

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة

قسم الشريعة والقانون



كلية الشريعة والاقتصاد

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

مسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د شعبة: العلوم الإسلامية - شريعة -

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الدكتورة :

ليندة بومحراث

إعداد الطالبة:

سارة مهناوي

أعضاء المناقشة :

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د زهرة بن عبد القادر	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة	رئيسا
د. ليندة بومحراث	أستاذ محاضر أ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة	مشرفا ومقررا
د. ساعد تيبينات	أستاذ محاضر أ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة	عضوا
أ.د وسيلة شريط	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة	عضوا
د. بن يسعد عذراء	أستاذ محاضر أ	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 01	عضوا

السنة الجامعية 1441-1442هـ / 2020-2021م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير

القادر للعلوم الإسلامية

قال تعالى:

﴿ أَفَمَنْ أَتَسَّسَ بُنْيَانَهُ، عَلَى تَقْوَىٰ مِنْكَ اللَّهُ وَرِضْوَانٍ
خَيْرٌ أَمْ مَنْ أَتَسَّسَ بُنْيَانَهُ، عَلَى شَفَا جُرْفٍ هَارٍ فَأَنْهَارَ بِهِ، فِي
نَارِ جَهَنَّمَ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾

[سورة التوبة الآية 109]

الإهداء

إلى منبع الحنان والعطف أُمي الغالية حفظها الله

إلى رمز الهبة والوقار أبي الغالي حفظه الله ورعاه

إلى إخوتي عادل وراضية

إلي من كان لي سندا ودعما لاستكمال هذه الرسالة زوجي الغالي

إلى قرتي عيني: رانية وتقوى حفظهما الله

إلى كل عائلة زوجي من كبيرهم إلى صغيرهم

إلى كل أساتذة الشريعة والقانون كل واحد باسمه

إلى كل من كان لي صديقا صدوقا صادق الوعد منصفاً

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لنا دروب العلم والمعرفة وأعاننا على هذا العمل ووفقنا إلى إنجازه. وعملاً بقول الحبيب ﷺ: «مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ». أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كلِّ من ساعدني من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل، وأخص بالذكر الدكتورة ليندة بومحراث التي تفضّلت بالإشراف على مذكرتي و لم تبخل علي بتوجيهاتها الدقيقة ونصائحها القيّمة التي كانت عوناً لي في إتمام هذا البحث فأقول لها:

فقد كنت حق الموفي	ولم تبخل عنّا بأيّ حرفٍ
ونحن نشهدُ لك حقاً	وكلُّ من درس معنا في الصّفِ
فلم تردّنا يوماً ولم تضجري	منّا حتى ولم تُقلْ أفٍ
فمهما فعلنا يا أستاذتنا	حقّك لن نُؤفّ
فتقبلي منّا عظيم تحيّةٍ	وأسمى معاني العزِّ والشّرف

تقررة

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن ولاة وبعده:

تشهد الجزائر في الآونة الأخيرة تطورا عمرانيا كبيرا، الأمر الذي جعل منها ورشة عمل تضم العديد من المشاريع كإنجاز الطرقات والجسور والأنفاق، وتشييد المباني والمنشآت والسكنات، سواء تم الإنجاز من قبل الدولة أم من قبل الخواص، فالكمل يسعى إلى الاستفادة من العائدات الاقتصادية الكبرى لهذا القطاع، خاصة ما تعلق بالسكن أو المحلات المعدة للاستغلال التجاري أو غيره، وقد ظهرت العديد من الصيغ السكنية فنجد السكن الترقوي العمومي (LPP)، والسكن الترقوي المدعم (LPA)، والسكن الاجتماعي التساهمي (LSP)، وسكنات عدل (AADL).

وعلى الرغم من أن الهدف الأساس من استحداث هذه الصيغ هو القضاء على أزمة السكن وتمكين المواطنين من الاستقرار أو الحصول على فضاءات تستغل في العديد من المجالات، إلا أن الملاحظ أن المواطن بمجرد حصوله على سكنه أو محله الذي يكون قد دفع فيه أموالا طائلة يصطدم بوضع عدم مطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها أو وجود عيوب كالتشققات والتصدعات في بداية استغلاله لهذا السكن أو المحل، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن سبب هذه المعاناة وما إذا كانت راجعة لعدم احترام المشيدين لأصول البناء المعماري والأسس التقنية المطلوبة في تشييد هذه المشاريع، أم أن الأمر راجع إلى جشع المشيدين وسعيهم وراء تحقيق أرباح طائلة بأقل التكاليف.

وأمام هذه التساؤلات والإشكالات نجد المشرع الجزائري وعلى غرار المشرعين على المستويين العربي والغربي قد حاول توفير حماية أوسع للمنشآت من جهة وللطرف الضعيف وهو المستفيد منها من جهة أخرى كون هذا الأخير غالبا ما يكون غير خبير بأصول البناء، وعليه فلا يستطيع اكتشاف ما به من عيوب وقت التسليم، حيث فرض مسؤولية خاصة على المتدخلين في عملية البناء سارية المفعول حتى بعد تسليم الأشغال ولعل سبب تشديد هذه المسؤولية هو خطورة أعمال البناء لأنها متعلقة بحياة الأفراد قبل كل شيء.

وحرصا من المشرع الجزائري فلم يترك التزام المشيدين خاضعا للأحكام العامة للضمان التي تسري في كافة العقود، بل جعلها في نظام خاص، على غرار التشريعات الأخرى التي جاءت في هذا النطاق.

وتحقيقا لهذا الهدف سن ترسانة قانونية صارمة، منها ما تعلق بالقواعد العامة، في نصوص القانون

المدني الجزائري ومنها ما خصه بنصوص خاصة، كقانون الترقية العقارية 04/11، وقانون التأمينات 07/75، وعليه جاءت هذه المذكرة المعنونة بمسؤولية المشيد بعد تسليم الأشغال بتسليط الضوء على هذه القوانين ومعرفة الأحكام المتعلقة بحماية المنشآت بعد تسليمها حماية لها وللمستفيدين منها.

أولاً: أهمية الموضوع:

إن موضوع الضمانات التي يربتها عقد المقاولة بعد تسليم العمل في ذمة المشيد، يكتسي أهمية بالغة بالنظر إلى ما يشهده قطاع البناء من حركية وتطور مستمرين يوماً بعد يوم، والانتشار الواسع لعقود البناء، والتوسع الكبير في الأشخاص المسؤولين بالضمان العشري. إضافة إلى أن أغلب أرباب العمل ليست لهم دراية بهذا الضمان، وما له من حقوق عند وجود خطر يهدد سلامة مبناه، وما هي طرق مطالبته بهذه الحقوق خاصة إذا كان ليس خبيراً بفن البناء، وما هي الضمانات الممنوحة له سواء ما جاء بها القانون المدني الجزائري، أو ما جاءت به النصوص الخاصة، لذلك كان لزاماً علينا تبيان هذه الضمانات وطرق المطالبة بها، ومن هم المسؤولون بهذا الضمان؟. وهل هذه الضمانات تحقق أهمية فعلاً للمباني في حد ذاتها؟، وعليه فلا بد من جمع شتات هذا الموضوع في هذا البحث وبيان أحكام هذه المسؤولية خاصة بعد التطور العمراني الكبير والنصوص التشريعية المتفرقة في هذا المجال.

ثانياً إشكالية الدراسة:

على اعتبار أن هذه الدراسة متعلقة بمسؤولية المشيد بعد تسليم الأشغال فإن الإشكال الرئيس الذي تطرحه يتمثل في:

هل الضمانات التي قررتها النصوص القانونية واللوائح التنظيمية كافية لتحقيق الحماية المنشودة للبنىات والمنشآت الثابتة الأخرى من جهة، وللمستفيد منها من جهة أخرى؟
وتندرج تحت هذا الإشكال الرئيس جملة التساؤلات الفرعية يمكن إيجازها في الآتي:

- من هم أطراف المسؤولية العشرية انطلاقاً من القانون المدني الجزائري، وماهي الأطراف التي أضافها المشرع في النصوص الخاصة في هذا المجال؟
- هل اقتصر المشرع الجزائري على ضمان واحد لحماية الطرف الضعيف والمنشآت في عقد المقاولة أم

أنه عدد ضمانات أخرى؟

- ما هو النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام الضمان العشري وماهي شروطه؟.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع:

تعددت الأسباب التي دفعت بنا إلى اختيار هذا الموضوع، فهناك ما هو راجع لأسباب ذاتية وهناك ما هو راجع لأسباب موضوعية ومنها:

1- الأسباب الذاتية:

إن موضوع مسؤولية المشيّد بعد تسليم الأشغال كان من المسائل والمواضيع التي شغلت بالي لمدة، فكنت دائما ألاحظ مشاريع بناء وتشيد يخصص لها كما هائلا من العمال والأدوات، إلا أنه لا يمر على هذا المشروع أشهر عديدة، حتى يأتي مقال آخر ويعيد نفس المشروع باختلاف طفيف في التصميمات، فكان يحز في نفسي ذلك وأتساءل كم من ملايين أو بالأحرى ملايين صرفت من أجل إتمام هذا المشروع لتلبية حاجات الفرد، إلا أن هذا المشروع لا يحقق ولو لسنة واحدة حاجياته المطلوبة والغرض الذي شيّد من أجله.

2- الأسباب الموضوعية:

شهدت الجزائر في 21 ماي 2003 زلزلا عنيفا وقع في ولاية بومرداس حيث أدى إلى خسائر بشرية ومادية عديدة وهذا جراء الإهمال الكبير في البناءات والمنشآت. لذلك كان السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هل حقا يرتب المشرع الجزائري تعويضات على هؤلاء الأطراف لما سببوه من خسائر. ولو كان هذا الزلازل في بلد من البلدان المتقدمة هل ستكون له نفس النتائج التي شهدتها الجزائر من جراء هذه الكارثة؟.

وهل النصوص التشريعية الخاصة التي سنها المشرع الجزائري كقانون الترقية العقارية 04/11 وقانون التأمينات جديدة بتحقيق حماية أكبر لرب العمل وللمجتمع ككل أم تبقى حبر على ورق لا مجال لتطبيقها.

رابعاً: الأهداف التي يرجى الوصول إليها من الدراسة

- أما عن الأهداف التي يرجى تحقيقها من خلال تناول هذا الموضوع فيمكن حصرها في:
- بيان النطاق الشخصي لتطبيق أحكام الضمان العشري سواء ما تعلق بالمسؤولين عن الضمان العشري أو المستفيدين منه، سواء ما نص عليها المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني أو النصوص الخاصة.
 - تحديد النطاق الموضوعي للضمان العشري والضمانات الأخرى التي جاءت في هذا الصدد وما هي الشروط الواجب توفرها لقيام هذه المسؤولية.
 - بيان موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية المشيد بعد تسليم الأشغال خاصة من ناحية الضمان.

خامساً: الدراسات السابقة:

- بالنسبة للدراسة السابقة التي اعتمدنا عليها في هذا الموضوع يمكن إيجاز أهمها في الآتي:
- **الدراسة الأولى:** وهي رسالة دكتوراه بعنوان نطاق الضمان العشري للمشيدين دراسة مقارنة بين - التشريعيين الجزائري والفرنسي - للباحثة زهرة بن عبد القادر الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية تخصص قانون الأعمال جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2009/2008 (حيث ضمت هذه الرسالة فصلين عنون الفصل الأول بالنطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري، أما الفصل الثاني فقد خصصته للنطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري وهذه الدراسة تقترب كثيراً من دراستنا إلا أنها تختلف في كون الفقه الإسلامي عنصراً أساسياً في مذكرتنا بينما كانت دراسة الباحثة مختصرة قانونية بحتة كما أن طريقة عرض المعلومات ومنهجية الدراسة تختلف إذ ففي حين اعتمدت دراستنا على الأسلوب المباشر لعرض المعلومات لكن نجد الباحثة اعتمدت في أطروحتها التعرض للكثير من الخلافات الفقهية القانونية والتفصيل بدرجة كبيرة خاصة في القانون الفرنسي.
 - **الدراسة الثانية:** وهي رسالة دكتوراه تحت عنوان نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي -دراسة مقارنة- للباحثة مسعودة مروش الصادرة عن كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، سنة 2013-2014، هذه الرسالة لا تختلف عن الدراسة السابقة فإن مجال المقارنة كان بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري حيث قسمت الباحثة الرسالة إلى بابين تضمن

الباب الأول نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري من حيث الأشخاص، أما الباب الثاني فقد تضمن النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام الضمان العشري، وقد أسهبت الباحثة في ذكر الفروقات بين القانونين، كما ذكرت العديد من الآراء الفقهية القانونية، وحاولت في أكثر من موضع إيجاد رأي توافقي بين الرأيين أما دراستنا فقد كانت حول الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري إلا أنه تم الرجوع إلى هذه الرسالة في الاستفادة منها خاصة فيما جاء به القانون الفرنسي في نطاق هذا الموضوع.

الدراسة الثالثة: وهي رسالة دكتوراه تحت عنوان عقد المقاولة في الفقه الإسلامي للباحث عبد الرحمان بن عايد بن خالد العايد وهي رسالة مطبوعة ، والصادرة عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة 1425هـ - 2004م، وقد استفدت من هذه الدراسة فيما يخص الجانب الفقهي الإسلامي إذ هو المرجع الوحيد الذي نظم أحكام عقد المقاولة في الفقه الإسلامي -فيما تحصلت عليه- وقد قسمت الدراسة إلى تمهيد وخمسة أبواب، تضمن الباب الأول حقيقة عقد المقاولة، أما الباب الثاني فقد كان لتكييف عقد المقاولة، وقد خصص الباب الثالث لآثار عقد المقاولة، أما الباب الرابع فقد كان لانتهاء عقد المقاولة، والباب الخامس فقد كان عرض لبعض الصور التطبيقية لبعض عقود المقاولة. وهذه الدراسة وان اتسمت بالجدية في طرح الموضوع إلا أنها كانت دليلاً أرشدنا إلى جل المراجع التي اعتمد عليها الباحث، بدل الاعتماد عن نقل كلامه مباشرة.

سادساً: منهج الدراسة

اعتمدت هذه الدراسة على مجموعة من المناهج تمثلت في المنهج الوصفي والمنهج الاستقرائي التحليلي والمنهج المقارن.

حيث اعتمدنا على المنهج الوصفي في تناول جزئيات الدراسة بالشرح والتعريف، واعتمدنا على المنهج الاستقرائي التحليلي في استقراء النصوص القانونية العامة والنصوص التشريعية الخاصة التي تضمنت مسؤولية المشيد بعد تسليم الأشغال كما اعتمدنا على المنهج المقارن في مقارنة بعض نصوص القانون الجزائري وغيره من التشريعات كالقانون الفرنسي، وعند مقارنة القانون الجزائري بالفقه الإسلامي.

سابعاً: المنهجية المتبعة

اعتمدنا في إنجاز هذه الدراسة على جملة من الأمور الضرورية منها:

- 1- الأمانة العلمية في نسبة الآراء والأقوال إلى أصحابها
- 2- تحري الرجوع إلى المصادر الأصلية في المسائل المعالجة ما تسنى لنا ذلك، وقد اقتصرنا في المسائل الفقهية على المذاهب السنية الأربعة
- 3- دعمنا موضوع بحثنا هذا بنصوص القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم والسنة النبوية الشريفة وبعض القواعد الفقهية وكذلك أقوال فقهاء وعلماء الشريعة الإسلامية لأجل تدعيم جانب التأصيل الفقهي، أما فيما تعلق بالجانب القانوني فقد اعتمدنا على بعض التشريعات الأجنبية كالقانون الفرنسي بدرجة أولى وبعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية باعتبارها من بين التشريعات الوطنية
- 4- قمنا بتخريج الأحاديث الواردة في الدراسة في الهوامش، وذلك بالرجوع إلى كتب التخريج، مع الإشارة إلى معلومات الكتاب في قائمة المصادر والمراجع.
- 5- اعتمدنا في دراستنا هذا على نصوص القانون الفرنسي وبعض التعديلات التي طرأت عليه ولعل السبب في ذلك راجع إلى الارتباط الوثيق بين القانونين الفرنسي والجزائري، كما أن موضوع الدراسة من المواضيع التي نالت الحظ الأوفر من الدراسات في القانون الفرنسي.
- 6- بما أن موضوع الدراسة هو مسؤولية المشيّد بعد تسليم الأشغال -دراسة مقارنة- في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري فإننا اتبعنا منهجاً خاصاً مفاده إذا كانت المسألة من المسائل التي عالجها فقهاء الشريعة الإسلامية فأتطرق إليها أولاً، ثم نرجع على التعريفات القانونية الوضعية، أما فيما تعلق بالمسائل التي تعتبر من المستجدات في الفقه الإسلامي فإننا نعرض المسألة في القانون الوضعي ثم نشير إلى الفقه الإسلامي إن وجدت.
- 7- اعتمدنا في هذه الدراسة على تقسيم موحد من بداية الدراسة إلى نهايتها والمتمثل في الفصل ثم المبحث، ثم المطلب، ثم الفرع ثم البند الذي ينقسم إلى (أولاً، ثانياً، ثالثاً...) ثم يدرج ضمن أولاً أو ثانياً ثم (1، 2، 3...) ثم (أ، ب، ت...) ثم (أ-1، أ-2، أ-3...)
- 8- حرصنا في نقل نصوص القانون الفرنسي بالرجوع إلى مصدرها خاصة فيما تعلق بالقانون المدني الفرنسي والقانون رقم 78/12 والمؤرخ في 04 جانفي لسنة 1978 من خلال الجريدة الرسمية

الفرنسية أما فيما تعلق بالقانون الجزائري فاعتمدنا على الجريدة الرسمية الجزائرية سواء ما تعلق بالقوانين أو المراسيم سواء كانت تشريعية أو تنفيذية.

9- نظرا لكثرة المراجع والمصادر التي اعتمدنا عليها، خاصة في الجانب القانوني، فقد اعتمدنا منهجية بسيطة لتسهيل الرجوع إلى المراجع، حيث اعتمدنا على كتابة العنوان خط **داكن (Gras)** سواء كان كتابا أو مقالا أو ملتقى، كما أننا اعتمدنا عند التوثيق والرجوع إلى المصادر والمراجع ذكر معلومات التوثيق كاملة عند أول توثيق للكتاب كالاتي:

- ذكر اسم المؤلف، عنوان المؤلف، اسم المحقق أم المقدم... إن وجد، دار النشر، مكان النشر (بلد)، رقم الطبعة، سنة النشر (الموجودة في الكتاب، ميلادي أو هجري، أو الاثنان معا إن ذكرا كلاهما)، وإن لم نقف على أحدها أشرنا لذلك بـ "د ط، د د ن، د س ن"، ثم المجلد أو الجزء إن وجد، ثم الصفحة.

- وإذا تكرر المصدر أو المرجع: ذكرنا اسم المؤلف، عنوان المؤلف، مرجع سابق، ثم الجزء (سواء تغير أو لم يتغير)، ثم الصفحة.

- وإذا تكرر اعتمادنا على الكتاب مباشرة دون فاصل بين الاستعمالين وفي نفس الصفحة ذكرنا: اسم المؤلف، ثم عبارة "المرجع نفسه"، ثم الجزء إن تغير أو لم يتغير، ثم الصفحة كذلك.

- وإن فصل بينهما فاصل نوثق بالتوثيق الذي قبله مع استعمال مصطلح (المرجع السابق).

- عند ذكر المرجع لأول مرة نذكر الاسم الكامل للمؤلف مع العنوان الكامل، وإن تكرر ذكره نكتفي أحيانا بالاسم المشهور لكل من المؤلف وعنوان المرجع.

10- بالنسبة للرسائل الجامعية أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير تم توثيقها على النحو الآتي: اسم الطالب: عنوان الرسالة، نوع الرسالة، الكلية، الجامعة، المدينة والبلد إن كانت جزائرية والمدينة والبلد إن لم تكن كذلك، سنة المناقشة، الصفحة.

11- وأما البحوث والمقالات فتم توثيقها كالاتي:

- المقالات المنشورة بالمجلات ذكرنا فيها: اسم الكاتب: عنوان المقال، اسم المجلة، الجهة التي تصدر عنها، مكان النشر، تاريخ النشر كاملا، العدد، السنة إن وجدت وإن لم توجد لم نذكرها، الصفحة.

-أما المقالات الصادرة عن الملتقيات فتم توثيقها كما يلي:

اسم الكاتب: عنوان المداخلة، عنوان الملتقى، تاريخ الملتقى وسنته، رقم الصفحة إن كانت منشورة في مجلة.

-بالنسبة للمقالات الالكترونية كان التوثيق كالآتي:

اسم صاحب المقال ان وجد وان لم يوجد استعملنا لفظ " د ص م"، عنوان المقال، الموقع الالكتروني الذي نشر فيه المقال تاريخ الاطلاع (اليوم-الشهر-والسنة).

11-من أجل إثراء هذه الدراسة ارتأينا وضع مجموعة من الملاحق التي من شأنها افادة القارئ:

12-ذيلنا الدراسة بمجموعة من الفهارس العلمية التي تخدم البحث بغية تسهيل الرجوع إلى المسائل العلمية المرادة، وتمثلت هذه الفهارس في: فهرس الآيات وفهرس الأحاديث قائمة للمصادر والمراجع وفهرس للموضوعات.

ثامنا: صعوبات البحث

لا يخلو بحث من الصعوبات ذلك أنها تعد لازمة من لوازمه، وعلى الرغم من أن الباحث لا يحق له الاعتذار بالصعوبات لأن البحث اختيار وليس إجبار إلا أننا سنذكر أهم الصعوبات العلمية التي صادفتنا في بحثنا هذا:

- 1- ندرة المراجع الفقهية الحديثة في مجال البناء والمتعلقة بعقد المقاولة الأمر الذي دفع بنا إلى إسقاط أحكام الاستصناع والأجير المشترك على عقد المقاولة في العديد من المواضع.
- 2- كثرة الدراسات في الجانب القانوني، وعودة كل الباحثين لمرجع واحد أو اثنين، وتكرار الكلام في كل الكتب أو الرسائل.
- 3- عدم وجود مراجع متخصصة في الضمان العشري تحت هذا المسمى عند الكتاب العرب بصفة عامة، والكتاب الجزائريين بصفة خاصة، الأمر الذي دفعنا إلى الاعتماد على المراجع العامة التي تناولت عقد المقاولة، وبعض الرسائل التي أعانتنا على شرح جزئيات البحث.

تاسعا: خطة الدراسة

- قسمنا بحثنا هذا إلى مقدمة، وفصلين رئيسيين وخاتمة
- حيث تناولنا في الفصل الأول والمعنون بالنطاق الشخصي لمسؤولية المشيّد بعد تسليم الأشغال، فقد خصصنا مبحثه الأول للمسؤولين بأحكام الضمان العشري حيث جاء في المطلب الأول النطاق التقليدي لأشخاص الضمان العشري وفقا لما جاء في نصوص القانون المدني الجزائري والمطلب الثاني فتتم الإشارة إلى التطور التشريعي للنطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري في النصوص الخاصة الجزائرية مع التعرّيج إلى ما وصل إليه المشرع الفرنسي، في حين خصصنا المبحث الثاني للمستفيدين من أحكام الضمان العشري وتناولنا فيه المستفيدين التقليديين كرب العمل وخلفه العام والخاص، وما أضافته التطورات العمرانية في تحديد المستفيد من أحكام هذا الضمان خاصة ما تعلق بالملكية المشتركة والبيع الإيجاري.
- أما الفصل الثاني فقد تمّ عنونته بالنطاق الموضوعي لمسؤولية المشيّد بعد تسليم الأشغال وتناولت في مبحثه الأول محل الضمان لقيام المسؤولية العشرية حيث تناولنا في المطلب الأول ضرورة وجود عقد المقابلة أما المطلب الثاني فقد تمّ تخصيصه بمحل الضمان والتي تتعلق بأعمال البناء والتشييد أما المبحث الثاني فقد تمّ تخصيصه لأسباب الضمان من حيث وجود تهمد كلي أو جزئي في المطلب الأول ووجود عيب يهدد سلامة المبنى ومثانته في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فهو لسبب عدم صلاحية المنشأ للغرض الذي شيّد من أجله في حين تمّ تخصيص المطلب الرابع لشرط المدة.
- وختمنا هذه الدراسة بخاتمة تضمنت أهم النتائج التي تمّ التوصل إليها، إضافة إلى بعض المقترحات التي من شأنها إثراء البحث وفتح آفاق جديدة له.

الفصل الأول:

النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

المبحث الأول: المسؤولون بالضمان العشري

المبحث الثاني: المستفيدون من أحكام الضمان العشري

لقيام المسؤولية العشرية يلزم وجود أشخاص مسؤولون بهذا الضمان، وإلى وقت طويل كان النطاق التقليدي ينحصر في المقاول والمهندس المعماري، وباعتبارهما أهم طرفا عقد المقاولة وأساس قيامها، إلا أنه ومسايرة للتطور الذي حصل في مجال البناء، وما لحق فن البناء من تطور، ومن تقنيات متعددة في مجال العمران الحضاري، كل هذا أدى إلى تدخل أشخاص آخرين في عقد المقاولة عامة وفي عملية البناء بصفة خاصة، وسواء كانت لهم علاقة مباشرة بعملية البناء، أو خارج عن هذه العملية. وذلك من خلال المراسيم التشريعية والقرارات الوزارية.

وإن كانت التشريعات فرضت على المسؤولين بالضمان، فإن هناك طائفة أخرى تستفيد من أحكام هذا الضمان، وهو ما يطلق عليهم بالمستفيدين من أحكام الضمان العشري، وهو بمثابة حماية لهم من كل ما قد يمس ويهدد متانة وسلامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، لذلك فلم تعد تقتصر هذه الفائدة على الأشخاص التقليديين فقط، بل توسع إلى غير ذلك خارج العلاقة التعاقدية.

وعليه فمن هم الأشخاص التقليديون ومنهم الأطراف التي أضافتها التشريعات الأخرى في أعمال أحكام الضمان العشري ومن هم المستفيدين من أحكام هذا الضمان؟ وهو ما سنفصله في هذا الفصل، حيث سنتناول أشخاص الضمان العشري (في المبحث الأول) ثم نعرض على المستفيدين من أحكام هذا الضمان في (المبحث الثاني) كآلاتي:

المبحث الأول: المسؤولون بالضمان العشري

لقد نصّ المشرع في نصوص القانون المدني الجزائري على أن طرفي الضمان العشري هما المهندس المعماري ومقاول البناء دون غيرهما، و يطلق عليهما ب-مصطلح -المدينون- وذلك بألفاظ قاطعة لا تستدعي الشك، لكن وبالرجوع إلى نصوص التشريعات الجزائرية الخاصة فقد نصّت على أشخاص آخرين غير الذين تناولهم القانون م ج، وهما المراقب الفني الذي كانت نواته الأولى ترجع إلى الأمر رقم 85/71 والمؤرخ في 1971/12/29 والمتضمن إحداث هيئة الرقابة التقنية للبناء، وتحديد قانونها الأساسي¹، ثم نظم المشرع الجزائري أحكام هذه الهيئة بموجب المرسوم التنظيمي رقم 205/86 والمؤرخ

¹ - الأمر رقم 85/71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، يتضمن إحداث هيئة الرقابة التقنية للبناء وتحديد أساسها القانوني، ج ر، عدد 04، لسنة 1972

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

في 19/08/1986 والمتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء¹، وبالرغم من تشريع المشرع الجزائري لهذه الهيئة إلا أنه لم يخضع المراقب التقني أو الفني لأحكام الضمان العشري، إلا بصدر الأمر 07/95 والمؤرخ في 25 يناير 1995 والمتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، أما بالنسبة للمرقي العقاري فقد نص عليه المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري والملغى، ورغم نصه على المتعامل في الترقية العقارية، ولكن لم ينظم أحكام وشرط لمزاولة هذه المهنة، ثم تدارك الأمر وذلك بموجب القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011 والمحدد لنشاط الترقية العقارية. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد وسع من النطاق الشخصي لأطراف الضمان العشري إلى حد بعيد وهو ما جاء به قانون 1978، وعليه فقد قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب حيث تناولنا في (المطلب الأول) الأطراف التي جاء بها القانون المدني أما (المطلب الثاني) فسنعرج على الأشخاص الذين أضافتهم التشريعات الخاصة أما (المطلب الثالث) فسيتم التطرق فيه للأشخاص الذين جاء بهم المشرع الفرنسي وهو ما سنبينه في الآتي:

المطلب الأول: النطاق التقليدي لأشخاص الضمان العشري

وفقا لما جاء في نص المادة 554 من ق م ج، فإن المهندس المعماري والمقاول هما المسؤولان عن أحكام الضمان العشري، وإن كان المشرع قد نص على التزامهما بالضمان إلا أنه لم يحم بتعريفهما أو ذكر التزامهما، أما المقاول الفرعي فقد استثناه المشرع من أحكام الضمان العشري، فمن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى التفصيل في أشخاص الضمان العشري وفقا لما نص عليه ق م ج فسنعرج في (الفرع الأول) على المهندس المعماري أما (الفرع الثاني) فسنخصصه للمقاول الأصلي و(الفرع الثالث) فسنعرج على المقاول الفرعي كآآتي:

الفرع الأول: المهندس المعماري

يعتبر المهندس المعماري أحد المسؤولين بالضمان العشري وفقا لم جاءت به نصوص الق م ج وعليه فسنتطرق إلى تعريفه في (البند الأول)، ثم نبين شروط اكتساب صفة المهندس المعماري في (البند

¹ - مرسوم رقم 205/86 مؤرخ في 19 أوت 1986، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، ج ر، عدد 34، لسنة 1986.

الثاني)، ثم نبين مدى خضوع مكاتب الدراسات لأحكام الضمان العشري باعتبارها تابعة للمهندسين المعماريين وهذا في (البند الثالث).

البند الأول: تعريف المهندس المعماري

من خلال هذا البند سنتطرق إلى تعريف المهندس المعماري وفقا لما جاء به القانون المدني وما أضافته التشريعات الخاصة، وكيف عبر عنه المشرع الفرنسي على النحو الآتي بيانه:

أولا: التعريف التشريعي للمهندس المعماري

1- تعريف المهندس المعماري في القانون المدني الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري المهندس المعماري في القانون المدني، إلا أنه أشار إليه على أساس أنه أحد أشخاص الضمان العشري بقوله في المادة 554 ق م ج " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمد كلي أو جزئي...". فنص المادة 554 من ق م ج نصّ على أنه طرف من أطراف الضمان العشري لا غير دون ذكر دوره في عملة البناء ولا عن شروط اكتساب هذه المهنة.

2- تعريف المهندس المعماري في النصوص الخاصة الجزائرية

عرّف المشرع الجزائري المهندس المعماري بموجب نص المادة 03 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي، تتوافر فيه الشروط والمؤهلات والكفاءات التقنية والوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء، لصالح رب العمل وذلك بالتزامه إزاء هذا الأخير على أساس الغرض المطلوب، وأجل محدد ومقاييس نوعية، وذلك تحت مسؤوليته الكاملة وفي إطار الالتزامات التعاقدية التي تربطه بصاحب المشروع"¹.

من خلال هذا النص يمكننا القول بأن المهندس المعماري هو كل شخص طبيعي أو معنوي تتوافر فيه شروط وكفاءات ممارسة مهنة الهندسة المعمارية، وذلك بمعرفته لأصول البناء.

¹ - القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 المعدل والمتمم، والذي يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج ر، عدد43، لسنة 1988.

وقد أدرج المشرع الجزائري تعريفا آخر للمهندس المعماري حيث جاء في نص المادة 09 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 المعدل والمتمم المتعلق بشروط الإنتاج المعماري: "يقصد بصاحب العمل في الهندسة المعمارية كل مهندس معماري يتولى تصور إنجاز للبناء ومتابعته"¹.

فالملاحظ على هذا التعريف أن المشرع الجزائري اصطلح على لفظ المهندس المعماري لفظ صاحب العمل الذي يقوم بإشراف وتنفيذ العمل المطلوب منه.

كما عرف المرسوم التشريعي نفسه الهندسة المعمارية في المادة 3/2 بقوله: "الهندسة المعمارية هي التعبير عن مجموعة من المعارف والمهارات المجتمعة في فن البناء، كما هي انبعاث لثقافة ما وترجمة لها"².

3- تعريف المهندس المعماري في القانون الفرنسي:

عَرَّف تقنين جياديت³ المهندس المعماري على أنه: "هو الفنان الذي يصمم أو يرسم الأبنية ويعين لها النسب والأحجام والتقسيمات المختلفة والزخرفات المناسبة مشرفا على تنفيذها تحت مسؤوليته، وأخيرا يسوي مصروفاته"⁴.

ومن خلال التعريف الذي جاء به قانون جياديت يمكن أن نستنتج من التعريف الذي أورده على أنه وصف المهندس المعماري بالفنان الذي يضع التصميمات والزخارف المتعلقة بالبناء، ويكون هو المشرف على تنفيذها بنفسه ويأخذ البدل والأجر عن عمله.

كما عرفه قانون الواجبات المهنية بفرنسا على أنه: "المهني الذي يعهد إليه بوضع التصميمات، ورسم النماذج لإقامة المنشآت وصيانتها وتزيينها والإشراف على حسن تنفيذها، فهو فنان Artiste يضع التصميم، كما أنه فني Technicien يشرف على حسن تنفيذه، بل يمكن أن يمتد دوره إل القيام بالجانب المالي والإداري للمشروع كمراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة

¹ - المرسوم التشريعي رقم 07 /94 المؤرخ في 18 ماي 1994 المعدل والمتمم بقانون رقم 04-06 المؤرخ في 14 أوت 2004م المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري ج ر، عدد 51، لسنة 2004.

² - ف 01 من المادة 02 ، المرجع نفسه.

³ - يعتبر تقنين جياديت بمثابة ميثاق شرف لمهنة الهندسة المعمارية في فرنسا، أقره مؤتمر بوردو للمهندسين المعماريين الفرنسيين عام 1895 المعدل في 17 جويلية 1912. المعرفة الجمعية المركزية للمهندسين المعماريين. راجع شيخ نسيم: المسؤولية المدنية للمهندس المعماري

ومقاول البناء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02، الجزائر، 2015-2016، ص151

⁴ - زهرة بن عبد القادر: نطاق الضمان العشري للمشيدين -دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009، ص 106.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

إليه والقيام بالإجراءات الإدارية ويشرف وينسق بين كل الجوانب العملية ويساعد العمال في التأكد من سلامة البناء عند تسلمه من المقاول لذلك يقع على عاتقه دور النصح¹.

ومنه يمكننا القول بأن المشرع الجزائري لم يكن السبّاق في تعريف المهندس المعماري، بل الفضل يعود للمشرع الفرنسي الذي وضع تعريفا له.

ثانيا: التعريف الفقهي للمهندس المعماري

عرّف فقهاء القانون المهندس المعماري بتعريفات عدة اختلفت باختلاف زوايا نظرهم إليه وهو ما سيتضح في الآتي:

-التعريف الأول: المهندس المعماري: " لا يقصد به إلا ذلك الشخص الذي يحمل شهادة في الهندسة المعمارية، بحيث تؤهله قانونا بأن يوصف بأنه مهندس معماري وبالتالي فإن المهندس في النقط أو الكهربائي لا يعتبر مهندسا معماريا فإن قام بوضع تصميم البناء، ومن باب أولى فإن هذا الحكم يصدق على من وضع التصميم وهو يحمل شهادة في فروع المعرفة الأخرى غير الهندسة المعمارية أو لا يحمل أي شهادة أخرى"².

من خلال هذا التعريف يتضح أن المهندس المعماري يقاس بخبراته الذهنية ووضع التصاميم في البناء أما ما خرج عن نطاق التشييد فلا يطلق عليه لفظ المهندس المعماري.

-التعريف الثاني: عرّفه السنهوري بقوله: " المهندس المعماري هو ذلك الشخص الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه..."³.

-التعريف الثالث: يطلق لفظ المهندس المعماري على: " الفنان الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت وفي تحديد أبعاد هذه المنشآت، والإشراف على تنفيذها

¹ - سارة مقراني: المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 11/04، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 01، 2016-2017، ص 26

² - عدنان إبراهيم السرحان: العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2006، ص 57.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود الواردة على العمل)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 2000، مج1، ج7، ص 413.

تحت مسؤوليته¹.

وعليه فمن خلال التعريفين الأخيرين فإن دور المهندس المعماري لا يقتصر في وضع التصميمات والرسوم فقط، بل قد يعهد إليه إدارة العمل والإشراف على تنفيذه.

ومّا سبق يمكننا تعريف المهندس المعماري على أنه: " هو الشخص المكلف من قبل رب العمل، بإعداد الرسومات والتصميمات والمخططات لإقامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، وذلك تحت إشرافه وإدارته بنفسه أو تحت إشراف ومسؤولية المقاول".

والملاحظ أن مهنة المهندس المعماري قد تطورت كثيرا خاصة في مجال البناء فأصبح هناك المهندس الاستشاري أو الإنشائي ومهندس الديكور ومهندس الكهرباء وغيره، لذلك كان على المشرع الجزائري توسيع مفهوم المهندس المعماري. ليشمل الأنواع الأخرى للمهندسين وفقا لما جاء به فقهاء بعض الدول وهذا مسأيرة للتطور المذهل في مجال البناء.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فلم يذكروا هذا المسمى وذلك لاعتبار مهنة المهندس المعماري من المهن الحديثة.

البند الثاني: شروط اكتساب صفة المهندس المعماري

لاكتساب الشخص صفة المهندس المعماري، لا بد له أن تتوافر فيه شروط منها أن يكون مسجلا في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 بقولها: "لا يجوز لأي كان أن يتنفع بصفة المهندس المعماري المعتمد أو يمارس هذه المهنة إذا لم يكن مسجلا في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، ويعتبر التسجيل في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين بمثابة اعتماد²".

فالمادة نصت صراحة على وجوب التزام المهندس بالتسجيل في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، وقد وضع المشرع الجزائري جملة من الشروط للتسجيل في هذا الجدول وهو ما تضمنته المادة 17 من المرسوم التشريعي 07/94 السالف الذكر فقد حددت شروط التسجيل في السجل الوطني

¹ - محمد ناجي ياقوت: مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، دار المعارف، مصر، د ط، د س ن، ص 33.

² - المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 المعدل والمتمم بالقانون 06/04، مرجع سابق.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

للمهندسين المعماريين على أن يسجل الأشخاص الذين يتمتعون بحقوقهم المدنية بناء على طلبهم في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، والذين يلتزمون بممارسة مهنتهم في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام قانون الالتزامات المهنية وأن يستوفوا الشروط الآتية:

- أن يكون الأشخاص ذوو الجنسية الجزائرية حائزين على شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة، وأن يكونوا قد قاموا بأداء فترات تدريب.

ويحدد شكل أداء التدريب ومضمونه وصفته وكيفيةه عن طريق التنظيم.

- أن يكون الأشخاص ذوو الجنسية الأجنبية حائزين على شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة، وفي هذه الحالة يكون التسجيل مؤقتا ويمكن إلغاؤه وتحديد الشروط الخاصة بالتسجيل والإلغاء من طريق التنظيم¹.

وعليه يمكننا القول بأن المشرع الجزائري ألزم المهندس المعماري المعتمد بالتسجيل في السجل الوطني للمهندسين المعماريين بشرط أن يكون حائزا على شهادة مهندس معماري معترف بيها من طرف الدولة، إضافة إلى القيام بفترات تدريب.

أما بالرجوع إلى نص المادة 14 من المرسوم التشريعي نفسه فنجدها قد نصت على: " يعد صاحب العمل، عند انجاز مهمته وطبقا لأحكام المادة 554 من القانون المدني، المدافع عن مصالح صاحب المشروع ويتحمل مسؤولية جميع الأعمال المهنية المنوطة به"².

ويعهد إليه بوضع التصميمات والنماذج والرسومات في إقامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى. كما يمكن أن يقوم بتنفيذ العمل تحت إشرافه ومسؤوليته وفقا لما جاءت به نص المادة 563 من ق م ج³.

البند الثالث: مكاتب الدراسات (استشارية أو تقنية)

قد يكون مقدم الاستشارة الهندسية إما على شكل أشخاص فرادى وقد تكون على شكل

¹ المادة 17 من المرسوم التشريعي 07/94 المعدل والمتمم بالقانون 06/04 مرجع سابق

² المادة 14 ، المرجع نفسه

³ نصت المادة 563 من ق م ج: " يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال وتحديد الأجرة وفقا للعقد".

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

مكاتب تعرف بمكاتب الدراسات، لذلك فلا يكون المهندس الاستشاري فردا فحسب، بل تجمع هذه المكاتب بين عدة متخصصين، وأن يقدم كل متخصص خبراته الفنية والذهنية وحتى المادية في هذا المجال، فقد تعهد إلى مهندس بتصميم التخطيط الزمني للعمل، كما قد تعهد إلى مهندس آخر بوضع تصميم الكهرباء والماء وغيرها.

لذلك فقد عرّفت الاستشارة الفنية أو الهندسية بموجب نص المادة 02 من القرار الوزاري الصادر في 15 ماي 1988 والمعدل بموجب القرار الوزاري المشترك الصادر في 01 جويلية 2001 والتي جاء فيها " تعدّ الاستشارة الفنية في مفهوم هذا القرار، وظيفة شاملة لمهام التصميم والدراسات والمساعدة والمتابعة والمراقبة وإنجاز المباني، مهما تكن طبيعتها ووجهتها، بإنشاء المباني المخصصة للاستعمال الصناعي، وبممارستها المستشار الفني تحت مسؤوليته الكاملة وفي إطار الالتزامات التعاقدية التي تربطه برب العمل"¹.

هذا وقد أخضع المشرع الجزائري مكاتب الدراسات للمسؤولية العشرية وذلك في المادة 46 من القانون 04/11 والتي نصت: " تقع المسؤولية العشرية على مكاتب الدراسات والمقاولين..."². استنادا إلى نص المادة السالفة الذكر فإن المشرع الجزائري أضافه إلى الفئات السالفة الذكر مكاتب الدراسات.

فالملاحظ من هذا النص أن المشرع الجزائري قد ذكر المتدخلين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، ولكن يبقى هذا الشرط غامض، فماذا لو كان محل العقد قليل الأهمية كتوريد الأبواب والنوافذ مثلا، فهل يعقل أن يخضع هذا المورد لأحكام المسؤولية العشرية والمحددة بـ 10 سنوات من تاريخ التسليم؟.

الفرع الثاني: مقال البناء

إذا كان المهندس المعماري هو الذي يقوم بوضع التصميمات وتنفيذ الأعمال تحت إشراف المقاول، فإن الشخص الثاني من أشخاص الضمان العشري هو المقاول الذي غالبا ما تكون مهامه تنفيذ أشغال البناء وإنجازها ترجع إليه، وغالبا ما يقوم بتنفيذ التصميمات والرسومات التي يقوم المهندس المعماري

¹ - المادة 02 من القرار الوزاري الصادر في 15 ماي 1988 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - المادة 46 من القانون 04/11 والمتعلق بتحديد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية مرجع سابق.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

بتصميمها وسنعرض في هذا الفرع التعريف التشريعي للمقاول في (البند الأول)، وما جاء في التعريف الفقهي في (البند الثاني) مع الإشارة إلى تعريف المقاول في الفقه الإسلامي في (البند الثالث) مع ذكر التزامات المقاول التي يقوم بها سواء ما تعلق منها عند تنفيذ العمل أو بعد إتمام إنجازها في (البند الرابع) أما (البند الخامس) فسيخصص للضمانات المستحدثة في قانون الترقية العقارية كالاتي:

البند الأول: تعريف مقاول البناء

بالرجوع إلى التشريع الجزائري فقد نص على اعتبار المقاول من أطراف الضمان العشري فهل يا ترى قد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريفه وذكر الالتزامات الملقاة على عاتقه أم لا وهو سنبينه في الآتي:

أولاً: التعريف التشريعي لمقاول البناء

1- تعريف مقاول البناء في القانون المدني الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري المقاول في نصوص القانون المدني الجزائري المنظمة لعقد المقاولة، إلا أنه اكتفى بذكر التزاماته مع رب العمل في المواد من 550 إلى 557 من هذا القانون. وذكره على أساس أنه أحد أطراف عقد المقاولة وهو ملزم بأحكام الضمان العشري فقط.

2- تعريف مقاول البناء في النصوص الخاصة:

بالرجوع إلى نصوص التشريع الجزائري الأخرى، نجد أنه تم تعريف هذا الأخير في المرسوم التشريعي 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري واطلق عليه اسم "صاحب المشروع المنتدب"، *le maitre de l'ouvrage déluge* وبالرغم من الدور الفعّال الذي يقوم به المقاول في مجال البناء، إلا أن مهنته لم تنظم بنصوص خاصة بل لحد اليوم مازالت تحت أحكام المرسوم التشريعي المتعلق بشروط الإنتاج المعماري، وعرفه هذا الأخير من خلال المادة 8 حيث جاء فيها: "المقاول هو كل شخص طبيعي أو معنوي يفوضه صاحب المشروع قانوناً للقيام بإنجاز بناء أو تحويله"¹.

فمن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أشار إلى مقاول البناء بمسمى صاحب المشروع المنتدب سواء تعلق مهامه بتشديد مباني أو تحويلها.

¹ - المرسوم التشريعي 94-07 المتعلق بالإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري. مرجع سابق.

أما القانون 04/11 المتعلق بتنظيم نشاط الترقية العقارية فقد عرف المقاول في المادة 03 منه كالآتي: " المقاول هو كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفتة حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية"¹.

فمن خلال هذه المادة يتضح أن المقاول هو تاجر ملزم بالقيود في السجل التجاري، ويحترف مهنة مادية، مضمونها تنفيذ أشغال البناء من خلال ما يصممه المهندس المعماري.

ثانيا: التعريف الفقهي للمقاول

لقد تطرق فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية لتعريف المقاول وعرفوه بتعريفات عدة، وهو ما سنفصله في الآتي:

1- تعريف المقاول في الفقه القانوني:

عرّف المقاول عند فقهاء القانون بتعريفات عدة نذكر منها:

-التعريف الأول: المقاول هو: "الشخص الذي يعهد إليه في إقامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وتستوي أن تكون المواد التي أقام بها هذه المباني أو المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل"².

-التعريف الثاني: وعرف كذلك ب: "المقاول هو كل شخص تولى إقامة بناء أو منشآت معينة بموجب عقد مقولة معينة بينه وبين صاحب العمل"³.

يتضح من خلال هذين التعريفين أنه لا بد أن يكون بين المقاول ورب العمل عقد مقولة، وكذلك أن يكون عمل المقاول مقابل أجر، وأن لا يخضع في إنجازها لهذا العمل لإشراف صاحب العمل وتوجيهاته وإنما يكون ذلك بإرادته وإشرافه وحده وباستقلالية. ولا يختلف الأمر إذا كانت المواد من عنده أو من عند صاحب العمل.

¹ - المادة 03 من القانون 04/11 المتعلق بتنظيم نشاط الترقية العقارية. مرجع سابق.

² - زكريا المصري: العقود الإدارية بين الإلزام القانوني والواقع العملي -دراسة مقارنة محلية ودولية-، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ط1، د ت ن، ص 381، محمد ناجي ياقوت: مرجع سابق، ص 32.

³ - عدنان إبراهيم السرحان: مرجع سابق، ص 57.

-التعريف الثالث: وعرف المقاول بقولهم: " المقاول هو كل شخص يعهد إليه رب العمل بإقامة بناء أو منشآت ثابتة أخرى في مقابل أجر، وفق التصميمات والنماذج والرسوم الموضوعة من قبل المهندس المعماري أو رب العمل، دون أن يخضع في عمله لإشراف أو إدارة رب العمل¹."

من خلال هذه التعاريف يمكن أن نخلص إلى أن المقاول هو: " الذي يكون بينه وبين رب العمل عقد مقابله وسواء كانت المادة مقدمة من عند رب العمل أو من عند المقاول ويكون هذا العمل تحت إشراف المقاول وحده دون توجيه من رب العمل."

ولا يشترط أن يكلف المقاول ليكون مسؤولاً وفقاً للمادة 554 المذكورة أعلاه بكل الأعمال اللازمة لإقامة المبنى، إذ بإمكان صاحب المشروع أن يلجأ لأكثر من مقاول لإنجاز مشروعه كأن يعهد بوضع الأساس وأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وحيطان إلى مقاول، وبأعمال النجارة إلى مقاول ثان، وبأعمال الدهان إلى مقاول ثالث وغيرها، ولكن السؤال المطروح في حالة اشتراك أكثر من مقاول واحد في عملية البناء وكل واحد من المقاولين مسؤول عن العمل الذي قام به، فهل هم مسؤولون عن أعمالهم وفقاً لما نصت عليه المادة 554 من ق م ج السالفة الذكر؟

بالرجوع إلى نص المادة 554 من ق م ج فلا يستفاد من استقراءها اعتبار هؤلاء مقاولين لأنهم لا يشتركون مباشرة بأعمال تنفيذية تتعلق بالمباني والمنشآت الثابتة الأخرى والتي تقتضي تواجدهم في موقع العمل، ومنه اعتبار أن العقد الذي يربطهم مع رب العمل هو عقد بيع لمنتجاتهم وليس عقد مقابله².

وعليه يمكن تعريف المقاول على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتنفيذ أعمال البناء والتشييد لصالح رب العمل، بشرط أن يكون العمل تحت إشرافه وإدارته، وسواء كانت المواد من عنده أو من قبل رب العمل."

¹ - محمد عزمي البكري: عقد المقابله في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود، القاهرة مصر، دط، 2016-2017، ص 110.
² - وعلي جمال: المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع" دراسة في القانون الجزائري، بحث منشور على الموقع <http://manifest.univ-ouargla.dz- archives> تاريخ الاطلاع 2019/06/22.

2- تعريف المقاول في الفقه الإسلامي

لم يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح "المقاول"، غير أننا بالبحث وجدنا أن ما يطلق على المقاول في القانون المدني الجزائري هو المشار إليه بالأجير المشترك في الفقه الإسلامي. وعرف الأجير المشترك بتعريفات عدة نذكر منها:

أ- عرفه فقهاء المذهب الحنفي بقولهم: " من يعمل لغير واحد عملاً مؤقتاً، أو مؤقتاً بلا تخصيص"¹.

أما فقهاء الحنفية فقد اشترطوا المدة لعمل الأجير المشترك بأن يكون محدد بمدة زمنية أي مؤقت، وأن يكون يعمل لكافة الناس وليس لواحد فقط.

ب- عرفه فقهاء المالكية بقولهم: " وهو الذي يعمل للمؤجر ولغيره، كالبناء الذي يبني لكل أحد، والملاح الذي يحمل لكل أحد"².

وعليه فإن الأجير عند المالكية هو الذي يعمل لكافة الناس لا لواحد على وجه الخصوص.

ت- تعريف فقهاء المذهب الشافعي للأجير المشترك يقول الشيخ علي بن محمد الماوردي: " وأما الأجير المشترك فهو الذي يكون عمله في يد نفسه لمستأجره مع عمله لمستأجر آخر كالقصابين والخياطين في حوانيتهم"³.

ث- تعريف فقهاء المذهب الحنبلي: "وهو الذي قدر نفعه بالعمل، ويتقبل العمل من كل أحد كالغسال والخياط ونحوهما"⁴.

كما عرفته مجلة الأحكام العدلية بموجب المادة 422 حيث جاء فيها أن المقاول: " هو الذي يعمل لعامة الناس، ولا يقتصر بعمله على شخص واحد، كالحمال والخياط والدلال والساعاتي

¹ - أبي المعالي محمود بن أحمد بن مازة المرغيناني: الذخيرة البرهانية المسمى (ذخيرة الفتاوى في الفقه على المذهب الحنفي)، تح:

أبو أحمد العادلي وإبراهيم محمد إبراهيم سليم وآخرون، دار الكتب العلمية، لبنان، د س ن، ج 12، ص 207

² - أبو البركات أحمد الدردير: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د ب ن، د ط، د س ن، ج 4، ص 4:

³ - أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، وهو شرح مختصر

المزني، تح: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1414-1994،

ج 7، ص 425

⁴ - البهوتي: شرح منتهى الإرادات، المكتبة السلفية، السعودية، ط 1، د س ن، ج 2، ص 350

وغيرهم¹.

وعليه ففي الفقه الإسلامي فقد عرفت المقولة بصورة من صور الإجارة، فإذا كانت المادة والعمل من المقاول فهذا ما يسمى استصناعاً، أما إذا كانت المادة من رب العمل والعمل من المقاول وهذا ما يسمى بالإجارة المشتركة². وسيتم تفصيل ذلك في الفصل الثاني.

فاستناداً لنص المادة 550 من ق م ج نجد أن المادة جمعت بين الحالتين سواء كانت المادة من عند المشيد أو من عند رب العمل فجاء في نص المادة مايلي: " يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا"³.

ومن هذا وذاك نجد أن المقاول يختلف عن المهندس المعماري فكلا منهما طرف من أطراف الضمان في المسؤولية العشرية إلا أنهما يختلفان في كون الأول (المقاول) تاجر⁴، ويحترف عملاً ذو طابع مادي وذلك بأن يكون حائزاً على سجل تجاري، أما المهندس فإنه لا يعتبر تاجراً وإنما يمارس مهنة حرة ويعتمد على ملكيته الذهنية التي يغلب فيها العنصر الفكري كوضع التصاميم والمخططات وغيرها ومسجلاً في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين⁵.

¹ - المادة 422 من مجلة الأحكام العدلية

² - تعريف الأجير المشترك: هو من يكون عقده وارد على عمل معلوم ببيان محله، ويعمل للمؤجر غيره كالنجار، والحداد، والبناء، أما الأجير الخاص فهو: من يكون العقد وارد على منفعه، ولا تصير منفعه معلومة، إلا بذكر المدّة بحيث تكون منفعه مستحقة للمستأجر في تلك المدّة. أنظر ديبان بن محمد الديبان المعاملات المالية اصالة ومعاصرة: مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، السعودية، ط2، 2014، مج 8، ص 421.

³ - المادة 550 من ق م ج.

⁴ - انظر ف 05 من المادة 02 من أمر رقم 75-59، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 101، لسنة 1975: " يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه/ كل مقولة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض".

⁵ - محجوب بن عامر: المسؤولية العشرية للمتدخلين في نشاط الترقية العقارية بخصوص العناصر التجهيزية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014، ص 55.

البند الثاني: التزامات المقاول

لقد قرر المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني التزامات على عاتق المقاول وهو ملزم بالإتيان بها، سواء عند تنفيذه للعمل أو بعده ومنها:

أولاً: الالتزام بإنجاز العمل

رتب المشرع الجزائري التزاماً رئيساً على عاتق المقاول وهو إنجاز العمل المتفق به بينه وبين رب العمل، وفقاً للشروط المتفق عليها والمدة المحددة، لذلك يلتزم المقاول بتنفيذ العمل المعهود به إليه بمقتضى عقد المقاولة، فإذا كان المطلوب منه تحقيق نتيجة معينة كإصلاح شيء أو إقامة بناء، أو وضع تصميم معماري، فإن تنفيذه للعمل يكون بتحقيق هذه النتيجة، أما إذا كان المقاول لا يلتزم بتحقيق نتيجة معينة، بل بمجرد بذل عناية أو توخي حيلة في القيام بعمل معين، فإن تنفيذه لالتزامه يكون ببذل هذه العناية أو يتوخى تلك الحيلة، ويعتبر المقاول موفياً بالتزامه هذا إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي، ما لم يتفق على وجوب بذل عناية أكبر من عناية الشخص العادي¹.

لذلك يلتزم المقاول بإنجاز العمل سواء كان هو من تعهد بتقديم العمل فحسب، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها، كما قد يجوز أن يتعهد بتقديم المادة والعمل معا وهو ما سيتم سنفصله في الآتي:

1- التزام المقاول بتقديم العمل فقط

استناداً إلى نص الفقرة 1 من المادة 550 من ق م ج فقد جاء فيها ما يلي: "يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله"².

وعلى المقاول متى سلمت إليه المادة أن يتولى المحافظة عليها وأن يظهر حرصه بهذا الشأن ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان أو زيادة، كما عليه أن يبذل في المحافظة في المادة المقدمة له عناية الشخص المعتاد، فإن نزل عن هذه العناية كان مسؤولاً عن هلاكها

¹ - محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، ط1، 2015، ص 141.

² - ف 1 من المادة 550 من ق م ج.

وتلفها أو ضياعها أو سرقتها، وعليه أن يرد ما بقي منها لرب العمل¹. وهو ما تضمنته المادة 1/552 من ق م ج².

وعليه فإن المقاول ملزم بالمحافظة على مواد البناء التي قدمها له رب العمل، بالحرص عليها من كل سوء قد يصيبها، من سرقة أو هلاك أو ضياع، لأنه مجبر على ردها لرب العمل عند انتهاء الأشغال. أما إذا كانت قد ضاعت منه أو هلكت بسبب إهماله فهو ملزم بتعويض رب العمل عن قيمة الشيء الذي أتلفه.

2- التزام المقاول بتقديم العمل والمادة معا

نصت الفقرة 2 من المادة 550 من ق م ج على أنه: " كما يجوز أن يتعهد المقاول، بتقديم العمل والمادة معا³".

ففي هذه الصورة أجاز المشرع أن يكون العمل والمادة من قبل المقاول، لكن اشترط في كلتا الحالتين أن يكون المقاول مسؤولاً عن جودة هذه المواد والأدوات، كما اشترط أن يكون ضامناً لها، وهذا وفقاً لما جاء في المادة 551 من ق م ج حيث نصّت على أنه: " إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل⁴".

وعليه متى كانت المادة والعمل مقدمة من قبل المقاول فهو ملزم بجودة هذه المواد المستعملة في عملية البناء ولا يمكن أن يستعمل مواد رديئة، وهو ملزم بضمان هذه المواد لرب العمل.

3- جزاء إخلال المقاول بالالتزام بإنجاز العمل

إذا أحل المقاول بالتزامه بإنجاز العمل فإنه يكون مسؤولاً عن ذلك الإخلال ويحق بالتالي لرب

¹ - جعفر محمد جواد الفضلي: الوجيز في عقد المقاولة: منشورات زين الحقوقية، بيروت، د ط، 2013، ص ص 32-33.

² - نصت ف 1 من المادة 552 من ق م ج على أن: "إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها، وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية فهو ملزم برد قيمة الشيء لرب العمل".

³ - ف 2 من المادة 550 من ق م ج

⁴ - المادة 551 من ق م ج.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشتري بعد تسليم الأشغال

العمل أن يطالب بحقه في المطالبة بالتعويض في الحالتين، أو أن يطالب بالفسخ¹. وذلك طبقاً لنص الفقرة 1 من المادة 119 من ق م ج حيث جاء فيها: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"².

وعليه فمتى أخل المقاول بالتزامه المقرر على عاتقه وهو إنجاز العمل على الوجه المطلوب، فإنه يحق لرب العمل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بعد إعداره المدين فإن لم يتم المقاول بتصحيح أخطائه والقيام بعمله، فلرب العمل المطالبة بفسخ العقد.

ونشير إلى مسألة إحضار آلات العمل، فعلى المقاول أن يحضر آلات العمل من أجل القيام بالتزاماته على الوجه المطلوب أما إذا كان بإمكان رب العمل توفيرها فله ذلك. وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بقولهم هل على الأجير المشترك إحضار آلات العمل التي يحتاجها في تنفيذ عمله كالرافعات والخلاطات في تشييد المباني مثلاً؟

وللإجابة عن هذا السؤال فإن الفقهاء اتفقوا على أنه إذا كانت هناك عادة بين الناس أو شرط من أحدهما فإنه يعمل بذلك³ لأن العادة محكمة⁴.

وأما إذا لم يكن هناك عادة ولا شرط فاختلفوا على قولين:

القول الأول: الآلات على العامل (المقاول) وهو قول عند الشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة⁵.

¹ - محمد جواد الفضلي: مرجع سابق، ص 36

² - ف 1 من المادة 119 من ق م ج.

³ - محمد عليش: شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط 1، 1984/1404، ج 7، ص 504. أنظر كذلك ابن قدامة: المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض السعودية، ط 3، 1417-1997، ج 8، ص 121، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين، تح: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط 1، 1423-2003، ج 4، ص 282-283

⁴ - شرح قاعدة " العادة محكمة" إن هذه القاعدة تعني أن العادة عامة كانت أم خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي لم يُنص على خلافه بخصوصه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلاً، أو ورد ولكن عاماً، فإن العادة تعتبر وأصل هذه القاعدة قول ابن مسعود، رضي الله عنه: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح وهو حديث موقوف حسن، وإنه وإن كان موقوفاً عليه فله حكم المرفوع، لأنه لا مدخل للرأي فيه. راجع وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 1، ص 298

⁵ - النووي: روضة الطالبين: المرجع السابق، ج 4، ص 282، المرادوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج 6، ص 32

واستدلوا:

بأن هذه الآلات تدخل تبعاً، وليست مقصودة بذاتها فلا تستقل بحكم¹.

القول الثاني: الآلات على رب العمل، وهذا قول الحنفية والمالكية والمشهور عند الشافعية، وقول عند الحنابلة².

واستدلوا:

بأن الإجارة تمت على منفعة آدمي، وهو إنما التزم بالعمل فلا يلزمه غير ذلك، إذ ما عدا منفعته ليست من العمل وإنما هي أعيان لا تستحق الإجارة³.

القول الراجح:

أن الآلات على عاتق العامل، وهو المقاول، لقوة دليل الرأي الأول. وكذلك بالرجوع إلى العرف الساري في الوقت الحالي فإن رب العمل ملزم بإحضار المواد التي تستعمل في البناء فقط، ولا يمكن إلزامه بشراء آلات العمل، فهذا إجحاف في حقه، لذلك كان على المقاول أن يحضر معه الآلات من أجل تنفيذ عمله. للقيام بهذا المشروع وبمشروع آخر. وهو المعمول به في الوقت الحالي.

ثانياً: الالتزام بتسليم العمل بعد تمام الإنجاز

الالتزام الثاني المقرر على عاتق المقاول هو تسليم العمل بعد تمام الإنجاز، وعليه سنفصل في هذا الالتزام في الآتي:

1- محل التسليم:

التسليم عملاً قانونياً، ولم يعرفه المشرع الجزائري في نصوص ق م المنظمة لعقد المقاولة، إلا أنه عرف شكلاً خاصاً من أشكال التسليم وهو التسليم المؤقت للمشروع، وعليه فإن المحل الذي يرد عليه التسليم في عقد المقاولة هو ذاته محل المقاولة، أي العمل المطلوب إنجازه، سواء أكان المقاول هو الذي قدم المادة، أم أن رب العمل هو الذي قدمها.

¹ - النووي: روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 4، ص 282.

² - السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 16، ص 51، النووي: روضة الطالبين، المرجع نفسه، ج 4، ص 282، ابن قدامة:

المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 121، المرادوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج 6، ص 32

³ - السرخسي: المبسوط، المرجع نفسه، ج 16، ص 51.

وما يمكن استخلاصه أن محل التسلم في عقد المقاولة هو نفسه محل المقاولة، ومنه قلنا أن العمل في عقد مقاولة بناء هو المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، فمتى أتمها المقاول فعليه تسليمها لرب العمل. أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي فإن فقهاء الفقه الإسلامي أشاروا إلى هذه المسألة وميّزوا بين حالتين، فإذا كانت المقاولة على صورة استصناع أي المادة والعمل من رب العمل فكيف يكون التسليم في هذه الحالة؟. اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يلزم المقاول تسليم العمل، وهذا قول بعض المعاصرين¹، وهذا بناء على قولهم أن العقد في هذه الحالة لازم، وهو الذي يحقق المصلحة للمتعاقدين ويرفع الضرر عنهما، وذلك لأنه يجري في هذا العصر في أشياء كبيرة يتطلب استصناعها أموالاً طائلة مما لا يناسب القول بعدم لزوم العقد². وهو ما نصت عليه المادة 392 من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء في نصها: " وإذا انعقد الاستصناع، فليس لأحد العاقدین الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المُسْتَصْنَعُ مخيراً"³.

القول الثاني: لا يلزم المقاول بتسليم العمل وهذا قول الحنفية⁴، وهذا على قولهم أن العقد في هذه الحالة غير لازم قبل الصنع أو بعده وأن الاستصناع جاز على خلاف القياس لحاجة الناس إليه، فيبقى اللزوم على أصل القياس⁵.

القول الراجح:

إن العقد في هذه الحالة لازم، وعليه فإن المقاول مازم بتسليم العمل فور الانتهاء منه وهذا لقوة دليل القول بلزوم العقد⁶.

¹ - علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 1423-2003، مج1، ص 361،

² - وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، دورة 7، ص 305، انظر كذلك: مصطفى كمال التازري: الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي في دورته 07، ص 599.

³ - المادة 392 من مجلة الأحكام العدلية، انظر كذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 65(3/7) في دورته 7

⁴ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، لبنان، 1405-1984، ط1، ج 2، ص 363.

⁵ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1997، ج6، ص87، انظر كذلك فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المطبعة الكبرى، مصر، ط1،

1313، ج4، ص124 انظر السمرقندي: تحفة الفقهاء، المرجع نفسه، ج2، ص 364

⁶ - عبد الرحمن بن عابد خالد العايد: عقد المقاولة، الإدارة العامة للثقافة والنشر، السعودية، ط1، 2004، ص 226

2- زمان ومكان التسليم:

الأصل أن التسليم يتم في الزمن المتفق عليه في العقد، وإذ تعذر ذلك فإن طبيعة الحرفة تحدد الزمان، كما أنه يتم التسليم بمجرد الانتهاء من الأعمال مباشرة، وهذا ما جاء به نص المادة 281 من ق م ج والتي نصت على أنه: " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك¹.

فالقاعدة تقرّر أن زمان التسليم يكون في الآجال المتفق عليها، أما إذا سكت المتعاقدان عن تحديد مدة لإنجاز العمل، فإنه يجب على المقاول أن ينجزه في مدة معقولة طبقا لما يقتضيه عرف الصناعة التي يقوم بها المقاول².

يتضح مما سبق أن تسليم العمل في عقد المقاولة ليس بمجرد الاستلاء المادي على العمل، بوضع يد رب العمل عليه كما هو الحال في العقود الأخرى، بل يتضمن معنى آخر ويتمثل في تقبل الأعمال والموافقة عليها بعد فحصها، وبما أن عقد المقاولة يقع على شيء لم يكن موجود وقت التعاقد، بل سيكون مستقبلا، فلا بد لصاحب العمل أن يقوم بمعاينته والتأكد من أنه موافق للشروط المتفق عليها وقت إبرام العقد، وكذا موافقتها لأصول الفن المعماري، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري بالتسليم النهائي. إلا أنه لم يغفل عن الأشكال الأخرى لتسليم الأشغال إذا كان الاتفاق على ذلك في العقد.

أما بالنسبة لمكان تسليم العمل في عقد المقاولة فإن المشرع الجزائري لم يحدده، لكن وبالرجوع للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام يكون التسليم في المكان المتفق عليه، ويكون مكان التسليم على حسب ما هو محل المقاولة، فإذا انصب عمل المقاول على عقار كان التسليم في مكان العقار، أما إذا كان واردا على منقول فإن التسليم يكون في مكان وجود المنقول إذا كان هناك اتفاق، وعند عدم وجود اتفاق فيكون التسليم في موطن المقاول³.

¹ - المادة 281 ق م ج.

² - عدنان ابراهيم السرحان: مرجع سابق، ص 47

³ - جعفر محمد جواد الفضلي: الوجيز في عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 38.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشتري بعد تسليم الأشغال

ومنه يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يخضع تسليم محل المقاولة لأحكام خاصة، بل طبق عليه ما أفرزته وأقرته القواعد العامة الأخرى في العقود بحيث ينظر لمحل العقد.

ولكن قد يحل ميعاد التسليم، ويكون للمقاول أجر مستحق في ذمة رب العمل، ففي هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفي أجره طبقاً للقواعد العامة في الحبس والدفع بعد التنفيذ، وينقضي حق الحبس إذ استوفى المقاول أجره، أو إذا قام رب العمل بتقديم تأمين كاف للوفاء بالأجر وفقاً لنص المادة 1/200 من ق م ج¹.

والحق في الحبس لا يقتصر على الأشياء التي صنعها المقاول بمادة من عنده، بل يتناول أيضاً كل ما سلمه رب العمل من مادة لاستخدامها في إنجاز العمل ومن أدوات ومهمات ومستندات ووثائق ورسوم ونماذج وتصميمات وغير ذلك مما يكون رب العمل قد سلمه للمقاول لإنجاز العمل².

وقد أشار فقهاء الفقه الإسلامي إلى مسألة حق المقاول في حبس العين فهل يضمن؟ وفرقوا بين أن تكون المقاولة على صورة استصناع أو على صورة أجير المشترك كالآتي:

فإذا كانت المقاولة على صورة استصناع فهل للمقاول أن يحبس العين من أجل تسلم الأجرة؟

القول الأول: عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أن الاستصناع نوع من السلم فلا يتصور هذا عندهم لأن الأجرة تكون حينئذ مقبوضة³.

القول الثاني: أما عند الحنفية فلا يشترط تعجيل الأجرة، ولذا فإذا لم تعجل الأجرة وانتهى الصانع (المقاول) من العمل، فله حبس العين إلى تسلم الثمن، لأن الاستصناع حينئذ نوع من البيع، والبائع يحق له حبس المبيع حتى يستوفي الثمن⁴.

¹ - نصت ق 1 من المادة 200 من ق م ج على أنه: " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يقيم بالتزام ترتب عليه علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا".

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ج 7، ص 90

³ - أنس بن مالك: المدونة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1435- 1994، ج 4، ص 18- 19، الشافعي: الأم، مرجع

سابق، ج 3، ص 131، علاء الدين المرادوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج 5، ص 87

⁴ - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 4، ص 204 انظر الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 5، ص 111.

وعليه فلو حبس العين من أجل تسلّم الأجرة وتلفت فلا ضمان عليه إذا لم يتعد أو يفرط¹.
أمّا إذا كانت المقاوله على صورة إجارة الأجير المشترك، ولم تعجل الأجرة، فهل للمقاول حبس العين من أجل تسلّم الأجرة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال كالآتي:

القول الأول: له حق حبس العين من أجل تسلّم الأجرة، وهو قول الحنفية والمالكية ووجه عند الشافعية وقول عند الحنابلة². واستدلوا بأن عمل الأجير ملكه، فكان له حق حبسه، قياساً على البائع، إذ يحق له حبس المبيع من أجل تسلّم العين، والجامع بينهما أن البائع باع سلعته والأجير باع منفعته³.

القول الثاني: لا يحق له حبس العين من أجل تسلّم الأجرة، وهذا قول زفر من الحنفية، ووجه عند الشافعية⁴. واستدلوا إن العين ليست رهناً عنده، ولم يأذن له رب العمل باحتباسها، فإذا حبسها عنده كان غاصباً لها، فعليه ضمانها كالغاصب⁵.

القول الثالث: ليس له حبس العين ما لم يفلس رب العمل وهذا مذهب الحنابلة⁶، واستدلوا بأن العمل الذي هو مقابل الأجرة موجود في العين، فملك الأجير بسبه مع ظهور عسرة رب العمل⁷.

¹ - عبد الرحمن خالد العايد بن العايد: مرجع سابق، ص 216.

² - السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 15، ص 107، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 4، 204، أنس بن مالك: المدونة، مرجع سابق، ج 4، ص 448، القرابي: الذخيرة، مرجع سابق، ج 5، ص 440

³ - أبي إسحاق الشيرازي: المهذب في الفقه الشافعي، تح: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط 1، 1417-1996، ج 1، ص 410، الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 5، ص 111، القرابي: الذخيرة، مرجع سابق، ج 5، ص 440

⁴ - أبي إسحاق الشيرازي: المهذب المرجع نفسه، ج 1، ص 410، الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع نفسه، ج 5، ص 111، القرابي: الذخيرة، المرجع السابق، ج 5، ص 440

⁵ - الشيرازي: المهذب: المرجع نفسه، ج 1، ص 410

⁶ - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 113، المرادوي: الانصاف، مرجع السابق، ج 6، ص 77، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي: كشاف القناع عن متن الإقناع، تح أبو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت، دط، ج 4، ص 37

⁷ - البهوتي: كشاف القناع، المرجع نفسه، ج 4، ص 37

الراجح:

أن للمقاول حق حبس العين حت يتم تسليم الأجرة من رب العمل، سواء أفلس رب العمل أو لا، وهذا لعلق الباب أما تملص أرباب العمل من مسؤوليتهم اتجاه المقاولين

3- جزاء الإخلال بالتزام التسليم:

رتب المشرع الجزائري على قيام مسؤولية المقاول والمهندس المعماري وفقا للقواعد الخاصة في الضمان العشري، تعويض صاحب العمل عن الضرر الذي لحق به جراء تخدم البناء أو ظهور عيب من العيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناء في ظل المدة التي نص عليها القانون المدني والمقدرة بـ 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للأشغال.

وطبقا للقواعد العامة فإنه إذا لم يتم المقاول بتسليم العمل كاملا في الزمان والمكان الواجب تسليمه فيهما، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم، ويكون لرب العمل وفقا للقواعد العامة طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض، ويجب على رب العمل في جميع الأحوال أن يعذر المقاول بالتسليم¹.

فالأصل في التعويض أنه يتخذ صورة التنفيذ العيني وذلك بأن يقوم المقاول والمهندس المعماري بإعادة البناء إلى الحالة المتفق عليها، إذا كان ذلك ممكنا، ولكن إذا استحال ذلك بأن كان مرهقا لكلا من المقاول والمهندس المعماري جاز له أن يعوض تعويضا نقديا. كما له الحق في فسخ العقد، فإن كان المشرع الجزائري قد نص على هذه الحالات فإن فقهاء الفقه الإسلامي قد أشاروا إلى هذه النقطة وهو ما سيتم توضيحه في الآتي:

أ- التعويض العيني:

لم يتطرق المشرع الجزائري في نصوص ق م ج المنظمة لعقد المقاولة لمسألة تقرير التعويض العيني، على غرار العقود الأخرى والتي نص المشرع الجزائري على حدود التعويض وكيفيته، فإنه يمكننا الاستئناس بمواد القانون المدني الجزائري والتي جاءت في هذا الصدد في المواد 164-174-176 والعمل بها وفقا للقواعد العامة.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص 91

ويقصد بالتعويض العيني هو: " إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، فيطلب من المقاول أو المهندس إعادة بناء ما تهدم من المباني، أو إصلاح العيوب التي تظهر فيها، ويعد التعويض العيني أفضل من التعويض بمقابل، ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته¹، ومنه نستنتج أن التعويض العيني هو إعادة الجزء المتهدم من البناء أو إصلاح العيوب التي تهدد سلامة ومتانة المباني.

وعليه يمكن المطالبة بالتعويض العيني متى كانت فيه شروط وهي: إذا كان التنفيذ ممكناً، وهذا وفقاً لنص المادة 164 من ق م ج². وكذلك أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمقاول أو المهندس المعماري.

كما يجوز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من القاضي لإتمام التنفيذ على نفقة المقاول وهو ما تضمنته المادة 170 من ق م ج³. وعليه نستخلص من هذه المادة أنه إذا حدث تهدم كلي أو جزئي أو وجد عيب يهدد سلامة المبنى ومتانته فبإمكان المستفيدين من الضمان العشري أن يطلبوا ترخيصاً من القاضي لإعادة بناء هذا الجزء المتهدم على نفقة المقاول والمهندس المعماري إذا لم يقوموا بذلك.

في حين أنه إذا كان هذا الالتزام يقوم به المقاول شخصياً، كان لرب العمل أن يحصل من القضاء، على حكم يلزم المدين بهذا التنفيذ طبقاً لما تقضي به القواعد العامة ويدفع غرامة تهديدية إذا امتنع عن ذلك وهذا وفقاً لنص المادة 174 من ق م ج⁴. ولهذا يمكن القول أنه قد يشتهب التنفيذ العيني مع التعويض العيني، إلا أن الأول يكون قبل وقوع الاخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الاخلال به، والثاني بعد وقوع

¹ - عادل عبد العزيز سمارة: مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمانات البناء في القانون المدني الأردني-دراسة مقارنة-رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص 80.

² - نصت المادة 164 من ق م ج على أن: " يجوز للمدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً".

³ - المادة 170 من ق م ج التي نصت على أنه: " في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً³".

⁴ - المادة 174 من ق م ج: " إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن، أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، ويدفع غرامة إجبارية إذ امتنع عن ذلك.

في حين أنه إذا كان المقاول قد أحل بالتزامه في التسليم، يعود إلى مجرد تأخر فيكون عليه أن يعوض رب العمل عن التأخير فقط، ما لم يستطع أن يثبت أن ذلك راجع إلى حادث فجائي، قوة قاهرة، فعل الغير، أو إلى فعل رب العمل ذاته".

الإخلال به، فإزالة المخالفة تكون بالتعويض العيني¹.

وما يعرف بالتنفيذ العيني عند فقهاء القانون، فإن فقهاء الفقه الإسلامي أطلقوا عليه تدارك العيب في الفقه الإسلامي، لذلك فإنه يمكن القول أنه إذا أمكن تدارك العيب، فللمقاول أن يصلحه، لأنه يجب عليه تسليم المعقود عليه سليماً من العيوب²، وعليه فإذا أصلح المقاول العيب، أو زال قبل رد العين، فهل يسقط خيار رب العمل وبالتالي هل يسقط ضمان المقاول؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يسقط خيار رب العمل، وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية ووجه عند الشافعية وهو قول الحنابلة³.

واستدلوا بأن العيب إذا زال لم يكن هناك ضرر على العاقد، فلا وجه لبقاء الخيار له⁴. ويمكن شرح هذا القول أنه إذا تمكن المقاول من إزالة العيب الموجود في المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى، أو تم إصلاحها فقد سقط حق رب العمل في المطالبة بالضمان، كما سقط الضمان على المقاول.

القول الثاني: لا يسقط خيار رب العمل، وهو وجه عند الشافعية⁵.

واستدلوا بأن الخيار ثبت بوجود العيب، فلا يسقط من غير رضا من ثبت له⁶.

وعليه فإن فقهاء الشافعية انفردوا بقولهم رغم زوال العيب وإصلاحه فإن حق رب العمل في الضمان مزال قائماً.

¹ - عادل عبد العزيز سمارة، مرجع سابق، ص 81.

² - أنس بن مالك: المدونة، مرجع سابق، ج 4، ص 499.

³ - ابن زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1997-1418، ص 29، انظر كذلك: أبي إسحاق الشيرازي: المهذب، مرجع سابق، ج 3 ص 116، انظر ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 6، ص 231، البهوتي: كشف القناع، مرجع سابق، ج 03، ص 222.

⁴ - الشيرازي: المهذب، المرجع نفسه، ص 116

⁵ - الشيرازي: المرجع نفسه، ص 116.

⁶ - الشيرازي: المرجع نفسه، ص 116.

ويجاب عنه:

بأن الخيار ثبت لسبب وهو العيب، فيزول بزواله¹. إي أن سبب إثبات الخيار هو العيب الذي سبب ضرر، فإن زال هذا العيب فإن خيار رب العمل في المطالبة بالتعويض يزول لأن العيب زال. والراجع: سقوط حق رب العمل في الخيار، لذلك لو أصلح المقاول العيب سقط عنه الضمان. ولا يجوز لرب العمل المطالبة بالتعويض وفقا لما جاء به أدلة القول الأول.

ب- التنفيذ بمقابل:

لما كان التنفيذ العيني هو الأصل، فمن المقرر أنه لا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني، أما إذا كان مرهقا للمدين فإن القواعد العامة تقضي أنه إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض كمقابل عن عدم التزامه بالتنفيذ العيني استنادا لما جاء به نص المادة 176 من ق م ج: " إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ التي نشأت بسبب لا يد له به، ويكون كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه².

