ، و الخلافة العامة تتحقق للشخص إما بطريق الميراث أو الوصية، ويستوي أن يكون الخلف العام شخصا طبيعيا (وارثا أو موصى له) و يستوي أن يكون شخصا معنويا كحالة اندماج الشركات مثلا(2). فإذا ما توفي رب العمل و ترك وصية أو كان له ورثة و أن مدة العشر سنوات الخاصة بالضمان العشري لم تنقض بعد، انتقل هذا الحق إلى هذا الخلف العام(3)، و هذا استنادا إلى نص المادة 108 م.ج و التي تنص على ما يلي: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام..."

و لكن و من خلال استقراء الفقرة الثانية من نفس المادة، فإنها تقيد انتقال و انصراف آثار العقد إلى الخلف العام بشرط ألا و هو أن لا تكون طبيعة التعامل تمنع ذلك أو أن يوجد نص قانوني ينص على ذلك ،حيث جاءت المادة كالاتي: "...ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث". إلا أنه لا مجال لتطبيق هذا الشرط فيما يخص استفادة الخلف العام من الضمان العشري، حيث أنه لا يمكن للمتعاقدين الاتفاق على عدم انتقال دعوى الضمان العشري إليه ، لما في ذلك من مخالفة و تعارض مع نص المادة 554 مدني جزائري التي تحظر مخالفتها.(4)

ثانياً: انتقال الحق في الضمان العشري إلى الخلف الخاص

(1)- فتيحة موهوبي ، المرجع السابق، ص39.

(2)- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص299

(3)- ابراهيم يوسف، المرجع السابق، ص677

(4)- فتيحة موهوبي ، المرجع السابق، ص41.

يعتبر كذلك مستفيدا من الضمان العشري الخلف الخاص ، و يقصد به كل من انتقل إليه من سلفه حق معين من حقوقه، سواء كان ملكية شيء معين أو حق عيني آخر أو حق شخصي: كالمشتري أو الموهوب له الذي يخلف السلف في ملكية العين المبيعة أو الموهوبة. و يكون خلفا خاصا في حق عيني مثلا صاحب حق الارتفاق أو حق رهن، و يكون خلفا خاصا في حق شخصي من تلقي هذا الحق بحوالة⁽¹⁾.

فرب العمل إذن عند تصرفه في البناية أو المنشأة بأي شكل من أشكال التصرف إما بيعا أو هبة، فإنه بذلك يفقد هو حقه في مباشرة دعوى الضمان العشري ، و عليه هل ينقضي هذا الضمان بانتقال الملكية إلى خلف الخاص أم أنه ينتقل تبعا لانتقال ملكية البناية أو المنشأة؟

إنه و باعتبار أن الضمان من آثار عقد المقاوله الوارد على البناء، فإنه يعد من مستلزماته ينتقل بنفس مواصفاته و ضماناته ، و بما أن الضمان العشري حق ثابت لرب العمل فإنه ينتقل إلى المتصرف إليه مع انتقال الملكية. فينتقل الضمان إلى المشتري أو إلى الموهوب له، فيجوز لهؤلاء (الخلف الخاص) الرجوع على كل من المشيدين كليهما معا أو كل على حدى و مباشرة دعوى الضمان العشري إذا ما أصاب البناية أو المنشأة تهدم كلي أو جزئي أو ظهر فيها عيب يهدد متانتها أو سلامتها بعد انتقال ملكيته إليه، بشرط عدم انقضاء مدة هذا الضمان و هي عشر سنوات⁽²⁾.

فإذا كان حق الموهوب له مقتصرا على حقه في المطالبة بتعويض على أساس دعوى الضمان العشري ضد المهندس المعماري أو المقاول، فإن المشتري يملك وسيلة أخرى للمطالبة بالتعويض إلى جانب دعوى الضمان و هي أنه يرجع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية وفقا للقواعد العامة في حدود هذا الضمان و شروطه، و الذي يترتب عليه في حالة رجوعه على البائع (المالك الأصلي) حق هذا الأخير في الرجوع على المهندس المعماري أو المقاول بالضمان كما له أن يدخلهما كضامنين معه في دعوى العيوب الخفية.

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، هو ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية التي أيدت ما سبق عرضه على أساس أن الحق في الضمان العشري هو حماية قانونية مرتبطة بالملكية و ليس بشخص رب العمل. و منه فإنه و خلال مهلة عشر سنوات ينتقل هذا الضمان مع البناء المبيع بما فيه من ملاحظاته، و عمليا فإن فترة العشر سنوات هي فترة تجربة للتحقق من متانة البناء، و عليه فإن المالك خلال هذه الفترة هو الذي باستطاعته التحقق من ذلك⁽³⁾، فيتعين على ذلك أن الحق في الاستفادة من الضمان الخاص ينتقل إلى الخلف الخاص دائما، و لو كان حق انتقال الملكية إليه لا يتضمن وجوب انتقال الضمان معه، أي لا وجود لبند صريح ينص على ذلك.

لكن التساؤل المثار في هذا الصدد هو عن الدائنين و حق مباشرة دعوى الضمان الخاص باعتبار هذا الدائن لا خلفا عاما و لا خلفا خاصا لرب العمل (المالك الأصلي).

(1)- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص306

(2)- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص85.

(3)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص202.

فالأصل أن الدائن الشخصي لرب العمل ليس له حق رفع دعوى الضمان ضد المشيّد (المهندس المعماري أو المقاول) إلا إذا كان هذا الدائن الشخصي يستعمل في ذلك حق مدينه (رب العمل)، وذلك عن طريق رفع دعوى غير مباشرة و التي تمكنه من المطالبة بحق مدينه لدى الغير الذي يقصد بهما في هذه الحالة كل من المهندس المعماري و المقاول.

أما فيما يخص حالة المستأجر للبناء أو المنشأة، فهو لا يعد دائنا شخصيا لرب العمل (المالك الأصلي) و عليه فهو لا يمكنه مباشرة دعوى الضمان العشري، بل يجدر به الاستعانة بأحكام المسؤولية التقصيرية وإثبات الخطأ في ذمة المدّعي عليه (رب العمل)⁽¹⁾.

وقد يحدث أن يكون المستفيد من الضمان العشري ليس لا رب العمل و لا خلفه العام و لا الخاص، و ذلك في حالة المقاول البائع لبناء، حيث أنه يتولى المقاول عملية البناء بنفسه و لحسابه دون الاستعانة أو الارتباط بأي أحد بموجب عقد مقاوله، و ذلك قصد بيع البناء أو المنشأة للغير إما أثناء أو بعد عملية البناء. فيعد مقاولا و بئعا في نفس الوقت، و عليه فإنه لا شك في أن البائع في هذه الحالة هو الملتزم بالضمان، رغم أنه لا يحقق له ضمانا كافيا، و ليس الضمان العشري لانعدام عقد مقاوله إنما وجود عقد بيع يربطه مع المشتري⁽²⁾.

و خارج إطار هؤلاء الاشخاص لا يمكن الرجوع على المهندس المعماري أو المقاول المتسبب فيما يحدث من أضرار وفقا للقواعد الضمان العشري، و إنما عليهم الرجوع عليهم عن طريق المسؤولية التقصيرية أي إثبات الخطأ في الجانب المدّعي عليه⁽³⁾.

(1)- فتيحة موهوبي ، المرجع السابق، ص606،42،op-cit, P 606،42،Auby-Jean-birnard, et ...

(2)- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص92.

(3)- محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين، منشأة المعارف للكتب القانونية، الإسكندرية، 1984، ص79.

المبحث الثاني

نطاق الضمان العشري من حيث محلّه و مدته

بعد التطرق إلى نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص خلال المبحث الأول، فإنه من اللازم معالجة نطاق الضمان العشري من حيث محلّه و مدّته. وقد تبينت أفضلية التطرق إلى دراسة هذه النقاط في شكل شروط لا بد من توافرها لقيام هذا الضمان.

و بالرجوع إلى نص المادة 554 مدني جزائري التي تنص على أن "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيّده من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض.

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

وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا، ولا تسري هذه المدة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين"

فإنه وبموجب هذا النص، يتبين أن كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولان اتجاه رب العمل عن كل تهدم كلي أو جزئي يصيب ما شيّده وأقاماه من مباني ومنشآت ثابتة أخرى. هذا إلى جانب مسؤوليتهم عن كل عيب يهدّد متانة وسلامة هذه المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، بل أبعد من ذلك، فهم مسؤولون حتى ولو كان التهدم ناتجا عن وجود عيب في الأرض.

وعليه سيتم معالجة مختلف النقاط السابقة من خلال التعرض لنطاق الضمان العشري من حيث محلّه (مطلب أول) إضافة إلى مدة هذا الضمان (مطلب ثان).

المطلب الأول

نطاق الضمان العشري من حيث محلّه

وإن كان المشرع الجزائري قد نصّ على محل الضمان العشري في نص المادة 554 مدني السابقة الذكر، إلا أنّ هذا غير كاف لقيام مسؤولية المهندس المعماري والمقاول. إذ أن أحكام هذا الضمان لا يمكن إثارتها إلا بشرط وجود عقد مقولة يربط بين رب العمل والمهندس المعماري والمقاول كما سبق الإشارة إليه سابقا.

فإذا ما تخلف هذا العقد فلا يلتزم المشيدون قبل رب العمل بهذا الضمان، وإنما تخضع مسؤوليتهم للقواعد العامة في المسؤولية المدنية⁽¹⁾، وإن كان المقام غير مناسب لطرح أحكام

(1) - محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص116.

هذا العقد (عقد المقاولة)، إلا أنه يكفي التأكيد على أهمية وضرورة وجود عقد مقاولة مبرم بين الملتزمين بهذا الضمان (المهندس المعماري والمقاول) وبين المستفيدين منه (رب العمل وخلفه)، فبدون هذا العقد فلا مجال لإثارة الضمان العشري.

فبموجب عقد المقاولة، فإنه يلتزم المهندس المعماري والمقاول بتحقيق نتيجة ألا وهي بقاء البناء الذي شيدها سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه لرب العمل، وعليه فإن الإخلال بهذا الالتزام يثبت بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة، دون الحاجة لإثبات الخطأ فالمسؤولية في هذه الحالة مفترضة⁽¹⁾.

فيكفي حدوث تدهم كلي أو جزئي للبنية أو المنشأة الثابتة الأخرى، أو أن يظهر بها عيب يهدد متانتها وسلامتها حتى ولو كان ناتجا عن عيب في الأرض. وبناء على ذلك يستحسن أن يتم دراسة محل الضمان على هذا النحو التالي: تشييد أعمال من قبيل المباني والمنشآت الثابتة الأخرى (فرع الأول)، والتعرض إلى ارتباط الضمان العشري بتهدم البناء أو المنشأة الثابتة الأخرى (فرع ثان). وهذا في محاولة للإلمام به.

الفرع الأول: ارتباط الضمان العشري بتشديد أعمال من قبيل المباني والمنشآت الثابتة الأخرى

إن وجود عقد المقاولة هو شرط جوهري يقوم على أساسه الضمان العشري لكنه شرط غير كاف لوحده فعقود المقاولة محالها متعددة، فقد تكون مقاولة نجارة أو مقاولة حدادة وغيرها من المقاولات إلا أنها لا تحوي من المجال ما يسمح لرب العمل فيها بإثارة الضمان العشري.

فقد اشترط في عقد المقاولة أن يكون محله عملية تشييد مباني أو إقامة أية منشآت ثابتة أخرى أي أن تكون مقاولة بناء وهو ما أكدّه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 554 مدني السالفة الذكر، فإذا ما حدث وأن ارتبط المهندس المعماري و المقاول مع رب العمل بموجب عقد مقاولة و كان محله عملا آخر من الأعمال المعمارية الأخرى غير عملية التشييد والبناء فلا مجال لتطبيق أحكام هذه المسؤولية الخاصة⁽²⁾.

ومن أجل توضيح أكثر لهذه المسألة سيتم النظر فيها من خلال نقطتين: أولها تعالج ضرورة تعلق الأمر بعملية التشييد و ثانيهما: أن يتم تشييد أعمال من قبيل المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

أولاً: وجود عملية تشييد

(1)- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع سابق، ص159.

(2)- فتحة موهوبي، المرجع السابق، ص54.

طبقا لنفس المادة من القانون المدني الجزائري (المادة 554) فإن الضمان العشري يتحدد نطاق تطبيقه على جميع الأعمال التي يؤديها المهندس المعماري والمقاول حسب طبيعتها و التي تدخل في دائرة أعمال تشييد وبناء مباني ومنشآت ثابتة أخرى جديدة.

هذا وقد أكد المشرع الفرنسي بأنه من الضروري أن تكون هناك عملية تشييد حتى يخضع المهندس المعماري والمقاول لأحكام الضمان العشري.

فقد ثبت من خلال عدة أحكام لها خضوع الملتزمين في عقد المقاوله اتجاه رب العمل لتطبيق أحكام المسؤولية العقدية طبقا للقواعد العامة، هذا دون إثارة الضمان العشري لغياب عملية التشييد⁽¹⁾. والملاحظ هو توسيع المشرع الفرنسي من مفهوم عملية البناء والتشييد، فقد جعله يشمل تشييد مبان ومنشآت ثابتة أخرى جديدة، إلى جانب جميع الأعمال المعمارية الغير المندرجة تحت فكرة البناء والتشييد، كأعمال التعلية، وأعمال التعديل أي تغيير معالم البناء أو الغرض المخصص له، وكذا أعمال الترميم و الإصلاح، إلى جانب أعمال التدعيم وأعمال التوسيع أو التجديد⁽²⁾.

وما يؤكد خروج بعض الأعمال المعمارية واستبعادها من نطاق الضمان العشري، فلا يمكن إدراجها ضمن المفهوم الواسع لعملية التشييد والبناء، وهذه الأعمال تتمثل أساسا في أعمال الهدم والصيانة البسيطة، وكذا أعمال الديكور كالزخرفة وأعمال الدهن و التي هي أعمال تخضع لأحكام المسؤولية العقدية⁽³⁾.

هذا وقد تأكد أن عملية التشييد والبناء مرتبطة بإقامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى الجديدة فقط دون أن تشمل على أعمال الترميمات والتوسيعات إلا إذا كانت هذه الأخيرة تبلغ من الأهمية درجة كبيرة كتعلية البنايات⁽⁴⁾، فيستبعد بذلك الأعمال المعمارية الأخرى كالترميم والتعديل والتوسيع من دائرة عملية التشييد والبناء إلا إذا كانت هذه الأعمال هامة بالنسبة للبناء أو المنشأة الثابتة الأخرى التي تتم عليها، مما قد يسبب تهديدا لمتانها وسلامتها ما سيؤدي حتما إلى تدهمها. فعملية التشييد قد ترد لبنايات جديدة أو منشآت أخرى، أو قد تكون مجرد أعمال معمارية ترد على بناء موجود مسبقا لكنها تكون أعمالا كبيرة وليست بسيطة.

ثانيا: تشييد أعمال من قبيل المباني والمنشآت الثابتة الأخرى

هذا وقد أكد المشرع الجزائري على أن عملية التشييد تكون بإقامة مباني أو منشآت ثابتة أخرى بنص المادة 554 مدني: "... فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى...". فقد ميّز المشرع الجزائري من خلال هذا النص بين نوعين من الأعمال التي يتم

(1)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص214.

(2)- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص121.

(3)- فتيحة موهوبي، المرجع السابق، ص 55

(4)- ابراهيم يوسف، المرجع السابق، ص 676

تشبيدها، فقد يتم تشييد إما مبان أو منشآت ثابتة أخرى من طرف المهندس المعماري والمقاول.

أ- المباني

المشرع الجزائري تفادى تقديم تعريف للبناء في نصوص القانون المدني، لكنه عرفه في نص المادة 03 من القانون 04-11 على أنه: "البناء كل عملية تشييد بناية أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني".

أما الفقه فقد أجمع معظمه على تعريف البناء كالتالي: "البناء هو كل مجموعة مواد سواء من حجارة أو من الطوب أو من الخشب أو من الحديد أو من الطين أو من البلاستيك أو الزجاج، تشيدها يد الإنسان فوق الأرض أو في باطنها"⁽¹⁾.