فلا يمكن لصاحب العمل اللجوء إلى التعويض بمقابل إلا بشروط تتمثل في:

- استحالة التنفيذ العيني بخطأ المقاول أو المهندس

- وإذا كان التنفيذ يشكل إرهاق للمقاول أو المهندس المعماري.

فلا يمكن للقاضي الحكم بالتعويض النقدي إذا طلب المالك التنفيذ العيني وكان ذلك ممكنا دون إرهاق للمهندس المعماري أو المقاول. أما نص المادة 164 والتي نصت على أنه: " يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا³. فمن خلال

¹ - الشيرازي: المهذب، مرجع سابق، ص 117

² - المادة 176 من ق م ج

³ - نصت المادة 180 من ق م ج على أنه: " يكون اعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم الإنذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على التوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر". أما المادة 181 من نفس القانون وفقد نصت على: " لا ضرورة لإعدار المدين في الحالات التالية: إذا تعذر تنفيذ

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشتري بعد تسليم الأشغال

هذا المادة يتضح أن رب العمل لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار الملتزم بالضمان وهو المقاول. والأصل في الإعدار أنه يكون بإنذار المدين على يد محضر قضائي قصد الوفاء بالالتزام، كما أنه يقوم مقام الإعدار أيضا كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن مدينه بالوفاء بالالتزام ويسجل عليه التأخير في تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة إلى المدين بناء على طلب الدائن¹. وهو ما يطلق عليه بعدم إمكانية تدارك العيب عند فقهاء الفقه الإسلامي، ومنه فإذا لم يمكن تدارك العيب، فإن لرب العمل الخيار بين رد العين وإسائها فردها يعني ضمان المقاول، ويكون الضمان برد الثمن إذا كانت المقاوله على صورة استصناع، وأما إذا كانت إجارة الأجير المشترك فللفقهاء قولين هما:

القول الأول: لرب العمل الخيار بين تضمين المقاول في الأدوات غير مصنعة، ولا أجرة له، أو تضمينه إياها مصنعة وله الأجرة وهذا قول الحنفية والمالكية².
واستدلوا أن المقاول أتى بالعمل على الجنس المتفق عليه، وإنما وقعت المخالفة قبل الصنعة فكان لرب العمل الخيار³.

القول الثاني: يأخذ رب العمل ما له، وعلى المقاول أرش النقص⁴، وهذا قول الشافعية والحنابلة⁵. **واستدلوا** بأن العمل الذي وقع من المقاول غير مأذون فيه، فصار متعديا بهذا العمل فيكون كالعاصب⁶.

الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين، اذا كان محل الالتزام تعويض ترتب عن عمل مضرن إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك، إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".

¹ - محمد صالح بلعقون: نطاق الضمان الخاص بمتانة البناء والمنشآت الثابتة بعد تسلم المشروع نه-الضمان العشري-رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص 53.

² - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 59، انظر أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، تح: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1418-1998، ج 2، ص 164، الزيلي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج 5، 135، الدردير: الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 4، ص 55-56.

³ - الكاساني: المرجع نفسه، ج 6، ص 59. انظر كذلك التسولي: المرجع نفسه، ج 2، ص 164، الزيلي: المرجع نفسه، ص 139، الدردير، المرجع نفسه، ج 4، ص 56.

⁴ - يقصد بالأرش "ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر به عيب" إبراهيم المصطفى وأحمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة القاهرة، د ط، د ن، ج 1، ص 13.

⁵ - الشيرازي: المهذب، مرجع سابق، ج 1، ص 410، ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 109.

⁶ - الشيرازي: المرجع نفسه، ج 1، ص 410 ابن قدامة: المرجع نفسه، ج 8، ص 109.

القول الراجح:

أن لرب العمل الخيار بين أخذ أدواته مصنعه، ويعطي المقاول أجره أو يأخذ قيمتها غير مصنعة لقوة دليل هذا القول وللإجابة عن الدليل المخالف، ولأن في هذا تحقيق لمصلحة الطرفين، فرب العمل إن حاز العمل الجيد على رضاه أخذه، ولم يجرم المقاول أجرته، وإن لم يجز على رضاه لم يجبر على أخذه، لأنه قد يكون على صفة لا يرتضيها، ولا ينتفع به على هذه الصفة فيكون عليه ضرر في أخذه¹.

وعليه فإذا أتى المقاول العمل المطلوب منه ولم يراع شروط المطابقة التي اتفق مع رب العمل، فلرب العمل طلب تضمينه.

ت- التعويض الإضافي:

نصت الفقرة 1 من المادة 182 من ق م ج جاء في نص المادة مايلي: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به"². ومنه نستنتج إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد فإن القاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما مس رب العمل من خسارة كأضرار التهدم والتعيب التي أصابت المبنى أو المنشأ الثابت، وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء به.

وبالتالي يشمل التعويض النفقات اللازمة لإعادة البناء إذا كان قد تهدم كله، أو لإعادة بناء الجزء المتهدم، أو لإصلاح العيب وإذا كانت إعادة البناء أو الإصلاح لم تؤدي إلى إصلاح كل الضرر كأن ترتب عليها تشويه منظر المبنى، أو الإخلال من منفعته، مما خفض في قيمته التجارية، كان لرب العمل الحق في التعويض عن ذلك أيضا³.

لكن يشترط أن يكون الضرر الواجب التعويض عنه بموجب الضمان العشري محققا، أما الضرر

¹ - عبد الرحمن بن عابد خالد العابد: مرجع سابق: ص 221

² - المادة 182 من ق م ج

³ - فتيحة قرّة: أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، مصر، ط1، 1987، ص 172.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

المحتمل الوقوع، وهو ما لم يقع، ولا يعرف إذا ما كان سيقع في المستقبل أو لا، فلا تعويض عنه¹، كما يستحق رب العمل التعويض عن الضرر المستقبل ما دام مؤكد الوقوع كأن يكون تقدم البناء في المستقبل أمراً مؤكداً بسبب ما ظهر فيه من عيب جسيم، ففي هذا المقام يكون لرب العمل الحق في الحصول على تعويض عن هذا التهدم قبل وقوعه فعلاً ما دام مؤكداً الوقوع². فإعمالاً للقواعد العامة فإن التعويض لا يقتصر على الأضرار الحالية وإنما يشمل كذلك الأضرار المستقبلية مادام أن أمر الضرر مؤكداً.

وعليه يقتصر تعويض الأشخاص المستفيدين من أحكام المسؤولية العشرية على القدر الذي يكفي لإعادة بناء ما تهدم، أو إصلاح العيب الذي أصاب البناء أو المنشأ الثابت، وهدد متانته وسلامته، ولا يدخل في ذلك ما يرغب هؤلاء الأشخاص في إضافته من تعديلات أو تحسينات بمناسبة قيام المتدخلين بتلك الأعمال³.

ولكن يجوز الحكم لرب العمل بتعويض إضافي أو تكميلي عن الأضرار التبعية، التي تلحقه بسبب تعطل الانتفاع بالبناء أو المنشأ الثابت خلال أعمال الإصلاح أو إعادة البناء، أو إذا كانت الأعمال التي أجريت لا تصلح العيب إصلاحاً كاملاً، مما ينقص من قيمة البناء أو المنشأ الثابت أو من ريعه، فيعوض رب العمل عن ذلك⁴.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين فقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية - الاتفاق الإضايفي - على أنه إذا أحدث المقاول عيباً فإن كان بإمكان تداركه ما أحدثه من عيب، وذلك بالقيام بإصلاح ذلك الشيء، ففي هذه الحالة يحق لرب العمل أن يطالب المقاول بالتنفيذ العيني للعقد، أو فسخ العقد ورد البدل مع التعويض إذا كان له مقتض، ويترتب على ذلك مسؤولية المقاول عن الأضرار المتولدة عن فعله وصنعه.

وإن كان العيب ليس بالإمكان تداركه وإصلاحه، فإن المقاول يضمن بشرط أن يكون العيب

¹ - محمد حسين منصور: المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2006، ص 151.

² - توفيق زيداني: التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009-2010، ص 118.

³ - محمد صالح العقون: مرجع سابق، ص 56.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، مج 7، ص 118، وأيضاً محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 151.

مؤثراً، وهذا شرط لا بد منه، ولا يختلف الفقهاء في الضمان إذا كان النقص قصيراً، سواء كان ينقص العين، أو ينقص القيمة¹.

ج- فسخ العقد:

لرب العمل بدلاً من طلب التنفيذ العيني أن يطلب فسخ العقد، ويلجأ رب العمل إلى الفسخ عادة إذا أصبح تسليم العمل مستحيلاً، وحتى تبرأ ذمته من الأجر المستحق للمقاول. ويخضع الفسخ لتقدير القاضي².

ثالثاً: التزام المقاول بالضمان بعد إتمام الأشغال

إن كان المشرع قد قرر التزامات على عاتق المقاول عند تنفيذ الأشغال، فإنه كذلك قرر التزامات على عاتقه بعد الانتهاء من الأشغال وتسليمها، وهذا خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بانتهاء الالتزام بمجرد التسليم، لذلك قرض عليه الالتزام بالضمان وهو ما سنبينه في الآتي:

1- مفهوم الضمان العشري

ألزم المشرع الجزائري المقاول بالضمان بعد إتمام الأشغال وتسليمها لرب العمل، وهو ما يعرف بالضمان العشري، وسبب إطلاق هذه التسمية أن هذا الضمان يكون في مدة محددة بـ 10 سنوات من التسليم النهائي للأشغال، فما يقصد بالضمان العشري وما هو نظامه القانوني؟.

أ- التعريف التشريعي للضمان العشري:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الضمان العشري، لا في نصوص الق م ج، ولا في النصوص الخاصة بل ذكره على سبيل الحصر على أنه التزام من جانب المقاول لا بد له من إيفائه إن وجد سببه، وهو ما أشارت إليه نص المادة 554 من ق م ج. كما دلت بعض أحكامه في قانون الترقية العقارية 04/11 وقانون التأمينات 07/94 المعدل والمتمم.

¹ - ديبان بن محمد الديبان: مرجع سابق، مج 8، ص 413

² - محمد عزمى البكري: مرجع سابق، ص 100

ب- التعريف الفقهي للضمان العشري:

ب-1- عند فقهاء القانون:

عرف فقهاء القانون وشراحه الضمان العشري على أنه:

التعريف الأول: " ضمان قانوني خاص، متعلق بالنظام العام، يضمن فيه المشيدين البناء والمنشآت الثابتة، المعنيون به، بالتضامن عما يحدث فيما شيده، من عيوب تهدد متانته وسلامته و/ أو تخدم كلي أو جزئي يصبه، حتى ولو كان ناشئا عن عيب في الأرض، خلال عشر سنوات تسري من تاريخ تسلم المشروع نهائيا¹."

والملاحظ على هذا التعريف أنه شرح مختصر لمفهوم نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري وان كان استوفى جميع الجوانب التي نصت عليه المادة السالفة الذكر إلا أنه أهمل جزاء الضمان وهو التعويض بصوره.

التعريف الثاني: وعرف كذلك: " هو التزام قانوني يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول وكل من يربطهم برب العمل عقد مقاوله يضمن من خلاله هؤلاء ما يحدث من تخدم في المباني سواء كان تهدما كلياً أو جزئياً خلال مدة تدوم 10 سنوات²."

ولعل سبب إقرار أغلب التشريعات لأحكام الضمان العشري على المقاول والمهندس المعماري راجع إلى أهمية المباني سواء على المستوى العام أو الخاص، ونظراً لما يحدثه تخدمها من أضرار لا حصر لها، نصيب الأشخاص وتؤدي الأرواح، وتذهب السكينة وتمس بالاقتصاد باعتبار العقار أبرز عناصره، إلى جانب خطورة تخدم المباني وتصدعها بالنسبة لرب العمل والغير، لذلك فقد شددت التشريعات من

¹ - محمد صالح بلعقون: مرجع سابق، ص 136. كما عرف الضمان العشري على أنه: " التزام المهندس المعماري والمقاول متضامنين عما يحدث خلال عشر سنوات من تخدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان وأقاموه منشآت ثابتة أخرى، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة انظر عبد الناصر العزيز علي السن: المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء-دراسة مقارنة-، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة مصر، ط1، 2014، ص 178.

² - عابدة مصطفىاوي: الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة سعد دحلب البلدة الجزائر، عدد06، 2012، ص 18.

هذا الضمان حتى تدفع بالمقاول والمهندس المعماري إلى بذل العناية الكاملة الممكنة، في تشييد البناءات خاصة وأنه غالباً ما يكون رب العمل خبير بصناعة البناء وهندسة المعمار¹.

ب-2- مفهوم الضمان عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

نظراً للأهمية البالغة التي يتسم به الضمان خاصة في عقود المعاملات، فقد أفرد له فقهاء الفقه الإسلامي باباً مستقلاً في كتب الفقه تحت مسمى الكفالة أو الضمان لذلك فإن أكثر الفقهاء يستعمل كلمتي " الضمان والكفالة" على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال والنفس²، فقد عرفوه بتعريفات متعددة إلا أنها وإن اختلفت في الألفاظ إلى أن المعنى واحد وهو ما سيتضح في الآتي:

أما فقهاء الحنفية: "فقد ترجموا لكتاب الضمان بالكفالة، والكفالة عندهم هي: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، وقيل: في الدين"³.

لقد أطلق فقهاء الحنفية مسمى الضمان بالكفالة، فالضمان والكفالة مترادفان، وهذا لا يخرج عن التعريف اللغوي للضمان.

وعرف فقهاء المالكية الضمان بقولهم: " هو شغل ذمة أخرى بالحق"⁴.

¹ - إيمان بوسته: الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016-2017، ص 396

² - انظر: محمد عبد المنعم أبو زيد: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصاريف الإسلامية، دار المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة مصر، 1417-1997، ط1، ص 20، وأشار إلى أن استخدام جمهور الفقهاء لفظي الضمان والكفالة بمعنى واحد، في حين حاول الشافعية والحنابلة التفرقة بين المصطلحين، فحصروا الكفالة في ضمان النفس واستخدموا الضمان لما عدا النفس وهو ضمان المال.

³ - محمد قدرى باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائمة لسائر الأقطار الإسلامية، تح: مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دط، د س ن، ص 82 الضمين: الكفيل، يقال ضَمَنَ الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به، وضَمَّنَه إياه: كَفَّلَه، والضَّامن: هو الكفيل، وضَمَّنَتَه الشيء تضمينا فتضمنته عني: مثل غَزَمْتَه قال ابن فارس: " الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في الشيء يحويه، من ذلك قولهم ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضمانا من هذا، لأنه إذا ضمنه استوعب ذمته. ابن منظور: لسان العرب، المرجع السابق، ج 9، ص 65

³ - أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين: معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ، ج 3، ص 372.

⁴ - الدردير: الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 3، ص 329

أما الشافعية فذهب الإمام النووي إلى أن الضمان هو: "عقد يحصل به التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة"¹.

وقال الحنابلة بأن الضمان هو: "التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاها من وجب أو يجب على غيره"².

أما عند الفقهاء المعاصرون فقد عرفه: مصطفى الزرقا بقوله: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"³. وعرفه وهبة الزحيلي بقوله: "هو التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"⁴.

وعرفه علي الخفيف فقال: "هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل"⁵.

من خلال ما تقدم يتضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا الضمان بصفة عامة وهو ما ذهب إليه محمد وهبة الزحيلي، فقد شمل الضمان عنده كل ما يصيب الإنسان في ماله أو نفسه، ويشمل أيضا الالتزام بصلاحية الشيء للانتفاع المعتاد وخلوه من العيوب مدة معينة بعد التسليم⁶.

وعليه يمين تعريف الضمان العشري على أنه: "هو التزام قانوني خاص، يقع على عاتق كل من ارتبط مع رب العمل بعقد مقاوله، لمدة 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للأشغال متى ظهر بالمبنى عيب يهدد سلامته ومتانته".

2- خصائص الضمان العشري:

استنادا إلى تعريف الضمان العشري السالف الذكر واعتباره التزام يترتب على كل من المقاول والمهندس المعماري، وفقا لما تقتضيه أحكام عقد المقاوله، يمكننا استخلاص الخصائص الآتية:

¹ - محي الدين أبي زكريا يحيى بن شريف النووي: المجموع شرح المذهب، تح: عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دط، د ت ن، ج14، ص 262

² - البهوتي: كشاف القناع، مرجع سابق، ج4، ص 423

³ - مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق سوريا، ط2، 2004، ج1، ص 1035

⁴ - وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-، دار الفكر دمشق سوريا، ط9، 1433-2012، ص 25

⁵ - علي خفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، دط، 2000، ص 08

⁶ - إبراهيم شاشو: عقد المقاوله في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 2، عدد 02، 2010، ص 759.

أ- الضمان العشري مفترض بقوة القانون:

لم يرد نص صريح يبين أساس المسؤولية العشرية، لا في القانون المدني ولا في النصوص الخاصة الأخرى سواء ما تعلق بقانون الترقية العقارية 04/11، وما تضمنته نصوص القانون 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 554 من ق م ج نجد أنها استعملت مصطلح الضمان فقد يكون دليلاً على افتراض تلك المسؤولية بقوة القانون، على اعتباره أنه نفس المصطلح الذي استعمله فيما يتعلق بضمان البائع والمؤجر في عقدي البيع والإيجار¹.

ومنه يمكننا القول أن أحكام الضمان العشري قد نص عليها المشرع الجزائري انطلاقاً من نصوص ق م ج، خاصة نص المادة 554 والتي جاءت بدايتها أن: " يضمن المهندس المعماري والمقاول ". وهذا دلالة صريحة على أن مسؤولية المهندس والمقاول مقررّة ومفترضة بقوة القانون.

وتطبيقاً لنص المادة 554 من القانون المدني فإن الالتزام الذي يقع على المقاول والمهندس المعماري هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، وبناء عليه يتحقق التزامهما ببقاء البناء الذي أقاماه سليماً ومتيناً طيلة مدة عشر سنوات من تاريخ التسليم، وبمجرد ثبوت عدم تحقق النتيجة بتهدم البناء كلياً أو جزئياً خلال الفترة السابقة، يعتبر كلا من المقاول والمهندس المعماري قد أخلا بالتزامهما ويمكن الرجوع عليهما بأحكام الضمان العشري دون حاجة لإثبات الخطأ، أي أن المشرع أعفى المستفيد من الضمان العشري من إثبات خطأ المقاول والمهندس المعماري لأن مسؤوليتهم مفترضة حتى لو كان التهدم الذي أصاب البناء ناتج عن عيب في البناء².

ب- التضامن مفترض في الضمان العشري:

الأصل في التضامن أنه غير مفترض في القواعد العامة، إلا إذا كان ارتباط بين الطرفين بعقد واحد يربطهما، أو يتفقاً على هذا التضامن بينهما وهو ما جاء به نص المادة 217 من ق م ج بنصها: " التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون"³.

¹ - محمد حجارى: حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون 11/04 المحدد لنشاط الترقية العقارية، مجلة جيل الأبحاث القانونية، معسكر الجزائر، عدد 20، 2018، ص 66

² - إيمان بوسة: مرجع سابق، 396

³ - المادة 217 من ق م ج

غير أنه فيما يتعلق بالضمان العشري فيعتبر التضامن بين المهندس المعماري ومقاول البناء من الضمانات التي جاء بها ق م ج، رغم عدم ارتباطهما بعقد واحد يجمعهما، ويعتبر كل واحد بالنسبة للطرف الثان غير. وهو ما عبرت عليه المادة 554 من القانون المدني صراحة عن ذلك بقولها: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين...".

لذلك فإن المشرع الجزائري بمقتضى هذا النص فرض التضامن على شخصين هما المقاول والمهندس المعماري، على الرغم من أن لكل منهما عملاً متميزاً عن الآخر، ويكونان متضامنين في المسؤولية أمام رب العمل لكل ما يحدث من تهمد كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، لكن شرط التضامن بين المهندس المعماري والمقاول أن يكون كل منهما مسؤولاً عما وقع في العمل من عيب، فإذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم فقط دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، أو عمل المقاول بإشراف المهندس المعماري بأن لا يكون مسؤولاً عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم فلا مجال لتطبيق المسؤولية التضامنية عليها¹.

وعليه فإن تضامن المهندس المعماري والمقاول يكون في الضمان ليس في المسؤولية، فالتضامن في الضمان أقوى من التضامن في المسؤولية، ذلك أن التضامن في المسؤولية مرتبط بتوافر شروط معينة، فهو لا يقوم إلا إذا كان كل واحد من المسؤولين قد ارتكب خطأ سبب ضرراً، فهو يتطلب وقوع الضرر اشتراك كل المسؤولين في إحداثه². لعل ما يدعم هذا القول هو ما قضت به المحكمة العليا بتاريخ 1991/01/23 بأن المهندس المعماري والمقاول يضمنان بالتضامن ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمد كلي أو جزئي فيما شيداه من بناء...³.

¹ - محمد عدنان باقر الجبوري: الالتزام بالضمان في عقد المقاول، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، كربلاء، 2007، ص 74.

² - ربيعة صبايحي: خصوصيات المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول بعد تسليم المباني في القانون الجزائري، مداخلة في الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر يومي 17-18 فيفري 2013، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة. الجزائر. 2013، ص 10.

³ - قرار المحكمة العليا، رقم 64748 صادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، عدد 04، لسنة 1992، ص 31 بحيث جاء في القرار ما يلي: " من المقرر قانوناً أن المهندس المعماري والمقاول يضمنان بالتضامن ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمد كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.

وإن كان المشرع الجزائري قد قرر المسؤولية التضامنية بين المقاول والمهندس المعماري، إلا أن العلاقة بين هذان الشخصان هي في حكم الغير بالنسبة للآخر، وهذا راجع لعدم ارتباطهما بأي عقد.

3- الطبيعة القانونية للضمان العشري:

أثارت الطبيعة القانونية للضمان العشري في عقد المقاولة جدلا كبيرا حول تحديد طبيعة المسؤولية التي ترتب على عاتق المقاول والمهندس المعماري وذلك في علاقتهما مع رب العمل هذا ما نتج عنه ثلاثة اتجاهات حول هذه الطبيعة، فذهب الاتجاه الأول إلى أنها مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية، أما الاتجاه الثاني فقال بأنها ذات طبيعة عقدية، باعتبار وجود عقد المقاولة بين رب العمل والمقاول، ووهناك من ذهب إلى أنها إحدى التطبيقات الخاصة بنظرية الالتزام، وهو ما سنفصله على النحو الآتي:

أ- الاتجاه الأول: الطبيعة التقصيرية للضمان العشري

ذهب أنصار هذا الاتجاه والذي تبناه كل من القانون والقضاء الفرنسيين ويؤيده في ذلك بعض الشراح المحدثين، إلى أن مسؤولية المقاول والمهندس المعمارية عن عيوب المباني، مسؤولية تقصيرية مبررين ذلك بأن تسليم البناء من قبل رب العمل أو المنشئ فهذا التصرف يعلن عن انتهاء عقد المقاولة، وتنتهي علاقة رب العمل مع المقاول والمهندس المعماري، حيث يكون العقد قد استنفذ جميع آثاره¹. فإذا بقي المقاول أو المهندس مسؤولون بعد تسليم الأعمال فذلك لا يمكن أن إلا بالإرادة العليا للمشرع، لتصبح مسؤوليتهما قانونية استثنائية، تستند إلى نص غير مألوف في القواعد العامة².

وعليه فإن العبرة عند أنصار هذا الاتجاه هو انتهاء الأشغال وتسلمها من قبل رب العمل، فإن تم الخروج عن هذه الأحكام فلا يمكن اعتبار ذلك من القواعد الخاصة، إلا إذا نص المشرع عن ذلك.

ب- الاتجاه الثاني: الطبيعة العقدية للمسؤولية العشرية

يتجه أغلبية الفقه الحديث إلى تأييد الطبيعة العقدية للضمان العشري، وذلك لأن المهندس

ولما كان من الثابت-في قضية الحال-أن قضاة المجلس بإخراجهم لديون الترقية العقارية والتسيير العقاري من الخصام بالرغم من أن الخبرة المنجزة أنه ضامن للبناء مع المقاول يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون.
ومن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

¹ - انظر: إبراهيم عدنان السرحان، مرجع سابق، ص 68

² - محمد شكري سرور: مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى -دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، مصر، ط 1، 1985، ص 273.

المعماري والمقاول ملزمان بهذا الضمان إذا لم ينفذا التزامهما بتسليم بناء خاليا من العيوب¹، فهم على عكس الاتجاه الأول الذين يرون في تسلم الأعمال مما يمكن أن ينهي عقد المقاولة.

وبهذا استقرت محكمة النقض المصرية منذ أمد بعيد على أن مسؤولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه، لا يمكن اعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة، وإنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء، سواء نص عليها في العقد أو لم ينص².

كما أن القضاء الفرنسي قد اعتبر أن دعوى الضمان ذات طبيعة تعاقدية، ويؤيده في ذلك الكثير من الفقه، إذ أن التسليم وإن رتب بعض الآثار القانونية، إلا أنه لا يغير من طبيعة العلاقة بين المقاول أو المهندس ورب العمل، فالعقد الذي يحكم هذه العلاقة لا ينتهي بالتسليم لأن التسليم يعتبر واقعة وليس تصرف قانوني، والعقد ينطوي على مرحلتين: مرحلة تنفيذ الالتزام ومرحلة الضمان، أي التأكيد من حسن أداء هذا التنفيذ فالضمان يعتبر من ملحقات التنفيذ³.

فالعبارة عند أنصار هذا الاتجاه بأن الطبيعة التعاقدية باقية ولو تم التسليم، وباعتبار العقد الذي يبرم بين الطرفين هو عقد مقاولة.

ج- الاتجاه الثالث: الضمان العشري هو إحدى التطبيقات الخاصة للنظرية العامة للالتزام

يعرف Gross الالتزام بالضمان في النظرية العامة بأنه: "التزام يضاف في بعض عقود المعاوضة التي تكون هناك فيها محل لحشية الدائن أن ينخدع - في شأن الحقوق التي تؤول إليه من المتعاقد الآخر، إلى بعض الالتزامات التي تنتج من العقد، وذلك ليكفل الدائن ضمن النتائج العملية للتنفيذ العادي للاتفاق في نفس الوقت الذي يكفل له تعويضا مجزيا للضرر الذي يصيبه لو أن هذه النتائج لم تتحصل

¹ - عايذة مصطفىاوي: مرجع سابق، ص 09.

² - حسين منصور: مرجع سابق، ص 141.

³ - سميرة المير: المسؤولية المدنية المعمارية - دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجليلي اليايس سيدي بلعباس، الجزائر، 2016، ص 250.

بشكل نهائي¹. حيث يلعب الضمان دور تأمين رب العمل ضد الخطر الذي يشكله هذا الضرر².
وعليه يمكننا أن نستنتج أن الطبيعة القانونية للضمان العشري لا تخرج عن اعتبارها إحدى تطبيقات المسؤولية العقدية، لأنها لا تنفك عن العقد، فهو أساسها ولا يمكن أن تقوم بدونه، فأخضعه المشرع لتنظيم خاص، ليتلاءم وخصوصيات المشكلات العملية التي تطرحها مقاولات البناء، وليقيم به نوع من التوازن العادل والمعقول بين طرفي هذا النوع من العقود، وليكفل به قدر من السلامة لروح وممتلكات صاحب البناء³، وهو نفس الرأي الذي ذهب إليه أنور العمروسي بقوله: " أن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري من التهدم والعيوب هي مسؤولية قانونية بحتة مصدرها القانون وحده بحيث لا تسري عليها إلا النصوص التي قررتها، تترتب عند الحد الذي تنتهي فيه المسؤولية العقدية، فتبدأ حينئذ تسري حتى نهاية المدة التي حددها القانون للتضامن نزولا على ما تتطلب المصلحة العامة، فضلا عن الحماية الواجبة لرب العمل الذي يجهل في الغالب أمور الفن في البناء بعكس المقاول والمهندس المعماري يتمتعان بدراية وكفاية وخبرة عالية يفتقر إليها رب العمل"⁴.

4- الضمانات المستحدثة في قانون الترقية العقارية 04/11

لم يلزم المشرع الجزائري المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري فقط، بل نص في النصوص التشريعية الخاصة على ضمانات جديدة جاء بها قانون الترقية العقارية 04/11 ومنها ضمان حسن سير عناصر التجهيز وهو ما يعرف باسم "الضمان الشائني أو ضمان كفاءة الأداء" في القانون الفرنسي، وضمنان تمام الإنجاز أو ما يعرف باسم "الضمان السنوي أو ضمان الشطب" في القانون الفرنسي، وهو ما ثمنه المشرع الجزائري في ضمان حسن التنفيذ وهو ما سنفصله في الآتي:

¹ - محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص 280، أنظر كذلك عابدة مصطفى، مرجع سابق، ص 10.

² - رياض مصطفى البرلسي: الطبيعة القانونية للضمان العشري، مقال منشور على الموقع <https://www.arabcont.co>. agala. Det... تاريخ الاطلاع 2019/04/28.

³ - محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص 283.

⁴ - أنور العمروسي: الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، دار العدالة، القاهرة مصر، ط05، 2012-2013، ج5، ص 117.

أ- ضمان حسن سير عناصر التجهيز:

وان كان المشرع الجزائري قد نص على هذا الضمان في نصوص القانون 04/11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية، إلا أنه لم يعرفه ولم يبين نطاقه الموضوعي ولا نطاق تطبيقه ولا أحكامه مما أدى إلى العديد من الإشكالات وهو ما سنبينه في الآتي:

أ-1 تعريف ضمان حسن سير عناصر التجهيز:

إن النواة الأولى لظهور هذا النوع من الضمان تعود للمرسوم التشريعي 03/93 في المادة 15 منها بنصها: " يحدد العقد المذكور في المادتين 10/09 أعلاه الآجال الضرورية لتنفيذ أشغال إصلاح العيوب الظاهرة و/ أو أحسن سير عناصر تجهيز البناية¹". ولكن هذا المرسوم ألغي بموجب القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية، وذلك من خلال المادة 44 بنصها: " تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة أعلاه²". ولكن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد حصر هذا الضمان على عقد البيع على التصاميم دون عقد المقاولة. وبمفهوم المخالفة فإن المقاول والمهندس المعماري لا يخضعان لضمان حسن تسير عنصر التجهيز على عكس المرقى العقاري الذي يكون ضامنا لحسن سير هذه العناصر، ولعل سبب ذلك هو مواكبة المشرع الجزائري للتطورات التي تحدث في مجال البناء، وإن كان لم ينص عليه في ق م ج، إلا أن ذلك لم يمنعه من سن تشريعات من أجل إخضاع مثل هذه العناصر للضمان وهذا حفظا على الصالح العام والخاص بصفة خاصة ومقتني العقار بصفة أخص.

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 431/13 في البند ضمان حسن التنفيذ مايلي: " يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية³".

فالمدين بالنسبة للضمان حسن سير عناصر التجهيز هو المرقى العقاري في الفصل الثاني من القانون 04/11 في تحديد التزامات المرقى العقاري.

¹ - المادة 15 من المرسوم التشريعي 03/93 الملغى بالقانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية

² - المادة 44 من قانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية، مرجع سابق.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 431/13 مؤرخ في 15 صفر عام 1435 هـ الموافق ل 18 ديسمبر سنة 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا تحديد تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها، ج ر، عدد 66، لسنة 2013

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

أما في التشريع الفرنسي فقد سن الضمان الثنائي وهو ضمان حسن تسير عناصر التجهيز، والذي سنه المشرع الفرنسي بعد إلغاء التسليم المؤقت، بحيث أصبح التسليم على شكل تسليم نهائي زائد سنتين¹. وهو ما جاءت به المادة 1792-3-1792-3 المضافة بالقانون 12-78 لسنة 1978 بنصها على ما يلي: "عناصر التجهيز الأخرى للبناء تكون محلا لضمان حسن أدائها لوظائفها، لمدة حدها الأدنى سنتان تحسب من تسلم الأعمال"².

وعليه فإن العناصر التجهيزية هي التي تخضع لضمان حسن سير العناصر التجهيزية هي تلك العناصر تقع خارج نطاق المسؤولية العشرية³.

أ-2 النطاق الشخصي لضمان حسن سير عناصر التجهيز: يقوم هذا الضمان بين طرفين وهما المدين والدائن كما يلي:

بالرجوع إلى الفصل الثاني من القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية فإنه يمكننا القول أن المدين بضمان حسن سير عناصر التجهيز هو المرقى العقاري وهو المسؤول عن هذا الضمان.

ومنه يمكننا القول أن المشرع الجزائري قصر هذا الضمان على عاتق المرقى العقاري وحده دون المقاول، مما يدفع بنا إلى طرح الإشكال التالي هل يقتصر هذا الضمان على المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم دون المقاول في عقد المقاوله؟.

أما الدائن بضمان حسن سير عناصر التجهيز فالرجوع إلى أحكام القانون المدني الفرنسي فإن نصوصه لم تتضمن أي تفصيل بشأن الأشخاص المدنين أو الدائنين بهذا النوع من الضمان، ونتيجة لذلك ذهب رأي من الفقه الفرنسي أن الشخص الوحيد المسؤول عن هذا الضمان هو المقاول لأنه هو الذي يتولى تركيب عناصر التجهيز. أما المشرع الفرنسي فقد ذهب إلى أن النطاق الشخصي لهذا النوع

¹ - حسينة ريمان: المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 11-04 (المحدد للقواعد المنظمة لنشاط

الترقية العقارية) مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2013-2014، ص 243
² - Art 1792-03- (Loi 78-12 du 04 jan 1978) : les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage".

³ -Lawyers clairance ; promotion immobilière-contrats et Responsabilités: .com. date 11/12/2019

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

من الضمان لا يختلف عن النطاق الشخصي لتطبيق أحكام الضمان العشري باستثناء المراقب الفني¹.

ب- ضمان تمام الإنجاز

نص المشرع الجزائري على نوع آخر من الضمان من خلال قانون الترقية العقارية 11/04 وهو ضمان تمام الإنجاز، وعليه سنعالجه في النقاط التالية:

ب-1 تعريف ضمان تمام الإنجاز:

لقد نص على هذا الضمان المرسوم التشريعي 03/93 الملغى في مادته 14 بقولها " ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة ولا من ضمان حسن إنجاز المنشأة التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة"².

استنادا إلى نص الفقرة 03 من المادة 26 من القانون 04/11 بنصها: " ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحدة"³ ومنه فالملاحظ من خلال هذه المادة فقد حدد المشرع الجزائري مدة ضمان تمام الإنجاز بمدة سنة واحدة (01) ولكنه لم يحدد تاريخ سريان هذه المدة إلاّ بصدور المرسوم التنفيذي رقم 431/13 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم في بند ضمان حسن التنفيذ بما يلي: " إن هذا الضمان صالح لمدة سنة، ابتداء من تاريخ الحيازة كما هو محدد في الإجراء المتعلق بالحيازة المبين أعلاه".

وعرف المشرع الجزائري إتمام إنجاز البناية في نص الفقرة 02 من المادة 04 من القانون 15/08 والمحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

إتمام إنجاز البناية: الإنجاز التام للهيكل والواجهات والشبكات والتهيئات التابعة لها⁴.

أما الفقرة 12 من المادة 03 من القانون 04/11 بنصها: " الإتمام الكامل للأشغال: رفع التحفظات التي تم إبدائها على إثر الاستلام المؤقت للأشغال وإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل

¹ - محمد خير شريف: نطاق المسؤولية الخاصة من حيث الأضرار والأشخاص في عقد المقاولة، المرجع السابق، ص 54.

² - المادة 14 من المرسوم التشريعي 03/93 مؤرخ في 07 رمضان عام 1413 الموافق ل 01 مارس سنة 1993 يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر، عدد 14، الصادرة في 1993 الملغى بالقانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية

³ - ف 03 من المادة 26 من القانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية، مرجع سابق

⁴ - ف 02 من المادة 04 من القانون 08 / 15 المؤرخ في 08 يوليو 2008 المتعلق بتحديد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج ر، عدد 44، لسنة 2008.

الاستلام النهائي للمشروع¹.

أما المشروع الفرنسي فقد أشار إلى هذا الضمان في نص الفقرة 02 من المادة 1792-6 من القانون المدني الفرنسي والمضافة بقانون 04 لسنة 1978 بنصها على أنه: "يمتد ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل الذي يلتزم به المقاول خلال سنة من تسلم الأعمال، إلى اصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل، سواء كان عن طريق ما أبداه من تحفظات في محضر التسليم، أو عن طريق اخطار كتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة"².

وعرفه آخرون بقولهم: " وهو ضمان يتعهد بمقتضاه المقاول، بإصلاح ما يظهر في البناء من عيوب، خلال مدة سنة من تاريخ التسلم"³.

ب-2 النطاق الشخصي لضمان إتمام الإنجاز:

من المفترض أن يكون المدين بضمان تمام الإنجاز هو المقاول باعتباره المنشئ للبناء وباعتباره الطرف الرئيس في عقد المقاولة، لكن بالرجوع إلى نص الفقرة 03 من المادة 26 من قانون الترقية العقارية 04/11 فإنه يمكننا القول بأن المرقى العقاري هو المدين بضمان الانتهاء الكامل لأشغال الإنجاز دون المتدخلين في عملية البناء، أما فيما يخص المقاول فإن النص لا يشملته ولهذا نرى أنه كان على المشروع الجزائري أن يشمل ضمان تمام الإنجاز حتى المقاول وأي متدخل في عملية البناء⁴. أما بالرجوع للقانون الفرنسي وبالتحديد نص المادة 6/1792 فإنه حدد المدين بضمان تمام الإنجاز بالمقاول المعني باعتباره المتدخل الوحيد في عقد المقاولة لذلك فهو الملزم بهذا الضمان. فلما كان المرقى العقاري هو المتعامل المباشر مع المقتني بعكس المقاول الذي يبقى غريبا عن عقد البيع، ولولا ذلك للقي المقتني المتضرر صعوبة في تحديد المسؤول عن التعويض⁵.

¹ - الفقرة 12 من المادة 03 من القانون 04/11 المتعلق بالترقي العقارية، مرجع سابق.

² - Art1792-6 (Loi 78-12 du 4 jan 1978); " la garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maitre de l'ouvrage soit ou moyen de réserves mentionnées ou procès- verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception

³ - عمرو طه بدوي محمد علي: الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد-دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر 2004، ص 31

⁴ - سميرة المير: مرجع سابق، ص 307

⁵ - حسينة ريمان: مرجع سابق، ص 244

أما بالنسبة للدائن في ضمان تمام الإنجاز فلما كان المستفيد من عملية البناء هو رب العمل بدرجة أولى وذلك باعتبار أن البناء تم تشييده لحسابه الخاص فكان من المفترض أن يكون هو المستفيد من هذا الضمان كذلك طبقا لما جاء به القانون المدني الفرنسي¹، لكن طبقا للقانون 04/11 فإن المشرع الجزائري قد قصر الدائن بالضمان والمستفيد منه هو المقتني وحده، أي (مشتري العقار الخاص) وهذا بإحدى صيغ البيع المحددة في المواد 25-26-27-28 من القانون 04/11². وعليه فإن هذا الضمان مؤسس على عقد بيع على التصاميم لا على عقد المقاولة.

لقد قرر المشرع الجزائري حماية أكثر لمقتني العقار، حيث يمكن استناد مهمة بناء العقارات لعدة مقاولين، الأمر الذي يصعب معه تحديد المسؤول المباشر عن سوء التنفيذ بين المقاولين والمقاولين الفرعيين، وحسنا ما فعل المشرع عندما حمل المرقى العقاري مسؤولية ضمان التنفيذ، أمام مقتني العقار الذي هو الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية³.

وعليه فأمام عدم وجود تحديد خاص للعيوب التي العناصر التجهيزية يمكننا القول بأن أي ضرر يصيب عنصر تجهيزي قابل للانفصال، يجعل في مجموعه غير صالح للغرض المخصص لأجله فإن الضمان العشري هو الذي يطبق وليس ضمان حسن الإنجاز⁴.

الفرع الثالث: المقاول الفرعي

لقد نصّ المشرع الجزائري في نص المادة 554 من ق م ج على إخضاع المهندس المعماري ومقاول البناء لأحكام الضمان العشري، إلا أن نص الفقرة 3 من المادة السالفة الذكر قد نصت على

¹ - Joël fousereau chronique : op cit ,p14

² - جاء في نص المادة 26 من القانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية على أنه: عقد بيع عقار مبني هو كل عقد رسمي يحوّل بموجبه المرقى العقاري، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني، الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة". وجاء في نص المادة 27 من نفس القانون ما يلي: "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور انقائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير".

المادة 28 من نفس القانون على ما يلي: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز.

³ - سميرة المير: مرجع سابق، ص 307

⁴ - شعبان عياشي: عقد بيع العقار بناء على التصاميم-دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي-أطروحة دكتوراه،

كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر، 2011-2012، ص 230

عدم إخضاع المقاول الفرعي لأحكام الضمان العشري، وبصريح العبارة بنصها: " ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقولين الفرعيين".

وهو ما نصّت عليه المادة 564 من ق م ج بما يلي: " يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملة، أو في جزء منه إلى مقاول فرعي، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية"¹.

البند الأول: تعريف المقاولة من الباطن

ويمكن تعريف المقاولة الفرعية أو ما يسمى بالمقاولة من الباطن على أنها: " ذلك العقد الذي يوكل بمقتضاه المقاول تنفيذ كل أو جزء من العمل إلى مقاول آخر في مقابل أجر دون أن يخضع هذا الأخير لإشراف وإدارة المقاول الأصلي"².

ومنه فإذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه، فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر يقوم بالعمل بالنيابة عنه، لأن لرب العمل غرضاً في اشتراط مقاول بعينه فيلتزم بالشرط، وأما إذا لم يشترط ذلك فللمقاول أن يستأجر من يعمل في مكانه، لأن المستحق عمل موصوف في الذمة لم يشترط على شخص بذاته لوصف مميز فيه، وقد نص المالكية والحنابلة عن ذلك في الاشتراط وعدمه"³.

قال التسولي: " إذا أجره على العمل بنفسه لا بغير، فليس للراعي أن يسترعي غيره إلا بإذن ربها في إحدى قولي ابن القاسم، والراجح الضمان إن استرعى من هو مثله بغير إذن ربها وأحرى إن استدعى من هو دونه، وهذا إذا لم يجز عرف البلد بأن الراعي يأتي بمن هو مثله لضرورة وإلا فلا ضمان اتفاقاً"⁴.

وإلى هذا ذهب المذهب الحنفي الذي يجيز للأجير أن يستعمل غيره لو أطلق العقد فلم يرد فيه

¹ - المادة 564 من ق م ج

² - خالد غازي أبو عربي: المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، د س ن، ص 18.

³ - عميل النشمي: مرجع سابق، تاريخ الاطلاع 2019/06/22

⁴ - التسولي: البهجة في شرح النخفة، مرجع سابق، ج2، ص 302

شرط مانع¹، ولذلك فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 572 على أنه " لو أطلق العقد حين الاستئجار فلاأجير أن يستأجر غيره"²، كما نصت المادة 571 من نفس المجلة على أن: " الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره"³. وهو ما يعني أن المقاول الأصلي يستأجر المقاول من الباطن بأجر مقابل أداء جزء أو كل العمل الموكل إليه من رب العمل، بل يعامل معاملة الأجير المشترك في أداء عمل والمستقل عن رب العمل⁴.

وعليه فإن المقاول (الأجير المشترك) ملتزم بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه سواء قام به بنفسه أو بعماله أو بمقاول آخر من الباطن (أجيره المشترك) وعمل من يستعين بهم المقاول ينسب له ويقع له، أما المقاول من الباطن وغيره فإنهم لا يرتبطون مع رب العمل بعقد مستقل، ولذا يتحمل مسؤوليتهم المقاول (الأجير المشترك)، سواء تقصيرهم أو عيوب أعمالهم قال في الدر المختار: " فعل الأجير في كل الصنائع يضاف إلى استأذه فما أتلفه يضمنه أستاذه ما لم يتعد فيضمنه"⁵.

ولعل من بين الشروط التي يقوم عليها الضمان العشري هو وجود علاقة تعاقدية بين المقاول والمهندس المعماري تربطهما برب العمل، وبالرجوع لنص المادة 554 فقد أخضع المشرع الجزائري صراحة المقاول الأصلي للمسؤولية العشرية، وما يمكن أن نستشفه في الفقرة 03 من المادة 554 من القانون المدني أنه خلاف للمقاول الأصلي فإن المشرع الجزائري لم يخضع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري بنصها: " ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين"⁶.

¹ - زياد شفيق حسن قرارية: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني: رسالة ماجستير في الفقه والتشريع،

كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2004، ص 91. انظر كذلك إبراهيم شاشو: مرجع سابق، ص 760:

² - انظر المادة 572 من مجلة الأحكام العدلية

³ - انظر المادة 571 من مجلة الأحكام العدلية

⁴ - محمود علي رحمه: مدى المسؤولية المترتبة على المقاول من الباطن - عن تنفيذ الأعمال وأحكامها وخصائص عقد المقاولة من الباطن وتميزه عن العقود الأخرى - دراسة مقارنة - مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2018، ص 78

⁵ - محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: تح: عبد

المعجم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1423-2002، ص 585

⁶ - ف 03 من المادة 554 من ق م ج.

غير أن هذا النص لم يمنع من رجوع المقاول الأصلي على المقاول من الباطن، ولكن ليس على أساس أحكام الضمان العشري، وإنما بناء على أحكام المسؤولية العقدية، ذلك أن الضمان العشري يخص المقاول الأصلي في علاقته بصاحب المشروع دون المقاول الفرعي، وبالتالي لا يمكن للمقاول الأصلي أن يدفع المسؤولية عن نفسه بادعائه خطأ المقاول الفرعي، ولكن يمكنه الرجوع بعد ذلك على المقاول الفرعي بما يكون قد دفعه من تعويض لصاحب المشروع متى كان الضرر سببه خطأ المقاول الفرعي¹.

أما القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية فقد أضاف المادة 46 إلى جانب المهندس المعماري والمقاول الخاضعين للضمان العشري ومنها مكاتب الدراسات وكل متدخل في البناء شريطة أن تربطه بصاحب المشروع علاقة تعاقدية بنصها على مايلي: " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين 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 لأرضية الأساس"².

أما المادة 30 من المرسوم التنفيذي 85/12 والمؤرخ في 20 فبراير 2012 والمتضمن دفتر الشروط النموذجي والذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنة للمرقي العقاري فقد نصت على أنه: " يتعين على المرقي العقاري الاكتمال في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة يتحمل المرقي العقاري خلال مدة عشر سنوات، مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر، في سقوط البناية كلياً أو جزئياً بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض"³.

فعلى أساس هذه المادة فإن المشرع الجزائري قد جعل مسؤولية المقاول الفرعي والمرقي العقاري مسؤولية تضامنية فأخضع المقاول الفرعي للمسؤولية العشرية جراء وقوع تدهم كلي أو جزئي. وبه يكون قد وسع وغير من نظام مسؤولية المقاول الفرعي، حيث أخضع هذا الأخير لأحكام الضمان العشري.

¹ - حازية مجيدة حمادي: عقد مقالة البناء في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003، ص 111..

² - المادة 46 من القانون 11/04 المتعلق بالترقية العقارية.

³ - المادة 30 من المرسوم التنفيذي 85/12 المؤرخ في 20 فبراير 2012، المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، ج ج ج، عدد 11، سنة 2012.

إلا أنه بالرجوع إلى الأصل وهو نص المادة 554 من القانون المدني فقرة 03 فإنها لم تخضع المقاول الفرعي للأحكام الضمان العشري.

لذلك أفلا يعتبر هذا تعارض وتناقض وقع فيه المشرع الجزائري. وعليه فما هي أسباب عدم إخضاع المقاول الفرعي لأحكام الضمان العشري من خلال ق م ج؟.

البند الثاني: أسباب عدم إخضاع المقاول الفرعي لأحكام الضمان العشري

يرى البعض عدم خضوع المقاول الفرعي لأحكام المسؤولية العشرية لأن هذا الأخير لا يرتبط ولا يعتبر طرفا مباشرا في عقد المقاولة الذي يجمع صاحب المشروع بالمقاول الأصلي من جهة، ومن جهة أخرى يبرر جانب من الفقه عدم خضوع المقاول الفرعي لأحكام المسؤولية الخاصة بسبب تعامله مع المقاول الأصلي الذي يعد شخصا محترفا ومهنيا متخصصا في أعمال البناء، فلا يحتاج إلى الحماية التي يحتاجها رب العمل غير الخبير بشؤون البناء، وحتى وإن كان المقاول الأصلي تنقصه الخبرة أو تنعدم لديه، فلا يكون هذا السبب كمبرر في عقد يتوازن طرفاه في الكفاءة المهنية والفنية، كما هو الحال في العقد الذي يربط المقاول الفرعي بالمقاول الأصلي، على خلاف العقد الذي يربط هذا الأخير بصاحب المشروع¹.

وكل هذه الأسباب التي جاءت لمنع خضوع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري وفقا لما نصت عليه المادة 564 من ق م ج والتي أجازت المقاولة الفرعية، على أن المقاول الأصلي في حالة وجود مقاول من الباطن فإن مسؤوليته تبقى قائمة قبل صاحب العمل².

أما المشرع الفرنسي فقد ذهب إلى عدم إخضاع المقاول الفرعي لأحكام الضمان العشري لعدة أسباب منها ماهو سبب مالي وآخر فني وهناك ما تعلق بالأسباب القانونية وهو ما أخذ به المشرع الجزائري وهو ما سنبيته في الآتي:

¹ - عبد القادر العرعاري: المسؤولية العقدية للمقاول للمهندس المعماري بالمغرب، دار الأمان للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009، ص.254 أنظر كذلك حنان مازة: التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة وهران02، الجزائر، 2016، ص 121.

² - انظر المادة 564 من ق م ج

أولاً: الأسباب الفنية والمالية

ذهب الفقه الفرنسي إلى عدم إخضاع المقاول الفرعي أو من الباطن لأحكام الضمان العشري لأسباب مالية وأخرى فنية لأن صاحب العمل ليس خبيراً في فن البناء، وأن المشرع في فرنسا قدّر هذا الضمان حماية لرب العمل لعدم توافر الخبرات لديه، فضلاً عن ذلك أن إمكانيات المقاول من الباطن في أغلب الأحيان تكون محدودة، فيؤدي ذلك إلى انهياره¹.

ثانياً: الأسباب القانونية: أما بالنسبة للأسباب القانونية فهناك اعتبارين:

1- الاعتبار الأول: إن تطبيق أحكام الضمان العشري لمشيدي البناء يقتضي وجود عقد مقاوله يربط بين رب العمل والشخص الملزم بالضمان، وطالما أنه لا وجود لعقد مقاوله بين رب العمل والمقاول من الباطن فلا مجال لإخضاع هذا الأخير لأحكام الضمان العشري.

2- الاعتبار الثاني: أن القول بإدراج المقاول من الباطن ضمن نطاق هذه المسؤولية الخاصة فيه مخالفة لأحكام القانون المتعلقة بالمقاوله من الباطن، كونه أقر حقوق للمقاول من الباطن، كفيلة بحمايته من إفلاس أو حجر المقاول الأصلي².

ومنه يمكننا القول أن المشرع الجزائري حذا نفس الطريق الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي في كل الاعتبارات لعدم إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري.

البند الثالث: مناقشة الأسباب التي أدت إلى عدم إخضاع المقاول من الباطن لأحكام

الضمان العشري

لا شك أن الحجج السالفة التي سبق سردها حجج قوية ومقنعة، ويعود ذلك إلى أنها تستند إلى التفسير الصحيح للنصوص القانونية سواء نص المادة 554 من ق م ج، أو نص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي التي اشترطت لتطبيق أحكام الضمان العشري وجود عقد مقاوله مبرم مع صاحب العمل، وسبق وأن رأينا أن التعديل الذي أدخله القانون الصادر 1978 في فرنسا حدد على سبيل الحصر الأشخاص الذين يخضعون لأحكام هذا الضمان وليس من بينهم المقاول من

¹ - محمد خير الشريف: نطاق المسؤولية الخاصة من حيث الأضرار والأشخاص في عقد مقاوله بناء، مرجع سابق، ص 75.

² - محمد علي رحمة: مرجع سابق: ص 243.

الباطن¹، ومع ذلك فإن هذه الاعتبارات تؤثر عن الدور الهام الذي يلعبه المقاول من الباطن في حياتنا العملية، لا سيما مع كثرة اللجوء إلى المقاول من الباطن ومع ازدياد ظاهرة التخصص في فن البناء، ومخاطر قيام هذا المقاول بالدور الذي يقوم به المقاول الأصلي، كل هذه الاعتبارات تدفع إلى المطالبة من جديد بضرورة إخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسؤولية العشرية، كضمان خاص غايته حماية المتضررين من أعمال البناء التي يقوم بها المقاولون والمهندسون². بناء على ذلك فيمكننا مناقشة هذه الأسانيد كالاتي:

أولاً: بالرجوع إلى السند الأول أو الحجة الأولى التي ذهبت إلى عدم وجود رابطة عقدية- عقد مقاوله- بين صاحب العمل والمقاول من الباطن، كشرط لسريان هذه المسؤولية الخاصة فإن هذا الرأي يستند إلى الطبيعة القانونية للمسؤولية الخاصة بالمعماريين، وإن كانت طبيعة هذه المسؤولية محل جدال بين فقهاء القانون فمنهم من ذهب إلى القول بأنها ذات طبيعة عقدية أساسها عقد المقاوله، وهناك من يؤسسها على أساس مزدوج من العقد والقانون، ومذهب ثالث يذهب إلى أنها مجرد مسؤولية استثنائية منشؤها القانون وهو مصدرها المباشر، فإن اشتراط وجود عقد المقاوله لقيام المسؤولية ليس له قيمة من وجهة نظرهم³.

وبالرجوع إلى نص المادة 1792 من القانون الفرنسي والذي يقضي بإخضاع كل من بائع العقار تحت التشييد، أو في حالة الإنجاز، وكذلك الوكيل عن مالك البناء إضافة إلى الصانع لعمل أو لجزء منه أو لعنصر تجهيزي فيه، كما نص كذلك على الموزع والمستورد، فإن المشرع الفرنسي قد خرج هؤلاء الأشخاص الملزمين بعقد المقاوله عن الرابطة العقدية للعقد المقاوله بين هؤلاء الأشخاص المذكورين آنفا ورب العمل.

فمنه يمكننا القول أن المشرع الفرنسي كان لزاما عليه أن ينص على إخضاع المقاول الفرعي ولو بنص خاص لأحكام الضمان العشري، خاصة بعد انتشار ظاهرة المقاوله الفرعية فلم يصبح المقاول

¹ غاي أبو عرابي: الضمان العشري للمهندس ومقاول البناء ومدى خضوع المقاول من الباطن له" دراسة مقارنة، مجلة أبحاث اليرموك" سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، الجامعة الأردنية، الأردن، 2006، ص 550.

² سميرة المير: مرجع سابق، ص 272

³ غازي أبو عرابي: المرجع السابق، ص 550.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

الأصلي على القيام بكل الأعمال الموجهة إليه فنجد المقاول الدهان والمقاول كهربائي ومقاول بلاط وغيرها.

أن المشرع الفرنسي أوجد صلة قانونية بين صاحب العمل والمقاول من الباطن، وذلك عندما منح لهذا الأخير شروط خاصة أهمها موافقة صاحب العمل التعاقد مع المقاول من الباطن، وكذا شروط الدفع الخاصة لهذا الأخير، وكذا أعطى الحق للمقاول الفرعي برفع الدعوى المباشرة ضد رب العمل قصد المطالبة بأجرة المقاولة أو القدر المتبقي منها، وذلك حماية لمصلحة المقاول من الباطن وتحصينا له من إفلاس المقاول الأصلي¹، وهو ما ذهب إليه المادة 565 من ق م ج في فقرتها 1 بقولها: " يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون لدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق اتجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل"².

ثانيا: إن عدم خضوع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري يترتب عليه آثار ضارة، فالتأمين الإجباري يرتبط في فرنسا بالمسؤولية العشرية وجودا وعدما، وعدم خضوع المقاول من الباطن لأحكام هذه المسؤولية يترتب عليه عدم خضوعه لأحكام التأمين الإجباري، وذلك على الرغم من أن الحكمة من هذا التأمين حماية المضرورين من هدم البناء للحصول على تعويض سريع وكامل، وتحقيق هذه الغاية يتطلب التأمين الإجباري للمسؤولية عن جميع أعمال الأشخاص الذين يشاركون في عملية البناء، وبالتالي يستوي أن يكون مقاولا أصليا أو مقاولا من الباطن، فالعلة قائمة في الحالتين والقول بغير ذلك يعرض حق المضرورين في الحصول على تعويض كامل للخطر لا سيما أن المقاول من الباطن غالبا ما تكون امكانياته المالية ضعيفة³.

ثالثا: فيما يتعلق بالتبريرات المالية والفنية فقد تجاوزها الزمن، لأن الواقع العملي أثبت أن اللجوء إلى المقاول من الباطن أصبح في بعض الأحيان حتما لا بد منها، نظرا لما يتمتع به من مهارات تقنية،

¹ - لحسن عزروق: الإطار القانوني لعقد مقاولة بناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم الجزائر، 2015-2016، ص 108

² - ف 1 من المادة 565 من ق م ج.

³ - محمود علي رحمة: مرجع سابق، ص 250، انظر كذلك: غازي أبو عرابي: مرجع سابق، ص 551، كذلك: سميرة المير: مرجع سابق، ص 274.

واحتكر المعرفة الفنية لدرجة أنه أضمن متفوق على المقاول الأصلي في مجال تخصصه¹.

رابعا: أن القول بأن المشرع أراد من فرض الضمان العشري حماية صاحب العمل فقط، فيه إهدار للمصلحة العامة باعتبار أن المباني عنصر هام من عناصر الثورة الوطنية، وعليه يؤكد ذلك أن المشرع جعل أحكام الضمان العشري من النظام العام، ورتب البطلان كجزاء على كل شرط يخالف هذه الأحكام².

وتبعا لذلك وبعد مناقشة الحجج القانونية والدوافع المالية والفنية، والتي جعلت المشرع الفرنسي يحد من قائمة الملزمين بالضمان العشري، وابعاد المقاول الفرعي بموجب المادة 1792 السابقة الذكر، يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد حدا حدو المشرع الفرنسي من خلال استبعاد تطبيق أحكام المسؤولية العشرية على المقاول الفرعي، ذلك لأن الضمان المعماري في القانون الجزائري، هو التزام وضمان قانوني وارد في نص خاص وهو الأمر الذي سيجعله استثناء من القواعد العامة، ومن المعلوم أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه كما لا يقاس عليه³.

إلا أنه كملاحظة ونظرا للتطور الهائل الذي تشهده أعمال المقاولات من الباطن اليوم، ومع ازدياد التخصص في جميع أنواع المقاولات فإن الأمر حان للإدراج المقاول الفرعي في أحكام المسؤولية العشرية وإخضاعه للضمان العشري مثله مثل المقاول الأصلي وهذا للتجسيد الفعلي لحماية رب العمل، وهذا ما سيؤدي بالمقاول الفرعي إلى بذل قصارى جهده من أجل إنجاز العمل الموكول إليه على أحسن وجه وهذا للحفاظ على المصلحة العامة، خاصة الحفاظ على سلامة أرواح الناس والحفاظ على أموالهم.

كما أن إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري سوف يؤدي إلى محاصرة محاولات الغش في أعمال المقاولات خاصة فيما تعلق بمواد البناء التي تستعمل لتحقيق أكبر قدر ممكن من الكسب الغير مشروع، دون مراعاة المواصفات اللازمة لهذه المواد التي تقتضيها الصناعة.

لقد حان الوقت أن يلتفت المشرع الجزائري إلى توسيع أشخاص الضمان العشري، فلم تعد

¹ - محمود علي رحمة: مرجع سابق، ص 248.

² - غازي أبو عرابي: مرجع سابق، ص 551.

³ - لحسن عرزوق: مرجع سابق، ص 109.

تقتصر عملية البناء على المهندس المعماري والمقاول فقط بعدما كان كل المهام يتولى بها هذان الطرفان فقط، لكن ما نشاهده اليوم من تطور مذهل تشهده الساحة العمرانية اليوم فقد أصبح لزاما على المشرع تدارك هذا النقص بالتفصيل في معني المهندس المعماري المقصود بالضمان العشري وإضافة الأنواع الأخرى للمهندسين دون الاقتصار على المهندس المعماري أو السير على المنهج الذي سار عليه المشرع الأردني (788) والفلسطيني (المادة 744) في عدم تخصيص المهندس بالمعماري وإنما صرح بالمهندس دون تخصيص، فالمهندس هنا قد يكون معماريا أو استشاريا أو غير ذلك، كما أنه أصبح لازما تنظيم مهنة المقاول باعتباره الطرف الأساسي في عقد المقاولة بتنظيم خاص بقواعد خاصة. كما يمكننا القول أن المشرع الجزائري قصر أحكام الضمان العشري في المهندس المعماري والمقاول دون سواهما هو ما ذهبت إليه التشريعات الأخرى.

المطلب الثاني: التطور التشريعي للنطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري

لقد ظل المشرع الجزائري في القانون المدني حاصرا أطراف الضمان العشري في المهندس المعماري والمقاول دون غيرهم من الأشخاص الآخرين الذين يشاركونهم في عملية البناء أو بالأحرى التشييد، لذلك فإن النطاق الشخصي للضمان العشري لم يبق على هذا النحو، بل تطور بموجب التطورات التشريعية المتعاقبة خاصة في التشريع الفرنسي، وأضافت أطراف أخرى زيادة على الأطراف التقليدية (المهندس المعماري والمقاول) وهو ذات المنهج الذي سار عليه المشرع الجزائري، حيث أضاف أطراف أخرى نذكر منها المراقبين الفنيين بموجب المادة 178 من القانون رقم 07/95 المؤرخ في 1995 والمتعلق بالتأمينات كما أضاف المرقى العقاري بموجب القانون رقم 11-04 المؤرخ في 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية كشخص من أشخاص المسؤولية العشرية. لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث يتناول (الفرع الأول) التطور التشريعي لأشخاص الضمان العشري في النصوص الخاصة الجزائرية، أما (الفرع الثاني) فسيتم تخصيصه للتطور التشريعي لأشخاص الضمان العشري في التشريع الفرنسي، كالآتي:

الفرع الأول: التطور التشريعي لأشخاص الضمان العشري في التشريع الجزائري

إضافة لما جاء في نصوص الق م ج بفرض الضمان العشري على المهندس المعماري ومقاول البناء، فإن المشرع الجزائري ونظرا للتشريعات المتعاقبة في مجال البناء، أضاف المراقب الفني والمراقب العقاري إلى طائفة المسؤولين بأحكام الضمان العشري وهو ما سنبينه في الآتي:

البند الأول: المراقب الفني

لقد شمل المشرع الجزائري المراقب التقني أو الفني بأحكام الضمان العشري إلى جانب كلا من المهندس المعماري ومقاول البناء، لكن دون أن ينظم أحكامه بتنظيم كاف فيما يخصه، فسنعرج في هذا البند إلى كيفية تنظيم المشرع الجزائري لمهنة المراقب الفني (أولا) وكيف تم تعريفه في النصوص الخاصة (ثانيا) ثم كيف عرفه فقهاء القانون (ثالثا) وما مدى خضوعه لأحكام الضمان العشري (رابعا) وهو ما سنفصله في النقاط الآتية:

أولا: تنظيم مهنة المراقب الفني

تعود النواة الأولى لتنظيم الرقابة الفنية الخاصة بالبناء في الجزائر بمقتضى الأمر رقم 85/71 والمؤرخ في 1971/12/29¹، حيث تضمن هذا المرسوم إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء، وتحديد قانونها الأساسي وأحكامها، ثم أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنظيمي رقم 205/86 والمؤرخ في 1986/08/19 والمتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء²، بحيث نص المشرع على عدة خصائص لها، وهو على أنها تعد تجارية في علاقتها مع الغير وهو ما جاءت به نص الفقرة 03 من المادة 02³، وهو ما يقتضي أن نطبق عليها أحكام القانون التجاري، ومن خصائصها كذلك أنها تتمتع بالشخصية المدنية

¹ - الأمر 85/71 مكرر مؤرخ في 11 ذي القعدة عام 1391 الموافق ل 29 ديسمبر سنة 1971 يتضمن احداث هيئة المراقبة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي، ج ر، عدد 04، لسنة 1972

² - المرسوم التنظيمي 205/86 المؤرخ في 1986/08/19 والمتضمن تغير الهيئة الوطنية، حيث تغيرت اسم الهيئة بعدما كان اسمها هيئة المراقبة التقنية للبناء، فأصبحت بهذا المرسوم الهيئة الوطنية لرقابة البناء التقنية في وسط البناء، حيث غير في شكل خمس هيئات رقابية للوسط والشرق والغرب والجنوب وكذا مدينة شلف وهذا بموجب مراسيم تنظيمية متتالية، (86-205) و(86-206) و(86-207) و(86/208) و(86/209) حيث تضمن كل مرسوم جهة مع تحديد اختصاصها الإقليمي ج ر، عدد 34، لسنة 1986

³ - نص ف 03 من المادة 02 من المرسوم التنظيمي 205/86 على أن: " تعد الهيئة تجارية في علاقتها مع الغير وتخضع للتشريع الجاري به العمل وللقواعد المنصوص عليها في هذا المرسوم".

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

والاستقلال المالي وهو ما ذهبت إليه المادة 11 من نفس المرسوم¹، كما أن صلاحية إبرام أي عقد أو اتفاق في مجال عملها، وهو ما دعت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 03 من نفس المرسوم، أما الخاصة الأخيرة فإن هذه الهيئة تقوم بخدمات لإدارات الدولة والجماعات المحلية والهيئات العمومية والأشخاص الخواص بمقابل مالي وهو ما جاءت به نص المادة 5 من نفس المرسوم أما فيما يتعلق بمهام الهيئة فإنه بالرجوع إلى نص الفقرة 01 من المادة 03 من نفس المرسوم مهام هذه الهيئة بقولها: "تراقب الهيئة تقنيا، بناء مختلف أنواع العمارات، لتتأكد من ثبات بنائها وديمومته، وأسسها وصلاحية كل ما له تأثير في ثباته، وهيكله، وجدران محيطه وسقوفه، بغية تقليل أخطار الفوضى في هذا المجال، والمساهمة في الوقاية في النقائص التقنية التي تطرأ أثناء الإنجاز"²، ولم يقتصر دورها على هذه المهام فقط بل وسع المشرع الجزائري من مهامها وهو ما جاءت به الفقرة 07 من المادة 03 بقولها: "ويمكن إن اقتضى الأمر في إطار احترام الأحكام المعمول بها في هذا الميدان، واختصاصات الهيئات المهنية، أن يمتد عمل الرقابة على تنمية مختلف الأعمال التي تكمل مهمتها الأصلية، مثل رقابة جودة المواد المعدة للبناء في المصنع، والاعتماد التقني لمواد البناء، وعناصره وأعمال ضبط المقاييس، والبحث وأساليب تقنيات الإنجاز"³ أما بالرجوع إلى نص الفقرة 01 من المادة 04 من نفس المرسوم فإن مهام الهيئة كذلك يكمن في: "تحول الهيئة وحدها تسليم التأشيرات المطلوبة لدى مؤسسات التأمين الوطنية في إطار القانون"⁴.

ولعل السؤال الذي يطرح في هذه الحالة هو من هي الهيئة المانحة لشهادة القبول المطلوبة من طرف شركات التأمين لإبرام عقود التأمين على المسؤولية العشرية في هذه الحالة⁵؟ بالرجوع إلى نص المادة 01 والمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 49/96 والمؤرخ في 1996 والذي حددت قائمة المنشآت العمومية المعفاة من إلزامية التأمين على المسؤولية المدنية والعشرية حيث نصت المادة 01 على ما يلي: "عملا بأحكام المادة 182 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415

¹ - نصت المادة 11 من المرسوم التنظيمي 205/86 المرجع نفسه على أن: "تمتع الهيئة بالشخصية المدنية والاستقلال المالي.

² - ف 01 من المادة 03 من نفس المرسوم، المرجع نفسه

³ - الفقرة 07 من المادة 03 من نفس المرسوم، المرجع نفسه.

⁴ - الفقرة 01 من المادة 04 من نفس المرسوم، المرجع نفسه.

⁵ - زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 176.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

الموافق ل 25 يناير سنة 1995 والمذكور أعلاه، يحدد هذا المرسوم قائمة المباني العمومية التي يعفى أصحابها الطبيعيون أو المعنويون من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية¹.

أما نص المادة 2 من نفس المرسوم فقد حدد قائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية التأمين المذكورة في المادة السابقة كما يلي:

الجسور، الأنفاق السدود القنوات الطرق السريعة الحواجز المائية التلية المكاسر الموانئ والمرافئ ومباني الحماية قنوات نقل المياه خطوط السكة الحديدية مدرجات هبوط الطائرات¹.

ثانيا: تعريف المراقب الفني في النصوص الخاصة

رغم إخضاع المشرع الجزائري المراقب التقني أو الفني لأحكام الضمان العشري إلا أنه لم يعرفه في نصوص الأمر 85/71 والمتعلق بإحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي، ولا في المرسوم التنظيمي رقم 205/86 والمتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، بل وحتى من خلال نص المادة 178 من الأمر 07/95 والتي ألزمته باكتتابه لعقد التأمين، دون التطرق لتعريفه لذلك فقد التزم فقهاء القانون بتعريفه وهو ما سنوضحه في الآتي:

ثالثا: التعريف الفقهي للمراقب الفني

عرف فقهاء القانون المراقب الفني بتعريفات منها:

التعريف الأول: يعرف المراقب الفني عادة على أنه: "رجل فني أو هيئة فنية يقوم بالمراقبة الفنية لأعمال البناء بإعطاء آراء استشارية لرب العمل باعتباره متعاقدًا معه"². ومراعاة لذلك يكون المراقب التقني مسؤولاً في حدود مهامه. ويمكن أن نقول أنّ المراقب الفني هو ذلك الشخص الذي يربطه عقد مقاوله مع رب العمل وهو الذي يقوم بإعطاء آراء استشارية لهذا الأخير.

¹ -المادة 02 من المرسوم التنفيذي 49/69 مؤرخ في 26 شعبان عام 1416 الموافق ل 17 يناير سنة 1996 يحدد قائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المدنية والمسؤولية العشرية، ج ر، عدد 05، لسنة 1996.

² - جمال وعلي: المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع دراسة في القانون الجزائري-مرجع سابق، تاريخ الاطلاع 2019/3/22.

التعريف الثاني: وعرف كذلك بأنه: " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتمتع بدرجة عالية من الكفاءة الفنية، يتولى بمقتضى إجازة عمل مبرم مع رب العمل، فحص المسائل ذات الطابع الفني عملية التشييد التي يرى رب العمل تكليفه بفحصها¹". أي أنّ المراقب الفني قد يكون شخص طبيعي أو معنوي (هيئة فنية) والتي يربطها مع رب العمل عقد مقاوله ويشرف هذا الأخير بفحص المسائل الفنية التي تفرضها طبيعة عملية التشييد.

ويمكن تعريف المراقب الفني على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي، يقوم بأعمال استشارية في مجال البناء لصالح رب العمل، وذلك من خلال عقد المقاوله المبرم بينهما".

رابعا: مدى خضوع المراقب التقني لأحكام الضمان العشري

تطبيقا لذلك تنص المادة 178 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات² المعدل والمتمم في فقرتها الأولى على أنه: "يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع³. فمن خلال هذا النص فقد أشار المشرع الجزائري إلى التزام طرف ثالث من أطراف المسؤولية العشرية بصريح العبارة إلى اكتتاب عقد التأمين إلى جانب المقاول والمهندس المعماري، فهو يخضع لقواعد وأحكام المسؤولية العشرية اتجاه رب العمل.

وبموجب هذه المادة يلتزم أيضا بجانب المهندس المعماري والمقاول المراقب التقني بالضمان العشري الوارد في المادة 554 من القانون المدني الجزائري اتجاه رب العمل، غير أنه لا تقوم المسؤولية العشرية للمراقب التقني إلا إذا ارتبط بعقد مقاوله أصلي مع رب العمل، أي يشترط أن يكون المراقب التقني قد تدخل بناء على طلب صاحب المشروع وليس بناء على طلب المهندس المعماري القائم على إنجاز وتنفيذ المشروع.

¹ - ساجية حماني: المراقبة التقنية للبناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 88.

² - الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج ر، عدد 15، لسنة 2006.

³ - المادة 178 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون 04/06، المرجع نفسه.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

لذلك يمكن القول أنّ المشرع الجزائري أضاف طرف ثالث من أطراف الضمان العشري وخاصة ما جاء به الأمر رقم 07/95 والمتعلق بالتأمينات والمعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 وهو المراقب الفني الذي اشترط المشرع فيه أن يكون بينه وبين رب العمل عقد مقاوله يربطهما ببعضهما وتقديم الاستشارات لصاحب العمل.

لذلك فإنّ المراقب الفني يكون خاضعا لأحكام الضمان العشري متى سبب ضررا من جراء عمله لرب العمل، أو عدم القيام بالالتزام الذي على عاتقه على الوجه المشروع، ويمكن للمراقب التقني أن يدفع ذلك بإحدى الأمرين:

- أن يثبت أن الجزء من العمل الذي وقع عليه الضرر لم يكن ضمن المهمة المعهودة إليه بها من قبل رب العمل بمقتضى عقد المراقبة

- أو وجود سبب أجنبي كالقوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المتضرر¹.

وبمراجعة نصوص المرسوم رقم 205/86، يمكن القول أنّ تدخّل المراقب التقني في عملية البناء يتمّ على مرحلتين، الأولى على مستوى المشروع التمهيدي، فيتدخل المراقب التقني قبل البدء في إنجاز الأعمال، لاسيما رقابة تصميم الأعمال الكبرى والعناصر التي ترتبط بها، للتأكد من مطابقتها لقواعد البناء ومقاييسه، والثانية على مستوى الإنجاز، أي أثناء مرحلة تنفيذ الأعمال، أين يسهر المراقب التقني على احترام المخططات المعتمدة وكيفيات التنفيذ، وعليه فإنّ تدخله في مجال البناء بمختلف مراحلها، ذو طابع وقائي محض².

ومنه فإنّ المشرع الجزائري توجه نحو توسيع المدنين بالضمان العشري وذلك حفظا على المنشآت والمباني، ورعاية لمصلحة رب العمل، ولكن رغم التعديلات التي شهدتها القانون المدني إلا أنه لم ينص صراحة ولا ضمنا على إضافة أشخاص إلى جانب المهندس المعماري ومقاول البناء لحماية مصلحة رب العمل، وبقي نص المادة 554 من قانون المدني على حالها دون تغيير وحسنا لو التفت المشرع إلى هذا نظرا لعمليات التشييد التي تشهد تطورا يوما بعد يوم.

¹ - مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 103.

² - نسيمة شيخ: مرجع سابق، ص 168.

أما المشرع الفرنسي فقد أخضع المراقب الفني لأحكام الضمان العشري بموجب المادة 09 من القانون 12 لسنة 1978 على أنه: " يخضع المراقب الفني، في حدود المهمة المعهود بها إليه من قبل رب العمل، لقرينة المسؤولية المنصوص عنها بالمواد 1792، 1/1792، 2/1792 من التقنين المدني، والتي تقضي بالتقادم طبقا للشروط المقررة في المادة 2270 من ذات التقنين¹."

وعليه فمن خلال نص المادة 09 من القانون 12 لسنة 1978 فإن المشرع الفرنسي قد نص صراحة على إخضاع المراقب الفني لأحكام الضمان العشري.

لذلك فإن المراقب التقني وإن كان يسأل طبقا لأحكام المسؤولية العشرية، فهو لا يسأل إلا في حدود الضرر الذي كان يرجع سببه لعدم تأديته لالتزامه، ولن يكون بالمقابل على المراقب التقني أن يتخلص من ذلك إلا بإحدى الأمرين:

- أن يثبت أن الجزء من العمل الذي وقع عليه الضرر، لم يكن ضمنه المهمة المعهود بها إليه من قبل رب العمل بمقتضى عقد المراقبة

- أو بإثباته للسبب الأجنبي (كالقوة القاهرة- خطأ الغير أو خطأ المضرور).

البند الثاني: المرقى العقاري

أضاف المشرع الجزائري لأطراف المسؤولية العشرية المرقى العقاري بموجب القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية بعد إلغاء المرسوم التشريعي 03/93، وعليه فسنتناول تطور مهنة المرقى العقاري في الجزائر (أولا) ثم نتناول تعريف المرقى العقاري (ثانيا) وبعدها نتطرق لشروط اكتساب مهنة المرقى العقاري (ثالثا) على نحو التفصيل الآتي:

أولا: تطور مهنة المرقى العقاري في الجزائر

لقد تعاقبت القوانين المنظمة لمهنة المرقى العقاري فإن تعدد مسمياته عبر التشريعات، إلا أنه يبقى خاضعا لأحكام الضمان العشري وهو ما سنبينه في الآتي:

¹ - Art 9 (Loi 78-12, 4 Janv. 1978) : "Le contrôleur technique est soumis, dans les limites de la mission à lui confiée par le maître de l'ouvrage, à la présomption de responsabilité édictée par les articles 1792-1, et 1792-2 du code civil qui se prescrit dans les conditions prévues à l'article 2270".

1- المكتب في ظل القانون 07/86:

لقد نص المشرع الجزائري على مهنة المرقي العقاري عبر مراحل متعددة حيث سمي بموجب القانون 07/86، المكتب باعتبارهم أشخاص طبيعين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص.

ويعتبر المكتب في ظل هذا القانون بائعا وليس مقاولا، فهو يقوم بعمليات البناء قصد البيع، ويرتبط مع المشتري بعقد بيع وليس بعقد مقاول¹، ومع ذلك فقد أخضعه المشرع الجزائري إلى أحكام الضمان العشري وهو ما قضت به نص المادة 04 من القانون 07/86 بقولها: " يتحمل المكتب بإحدى عمليات الترقية العقارية، طوال عشر سنوات، ابتداء من تسليم شهادة المطابقة، العيوب الخفية التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريون أو المقاولون والأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد ايجار العمل، وذلك عملا بالمواد 140 الفقرة الأولى و 554 و 564 من القانون المدني²."

من خلال نص هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخضع المكتب لأحكام الضمان العشري صراحة رغم أن العقد الذي يربطه بالمشتري هو عقد بيع لا مقاول، لذلك فقد حمل المكتب المسؤولية العشرية مثله مثل المهندس المعماري والمقاول، سواء كان البيع قد تم قبل البدء في إنجاز البناء أو بعد إتمام الإنجاز، كما أنه أبقى على مسؤولية المهندس المعماري والمقاول طبقا لما تقضيه المادة 554 من ق م ج، خاصة في حالة ما إذا ارتبط معهم المكتب بعقد المقاول لإنجاز المشاريع العقارية، كما نص على أن بداية احتساب الضمان العشري ابتداء من تسليم شهادة المطابقة، فبمجرد وقوع هذه الواقعة يبدأ احتساب مدة الضمان العشري والمقدرة بعشر سنوات عكس ما هو في ضمان المهندس المعماري والمقاول حيث أن بداية الضمان تبدأ من تاريخ التسليم النهائي للأشغال.

ولعل ما يدعم هذا القول هو القرار (64748) والمؤرخ في 23 جانفي 1991 حيث قضت المحكمة بما يلي: " من المقرر قانونا أن المهندس المعماري والمقاول يضمنان بالتضامن ما يحدث خلال عشر سنوات من تخدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.