ويعرف البناء أيضا على أنه كل ما لا يمكن نقله دون أي تلف من مكان لآخر، وذلك مهما كانت المادة المستعملة في تشييده، يتصل بالأرض اتصالا قرا، يستوي أن يكون معدا للسكن أو الخزن، أو معدا لأي غرض آخر كالمستشفيات، والمدارس والمساجد والمعابد المصانع⁽²⁾.

وبالعودة إلى المشرع الجزائري فإنه لم يربطه بأي شرط، سواء من حيث مواده الإنشائية أو من حيث الغرض الذي خصص له، فيكفي أن يكون بناء مستقرا في الأرض فوقها أو تحت سطحها.

أما المشرع الفرنسي فقد قام بتوسيع مفهوم البنايات والبناء بعد ما أثارته هذه المسألة من ضجة واسعة في هذا الشأن، حيث جعل من الضمان العشري يشمل حتى الأعمال المتعلقة بالعناصر التجهيزية الملحقة بالمباني إذا ما كان تلف هذه العناصر التجهيزية التي من أمثلتها المصاعد الكهربائية، أجهزة التكييف المركزية... يهدد متانة وسلامة البناء، أو يحول دون تحقيق الغرض الذي خصص له البناء، أو يهدد متانة هذه العناصر التجهيزية في حد ذاتها إذا ما كانت غير قابلة للانفصال عن هذا البناء⁽³⁾.

فبالرغم أن هذه التجهيزات هي منقولات بطبيعتها، إلا أن دورها الهام في البناية جعل من توسيع مجال الضمان العشري ليشملها مبررا من خلال أهميتها. فالضمان العشري و إن اقتصر على العقارات دون المنقولات، ولكن يجب التحفظ في هذا لما يشهده مجال البناء والتشييد من تطورات هائلة (كما البيوت السابقة التجهيز المستبعدة من الضمان والتي قد يأتي وقت يتم فيها إقامة مسؤولية مركبية في إطار الضمان العشري)، وكذا التحفظ في مسألة استبعاد العقارات بالتخصيص التي قد تشكل جزءا لا يتجزأ من العقار⁽⁴⁾.

ب- المنشآت الثابتة الأخرى

هي الفئة الثانية التي شملها المشرع الجزائري بالضمان العشري وقرّر لها حماية ومسؤولية تقع على عاتق مشييدها. ويقصد بالمنشأة كل ما شيده الإنسان غير المباني والمنازل كالحزانات والجسور والسدود، لا يشترط فيها أن تكون مقامه فوق الأرض دائما،

(1)- علي علي سليمان، دراسة في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص18.

(2)- جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص398

(3)- Auby -jean -birnard ,et..., op-ci t, p562.

(4)- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص121.

بل يمكن أن تكون في باطنها كالأنفاق والملاجئ، ومحطات القطار، والأنفاق والقنوات المائية⁽¹⁾.

كما تعد المنشأة أيضا كل ما تنتجه طاقة الإنسان وتصنعه يده فتقترب بحكم طبيعتها من المباني من حيث علاقتها بالأرض و اتصالها بها⁽²⁾.

وبالتالي فإنه يخرج من مفهوم البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ولا يدخل ضمن الأعمال التي يضمها المهندس المعماري والمقاول لا بناء السفن ولا رصف الطرق، فلا يمكن اعتبارها من قبيل التشييد و التي لا يمكن حتى إدخالها في أعمال الديكور و الزخرفة⁽³⁾.

فالمشرع الجزائري قد أخذ بعمومية هذا المصطلح نقلا فقط عن المشرع الفرنسي الذي كانت عنده عدّة اعتبارات دفعته إلى تعديل نص المادة 1792 مدني فرنسي، من خلال تبديل مصطلح "Edifice" بمعنى "بناء" بمصطلح "ouvrage" بمعنى "عمل"، ليُشمل إلى جانب البنايات والمنشآت الثابتة الأخرى كافة أعمال ومنشآت الهندسة المعمارية، بل وذهب إلى أبعد من ذلك وشمل أيضا ما يسمى بأعمال الهندسة المدنية " Les ouvrages de génie civil"⁽⁴⁾.

هذا وقد ظهر موقف القضاء الفرنسي من خلال اجتهاداته حيث أضاف عدّة نماذج لأعمال "Ouvrages" مشيدة لم تكن لتخضع لنظام الضمان العشري قبل تعديل المادة 1792 مدني فرنسي⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: ارتباط الضمان العشري بتهدم المباني والمنشآت الثابتة الأخرى

إن وجود البناية أو المنشأة الثابتة الأخرى التي مهما كان غرضها أو طبيعتها أو المواد الإنشائية المستعمل فيها، لا يقيم مسؤولية المهندس المعماري والمقاول، إلا إذا لحق هذه البناية أو المنشأة الثابتة الأخرى تهديم كلي أو جزئي، وهو ما أكدته نص المادة 554 م.ج.

فالمراد بالتهدم هو انهيار البناء وتفككه وحل الرابطة بين أجزائه المترابطة، سواء بشكل كلي أو بشكل جزئي. فالتهدم بشكل كامل يكون بسقوط المنشأة أو البناية بأكملها، و أما التهدم الجزئي هو انهيار جزء من الكل كانهيار السقف أو النافذة أو الشرفة مثلا، فقد يطال التهدم البناء بحد ذاته أو أحد عناصره فقط⁽⁶⁾.

والتهدم المقصود في الضمان العشري هو التهدم الغير الإرادي تفترض فيه مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بمجرد حدوثه، فلا يستطيع الدفع بعدم مسؤوليته عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي، كحريق أو غارة جوية أو زلزال، أو دفعها حتى بخطأ الغير كسوء استعمال

(1)- إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص59.

(2)- جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص398.

(3)- فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص153.

(4)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، صص218، 219.

(5)Auby-Jean-Birnard,et..., op.cit., p559

(6)- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص181.

البناء مثلا، وذلك مع بقاء فرض أن يكون الغير أو المالك مشتركا مع المقاول في تحمل المسؤولية⁽¹⁾.

وأسباب التهدم عديدة كأن يوجد عيب في العمل المنجز، بأن يخالف المهندس المعماري أو المقاول الأصول الفنية الواجب إتباعها، حتى ولو لم ينص عليها العقد كاحترام ملكية الغير وحقوق الارتفاق... كما قد يرجع التهدم إلى سوء المواد المستخدمة للتشييد، أو التي تم استخدامها بطريقة مخالفة لشروط استعمالها، أو يعود سببه إلى عيب في التصميم. وقد يرتكب خطأ عدم مراعاة الترتيب الزمني بين العمليات المختلفة المكونة للبناء والتي لم يكتمل جفافها بعد فتسبب التهدم⁽²⁾، و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع أي سبب محدد ليعتبر التهدم الكلي أو الجزئي اللاحق بالبناء أو المنشأة الثابتة، بل يكفي أن يحدث خلال فترة الضمان العشري.

وقد شدد المشرع الجزائري مسؤولية المشيدين، حيث حملهم مسؤولية التهدم جزئيا كان أو كليا، والذي يرجع سببه إلى عيب في الأرض ذاتها والمقام عليها البناء أو المنشأة الثابتة الأخرى، كأن يثبت أن هذه الأرض غير ملائمة للبناء إمام بطبيعتها أو موقعها، أو أن تكون أرضا هشة أو بها مستنقعات تجتمع فيها المياه، وتجاهل المشيّدون هذه الأمور إمام تعمدا منهم أو سهوا لعدم فحصهم لهذه الأرض. فيشترط أن يكون التهدم الناتج عن عيب في الأرض يمكن اكتشافه بالفحص الفني الدقيق، أما إذا تعذر ذلك فإن حكم التهدم في هذه الحالة يدخل ضمن حكم القوة القاهرة.

الفرع الثالث: ارتباط الضمان العشري بتعييب المباني والمنشآت الثابتة الأخرى

إن التهدم الكلي أو الجزئي اللاحق بالمباني أو المنشآت الثابتة عادة ما يكون مجرد صورة نهائية لوجود عيب في البناء يهدد متانته وسلامته. ولكن قد يحدث أن يكون التهدم غير حال و غير محقق، أو لا يكون داهما وشيك الوقوع، بل مجرد عيوب خطيرة تهدد سلامة ومتانة البناء دون أن تحدث التهدم.

لذلك و حماية لأرباب العمل في مثل هذه الحالات، نص المشرع الجزائري في المادة 2/554 مدني على أن يشمل الضمان العشري حتى هذه العيوب بشرط أن تبلغ درجة كبيرة من الخطورة، إضافة إلى شرط آخر تم استقاؤه من القواعد العامة واتفق عليه الفقه ألا وهو خفاء هذه العيوب.

أولا: بلوغ العيب درجة كبيرة من الخطورة

فقد اشترط المشرع الجزائري هذه الصفة (الخطورة) في العيب لكي يتم تغطيته بالضمان العشري، وعليه فقد تم استبعاد كافة العيوب الأخرى التي لا ترقى أهميتها إلى

(1)- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص123.

(2)- فتحة موهوبي، المرجع السابق، ص47.

درجة الخطورة. فيجب أن يكون العيب من شأنه تهديد متانة البناء وسلامة، سواء كان العيب ناتجا عن ضعف في الأساسات أو قدم الأخشاب أو الحديد المستعملين في البناء⁽¹⁾.

كما يجب أن يمس هذا العيب البناية في الجزء الأكبر أو الأساسي منها، فلا يعتد بالعيوب التي تعرض للخطر متانة العناصر الثانوية للمباني أو سلامة الأعمال الصغيرة فيه وحدها⁽²⁾، فإذا كان العيب مثلا في الطلاء أو في البلاط أو في الزجاج، أو غير ذلك من أجزاء البناء دون أن يكون من شأنه تهديد متانة وسلامة البناء، فإنها لا توجب الضمان في هذه الحالة، وإنما يخضع المشيدين للقواعد العامة في المسؤولية العقدية⁽³⁾.

كما يخرج من نطاق العيوب الموجبة للضمان العشري تلك العيوب التي تمس بالطابع الجمالي للبناية من حيث توزيع الاماكن داخله توزيعا غير مريح وغير جميل، وعليه فهي دون أي أثر على متانة أو سلامة البناء⁽⁴⁾.

وقد اتجه بعض الفقه إلى ضرورة توسيع مفهوم العيب الموجب للضمان إلى دائرة تلك العيوب المهددة لمتانة البناء بصفة غير مباشرة إلا أنها تؤثر فيه، ومن أمثلة العيوب هذه تلك التي تظهر في توصيلات المياه و قنوات الصرف⁽⁵⁾.

أما المشرع الفرنسي فقد كرّس ما توصل إليه الاجتهاد القضائي من خلال أحكامه، حيث نص على ذلك في المادة 1792 مدني فرنسي، على أن الضرر يكون خطيرا إذا ما أصاب العمل في أحد عناصره التأسيسية أو في عناصره التجهيزية متى ترتب عن ذلك عدم صلاحية البناء أو المنشأة للغرض الذي شيّد من أجله⁽⁶⁾.

ثانيا: خفاء العيب

فالخطورة في العيب الموجب للضمان العشري شرط كرّسه المشرع الجزائري، إلا أنه يشترط كذلك في العيب أن يكون خفيا وهذا ما أجمع عليه الفقه تطبيقا للقواعد العامة.

فالعيب يكون خفيا غير معلوم لرب العمل ما لم يكن بوسعه اكتشافه وقت تسلم العمل من المشيّد، فإذا حدث وأن تسلّمه وتقبّله دونما أيّة تحفظات، كان المشيّدون معفيين من الضمان العشري في حدود العيوب الظاهرة فقط، دون تلك العيوب الخفية والتي سيضمنانها طوال مدة عشر سنوات ابتداء من يوم التسلم.

(1)- فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص153.

(2)- فتيحة موهوبي، المرجع السابق، ص62.

(3)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 114

(4)- عدنان ابراهيم السرحان، طبعة 2009، المرجع السابق، ص 76

(5)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 228 .

(6)- المرجع نفسه، ص232

وخفاء العيب ليس معناه اشتراط قدمه أي أن يكون موجودا قبل تسلم العمل، فالضمان العشري يغطي العيوب القديمة والطارئة بعد القبول أو التسليم.⁽¹⁾ والملاحظ أنه في هذه الحالة هناك خروج عن القواعد العامة في المسؤولية الناشئة عن عقود المقاوله بوجه عام، والتي يتم فيها ضمان العيوب القديمة دون تلك الطارئة.

وعليه فإن شرط الخفاء أضافه الفقه ليشمل العيب بالضمان، لأن تقبل العيوب من رب العمل والتي قد اطلع عليها (الظاهرة) تبرئ ذمة المشيدين ، وما اختلف الفقه عليه في شأن خفاء العيب هو معيار تحديد خفاء العيب من عدمه، حيث اعتمد الاتجاه الأول على المعيار الموضوعي والذي يقضي بأن يكون بموجبه رب العمل امام عيب لا يمكنه بحكم جهله بأمر الفن المعماري كشفه حتى ولو بذل عناية الرجل العادي في معاينته للبناء .

في حين اتجه بعض الفقه إلى اعتماد المعيار الشخصي الذي يتم فيه تبين قدرة رب العمل على اكتشاف العيب⁽²⁾.

ولكن ما تم الأخذ به هو المعيار الموضوعي ، لأن الحكمة أساسا من تقرير الضمان العشري وتشديد مسؤولية المهندسين المعماريين والمقاولين هي حماية أرباب العمل غير الفنيين وغير الخبراء في مجال البناء.

و بالتالي يتأكد أن الضمان العشري مرتبط بوجود عقد مقاوله، وأن هذا الضمان يرد على المباني والمنشآت الثابتة الأخرى مهما كانت طبيعتها و غرضها، والتي يصيبها إما تهدم كلي أو جزئي، أو قد يظهر بها عيوب تهدد متانتها وسلامتها.

فإذا كان محل الضمان العشري كذلك ، فإن توافر في غير المدة المقررة له لا يمكن إثارته بأي شكل من الأشكال، لأن مدة الضمان العشري شرط شكلي لقيامه، فما مضمون هذا الشرط؟ وهل من إشكالات قد تثار بشأنه؟

(1)- فتيحة قره، المرجع السابق، ص153.

(2)- ياسين عبد الرزاق حسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء، شروطها -نطاق تطبيقها- الضمانات المستخدمة فيها (دراسة مقارنة في القانون المصري) الطبعة الأولى، مصر، 1987، ص86.

المطلب الثاني

نطاق الضمان العشري من حيث مدته

لقد جعل المشرع الجزائري هذا الضمان مرتبط بشرط المدّة والتي تتعلق بها مسألتان، الأولى هي مدة الضمان العشري (عشر سنوات)، أمّا الثانية فهي مدّة تقادم هذا الضمان (ثلاث سنوات). ومعالجة هذا النطاق سيتم في ثلاث نقاط: مدّة الضمان العشري (فرع أوّل) ومسألة بداية هذه المدّة (فرع ثان) وأخيراً مدة تقادم دعوى الضمان العشري (فرع ثالث).

الفرع الأوّل: مدّة الضمان العشري

بالعودة إلى نص المادة 554 م.ج دائما ، نجد أن المشرع الجزائري قد أكد فيها على أن مدة الضمان هي عشر سنوات في الفقرة الأولى من هذه المادة "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات..."

هذا ما يؤكد مرة أخرى خصوصية هذا الضمان وخروجه عن الضمان في القواعد العامة، فهو بخلاف هذه القواعد أين نجد ضمان العيوب التي تطرأ بعد التسليم في عقود المقابلة تنتهي بمجرد استلام رب العمل لمحل العقد مهما كان وتقبله دونما أية تحفظات.

و قد مدد المشرع الجزائري مدة الضمان إلى عشر سنوات، هي مدة كافية لاختبار متانة البناء وصلابته لظهور العيوب الممكنة التي قد تهدد البناء (1).

وهي مدة معقولة ليس فيها إجحاف لا في حق الملتزمين بهذا الضمان، ولا إجحاف في حق أرباب العمل، كما لو كانت مدتها أطول من عشر سنوات فهي تثقل كاهل المهندس المعماري و المقاول، أو كانت أقل من ذلك ما يجعل بعض العيوب التي قد لا تظهر إلا بعد مرور مدة العشر سنوات.

و العشر سنوات هي مدة سقوط لا مدة تقادم، فهي لا تتوقف حتّى ولو بعذر شرعي كوجود مانع يتعذر معه على رب العمل المطالبة بالضمان العشري، أو بتقصير من رب العمل ذاته، أو غيبته، أو عدم وجود نائب يمثله قانونا (2).

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص122.

(2)- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، سنة 2009، ص77.

كما أن هذه المدة ليست عرضة للانقطاع، فبمجرد انقضاء العشر سنوات يمتنع على رب العمل التمسك بحقه في الضمان العشري، سواء عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع⁽¹⁾.

فلا عبرة بالعيب الذي يظهر بعد هذه المدة حتى ولو كان العيب يرجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها في عقد المقاولة فيشترط أن يتم ظهور العيب خلال هذه المدة أو قبلها، ولا يقبل بأي شكل من الأشكال العيوب التي قد تطرأ بعد هذه المدة ولم يرجع سببها إلى هذه الفترة على الأقل⁽²⁾.

وقد أكد المشرع الجزائري في نص المادة 556 م.ج على أنه "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه"، فقد جعل مدة الضمان العشري مدة متعلقة بالنظام العام، وبالتالي يبطل كل اتفاق على التخفيض منها أو الإعفاء تماما منه، فلا يجوز للمهندس المعماري أو المقاول ان يشترط في عقد المقاولة أنه وبمجرد تسلم رب العمل لمحل التعاقد (البناء أو المنشأة) ستبرأ ذمته من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية معا. كما لا يجوز أبدا الاتفاق على الحد منه، كما لو اشترط أن يكون الضمان لمدة تقل عن عشر سنوات أو جعل الضمان مقتصرًا على جملة من العيوب فقط دون غيرها⁽³⁾.

ولكن بالمقارنة مع ما سبق فإنه يجوز الاتفاق على إطالة مدة الضمان العشري وهذا كنتيجة لاعتبارها مدة لاختبار متانة البناء⁽⁴⁾.

كما نشير إلى مكانية إعفاء المهندس المعماري والمقاول من هذا الضمان لكن بعد تحقق سببه وليس قبل ذلك. فالمحظور هو الحدّ أو الإعفاء من الضمان العشري وليس التشديد فيه، إلا أنه يجب التحفظ في ذلك، لأنه طبقا للقواعد العامة قد يتعلق بشروط الإذعان في التعاقد والتي يذعن بموجبها المهندس المعماري أو المقاول كطرف ضعيف أمام رب العمل كطرف قوي والذي يتعسف في هذا التشديد⁽⁵⁾.

هذا وقد ذهب القضاء الفرنسي في شأن هذه المدّة إلى أن هناك إمكانية لتشديد مدة الضمان وزيادتها عن عشر سنوات حق ولو لم يتم الاتفاق على ذلك. حيث تضمنت العديد من الأحكام القضائية الفرنسية حالات تم فيها زيادة مدة الضمان العشري كحالة العيوب التي يكون منشؤها أثناء مدة الضمان العشري لكن آثارها تتفاقم وتظهر بعد انقضائها وعليه فقد ألزمت المهندس المعماري والمقاول بضمان هذه المضاعفات⁽⁶⁾.

(1)- ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص125.

(2)- قذري عبد الفتاح الشهوي، المرجع السابق، ص128.

(3)- أنور العمروني، المرجع السابق، ص59.

(4)- إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص675.

(5)- فتيحة موهوبي، المرجع السابق، ص91.

(6)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص264.

إضافة إلى حالة أخرى قد تمنح رب العمل مدة ضمان عشري جديدة، وذلك فيما يخص أعمال إصلاح العيوب والهدم التي تحدث خلال فترة الضمان العشري الأصلية، و التي اعتبرها المشرع الفرنسي بمثابة انقطاع لمدة الضمان العشري كاستثناء عن الأصل الذي يقضي بأنها مدة غير قابلة للانقطاع و يكون في فرضيتين:

الأولى هي: حالة رفع دعوى موضوعية من طرف رب العمل، والثانية هي: حالة إقرار المهندس المعماري أو المقاول لحق رب العمل في الضمان العشري « *l'aveu par le constructeur de sa responsabilité* »⁽¹⁾. كما لو قام المهندس المعماري أو المقاول بإقرار حق رب العمل في هذا الضمان وقام بإصلاح هذه العيوب، وهذا يمنح لرب العمل مدة ضمان جديدة تبدأ من يوم تنفيذ هذه الأعمال، حيث أنه لا تمس هذه المدة الجديدة سوى الأجزاء التي أعيد إصلاحها فقط من البناية وليس كلها⁽²⁾.

هذا ما توصل إليه القضاء الفرنسي، في حين سكت المشرع الجزائري والقضاء الجزائري على مثل هذه الإشكالات، لكنه أكد على أن مدة الضمان العشري هي عشر سنوات غير قابلة للانقطاع أو الوقف، يبطل الإعفاء أو الحد منها مع جواز الاتفاق على الزيادة في هذه المدة.

الفرع الثاني: بداية سريان مدة الضمان العشري

مدة الضمان العشري لا خلاف فيها فهي عشر سنوات، لكن ما قد تثيره من إشكالات وخلافات هو بداية هذه السنوات. لكن المشرع الجزائري وبصريح العبارة قد جعل من التسليم النهائي نقطة بداية سريان مدة الضمان العشري في نص المادة 3/554 مدني حيث نص على: "... وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا..."

فالتسليم النهائي يعتبر هو بداية احتساب مدة الضمان العشري فما هو القصد من التسليم؟

لم يقدم المشرع الجزائري تعريف للتسليم، فقد اكتفى بتنظيمه كأحد التزامات رب العمل وذلك بالرجوع إلى نص المادة 558 مدني، في حين عرفه المشرع الفرنسي في نص المادة 6/1792 مدني فرنسي: بأنه "التصرف الذي بموجبه يقرر رب العمل قبوله للعمل بدون أو مع تحفظات"⁽³⁾.

وعليه فإن التسليم كبداية لسريان مدة الضمان العشري يختلف عما هو في العقود الأخرى مجرد استيلاء مادي على العمل ووضع اليد عليه، بل هو يحتوي مفهوماً آخر ألا وهو تقبل الأعمال والموافقة عليها إضافة إلى وضع اليد عليها.

(1) -Auby-Jean- Bernard, et..., op-cit, p 599.

(2) - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 265.

(3) - L'article 1792/6 : « l'acte par lequel le maitre de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves ».

والمشرع وإن لم ينص على هذا القبول في نص المادة فإنه بذكره للتسليم النهائي في الفقرة الثالثة نص المادة 554 مدني فإنه عين به التسليم والتقبل في آن واحد، فالتسليم إذن يحتوي عنصران: الأول مادي والثاني إرادي يتمثلان في وضع اليد وتقبل العمل على التوالي⁽¹⁾.

فالتسليم يعبر عن إرادة رب العمل في ترتيب آثاره كانتقال الحراسة إلى رب العمل، ووضع حدّ لبعض التزامات أطراف العقد كتنفيذ الأعمال بالنسبة للمقاول والإشراف على الأعمال بالنسبة للمهندس...، هذا إضافة إلى آثار أخرى كإعفاء المهندس المعماري والمقاول من العيوب الظاهرة بشرط حدوث التسليم دون أية تحفظات، هذا إلى جانب أهم آثار التسليم وهو بداية سريان مدة الضمان العشري⁽²⁾.

ويتم التسليم دون اشتراط أي شكل معين، فقد يتم صراحة أو ضمناً، فيتم بأن يعذر المشيدون رب العمل رسمياً بنهاية العمل⁽³⁾، وقد يتم التسليم كتابة أو شفاهية بشكل صريح. أما التسليم الضمني فهو اتخاذ موقف معين لا يدع معه لظروف الحال شكاً في أنه يعبر عن إرادة واعية من رب العمل في تسليم ذلك العمل محل التعاقد وتقبله⁽⁴⁾، كما لو انتقل رب العمل للسكن في البناية (إذا كان غرضها للسكن).

والتسليم يتأثر بعاملين هما الزمن والكم، حيث يتأثر بالزمن كأن يتم في مرحلة واحدة أو على عدة مراحل أي التسليم المؤقت والنهائي، ويتأثر بالكم كأن يتم دفعه واحدة أو على أجزاء.

فغالب ما يتم الاتفاق على تسليم العمل على مرحلتين: التسليم المؤقت تكون لفترة معينة، غرضها تمكين رب العمل من معاينة البناء والتأكد من مطابقته لما هو متفق عليه⁽⁵⁾ وقد تم استبعاده ليكون كنقطة لسريان مدة الضمان العشري بل هو فترة تجريبية لكشف بعض العيوب التي لا تظهر إلا بالاستعمال وإعطاء مهلة لإصلاحها. وبمجرد انقضاء فترة التسليم المؤقت، يكون رب العمل أمام تسليم نهائي يحرر به محضر تسليم نهائي للعمل، أما إذا حدث وان سكت رب العمل بعد مضي فترة التسليم المؤقت فإنه يعتبر تسليم ضمني ونهائي⁽⁶⁾.

أما التسليم الكليّ أو الجزئي للبناء أو المنشأة، فيكون بالرجوع إلى كمّ العمل وطبيعته، فإذا أمكن تسليمه على دفعات منفصلة، فإن مدة الضمان تسري من تاريخ تسليم كل جزء على حدى، أما إذا تعذر تسليم العمل لأنها وحدة غير قابلة للتجزئة فالعبرة بتسليم آخر جزء كمثل عمارة مكونة من عدة طبقات. وهو الموقف الذي تبناه كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي، إلا أن المشرع الجزائري قد نص بصريح العبارة على اعتبار التسليم النهائي نقطة بداية سريان الضمان العشري دون غيرها.

(1)- فتيحة موهوبي، المرجع السابق، ص74.

(2)- إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص682.

(3)- الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

(4)- فتيحة شكري سرور، المرجع السابق، ص118.

(5)- فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص156.

(6)- فتيحة موهوبي، المرجع السابق، ص81.

وقد ألزم المشرع الجزائري وفقا لما ورد في المادة 558 مدني السابقة الذكر، بأن يتسلم العمل بمجرد إتمام المقاول له وإعذار هذا الأخير رب العمل بتسلمه.

فإذا حدث وأن امتنع رب العمل عن تسلّمه دون سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك، اعتبر كأنه تسلّم العمل. وقد أكد المشرع على أهمية تقديم إنذار رسمي لرب العمل، لأنه يصعب على القاضي في تقدير الحكم بتمام عملية التسلم بأثر رجعي عند انعدام إنذار رسمي لرب العمل بتسلم البناء أو المنشأة الثابتة الأخرى⁽¹⁾.

وإثبات التسلم يقع على عاتق رب العمل لأنه من سيّدعي أن سبب الضمان العشري قد قام في المدة المقررة قانونا و بكافة طرق الإثبات، فيمكن أن يتم بمحضر التسلم إن وجد، أو بمستند تسوية الحسابات بين رب العمل والمهندس المعماري أو المقاول، أو أن يتم بأي طريقة أخرى بما فيها البنية والقرائن⁽²⁾.

وعليه فيعتبر التسلم حدّ فاصل بين مسؤولية المهندس المعماري والمقاول قبل التسلم وهي مسؤولية عقدية أو تقصيرية وبين مسؤوليتهم بعد تمام التسلم والتي هي بداية للمسؤولية الخاصة أو الالتزام بالضمان العشري.

الفرع الثالث: تقادم دعوى الضمان العشري

إذا كانت مدة عشر سنوات هي مدة سقوط الحق في الضمان العشري، لا يتم إلزام المشيدين بضمان أي تهدم أو عيب يرد على البناء أو المنشأة الثابتة الأخرى إلا إذا حدث خلال هذه الفترة، فإن المشرع الجزائري قد قرر مدة أخرى جعلها مدة تقادم دعوى هذا الضمان والتي حددها بمدة ثلاث سنوات.

وقد اختلفت التشريعات في شأن تقادم هذه الدعوى، فهناك من وحدها مع مدة سقوط الحق في الضمان العشري، كما هو حال المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 1792 م.ف والمادة 2270 في باب "التقادم" على اعتبار مدة عشر سنوات مدّة ضمان وتقدم في نفس الوقت⁽³⁾.

وهناك من التشريعات فرّق بين مدة الضمان ومدة تقادم الدعوى، رغم اختلافها في مدة تقادم دعوى الضمان. فالمشرع الجزائري وعلى غرار المشرع المصري في المادة 557 م.ج والتي تنص على "تتقدم دعاوى الضمان المذكور أعلاه بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب"، والتي تقابلها المادة 654 مدني مصري والتي حددتها

(1)- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص137.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص123.

(3)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص201،

بثلاث سنوات لتقادم هذه الدعوى. وكذا نفس الأمر بالنسبة للمشرع الكويتي في نص المادة 796 مدني، وكذا المادة 653 مدني لبيي، والمادة 620 مدني سوري.

أما بعض التشريعات العربية الأخرى فقد اختلفت عدد سنوات تقادم دعوى الضمان العشري، فهناك من جعلها سنة واحدة كالمشرع الأردني والعراقي⁽¹⁾، وهناك من خفّض هذه المدة إلى حدود الأيام كما هو الحال عند المشرع اللبناني في نص المادة 4/668 موجبات لبناني حيث قضت برفع دعوى الضمان خلال ثلاثين يوماً من تحقق الأمر المستلزم للضمان تحت طائلة الرفض⁽²⁾.

وعليه، فإذا حدث وأن ظهر عيب في آخر يوم من الضمان العشري أو حدث فيه تهدم في هذا اليوم، فلرب العمل أو المستفيد من الضمان العشري (خلف عام أو خلف خاص) ثلاث سنوات ابتداء من ذلك اليوم للمطالبة بالتعويض، وبالتالي يصبح الحد الأقصى لرفع دعوى الضمان هو ثلاثة عشر (13) سنة من وقت التسلم النهائي، أي عشر سنوات ضمان مضاف إليها الثلاث سنوات لتقادم دعوى الضمان. لكن قد يحدث و أن يظهر العيب أو يقع التهدم الكلي أو الجزئي في السنة الخامسة من الضمان العشري مثلاً، وبالتالي يكون لرب العمل ثلاث سنوات لتقادم هذه الدعوى ابتداء من وقوع التهدم أو اكتشاف العيب. وعليه يصبح لدى رب العمل في هذه الحالة ثمانية سنوات فأذن حقه دائماً قائم للمطالبة بهذا الضمان، لأنه لم يتجاوز الحد الأقصى (ثلاثة عشر سنة) فهنا لا إشكال⁽³⁾.

لكن الإشكال الذي يطرح في هذه الحالة هو هل ينتهي الضمان العشري عند هذه السنوات الثمانية أم أنه يستمر إلى عشر سنوات؟

فهناك من أكد بأن الأخذ بثمانية سنوات فقط وانتهاء الضمان عند هذا الحد فيه إنفاص لمدة الضمان العشري، أي أنه هناك سنتان لهذا الضمان ليكتمل، وباعتباره مدة ضمان لا تتقادم فإنه لا ينتهي عند السنة الثامنة، بل يستمر إلى غاية نهاية العشر سنوات التي يمكن أن تكشف خلال هذه المدة عن عيوب أخرى، أو قد يتم فيها حدوث تهدم سواء كان كلياً أو جزئياً.

أما نقطة احتساب الثلاث سنوات الخاصة بالتقادم، فقد حدده المشرع الجزائري بيوم اكتشاف العيب أو يوم حدوث تهدم، ويتم إثبات اكتشاف هذا العيب أو حدوث التهدم بجميع طرق الإثبات باعتبارها واقعة مادية، وعليه إذا ما انقضت مدة التقادم ولم يقم رب العمل بمباشرة دعوى الضمان، فإنها تكون قد سقطت بالتقادم، ولا يجوز بالتالي قبولها⁽⁴⁾.

وأما عيب إثبات تقادم دعوى الضمان فيقع على المدعى عليه (الملتزمين بالضمان العشري) حسب ما تقتضيه القواعد العامة في نص المادة 337 م.ج "القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، غير أنه يجوز نقض هذه القرينة

(1)- المادة 791 مدني أردني والمادة 1/870 مدني عراقي.

(2)- إضافة إلى جعله من مدة الضمان العشري هي خمس سنوات فقط بدل عشر حسب نص المادة 668 موجبات لبناني.

(3)- محمّد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص134.

(4)- قدري عبد الفتاح الشهراوي، المرجع السابق، ص172.

بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك". فكلما ادّعى رب العمل بقيام الضمان العشري في المدة المقررة فإنه يجوز للملتزم بهذا الضمان الدفع بسقوط الضمان وتقدمه. ونتيجة لكون مدة ثلاث سنوات هي مدة تقدم، فإنها مدة قابلة للانقطاع إما بسبب رقع دعوى موضوعية من طرف رب العمل أو بإقرار من المهندس المعماري أو المقاول بحق رب العمل في هذا الضمان⁽¹⁾، فقد نص في المادة 317 مدني جزائري على أنه: "ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صحيحاً أو ضمناً...".

كما لا تكون مدة تقدم دعوى الضمان العشري عرضة للتوقف إلا بالنسبة لعديمي الأهلية، والغائبين، والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية عند انعدام نائب قانوني يمثلهم حيث تنص المادة 316 مدني جزائري في فقرتها الثانية على ما يلي: "ولا يسري التقادم الذي تنقضي مدته عن خمس سنوات في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية، إذا لم يكن لديهم نائب قانوني...". و الملاحظ أنه في شأن تقدم دعوى الضمان فإنه يتم الرجوع إلى ما تقضي به القواعد العامة بالنسبة إلى انقطاعها أو توقفها.

ويستنتج أن مدة الضمان العشري مدة متعلقة بالنظام العام، لا يجوز الحد منها و لا الإعفاء منها قبل تحقق سببها، فإنها تتعلق به أيضاً فيما يخص حالة الغش من طرف المهندس المعماري أو المقاول. فيمكن لهذه المدة أن تطول أكثر من عشر سنوات، إذا كان هناك غش ولم يتم اكتشافه من طرف رب العمل خلال المدة المقررة للضمان، ولا حتى في مدة تقدم الدعوى أي خلال ثلاث سنوات، فإنه في هذه الحالة يمكن لرب العمل اللجوء إلى القواعد العامة في المسؤولية التصويرية التي لا تتقادم إلا بمرور خمسة عشر (15) سنة من وقوع الغش أو بثلاث سنوات من وقت العلم به⁽²⁾، هذا مع التزام رب العمل الذي وقع في حالة غش بإثبات هذا الغش، وبأن المهندس المعماري والمقاول قد تعمد إخفاء العيب محل الغش بكافة طرق الإثبات مع إثبات الطرق الاحتمالية التي استعملها المهندس أو المقاول ليغش رب العمل.

وقد تم مما سبق ملاحظة أن هناك فارق واسع بين ما توصل إليه الفقه والتشريع الفرنسي في شأن الضمان العشري من توسيع نطاق تطبيقه، وبين ما هو عليه الحال في التشريع الجزائري رغم أن المشرع قد حرص على تشديد هذه المسؤولية على الملتزمين بها لصالح أرباب العمل العديمي الخبرة والاحتراف في مجال العمران والبناء.

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 140 .

(2)- المرجع نفسه، ص 124.

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية للضمان العشري والجزاء المترتب عنه

إن حساسية مجال البناء والعمران، دفع بالمشرع الجزائري كما سبق التعرض إليه، إلى وضع شروط صارمة وتحديد أشخاص معينة تتحمل المسؤولية المترتبة في هذا المجال.

فقد خصّ المهندسين المعماريين والمقاولين بتحمّل هذا الضمان، كلّما تعلّق الأمر بعملية تشييد مبانٍ أو منشآت وضمان بقائها لمدة عشر سنوات، سواء كان الأمر حفظها من التهدّم الكليّ أو الجزئيّ، أو كان متعلّقا بضمان عدم تعييبها بشكل يهدّد متانتها وسلامتها، وهذا لما قد تخلّفه هذه المباني والمنشآت في حالة تهدّمها من أضرار وخسائر مادية وحتىّ بشرية.

وعليه فقد أصّر المشرّع على تشديدها، وحظر الحدّ أو الإعفاء منها بأيّ شكل من الأشكال، وبهذا يكون المشرّع قد أخرج الضمان العشري مما هو مألوف في القواعد العامة، وقرّر لهذا الضمان أحكاما خاصة يخضع لها أطرافه (المشيدين وأرباب العمل).

مما يؤدي إلى طرح إشكال يتعلّق بتقرير هذه الأحكام الخاصة، فهل لهذه الأحكام تأثير على الطبيعة القانونية لهذا الضمان وبالتالي تمنحه طبيعة خاصة واستثنائية؟ أم أنّها لا تؤثر عليه، وإذا كانت هذه الأحكام الخاصة تؤثر على طبيعة الضمان العشري، فما هي الآثار المترتبة على ذلك؟ وكيف سيكون الجزاء في حالة ثبوت المسؤولية على عاتق هؤلاء المشيدين؟

للإجابة على هذه التساؤلات، ستخصّص لكلّ واحدة منها نقطة مستقلة لتحليلها، فالبداية ستكون لدراسة الطبيعة القانونية للضمان وآثارها (مبحث أول)، ثمّ تليها دراسة الجزاء في الضمان العشري (مبحث ثان).

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للضمان العشري وآثارها

لم تكن يوما مسألة تحديد الطبيعة القانونية لأيّ موضوع ما مسألة سهلة وسائغة، بل لطالما كانت نتيجة لجدل واسع وتعدد للآراء وتبادل للانتقادات.

وموضوع الضمان العشري كغيره من المواضيع، كان محلّ جدل واسع حول تحديد طبيعته القانونية، لسبب هام ألا وهو تعقد هذا الموضوع وخروجه عن القواعد العامة في معظم أحكامه، إضافة إلى أنّ مسألة الطبيعة القانونية تؤثر كثيرا عند الحديث عن الجزاء المقرر

للضمان العشري في مداه ونوعه. وبالتأكيد فإن تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري (المطلب الأول) يؤثر على آثار الضمان ويحدّد بعض أحكامه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للضمان العشري

لقد أكّد معظم الفقه، أن الاختلاف حول تحديد طبيعة الضمان يعود سببه إلى تحديد مصدر هذه المسؤولية بعد عملية التسليم النهائي، والتي تعتبر نقطة بداية سريان لهذا الضمان.

فهل يعود مصدرها إلى عقد المقابلة الذي يعتبر بالتالي غير منتهي، أم أن مصدرها هو الفعل الضار وبالتالي هو مسؤولية تقصيرية أو أنها مجرد مسؤولية قانونية (فرع أول) و هل يمكن أن تكون للضمان العشري طبيعة خاصة (فرع ثان).

الفرع الأول: الاختلاف حول الطبيعة القانونية للضمان العشري

كما سلف ذكره، فإن مسألة الاختلاف حول الطبيعة القانونية للضمان العشري تتمحور حول تحديد مصدر مسؤولية المشيدين بعد التسليم النهائي لمحل التعاقد لرب العمل وعليه سيستعرض الآراء التي حاولت تحديد هذا المصدر، كلّ على حدا.

أولاً: الضمان العشري مسؤولية عقدية

لقد أكّد معظم الفقه المصري والفرنسي، على أن مصدر المسؤولية العشرية بعد التسليم النهائي هو عقد المقابلة.

فالضمان العشري مسؤولية عقدية ناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي مضمونه سلامة ومتانة البناء أو المنشأة، وذلك سواء نص على ذلك في بنود العقد صراحة، أم لا⁽¹⁾.

فيؤكّد أصحاب هذا الاتجاه، أن التسليم لا ينهي عقد المقاولة بذاته، بل يستمر في حالة وجود إخلال بهذا العقد.

فهناك مرحلتان في العقود التي تكون محل التزام المدين فيها القيام بعمل كما هو الحال في عقود المقاولة الواردة على البناء، فالمرحلة الأولى هي: مرحلة تنفيذ الالتزام (البناء) والتي تنتهي بالتسليم.

أمّا المرحلة الثانية فهي مرحلة التّحقّق من جودة هذا التنفيذ وهي ما يقصد به مرحلة الضّمان العشري⁽²⁾.

والملاحظ في هذه النّظرية، هو أنّه رغم اتفاق مناصريها على اعتبار مصدر الضمان العشري بعد التّسليم النهائي هو عقد المقاولة ذاته، فإنّه هناك من أكّد منهم أنّه مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية العقدية لا استثناء فيه.

وهناك منهم من اتّجه إلى التّأكيد على أنّ الضّمان العشري هو ضمان استثنائي ناتج عن عقد، ودليلهم في ذلك سريان هذا الضمان على العلاقة الموجودة فقط بين المهندس المعماري والمقاول الأصلي ورب العمل فقط، دون سريانها على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاولين من الباطن (المقاولين الفرعيين)⁽³⁾.

غير أنّه، وإن تم اعتماد هذه النظرية من أغلب الفقه الحديث إلاّ أنه قد وجهت العديد من الانتقادات إليها.

فقد اعتمدت الانتقادات الموجّهة لهذه النّظرية على إثارة مسألة إثبات الخطأ في الضّمان العشري، إذ أنّ رب العمل معفيّ تماما من إثبات خطأ المشيدين، لأنّ خطأهم مفترض يثبت بمجرد وقوع التهدّم الكليّ أو الجزئيّ، أو بمجرد ظهور عيوب تهدّد سلامة ومتانة البناء أو المنشأة خلال المدّة المقرّرة لهذا الضّمان وهي مدة عشر سنوات، وهذا فيه خلاف لما هو مقرّر في المسؤولية العقدية، التي يلتزم فيها الدائن بإثبات الخطأ العقدي.

كما نادى هذه النّظرية أنّ أساس المطالبة العقدية هو عدم تنفيذ العقد المبرم، وهو أمر غير متوافر في حالة الضمان العشري، إذ أنّ محل التنفيذ موجود فعلا وقد تم تنفيذه (البنائية أو المنشأة)⁽⁴⁾.

إضافة إلى مسألة قابلية انتقال الضّمان العشري إلى الخلف الخاص (المشتري)، وهو أمر مستبعد في المسؤولية العقدية التي لا تسري آثارها إلاّ على المتعاقدين.

كما يجب الإشارة، إلى أنّه من المسلّمات في المسؤولية العقدية جواز الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، وهو أمر متعارض مع ما جاءت به نص المادة 556 مدني

(1)- فتيحة قرة، المرجع السابق، ص166، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص132، عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص87.

(2)- إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص280، محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص276.

(3)- محمد شكري سرور، المرجع نفسه، ص ص 278، 279.

(4)- فتيحة موهوبي، المرجع السابق، ص 106.

جزائري ببطلان أي شرط من شأنه الحدّ أو الإعفاء من الضمان العشري. وبناء على هذه الانتقادات فقد ظهرت نظريات أخرى.

ثانياً: الضمان العشري مسؤولية تقصيرية

بنيت هذه النظرية على أساس افتراض الأعمال المسلمة إلى رب العمل أنها قدّمت على نحو سليم، وبذلك فإنّ عقد المقاوله قد انتهى واستنفذ كل آثاره.

وقد اعتمد الفقه في هذه النظرية، على أنّ الضرر هو أساس قيام الضمان العشري، ذلك أنّه مسؤولية لا تستند على الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد المقاوله، بل يستند على الإخلال بالواجب العام وهو عدم الإضرار بالآخرين⁽¹⁾.

هذا ولم تسلم هذه النظرية أيضاً من الانتقادات، فقد تم إثارة مسألة الإثبات مرة أخرى، حيث أنّه في المسؤولية التقصيرية لا بدّ من إثبات الخطأ من جانب المشيدين، إضافة إلى ركن الضرر والعلاقة السببية الرابطة بين هذا الخطأ والضرر، وهو أمر غير مشترط في الضمان العشري، حيث يكفي إثبات الضرر نظراً لافتراض الخطأ.

كما أنّه في المسؤولية التقصيرية، فإنّه يفترض عدم وجود علاقة بين المخطئ والمضرور، بينما في الضمان العشري فإنّه لا يتحقق إلا بناء على وجود علاقة عقدية تربط الملتزم والمستفيد من هذا الضمان.

وعليه فإنّه أمر مستبعد أن يكون الضمان العشري مسؤولية تقصيرية، خاصة وأنّ الضمان العشري يغطّي كافة العيوب القديمة والمستقبلية التي تحدث خلال مدّة الضمان كلّها، بينما المسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا بتغطية العيوب السابقة للتسليم، أو التي يكون على الأقل سببها يعود إلى ما قبل التسليم⁽²⁾.

وبهذا فقد تعذر على الفقه التسليم بأنّ الضمان العشري مسؤولية أساسها الفعل الضار، وهو ما أكدّه خاصة الفقه المصري.

ثالثاً: الضمان العشري مسؤولية قانونية قرّرها القانون

مفاد هذه النظرية الثالثة التي حاولت تحديد طبيعة الضمان العشري، هو اعتماد أنصارها على فكرة انتهاء عقد المقاوله تماماً بمجرد تسليم الأعمال بشكل نهائي، فالالتزام تم تنفيذه وأنتج آثاره، وعليه لا مسؤولية على المهندس والمقاولين إلا بإرادة المشرع⁽³⁾.

فالأصل إذن أن يخضع المشيدين إلى القواعد العامة التي تقضي بانتهاء التزامهم بالضمان بمجرد تسليم الأعمال. لكن ونظراً لخصوصية عقد المقاوله الوارد على البناء، فقد وضع المشرع الجزائري وغيره من التشريعات نصاً قانونياً يقضي بمسؤولية هؤلاء المشيدين بعد التسليم (الضمان العشري). فبقاؤهم مسؤولين عن الضمان رغم انتهاء العقد يعني أن القانون فرض تلك المسؤولية، وهي بذلك مسؤولية قانونية⁽⁴⁾.

(1)- فتيحة موهوبي، المرجع نفسه، ص 111، 110.

(2)- المرجع نفسه، ص 107.

(3)- محمد شكري سرور، المرجع نفسه، ص 276، إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص 280.

(4)- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 86.

فالضمان العشري حسب هذه النظرية، مسؤولية قانونية ناشئة عن نص قانوني مباشرة، بموجب نص خاص تم تحديد نطاق هذا الضمان فيه وترتيب أحكامه (1).

في حين لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات على غرار النظريات السابقة. فقد انتقدت على أساس أن التسلم النهائي لا يعني أبدا انتهاء عقد المقاولة، لأن ذلك قد يعني إعفاء المهندس المعماري والمقاول من كافة العيوب سواء العيوب الخفية أو الظاهرة، بينما الحقيقة هي غير ذلك، فالتسليم النهائي للأعمال لا يعفي المشيدين إلا من العيوب الظاهرة والتي لم يتحفظ عليها رب العمل (2)، دون العيوب الخفية التي يبقى المشيّدون مسؤولين عنها في حالة ظهورها أو اكتشافها طوال مدة الضمان العشري.

هذا وقد تمت محاولة استعراض الاختلاف الذي ثار حول طبيعة الضمان العشري بين كونه مسؤولية عقدية أو تقصيرية أو قانونية، فإنه صار لزاما التعرض إلى ما تم التوصل إليه في شأن تحديد طبيعة الضمان العشري.

الفرع الثاني : الطبيعة الاستثنائية للضمان العشري

إنه وإن لم يكن اعتبار الضمان العشري مسؤولية عقدية وذلك لعدم إمكانية تطبيق أحكام القواعد العامة على هذا الضمان، ولا حتى اعتباره من قبيل المسؤولية التقصيرية، نظرا لوجود رابطة عقدية بين المشيدين ورب العمل إلا أنه يمكن التأكيد على أنها مسؤولية قررها القانون تسري بإرادة المشرع، وذلك حين وضع نصوصا خاصة بهذا الضمان حدّد من خلالها نطاقه وأحكامه.

فقد وضع المشرع نصوصا أمره لا توجد في القواعد العامة، وذلك لعدّة اعتبارات منها: حماية أرباب العمل الذين يفترض فيهم الجهل بأصول فنّ العمران وانعدام الخبرة في هذا المجال وذلك من جهة، ومن جهة أخرى تأكيدا وحرصا من المشرع على أن يؤدي المختصون في مجال البناء مهامهم على أكمل وجه ووفقا لأصول وأخلاق مهنتهم (الهندسة أو المقاولة).

فخصوصية واستثنائية هذا الضمان تتأكد حتى من خلال التسمية التي خصّ بها "الضمان العشري" أو "المسؤولية الخاصة" للمهندس المعماري والمقاول، والتي تؤكد على وجود قواعد استثنائية خاصة به، تختلف عن القواعد التي تحكم المسؤولية بوجه عام (3).