¹ - زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 211

² - المادة 04 من القانون 07/86، مرجع سابق.

ولما كان في - قضية الحال- أن قضاة المجلس بإخراجهم ديوان الترقية العقارية والتسيير العقاري من الخصام بالرغم من الخبرة المنجزة أظهرت أنه ضامن للبناء مع المقاول يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون¹.

وعليه فإن بداية احتساب مدة الضمان العشري التي يخضع لها المكتب تكون من تاريخ تسليم شهادة المطابقة وهو على عكس المهندس المعماري ومقاول البناء التي تكون مدة احتساب مدة الضمان من التسليم النهائي للأشغال، فالمكتب يخضع للأحكام المسؤولة العشرية من تاريخ تسليم شهادة المطابقة أو اكتشاف العيب وفقا لما نصت عليه المادة 40 من القانون 07/86 وهو ذات الأمر الذي استقرت عليه المحكمة العليا في القرارين رقم 465804، الصادر بتاريخ 2009/03/18²، وذات المعنى كرسه القرار رقم 871568، الصادر بتاريخ 2013/01/17³ والذي جاء فيه: " يلزم المكتب بإحدى عمليات الترقية العقارية بضمان المبنى مدة ثلاث سنوات، ابتداء من تاريخ تسلم الأشغال أو من تاريخ اكتشاف العيب".

2- مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93:

رغم أن الترقية العقارية ظهرت بشكل صريح في سنة 1986، أي بصدور القانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، إلا أن مهنة المرقى العقاري لم تظهر إلا في سنة 1993، بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري الذي جاء لتنظيم نشاط الترقية العقارية ومهنة القائمين بها، غير أن هذا المرسوم التشريعي ومنذ البداية اتضح فيه عدم الدقة في المصطلحات القانونية حيث جاء ينظم النشاط العقاري في حين أن كل نصوصه تضمنت تنظيم نشاط الترقية العقارية، بالرغم من مختلف التبريرات التي قدمت في فترة سريانه، كما أطلق المشرع على القائمين بعمليات الترقية العقارية باسم " المتعامل في الترقية العقارية"⁴.

¹ - القرار رقم 64748 صادر عن م، المحكمة العليا في 1991/01/23، المجلة القضائية، عدد 04، 1992، ص 31.

² - القرار رقم 465804، غ م، الصادر بتاريخ 2009/03/18، منشور، م، م، ع، ع، 1، لسنة 2009، ص 137.

³ - القرار رقم 871568 غ م، مؤرخ في 2013/01/17، منشور م م ع، عدد 10، لسنة 2014، ص 189.

⁴ - إيمان بوستة: مرجع سابق، ص 46.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشتري بعد تسليم الأشغال

أما بالرجوع إلى نص المادة 02 من المرسوم التشريعي 03/93 والمتعلق بالنشاط العقاري على أنه: " يشتمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة.

يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية مجال ذات الاستعمال السكني أو مجال مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري¹.

أما بالنسبة للمادة 03 فقد عرفت المتعامل في الترقية على أنه: " يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكور في المادة 02 السابقة، متعاملا في الترقية العقارية².

وعليه يمكن تعريف المتعامل في الترقية العقارية على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطات إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة، منها الاستعمال السكني أو للإيواء أو نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري".

نص المشرع الجزائري في الفقرات 02-03-04 من المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في الفاتح مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري على ما يلي: " وقبل أي تسليم بناية إلى المشتري، يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني، لا سيما المادة 554 منه، وطبقا للقانون المتعلق بالتأمينات لا سيما مواده من 94 إلى 99.

تبلغ نسخة التأمين المذكورة في الفقرة السابقة إلى المشتري، يوم حيازة ملكية البناية كأقصى أجل.

وإن لم يكن ذلك، يحمل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية المدنية زيادة على الأحكام التي ينص عليها القانون في هذا المجال³.

وعليه فإنه بالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر يتضح أن المشرع الجزائري قد نص على إخضاع المتعامل في الترقية العقارية لأحكام الضمان العشري، وهو ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها رقم

¹ - المادة 02 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، مرجع سابق.

² - المادة 03 من المرسوم التشريعي 03/93 المرجع نفسه

³ - الفقرات 02 و03 و04 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري. المرجع السابق.

509321 المؤرخ في 2009/12/17 إلى اعتبار المتعامل في الترقية العقارية مسؤولاً بالتضامن عن الضمان العشري مع المقاول والمهندس المعماري، في حالة عدم تبليغه لشهادة التأمين على المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري، إلى المشتري يوم حيازة البناية كأقصى حد، غير أنه إذا قام بتسليم هذه الأخيرة للمشتري، فإنه لا تقوم عليه المسؤولية العشرية¹.

3- المرقى العقاري في القانون 04/11:

انطلاقاً من نصوص القانون رقم 04/11 المتضمن تحديد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، حيث أضافت وأدخلت نصوص هذا القانون المرقى العقاري ضمن أشخاص الضمان العشري. ولذلك نجد أن تحسينا ومسايرة للتطور الذي حدث في الترقية العقارية وتدعيماً لهذا النشاط فقد تم إلغاء المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري²، وذلك بموجب القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011 والمحدد للنشاط الترقية العقارية³.

فقد عرف المرقى العقاري في المادة 14/03 من القانون 04/11 بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة التأهيل وإعادة الهيكلة وتدعيم البنايات المخصصة للبيع أو الإيجار بما فيها تهيئة الأرضيات المخصصة لاستقبال البنايات"⁴.

ويعتبر مرقياً عقارياً ما نصت عليه المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 والمؤرخ في 20 فبراير 2012 والذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري، وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يجوز اعتماداً وبممارسة نشاط الترقية العقارية كما هو محدد في القانون رقم 04/11⁵ فقد نص المشرع الجزائري أن من شروط الترقية

¹ - القرار رقم 509321 المؤرخ في 2009/12/17، قرار صادر عن الغرفة المدنية، م، م، ع، عدد 01، لسنة 2010، ص ص 139-138

² - المرسوم التشريعي 03/93. وقد تم إلغاء هذا المرسوم بالقانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية.

³ - القانون 04/11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1423 الموافق ل 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر، عدد 14، الصادرة 2011

⁴ - المادة 14/03 من القانون 04/11 المؤرخ في 2011، والمتعلق بالترقية العقارية، مرجع سابق

⁵ - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 والمؤرخ في 20 فبراير 2012 والذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري، وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ج ر، عدد 11، الصادر في 26 فبراير 2012، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 243/19 والمؤرخ في 08 سبتمبر 2019، ج ر، عدد 55، لسنة 2019.

العقارية أن يكون مسجلا في الجدول الوطني للمرقين العقاريين.

كما اشترط المشرع الجزائري أن يكون المرقى العقاري مستعينا بخدمات مقاول مؤهل قانونا ويربطهما عقد مقاوله وهذا ما جاءت به المادة 16 في الفقرة الأولى من القانون 04/11 والمتعلق بتحديد نشاط الترقية العقارية كما يلي: " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع العقاري وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاوله يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة¹". كما نلاحظ أن المشرع الجزائري نصّ على أنه من أجل مساءلة المرقى العقاري بأحكام الضمان العشري لابد أن يرتبط بعقد مقاوله بينه وبين المقاول.

ومنه يمكننا القول أن المشرع الجزائري قد وسع من مهام المرقى العقاري بشكل واضح وكبير، فبالرجوع إلى المرسوم التشريعي 03 /93 والمتعلق بالنشاط العقاري الملغى، فقد كانت مهامه تتمثل في قيامه بإنجاز أو تحديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو حاجات خاصة، إلا أنه طبقا لنص الفقرة 03 من المادة 15 من القانون 04/11 فإن المرقى العقاري إضافة إلى المهام التي كانت مستندة إليه في ظل المرسوم التشريعي - قيامه بعمليات البناء والمشاريع الجديدة- فقد أصبح كذلك يقوم بعمليات الترميم أو إعادة التأهيل، إعادة الهيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات.

ثانيا: التعريف الفقهي للمرقى العقاري

عرف المرقى العقاري عند فقهاء القانون بتعريفات عدة نذكر منها:

التعريف الأول: "هو الشخص الذي يأخذ زمام المبادرة والعناية الرئيسية في عملية الإنجاز"².

التعريف الثاني: وعرف كذلك: " كل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم بأخذ زمام المبادرة والعناية الرئيسية، من أجل إنجاز أو تحديد أملاك عقارية مخصصة للسكن أو لغرض حرفيا أو صناعي أو تجاري، بغرض بيعها أو استعمالها لتلبية حاجات خاصة"³.

¹ - ف 01 من المادة 16 من القانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية، المرجع السابق.

² - عايذة مصطفىاوي: مرجع سابق، ص 276.

³ - عمرو طه محمد علي بدوي: مرجع سابق، ص 207.

فمن خلال التعريف الفقهي للمرقي العقاري عند شرح القانون يمكننا القول أن فقهاء القانون لم يقتصروا تعريف المرقي العقاري في الشخص الطبيعي فقط بل قد يشمل الشخص المعنوي وإن دل على شيء فإنما يدل على التوسعة في مجال البناء وهذا بأخذ كل الإجراءات والعناية اللازمة من أجل تحقيق عملية بناء سليمة دون أن يشوبها أي عيوب.

أما فقهاء الشيعة الإسلامية لم يتطرقوا إلى هذا المفهوم وإلى هذه المهنة باعتبارها من المهن الحديثة.

ثالثا: شروط اكتساب صفة المرقي العقاري في ظل القانون 04/11

لاكتساب صفة المرقي العقاري فقد ألزم المشرع الجزائري عبر مختلف التشريعات الخاصة التي تضمنها نشاط المرقي العقاري مجموعة من الشروط لاكتساب هذه الصفة وهذه الشروط كالآتي:

1- شرط اكتساب صفة التاجر:

بالرجوع إلى نص المادة 19 من القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية فإنها نصت على أنه: " يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و 18 أعلاه طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط المحددة في هذا القانون¹. وعليه فإن المشرع الجزائري قد نص على اكتساب المرقي العقاري صفة التاجر.

والملاحظ أن المشرع الجزائري أبقى على هذا الشرط الذي كان نص عليه في المرسوم التشريعي 03/93 وهو ما جاءت به نص الفقرة 02 من المادة 03 من هذا المرسوم بنصها: "ويعد المتعاملون في الترقية العقارية تجارا باستثناء الذين يقومون بعمليات في الترقية العقارية لتلبية حاجاتهم الخاصة أو حاجات المشاركين في ذلك²".

وعليه اعتبر المشرع أن المتعامل في الترقية العقارية مرقيا عقاريا باستثناء الذين يقومون بعمليات الترقية لحاجاتهم الخاصة.

¹ - المادة 19 من القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية، مرجع سابق

² - الفقرة 02 من المادة 03 من المرسوم التشريعي 03/93 الملغى، مرجع سابق

2- شرط عدم التعرض لعقوبة تتعارض مع هذه المهنة:

بالرجوع إلى نص المادة 20 من قانون الترقية العقارية 04/11 فقد نص على أنه: " لا يمكن أن يكونوا مرقين عقاريين منشئين أو مشاركين بالأفعال قانونا أو فعليا بطريقة مباشرة أو من خلال وسيط، للمبادرة بمشاريع عقارية تخضع لهذا القانون، الأشخاص الذين تعرضوا لعقوبات بسبب إحدى هذه المخالفات الآتية:

- التزوير واستعمال المورور في المحررات الخاصة أو التجارية أو البنكية

- السرقة أو إخفاء المسروقات وخيانة الأمانة والتفليس وابتزاز الأموال أو القيم أو التوقيعات

- النصب وإصدار شيك بدون رصيد

- رشوة موظفين عموميين

- شهادة الزور واليمين الكاذبة والغش الضريبي

- الجرح المنصوص عليها بموجب الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية

كما يمنع من ممارسة هذا النشاط الأعضاء المشطوبون تأديبيا وبصفة نهائية بسبب الإخلال بنزاهة المهن المشكلة في نقابات¹.

3- الحصول على الاعتماد:

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط بموجب الفقرة 01 من المادة 21 من القانون 04/11 بقولها: " زيادة على الأحكام المنصوص عليها في المادة 20 أعلاه، يجب على المرقى العقاري الذي يلتمس اعتمادا أن يتمتع بحقوقه المدنية".

وعليه فإن المشرع قد نص على شرط الاعتماد بشرط أن يكون المرقى العقاري متمتعا بكل حقوقه المدنية، لذلك فقد دعم هذا الحق بوضعه آلية قانونية من أجل عدم استغلال هذا الاعتماد من غيره من الأشخاص وهو ما جاء به نص المادة 22 من القانون 04/11 السالف الذكر بقولها: " لا يمكن للمرقى العقاري التنازل عن الاعتماد أو تحويله، ويؤدي كل تغيير في الشكل والتسمية وعنوان الشركة

¹ - ف1 من المادة 21 من القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية مرجع سابق.

خلال نشاطه وكذا تغيير المسير إلى بطلان الاعتماد بحكم القانون، ويفرض ضرورة تجديدها حسب نفس الأشكال والشروط المطلوبة للحصول عليها¹.

4- أن يكون مسجلا في الجدول الوطني للمرقين العقاريين

وقد استحدث هذا الشرط من أجل إعطاء تنظيم أكثر لمهنة المرقى العقاري، بحيث دون هذا التسجيل لا يمكن أن يكتسب صفة المرقى العقاري أي شخص حتى ولو توفرت فيه الشروط القانونية الأخرى²، وهو ما دعمته المادة 03 من المرسوم التنفيذي 84/12 الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 243/19 المؤرخ في 8 سبتمبر سنة 2019، بنصها: " يمثل نشاط المرقى العقاري مهنة منظمة في مفهوم التشريع والتنظيم المعمول بهما، تكون ممارسته مانعة لأي نشاط آخر مدفوع الأجر".

وفي حال غياب الحصول على التراخيص أو الاعتماد، يتعرض الشخص المخالف إلى عقوبة جرمية انتحال³ طبقا لنص المادة 243⁴، وإن كان المرقى العقاري يمارس المهنة بدون اعتماد مصحوبة بالنصب، تعرض إلى جريمة النصب والاحتيال⁵ والمنصوص عليها في المادة 372 من ق ع ج⁶.

أما المشرع الفرنسي فقد أخضع المرقى العقاري لأحكام الضمان العشري بموجب المادة 1831-1 من قانون التمويل العقاري الفرنسي رقم 579 الصادر في 16 جويلية لسنة 1971 المضاف للقانون

¹ المادة 22 من القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية مرجع سابق.

² المرسوم التنفيذي 84/12 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 243/19 المتعلق ب تحديد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين مرجع سابق.

³ سميرة المير: مرجع سابق، ص 230

⁴ تنص المادة 243 من الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر، عدد 49، صادر سنة 1966، على أن: "كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئاً كمن ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين

⁵ سميرة المير: المرجع السابق، ص 206

⁶ جاء في نص المادة 372 من ق ع ج: "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخلصات أو إبراء أو التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشبية من وقوع أي شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دينار.

المدني الفرنسي والتي تنص على أن: " الممول العقاري هو الذي يتعهد قبل رب العمل، بمقتضى عقد تمويل عقاري في مقابل آخر معين، بأن يقوم بتشديد المباني أو المنشآت، إما بنفسه أو بواسطة الغير، والقيام بجميع الأعمال المادية، والتصرفات القانونية والإجراءات الإدارية والعمليات المالية، والتي من شأنها أن تؤدي في نهاية الأمر إلى انجاز البناء، ويلتزم بمقتضى هذا العقد، بأن يقوم بكل ما يلزم في سبيل إتمام عمليات التشييد والبناء، سواء قام بالكل أو بجزء، كما لو كان هو نفسه مقاولا، ويكون ملتزما بالالتزامات المفروضة على عاتق المقاولين والمنصوص عليها في المواد 1792، 1/1792، 2/1792، 3/1792 من هذا التقنين¹.

وعليه فبالرجوع إلى نص الفقرة 02 من المادة 1/1831 من قانون التمويل العقاري الفرنسي رقم 579 الصادر في 16 جويلية لسنة 1971 والمضاف للقانون المدني الفرنسي السالفة الذكر فقد قضت على أن المرقى العقاري يضمن تنفيذ الالتزامات التي تكفل بها الأشخاص الذين تعاقد معهم باسم رب العمل. لذلك فهو في هذه الحالة كفيل عن لأشخاص الذين ينفذون البناء بموجب عقود مع رب العمل. وبالرجوع إلى المادة 05 من القانون 12 لسنة 1978 باستبدال الجملة الثالثة من المادة 1831 والتي نصت على: " ويكون المرقى العقاري على وجه الخصوص مسؤولا عن الالتزامات الناتجة عن المواد 1792، 1/1792، 2/1792، 3/1792، من التقنين المدني²."

ومن خلال هاتين المادتين سنتتج أن المشرع الفرنسي قد أخضع المرقى العقاري لأحكام الضمان العشري، فهو مسؤولا شخصيا في مواجهة رب العمل، بعدما كان ضامنا أو وكيلًا للأعمال التي ينفذها

¹- Art (1831-1 Loi 71-579, 1971-07-16) : le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite "promoteur immobilier" s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, ou moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant ou même objet. Ce promoteur est garant d'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité un nom du maître de l'ouvrage. il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code..

- Si le promoteur s'engage à exécuter lui-même partie des opérations du programme, il est tenu, quant à ces opérations, des obligations d'un locateur d'ouvrage".

² - Art 5(loi 78-12. 04 Janv. 1978:)La troisième phrase du premier alinéa de l'article 1831-1de code civil est remplacée par les dispositions suivantes " :il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792,1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code)

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

المتعاقدون مع رب العمل، فهو يسأل بصفته معماريا لا بصفته وكيلًا، أو ضامنا للمعماريين، دون الالتفات إلى ما كان يوجد بينهما عقد مقاوله أم لا، شأنه في ذلك شأن باقي المعماريين المتدخلين في عملية البناء، بل وحتى لم يشترط المشرع الفرنسي ضرورة توافر شروط معينة حتى تقوم المسؤولية¹.

الفرع الثاني: التطور التشريعي لأشخاص الضمان العشري في التشريع الفرنسي

لقد وسع المشرع الفرنسي من النطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري، عكس ما قرره المشرع الجزائري، الذي قصر الأطراف الملتمزمون بالضمان في المهندس المعماري والمقاول، فقد أضاف المشرع الفرنسي إضافة إلى المقاول والمهندس المعماري، أشخاصا آخرين سواء كانوا طبيعيين أو معنويين تربطهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة بعملية البناء. وهذا مساهمة للتطور عملية البناء التي تقتضي تدخل العديد من الأطراف في عملية البناء، ومسايرة لمتطلبات ميدان البناء والتشييد.

بالرجوع لنص المادة 1792-1 من القانون 12/78 المؤرخ في 1978/01/04 والتي نصت على أنه: " يعتبر معماريا يقوم بتشديد البناء:

1- كل مهندس معماري أو مقاول أو فني، أو غيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاوله.

2- كل شخص يبيع بعد تمام التشييد، عقارا كان قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين

3- كل شخص باعتباره وكيلًا عن مالك العقار، يقوم بمهمة مماثلة لما يقوم به مؤجر العمل (المقاول²).

استنادا إلى نص المادة السالفة الذكر فإن المشرع الفرنسي قد نص على فئتين خاضعتين لأحكام الضمان العشري وهما ما تعلق بالأشخاص المرتبطون برب العمل كالمهندس المعماري والمقاول والمراقب الفني وما هو خارج عن هذه العلاقة وعليه سنفصل في الفئتين كالآتي:

¹ - زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 207.

² - Art 1792-1 (loi 78-12. 04 Janv. 1978) ; (Est réputé constructeur de l'ouvrage ;

01- tout architecte ; entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maitre de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage

02- Toute personne qui vend ; après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire=

03- Toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage)

البند الأول: الأشخاص المرتبطون مع رب العمل بعقد إجارة عمل في ظل القانون رقم 12/78

لسنة 1978

إذا مان المشرع الجزائري قد اخضع المهندس المعماري والمقاول لأحكام الضمان العشري بموجب قم ج، فإن المشرع الفرنسي أضاف إلى جانب المهندس المعماري والمقاول المراقب الفني لأحكام الضمان العشري. واعتبه من الأشخاص المرتبطون مع رب العمل بعقد إجارة عمل. - تم التطرق إلى هؤلاء الأشخاص سابقا-.

البند الثاني: الأشخاص المسؤولون خارج عقد إجارة عمل في ظل القانون رقم 12/78 لسنة 1978

كما أضاف المشرع الفرنسي إضافة للمهندس المعماري ومقاول البناء كل من ارتبط مع رب العمل بعقد مقاوله، فحسب هذه المادة فإنها تشمل كل من ساهم في عملية البناء والتشييد بغض النظر عن لقبهم، أو مركزهم القانوني أو مؤهلهم أو صفتهم، ما دامو يمارسوا دورهم هذا بمقتضى عقد المقاوله مع رب العمل. فكل من تربطه علاقة مع رب العمل في عقد مقاوله تشييد وبناء فإنه خاضع لأحكام الضمان العشري حسب منطوق نص المادة 1792 السالفة الذكر.

ويمكن أن يندرج تحت هذا المفهوم على سبيل المثال: مكاتب الدراسات الفنية، والمهندسون الاستشاريون، والمهندسون غير المعماريين، والحدادون والنجارون ومقاولو الأعمال الصحية وإلى غير ذلك من الفنيين الذين يتدخلون في أعمال البناء والتشييد، من دراسة التربة التي سيقام عليها البناء إلى وضع الرسومات والخرائط، وعمل المقاييسات، فالقيام بالتنفيذ وكل ما يقتضيه البناء¹، وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 41 من قانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية.

أولا: بائع العقار

من خلال نص الفقرة 02 من المادة 1792 من القانون رقم 12 لسنة 1978¹، السالفة الذكر يتبن أن المشرع الفرنسي أخضع كذلك البائع لأحكام الضمان العشري، سواء قام المقاول ببناء المباني لحسابه الخاص، وهذا يقتضي أنه هو صاحب العمل وهو المستفيد ثم يجعل هذا البناء للبيع، سواء كان هذا البيع قبل تمام التشييد أو بعده.

¹ - شعبان عياشي: مرجع سابق، ص 90، انظر زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 170.

يمكن تعريف بائع العقار من خلال ما نصت عليه المادة السابقة على أنه: " هو كل شخص تولى بنفسه أو بواسطة آخرين تشييد عقار دن ارتباط لعقد مقالة مع رب العمل، ثم قام ببيعه تام الإنجاز لآخر¹.

وعرف كذلك بقولهم: " ذلك الشخص الذي يقوم بمعرفته بناء لحسابه الخاص، أي أنه تجتمع فيه صفتا المفاوض والمالك ثم يتصرف في هذا البناء بالبيع²".

وعليه فإن بائع العقار جمع بين صفتين، فقد اعتبر مقاولا عندما شيد البناء لحسابه الخاص، واعتبر بائعا عندما شيد هذا البناء باعتباره المالك للبناء وقام ببيعه على أساس عقد البيع لا مقاولا، وعليه فلا يمكن تسميته بمفاوض فقط أو بائع فقط بل يجمع بين الوظيفتين ويسمى المقاول البائع.

لكن السؤال الذي يثار في هذه الحالة هل تطبق عليه أحكام المسؤولية العشرية باعتباره مقاولا، أم أنه يخضع لأحكام القواعد العامة باعتباره بائعا؟.

للإجابة على هذا السؤال المطروح، يمكننا القول لتطبيق أحكام الضمان العشري لابد من وجود عقد مقاوله يربط بين رب العمل والمفاوض، وعليه فإن المقاول البائع القائم بتشيد هذا العمل، لا يمكن إخضاعه لنص المادة 554 من ق م ج، أي لقواعد المسؤولية العشرية، طالما لم يرتبط هذا البائع بموجب عقد مقاوله، وإنما يسأل في حالة وجود عيب بالعمل المشيد، طبقا لقواعد ضمان البائع للعيوب الخفية والمقررة بنص المادة 379 من ق م ج³ والتي جاء نصها كمايلي: " يكون البائع ملزما بالضمان، إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي يتعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتريين أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به، بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها⁴.

لكن والملاحظ من نص المادة 554 من ق م ج، فإن المشرع الجزائري قد اعتبر المقاول خاضعا لأحكام الضمان العشري، بصريح العبارة، لكن لم يحدد العقد الذي يكون المقاول قد أبرمه عقد مقاوله، بل اكتفى بالقول أن القائم بهذا العمل هو مقاولا، ومن ثمة فقد يكون العقد الذي أبرمه هذا

¹ - سميرة المير: مرجع سابق، ص 224

² - مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 142

³ - مسعودة مروش: المرجع نفسه، ص 143

⁴ - المادة 379 من ق م ج.

الأخير فهو عقد بيع، وهو الحال الذي نحن بصدده إذ قد يقوم المقاول ببيع بناء لا يزال تحت التشييد أو حتى تام التشييد، والذي لا يعدو إلا أن يكون مقاولا طبقا لنص المادة 554 من ق م ج، ما دام قد قام بتشيد بناء وبيعه لشخص آخر، فكان يجب إخضاعه لأحكام الضمان العشري، دون مراعاة لصفة العقد وللعلاقة التعاقدية التي قد يربطها والطرف الآخر أي رب العمل¹.

ولعل ما دفع بالمشرع الفرنسي لتعرضه لهذه الصورة من التعامل، والتي ظهرت في الواقع، وهو أن يضع حدا لنوع جديد من التلاعب الذي يسلكه أغلب المشيدين، مؤداه أن المعمارين يعمدون إلى تشييد العقار لحسابهم الخاص، ثم يبعونه بعد إتمام الأشغال وهذا هروبا من أحكام الضمان العشري التي تفرض على عاتقهم.

لذلك فإن مدة الضمان العشري تبدأ في السريان اعتبارا من وقت تسلّم العمل مقبولا من جانب رب العمل، وليس من وقت البيع².

أما المشرع الجزائري فلم يذهب إلى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بإخضاع بائع العقار لأحكام الضمان العشري وإنما نص على ذلك في مجال نشاط الترقية العقارية بإخضاع المرقبي العقاري لأحكام الضمان العشري.

ثانيا: الوكيل

كما أخضع المشرع الفرنسي الوكيل لأحكام الضمان العشري وذلك بموجب المادة 1/1792 من القانون رقم 12 لسنة 1978 حيث نصت: "كل شخص يؤدي مهمة مماثلة لمهمة المقاول على الرغم من أنه أداها بصفته وكيلا عن مالك البناء"³. فمعلوم أن دور الوكيل يقتصر على إبرام التصرفات القانونية باسم رب العمل ولحسابه، إلا أنه إذا تعدى ذلك للقيام بأعمال تدخل في نطاق المقاول كقيامه بوضع التصاميم والاشراف على العمل مثلا فهو خاضع لأحكام الضمان العشري وهو ما

¹ - مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 144.

² - محمد ناجي ياقوت: مرجع سابق، ص 51

³ - Art 1792-1-3 (loi 78-12. 04 Janv. 1978) : toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

نستخلصه من خلال هذه المادة أن المشرع الفرنسي أخضع الوكيل لأحكام الضمان العشري ولخضوع هذا الأخير لهذه المسؤولية لا بد أن تتوفر فيه شرطان وهما:

-الشرط الأول: أن يرتبط هذا الشخص مع رب العمل بعقد وكالة صريحة أو ضمنية وأن يكون تصرفه في حدود وكالته

-الشرط الثاني: أن يقوم هذا الشخص بأعمال تشبه مهمة المهندس المعماري أو المقاول أو غيرها من الأشخاص الآخرين الذين يشاركون في عملية التشييد، كأن يقوم بدور المهندس المعماري بوضع التصميمات اللازمة، أو الاشراف على تنفيذ الأعمال في موقع العمل، أو أن يقوم بالتنفيذ كما هو الحال بالنسبة للمقاول أو ما يقوم بعملية تمويل مشروع البناء¹.

أما المشرع الجزائري فلم يورد نص صريح لا في نصوص القانون المدني ولا في نصوص التشريع المتعاقبة عن إخضاع الوكيل لأحكام الضمان العشري، بل اكتفى بتعريف الوكالة في نص 571 من القانون المدني الجزائري، أما بالرجوع لنص المادة 1/175 من الأمر 07/95 المعدل بالقانون 04/06 والمتعلق بالتأمينات فقد نصت على: " على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني وأي متدخل" فمن خلال النص التالي يتبين أن المشرع الجزائري قد قام بالنص على بعض الأشخاص وإخضاعهم للأحكام الضمان العشري، إلا أنه لم ينص صراحة على أن الوكيل ضمن هذه الطائفة، وهو ما يمكن استنتاجه من مصطلح " أي متدخل". على اعتبار أن الوكيل أحد الأطراف المتدخلة في عملية البناء وحسنا لو التفت المشرع لهذا المصطلح وقرر من يكون المتدخلون في نص المادة 175 من الأمر 07/95 المعدل والمتمم السالف الذكر.

ثالثا: الصانع

أما بالرجوع إلى نص المادة 04/1792 من القانون رقم 12 لسنة 1978 فقد قضت على تضامن الصانع لعمل أو لجزء من عمل أو تجهيزي به مع المقاول الذي قام بتركيب هذا العمل في المبنى في إخضاعهما لأحكام الضمان العشري والتي نصت على: " يعتبر أيضا معماريا بالمعنى المقصود في هذه المادة (كل صانع لعمل، أو جزء من عمل، أو لعنصر تجهيزي فيه، صمم وأنتج على أن يفني بأغراض

¹ - ناجي ياقوت: مرجع سابق، ص 52 انظر سميرة المير: مرجع سابق، ص 227.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشيّر بعد تسليم الأشغال

خاصة به، مقررة ومحددة سلفا، يكون مسؤولا بالتضامن مع مؤجر العمل (المقاول) الذي قام بتركيب هذه الأشياء عن الالتزامات التي تضعها المواد 1792 2/1792 3/1792 على عاتق هذا الأخير، متى كان هذا التركيب قد تم دون تعديل فيه، وبالمطابقة للقواعد والتعليمات التي وضعها الصانع لنفسه¹.

وعليه يمكن تعريف الصانع على أنه: " كل شخص يشارك بمنتجاته الصناعية في عملية البناء والتشييد المعماري دون غيره من سائر الصنّاع الآخرين"².

ويخرج من فئة الصنّاع حسب التفسير الضيق لهذا النص صنّاع المواد الأولية في البناء كالمادة الخام من رمل حجارة اسمنت خشب والمواد النصف مصنعة كالأنابيب الأسلاك، لأن هذه المواد على الرغم من استخدامها في عملية البناء، إلا أنها لا تصمم لنتج سلفا لكي تفي بأغراض خاصة بالبناء، وإنما تنتج لتفي بأغراض متنوعة وإن كانت الأغراض المعمارية من ضمنها إلا أنها ليست مقصورة عليها³.

وعليه فإن المشرع الفرنسي قد حدد أنواع الصنّاع فيما يلي:

أ-الصانع للعمل: وهو ذلك الذي يتولى تصنيع العمل المطلوب اقامته بالكامل في مصنعه ويتم نقله إلى مكان العمل من أجل تركيبه⁴.

ب-الصانع لجزء من العمل: وهو ذلك الصانع لجزء أو عنصر من العناصر التأسيسية أو التكوينية في البناء وعليه فإن البناء لا يمكن تأديته وظائفه إلى بضم هذا الجزء إلى غيره من العناصر التأسيسية ومنها.

فمن خلال نص المادة التالية يتعين أن المشرع الجزائري لم يغفل دور الصانع في مجال التشييد والبناء، نظرا للتطور التكنولوجي الذي يشهده هذا المجال خاصة في الآونة الأخيرة. خاصة بعد انتشار فكرة إقامة المساكن أو الأجزاء سابقة التجهيز (les misons préfabriqués) بحيث أصبح دور

¹-Art 1792/4-1(loi 78-12. 04 Janv. 1978) (Est réputé constructeur de l'ouvrage , le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire en état de service, à des exigences et déterminées à l'avance, est solidairement responsable des obligations mise par les articles 1792, 1792-2, 1792-3 à la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en œuvre, sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant d'ouvrage, ou l'élément d'équipement considéré)

² - محمد ناجي ياقوت: مرجع السابق، ص 59. انظر كذلك مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 129

³ - سميرة المير، مرجع سابق، ص 228

⁴ - ناجي ياقوت: المرجع السابق، ص 59

الفصل الأول:.....النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

المقاول يقتصر فقط على تركيب أجزاء من هذه المساكن، وذلك بضم بعضها إلى بعض، كما وضعها الصانع في مصنعه¹.

وبالرجوع لنصوص التشريع الجزائري فلم أعتز على نص في التشريع الجزائري، ينص على إخضاع الصانع لأحكام الضمان العشري. لكن بالرجوع إلى نص المادة 1/175 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات والمعدل بالقانون 04-06 فقد نصت على عبارة " كل متدخل شخصا طبيعيا كان أو معنويا" ففعل ما قصد إليه المشرع هو إخضاعه لأحكام الضمان العشري دون التعبير الصريح، لذلك كان لزاما إخضاع الصانع لأحكام الضمان العشري في التشريع الجزائري بنص صريح كما ذهب إليه المشرع الفرنسي.

رابعاً-الأشخاص الذين يأخذون حكم الصانع (المستورد والموزع)

استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة 4-1792 من ق مدي الفرنسي أنه يكون في حكم الصانع:

" ذلك الذي يستورد عملا، أو جزء من عمل، أو عنصرا تجهيزيا له تم صنعه بالخارج.

أو ذلك الذي يقدم ذلك المصنوع على أنه من صنعه، وذلك بوضع اسمه أو ماركته أو أي علامة مميزة له عليه"².

1-المستورد:

فمن خلال نص المادة في الفقرة الأولى يمكن أن نستنتج أن المستورد هو: " كل شخص يستورد عملا كاملا مثلا أو جزء منه، أو عنصرا من عناصر التجهيز في العمل، وكان هذا العنصر مصنوعا بالخارج". بحيث يصبح المستورد في هذه الحالة مثله مثل الصانع أو المنتج، مسؤولا عن فساد العناصر التجهيزية التي استوردها ومن نص هذه المادة فقد أخضع المشرع الفرنسي المستورد لأحكام الضمان العشري فيكون المستورد مسؤولا بالنص.

¹ - زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 153

² - Art 1792/4-2(loi 78-12. 04 Janv. 1978)son assimilé a des fabricants pour l'application du présent article ;

- celui a importé un ouvrage ; une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement fabriqué a l'étranger

-celui qui la présenté comme son œuvre en faisant figurer sur lui son non, sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif).

2- الموزع:

انطلاقاً من نص المادة السالفة الذكر فقد عرفت الموزع على أنه: " الشخص الذي يبيع مادة لم يتم بتصنيعها ويقوم ببيعها بأن يضع عليه اسمه أو ماركته أو أي علامة مميزة له".

فمن خلال نص المادة السالفة الذكر يتبين أن المشرع الفرنسي قد أخضع كل من المستورد والموزع لأحكام الضمان العشري، ولعل السبب في ذلك هو توفير حماية أوسع لرب العمل حيث أخضع أشخاص لا تربطهم مع رب العمل بأي علاقة.

خامساً: معماري المنزل الشخصي (الخاص)

بالرجوع إلى نص الفقرة 01 من المادة 45 من القانون الفرنسي رقم 579 لسنة 1971: " كل عقد غير عقد التمويل العقاري المنصوص عليه في الباب الرابع من هذا القانون، يتم بمقتضاه شخص بتشييد عقار للاستعمال والسكن، أو السكن المهني، لا يتضمن إلا سكناً شخصياً واحداً فقط، وطبقاً للتصميم أو الرسم الذي يعرضه بنفسه أو بواسطة الغير على رب العمل يجب أن يحتوي البيانات التالية"¹. كما نصت المادة 06 من القانون رقم 12 لسنة 1978 فقد جاء نص المادة مؤكداً أن الشخص المذكور بموجب المادة السالفة الذكر(45) يعتبر مشيداً حيث قضت المادة بما يلي: " يعتبر مشيداً للعمل بمفهوم المادة 01/1792 من التقنين المدني الفرنسي"².

يقصد بهذا الأخير ذلك الشخص الذي يرتبط مع رب العمل بعقد تشييد منزل يلتزم بمقتضاه أن يشيد لهذا الأخير منزلاً خاصاً، للاستعمال الخاص، سواء السكني فقط أو السكني أو المهني معاً، بشرط أن لا يحتوي العقار المتعاقد على تشييده على أكثر من سكن (منزل واحد)، وفقاً للرسومات والتصميمات التي يعرضها هذا المعمارى نفسه أو بواسطة الغير على رب العمل، ويكون على أرض

¹- Art 45-1loi 71-579 du 16/07/1971: tout contrat autre que celui visé ou titre de la présente loi par lequel une personne se charge de la construction d'un immobile à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation ne comportant qu' un seul logement d'après un plan qu' elle a proposé ou fait proposer au maître de l'ouvrage doit comporter les énonciation suivants.

²- Art 6 loi 78-12 4 janv. 1978 la personne mentionnée par premier alinéa ci – dessus est réputée contracture de l'ouvrage ou sens de l'article 1792 du code civil

مملوكة لهذا الأخير نفسه، وليس على أرض مملوكة للمعماري، تميزا عن بائع العقار¹.

وما مضى نستنتج أن المشرع الفرنسي قد وسع النطاق الشخصي للضمان العشري ليشمل أشخاصا آخرين سواء كانوا طبيعيين أو معنويين لهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة بعملية البناء. وذلك بإخضاعهم لأحكام الضمان العشري.

وعليه يتضح أن المشرع الجزائري حصر أطراف المسؤولية العشرية في القانون المدني الجزائري في المهندس المعماري مقال البناء أي (المشيد) حيث جعل كلا منهما متضامن مع الآخر في الضمان جراء العيوب التي تصيب البناء سواء كان العيب خفيا أو ظاهرا وسواء كان التهدم كليا أو جزئيا، أمّا التشريعات الخاصة فقد استدركت هذا النقص وأضافت بعض الأشخاص المسؤولين بالضمان ومنهم المراقب التقني أو الفني وكذا المرقى العقاري، مكاتب الدراسات وغيرهم وفقا لنصوص تشريعية منها قانون الترقية العقارية 04/11 وقانون التأمينات 07/94.

كما أن المشرع الفرنسي لم يبق عند هذا الحد وأضاف أطراف أخرى واعتبرها من المسؤولين عن أعمال البناء كالصانع والبائع والوكيل والمنتج والمستورد وهذا وفقا لما قضته نص المادة 1792 من ق م في سواء كانت تربطهم برب العمل عقد مقاوله أم لا.

¹ - زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 216. انظر كذلك سميرة المير: مرجع سابق، ص 232

المبحث الثاني: المستفيدون من أحكام الضمان العشري

إن القصد من الاستفادة هو لمن ينتج العقد آثاره في العلاقة التعاقدية، ومنه يمكننا القول أن في عقد المقاولة أو بالأحرى في الضمان العشري فرب العمل وخلفه العام والخاص هو الذي يستفيد من الضمان العشري، لذلك فقد قرر المشرع الجزائري في نص المادة 554 السالفة الذكر أن هذا الضمان جاء لحماية رب العمل الذي يكون في الغالب غير خبير في مجال البناء وأصوله، ففي حالة ما إذا توفي رب العمل فإن الخلف العام والخاص ينوبه في الاستفادة من آثار المقاولة، لكن ونظرا للتطور العمراني اليوم فقد أفرزت الساحة العمرانية أشخاص آخرين هم المستفادين من آثار عقد المقاولة مثل المالكون المشتركون في البناء الواحد، وظهر ما يعرف بالبيع الإيجاري، لذلك سنتناول المستفيد الأول وخلفه العام والخاص من الضمان العشري في (المطلب الأول) أما (المطلب الثاني) فقد كان تحت عنوان بعض الإشكالات في تحديد المستفيد من الضمان العشري كالآتي:

المطلب الأول: رب العمل وخلفه العام والخاص

إن المستفيد الأول من الضمان في الضمان العشري هو رب العمل الذي يعتبر صاحب المشروع والذي تعاقد مع المهندس المعماري والمقاول، ويستوي أن يكون قد أبرم العقد بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه أو يمثله وقد يكون تعاقد بموجب وكالة خاصة، ويستوي أن تكون هذه الوكالة صريحة أو ضمنية¹ وتم إنجاز العمل لصالحه. ولكن في حالة ما إذا توفي رب العمل فإن الحق في المطالبة بالضمان ورفع دعوى الضمان العشري ينتقل إلى خلفه من بعد وهو ما تبينه في الآتي:

الفرع الأول: رب العمل

يعتبر رب العمل هو المستفيد الأول من أحكام الضمان العشري، وهو الذي شيّد المبنى لصالحه، وإن كان المشرع قد نص في نصوص الق م ج على أنه هو المستفيد الأول من الضمان فإنه لم يتطرق إلى تعريفه. وعليه فسنستطرق إلى تعريف رب العمل في كل من الق م ج، وما جاءت به النصوص الخاصة في (البند الأول) مع ذكر التزاماته في عقد المقاولة في (البند الثاني) كالآتي:

¹ - محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص 161، أنظر كذلك محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص 40.

البند الأول: مفهوم رب العمل

أولاً: التعريف التشريعي لرب العمل

1- تعريف رب العمل في القانون المدني الجزائري:

انطلاقاً من نصوص ق م ج نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف رب العمل في نص المادة 549 منه حيث نصت: "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"¹ فمن خلال هذه المادة يتضح أن رب العمل هو الطرف الذي يؤدي العمل لصالحه مقابل أجر يدفعه هذا الأخير. واكتفى المشرع في نصوص القانون المدني الجزائري بذكر التزامات رب العمل من المادة 558 إلى المادة 563. لذلك نجد أن أغلب التشريعات أطلقت مصطلح صاحب المشروع والمقصود منه هو رب العمل. كما فعل المشرع الجزائري.

2- تعريف رب العمل في النصوص الخاصة:

لذلك نجد أن المشرع الجزائري عرف رب العمل تحت مسمى "صاحب المشروع" في المادة 07 من المرسوم التشريعي 94-07 السابق الذكر: "بأنه يقصد بصاحب المشروع حسب مفهوم هذا المرسوم التشريعي، كل شخص طبيعي أو معنوي، يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول لبناء ما يقع على قطعة أرضية مالك لها أو يكون حائزاً على حقوق البناء عليها"².

لذلك فإن رب العمل من خلال نص المادة سالفه الذكر قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً يقام البناء لصالحه، بحيث يكون مالك لقطعة الأرض أو أن يتمتع بحقوق للبناء عليها.

ثانياً: التعريف الفقهي لرب العمل

عرف فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية رب العمل بتعريفات عدة نذكرها في الآتي:

1- تعريف رب العمل عند فقهاء القانون:

عرف رب العمل بتعريفات عدة منها:

¹ - المادة 549 من ق م ج

² - المادة 07 من المرسوم التشريعي 07/94 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل بالقانون 06/04 المؤرخ في 2004، ج ر ج ج، عدد 51، لسنة 2004.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشيّر بعد تسليم الأشغال

التعريف الأول: رب العمل هو: "الشخص الذي يشيّد البناء أو المنشأ الثابت لحمايته سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، خاصا أو عاما"¹.

ونستنتج من هذا التعريف أن المستفيد من أحكام الضمان العشري هو رب العمل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، أما في الحالة التي يكون صاحب العمل شخصا معنويا فإن ممثله هو الذي يبرم العقود ويتولى دعاوى الضمان عنه.

التعريف الثاني: وعرف كذلك على أنه: "الشخص الذي يشيّد البناء أو يقام المنشأ الثابت في الحقيقة لحسابه، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، سواء أبرم العقد بنفسه أو بواسطة وكيل عنه"². نستنتج من خلال هذا التعريف بأن رب العمل قد يبرم العقد بينه وبين المقاول والمهندس المعماري، أو يكلف من ينوب عنه.

من خلال التعاريف السابقة نستنتج أن رب العمل هو: "ذلك الشخص الذي يربطه بالمقاول أو المهندس عقد مقاوله مضمونه إنجاز بناية أو تشيّد منشأة. وقد يكون رب العمل شخصا طبيعيا كفرد معين أو شخصا معنويا كشركة أو مؤسسة، ولا يشترط في رب العمل أن يكون هو الذي تولى إبرام العقد بنفسه، فقد يكون قد أناب غيره، وهو الذي يطالب بالضمان العشري من جراء الضرر الذي أصابه".

وعليه فله حق الرجوع بالضمان على المهندس المعماري والمشيّد أو عليهما معا متضامنين. لكونه هو الذي يصاب عادة بالضرر جراء تهمد البناء أو ظهور عيب في المنشآت الثابتة الأخرى يهدد سلامتها أو متانتها.

2- تعريف رب العمل في الفقه الإسلامي:

فما يعرف برب العمل في القانون هو ما يطلق عليه لفظ المستأجر في الفقه الإسلامي فيعرف على أنه:

عرف المستأجر في الفقه الإسلامي بتعريفات منها:

¹ - زايدي مدوري: مرجع سابق، ص 94.

² - عمرو طه محمد علي بدوي: مرجع سابق، ص 114.

التعريف الأول- "هو طالب المنفعة، كالمشتري يطلب العين بعوض¹".

فمن خلال هذا التعريف فإن المستأجر هو من يطلب عين أو منفعة من شخص آخر بمقابل عوض وأجر عن هذه المنفعة.

التعريف الثاني: وعرف كذلك على أنه: " من يبذل الأجرة²".

أما التعريف الثاني فقد قصر مهام المستأجر في دفع الأجرة دون الإشارة إلى طلب المنفعة.

وعليه فيمكن تعريف المستأجر كما يلي: " هو ذلك الشخص الذي يطلب منفعة أو عين بمقابل عوض يدفعه للأجير".

وعليه نستنتج أن التعريف القانوني الوضعي والفقهي الشرعي متطابقين إلى حد بعيد.

لكن السؤال الذي يمكن طرحه في هذا المقام، هل يمكن اعتبار المقاول الأصلي رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن؟ وللإجابة عن هذا التساؤل يمكننا القول أن:

المقاول الأصلي الذي يتعاقد من الباطن مع مقاولين متخصصين (فرعيين) يعدّ في الحقيقة في مركز رب العمل في علاقته بهم إلا أنّ هذه العلاقة لا يطبق عليها أحكام الضمان العشري، ومن ثمّ ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلّم المقاول الأصلي الأعمال التي قام بها مع تمكنه من فحصها، والكشف عمّ بها من عيوب، فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك، لم يكن المقاول من الباطن مسؤولاً إلاّ بالقدر وبالمدة التي يقضي بها عرف الحرفة، وبالتالي فلا يكون ملتزماً بالضمان إذا ظهر عيب خلال عشر سنوات³.

والسبب في ذلك أن الضمان الخاص الذي نحن بصددده، وهو ضمان مشدد قد اقتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول أو المهندس، فرب العمل يكون عادة رجلاً غير خبير وغير فني، فأراد القانون أن

¹ - أحمد عرفة أحمد يوسف: التوازي في العقود وتطبيقاته المعاصرة -دراسة فقهية مقارنة-، دار التعليم الجامعي، مصر، ط1، 2019، ص 253

² - محمد بن إبراهيم التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، د ب ن، ط1، 1430هـ- 2009م، ج3، ص329

³ - سمير عبد السميع سليمان الأودن: مرجع سابق، ص 148.

يحميه ضد المقاول والمهندس وهما من رجال الفن والخبرة، وليس هذا هو مركز المقاول الأصلي من المقاول من الباطن، فكلاهما من أهل الفن والخبرة ولا يوجد مقتضى لحماية خاصة مشددة تمنح للمقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن، ويكفي في حماية حقوق المقاول الأصلي الرجوع إلى القواعد العامة¹.

وهو ما نصته الفقرة الأخيرة من المادة 554 من ق م ج: " ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين"².

البند الثاني: التزامات رب العمل في عقد مقالة بناء

على رب العمل أن يبذل كلاً ما في وسعه من أجل تمكين المقاول من البناء وتنفيذه بأسهل الطرق ومتى كان ذلك وتم العمل على أحسن وجه، فعلى رب العمل المبادرة إلى تسلّمه في أقرب الآجال، لذلك فسندقوم بتناول هاذين العنصرين في الآتي:

أولاً: التزام رب العمل بتمكين المقاول من تنفيذ العمل

يأخذ التزام رب العمل من تمكين المقاول من تنفيذ العمل جانبين أساسيين، أحدهما إيجابي ويتمثل في تسهيل سير العمل وتنفيذه، أما الجانب السلبي وهو الامتناع عن عرقلة سير العمل، وعليه يشمل التزام تمكين المقاول من تنفيذ العمل صورتين أساسيتين صورة الالتزام الإيجابي وصورة الالتزام السلبي وما هو جزاء الإخلال بهذا الالتزام، وهو ما سنبينه في الآتي:

1- الصورة الأولى: الالتزام الإيجابي تسهيل سير العمل وتنفيذه

يلتزم رب العمل بالقيام بما هو ضروري لكي ينفذ المقاول العمل المكلف به، فإذا كان القيام بالعمل يتطلب ترخيصاً من سلطات معينة، كان على رب العمل أن يحصل على هذا الترخيص، وإذا كان متفقاً على أن رب العمل هو الذي يقدم الأدوات والآلات اللازمة أو المواد الأولية التي تستخدم فيه، وجب عليه أن يقوم بتوريد هذه الأشياء³.

وإذا كان العمل يجب أن يتم وفقاً لمواصفات أو رسومات أو بيانات يقدمها رب العمل، وجب

¹ - السنهوري مرجع سابق، ص 112

² - المادة 554/3 من ق م ج.

³ - محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص 285

عليه تقديمها في الوقت المتفق عليه، أو في الوقت المناسب لأنه لا يمكن تنفيذ العمل بدونها، بل رب العمل يلتزم بالذهاب إلى مكان العمل بنفسه، وإذا كان وجوده فيه أمرا لا بد منه لإتمام العمل¹. وقد يكون العمل محتاجا لتنفيذه من طرف المقاول، أن يتحصل على مواصفات أو رسومات أو مقاسات أو خرائط من رب العمل، فإن هذا الأخير مطالب بتقديمها في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المناسب، كأن يطلب من رب العمل تحديد عدد النوافذ التي يريدتها في كل غرفة أو شكل الشقق، وتحديد البناء الذي يريدته، أو طبيعة الأرضية، أو نوع الرسم الذي يريدته لتزيين الجدار، أو السقف، بحيث أن هناك بعض المواصفات يتفق فيها الطرفان على إنجازها وفقا لرغبة رب العمل، إذ يتطلب الأمر تدخل رب العمل لتقديم تلك المواصفات².

كما يجب على رب العمل الاتفاق مع جاره في الاشتراك في الحائط المشترك، حتى يستطيع المقاول الاستمرار في تنفيذ البناء، من أجل استمرار عملية البناء في الحائط المشترك³. وعليه كان لازما على رب العمل، توفير كل التسهيلات للمقاول من أجل تنفيذ عمله، على أحسن وجه وبما تقضي به فنون الصناعة، من تقديم للمواد وتقديمه كذلك للرسومات والمواصفات كما يريدتها أن تكون.

2- الصورة الثانية: الالتزام السلبي الامتناع عن عرقلة سير العمل

ومن بين الأعمال التي تعرقل تنفيذ العمل سحب العمل من يدي المقاول، لذا لا يجوز لرب العمل أن يسحب منه العمل بعد أن عهد به إليه إلا لسبب مشروع، فهو لا يستطيع أن يرجع بإرادته وحده عن العقد ويتحلل منه إلا في الحدود وطبقا للشروط التي عينها القانون⁴.

كذلك من الأعمال التي تدخل في هذا النطاق التعديلات التي يجريها رب العمل على العمل المراد إنجازها فبالرغم أن قيامه بإدراج هذه التعديلات يعتبر تنفيذا لحقه في ذلك، خاصة إذا كان الاتفاق

¹ - محمد عزمي البكري: مرجع سابق، ص 168

² - فاطمة الزهراء عكو: التزامات رب العمل في عقد مقاوله بناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004-2005، ص 144

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ج7، ص 146

⁴ - فاطمة الزهراء عكو: مرجع سابق، ص 146

مسبقا على ذلك، إلا أن هذا لا يمنع من مساءلته حالة استعمال حقه في التعديل بطريقة تعسفية¹. إن كانت الصورة الأولى هي التزام إيجابي لرب العمل من أجل تسهيل عملية البناء، فإنه لا يمكنه عرقلة عمل المقاول بأي حال من الأحوال، فلا يمكنه سحب العمل من يد المقاول مثلا واعطائه لمقاول آخر، كما أنه لا يمكنه إضافة تعديلات لم يتم الاتفاق عليها يوم التعاقد، فإن قام بذلك فللمقاول حق مساءلته عن هذه التصرفات وله حق المطالبة بالتعويض.

3- جزء إخلال رب العمل بهذا الالتزام:

إذا لم يقوم رب العمل بتنفيذ التزامه بالقيام بما هو ضروري لإنجاز العمل، جاز للمقاول طبقا للقواعد العامة، طلب التنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا، بالترخيص له بشراء الأدوات والآلات والمواد اللازمة لتنفيذ العمل على نفقة رب العمل، وإذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا بتدخل رب العمل شخصيا، كما لو احتاج الأمر إلى وجوده بمكان العمل، جاز للمقاول أن يلجأ إلى طريقة التهديد المالي لإرغامه على تنفيذ التزامه وللمقاول في كافة الأحوال طلب التعويض إذا كان عدم تنفيذ رب العمل لالتزامه أو تأخره في تنفيذه قد سبب له ضررا، كما يجوز للمقاول أيضا طلب الفسخ مع التعويض إذا كان له مقتض، ويخضع القضاء بالفسخ لتقدير المحكمة طبقا للقواعد العامة والتي لها إمهال رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ².

وعليه فإن أحل رب العمل بالتزامه من تمكين المقاول من تنفيذ العمل، ولم يتم مثلا بتقديم المواد التي عهد بتقديمها إلى المقاول وغيرها، جاز للمقاول طلب التنفيذ العيني، أو التهديد المالي، أو التعويض مع الفسخ وفقا لما تقتضيه القواعد العامة في عقد المقاولة، مع منح رب العمل مهلة من أجل التنفيذ وإلا فللمقاول طلب التعويضات السالفة الذكر.

ثانيا: التزام رب العمل بتسليم العمل

من الالتزامات التي نص عليها المشرع الجزائري كذلك على رب العمل تسليم الأعمال بعد إنجازها، وهو ما دعت إليه المادة 558 المعدلة بالقانون رقم 10/05 من القانون المدني الجزائري

¹ - لحسن عروزي: مرجع سابق، ص 145

² - محمد عزمى البكري: مرجع سابق، ص 164-165

بنصها: "عندما يتم المقاول العمل، ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه، ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار"¹.

إن كان المشرع الجزائري قد نص على هذا الالتزام باعتباره واقعا على عاتق رب العمل، وهو ملزم بالقيام به، في أقرب الآجال، وإن لم يقم بالتزامه في الوقت المشروع، فعلى المقاول إعذاره رسميا، ويعتبر أن تسلّم العمل من يوم الإعذار، وعليه فسنعرج على تعريف التسلم في الآتي:

1- تعريف التسلم:

باعتبار التسلم التزام على عاتق رب العمل، فسنعرج على تعريفه وفقا لما جاء به المشرع الجزائري، وما جاء به فقهاء القانون كالاتي:

أ- التعريف التشريعي للتسلم:

أ-1 تعريف التسلم في القانون المدني الجزائري:

أشار المشرع الجزائري إلى التسليم والتسلم في موضعين من القانون المدني الجزائري، وذلك في المادة 1/367، والمادة 558 من ذات القانون، فالمادة 367/1 وذكر التسليم فيما تعلق بعقد البيع بنصه على أنه: " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتسلمه ماديا مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسلمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع"². وعليه فهذه المادة قد نصت على أن التسليم هو التزام على عاتق البائع في عقد البيع. كما جاء في نص المادة 558 من ق م ج مايلي: " عندما يتم المقاول العمل يضعه تحت تصرف رب العمل"³، ونستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري أنه لم يعرف تسليم العمل وإنما نص عليه على أنه التزام رب العمل بمجرد الانتهاء من العمل وعلى المقاول أن يسلمه للصاحب المشروع،

¹ - المادة 558 من ق م ج المعدل والمتمم

² - ف 1 من المادة 367 ق م ج.

³ - المادة 558 ق م ج.

ويضعه تحت تصرفه، بحيث يستطيع رب العمل الانتقاع به دون عائق أو مانع من الموانع.

وهو ذات الأمر الذي نصت عليه نص الفقرة 02 من المادة 554 من ق م ج باعتباره نقطة لبداية واحتساب مدة الضمان العشري، وإن نصت عليه المادة فإن المشرع الجزائري لم يعرج على تعريفه. وحسنا لو وضع المشرع الجزائري مفهوم التسليم النهائي الذي جاءت به نص المادة 544 من ق م ج.

أ- 2 تعريف التسلم في النصوص الخاصة:

وبالرجوع إلى نصوص القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية فإنه نص في المادة 03 على نوع خاص من التسلم وهو التسلم المؤقت بقولها: " هو ذلك المحضر الذي يتم اعداده والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال"¹.

فمن خلال هذا التعريف الذي جاءت به نص المادة، فإن عملية التسليم المؤقت يفرغ في محضر بين طرفي المقاول في الترقية العقارية وهما المرقي العقاري ومقاول البناء بعد انتهاء الأشغال المطلوبة.

ب- التعريف الفقهي للتسلم:

تناول فقهاء القانون تعريف التسلم بتعريفات عدة منها:

التعريف الأول عرف التسلم بأنه: " ذلك التصرف الذي بواسطته يقوم رب العمل بتقبل العمل المنجز من طرف المقاول وذلك سواء بتحفظات، أو بدون تحفظات، فرب العمل هنا يعترف بتنفيذ العمل من المقاول بشكل صحيح وفقا لما اتفق عليه في العقد"².

وما يمكن استنتاجه من هذا التعريف أن التسليم هو إحدى الالتزامات الواقعة على عاتق المقاول، لذلك كان لا بد أن يحظى هذا العمل بعد معينته من قبل رب العمل والتأكد من مطابقته للمواصفات المتفق عليها، وكما توجهه أصول الفن المعماري، وأن يقر هذا الأخير بأنه تم صحيحا بدون تحفظات أو بها.

التعريف الثاني: يقصد بتسلم العمل: "عملية حضورية موضوعها التحقق من اكتمال الأعمال، ومن حسن تنفيذها طبقا لاشتراطات الصفة"³.

¹ - المادة 03 من القانون 04/11 والمتعلق بنشاط الترقية العقارية، مرجع سابق

² -Aouiam M LALLEM Guide de gestion des marches publics- Edition de sahel Ain el banian Alger-2000 p17SARI

³ - زايدي مدوري: مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، رسالة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ص 207.

التعريف الثالث: عرف الفقيهان الفرنسيان تسلّم العمل بأنه: " التصرف الذي بواسطته رب العمل يقر بالأعمال ويعترف لذلك أن المقاول قد نفذ التزامه¹ من خلال هذا التعريف يمكننا القول أنّ الفقه الفرنسي اشترط الواقعة المادية من أجل تسلّم العمل بقوله عملية حضورية، من أجل التأكد من أن الصفقة قد تمت على الوجه المطلوب ووفقا لشروط الصفقة المتفق عليها.

التعريف الرابع: تسلّم العمل هو: " الاستلاء المادي للعمل المنجز ووضع اليد عليه من طرف رب العمل، ووضعه تحت تصرفه بطريقة تمكنه من الاستلاء عليه²، والملاحظ من هذا التعريف أن عملية التسلم لا تتم إلا بالاستلاء المادي للعمل، ووضع رب العمل يده على العمل وتمكنه من التصرف فيه دون قيود.

وعليه فيمكن القول أنّ التسلم في عقد المقاولة ليس مجرد استلاء مادي على العمل من طرف رب العمل، وذلك بوضع اليد عليه كما هو في العقود الأخرى، وهو ما يستنتج من نص المادة عبارة " في أقرب وقت ممكن" الواردة في نص المادة 558 من ق م ج، والتي تسمح بحصول الإقرار في وقت آخر غير وقت وضع اليد، فإن العمليتان لا تختلطان فالإقرار يمكن أن يحدث قبل وضع اليد كما يمكن أن يحصل بعده³.

2- التمييز بين تسلّم العمل وتسليمه:

الفرق بين التسليم (la livraison) والتسلّم (le recevoir) في أن هذا الأخير التزام يقع على عاتق رب العمل، فهو تصرف قانوني يقوم به رب العمل من أجل نقل ملكية الشيء إلى ذمته وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 558 من ق م المشار إليها أعلاه. أما التسليم فهو التزام يقابل الالتزام الأول، حيث يقع على عاتق المقاول المدين بالتسليم، فهو سلوك بموجبه يصرح رب العمل بقبوله العمل

¹-Philippe Malinvaud et. Philippe Jestaz. **Droit de la Promotion Immobilière**, Dalloz. 7^{ème} Ed, 2004, p 176.

²- السنهوري: مرجع سابق، ج7، ص 179.

³-Zannaki Dalila: **L'impact de la réception de l'ouvrage sur la Garantie des constructeurs immobiliers** revue Algérienne des sciences juridiques , économique et politique université D'Alger 2001 p34

الذي أجزه المقاول مع الإبداء بالتحفظات أو دون إبداء التحفظات¹. فإذا حرر رب العمل محضراً بقبول العمل سارت مدة هذا الأخير من تاريخ المحضر، أما إذا لم يحرر محضر أو أمكن استخدام القبول الضمني من تسلّم رب العمل دون ابداء أي تحفظ فإن المدة تحتسب من تاريخ الاستلام الضمني². والفرق بينهما كذلك (تسليم العمل وتسلّمه) فالأول يتم بمجرد وضعه تحت تصرف رب العمل، فلا يحتاج إلى عمل يقوم به هذا الأخير، أمّا تسلّم العمل فهو التزام على رب العمل³. أو كما يسمى صاحب المشروع.

3- شروط التسلم:

للتسلم شروط لا بد من توافرها فيه، لذلك فيمكن تصنيف هذه الأخيرة إلى شروط موضوعية وأخرى شكلية:

أ- **الشروط الموضوعية:** تتمثل الشروط الموضوعية للتسلم في: إنجاز العمل والمطابقة وهو ما سنبينه في الآتي:

- **إنجاز العمل:** يعتبر إنجاز العمل من بين الشروط الموضوعية للتسلم، وهو من الالتزامات المفروضة على عاتق المقاول. ويقصد به: " إتمام العمل محل العقد أو الانتهاء منه بتمام تنفيذه، بحيث لا تبرأ ذمة المقاول إلا بتحقيق هذه النتيجة، أو إذا أثبت أن القوة القاهرة هي التي حالت دون التنفيذ"⁴. والمقصود من إنجاز العمل من خلال التعريف السابق، أن ذمة المقاول تبقى مشغولة إلى أن يتم التنفيذ التام والكامل للعمل على الوجه المطلوب، وله أن يثبت عدم الإنجاز في حالة ما إذا وجدت ظروف طارئة تمنعه من الإنجاز كالقوة القاهرة.

¹ - فاطمة عمراوي ونصرون وردية: المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2000، ص 135.

² - فتحة قرّة: مرجع سابق، ص 154.

³ - محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 162.

⁴ - أحمد البعقوب ربحي: واجبات ومسؤولية المهندس ومقاول البناء في القانونين اللبناني والأردني، -دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 2001، ص 80.

-المطابقة: إضافة إلى إنجاز العمل فإن المطابقة كذلك تعتبر من بين الشروط الموضوعية للتسليم، والمقصود منها: "أن يكون العمل مطابقا ومتفقا مع قواعد الفن وأصول الصنعة، كما يشترط أن تكون حسب ما هو منصوص عليه في العقد من خلال المقاييسات والكمية والتصاميم وكذا مطابقة البناية لشروط الصحة والأمن والسكينة"¹.

وعليه فلا يكفي لاعتبار المقاول موفيا بالتزامه أن يقوم بتنفيذ الأعمال المكلف بها فقط، بل يجب أن يكون هذا التنفيذ مطابقا لما هو منصوص عليه في العقد من شروط ومواصفات، فإن لم يتضمن العقد شروطا معينة أو كانت هذه الشروط غير كاملة أمكن الرجوع إلى عرف المهنة التي تتضمن قواعدا وأصولا متعارفا عليها عند أهل هذا الفن، فهي تحل محل هذه الشروط أو تكملها إن كانت ناقصة². فإن لم يشترط رب العمل مواصفات معينة، فعلى المقاول الالتزام بتنفيذ العمل المراد بحسب المواصفات المتعارف عليها، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا³.

ولالإشارة فإن عدم المطابقة على النحو المطلوب، لا يمكن أن يثير المسؤولية العشرية، وإنما يثير فقط المسؤولية العقدية للمشييد، لأن الإخلال في هذه الحالة لا يترتب عليه أي ضرر مادي للمنشآت، وإنما عدم مطابقة الإنجاز لشروط العقد فحسب⁴.

إن التزام رب العمل بتسليم العمل محل المقاولة بعد إنجازها، يستوجب أن يكون العمل موافقا

¹- سعاد بلخاتار: عقد بيع العقار بناء على التصاميم-دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي-أطروحة دكتوراه،

كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر، 2011-2012، ص 105، انظر كذلك سارة مقراني، مرجع سابق، ص 95

²- عمرو طه محمد علي بدوي: مرجع سابق، ص 32

³- وتم شرح قاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" كمايلي: تعتبر هذه القاعدة من سلطان العرف العملي، وهذا ما ذهب إليه الفقهاء في إعمال العرف العملي في نطاق أفعال العباد وتصرفاتهم العادية ومعاملاتهم الحقوقية، وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، ما لم يصادم ذلك العرف نضا شرعيا، ومعنى هذه القاعدة أن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم- وإن لم يذكر صريحا- فهو قائم مقام الشرط في الالتزام والتقييد...ومن أمثلة ذلك قولهم أن توابع العقود- التي لا ذكر لها صريحا في العقود- تحمل على عادة كل بلد أنظر: محمد صديقي بن أحمد بن محمد البورنو أبي الحارث الغزي: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، دار مؤسسة الرسالة، بيروت، ط04، 1992، ص 306

⁴- Jean-Pierre Karila: Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage , recueil Dalloz Sirey 1990, p317.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشتري بعد تسليم الأشغال

للشروط والمواصفات المتفق عليها مسبقا بين المتعاقدين أو طبقا لما تقضي به الأصول الفنية لهذا العمل، وعلى ذلك يعتبر رفض رب العمل تسلم ما أنجزه المقاول مبررا، إذا جاء العمل معيبا ومخالفا لما تم الاتفاق عليه، أو لما يقضي به عرف المهنة وأصولها¹.

ومع ذلك لا يجوز لرب العمل أن يتعسف بحقه في رفض العمل المعيب والامتناع عن استلامه إذا كان العيب بسيطا، لا يؤثر على الانتفاع بما تم إنجازه، وهو ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، طالما أن رب العمل يستطيع كنتيجة للمخالفة البسيطة التي ارتكبها المقاول إما أن يطلب بتخفيض قيمة المقاولة، أو طلب التعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب تلك المخالفة².

ومهما يكن من الأمر، فإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقا أو غير موافق للشروط المتفق عليها، جاز لكل طرف الاستعانة بمحضر قضائي لإثبات الحالة، ورفع الأمر إلى القضاء مع طلب تعيين خبير على نفقة المدعى، لمعاينة العمل المنجز، وفحص مدى تحقق الشروط المتفق عليها، موضوع عقد المقاولة من عدمه، حيث يصدر القاضي حكمه تبعا لتقرير الخبير وظروف الدعوى وملاستها³.

ومنه يمكننا القول أنّ هناك شروط موضوعية لتسلم العمل وهي كون العمل قد أنجز وفقا للمواصفات التي اتفق عليها يوم إبرام العقد، وأن تكون ليس هناك عيب يهدد سلامته ومتانته، وحتى الغرض الذي أنشأ من أجله، ولا يمكن الأخذ بالعيب البسيط الذي لا يؤثر على المبنى، وإن كان ذلك فهو تعسف من رب العمل في حق المقاول.

ب- الشروط الشكلية: استنادا إلى نص المادة 558 من ق م ج والتي جاء فيها: " عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ماهو جار في المعاملات..."⁴.

فمن خلال نص المادة السابقة يتعين أن المشرع الجزائري لم يشترط شكل من أشكال التسلم بل

¹ - عدنان إبراهيم السرحان: مرجع سابق، ص 88

² - عدنان إبراهيم السرحان: المرجع نفسه، ص 88

³ - توفيق زيداني: مرجع سابق، ص 76

⁴ - المادة 558 ق م ج.

اعتبر التسلم جزء من عقد المقاولة المبرم بين رب العمل والمقاول، حيث ألزم المقاول بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بعد اتمامه مطابقا للشروط المتفق عليها في العقد، كما أوجب على رب العمل أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ماهو جار في المعاملات.

أما بالنسبة للشكلية في التسلم، فإن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معيناً يتم فيه تسلم العمل في عقد المقاولة، وإنما ألزم صاحب المشروع إلى تسلمه بعد إنجازهِ وإتمامه بصفة مطابقة لما اتفق عليه¹.

4- أشكال التسلم:

يأخذ التسلم أشكال عدة ومنها ما نصت عليه المادة 554 من ق م ج واحتساب مدة الضمان العشري من يوم التسليم النهائي للأشغال، فنصت المادة السالفة الذكر على نوع من أنواع التسليم وهو التسليم النهائي، كما أشار قانون الترقية العقارية 04/11 إلى نوع آخر وهو التسلم المؤقت فماهي أشكال التسليم؟. وهل اقتصر المشرع على هذان الشكلان أم هناك أشكال أخرى وهو ما سنوضحه في الآتي:

أ- **التسليم النهائي والتسليم المؤقت:** ويقصد بالتسليم النهائي: " إقرار رب العمل بتسليم العمل وتقبله بصفة نهائية بعد انقضاء المدة المتفق عليها، وبعد إصلاح العيوب المتحفظ بشأنها حيث يقر رب العمل بتسليمه للعمل وتقبله له بصفة نهائية، دون أية تحفظات ويثبت ذلك في محضر التسليم النهائي"².

يعتبر التسلم نهائياً بمجرد أن ينتهي مقاول البناء من إصلاح كل العيوب، والنقائص التي اكتشفها رب العمل، عند التسلم المؤقت للأعمال، ودونها في شكل تحفظات بمحضر التسليم والتسليم المؤقت، ويجعل المباني مطابقة لمقتضيات العقد³.

¹ - حنان مازة: مرجع سابق، ص 193

² - رضوان باسوي: مسؤولية المقاول والمقاول من الباطن: <http://blog.saeed.com> تاريخ الاطلاع 2019/02/26.

³ - نسيم شيخ: مرجع سابق، ص 138

ومنه يمكن القول أنّ التسلم النهائي في عقد المقاولة مفاده أن رب العمل تقبل العمل بصفة نهائية بعيدا عن كل التحفظات¹.

أما التسلم المؤقت ومعناه: " إقرار رب العمل لتقبل العمل المنجز بصفة مؤقتة، حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التي أباها خلال تسلمه العمل وذلك خلال مدة معينة يلحقها تسليم نهائي، والغرض من الاستلام المؤقت هو تمكين رب العمل من معاينة البناء دقيقة تسمح له بالتأكد من مطابقته لما هو متفق عليه"².

لذلك فإن التسلم المؤقت هو فرصة لرب العمل، ليفحص العمل ويتأكد من إتمام العمل حسب الصفقة المبرمة بين رب العمل والمقاول، بحيث لا تظهر هذه العيوب إلا بعد الاستعمال، لذلك فعليه إخطار المقاول والذي يكون مسؤولا مسؤولية كاملة عن كل هذه العيوب وله إصلاحها³.

وعليه يمكن القول أنّ التسلم المؤقت هو الخطوة الأولى التي تتم قبل التسلم النهائي، في انتظار اصلاح العيوب الموجودة في المبنى في حال تم تجزئة البناء وكان تسلمه عبر مراحل⁴.

وإن كان المشرع قد نص على هذان النوعين بنصوص خاصة فإن هناك أنواع أخرى للتسلم كالتسلم الكلي والجزئي والتسلم الصريح والضمني والتسلم الحكمي والقضائي وهو ما سنوضحه كالاتي.

¹ - انظر الملحق رقم 01 ص 244.

² - أحمد خديجي: مرجع سابق، ص 124.

³ -Brahim Youcef: **la responsabilité des constructeurs dans le cadre du contrat d'entreprise ;La Garantie Décennale selon l'article 554ducode civil-revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques ; n02 ; 2000 ,p7**

⁴ - انظر الملحق رقم 02 ص 245.

ب- التسلم الكلي والتسلم الجزئي:

ويقصد بالتسلم الكلي: "تسلم العمل دفعة واحدة بعد تمام إنجازها، ويكون هذا النوع من التسلم في الأعمال المعمارية التي لا تقبل التجزئة نظرا لارتباط أجزائها ببعضها البعض من حيث الصلابة والمتانة، ولكن مع ذلك قد تكون الأعمال قابلة للتجزئة ورغم ذلك يتم الاتفاق في العقد على أن التسليم يتم دفعة واحدة"¹.

وعليه فإن كان التسلم الكلي يكون دفعة واحدة دون تجزئة العمل، فإن تعلق بالمباني مثلا فلا يمكن تسليم النوافذ والجدران، ثم الأسقف والأبواب، بل لابد أن يتم تسليم المبنى بأكمله وبكل ما يحتويه دفعة واحدة.

أما التسلم الجزئي فيقصد به: "إذا كان العمل قابلا للتجزئة، إلى مجموعة من المراحل أو الهياكل بحيث يمكن تسلمه مرحلة تلو الأخرى أو هيكلا بعد آخر حسب ما يتم إنجازها منه"². ومثال ذلك لو انصبت المقاول، على مجموعة من الأبنية أو مجموعة من الأعمال المختلفة المستقلة عن بعضها البعض، بحيث يمكن تجزئة تسلمها، بحسب ما تم إنجازها منها، شريطة أن لا يتنفي المانع القانوني أو الاتفاقي عن تجزئة التسلم فهو عكس التسليم الكلي، شريطة أن لا يكون هناك اتفاق على تجزئة العمل"³.

ت- التسلم الصريح والتسلم الضمني: أما التسلم الصريح فالأصل فيه أن يأتي تسلم العمل وقبوله بعد اتمامه بصورة صريحة، وهذا يتفق مع القواعد العامة في عقد المقاول، بغض النظر عما إذا تم التسليم الصريح للعمل شفاهة أو كتابة، إلا أنه من مصلحة المهندس المعماري والمقاول أن يكون مكتوبا، ولهذا جرت العادة على: "أن يحرر محضر التسليم أو التسلم، يسجل فيه قبول العمل، والتوقيع عليه، ويتم توقيعه من قبل كل من رب العمل أساسا والمهندس باعتبارهما طرفا عقد المقاول"⁴.

¹ - انظر سارة مقراني: مرجع سابق، ص 92، انظر كذلك سعاد بلمختار، مرجع سابق، ص 117

² - محمد عزمي البكري: مرجع سابق، ص 170

³ - محمد عزمي البكري: المرجع نفسه، ص 170

⁴ - انظر كهينة بطوش: المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، 2012، ص 116.

أمّا التسلم الضمني فهو: "اتخاذ موقف معين يفهم منه دون شك أنه يعبر عن إرادة واعية لمتخذه في تسليم العمل محل التعاقد وتقبله"¹ وهو ما دعمته المادة 60 من ق م ج والتي عبرت عن أشكال التعبير عن الإرادة، وهو ما يمكن الاستئناس بها في تعريف التسليم الضمني الذي هو عكس التسليم الصريح حيث جاء نصها على أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"².

ث- التسلم الحكمي والقضائي: بالرجوع إلى نص المشرع الجزائري في المادة 558 من ق م

ج حيث جاء فيها: "عندما يتم المفاوض العمل، ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير، أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن، بحسب ما هو جارٍ في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم، رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه ويتحمل كل ما يترتب عن ذلك من آثار"³. فالأصل والرجوع إلى القواعد العامة فإن عملية التسليم تكون بصفة ودية، بمجرد انتهاء المفاوض للعمل المتفق عليه، ويقوم المفاوض بتسليمه لرب العمل مباشرة، وعليه-رب العمل-المبادرة بتسلمه. لكن قد يحدث أن يمتنع رب العمل عن التسلم لهذا العمل، فما يكون على المفاوض عندها إلا أن يقوم بإنذاره بطريقة رسمية لاستلام العمل، فإذا أصرّ رب العمل ممتنعاً لسبب غير شرعي، فإن التسليم يكون حينئذ بمثابة التسليم الحكمي ويعتبر العمل قد سلم إليه بصفة نهائية وتبدأ مدة الضمان العشري من تاريخ الإصدار الرسمي بتسليم الأشغال.

¹ - د ص م، أنواع التسليم، تسليم الأعمال مقال منشور على الموقع - <https://www.bolg.saeed.com> تاريخ

الاطلاع 2019/07/20

² - المادة 60 ق م ج

³ - المادة 558 من ق م ج.

ويتم تسلّم رب العمل للشيء بعد أن ينجزه المقاول ويضعه تحت تصرفه دون أي مانع لكي يستطيع الاستحواذ عليه وحيازته، ويحصل تسلّم الشيء كل حسب طبيعته، فإذا كان الشيء منقولاً فإن تسلّمه يقع بحيازته ويكون عادة بالمناولة اليدوية، أما إذا كان عقاراً فيكون تسلّمه بعد تخلية المقاول له واستلاء رب العمل عليه¹.

بما أنه يعتبر المقاول موفياً بالتزامه بتسليم العمل بمجرد وضعه تحت تصرف رب العمل بحيث يستطيع الانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليها استلاء مادي، ما دام قد أعلمه بذلك، ولكن هذا التسليم القانوني لا يحقق للمقاول كل مزايا التسليم الفعلي، ذلك أنه إذا لم يقوم رب العمل بوضع يده على العمل فعلاً وكان محل هذا العمل في رعاية المقاول، فإنه سيلتزم بالمحافظة عليه، ولن يستطيع الاستفادة من المكان المشغول به، ولذلك فإن المشرع كما ألزم المقاول بتسليم الأعمال فقد ألزم رب العمل بتسلّمها².

5- مكان وزمان التسلم:

لما كان التسليم من التزامات المقاول والتسليم من التزامات رب العمل كان على كل من المقاول ورب العمل تحديد مكان وزمان التسلم.

أ- مكان التسلم: يكون تسلّم العمل في مكان تسليمه، ولذا فهو يتم في المكان الذي يعينه الطرفان عن طريق الاتفاق، وإن لم يكن هناك اتفاق ففي المكان الذي يحدد عرف الصناعة، وعندما يكون العمل وارداً على عقار فإن التسليم والتسليم يكون في المكان الذي يوجد فيه العقار³.

لذلك فإن مكان تسلّم العمل في مقابلة بناء يكون في مكان وجود البناء (العقار) والذي من خصائصه الثبات والاستقرار على الأرض، فلا يتصور الاتفاق على تسلّمه في مكان غير مكان وجوده،

¹ - جواد الفضلي: مرجع سابق، ص 68

² - محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص 250

³ - السنهوري: مرجع سابق، ص 151.

حيث ينتقل رب العمل بعد اخطاره بتمام انجاز العمل إلى مكان حصول العمل، ويقوم بمعاينته وفحصه للتأكد من حسن تنفيذه¹.

ب- زمان التسلم: فيكون التسلم في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعة العمل ولعرف الحرفة، وفي جميع الأحوال يجب على رب العمل ان يقوم بتنفيذ التزامه من التسلم والتقبل بمجرد ان يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرفه².

6- الآثار التي تترتب على التسلم

إن تم تسلم العمل وقبوله من قبل رب العمل فيتقرر ما يلي:

- تنتقل ملكية الشيء المصنوع، إذا كان المقاول هو الذي ورد المادة التي استخدمها في العمل، إلى رب العمل من وقت التقبّل.

- يستحق دفع الأجرة عند تقبل العمل، لذلك فإن المقاول يستحق أجراً عن العمل الذي يؤديه، متى تسلم صاحب المشروع محل عقد المقاولة وقبله، فإن تم تسلمه فهو مجبر على دفع الأجر المتفق عليه العقد إلا إذا اتفقا على أن يتم الدفع في وقت آخر أو إذا اقتضى عرف المهنة خلاف ذلك وفقاً لما جاء في نص المادة 559 من ق م ج³

- ينتقل تحمل تبعه العمل من المقاول إلى رب العمل من وقت التسلم أو التقبّل: فإذا حصل الهلاك قبل التسليم وكان العمل في يد المقاول تحمل تبعته بوصفه ملتزماً بالتسليم، أما إذا حصل الهلاك بعد تسلم العمل فإن رب العمل هو من يتحمل هذه التبعية الناتجة عن الهلاك لأن العمل أصبح تحت حيازته. - من وقت التقبّل لا يضمن المقاول العيوب الظاهرة⁴ التي كان يمكن كشفها بالفحص العادي، ومن هذا الوقت تسري المدة التي يقضي بها عرف الصناعة في ضمان العيوب الخفية⁵.

¹ - فاطمة الزهراء عكو: مرجع سابق، ص 97

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري: العقود الواردة على العمل، ج7، مرجع سابق، ص 151

³ - المادة 559 من ق م ج "... تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك".

⁴ - ويقصد بالعيوب الظاهر: " هو العيب الذي يكون معلوماً لرب العمل وقت المعاينة والقبول أو العيب الذي يكون ظاهراً بحيث يستطيع أن يكشفه رب العمل أو من ينوب عنه في عملية التسلم أو بذل في فحص ومراجعة العمل ما يبذله الشخص المعتاد من نفس طاقته". انظر السنهوري: المرجع السابق، ص 151

⁵ - السنهوري: المرجع نفسه، ص 151

لذلك فإن استطاع رب العمل الكشف عن هذه العيوب فعليه أن يبدي تحفظاً بشأنها، حتى يعلم بما المقاول ويقوم بإصلاحها في أجل معين، أما إذا لم يبدي رب العمل تلك التحفظات وقبل العمل رغم اكتشافه لهذه العيوب سقط حقه في التمسك بتلك التحفظات.

7- جزاء الإخلال بالتزام التسلم

إذا لم يقوم رب العمل بتنفيذه لالتزام التسلم الذي هو التزام على عاتقه دون سبب مشروع، فللمقاول أن يطالب بالتنفيذ العيني أو فسخ المفاوضة، وله في الحالتين (التنفيذ العيني أو الفسخ) طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب إخلال رب العمل بالتزامه بتسليم العمل¹.

أ- التنفيذ العيني:

إذا لم يقوم رب العمل بتسليم العمل في الزمان والمكان الواجب تسلمه فيهما، فإنه يكون قد أحل بالتزامه في التسلم، ففي هذه الحالة يكون للمقاول وفقاً للقواعد العامة أن يطلب من القضاء إجبار رب العمل بتنفيذ التزامه عينياً، وله أن يطالب بالحكم على رب العمل بالغرامة التهديدية والتي يدفعها عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل، بالإضافة إلى ذلك له أن الحق في المطالبة بالتعويض، ولكن قبل كل هذا لابد له أن يعذر رب العمل بتنفيذ التزامه.

وهو ما نصت عليه المادة 558 من ق م ج بنصها: "... إذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه، ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار"². كما يجوز للمقاول الرجوع للقواعد العامة بتطبيق نصوص المواد (269-270-271-272) من ق م ج ويسلك إجراءات العرض الحقيقي³.

¹ - محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص 251

² - المادة 558 من ق م ج.

³ - محمد عزمي البكري: مرجع سابق، ص 184.

حيث جاء في نص المادة 269 من ق م ج ما يلي: " إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرض صحيحا أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء إلاّ بها، أو أعلن أنّه لا يقبل الوفاء، اعتبر أنّه قد تم اعداره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي¹ .

أما نص المادة 270 من نفس القانون فقد جاء نصها بأنه: " إذا تم اعدار الدائن فإنّه يتحمل تبعه هلاك الشيء أو تلفه ويصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن، والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر"² .

وجاء نص المادة 271 من ق م ج على أن: " إذا كان محل الوفاء شيئا معيناً بالذات جاز للمدين أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه، فإذا كان هذا الشيء عقارا أو ما هو معد للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة"³ .

أما نص المادة 272 فقد نص على أنه: "يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف، أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها وإيداع ثمن البيع بالخزينة العمومية"⁴ .

ومن خلال هذه المواد نستنتج أن رب العمل الدائن بالشيء المراد إنجازه إذا رفض أو امتنع عن تسلّم العمل، سواء كان ذلك الرفض نتيجة عرض المقاول أو المهندس المعماري عليه بالتسلّم أو قبل أن يعرض عليه ذلك، حيث أعلن رب العمل أنه لن يقبل التسلّم إذا عرض عليه، يستطيع المقاول المدين بإنجاز الشيء برجوعه إلى القواعد العامة أن يعذره بتنفيذ التزامه بالتسلّم، لينقل تبعه هلاك الشيء أو تلفه أو تدمره إلى رب العمل ليتحملها في وقت اعداره، ومن ذلك الوقت فللمقاول الحق في الحصول على ترخيص من القضاء بإيداع الشيء المنجز في ذمة رب العمل ونفقتة، إذا كان الشيء منقولاً كالتصميم الذي ينجه المهندس المعماري، أو ويطلب وضعه تحت الحراسة إن كان عقارا، كالبناء الذي شيّده المقاول.

1- المادة 269 من ق م ج.

2- المادة 270 من ق م ج.

3- المادة 271 من ق م ج.

4- المادة 272 من ق م ج.

ب-فسخ العقد:

ويجوز للمقاول أن يطلب بعد إعدار رب العمل بفسخ العقد حتى يتحلل من واجب التسليم، ويتحقق ذلك إذا كان للمقاول مصلحة في الفسخ، كما لو رأى المقاول مثلاً في إمكانه بيع الشيء محل المقابلة لغير رب العمل بثمن أكبر فيربح من وراء هذه الصفقة¹.

وفي هذه الحالة يجوز له بعد اعدار رب العمل بالتسليم، أن يطلب من القضاء فسخ عقد المقابلة حتى يتحلل من واجب التسليم، ويستطيع بعد ذلك أن يحقق لنفسه هذه الصفقة الراجعة².

8- إشكالية امتناع رب العمل عن تسلم الأعمال المنجزة من قبل المقاول

الأصل أنه بعد انتهاء الأشغال فإن رب العمل يستلم العمل المنجز من قبل المقاول أو المهندس المعماري بطرق ودية، إلا أنه استثناء من القاعدة قد يوجد نزاع بين هؤلاء الأطراف مما يؤدي إلى امتناع رب العمل عن تسلم العمل، وهذا ما جاء به نص المادة 558 من ق م ج التي صرحت على أنه: "... إذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه، ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار"³. ويتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري اعتبر أن رب العمل قد تسلم العمل المنجز لصالحه، في حال امتناعه عن التسلم دون سبب مشروع، مع اشتراطه توجيه انذار رسمي لرب العمل لاستلام عمله في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المعقول.

وهو ما ذهب إليه فقهاء القانون على اختلاف تشريعهم بقولهم: "فإذا أبى رب العمل التسلم، فإن المدة تبدأ من وقت إعداره، وإذا كان التسليم على دفعات، فمن وقت تمام تسليم آخر دفعة إذا كانت المنشآت لا يمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة، إما إذا كانت المنشآت يمكن تجزئتها بحيث لا ارتباط بين جزء وآخر فمن وقت تسلم كل جزء بالنسبة إلى هذا الجزء"⁴.

¹ - محمد عزمى البكري: مرجع سابق، ص 175

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري مرجع سابق، ج7، ص 155.

³ - المادة 558 من ق م ج

⁴ - محمد عزمى البكري: المرجع السابق، ص 125.

وتكمن أهمية الإنذار الرسمي في احتساب مصاريف الحراسة من تاريخه إلى حين انتهاء الأجل الممنوحة للاستلام وكذا غرامات التأخير، وانتقال الحراسة وتبعية الهلاك واستحقاق الأجر، فالاستلام الحكمي يرتب نفس آثار الاستلام الحقيقي¹.

فإن كان المشرع الجزائري قد رتب على رب العمل التزامه بتسليم العمل في الوقت الذي تم انهاء العمل، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد ذكروا هذه المسألة وفصلوا فيها على صورتين بقولهم:
إذا كان العمل تحت يد المقاول، وتلفت العين بعد الفراغ منها فلا يخلو إما أن يكون رفض رب العمل تسلمها مع تمكنه أم لا؟

فإن لم يتمكن رب العمل من تسلمها، وقيل بتضمين المقاول، فلا ضمان على رب العمل، فإذا قيل بعدم تضمينه، ففي تضمين رب العمل الأجرة للمقاول خلاف على قولين:

الصورة الأولى: عدم تمكن رب العمل من تسلم العمل

القول الأول: لا يضمن رب العمل الأجرة للمقاول، وهذا قول الحنفية والمشهور عند المالكية، وهو قول الشافعية، ومذهب الحنابلة².

واستدلوا:

بأن الأجرة إنما تستحق في مقابلة العمل، وهذا لم يسلم المقاول عمله إلى رب العمل، لأنه تحت يده فلا بد من تسليمه حقيقة، فلم يستحق العوض كالبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه³.
القول الثاني: يضمن رب العمل الأجرة للمقاول، وهذا قول عند المالكية وقول عند الحنابلة⁴.
واستدلوا: بأن تلف العين مصيبة نزلت على رب العمل، فلا يذهب على المقاول باطلا⁵.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ج7، ص 153.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص 88، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق ج8، ص 113، علاء الدين المرادوي:

الإنصاف، مرجع سابق، ج6، ص 83

³ - ابن قدامة: المغني: المرجع نفسه، ج8، ص 123

⁴ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح علي محمد معوض والشيخ عادل

أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 1971، ج2، ص 233، المرادوي: الانصاف، مرجع سابق، ج6، ص 83

⁵ - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع نفسه، ج3، ص 441.

القول الراجح: أن رب العمل لا يضمن الأجرة للمقاول في هذه الحالة. لأنه لم يستلم العمل من طرف المقاول.

الصورة الثانية: رفض رب العمل لتسلم العمل رغم تمكنه من ذلك

وأما إذا رفض رب العمل تسليم العمل (العين) مع تمكنه فلا يخلو الأمر من أن:

1- أن يكون رفضه لعدم مطابقة العين للمتفق عليه، فهنا كأنه لم يتمكن من قبضها، لأنه لا يلزمه أخذ العين معيبة¹.

2- أن يكون رفض لغير عذر

إن المقاول إما أن تكون على صورة إجارة الأجير المشترك، أو على صورة استصناع، فإن كانت على صورة إجارة الأجير المشترك، وامتنع رب العمل من تسليم العمل، فإنه يجبر على القبض، أو يبرئ المقاول من المعقود عليه، أو يقبضه الحاكم قياساً على السلم، بجامع أن كلا منهما عقد على موصوف في الذمة².

أما إذا كانت المقاول على صورة استصناع، فإن قيل إن الاستصناع يدخل تحت السلم وهو رأي الجمهور³، فإنه إذا امتنع المسلم عن قبول المسلم منه، أجبر على القبض، وإبراء المسلم إليه أو يقبضه الحاكم⁴، ويقصد من هذا أن الضمان يكون على عاتق رب العمل.

وإن قيل أن الاستصناع مستقل عن السلم، وهو رأي الحنفية، فهل يجب على رب العمل تسلّم المستصنع، وبالتالي إذا هلك يكون من ضامنه؟

في المسألة حلاف على قولين:

¹ - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد: مرجع سابق، ج3، ص 441

² - محمد بن أحمد ابن الجزري الغرناي: القوانين الفقهية، د د ن، د ب ن، 2015، ص 178

³ - أنس بن مالك: المدونة، مرجع سابق، ج4، ص 18-19، ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج6، ص 384، الدردير:

الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص 195

⁴ - أنس بن مالك: المدونة: المرجع نفسه، ص 19، ابن قدامة: المغني: المرجع نفسه، ج6، ص 385، الدردير، الشرح الكبير،

المرجع نفسه، ج3، 195.

القول الأول: يلزم رب العمل بتسلم العمل، وهذا رواية عن أبي يوسف¹، واستدل بالقول إن العقد في هذه الحالة لازم في حقه².

القول الثاني: لا يلزم رب العمل بتسلم العمل، وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، وعليه جمهور الحنفية³، واستدلوا بأن العقد غير لازم في حقه⁴. لأن المستصنع اشترى ما لم يره، فيكون له الخيار، فلا يكون العقد لازماً حقه، وأما الصانع فهو بائع ما لم يره فلا يكون له الخيار، لأنه أسقط حقه بإحضار العين المصنوعة إلى رب العمل برضاه⁵.

القول الراجح: أن رب العمل يلزمه تسلم العمل، وهذا للقول بلزوم عقد الإجارة وعقد الاستصناع، يتبين أن المقابلة عقد لازم من حين الشروع في العمل والإعداد له إن كانت الصورة عقد استصناع، ومن حيث إبرام العقد إن كانت الصورة إجارة الأجير المشترك⁶.

ثالثاً: التزام رب العمل بدفع الأجرة

يطلق مصطلح الأجرة أو البدل على: "المال الذي يلتزم صاحب العمل بأدائه للمقاول مقابل تنفيذ المقاول لما تعهد به من العمل"⁷.

يشترط لانعقاد المقابلة أن تتجه إرادة المقاول إلى تقاضي أجر في مقابل العمل الذي يقوم به، وأن تتجه إرادة رب العمل إلى دفع ذلك الأجر، فإن اتجهت إرادة الطرفين إلى أن يتم العمل مجاناً بلا مقابل، فإن العقد وإن انعقد، إلا أنه لا يكون مقابلة بل عقداً مجانياً غير مسمى⁸.

ولكن لا يعتبر العقد مجانياً من مجرد عدم ذكر أجر العمل في العقد، ذلك أنه لا اعتبار العقد مجانياً

¹ - السمرقندي: تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج2، ص 363

² - السمرقندي: تحفة الفقهاء: المرجع نفسه، ج2، ص 363

³ - السمرقندي: تحفة الفقهاء: المرجع نفسه، ج2، ص 364 الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص 124.

⁴ - الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع نفسه، ص 124

⁵ - الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع نفسه، ج4، ص 124

⁶ - عبد الرحمان العابد بن خالد العابد: مرجع سابق، ص 236

⁷ - إبراهيم شاشو: مرجع سابق، ص 756

⁸ - محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص 252

يجب أن تتوافر لدى المقاول نية التبرع، وهذا النية لا تفترض، فالأصل أن الشخص لا يقوم بالعمل مجاناً، بل في مقابل أجر، ما دام هذا العمل يدخل في مهنته، وما دامت العادة لم تجر بالتبرع بمثل هذا العمل¹. يلتزم رب العمل بدفع الأجر إلى الطرف الذي تعاقد معه فيقوم بدفعه بنفسه أو يقوم بالدفع أي شخص آخر سواء كان وكيلًا أو وصيًا، أو أي شخص آخر فيكون مبرئًا لذمة رب العمل، وإذا توفي رب العمل فإن ذلك لا أثر له على عقد المقاولة، إذ أن الالتزام بدفع الأجر ينتقل إلى ورثته فيلزم الورثة بالدفع وذلك أن المقاولة لا تنتهي بموت رب العمل².

1- مكان وزمان دفع الأجر

أ- مكان الوفاء بالأجر:

يجب الوفاء بالأجر في المكان المتفق عليه عند التعاقد بين المتعاقدين، لذلك فلا يجوز لرب العمل تغيير المكان إلى مكان آخر غير الذي اتفق عليه، وإما بالرجوع إلى أحكام العرف في تسليم محل المقاولة، وإذا لم يوجد مكان للاتفاق أو العرف فإنه يتم الوفاء طبقاً لما تقضيه القواعد العامة التي جاءت بها نص المادة 282 من ق م ج والتي نصت على: " إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، أما الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه المؤسسة³."

ب- زمان دفع الأجر:

استناداً إلى نص المادة 559: " تدفع الأجرة عند تسليم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك"⁴

يلاحظ أن هذا النص أن زمان وفاء الأجر هو وقت تسليم صاحب العمل للمعقود عليه، ففي هذه اللحظة يكون المقاول قد نفذ التزامه بإنجاز العمل وتسليمه إلى صاحب العمل وبقي على هذا

¹ - محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص 252

² - جواد الفضلي: مرجع سابق، ص 72.

³ - المادة 282 من ق م ج.

⁴ - المادة 559 من ق م ج

الأخير أن يدفع مقابل ذلك وهو البديل أو الأجر الذي يستحقه المقاول، ولا يجوز للمقاول كأصل عام أن يطالب صاحب العمل بدفع الأجر قبل هذا التاريخ، كما أن من حق صاحب العمل أن يمتنع عن دفعه إذا ما طالبه المقاول بذلك قبل أن يسلم العمل الذي أنجزه كاملاً¹.

2- الزيادة في الأجر

إذا اتفقا طرفا عقد المقاولة على الأجر الذي يتقاضاه المقاول من صاحب العمل، فإن الاتفاق يكون واجب الاتباع بحيث لا يجوز لصاحب العمل أن يدفع أجراً أقل مما اتفق عليه أو أن يطالب المقاول بأجر أكثر من الأجر المحدد، وعلى ذلك فإن أي زيادة أو نقص في الأجر لا بد أن تتم باتفاق جديد بين الطرفين².

3- حالات تعديل الأجر

الأصل أن كل من المقاول ورب العمل ملزمين بتنفيذ الالتزامات وفقاً لما تم الاتفاق عليه، إلا أنه استثناء من القاعدة فإن هناك حالات يجوز تعديل الأجر فيها، دون الرجوع إلى الاتفاق الذي كان بينهما وهي:

أ- الحالة الأولى: تعديل الأجر في حالة تحديده على أساس الوحدة

نصت المادة 560 من ق م ج على أنه: " إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات.

فإذا اقتضت الضرورة مجاوزة المقايضة لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إبقاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه أو أنه أتم العمل³.

¹ - عدنان إبراهيم السرحان: مرجع سابق، ص 77

² - عدنان إبراهيم السرحان: المرجع نفسه، ص 79

³ - المادة 560 من ق م ج.

أجاز المشرع الجزائري في هذه الحالة زيادة الأجرة عندما يضطر المقاول إلى مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة بعد أن يتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ المقاول التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات، المقدرة له في المقايسة مجاوزة بينة وعلى أن تتحقق الشروط التي أوجبتها الفقرة الأولى من المادة 560 من القانون المدني¹.

والمقصود بمجاوزة المقايسة: "هو مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة لا مجاوزة أسعارها"².

ب- الحالة الثانية: الاتفاق على أجرة إجمالية على أساس تصميم معين

تنص المادة 561 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه: " إذا أبرم العقد بأجر جزائي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأي زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره

ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة

على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"³.

فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أنه لا يجوز تعديل الأجر إذا كان متعلقا بالتصميم متى كان تحديد الأجر جزائيا وعليه فبمفهوم المخالفة فإنه يمكن تعديل الأجر في الحالات التالية:

- أن يكون الأجر حدد بمبلغ إجمالي لا يزيد ولا ينقص: وهنا أراد رب العمل أن يحدد نهائيا ومقدما مقدار الأجر الذي يدفعه، فإن كان الأجر الإجمالي غير محدد تحديدا نهائيا، كأن اتفق الطرفان في العقد على زيادة الأجر أو نقصه إذا تبين أن تكاليف العمل أقل أو أكثر مما كان مقدرا، فالأجر لا يكون محددًا إجمالًا على وجه نهائي، ومن ثم لا يدخل هذا الفرض في نطاق تطبيق النص، بل تسري في

¹ - محمد جواد الفضلي: مرجع سابق، ص 74

² - محمد عزمى البكري: مرجع سابق، ص 180

³ - ف 01 من المادة 561 من ق م ج.

شأنه القواعد العامة فيزيد الأجر أو ينقص دون حاجة إلى اتفاق كتابي على تعديل التصميم وعلى مقدار الأجر¹.

- أن يكون هذا الأجر قد تحدد على أساس تصميم متفق عليه: ولا يقصد بالتصميم هنا معناه الفني وهو التمثيل بالخطوط والرسومات، بل يقصد به كل وصف للأعمال المعهود بها إلى المقاول، ويجب أن يكون هذا التصميم كاملاً وواضحاً ونهائياً.

والمقصود بأن يكون التصميم كاملاً كونه يتضمن بيان كل الأعمال المطلوبة، أما إذا اقتصر فقط على بيان بعض هذه الأعمال، ونص على بقيتها تستكمل فيما بعد، بواسطة رب العمل أو المهندس المعماري، فإن المقابلة لا تعتبر جزائية، إذ يجب أن تتوفر كل البيانات في التصميم وقت إبرام العقد لا في وقت لاحق، أما كون التصميم واضحاً كونه معمولاً بدقة وعناية وتفصيل، بحيث يسمح للمقاول بأن يعلم تماماً حدود العمل المطلوب منه، أما كون التصميم متفقاً عليه بصفة نهائية، أي أن يكون اتفاق المتعاقدين عليه نهائياً، بحيث لا يجوز إجراء أي تغيير بعد ذلك في مدى أو أوصاف الأعمال التي يتضمنها².

- أن يكون عقد المقابلة مبرماً بين رب العمل والمقاول الأصلي، فإذا أبرم عقد المقابلة بين مقاول أصلي ومقاول فرعي، واتفقوا على إجراء العمل على أساس تصميم معين متفق عليه، بأجر إجمالي جزائي، فلا يسري بينهما نص المادة 561 من ق م ج، وإنما تسري القواعد العامة في شأنهما، وبالتالي يستطيع المقاول الفرعي أن يعدل في التصميم بعد موافقة المقاول الأصلي ولو موافقة ضمنية³.

ت - الحالة الثالثة: الظروف الطارئة

بالرجوع إلى نص الفقرة 03 من المادة 561 من ق م ج فإنها أشارت إلى هذه الحالة بنصها: " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة، لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد

¹ - فتحة قرّة: مرجع سابق، ص ص 204-205

² - محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص ص 282-283

³ - توفيق زيداني: مرجع سابق، ص ص 68-69

المقاول، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد¹.

وعليه فمتى وجدت ظروف طارئة استثنائية وجب تعديل الأجر

وعرفت نظرية الظروف الطارئة: في نص المادة 107 من ق م ج يقولها: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"².

وعليه يمكننا القول من خلال المادة السالفة الذكر أن كلا الطرفين المتعاقدين ملزمين بأداء التزاماتهما وفقا للاتفاق الذي كان بينهما، أو بما يحكمه العرف والعدالة. أما إذا حدثت ظروف استثنائية لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها جاز لهما التخلي عن هذا الاتفاق حتى تنتفي حالة الطوارئ التي مست بالتزامهما.

وعليه فمن شروط نظرية الظروف الطارئة في عقد المقاول هي:

- أن يكون العقد متراجيا: وهو شرط غالب لا شرط ضروري، ولا شك أن هذا الشرط متوافر في عقد المقاول، فهناك فترة من الزمن تفصل بين إبرام المقاول وتنفيذها
- أن توجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة وهو ما نصت عليه المادة السابقة بقولها: " بسبب حوادث استثنائية عامة" أي خاصة بكافة الناس ولا تقتصر على أطراف المقاول فقط بل تشمل الجميع من البشر.

- أن تكون هذه الحوادث استثنائية ليس في الوسع توقعها (الأنهيار الاقتصادي)

- أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا ومستحيلا³.

وعليه فمتى توافرت هذه الشروط السالفة الذكر فإنه يمكن تعديل الأجر، استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة والتي تقضي وجود حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد أدت إلى قلب موازين

¹ - ف 03 من المادة 571 من ق م ج

² - المادة 107 من ق م ج

³ - أنور العموسي: مرجع سابق، ص 147

العقد بحيث أن المقاول مهدد بخسارة جسيمة إن هو استمر في تنفيذ العقد، وفي هذه الفرضية يمكن أن يستند إلى هذه الحوادث ويطلب بزيادة الأجر¹.

وعليه فمن خلال المادة السابقة يتعين متى كان هناك انخيار للتوازن الاقتصادي، جاز تعديل الأجر أو فسخ العقد.

ث- الحالة الرابعة: أجر المهندس المعماري

يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم الذي يتم البناء بموجبه، والاشراف على تنفيذه، ويرجع في تحديد هذا الأجر إلى الاتفاق الحاصل بين المهندس وصاحب العمل، حيث يلزم العمل بذلك الاتفاق، فإن لم يوجد اتفاق على مقدار الأجر، فلم يتطرق له الطرفان في العقد، فإن هذا لا يعني أن المهندس لا يستحق أجرا، لأنه شخص يمارس مهنة مقابل أجر يعيش منه².

وهو ما دعمته نص المادة 563 من ق م ج والتي نصت على وجوب إعطاء المهندس المعماري أجر مستقل متعلق بوضع التصميم بقولها: " يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال وتحدد الأجرة وفقا للعقد³."

4: حالات إعفاء رب العمل من دفع الأجر

إذا كان التزام رب العمل بدفع الأجر من الالتزامات القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري فإنه استثناء من القاعدة هناك حالات يعفى منها رب العمل من تسديد هذه الأجرة كالاتي:

أ- فساد رضا رب العمل:

يمكن أن يطلب رب العمل إبطال عقد المقاولة نتيجة وجود عيب في رضاه، وهذه العيوب هي نفسها في العقود الأخرى، كأن يكون قد شابه إكراه أو غلط أو تدليس أو استغلال، وهذه الحالة تبرر إعفاء رب العمل من الوفاء بالأجر⁴.

¹ صالح أحمد محمد عيطان اللهيبي، حالة الضرورة في التصرف القانوني - دراسة مقارنة-، شركة القومي للإصدارات القومية، د

ب ن، ط 1، 2010. ص 176

² عدنان إبراهيم السرحان: مرجع سابق، ص 84

³ المادة 563 من ق م ج.

⁴ فاطمة الزهراء عكو: مرجع سابق، ص 30

ب- خطأ المقاول:

يمكن لرب العمل أن يعفى من دفع الأجر في حالة خطأ المقاول وهو ما سنبينه في الحالتين التاليتين:

ب 1 التأخر في الإنجاز أو التأخر في التسليم: إن تأخر المقاول عن التسليم في المكان والزمان المتفق عليهما والمناسبين، يعتبر أنه قد وقع منهما خطأ والذي يشكل في حد ذاته إخلالاً بالالتزام باحترام الآجال والتسليم وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، سواء كان الإخلال في حد ذاته قد مسّ زمان و/أو مكان التسليم المتفق عليه¹.

ب-2 قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد: قد يقع المقاول في خطأ بسبب قيامه بالعمل على وجه معيب بأن يخالف قواعد الفن وأصول المهنة وأعرافها، أو بسبب إخلاله لبعض الشروط والمواصفات المتفق عليها، مما يفتح المجال لرب العمل لرفض دفع الأجر، وطلب إما فسخ عقد المقاول إذا كان اصلاح العيب مستحيلاً².

وهو ما جاءت به نص المادة 553 المعدلة من ق م ج بأنه: " إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول بعينه له، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما بفسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة 170 أعلاه³."

ج- هلاك الشيء: نصت المادة 568 من ق م ج على أن: " إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين، إما إذا كان المقاول قد اعذر بتسليم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطئه، وجب عليه أن يعرض رب العمل.

¹ - لحسن عزروق: مرجع سابق، ص 121

² - فاطمة الهراء عكو: مرجع سابق، ص 32

³ - المادة 553 من ق م ج المعدل والمتمم

فإذا كان رب العمل هو الذي اعذر بأن يتسلم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعا إلى خطأ منه أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجر وفي إصلاح الضرر عند الاقتضاء¹.

5- تقادم دعوى الوفاء بالأجر

تنص المادة 308 من ق م ج أن القاعدة العامة تقضي بمرور 15 سنة على جميع الحقوق والالتزامات بنصها: " يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية²."

إلا أن هذه القاعدة ليست على عمومها بل لها استثناءات ومنها: التقادم بمرور سنة: وهو ما جاءت به نص المادة 312 من قانون العقوبات بنصها في الفقرة 02 على أنه: " تتقادم بسنة (1) واحدة: المبالغ المستحقة للعمال والأجراء الآخرون مقابل عملهم³."

لذلك فبمجرد الانتهاء من العمل وجب على المقاول دفع الأجر للمقاول.

6- جزاء الإخلال بالتزام دفع الأجر

إذا أخل صاحب العمل بالتزامه بدفع الأجر، بأن لم يدفعه في وقت استحقاقه أو تأخر في الدفع أو أراد دفعه ولكن في مكان يختلف عن المكان الذي يلزم فيه الدفع أو أخل بأي التزام من التزاماته المتعلقة بدفع الأجر، حق للمقاول أن يطلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد، وذلك بدون الإخلال بحقه من طلب التعويض⁴. وفقا لما نصت عليه المادة 164 والمادة 119 من القانون المدني. نصت المادة 164 من القانون المدني على أنه: " يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا⁵."

¹ - المادة 569 من ق م ج.

² - المادة 308 من ق م ج.

³ - ف 2 من المادة 312 من ق م ج.

⁴ - فاطمة الزهراء عكو: مرجع سابق، ص 76

⁵ - المادة 164 من ق م ج.

أما نص المادة 119 من القانون المدني على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين، إذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف بها مدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات¹.

وله كذلك حق الامتياز في الدين عملا بنص المادة 1000 من ق م ج، نصت المادة 1000 من القانون المدني الجزائري على أنه: " المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه².

الفرع الثاني: الخلف العام لرب العمل

إنّ المستفيد الأول من أحكام الضمان العشري هو رب العمل، ولكن قد ينتقل الحق بعده إلى خلفه العام، وهو ما سنبينه في الآتي:

البند الأول: المقصود بالخلف العام لرب العمل في التشريع الجزائري

أولا: تعريف الخلف العام لرب العمل في القانون م ج

بعد وفاة رب العمل فإن الحق ينتقل لخلفه العام وذلك استنادا لما جاء في نص المادة 108 من ق م ج حيث نصت على أنه: " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون...³.

فمن خلال هذا النص يتضح أن حق الضمان في عقد المقاولة ينتقل من رب العمل بعد موته إلى خلفه العام حسب منطوق المادة 108 من القانون المدني أعلاه، وإن كان المشرع الجزائري قد نص على انتقال الحق لكن لم يتطرق المقصود بالخلف العام.

¹ - المادة 119 من ق م ج.

² - المادة 1000 من ق م ج

³ - المادة 108 من ق م ج.

ثانيا: تعريف الخلف العام لرب العمل في النصوص التشريعية الخاصة

أما نص المادة 178 من القانون رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم نصت على مايلي: " يستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع وملاكه المتتالين إلى غاية انقضاء أجل الضمان¹".

فمن خلال نص هذه المادة يتضح أن المستفيد الأول من الضمان العشري هو رب العمل - صاحب المشروع- ثم ينتقل الحق بعد وفاته، فإن ورثته يحلون محله بالضمان بوصفهم خلفا عاما له إذا حدث تهمد كلي أو جزئي، أو ظهر عيب من العيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته إلى غاية انقضاء مدة الضمان بداية من يوم تسلم رب العمل المتوفي للعمل.

أما القانون رقم 04/11 المتعلق بتنظيم نشاط الترقية العقارية فقد نصت المادة 49 منه على ما يلي: "... يستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناء...²". وعليه فإن مات رب العمل فإن المالكون المتوالون على البناء هم الخلف العام لرب العمل.

من هنا نجد أن دعوى الضمان من أهم الحقوق التي يرتبها عقد المقاولة لرب العمل ولخلفه في حالة وفاته. فإنه هو الذي يخلفه في ذمته المالية وحقوق والتزامات كالورثة. كما جاءت به نص المادة 108 من ق م ج.

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يحدد المعنى الحقيقي للخلف العام لرب العمل وإنما أشار في نصوص ق م ج والنصوص التشريعية الخاصة إلى انتقال الحق إليهم عد وفاة رب العمل.

ثالثا: تعريف فقهاء القانون للخلف العام لرب العمل

ويعرف الخلف العام بأنه: " من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها، فيحل الخلف محل السلف بالنسبة للحقوق والواجبات المكونة للذمة المالية³".

¹ - المادة 178 من القانون 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون 04/06 والمؤرخ في 20 فبراير 2006، جر، عدد 15 والصادرة ب 20 مارس 2006.

² - المادة 49 من القانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية، مرجع سابق.

- المادة 49 من القانون رقم 04/11 المتعلق بالترقية العقارية، المرجع نفسه

³ - علي فيلاي: النظرية العامة للعقد-الالتزامات-مؤم للنشر، الجزائر، ط3، 2013، ص 430.

ويمكن شرح ذلك بأن الخلف العام يكون مثلاً ورثة فإنه يخلف رب العمل في ذمته المالية كلها أو في جزء منها.

وعليه فإذا توفي رب العمل، انتقلت ملكية العقار لما لها من حقوق في ذمة رب العمل، واستقرت في ذمة خلفه، وترتب على ذلك أنه إذا حدث تهمد كلي أو جزئي أو ظهر بالعقار عيب يهدد سلامة المبنى ومئاته، أو جعله غير صالح للهدف الذي أنشأ من أجله، فإن الحق في طلب الضمان العشري من اختصاص خلف رب العمل، الذي انتقلت إليه الحقوق بعد موت رب العمل.

ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على عدم انتقال الحق في مباشرة دعوى المسؤولية العشرية للخلف العام في حالة وفاة رب العمل، لأن ذلك يخالف ما جاء في نص المادة 556 من ق م ج، التي تبطل كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من أحكام المسؤولية العشرية، وذلك لتعلق هذه الأحكام بالنظام العام.

الفرع الثالث: الخلف الخاص لرب العمل في التشريع الجزائري

المستفيد الآخر بعد رب العمل وخلفه العام، هو الخلف الخاص وهو ما سنبينه في الآتي:

البند الأول: المقصود بالخلف الخاص لرب العمل في القانون المدني الجزائري

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري لا يوجد نص صريح يقضي باستفادة الخلف الخاص من أحكام الضمان العشري خصيصاً، وإنما نص ذلك بصفة عامة، انطلاقاً من نص المادة 109 من ق م ج على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص..."¹.

البند الثاني: الخلف الخاص لرب العمل في النصوص التشريعية الخاصة

وبالرجوع إلى نص المادة 2/178 من الأمر 07/95 والمتعلق بالتأمينات التي تنص: "يستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/ أو ملاكه المتتالون إلى غاية انقضاء أجل الضمان"². وعليه نستنتج من عبارة الملاك المتتالون الخلف الخاص لرب العمل.

وإن كان المشرع قد نص بنص ضمني عن استفادة الخلف الخاص لرب العمل بالضمان العشري، إلا أنه لم يتطرق إلى مفهومه.

¹ - المادة 109 من ق م ج.

² - ف 2 من المادة 179 من الأمر 07/95 والمتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم، مرجع سابق.

البند الثالث: التعريف الفقهي للخلف الخاص

ويعرف الخلف الخاص بأنه: "هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها أو حق شخصي كالمشتري يخلف البائع في العين المباعة، والموصي له بعين في التركة والمنفعة يخلف المالك في حق الانتفاع، والمحال له يخلف المحيل في الحق المحال به"¹.

وعليه فإذا باع رب العمل المبنى أو وهبه، ثم تخدم كلياً أو جزئياً أو ظهر فيه عيب يهدد سلامته أو متانته، جاز للمشتري أو الموهوب له أن يرجع بالضمان على المهندس أو المقاول، ذلك أن الحق في الرجوع بالضمان قد انتقل مع المبنى إلى الخلف الخاص طبقاً لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات².

ويقصد من هذه العبارة أن الحق في الضمان الخاص يعتبر من ملحقات العقار المبنى، فهو ينتقل معه إلى الخلف الخاص، دون حاجة إلى النص على ذلك صراحة في العقد، ولو كان السبب الذي انتقلت به الملكية لا يلزم الناقل بالضمان، كما لو كان الخلف الخاص موهوباً له مثلاً، وليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب، فإنه يرجع بالرغم من ذلك بالضمان الخاص على المشيد الملتزم بموجب أحكام الضمان العشري، لأن دعوى الضمان انتقلت كموهوب له مع الشيء الموهوب بعقد هبة³.

ويجوز للمشتري أن يرجع على بائعه بضمان العيب، وفي هذه الحالة يكون للبائع وهو رب العمل أن يرجع بدوره على المهندس المعماري أو المقاول بالضمان، وله أن يدخلهما ضامنين في دعوى العيب التي يرفعها عليه المشتري⁴.

ولا يستطيع الدائن العادي لرب العمل أن يرفع دعوى الضمان العشري ضد المشيد، وإنما يجوز له المطالبة بالضمان عن طريق الدعوى غير المباشرة⁵، كما لا يستطيع مستأجر البناء مباشرة دعوى الضمان العشري لأنه لا يعد صاحب أي حق عيني على العقار المؤجر، ومن ثمة لا يمكنه التمسك ضد

¹ - مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 161.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص 111

³ - زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 228

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 111

⁵ - توفيق زيداني: مرجع سابق، ص 98.

المهندس المعماري والمقاول إلا بقواعد المسؤولية التقصيرية¹.

أما محكمة النقض الفرنسية فقد أسست هذا الانتقال على الحق في الضمان العشري في كونه حماية قانونية مرتبطة بالملكية، وليس بشخص رب العمل بالذات في حالة بيع العقار، ومن ثم فإن هذه الحماية القانونية تنتقل مع البناء المبيع، وتندمج معه باعتبارها من ملحقاته خلال مدة الضمان، ولما كانت مدة العشر سنوات تعتبر فترة اختبار لمتانة البناء وجودة تنفيذ العمل، فإن المالك الحالي لبناء هو وحده الذي يستطيع أن يتحقق من توافر هذه المتانة من عدمها².

المطلب الثاني: بعض الإشكالات في تحديد المستفيد من أحكام الضمان العشري

أدى التطور الكبير الذي حدث في مجال التشييد والبناء على الصعيد العالمي والمحلي، إلى ظهور صورة جديدة في التعامل بدأت تطفو على السطح، وهي في تطور مستمر يوم بعد يوم، حيث أصبح عقد المقولة لا تعود فائدته إلى صاحب العمل وخلفه (العام والخاص) فقط، بل قد يتجاوز ذلك بأن يصبح المقاول يتولى عملية البناء بذاته وحسابه الخاص، وهو ما يعرف بالمقاول البائع للبناء وهذا دون الارتباط بأحد بعقد مقولة بقصد بيعه للغير سواء أبرم البيع قبل تمام أشغال البناء أو بعدها. كذلك ظهر نوع آخر من الأشخاص المستفيدين وهو في نظام الملكية المشتركة وفي حالة البيع الإيجاري، فمن المستفيد من أحكام الضمان العشري في هذه الحالات؟.

الفرع الأول: المشتري المستأجر أو حالة البيع الإيجاري:

لقد لجأت الدولة الجزائرية لهذه الصيغة من البيع من أجل القضاء ولو بالقليل من أزمة السكن التي تشهدها اليوم، خاصة مع تزايد المطالبة بهذا الحق يوما بعد يوم، لذلك فسيتم التطرق على مفهوم البيع الإيجاري أولا ثم التفصيل في كيفية استفادة هذا المشتري المستأجر من أحكام الضمان العشري كالاتي:

البند الأول: التعريف التشريعي للبيع الإيجاري

أولا: تعريف البيع الإيجاري في ق م ج

بالرجوع إلى نص المادة 363 من ق م ج فإن المشرع الجزائري لم يتناول عقد البيع الإيجاري

¹ - توفيق زيداني: مرجع سابق، ص 98

² - كهينة بطوش: مرجع سابق، ص ص 95-96.

صراحة وإنما أشار إليه ضمناً حيث جاء نصت المادة على أنه: "وإذا وفي المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه يملك الشيء المبيع من يوم البيع، تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع بصفة الإيجار"¹.

ثانياً: تعريف البيع الإيجاري في النصوص الخاصة

لقد عرف المشرع الجزائري البيع الإيجاري بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 105-01 والذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 235/03² بنصها: "البيع بالإيجار صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقراره شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب"³. وعليه فيمكننا القول أن البيع الإيجاري يقصد به اتفاق مالك العقار مع المشتري المستأجر على أن ملكية العقار لا تنتقل إلى المشتري المستأجر إلا بعد سداد آخر قسط من الثمن المتفق عليه.

البند الثاني: التعريف الفقهي للبيع الإيجاري

أولاً: تعريف فقهاء القانون

عرف فقهاء القانون البيع الإيجاري بتعريفات عدة منها:

-التعريف الأول: يقصد بالبيع الإيجاري: "عقد يتفق بمقتضاه التاجر مع عميله على تأجير الشيء مدة معينة مقابل أجره شهرية أو أقساط تدفع خلال فترات زمنية محددة في العقد، على أساس أنه إذا وفي العميل بجميع الأقساط في نهاية المدة المتفق عليها، تنتقل إليه ملكية الشيء المؤجر، ولا يلتزم بدفع شيء آخر، أمّا إذا تخلف عن دفع هذه الأقساط فسخ العقد واسترد التاجر الشيء المؤجر"⁴.

-التعريف الثاني: البيع بالإيجار يقصد به: "اتفاق بمقتضاه يؤجر المؤجر للمستأجر شيء مقابل أجره تدفع في مواعيت حلولها، ويتفق على أنه دفع المستأجر عدداً من الدفعات فإنه يتملك الشيء المؤجر"⁵.

¹ - المادة 363 من ق م ج

² - المرسوم التنفيذي 35/03 مؤرخ في 11 ذي القعدة عام 1423 الموافق ل 13 يناير سنة 2003، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 105-01 المؤرخ في 29 محرم عام 1422 الموافق ل 23 أبريل سنة 2001 الذي يحدد شروط شراء المسكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، ج ر ج ج، عدد 04، لسنة 2003

³ - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 مؤرخ في 29 محرم عام 1422 الموافق ل 23 أبريل سنة 2001، يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، ج ر ج ج، عدد 25 لسنة 2001

⁴ - فايز نعيم رضوان: عقد التأجير التمويلي: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1998، ص 61

⁵ - محمد حسين قاسم: القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2001، ص 30

-**التعريف الثالث:** "هو الاتفاق الذي بموجبه يسلم أحد الطرفين شيئاً معيناً للطرف الآخر لينتفع به فترة معينة في صورة إيجار في مقابل مبالغ دورية محددة، ثم يصير هذا الاتفاق بيعاً يتملك بموجبه المنتفع الشيء الذي في يده، إما بسداده لكل المبالغ المتفق عليها، أو بالإعلان رغبته في الشراء، أو بوفاء المالك بوعدده في حالة الاتفاق على ذلك"¹.

وعليه فمن خلال التعريفات السابقة للبيع الإيجاري فيمكننا أنه نقول: " هو ذلك العقد الذي يرم بين شخصين على أن ينتفع أحدهما بالشيء المؤجر، ويدفع الطرف الآخر أجر في وقت محدد ومتى استوفى كل الأجر انتقلت إليه ملكية ذلك الشيء".

ثانياً: تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للبيع الإيجاري

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد أطلق الفقهاء المعاصرون مسمى الإجارة المنتهية بالتملك وهو ما يقصد به -بالبيع الإيجاري- في المفهوم القانوني وقد عفاه بتعريفات منها: "

التعريف الأول: عرفه خالد الحافي: " عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لآخر سلعة معينة مقابل أجره معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد"².

التعريف الثاني: عرفه الشاذلي: " تملك المنفعة ثم تملك العين نفسها في آخر المدة"³.

وهو ما نصّ عليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته 12 لسنة 2000 حيث جاء في القرار رقم 10 منه على أن الإجارة المنتهية بالتملك هي: " عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أجره خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً"⁴.

¹ - أحمد سعد أحمد: البيع الإيجاري-دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتملك في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، د س ن، ص 29.

² - خالد بن عبد الله بن براك الحافي: الإجارة المنتهية بالتملك في ضوء الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الملك سعود، السعودية، د ت، ص 59.

³ - حسن علي الشاذلي: الإيجار المنتهي بالتملك، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 2017.

⁴ - قرار رقم 10 من قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته 12 بالرياض بالمملكة العربية السعودية من 25 جمادى الآخرة 1421هـ إلى غرة رجب 1421هـ (23-28 سبتمبر 2000).

وعليه فإن التعريفان الفقه القانوني والفقه الشرعي متقاربان إلى حد بعيد.

لكن السؤال المطروح يكمن في حالة وقوع تدمر كلي أو جزئي يهدد سلامة البناء ومثانته، أو ظهور عيب معتبر خلال مدة الضمان، فهل من حق المشتري المستأجر حق رفع دعوى الضمان العشري للمطالبة بالضمان من المقاول والمهندس المعماري؟

وللإجابة على هذا السؤال يمكننا القول أنه لما تم طرح هذه القضية على محكمة النقض الفرنسية عام 1964 فإنها فرقت بين ما إذا كان المشتري المستأجر، لحظة قيام موجب الضمان، قد أصبح مالكا فعلا للعقار بأن انتقلت إليه ملكيته، بسداده القسط الأخير من ثمنه، أم لا يزال مستأجرا له، ولم تنتقل إليه ملكيته بعد، أن جار في سداد الأقساط ولم يبلغ القسط خير منها بعد¹.

وعليه ففي الحالة الأولى صار في حقه الاستفادة من قواعد الضمان العشري ورفع دعوى الضمان العشري على معماري العقار الذي غدا مالكا له. أما إذا كانت الحالة الثانية أنكرت عليه هذه الاستفادة، وهذا مجرد دائن عادي لرب العمل فلا يمكنه رفع دعوى الضمان العشري، بل يبقى له فقط الرجوع في مطالبته بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية².

وعليه يمكن القول أن المشرع الفرنسي قد فرق بين ما إذا كان المشتري مازال مستأجرا وظهر العيب ففي هذه الحالة لا يمكنه رفع دعوى الضمان العشري لأنه غير مالك، أما في حالة استثناء الثمن كله وأصبح مالكا للبناء فله حق رفع دعوى الضمان العشري في حالة ظهور العيب وفي مدة العشر سنوات.

ليس من الصحيح وصف المشتري على أنه من الخلف الخاص لرب العمل في عقد المقاولة، بالرغم من كونه ملك للعقار وقت تدمره أو ظهور العيب الموجب للمسؤولية العشرية، كما يحدث الحال بالنسبة للشخص الذي يوكل من ينوبه من أنجاز بناية معينة، فإنه لا يمكن الرجوع عليه، وفقا لقواعد الضمان العشري على أساس عقد المقاولة بل يستوجب أن يكون هناك نص خاص³.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، فإنه لم يجعل المشتري من الأشخاص المستفيدين من أحكام

¹ - زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 233

² - مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 169

³ - أحمد خديجي: مرجع سابق، ص 48

الضمان العشري، لأنه ليس مرتبط مع من تلقى منه الملكية بموجب عقد المقاول، وإنما يرجع عليه إذا ظهر عيب في البناء بدعوى ضمان العيوب الخفية طبقا للقواعد العامة التي نصت عليها المادة 379 من ق م ج¹.

إلا أنه وبمصدور القانون 11/04 والمتعلق بالترقية العقارية في نص المادة 46 فقد أصبح المشتري الذي يشتري عقارا من متعامل في الترقية العقارية من الأشخاص المستفيدين من أحكام الضمان العشري². أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه فصل في هذا الغموض وجعل من المشتري مستفيدا من أحكام الضمان العشري، بالرغم من عدم وجود عقد مقاول، بل يكفي أن يكون الشخص مالكا للبناء ولا يشترط أن تربطه مع الملمزم بقواعد الضمان الخاص بعقد مقاول، إذ يمكن أن يستفيد المالك من قواعد المسؤولية الخاصة، حتى وإن كان العقد هو عقد بيع أو عقد وكالة³.

الفرع الثاني: المالكون المشتركون للبناء

نظرا لتفاقم الوضع الذي تعاني منه الجزائر في الآونة الأخيرة في مجال السكن، فقد أدت هذه الظاهرة إلى انتشار ظاهرة أخرى وهي الملكية المشتركة للبناء الواحد، أو ما يعرف بملكية الشقق والطبقات، خاصة مع تزايد الاعتماد على الأبنية المرتفعة لتلبية حاجات الأفراد، إلا أن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا المطاف هو من هو المسؤول عن رفع دعوى الضمان العشري على المشيدين في حالة سقوط أو تهمد أو تعيب الأجزاء المشتركة للبناء الواحد؟. وللإجابة على السؤال التالي يمكننا القول:

البند الأول: التعريف التشريعي للملكية المشتركة

أولا: تعريف الملكية المشتركة في ق م ج

إن المشرع الجزائري تناول موضوع الملكية المشتركة في القانون المدني حيث خصص له في الكتاب الثالث المعنون بالحقوق العينية الأصلية بالباب الأول، حق الملكية بالقسم الخامس المعنون بالملكية المشتركة في العقارات المبنية من خلال المواد 743 إلى المادة 772.

¹ - جاء في نص المادة 379 من ق م ج ما يلي: " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصود منه....".

² - شعبان عياشي: مرجع سابق، ص 100، انظر كذلك كهينة بطوش: مرجع سابق، ص 97.

³ - أحمد خديجي: مرجع سابق، ص 48

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشتري بعد تسليم الأشغال

بالرجوع إلى نص المادة 743 من ق م ج فقد عرفت الملكية المشتركة على أنها: " هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة¹".

ومنه فالملكية المشتركة تنقسم إلى قسمين ملكية خاصة وملكوية مشتركة.

فقد حدد المشرع الأجزاء الخاص التي يستقل بها كل واحد من الملاك الشركاء بغرض الاستعمال الشخصي في نص المادة 744 من ق م جوهي: تعتبر أجزاء خاصة أجزاء العقارات المبنية، أو غير المبنية والمملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء بغرض الاستعمال الشخص والخاص. وتعد أجزاء خاصة:

- كل من تبيط الأرض والأرضية، والتغطية
- الأسقف والأحواش باستثناء الجدران الأساسية في البناء
- الحواجز الداخلية وأبوابها
- أبواب المساطح والنوافذ والأبواب النافذة ومغالق الشبايك والمصارع والستائر وتوابعها
- قضبان النوافذ والدرايز الحديدية للشرفات
- الطلاء الداخلي للحيطان، والحواجز مهما كانت
- الأنابيب الداخلية، ومنحنيات التوصيل الخاصة بالأجهزة من مجموع الحنفيات واللوازم المتصلة بها
- إطار وأعلى المداخن والخزائن، والخزائن المموهة
- الأدوات الصحية للحمامات والمغسلة والمرحاض
- أدوات المطبخ
- الأدوات الخاصة للتدفئة والماء الساخن التي يمكن أن توجد داخل المحل الخاص².

أما نص المادة 745 فقد حددت الأجزاء المشتركة التي يملكها على الشيوع كافة الملاك المشتركين جاء في نص المادة: تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على

¹ - المادة 743 من ق م ج.

² - المادة 744 من ق م ج.

الفصل الأول:النطاق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال

الشيوع كافة الملاكين المشتركين أو لأكثر عدد منهم وتعد أجزاء مشتركة ما يلي:

- الأرض والأفنية والبساتين، والجنائن، والمداخل
 - الجدران الأساسية في البناء، وأدوات التجهيز المشتركة بما فيها أجزاء الأنايب التابعة لها والتي تمر على المحلات الخاصة
 - الخزائن وغلاف ورؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك
 - الرواق الخارجي، والدرايز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد
 - المحلات المستعملة للمصالح المشتركة
 - القاعات الكبرى، وممرات الدخول والدرج والمصاعد
- وتعد حقوق بالتبعية للأجزاء المشتركة ما يلي:
- حق تعلية العمارة المعدة للاستعمال المشترك، أو المحتوية على عدة محلات تكون أجزاء خاصة مختلفة
 - الحق في بناء عمارات جديدة بالأفنية، والبساتين، أو الجنائن التي تكون أجزاء مشتركة¹.
- كما أضافت نص الفقرة الأخيرة من المادة 744 من ق م ج على أحد الأجزاء المشتركة بقولها:
- " وتعتبر مشتركة بين الشركاء المتجاورين الحواجز أو الحيطان الفاصلة في المحلات الخاصة دون الجدران الأساسية في البناء"².

ولعل ما جاء به المشرع الجزائري من خلال هذا التعداد هو على سبيل الحصر لا المثال، فكل الأجزاء التي يكون على هذه الشاكلة وبنفس المواصفات تعتبر أجزاء مشتركة. فكل ما هو مخصص للاستعمال المشترك له الحق في استغله، أما ما كان من جزء خاص فكل واحد مسؤول عن جزئه دون المساس بحقوق وأجزاء الآخرين.

ومنه وبالرجوع إلى نص المادة 749 من ق م ج فإن نصها جاء بما يلي: " لكل شريك في الملكية الحق في أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته كما له أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة

¹ - المادة 745 ق م ج

² - الفقرة 14 من المادة 744 ق م ج.

والمشتركة، بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضرراً بما أعد له العقار¹.

فمن خلال نص هذه المادة يتعين أنه على المالكين المشتركين الحفاظ والعناية على الأجزاء المشتركة بينهما من الضياع والتلف، فإن تم الاعتداء عليها وإفسادها أصبحت غير صالح للغرض الذي أنشأت من أجله.

ومنه فبالرجوع إلى نصوص الق م ج، فإننا نجد أنه قد نظم أحكام الملكية المشتركة من المواد 734 إلى المادة 772 من ق م ج.

ثانياً: تعريف الملكية المشتركة في النصوص الخاصة

أما المرسوم التنفيذي 666/83 والذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة والبنيات الجماعية، والذي عدل وتم بالمرسوم التنفيذي 59/94 المؤرخ في 1994 والذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنيات الجماعية². فقد نص في المادة 02 على الأجزاء الخاصة بقولها: " الأجزاء الخاصة هي التي يملكها مقسمة كل شريك في الملكية والمخصصة له دون غيره، أي المحلات التي تشملها حصته أو حصصه مع جميع المرافق التابعة له"³.

أما نص المادة 04 فقد حدد الأجزاء المشتركة فقد نصت المادة على ما يلي: " تعد ملكاً مشتركاً بين الشركاء المتجاورين الحيطان أو الجدران الفاصلة، بين المحلات الخاصة وغير المدرجة في الحيطان الرئيسية⁴. وبالرجوع إلى نص المواد 06 و07 و08 فقد ذهب هذا المرسوم إلى تقسيم الأجزاء المشتركة إلى ثلاثة أصناف وهي كالتالي:

الأجزاء المشتركة من الصنف الأول: بالرجوع إلى نص المادة 06 من المرسوم سالف الذكر: " هي الأجزاء المخصصة لاستعمال جميع الشركاء في الملك كالأرض المشيد مجموع العقار عليها والأرض التابعة

¹ - المادة 749 من ق م ج.

² - المرسوم التنفيذي 666/83 المتعلق بالقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة والبنيات الجماعية، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 59/94 المؤرخ في 1994 والمؤرخ في 1994 والذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنيات الجماعية، ج ر، عدد 13، سنة 1994

³ - المادة 02 من المرسوم التنفيذي 666/83 المتعلق بالملكية المشتركة والبنيات الجماعية، المرجع نفسه

⁴ - المادة 04 من المرسوم التنفيذي، 666/83 المتعلق بالملكية المشتركة والبنيات الجماعية، المرجع نفسه

له ولا سيما القطع الأرضية المستعملة حظيرة أو حديقة¹...

- الأجزاء المشتركة من الصنف الثاني: نصت المادة 07 من نفس المرسوم هي: " الأجزاء المخصصة لاستعمال الذين يشغلون بناية واحدة بعينها كالأسس والجدران الضخمة الخاصة بالواجهة أو بواجهة السقف، أو الحائط الفاصل والجدران الضخمة للأرضيات"²

- الأجزاء المشتركة من الصنف الثالث: وهو ما جاءت به نص المادة 08 من نفس المرسوم بقولها: " تقتصر الأجزاء المشتركة من الصنف الثالث على المصاعد الخاصة وآلاتها وأقفاص المصاعد الموجودة في العمارات³ ."

البند الثاني: التعريف الفقهي للملكية المشتركة:

أولاً: تعريف فقهاء القانون للملكية المشتركة:

التعريف الأول: " الملكية المشتركة من الأنظمة العقارية الجماعية بحيث لا يكون فيها مالك واحد بل مجموعة من الملاك، ولا يمكن أن تظهر في مبنى فردي مملوك لشخص واحد"⁴.

التعريف الثاني: " الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبنى أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة إلى حصص بين عدد أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص، ونصيب في الأجزاء المشتركة"⁵.

وعليه فمن خلال هذين التعريفين يمكننا القول أنّ الملكية المشتركة هي: " اشتراك عدة مالكين للبنية الواحدة في أجزاء معينة، على أن يكون هناك أجزاء خاصة بكل مالك".

¹ - المادة 06 من المرسوم التنفيذي، 666/83 المتعلق بالملكية المشتركة والبنيات الجماعية، المرجع نفسه

² - المادة 07 من المرسوم التنفيذي، 666/83 المتعلق بالملكية المشتركة والبنيات الجماعية، المرجع نفسه

³ - المادة 08 من المرسوم التنفيذي، 666/83 المتعلق بالملكية المشتركة والبنيات الجماعية، المرجع نفسه

⁴ - عمار دروازي: آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة وحمايتها في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، د س ن، ص 7.

⁵ - باشا عمر حمدي: نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، د ط،

2000، ص 14.

ثانيا: تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للملكية المشتركة:

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد أطلقوا عليها مسمى تمليك الشقق والطبقات وهي من الصيغ المعاصرة وعرفوها بقولهم: "يتعدد ملاك البناء الواحد فيكون لكل منهم طبقة أو شقة يملكها ملكية مفرزة، ويملكون جميعا على الشيوع بعض الأجزاء المشتركة في البناء، وملكيتهم في تلك الأجزاء تعد ملكية شائعة شيوعا إجباريا"¹.

لذلك فإننا نجد علاقة وطيدة بين ما يعرف بتمليك الشقق والطبقات وملكية السفل والعلو المعروف في الفقه الإسلامي من قديم الزمان، ويقصد بملكية السفل والعلو: " تلك الأبنية التي فوقانيها ملك لأحد وتحتانيها لآخر"².

وعليه يمكن القول أنّ الفرق بين مصطلح الطبقات والشقق ومصطلح السفل والعلو أنه بينما تقوم ملكية الشقق والطبقات على مبدأ الملك المفرز لكل جزء، إضافة إلى الملك المشاع الجبري للأجزاء الأخرى، فالسفل والعلو يغلب فيه جانب الملكيات المفرزة بعضها فوق بعض، بحيث يكون للملك السفلى الأرض التي شيد عليها البناء وجدرانها وسقفها، ويكون للمالك الطبقة التي تعلو حق التعلية عليها ويستقل بملكيتها الطبقة التي يشيدها بجدرانها وسقفها"³.

وعليه فإن كان المشرع الجزائري انطلقا من نصوص القانون المدني الجزائري ومواد المرسوم التنفيذي 666/83 قد نص على الملكية المشتركة وقسمها إلى نوعين منها ما هو خاص ومنها ما هو مشترك، فإن الإشكال الذي يطرح في هذه الحالة من هو المسؤول عن رفع دعوى الضمان العشري في حالة الملكية المشتركة؟ للإجابة عن هذا يمكننا القول:

جاء في نص المادة 756 مكرر 02 من ق م ج على أن: " تشكل جماعة الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها جمعية تتمتع بالشخصية المدنية. تتولى الجمعية إدارة العقار والمحافظة عليه وكذا تسيير الأجزاء المشتركة"⁴.

¹ - أحمد بن عبد العزيز العميرة: نوازل العقار-دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة، دار الميمان للنشر والتوزيع،

المملكة العربية السعودية، ط1، 2011، ص 163

² - أحمد بن عبد العزيز العميرة: مرجع سابق، ص 165

³ - أحمد بن عبد العزيز العميرة: المرجع نفسه، ص 165

⁴ - المادة 756 مكرر 02 من ق م ج.

كما نصت المواد 15 - 16-17 وكذا المادة 17 من المرسوم التنفيذي 666/83 السالف الذكر على تولى هذه الجمعية تسيير الملاك المشتركة¹.

واعمالا لنص المادة 764 فقرة 02 من القانون المدني²، ونص المادة 42 من المرسوم التنفيذي 666/83 السالف الذكر³، فإنه يكون للجمعية متصرف يتولى تنفيذ قراراتها ويمثلها لدى القضاء، سواء مدعية أو مدعى عليها؛ ويمثل المتصرف الجماعة إزاء الغير وجميع الإدارات ويمثلها في مجال القضاء سواء مدعيا أو مدعى عليها ولو ضد بعض الشاغلين.

والأصل أنه لا يوجد نص صريح في التشريع الجزائري، يقضي باستفادة المالكين المشتركين في البناء الواحد من أحكام المسؤولية العشرية، إلا أنه وبعد الرجوع إلى النصوص السالفة الذكر يتعين أن دعوى الضمان العشري تكون للشريك بالنسبة للضرر الذي يصيب الجزء الذي يختص بملكيته، ويكون من حق الجمعية ممثلة في المتصرف في رفع دعوى الضمان العشري ضد المهندس المعماري والمقاول بالنسبة للضرر الذي يلحق الأجزاء المشتركة⁴.

كما أنه للمالك المشتركين أن يرفعوا دعوى الضمان العشري، ضد المقاول والمهندس المعماري، فإذا تعلق السبب الموجب للضمان بالأجزاء المشتركة في العقار، حتى ولو لم يصب الأجزاء الخاصة بهم ضرر ما، متى أثبتوا تهاون متصرف الجمعية في رفع هذه الدعوى، وذلك لقيام الصفة والمصلحة إلى

¹ - نصت المادة 15 /1 من المرسوم التنفيذي 666/83 على أنه: " تتشكل جماعة الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له في شكل جمعية ذات شخصية مدنية".

أما المادة 16 من نفس المرسوم التنفيذي فقد نصت: " تتمثل صلاحية الجمعية في الحفاظ على العمارة وتسيير أجزائها المشتركة، وهي مسؤولة عن الأضرار التي تلحق بالشركاء و/أو الشاغلين، أو تلحق بالغير بعدم صيانة الأجزاء المشتركة منها. وهي مؤهلة للتقاضي مدعية أو مدعى عليها ولو كان ذلك ضد بعض الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له ويمكنها التقاضي بالاشتراك أو مع أحد الشركاء في الملك أو عدد منهم قصد الحفاظ على حقوق المتعلقة بالمجموع العقاري ويمكنها أن تتخذ جميع التدابير الضرورية للحفاظ على العمارة وحسن تسيير الأجزاء المشتركة منها.

² - نصت الفقرة 02 من المادة 764 من ق م ج على أنه: "...ويتكفل بتنفيذ هذه القرارات متصرف العقار، الذي يوضع مباشرة تحت مراقبة الجمعية، يعد هذا المتصرف وكيفا للجمعية، ويمثلها لدى القضاء".

³ - جاء في نص المادة 42 من المرسوم التنفيذي 666/83 على أن: " يمثل المتصرف الجماعة أراء الغير وجميع الإيرادات، ويمثلها في مجال القضاء سواء مدعيا أو مدعى عليه ولو ضد بعض الشاغلين، ويمكنه أن يتصرف خاصة بمعية أحد هؤلاء أو عدد منهم للحفاظ على الحقوق المرتبطة بالعمارة".

⁴ - مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 175.

جانبيهم لمباشرة هذه الدعوى¹.

كما يمكننا القول أنه في حالة ما إذا مست الأجزاء الخاصة من العقار، فإن دعوى الضمان رفع من قبل كل مالك عن الجزء الذي لحق به الضرر ضد المقاول والمهندس المعماري.

وللاشارة فإنه يمكن أن يصاب الغير بضرر جراء التهدم الكلي أو الجزئي فيما تم تشييده من مباني أو أقيم من منشآت ثابتة أخرى، فلا يمكنه الرجوع على المهندس المعماري ومقاول البناء عليهم بأحكام المسؤولية العشرية للمطالبة بالتعويض وفقا لنص المادة 554 من ق م ج، وإنما عليه اللجوء للمطالبة بالتعويض وفقا لما تفتضيه القواعد العامة وفقا لنص المادة 124 من ق م ج والتي جاء في نصها: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص ويسبب ضرر بغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"².

أو طبقا لأحكام المسؤولية الناشئة عن حراسة البناء المقررة في الفقرة الأولى من نص المادة 140 من ق م ج والتي تقضي بأن: " حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه"³.

ويرجع السبب إلى استبعاد الغير من أحكام الضمان العشري، هو عدم ارتباطه مع المقاول ولا مع المهندس المعماري عقد مقاوله. لذلك فهو طرف أجنبي عن عقد المقاوله.

¹ - انظر: زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 239

² - المادة 124 من ق م ج

³ - الفقرة 01 من المادة 140 من ق م ج.

خلاصة الفصل الأول:

لقد حصر المشرع الجزائري أطراف المسؤولية العشرية في القانون المدني الجزائري في المهندس المعماري مقال البناء، حيث جعل كلا منهما متضامن مع الآخر في الضمان جراء العيوب التي تصيب البناء سواء كان العيب خفيا أو ظاهرا وسواء كان التهدم كلياً أو جزئياً، أما التشريعات الخاصة فقد استدركت هذا النقص وأضافت بعض الأشخاص المسؤولين بالضمان منهم المراقب التقني أو الفني وكذا المرقي العقاري، مكاتب الدراسات وغيرهم وفقاً لنصوص تشريعية منها قانون الترقية العقارية 04/11 وقانون التأمينات 07/94.

كما أن المشرع الفرنسي لم يبق عند هذا الحد فقط، بل أضاف أطراف أخرى واعتبرها من المسؤولين عن أعمال البناء كالصانع والبائع والوكيل والمنتج والمستورد وهذا وفقاً لما قضته نص المادة 1792 من ق م في سواء كانت تربطهم برب العمل عقد مقاوله أم لا.

كما نص القانون على أن المستفيد الأول من الضمان العشري هو رب العمل إلا أنه بعد وفاة هذا الأخير فإن الحق ينتقل إلى غيره من الورثة وهم الخلف العام والخلف الخاص. إلا أنه نظراً للتطور الهائل في مجال البناء فإنه أضاف أطراف أخرى كمشترى العقار وفقاً لقانون الترقية العقارية لسنة 2004 إلا أن هذا الأخير خلق بعض الإشكالات وهو في حالة الملكية المشتركة أما الحالة الثانية فهي في عقد البيع بالإيجار.

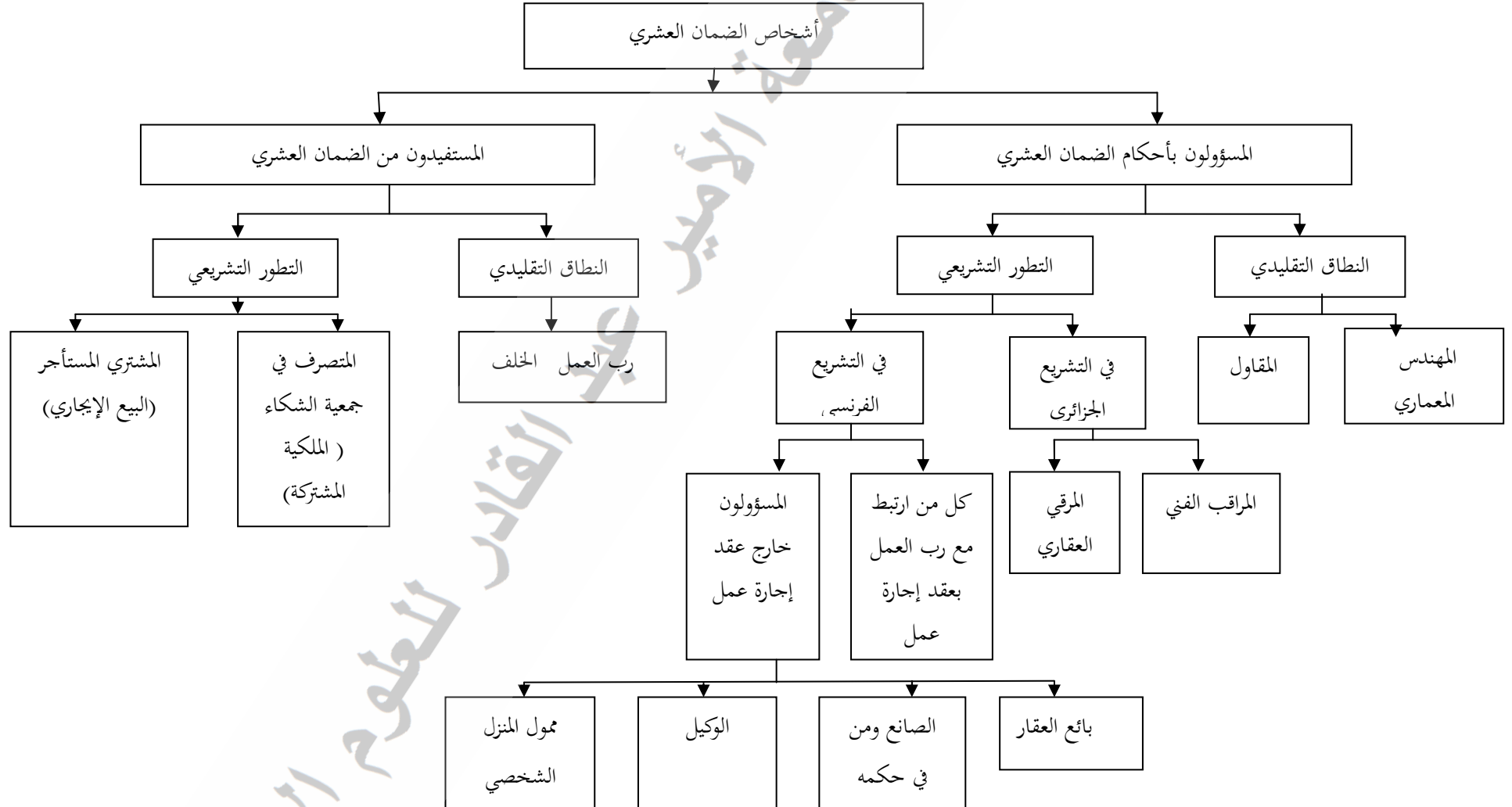
إلا أن الفقه يتفق في جعل الغير الخارج عن عملية البناء الذي ليس له علاقة بعقد المقاوله لا يستفيد من أحكام الضمان العشري، لاعتباره طرفاً دخيل عن عملية البناء.

ولعل الهدف من هذا التوسع هو حماية المنشآت الثابتة والمباني وحماية الطرف الضعيف في عقد المقاوله من احتيالات الأشخاص الآخرين الذين لم يدجهم المرع في القانون المدني وما جاءت به التشريعات الخاصة في مجال البناء.

وهو ما يوضحه المخطط الآتي:

منخطط النطاق الشخصي لمسؤولية المشتد بعد تسليم الأشغال

من إعداد الباحثة



الفصل الثاني:

النطاق الموضوعي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأُشغال

المبحث الأول: محل الضمان

المبحث الثاني: الأضرار الموجبة للضمان

لقيام النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري، لا بد من توافر شروط لإعماله على أطراف عقد المقاولة، فالشروط الموضوعية بتنوعها ومنها ما يتعلق بمحل الضمان العشري، وهو وجود عقد مقاولة بين المهندس المعماري والمقاول مع رب العمل، دون دخل للعقود المسماة الأخرى كعقد البيع أو الوكالة وغيرها بل تنحصر في عقد المقاولة فقط، شريطة أن يتعلق محل الضمان بتشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، فإن وجد كلا الشرطين، وجب إيجاد شرط ثالث وهو وجود سبب للضمان وهو وقوع التهدم الكلي أو الجزئي للمنشآت ووجود عيب من العيوب التي تهدد سلامة المبنى ومثانته، أما الشروط الشكلية فتتمثل في المدة، والمقررة ب 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للأشغال، باعتبار هذا الضمان من النظام العام، وعليه فلا يمكن التخفيف منه أو الحد منه وهو ما سنتناوله المباحث الآتية:

المبحث الأول: محل الضمان

لإعمال أحكام الضمان العشري اشترط المشرع أن يكون العقد الذي يربط المقاول والمهندس المعماري برب العمل هو عقد مقابلة دون العقود الأخرى، فإن تعلق محل الضمان العشري بعقد من العقود الأخرى فلا يمكن إعمال أحكام الضمان العشري، كما اشترط المشرع أن يكون محل المقابلة متعلق بتشديد مباني وإقامة منشآت ثابتة أخرى، لذلك فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين حيث عنونا (المطلب الأول) بضرورة تعلق محل الضمان بعقد مقابلة أما (المطلب الثاني) فتم تخصيصه لضرورة تعلق محل المقابلة بتشديد مباني وإقامة منشآت أخرى وهو ما سنفصله في الآتي:

المطلب الأول: ضرورة تعلق محل الضمان بعقد مقابلة

اشترط المشرع لإعمال أحكام الضمان العشري وجود عقد مقابلة يربط المقاول والمهندس برب العمل، وباعتبار عقد المقابلة من العقود المسماة والتي جاءت أحكامها من المواد 549 إلى المادة 563 من ق م ج، لذلك فقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع حيث عنونا (الفرع الأول) بمفهوم عقد المقابلة وتم تخصيص (الفرع الثاني) لخصائص عقد المقابلة و(الفرع الثالث) فهو تحت عنوان تمييز عقد المقابلة عن بعض العقود المشابهة له وسيتم تفصيل ذلك كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم عقد المقاولة

باعتبار أن عقد المقاولة من الشروط الأساسية لقيام أحكام المسؤولية العشرية، لذلك فسيتم تخصيص هذا الفرع لتعريف عقد المقاولة بحيث سنتناول مفهوم عقد مقاولة في (البند الأول)، مع الإشارة إلى خصائصه في (البند الثاني)، وصولاً إلى تمييزه عن بعض العقود في (البند الثالث) كالاتي:

البند الأول: تعريف عقد المقاولة

باعتبار أن عقد المقاولة هو محل الضمان العشري وعليه فسيتم التطرق إلى تعريف عقد المقاولة تعريفاً لغوياً، ثم نرجع على التعاريف التي جاء بها فقهاء القانون ثم ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية كالاتي:

أولاً: تعريف المقاولة في اللغة

للمقاولة في اللغة عدة معان منها:

المقاولة صيغة مبالغة على وزن مفاعلة، تقتضي المشاركة من أطراف متعددة، لذلك فهي مشتقة من الفعل قَالَ يَقُولُ قَوْلًا، المَقَاوَلَةُ: بضم الميم وفتح القاف من مَقَاوَلَةٌ تعني المجادلة يقال قَاوَلَهُ في أمره مُقَاوَلَةٌ أي جَادَلَهُ¹.

وتطلق كذلك على المفاوضة يقال تَقَاوَلُوا في الأمر: أي تفاوضوا، وَقَاوَلْتُهُ في أمره، وتَقَاوَلْنَا أي تفاوضنا، وتطلق أيضا على إعطاء العمل للأخر².

ثانياً: التعريف التشريعي للمقاولة

سنبين في النقطة التالية تعريف عقد المقاولة في القانون المدني ثم ما جاءت به النصوص الخاصة، كما يتم التعرّيج لتعريف عقد المقاولة عند المشرع الفرنسي كالاتي:

1- تعريف عقد المقاولة في ق م ج

على غير عادة المشرع الجزائري أدرج تعريف صريح لعقد المقاولة ضمن الباب التاسع من القانون المدني -العقود الواردة على العمل- في الفصل الأول منه في المادة 549 من ق م ج حيث نصت المادة

¹ - الفيومي: المصباح المنير، دار الحديث القاهرة، د ط، 2003، ج2، ص 628.

² - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 650.

549 منه: " المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر¹."

من خلال هذا التعريف يمكننا القول أنّ عقد المقاوله هو اتفاق بين المقاول ورب العمل بعمل معين لصاحب العمل، وذلك مقابل أجر يدفعه للمقاول، فمحل المقاوله وقت التعاقد لم يكن موجوداً وإنما سيكون محله في المستقبل.

ولكن الملاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة الإشراف على العمل مما يؤدي إلى الخلط بين عقد المقاوله وعقد العمل، وبناء على ذلك يجدر بالمشرع تعديل نص المادة 549 من ق م ج، وذلك بقوله: " المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، ويقوم بمحل عقد المقاوله بصورة مستقلة، دون الخضوع لإشراف وإدارة رب العمل". وهذا لتجاوز الخلط الذي قد يثار بين عقد المقاوله وعقد العمل.

2- تعريف عقد المقاوله في التشريع الفرنسي:

لم يعرف المشرع الفرنسي عقد المقاوله بهذا الاسم (contrat d'entreprise) إنما عرفه باعتباره نوع من أنواع إجارة الأعمال (louage d'ouvrage) متأثراً بالقانون الروماني ففي هذا الخصوص نص في المادة 1710 من القانون المدني الفرنسي على أنّ عقد إجارة الأعمال هو: "ذلك العقد الذي عن طريقه يتعهد أحد الأطراف بعمل شيء لحساب الآخر لقاء أجر متفق عليه بينهما²". ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع لكل خصائص عقد المقاوله، وهذا ما يؤدي به إلى الخلط بينه وبين عقد الوكالة والعمل والبيع.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي ولغاية اليوم لم يعرف هذه العقد باسم عقد المقاوله بل مزال تحت نوع من إجارة الأعمال، رغم كل التعديلات التي قام بها ورغم كل التطورات المذهلة في المجال العمراني الذي تشهده الدول الأوروبية والفرنسية خاصة.

¹ - المادة 549 من ق م ج.

² - Art 1710 code civile français " le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles".

والملاحظ من خلال التعريفات السالفة الذكر أنها تقضي بأن عقد المقاولة: اتفاق بين طرفين يتعهد به أحدهما للآخر مقابل أجر.

ثالثاً: التعريف الفقهي لعقد المقاولة:

1- تعريف المقاولة عند فقهاء القانون:

عرف عقد المقاولة عند فقهاء القانون بتعريفات عدة، نذكر منها:

التعريف الأول: المقاولة: " عقد بين طرفين يصنع فيه أحدهما وهو المقاول شيئاً لآخر، أن يقدم له عملاً مقابل مبلغاً معلوم¹."

وما يؤخذ على هذا التعريف أنه أهمل مسألة الإشراف، فلم ينص على أن المقاول يقوم بعمله دون إشراف رب العمل.

التعريف الثاني: " عقد يتعهد طرفيه بصنع شيء أو أداء عمل لحساب الطرف الآخر لقاء الآخر، ومستقلاً عن إدارته وإشرافه²."

والملاحظ على هذا التعريف أنه لم يتطرق لمقابل العمل (الأجر) مما يؤدي به إلى تشابهه مع غيره من العقود.

التعريف الثالث: وعرفه كلا من الأساتذة (مازو وهنري ليون وجون وجيلار) بأنه: العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص يقال له المقاول أو مؤجر العمل في مواجهة شخص آخر يقال له رب العمل أو العميل، بأن ينفذ له عملاً مقابل أجر، مستقلاً عنه ودون أن تكون له صفة تمثيلية³.

من خلال هذه التعاريف نستنتج أن عقد المقاولة عقد يقصد به: " أن يقوم شخص وهو (المقاول أي المشيد) بعمل معين (بناء) لحساب شخص آخر وهو (رب العمل) مقابل أجر ودون أن يخضع لإشراف وإدارة رب العمل بل يؤدي عمله بكل استقلالية."

¹ - وائل عريبات: المصاريف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009، ص 133.