فالضمان العشري ذو طبيعة خاصة واستثنائية، لا هي بالعقدية المحضة، ولا هي بالتقصيرية، فهو ضمان يميّز بمقومات وخصائص لا نجدها في غيره من المسؤوليات ولا توجد في القواعد العامة.

(1)- Roger - Saint- Alary, Droit de la construction, 1er édition, 4e trimestre, Presse Universitaire de France, Paris, 1977, P 600

(2)- إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص 681.

(3)- ياسين عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 405.

و كما سبق الإشارة إليه، هو ضمان خصّ به المشرع أشخاص معينين، وخصّ به العلاقة بين رب العمل بصفته جاهلا بفنّ العمران، والمشيّدين بصفتهم خبراء فيه.

وقد استثنى منها، العلاقة بين أصحاب الخبرة في عملية التّشييد كتلك الموجودة بين المقاولين الأصليين والمقاولين الفرعيين حسب نصّ المادة 3/554 مدني التي تنصّ على: " ... ولا تسري هذه المدّة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين".

فالضمان العشري هو ضمان خاص للمسؤولية العقدية، منحت لرب العمل من قبل المشرع حماية له ضدّ المشيّدين⁽¹⁾.

فالضمان العشري هو أحد التّطبيقات الخاصة للنّظرية العامة للمسؤولية العقدية، أخضعه المشرع لتنظيم خاص لإقامة نوع من التوازن بين أطراف عقد مقولة البناء⁽²⁾.

وقد اعتمد هذه النظرية العديد من الفقهاء، من أبرزهم الفقيه "سوان" "Soinne"، والذي أكّد أن تسلّم العمل من طرف رب العمل فيه مجازفة كبيرة نظرا لصعوبة تقدير العمل وقت تسلّمه، أي عدم قدرة رب العمل على تبيّن العيوب سواء الظاهرة منها أو الخفية، التي قد لا تظهر بمجرد التسلم. وبالتالي فإنّ تقرير المشرع لهذا الضمان هو بمثابة تأمين على خطر.

فلا تتم مساءلة المشيّدين عن سوء تنفيذهم وفق للقواعد العامة، وإنّما تتم مساءلتهم على إخلال خاص بضمان خاص ينشأ عن عقد المقولة، لا يتم الاستفادة منه إلا بعد تسلّم الأعمال.

وهذا تطبيقا للضمان في النّظرية العامة، الذي هو عبارة عن التزام يضاف إلى العقود التي يكون فيها مجال لحدوث ضرر للدائن من أجل ضمان أفضل للتّنفيد ولتعويض كاف إذا ما حدثت هناك أضرار⁽³⁾.

رغم أنّ هذه النّظرية أيضا كانت محل التّقد كونها تقوم على أساس خاطئ، فهي تقيم الضمان على أساس الخطر في حين هو يقوم على أساس الخطأ⁽⁴⁾، وهذا نظرا لاختلافه عن الضمان الذي يرد على المنتوجات والتي تكفل لمشتريها ضمانا لجودتها خلال فترة محددة.

هذا ويبقى الضمان العشري ذو طبيعة استثنائية وخاصة، أساسها عقد أسئّي تنفيذه نظّمه المشرع بإرادته بموجب نصّ خاص يحدد نطاقه وأحكامه، يخرج عمّا هو مألوف في القواعد العامة، وعليه فإنّه بالتأكيد لهذه الطبيعة الخاصة أثار على هذا الضمان.

المطلب الثاني

آثار الطبيعة الاستثنائية للضمان العشري

(1)- إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص680.

(2)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص283.

(3)- المرجع نفسه، ص280.

(4)- المرجع نفسه، ص281، إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص681.

إنه ومما لا شك فيه، هو تأثير الطبيعة الخاصة للضمان العشري عليه، وبالتالي تخصيصه بمقومات ومميزات تجعله مختلفاً عن غيره من المسؤوليات وعن الضمان بوجه عام، خاصة وأنّ المشرع قد حرص على التشديد في هذه المسؤولية لحماية للصالح العام والخاص معاً.

و لعلّ من أهم ما يميّز به الضمان العشري، ويجعله بذلك ضماناً خاصاً فعلاً، هو مدّة هذا الضمان التي حدّدها المشرّع بمدة عشر سنوات (المادة 554 م.ج).

بحيث أنه حتى ولو تم تطبيق القواعد العامة أو حتّى عرف المهنة لما كان من الممكن أبداً أن يصل الضمان إلى هذه المدّة، كما أضاف المشرع مهلة أخرى لهذا الضمان ألا وهي مهلة تقادم دعوى الضمان العشري وهي مدة ثلاث سنوات حسب ما نصت عليه المادة 557 م.ج.

إضافة إلى ميزة المدّة في الضمان العشري، فإنّه يميّز بتغطيته لكافة العيوب الخفية القديمة منها وحتّى الحديثة التي تظهر خلال مدّة الضمان العشري، فهو يضمن كافة العيوب سواء التي كانت قبل التسلم أو التي ظهرت بعده خلال العشر سنوات.

هذا خلافاً للقواعد العامة التي تشترط وجود العيب الخفي قبل التسلم أو على الأقلّ وجود سببه⁽¹⁾.

وأهم آثار المسؤولية الخاصة الناتجة عن طبيعتها هو كون الضمان العشري مسؤولية مفترضة بقوة القانون (فرع أول) وأنّه يفترض فيه تضامن المشيدين أي كل من المهندس المعماري و الماقل (فرع ثان) مع أهم خاصية وهي تعلّق الضمان العشري بالنظام العام (فرع ثالث).

(1) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص183.

الفرع الأول: افتراض المسؤولية بقوة القانون

فمن نتائج الطبيعة الاستثنائية للضمان العشري هو افتراض المسؤولية على عاتق المهندس المعماري والمقاول بقوة القانون وبالتالي إعفاء رب العمل من إثبات خطئهما .

فرغم أنه يقع على عاتق رب العمل إثبات وجود رابطة عقدية تربط بينه وبين المشيدين، وأنه ملزم بإثبات حدوث الضرر وذلك بإثبات حصول التهدم أو ظهور عيوب خطيرة تهدد متانة وسلامة البناء أو المنشأة، وذلك وفقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، هذا دون إلزامه بإثبات خطأ المشيدين.

وهذا لا لشيء إلا لكون طبيعة التزام هؤلاء المشيدين هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس مجرد بذل عناية، فهم ملزمون بإقامة مبان ومنشآت ثابتة لمدة عشر سنوات سليمة تماما، وعليه فإنه يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة⁽¹⁾. أي أن حدوث تهدم للبناء أو المنشأة أو تعيب يهدد متانتها وسلامتها يقيم مسؤولية المهندس المعماري والمقاول.

وعليه فافتراض المسؤولية بقوة القانون يقوم على قرينة ذات شقين، الأول: هو حصول التهدم الكلي أو الجزئي، أو ظهور عيب في البناء أو المنشأة راجع إلى عيب في الصنعة، وأن هذا العيب راجع إلى خطأ المهندس المعماري والمقاول، وهذا الشق هو قرينة المسؤولية المفترضة لا تقبل إثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي.

أما الشق الثاني فهو قرينة المساهمة أو التضامن في هذه المسألة (فرع ثان) وقرينة بسيطة تقبل إثبات العكس⁽²⁾.

ورغم انعدام نص صريح في التشريع الجزائري بمبدأ القرينة إلا أنه ومن خلال نص المادة 554 م.ج ، فإنه يلتزم المهندس المعماري والمقاول بالضمان كلما أثبت رب العمل وقوع التهدم أو التعيب. وعليه فهو أمام حالة عدم وفاء الملتزمين (المشيدين) بالالتزام وهو تحقيق نتيجة بقاء البناء سليما لمدة عشر سنوات كاملة⁽³⁾.

إلى جانب المشرّع الجزائري فإن معظم التشريعات العربية لم تورد نص صريح بمبدأ القرينة في الضمان العشري، فإن المشرّع الفرنسي في تقنينه المدني المؤرخ في 04 يناير 1978، أقر بذلك في نص صريح وهو نص المادة 1792 /2: "تمتد قرينة المسؤولية المقررة في المادة 1792 سالفه الذكر لتشمل الأضرار التي تصيب البناء كمتانة هذه العناصر الأخرى".

حيث لا يمكن للمشيدين التنصل منها إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهذا النص الصريح لمبدأ القرينة يعود إلى اعتبارات تاريخية مرّ بها التشريع الفرنسي⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: التضامن في المسؤولية

(1)- فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص159.

(2)- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص182.

(3)- إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص673.

(4)- محمد شكري سرور، المرجع نفسه، ص285 وما بعدها، فتيحة موهوبي ، المرجع السابق، ص120.

إذا كان الأصل في التّضامن هو عدم افتراضه وإتّما قيامه بموجب اتفاق أو وجود نص قانوني ينصّ على ذلك، طبقاً لما تقتضيه القواعد العامة بالنسبة للمسؤولية العقدية في حين أن التضامن مفترض في المسؤولية التقصيرية، هذا حسب ما تنصّ عليه المادة 126 م.ج: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر...".

ولما تبين من خلال دراسة الطبيعة القانونية للضمان العشري من أنّها مسؤولية غير تقصيرية، فإنّ المشرع الجزائري نصّ على هذا التضامن في نص المادة 1/554 مدني "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين...".

وعلى ذلك فإنّ رب العمل يستطيع أن يرجع على كلّ من المهندس المعماري والمقاول معا بالمسؤولية، فإذا حكمت له المحكمة بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء التّهدم أو العيب، كان له أن يقضي هذا التّعويض منهما معا، أو من واحد منهما فقط لأنّهما متضامنين بقوة القانون، فرب العمل الحق في الرجوع على المهندس المعماري وحده أو على المقاول وحده أيضا (1).

ولكن لحدوث هذا، لا بدّ أن يكون المهندس المعماري والمقاول مشتركين في الضرر لا في المسؤولية، فقد يحدث أن يقع خطأ لكن من طرف المهندس المعماري وحده (خطأ في التصميم)، أو من طرف المقاول وحده (سبب عيب في التنفيذ). وعليه فإنّ لرب العمل الرجوع فقط على المسؤول وحده فقط.

فالتضامن لا يكون إلّا إذا كان كلّ من المهندس المعماري أو المقاول مسؤولاً عن الضرر، ويحصل ذلك عادة عندما يرجع التّهدم أو العيب في البناء، إلى صدور خطأ في تنفيذ العمل من المقاول والذي أشرف عليه المهندس المعماري، أو في حالة أخرى، هي حالة بقاء سبب التّهدم أو العيب مجهولاً لم يعرف سببه (2).

غير أنّ هذا التّضامن في الضرر يكون فقط في مواجهة رب العمل، أمّا فيما بين المشيدين فكلّ واحد لوحده، لا تضامن بينهما، وعليه تقسم بينهما المسؤولية عن الضرر.

ويستخلص مما سبق، أنّه كلّما تعدّد المشيّدون في عملية البناء وحدث تّهدم أو تعيب في البناء أو المنشأة، فإنّه يجوز لرب العمل إقامة دعواه ضدّهما معا، أو على واحد منهما فقط.

ويجوز للذي دفع التعويض لصاحب الحق فيه (رب العمل) لوحده الرجوع على المشيدين الآخرين المشتركين في عملية البناء كلّ حسب خطئه، وهذا على أساس المسؤولية التقصيرية، بإثبات خطأ هؤلاء المشيدين الآخرين نظراً لانعدام رابطة عقدية تربط بينهم (3).

كما يمكن أن يحلّ من دفع التعويض في الرجوع على غيره من المشيدين محل رب العمل في حقوقه، وذلك باستعمال دعوى الحلول (4).

(1)- فتحة قرّة، المرجع السابق، ص163.

(2)- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص85.

(3)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص121.

(4)- فتحة قرّة، المرجع السابق، ص165.

ولرجوع المشيدين فيما بينهم حالات وهي كالتالي:

1- حالة ثبوت نشوء الضرر بخطأ من المهندس المعماري وحده

فحسب ما تنصّ عليه المادة 555 م.ج فإنّ المهندس المعماري مسؤول وحده بالضمان عن كلّ عيب في التصميم، كما أنّه إذا كان مكلفاً بالإشراف على التنفيذ كان مسؤولاً عن ذلك. فإذا حدث وأن كان التصميم معيباً، وأنّ المقاول المنفذ لم يكن بمقدوره تبين ذلك العيب، تحمّل المهندس المعماري وحده تعويض الضّرر لرب العمل، وعليه فإنّه لو حدث وأن دفع التعويض كلّه، لم يكن جائز له أن يرجع على المقاول. ولو حدث وأن شارك المقاول في دفع التعويض مع المهندس المعماري، جاز لهذا المقاول الرجوع على المهندس بما دفعه، ونفس الأمر إذا ما قام المقاول بدفع التعويض كلّه نيابة عن المهندس المعماري⁽¹⁾.

2- حالة ثبوت نشوء الضرر بخطأ المقاول وحده

فإذا كان الضرر ناشئاً بخطأ المقاول وحده، فإنه يتحمّل عبء المسؤولية كاملة، كأن يستعمل مواد معيبة، لم يكن للمهندس المعماري إمكانية لاكتشافها، ولم يحدث أي إهمال منه في الإشراف على التنفيذ. فإنّه تكون النتيجة مطابقة للحالة الأولى (مسؤولية المهندس المعماري وحده)، فإذا دفع كلّ التعويض لم يكن له الحق في الرجوع على أحد، أمّا إذا دفع نصف أو كلّ التعويض من طرف المهندس المعماري، جاز لهذا الأخير الرجوع على المقاول بما دفعه.

3- حالة ثبوت نشوء الضرر باشتراك خطأ المهندس المعماري مع المقاول

في هذه الحالة فإنّ المسؤولية تقسّم عليهما بنسبة مساهمة خطأ كل واحد منهما في إحداث الضرر، وذلك طبعاً مع مراعاة درجة جسامة خطأ كل واحد. وإذا لم تكن هناك إمكانية لتحديد نسبة خطأ كلّ من المهندس المعماري والمقاول، كان التعويض بينهما متساوياً. هذا حتّى في حالة كون الخطأ المرتكب مشتركاً بين المهندس المعماري والمقاول، أو كان خطؤهما مستقلان الواحد عن الآخر، فإن مسؤوليتهما تقوم بالتضامن في مواجهة رب العمل⁽²⁾.

الفرع الثالث: تعلق الضمان العشري بالنظام العام

لقد جزم المشرع الجزائري في نصّ المادة 556 م.ج التي تنصّ على: "يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه" في مسألة كون الضمان العشري ليس من قبيل الضمان بوجه عام، فقد أكدّ على بطلان كل شرط يقضي بالحدّ أو الإعفاء منه.

(1)- فتية موهوبي، المرجع السابق، ص128.

(2)- فتية قرة، المرجع السابق، ص164.

هذا خلافا لما هو في القواعد العامة حسب نص المادة 2/178 "... وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو من خطئه الجسيم...".

وبهذا فقد قطع المشرع الجزائي أي إمكانية من الإتفاق على التعديل مما قرره بنص صريح يجعل الضمان العشري من النظام العام لا يجوز مخالفته.

والهدف من إصباح النظام العشري بالطبيعة الأمرة، هو توفير حماية قانونية قوية للمباني ضد الأخطاء الناجمة عن تدهمها أو ما قد يظهر لها من عيوب ومساس بالأمن العام والخاص.

ومن أهم مظاهر اعتبار الضمان العشري من النظام العام ما يلي:

1- عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو الحد من الضمان

فنتيجة لاعتبار الضمان العشري من النظام العام فإنه يتبين أن الاتفاقيات المعدلة له غير جائزة إذا ما تعلق الأمر بالخفض أو الإعفاء من هذا الضمان. وعليه يقع كل شرط مسبق يقضي بذلك، ويكون القصد منه حرمان رب العمل كلية أو جزئياً من الرجوع على المشيدين في حالة وقوع تدهم أو ظهور عيب، أو حتى اقتصار الضمان على جزء من الأضرار دون أضرار أخرى⁽¹⁾.

وما قد يكون من شأنه الحد من الضمان، أن يتفق الطرفان مثلا على تقليص مدة الضمان إلى أقل من عشر سنوات، أو اشتراط اقتصار الضمان العشري على عيوب معينة فقط.