² - عبد الرزاق حسين ياسين: المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، دار الفكر الغربي، مصر، د ط، 1997، ص 64.

³ - زهرة بن عبد القادر، مرجع سابق، ص 19.

2- تعريف المقاوله عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

لا يجد الباحث في مدونات الفقه الإسلامي تعريفًا شرعيًا مباشرًا لعقد المقاوله والسبب في ذلك عدم معرفة هذا العقد في الزمن الماضي بهذا المسمى، ولكونه من المصطلحات المستحدثة، ولكن عرف هذا العقد تحت مسمى آخر هو عقد الاستصناع في إحدى صورته أو عقد الإجارة على العمل في صورة أخرى. وعليه يتم استخدام مصطلح المقاوله مباشرة، وهذا أخذًا بقاعدة "العبرة للمعاني لا للألفاظ والمباني"¹. ومنه فـ "لا مشاحه في الاصطلاح"² وهو ما سيتم توضيحه في الآتي:

أ- الاستصناع:

تقدم أن عقد المقاوله في إحدى صورته حالة تقديم المادة والعمل من المقاول وعليه سنتناول تعريف الاستصناع عند فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم على النحو الآتي: (هو عقد استصناع الصورة الأولى التي يشتهب فيها عقد المقاوله مع عقد الاستصناع هي حالة تقديم المقاول المادة والعمل معاً، لذلك سنقوم بتعريف الاستصناع في اللغة ثم نخرج على التعريف الفقهي لعقد الاستصناع عند فقهاء المذاهب السنية كالآتي:

¹ - هذه القاعدة - العبرة للمعاني لا للألفاظ والمباني - هي فرع عن قاعدة "الأمر بمقاصدها" ومعنى هذه القاعدة أن العبرة تكون بالمعنى لا باللفظ أو المبنى اللغوي، وهذه القاعدة أشار لها النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث المرسل الذي رواه عبد الرزاق في مصنفه وله شاهد عند البخاري وغيره، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "ليستحلن طائفة من أمتي الخمر باسم يسمونها إياه". فالخمر محرم وإن سميت بغير هذا الاسم، وإن سميت بغير هذا الاسم فهو لا يخرج عن الحرمه التي فيها، فهو مجرد تغيير للمسميات لا للحقائق، وهذا الكلام صادق على المعاملات والعقود أيضاً، فإن العبرة فيها كلها بالمعاني ولا يؤثر تغيير الألفاظ بشيء من المعنى. انظر: القواعد الفقهية العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني: مجلة الرائد واحات الإيمان، www.araeed.net تاريخ الاطلاع:

2018/03/22

² - معنى قاعدة "لا مشاحه في الاصطلاح" أن الخلاف إذا كان واقعاً في الأمور الاصطلاحية فإنه لا يبنني عليه حكم، ولا اعتبار به، ونم يظهر اعمال هذه القاعدة فيما لو حصل الاتفاق على المعنى واختلفوا في التسمية أو في اللفظ، فلا بد إذن من تقدير تنمة لهذه القاعدة، ثم إن هذه القاعدة ليست على اطلاقها، بل هناك شروط من أجل اعمالها وهي: 1- وجود مناسبة معتبرة تجمع بين الاصطلاح ومعناها 2- ألا يكون هذا الاصطلاح مخالفة للوضع اللغوي أو العرف العام 3- ألا يكون في هذا الاصطلاح مخالفة لشيء من أحكام الشريعة 4- ألا يترتب على هذا الاصطلاح الوقوع في مفسدة الخطب بين المصطلحات انظر: محمد بن حسين الجيزاني: قاعدة لا مشاحه في الاصطلاح - دراسة أصولية تطبيقية- مجلة الأصول والنوازل، عدد 02، السعودية، سنة 1430، ص 97

أ-1- الاستصناع لغة:

للاستصناع عند فقهاء اللغة العربية معاني عدة نذكر منها:

- الاستصناع على وزن استفعال من صَنَعَ، فالألف والسين للطلب، وصَنَعَ: عمل شيء ما¹، قال تعالى: " صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَنْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ² "، ومنه فالاستصناع في اللغة هو طلب عمل الشيء.

- الاستصناع: مصدر صَنَعَ، ومعناه طلب الصنعة، يقال: اصطنع فلان خاتما إذ سأل رجلا أن يصنع له خاتما، والصناعة: حرفة الصانع، وعمله الصنعة، والصناعة: ما تستصنع من أمر والجمع صنائع والمصانع: المباني والقصور والحصون والقرى والآبار وغيرها من الممكنة³.

أما في الاصطلاح الفقهي فالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي نجد أن هناك اختلاف بين الفقهاء في تناول تعريف عقد الإستصناع ففي حين اعتبره فقهاء الحنفية عقد مستقلا عن العقود الأخرى وأفردوا له بابا في مذهبهم نجد أن جمهور الفقهاء تناولوه عرضا في أبواب مختلفة كالسلم (السلم في الصناعات) والإجارة والبيع وعليه سنتناول تعريف الإستصناع عند فقهاء الحنفية ثم تعريفه عند جمهور الفقهاء كالاتي:

بالبحث في كتب الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبهم لم يدرج تعريفا للاستصناع إلا عند فقهاء الحنفية الذين جعلوا له بابا مستقلا عن العقود الأخرى واعتبروه عقدا ونوعا خاصا من البيوع له أحكامه الخاصة، أما غيرهم (جمهور الفقهاء) لا يذكرون له تعريفا مستقلا فلم ييؤبوا له بل أشاروا إليه في باب السلم. وعرف بتعريفات هذه نذكر منها:

أ-2- تعريف فقهاء الحنفية للاستصناع

- ذكر فقهاء الحنفية عدة تعاريف للاستصناع منها:

- التعريف الأول: الاستصناع: "عقد على مبيع في الذمة"⁴. وعليه سنفصل في حدود التعريف كالاتي:

¹ - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج08، ص 208

² - سورة النمل، الآية 88

³ - الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، مادة صنع، ص 412.

⁴ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج06، ص 84.

• العقد: أخرج الوعد، ومعنى ذلك أنه عبارة عن التلاقي الحاصل بين الإيجاب والقبول الصحيحان، كما يشترط في سائر عقود المعاوضات¹.

• على مبيع في الذمة: يعني أن الشيء المستصنع وهو المبيع ليس موجودا عند الاتفاق وإنما سيوجد فيما بعد، فالمبيع ثابت في الذمة وليس حاضرا².

من هذا التعريف نستنتج أن الاستصناع ليس وعدا وإنما هو عقد من العقود المستقلة عن غيرها عند فقهاء الحنفية. الذين جعلوا له بابا مستقلا استحسانا.

التعريف الثاني: الاستصناع هو:

يقول الكاساني: " أمّا معناه فقد اختلف المشايخ في تعريفه: قال بعضهم هو مواعدة وليس بيع، وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار، ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع، قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل³."

ورجح الكاساني التعريف الأخير ووصفه بالصحيح، وثمرة الخلاف بين التعريفين الأخيرين أن التعريف الأول لم يشترط فيه العمل وبناء عليه لو أحضر الصانع للمستصنع عينا كان قد صنعها قبل العقد لجاز العقد، أمّا مع اشتراط العمل في العقد فلا يجوز، لأنّ شرط العمل يقع على المستقبل لا على الماضي⁴. فقال (شرط فيه العمل) أخرج السلم، فإنّ السلم وإن كان عقدا على مبيع في الذمة إلاّ أنه لا تدخله الصنعة، وكذلك في عقد الاستصناع يعني أنّ الصانع لو أحضر العين المستصنعة من سيارة أو غيره من صانع آخر ولم يقم بصنعها بذاته لم يجز ذلك. فشرط الاستصناع أن يقوم بصناعة الشيء.

أ-3 الإستصناع عند جمهور الفقهاء

تقدم أن جمهور الفقهاء لم يجعلوا للاستصناع بابا مستقلا، وإنما عرفوه على أنه جزء لا يتجزأ من عقد السلم وهو ما سنعرضه في الآتي:

¹ - محمد الديان، مرجع سابق، ص 268

² - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 84.

³ - الكاساني: المرجع نفسه، ج 6، ص 84

⁴ - صبحي كامل الدسوقي السمديسي: ضمان المديونية وحمايتها من التعثر في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر، د ط، 2009، ص 98.

- الاستصناع عند الملكية:

يستعمل فقهاء الملكية لفظ "اسْتَصْنَع" و"اسْتَصْنَاع" في أواخر باب السلم فهم يلحقون مسائل الاستصناع بالسلم، فيشترطون فيه شروط السلم ففي المدونة يبدأ المجلد الرابع بكتاب السلم، وفي ثنايا السلم يوجد عنوان "في السلف في الصناعات"، وتحت هذا العنوان نجد ما يأتي:

" (قلت): ما قول مالك في رجل استصنع طستا... أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناعات، فاستعمل من ذلك شيئاً موصوفاً، وضرب لذلك أجلاً بعيداً، وجعل لرأس المال أجلاً بعيداً، أيكون هذا سلفاً؟ أو تفسده لأنه ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً؟ أم لا يكون سلفاً ويكون بيعاً من البيوع في قول مالك ويجوز؟ (قال): "أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلاً بعيداً، وجعل ذلك مضموناً على الذي يعملها بصفة معلومة، وليس من شيء بعينه يريه عمله منه، ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال، أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين، ولم يضرب لرأس المال أجلاً، فهذا السلف جائز، وهو لازم للذي عليه، يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفاً".

(قلت): وإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً والمسألة على حالها فسد وصار ديناً في دين في قول مالك؟ قال: "نعم". (قلت): وإن لم يضرب لرأس المال أجلاً، واشترط أن يعمله هو نفسه، أو اشترط عمل رجل بعينه؟

(قال) لا يكون هذا سلفاً، لأن هذا رجلاً سلفاً في دين مضمون على هذا الرجل، واشترط عليه عمل نفسه، وقدم نقده، فهو لا يدري أيسلم هذا الرجل إلى ذلك الأجل فيعمله له أم لا؟ فهذا من الغرر، وهو إن سلم عمله وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلفاً هذا، فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلاً¹.

وأما السلم في الصناعات فيقسم في مذهب ابن القاسم إلى أربعة أقسام: أحدهما: ألا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل به، والثاني: أن يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه، والثالث: لا يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه، والرابع: أن يشترط عمله، ولا يعين ما يعمل منه².

¹ مالك ابن أنس: المدونة، مرجع سابق، ص 68.

² - علي أحمد السالوس: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، والاقتصاد الإسلامي، دار الثقافة، قطر، ط 7، د ت ن، ص 821.

- الاستصناع عند الشافعية:

أما الشافعية فقد أجازوا الاستصناع عن طريق السلم بشرط ضبط الصفات، أي إذا كان المستصنع فيه من مادة واحدة، أو مادتين أو أكثر لا يؤديان - جهالة قدرهما - إلى المنازعة، بأن أمكن معرفة كل منهما لتمييزها عن بعضها وإلا فلا، فيجوز فيهما إذا اختلطا ولم يمكن تمييز قدر كل واحد عن الآخر.¹ يقول الشافعي تأكيدا على ما قيل سابقا: " وهكذا كل ما استصنع"².

- الاستصناع عند الحنابلة:

إذا كان المالكية والشافعية قد عدّوا الاستصناع في أبواب السلم فإن الحنابلة قد جعلوه في باب بيع ما ليس عند الإنسان على غير وجه السلم.³

ففي كشف القناع: " ولا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم ذكره القاضي وأصحابه"⁴.

ونفس الذي جاء في الإنصاف: " ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة. لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم"⁵.

والسلم عندهم: " هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد"⁶.

1-4 التعريف المختار

بالاطلاع على ما جاء في تعريف الحنفية وجمهور الفقهاء قد فصلوا في تعريف الاستصناع بما أن الحنفية قد بوبوا لعقد الاستصناع بباب مستقل فيمكننا اختيار التعريف الذي جاء به الكاساني، واعتباره تعريفا أدق بقوله: " عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل".

¹ - محمد رأفت سعيد: عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، دار الوفاء، المنصورة مصر، ط1، 1432-2002، ص16.

² - محمد ابن إدريس الشافعي: الأم، دار المعرفة، لبنان، د ط، 1410-1990، ج3، ص134.

³ - محمد رأفت سعيد: عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، مرجع سابق، ص17.

⁴ - البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج3، ص165.

⁵ - المرادوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج6، ص84.

⁶ - محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي: المطلع على ألفاظ المقنع، تح: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، السعودية ط1، 1423-2003، ص293.

وهو التعريف الذي سارت عليه مجلة الاحكام العدلية في نص المادة 124 من مجلة الأحكام العدلية فقد نصت أن الاستصناع: " عقد المفاوضة مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع"¹. وهو ما ذهب إليه قرار مجمع الفقه الإسلامي بحيث نصت أن: " عقد يتعهد أحد أطرافه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر"².

أ-5 دليل مشروعية الاستصناع:

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بجواز عقد الاستصناع من حيث المبدأ، وإن كان هناك خلاف بينهم في تكييفه الفقهي هل هو سلم أم عقد مستقل بذاته، أم وعد؟ وبناء على ما ذهب إليه الجمهور فإن مشروعية عقد الاستصناع تأتي من مشروعية عقد السلم وفقاً لشروط الخاصة.

أما أنّ الحنفية أجازوا هذا العقد وأفردوا له بحثاً مستقلاً فقد استدلوا ودليلهم من السنة: عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنّ امرأة من الأنصار قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم: " ألا أجعل لك شيئاً تقعد عليه، فإنّ لي غلاماً نجاراً فقال: (إن شئت)، فعملت منيراً"³.

وعليه في بيان تعريف عقد الاستصناع نستنتج ما يلي:

- الاستصناع عقد من العقود الواردة على العمل وعبر الفقهاء في تعريفه بلفظ العقد دون الوعد.
- الاستصناع هو طلب الصناعة من الصانع على الوجه المطلوب ودفع الثمن من قبل صاحبها.
- الاستصناع هو عقد على شيء يحصل مستقبلاً لا على عين موجودة حالاً، وليس على عين حاضرة وإنما هي ثابتة في الذمة.

- أغلب التعريفات لم تتعرض لشرط المدة في عقد الاستصناع وضبط الصانع بوقت محدد فيلتزم به.
- فرق الفقهاء بين الاستصناع والاجارة من حيث المادة والعمل، فإن كان العمل والمادة من عند الصانع فالعقد اجارة، أمّا إذا كانت المادة من المستصنع والعمل من الصانع فالعقد استصناع.

¹ - المادة 124 من مجلة الأحكام العدلية.

² - قرار رقم 129 مجلة المجمع الفقه الإسلامي: عقد المفاوضة والتعمير، الدورة الرابعة عشرة، ص 14.

³ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، باب الاستعانة بالنجار والصنّاع في أعماد المنبر والمسجد، رقم الحديث 449، ج 1، ص 97.

ويتضح مما سبق بيانه في تعريف عقد المقاولة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أنّ الفقهاء القدامى اصطلاحوا مصطلح عقد الاستصناع وأطلقوه على عقد المقاولة. فعقد الاستصناع ضرب من ضروب المقاولات أي أن عقد المقاولة أعم وأشمل من عقد الاستصناع فقد يقوم بالعمل إلى جانب تقديم المادة وكل ذلك باستقلال عن صاحب العمل. ومعنى ذلك أن المقاولة تشمل كلا من الاستصناع والإجارة.

فوجه الشبه بين المقاولة وعقد الاستصناع يكمن في حالة تقديم المقاول المواد اللازمة للعمل فضلا عن العمل والخبرة في عملية التصنيع. وفي هذه الحالة عندما تكون المادة والعمل من عند المقاول فنكون بصدد عقد الاستصناع (الإجارة الخاصة) الذي أفرد له الحنفية بابا مستقلا وأجازوه استحسانا فتأخذ أحكامه وآثاره المعروفة في الفقه الإسلامي.

فمن خلال ما مضى يمكن أن نستنتج أن عقد المقاولة في الفقه الإسلامي لا يختلف عنه في القانون الوضعي، وذلك لوجود فقهاء عرفوا عقد المقاولة على أنه استصناع.

ونشير إلى أنه وإن كان تعريف عقد المقاولة في إحدى صورها بعقد الاستصناع إلا أنّ هناك أوجه للتشابه وأخرى للاختلاف سيتم الإشارة إليها لاحقا.

ب- الإجارة:

إذا كان الاستصناع هو الصورة الأولى المتشابهة مع عقد المقاولة، إن أقرب العقود الفقهية شبيها كذلك بعقد المقاولة هي عقد الإجارة المشتركة، التي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل فقط هو عقد إجارة الأشخاص، الذي تقرر جوازه بغير خلاف بين أهل العلم¹، وهو الصورة الثانية لعقد المقاولة في الفقه الإسلامي.

وتنقسم الإجارة إلى حسب ما يؤجر، فيتكلمون عن أنواعها، النوع الأول إجارة الأراضي والدور والمباني، كما يتكلمون عن إجارة الحيوان وهو النوع الثاني، وأما النوع الثالث فهو إجارة الأشخاص، وهذا النوع هو محل النظر ومحل الدراسة باعتبار أن عقد المقاولة لا يخرج عنه إذا هو وارد على العمل، أما إجارة الأشخاص فتتقسم بدورها إلى نوعين وهما: أجير خاص وأجير مشترك وهذا الأخير هو الصورة الأولى للمقاولة وعليه فسنستطرق إلى تعريف الإجارة عموما ثم سنبين معنى الإجارة المشتركة كالآتي:

¹ - محمد جبر الألفي: عقد المقاولة الانشاء والتعمير (حقيقته-تكييفه-صوره) ، جمع الفقه الإسلامي، الدورة العاشرة، جدة السعودية-2003، ص 10.

ب-1 تعريف الإجارة لغة:

عرف فقهاء اللغة العربية الإجارة بتعريفات عدة، ورغم اختلاف مصطلحاتهم إلا أن المعنى واحد، لذلك فقد اقتصرنا على تعريف ابن منظور في قاموسه لسان العرب فنقول جاء في لسان العرب لابن منظور:

الأجر هو الجزاء على العمل، والجمع أجور، والإجارة من أجر يُؤجر، وهو ما أعطيت من أجر في عمل، والأجر الثواب، وقد أجره الله يأجره ويأجره أجزاً وأجره الله إيجاراً¹.

ب-2 التعريف الفقهي للإجارة:

عرف فقهاء الفقه الإسلامي الإجارة بمختلف مذاهبهم، بتعريفات عدة ومنها:

- عند الحنفية عرّفت الإجارة كذلك على أنها: " عقد على منفعة بعوض"².

- عرفها فقهاء المالكية على أنها: " عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض"³.

- أما الشافعية فقد عرفوا الإجارة على أنها "بذل عوض معلوم في منفعة مقصودة معلومة، قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم"⁴. فهذا التعريف أخرج العقود المشابهة لعقد الإجارة في أنها تفيد تمليك المنافع كالقراض والمضاربة، والمساقاة والجمالة⁵.

- وعرفت كذلك عند الحنابلة على أنها: " عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل بعوض معلوم والانتفاع تابع"⁶.

¹ - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 10.

² - شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 15، ص 75.

³ - أبي البركات أحمد بن محمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك، تح: مصطفى كامل وصفي، دار المعارف، مصر، د ط، 1994، ج 4، ص 6.

⁴ - أبي المعالي عبد الملك يوسف الجويني: نهاية المطالب في دراية المذهب، تح: محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د ط، د س ن، ج 6، ص 464.

⁵ - أحمد عرفة أحمد يوسف: التوازي في العقود وتطبيقاته المعاصرة - دراسة مقارنة - دار التعليم الجامعي، مصر، د ط، 2019، ص 238.

⁶ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: شرح منتهى الإرادات، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، د ب ن، ط 1، 1421-2000، ج 4، ص 5.

ب-3 التعريف المختار:

من خلال التعريفات السالفة يمكننا اختيار أنّ ما ذهب إليه الشافعية في تعريفهم للإجارة هو التعريف الأدق وهذا بقولهم: " بذل عوض معلوم في منفعة مقصودة معلومة، قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم". وهذا لاشتماله على جميع شروط وخصائص عقد الإجارة، وإخراجه عن العقود المشابهة له.

وبما أن عقد المقاولة تأخذ صورة الإجارة المشتركة فيمكن تعريف الأجير المشترك انطلاقاً مما نص عليه كتاب مرشد الحيران في المادة 509 بأنه: يجوز استئجار الصانع أو المقاول لعمل بناء مع تعيين أجرته كل يوم بدون مقدار العمل، أو مع تعيين أجرته كل ذراع أو متر يعمله، أو بالمقاولة على العمل كله، مع بيان مقدار العمل طولاً وعرضاً وعمقاً¹.

كما يمكن تعريف الأجير المشترك على بأنه: " هو الذي يعمل لا لواحد مخصص، أو لواحد من غير توقيت، ويستحق أجرته في مقابل ما يؤديه من عمل، مع توافر الاستقلال في أدائه لعمله²".

قال ابن قدامة: " المشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين، كخياطة ثوب، أو بناء حائط، وحمل شيء إلى مكان معين، أو على عمل لا يستحق جميع نفعه فيها، كالكحّال، والطبيب، سمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمال الاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم³".

ب-4- دليل مشروعية الإجارة:

الإجارة مشروعة بالكتاب والسنة النبوية وإجماع الفقهاء وهو ما سنبينه كالاتي:

-من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهَاتَهُنَّ﴾⁴.

وقوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ إِنِّي حَيْرٌ مِنْهُ اسْتَجِرْتَ الْوَقِيُّ الْأَمِينُ﴾^(١٦) قَالَ إِنِّي

أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجِرَنِي ثَمَنِي حَبِيبٌ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا

¹ - محمد قدرى باشا: مرشد الحيران في معرفة أحوال الانسان، مرجع سابق، ص 82

² - عبد العزيز بن صالح الدميحي: تمويل الخدمات -دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، دار الميمان للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2019، ص 34.

³ - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج8، ص 305.

⁴ - سورة الطلاق الآية 06.

أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ ﴿٢٧﴾¹.

حيث طلب والد المرأتين من موسى - عليه السلام - أن يؤجره نفسه لرعي الغنم مقابل عوض معلوم وهو تزويجه إحدى ابنتيه، ووافق موسى على ذلك، فدل ذلك على أن الإجارة كانت مشروعة عندهم، ولم يأت في شرعنا ما يمنعها، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا سُكِّتَ عنه².

- من السنة النبوية

قال النبي ﷺ: " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"³.

وقوله كذلك: " قوله ﷺ في حديث أبي هريرة - رضى الله عنه: " قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة؛ رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره"⁴.

- من الإجماع:

فقد أجمعت الأمة على مشروعية الإجارة، ولم يخالف في ذلك إلا ما يروى عند عبد الرحمن ابن الأصم على أنه منعها⁵.

قال موفق الدين ابن قدامة: " وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك؛ لأنه غرر يعني أنه يعقد على منافع لم تخل، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الإعصار وسار في الأمصار"⁶.

وقول الإمام الكاساني: " إن الأمة أجمعت على ذلك، قبل وجود الأصم، حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة إلى يومنا هذا من غير نكير، لأن الله تعالى شرع العقود لحوائج العباد، وحاجته إلى الإجارة ماسة"⁷.

وعليه فيمكننا القول على أن الإجارة قد نصت نصوص الشريعة الإسلامية على إباحتها، وهو ذات الأمر الذي أجمعت عليه الأمة دون التمييز بين الإجارة الخاصة والمشاركة.

¹ - سورة القصص الآية 26-27

² - فهد بن علي الحسون: الإجارة المنتهية بالتملك في الفقه الإسلامي: د د ن، السعودية، ط1، 2005، ص 43.

³ - رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، باب أجر الأجراء، رقم الحديث (2443)، ج3، ص 511

⁴ - أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب البيوع، في باب أتم من باع حراً، رقم الحديث (2227). ج3، ص 82

⁵ - ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج5، ص 127

⁶ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج8، ص 6

⁷ - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص 515.

فالتعريف الفقهي والقانوني لعقد المقاولة ينصب في معنى واحد وهو التزام الشخص اتجاه الآخر بإنجاز عمل ما مقابل مبلغ مالي محدد. لهذا نستنتج أن القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي اتفقا في التعريف إلى حد ما فجعل محل العقد هو العمل، وعلى رب العمل دفع الأجر.

الفرع الثاني: خصائص عقد المقاولة

من خلال التعريفات المذكورة أعلاه يمكننا استخلاص خصائص لعقد المقاولة كالاتي:

البند الأول: عقد المقاولة عقد رضائي

نظرا لانتشار هذا العقد انتشارا واسعا في الزمن الحاضر فإن هذا العقد لا يشترط في انعقاده شكل معين، فهو ينعقد بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بإيجاب الطرف الآخر، وتوافقهما يجوز انعقاده مشافهة أو بالكتابة، ويقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين اثنين وهما: الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والآخر الذي يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يعطي¹.

ومنه يمكن القول أنّ لم يشترط المشرع الجزائري ولا النصوص التشريعية الأخرى، شكلا معيناً وخصوصا لانعقاده، بل يجوز انعقاده بكل الطرق سواء كان كتابيا أو شفهيًا أو غيره من الطرق الأخرى المتداولة عند التعاقد.

ودليل ذلك نص الفقرة 02 من المادة 561 من القانون المدني الجزائري بقولها: " ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة"².

وما يدعم هذه الخاصية قراري المحكمة العليا الصادران عن الغرفة المدنية في هذا المجال. حيث جاء القرار الأول والصادر بتاريخ 2002/06/18 عن الغرفة المدنية بقوله: " الرسمية في عقد المقاولة غير وجوبية"³.

¹ - زياد شفيق حسن قرارية: مرجع سابق، ص 25.

² - ف 02 من المادة 561 من ق م ج.

³ - القرار رقم 263265، والصادر بتاريخ 2002/06/18، عن الغرفة المدنية، منشور المجلة القضائية، ع1، 2003، ص121

ونصها في قرارا آخر" لا يشترط القانون إ فراغ عقد المقاولة في شكل رسمي معين. يخضع عقد المقاولة للقواعد العامة للإثبات¹.

فالكثابة ليست ركنا لانعقاد عقد المقاولة، وإنما تعتبر فقط شرطا لإثباته، ومن تم لا تشترط الرسمية في عقد المقاولة، المبرم بين رب العمل من جهة، والمهندس المعماري أو مقاول البناء من جهة أخرى.

البند الثاني: عقد المقاولة من عقود المعاوضة

يعتبر عقد المقاولة كذلك من عقود المعاوضات التي يأخذ فيها كل طرف مقابلا لما يقدمه لذلك فهو يقدم منفعة لجميع الأطراف، بدليل أن كلا الطرفين يهدف من تعاقد الحصول على منفعة، مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البدل الذي يحصل عليه من صاحب العمل، ويخرج عن هذا النطاق عقود التبرعات.

وبالرجوع إلى ق م ف فإنه وبناء على هذه الخاصية انفصال عقد المقاولة عن عقدين آخرين كانا مختلطين به وهما عقد الإيجار وعقد العمل.

البند الثالث: عقد المقاولة من العقود التبادلية

من خصائص عقد المقاولة أيضا أنه عقد ملزم للجانبين، أي يرتب على أطراف هذا العقد التزامات، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل وتسليمه لرب العمل، كما أن لرب العمل التزامات على عاتقه منها تسلم العمل وإعطاء بدل العمل للمقاول.

البند الرابع: عقد المقاولة من العقود الواردة على عمل

أساس تمييز عقد المقاولة عن غيرها من العقود هو أن محل العقد هو واقع على عمل مادي إلا أن هذا العمل المادي غير موجود في يوم التعاقد وإنما سيوجد مستقبلا، لذلك فإن عقد المقاولة يرد على عمل مادي وهو صنع شيء أو أداء عمل، وهذا هو الأمر الغالب في عقد المقاولة، ولا يقلل من هذا الرأي أن يؤدي المقاول أو المهندس المعماري أحيانا أعمالا ذهنية لازمة لأداء عمله، كإجراء الحسابات التي يقتضيها إبرام العملية أو تنفيذها².

¹ - القرار رقم 894157، الصادر بتاريخ 2013/09/19، عن الغرفة المدنية، منشور في المجلة القضائية، ع 2، 2013، ص 159.

² - محمد عزمى البكرى: مرجع سابق، ص 12.

البند الخامس: الاستقلالية

أما الخاصية الخامسة فتتمثل في استقلال المقاول في أداء عمله عن رب العمل، ومفاد ذلك أن المقاول يقوم بالعمل المعهود إليه مستقلاً، فلا يخضع في تنفيذه لعمله لأي إشراف أو توجيه من قبل رب العمل، فهو الذي يختار وسائل التنفيذ من أدوات وكيفية التنفيذ ووقته، لذلك فلا يجوز لرب العمل أن يتدخل في تنفيذ عمله¹. فإن تدخل رب العمل في تنفيذ عمل المقاول فإن العقد في هذه الحالة هو عقد عمل لا عقد مقاول.

الفرع الثالث: تمييز عقد المقاول عن بعض العقود المشابهة له

بالرجوع إلى الخصائص التي يتميز به عقد المقاول عن غيره من العقود، فهذا لا يمنع من كونه بتشابه مع بعض العقود في بعض الجوانب منها، وكذلك الاختلاف من جوانب أخرى، لذلك فسأطرق من خلال هذا الفرع إلى تمييز عقد المقاول عن بعض العقود المشابهة له كعقد البيع وعقد العمل وعقد الإيجار وهذا على سبيل المثال لا الحصر فسنين نقاط التشابه ونقاط الاختلاف حيث سنعرج على المقارنة بين عقد المقاول وعقد البيع وعقد العمل والإيجار (البند الأول)، أما (البند الثاني) فسنميز بين عقد المقاول وعقد الشركة وعقد الوكالة أما (البند الثالث) فسيكون تحت عنوان تمييز عقد المقاول عن عقد السلم وعقد الاستصناع كالاتي:

البند الأول: تمييز عقد المقاول عن عقد البيع وعقد العمل وعقد الإيجار

لعقد المقاول أوجه التشابه مع عقد البيع وعقد العمل وعقد الإيجار ويختلف في أوجه أخرى عن هذه العقود، وسنفضل ذلك في النقاط التالية حيث سنتناول (أولاً) التمييز بين عقد المقاول وعقد البيع أما (ثانياً) فنخصصه لتمييز عقد المقاول عن عقد العمل أما (ثالثاً) فسنحدث عن تمييز عقد المقاول عن عقد الإيجار كالاتي:

أولاً: تمييز عقد المقاول عن عقد البيع

عرف المشرع الجزائري عقد البيع في نص المادة 351 من ق م ج على أنه هو: "عقد يلزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي"².

¹ - محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص 33

² - المادة 351 من ق م ج.

لذلك فإن المقاوله تتفق مع البيع في أنّ كلاهما من العقود المسماة ويتم لقاءهما في أن المقابل في البيع يسمى ثمنًا ويجب أن يكون نقداً والمقابل في المقاوله يسمى أجراً وهو يكون مقابلاً لصنع شيء أو أداء لعمل معين.

ويتميز عقد المقاوله عن عقد البيع في أنّ هذا الأخير من العقود الواردة على نقل الملكية بحيث يلتزم البائع بنقل الملكية أو الحق المالي للأخر، بينما ترد المقاوله على العمل بحيث يلتزم المقاول بإتمام عمل أو صنع شيء¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 550 من ق م ج فإن المشرع نص على صورتين لعقد المقاوله حيث تتمثل الصورة الأولى في حال اقتصر المقاول على تقديم العمل فقط وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي الأجير المشترك، وهذه الصورة مقاوله بحتة لا نقاش فيها.

أما الصورة الثانية للمقاوله وهي كون المقاول يقدم المادة والعمل معا وهو ما يسمى بعقد الاستصناع عند فقهاء الحنفية، فهل هو بيع أم مقاوله عند فقهاء القانون؟

انقسمت الآراء في هذا هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل². ه المسألة إلى أربع آراء وهو ما سنفصله في الآتي:

الرأي الأول: يرى هذا الاتجاه أن عقد المقاوله عقد مختلط، فهو مزيج أو خليط بين المقاوله والبيع، فلا يمكن اعتباره عقد بيع فقط، أو مقاوله فقط، لأن أحكمتم ل من هذين العقدين منفردة لا تكفي لمواجهة المسائل التي يثيرها عقد الاستصناع³.

ولكن يؤخذ على هذا الرأي وإن كان يسد النقص الذي قد يترتب على تطبيق أحكام أحد العقدين، فهو يؤدي إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاوله مع أحكام البيع، كما هو الأمر فيما يختص بطبيعة العوض وتحديدده، وانتهاء العقد بالإرادة المنفردة، إذ تتعين عندئذ

¹ - محمود الديب: عقد البيع بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، د ب ن، د ط، 2000، ص 46.

² - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 84.

³ - لبيب شنب: مرجع سابق، ص 18.

المفاضلة بين العقدين وهو ما يؤدي إلى التحكيم في أغلب الأحيان¹. وبالرجوع إلى فقهاء المذهب الحنفي فإن الكاساني في كتابه بدائع الصنائع بقوله: " إن الاستصناع فيه معنى عقدين جائزين وهما السلم والإجارة"².

وذهب الرأي الثاني: إلى أن العقد هو بيع لشيء مستقبلي، وسندهم في ذلك أن المتعاقدين إنما انصب قصدهما عند التعاقد على الحصول على شيء معين، وإن كان هذا الشيء غير موجود عند التعاقد لزم أن يقوم المقاول بصنع في المستقبل، لذلك كان البيع بيعاً لشيء مستقبلي، أما عمل المقاول فقد جاء تبعاً وليس أصلاً³. ويعاب على هذا الرأي أنه لا ينظر سوى إلى أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد وهو نقل ملكية الشيء المصنوع ويهمل التزام المقاول بصنع هذا الشيء في حين أن هذا الأخير ليس مجرد التزام تابع وثانوي إذا ما قيس بنقل الملكية، بل هو جوهر عقد المقاولة⁴.

وهو ما ذهب إليه فقهاء الفقه الإسلامي فقالوا أنه عقد بيع واقع على شيء مستقبلي، وهذا الرأي متفق مع مذهب الحنفية⁵.

الرأي الثالث: ذهب هذا الرأي إلى المعيار الاقتصادي بقولهم: العقد في هذه الحالة قد يكون بيعاً وقد يكون مقاولة بحسب الأحوال، ومقتضى هذا الرأي أن نقارن بين قيمة عمل المقاول وقيمة المواد المستخدمة في العقد، فإن كانت قيمة المواد أكبر من قيمة العمل، كنا بصدد بيع لشيء مستقبلي، وانطبقت أحكام عقد البيع بوجه عام، مع مراعاة أن المبيع شيء غير موجود وقت إبرام العقد، أما إذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المواد فإن العقد عقد مقاولة⁶. والعبارة في التفرقة بين العقدين إذا التزم أحد الطرفين بأن يصنع شيئاً وأن ينقل ملكيته في نفس الوقت إلى الطرف الآخر والذي يفرق بين

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ج1، ص 34-35، أنظر كذلك: عبد الرزاق حسين ياسين:

المرجع السابق، ص 109، كما أشار إليه لبيب شنب: مرجع سابق، ص 19.

² - انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص 68

³ - انظر زهرة بن عبد القادر، مرجع سابق، ص 26

⁴ - لبيب شنب، المرجع السابق، ص 19

⁵ - راجع: الصديق محمد الأمين الضرير، مرجع سابق، ص 468

⁶ - الصديق محمد الأمين الضرير: مرجع سابق، ص 469.

العقدين في هذه الحالة هو تحديد قيمة العمل إلى قيمة الشيء، فإذا كانت قيمة العمل هي القيمة الأكبر كان العقد مقاولة، أما إذا كانت قيمة الشيء هي الأكبر فإن العقد يكون بيعاً¹.

وفصل بعض فقهاء القانون فيما تعلق بالمباني والمنشآت الثابتة بقولهم: بالنسبة للعقود التي ترد على إقامة المباني فيلزم التمييز بين ما إذا كانت الأرض التي تقام عليها البناء تعود إلى رب العمل أم أنها تعود إلى المقاول، فإذا كانت تعود إلى المقاول فيعتبر العقد بيعاً للأرض بالحالة التي ستكون عليها بعد إقامة البناء، وإذا كانت الأرض تعود إلى رب العمل فإن العقد يعتبر مقاولة بغض النظر عما إذا كان رب العمل هو الذي جهز المواد الأولية أو جهزها المقاول ودون الأخذ بعين الاعتبار قيمة المواد وهل أنها أكثر من قيمة العمل أم أن قيمة العمل أكثر من قيمة البناء².

وما يؤخذ على هذا الرأي أنه تعارض مع المادة 550 من القانون المدني التي تقتضي صراحة أن يقدم المقاول المادة والعمل معا. ولعل هذا الرأي هو رأي توافقي بين الرايين السابقين.

ولكن إذا كانت قيمة المواد الأولية مساوية لقيمة العمل، فهنا ننظر إلى طبيعة العلاقة الموجودة في عقد المقاول لا وجود للتبعية القانونية بين المقاول ورب العمل، أما في عقد العمل فهناك تبعية قانونية بين العامل ورب العمل³.

الرأي الرابع: العقد في هذه الحالة مقاولة ما دام الشيء لم يتم صنعه بعد، فإذا انتهى هذا العمل، تحول هذا العقد إلى بيع للشيء المصنوع، ينقل ملكيته للطرف الآخر. وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء بقولهم عقد الاستصناع إجارة ابتداءً ببيع انتهاءً⁴.

ولكن بالرجوع إلى نصوص ق م ج فقد اعتبر المشرع الجزائري في نصوص هذا القانون بأن كلتا الصورتين سواء قدم المقاول العمل والمادة معا أو اقتصر على العمل فقط فهو عقد مقاولة دون التمييز بين الحالات الأخرى التي أدرجها فقهاء القانون.

1- سمير عبد السيد تناغو: عقد البيع، دار المعارف، مصر، د ط، دس ن، ص 25.

2- جعفر محمد جواد الفضلي: مرجع سابق، ص 19

3- زاهية حورية: الواضح في عقد البيع، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2014، ص 31.

4- الصديق محمد الأمين الضيرير: مرجع سابق، ص 469.

ثانيا: تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل:

لم يعرف المشرع الجزائري عقد العمل في ق م ج ولا في قانون العمل إلا أنه ترك ذلك للفقهاء والذي عرفه على أنه: " أداء عمل مقابل أجر تحت الإدارة والرقابة"¹.

ومن العقود المشابهة لعقد المقاولة عقد العمل إذ أنّ الأداء الرئيسي في كلا العقدتين هو القيام بعمل معين. من جانب أحد المتعاقدين لحساب المتعاقد الآخر وهذا وجه التشابه بين العقدتين². والرأي الحديث الذي يجرى عليه أكثر القضاة الفرنسيين ويناصره طائفة كبيرة من الفقهاء، يأخذ بمعيار آخر هو خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه - التبعية القانونية³. فالذي يميز المقاولة عن عقد العمل هو أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ولا يكون هذا الأخير مسؤولاً عن المقاول مسؤولية المتبوع عن التابع. أما في عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، سواء كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج، ولا يعمل مستقلاً عن رب العمل بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما، ومن ثمّ يعتبر العامل تابعاً لرب العمل ويكون هذا الأخير مسؤولاً عنه مسؤولية المتبوع عن التابع. ومن هذا نرى أن المقاول يدفع ثمن استقلاله عن رب العمل، إذ لا يتمتع بالمزايا الكثيرة التي يمنحها القانون للعامل والتي هي نتيجة تبعية العامل لرب العمل⁴.

لذلك يمكننا القول أن كلا من عقد العمل وعقد المقاولة وارد على العمل، إلا أنّهما يختلفان في تحمل التبعية حيث يتحملها المقاول في عقد المقاولة ولا يتحملها العامل في عقد العمل.

¹ - مصطفى قويدري: عقد العمل بين النظرية والتطبيق، دار هومة، الجزائر، د ط، 2010، ص 73.

² - خالد السيد محمد عبد المجيد موسى: الوسيط في شرح نظام العمل في المملكة العربية السعودية، مركز الدراسات العربية، السعودية، د ط، 2015، ص 75.

³ - يقصد بالتبعية القانونية التبعية التي فرضها القانون والتي تتمثل في قيام العامل، بتأدية العمل لحساب رب العمل وتحت إدارته وإشرافه، ويكون لرب العمل توجيه العامل فيما يؤديه إليه من أعمال، وفي طريقة أدائه فيصدر إليه التوجيهات ويلزم العامل بتنفيذها، وإلا اعتبر مقصراً في عمله، وغنى عن البيان أن سلطة رب العمل في التوجيه تضيق كلما كان العمل المسند إلى العامل من الأعمال الفنية التي يخضع في ممارستها لأصول المهنة وقواعدها وآدابها، وفي مثل هذه الحالات تكون توجيهات رب العمل وإشرافه قاصرة على النواحي الإدارية أو التنظيمية فقط. انظر: محمد عزمى البكري: عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 28.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ج 7، ص 7

وأيضاً فيما يخص الخضوع لتشريعات العمل المختلفة التي تحدد ساعات العمل، الإنجازات، تقديم الأجر، فهي تشريعات تخص العامل دون المقاول¹. وعليه فإن المقاول لا يخضع لكل هذه الشروط فقد يكون يعمل بشكل يومي دون الاستفادة مثلاً من العطل الأسبوعية ولا من تحديد ساعات العمل.

كما يمكن أن نستنتج من أوجه الاختلاف أنه في عقد العمل فالعامل يقوم بالعمل تحت إشراف وإدارة رب العمل، أمّا في عقد المقاولة فإن المقاول أو المهندس المعماري أو كلاهما، فإنه يقوم بالعمل باستقلالية أي لا يخضع لإدارة رب العمل. أي أنّ علاقة التبعية بين العامل ورب العمل هي التي تميز عقد المقاولة عن عقد العمل، فمتى توافرت رابطة التبعية كان العقد عقد عمل، وإن انتفت هذه العلاقة فالعقد عقد مقاولة. وهي السمة الخاصة التي تميز بين العقدين.

ومنه يمكننا القول أنه لا يكون مسؤولاً وفقاً لأحكام الضمان العشري المشيد الذي يؤدي عمله تحت إشراف ورقابة وتوجيه رئيس العمل، بناءً على عقد عمل، لأنه يعتبر في هذه الحالة عاملاً لا مقاولاً، فالضمان العشري ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري أو المقاول القيام بعمل لقاء أجر، فإن تخلف عقد المقاولة، لا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان، وذلك لأن تطبيق أحكام الضمان العشري تكون بوجود عقد مقاولة، فإن كان العقد الذي يحكم طرفاً العقد هو عقد عمل فإنهم يخضعون للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

وقد سبق الفقه الإسلامي في اتخاذ معيار التفرقة بين عقد العمل وغيره من العقود كعقد المقاولة، ومن ذلك فرق بين الأجير الخاص والأجير المشترك، فالأجير المشترك هو من يستأجر لعمل معين، لا يختص به أشخاص أو أشخاص معينين وهو عقد المقاولة، أما الأجير الخاص من يستأجر لمدة معينة بعمل يختص به شخص معين أو أشخاص معينين وهو عقد العمل².

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص 8.

² - مصطفى قويدري: عقد العمل بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 114-115. ومن بين الفروق بين الأجير الخاص والمشترك يقول الإمام الزركشي في هذا: "الأجير على ضربين، (أجير خاص) وهو من استأجر إلى مدة، كمن استأجر شهراً أو يوماً، لخدمة، أو بناء ونحو ذلك، فيستحق المستأجر نفعه في جميع المدة، وسمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في لك المدة، (و) أجير مشترك) وهو الذي قدر نفعه بالعمل، كمن استأجر لحياطة ثوب معين أو موصوف، ونحو ذلك، وسمي مشتركاً للاشتراك في عمله، لأنه يتقبل الإثنين وأكثر، فإن تقرر هذا فالأجير الخاص لا يضمن ما تلف بفعله ولا بغير فعله، ما لم يوجد منه تفريط وقصد للخيانة، لأن عمله غير مضمون عليه. أما الأجير المشترك فيضمن ما تلف بفعله كحائك أفسد حياكته. انظر شمس الستم محمد بن عبد الله

ثالثاً: تمييز عقد المقاولة عن عقد الإيجار

الإيجار هو: "عقد رضائي، تبادلي بمعاوضة، مؤقت وتنفيذه زمني"¹. ويمكن شرح هذا التعريف بأنّ عقد الإيجار هو عقد رضائي بين الطرفين المؤجر والمستأجر، ويكون تبادل المنافع بين هذين الأخيرين حيث يستفيد المؤجر من الثمن والمستأجر فينتفع من محل الإجارة وذلك لفترة زمنية معينة حددها كلا الطرفين.

وكذلك يتضح أن عقد المقاولة يتميز عن عقد الإيجار، في أن هذا الأخير يرد على الانتفاع بالشيء المؤجر، بينما ترد المقاولة على عمل المقاول.

قد تلتبس المقاولة بالإيجار في عقد شائع هو عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل فالعقد الذي يبرمه المستهلك مع شركة المياه مثلاً. فهل يعتبر عقد المقاولة واقعا على ما تقوم به الشركة من عمل من توصيل المياه للمستهلك؟ أو هو عقد الإيجار لمعدات الشركة التي تقوم بتوصيل المياه²؟ فالعقد هنا عقد مقاولة لا إيجار وهذا ما ذهب إليه رجال القانون المدني، أمّا رجال الفقه الإداري فيذهبون إلى أنّ مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام ليست لوضعية تعاقدية.

وأما حالة شبه المقاولة بعقد الإجارة على العمل: فتظهر حين اقتصر التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه، على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة لذلك، سواء أكانت مادة مستهلكة يستخدمها المقاول، أم كانت مادة استعمالية يستعين بها المقاول في القيام بعمله، وهكذا شأن القائمين بإجارة الأعمال وهي التي تعقد على عمل معلوم، كبناء وخياطة ثوب³.

وعليه فإنّ وجه الشبه بين المقاولة بعقد الإجارة على العمل في الفقه الإسلامي، يكون عندما يلتزم المقاول على العمل فقط، أما المواد اللازمة فتكون من عند صاحب العمل فالعقد هنا إجارة العمل وهو ما أطلقه فقهاء المالكية بالإجارة المشتركة.

الزركشي: شرح الزركشي على مختصر الخرق في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار العبيكان للنشر، مصر، د ط، 1993، د ب ن، ص ص 243-244.

¹ - ذيب عبد السلام: عقد الإيجار المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، د ب ن، ط 1، 2001، ص 05.

² - محمد حسين قاسم: القانون المدني العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د ط، 2008، ص 672.

³ - وهبة مصطفى الزحيلي: مرجع سابق، تاريخ الاطلاع: 2019/03/23

لذلك فقد ذكر الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير في عقد المقاولة بقوله: " في الحالة التي يتعهد فيها المقاول بصنع شيء على أن يقدم له رب العمل المادة، ويقوم هو بالعمل فقط، وقد يتعهد فيه بالعمل والمادة معا، فالعقد في الصورة الأولى إجارة في الفقه الإسلامي، وفي الصورة الثانية استصناع¹. ويمكن شرح ذلك على أنه إذا كان الاتفاق بين طرفي عقد المقاولة بأن يلتزم المقاول بتقديم المواد اللازمة بالإضافة إلى العمل فهذا استصناع وفقا لما نصت عليه فقهاء الحنفية، أما إذا وقع العقد بين رب العمل والمقاول على أداء العمل فقط، وهو أداء المهارة الفنية التي يمتلكها المقاول في مجال عمله، وقيام رب العمل بتوفير المواد اللازمة لهذا العمل، فهذا ما يعرف بالإجارة على العمل².

البند الثاني: تمييز عقد المقاولة عن عقد الشركة وعقد الوكالة

يعتبر كلا من عقد الشركة وعقد الوكالة من العقود المسماة التي نظم لها المشرع الجزائري أحكام واردة في ق م ج، هذان العقدان قد يشتركان في أوجه التشابه والاختلاف بينهما وبين عقد المقاولة، وسنفصل ذلك بينهما حيث يضم العنصر الأول تمييز عقد المقاولة عن عقد الشركة (أولا) أما العنصر الثاني (ثانيا) فسنخصصه لتمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة كالتالي:

أولا: تمييز عقد المقاولة عن عقد الشركة

عقد الشركة هو: " عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع اقتصادي يستمد منه الربح وذلك ينفذ له حصة من مال أو عمل واقتسام ما ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة³. وبشترك كلا العقدان (عقد المقاولة وعقد الشركة) في كون كلا منهما من العقود المسماة والواردة على العمل.

ويختلفان في كون الشريك في عقد الشركة بحصة من المال والتزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة فإنه يتحمل ما ينشأ عن هذا العقد من ربح أو خسارة، أما المقاول الذي يشارك بعمل في عقد الشركة

¹ - الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، د د ن، السعودية، ط2، 1416-1995، ص468.

² - الغنائيم عزات قذافي: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2008، ص 254.

³ - زياد صبحي ذياب: إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس، الأردن، ط1، 2011، ص ص 21-22.

ويأخذ من الشركة أجرا من أرباح الشركة دون أن يشارك في الخسارة فالعقد في هذه الحالة لا يكون شركة بل هو مقاوله.

كذلك الذي يميز عقد الشركة عن عقد المقاوله أن الشريك في الشركة تكون لديه نية الاشتراك أو إرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي على قدر من المخاطرة. أما المقاول فليست لديه هذه النية ولا يريد أن يتحمل مع الشركاء تبعه المخاطر بحيث يساهم بالأرباح والخسارة بل هو يقدم عملا معيناً ويتقاضى أجره على العمل. فإذا وجدت نية تكوين الشركة يكون العقد شركة وإذا انعدمت هذه النية كان العقد مقاوله¹.

ثانياً: تمييز عقد المقاوله عن عقد الوكالة

كما نص المشرع الجزائري على أحكام الوكالة في الفصل الثاني من الباب التاسع والمتعلق بالعقود الواردة على العمل وذلك في الكتاب الثاني والمتعلق بالالتزامات والعقود وعرفت الوكالة أو الإنابة في المادة 571 من ق م ج على أنّها: "عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل لحساب الموكل وباسمه"².

يتفق عقد المقاوله مع عقد الوكالة في أنّ محل كلا منهما يرد على عمل، وهذا العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير. كما تتفق الوكالة في الأجر في حالة كون الوكالة بأجر وفي هذه الحالة يتفق العقدين في كونهما من العقود الملزمة للجانبين.

ولكنهما يختلفان من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص وذلك في أنّ العمل في عقد الوكالة هو تصرف قانوني لمصلحة موكله الذي يكون نائباً عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فينصرف أثر التصرف إلى الموكل، وذلك بالاستناد إلى نص المادة 572 من ق م ج حيث تنص المادة: " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني..."³. أما عقد المقاوله فالمقاول يؤدي عملاً مادياً لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه؛ وإنما يعمل استقلالاً⁴.

¹ - عدنان إبراهيم السرحان: مرجع سابق، ص 17.

² - المادة 573 من ق م ج.

³ - المادة 572 من ق م ج.

⁴ - صالح بن فوزان عبد الله الفوزان: الملخص الفقهي، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 2014، ص 304.

ومن أوجه الاختلاف أيضا:

- المقاوله تكون دائما مأجورة ومتى عين الأجر فلا يملك القاضي كقاعدة عامة تعديله أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة والأصل فيها أن تكون بدون أجر.
- العلاقة بين المقاول ورب العمل في عقد المقاوله علاقة استقلالية، ومن ثمّ فلا يكون رب العمل مسؤولاً عن المقاول مسؤولية المتبوع عن التابع، أما الوكيل فيعمل في كثير من الأحيان بإشراف الموكل فتكون المسؤولية بينهما مسؤولية المتبوع عن التابع.
- المقاول مضارب وهو معرض للكسب والخسارة وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن برب العمل بذلك ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر. أمّ الوكيل فإنه لا يضارب ولا يعرض نفسه لمكسب الخسارة فهو إمّا أن يقوم بعمله تبرعا وإمّا أن يأخذ أجرا مناسباً للعمل¹. وفقا لنص المادة 583 من ق م ج حيث جاء في نص المادة ما يلي: " يكون الموكل مسؤولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا"².
- تنتهي الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل، أمّ المقاوله فلا تنتهي بموت رب العمل أو بموت المقاول إلاّ إذا كانت شخصيته محل اعتبار³.
- إذا تعدد الموكلون كانوا جميعاً متضامنين تجاه الوكيل في تنفيذ الوكالة وفقاً لنص المادة 584 من ق م ج⁴، أما إذا تعدد أرباب العمل فلا تضامن بينهم في مواجهة المقاول، إلاّ إذا اتفق على ذلك.

البند الثالث: تمييز عقد المقاوله عن عقد السلم والاستصناع

قد يتشابه عقد المقاوله مع عقد السلم والاستصناع من جهة، وقد يختلفان من جهة أخرى وهو ما سنبينه في الآتي:

¹ - المادة 583 من ق م ج.

² - المادة 583 من ق م ج.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ج7، ص 16.

⁴ - نصت المادة 584 من ق م ج على أنه: " إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا في عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين تجاه الوكيل في تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك".

أولاً: تمييز عقد المقاولة عن عقد السلم

السلم أو السلف في اصطلاح الفقهاء هو عبارة عن: "بيع موصوف في الذمة ببذل يعطى عاجلاً"¹ وهو نوع من البيوع مستثنى من بيع المعدوم وما ليس عند الإنسان بدليل حديث ما روي عن ابن عباس قال: "قدم النبي ﷺ المدينة وهمم يسلفون بالتمر الستين والثلاث فقال: " من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"².

فكلا من عقد المقاولة وعقد السلم تقع على شيء ويكون ذلك على أجل، لذلك ذهب الجمهور إلى القول بأنّ عقد الاستصناع (المقاولة) هو نفسه عقد السلم، إذ لا يذكرون عقد السلم بتعريف مستقل ويتفق مع الاستصناع فيما يلي:

- أن المبيع في كل منهما معدوم حال العقد
- كلا منهما عقد على موصوف في الذمة.
- كلا منهما يتأجل فيه الحصول على السلعة.
- لا بد من ضبط كل منهما جنسا ونوعا وصفة وقدرًا/ ضبط يمنع الجهالة المفضية إلى التنازع.
- إلا يكون الثمن والمثمن في السلم والاستصناع مما يجري فيه ربا النسيئة، وذلك لأن التأجيل من طبيعة العقدين³.

وإن كان كلا من عقد الاستصناع وعقد السلم يتفقان في جوانب، إلا أنّهما يختلفان في جوانب أخرى كالآتي:

- عقد الاستصناع وارد على العين والعمل وهذا بخلاف عقد السلم فهو وارد على العين الموصوفة في الذمة.
- لا خلاف بين الفقهاء في وجوب تعجيل الثمن في السلم بخلاف الاستصناع فهو غير محدد بوقت مخصوص.

¹ - الصديق محمد الأمين الضرير: مرجع سابق، ص 456.

² - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، رقم الحديث 2240، ج3، ص 85.

³ - دبيان بن محمد الدبيان: مرجع سابق، ص 275.

- السلم عقد بالاتفاق، والاستصناع جرى فيه خلاف هل هو وعد أم عقد؟.
- يبقى عقد السلم إذا ردّ المسلم لعدم مطابقة الأوصاف المشروطة ويبقى المسلم فيه ديناً في ذمة المسلم إليه، أمّا الرد لعدم مطابقة الأوصاف في الاستصناع فيؤدي ذلك إلى فسخ العقد¹.
- أما وجه الفرق بين عقد المقاولة وعقد السلم فيكمن فيما يلي:
- يشترط في عقد السلم تقديم رأس مال، بينما في عقد المقاولة لا يشترط ذلك
- يشترط في عقد السلم ضرب الأجل لتسليم المستلم فيه، بينما لا يشترط في عقد المقاولة، إذ يمكن أن يقع الاتفاق في المقاولة على إنجاز عمل ما ولو لم يعلم وقت إنجازه².

ثانياً: تمييز عقد المقاولة عن عقد الاستصناع

أما حالة شبه المقاولة بالاستصناع وهو نوع من البيوع بعقد المقاولة فتكون في حالة تقديم المقاول لإنجاز تعهده أو التزامه المادة الأولية اللازمة كلها أو بعضها، والعمل أو الخبرة التي لا بد منها للتصنيع، وهكذا شأن الصانع في الاستصناع وهو الغالب عادة، حينما يلتزم بإنجاز شيء والمادة من عنده، بالإضافة لعمله، كأن يصنع أبواباً لمنزل أو غيره أو غرفة أثاث للنوم أو صالة الاستقبال، بحسب النموذج المتفق عليه، وتكون الأحشاب من عنده، وهو القائم بالعمل أو الخبرة المتخصصة لذلك³.

وعليه واستناداً للنص المادة 554 من القانون المدني الجزائري: " يضمن المهندس المعماري والمقاول... " فإنه لا يقوم ضمان المهندس المعماري والمقاول (المشيد) إلا إذا وجد عقد مقاولة بين رب العمل والمهندس المعماري أو المقاول، لا عقد آخر لكي يتحقق الضمان فلو كان من يتولى العمل خاضعاً لإشراف وتوجيه رب العمل فالعقد يكون عقد عمل لا مقاولة⁴. فإذا كان المقاول يقوم بأداء العمل تحت إشراف وإدارة رب العمل بناء على عقد عمل فإنه يعتبر في هذه الحالة عاملاً لا مقاولاً، وبالتالي فلا يكون مسؤولاً وفقاً لنص المادة 554 من ق م ج

¹ - عبد الله أوزجان: الأجل في عقد البيع، دار النوادر، لبنان، ط1، 2008، ص 311-312.

² - نايف بن جمعان الجريدان: أحكام العقود المدنية - دراسة مقارنة بين الشريعة والأنظمة - مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2013، ص 172.

³ - وهبة مصطفى الزحيلي: عقد المقاولة: مرجع سابق، تاريخ الاطلاع 2019/03/23

⁴ - جعفر محمد جواد الفضلي: الوجيز في عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 47.

وإذا كان العقد بغير أجر، فإنه يكون عقداً غير مسمى، ويسأل من قام بالعمل طبقاً للقواعد العامة، ولما كان العقد هنا من عقود التبرع فإنّ من قام بالعمل لا يكون مسؤولاً إلاّ عن الغش والخطأ الجسيم¹. ونخلص إلى أنه لا بد أن يرتبط طرفاً بالالتزام بعقد مقاوله بناءً، يبرم بين صاحب المشروع (رب العمل) والمقاول، أو بين رب العمل والمهندس المعماري، أو معهما معاً. كما تجدر الإشارة أنه لا يكفي أن يكون هناك عقد مقاوله، بل لا بد أن يقوم المقاول بالعمل دون إشراف رب العمل، وكذا لا بد من استمرار العلاقة بين المقاول ورب العمل، فإن تم فسخ عقد المقاوله فلا يجوز لرب العمل التمسك بأحكام المسؤولية الخاصة. أما في الفقه الإسلامي يمكن القول أنّ عقد المقاوله لا يخرج في تأصيله الشرعي عن عقدي الاستصناع وعقد إجارة الأجير المشترك.

ومنه نستنتج أن عقد المقاوله دائر بين عقدين جائزين، وليس مشتملاً عليهما في آن واحد معاً، وقد قال الكاساني: " وما اشتمل على عقدين جائزين معاً، كان جائزاً"²، لذلك فإن عقد المقاوله يأخذ كلتا الحالتين، فإمّا أن يكون على صورة إجارة الأجير المشترك، وإمّا أن يكون على صورة استصناع فيأخذ حكمهما.

ونشير إلى أنه رغم وجود هاتين الصورتين في عقد المقاوله، إلاّ أنه لا يمكن أن يجتمع العقدين وأن يتوافر كلاهما لكي يكون العقد عقد مقاوله، بل عقد المقاوله قد يكون أحياناً عقد إجارة الأجير المشترك وتطبق عليه أحكامه، وقد يكون عقد استصناع وتطبق عليه أحكامه، فلا يمكن اجتماع الصورتين من أجل إطلاق عقد المقاوله .

ومنه نستنتج عقد المقاوله في الوقت الحاضر أصبح منفصلاً عن كل من عقد البيع أو الاستصناع، وعقد الإجارة، بعد أن كان مختلطاً بهما، فهو عقد مستقل له أركانه وشروطه وأحكامه ويرتب آثاره، وهو ما جاءت به قرارات المجمع الإسلامي في دورته الرابع عشر التي نصت على أن عقد المقاوله عقداً ملزماً للجانبين من عقود المعاوضة، يقع التراضي فيه على العمل المطلوب تأديته من المقاول، وعلى

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني-العقود الواردة عن العمل-المرجع السابق-، ص 136.

² - عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر: العقود المضافة إلى مثلها، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 2013، ص 125.

المقابل الذي يتعهد رب العمل بأدائه¹.

ولعل الصورة التي عليها المقابلة والمعمول به في الوقت الحالي هو عقد اجارة الأجير المشترك في العقود الصغيرة (بناء منزل) حيث يقدم رب العمل المادة ويقوم المقاول بالعمل، أما إذا تعلق البناء بالمشاريع الكبرى (بناء مشفى مثلا) فإن العقد يكون على صورة عقد الاستصناع بحيث يقوم المقاول بالعمل وإحضار المادة اللازمة معا من عنده، في حين يلتزم رب العمل بتقديم الأجر².

المطلب الثاني: الأعمال الموجبة للضمان

لا يكفي أن يكون هناك عقد مقابلة فقط يربط بين المهندس المعماري أو المقاول مع صاحب العمل، لكي تتحقق مسؤوليتهما بالضمان العشري اتجاه رب العمل، فلا بد أن يرتبط محل الضمان بتشديد مباني وإقامة منشآت والتي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 554 من ق م ج بقوله: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تخدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى..." فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري فقد حصر وقصر الأعمال الموجبة للضمان في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى. وعليه ولإعمال أحكام الضمان العشري لا بد أن تتعلق الأعمال الموجبة للضمان ب:

- ضرورة تعلق العمل بالتشديد

- إقامة المنشآت الثابتة الأخرى

الفرع الأول: ضرورة تعلق العمل بتشديد مباني

اشترط المشرع الجزائري أن يكون محل الضمان متعلق بتشديد مبان، إلا أنه وكعادته لم يتطرق لتعريف البناء في نصوص القانون المدني المتعلقة بالضمان العشري، وإنما عبر عنها على الإطلاق بمصطلح المباني وأخضعها لأحكام الضمان العشري دون تفصيل في ذلك وهو ما سنفصله في الآتي:

¹ - وهبة مصطفى الزحيلي: عقد المقابلة: مرجع سابق ، تاريخ الاطلاع: 2019/03/23

² - انظر الملحق رقم 03 ص 246. وملحق رقم 04 ص 259.

البند الأول: التعريف التشريعي للبناء

أولاً: تعريف البناء في ق م ج

أشار المشرع الجزائري إلى المباني واعتبرها محلاً للضمان العشري المترتب على عاتق كل من المهندس المعماري والمقاول اتجاه رب العمل، وعلى هذا الأساس تكون محلاً لتضامن بينهما جراء أي عيب أو تخدم يصيبها، وهو ما جاء به نص المادة 554 من ق م ج على أنه: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تخدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو منشآت ثابتة أخرى...¹". وعليه فإن المشرع وإن كان نص على اعتبار المباني محلاً للضمان، إلا أنه لم يعرف ما هو المبنى المقصود من تطبيق أحكام الضمان العشري.

ثانياً: تعريف البناء في النصوص الخاصة

عرّف البناء في النصوص الخاصة التي جاء بها المشرع الجزائري بتعريفات عدة نذكر منها:

التعريف الأول: عرّف القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 المتعلق بكيفيات ممارسة وتنفيذ الأشغال في ميدان البناء في مادته 23 حيث جاء مفهوم البناء كالتالي: " كل أشغال الأساسات، الهياكل الفوقية، والأسوار والأسقف"².

ولعل اتجاه المشرع إلى هذا التعريف على أنه جمع المكونات الأساسية التي يقوم عليها البناء من أسقف وأسوار وغيرها من المكونات الأخرى دون تحديد المعنى الأساسي للبناء.

التعريف الثاني: وعرّف البناء في القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية في نص الفقرة 01 من المادة 03 منه على أن البناء: " كل عملية تشيد بناية أو مجموعة من البنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني"³.

التعريف الثالث: وعرف كذلك في المادة 2 من القانون 08-08 المؤرخ في 20/07/2008

¹ - انظر المادة 554 من ق م ج

² - القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 والمتضمن كيفيات ممارسة وتنفيذ الأشغال في ميدان البناء، معدل ومتمم بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 04 جويلية 2001م، ج ر عدد 42، لسنة 2001.

³ - القانون رقم 04/11 المتعلق بالترقية العقارية، مرجع سابق.

الذي يحدد قواعد مطابقة البناء وتمام إنجازها بقولها: "كل بناية أو منشأة يوجه استعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري أو الانتاج الصناعي والتقليدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات"¹.

والملاحظ على هذين التعريفين الآخرين أن المشرع الجزائري قد فسر الماء بالماء، عندما عرّفنا أن البناء هو بنايات، أو البناء هو عملية تشييد فهو لم يتطرق إلى التعريف الفني للبناء بمفهومه الحقيقي، وإنما عدد خدمات واستعمالات والجانب الوظيف للمباني وذكر أنواعها من بنايات وتجهيزات ومنشآت فقط وحسنا لو التفت المشرع إلى هذا التعريف في التعديلات القادمة.

ثالثا: تعريف المشرع الفرنسي للبناء

لابد من الإشارة بداية إلى التفرقة التي سادت القانون الفرنسي قبل قانون رقم 12 المؤرخ في 4 جانفي 1978، أين كان بفرق بين الأعمال الكبرى والأعمال الصغرى، فأخرج هذه الأخيرة من الأعمال المشمولة بأحكام الضمان العشري، وهو ما جاءت به المادة 2270 المتممة لنص المادة 1792 القديمة²، وعليه فإن المباني إن تعلقت بالمشاريع الكبيرة كانت خاضعة لأحكام الضمان العشري وإن خرجت عن هذا النطاق فإنها لا تخضع له - الأعمال الصغيرة-³.

وإن كان المشرع الفرنسي قد فرق بين الأعمال الصغيرة والكبيرة ومدى إخضاعها لأحكام الضمان العشري، فإن المشرع الجزائري على عكس ذلك، فبالرجوع إلى نص المادة 554 من ق م ج فإنه لم يميز بين الأعمال الصغيرة والكبيرة فكل ما تعلق بمبان أو منشآت ثابتة توافرت فيها شروط أعمال الضمان العشري خضعت له.

¹ - ف2 من المادة 02 من القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20/07/2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البناء وتمام إنجازها، مرجع سابق، ص19 وانظر كذلك المرسوم التنفيذي المؤرخ في 02/07/2009 والذي يحدد اجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البناء، ج ر، عدد 27، 2009، ص 28.

² -حسينة ريمان: مرجع سابق، ص 205

³ - أحمد خديجي: مرجع سابق، ص 52

البند الثاني: التعريف الفقهي للمباني

عرف كل من فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية البناء بتعريفات عدة نوجزها في الآتي:

أولاً: تعريف البناء عند فقهاء القانون

لغياب التعريف التشريعي الجامع المانع للبناء ذهب فقهاء القانون إلى تعريف المباني بتعريفات عدة ويمكن تعريف المبنى كالتالي:

التعريف الأول: يقصد بالمباني: "كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة من صنع الإنسان، بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها وتوفر له حماية ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية أي كانت المواد التي شيدت منها، وطالما أن المبنى مستقراً ثابتاً في مكانه، ومتصلاً بالأرض اتصالاً قراراً بحيث لا يمكن نقله دون هدم أو تلف فهو مبنى محل حماية"¹.

التعريف الثاني: وعرف المبنى عند فقهاء القانون كذلك بأنه: "كل ما تشيده يد الإنسان بمواد انشائية كالطوب والإسمنت والخشب والحديد وغيرها من مواد البناء لتتصل بالأرض اتصالاً قراراً ويستوي في ذلك أن يكون البناء معداً للسكن أو لإيواء الحيوانات أو الخزن وغيرها من الأغراض الأخرى"².

التعريف الثالث: وعرفه الفقيه الفرنسي Planiol ومساعديه بأنه: "كل مجموعة من الأعمال متصلة بالأرض، مقامة سواء فوق الأرض أو تحتها"³.

التعريف الرابع: وعرفه الفقيه الفرنسي Philippe Malinvaud بأنه: "كل ما هو موجه لإيواء الإنسان، الحيوان، أو الأشياء، الاسطبلات، والعليات كذلك تعد من المباني كالمنازل تماماً"⁴.

¹ - عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، د د ن، مصر، ط7، 2002، ص 338.

² - محمد جابر الدوري: مسؤولية المقاول والمهندس، في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، مطبعة أوفيسست عشتار، العراق، د ط، 1985، ص 128.

³ - Planiol et Ripert: **traite pratique de droit civil français**. T. Iii. Par bécard. 2 ed.1952

⁴ - "le bâtiment et tout ce qui est destiné à loger soit hommes. Soit bêtes. Soit choses ; les écuries ; le grenier sont aussi bien des bâtiments que les maisons Philippe" Malinvaud et autres .**op. cit.** p 125.

من خلال التعريفات السابقة يتضح أنه يشترط أن يكون البناء مستقرا ثابتا متصلا بالأرض اتصالا قاررا بحيث لا يمكن نقله من حيزه دون هدم أو تلف، سواء كان هذا التهدم كلي أو تهدم جزئي، دون النظر إلى نوعية البناءات سواء كانت منازل أو مدارس أو مستشفيات...، وأن تكون يد الإنسان قد شيدته بمواد أيما كان نوعها وأيما كان الغرض من إنشائها.

ثانيا: تعريف البناء عند فقهاء الشريعة الإسلامية

حثت الشريعة الإسلامية على الإعمار في الأرض وذلك من أجل ستر العورات والمحافظة على النفس البشرية وحمايتها من برد الشتاء وحرارة الصيف، ذلك باعتباره مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية لاستمرارية الحياة التي يجب حفظها وصيانتها من كل أذى قد يصيبها. وعرف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين البناء على أنه جزء لا يتجزأ من الأبنية والعمارة كالاتي:

التعريف الأول البناء هو: " فن تشييد البناءات والمنازل المختلفة وتنظيمها لتحصيل منافعها وفوائدها الكثيرة التي منها مثلا، الاطمئنان والراحة والسكن النفسي، والوقاية بواسطتها من حر الصيف اللاذع وبرد الشتاء القارس¹". قال تعالى: ﴿وَمَسْكِنٌ تَرْضَوْنَهَا﴾² والواضح من هذا التعريف أنه لم يعرف البناء في حد ذاته وإنما أشار إليه على أنه فن، وحدد أهمية البناء والتي شيد من أجله وهو الحفاظ على سلامة الإنسان والنفس البشرية التي جاءت الشريعة الإسلامية لحمايتها والحفاظ عليها من كل مكروه قد يصيبها باعتبارها من مقاصد الشريعة السمحاء.

التعريف الثاني: وهناك من عرفه على أنه: " فن تشييد البناءات والمنازل المختلفة بتنظيمها على وجه الاستقرار لتحصيل منافعها بضوابط مخصوصة³".

كما نستنتج من هذا التعريف أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرفوا البناء على أنه كل بناء بني لتحقيق مصالح الناس وفقا لضوابط مخصوصة.

¹ - ياسين الغادي: حكم الأبنية بين الشريعة والقانون، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، الأردن، مج 11، عدد 06، ص 371

² - سورة التوبة، الآية 24.

³ - فاطمة سني بنت صالح: ضوابط البناء في الفقه الإسلامي، محاضرة في مركز الدراسات الشرعية، كلية الدراسات الإسلامية المعاصرة، جامعة سلطان زين العابدين، ماليزيا، 2005، ص 207

التعريف الثالث: وعرف البناء عند فقهاء الشريعة الإسلامية كذلك بأنه: ما له أصل وقرار، وأطلق عليه في عرف الناس بناء¹.

فمن خلال هذا التعريف يمكننا القول أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد رجعوا إلى تعريف البناء انطلاقاً لما يقتضيه العرف، فكل ما عرف عند الناس على أنه بناء فهو بناء.
التعريف الرابع: وعرف كذلك " وضع شيء على شيء يراد به الثبات"².

أشار هذا التعريف الأخير إلى مسألة الثبات والتي تعد من شروط قيام المباني، إلا أنه لم يتطرق إلى الوظائف التي يؤديها.

ومنه يمكن تعريف البناء وفقاً لما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه: " كل ما له أصل وقرار، كان الهدف منه رعاية النفس التي جاءت الشريعة الإسلامية لحمايته، وكان الهدف من البناء أهداف مشروعة ومضبوطة تحقق غايات الناس المختلفة".

وعليه فإن التعريف الفقهي الشرعي والقانوني الوضعي للبناء متقاربان إلى حد بعيد. لما اشترطه التعريفان من شروط البناء من اتصاله بالأرض، وأن يكون هذا الاتصال اتصال قرار. ويحقق الغاية منه وهو حماية الإنسان من كل المخاطر.

لذلك يمكننا القول أن البناء: "هو منتج معماري، انتجه الإنسان باستعمال أدوات ومواد مختلفة، وهو ثابت بالأرض لا ينفصل عنها، موجه لمختلف استعمالات وحاجيات الإنسان التي يقوم بها ويحتاجها".

ولإشارة فإن المباني التي تخضع للضمان العشري يقتصر على الانشاءات الجديدة فقط، أما فيما يخص الترميمات أو التعديلات الأخرى فلا تدخل في نطاق الضمان العشري. وإنما تخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية ولأحكام عقد المقاولة بوجه عام. دون اخضاعها لقواعد الضمان العشري، لذلك فهي بمثابة استثناء، والاستثناء لا يقاس عليه حيث جاء في نص المادة 46 من قانون الترقية العقارية 04/11

¹ -فاطمة ستي بنت صالح: مرجع سابق، ص 206

² - أحمد السعد: ضوابط بناء المساكن في الفقه الإسلامي، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، المملكة الأردنية الهاشمية، مج 19، عدد 06، 2004، ص 325.

على أنه: "تقع المسؤولية العشرية... في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب البناء...¹، غير أن نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري تعدت ذلك إلى المنشآت الثابتة الأخرى.

وهو ما ذهب إليه السنهوري بقوله: " فالمنازل والفيلات والعمارات والمدارس والمستشفيات والمستوصفات والمصحات والمسارح ودور السينما والمصانع والمتاجر والمخازن والمساجد والكنائس والمعابد كل هذه مبان يجوز أن يتحقق في مقاولاتها الضمان ولا يشترط أن يكون المبنى قد شيد بالطوب أو بالحجارة، بل يجوز أن يكون مشيدا بالخشب والحصير"².

وعليه فإن مادة الصنع أو المواد التي أقيم بها البناء ليست مؤثرة في مدى خضوع البناء لأحكام الضمان العشري، وعليه فلا يشترط أن يكون المبنى شيد بالطوب والحجارة، بل يجوز أن يكون قد شيد بمختلف المواد حتى ولو كانت مشيدة بالحطب.

كما أنه لا أهمية للغرض الذي أنشئ البناء من أجله، من أجل إخضاعه لأحكام الضمان العشري، فقد يكون البناء مخصص للاستعمال السكني كالمنازل والفيلات والعمارات، والحظائر والأبراج والمرائب ذات الطابق الواحد أو متعددة الطوابق، أو المباني المعدة للحفاظ على بعض البنايات والزهور أو دور التعليم، كالمدراس والجامعات، وبقصد العلاج، كالمستشفيات والمستوصفات والمصحات، أو بهدف الترويح والتسلية، مثل الملاهي والمسارح ودور السينما، أو كدور العبادة، كالمساجد والكنائس، أو أماكن الإنتاج، كالصيانة والورش، ومحلات التجارة والمخازن، أو أماكن الأكل والشراب كالمطاعم والمقاهي إلى غير ذلك من الأبنية التي تعدّ لأداء أغراض معينة تغطي الحاجات المختلفة في المجتمع، فكل هذه تسري عليها أحكام الضمان العشري، إذا توفرت لها شروط سريانها³.

وعليه فمتى كان البناء مما يمكن نقله من مكان إلى آخر بسهولة، دون هدم أو تلف، مثل الأكشاك المتنقلة (des kiosques) والمنازل القابلة للفك والتركيب دون هدم أو تلف فلا يمكن اعتبارها من المباني، وذلك لانعدام توفر طابع الاتصال بالأرض اتصال قرار، وبالتالي لا تطبق عليه أحكام الضمان العشري، بل يضع لأحكام القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية أو العقدية على حسب الأحوال⁴.

¹ - المادة 46 من قانون الترقية العقارية 04/11، مرجع سابق.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ج7، ص 108

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج7، ص 107.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع نفسه، ج7، ص 108.

البند الثالث: مدى خضوع العقار بالتخصيص لأحكام الضمان العشري

أما العقار بالتخصيص والذي يعرف بأنه: " منقول بطبيعته، غير أن القانون قرر اعتباره عقارا، لأن مالكه قرر وضعه في عقار يملكه من أجل خدمته واستغلاله على وجه معين¹". فقد لقي جدلا واسعا بين فقهاء القانون في مدى خضوعه لأحكام الضمان العشري، وذهب البعض إلى عدم إخضاعه لأحكام الضمان العشري بقولهم: " أما العقارات بالتخصيص فلا تعتبر من قبيل المباني، وبالتالي تخرج من نطاق تطبيق الضمان العشري كنقل الأبواب والنوافذ والأجهزة الكهربائية والميكانيكية اللازمة لتوزيع المياه الباردة والساخنة، والتي لا تكون مثبتة في قلب الجدران، أو السقف بحيث لا يمكن نقلها دون تلف، ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي اعتبر بعض المنقولات في حكم المبنى وأخضعها لأحكام المسؤولية العشرية، ومن ذلك المصاعد الكهربائية وأجهزة التدفئة²". ولعل سبب عدم إخضاعه لأحكام الضمان العشري هو فقدانه لشروط الاستقرار في الأرض التي اشترطت في المباني.

في حين ذهب رأي آخر إلى اعتبار العقار بالتخصيص خاضعا لأحكام الضمان العشري، وذلك لاعتباره من مكونات العقار وكونه متصلا به اتصالا وثيقا، يؤدي فكه إلى تهديد متانة البناء أو جعله غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله³.

ويمكننا القول أنه متى تم نقل العقار بالتخصيص دون أحداث تلف في العقار، فلا بد للرجوع إلى نسبة تضرر العقار، فإن كانت نسبة الضرر كبيرة فإنه يخضع لأحكام الضمان العشري، والعكس صحيح فإن تم نقله وكانت نسبة الضرر قليلة وصغيرة فيخرج من أحكام الضمان العشري.

البند الرابع: مدى خضوع العناصر التجهيزية لأحكام الضمان العشري

نظرا للتطور الذي تشهده عملية البناء والتشييد في الوقت الحاضر، خاصة ما تعلق بمواد البناء، فلم تعد تقتصر على الاسمنت والخشب والحجارة فحسب، كما هو الحال في السابق، بل تعدت للأكثر من ذلك، فأصبح التصنيع يسيطر عليها، فأصبحنا نرى أسقف صناعية وجدران من زجاج ومصاعد من خشب

¹ - بكر عبد الفتاح السرحان، مدخل إلى علم القانون، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، مص، ط1، 2012، ص 283

² - سميرة المير: مرجع سابق، ص.240. أنظر كذلك شعبان عياشي: مرجع سابق، ص 49.

³ - حسينة ريمان: مرجع سابق، ص 207.

أو حديد وغيرها من التطورات التي أصبحت تسهل عملية البناء بأسرع المجهودات وفي أقصر الفترات.

ومسيرة لهذا التطور الصناعي المذهل في عملية البناء أخضع المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي العناصر التجهيزية في البناء إلى أحكام الضمان العشري وفقا لشروط معينة وهو ما سنبينه في الآتي:

أولا: المقصود بالعناصر التجهيزية للبناء في النصوص الخاصة

لم يعرف كلا من المشرع الجزائري ولا الفرنسي المقصود بالعناصر التجهيزية في البناء إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 181 من الأمر 107/95¹، والمادة 2/1792 من القانون 12-1978 الفرنسي الفقرة الثانية²، استشف فقهاء القانون مفهوم لهذه العناصر التجهيزية بقولهم:

التعريف الأول: "هي تلك العناصر المجهزة للبناء وأساساته بحيث لا يمكن فصلها على البناء دون تلف كالسلا لم الحديدية المثبتة على البناء، والمباني الجاهزة كالحيطان والأسقف المثبتة على البناء بحيث لا يمكن فصلها عن البناء، دون تلف"³.

التعريف الثاني: كما عرفها بعضهم بأنها: "العناصر التي تتمثل في كل الاعدادات التي تتم داخل المكان المقام عليه العقار، وكل ما يهيئ هذا العمل المشيد لتأدية وظائفه التي أنشئ من أجل الوفاء بها"⁴.

وعليه يمكننا القول بأن العناصر التجهيزية هي ركن أساسي لقيام المباني، فإن تم فصلها عنه تلفت.

¹ - نصت المادة 181 من الأمر 07/95 والمتعلق بالتأمينات السالف الذكر على أنه: يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا، الأضرار المخلة بصلاية العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهياكل والإحاطة والتغطية. ويعتبر جزء لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون اتلاف أو حذ مادة من مواد هذا الإنجاز" والملاحظ أن المشرع الجزائري نقل حرفيا هذه المادة عن المشرع الفرنسي في الفقرة 02 من المادة 1792 من القانون رقم 12 لسنة 1978.

² - Art 1792/2 loi 4 janv. 1978: Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité de fondation. D'ossature. De clos ou de couvert lorsque sa dépose. Son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage

³ - سعاد بالمختار: مرجع سابق، ص 158.

⁴ - مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 211.

ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري أخضع هذه العناصر التجهيزية لأحكام الضمان العشري حتى ولم تكن تمس بسلامة البناء ومثابته، وفقا لما نصت عليه المادة 554 من ق م ج.

أما من خلال نص المادة 181 من قانون التأمينات فنجدها قد عدت الشروط الواجب توافرها في هذه العناصر التجهيزية من أجل إخضاعها لأحكام الضمان العشري وهي كالتالي:

- وجود عنصر تجهيزي غير قابل للانفصال عن المبنى
 - كون هذا العنصر التجهيزي في المبنى
 - أن يصاب هذا العنصر التجهيزي ضرر مؤثر
- وعليه سنفصل هذه الشروط في الآتي:

الشرط الأول: وجود عنصر تجهيزي غير قابل للانفصال عن المبنى:

استنادا إلى نص المادة 181 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات فقد نصت على إخضاع العناصر التجهيزية لأحكام الضمان العشري متى كانت جسما غير قابل للانفصال.

كما أن المشرع الفرنسي قد وسع من مفهوم الضمان العشري، فهو لم يعد يقتصر على الأعمال الصناعية الكاملة أو التي تشكل جزءا كاملا من العمل المعماري، بل أضاف إليها المنتجات التي تعد جزءا من التكوين الهيكلي للعمل المعماري، والتي لا تقبل الانفصال عنها، وهو ما أوضحتها المادة 2/1792 من ق ف في مفهوم العناصر غير القابلة للانفصال بأنها: " تلك العناصر التي تشكل وحدة واحدة مع البناء أو العمل المعماري في مجموعه بحيث يصعب فصلها بلا إحداث خلل في البناء أو التأثير على حسن استخدام العمل المعماري ككل"¹.

¹- Art 1792/2 loi 4 janv. 1978: Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité de fondation. D'ossature. De clos ou de couvert lorsque sa dépose. Son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage

الشرط الثاني: اتصال العنصر التجهيزي بالمبنى:

يشترط لتطبيق أحكام الضمان العشري على العناصر التجهيزية كذلك أن تكون خاصة بتجهيز البناء فقط، وعلى وجه الخصوص، وليس في البناء، أو مطلق عمل، وليس بعنصر تكوين، في أي من هذه الأنواع الثلاثة، ولا كذلك في أجزاء منها، ولا في مطلق أي منها، بل لا بد أن تكون الأضرار أو العيوب قد أثرت في عناصر التجهيز في المبنى¹.

ومنه نستنتج أنه ليست كل العناصر التجهيزية تخضع لأحكام الضمان العشري، بل لا بد أن تكون متصلة بالبناء حتى تطبق عليها أحكام الضمان العشري.

الشرط الثالث: وجود ضرر بعنصر التجهيز

كما اشترط المشرع لإعمال أحكام الضمان العشري على العناصر التجهيزية التي بها ضرر أو عيب، واستبعد كل الأضرار التي تصيب العناصر الخارجة عن هذا الوصف ومنها عناصر التكوين أو الجزء من العمل أو العناصر الإنشائية وغيرها².

ونخلص أنه بالرجوع إلى نص المادة 554 من ق م ج فإنه لم ينص على إخضاع هذه العناصر لأحكام الضمان العشري، بل اقتصر على العيوب والأضرار التي تصيب سلامة ومتانة البناء، ولعل ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 181 من الأمر 07/95 والمتعلق بالتأمينات، والذي سار فيه مسار المشرع الفرنسي، جاء مسaire لما يشهده التطور العمراني في الوقت الحالي.

ولكن كان من الأجدر أن يخضع المشرع الجزائري هذه العناصر التجهيزية لأحكام الضمان العشري وفقا لما جاء به نص المادة 554 من القانون المدني بنص صراحة عليها إلى جانب المباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

ولعل الدافع إلى التوسع في الأعمال الموجبة للضمان هو حماية هذه المنشآت والمباني من كل الأضرار والعيوب التي يمكن أن تمسها.

¹ - زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 76

² - فاروق الأباصيري: نحو توسيع مفهوم المعماري المسؤول عن عيوب البناء (المسؤولية العشرية لصانع مكونات العمل المعماري)، مداخلة في المؤتمر الثامن عشر بعنوان: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية والتقليدية والنظم القانونية المستحدثة، د ت م، كلية الحقوق، جامعة المنوفية

القرع الثاني: إقامة المنشآت الثابتة الأخرى

زيادة على نص المشرع الجزائري على كون محل الضمان هو المباني، فلم يقتصر على ذلك فقط، بل أدرج المنشآت الثابتة الأخرى، ويظهر من ذلك أن المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول لا تقتصر على المباني فقط بل وسع المشرع من نطاق الأعمال الخاضعة للضمان العشري وهي المنشآت الثابتة الأخرى والتي هي غير المباني وفقا لنص المادة 554 من ق م ج، لذلك فسنعرج على بتعريفها في التشريع ثم ما جاء به فقهاء القانون في هذا الصدد وهو كالاتي:

البند الأول: التعريف التشريعي للمنشآت الثابتة

ذكر المشرع الجزائري المنشآت الثابتة وجعلها محلا للضمان العشري وعليه سنتطرق إلى تعريفها في النطاق الآتية:

أولاً: تعريف المنشآت الثابتة في ق م ج

لم يتطرق المشرع الجزائري في نص المادة 554 من ق م ج إلى تعريف المنشآت الثابتة، وإنما ذكرها على سبيل أنها من الأعمال الموجبة للضمان العشري حيث نصت المادة على أنه: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمد كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان وأقماماه من منشآت ثابتة أخرى".

ثانياً: تعريف المنشآت الثابتة في النصوص الخاصة

عرف المشرع الجزائري المنشآت الثابتة الأخرى وفقا للنصوص الخاصة التي جاءت في هذا الصدد بتعريفات منها:

التعريف الأول: عرّف نص المادة 2/23 من القرار الوزاري المشترك 1988 والمتعلق بكيفيات ممارسة وتنفيذ الأشغال في ميدان البناء والتي نصت بأنها: " تلك التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشآت، والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال، وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل¹".

¹ - ف 02 من المادة 23(2/23) من القرار الوزاري المشترك والمؤرخ في 15/05/1988 المتعلق بكيفيات ممارسة وتنفيذ الأشغال في ميدان البناء - مرجع سابق

والملاحظ على هذا القانون أنه فرق بين المنشآت الثابتة والمنشآت الثابتة الأخرى حيث نصت الفقرة 01 من المادة 23 على أن المنشآت هي: " كل أشغال الأسس والهياكل الفوقية والأسوار والسقف"¹. ولعل هذا المفهوم ينطبق على المبنى الذي يحتوي على الأسوار والأسقف.

البند الثاني: التعريف الفقهي للمنشآت الثابتة الأخرى

أما فقهاء القانون فقد أعطوا تعريفات عدة للمنشآت الثابتة الأخرى، لذلك فقد انتقينا مجموعة من التعريفات منها:

التعريف الأول: المنشآت الثابتة هي: " كل عمل أقامته يد الإنسان ثابتا في حيز من الأرض، متصلا بها اتصال قرار عن طريق الربط بين مجموعة من المواد أيا كان نوعها، ربطا غير قابل للفك، بحيث ييسر على الإنسان سبل انتقاله أو سبل معاشه"².

ويدخل ضمن المنشآت الثابتة: الجسور المقامة على الأنهار والترع، أو فوق الطرق تسهيلا للمواصلات، ووضع أجهزة التسخين والتبريد، وحفر الأنفاق في باطن الأرض³.

من خلال هذا التعريف للمنشآت الثابتة يتضح أن كل من المباني والمنشآت فإنهما يشتركان من حيث التكوين، فكلاهما عبارة عن عمل قائم وثابت في الأرض بمجموعة من المواد، لذلك فهي أعمال معمارية متصلة بالأرض اتصال قرار سواء كان فوق الأرض أو تحتها، بحيث لا يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف، أو تهدم كلي أو جزئي يهدد سلامتها ومثانتها.

فإن كانا يشتركان من حيث التكوين إلا أنهما يختلفان من حيث الوظيفة، فوظيفة البناء مجرد إيواء الإنسان أو الحيوان أو الأشياء، أما المنشآت الثابتة فيتوسع نطاقها إلى التسهيل على الإنسان سبل انتقاله كالجسور والسدود والسكك الحديدية والمطارات... أو تيسر عليه معاشه كالحزانات وشق الطرقات وحفر الآبار، أو توفر له سبل راحته كالأنفاق والملاجئ⁴.

¹ - ف 01 من المادة 23 من القرار الوزاري المشترك والمؤرخ في 15/05/1988 المتعلق بكيفيات ممارسة وتنفيذ الأشغال في ميدان البناء، المرجع نفسه

² - عبد الرزاق حسين منصور: مرجع سابق، ص 628.

³ - محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاوله، مرجع سابق، ص 208، 209

⁴ - عبد الرزاق حسين ياسين: مرجع سابق، ص 684.

ومنه يمكن استخلاص أن المنشآت أوسع نطاقا من المباني. ومن ثمّ فإن الضمان العشري يتعلق بالمباني والمنشآت أي كان طبيعتها ومكانها والمواد الداخلة في تكوينها وبنائها، ودون النظر على الغرض من انشائها.

وذهب فقهاء وشرح القانون إلى أن الضمان العشري يقتصر على العقارات دون المنقولات، فهذا طبقا المعنى التقليدي للمنقولات والعقارات، أما حديثا فبتطور التقني والفني في مجال البناء وتوسع نطاق المقاولات أصبح من الممكن إنشاء أو نقل المباني والمنشآت دون تلف.

ثالثا: مدى خضوع المباني والمنشآت الثابتة لأحكام الضمان العشري:

بالرجوع إلى نص المادة 554 من ق م ج فإن المشرع الجزائري قد نص صراحة عن إخضاع المباني والمنشآت الثابتة الأخرى لأحكام الضمان العشري دون غيرها من الأعمال بصريح العبارة بقوله: " يضمّن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تخدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان وأقاماه من منشآت ثابتة أخرى¹."

أما بالرجوع إلى التشريع الفرنسي فإنه ثار التساؤل حول ما تعلق بالمنشآت التي لا ترتفع عن سطح الأرض كخطوط المترو التي تكون تحت الأرض والآبار والتعبيد وغيرها فهل هي خاضعة لأحكام الضمان العشري؟

اختلفت الآراء حول هذا الطرح فمنهم من ذهب إلى عدم إخضاع هذه المنشآت لأحكام الضمان العشري ومنهم من أيد رأي إخضاعهم لأحكام الضمان العشري، إلا أنهم توصلوا في النهاية إلى رأي توفيق يرضي بإخضاع كل هذه المنشآت لأحكام الضمان العشري سواء كانت مرتفعة عن سطح الأرض أم بباطنها أو مساوية للسطح الأرض².

أما فيما يتعلق بأعمال الدهان والبياض والديكور، فإنها تخرج من دائرة الأعمال الخاضعة للضمان العشري، لأنه ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء متانته أصلا، فضلا عن أنها لا تعد من قبيل الأعمال والتشييد³.

¹ - المادة 554 من ق م ج

² - مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 199

³ - زهرة بن عبد القدر: مرجع سابق، ص 56

مما مضى نستنتج أن المشرع الجزائري وإن قصر الأعمال الموجبة للضمان في المباني والمنشآت وفقا لنص المادة 554 من ق م ج، فإنه وسعيا من أجل حماية البنايات فقد أخضع العقار بالتخصيص لأحكام الضمان العشري وفقا لشروط، كما أخضع العناصر التجهيزية لأحكام الضمان العشري وفقا لقانون الترقية العقارية 04/11 وذلك لانتشار ظاهرة التصنيع في مواد البناء، ولعل الدافع في ذلك هو توسيع نطاق الأعمال الموجبة للضمان نظرا للتطور الملحوظ في مجال البناء ومواده من جهة، وحماية المباني والمنشآت من كل ما يهدد متانتها من جهة أخرى وحفظا على مصلحة رب العمل كذلك .

المبحث الثاني: الأضرار الموجبة للضمان

لم يكتف المشرع الجزائري على غرار المشرعين بإخضاع مسؤولية المهندس المعماري والمقاول للأحكام والقواعد العامة للعقود، بل جعل لها نصوصا خاصة تحكمها وذلك راجع لما تتسم به عملية البناء والتشييد من تعقيد وما ينتج عنها من أضرار جسيمة تلحق بسلامة الفرد الجسدية وما يصل إلى الوفاة في بعض الحالات، كسقوط جدران مثلا أو آلة من الآلات الحادة التي تستعمل في عملية البناء، وكذا ما يترتب عليها من آثار سلبية وأضرار تمس الطرف المستفيد الأول وهو رب العمل، وحماية لهذا الأخير فقد شدد المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري وفي النصوص الخاصة على مسؤولية المهندس المعماري والمشيد وذلك ببذل عناية أكثر وحماية مصلحة رب العمل من جراء هذه الأضرار التي هي في تزايد مستمر يوم بعد يوم خاصة ما أسفرت عليه الساحة العمرانية اليوم التي هي في توسع مستمر

ولمسألة المقاول والمهندس المعماري عن الضمان العشري والذي هو التزام على عاتقها، كان لا بد أن يكون هناك سبب لهذه المساءلة، لذلك فإن سبب الضمان الذي يستدعي المساءلة هو وقوع التهدم الكلي أو الجزئي بالمباني والمنشآت التي شيدت الذي يهدد سلامة ومتانة هذه الأعمال وعدم صلاحية المباني والمنشآت للغرض الذي أنشئ من أجله ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاته، وهذا وفقا للمادة التي نص عليها القانون، وذلك استنادا لنص المادة 554 من ق م ج حيث جاء فيها: "... ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض..." وفقا لهذا النص لا يسأل المهندس المعماري أو المقاول عن كل ضرر يصيب المباني والمنشآت وإنما تقتصر مسؤوليته طبقا لهذه المادة عن التهدم الكلي أو الجزئي والعيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته وهو ما سنفصله من خلال هذا المبحث حيث سنتناول في (المطلب الأول) وقوع تهدم كلي أو جزئي (المطلب الثاني) وجود عيب يهدد سلامة المبنى ومتانته، أما (المطلب الثالث) عدم صلاحية المبنى للغرض الذي شيد من أجله أما (المطلب الرابع) وهو لمدة الضمان والمحددة ب 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للأشغال والتي يشتط ان يقع الضرر أو العيب فيها وهو ما سنفصله في الآتي:

المطلب الأول: وقوع التهدم الكلي أو الجزئي للبناء أو المنشأ الثابت

جاء في نص المادة 554 من ق م ج سالفه الذكر أن المهندس المعماري والمقاول يضمن ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي، فبوقوع التهدم الكلي أو الجزئي يتحقق سبب الضمان الذي يسأل عنه كلا من المهندس والمقاول. وعليه فإن كان المشرع ذكر سبب الضمان وهو التهدم سواء كان كلياً أو جزئياً فإنه لم يتطرق لتعريفه وهو ما تنبّه في النقاط الآتية:

الفرع الأول: التعريف التشريعي للتهدم

البند الأول: تعريف التشريعي للتهدم في الق م ج

بالرجوع إلى نص المادة 554 من ق م ج، فإن المشرع الجزائري قد نص على التهدم الكلي والجزئي باعتباره سبب من أسباب قيام أحكام الضمان العشري، دون التطرق إلى تعريفه، أو المقصود منه، إلا أنه نص على نوعيه بقوله التهدم الكلي أو الجزئي دون تفصيل في ذلك.

البند الثاني: التعريف التهدم في النصوص الخاصة

إذا كان المشرع الجزائري لم يعرج على تعريف التهدم في الق م ج، واعتبره سبب لإعمال أحكام الضمان العشري، فإنه سار على ذلك الطريق في النصوص الخاصة حيث أنه لم يتم تعريف التهدم في النصوص التشريعية الخاصة المتعلقة بالبناء (لا في قانون التأمينات 07/95، ولا في قانون الترقية العقارية 04/11).

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للتهدم

البند الأول: عند فقهاء القانون

تعتبر مهمة التعريفات من اختصاص فقهاء القانون لذلك فقد عرف التهدم بتعريفات عدة ومنها:

التعريف الأول: ويقصد بتهدم البناء: "انحلال الرابطة التي تربط بين أجزاء البناء الأساسية بعضها ببعض، أو عن الأرض ذاتها وذلك من دون تدخل إرادي من الإنسان"¹.

¹ - حميد لطيف الدليمي: المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، مرجع سابق، ص 105.

فمن خلال هذا التعريف يتضح أن التهدم هو وقوع خلل بالبناء في أجزائه الأساسية، وأن يكون هذا التهدم غير إرادي أي لا دخل ليد الإنسان فيه، بل خارج عن نطاقه وقدرته.

التعريف الثاني: "انحلال الرابطة التي تربط أجزاء بعضها ببعض، أي تفكك هذه الأجزاء وانفصالها عن بعضها البعض، وقد يكون التهدم كلياً يصيب البناء بأكمله، وقد يكون جزئياً يصيب جزء من البناء فقط، كسقوط إحدى الغرف أو انهيار أحد الجدران"¹.

ويقول الدكتور السنهوري في هذا الصدد: "والمهم في التهدم أن يحدث بطريقة غير إرادية، أي أن يكون راجعاً إما لعب في عملية التشييد أو البناء، كعدم إحكام ربط أجزاء البناء ومكوناته، أو عيب في التصميم ذاته، أو عيب في المواد المستعملة، كأن تكون غير صالحة، أو مخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها، أو حتى في عيب في الأرض المقام عليها البناء، كأن تكون الأرض هشة، أو فيها مستنقعات، لم تتخذ بشأنها الإجراءات التي تقضيها أصول صناعة البناء أو قواعد الفن المعماري"².

فمن خلال قول السنهوري يمكن القول بأن التهدم قد يعود إلى وجود عيوب كثيرة فقد يرجع التهدم إلى وجود العيب في العمل، وذلك كأن يخالف المهندس المعماري والمشييد الأصول الفنية لعملية البناء، كما قد يرجع التهدم إلى وجود عيب في التصميم الذي وضع وتم الاتفاق عليه، وقد يكون التهدم راجع إلى وجود عيب في المواد المستخدمة كأن تكون من صنف رديء لا تسمح به أصول الصناعة، أو قد تكون هذه المواد التي استخدمت غير صالحة، وقد يكون التهدم ناتجاً عن عيب في الأرض ذاتها. فإن وقع التهدم بسبب من هذه الأسباب المذكورة على سبيل المثال لا الحصر فإن كلا من المهندس المعماري والمقاول يسألان عن هذا وعلى رب العمل الرجوع عليهما بالتعويض عن الضرر الذي أصابه وهو فقدان رب العمل الغرض الذي أنشأ البناء من أجله وذلك من خلال المدة التي حددها القانون وهي عشر سنوات من يوم التسليم النهائي للمشروع.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد سوى بين التهدم الكلي الذي يسبب أضراراً جسيمة كسقوط بناية بكاملها وقد يؤدي بحياة الأفراد في بعض الحالات، وبين التهدم الجزئي الذي قد يسبب بعض

¹ - عدنان إبراهيم السرحان: مرجع سابق، ص 60.

² - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-العقود الواردة عن العمل-مرجع سابق، ج 7، ص 114.

الأضرار كسقوط جانب من جوانب البناية، فكل الأضرار التي يسببها التهدم بنوعيه الكلي أو الجزئي يخضع للأحكام الضمان العشري دون تمييز بين العيوب.

ورب العمل باعتباره مستفيد من أحكام الضمان العشري، فهو غير ملزم بإثبات أن حدوث التهدم الكلي أو الجزئي في البناء أو المنشأ الثابت يرجع سببه إلى إحدى تلك العيوب، استنادا إلى قرينة المسؤولية¹. أما عن كم الضمان فإن المشرع الجزائري لم يتطلب كما معينا لتطبيق أحكام الضمان الخاص بالمشيدين، فهذا الأخير يكون محلا للتطبيق عند حدوث التهدم بالبناء أو المنشأ الثابت، سواء كان هذا التهدم كلياً بأن تهدم البناء أو المنشأ الثابت عن آخره أو كان جزئياً فقط، بأن كان قاصراً على جزء معين دون غيره من باقي أجزاء البناء أو المنشأ الثابت².

البند الثاني: تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للتهدم

لم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح التهدم الخاص البناء وإنما تكلموا عن هدم الزواج وهو ليس محلا للدراسة.

المطلب الثاني: وجود عيب يهدد سلامة البناء ومثانته

لإقامة أحكام الضمان العشري، لا بد من وجود سبب لهذا الضمان والمتمثل في وجود عيب يهدد سلامة المبنى ومثانته، وعليه فسيتم بيان مفهوم العيب في التشريع الجزائري وما جاء به فقهاء القانون والفقهاء الإسلامي كالآتي:

الفرع الأول: التعريف التشريعي للعيب

لم ينص المشرع الجزائري في النصوص التشريعية عن العيوب التي تمس المباني وإنما ذكر العيب في عقد البيع فقط وهو ما سنبينه في الآتي:

البند الأول: تعريف العيب في ق م ج

لم يعرف المشرع الجزائري العيب الذي يمس البناء في القانون المدني الجزائري، وإنما أشار إلى العيب الواقع في عقد البيع حيث جاء في نص المادة 379 من ق م ج حيث جاء فيها: " يكون البائع ملزماً

¹ - السنهوري: مرجع سابق، ج7، ص 115

² - محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص 702.

بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع...¹. فالعيب انطلاقاً من هذه المادة هو تخلف الصفة التي تعهد بها البائع للمشتري وقت التسليم. أو أن هذا العيب سينقص قيمة المبيع المتفق عليه.

البند الثاني: تعريف العيب في النصوص الخاصة

أما العيب في النصوص الخاصة فقد عرفت المادة 3/23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1988/05/15 العيب في مجال البناء بقولها: " كل عيب في المواد أو المنتجات أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد-فوراً أو بعد مدة-استقرار المشروع أو عمله في ظروف طبيعية"².

والملاحظ على هذا التعريف أنه فسر الماء بالماء وعرف العيب بالعيب دون التطرق لمفهومه الحقيقي، وإنما ذكر المجالات التي يمكن أن يحدث بها عيب، كالعيب في المواد والمنتجات وغيرها والذي يهدد استقرار المشروع.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته

عرف فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية العيب بصفة عامة دون تخصيصه بالمباني إلا أنه عرفوه من خلال عقد البيع وعليه فسندكر تعريف العيب أولاً ثم نربطه بالمباني في الآتي:

البند الأول: عند فقهاء القانون

وعرف بعض شراح القانون العيب بقولهم: " هو الآفة أو النقص الذي يصيب الشيء فينقص من قيمته، ومن منفعته، وهو الآفة الطارئة على الشيء والتي تقضي الفطرة السليمة خلوه منها"³.

ومنه نستنتج أن العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته من خلال هذا التعريف هي الآفة والنقص الذي يصيب المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، والتي تنقص قيمته، خارج الفطرة السليمة، بحيث يصبح

¹ - المادة 379 من ق م ج

² - الفقرة الثالثة من المادة 23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1988/05/15 والمتعلق بكيفيات ممارسة وتنفيذ الأشغال في ميدان البناء، مرجع سابق.

³ - خليل حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 2000، ص 137.

غير صالح للغاية التي أنشئ من أجلها.

البند الثاني: تعريف العيب عند فقهاء الشريعة الإسلامية

عرف فقهاء المذاهب الأربعة العيب تعريفات مختلفة فصلها في الآتي:

أولاً: عند فقهاء المالكية عرف فقهاء المالكية العيب بقولهم: " ورد -أي المبيع- لما تخلو العادة السلامة منه مما يتقص الثمن أو المبيع أو التصرف أو تخاف عاقبته"¹.

وعرّف ابن رشد العيب الذي له تأثير في العقد بأنه: ما نقص عن الحلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص² العودة إلى المرجع.

ثانياً: عند فقهاء الحنفية وعرف فقهاء الحنفية بقولهم: " العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة من الآفات العارضة لها"³

ثالثاً: عند فقهاء الشافعية عرف العيب عند الإمام الشريفي بقوله: "كل ما ينقص العين أو القيمة أو يفوت به غرض صحيح، إذا غلب في جنس المبيع عدمه"⁴.

رابعاً: عند فقهاء الحنابلة عرفه ابن قدامة بقوله: "النقص الموجب لنقص المالية في عادات التجار، لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل هذا الشأن"⁵.

من خلال تعريفات فقهاء المذاهب الأربعة للعيب، فإن الملاحظ أنها قصرته على العيب الذي يصيب المبيع في عقد البيع فقط.

¹ - محمد بن أحمد ابن عرفة الدسوقي المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر الإسلامي، د ب ن، 2001، ج3، ص 112.

² - ابن شد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج8، ص 174.

³ - محمد أمين الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - كتاب البيوع - كتاب الكفالة - مرجع سابق، ج07، ص 168.

⁴ - محمد بن محمد الخطيب الشريفي: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تح: علي محمد معوض وعادل أحمد موجود، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1421-2000، ج2، ص 428.

⁵ - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج2، ص 230.

وعرفت مجلة الأحكام العدلية العيب في نص المادة 338 منها بقولها: " هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة¹".

وعليه فإن العيب في البناء فيمكن أن نعرفه بأنه:

التعريف الأول: " الخلل الذي يصيب المباني والمنشآت الثابتة الأخرى التي نص عليها القانون المدني الجزائري، والتي تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن العمراني والمعماري خلوها منه²".

فالمقصود من هذا التعريف أن العيب في هذا المعنى يقصد به عدم مطابقة العمل للمواصفات المتفق عليها في عقد المقاولة بين المفاوض ورب العمل.

ومن ذلك يكفي أن يكتشف رب العمل العيب في البناء الذي أقامه المشيد والمهندس المعماري، ويهدد سلامة ومتانة البناء وحتى لم يحدث هذا العيب تخدم كلي أو جزئي بالبناء.

التعريف الثاني: " نوع من الخلل الذي يصيب المباني والمنشآت الثابتة لكنه لا يرقى إلى حالة التهدم، سواء الكلي أو الجزئي، بل حالة يكون معها البناء على غير الحالة التي يقتضي أن يكون عليها لاعتباره سليما ومتينا وملبيا لأغراض إنشائه³".

الفرع الثالث: شروط العيب الذي يهدد سلامة البناء ومتانته

يشترط لقيام العيب الموجب للضمان العشري وأحكام المسؤولية العشرية توفر شرطين يتمثل الأول

في شرط الخطورة أما الشرط الثاني هو كون العيب خفيا وهو ما سنفصله في الآتي:

البند الأول: شرط الخطورة

استنادا إلى نص المادة 554 من ق م ج في فقرته الثالثة حيث نصت: "...ويشمل الضمان المنصوص عليها في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته" ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع لم يجعل مطلق العيب موجبا لتطبيق أحكام

¹ - المادة 338 من مجلة الاحكام العدلية.

² - حميد لطيف الدليمي: المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 111، انظر كذلك: محمد ناجي ياقوت: مرجع سابق، ص 147.

³ - عادل عبد العزيز سمارة: مرجع سابق، ص 68.

الضمان العشري وإنما اقتضى أن يكون هذا العيب على درجة من الخطورة بحيث يهدد سلامة ومتانة المبنى.

أما إذا كان العيب لا يشكل خطورة ولا يؤثر في البناء أو يهدد سلامته، فإنه لا يوجب الضمان، وتسري في شأنه القواعد العامة في المسؤولية¹.

فمن خلال ما سبق يتضح أنه ليس كل عيب يصيب المباني والمنشآت الثابتة موجب للضمان، وإنما يشترط في هذا العيب أن يشكل خطراً على المبنى ويهدد سلامته ومتانته.

ويمتد القضاء الفرنسي الضمان العشري إلى العيوب التي من شأنها أن تجعل البناء غير صالح للغاية التي أعد من أجلها².

أما فيما يتعلق في مدى اعتبار العيب مهدداً لسلامة البناء أم لا فهي مسألة يختص بتقديرها قاضي الموضوع، وفقاً لظروف كل حالة على حدة لما له من سلطة تقديرية على الواقع ومستعينا برأي الخبراء في هذا المجال³.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد تحدثوا عن العيب المؤثر في عقد البيع وعمومه على سائر البيوع وعليه فالعيب المؤثر هو العيب الموجب لنقصان الثمن في عرف التجار نقصاً فاحشاً لا يتسامح في مثله عادة، أما إذا كان عيباً يتسامح بمثله عادة فلا يؤثر، ولا يعتد به، ولا يكون موجباً لضمان البائع⁴.

أما الحنفية فيرون أن العيب المؤثر هو ما أوجب نقصاً في القيمة في عرف التجار سواء نقص العين أم لم ينقصها، والمراد بالقيمة هي الثمن، لأن الثمن الذي اشترى به قد يكون أقل من قيمته بحيث لا يؤدي نقصانها بالعيب إلى نقصان الثمن، فكل ما يوجب نقصاً في الثمن في عرف التجار فهو عيب، وما يوجب نقصاً في العين من حيث المشاهدة والعيان كالشكل في أطراف الحيوان، والهشم في الأواني أو ما يوجب نقصاً في منافع العين، وما لا يوجب نقصاً فيها يعدّ فيه عرف الناس، فإن عدّوه

¹ - سمير عبد السميع سليمان الأودن: المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري والتنفيذي ومقاول البناء، مرجع سابق، ص 140.

² - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 125، انظر كذلك محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 120.

³ - محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص 224، انظر كذلك سميرة المير: مرجع سابق، ص 242.

عيبا كان عيبا وإلا فلا، فالمرجع إلى أهل الخبرة وهو التجار وأرباب المصانع¹. وهو ما ذهب إليه الحنابلة وهو التمسك بعرف التجار².

أما الشافعية فإن العيب المؤثر عندهم هو ما نقصت به القيمة، أو العين، أو بفوت به غرض صحيح، إذا كان الغالب عدم وجوده في هذا المحل، وعدم الاعتماد على عرف التجار، لأن بعض العيوب لا ينقص ثمنها وإن كان وجودها في المبيع يجعله غير صالح لبعض وصالحا لغرض آخر، كمن يشتري شاة مقطوعة الأذن، فلا تصح لمن اشتراها لغرض الأضحية، فإن ذلك يعد عيبا وإن لم يترتب عليه نقص قيمتها بخلاف غيره³.

وذكر المالكية أن العيب هو النقص سواء في العين أو الثمن، لذلك يسمونه بخيار النقيصة كالعور والعمى وقطع اليد أو الرجل، مما يؤدي إلى نقصان في العين⁴.

وعليه فالعيب المؤثر في اصطلاح الفقهاء هو ما ينقص الثمن أو القيمة في عرف الناس.

البند الثاني: شرط خفاء العيب

لا يكفي لتطبيق أحكام الضمان العشري وجود عيب يشكل خطورة ويهدد سلامة المبنى ومثانته، وفقا لما نصت عليه المادة 554 من القانون المدني، إلا أن الفقه والقضاء أضافا شرط من شروط قيام الضمان العشري وهو خفاء العيب، غير أنّ المشرع الجزائري في نص المادة 554 من ق م أغفل هذا الشرط ولم ينص عليه.

ويقصد بالعيب الخفي: أن رب العمل لا يكون عالما بوجوده بحيث يهدد سلامة المبنى ومثانته وقت تسلّم الأشغال، أمّا إذا كان العيب ظاهرا وقت تسلّم صاحب العمل للأعمال من دون إبداء أي تحفظ من جانبه على الرغم من علمه بالعيوب التي تشوبه، فإن ذلك يعد إعفاء للمشيدين من مسؤوليتهم عن العيوب الظاهرة أو تنازله ضمينا عن دعوى المسؤولية المتعلقة بها⁵.

¹-الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص 284، ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج 4، ص74

²- البهوتي: كشاف القناع، مرجع سابق، ج3، ص 215 انظر ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص 115

³- الشيرازي: المهذب، مرجع سابق، ج1، ص 582، الشريبي: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص 151

⁴- ابن الرشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2، ص 174

⁵- محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاوله، مرجع سابق، ص 211.

ويمكن تعريف العيب الظاهر على أنه: " العيب الذي علم به رب العمل عند استلامه للعمل، أو العيب الذي لم يكتشفه مع أنه بإمكانه ذلك لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي من نفس طائفته¹."

ويمكن أن نستخلص أن لرب العمل أن يرجع على المهندس المعماري والمقاول بالضمان العشري إذا اكتشف العيب الخفي في المدة المحددة في نصوص القانون المدني الجزائري وهي 10 سنوات من يوم تسلم العمل نهائيا، أما إذا كان العيب ظاهرا وواضحا للعيان ويمكن اكتشافه بسهولة ولا يحتاج ذلك لخبرة فنية أو علمية، وتنازل رب العمل عن حقه في التعويض فهذا إعفاء للمهندس المعماري والمقاول من الضمان. لأنه أقر العمل وتسلمه رغم ما وجد به من عيوب.

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يجعل مطلق العيب موجبا للضمان العشري، بل اشترط فيه أن يكون العيب على درجة من الخطورة بحيث يعرض متانة البناء وسلامته للخطر، واشترط كذلك أن يكون العيب خفيا، لا ظاهرا بحيث يستطيع رب العمل الكشف عنه عند تسلم الأعمال.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أثارت صورة العيب جدلا كبيرا بين شراح القانون الفرنسي فمنهم من ذهب إلى الأخذ فقط بالعيب، طالما كان العيب الظاهر يرتب أضرار وخيمة وواضحة للشخص العادي وهو رب العمل الخفي وهو الذي كان سائر في التشريع إلا أنه وجد رأي آخر بنصه على إخضاع كل العيوب سواء كانت ظاهرة أو خفية لأحكام الضمان العشري باعتبار أن أحكام المسؤولية العشرية من النظام العام والمصلحة العامة وهذا هو القرار الذي اتخذته محكمة النقض الفرنسية لسنة 1983 في القرار الصادر في 18 نوفمبر 1983 التي صرحت بوضوح أن المسؤولية العشرية تتعلق بجميع العيوب سواء كانت واضحة أولا، ذات طبيعة خطيرة بما فيه الكفاية لتهديد سلامة المبنى².

أما الفقه الإسلامي كما أن فقهاء الفقه الإسلامي باختلاف مذاهبهم، لم يفرقوا برد المبيع بالعيب، فقد عرف العيب الخفي والذي يقصد به خيار العيب على أنه: " أن يكون لأحد العاقدين

¹ - محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 212

² - Jean Grillardin: Statues et responsabilités édificateurs-l' architecte, l'entrepreneur et le promoteur-, éditeur ; presses de l'Université Saint-Louis -Bruxelles, Edition 01, 1989, p 168

حق في فسخ العقد بسبب عيب في المعقود عليه لم يعلم به حين العقد¹. قال تعالى: ﴿أَمْ أَلْسَفِينَۗ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرْدَتْ أَنْ أَعْيِبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾².

سواء كان هذا العيب ظاهرا يمكن تبيينه بالفحص العادي، وبين عيب خفي، ولذلك فقياسهم عقد المقاوله على عقد البيع فإنهم يرون أن للمشتري رد المبيع بعد التسليم، إذا طلع على عيب فيه سواء كان العيب مما يمكن تبيينه بالتقليب والمعاينة أم لا، لأن عقود المعاوضات تقتضي السلامة من العيوب، ما دفع بالمشتري إلى دفع مقابل عوض التسلم، وعليه فلا يبرأ المقاول من ضمان العيوب الظاهرة والخفية³.

الفرع الرابع: أنواع العيوب التي تهدد سلامة المبنى ومئاته

لا يقتصر العيب في عقد المقاوله على نوع واحد فقط بل قد يختلف باختلاف الأضرار التي تصيب المبنى وهو ما سنبينه في الآتي:

البند الأول: العيب الراجع إلى أرضية البناء

استنادا إلى نص المادة 554 من ق م ج فإن المشرع الجزائري قد نص على هذا السبب بنصه: "...ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض...". ومنه فمن خلال هذا النص يتبين أن هذا العيب مضمونه أن الأرض فقد تكون غير قابلة لعملية البناء، لعدة أسباب كأن تكون هشّة، وغير صالحة للبناء أصلا وغيرها من الأسباب.

أما بالرجوع لنص المادة 46 من القانون 04/11 فقد نصت: "...جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس...".

ويقصد بالأرض: " ذلك المسطح المساحي الذي يعتبر الركيزة المادية التي يقوم عليها البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى ويتصل بها اتصال قرار"⁴.

¹ - محمد سعيد جعفرور: الخيارات في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، د ط، 1998، ص 50

² - سورة الكهف، الآية 79.

³ - عجيل النشمي: عقد المقاوله، مرجع سابق، تاريخ الاطلاع 2019/10/22.

⁴ - إبراهيم عنتر فتحي الحياثي وعامر عاشور عبد الله: نطاق الضمان الخاص في عقد المقاوله، مجلة كلية القانون للعلوم السياسية والقانونية جامعة كركوك، عدد 12، ج2، 2015، ص 37.

فمن خلال هذا التعريف يمكننا القول أنّ الأرض هي تلك الرقعة التي يتم تشييد البناء أو المنشأ الثابت بها، دون انفصال عنها.

وعليه فيكاد الإجماع ينعتقد أن دراسة التربة وفحص خصائصها يقع على عاتق المهندس المعماري، بل وتعتبر من أولى مهام وظيفته، لما يتوافر لديه من خبرة فنية في هذا المجال، ولما يملكه من عناصر التقدير لأهمية البناء أو المنشأ الثابت الآخر المزمع إنشاؤه ومدى استجابة خصائص التربة له¹.

وإذا تبين للمهندس المعماري من الأبحاث التي أجراها، وجود عيوب في الأرض وجب عليه أن يخطر رب العمل بما ينبغي عمله من أجل تدعيم الأرض وتقويتها، وتعديل التصميمات الأصلية لمواجهة هذه الظروف الجديدة، فإذا رفض رب العمل زيادة في التكاليف للقيام بذلك، أو كانت التربة غير قابلة للعلاج فيجب على المهندس أن يأمر بوقف العمل².

أما إذا كان رب العمل هو الذي أقرّ بفحص التربة وبخلوها من العيوب، فإنه إذا كان غير متخصص أو غير خبير في هذا الأمر، فيتعين على المفاوض أن يمتنع عن التنفيذ، ولو أعطى أمراكتابيا من قبل صاحب العمل والإكّان مسؤولاً³.

وعليه فإن العيب الذي يرجع إلى أسباب أو موانع في الأرض ذاتها التي أقيم عليها أو تحتها البناء أو المنشأة الثابتة، وهذه الموانع إما أن تكون قانونية كأن تكون الأرض مملوكة للدولة، أو أن يكون مقرر عليها حق أو أكثر من حقوق الارتفاق، وإما أن تكون موانع طبيعية كأن تكون التربة رملية، أو ملحية، أو تربة رخوة لا تتمتع بالقدر اللازم من الصلابة لتحمل أثقال البناء⁴.

البند الثاني: العيب الناشئ عن خطأ في التصميم

انطلاقاً من نص المادة 555 من ق م ج فإنّ المشرع قد نص على العيب في التصميم الذي أرجعه إلى المهندس المعماري حيث جاء في نص المادة: " إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع

1- محمد عزمي البكري: عقد المقابلة في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 121.

2- محمد عزمي البكري: المرجع نفسه، ص 122

3- حميد لطيف الدليمي: مرجع سابق، ص 117.

4- السنهوري: مرجع سابق، ص 114.

التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم¹.
إنّ سبب الضمان قد يرجع إلى عيب في التصميم والذي يضعه عادة المهندس المعماري وهذا ما أقرت به المادة 555 من ق م ج سالفه الذكر
وسواء رجع عيب التصميم إلى أصول الفن المعماري أو إلى مخالفة القوانين والأنظمة فإنّ واضع التصميم مهندساً كان أو غيره يجب عليه الضمان، وسواء أشرف على التنفيذ أو لم يشرف، فإن أشرف المهندس واضع التصميم على التنفيذ يكون مسؤولاً عن عيوب التصميم والتنفيذ معاً².
وأما إذا لم يشرف على التنفيذ واقتصر على وضع التصميم، فإنه يكون ملتزماً بالضمان عن عيوب التصميم، ولا يضمن عيوب التنفيذ لأنه لم يشرف عليها³. وهذا ما نصّ عليه الفقه الإسلامي بالقاعدة الفقهية "الغرم بالغنم"⁴ أو قاعدة: "الخراج بالضمان"⁵.
وهو ما ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2005/01/17 بقولها: "المسؤولية عن تهدم البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول على السواء، ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت منه"⁶.

¹ - المادة 555 ق م ج.

² - جعفر محمد جواد الفضلي: الوجيز في عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 54.

³ - سمير عبد السميع سليمان الأودن: المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري والتنفيذي ومقاول البناء، مرجع سابق، ص 141.

⁴ - معنى الغرم: هو ما يلزم المرء لقاء شيء، من مال أو نفس. والغرم: هو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء. ومفاد هذه القاعدة أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً ولا فرق في الغرم بين أن يكون مشروعاً، أو أن يكون غير مشروع انظر: محمد الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، سوريا، ط3، 2009، ص 543.

⁵ - هذه القاعدة - الخراج بالضمان - نص حديث شريف صحيح مرفوع، أخرجه عن عائشة أو المؤمنين رضي الله عنها، أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد بن حنبل، وقد تلقاه العلماء جميعاً بالقبول، وهو أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده مدة ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استعملت غلاماً، فقال: الخراج بالضمان. ومعنى الخراج الغلة والمنافع المادية التي تحصل من الشيء كالثمر للشجر والدر والنسل للحيوان أما الضمان فمعناه الالتزام بالتعويض المادي عن الشيء إذا تلف أو تعيب، وذلك برد مثله أو قيمتهن فإذا كان موجوداً كان الضمان برده عينا. والقاعدة هذه ربط فيها الرسول صلى الله عليه وسلم بين ما يستفيد الإنسان من الشيء الذي تحت تصرفه، وبين ما يتحملة من مسؤولية هلاكه عنده، فالربح على قدر المسؤولية عن الخسارة.

انظر: أحمد الحجي الكردي: القواعد الفقهية الكلية، دار الظاهرية، الكويت، ط1، 2017، ص 104

⁶ - قرار المحكمة العليا رقم 294009 الصادر عن الغرفة العقارية، بتاريخ 01/19/01 بمجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2005،

لذلك فلما كانت المقاولة نوعا من عقدي الاجارة والاستصناع عند جمهور الفقهاء، فإن تسلّم العمل يعني المقاول من ضمان العيوب الظاهرة التي يمكن تبنيها في التقليل والمعينة، ومن المقرر عند الفقهاء أن مجرد وجود عيب بالعمل أو مخالفته للمشترط في العقد، يلزم المقاول بالضمان سواء كان ظاهرا أو خفيا، وسواء اكتشف قبل التقبل أو بعده، ويرى الفقهاء أنه فرق في رد المبيع بالعيب بين عيب ظاهر يمكن تبنيه بالفحص العادي وبين عيب خفي، ولكن يرون أن للمشتري رد المبيع بعد التسلم إذا اطلع على عيب فيه¹.

وما يمكن استنتاجه أنه إذا وضع المهندس المعماري التصميم فإن لرب العمل الرجوع عليه وحده دون مساءلة المقاول.

ولكن لا يمنع الوضع أن يكون رب العمل هو الواضع لتصميمات البناء بنفسه، دون الرجوع إلى المهندس المعماري أو المقاول، ففي هذه الحالة إذا اكتشف فيه خلل أو عيب فلا وجه حق لرجوعه على أي أحد².

باعتبار رب العمل هو المستفيد الأول من أحكام الضمان العشري، فإنه في حالة وضعه للتصميمات بنفسه، لا يمكن الرجوع بأحكام الضمان العشري على المهندس المعماري والمقاول بل يبقى هو المسؤول عن أعماله.

البند الثالث: العيوب الراجعة إلى المواد المستعملة في البناء

قد يرجع العيب كذلك إلى المواد المستخدمة في البناء، وعليه تقتضي هذه الحالة حالتي سواء كان المقاول هو من قدم المواد اللازمة في عملية البناء، أو قدمها رب العمل وهو ما سنفصله في الآتي:

أولا: في حالة تقديم المقاول لمواد البناء:

جاء في نص المادة 551 من ق م ج ما يلي: " إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل³". وعليه فعندما يتعهد المقاول بتقديم مواد

¹ - عجيل النشمي: عقد المقاولة: مرجع سابق، تاريخ الاطلاع 2018/02/19

² - انظر في هذا المعنى السنهوري، مرجع سابق، ص 112.

³ - المادة 551 ق م ج.

البناء كلياً أو جزئياً فعليه أن يقدمها خالية من العيوب ومطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، فإذا أحل بالتزامه وقدم مادة معيبة فعليه ضمناً، لأنه في هذه الحالة يترتب عليه ما يترتب على البائع من ضمان العيوب الخفية في المبيع، ويتحمل المقاول مسؤولية مخالف مواصفات المواد المستعملة والمقدمة من قبله كما لو كان الاتفاق على تركيب رخام وقام بتركيب بلاط عادي¹.

ولكن بالرجوع لنص المادة 554 من ق م ج فلم تقصر هذا العيب على المهندس المعماري فقط بل هو راجع إلى مسؤولية كل من المقاول والمهندس المعماري فلم تفصل بينهما.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فإن قدم المقاول المواد التي يستخدمها في عقد المقاولة كان هذا من باب الاستصناع، وهذه المواد من صلب عمله فهل هو ملزم بجودة المواد التي يقدمها؟ وهو ما سنفصله في الآتي:

- اتفق الفقهاء على أنه إذا اتفق العاقدان على رداءة المواد الخام التي يقدمها المستصنع (أو المسلم إليه عند الجمهور) فلهما ذلك كما اتفقوا على أنه إذا شرطت الجودة في المواد الخام فعلى المستصنع الالتزام بجودة المواد التي يقدمها².

من خلال هذا الرأي لفقهاء الشريعة الإسلامية، نستنتج أنه إذا اتفق كلا من المستصنع والصانع على رداءة المواد المقدمة للعمل فلهما ذلك، فلا يمكن الرجوع على الصانع بأحكام الضمان، لكونهما اتفقا على ذلك عند بداية العقد.

- أما إذا تعهد المقاول بتقديم المادة كلها أو بعضها وهي المواد الأولية، كان مسؤولاً عن جودتها وفق شروط العقد أو العرف الجاري في الصناعة³، وهذا إعمالاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"⁴.

¹ - حميد لطيف الدليمي: المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد-دراسة مقارنة- مرجع سابق، ص 126.

² - انظر الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 4، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 3، ص 269، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 6، ص 392.

³ - عبد الحميد محمد إبراهيم عرفات: وهبة الزحيلي واختياراته في المعاملات المالية المعاصرة-دراسة مقارنة-رسالة ماجستير، كلية الدعوة وأصول الدين، جامعة القدس فلسطين، 2017، ص 75.

⁴ - رواه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب أجر السنفرة، ج 3، رقم الحديث، 2273، ص 92.

ومنه يمكننا القول أنه متى تعهد المقاول بتقديم المواد الأولية فإنه يبقى هو المسؤول عن جودتها وصلاحياتها. فإن تم تقديمها معيبة كان مسؤولاً عنها، ولرب العمل الحق في الرجوع إليه بأحكام الضمان العشري.

ثانياً: في حالة تقديم رب العمل مواد البناء

استناداً إلى نص الفقرة 01 من المادة 552 من ق م ج فإنها تنص على: " إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها، وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه، ويرد إليه ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل¹".

فالصورة الثانية لعقد المقاولة هو تقديم رب العمل للمواد الأولية المستخدمة في البناء، ففي هذه الحالة يبقى لمقاول البناء فحصها وهل هي مطابقة لمواصفات المواد المستعملة في البناء، فإن اكتشف بها خلل أو عيب سيؤدي حتماً إلى تدهورها والمساس بمتانة البناء وسلامته فعليه إخبار رب العمل بذلك.

فإذا التزم رب العمل عن تقديم المادة المستعملة بنفسه، فإن المقاول ملزم بفحصها ومطابقتها للمواصفات المطلوبة قبل استعمالها، فإذا اكتشف أن تلك المواد غير مطابقة للمواصفات وجب عليه أن يحذر صاحب العمل بذلك وأن يبين له عيوبها وتأثيرها على البناء لو تم استعمالها². كما أنه ملزم بالحرص والمحافظة عليها، كما أنه ملزم بأن يراعي أصول الفن في استخدامها.

وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بإجارة الأجير المشترك، فإن قدم رب العمل المواد الخام التي يحتاجه المقاول، فهو أعلم بمصلحته سواء أحضر مواد جيدة أو رديئة، إلا أنه يلزم المقاول إخباره براءة المواد التي قدمها، لأن هذا من النصح "والدين النصيحة"³، وعليه المحافظة عليها والاعتناء بها، فيحافظ عليها من

¹ - ف01 من المادة 552 ق م ج.

² - حميد لطيف الدليمي: مرجع سابق، ص 128.

³ - أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: بيان أن الدين النصيحة، ج1، ص 74، رقم الحديث 95.

الفصل الثاني: (النطاق الموضوعي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال)

السرقه ولو أدى به الأمر إلى تعيين حارس لحمايتها، لأن "ما لا يتم الواجب به فهو واجب"¹، كما عليه أن يجنبها ما يفسدها، فعليه مثلاً أن يغطي الإسمنت من المطر، ويعد الأخشاب عن النار، ويحافظ على الحديد لئلا يصدأ، وكما يجب عليه كذلك أن يستعملها حسب أصول المهنة ولا يتعدى عليها بأن يستعملها في غير ما اتفق عليه، وإن انتهى المفاوض من عمله وجب عليه أن يعيد المواد الغير مستعملة إلى صاحبها لأنها أمانة عنده²، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾³. وقد اتفق الفقهاء على تضمين الأجير المشترك (المفاوض) إذا تعدى أو فرط في المحافظة على المواد⁴ لأن الأمانات تضمن بالجنائيات⁵.

أما إذا لم يتعدى ولم يفرط، فلا يخلو: إما أن يأتي ببينة على ذلك أولاً، فإن أتى ببينة على أنه لم يتعد ولم يفرط، فاختلف الفقهاء في تضمينه على قولين:

القول الأول:

لا يضمن وهو قول عامة أهل العلم، من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁶.

واستدلوا على قولهم بأن الأصل عدم تضمين الأجراء، ومن قال بتضمينهم نظر إلى المصلحة في ذلك،

¹ ويمكن شرح هذه القاعدة - "مالاً يتم الواجب به فهو واجب": وهذه القاعدة على قسمين: بعضه مقدور للعبد، وبعضه غير مقدور للعبد، فالذي يوصف بالوجوب يوصف بأنه مأمور به ما هو داخل في مقدور العبد، ومن أمثلة ذلك رجل مريض لا يستطيع أن يصلي قائماً، والله عز وجل أمرنا بإقامة الصلاة فقال تعالى: "وقوموا لله قانتين" فالصلاة لا يمكن أن تكون عن قيام إذا كان القيام في مقدور العبد، فإن القيام واجب، أما إذا لم يكن في مقدور العبد، لم يصبح مما لا يتم الواجب إلا به يقيد مما كان داخل تحت مقدور العبد، يعني بما يستطيعه العبد، لهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم: صل قائماً، فإن لم تستطع فقاعدان فإن لم تستطع فعلى جنب" أنظر: كمال الدين محمد بن محمد بن محمد ابن امام الكاملية والمشهور بابن امام الكاملية: شرح الورقات لإمام الحرمين في أصول الفقه، تح: أحمد فتحي حجاجي: دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د ط، 2010، ص 184.

² - عبد الرحمن العباد بن خالد العابد، مرجع سابق، ص 177

³ - سورة النساء الآية 58

⁴ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهديات، تح: سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط 1، 1988، ج 2، ص 243، انظر السرخسي: المبسوط: مرجع سابق، ج 15 ص 81/80، وكذلك القراني: الذخيرة، مرجع سابق، ج 5، ص 502، أنظر كذلك: الماوردي: الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج 17، ص 426 وأيضاً المرداوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج 6، ص 72

⁵ - الماوردي: الحاوي الكبير، المرجع نفسه، ج 7، ص 426

⁶ - شهاب الدين أحمد القراني: الذخيرة، المرجع السابق، ج 5، ص 502، انظر السرخسي: المبسوط، المرجع السابق، ج 15، ص 81، انظر المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 6، ص 82.

إذ يخشى من الأجراء الخيانة، فإذا اثبتوا عدم خيانتهم بالبينة، لم يكن لتضمينهم وجه¹. وهذا وفقا للقاعدة الفقهية "البينة على المدعي واليمين على من انكر"².

فيسنتج من هذا القول أنهم اشترطوا البينة لعدم تضمينهم، وهذا حفاظا عن مصلحتهم.

القول الثاني:

يضمن الأجير المشترك، وهو قول أشهب من المالكية³، فإنه ضمّنهم وإن قامت بيّنة على التلف، وكذلك الرهن عنده قياسا على العارية، وأن العلة الجامعة بينهما إن قبض الرهن لمنفعة نفسه خالصا كما قبض العارية لمنفعة نفسه خالصا⁴.

وأجيب عن هذا القول بأن: الأجراء إنما ضمنوا سدا لذريعة اتلاف الأموال، فلم يسقط عنهم الضمان ولهم أن يضمنوا وهذا للمصلحة العامة، وإن أتوا بالبينة، لأن ما يبني على سد الذريعة لا يخصص في موضع من المواضع⁵.

القول الراجح:

أن الأجير المشترك لا يضمن، إذا أتى ببينة على عدم تعديه أو تفريطه. أمّا إذا لم يأت ببينة وكان المتسبب سواء بتعديه أو بتفريطه ففي هذه الحالة يضمن.

أما إذا لم يأت ببينة وادعى أنه لم يتعد أو يفرط فلا يخلو أن يكون الهلاك بغير فعله، أو يكون بفعله، فإذا كان الهلاك بغير فعله فاختلّفوا بتضمينه على ثلاثة أقوال:

¹ - السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 15، ص 80-81، القرابي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 5، ص 502، الماوري،

الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 7، ص 426، المرادوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج 6، ص 82

² - شرح قاعدة: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" هذا لفظ حديث نبوي شريف رواه الترمذي والبيهقي والحكمة فيه أن جانب المدعي ضعيف لأنه يدعي خلاف الظاهر فكانت الحجة القوية واجبة عليه ليتقوى بما جانبه الضعيف والحجة القوية هي جانب المدعي عليه قوي لأن الأصل عدم المدعي به فاكتمى منه الحجة الضعيفة وهي اليمين. انظر مصطفى الزقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق سوريا، ط2، 1409-1989، ج1، ص 368

³ - ابن رشد: المقدمات الممهّدات، مرجع سابق، ج2، ص 244، ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2، ص 232.

⁴ - ابن رشد: المقدمات الممهّدات، المرجع نفسه، ج2، ص 244

⁵ - ابن رشد: المقدمات الممهّدات، المرجع نفسه، ج2، ص 244-245

القول الأول: لا يضمن وهو قول أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد والصحيح عند الشافعية والحنابلة¹.

واستدلوا:

بيان الأصل أن الضمان لا يكون إلا من المعتدي، لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾².

ولم يوجد منه تعدي لأنه قد أذن له بقبض العين، وأن التعدي ليس من صنعه³.

إن الأجير قبض العين بإذن مالِكها فلا يضمنها قياساً على الوديعة والعارية والمضاربة⁴.

القول الثاني: يضمن وهو قول المالكية في الصناعات والأجراء على حمل الطعام، وهو قول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة⁵.

واستدلوا:

أن الرسول ﷺ أنه قال: " على اليد ما أخذت حتى تُؤدى"⁶، ووجه الاستدلال أن الأجير عجز عن رد العين لهلاكها، فوجب رد قيمتها⁷.

القول الثالث: إذا كان الهلاك مما يمكن التحرز منه يضمن، وإن كان مما لا يمكن التحرز منه كحريق غالب فلا يضمن، وهذا قول أبي يوسف، ومحمد بن الحسن ورواية عن الحنابلة⁸.

¹ - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 112، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 55

² - سورة البقرة، الآية 193.

³ - الكاساني: مرجع سابق، ج 6، ص 55

⁴ - الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 17، ص 427، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 113

⁵ - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد: مرجع سابق، ج 3، ص 441. ابن قدامة: المغني، المرجع نفسه، ج 8، ص 113، المرداوي: الانصاف، مرجع سابق، ج 6، ص 73

⁶ - رواه أبو داود: سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، رقم الحديث 3561، ج 5، ص 414 وهي قاعدة فقهية مفادها "أن من أخذ شيئاً بغير حق كان ضامناً له ولا تبرأ ذمته حتى يرده" راجع محمد صدقي آل بورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1416-1996، ص 372.

⁷ - الكاساني، مرجع سابق، ص 55.

⁸ - ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج 8، ص 12، المرداوي: الانصاف، المرجع السابق، ج 6، ص 72

واستدلوا:

على تضمين الأجير إذا كان الهلاك مما يمكن التحرز منه عملا بما استدل به القول الثاني، وإن كان مما لا يمكن التحرز منه فلا يضمن، لانتفاء التهمة عنه في هذه الحالة، لأنه لا يمكن ادعاء تلفها بهذا الأمر، لأن هذا الأمر عام لا يمكن معرفته¹.

وأشير إلى اشتراط الجودة في الفقه الإسلامي فهل يلزم رب العمل أن يذكر صفة الجودة أو الرداء للمواد الخام في العقد؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول: يلزم المتعاقدين أن يبينا جودة المواد المستعملة، وهذا قول جمهور العلماء من الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية وهو قول الحنابلة².

واستدلوا: بأن الجودة والرداءة مما يختلف بهما الثمن ظاهرا، فيقضي ترك ذكرهما إلى النزاع³.

القول الثاني: لا يلزم المتعاقدين أن يبينا جودة المواد المستخدمة، وهو ما الأصح عند الشافعية⁴. واستدلوا بأنها إذا لم تكن تحمل على الجيد للعرف في ذلك، فلا يكون هناك ضرر بتركها⁵.

الترجيح:

إذا كان هناك عرف بين الناس على أن المفاوض عليه أن يقدم الأدوات الجيدة، فإنه لا يلزم بذكر صفة الجودة في العقد، وذلك لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، أما إذا لم يكن هناك عرف فلا بد من ذكر صفة الجودة أو الرداءة لأنهما مما يختلف بهما الثمن غالبا⁶.

¹ - الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 5، ص 134، الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 6، ص 58.

² - النووي: روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 3، ص 269، انظر ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 6، ص 392.

³ - ابن قدامة: المغني، المرجع نفسه، ج 6، ص 391.

⁴ - النووي: روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 3، ص 269.

⁵ - النووي: روضة الطالبين، المرجع نفسه، ص 269.

⁶ - عبد الرحمان العابد بن خالد العابد، مرجع سابق، ص 174.

البند الرابع: سبب العيب راجع إلى عملية التنفيذ

والمقصود بالتنفيذ في هذا المقام: " هو تشكيل البناء أو المنشأ الثابت الآخر، ليجعله حقيقة ملموسة في حيز الوجود، وذلك عن طريق دمج مجموعة من المواد، وتركيب بعضها مع البعض الآخر، وصبها في القوالب المخصصة لها، بحيث تكون في النهاية، البناء المطلوب طبقاً للتصميم الذي وضع له، كل ذلك طبقاً لقواعد متبعة عند أهل الفن، وتعليمات موضوعة من قبل المهندس المعماري واضع التصميمات¹. ومنه يتضح أن عملية التنفيذ يشمل عمليتين منفصلتين: عملية ذهنية وأخرى مادية، أما العملية الذهنية والتي يختص بها المهندس المعماري واضع تصميمات البناء ومقايسته وبذلك فهو يحدد المواد التي يريد استخدامها في التنفيذ، يبين خصائصها وأوصافها، كما يوضح أيضاً كيفية استخدام هذه المواد كما، بتحديد النسب المختلفة للتركيب، وكيف يبين كيفية إتمام هذا التركيب، والأسلوب الواجب اتباعه فيه، كل ذلك طبقاً للمواصفات المعمول بها وقواعد الفن وأصول الصناعة².

قد يعود العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته إلى خطأ في تنفيذ المشروع، أي أن يكون الخلل أو العيب في العمل ذاته، مما يترتب عليه قيام المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاول البناء³، ومثال ذلك أن يتم بناء الأساس بشكل غير متين مما لا يحتمل إقامة البناء فوقه، أو يوضع الأساس على تربة هشة أو معيبة، أو عدم إرساء القواعد على أرضيات صلبة، أو ضعف السماكة المطلوبة في بناء الجدران أو الأسقف أو الأرضية، أو تكون نسب المواد المستخدمة غير كافية، فتقبل نسبة الإسمنت في الخلطة، أو نسبة الحديد في الخرسانة، والجسور، والقواعد، والجدران، عن النسب اللازمة أو الضرورية⁴.

وعليه فإنه إذا وقع أي نوع من أنواع العيوب السالفة الذكر فإن كلا من المهندس المعماري ومقاول البناء متضامنين في مسؤوليتهما. إلا ما استثنى في حالة القوة القاهرة وخطأ رب العمل وخطأ الغير.

¹ - مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 243.

² - مصطفى راتب حسن علي: أنواع العيوب التي توجب مسؤولية المهندس (الإنشائي والمعماري)، مجلة علوم هندسية، جامعة أسيوط، عدد 6، 2010، ص 16.

³ - هشام العمري: مسؤولية المهندس المعماري بين الضوابط القانونية وأخلاق المهنة، بحث منشور على الموقع . / تاريخ

الاطلاع 2019/04/24

⁴ - نسيمة شيخ: مرجع سابق، ص 213.

وقد أشار فقهاء الشريعة الإسلامية إلى مسألة -العيب الراجع لعملية التنفيذ- حيث ذهبوا إلى أنه إذا لم يشترط رب العمل مواصفات معينة فعلى المقاول الالتزام بتنفيذ العمل المراد حسب المواصفات المتعارف عليها، وعلى المقاول أن يبذل كل ما في وسعه لإتقان العمل حسب أصول الصناعة وما تعارف عليه وإعمالاً لقول النبي ﷺ: " إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه"¹، فإذا أهمل ولم يحسن عمله فهو غاشا لرب العمل، ومنه قوله ﷺ "من غشنا فليس منا"².

وعليه وإن كان التشريع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى قد اشترط وجود أضرار لإعمال أحكام الضمان العشري ومنها وقوع تدمر كلي أو جزئي للمبنى أو المنشأ الثابت، كما اشترط أن يكون العيب خفياً ومؤثراً في سلامة المبنى، ولكن رغم ذلك فقد أخرج المشرع العيب الظاهر من نطاق الأسباب الموجبة للضمان وكان الأجدر إضافته، والكلام عن العيب الخفيف الغير المؤثر، فقد يتطور هذا العيب الضئيل ويصبح مهدداً لسلامة المبنى ومئاته، وعليه كان من اللازم إدخال مثل هذه العيوب في نطاق الضمان العشري وذلك حماية لسلامة المباني بصفة خاصة، وحماية لرب العمل بصفة أخص. وعملاً بقواعد الشريعة الإسلامية التي لم تفصل بين العيوب الخفية والظاهرة.

الفرع الخامس: النطاق الموضوعي لضمان حسن سير عناصر التجهيز وضمان تمام الإنجاز

بما أن المشرع الجزائري قد نص على ضمانين آخرين غير الضمان العشري وهوما ضمان حسن سير عناصر التجهيز، وضمان تمام الإنجاز وعليه فسيتم التطرق إلى النطاق الموضوعي لكل منهما كالاتي:

البند الأول: النطاق الموضوعي لضمان حسن سير عناصر التجهيز

إن المشرع الجزائري لم يحدد العيوب التي يشملها ضمان حسن سير عناصر التجهيز، عكس ما فعل في تحديد العيوب التي تخضع لأحكام الضمان العشري، إلا أنه استناداً إلى نص المادة 181 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم فقد جاءت لتبين الأضرار التي تصيب العناصر التجهيزية بقولها: " يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضاً، الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما، عندما تكون هذه العناصر جزء لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع

¹ - أخرجه أبي يعلى في مسنده، مسند عائشة، رقم الحديث 4386، ج7، ص 349.

² - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة الغش في البيوع، رقم الحديث، 1315، ج3، ص 398.

الأساس والهيكلة والإحاطة والتغطية، ويعتبر جزء لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون اتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز¹.

وبمفهوم المخالفة لهذا النص فإن العيوب المتعلقة بعناصر التجهيز التي يشملها ضمان حسن سير عناصر التجهيز هي تلك العناصر التي تخرج من نطاق الضمان العشري وبالتالي يقتصر ضمان حسن سير عناصر التجهيز على عناصر التجهيز بالبنية، شرط أن تكون تلك العناصر قابلة للفك أو الفصل عن البنية بدون تلف، أي أن عناصر التجهيز هي التي لا تشكل جسماً واحداً مع البنية أو إحدى أجزائها كالأبواب والشبابيك القواطع، العدادات، وتجهيزات الإنارة... إلخ، أما عناصر التجهيز والتي تشكل جسماً واحداً مع أحد أجزاء البنية فتكون مغطاة بالضمان العشري وليس بضمان حسن سير عناصر التجهيز².

وعليه فإن الضرر الذي يصيب عنصر تجهيزي قابل للانفصال، ويترتب عليه تعذر أو سوء أو عدم كفاءة أداء هذا العنصر، لوظائفه وفقاً للمجرى العادي للأمر، فإنه يخضع لضمان حسن الأداء، فنحن هنا بصدد فكرة أقرب ما تكون إلى فكرة عدم صلاحية العنصر التجهيزي للغرض الذي أعد من أجله لخدمة البناء³.

البند الثاني: النطاق الموضوعي لضمان تمام الإنجاز

لقد سكت المشرع الجزائري ولم ينص على بيان الأعمال والعيوب والأضرار التي تكون محلاً لضمان تمام الإنجاز عكس ما جاء به في تحديد النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية وهذا السكوت يدفعنا إلى تطبيق قاعدة "لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"⁴.

¹ - المادة 181 من قانون التأمينات 07/95 المعدل والمتمم، مرجع سابق

² - إيمان بوسنة: مرجع سابق، ص 421

³ - شعبان عياشي: مرجع سابق، ص 231

⁴ - وعليه فإن هذه القاعدة مشتتة على فترتين، الأولى حيث أن الشرع ربط معاملات الناس بالعبارات الدالة على المقاصد، ما جعل للسكوت حكماً يبنى عليه شيء كما تبنى الأحكام على الألفاظ، ولهذا قال لا ينسب إلى ساكت قول. وعدم القول هو المتيقن، ودلالة السكوت مشكوك فيها.

والثانية كالاستثناء مما قبلها، وهي قاعدة ذكرها الأصوليون، وجعلوا السكوت فيها في حكم النطق، وذلك في موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان ويسمونه ببيان الضرورة، وهو نوع من أنواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام إما لدلالة حال في المتكلم تدل على أن سكوتها لو لم يكن بياناً ما كان ينبغي أن يسكت عنه. أنظر علي أحمد الندوي: القواعد الفقهية مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها. تطبيقاتها، دار القلم، دمشق سوريا، ط3، 1414-1994، ص ص 454-455.

فضمان تمام الإنجاز يشمل المباني المشيدة في مجموعها، خارج نطاق المسؤولية العشرية، أي أن كل عيب لا يؤدي إلى إزالة البناية أو جزء منها يدخل تحت ضمان تمام الإنجاز، ويشمل هذا الضمان عموماً جميع عيوب المعاينة عند الاستلام، وكذا تلك العيوب الطارئة في السنة الموالية له وهو ما يفهم من نص الفقرة 03 من المادة 26 من القانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية¹.

كما تجدر الإشارة إلى أن ضمان تمام الإنجاز، لا يشمل سوى العيوب الظاهرة أثناء الاستلام أو تلك العيوب التي تظهر خلال السنة الموالية له، وقد كان المرسوم التشريعي 03/93 الملغى يشير صراحة إلى العيوب الظاهرة في المادة 15 منه، غير أن هذه العبارة لم تكن مصحوبة بكلمة "البناء" كما أنه لم توضح وقت ظهور تلك العيوب هل هو وقت حصول الاستلام أو بعده²، كما يشترط في العيوب الظاهرة حتى تشمل بأحكام هذا الضمان أن يتم التحفظ عليها من قبل رب العمل أثناء الاستلام، وهو ما يعني أن العيوب الظاهرة غير المتحفظ عليها لا يشملها ضمان تمام الإنجاز إذ أنها تمحى وتزال بمجرد الاستلام³.

لقد قصر المشرع الفرنسي أحكام ضمان تمام الإنجاز على المقاول المعني فقط دون غيره من الأشخاص المتدخلين في عملية البناء، فيتحمل المسؤولية وهو ما جاءت به المادة 1792-3/6 والتي جاء نصها كالتالي: " المدة اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح تتحدد بمقتضى اتفاق مشترك بين رب العمل والمقاول المعني بالأمر"⁴.

لم ينص المشرع الفرنسي على ذكر الأعمال التي تكون محلاً لتطبيق أحكام هذا الضمان، ومعنى ذلك أن المشرع أراد أن يخضع العقار في مجموعه لتمتد إلى عناصره التكوينية والتجهيزية والإعدادية، كما أنه يمكن أن يكون محلاً للضمان كل عقار مهما كانت تسميته ومهما كانت مواد بنائه أو مكان ذلك التشييد⁵.

¹ - حسينة ريمان: مرجع سابق، ص 247

² - فؤاد كامل: التزام الموقى بضمان كمال انجاز المنشأة العقارية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 13، لسنة 2015، ص 212.

³ - فؤاد كامل: المرجع نفسه، ص 212

⁴ - Art1792 3/6 (loi 12 -78 du 04 janv. 1978 : les délais nécessaires a l'exécution des travaux de réparation sont fixes d'un commun accord par le maitre de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné.

⁵ - محمد خير شريف: مرجع سابق، ص 58.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي فهو كذلك لم يبين الأعمال والعيوب التي يقوم عليها الضمان وهو ما جاء في نص الفقرة 02 من المادة 1792، لذلك فإن المشرع الفرنسي أراد أن يشمل الضمان للعقار المشيد في مجموعه لا فرق بين العناصر التكوينية والتجهيزية¹. هذا وقد حرص المشرع الفرنسي لسنة 1978 على أن ينص صراحة على اعتبار العيوب المتعلقة بالعزل الصوتي، داخلة تحت ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل، وكانت هذه العيوب قبل نفاذ هذا القانون، محل خلاف في القضاء الفرنسي، من حيث مدى إمكانية خضوعها للمسؤولية العشرية المنصوص عليها في المادتين 1792-2270 من ق م ف، إذا كان من شأنها أن تجعل البناء غير صالح للغرض الذي شيد من أجله، ولكن القضاء الفرنسي استقر إلى اخضاع هذا النوع من العيوب إلى ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل².

المطلب الثالث: عدم صلاحية البناء أو المنشأ الثابت للغرض الذي شيد من أجله

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري وما جاءت به نصوص القوانين الخاصة بالبناء في التشريع الجزائري، فإننا لا نجد ما يبين هذا الشرط، ومنه فلم ينص المشرع الجزائري على مثل هذه الأضرار على هذا القدر من الخطورة بل اكتفى فقط بالنص على التهدم الكلي والجزئي وعن العيوب التي تمس متانة البناء وسلامته.

ولكن بالرجوع إلى القانون الفرنسي فإنه كل عيب يترتب عليه اخراج البناء أو المنشأ الثابت من دائرة الغرض الذي أنشأ من أجله، يخضع لأحكام الضمان العشري وهو ما نصت عليه المادة 1792 من القانون المدني حيث بينت الحالات التي يتوافر فيها هذا العيب كما يلي:

- عدم صلاحية كتامة الأسطح والسقوف
- عدم صلاحية المسكن للسكنى فيه نظرا لظهور تشققات في حوائطه وجدرانه من شأنها أن تؤثر على العزل المحكم للمياه والبرد
- العيوب الماسة ببلاطة الأرضية، والتي جعلته غير صالحا تماما
- الاقتلاع الكلي والمتكرر لقطع السيراميك المحيطة بالمسبح

¹ - سميرة المير: مرجع سابق، ص 299.

² - شعبان عياشي: مرجع سابق، ص 23

- العيب الموجود في أنابيب توزيع المياه الساخنة وسوء توجيهها داخل قنوات صرف المياه

- العيوب التي تهدد أمن وسلامة المنشأ¹.

ومنه نلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يقتصر على العيوب التي تمس العناصر التجهيزية الغير قابلة للانفصال، بل تعدى ذلك إلى كل العيوب والتي تسبب الأضرار للعناصر التأسيسية للمباني والمنشآت الثابتة الأخرى.

وتجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي في القانون لسنة (1978) لم يضع مفهوما لعدم صلاحية العمل للغرض الذي شيد من أجله، لكن نلاحظ أن المعيار المتبع في تحديد توافر صفة الخطورة هو معيار شخصي ذلك أن غرض التشييد في البناء لا يمكن أن يتماثل في جميع أنواع المقاولات².

أما نطاق هذا العيب فإنه يستوي أن يكون موضع الضرر في عنصر تأسيسي أو تجهيزي، أو في المنشأ بأكمله، المهم أن يترتب عليه أن يصير المنشأ في مجموعته غير صالح للعمل الذي أنشئ من أجله، مما يدفع إلى جعل الحياة المعيشية فيه لا تطاق³. وعلى أي حال ترك المشرع الفرنسي لقضاة الموضوع سلطة تقديرية واسعة لتقدير ما إذا كان الخطر يجعل البناء غير صالح للغرض الذي أنشأ من أجله أم لا وذلك وفقا لكل قضية على حدى، فمن أمثلة ذلك قضى أنه إذا كان العيب ليس من شأنه المساس في متانة البناء وسلامته لا يمكن اعتباره أنه يجعل البناء غير صالح للغرض الذي أعد من أجله، فلا يدخل في نطاق المسؤولية الخاصة العيب نقص العزل الصوتي الذي لا يشكل سوى عيوب بسيطة والتي لا تصل إلى أن تجعل البناء غير صالح للغرض الذي شيد من أجله⁴.

إلا أنه اعتبر ضررا يجعل البناء غير صالح للغرض الذي أعد من أجله، عدم وجود فتحات للتهوية أو الضوء في المبنى المعد للسكن، وكذا وضع كابلات الكهرباء أو أسلاك الكهرباء بطريقة ينجم عنها الخطر وهي أضرار تجعل البناء غير صالح للغرض الذي شيد من أجله⁵.

¹ - زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 73

² - محمد خير شريف: مرجع سابق، ص 45.

³ - أحمد خديجي: مرجع سابق، ص 95

⁴ - محمد جبر شريف: المرجع السابق، ص ص 44-45

⁵ - محمد جبر شريف: المرجع نفسه، ص 46.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يأخذ بهذا الضرر الذي يصيب المبنى أو المنشأ الثابت، وحسنا لو التفت إلى هذا الضرر وجعلها من بين الأضرار التي تمس المبنى، وهذا لعدم خلو المنشآت العقارية اليوم منها وما أكثرها، وكذلك حسنا لو جعل لها مدة لضمائها ولو لسنة على الأقل، وهذا توسيعا لدائرة الأضرار التي تمس المباني.

كما أنه اقتصر فقط على العيب الذي يصيب الأرض ذاتها بما قضته المادة 554 من ق م ج، وحسنا لو التفت المشرع الجزائري ونص على باقي العيوب السالفة الذكر ليتسع نطاق العيوب التي تمس البناء والمنشأ الثابت.

المطلب الرابع: شرط المدة (الشروط الشكلية) للقيام الضمان العشري

إنّ للنطاق الزمني في الضمان العشري أهمية بالغة، ذلك أن الزمن هو الذي يميزها عن غيرها من المسؤوليات الأخرى في القواعد العامة، فالمسؤولية العشرية اتخذت هذا المسمى انطلاقا من المدة التي حددها القانون وهي عشر سنوات من التاريخ النهائي لتسليم الأشغال لذلك فقد أطلق عليه مصطلح الضمان العشري أو المسؤولية العشرية.

لذلك فقد حدد المشرع الجزائري مدة الضمان العشري الذي يطالب به رب العمل على المهندس المعماري أو المقاول أو كلاهما، وهي مدة 10 سنوات من يوم التسليم النهائي للعمل ووقوع التهدم الكلي أو الجزئي فقد نصت المادة 554 من ق م ج على أنه: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان وأقاماه من منشآت ثابتة أخرى¹".

فلا يكفي لرجوع رب العمل على مشيد البناء أو المهندس المعماري في المسؤولية العشرية على التهدم الكلي أو الجزئي أو وجود عيب يهدد سلامة البناء فقط، بل لابد أن تكون هذه الأضرار خلال المدة المعينة والمقدرة ب 10 سنوات.

¹ - المادة 554 ق م ج.

الفرع الأول: النظام القانوني لمدة الضمان العشري

لقد حدد المشرع الجزائري مدة الضمان العشري بعشر سنوات، وهو ما جاءت به نص المادة 554 بصريح العبارة، ومدة الضمان هي تلك المدة التي ارتأى المشرع ضرورة وجودها بغرض اختبار البناء وسلامته، أو خلوه من أية عيوب تؤدي إلى تدمره سواء كان كلياً أو جزئياً، أو تهدد متانة وسلامة أو تجعله غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله.

البند الأول: المقصود من مدة الضمان العشري

مدة الضمان العشري هي تلك المدة التي ارتأى المشرع الجزائري من خلال نصوص ق م ج على غرار مختلف التشريعات بتقديرها بمدة 10 سنوات، ولعل الغرض من ذلك هو اختبار متانة البناء وسلامته، أو خلوه من أية عيوب تؤدي إلى تدمره، وتهدد سلامة المبنى ومتانته وتجعله غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله.

فيظل المهندس المعماري والمقاول مسؤولين عما يحدث في البناء والمنشآت الثابتة الأخرى التي شيدها من تدمر كلي أو جزئي، أو العيب المعتد به قانوناً بحيث لا تنتهي مسؤوليتهما هذه إلا بعد انتهاء تلك المدة¹.