ويعتبر من قبيل الإعفاء التام من الضمان، اشتراط المشيدين على رب العمل تبرئة ذمتهم من الضمان، سواء من العيوب الخفية أو العيوب الظاهرة⁽²⁾.

ويفهم مما سبق، أنه ولو حدث وأن تضمن عقد المقاولة شرطا من شأنه الإعفاء أو الحد من الضمان العشري فإنه باطل لا يكون له أي أثر.

ويمكن لرب العمل، كلما حدث تدهم كلي أو جزئي، أو ظهور عيب خطير خلال مدة الضمان العشري، كان بإمكانه مباشرة دعوى الضمان ضد المشيدين، والرجوع عليهم بكامل الضمان رغم وجود اتفاق مخالف⁽³⁾.

2- جواز التشديد في الضمان العشري

فعدم جواز الحد أو الإعفاء من الضمان العشري ما هو إلا تعبير عن رغبة المشرع في تحقيق أدنى حماية ممكنة أقرها القانون لحماية أرباب العمل والصالح العام من جهة ومن جهة أخرى، فقد منح لهؤلاء حق التشدد في الضمان وأحكامه⁽⁴⁾.

ويكون التشديد في الضمان عند الإتفاق مثلا مع المشيدين على إطالة مدة الضمان العشري لأكثر من عشر سنوات، أو الإتفاق على تحمّل المشيدين تبعة التدهم حتى في حالة الحوادث المفاجئة أو القوة القاهرة.

(1) - فتحة قرّة، المرجع السابق، ص167.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص141، أنور العمروني، المرجع السابق، ص59.

(3) - محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص179.

(4) - فتحة موهوبي، المرجع السابق، ص132.

فكّل إتفاق على زيادة مسؤولية المشيدين وتشيديدها أمر جائز، يجوز إدراجه في عقد المقاولة المبرم مع رب العمل. فما حدّده المشرّع الجزائي في نصوص القانون ما هو إلاّ توجّه بنيته إلى وضع الحدّ الأدنى لما يجب أن تكون عليه مسؤولية المهندس المعماري والمقاول، والتي لا يجوز أبداً الدنو إلى ما دون ذلك المستوى المحدّد⁽¹⁾.

3- جواز النزول عن الضمان العشري بعد تحقّق سببه

هذا وكما تقدّم، فإنّه رغم نصّ المشرع الجزائي صراحة في نص المادة 556 على عدم جواز أي إتفاق على الإعفاء أو الحدّ من الضمان، فإنّه إنّما لم يقصد ذلك على إطلاقه، فقد قصد عدم جواز الإتفاق السّابق عن تحقّق سبب الضمان (وقوع التهدم أو ظهور العيب)، أمّا بعد تحقّق سبب الضمان وبعد ثبوت حق رب العمل فيه، فيجوز لهذا الأخير النزول عن هذا الضمان في مجمله، أو في جزء منه فقط، صراحة أو ضمناً⁽²⁾.

فعدم تمسّك رب العمل بالضمان العشري رغم تحقّق سببه، واقتترانه بمجموعة من الملابسات كتكملة أجرة المشيدين دون تحقّق، أو القيام بإصلاح عيوب ظهرت دون أن يكون ذلك من الحالات الإستعجالية ودون تحقّق أيضاً يعتبر تنازلاً كلياً عن الضمان العشري⁽³⁾.

أمّا تنازله عن الضمان بعد تحقّق سببه بشكل جزئي، فيكون في حالة رجوع رب العمل بهذا الضمان على المشيدين فيما يتعلق بالتهدم فقط دون العيوب مثلاً فيتصالح معه بشروط أقل.

وما يتبيّن، من خلال تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري وآثار هذه الطبيعة الاستثنائية، هو تفرّد الضمان بميزات وخصائص جعلت منه موضوعاً يحوز على اهتمام المشرع وحرصه على تنظيم أحكامه حماية للصالح العام والصالح الخاص لأرباب العمل.

(1)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص118.

(2)- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص89.

(3)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 142، 143. قدري عبد الفتاح السنهوري، المرجع السابق، ص 179، فتحة قرّة، المرجع السابق، ص168، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص180.

المبحث الثاني

الجزاء المترتب عن الضمان العشري

وكما سبق الإشارة إليه، فإنّ الحكمة الحقيقية من تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري لا تظهر إلاّ من خلال الحديث عن الجزاء المقرّر لهذه المسؤولية، وهي الجزء الأهمّ الذي سيحقق حتماً حمايته مؤكدة لأرباب العمل وهو ما سهر المشرع على تحقيقه من خلال تقرير هذه المسؤولية.

ولعلّ إمام أرباب العمل بأحكام الضمان العشري، من معرفة أطرافه أيّ الملتزمين به (المهندس المعماري والمقاول) و الشّروط اللّازمة لقيامه ، يدفع بهم بشكل أكبر إلى الاتجاه نحو العدالة ومحاولة الحصول على تعويض منصف وعادل له، كلما توفرت شروط الضمان العشري.

ودعوى الضمان العشري، هي أصلاً مقرّرة لصالح رب العمل لأنّه صاحب صفة ومصلحة في ممارسة هذه الدعوى كما ينتقل حق ممارسة هذه الدعوى إلى خلفه العام والخاص وكذا الدائنين، وذلك وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة⁽¹⁾. تقام هذه الدعوى ضد الملتزمين بالضمان العشري، أي ضد كلّ من المهندس المعماري والمقاول.

وبالتالي، فكّما توفّرت شروط الضمان العشري، كان لزاماً على رب العمل الذي يرغب في الحصول على تعويض عمّا أصابه من ضرر، أن يبادر إلى رفع دعواه أمام القضاء خلال المدّة التي حدّدها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 557 مدني، أي قبل تقادم دعواه خلال مدة ثلاث سنوات من يوم حدوث التهدّم أو من يوم اكتشاف العيب، والتي تكون بالطبع خلال فترة الضمان العشري (عشر سنوات من يوم التسليم النهائي). هذا وقد منح المشرع الجزائري، حق الدّفاع للمشيّدين عن أنفسهم ونفي المسؤولية عنهم رغم أنّها مفترضة في جانبهما وذلك بطريقة واحدة ألا وهي إثبات السّبب الأجنبي.

المطلب الأوّل

التعويض في الضمان العشري

مما سبق دراسته، فقد منح المشرّع الجزائري حق مباشرة دعوى الضمان العشري لصاحب العمل ضدّ كلّ من المهندس المعماري والمقاول خلال المدّة المحدّدة قانوناً وفي الأجل المقرّرة لذلك، وهذا الحق يخوّل له حق المطالبة بتعويض عادل عمّا أصابه من ضرر جراء تهدّم أو تعيب البناء أو المنشأة.

فكّما ثبت حق رب العمل في الحصول على تعويض، حكمت المحكمة إمّا بتعويض عيني كلّما كان ذلك ممكناً وإعادة الحالة إلى ما كانت من المفترض أن تكون عليه (بناء أو منشأة

(1) - فتيحة موهوبي ، المرجع السابق، ص147.

متينة). كما قد تحكم المحكمة بتعويض نقدي لاستحالة التعويض العيني، يحدّد من طرف القاضي أو بموجب إتفاق مسبق.

الفرع الأوّل: طبيعة التعويض في الضمان العشري

تنصّ المادة 164 م.ج على ما يلي: "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً". كما تنصّ المادة 174 م.ج على أنه: "إذا كان الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن أمتنع عن ذلك...".

فوفقاً لنص هاتين المادتين، وبالرجوع إلى أحكام الضمان العشري فإنّه لا وجود لمانع يحول دون تطبيق ما جاء في نصيهما وذلك وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة في ظلّ غياب نصوص خاصة تعالج مجال التعويض في الضمان العشري.

أولاً: التعويض العيني

ويكون التعويض أو التنفيذ العيني بإعادة بناء الجزء المتضرر من البناء أو المنشأة سواء المتهدّم أو المعيب، وقد يقتضي الأمر أحيانا إعادة تشييد البناء أو المنشأة بأكملها⁽¹⁾.

فالأصل في التعويض أن يكون عينيا باعتباره الأصلح للمضرور، وهو ما أكدته المادة 132 في فقرتها الثانية مدني جزائري بنصها " ... على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه...".

فالتعويض العيني هو الأصل العام في التعويض، لا يتم اللجوء إلى التعويض النقدي إلا إذا استحال التنفيذ العيني.

فكلما طلب رب العمل من القاضي بأن يقوم المشيّدون بتنفيذ التزامهم عينا وليس تقديم تعويض نقدي، التزم القاضي بطلب رب العمل كلما كان ذلك ممكنا، فلا يجوز للقاضي الحكم بالتعويض النقدي بينما طلب المتضرر كان التنفيذ العيني وكان ذلك ممكنا⁽²⁾.

وفي هذه الحالة وإن حدث وأن امتنع المدين عن تنفيذ التزام عينا، جاز لرب العمل، تقديم طلب إلى المحكمة بأن يقوم بإصلاح الأضرار في البناء أو المنشأة سواء التهدّم أو التعيب على نفقة المدين بالضمان المهندس المعماري أو المقاول أو كليهما معا بحكم تضامتهما المفترض.

يقوم بإجراء الإصلاحات بنفسه على نفقة المسؤول بترخيص مسبق للمحكمة، والذي يجوز الاستغناء عنه في حالات الاستعجال القصوى⁽³⁾. أو بالاستعانة بمقاول آخر غير المقاول الأصلي.

وهو ما أكدّ عليه المشرع الجزائري في نص المادة 170 مدني: "في الالتزام بعمل، إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا".

وهو ما أيده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 11-03-1998 تحت رقم 152934 المتعلق بعدم تنفيذ التزام تعاقدية واللجوء إلى مقاول آخر دون ترخيص قضائي⁽⁴⁾.

كما يجوز لرب العمل حسب ما جاء به نصّ المادة 169 مدني جزائري⁽⁵⁾ أن يرفض تنفيذ الالتزام من طرف شخص آخر غير شخص المدين كلما وُجد نص على ذلك، أو كانت طبيعة العمل تشترط أن يكون شخص المدين محل اعتبار.

فإذا ما أصّر المدين (المهندس المعماري أو المقاول) على رفض التنفيذ العيني، حدّد القاضي تعويضا يلزم به المشيّدون لتنفيذ التزامهم و يكون قد غطى من خلال هذا التعويض الضرر

(1)- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 145، 146.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 125، قديري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 170.

(3)- فتية موهوبي، المرجع السابق، ص 152.

(4)- القرار رقم 152934 الصادر في 11/03/1998 المتعلق بعدم تنفيذ التزام تعاقدية و اللجوء إلى مقاول آخر دون ترخيص قضائي، المجلة القانونية للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1998، ص 190.

(5) المادة 169 مدني جزائري: "في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين ان ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين".

الذي أصاب الدائن أي رب العمل، كما لو اضطر إلى إخلاء البناية، أو اضطر إلى تعويض الغير المتضرر من حادثة التهدم، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 175 مدني جزائري.

كما تجدر الإشارة أنه حتى أثناء تنفيذ عقد المقاولة الوارد على البناء فقد مكن المشرع رب العمل من حق اللجوء إلى مقاول آخر لإتمام محل العقد كلما تقاعس المقاول الأصلي في تصليح أخطائه وفقا لنص المادة 553 م.ج وذلك بعد اعداره ومنحه مهلة لذلك. وبالتالي فقد أخضعه أيضا للقواعد العامة لعقود المقاولة، هذا ما ذهبت إلى تأييده المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1987/11/11 تحت رقم 51553 المتضمن التزامات المقاول، عدم قيام رب العمل بالإجراءات القانونية⁽¹⁾.

ولكن قبل حصول رب العمل على التعويض، لا بد له أن يلتزم بإتباع ما نصت عليه كل من المادة 179 و180 م.ج⁽²⁾، ألا وهو وجوب إعدار رب العمل لكل من المهندس المعماري والمقاول في جميع الأحوال، ويتم الإعدار بإنذارهم، أو بما يقوم مقام الإنذار. هذا إذا لم يصادف توافر إحدى الحالات المنصوص عليها في نص المادة 181 مدني التي تعفي من الإعدار، كحالة تعذر تنفيذ الالتزام أو أنه أصبح غير مجد بفعل المدين⁽³⁾.

ثانيا: التعويض النقدي

لقد مُنح قضاة الموضوع، سلطة تقديرية واسعة في تعيين طريقة ونوع التعويض تبعا للظروف المتوقعة في النزاع المعروض أمامه. فيحدد التعويض بأن يكون بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه بناء على طلب المضرور وكلما كان ذلك ممكنا.

أما إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا، التزم بأداء تعويض نقدي للدائن عن الضرر الذي أصابه. و التعويض النقدي يكون عمّا لحق رب العمل من خسارة وما فاتته من كسب.

فيلتزم المهندس المعماري والمقاول بدفع تعويض نقدي مناسب لرب العمل يغطي النفقات اللازمة للإصلاحات، كما يجوز لرب العمل المطالبة بتعويضات أخرى لما لحقه من ضرر⁽⁴⁾.

فكلما كانت أعمال الإصلاحات لما أصاب البناء أو المنشأة من تهدم أو عيوب، تؤدي إلى تشويه منظره والإخلال من منفعته أو قيمته، جاز لرب العمل تقديم طلب بتعويض إضافي إلى جانب التعويض المستحق لعملية الإصلاح.

أو لو حدث وأنّ الضرر الذي أصاب البناء أو المنشأة قد أصاب الغير، مما أقام مسؤولية رب العمل بصفته حارس البناء فإنه يجوز له الرجوع بما دفعه لهذا الغير على المهندس المعماري والمقاول⁽⁵⁾.

(1)- القرار رقم 51553، الصادر في 1987/11/11 المتضمن التزامات المقاول وعدم إتباع رب العمل الإجراءات القانونية، المجلة القانونية للمحكمة العليا، العدد الثالث، سنة 1992.

(2)- أنظر: المواد 179- 180 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، السالف الذكر..

(3)- انظر المادة 181 من الأمر رقم 75-58، لقانون المدني المعدل و المتمم، السالف الذكر..

(4)- محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص148.

(5)- فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص172.

وعليه يمكن القول بأنّ التعويض في الضمان العشري يكون وفقا لما هو في القواعد العامة، الأصل فيه هو التنفيذ عينا كلما كان ذلك ممكنا وغير مرهق للدائن، وذلك بإعادة الحالة إلى ما كان يفترض أن تكون عليه ، أي بناء سليما من التهدّم والعيوب.

إلا أنه إذا تعدّر ذلك، كان التعويض في هذه الحالة تعويضا نقديا، يقضي به القاضي وتكون قيمته مساوية لتكاليف إعادة البناء أو إصلاح العيوب.

كما ينبغي التنويه بأن رب العمل يمكنه إلى جانب المطالبة بالتعويض (نقديا أو عينيا) المطالبة بفسخ عقد المقاولة الوارد على عملية البناء.

إلا أن السلطة التقديرية في قبول فسخ العقد من عدمه ترجع إلى قاضي الموضوع، فله أن يحكم بالتعويض دون الفسخ، وذلك كلما تأكد أن ما امتنع الملتزم عن تنفيذه ليس ذو أهمية بالغة بالنسبة للإلتزام الوارد في العقد ككل.

الفرع الثاني: مدى التعويض في الضمان العشري

مما سبق، فإنّ تعويض رب العمل مهما كان نوعه نقديا أو عينيا يكون على ما فاتته من كسب وما لحقه من ضرر وخسارة نتيجة الضرر المباشر المتوقع، وذلك بالنظر إلى طبيعة الضمان العشري الذي هو تطبيق خاص للضمان الناشئ عن المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة 182 م.ج: "ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب...".

كما أضافت نفس المادة في الفقرة الأخيرة منها: "غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

وعلى هذا الأساس ومن خلال هذه المادة سيتم تحديد حدود التعويض وذلك لتحديد مداه أو لا ثمّ وقت تقديره.

أولا: حدود التعويض

فالملاحظ من خلال نص المادة 1/182 م.ج هو أنّ تعويض رب العمل عمّا أصابه من ضرر يكون عمّا لحقه من ضرر وما فاتته من كسب. فيعوض عما تضرر به في نفسه أو أمواله، وما قد يترتب على ذلك من ضياع للمكسب من خلال عدم قدرته على استغلال البناء أو المنشأة كإيجاره مثلا.