ف نجد أن مدة الضمان تؤدي وظائف أساسية وهي اختبار متانة البناء وصلابته، وحسن تنفيذ كافة الأعمال المتعلقة به، وصلاحيته للغرض الذي أنشئ من أجله-إلا أنّ المشرع الجزائري فقها وقضاء لم ينص على الغرض الذي أنشئت المباني والمنشآت الأخرى له-بل نص على ذلك المشرع الفرنسي.

فإذا وقع تدمر كلي أو جزئي، أو حصل عيب من العيوب الخفية والجسيمة والتي تشكل خطراً على المباني والمنشآت الثابتة الأخرى فإن كلا من المهندس المعماري والمشيد مسؤولان مسؤولية تضامنية بينهما نحو رب العمل في المدة المحددة ب 10 سنوات من التسليم النهائي للأشغال.

¹ - حميد لطيف الدليمي: المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، المرجع السابق، ص 130. ومدة 10 سنوات أجمع عليها جل التشريعات الوضعية من القانون الجزائري والمصري والفرنسي، باستثناء القانون الأردني الذي جعل مدة الضمان العشري يقدر ب 05 سنوات وأطلق عليه الضمان الخماسي.

وعليه فإن تقرير معظم التشريعات لمدة 10 سنوات للضمان العشري (فرنسي مصري جزائري فلسطيني) فهذه المدة تعتبر كافية لاختبار سلامة البناء ومثابته، فاكتفى بها مدة الضمان، فلو نقصت مثلا فلن تكون كافية لتقرير ما يحدث من تهمد وما يمسها من عيوب، أما لو أدت عن هذا الحد فهذا قد يسبب عبء على عاتق المقاول وهذا غير مرغوب فيه¹.

وباعتبار مدة الضمان العشري هو خروج عن القواعد العامة التي تقضي بانتهاء العقد بكافة آثاره بانتهاء عملية التسليم دون أبداء تحفظات، وهذا رعاية للمصالح العام والخاص، وذلك نظرا لخطورة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى من تهمد كلي أو جزئي وما تسببه من أضرار تمس بالاقتصاد الوطني ومساس بالأمن والسكينة العامة في المجتمع، ومن تهديد للأفراد في أموالهم وأنفسهم، لذلك كان لزاما على المشرعين الخروج عن القواعد العامة وخصّ هذا الضمان بالذات بالمدة المناسبة له والتي تجعله فعلا ضمانا فعّالا، يحقق الهدف المنشود في تحقيقه².

فإن كان فقهاء القانون حدّدوا مدة الضمان بمدة مقدرة بـ 10 سنوات فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يغفلوا عن هذه المسألة، حيث ذهبوا إلى حكم تحديد ضمان العيوب بمدة معينة والبراءة منها بقولهم:

ليس من المعقول ولا من المقبول شرعا تحقيقا للعدالة وتوازن المصالح بين عاقدَي المقاولَة تحمل المقاول تبعه ضمان العيوب المحتملة أو التي قد تقع في المستقبل لمدة طويلة أو مفتوحة، وإثما لا بد من تحديد مدة معينة لتوجيه المسؤولية له، ثم يصبح بريئا بعدها، وهذا ما عليه عرف المقاولات وواقع تنفيذ الأعمال³. وعليه اختلف الفقهاء في خبار المدة إلى رأيين وهما:

¹ - Amour Zahi: **le droit et la responsabilité en matière de construction**, revue algérienne des sciences juridiques, économiques, n3, 1987, p 602

² - انظر في هذا المعنى: زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 91

³ - محمد الصعوب: مرجع سابق. [www: http://www.mohamah.net.law](http://www.mohamah.net.law) تاريخ الاطلاع 2019/10/20

الرأي الأول: أن خيار العيب على الفور

فتجب المبادرة للفسخ وإلا سقط، ومرادهم من الفورية الزمن الذي يمكن فيه الفسخ بحسب العادة، فلو علمه عند العقد أو بعده ولم يفسخ فهو من ضمانه ولا يرجع بأرش العيب وهذا مذهب الشافعية والمالكية¹.

الرأي الثاني: أنه على التراخي

فلا يسقط بالتأخير ما لم يوجد منه-على المعتمد- ما يدل على الرضا، وهو مذهب الحنفية على المعتمد والحنابلة على الرواية المصححة من المذهب².

ولعل الراجع أنه لا مانع من تحديد مدة تشترط في العقد لا خيار بعدها، من تحديد مدة تشترط في العقد لا خيار بعدها وبخاصة على مذهب الحنابلة الموسعون في الشروط قال الإمام ابن تيمية: "الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل دليل على خلافه"³.

وهذا هو الأنسب للمعاملات اليوم مع الأخذ بالاعتبار ما يناسب العقار والمنقول واعتبار العرف⁴.

¹ - الشيرازي: المهذب، مرجع سابق، ج3، ص 22. الدسوقي: حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص 127.

² - ابن عابدين: رد المحتار، مرجع سابق، ص 164-165 ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج6، ص ص 41-43

³ - يقول ابن تيمية رحمه الله في هذه القاعدة - الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه" يقبل وقد قيل بأن الأصل فيها عدم الصحة، إلا ما دل الدليل على صحته والأول هو الصحيح فإن الكتاب والسنة قد دلا على الوفاء بالعقود والعهود، وذم الغدر والنكث، وكن إذا لم يكن الشرط مخالفا لكتاب الله وشروطه، فإذا كان المشروط مخالفا لكتاب الله وشرطه كان الشرط باطلا، وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم: " من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أولى". فإن قوله من اشترط شرطا أي مشروط وقوله ليس في كتاب الله: أي ليس للمشروط في كتاب الله، فليس هو مما أباحه الله-إلى أن قال- كتاب الله أحق وشرطه أولى" انظر شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني: مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية فقه البيع والصلح-، دار العبيكان للنشر، السعودية، دط، ، د ت ن، مع15، ج 29، ص ص 346-347

⁴ -عجيل النشمي: مرجع سابق، تاريخ الاطلاع 2019/10/18

وبالرجوع إلى قرارات مجمع الفقه الإسلامي فجدده قد نصت في إحدى قراراتها على: "يجوز اشتراط الضمان لفترة محددة"¹. ولهذا ذهب الدكتور محمد جبر الألفي إلى قوله: "لذلك فإن جمهور الفقهاء، لم يحددوا، لاستعمال خيار العيب مدة معينة، يسقط بمضيها، بل يظل هذا الخيار باقيا إلى أن يطرأ ما يسقطه أو يصدر من المشتري ما يدل على رضاه بالمبيع صراحة أو دلالة، لكن التطور المذهل في إنشاء مباني ضخمة وناطحات سحاب وغيرها، دعا السلطات المحلية والمنظمات الدولية إلى صياغة قواعد تشدد مسؤولية المقاولين والمهندسين لحماية أرواح وسلامة ملايين البشر في كل مكان، والغالب في هذه القواعد يحدد بمدة 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للعمل...، لذلك فقد طبق القضاء هذه القواعد بدقة وصرامة، ولاشك أن هذه القواعد تراعي المصالح العامة وتتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية التي تؤكد على حماية الأنفس ورعاية المال"².

وإن كان مجمع الفقه الإسلامي قد اشترط الضمان بفترة محددة، فإنه لم يحدد هذه الفترة بكم تقدر، إلا أنه استند ورجع على نصوص القانون المدني في مختلف التشريعات التي تقضي بأن مدة الضمان 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للأشغال، وهذا حفظا لمصالح العباد، ورعاية لمالهم، وكل هذا لا يتنافى ومقاصد الشريعة الإسلامية التي دعت إلى ذلك.

البند الثاني: الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري

والمقصود بالطبيعة القانونية في هذا الصدد لمدة الضمان العشري، هل تعتبر هذه المدة مدة تقادم تطبق عليها ما يسري على مدد التقادم من شروط وأحكام، أم أنها مدة سقوط فتخضع لأحكام وشروط ممدد السقوط³.

¹ - القرار 15 من قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورة 14.

² - محمد جبر الألفي: عقد المقاولة الإنشاء والتعمير (حقيقته-تكييفه-صوره) مرجع سابق، ص 26.

³ - تختلف مدد السقوط عن مددة التقادم في كون مدة السقوط تعد عنصرا من عناصر الحق ذاته ولامة لظهوره بشكل نهائي، أما مدد التقادم فلا تعتبر جزء من الحق بل يولد الحق قبلها ومبنية على قرينة الوفاء، أما الفرق الثاني فيكم في كون مدة السقوط للقاضي آثارها من تلقاء نفسه، أما مدة التقادم فلا بد من أن يثيرها الخصم ويتمسك بها، كما أن مدة السقوط تتميز بالقصر وعدم قابليتها للانقطاع أو الوقف أو التطويل أو التقصير لتعلقها بالنظام العام، عكس مدة التقادم التي تتميز بطول مدتها نسبيا وتقبل الانقطاع أو الوقف، مدة السقوط يترتب على انتهائها سقوط الحق نهائيا ولا يخلفه أي حق طبيعي على خلاف مدة التقادم التي لا تؤدي انتهاء مدتها إلى سقوط الحق بل يصبح حقا طبيعيا أنضر: د ص م: [https:// www.cooking-kings. Com](https://www.cooking-kings.com) تاريخ الاطلاع 2020/12/17.

لذلك فإن مدة الضمان المنصوص عليها في المادة 554 من ق م ج، هي مدة اختبار لمائة البناء وصلابته وسلامته، وليست مدة تقادم، لذلك فإنها لا توقف ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه، أو كان رب العمل غير كامل الأهلية، أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جنائية، ولم يكن له نائب يمثله قانونا، كذلك لا يرد عليها الانقطاع¹. لذلك فإن هذه المدة تعتبر مدة سقوط وليست مدة تقادم، لذلك فهي لا تخضع لما يخضع له التقادم من وقف وانقطاع وفقا لما جاءت به النصوص 316 إلى 320 من ق م ج².

لذلك فهي مدة لا تتوقف، ولو وجد مانع يتعذر به رب العمل في المطالبة بحقوقه.

أما بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي فإنه لم يكن يفصل بين مدة الضمان ومدة التقادم³، عكس ما انتهجه المشرع الجزائري فإن مدة الضمان هي 10 سنوات ومدة رفع دعوى قدرت ب 3 سنوات أي إجمال ذلك 13 سنة، أما المشرع الفرنسي فقد جعل مدة 10 سنوات بإدخال مدة التقادم في مدة الضمان فأصبحت المدة في مجملها ب 10 سنوات، لذلك فإن انقضاء العشر سنوات لا يمكن لرب العمل رفع دعوى الضمان العشري لكونها سقطت بالتقادم.

لذلك فإن جانب من الفقه الفرنسي يرى أن مدة الضمان العشري والمقررة ب 10 سنوات، يرد عليها الانقطاع في حالتين، تتعلق الأولى برفع رب العمل دعوى الموضوع على المهندس المعماري والمقاول، أما الحالة الثانية فتتمثل في إقرار المقاول أو المهندس المعماري بحق رب العمل في الضمان⁴.

¹ - محمد عزمى البكري: مرجع سابق، ص 128

² - راجع المواد 316-317-318-319-320 من ق م ج.

³ - اختلفت آراء فقهاء القانون الفرنسي في هذه المسألة إلى رأيين:

فذهب الرأي الأول إلى القول بأن مدة 10 سنوات المنصوص عليها في المادتين 1792 و 2270 هي مدة لاختبار متانة البناء وليس مدة تقادم، فهذه الأخيرة تسقط بمرور ثلاثين سنة طبقا للقواعد العامة.

وذهب رأي آخر إلى أن المادة 1792 الواردة في الباب المخصص لعقد إيجار عمل (مقاول) تحدد مدة الضمان لاختبار مدى صلابة البناء وسلامته، بدليل أن هذه المادة أوردها المشرع في الباب المخصص لعقد المقاول، أما المادة 2270 فقد وردت في باب التقادم، ونصت على تقادم دعوى الضمان بعشر سنوات تبدأ من يوم وقوع الضرر أو انكشاف العيب، بشرط أن يتحقق الضرر أو يظهر العيب خلال مدة الضمان، أي خلال عشر سنوات التالية لتاريخ التسليم أنظر: سميرة المير: مرجع سابق: ص 247 أشارت إليه كذلك زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 93

⁴ - Joël fossereau: le clair-obscur de la responsabilité des constructeurs, recueil Dalloz Sirey, , chronique III, 1977p 12

البند الثالث: بداية سريان مدة الضمان العشري والضمانات المستحدثة ونهايتها

لكل بداية نهاية، كذلك فإن للضمان العشري يوم بداية ويوم نهاية، وهو ذات الشيء بالنسبة للضمانات الأخرى التي جاء بها قانون الترقية العقارية 04/11 من ضمان حسن سير عناصر التجهيز، ضمان تمام الإنجاز وهو ما سنفصله في الآتي:

أولاً: بداية سريان مدة الضمان العشري ونهايتها

تبدأ مدة سريان مدة الضمان من يوم تسليم العمل لرب العمل تسليم نهائياً فقد نص على ذلك نص المادة 554 من ق م ج: حيث جاء في نص المادة في الفقرة 02 ما يلي: " وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائياً¹، ومن نص المادة 554 يمكن أن نقول أن التسليم النهائي يضع حدا للعلاقات التعاقدية بين المقاول أو المهندس المعماري أو كلاهما مع رب العمل، ويفتح مجال لتطبيق قواعد المسؤولية العشرية²، فمدة 10 سنوات هي المدة التي لا بد أن يقع فيها التهدم الكلي أو الجزئي أو وقوع عيب مؤثر حتى يتحقق الضمان وذلك من يوم التسليم النهائي للأشغال.

وحسن ما فعل المشرع بتحديدده وقت سريان الضمان، بالعبارة الصريح في نص الفقرة 02 من المادة 554 من ق م ج، وأخذاً بوحدة التسليم، وواضعا حداً لكل نزاع يمكن أن يشوب بين الأطراف المعنية بشأنها (المقاول ورب العمل أو المهندس المعماري ورب العمل، أو كلاهما مع رب العمل) فتحديد المدة وضع حلاً لكل من الأطراف المعنية، ويقع عبء إثبات حصول التهدم، أو العيب المؤثر في البناء أو المنشأ الثابت، خلال مدة الضمان العشري على عاتق المدعي بالضمان³.

أما بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي، فإننا نجد أن المشرع الفرنسي أخذ في نص المادة 2270 من ق م ف بالتسليم دون أن يفرق في ذلك بين التسليم المؤقت والنهائي للأشغال⁴، ورغم كل الآراء

¹ - اف 2 من المادة 554 ق م ج

² - إبراهيم يوسف: المسؤولية العشرية للمهندس والمقاول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، عدد 03، 1995، ص 282

³ - سمير عبد السميع الاودن: مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، ط1، 2004، ص 142.

⁴ - راجع زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 108

التي جاءت بهذا الصدد فهناك من ذهب إلى احتساب بداية الضمان من التسليم المؤقت وهناك من قال من يوم التسليم النهائي، إلا أنه سرعان ما عدل المشرع الفرنسي عن هذه الازدواجية بإصداره لقانون (1978) وبنص المادة 2270 مدني عن النحو السابق¹، أخذنا بنظام التسليم الواحد، لتبدأ السنوات العشر في السريان من تاريخ التسليم النهائي شرط عدم احتساب اليوم الذي تم فيه قبول العمل من ضمن هذه المدة كما يراه القضاء الفرنسي².

إذا فالمشرع جعل مدة سريان الضمان يبدأ من التسليم النهائي للأعمال، وهو ما كرسته المادة 178 من الأمر 95-07 والمتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم والتي نصت على أنه يجب على صاحب المشروع رب العمل أن يبادر إلى تسلم العمل في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، وإذا امتنع عن التسلم دون سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر العمل قد سلم إليه ويتحمل كل ما ترتب عن ذلك من آثار³. "إلا أنه لم يتطرق لتعريف التسليم في القانون المدني الجزائري. بل اكتفى بذكره في باب التزامات رب العمل، وهذا التسلم يعدّ ركن من أركان عقد المقاولة وهذا طبقاً لنص المادة 558 من القانون المدني الجزائري.

لما كان كل من المهندس المعماري والمقاول وغيرهما من المشيدين، هم المستفيدون عادة من انقضاء الضمان العشري، حيث يترتب على هذا الانقضاء عدم استطاعة رب العمل ملاحقتهم بدعوى الضمان، ومطالبتهم بالتنفيذ العيني والتعويض بالمقابل، لذلك كان عليهم إثبات انقضاء مدة الضمان

¹ - Art 2270 du loi n 78-12 du 4 janv 1978 : " toute personne physique ou moral dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1794 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties 1792à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux ..."

² - اختلفت الآراء في الأخذ بازدواجية التسليم الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث اختلف الفقهاء في كيفية احتساب مدة الضمان هل تكون ابتداء من التسليم المؤقت أو التسليم النهائي إلى رأيين:

الرأي الأول: أخذ أنصار هذا الرأي بالتسليم المؤقت وحجتهم في ذلك أن مادامت هذه المدة مدة اختبار لمائة البناء وسلامته فالأصل أنها تبدأ من يوم المعاينة للبناء.

الرأي الثاني: وردا عن الرأي الأول أخذ بالتسليم النهائي للأشغال يرى بأن التسليم المؤقت ليس إلا مرحلة تمهيدية، وأنه لا يمكن الاعتماد بحيازة البناء حقيقة إلا من وقت التسليم النهائي للأعمال.

وبالرجوع إلى نص المادة 314 من ق م ج: " تحتسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها". مسعودة مروش: مرجع سابق، ص 260

³ - المادة 178 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم. مرجع سابق.

العشري استنادا إلى هذا الاعتبار، ولا يختص قاضي الموضوع بإثارة انقضاء مدة الضمان من تلقاء نفسه نيابة عنهم بل لابد من التمسك من قبلهم بهذا الانقضاء¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 314 من ق م ج فقد نصت على: " تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها"².

ثانيا: بداية مدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز ونهايتها

بالرجوع إلى نص المادة 26 والمادة 44 من القانون 04/11 فإن المشرع الجزائري قد حدد مدة ضمان سير عناصر التجهيز بسنة واحدة من تاريخ تسلم الأعمال.

أما القانون الفرنسي فإنه بحسب نص المادة 1792-3 والمضافة إليه بالقانون رقم 12-78 لسنة 1978 بقولها: " عناصر التجهيز الأخرى للبناء تكون محلا لضمان حسن أدائها لوظائفها، لمدة حددها الأدنى سنتان تحسب من تسلم الأعمال"³. فإن وجد اتفاق يقضي بمد هذه المدة إلى أكثر من عامين، فيجب إعمال الاتفاق وإذا سكت العاقدان عن تحديد المدة، فإن المدة تكون سنتان⁴.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي قد نص على أن مدة الضمان لا تقل عن سنتين وبمفهوم المخالفة فإنه يجوز أن يمتد مدة الضمان إلى ثلاث سنوات مثلا أو أكثر.

لكن الملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يفرق هو كذلك بين مدة دعوى ضمان الأداء عن مدة ضمان الأداء.

وعليه فإن ضمان حسن سير عناصر التجهيز هو في الأصل التزام قانوني على عاتق المرفي العقاري، كما يلزمه القانون تطبيقا لهذا الالتزام، بإصلاح كل خلل يحدث في العقار المشيد، بشرط أن يشار إلى ذلك في محضر التسليم، أو أن يبلغ به مقتني العقار المرفي العقاري، ويعد هذا الضمان من

¹ - زهرة بن عبد القادر: مرجع سابق، ص 113

² - المادة 314 من ق م ج.

³ - Art 1792-3 (loi 12 -78 du 04 janv. 1978) : les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage "

⁴ - شعبان عياشي: مرجع سابق، ص 231

الفصل الثاني: (النطاق الموضوعي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال)

النظام العام، ذو طابع إلزامي بحيث لا يجوز الاتفاق على تخفيف أحكامه، سواء باستبعاده أو بمحضر التضامن فيه¹، وإلى هذا ذهب نص المادة 45 من القانون 04/11 فقد جاء نصها: "دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات، والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بمحضر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري"².

فقبل صدور المرسوم التشريعي 03/93 الملغى، كان هناك ضمانا ماثلا لضمان حسن الإنجاز من الناحية العملية كل مستعملا في عقود مقاولات البناء، حيث كان يتم الاتفاق بين رب العمل والمقاول على اقتطاع نسبة 5% من ثمن المشروع على سبيل الضمان، بحيث تبقى المبالغ مخصصة في بد رب العمل مدة سنة كاملة من تاريخ التسلم تحسبا لظهور أي خلل في البناء، وقد تم تقنين هذا العرف المهني فيما بعد بموجب المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 وقد عدل قانون الصفقات العمومية بالمرسوم الرئاسي رقم 247/15³.

فمن خلال هذا النص فإنه علاقة بنص المادة 556 من القانون المدني الجزائري فاعتبر ضمان حسن سير عناصر التجهيز من النظام العام وهذا راجع لعدم جواز الإعفاء أو الحد من هذا الضمان بصريح العبارة لا تدعو للشك.

وهو نفس القرار الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي إلى اعتبار مدة ضمان الأداء من النظام العام وهو ما دعمته الفقرة 05 من المادة 1792 ق م ف بنصها: "كل شرط ينص عليه في العقد ويكون موضوعه استبعاد الضمان المنصوص عليه في المادة 1792، 1-1792 و 2-1792 أو استبعاد نطاق الضمان والمنصوص عليها في المواد 3/1792 و 6-1792 أو الحد من التضامن المنصوص عليه

¹ - سميرة المير: مرجع سابق، ص 306

² - المادة 45 من القانون 04/11 المتعلق بالترقية العقارية مرجع سابق.

³ - المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ج ر، عدد 57، سنة 1991.

في المادة 1792 -4 يعتبر مستبعدا وكأنه لم يكن¹.

ثالثا: بداية سريان مدة ضمان تمام الإنجاز ونهايتها

وفقا لنص الفقرة 03 من المادة 26 من قانون الترقية العقارية 04/11 فمنه قد بينت أن مدة ضمان تمام الإنجاز بسنة واحدة من تاريخ تسلم الأعمال.

وما يمكن ملاحظته من خلال المادة 03/26 من القانون 04/11 أن مدة الضمان هي نفسها مدة الدعوى على عكس المسؤولية العشرية التي يمنح بموجبها المشرع ثلاث سنوات لرفع الدعوى، فلم يحدد ميعاد رفع الدعوى حالة عدم القيام بالإصلاحات اللازمة، ما يفهم منه أن مدة الضمان هي سنة يجب أن ترفع الدعوى خلالها، غير أن الإشكال الذي يثور هو فيما يخص العيوب التي تكتشف في آخر يوم من الضمان، وبالتالي فوات فرصة رفع الدعوى على أساس انتهاء مدة السنة².

كما أنه لما كان ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل، يشمل اصلاح كل خلل بغض النظر عن درجة خطورته يمكن القول بأن المشرع أعطى لرب لعمل في عقد المقاولة وللمشتري في عقد البناء على التضاميم خلال السنة التالية لتسليم الأعمال، وحق الاختيار في رجوعه على المقاول أو البائع، إما عن طريق الضمان العشري، وإما عن طريق ضمان حسن الأداء وأخيرا عن طريق ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل حتى بالنسبة للأضرار التي يغطيها كل من الضمان العشري، وضمنان حسن الأداء ذلك أن كلا منهما يبدأ في السريان من وقت التسليم، مما يجعلها تتعاصر زمنيا في السنة الأولى اللاحقة على التسلم³.

ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري قد حدد مدة 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للأشغال لإعمال أحكام الضمان العشري، للحفاظ على متانة المباني وسلامتها، ولعل الدافع في ذلك هو حماية هذه المباني من كل الأضرار التي تصيبها وتهدد سلامتها بحيث تصبح غير صالحة للغرض الذي أنشأت

¹ - Art 1792-5 (loi l2 -78 du 04 janv 1978); " tout clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité aux articles 1792,1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée. Soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite".

² - سميرة المير: مرجع سابق، ص 308

³ - شعبان عياشي: مرجع سابق، ص 234

من أجله. وهو ما جعل المشرع يوسع من الضمانات المفروضة على المقاول والمهندس المعماري والمرقي العقاري - ضمان حسن تسيير عناصر التجهيز، و ضمان تمام الإنجاز.

البند الرابع: تقادم دعوى الضمان العشري وأسباب انتفاء المسؤولية العشرية

لقد حدد المشرع الجزائري مدة الضمان العشري بمدة 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للأشغال، كما نصّ على مدة لرفع دعوى الضمان والمقررة ب 3 سنوات من تاريخ انكشاف العيب أو وجود ما يهدد سلامة المبنى وامتانته، وعليه فالأصل أن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري قائمة اتجاه رب العمل خلال هذه المدة، لكن قد توجد أسباب تنتفي بها هذه المسؤولية وهو ما سنبنه في الآتي:

أولاً: تقادم دعوى الضمان العشري

نصت المادة 557 من ق م ج على ما يلي: " تقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بانقضاء ثلاث (03) سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب¹". من هذه المادة نستنتج أنه لصاحب المشروع-رب العمل-أو المستفيدين من الضمان العشري من بعده مدة ثلاث سنوات لحق رفع دعوى الضمان العشري تبدأ من تاريخ اكتشاف العيب الذي أصاب البناء أو المنشأ الثابت أو حصول تدمر كلي أو جزئي فيه.

كما نصّ المشرع الجزائري صراحة أن مدة سقوط دعوى الضمان بالتقادم بمرور ثلاث سنوات من يوم حصول التهدم الكلي أو الجزئي والذي يصيب المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وهذه هي الحالة الأولى، أو من تاريخ اكتشاف العيب الذي يهدد سلامة المبنى وامتانته وهذه هي الحالة الثانية.

والملاحظ أنه إذا انكشف العيب أو حصل التهدم بعد خمس سنوات مثلاً من وقت تسلمه البناء، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان، أي إلى انقضاء ثماني سنوات من وقت تسلم البناء، وإذا انكشف العيب آخر السنة العاشرة من وقت تسلم البناء، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان².

¹ - المادة 557 من ق م ج.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-العقود الواردة على العمل-مرجع سابق ، ج7، ص130.

وكذلك أنه إذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع دعوى الضمان، فإن هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم. ولا يمكن رفعها.

حسنا فعل المشرع الجزائري والذي ميّز بين مدة الضمان العشري وفقا للفقرة 02 من المادة 554 من ق م ج، ومدة تقادم دعوى الضمان في نص المادة 557 من ق م ج، لكن هناك من ي يرى أنه كان من الأجدر على المشرع الجزائري لو سوى بين مدة الضمان العشري ومدة رفع دعوى الضمان العشري وهذا لما جاءت به أحكام القانون الفرنسي والقانون الجزائري سابقا¹.

ومنه يمكننا القول أن مدة الضمان العشري تؤدي وظيفتان:

الوظيفة الأولى: هي مدة اختبار متانة البناء والمنشآت الثابتة الأخرى وسلامتها من التهدم الكلي أو الجزئي وعن جودة تنفيذ الأعمال وصلاحياتها للغرض الذي شيدت من أجله فهي إذن مدة سقوط وليست مدة تقادم، ويقصد من ذلك بأنها مدة سقوط ينبغي أن يحدث خلالها الضرر حتى يشملها الضمان، وليست مدة تقادم بمعنى أنها إذا انقضت هذه المدة بدون حصول تهدم كلي أو جزئي فيؤدي ذلك إلى براءة ذمة المقاول والمهندس المعماري.

الوظيفة الثانية: التي تؤديها تحديد مدة لرفع الضمان، إذ أن دعوى الضمن يجب رفعها خلال مدة 10 سنوات من تاريخ تسلم العمل، والتي من المتوقع أن تظهر فيها عيوب البناء أو يحدث تهدم جزئي أو كلي².

ثانيا: حالات انتفاء المسؤولية العشرية

الأصل أن المسؤولية العشرية هي مسؤولية مفترضة على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء وكل المشيدين اتجاه رب العمل متى تحقق سبب الضمان، ولكن خروجاً عن القواعد العامة فإن وجد سبب خارج عن نطاقهم فإنهم يعفون عن هذه المسؤولية، وذلك متى وجد سبب لانتفاء المسؤولية كالقوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير، وعليه واستناداً إلى نص المادة 554 من ق م ج واعمالاً للقواعد العامة فإن المسؤولية المقدرة لرب العمل يمكن دفعاً إذا استطاع المقاول والمهندس

¹ -Amour Zahi ; Op Cit ; p 601

² - حميد لطفي الدليمي: المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص ص 142-143

المعماري أن يهدم قرينتها إذا قدم الدليل على أن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء والمنشآت الثابتة الأخرى، وكذا حصول العيب الذي يهدد سلامة البناء ومثانته إنما يرجع إلى أسباب أجنبية لا دخل لهما فيها، وهو ما سنبينه كالاتي:

1- القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ من الأسباب الأجنبية لقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فهي سبب من أسباب انتفاء الضمان فإن أدت هذه الأخيرة إلى تهدم البناء أو تعييبه تعيبا جسيما بحيث تهدد مثانته وسلامته، فإنها تعفي المهندس المعماري والمقاول من الضمان. وهو ما سنبينه في الآتي:

أ- التعريف التشريعي للقوة القاهرة

أ-1 القوة القاهرة في ق م ج

لم يعرف المشرع الجزائري القوة القاهرة التي تصيب البناء أو المنشأ الثابت ولا الحادث المفاجئ في نصوص ق م ج، واكتفى بالنص على القوة القاهرة في نص المادة 127 باعتباره ظرف من الظروف الطارئة وهو سبب عفي من المسؤولية بقوله: " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة... كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"¹.

وأشار المشرع الجزائري من خلال المادة 307 من القانون المدني والتي جاء نصها: " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته"².

وعليه فإن أثبت المدين أن وفائه بالالتزام الذي على عاتقه راجع إلى سبب أجنبي خارج عن إرادته فإن المسؤولية تنتفي عنه.

¹ - المادة 127 ق م ج.

² - المادة 307 من ق م ج.

أ-2 تعريف القوة القاهرة في النصوص الخاصة الجزائية

أما بالرجوع للنصوص الخاصة فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف القوة القاهرة.

أ-3 تعريف القوة القاهرة في التشريع الفرنسي

بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه وفقا للمادة 1218 من القانون المدني الفرنسي، التي أنشأها إصلاح قانون العقود لعام 2016 نجده قد عرفها على النحو التالي: "هناك قوة القاهرة في المسائل التعاقدية حيث ما إذا كان هناك حدث خارج عن سيطرة المدين، وهو ما لا يمكن التنبؤ به بشكل معقول وقت العقد ولا يمكن تفادي آثاره بتدابير مناسبة، بمنع المدين من الوفاء بالتزامه"¹.

وعليه فإن المشرع الفرنسي وصف القوة القاهرة باحتماع ثلاثة عناصر هي: عدم القدرة على التنبؤ، وعدم القدرة على المقاومة، والعوامل الخارجية.

ومن خلال التعريف السابق يتضح أن القوة القاهرة هي التي تكون خارجة عن نطاق كل من المهندس المعماري والمقاول، فيما أصاب المباني والمنشآت الثابتة من التهدم أو عيب من العيوب التي تهدد سلامة ومتانة المبنى.

ب-التعريف الفقهي للقوة القاهرة

عرّفت القوة القاهرة عند الفقهاء بتعريفات عدة سواء عند فقهاء القانون أو عند فقهاء الشريعة الإسلامي وهو ما سنبينه في الآتي:

ب-1 عند فقهاء القانون

وعرف فقهاء القانون القوة القاهرة بأنها: " الحادث غير المتوقع ولا يد للشخص فيه، ولا يستطيع

¹ -ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF N 0035 du 11 février 2016 texte n 26.

Art. 1218."Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

« Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1..".

دفعه ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً¹. وتعتبر القوة القاهرة أمراً مرادفاً للحادث المفاجئ فكلاهما شيء واحد بعدما كان ينظر للأول على أنه الحادث الذي لا يمكن دفعه، وإلى الثاني أنه الحادث الذي لا يمكن توقعه، وذلك بتوفر شروط وهي إمكانية التوقع، واستحالة الدفع، وهذا ما يسمى بالقوة القاهرة².

ب-2 عند فقهاء الشريعة الإسلامية

أما الفقه الإسلامي فقد تناول الفقهاء السبب الأجنبي في مختلف العقود كالرهن والبيع والإجارة ونحوها وقد تناولها الفقهاء بصور مختلفة وليس تحت مسمى واحد، لذلك فقد تكلموا عن الآفات السماوية وعن الجوائح وكذا عن خطأ الدائن وخطأ الغير³.

وعليه فإن اعترت الأجير المشترك ظروف لا دخل لإرادته فيها ولا يمكنه تفاديها، ومن شأنها استحالة تنفيذ التزاماته، فيعفى من تنفيذ الالتزام أو التأجير فيه، وهو ما يعرف في الفقه الغربي باصطلاح "القوة القاهرة" وهو ما عرف في الفقه الإسلامي بـ "نظرية الجوائح"⁴ وهي خاصة بالكوارث التي تحل بالثمار أصلاً ولكن عممت على العقود⁵.

كما استعمل فقهاء الشريعة مصطلح "الآفة السماوية" للدلالة على النازلة أو الجائحة أو الأمر الغير متوقع حصوله، والذي لا يمكن دفعها كالأمتار الغزيرة والزلازل والصاعق، وهي مرادفة للقوة القاهرة⁶.

¹ - عادل عبد العزيز سمارة: مرجع سابق، ص 87.

² - محجوب بن عامر: مرجع سابق، ص 88.

³ - عبد السلام أحمد بني حمد: تحمل تبعه الهلاك قبل التسليم في عقد المقاولة في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي -

دراسة مقارنة - مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، عدد 43، 2016، ص 10

⁴ - اسند فقهاء الفقه الإسلامي هذه النظرية لما يصيب الثمار، وعرفها أبو الحسن المالكي والنفراوي بأنها: "هي ما لا يستطيع دفعه كالبرد والريح والحشيش" كما عرفها ابن عرفة بأنها: "ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر أو نبات بعد بيعه" انظر عبد الله الصيفي:

الجوائح عند المالكية، مجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، الجامعة الأردنية، مج 03، عدد 02، 2007/1428، ص 03

⁵ - توفيق الطيب: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي والتطبيقات المعاصرة، انظر الموقع الإلكتروني التالي:

www.theegonline.com تاريخ الاطلاع 2018/02/17

⁶ - عبد السلام أحمد بني حمد: مرجع سابق، ص 10.

وبما أن القوة القاهرة تعني كذلك الجائحة فالجائحة في اصطلاح الفقه الإسلامي: "هي كل آفة لا صنع للإنسان فيها كالريح والبرد والجراد والجفاف ونحو ذلك من الآفات القاهرة، وهذا يفسر الترادف الملحوظ في استخدام وتعبير الجائحة بتعبير الآفة السماوية عند أغلب الفقهاء المسلمين¹".

لذلك فالتعريفين الفقهيين القانوني الشرعي متقاربان إلى حد بعيد وذلك لكون القوة القاهرة خارجة عن إرادة كل أطراف المسؤولية العشرية.

ت- شروط القوة القاهرة المعفية للضمان العشري

لإعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان العشري كان لزاماً أن يتوافر في القوة القاهرة التي تنتفي بها مسؤوليتهما شرطان أساسيان وهما عدم إمكانية التوقع وعدم إمكانية الدفع وهو ما جاء به المشرع الجزائري، إضافة إلى شرط ثالث انفرد به المشرع الفرنسي وهو شرط الخارجية على نحو التفصيل الآتي:

ت-1 عدم إمكانية التوقع:

ويقصد بذلك الحوادث التي لا يستطيع توقع حدوثها، حتى من أشد الناس حيطة، ومثال ذلك الزلازل والبراكين من قبل القوة القاهرة².

بيد أن التوقع وعدمه يقاس بمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي في ظل الظروف الخارجية، لذلك فيجب أن لا يكون في الوسع توقعه عادة، بحيث يكون عدم إمكانية التوقع مطلقاً بالنسبة لجميع الناس، لا نسبياً بالنسبة للبعض دون البعض الآخر³. ومنه يمكننا القول أن القوة القاهرة لا تنتفي بها المسؤولية العشرية إلا إذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول بعدم التوقع، وكذا الأطراف الأخرى المتدخلة في عملية البناء، أما إذا كان متوقع عند أحد الأطراف السالفة الذكر، فإنه لا يعتبر ظرفاً قاهراً لتوقع الحدث.

¹ - محمد عبد الصاحب الكعبي: المسؤولية عن أضرار الكوارث الطبيعية (دراسة مقارنة)، دار التعليم الجامعي، العراق، د ط، 2019، ص 31.

² - أحمد بشارة موسى وحاج بن علي: مسؤولية المهندس والمقاول عن تدهم المنشآت والمباني طبقاً للتشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، عدد 01، 2016، ص 162.

³ - عيسى صدقي: التعويض عن الضرر ومدى انتقاله إلى الورثة -دراسة مقارنة-، المركز القومي للإصدارات القانونية، العراق، ط 1، 2014، ص 101.

أما الفيضانات فبالتطور التكنولوجي والثروة الرقمية والشبكة المعلوماتية اليوم يمكن أن تعلن عن وجود فيضانات قادمة وذلك في وسائل الإعلام بشتى أنواعها البصرية أو المقروءة.

ت-2 عدم إمكانية الدفع:

لا يشترط لانتفاء مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عدم التوقع فقط، بل لابد من إمكانية عدم الدفع، فإن كان من المحتمل الدفع سقط ما يسمى بالقوة القاهرة، فإذا كان بمقدور مقاول البناء أو المهندس المعماري، أثناء تنفيذ المشروع دفع هذا الضرر، فلا يجوز له التمسك بالقوة القاهرة لدفع المسؤولية عن نفسه. وهذا إعمالاً بالقاعدة الفقهية: "الضرر يدفع بقدر الإمكان"¹.

فلا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الصعوبات التي تواجه المقاول أثناء تنفيذ العقد، مهما كانت هذه الصعوبات جسيمة ومعقدة مادام في استطاعة المقاول تنفيذ التزاماته ولو بنفقات باهظة².

وحتى يستطيع مقاول البناء أو المهندس أن يدفع المسؤولية العشرية بالقوة القاهرة فيشترط أن يكون الضرر الذي أصاب البناء أو المنشأ الثابت سببه الوحيد هي القوة القاهرة، وهذا يعني انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ المفترض للمقاول والضرر وتسقط قرينة المسؤولية تلقائياً³.

ت-3 شرط الخارجية

وأضاف الفقه الفرنسي شرط آخر وهو شرط الخارجية، وهو كون هذا الحادث خارجي.

أي أن لا يكون المقاول هو المحدث للضرر، ولا شأن له في الواقعة، أي لا يكون هذا الحدث من صنعه ولا تنسب إليه⁴.

¹ - يقول مصطفى أحمد الزرقا في شرح هذه القاعدة أنه: " فإن أمكن دفعه بالكلية فيها، وإلا فبقدر ما يمكن، فإن كان مما يقابل بعوض جبر به، أما إذا لم يمكن دفعه بالكلية، ولا جبره فإنه يترك على حاله: راجع مصطفى أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج1، ص 207

² - سامح عبد الله عبد الرحمان محمد: سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة-دراسة مقارنة-مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2016، ص 516

³ - أحمد عمرو واصف الشريف: نطاق المسؤولية الخاصة لمقاول البناء من حيث الالتزامات، www.flaw.bu.edu.eg، تاريخ الاطلاع 2018/01/16.

⁴ - محمد عبد الصاحب الكعبي: مرجع سابق، ص 103

فإن تسبب المقاول بوقوع الحادث أو ساعد على وقوعه، فلا يعد الحادث قوة قاهرة حتى ولو توافر الشرطان السابقان، ومن ثم لا يعفى من المسؤولية، وكذلك إذا كان الحادث داخليا بالنسبة للشيء، فلا يعد من قبيل القوة القاهرة ومن ثم لا يعفى من المسؤولية العشرية¹.

وليس المقصود بالخارجية هنا ألا ينسب الحادث الذي ينتج الضرر بسبب قوة قاهرة إلى نشاط المشيد، بل المقصود هو الخارجية المادية أي خارجية الحادث عن ذاتية الشيء الذي يقع عليه العمل، كذلك فالأصل أن عيوب الأرض التي يقام عليها البناء لا تعتبر حدثا مكونا قوة قاهرة، حيث نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 554 من ق م ج والمقابلة لنص المادة 651 ق م م، والمادة 1792 من ق م ف، حيث نص صراحة على أن المشيد ملتزم بالضمان العشري، حيث ولو كان سبب التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها². وعليه لا يمكن اعتبار عيوب الأرض التي يقام عليها البناء قوة قاهرة، لأن مثل هذه العيوب لا يمكن اعتبارها خارجية عن مادة العمل، أو عن ذاتية الشيء الذي يتحقق في شأنه الضمان، ففحص الأرض المراد البناء عليها ومعاينتها، وكشف عيوبها قبل الشروع في البناء عليها، يعتبر من صميم الواجبات الملقاة على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء، والتي يفرضها عقد المقاولة، ولا يعفى من مهمة القيام بها إلا بشرط صريح في العقد، فضلا عن إمكانية تجنب هذه العيوب بمعالجتها وتفادي مخاطرها المحتملة على متانة البناء وسلامته، وذلك باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتقوية الأساس، وعليه لا تتوافر في عيوب الأرض الشروط الواجب توافرها فيما يعتبر قوة قاهرة أو حادثا مفاجئا³.

ومنه نستنتج أنه تنتفي مسؤولية المهندس المعماري والمقاول اتجاه رب العمل إذا كان الحادث الذي أدى إلى تهدم البناء أو المنشآت الأخرى أجنبينا عنهما، وكان غير متوقع الحدوث، وكذا كونه مما يستحيل دفعه.

ويقع عبء الإثبات على المهندس المعماري والمقاول، فإذا أثبتنا ذلك تنتفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب البناء وصاحب البناء⁴. ولقد استقر القضاء الجزائري على هذا الاتجاه، بحيث

¹ - منديات ستار تايمز: القوة القاهرة، www.startimes.com، تاريخ الاطلاع 2019/11/05

² - سميرة المير: مرجع سابق، ص 260

³ - نسيم شيخ: مرجع سابق، ص 234

⁴ - عبد الله سعيد محمد الحربي: الإشكالات العملية للضمان العشري في عقد المقاولات -دراسة تحليلية-رسالة ماجستير، كلية

القانون، جامعة الإمارات العربية، 2018، ص 30

قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 25 ماي 1988 بما يلي: " من المقرر قانوناً، أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر¹ ".
ومنه يمكننا القول أن المشرع الجزائري قصر شروط قيام القوة القاهرة في عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع، أما شرط الخارجية فلم يتطرق إليه وحسنا لو التفت المشرع الجزائري ونص عنه بنص صريح يقضي بذلك، وهذا مسأيرة للتطور الرهيب في مجال البناء.

2- خطأ صاحب العمل

تقضي القاعدة العامة أنه إذا تدخل رب العمل بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة منه، وأخطأ في العمل، فإنه يسأل وحده عن التهدم، أو الخلل الناتج، كأن يحوي تعديلات معينة على كيفية توزيع الأماكن في داخل العقار فيرتب كلها حدوث خلل².

يعتبر خطأ صاحب العمل من الأسباب المؤدية إلى انتفاء مسائلة المقاول والمهندس المعماري عن الضمان العشري، وذلك عما يصيب المباني أو المنشآت الأخرى من تهم كلي أو جزئي، أو ما يظهر من عيوب تهدد سلامة البناء وماتنته، ولانتفاء هذه المسؤولية لا بد أن يصدر هذا الخطأ عن صاحب العمل وحده ويسبب له ضرر ولا دخل للمهندس والمقاول في هذا الضرر.

ولابد أن يكون خطأ صاحب العمل قبل إتمام البناء وتسلمه، وفي أثناء تنفيذ العمل، أما إذا حدثت بعد إتمام العمل وتسلمها مقبولة، كأن يجري تعديلات معينة، وتؤدي إلى حدوث خلل فإن صاحب العمل، يسأل وحده عن التهدم أو الخلل الحاصل داخل البناء³.

¹ - قرار بتاريخ 1988/05/25، صادر عن الغرفة المدنية، ملف رقم 53010، المجلة القضائي للمحكمة العليا، ع 2، سنة 1991 حيث جاء هذا القرار كما يلي: من المقرر قانوناً أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له كقوة القاهرة، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالإساءة في تطبيق القانون غير وحيه

لما كان الثابت- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بإسنادهم جزء من مسؤولية الفيضان إلى الشركة الطاعنة بنسبة الثلثين، لكونها قامت بفتح ثغرة، ولم تسدّها بعد انتهاء الأشغال هذا من جهة، ومن جهة ثانية يأخذ قضاة الموضوع ظرف القوة القاهرة ومشاركتها في وقوع الضرر بنسبة الثلث الباقي بعين الاعتبار يكونون بقضائهم كما فعلوا قد طبّقوا القانون التطبيق السليم، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".

² - محمد ناجي ياقوت: مرجع سابق، ص 232.

³ - عادل عبد العزيز السمارة: مرجع سابق، ص 91.

أما إذا ثبت الخطأ في جانب المقاول أو المهندس المعماري، فإن مسؤوليتهما لا ترتفع كلية بسبب خطأ صاحب العمل، وإنما يعد الضرر راجع إلى خطأ مشترك وتوزع المسؤولية فيما بينهما¹.
لكن إذا ساهم رب العمل بخطئه في جزء من الأضرار اللاحقة في البناء، فهل لهذا الخطأ المرتكب من قبله تأثير عن المسؤولية العشرية لكل من المهندس المعماري والمقاول؟ وهو ما سنجيب عنه بالتفصيل بين حالتين كما يلي:

أ- الحالة الأولى خطأ رب العمل غير الخبير في شؤون البناء

إن تدخل رب العمل الذي لا خبرة له في ميدان البناء، وأمره بإجراء تعديلات في البناء من شأنها أن تؤدي إلى تهديد سلامة البناء ومتانته، فإن التدخل في هذه الحالة يكون دون نتيجة، لأن في هذه الحالة يكون المهندس المعماري مطالب بعدم الخضوع لأوامره وتعليماته باعتباره محترفا في هذا المجال².
ومثال ذلك فإن تدخل رب العمل في إقامة المنشآت المعيبة، سواء بفرض مواصفات معيبة، أو بتقديم مواد معيبة، أو بالموافقة على تصميم معيب، فإنه لا يعفى المهندس المعماري والمقاول من المسؤولية، لأنه كان من الواجب عليهما تنبيه رب العمل إلى عدم كفاية المواصفات أو إلى عيوب المواد، فإن كانا قد أهملتا في ذلك فإن رب العمل لا يعفيهما من المسؤولية. وإذا كان قد نبها رب العمل إلى النقص الموجود في المواد والمواصفات من عيوب، ولكنه أصر على العمل في ذلك، فإنه من الواجب عليهما رفض التنفيذ³.

ب- الحالة الثانية صاحب العمل الخبير في فن البناء

يعتد دائما بخطأ رب العمل إذا كان خبيرا في فن البناء ويترتب على خطأه تهم البناء أو ظهور عيب فيه، وذلك إما للحكم بتقسيم المسؤولية بينه وبين كل من المهندس المعماري والمقاول أو الحكم بإعفاء المقاول أو المهندس المعماري كلية من هذه المسؤولية، خاصة إذا كان رب العمل مشهودا بتخصصه الفني في مجال البناء وقام المهندس أو المقاول بتنبيهه إلى خطئه⁴.

¹ - محمد ناجي ياقوت: مرجع سابق، ص 232 أنظر كذلك محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص 137.

² - انظر في هذا المعنى: كهينة بطوش: مرجع سابق، ص 154

³ - لبيب شنب: مرجع سابق، ص 227

⁴ - سميرة المير: مرجع سابق، ص 262

كما أنه لا يسأل المهندس المعماري ومقاول البناء، في حالة ما إذا كان رب العمل يفوق خبرتهما، لأن إزعان الآخرين في مثل هذه الحالة لتعليمات رب العمل لا يعتبر خطأ منهما، وبالتالي فإن الضرر يعتبر راجعاً إلى خطأ رب العمل وحده فترتفع مسؤولية كلا من المهندس المعماري والمقاول¹.

ولعل هذه الحالات ذهبت إليهما القضاء الفرنسي إلا أنه بالرجوع إلى التشريع الجزائري فإنه لم يفرق بين حالة تدخل رب العمل الخبير في فن البناء أو الغير خبير في هذا الميدان بخطئه في تنفيذ أعمال البناء التي قد يترتب عنها افلات الممارين من المسؤولية، وترك المجال في هذا الشأن إلى السلطة التقديرية للقضاة، إلا أن المجال التطبيقي خال من هذا النوع من القضايا، وقد يكون سبب ذلك راجع إما لعدم معرفة المتقاضين لحقوقهم في هذا المجال وإما تحرباً من المسلك القضائي نظراً لطول أمده².

3- خطأ الغير

تقتضي القواعد العامة بأن فعل الغير لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية أو يخفف منها، إذا اعتبر هذا الفعل في ذاته وأحدث وحده الضرر أو ساهم فيه، يعتبر خطأ الغير سبباً أجنبياً يقطع العلاقة السببية بين عمل المهندس المعماري والمقاول والضرر الحاصل لصاحب العمل وبه ينتفي الضمان العشري عن المهندس المعماري والمقاول إذا أثبت هذان الأخيران أن تهم البناء وتعييه بعيب من العيوب راجع إلى فعل الغير³. فمن هو الغير يا ترى؟.

هذا الغير قد يكون "شخص أجنبي عن عملية البناء"، كما قد يكون ذا صلة بعملية التشييد، ويندر في الحقيقة أن يكون خطأ الغير الأجنبي تماماً عن عملية تشييد المباني، هو السبب في العيب أو الخلل⁴. أما الغير المتصل بعملية التشييد الذي غالباً ما يكون الخطأ الذي يرتكبه بسبب إعفاء المسؤولية من جانب المشيد الآخر فقد يكون مهندس سابق، أو من المورد والمنتج لمواد البناء أو من مكاتب الاستشارات الفنية والهندسية هذا في القانون الخاص، أما في القانون العام فإن خطأ الغير لا يعني من

¹ - محم عزمي البكري: مرجع سابق، ص 154 انظر كذلك: لبيب شنب: مرجع سابق، ص 227.

² - كهينة بطوش: مرجع سابق، ص 156

³ - محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص 121

⁴ - والمقصود بالشخص الأجنبي عن عملية التشييد: كل شخص لا يكون المقاول مسؤولاً عنه، ولا تربطه بالمقاول صلة، فالخطأ من جانبه قد يكون أجنبياً تماماً عن عملية التشييد" راجع: هبة غازي محمد الدباغ: الانهاء التعسفي لعقد المقاول في مجال البناء والتشييد-دراسة مقارنة-، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2016، ص 203

مسؤولية المشيدين¹. وهو ما سنبينه في الآتي:

أ- خطأ الغير المتصل بعملية البناء

قد يكون الغير ذا صلة بعملية التشييد، كأن يقع الخطأ من مهندس معماري سابق، أو قد يقع الخطأ من قبل المورد أو المنتج للمواد المستعملة في البناء، أو قد يكون الخطأ من قبل فنين أو مكاتب دراسات وهو ما سنفصله على النحو الآتي:

أ-1 خطأ المهندس المعماري السابق:

وهو المهندس الذي سبق له أن شارك في عملية التشييد، ثم ترك العمل، وهذا يتطلب من المهندس الحالي إعادة النظر في عمل زميله السابق، والقيام بتصحيح الأخطاء المحتملة قبل البدء في العمل، ما لم تكن عملية البناء قد وصلت إلى مرحلة متقدمة، بحيث لم يعد بإمكان المهندس الحالي اكتشاف أو تدارك ما وقع من أخطاء، ولا يسأل المهندس الجديد عن أخطاء المهندس السابق بل تنسب له².

كما أنه لا يمكن الاحتجاج بالأخطاء الصادرة من المقاول من الباطن، ومن عماله، أو حتى عمال المقاول الأصلي، وذلك لأن هذا الأخير يسأل عن أخطاء هؤلاء، ومنه يسأل كل من المهندس والمقاول عن أخطائهم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، وفقاً لما جاءت به نص المادة 136-137 من القانون المدني الجزائري³.

أ-2 خطأ المورد أو الصانع (المنتج) لمواد البناء

إذا كان خطأ الغير المتصل بعملية البناء راجع للمواد المعيبة التي استخدمت في البناء فقد يكون مرجع الخلل الموجب للضمان إلى عيب في المواد التي استعملت في البناء، فإذا كان المقاول هو الذي

¹ - عايدة مصطفاوي: مرجع سابق، ص 13.

² - غازي أبو عرابي: مرجع سابق، ص 546.

³ - جاء في نص المادة 136 من ق م ج ما يلي: " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو مناسبتها، وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعيه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع.

أما المادة 137 فقد نصت على ما يلي: " للمتبوع حق الرجوع على تابعيه في حالة ارتكابه خطأ جسيم".

تعهد بتقديم المواد كلها أو بعضها كان هو المسؤول عن جودتها وعليه ضماتها لرب العمل، وفقا لنص المادة 551 من ق م ج¹، ومنه فلا يمكن للمقاول أن يدفع في مواجهة رب العمل من ورد إليه هذه المواد وصنعها²، كما أنه لا يجوز للمهندس المعماري نفي مسؤوليته اتجاه رب العمل ولعل السبب في ذلك راجع إلى كون مهمة المهندس المعماري تتضمن الالتزام بالتحقق من سلامة وصلاحية مواد البناء قبل استخدامها، إلا إذا أثبت أن خطأ المقاول عند تقديمه المواد المعيبة تتوافر فيه بالنسبة للمهندس المعماري خصائص القوة القاهرة مع إمكانية التوقع واستحالة الدفع³.

وأما فيما يخص العلاقة بين المقاول والمهندس المعماري، فلا يمكن لأي منهما التمسك بأخطاء الآخر، قصد التملص من المسؤولية العشرية المفترضة عليهما، إلا إذا ثبت أن الخطأ الصادر من أحدهما في مواجهة الغير تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة مع عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع، ومهما كان الأمر، فإن المقاول ملزم بالضمان اتجاه رب العمل وخصوصا إذا تعذر عليه نفي العلاقة السببية بين التهدم أو العيب اللاحق بالبنائية، وفقا لأحد الأسباب التي من شأنها دفع الضمان العشري⁴.

أ-3 خطأ الفنيين ومكاتب الاستشارات الفنية والهندسية:

نظرا للتطور الملحوظ الذي يشهده عالم البناء اليوم، فلم يعد يقتصر المهندس المعماري ومقاول البناء على خبراتهما فقط، بل قد يلجؤون إلى من هو أدرى بخبرات خارجة عن نطاقهم ومنهم المراقبين الفنيين، ولعل هذا هو السبب الذي دفع المشرع الفرنسي إلى توسيع نطاق الضمان العشري. وهو ذات المسار الذي سار عليه المشرع الجزائري، بجعله أحد أشخاص الضمان العشري في النصوص الخاصة.

لذلك فإن كان للمقاول سلطة الإشراف والرقابة على الفنيين أثناء فترة التشييد، فإنه يكون مسؤول عن أخطائهم مسؤولية عقدية عن فعل الغير، أما إذا كانوا لا يخضعون لرقابته وإشرافه، ويعملون بشكل مستقل عنه، فإننا نكون بصدد مقابلة من الباطن، ومن المسلم به أن المقاول الأصلي يضمن

¹ - انظر المادة 551 من ق م ج.

² - محمد عدنان باقر الجبوري: مرجع سابق، ص 90

³ - كهينة بطوش: مرجع سابق، ص 152

⁴ - فضل جبير لفتة: الضمان العشري في عقود الأشغال العامة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العراق، العدد 02،

لصاحب العمل أخطاء المقاول من الباطن¹.

ب- خطأ الغير الأجنبي عن عملية البناء:

يحدث أحيانا أن يكون خطأ الغير الأجنبي تماما عن عملية البناء هو السبب في العيب أو الخلل الذي لحق بالبنية ويمكن توضيح ذلك بأنه لو قام هذا الغير بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أساسات المبنى أو استخدام آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة منه، الأمر الذي يؤدي إلى حدوث تهدم أو عيب يهدد متانة البناء وسلامته².

ذلك فإن خطأ الغير يرفع مسؤولية المهندس المعماري والمقاول، لكن يشترط لذلك أن تجتمع في الخطأ شروط القوة القاهرة، فيجب أن يكون الخطأ غير قابل للتوقع ومستحيل الدفع، فإن لم يكن كذلك، ظل المهندس المعماري والمقاول مسؤولين عن كل الضمان نحو رب العمل³.

أما بالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإن المقاول ضامن للضرر أو الخسارة، عما تولد عن فعله أو صنعه من ضرر أو خسارة، سواء كان بتعديه أو بتقصيره لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس، ويستثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر بسبب حادث لا يمكن التحرز عنه، عملا بالقاعدة الشرعية: "كل ملا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه"⁴.

وعليه فإن فقهاء الشريعة الإسلامية باختلاف مذاهبهم ذهبوا إلى أن مال المستأجر (رب العمل) في يد الأجير المشترك (المقاول) أمانة، فهو يضمنه إذا اتلف المال نتيجة التعدي منه أو التقصير، فهذا هو

¹ - غازي أبو عرابي: مرجع سابق، ص 547

² - محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص 361.

³ - محمد عزمي البكري: مرجع سابق، ص 156

⁴ - ليث غازي الزهيرى: عقد المقاوله حسب أحكام القانون المدني العراقي، <https://m.facebook.com> تاريخ الاطلاع 2018/02/17. ويمكن شرح هذه القاعدة الفقهية على أنها: "أن كل ما يشق البعد عنه يكون سببا موجبا للضمان، لأنه من الضرورات، ولأن ما يستحق على المرء شرعا يعتبر فيه الوسع والطاقة، وأما ما يمكن تجنبه أو الاحتياط عنه فيكون سببا موجبا للضمان، وبناء عليه للناس الانتفاع بالمرافق العامة كالطرق مشيا أو ركوبا بشرط السمة، وعدم الإضرار بالآخرين بما يمكن التحرز عنهن دون ما لا يمكن التحرز عنه، حتى يتيسر للناس سبل الانتفاع، ويتهيأ لهم ممارسة حقوقهم وحرمانهم على أساس العدل والأمن والاستقرار، فما تولد عن سير الماشي أو الراكب من تلف، مما يمكن الاحتراز عنهن فهو مضمون، وما لا يمكن الاحتراز عنه فليس بمضمون، إذ لو جعلناه مضمونا، لصار الشخص ممنوعا من السير، وهو مأذون به انظر وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته الشاملة للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، دار الفكر، سورية، ط4، ج7، ص 682

أول تنظيم قانوني في التاريخ لالتزام المقاول بالتعويض عن حدوث ضرر الأموال صاحب العمل نتيجة فعل عمدي أو خطأ من المقاول أو أحد تابعيه¹.

وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي فإن عقد المقاولة باعتباره يجمع صورتين وهما عقد الاستصناع في حالة تم تقديم العمل والمادة من قبل المقاول، وحالة الإجارة على العمل في حالة تقديم المقاول العمل ورب العمل المادة، لذلك فمن ناحية البراءة من العيوب فقد قرر فقهاء الفقه الإسلامي تطبيق عليه ما يطبق على باقي العقود. ولفقهاء الفقه الإسلامي ثلاثة اتجاهات هي:

الاتجاه الأول: وهو اتجاه جمهور الأحناف

والذين طبقوا على أحكام عقد المقاولة ما طبق على أحكام عقد البيع بقولهم: تصح المقاولة أو البيع بشرط البراءة من كل عيب وإن لم تتعين العيوب بتعداد أسمائها، سواء كان العاقد جاهلاً بوجود العيب في مبيعه. ويشمل هذا الإبراء كل عيب وجود قبل العقد أو حادث بعده قبل القبض، فلا يكون الشروط عليه مستحقاً رد المعقود عليه إلى العاقد الآخر وهو المقاول في عقد المقاولة².

الاتجاه الثاني: عند المالكية والشافعية والحنابلة

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن اشتراط البائع بعد مسؤوليته عن عيوب البيع يبطل العقد، لأن خيار العيب قرر بحكم الشرع، فلا يملك المشتري حق إسقاطه. ومنه اعتبر جمهور الفقهاء أن هذا الشرط لا يصح إلا إذا عين البائع عيباً وشرط البراءة منه، فإنه يبرأ منه دون سواه وقيدته بعضهم بمعاينة المشتري العيب المذكور³.

ومنه نستخلص أن جمهور الفقهاء لا يجيزون البراءة من العيوب في عقد المقاولة، وهو الرأي المخالف الذي جاء به فقهاء الحنفية.

¹ - توفيق الطيب البشير: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي والتطبيقات المعاصرة، منتدى المكتبة الاقتصادية، تاريخ الاطلاع:

2019/03/28 الموقع الإلكتروني [http:// www.twatheegonline.com](http://www.twatheegonline.com)

² - وسيم حسام الدين الأمد: المسؤوليات المهنية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة السعودية، مرجع سابق، ص148.

³ - محمد الصعوب: الأحكام القانونية للمقاولة وآثارها، مرجع سابق، تاريخ الاطلاع 2020/04/28

2019https:// mohamad.net.law

أما إذا هلكت العين بشيء لا يمكن التحرز منه، كالحريق الغالب أو العدو المكابد والفيضان الظاهر، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية إلى عدم تضمين الصناع عند هلاك العين¹.

وفي رواية عن المالكية أنهم يضمنون الصناع في كل حال، حتى لو قامت البيئة على أن الهلاك ليس بسببهم، قال القرافي: "ويضمن الصناع إلا أن يقوم سببه بالهلاك من غير سببهم لأنهم إنما ضمنوا للتهمة"².

الفرع الثاني: تعلق مدة الضمان بالنظام العام وأثر ذلك

الأصل في القواعد العامة أن مدة الضمان ليست من النظام العام، فيجوز الحد منها أو إعفائها، كما يجوز انقائها بكل الطرق، لكن بالعودة إلى أحكام الضمان العشري فإن المشرع الجزائري ربط أحكام الضمان العشري بالنظام العام ولا يجوز الحد منها أو إعفائها وهو ما سنبينه في التالي:

البند الأول: تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام

تنص المادة 178 من ق م ج في فقرتها 02 على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"³. فاستناداً إلى نص هذه المادة فإنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم قيامه بتنفيذ التزامه التعاقدية، ومنه فالأصل أن قواعد الضمان العشري لا تعتبر من النظام العام، إلا أنه استثناء من القاعدة ونظراً للأهمية الاقتصادية والاجتماعية للمباني والمنشآت، وحجم المخاطر التي تنجم عن تدهورها وتعييبها، فإن المشرع الجزائري قد نص على أن أحكام الضمان العشري من النظام العام وهذا وفقاً لما جاءت به المادة 556 من ق م ج بقولها: "يكون باطلاً

¹ - وائل عبد الكريم الحشاش: أحكام تضمين الصناع وأصحاب المهن في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2001، ص 77.

² - القرافي: الذخيرة: مرجع سابق، ج 5، ص 441.

³ - ف 02 من المادة 178 ق م ج

كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه¹. فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري، قد جعل مسؤولية المهندس المعماري والمقاول من النظام العام، بحيث لا يجوز إعفائهما من المسؤولية وكذا الحد منها ولعل هذا التشديد من أحكام الضمان الخاص هو حماية وكفالة لرب العمل. وذلك لعدم خبرته الفنية، في مقابل ما يتمتع به المهندس المعماري وكذا المشيد من خبرة فنية عالية.

البند الثاني: أثر تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام

تنص المادة 178 من ق م ج في فقرتها 02 على ان: " يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه²". فاستناد إلى نص هذه المادة فإنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم قيامه بتنفيذ التزامه التعاقدية، ومنه فالأصل أن قواعد الضمان العشري لا تعتبر من النظام العام، إلا أنه استثناء من القاعدة ونظرا للأهمية الاقتصادية والاجتماعية للمباني والمنشآت، وحجم المخاطر التي تنجم عن تدهورها وتعييبها، فإن المشرع الجزائري قد نص على أن أحكام الضمان العشري من النظام العام وهذا وفقا لما جاءت به المادة 556 من ق م ج بقولها: " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه³". فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري، قد جعل مسؤولية المهندس المعماري والمقاول من النظام العام، بحيث لا يجوز إعفائهما من المسؤولية وكذا الحد منها ولعل هذا التشديد من أحكام الضمان الخاص هو حماية وكفالة لرب العمل. وذلك لعدم خبرته الفنية، في مقابل ما يتمتع به المهندس المعماري وكذا المشيد من خبرة فنية عالية.

فالغاية من جعل الضمان العشري من النظام العام، يكمن في خطورة المنشآت المعمارية وما تخلفه من مآسي، ومنه فإن مخاطر البناء لا تقتصر على رب العمل فقط بل تمتد إلى الغير الذي لم يكن طرفا

¹ - المادة 556 ق م ج

² - ف02 من المادة 178 من ق م ج

³ - المادة 556 من ق م ج

في عقد المقاولة (الجيران والمارة)¹.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية بوجه عام، والمسؤولية العشرية بوجه خاص فهي لا تخرج عن نطاق التشديد في المسؤولية أو التخفيف منها أو الإعفاء منها². وعليه فسنفصل ذلك في النقاط التالية:

أولاً: أثر الاتفاقات في التشديد أو الحد أو الإعفاء من المسؤولية العشرية على النظام العام

1- الاتفاق على تشديد المسؤولية العشرية

لقد قرر كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري، إلى تعلق الضمان العشري بالنظام العام، ولعل السبب في ذلك راجع إلى الأهمية البالغة التي يقرها لصالح رب العمل وحمائته، وكذا رغبة المشرع في تقوية أحكامه الخاصة، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه أو مخالفته وهذا من خلال ما جاءت به المادة 556 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر.

لذلك فليس هناك ما يمنع إذن من الاتفاق على تشديد أحكامه، فكل اتفاق يحصل بمقتضى رب العمل على ضمانات أو شروط من شأنها زيادة مسؤولية المقاول يكون صحيحاً، كما جاءت به نص المادة 1792 من القانون الفرنسي والمادة 651 من القانون المصري ونص المادة 556 من القانون المدني الجزائري.

ومن أمثلة ذلك الاتفاق على زيادة الضمان لأكثر من المدة المحددة قانوناً وهي 10 سنوات أو أن يتحمل المهندس أو المقاول تبعية التهدم الناتج عن الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو أن يشمل الضمان العيوب الخفية³. وهذا ما اتفق عليه الفقه⁴، وهذا لاتفاقه مع القواعد العامة.

¹ - محمد عزمي البكري: مرجع سابق، ص 205.

² - محمد حجاري: مرجع سابق، ص 08.

³ - محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص 180 وأيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص 108.

⁴ - أنور العمروسي: العقود الواردة على العمل في القانون المدني-المقاولة-التزام المرافق العامة-عقد العمل-عقد الوكالة-عقد الوديعة-عقد العارية معلقاً على نصوصها بالفقه وأحكام النقص، منشأة المعارف، مصر، ط01، 2002، ص 63، أنظر كذلك، محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص 144، أنظر كذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص 142، محمد ناجي ياقوت: مرجع سابق، ص 258.

إضافة إلى ذلك فإن الاتفاق على أن تكون مسؤولية المهندس المعماريين أشد من المسؤولية التي تقررها المادة 554 ق م ج يتفق مع قصد المشرع من تشديد أحكام هذه المسؤولية بتعليقها بالنظام العام لتحقيق الصالحين العام والخاص¹.

كما يهدف المشرع من خلال إباحته تشديد المسؤولية العشرية وذلك من أجل دفع كل من المهندس المعماري ومقاول البناء وحثهم على بذل أقصى عناية ممكنة في العمل، حتى يكون البناء خاليا من العيوب، وحتى تظل كذلك المدة التي لا تقل عن المدة القانونية للضمان، وحتى تضمن سلامة الفرد في المجتمع من المخاطر التي تهدد البناء والمنشآت الثابتة الأخرى وحتى تحافظ على الاقتصاد الوطني من الخسائر التي تترتب عن عيوب البناء².

وعليه يمكننا القول أن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على الحد من الضمان أو الإعفاء منه، لكن يجوز التشديد منه حماية للمنشآت والمباني ولرب العمل في بعض الحالات.

2- عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو الحد من المسؤولية العشرية

انطلاقاً من نص المادة 556 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على عدم جواز الاتفاق على الحد أو الإعفاء من المسؤولية العشرية واعتبار الضمان العشري من النظام العام.

ومنه فقد قرر المشرع مزيداً من الحماية على صاحب العمل بإيراد هذا النص، وجعل مسألة الضمان واجبة، ولم يجز الاتفاق على إعفاء المهندس المعماري والمشيد من الضمان، واعتبر كل ذلك باطلاً، والبطالان يقع في الشرط، ولا يمتد إلى العقد، وإلى سائر شروطه ما دمت صحيحة³.

وتمتد البطلان ليشمل بالإضافة إلى الاتفاقات المعفية من الضمان، كل الاتفاقات التي يكون الغرض منها التخفيف أو الحد أو التضييق من نطاق الضمان، وعلى هذا الأساس يعد باطلاً وعدم

¹ - سعاد بلمختار: المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص 184، أنظر كذلك ياسين عبد الرزاق حسين، مرجع سابق، ص 317.

² - سميرة محرّاش: المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس وفقاً للقواعد الخاصة-المسؤولية العشرية-رسالة ماجستير، تخصص القانون العقاري والزراعيين كلية الحقوق، جامعة البليدة، الجزائر، 2002/2001، ص 116

³ - سعيد أحمد المومني: مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاول، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 1987، ص 273، أنظر كذلك، عادل عبد العزيز سمارة: مرجع سابق، ص 97.

الأثر كل شرط أو اتفاق من شأنه إنقاص مدة الضمان أو التقليل منه أو جعله مقتصرًا على نوع معين من الأعمال دون الآخرين وكذلك يبطل كل اتفاق الذي من شأنه أن يحد من قيمة التعويض المستحق في حالة ظهور العيب أو حدوث التهدم¹.

مما تقدم يمكن أن نستنتج أنه يمكن لأطراف عقد المقولة الاتفاق على تشديد الضمان العشري باعتباره من النظام العام ويقصد من هذا التشديد حماية للمنشآت والمباني من جهة ولرب العمل من جهة أخرى، منع وقصد المشرع من الإعفاء والحد من الضمان الذي يرمي تحقيق الصالحين العام والخاص، أما إذا تعلق اتفاقهم على التضييق من الضمان أو الحد منه أو استبعاد تطبيقه كليًا فيكون باطلاً وهو بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام، ومنه فإن الحق يعود للرب العمل والرجوع على المهندس المعماري والمقاول بالضمان الخاص على كل الأضرار التي قد تصيب المبنى وذلك خلال المدة القانونية وعن كل العيوب التي قد تظهر.

أما بالرجوع إلى الفقه الإسلامي فقد نص فقهاء الشريعة الإسلامية على ما يعرف باشتراط **المقاول لنفسه عدم الضمان**، لذلك فإن قد يشترط المقاول على رب العمل عدم الضمان، فإذا قيل بعدم تضمين المقاول فلا فائدة لهذا الشرط، لأنه حينئذ يكون بمثابة التأكيد، أما إذا قيل بتضمينه في حالة من الحالات، فهل ينفعه هذا الاشتراط ويبرأ من الضمان؟

اختلف الفقهاء في مسألة ما يجب ضمانه هل يصيره الشرط غير مضمون، على قولين:

القول الأول: ما وجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، وهذا قول الحنفية، والمشهور عند المالكية، وهو قول الشافعية، والمشهور عند الحنابلة واستدلوا بأن هذا الشرط يناهض مقتضى العقد².

وعليه فإن كان هناك ما يضمن في العقد، فإن اشترط طرفا العقد عدم الضمان، فإن ضمانه لا ينتفي بهذا الشرط، بل هو باق.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص 141، انظر كذلك سميرة المير: مرجع سابق، ص 266

² - أبي القاسم عي بن محمد بن أحمد الرحي السمناني: روضة القضاة، تح: صلاح الدين التاهي، دار مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط 1، 1404-1984، ج 2، ص 617، انظر القرابي: الذخيرة، مرجع سابق، ج 5، ص 505، ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 505.

القول الثاني: ما وجب ضمانه ينتفي ضمانه بشرط نفيه: وهذا قول أشهب من المالكية وقول عند الحنابلة¹. واستدلوا بقول النبي ﷺ: "المسلمون على شروطهم"².

هذا الدليل عكس الدليل الأول الذي يقضي بعدم انتفاء الضمان بشرط انتفائه، وهو أنه إذا تم اشتراط نفي الضمان فإن هذا الأخير يسقط بهذا الشرط.

ويجاب عنه بأن هذا الحديث يكون في الشروط الصحيحة وأما الفاسدة، وأن هذا الشرط فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد.

والراجع أن اشتراط المقاول نفي الضمان عنه لا يصح بدليل:

- قوة دليل هذا القول (القول الأول) وإجابة على ما استدل به المخالف³.

ثانياً- أثر تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام على حق رب العمل في النزول عن حقه في التعويض

باعتبار أن أحكام الضمان العشري من النظام العام فإنه لا يجوز الاتفاق على الحد أو الإعفاء من هذه المسؤولية العشرية، ولكن يجوز التشديد عليها وهذا ما جاءت به نص المادة 556 من ق م ج ولكن باعتبار أن أحكام المسؤولية العشرية من النظام العام وباعتباره حقا من حقوقه للمطالبة بالضمان، فهل يجوز لصاحب العمل التنازل عن حقه في التعويض؟.

إذا كان المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى لا يميز الاتفاق على إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان العشري أو الحد منه، باعتبار هذه الأخيرة من النظام العام، والتي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها، ويقررها القاضي ولو بدون طلب الخصوم، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى. وهذا استثناء من القواعد العامة، التي ترمي إلى أنه يجوز التخفيف أو الإعفاء من المسؤوليات، إلا أن هذه الخاصية لا تمنع من نزول رب العمل عن حقه في الضمان بعد حصول التهدم الكلي أو الجزئي وكذلك ما وجد من عيوب تهدد سلامة البناء ومثانته.

¹ - القراني: الذخيرة، مرجع سابق، ج5، ص505، ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج8، ص115.

² - سيق تخريجه.

³ - عبد الرحمان بن عايد بن خالد العايد: مرجع سابق، ص246.

وبما أن الضمان العشري إنما القصد منه هو حماية رب العمل، فيكون محض مصلحة خاصة له، لا يتعلق بالنظام العام، وعليه لا يجوز منعه من التصالح أو التنازل عنه¹.

ومنه يمكن أن نستنتج أنه إذا حدث تهمد أو عيب من العيوب وقد مس البناء أو المنشأ الثابت إلا أن صاحب العمل قد عفى للمقاول والمهندس المعماري من المسائلة على إعادة البناء وتنازل عنه، فلا يمكن جبره عن المطالبة بالإصلاح أو إعادة البناء. فله حق الصلح والتنازل عن حقه في ذلك.

وتنازل رب العمل عن الضمان بعد تحققه إما أن يكون كلياً أو جزئياً، فيجوز لرب العمل إعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان كلية أو أن يتصالح معه على شرط أقل، أو أن يتمسك في مواجهته ببعض العيوب دون البعض الآخر، كما لو تمسك بالضمان فيما تعلق بالتهمد، ولا يتمسك بذلك فيما تعلق بالعيوب التي تلحق المباني².

كما يعتبر الضمان العشري حق لرب العمل أو من يحل محله قانوناً، فإنه يمكن التنازل عنه إما صراحة أو ضمناً³، فإن كان نزول رب العمل الصريح عن الضمان، لا يطرح أي إشكال في إثباته إذا كان كتابة أو تصريحاً، فإن النزول الضمني عن الضمان يستنبط من خلال ملابسات الدعوى كسكوته مدة طويلة بعد انكشاف العيب، كأن يوفي بالتزاماته المتبقية الأخرى للمقاول والمهندس المعماري ودون تحفظ، أو يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ⁴. كعلمه بوقوع تهمد سواء كان تهمد كلياً أو جزئياً فيدفع باقي أجر المهندس المعماري أو المقاول دون تحفظ.

كما أن سكوت رب العمل عن حق الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد اكتشاف العيب، إذا اقترن هذا السكوت بملابسات قاطعة في أن رب العمل قصد سكوته النزول عن الضمان⁵.

استناداً إلى نص المادة 554 من ق م ج واعمالاً للقواعد العامة فإن المسؤولية المقدره لرب العمل يمكن دفعاً إذا استطاع المقاول والمهندس المعماري أن يهدم قرينتها إذا قدم الدليل على أن التهمد الكلي أو الجزئي للبناء والمنشآت الثابتة الأخرى، وكذا حصول العيب الذي يهدد سلامة البناء ومتانته إنما

¹ - نسيمه شيخ: مرجع سابق، ص 257.

² - نسيمه شيخ: المرجع نفسه، ص 258.

³ - محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص 125.

⁴ - محمد عزمي البكري: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة مصر، د

ت ن، دط، مج 8، ص 181، كما أشار إليه في كتابه عقد المقاوله في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 144.

⁵ - محمد عزمي البكري: المرجع نفسه، مج 08، ص 181

يرجع إلى أسباب أجنبية لا دخل للمهندس المعماري والمقاول فيها، ومن بين هذه الأسباب الأجنبية القوة فالغاية من جعل الضمان العشري من النظام العام، يكمن في خطورة المنشآت المعمارية وما تخلفه من مآسي، ومنه فإن مخاطر البناء لا تقتصر على رب العمل فقط بل تمتد إلى الغير الذي لم يكن طرفاً في عقد المقاولة (الجيران والمارة)¹.

ثالثاً: أثر تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام وسلطة القاضي في التمسك بمدة الضمان العشري إذا لم يتمسك المدين بها

إذا تحقق سبب من أسباب الضمان كوقوع عيب يهدد سلامة المبنى ومثانته أو حدوث تهمد كلي أو جزئي للبناء، بحيث أصبح غير صالح للغرض الذي شيد من أجله، ولكن سبب الضمان حدث خارج مدة الضمان والمقدرة بـ 10 سنوات فهل يحق للقاضي إن يثير من تلقاء نفسه أن مدة الضمان قد انقضت أم لا بد أن يدفع المدعى عليه بذلك؟

باعتبار أن مدة الضمان العشري عي مدة سقوط، لذلك يجب التفرقة فيما إذا كان السقوط مقرراً لمصلحة عامة أو خاصة، فإن كان مقرراً لمصلحة عامة ن تعين على القاضي إثارته من تلقاء نفسه، أما إذا كان المستفيد من السقوط هي مصلحة خاصة، فليس للقاضي أن يتعرض له من تلقاء نفسه بل لا بد من أن يدفع به صاحب المصلحة فيه².

ولما كانت المصلحة المستفيدة بالسقوط هي مصلحة خاصة بالمشيدين المدعى عليهم بالحق في الضمان، لذلك لزم أن يدفع به صاحب هذه المصلحة وهو رب العمل، ومن خلفه، لذلك فلا يمكن للقاضي إثارتها من نفسه.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية بوجه عام، والمسؤولية العشرية بوجه خاص فهي لا تخرج عن نطاق التشديد في المسؤولية أو التخفيف منها أو الاعفاء منها³.

¹ - محمد عزمي لبيكري: مرجع سابق، ص 205.

² - زهرة بن عبد القادر، مرجع سابق، ص 103.

³ - محمد حجارى: مرجع سابق، ص 08.