ويشمل التعويض في الضمان العشري، التعويض عن الأضرار الحالة الواقعة فعلا، وحتى عن الأضرار المستقبلية متى كانت هذه الأخيرة أكيدة الوقوع لا محتملة.

فيكون التعويض عن كل ضرر وقع أثناء فترة الضمان أو ما يمكن أن يحدث من أضرار مستقبلية تتفاقم بعد انقضاء فترة الضمان (عشر سنوات).

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص127، قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص71.

وما يستنتج من الفقرة الأخيرة من المادة 182 مدني هو التعويض على الضرر المباشر المتوقع فقط بحكم طبيعة هذا الضمان، على عكس ما هو متعارف عليه في المسؤولية التقصيرية، حيث يتم فيها التعويض عن كل ضرر مباشر متوقع كان أو غير متوقع⁽¹⁾.

ويعتبر من قبيل التعويض عن الأضرار المتوقعة، مجموع ما ينفقه رب العمل عما يترتب من نتائج عن تهديم أو تعيب البناء أو المنشأة كإصلاح الجدران مثلا، أو تعويض الغير عما أصابه من أضرار نتيجة قيام سبب الضمان وذلك بوصفه حارسا للبناء، وكل ما قد ينفقه رب العمل لمنع تفاقم هذه العيوب⁽²⁾.

لكن قد يحدث وأن يتعمد رب العمل - بصفته الدائن - عدم إخطار المهندس المعماري أو المقاول بحدوث التهديم أو ظهور العيب ومماطلته في إصلاحها، وذلك رغبة منه في الحصول على أكبر قدر ممكن من التعويض نتيجة تفاقم الأضرار.

فقد تصدى المشرع الجزائري لمثل هذه الحالة، ونص في المادة 177 م.ج بأنه يجوز للقاضي إنقاص التعويض أو حتى عدم الحكم به كلما ثبت أن رب العمل قد أشترك بخطئه في إحداث الضرر أو الزيادة منه.

فالتعويض إذن يقتصر على القدر الذي يكفي لإعادة البناء وإقامة الإصلاحات ليكون كما كان من المفروض أن يبدو عليه وكما كان يجب أن يتم تشييده وفقا لبنود العقد.

ويستبعد من هذه التعويضات ما قد يرغب رب العمل في إضافته من تحسينات كالزخرفة والديكور، أو إقامته من تعديلات بإضافة أمور وتنحية أخرى.

فقد يتم إصلاح العيوب بطريقة تزيد من قيمة البناء أو المنشأة ولا تنقصها، وذلك كما لو كانت المواد المستخدمة في الإصلاح أعلى قيمة من المواد التي كان يجوز استخدامها.

وعليه ووفقا لذلك، فإن المشرع الجزائري قد منح لهؤلاء المشيدين حق الرجوع على رب العمل بناء على أحكام دعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير⁽³⁾.

وبالتالي يخضع المشيدين في هذه الحالة إلى ما تقضي به القواعد العامة بشأن هذه الدعوى دعوى الإثراء بلا سبب في نص المادتين 141 و142 م.ج .

كما يجب التأكيد على أنه يجوز إتفاق المتعاقدين في عقد مقولة البناء أي رب العمل والمهندس المعماري والمقاول على تحديد المسبق للتعويض في بنود ذلك العقد، أو حتى في عقد لاحق. وهذا ما يصطلح على تسميته بالتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي، وهو ما شرعه المشرع الجزائري في نص المادة 183 مدني بنصه على: "يجوز لمتعاقدين أن يحددوا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في إتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص126.

(2)- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص171.

(3)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص126.

ويكون هذا الشرط الجزائي صحيحا وقائما منتجا لآثاره في حينه، ما لم يكن مضمونه ينطوي على مخالفة ما جاءت به نص المادة 557 م.ج.

فإذا كان الأمر كذلك، وقد تم تحديد التعويض مسبقا، إلا أن الضرر الحاصل يفوقه بكثير، جاز للقاضي أن يحكم برفع هذا التعويض إلى الحدود التي تتغطي به كافة الأضرار وفقا لسلطته التقديرية⁽¹⁾، إذا ما أثبت رب العمل غشا أو خطأ جسيما من جانب المشيدين⁽²⁾.

كما يجوز لقاضي الموضوع التدخل كذلك في حالة الحد من هذا التعويض المقدر مسبقا إذا ما بالغ الطرفان في تحديده في عقد المقاوله أو في عقد لا حق.

فكلما تبين للقاضي أن مقدار التعويض يفوق كثيرا الضرر الحاصل، أو أن المدين أثبت أنه قد نفذ جزءا من التزامه جاز له (للقاضي) تعديل هذا التعويض إلى الحد المعقول عن طريق خفضه⁽³⁾.

وعليه يمكن القول أنه يجوز للقاضي التدخل في تحديد مقدار التعويض إما بالزيادة أو النقصان والذي قد تم تحديده من طرف المدين (المهندس المعماري والمقاول) والدائن (رب العمل).

ثانيا: وقت تقدير التعويض

إن معرفة نوع الضرر الذي يتم بموجبه تعويض رب العمل عليه وتبين حدوده، لا يقل أهمية عن معرفة الوقت الذي يتم فيه تقدير هذا التعويض.

فتاريخ تحديد هذا التعويض أمر هام، لما يشكله تطوّر أضرار البناء وتفاقمها من جهة، وتذبذب أسعار مواد البناء ومختلف التأثيرات الاقتصادية كقيمة العملة من جهة أخرى.

فقد يحدث أن يقع الضرر في وقت فيه أسعار مواد البناء منخفضة، إلا أن دعوى الضمان العشري رفعت بعد مدة، وكان صدور الحكم في فترة ارتفعت فيه أسعار هذه المواد بشكل فادح، هذا ما سيشكل عبئا كبيرا وإرهاقا للمدين، كما لا يستبعد حدوث العكس أو تظهر مجرد تشققات في البناء أو المنشأة، وبعد رفع الدعوى تفاقت هذه التشققات وأحدثت ترسّخات خطيرة وانتهيار حتى بعض الأجزاء. فهل سيتم في هاتين الحالتين اعتبار وقت رفع الدعوى هو وقت تقدير للتعويض، أم أن وقت تقديره سيكون وقت صدور الحكم؟

المؤكد هو أن وقت تقدير التعويض هو وقت النطق بالحكم لا وقت حدوث الضرر أو حتى وقت رفع الدعوى، وذلك لوجود أضرار وقعت قبل الدعوى وأخرى تكون أثناء رفعها، مع بقاء احتمال تفاقم هذه الأضرار إلى غاية النطق بالحكم أو حتى بعدها بشرط أن تكون أضرار مؤكدة الوقوع مستقبلا.

(1)- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص126.

(2)- أنظر: المادة 185 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، السالف الذكر.

(3)- المادة 2/184 مدني جزائري والتي تنص على: "ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه...".

وهو ما أكدته نصّ المادة 131 م.ج (1) على أنّه يجوز للقاضي عدم إصدار تعيين تعويض نهائي، فيقوم بحفظ حق رب العمل في المطالبة بإعادة تقدير التعويض خلال فترة معينة.

لكن ما أكدته المادة 187 م.ج والتي تنص على أنّه: "إذا تسبّب الدائن بسوء نية، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفّض مبلغ التعويض المحدّد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدّة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

وعليه فكّلما تعدّد رب العمل في المماثلة وإطالة النزاع، فإنّه يحق للقاضي رفض أي طلب للتعويض عن كل الأضرار الحاصلة طوال فترة مماثلة رب العمل إذا ما كانت دون أي مبرر شرعي، أو الخفض من القيمة المحددة بموجب الاتفاق.

كما أنّه يسوغ للقاضي، تعيين طريقة أداء التعويض حسب الظروف، كأن يتم دفع التعويض مقسطاً على أجزاء أو على شكل إيراد مرتب، وذلك بجانب إمكانية إلزام المهندس المعماري والمقاول بتقديم تأمين وتقدير التعويض بالنقد.

هذا فيما يخص الهدف من تشريع الضمان العشري، ألا وهو تمكين رب العمل كطرف غير خبير في مجال البناء من الحصول على التعويض في حالة تضرره من طرف المهندس المعماري والمقاول.

المطلب الثاني

دفع الضمان العشري

إذا كان من حق رب العمل رفع دعوى ضد المهندس المعماري والمقاول للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، فإنّ القانون قد منح لهؤلاء حق الدّفاع عن أنفسهم، ودفع المسؤولية عنهم، وذلك من خلال وسيلة وحيدة ألا وهي إقامة الدليل على أنّ سبب الضمان (التهدم أو التعيب) إنّما لم ينتج عن خطأ أو تقصير منهم، بل كان نتيجة لعيب أجنبي لا يدّ لهم فيه بحكم أن مسؤوليتهم مفترضة لا تقبل إثبات العكس

(1)- المادة 131 مدي جزائري التي تنص على: "... فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

« les constructeurs responsables de plein droit, ce qui n'autorise que la preuve d'une cause étrangère il ne peuvent donc jamais s'affranchir de leur responsabilité en démontrant leur absence de faute » (1).

هذا والسبب الأجنبي حسب نص المادة 127 مدني جزائري هو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة (فرع أول) أو خطأ رب العمل (فرع ثان)، أو خطأ الغير (فرع ثالث)، وبالتالي يكون بمقدور المهندس المعماري والمقاول التنصل من الضمان العشري بالعودة إلى نصوص القواعد العامة وإثبات السبب الأجنبي في ظل غياب نص صريح يقضي بذلك.

الفرع الأول: القوة القاهرة

هي أول سبب أجنبي يمكن المشيدين من دفع الضمان العشري والتزامهم اتجاه رب العمل. ويقصد بالقوة القاهرة كل أمر غير متوقع الحدوث، وغير ممكن تجنبه، وكلما تمكن المهندس المعماري والمقاول من إثباتها تنتهي مسؤوليتهما بسبب قطع العلاقة السببية بين الفعل والضرر (2).

وقد أضيف شرط كون القوة القاهرة حادث خارج عن مادة العمل المعماري أو عن ذاتية الشيء الذي يقع عليه العمل وهو "شرط الخارجية" (3).

فالقوة القاهرة تجمع ثلاثة خصائص: لا يمكن ردّها "Irrésistible"، لا يمكن توقعها "Imprévisible"، و أن تكون خارجية "Extérieure" (4).

وتعود مسألة تقدير مدى توفر القوة القاهرة من عدمه إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

والملاحظ في الضمان العشري هو استبعاد تعيب الأرض من كونه من قبيل القوة القاهرة بصريح ما نصت عليه المادة 1/554 م.ج: "...ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض".

فلا يجوز للمهندس المعماري والمقاول التمسك بعيب الأرض كأنه سبب أجنبي ينفي مسؤوليتها، ولو كان هذا العيب هو السبب الفعلي في حدوث التهدم أو التعيب (5).

أما القضاء المصري، فقد ذهب في العديد من أحكامه إلى اعتبار العيب في الأرض يخرج عن القوة القاهرة كقاعدة عامة، لكنّه استثناء إذا نتج التهدم أو التعيب عن تحركات غير متوقعة في تربة الأرض لم يكن في الإمكان كشفها حتى مع استخدام وسائل الفحص الفني الحديثة (6).

(1)- Aubey Jean- Bernard, et ..., op.cit, P 637.

(2)- جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص409.

(3)- إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص672.

(4)-Aubey-Jean-Bernard, et ..., op.cit, 620 « la force majeure, qui suppose réunis les trois caractères d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité.. »

(5)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص332.

(6)- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص163.

وقياسا على هذا، فإنه اعتبر كذلك التهدّم أو التعيّب الذي يصيب التعلّيات بسبب عيوب الأبنية القديمة سببا لدفع مسؤولية المشيدين. رغم أنّه و من باب أولى فإنّه يجب أن تقوم مسؤولية هؤلاء كلّما أهملوا تقوية هذه المباني، ولم يقوموا بالإصلاحات اللازمة لإزالة العيوب الموجودة في المباني القديمة المتخذة كدعامة لأعمال التعلية.

كما أثارت مسألة القوة القاهرة ارتباطها بمسألة تعيب مواد البناء، والتي استقر الفقه على استبعادها من مفهوم القوة القاهرة، لأنّ المشيدين ملزمين أصلا بتفحصها وضمان جودتها⁽¹⁾

وهو ما أكّده المشرّع الجزائري في نصي المادتين 551 و 552 م.ج ، حتّى ولو كان رب العمل هو من قدّم هذه المواد المعيبة فإنّ المشيدين ملزمين بإخطاره بذلك، وإلا اعتبروا مسؤولين عنها.

الفرع الثاني: خطأ رب العمل

هو ثاني صورة للسبب الأجنبي حسب نصّ المادة 127 مدني جزائري، وهو خطأ المضرور أي خطأ رب العمل، والذي يعفي المهندس المعماري والمقاول من مسؤوليتهما أو على الأقل يخفّف منها.

فيمكن للمهندس المعماري والمقاول كأي متعاقدين أن ينفيا عن نفسيهما الإخلال بالتزامهما إذا تمكّنا من إثبات خطأ رب العمل، أو أنّه على الأقل كان مساهما في الخطأ⁽²⁾

وخطأ رب العمل قد يأخذ صورة سوء استعمال البناء مثلا، أو القيام بإجراء تعديلات معيبة عليه. أو قد يكون خطؤه بإعطاء تعليمات خاطئة أو توريد مواد معيبة أو وضع تصميم معيب مع تحفظ المشيدين عليها⁽³⁾.

وخطأ رب العمل، يستوجب نوع من التمييز، ممّا إذا كان هذا الأخير خبير أو غير خبير في أمور البناء وأصوله، لأنه أصلا هذا الضمان وضع لحمياته بصفته غير خبير.

أولا- خطأ رب العمل غير الخبير في فن البناء

فالقاعدة أن تدخل رب العمل في عملية التشييد، أو خطئه أثناء التنفيذ ليس وسيلة مطلقة لنفي مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بصفة كاملة، بل هو وسيلة مخفّفة فقط وهذا يختلف باختلاف الأحوال.

ذلك لأن عدم خبرة رب العمل في فن البناء وأصوله، يجعل من واجب المشيدين تحذير رب العمل من خطورة تعليماته أو الأخطاء التي يرتكبها، وقد يبلغ الأمر حتى إلى حد الإمتناع عن تطبيق تعليماته هذه أو اقتراحاته أو استعمال ما قدّمه من مواد معيبة.

ولكن، قد يحدث وأن يمتثل المشيدين لرغبات رب العمل، فيشتركون بالتآلي معه في حدوث الضرر، ما يثبت الخطأ في كلا الحالتين وبالتالي يتم توزيع المسؤولية عليهما معا⁽⁴⁾.

(1)- المرجع نفسه، ص ص164، 165.

(2)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص237.

(3) جعفر العضلي، المرجع السابق، ص409.

(4)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص138، فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص161.

وعليه، فإنّه كلّما امتثل المشيّدون لرغبات وتعليمات رب العمل الغير الخبير في البناء ولم يتحقّقوا عليها، كانوا مشتركين معه في الخطأ وبالتالي تخفف مسؤوليتهم فقط. أما إذا اثبت أنّ هؤلاء المشيدين قد تحفظوا على مثل هذه التعليمات، فإنّ ذلك يعفيهم تماما من الضمان العشري لثبوت خطأ رب العمل و استغراقه لخطأ المشيدين.

ثانيا- خطأ رب العمل الخبير في فن البناء

قد يحدث أن يكون رب العمل خبيرا في مجال فنّ البناء، ما يجعل المقاول المكلف بالتنفيذ يعمل تحت إشراف وإمرة رب العمل الخبير لأنّ خبرته تفوق خبرة هذا المقاول. وعليه فإنّ رب العمل يكون مسؤولا عمّا يحدث في البناء من تهمّ أو تعيّب، فيتمّ رفع مسؤولية هذا المقاول(1).

وبوجه عام، فقد أكد القضاء الفرنسي على أنّه من واجب المهندس المعماري والمقاول الاعتراض على تدخّل أرباب العمل في اختصاصاتهم وأن يبصّروهم بالمخاطر التي يمكن أن تنجر عن تدخلهم هذا.

و أنّه يجب عليهم حتّى الامتناع عند الضرورة عن تنفيذ أوامرهم إلّا في الحالات التي يكون فيها رب العمل متفوّق عليهم في خبرته في مجال البناء(2).

في حين يلاحظ عدم وجود أيّ تفريق في التشريع الجزائري بين رب العمل الخبير في فنّ البناء أو غير الخبير فيه، و انعدام حتّى التّطبيقات القضائية في هذا المجال(3).

الفرع الثالث: خطأ الغير

وفقا لما تقتضي به القواعد العامة، فإنّ فعل الغير لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشّخصية أو يخفّف منها إلّا إذا اعتبر هذا الفعل خطأ في حدّ ذاته و محدّثا للضرر وحده أو ساهم فيه على الأقلّ.

وبالتالي فإنّه يقطع العلاقة السببية بين فعل المخطئ والنتيجة متى استغرقه خطأ الغير وحقق تلك النتيجة(4).

وبتطبيق القواعد العامة على الضمان العشري، فإنّه يمكن للمهندس المعماري والمقاول التنصّل من المسؤولية بنفيها و ذلك كلّما أثبت خطأ من جانب الغير، وهذا الغير قد يكون أجنبيا عن عملية التشييد وقد يكون متصلا بها.

أولا- خطأ الغير الأجنبي عن عملية التشييد

(1)- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص83.

(2)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص341.

(3)- فتحة موهوبي، المرجع السابق، ص128.

(4)- فتحة موهوبي، المرجع السابق، ص166.

قد يعود التهدم أو التعيب في البناء أو المنشأة إلى خطأ الغير الأجنبي تماما عن عملية التشييد والذي لا صلة له بها أبدا.

وخطأ هذا الغير الأجنبي عن عملية البناء قد يكون مثلا كالمستأجر الذي يقوم بإجراء تعديلات معينة للعين المؤجرة فتعييبها بشكل يهدد متانتها وسلامتها.

وقد يكون هذا الغير قد أدى إلى تهدم أو تعيب البناء مثلا بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أساسات المبنى أو استخدام آلات ضخمة أدت إلى ارتجاجات وتشققات فيه.

ففي هذه الحالة، فإن تمكن المشيّدون من إثبات الخطأ في جانب الغير فإنه سيتم إغاؤها تماما من المسؤولية.

لكن لو حدث وأن وُجد أصلا خطأ من المشيدين وساهم خطأ الغير في تفاقمها أكثر، فإن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع تجعل من خطأ الطرفين مشتركا، فتخفّض مسؤولية المهندس المعماري والمقاول ولا ترفع كليّة بقدر خطأ الغير⁽¹⁾.

ثانيا- خطأ الغير المتصل بعملية التشييد

لكن قد يحدث خطأ من جانب الغير، والذين هم على صلة بعملية التشييد وقد يكون خطأ مهندس سابق أو مورّد لمواد البناء المعيبة، أو خطأ أحد المشيدين دون الآخر.

فقد يقوم المهندس المعماري بإكمال مهام مهندس سابق ترك تنفيذ عقد مقولة البناء، فيلتزم المهندس المعماري الجديد بمراجعة عمل زميله وتصحيح أخطائه إن وجدت، فإن أمكن تصحيحها ولم يفعل ذلك، كان المهندس الجديد هو المسؤول مسؤولية تامة اتجاه رب العمل عن كل هذه الأخطاء وما ستخلفه من أضرار.

أما إذا وصلت الأعمال التي تركها المهندس المعماري الأوّل إلى مرحلة متقدّمة، لم يكن بمقدور المهندس المستخلف من تداركها والقيام بتصحيحها، فإن مسؤولية الضمان العشري في هذه الحالة تعود على المهندس المعماري السابق و بالتالي فالمهندس المستخلف يدفع مسؤوليته بخطأ غيره⁽²⁾.

أما خطأ مورّد المواد المعيبة المستخدمة للبناء، فإنه إذا كان المشيّد هو من وردها فإنه هو المسؤول عنها ولا يمكنه دفع مسؤوليته عنها بإثبات خطأ الغير (المورّد) حسب ما تنصّ عليه المادة 551 م.ج.

إلا أنه بإمكان المهندس المعماري المكلف بالإشراف على تنفيذ عملية البناء فقط، دفع المسؤولية عن نفسه بشأن المواد المعيبة بإثبات خطأ المقاول الذي وردها، والتي يمكن أن تشكل قوة قاهرة بالنسبة لهذا المهندس المعماري الذي لم يكن باستطاعته لا توقع ولا دفع خطأ هذا المقاول، هذا رغم التزام المهندس المعماري بفحص جودة هذه المواد.

ولكن رغم أنه لا يمكن لهذا المهندس المعماري أصلا دفع خطئه بإثبات خطأ المقاول، لأنهما حسب المادة 554 م.ج متضامنين، إلا أنه يجوز له وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية الرجوع على المقاول بما دفعه.

(1)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص351.

(2)- فتحة موهوبي، المرجع السابق، ص168.

فلا يجوز للمهندس المعماري التمسك بخطأ المقاول لدفع المسؤولية عن نفسه أو العكس، إلا إذا توفر خطأ أحدهما على خصائص القوة القاهرة⁽¹⁾.
و عليه، فإنه يتأكد أنه لا مجال أمام المشيدين لدفع مسؤولية الضمان العشري على عاتقهم إلا بإثبات السبب الأجنبي نظرا لكون خطئها مفترض بقوة القانون.
ويتمثل هذا السبب الأجنبي، في القوة القاهرة التي تنفي المسؤولية كاملة عن المشيدين، وفي خطأ المضرور أي رب العمل، أو خطأ الغير التي لا تنفي المسؤولية كاملة بالضرورة عن المشيدين، بل قد تخففها فقط وذلك حسب الأحوال.

(1)- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص175.

خاتمة

لقد تأكد من خلال دراسة هذا الموضوع أنّ الضمان العشري هو ضمان خاص، ومسؤولية خاصة تقع على عاتق المشيدين في مواجهة رب العمل، حدّدت أطرافه وحدّدت شروط خاصة لا يقوم الضمان العشري في ظلّ غيابها.

إلاّ أنّه في حالة غياب أحد شروط هذا الضمان، يجوز أن يتمّ إخضاع هؤلاء المشيدين إلى القواعد العامة في المسؤولية، خاصة في حالة ثبوت غشّهم أو ارتكابهم لأخطاء جسيمة.

والملاحظ، أنه رغم سعي المشرع الجزائري لإعطاء هذا الموضوع ما يستحقه من العناية والاهتمام إلاّ أنّه لم يكن بالقدر الكافي، وذلك مقارنة بالمشرع الفرنسي الرائد في هذا المجال. فالتجربة الجزائرية ضعيفة في مجال الضمان العشري، ما يظهر من خلال وجود عدة نقائص وثغرات والتي تستوجب الاستدراك في أقرب الفرص.

ولعلّ أنّ سبب هذا النقص راجع إلى جمود نصوص المواد الأربعة التي تنص على هذا الضمان الخاص منذ وضع القانون المدني سنة 1975 رغم مجموع التعديلات المتعاقبة على هذا القانون.

وكذا النقص الواضح في الأحكام والقرارات والاجتهادات القضائية، والرّاجع سببها إلى عدم لجوء الأشخاص إلى القضاء لحلّ خلافاتهم في عقود مقاولات البناء، ولجوئهم إلى التسوية الودية إما جهلا منهم أو اختصارا للإجراءات القضائية.

وسواء كان سبب هذا النقص والجمود هذا أو ذاك، فإنّ وجوب إعادة النظر في بعض النقاط أمر لا بد منه خاصة في ظلّ ظهور المقاولات الخاصة وتنشّط مجال البناء، ذلك من خلال الاقتراحات التالية:

- وجوب توسيع دائرة نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص الملتزمين به ليتخطّى المهندس المعماري والمقاول إلى أطراف أخرى، والتي تتدخل في عملية البناء من قريب أو من بعيد كالهيئة الوطنية لرقابة البناء التقنية مثلا، أو كما شرّعه المشرع الفرنسي بالتزام كل شخص يرتبط بعقد مقولة مع رب العمل أو كل من يقوم بمهمة مؤجر عمل، أو من يبيع العمل بعد تشييده بالضمان العشري إلى جانب المهندس المعماري والمقاول.
 - تعديل النصوص القانونية في كل من التقنين المدني و قانون التأمينات و كذا القانون الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط للترقية العقارية من أجل توحيد مجموع الأشخاص الملتزمين بالضمان العشري و تفادي التناقض بين هذه النصوص.
 - الحرص على خلق نوع من نظام الرّقابة الفعلية على عملية البناء والتشييد أثناءها و قبل إتمامها تجنّبا لحدوث الأخطاء، وتجنبنا لوقوع أي تهديم أو تعيب مستقبلا.
- وهو النظام الذي عوّضه المشرّع الجزائري بإجبارية التأمين على العواقب المالية للمسؤولية العشرية منذ 1980، حيث يكون رب العمل على علاقة مع شركة التأمين

خاتمة

كمستفيد من التأمين الإجباري لهؤلاء المشيدين، إلا أنه في الحقيقة يبقى مجرد ترهيب للمشيدين وليس عوضا عن نظام الرقابة الفنية التي قد تحول دون الوصول إلى أعمال هذا التأمين الإجباري.

قائمة المراجع

(1) - الكتب:

أ- باللغة العربية:

- 1- إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن عيوب البناء (فقها وقضاء) ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.
- 2- أنور العمر وني، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، الجزء الثالث، د. د. دن ، مصر، 1993.
- 3- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، د.س.ن.
- 4- سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدى البناء المقاولين والمهندسين، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2000.
- 5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 6- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني (العقود المسماة، المقاولة، الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، مكتبة الثقافة للفكر والتوزيع، الأردن، 1996.
- 7- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني (العقود المسماة: المقاولة، الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 8- علي علي (سليمان)، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، "المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 9- فتيحة قرّة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.
- 10- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 11- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 12- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية (أنواع المسؤولية جرائم البناء، تعيب المباني، التصدع و الانهيار، الحوادث أثناء وبعد التشييد)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

قائمة المراجع

- 13- محمّد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، مصر، 1985.
- 14- محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماربيين، د.ط، منشأة المعارف للكتب القانونية، الإسكندرية، 1984.
- 15- معوض عبد التّواب، مدونة القانون المدني، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- 16- ياسين عبد الرزاق حسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول البناء (شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستخدمة فيها) دراسة مقارنة في القانون المصري، الطبعة الأولى، د.د.ن، مصر، 1987.

ب- باللغة الفرنسية:

- 1- Auby -Jean-Bernard, Hugues, Périnet-Market, Droit de l'urbanisme et de la construction, 4^{em} édition, Paris, Montchrestien, 1995.
- 2- Hugues- Périnet- Market, La responsabilité des constructeurs, DALLOZ, Paris, 1996.
- 3- Roger-Saint-Alary, Droit de la construction, 1^{er} édition, 4^{em} trimestre, Presse Universitaire de France, Paris, 1977.

(2) - الرسائل الجامعية:

1. كامل فؤاد، المسؤولية المدنية عن تهم البناء في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق "بن عكنون"، جامعة الجزائر، 2002/2001.
2. فتيحة موهوبي، الضمان العشري للمهندس المعماري والمقاول، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق "بن عكنون"، جامعة الجزائر، 2007/2006.

(3) - المقالات:

- 1- إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، الجزء 33، سنة 1995، ص ص: 671-688.

(4) - النصوص القانونية:

أ- باللغة العربية:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدّل والمتمم إلى غاية 13 ماي 2007، منشورات بيرتي، 2010-2011.

قائمة المراجع

2. قانون رقم 07-80 المؤرخ في 09-08-1980 المتعلقة بالتأمينات، المعدل بقانون 83-19 المتضمن قانون المالية لسنة 1983 و المعدل بالقانون 90-36 المتضمن قانون المالية لسنة 1990 والملغى بالأمر 95-07 المتضمن قانون التأمينات الجديد، ج.ر عدد 13، سنة 1995 والمعدل بقانون 06-04 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالتأمينات ج.ر عدد 15، لسنة 2006، والمعدل بقانون المالية لسنة 2007 بقانون رقم 06-24، ج.ر عدد 85.
 3. المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 مايو 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري المعدل بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 16 غشت 2004، منشورات بيرتي، 2005 .
 4. القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر عدد 14 الصادرة في 06 مارس 2011.
 5. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15-05-1988 يتضمن كفايات ممارسة ومكافأة مهنة المهندس المعماري، ج.ر عدد 43 الصادرة في 26-10-1988.
 6. قرار وزاري مؤرخ في 05-05-1992 يتعلق بالأشخاص المؤهلين لإعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء، ج.ر عدد 59، الصادرة في 02-08-1992.
- ب- باللغة الفرنسية:

1. -Code Civil Français, Andre LUCAS, LexisNexis Litec, 2005.

الفهرس

01	مقدمة
04	الفصل الأول: نطاق تطبيق الضمان العشري.
05	المبحث الأول: نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص.....
06	المطلب الأول: الملتمزمون بالضمان العشري و مجال مسؤوليتهم.....
06	الفرع الأول: الملتمزمون بالضمان العشري.....
07	أولاً: المهندس المعماري.....
10	ثانياً: المقاول.....
12	ثالثاً: الأشخاص الأخرى الملتمزمة بالضمان العشري.....
13	الفرع الثاني: مجال مسؤولية الملتمزمين بالضمان العشري.....
14	أولاً: مسؤولية المهندس المعماري و المقاول في حدود عقد المقاوله.....
14	أ- مسؤولية المهندس المعماري.....
16	ب- مسؤولية المقاول.....
17	ثانياً: مسؤولية المهندس المعماري و المقاول عن أخطاء العمال و الفنيين و المقاولين من الباطن.....
19	المطلب الثاني: المستفيدون من الضمان العشري.....
20	الفرع الأول: رب العمل.....
20	أولاً: رب العمل منفرداً.....

21ثانيا:رب العمل في الملكية المشتركة.....
23الفرع الثاني:انتقال الحق في الضمان العشري.....
23أولا:انتقال الحق في الضمان العشري للخلف العام.....
24ثانيا:انتقال الحق في الضمان العشري للخلف الخاص.....
26المبحث الثاني:نطاق الضمان العشري من حيث محله و مدته.....
27المطلب الأول: نطاق الضمان العشري من حيث محله.....
28الفرع الأول: ارتباط الضمان العشري بتشديد أعمال من قبيل المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.
28أولا: وجود عملية تشييد.....
30ثانيا:تشديد أعمال من قبيل المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.....
32الفرع الثاني:ارتباط الضمان العشري بتهدم المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.....
33الفرع الثالث:ارتباط الضمان العشري بتعيب المباني والمنشآت الثابتة الأخرى
34أولا: بلوغ العيب درجة كبيرة من الخطورة
35ثانيا: خفاء العيب
37المطلب الثاني: نطاق الضمان العشري من حيث مدته.....
37الفرع الأول: مدّة الضمان العشري.....
40الفرع الثاني: بداية سريان مدة الضمان العشري
42الفرع الثالث: تقادم دعوى الضمان العشري.
46الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للضمان العشري و الجزاء المترتب عنه

47	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للضمان العشري وأثارها
48	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للضمان العشري.....
48	الفرع الأول: الاختلاف حول الطبيعة القانونية للضمان العشري.....
52	الفرع الثاني : الطبيعة الاستثنائية للضمان العشري
55	المطلب الثاني: آثار الطبيعة الاستثنائية للضمان العشري
56	الفرع الأول : افتراض المسؤولية بقوة القانون
57	الفرع الثاني: التضامن في المسؤولية
60	الفرع الثالث: تعلق الضمان العشري بالنظام العام
63	المبحث الثاني : الجزاء المترتب عن الضمان العشري
64	المطلب الأول: التعويض في الضمان العشري.....
64	الفرع الأول: نوع التعويض في الضمان العشري
64	أولاً: التعويض العيني
67	ثانياً: التعويض النقدي
68	الفرع الثاني : مدى التعويض في الضمان العشري
68	أولاً: حدود التعويض
71	ثانياً: وقت تقدير التعويض
73	المطلب الثاني: دفع الضمان العشري
73	الفرع الأول: القوة القاهرة
75	الفرع الثاني: خطأ رب العمل
77	الفرع الثالث: خطأ الغير

79 خاتمة
81 قائمة المراجع
85 الفهرس