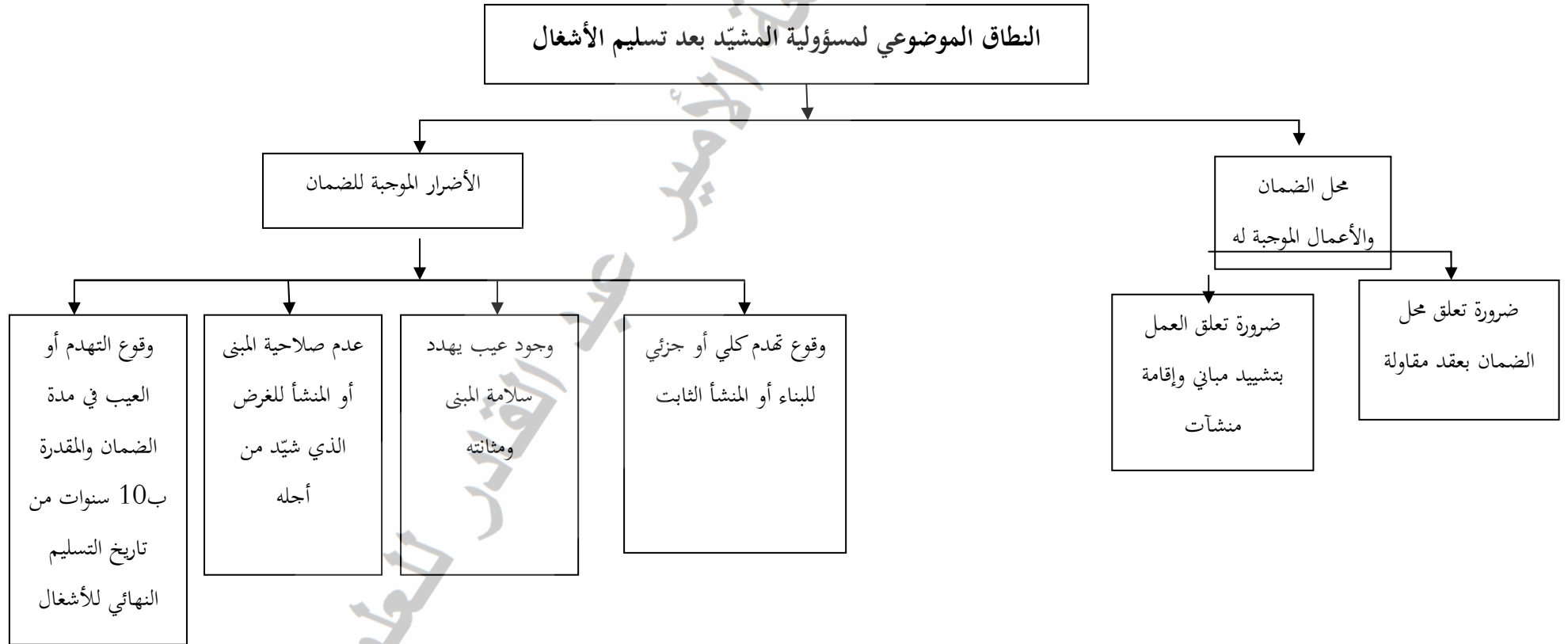
خلاصة الفصل الثاني:

لا يخلو عقد من العقود إلا وتوفرت فيه شروط لانعقاده واسقاط الأحكام العامة والخاصة عليه، ولذلك أقر المشرع الجزائري لإعمال أحكام الضمان العشري مجموعة من الشروط لتطبيق أحكامه منها أن يكون العقد المبرم بين المقاول والمهندس المعماري مع رب العمل عقد مقاوله محلها إقامة المباني والمنشآت الثابتة على سبيل الحصر لا المثال، فإن كان محل عقد المقاوله خارج عن هاذان النطاقان فلا يمكن تطبيق أحكام عقد المقاوله، ولكن بالرجوع إلى النصوص الخاصة في هذا المجال، فإنها أخضعت كل من العقار بالتخصيص والعناصر التجهيزية لأحكام الضمان العشري، كما أنه اشترط المشرع الجزائري على غيره من التشريعات الوضعية الأخرى أن يكون سبب الضمان راجع إلى وجود عيب أو تهمد جزئي أو كلي يهدد سلامة المبنى ومثانته، فإن كان قد مسّ هذا العيب هذا المبنى فإن سبب الضمان وارد لإعمال أحكام الضمان العشري، شريطة أن تكون هذه العيوب واقعة داخل المدة التي قررتها المادة 554 من القانون المدني الجزائري والتي اعتبرت مدة 10 سنوات من التسليم النهائي للأشغال. وهي مدة لاختبار متانة البناء وسلامته، كما حددت مدة 3 سنوات مدة لتقادم دعوى الضمان.

وعليه فلا يمكن دفع المسؤولية العشرية على كل المتدخلين في عملية البناء، إلا إذا توافرت أسباب لانتفائها كالقوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير، فإن توافر أحد هذه الأسباب، فقد انتفت المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري إن أثبت ذلك. وإن كانت مدة 10 سنوات من النظام العام فإنه لا يجوز التعديل من هذه المدة أو إنقاصها بل لا بد من الإبقاء على مدة 10 سنوات.

النطاق الموضوعي لمسؤولية المشيّد بعد تسليم الأشغال

من إعداد الباحثة



خاتمة

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

من خلال دراستنا لموضوع مسؤولية المشيد بعد تسليم الأشغال توصلنا إلى جملة من النتائج والمقترحات نوجزها في الآتي:

أولاً: النتائج

- لقد رتب المشرع الجزائري مسؤولية على عاتق المتدخلين في عملية البناء بعد تسليم الأشغال وهو ما يعرف بالضمان العشري وهو التزام بموجبه يلتزم أطراف عقد المقاولة بضمان كل ما يمس متانة البناء ويهدد سلامته خلال مدة حددها المشرع ب 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للأشغال.

- استناداً إلى نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري فقد قصرت أطراف الضمان العشري في كل من المهندس المعماري والمقاول فقط، ولكن بالرجوع إل النصوص التشريعية الأخرى التي جاء به في العديد من المناسبات فقد وسع من مجال أطراف الضمان العشري بإضافة نصوص تخضع كل من المراقب الفني ومكاتب الدراسات والمراقبين العقاريين لأحكام الضمان العشري وهذا وفقاً لما جاءت به قانون الترقية العقارية 04/11.

وهو نفس المنهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي بإدراج العديد من أطراف الضمان العشري حتى أصبح كلا من الصانع والبائع والمستورد والوكيل وغيرهما خاضعا لأحكام الضمان العشري سواء كانت تربطهم مع رب العمل عقد مقاولة أو عدم ارتباطهم مع رب العمل بعقد مقاولة.

- لم يعد يقتصر المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الوضعية الأخرى على الضمان العشري الذي جاءت به نصوص ق م ج، بل ذهب للأكثر من ذلك حيث قرر ضمانات أخرى منها ضمان حسن سير عناصر التجهيز، وضمان تمام الإنجاز وفقاً لما نصّ عليه قانون الترقية العقارية، وما جاء به المشرع الفرنسي في تعديلاته للقانون المدني الفرنسي.

- الأصل أن أحكام الضمان العشري أقرت من أجل حماية المباني والمنشآت الثابتة بدرجة أولى وبذلك تحقق حماية لرب العمل من كل المخاطر والأضرار التي قد تصيبه وتصيب مناه، باعتباره الطرف الأول والمستفيد، لكن فقهما وقانوننا لم يقصر آثار الضمان العشري على رب العمل وحده بل تعدته إلى أكثر من ذلك فقد أصبحت آثاره تمس كلا من الخلف العام والخاص،

ووصولاً على المالكين المشتركين، والمشتري في بعض الصيغ الحديثة كذلك.

- لا يتحقق الضمان العشري إلا إذا توافرت فيه شروط موضوعية وأخرى شكلية فما تعلق بالشروط الموضوعية فترجع إلى وجود محل الضمان والمتمثل في عقد المفاولة فقط دون غيره من العقود، وعليه فإن عقد المفاولة من العقود المسماة التي نظم له المشرع الجزائري أحكامه في القانون المدني الجزائري على غرار مختلف التشريعات وهو عقد يتم بمقتضاه. التزام طرف مع طرف آخر بمقابل.
- ما يعرف بعقد المفاولة في القانون المدني يقابله عقد الإجارة على العمل في الفقه الإسلامي إذا كان العامل أجيراً مشتركاً

أولاً: إذا قدم المفاول (الأجير المشترك) العمل فقط، وهو ما يعرف بالإجارة في الفقه الإسلامي وتطبق عليه أحكام الإجارة المشتركة.

ثانياً: أما إذا قدم المفاول (الأجير المشترك) العمل والمادة معا فهي مفاولة في القانون، وعقد استصناع في الفقه الإسلامي وتطبق عليه أحكام عقد الاستصناع

- المفاولة أعم من الاستصناع والإجارة لأنهما تشملهما معا
- كل استصناع مفاولة وليس كل مفاولة استصناع.
- يشتهر عقد المفاولة بالعديد من العقود سواء ما تعلق بالفقه الإسلامي كالسلم والاستصناع وغيرها، وما تعلق بالعقود القانونية كالوكالة والبيع والإجارة إلا أنه يختلف عنها في أوجه عديدة فأصبح عقداً مستقلاً بذاته له أركانه ويحقق آثاره بعد أن كان يحتلط بعقود أهمها عقد العمل والإيجار.
- يشترط لتطبيق أحكام الضمان العشري أن يكون محل المفاولة مباني ومنشآت ثابتة أخرى، فقد عرف العديد من الفقهاء المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وبين الفرق بينهما. لأنها إذا كانت خارج هذا الإطار فلا تعتبر محلاً للضمان، ولكن المشرع الجزائري تدارك هذا الشرط وأضاف أصناف أخرى وضمها إلى قائمة محل الضمان، كالعقار بالتخصيص والعناصر التجهيزية للبناء متى توافرت فيها شروط.

- أما بالنسبة لأسباب الضمان فهي تتحقق بوجود عيب من العيوب الخفية والجسيمة التي تهدد سلامة المبنى ومئاته، وحددت مواد النصوص الخاصة وخاصة قانون الترقية العقارية 11-04 أنواع

العيوب التي يمكن مساءلة كل من المهندس المعماري ومقاول البناء، فمنها ما يرجع إلى التصميمات، ويكاد الفقه يتفق أن المسؤول عن وضع هذه التصميمات هو المهندس المعماري وحده. وقد يرجع العيب إلى الأرض ذاتها، فكان على المهندس المعماري معاينتها وفحصها. كما قد يرجع العيب إلى المواد التي يقدمها رب العمل فيبقى هو مسؤولاً عن العيوب التي تمس المبنى أو المنشأ الثابت الآخر عن المواد المعيبة، أما إذا قدمها المقاول فيكون هو المسؤول عن كل العيوب التي تمس المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، ولرب العمل الرجوع عليه بأحكام الضمان العشري. أما في حالة كون العيب راجع إلى عملية التنفيذ فيكون كلا من المهندس المعماري والمقاول متضامنين طبقاً لأحكام الضمان العشري.

- ومن أسباب الضمان كذلك وقوع تدهم كلي أو جزئي يهدد سلامة المبنى ومئاته، ضف إلى ما جاء به التشريع الفرنسي حيث أضاف شرط آخر وهو عدم صلاحية المبنى والمنشأ الثابت للغرض الذي أنشأ من أجله.
- أما فيما تعلق بالشروط الشكلية فهي متعلقة بالشرط المدة والتي قررها المشرع الجزائري بمدة 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي للمشروع، وهو ما ذهبت إليه التشريعات الأخرى من القانون المصري والفرنسي على سبيل المثال لا الحصر
- وقد قرر مدة ثلاث (03) سنوات مدة تقادم دعوى الضمان العشري.
- لقد اشترط المشرع الجزائري لبداية سريان أحكام الضمان العشري من التسليم النهائي للمشروع فاعتبر التسليم شرطاً أساسياً وقد عرف بعدة تعريفات ويأخذ التسليم عدة أشكال فمنها ما هو نهائي، ومنها ما هو مؤقت ومنها ما هو صريح ومنها ما هو ضمني وغيرها.
- اختلف فقهاء القانون في الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية فمنهم من قال بأنها هي تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية وهذا راجع للخطأ الذي يكون في عقد المقاولة، ومنهم من ذهب إلى أنها شكل من أشكال المسؤولية العقدية باعتبار العقد الذي يبرم بين المقاول ورب العمل، أو بين المهندس المعماري ومقاول البناء وصاحب المشروع، ومنهم من ذهب إلى أنها إحدى تطبيقات نظرية الالتزام، لكن استقر الأمر وذهب أغلبية الفقه إلى أن أحكام الضمان العشري هي من قبيل المسؤولية العقدية.

- لا يجوز دفع المسؤولية العشرية على أطراف عقد المقاولة وما اضافته التشريعات الخاصة، إلا إذا أثبتت أن هناك ظروف خارجة عن نطاقهم كالقوة القاهرة وخطأ رب العمل وخطأ الغير.
- لا يمكن الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء أو الحد من أحكام الضمان العشري وهذا راجع للخصائص التي تتميز به هذه المسؤولية باعتبار أنها مفترضة بقوة القانون حيث جاءت نص المادة 554 من ق م ج صريحة في التعبير عنها. ولكن يجوز التشديد من هذه المسؤولية رعاية لصالح العام ولمصلحة رب العمل بوجه أخص.
- وعليه فقد ارتأينا للإجابة عن الأسئلة الفرعية ثم الإجابة عن الإشكال الرئيس وعليه يمكننا القول أنه رغم ما جاء به المشرع الجزائري في الق م المنظمة لأحكام عقد المقاولة، وما نصت عليه النصوص التنظيمية سواء تعلق الأمر بقانون التأمينات بتعديلاته أو ما جاء به قانون الترقية العقارية 04/11 إلا أن هذه النصوص غير كافية في تنظيم عملية البناء وتحقيق المسؤولية الملقاة على الأطراف المتدخلة في عملية البناء من جهة وفي حماية المنشآت والمباني في حد ذاتها وللطرف الضعيف في عقد المقاولة من جهة أخرى وعليه تم الإشارة إلى المقترحات الآتية:

ثانيا: المقترحات

- في نهاية هذه الدراسة حاولنا الإشارة إلى بعض الاقتراحات ومنها:
- تعديل نصوص القانون المدني فيما تعلق بعقد المقاولة، وذلك من أجل توسيع النطاق الشخصي للضمان العشري بإضافة الأطراف المتدخلين في عملية البناء، كالصانع والبائع والوكيل، والذين لهم علاقة غير مباشرة بعقد المقاولة، إلى جانب المهندس المعماري ومقاول البناء، كما جاء به التشريع الفرنسي وهذا حفظا ورعاية لمصلحة رب العمل، ومسايرة للتطورات الحاصلة في مجال البناء والتعمير.
- إخضاع المقاولين الفرعيين لأحكام الضمان العشري، كما نصت عليه النصوص الخاصة، خاصة القانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية، لاعتبارهم أطرافا أساسيين في عقد المقاولة، لذلك فإن عدم إخضاعهم لأحكام الضمان العشري جعلهم يتملصون من أحكامه عبر القانون المدني الجزائري.

- توسيع نطاق العيوب التي تمس البناء، فلا تقتصر على التهدم الكلي والجزئي، وكذا العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته، بل تشمل كل العيوب سواء كانت على درجة من الخطورة أو لا، ولا يقتصر على العيب في الأرض ذاته وفقا لما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 554 من ق م ج، هذا وللحفاظ على أرواح الناس التي أصبحت العيوب البسيطة تهدد حياتهم. أو كل العيوب التي تجعل المبنى أو المنشأ غير صالح للغاية التي أنشأ من أجلها اقتداء بالمشرع الفرنسي في هذا، وكذلك النص صراحة على العيوب التي تمس العناصر التجهيزية الداخلة في البناء والغير قابلة للانفصال.

- تنظيم عملية تسليم المقاول للأشغال وتسلم رب العمل لها، وهذا يتعين إبراز مفهوم عملية التسليم والتسليم، وماهي أنواعها، وماهي الأحكام التي تخضع لها انطلاقا من نصوص القانون المدني والمنظمة لعقد المقاولة لا بالرجوع لما جاءت به نصوص القانون المدني فيما تعلق بعقد البيع وغيره من العقود. بل تنظيم عملية التسليم في عقد المقاولة بنصوص خاصة وهذا لاعتبار التسليم أثار جدل الكثير من فقهاء القانون.

- الواضح في الواقع العملي أن جل المقاولين، هم الفئة المالكة لإمكانات مالية معتبرة، دون مراعاة المؤهلات العلمية لممارسة هذه المهنة، لذلك نقترح توفر شرط المؤهلات العلمية المهنية لممارسة هذه المهنة على أصولها، وتحقيق نتائج لا تقتصر على الربح المالي فقط، والمساس بسلامة رب العمل بالدرجة الأولى وسلامة المنشآت بالدرجة الثانية بل لا بد من مراعاة بذل العناية وتحقيق النتيجة المرجوة من هذا التعاقد.

- حسنا لو التفت المشرع الجزائري إلى الترسانة القانونية التي وضعها لتنظيم أحكام الضمان العشري، والموزعة في القانون المدني الجزائري، قانون الترقية العقارية، قانون التأمينات، لذلك نقترح الالتفات إلى هذه النصوص وجمعها في قانون واحد ينظم أحكام الضمان العشري مما يسهل عملية الدراسة والتأصيل لهذا النوع من المسؤولية بصفة خاصة وعقد المقاولة بصفة عامة، لأنها لم تعد تعتمد على الوسائل والأشخاص التقليديين، بل تطورت للأكثر من ذلك بكثير.

- شرح المقصود بكلمة المتدخلين الآخرين الذين لهم علاقة بالمشروع، من خلال ما جاء به قانون

التأمينات، وهذا من أجل إعطاء المعنى الحقيقي للأشخاص المسؤولين بالضمان العشري. دون اللجوء إلى تفسير النصوص تفسيراً مبهماً.

- من الأحسن توسيع مدة الضمان الخاص ليمتد إلى أكثر من عشر سنوات، وذلك فإنه بالرجوع إلى الواقع فإن أغلب صيغ السكنات لعقود البناء تم تسليمها النهائي لأصحابها، ولا يتمكن الشخص من السكن إلا ما يقارب أحيانا الخمس سنوات أو أكثر، والملاحظ بأن المشرع الجزائري أقتدى بالمشرع الفرنسي في هذا فحسننا لو مدد في هذه المدة لاعتبارها أنها مدة تتناسب مع النسق القديم في المباني والمنشآت، لكن التطور والثورة العملاقة في مجال البناء أضحت لا بد من توسيع المدة إلى 15 سنة على سبيل المثال وهذا وفقا لما فرضته البنائيات العصرية الجديدة. وفقا لما تقتضيه القواعد العامة في لعقود.

- حسنا لو وضع المشرع الجزائري لجنة خاصة بالمراقبة لعملية البناء تتميز بالمراقبة الصرامة وأن تكون تتكون من أشخاص مكونين في فحص الأراضي والمواد المستخدمة في البناء من إسمنت وحديد وغيرها، هذه المواد لم تصبح تباع أو تستعمل وفقا لشروط الصناعة وجودتها، بل أصبح الغش والاحتيال والتدليس يجوب كل أنواعها، لذلك أضحت السبب الرئيسي والأساسي الذي يعيب المبني ويمس سلامته.

وفي الأخير نرجو أن يكون هذا العمل خالصا لوجه الله عز وجل الذي أعاننا على ختامه ورؤيته على هذا الشكل بعدما كان فكرة تطوف في خيالنا فالحمد لله رب العالمين.

الملاحق

جامعة الأمير
مؤلفون للعالم الإسلامي

نموذج -محضر التسلم النهائي -

في سنة..... وفي..... اليوم والشهر، نحن الموقعون أدناه:

-رب العمل (الممثل بواسطة): الإسم، اللقب، الصفة

-المقاول (الممثل بواسطة): الإسم واللقب والصفة

لقد تنقلنا إلى مكان أشغال المشروع موضوع العقد: (التعريف، المكونات، الموقع) لمعاينة

والتثبت من الأعمال المنفذة من طرف..... في إطار العقد.

لقد قررنا: أنّ الأعمال موافقة لشروط العقد فيما يخصّ القواعد، المواصفات، الصفة، الكمية . وتوجد في حالة جيدة من العناية.

وعلى صدق ما ذكر، لقد أقمنا هذا المحضر .

تمّ ب في.....

المقاول/.....

رب العمل/.....

- نموذج -- محضر التسلم المؤقت -

في سنة...../.....و في...../.....(الشهر و اليوم)، نحن الموقعون أدناه:

- رب العمل، بواسطة الممثل: (الإسم- اللقب- الصفة)...../..... من جهة

و

- المقاول، الممثل بواسطة: (الإسم- اللقب- الصفة)...../..... من جهة أخرى

لقد تنقلنا إلى مكان الأشغال (المشروع موضوع العقد، التعريف- المكونات- الموقع- الحدود) لمعاينة و التثبت من الأعمال المنجزة من طرف...../..... بإعتباره مقاولاً.

لقد قررنا:

- أن الأشغال قد انتهت و أنه بالإمكان تسلمها مؤقتاً.

- لقد سجلنا عند الإقتضاء التحفظات التالية:

(تحديد قائمة التحفظات بدقة) - و التي يلزم المقاول برفعها في المدة المتفق عليها..... و على صدق ما ذكر، لقد أقمنا هذا المحضر.

تم ب...../..... في...../.....

رب العمل/.....

المقاول/.....

- نموذج من عقد مقاوله بناء -

إنه في يوم الموافق / / تم الإتفاق بين كل من:

1- شركة ويمثلها قانونا السيد المهندس رئيس مجلس الإدارة ومحلها المختار الإدارة العامة للشؤون القانونية بصفته رب العمل.

2- السيد الاسم واللقب (الجنسية) بطاقة التعريف رقم / تاريخ ومكان الإزدياد الساكن في /

إسم الشركة / الشكل القانوني للشركة عنوان الشركة / قيمة رأسمال الشركة رقم وتاريخ القيد في السجل التجاري رقم البطاقة الضريبية رقم الملف الضريبي بصفته المقاول.

تمهيد:

لما رب العمل ينفذ لصالحه المشروع وذلك طبقا للرسومات والشروط والمواصفات الفنية الواردة بدفتر الشروط العامة وذلك بالمناقصة أو الأمر المباشر التي حدّد لها جلسة يوم موعدا لفتح المظاريف. وحيث أنّ المقاول قد أبدى رغبته واستعداده للقيام بهذا العمل على الوجه الأكمل بعد أن اطّلع على الرسومات التنفيذية والمواصفات العامة والخاصة لرب العمل إطلاعا كاملا نافيا للجهالة وحيث انتهت الإجراءات الداخلية للشركة بالموافقة على إسناد العمل للمقاول طبقا لشروط ومواصفات وأسعار هذا التعاقد. وحيث أنّ المقاول قبل الإسناد . وحيث أقر الطرفان بأهليتهما للتعاقد فقد اتفقا على ما يلي:

المادة الأولى وثائق العقد:

وثائق العقد متممة لبعضها البعض، وما جاء في إحداها ملزم لكل ما تشمله باقي الوثائق كالاتي:

1- يعتبر التمهيد السابق جزءا لا يتجزأ من هذا العقد وامتّما له.

2- يعتبر البرنامج الزمني للتنفيذ والمقاييس المرفقة جزءا لا يتجزأ من هذا العقد وامتّما له.

3- تعتبر الرسومات والمواصفات والاشتراطات الخاصة والعامة للجهة المالكة وللشركة الطرف الأول الخاصة بالمشروع المبين من مكونات هذا العقد وجزءا لا يتجزأ منه وامتّما له.

-نموذج من عقد مقاوله بناء-

إنه في يوم الموافق / / تم الإتفاق بين كل من:

- 1- شركة..... ويمثلها قانونا السيد المهندس..... رئيس مجلس الإدارة ومحلها المختار الإدارة العامة للشؤون القانونية..... بصفته رب العمل.
- 2- السيد..... الاسم واللقب..... (الجنسية).....
بطاقة التعريف رقم /تاريخ ومكان الإزدياد.....
المساكن في..... /
إسم الشركة..... /الشكل القانوني للشركة.....
عنوان الشركة..... /قيمة رأسمال الشركة.....
رقم وتاريخ القيد في المحل التجاري.....
رقم البطاقة الضريبية..... رقم الملف الضريبي..... بصفته المقاول.

تمهيد:

لما رب العمل ينفذ لصالحه المشروع..... وذلك طبقا للرسمات والشروط والمواصفات الفنية الواردة بدفتر الشروط العامة وذلك بالمناقصة أو الأمر المباشر التي حدّد لها جلسة يوم..... موعدا لفتح المظاريف. وحيث أنّ المقاول قد أبدى رغبته واستعداده للقيام بهذا العمل على الوجه الأكمل بعد أن اطّلع على الرسومات التنفيذية والمواصفات العامة والخاصة لرب العمل إطلاعا كاملا نافيا للجهالة وحيث انتهت الإجراءات الداخلية للشركة بالموافقة على إسناد العمل للمقاول طبقا لشروط ومواصفات وأسعار هذا التعاقد. وحيث أنّ المقاول قبل الإسناد. وحيث أقر الطرفان بأهليتهما للتعاقد فقد اتفقا على ما يلي:

المادة الأولى وثائق العقد:

وثائق العقد متممة لبعضها البعض، وما جاء في إحداها ملزم لكل ما تشمله باقي الوثائق كالاتي:

- 1- يعتبر التمهيد السابق جزءا لا يتجزأ من هذا العقد ومتمما له.
- 2- يعتبر البرنامج الزمني للتنفيذ والمقاييس المرفقة جزءا لا يتجزأ من هذا العقد ومتمما له.
- 3- تعتبر الرسومات والمواصفات والاشتراطات الخاصة والعامة للجهة المالكة وللشركة الطرف الأول الخاصة بالمشروع المبيّن من مكونات هذا العقد وجزءا لا يتجزأ منه ومتمما له.

4- تعتبر الخطابات اللاحقة جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد ومتمماً له. والأسعار المتفق عليها في العقد شاملة لجميع مراحل التنفيذ والأدوات والمواد اللازمة له على اختلاف أنواعها وكذلك وسائل التنفيذ بجميع مستلزماتها ووسائل النقل وتكاليف المياه والإنارة وجميع النفقات التي يتطلبها التنفيذ. وفي تفسير وثائق العقد تعتمد المعاني المتعارف عليها للمواد والأدوات وطرق التنفيذ إلا إذا نصت المواصفات على خلاف ذلك.

المادة الثانية - الإصطلاحات:

تعتمد الإصطلاحات التالية في وثائق العقد بالمعاني المبينة فيما يلي:
رب العمل: هو الذي تعلن المناقصة باسمه ويكون طرفاً أولاً عند التعاقد.
المقاول: الشخص أو الهيئة أو الشركة التي يتعاقد معها رب العمل لتنفيذ العملية والذي يلتزم بما جاء في وثائق العقد من شروط والتزامات، ويكون طرفاً ثانياً عند التعاقد.
المقاول الفرعي: الشخص أو الهيئة أو الشركة عدا المقاول الذي يكلف من المقاول بتنفيذ أجزاء خاصة من العملية، أو توريد الأدوات والمواد أو العمال في محل العمل.
المشروع - العملية: العمل المنصوص عنه في المواصفات الذي يطلبه رب العمل - ويقوم بتنفيذه المقاول.
العمل: عند ذكر كلمة عمل يقصد بها مختلف نواحي العملية أثناء التنفيذ، وتشمل الأدوات والمواد والعمال والوسائل اللازمة للتنفيذ على الوجه الصحيح المتفق مع طبيعة العمل وما تنص عليه المواصفات.
المهندس: هو الذي يعينه رب العمل من قبله للإشراف على تنفيذ المشروع.
الضامن: هو الشخص أو الهيئة أو الشركة أو المصرف الذي قام بضمان المقاول وتقديم المستند اللازم لضمان تنفيذ المشروع ووفاء المقاول بجميع التزامات العقد.

المادة الثالثة - التبليغ ومعناه:

معنى الإنذار هو التنبيه الذي يصدر من رب العمل للمقاول، إلى المسؤولية التي تترتب عن مخالفته شرط من شروط التعاقد، والإخطار أو التبليغ أيما جاء ذكره في وثائق العقد هو الإشعار المكتوب لصاحب العلاقة. والإنذار أو الإخطار أو التبليغ يعتبر واقعا إذا سلم لرب العمل أو المقاول أو الضامن أو أرسل إليه بكتاب مسجل بعلم الوصول دون حاجة إلى أية إجراءات قضائية.
ويكون الإنذار أو الإخطار أو التبليغ صحيحاً وقانونياً إذا سلم للمهندس بدلاً من رب العمل، وإلى مندوب المقاول بموقع العمل، وإلى الوكيل الذي عقد الضامن نيابة عن الضامن.

المادة الرابعة - مستند الضامن:

على المقاول أن يقدم لرب العمل خطاب ضمان من مصرف معتمد بمبلغ لا يقل عن قيمة تكاليف العملية المحددة بالعقد كضمان لتنفيذ المقاول للعقد والوفاء بجميع التزاماته الواردة في وثائق العقد المختلفة.

المادة الخامسة - التأمين على العملية:

لا يبدأ المقاول في التنفيذ إلا بعد إجراء عمليات التأمين في هذه المادة بالصورة التي يقرها رب العمل. كذلك لا يجوز للمقاول أن يسمح لأي مقاول فرعي أن يبدأ عمله قبل إجرائه للتأمين وإقراره من رب العمل.

أ- يتعين على المقاول إجراء عملية التأمين والمواظبة على دفع أقساطها للمحافظة على استمرار سريانها طوال مدة العقد بحيث تشمل عملية التأمين مواجهة متطلبات قانون تعويضات العمال، والمسؤولية تجاه رب العمل والمسؤولية العامة. وأن يغطي جميع احتمالات المتطلبات التي قد يتعرض لها المقاول والمقاول الفرعي أثناء تنفيذ العقد كنتيجة للإصابات والوفاة الناتجة من حوادث العمل، وكذلك الأضرار التي تلحق بممتلكات الغير أو بمنشآت المشروع نتيجة لتنفيذ العقد سواء كانت هذه الأضرار ناتجة عن أعمال المقاول أو المقاول الفرعي أو من أي شخص تابع للعمل بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو من الآلات أو الوسائط المختلفة المستعملة في التنفيذ.

ب- على المقاول تقديم مستندات التأمين المختلفة التي تشمل النواحي المذكورة آنفا إلى رب العمل والمهندس.

ج- ولما كانت المنشآت والأدوات التي توجد في محل العمل ملكا لرب العمل منذ وصولها إليه، فيجب أن يكون التأمين الذي يجريه على هذه المنشآت والأدوات باسم رب العمل ولصالحه.

المادة السادسة - موضوع العقد:

يتعهد رب العمل للمقاول القابل لذلك أعمال.....
بمشروع الكائن ب للمنشآت الآتية:

وذلك على النحو الوارد بدراسة الشروط والمواصفات والمقاييس المرفقة، والتي تعتبر كمياتها تقديرية والعبرة في المحاسبة بالكميات التي يتم حصرها من واقع الأعمال المنفذة بالقياس الهندسي على الطبيعة وكذا خطاب الإسناد الصادر للمقاول بتاريخ /... /... /....

المادة السابعة - قيمة العقد:

القيمة الإجمالية لتكلفة العملية موضوع هذا العقد مبلغ. وقد..... فقط لا غير .

المادة الثامنة - المواصفات والتصميمات والخرائط والرسومات:

يقدم رب العمل للمقاول جميع المواصفات والتصميمات والخرائط والرسومات بتفاصيلها مع التعليمات اللازمة للتنفيذ بدون مقابل. وعلى المقاول أن يلتزم بها في التنفيذ، ولا يقوم بأي عمل إلا بناء على رسومات وخرائط وتعليمات من رب العمل.

وعلى المقاول أن يحتفظ في محل العمل بنسخة كاملة من هذه المواصفات والرسومات، وأن تكون دائما تحت طلب المهندس. وتعتبر البيانات الموجودة في أحدها كأنها موجودة في الجميع. وفي حالة التعارض بين المواصفات والرسومات يعتمد ما جاء بالمواصفات وإذا كان التعارض واقعا بين الأرقام والرسومات، فيجب على المقاول عرضها على المهندس الذي يقرر التصحيح، ويكون المقاول مسؤولا عما يقوم به من تلقاء نفسه في هذا الشأن. وعلى المهندس أن يوالى تسليم المقاول بما يستدعيه الأمر من رسومات وتفاصيل.

المادة التاسعة - مطابقة المواد المستعملة للشروط الفنية:

يجب أن تكون كل المواد من أجود الأصناف ومطابقة لشروط ومواصفات العقد، ويجب على المقاول بناء على طلب من رب العمل وأثناء سير العمل أن يضع جميع المهمات أو الأعمال والمواد المستعملة كالإسمنت والخرسانة والحديد والأخشاب... الخ، تحت الإختبار ويجب عليه أن يقدم له المساعدات والتسهيلات اللازمة ويلتزم المقاول بتقديم عينات من الأصناف والمهمات والتوريدات أو خلافة من الأنواع الداخلة في تنفيذ الأعمال

موضوع العقد على أن يقدم رب العمل موافقة كتابية عن كل عينة وقبل توريد الأصناف و المهّمات... الخ. وللمهندس المشرف الحق في أي وقت رفض مهمات أو أعمال يرى أنها معيبة أو مخالفة للعيّنة المعتمدة أو لا تتفق مع شروط العقد ومواصفاته، وعلى المقاول أن يزيل في خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ استلامه إخطارا كتابيا من المهندس المشرف على هذه المهّمات من منطقة العمل ويستبدلها بغيرها. وعليه أيضا أن يهدم الجزء المرفوض من العمل، ويعيد إنشائه على نفقته. وإذا قصر في ذلك قام رب العمل بذلك على نفقة المقاول خصما من مستحقّاته لديه وبدون أي إنذار.

ولا يسمح بمدّ أصل التسليم الابتدائي أو النهائي بسبب رفض لرب العمل أو مندوبه للمهّمات أو إجراء العمل ولا يكون للمقاول الحق في المطالبة بأيّ تعويض عن ذلك.

المادة العاشرة - المواد والأدوات وصناعتها:

فيما عدا ما تحدده المواصفات بصفة خاصة، يجب أن تكون المواد والأدوات المستعملة في التنفيذ جديدة ومن أجود الأنواع المستعملة للغرض المطلوب، مطابقة لما هو متعارف عليه في مستوى الأعمال المماثلة. وعلى المقاول تقديم الإثبات على ذلك كلما طلب منه. كذلك تقديم العينات مع الأوصاف والخصائص لرب العمل لإقرارها كلما طلب ذلك، أو كما تنصّ عليه المواصفات.

المادة الحادية عشر - نص التعادل أو التماثل

أينما جاء في المواصفات عن وصف مادة أو أداة أو آلة باستعمال اسم تجاري مع ذكر عبارة (أو ما يمثّلها) أو ما يعادلها. فالمقصود بذلك الحصول على المادة أو الأداة التي تحتوي على الصفات والخصائص والمميزات التي للمادة المذكورة. ولا يجوز تفسيرها بالمعنى الذي يسمح بتوريد مواد أقل من المستوى المطلوب. ويجب على المقاول أن يتقيد في ذلك بوثائق العقد التي تنصّ على موافقة رب العمل على نوع المواد قبل استعمالها في العمل.

المادة الثانية عشر - الكميات:

1- الكميات 1575_ 1593 المبينة بالمقاييسات والرّسومات استرشادية ويتم حساب قيمة الأعمال بالمستخلصات الجارية وختامي المشروع بالفئة الواردة بعرض المقاول، وطبقا للنسب الموضوعة لبنود الأعمال حسب الكشف المرفق بالتعاقد الذي تمّ الإنسناد بموجبه وبذات المواصفات والشروط والرّسومات المطروحة في هذا العطاء على أن تتطابق الفئة بالمتّر المسطح مع القيمة الإجمالية بطريقة الحساب بنود الأعمال، والعبارة بالمسطح النهائي لكل نموذج على حدّه مع اعتبار أنّ الشرفات تحسب نصف مسطح، وذلك بالنسبة لأعمال تشطيبات بنود الأعمال المتكاملة.

2- في حالة قيام رب العمل بإضافة أو حذف بعض بنود الأعمال، فيتمّ المحاسبة على قيمتها طبقا لفئات بنود الأسعار الواردة بالمقاييسة والمحدّدة من المقاول.

3- الكميات المبينة بالمقاييسات والرّسومات، والغرض منها بيان مقدار العقد بصفة عامة والأسعار التي تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التي نفذت فعلا، والتي تتبيّن من القياس على الطبيعة أثناء سير العمل سواء كانت تلك الكميات أقل أو أكثر من الوارد بالمقاييسة وسواء نشأت الزيادة أو النقص من خطأ في حساب المقاييسة الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت في العمل.

4- تشمل الفئات ثمن الأعمال بما في ذلك توريد وتركيب ونقل المواد والرفع، والمصنعية والعدد والآلات وغير ذلك من الأعمال اللازمة لتنفيذ العقد على الوجه الأكمل.

5- تشمل الفئات التأمينات الإجتماعية وجميع الالتزامات العمالية التي تنص عليها القوانين واللوائح، وستقوم الشركة - رب العمل - بتسديد الأقساط المستحقة لهيئة التأمينات الإجتماعية خصما من حساب المقاول مسؤولا عن الأضرار التي قد تلحق بالعاملين الذين يعملون معه، ويتحمل بكافة آثار المسؤولية المدنية وليس له حق الرجوع على رب العمل أو إدخاله في دعاوى التعويضات التي ترفع عليه من عماله.

المادة الثالثة عشر - التزامات رب العمل:

- 1- تسليم المقاول موقع العمل خال من العوائق جاهزا للتشغيل.
- 2- صرف مستحقات المقاول طبقا لما هو موضح ببند المحاسبة وطريقة الدفع في هذا العقد.
- 3- تدبير مصدر للمياه ومصدر للكهرباء اللازمة للتشغيل خارج كل موقع عمل على مسافة لا تزيد على 100 متر من كل موقع على أن يتحمل المقاول مصاريف التوصيل من المصدر إلى داخل الموقع.

المادة الرابعة عشر - المدة المحددة للتنفيذ:

مدة تنفيذ موضوع التعاقد شهرا تبدأ من تاريخ استلام موقع العمل أو بعد أسبوع من تاريخ أمر الإسناد أيهما أسبق.

المادة الخامسة عشر - إشراف رب العمل على الأعمال :

يجب أن يتم تنفيذ الأعمال موضوع العقد تحت إشراف من يعينه رب العمل. لهذا الأخير ومندوبه الحق في التفتيش في جميع الأوقات وعلى المقاول اتخاذ الإجراءات التي تسهل القيام بالتفتيش. وعلى المقاول وتابعيه الالتزام بجميع التعليمات التي تصدر إليه أو إلى تابعيه من مندوب رب العمل، وعليه أن يبعد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط، وهذا خلال أربع وعشرين ساعة من تسليمه أو مندوبه أمرا كتابيا من رب العمل.

المادة السادسة عشر - القوة القاهرة:

لا يكون مقصرا في تنفيذ التزاماته الطرف الذي يتأخر في تنفيذها نتيجة قوة القاهرة تمنعه من إتمام العمل. لا يمكن اعتبارها كقوة القاهرة إلا الأحداث الخارجة عن إرادة الطرفين، والتي تكون غير متوقعة ولا يمكن دفعها ولا تحملها مثل: انفجار منجم، قنابل، وكل المتفجرات الأخرى. و كذا الزلازل، الظروف الجوية المرتفعة جدا وكل الحوادث غير العادية.

ولا يمكن إعفاء المقاول من التزاماته بسبب القوة القاهرة إلا إذا قام بتبليغ رب العمل كتابة بوقوع هذه الحوادث في خلال مدة لا تزيد عن سبعة (07) أيام يبدأ حسابها من تاريخ وقوعها.

المادة السابعة عشر - حق رب العمل في تنفيذ أعماله:

إذا أهمل المقاول في تنفيذ العمل على الوجه الصحيح أو قصر في الوفاء بأي شرط من شروط العقد، فلرب العمل بعد ثلاثة أيام من تبليغ كتابي للمقاول وضامنه في القيام بتصحيح الأخطاء أو إكمال النواقص... الخ وخصم قيمة هذه الأعمال من استحقاق المقاول.

المادة الثامنة عشر - العقود الأخرى في العمل:

لرب العمل أن يتعاقد مع مقاول أو مقاولين آخرين لتنفيذ أعمال أخرى في العملية أو موقع العمل. وعلى المقاول أن يتعاون تعاوناً تاماً مع هؤلاء المقاولين، وأن يوفّق بين عمله وعمل الآخرين كما يشير به رب العمل وألاً يقوم بأيّة إجراءات أو تصرّفات تؤثّر على أعمال المقاولين الآخرين.

المادة التاسعة عشر - مندوب المقاول:

على المقاول أن يقوم بالإشراف على العمل بنفسه أو ينيب عنه مندوباً أو ملاحظاً على قدر من الكفاءة يتناسب مع العملية يوافق عليه رب العمل. وأن يكون هذا المندوب موجوداً في محلّ العمل على الدوام، وأن تكون لديه السّلطة الكافية للتصرّف نيابة عن المقاول.

المادة العشرون - سلّطة المهندس:

للمهندس حقّ التّوجيه والإشراف العام على العمل، وله حقّ إيقاف العمل إذا وجد أن ذلك ضرورياً لتنفيذ العقد على الوجه الصحيح. وله أيضاً حقّ رفض جميع الأعمال أو المواد التي لا تتفق مع المواصفات والعقد، وأن يوجّه التعلّيمات بزيادة العناية أو التفرّغ لأيّ جزء من العمل حسبما يجده ضرورياً. وعلى المهندس في جميع الحالات أن يقرّر مقادير الأعمال والمواد التي يتقاضى عنها المقاول المبالغ أو النّسب في الأوقات المحدّدة في العقد. والمهندس هو الذي يتخذ القرارات في الأمور التي تتعلّق بالمواصفات والرّسومات في تنفيذ العمل. وقراراته في هذه الأمور نهائية، ويقوم المقاول بالتنفيذ على النّظام والمراحل التي يوافق عليها المهندس.

المادة الواحدة والعشرون - الدفعة المقدّمة:

تصرّف دفعة مقدّمة بموجب محضر استلام الموقع للمقاول مقدارها % من قيمة العملية مقابل تقديمه خطاب ضمان صادر من البنك، وتخصم هذه الدفعة من المستخلصات الجارية بنفس النّسبة.

المادة الثانية والعشرون - استخدامات الدفعة المقدّمة:

يلتزم المقاول من تاريخ صرف الدفعة المقدّمة بالقيام بالإجراءات التّفيذية، وبدأ تنفيذ العملية المسندة له وتجهيز الموقع... الخ. وفي حالة إخلال المقاول بهذا الالتزام، وأنّصح لربّ العمل أنّه قد استخدم الدفعة المقدّمة في غير الغرض المخصّصة له يحقّ لربّ العمل صرف قيمة خطاب الضمان من البنك الصّادر منه مع عدم الإخلال بحقّه في تحصيل غرامة التأخير تحسب من تاريخ الإنذار.

المادة الثالثة والعشرون - المقاول الفرعي:

لا يجوز للمقاول تشغيل مقاولين فرعيين إلا بعد موافقة ربّ العمل عليهم خطياً. ويبقى المقاول مسؤولاً مسؤولية تامّة عن أعمال المقاول الفرعي وموظّفيه وعمّاله الذين يستخدمهم بطريق مباشر أو غير مباشر. وكذلك عن مستوى تنفيذ العمل وعمّا يستعمله من مواد وأدوات ووسائل العمل.

وبناء على طلب ربّ العمل، يقدّم له المقاول الفرعي كلّما أمكن ذلك، بياناً بما أنجزه من أعمال أو بما يستحقّه من مبالغ.

ويجب على المقاول أن يقيّد المقاول الفرعي فيما بينهما من عقد بجميع الشّروط والالتزامات والمواصفات التي تحتويها وثائق العقد. وفي جميع الحالات لا يكون ربّ العمل على أيّة صلة تعاقدية مع المقاول الفرعي.

المادة الرابعة والعشرون - التنازل عن العقد:

لا يجوز للمقاول أن يتنازل عن العقد أو أي جزء منه إلا بعد الموافقة الخطية من رب العمل على التنازل وعلى المتنازل إليه. ولا تكون عملية التنازل صحيحة، إلا إذا كان بها نص صريح على أن المقاول قد سدّد جميع ما عليه من مطالبات للعمال وموردي المواد والأدوات وغير ذلك مما يتعلّق بالعملية. أو يتعهد المتنازل إليه بالوفاء بجميع التزامات المقاول السابقة في أمثال هذه المتطلبات.

المادة الخامسة والعشرون - الالتزام باستخراج التراخيص واتخاذ الإجراءات القانونية وإتباع القوانين واللوائح:

على المقاول الحصول على التراخيص اللازمة والتي يحددها القانون أو التي تفرضها السلطات المسؤولة لجميع مراحل التنفيذ. ويدفع ربّ العمل تكاليف الحصول على تراخيص البناء ورسوم التفتيش. وعلى المقاول إتباع القوانين واللوائح التي تتعلّق بالعمل ومتطلباته، وأن يلتزم بما يستلزمه ذلك من إجراءات في أوقاتها ومواعيدها المحددة. كما أن المقاول مسؤول عن التعويضات التي تنشأ عن إصابات العمل وحالات الوفاة للعاملين الذين يعملون في تنفيذ بنود هذا العقد، وما ينشأ من آثار وعليه أن يقوم بالالتزامات القانونية قبلهم.

المادة السادسة والعشرون - الالتزام بالمحافظة على الأعمال موضوع العقد:

1- على المقاول أن يحافظ على نظافة محلّ العمل في جميع الأوقات، وأن يتخلّص من بقايا المواد أو المهملات التي تنتج من العمل أو العمال. وعند انتهاء العمل عليه إزالة جميع البقايا والمهملات والأجهزة وجميع وسائل العمل، وأن يسلم العملية نظيفة صالحة للاستعمال، وإلا كان لرب العمل الحقّ في إزالتها بمعرفة على نفقة المقاول بدون أيّ إخطار أو تنبيه.

2- على المقاول تزويد محلّ العمل بالمرافق الصحية اللازمة للعمال أثناء التنفيذ، وإذا قصر المقاول في اتخاذ هذه الإجراءات، فلربّ العمل أن يقوم بتنفيذها على حساب المقاول.

3- تعتبر المواد المسلمة للمقاول أو لمندوبه المعين قبله، من رب العمل للتنفيذ بها أمانة لديه وعليه المحافظة عليها وعدم الإسراف في استعمالها أو استخدامها في غير الغرض المنصرفة من أجله، كما عليه إتباع المعدّلات الفنية.

وفي حالة إتلافه أو تبديده أية كمية منها يتمّ تحميله بقيمتها السوقية أو القيمة الدفترية % 15 + أيهما أكبر دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار إضافة إلى المسؤولية المدنية والجنائية التي تترتب على ذلك.

4- ليس للمقاول الحق في التمسك بحيازة المباني والعقارات التي يقوم بإنشائها تنفيذاً لهذا العقد أو الإدعاء بوضع اليد عليها أو حبسها عن رب العمل لأيّ سبب من الأسباب.

المادة السابعة والعشرون - تصحيح السهو والخطأ:

كلّ خطأ أو سهو يحصل في أيّ وصف أو رسم يقدمه رب العمل، فيكون له الحقّ في تصحيحه في أيّ وقت ولا يكون للمقاول أيّ حقّ في التعويض استناداً إلى ذلك. وعلى المقاول أن يتحرى بنفسه على طبيعة الأعمال والقيام بما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات للتعليمات المعتمدة، وعليه إخطار رب العمل في الوقت المناسب بملاحظاته، ويكون مسؤولاً عن جميع الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدّمة منه.

المادة الثامنة والعشرون - تمديد مدة التنفيذ:

إذا تأخر المقاول في التنفيذ نتيجة لتقصير رب العمل أو مندوبه أو نتيجة لأعمال مقاول آخر في محل العمل فللمقاول الحق في الحصول على التمديد المناسب لمدة التنفيذ، على أن يقوم المقاول في كل حالة بإبلاغ رب العمل كتابة في خلال خمسة أيام من وقوع أسباب التأخير.

كذلك للمقاول الحق في الحصول على تمديد لمدة التنفيذ نتيجة للأعمال الإضافية أو التعديلات التي يطلبها رب العمل أو المهندس، ولا يسري ذلك على الإضافات أو التعديلات الطفيفة أو المعتادة. ويجب على المهندس تبليغ المقاول بتعليماته في هذا الخصوص، وبناء على طلب المقاول وفي خلال خمسة أيام من التبليغ يقرّر المهندس التمديد اللازم للمدة، وقراره في ذلك نهائي. ولا يحقّ للمقاول المطالبة بأية تعويضات عن أضرار أو خسائر من رب العمل نتيجة لتمديد مدة التنفيذ.

المادة التاسعة والعشرون - ساعات العمل الإضافية:

يمكن للمقاول القيام بالعمل في ساعات الليل بعد الحصول على موافقة المهندس الخطية قبل القيام بذلك بمدة كافية يستطيع فيها المهندس تنظيم عملية الإشراف. وتستثنى من شرط المدة الكافية، الحالات الطارئة. وإذا أراد المهندس استعجال العمل في أي جزء للانتهاء منه في المواعيد المحددة بالجدول، أو لإعطاء الفرصة للمقاولين الآخرين للقيام بأعمالهم، فيمكنه أن يطلب من المقاول تشغيل ساعات إضافية أو نوبة أو نوبتين إضافيتين في يوم أو أكثر وذلك في جزء أو أكثر من أجزاء العمل. وعلى المقاول أن يهيئ الوسائل اللازمة للعمل الليلي من إنارة واحتياطات لسلامة العمل والعمال. وأن يرتب الإشراف اللازم على العمل بالقدر الذي يحقق المستوى الذي تحدده المواصفات. وعلى المقاول أن يتخذ احتياطاته وتقديراته عند تقديم عطائه عن النفقات الإضافية التي تترتب على هذه الإجراءات حيث لا يتحمل رب العمل شيئاً من النفقات الناتجة عن ساعات العمل الإضافية أو العمل الليلي.

المادة الثلاثون - حق تعديل الأعمال:

لصاحب العمل الحق في إجراء تعديلات - في أي وقت ولو أثناء التنفيذ - والتي يمكن أن تكون في العمل أو الرسومات أو الخرائط أو الشروط أو الكميات الواردة بالعقد أو المواد الموردة طبقاً للعقد أو إحدى وثائقه، بشرط ألا يترتب على هذه زيادة أو نقص في قيمة العقد لأكثر من 25 % على أن يعتبر في حكم العمل الأصلي المكلف به المقاول. ولا تجري هذه التغييرات إلا بناء على موافقة كتابية من رب العمل، ويتم تعديل استحقاقات المقاول بناء على هذه المعلومات والتغييرات بطريقة أو أكثر من الطرق الآتية:

- أ- بتطبيق أسعار الوحدات الواردة في عطاء المقاول و المرفقة مع العقد.
- ب - بتطبيق جداول الأسعار الإضافية التي يرفقها المقاول من عطائه لأمثال هذه التغييرات والمرفقة مع العقد.
- ج - بمبلغ مقطوع يطلبه المقاول ويوافق عليه رب العمل.
- د- على أساس التكاليف الفعلية للعمل و شاملة للمواد وأجور العمال ووسائل النقل والتأمين مع إضافة 5 % على هذه التكاليف لتغطية المصاريف العامة والثابتة للمقاول وأرباحه.

المادة الواحدة والثلاثون - التسليم المؤقت والنهائي:

يجب على المقاول أن يخطر رب العمل كتابة بالتاريخ المطلوب استلام العمل فيه قبل حلوله بأسبوع على الأقل لإجراء المعاينة، ويتم التسليم بواسطة لجنة مشكلة من مهندس رب العمل ورب العمل والمقاول أو مندوبه.

و إذا تبين من المعاينة أن العمل قد تم على الوجه المطلوب، اعتبر تاريخ إخطار المقاول باستعداده للتسليم موعداً لإنهاء العمل، ويكون رب العمل ملزماً بتسليم العمل نهائياً، وتتم عمليتا التسليم والتسلم بموجب محضر التسليم والتسلم من ثلاث نسخ يوقعه كل من رب العمل والمقاول والمهندس.

أما إذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل، يتم تسلم العمل مؤقتاً وبحفظات، فيثبت هذا في المحضر بنفس الطريقة السابقة، ويؤجل التسليم لمدة أربعة أشهر لضمان حسن الإنجاز، يتم فيها تنفيذ الأعمال بما يطابق الشروط. وقبل انتهاء مدة ضمان حسن الإنجاز بوقت مناسب يخطر رب العمل كتابة بتحديد موعد للمعاينة، ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت بحالة جيدة، يتم تسليمها نهائياً بنفس الطريقة السابقة الذكر.

وإذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقدّم بعض الالتزامات يؤجل تسليم العمل إلى غاية إتمام المقاول العمل المطلوب منه أو يقوم رب العمل بتعيين مقاول آخر لإتمام العملية، ويكون ذلك تحت مسؤولية المقاول الأول وعلى نفقته، وعند تمام التسليم النهائي بنفس طريقة التسليم السابق ذكرها، يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقاً له من مبالغ.

المادة الثانية والثلاثون - غرامة التأخير:

على المقاول أن ينهي جميع الأعمال الموكولة إليه تنفيذها بما في ذلك أية زيادات أو تغييرات تصدر بها أوامر من رب العمل بمقتضى ما يكون مخولاً من حقوق في العقد، بحيث يكون كاملاً وصالحاً من جميع الوجوه للتسليم.

فإذا تأخر عن إتمام العمل كاملاً في المواعيد المحددة توقع غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إنهاء العمل بعد الميعاد والمحدد للتسليم، ولا يدخل في حساب مدة التأخير مدة التوقف التي يثبت لرب العمل نشوئها عن أسباب قهريّة، ويكون توقيع الغرامة بالنسب والأوضاع التالية:

1% عن الأسبوع الأول أو أي جزء منه.

1,5% عن الأسبوع الثاني أو أي جزء منه.

2% عن الأسبوع الثالث أو أي جزء منه.

2,5% عن الأسبوع الرابع أو أي جزء منه.

4,5% عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك، تحسب من قيمة ختامي العملية جميعها، إذا رأى رب العمل أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما يتم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأى رب العمل أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئاً من ذلك، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط، وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب أي ضرر دون حاجة إلى

تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات قضائية أخرى ووفق تقدير رب العمل، كما أنه إذا تقاعس المقاول عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد أو أخل بشروط التعاقد أو نفذ مخالفاً للاشتراطات والمواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط أو غير أصول الصنعة وقام رب العمل بسحب العمل منه طبقاً لنصوص هذا التعاقد وعلى الوجه

المبين به، فإنه لا يحق لهذا الأخير رفع أية دعوى مدنية أو جنائية عن هذا العقد أو مدعى أن الإصلاحات لما قام به تعد إتلافاً.

المادة الثالثة والثلاثون - حالات فسخ العقد:

بالإضافة إلى حالات الفسخ المنصوص عليها في أي مادة من مواد هذا العقد، يكون لرب العمل الحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويضات المترتبة على ذلك في الحالات الآتية، ويعتبر الفسخ نافذاً من تاريخ التبليغ الخطي الذي يرسله إلى المقاول بذلك دون حاجة إلى إجراءات أو شكلية أخرى.

- 1- إذا استعمل المقاول الغش أو التلاعب في معاملته مع رب العمل.
- 2- إذا ثبت على المقاول أنه شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في رشوة أي عامل من عمال رب العمل أو التواطؤ معه إضراراً به.
- 3- إذا أفلس أو أعسر المقاول، أو عند حل الشركة أو وقوع حالة للشركاء المتضامنين أو بعضهم تؤثر على الاستمرار في العمل أو تحمّل الالتزامات.

4- إذا تأخر في البدء في العمل وفي هذه الحالة يكون الفسخ دون سابق إنذار أو تنبيه.

5- إذا ظهر بطئ في سير العمل وعدم الالتزام بالبرنامج الزمني الموضوع للتنفيذ يتبع الآتي:

أ - بالنسبة للأعمال التي بدأ المقاول العمل بها، فيحق لرب العمل إلغاؤها من تعاقده دون إنذار أو تنبيه، أو الاكتفاء بإخطاره بالإلغاء.

ب - بالنسبة للأعمال الجاري فيها العمل دون التزام بالبرنامج الزمني، فيقوم رب العمل بإخطار المقاول بتأخيره المرحلي ومطالبته بالتعويض، وإذا لم يستجب في خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ الإخطار، فيحق لرب العمل سحب العمل. وفي الحالتين (أ- ب) يتم تنفيذ بقية الأعمال بإسنادها لمقاول آخر ذاتياً مع تحميل المقاول بكافة فروق تكلفة التنفيذ مضافاً إليها % 10 مقابل مصروفات إدارية لإجمالي قيمة الأعمال المنفذة خصماً من حساب المقاول. ومن حق رب العمل الاحتفاظ بالمبالغ التي لم يقبضها المقاول، وكذلك استلام المبالغ التي على شركات التأمين دفعها، سواء كانت مستحقة الدفع لرب العمل أو المقاول، ولرب العمل بعد ذلك الحق في مطالبة المقاول بالمبالغ الإضافية التي تلزم لتغطية قيمة الأضرار ولنصفية العقد، وفي جميع هذه الحالات يكون الضامن كفيلاً متضامناً مع المقاول.

ج - إذا تبقى للمقاول مبالغ بعد إجراء التصفية والتعويض عن الأضرار، يدفعها له رب العمل على دفعتين الأولى بعد شهرين من إجراء التصفية والتحقق من قيمة الأضرار، والثانية في خلال مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ الفسخ.

د - إذا انسحب المقاول كلياً من الأعمال أو تركها أو إذا وقف الأعمال كلية مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً.

هـ - إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد، ولم يصلح اثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره كتابة بذلك. وفي جميع الأحوال التي يتقاعس المقاول فيها عن الوفاء بالتزاماته يحق لرب العمل إنذاره بسحب العمل بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه الثابت بسجلات رب العمل في مدة أقصاها أسبوع من تاريخ الإخطار، وبعد حصر أعماله ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر.

المادة الرابعة والثلاثون - سحب العمل:

متى تقرّر سحب العمل كلّهُ أو بعضه من المقاول، يحزّر كشف بالأعمال التي تمت وبالأدوات وبالآلات التي استحضرت والمهمات التي لم تستعمل يكون قد وُردها المقاول لمكان العمل، ويتمّ ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب ربّ العمل وبحضور المقاول، بعد إخطاره بكتاب مسجل بالحضور هو أو مندوبه ويثبت هذا الجرد وبحضور المقاول بعد إخطاره بكتاب مسجل بالحضور هو أو مندوبه ويثبت هذا الجرد بموجب محضر يوقّعه كلّ من مندوب ربّ العمل والمقاول أو من ينوب عنه، وإذا لم يحضر المقاول في الموعد المحدّد بالإخطار، فيتمّ الجرد بمعرفة مندوب ربّ العمل ويتمّ إخطار المقاول بنتيجة الجرد. فإذا لم يبدأ المقاول ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصولها إليه، كان ذلك بمثابة إقرار منه بصحّة البيانات الواردة في محضر الجرد، وربّ العمل غير ملتزم بأخذ شيء من هذه المهمّات إلّا بالقدر الذي يلزم لإتمام الأعمال فقط على أن تكون صالحة للاستعمال أساساً، وما يزيد عن ذلك يكفّف المقاول بنقله من محلّ العمل ويكون لربّ العمل في هذه الحالة وفقاً لتقديره المطلق، علاوة على اقتضاء غرامة التأخير أن يستعمل الحقوق التالية:

بحضور المقاول بعد إخطاره بكتاب مسجل بالحضور هو أو مندوبه، ويثبت هذا الجرد بموجب محضر يوقّعه كلّ من مندوب ربّ العمل والمقاول أو من ينوب عنه، وإذا لم يحضر المقاول في الموعد المحدّد بالإخطار فيتمّ الجرد بمعرفة مندوب ربّ العمل، ويتمّ إخطار المقاول بنتيجة الجرد، فإذا لم يبدّ المقاول ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصولها إليه، كان ذلك بمثابة إقرار منه بصحّة البيانات الواردة في محضر الجرد، وربّ العمل غير ملتزم بأخذ شيء من هذه المهمّات، إلّا بالقدر الذي يلزم لإتمام الأعمال فقط، على أن تكون صالحة للاستعمال أساساً، وما يزيد عن ذلك يكفّف المقاول بنقله من محلّ العمل ويكون لربّ العمل في هذه الحالة وفقاً لتقديره المطلق علاوة على اقتضاء غرامة التأخير أن يستعمل الحقوق التالية:

أولاً:- أن يقوم ربّ العمل على حساب المقاول بتنفيذ الأعمال التي لم تتمّ كلّها أو بعضها، وفي هذه الحالة لا يحقّ للمقاول المطالبة بأيّ وفر يتحقّق.

ثانياً: أن يتفق ربّ العمل مع أحد المقاولين بطريقة الممارسة لإتمام العمل.

ثالثاً:- يحقّ لربّ العمل احتجاز كلّ أو بعض ما يوجد بمحلّ العمل من المنشآت الوقتية وآلات ومباني وخلافه، وأن يستعملها في إتمام العمل دون أن يكون مسؤولاً لدى المقاول أو غيره عنها وما يصيبها من تلف أو نقل لأيّ سبب كان أو دفع أجر عنها. ولربّ العمل الحقّ في احتجاز كلّ أو بعض هذه الأدوات والمواد حتّى بعد انتهاء العمل، وذلك ضماناً لحقوقه قبل المقاول وله أن يبيعه دون أن يسأل عن أيّة خسارة تلحق من جزاء البيع، كما يكون له في هذه الأحوال الحقّ في استرداد جميع ما تكبّده من مصروفات وخسائر زيادة عن قيمة العقد نتيجة سحب العمل بالخصم من التأمين المودع لديه من المقاول دون الإخلال بحقّ ربّ العمل في المطالبة عمّا لحقه به.

المادة الخامسة والثلاثون - طريقة السداد أو الدفّع:

1 - يقوم ربّ العمل في الأسبوع الأول من كلّ شهر بدفع أقساط للمقاول تعادل 80% من قيمة الأعمال التي تمتّ خلال الشهر السابق، مستنداً في ذلك إلى كشوف مفصّلة لتلك الأعمال ومعتمدة من المهندس. ويكون مخصوماً منها الآتي:

أ - التأمينات الإجتماعية المستحقة بهيئة التأمينات الإجتماعية.

ب - الضرائب المستحقة لمصلحة الضرائب.

ت - دمغات النقابة.

ث - قيمة المسحوبات وإيجار المعدات إن وجدت.

ج - غرامات التأخير إن وجدت.

2 - بعد استلام الأعمال استلاماً مؤقتاً، يقوم رب العمل بتحرير كشوف ختامية بقيمة الأعمال التي تمت فعلاً ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه.

3 - عند استلام الأعمال استلاماً نهائياً، يسوى الحساب النهائي ويدفع للمقاول باقي حسابه بما في ذلك التأمين أو ما تبقى منه، ويعفى من ذلك إذا كانت الأعمال لا ترتبط بسلامة المبنى ومنها على سبيل المثال أعمال مصنوعات التجارة.

المادة السادسة والثلاثون - ثبات الأسعار:

اتفق الطرفان على أن الأسعار الموضحة بالمقاييس المرفقة بهذا العقد نهائية وثابتة طوال مدة التعاقد، ولا يحق لأي من الطرفين المطالبة بتعديلها لصالحه. ومع هذا يحق لرب العمل النظر في مطالبة المقاول بإضافة فروق أسعار الخدمات التي تزيد أسعارها بموجب قرارات وزارية أو قوانين تصدر أثناء مدة التنفيذ إذا رأى هذه الزيادة تضر بالمقاول إضراراً جسيماً. وفي هذه الحالة تحتسب الفرق لكميات الخدمات الواجب استهلاكها نظرياً والتي زادت أسعارها طبقاً للقرارات الوزارية الصادرة في شأنها الأعمال المتبقية وبعد استئصال الكميات المشونة في موقع العمل من الخدمات نفسها التي خضعت لزيادة السعر.

المادة السابعة والثلاثون - المحل المختار:

اتخذ كل من الطرفين عنوانه الموضح بصدر هذا العقد محلاً قانونياً، توجه له كافة المكاتبات والأوراق القانونية والقضائية المتعلقة بهذا التعاقد، ويلتزم بإخطار الطرف الآخر بأي تغيير يطرأ عليه وإلا اعتبر ما توجه له فيه صحيحاً ومنتجاً لكافة آثاره القانونية.

توقيع المقاول:

توقيع رب العمل:

- نموذج صيغة -**- عقد مقاوله بناء منزل -**

إته بتاريخ الموافق..... 2015/00 /00

فيما بين:

1- السيد/..... السن..... الجنسية.....

العنوان/..... (رب العمل-مالك/الطرف الأول)

2- السيد/..... السن..... الجنسية.....

العنوان/..... (المقر الإجتماعي بالنسبة للشخص المعنوي). (مقاول

مباني/الطرف الثاني).

برضا صحيح وقبول، تم الإتفاق بين الطرفين على ما يلي من الشروط و البنود:

البند الأول:

عهد الطرف الأول بوصفه مالكا لأرض فضاء مسطحة.....مترا مربعا ، و الكائنة

بشارع.....رقم.....قسم.....محافظة.....ومحدودة بحدود الأربعة كالتالي:

الحد الشمالي:.....

الحد الجنوبي:.....

الحد الشرقي:.....

الحد الغربي:.....

إلى الطرف الثاني بوصفه مقاولا، ببناء منزل متكون من.....(عدد الطوابق). و يشمل كل طابق منها

على(عدد الغرف)، و يشمل الدور الأرضي على.....و ذلك على النحو الواضح بالرسومات و التصاميم، و

المواصفات و قائمة الشروط المرافقة لهذا العقد و المعتمدة بتوقيع من الطرفين و التي أعدها السيد/ (باعتباره

المهندس).

البند الثاني:

يقر الطرف الثاني بأنه طالع و درس جميع الإشتراطات و المواصفات و الرسومات المرافقة لهذا العقد، و التي

تعد جزءا لا يتجزء من هذا العقد و تحقق من تفصيلات عملية المباني و موقع الأرض، و قد تم تحديد أجر كل

وحدة على أساس هذه التفاصيل، كما تعهد الطرف الثاني أيضا بالقيام بجميع الأعمال بلا استثناء.

البند الثالث:

يتعهد الطرف الثاني بمراجعة الرسومات قبل تنفيذها، و بأن يخطر المالك بأي خطأ فيها في وقت ملائم، و بأن

يجري أي تعديل فيها من تلقاء نفسه، بغير تصريح المالك كتابة المهندس المعين من قبل الطرف الأول.

البند الرابع:

على الطرف الثاني أن يستخرج جميع الرخص اللازمة لتنفيذ عملية البناء و أشغال الطريق بمعرفته، و عليه أن يقيم و يحضر ما يحتاج إليه من الأدوات اللازمة لإنجاز العمل بمصاريف على حسابه. و على الطرف الثاني أيضا أن يلتزم لوائح التنظيم و قوانين الشرطة و ما إليها، و يعتبر وجه المسؤول عن أية مخالفة للقوانين المعمول بها، أو التي تصدر أثناء العمل، و عليه كذلك أن يتخذ كافة الإحتياطات اللازمة لتلافي حصول ضرر المباني المجاورة بسبب هذه العملية.

البند الخامس:

يلتزم الطرف الأول بتقديم المواد اللازمة لأعمال البناء بصفة منتظمة و بمسؤوليته عن التأخير.

البند السادس:

يلتزم الطرف الثاني باستخدام العدد الكافي من العمال الفنيين على نفقته، و أن يتحمل مصاريف استهلاك المياه.

البند السابع:

يتعهد الطرف الثاني بمباشرة العمل و الإشراف عليه بنفسه، و لا يحق له التنازل عن أعمال البناء أو جزء منها لمقاول من باطنه، و إلاّ اعتبر هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى إنذار أو تنبيه.

البند الثامن:

الطرف الثاني هو المسؤول وحده عن سلامة عماله و المارة و الجيران أثناء سير عملية البناء، كما أنه مسؤول دون سواه مدنيا و جنائيا عن أية جريمة ترتكب بواسطة أي عامل لديه.

البند التاسع:

الطرف الثاني هو المسؤول عن مواد البناء بمجرد وضعها في مكان العمل من قبل الطرف الأول، و عليه حراستها بنفسه أو بواسطة حارس من قبله، و هو المسؤول عن هلاكها أو ضياع أو تلف من تمّ استخدامه في البناء.

البند العاشر:

يلتزم الطرف الثاني بالقيام بعملية البناء حسب أصل الصناعة متانة وقوة احتمال و إلاّ كان مسؤولا.

البند الحادي عشر:

يحق للطرف الأول بتعيين مهندس من طرفه لمراقبة سير أعمال البناء بغير اعتراض من الطرف الثاني، و يلتزم الطرف الثاني بإرشاده.

البند الثاني عشر:

اتفق الطرفان على أنّ أجر المصنع كاملا و بحسب الشروط المرافقة لهذا العقد، و التي تعتبر جزءا لا يتجزأ منه هو مبلغ.....يسدّد من الطرف الأول إلى الطرف الثاني كما يلي:

-تمّ دفعه عند تحرير هذا العقد، و يعتبر التوقيع عليه سندا بالتخالص عنه.

-اتفق على دفعه شهريا (أو اسبوعيا) و الباقي يتمّ دفعه فور تسليم العمارة كاملة.

-اتفق بأنّ هذا السداد لا يعدّ تسليما بتمام البناء طبقا للشروط و الأصول الفنية التي اتفق عليها الطرفان.

البند الثالث عشر:

الإتفاق على أجر المصنعية المبيّن بالبند السابق قد تمّ بصفة نهائية، و غير قابل للتّعديل زيادة أو نقصا.

البند الرابع عشر:

يتعهد الطّرف الثّاني بإتمام جميع أعمال البناء موضوع هذه المفاوضة في مدّة.....شهر، ابتداء من تحرير هذا العقد و تسليمها للطّرف الأوّل تامّة و مستكملة اللّوازم طبقا للرسومات و المواصفات الواردة بقائمة الشّروط المرفقة بهذا العقد، بحيث يلزم بدفع تعويض متّفق عليه من الآخر و بغير حاجة إلى تقدير القضاء قدره.....دج، عن كلّ يوم تأخير في التّسليم، و مع حقّ الطّرف الأوّل بعد إنذار في اعتبار هذا العقد مفسوخا و أن يعهد إلى مقاول آخر بإكمال أعمال البناء و التّشطيب على حساب الطّرف الثّاني.

البند الخامس عشر:

في حالة وفاة المقاول (الطّرف الثّاني) أو فقد أهليته (بالإفلاس أو الإعسار أو الحجر) يحقّ للطّرف الأوّل اعتبار هذا العقد مفسوخا على أن يحاسب الطّرف الأوّل المستحقّين عن المقاول عمّا تمّ انجازه.

البند السادس عشر:

يضمن الطّرف الثّاني ما قد يحدث من تهديم كليّ أو جزئيّ للعمارة خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها للطّرف الأوّل و لو رجع السّبب لعيب في طبيعة الارض.

البند السابع عشر:

إذا أخلّ المالك (الطّرف الأوّل) بالتزامه بالوفاء بالأجر في مواعيده أو بإمداد الطّرف الثّاني بمواد البناء، فقد حقّ للطّرف الثّاني اعتبار العقد مفسوخا أو التّوقف عن الدّفع بعد انقضاء أسبوع على إنذاره بخطاب موصى عليه، فضلا عن حقّه في أجر ما تمّ إنجازه و تعويض ما لحقه من خسارة و ما فاتته من كسب.

البند الثّامن عشر:

كلّ نزاع ينشأ عن تنفيذ أو تفسير هذا العقد، تختصّ محكمة.....بالفصل فيه.

البند العشرون:

تحرّر هذا العقد من نسختان أصليتان بيد كلّ طرف نسخة للعمل بموجبها عند اللّزوم.

شهود (.....) الطّرف الأوّل/ رب العمل/ المالك (.....) الطّرف الثّاني/ المقاول (.....)

لحسن عزروق: الإطار القانوني لعقد مفاوضة بناء، المرجع السابق، ص ص 225-227.

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات

ثانياً: فهرس الأحاديث

ثالثاً: قائمة المصادر والمراجع

رابعاً: فهرس الموضوعات

أولاً: فهرس الآيات

الصفحة	رقمها	الآية
سورة البقرة		
192	193	﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾
سورة النساء		
190	58	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾
سورة المائدة		
132	01	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
سورة التوبة		
163	24	﴿وَمَسْكِنٌ تَرْضَوْنَهَا﴾
166	109	﴿أَفَمَنْ أَسَّسَ بُيُوتَهُ عَلَىٰ تَقْوَىٰ مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانٍ...﴾
سورة الكهف		
184	79	﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ﴾
سورة النمل		
135	88	﴿صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَنْقَذَ كُلَّ شَيْءٍ﴾
سورة القصص		
142	27-26	﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ...﴾
سورة الطلاق		
142	06	﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُدَّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ...﴾

ثانيا: فهرس الأحاديث

الصفحة	الراوي	طرف الحديث
139	البخاري	ألا أجعل لك شيئا تقعد عليه
143	البخاري	ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة
143	ابن ماجه	أعطوا الأجير أجره
190	أبو داود	على اليد ما أخذت حتى تُؤدى
188	مسلم	المسلمون عند شروطهم
156	البخاري	من أسلف في شيء
193	الترمذي	من غشنا فليس منا

ثالثاً: قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

- الحديث النبوي الشريف

كتب التفسير والحديث

كتب الحديث

1- أبو داود سليمان بن الأشعث ابن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأسدي: سنن أبي داود، تح: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، د ب ن، ط 1، 1430-2009، ج 5.

2- أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي الموصلي، تح حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، ط 1، 1404هـ / 1984م.

3- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجه، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، د ب ن، ط 1، 2009/1430.

4- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، تح: محمد زهير بن الناصر الناصر، دار طوق النجاة، د ب ن، ط 1، 1422.

5- محمد بن عيسى بن ثور بن موسى بن الضحاك الترمذي: سنن الترمذي، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط 2، 1395-1975 ج 3

6- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ: تح محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت، د ط، د ت ن، ج 1.

كتب الفقه حسب المذاهب

كتب المذهب الحنفي

7- أحمد أبو البركات الدردير: الشرح الكبير، تح: محمد عlish، دار الفكر، بيروت، د ط، د س ن، ج 3.

8- ابن زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1418-1997.

- 9- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1409-1989، ج15
- 10- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 1997، ج06.
- 11- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، ج2، 1984-1405
- 12- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المطبعة الكبرى، مصر، ط1، 1313، ج4.
- 13- أبي القاسم عبي بن محمد بن أحمد الرحي السمناني: روضة القضاة، تح: صلاح الدين الناهي، دار مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط1، 1984-1404، ج2
- 14- محمد أمين الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - كتاب البيوع - كتاب الكفالة - تح الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 1979، ج07.
- 15- محمد قدرى باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائماً لسائر الأقطار الإسلامية، تح: مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د ط، د س ن.
- 16- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق سوريا، ط2، 1425-2004، ج1

كتب المذهب المالكي

- 17- شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني: الذخيرة، تح: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ج5،
- 18- مالك ابن أنس: المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1435هـ-1994م، ج3.
- 19- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر الإسلامي، د ب ن، 2001، ج3.
- 20- أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهديات، تح: سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 1988، ج2

21- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، تح علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1971، ج 5.

كتب المذهب الشافعي

22- أبي إسحاق الشيرازي: **المهذب في الفقه الشافعي**، تح: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط 1، 1417-1996، ج 3.

23- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: **روضة الطالبين**، تح: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط 1، 1423-2003، ج 3.

24- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: **المجموع شرح المهذب**، تح: عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د ط، د ت ن، ج 14

25- كمال الدين محمد بن محمد ابن امام الكاملية والمشهور بابن إمام الكاملية: **شرح الورقات لإمام الحرمين في أصول الفقه**، تح: أحمد فتحي حجاي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 2، 2010

26- محمد ابن إدريس الشافعي: **الأم**، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د ط، 1410-1990، ج 3.

27- محمد بن محمد الخطيب الشربيني: **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، تح: علي محمد معوض وعادل أحمد موجود، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 1421-2000، ج 2.

28- الماوردي: **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي**، تح: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1414، 1994، ج 17

29- أبي المعالي عبد الملك يوسف الجويني: **نهاية المطلب في دراية المذهب**، تح: محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د ط، د س ن، ج 6.

كتب المذهب الحنبلي

30- شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي: **شرح الزركشي على مختصر الخرق في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، دار العبيكان للنشر، د ب ن، د ط، 1993.

- 31- علاء الدين المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ت: محمد حامد الحلو، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط1، 1384-1955، ج5.
- 32- منصور بن يونس البهوتي: شرح منتهى الإرادات، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، د ب ن، ط1، 1421-2000، ج4.
- 33- منصور بن يونس البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ت: أبو عبد الله محمد حسن، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د ط، 1418-1997، ج3.
- 34- موفق الدين بن قدامة: المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض السعودية، ط3، 1417-1997، ج8.

كتب القواعد الفقهية

- 35- أحمد الحجّي الكردي: القواعد الفقهية الكلية، دار الظاهرية، الكويت، ط1، 2017.
- 36- عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين: القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيممة، دار التأصيل مصر، ط1، 2002، ج1.
- 37- علي أحمد الندوي: القواعد الفقهية مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها. تطبيقاتها، دار القلم، دمشق سوريا، ط3، 1414-1994.
- 38- محمد صديقي بن أحمد بن محمد البورنو أبي الحارث الغزي: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، دار مؤسسة الرسالة، بيروت، ط04، 1992.

كتب المعاملات المالية:

- 39- محمود عبد الكريم أحمد رشيد: الشامل في معاملات وعمليات المصاريف الإسلامية، دار النفائس الأردن، ط2، 2007.

- 40- محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي: **المطلع على ألفاظ المقنع**، ت: محمود الأرنؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة-المملكة العربية السعودية، ط1، 1423-2003.
- 41- أحمد محمد محمود ناصر: **تمويل الخدمات في المصارف الإسلامية باستخدام صيغة الإجارة الموصوفة في الذمة**، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د ط، 1971.
- 42- ديبان بن محمد الديان: **المعاملات المالية أصالة ومعاوضة**، د د ن، السعودية، ط2، 2013، مج 8.
- 43- عبد العزي بن صالح الدميحي: **تمويل الخدمات -دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية**، دار الميمان للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2019.
- 44- عمار أحمد عبد الله: **أثر التحول المصرفي في العقود الربوية**، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2009.
- 45- وائل عربيات: **المصاريف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1 2009.
- كتب فقهية عامة
- 46- أحمد بن عبد العزيز العميرة: **نوازل العقار-دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة**، دار الميمان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 2011.
- 47- أحمد عرفة أحمد يوسف: **التوازي في العقود وتطبيقاته المعاصرة -دراسة فقهية مقارنة**، دار التعليم الجامعي، مصر، ط1، 2019.
- 48- أحمد سعد أحمد: **البيع الإيجاري-دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي**، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، د س ن.
- 49- حسن علي الشاذلي: **الإيجار المنتهي بالتمليك**، ج4، ص 2017.
- 50- فايز نعيم رضوان: **عقد التأجير التمويلي**: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1998،

- 51- صالح بن فوزان عبد الله الفوزان: الملخص الفقهي، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 2014.
- 52- صبحي كامل الدسوقي السمديسي: ضمان المديونية وحمايتها من التعثر في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر، د ط، 2009.
- 53- عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 1424-2003، ج3
- 54- عبد الرحمان بن عابد بن خالد العايد: عقد المقاوله، الإدارة العامة للثقافة والنشر، المملكة العربية السعودية، ط1، 2003.
- 55- عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر: العقود المضافة إلى مثلها، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 2013.
- 56- علي خفيف: الضمان في الفقه الإسلامي: دار الفكر العربي، القاهرة مصر، دط، 2000.
- 57- الغنائم عزات قذافي: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2008.
- 58- فهد بن علي الحسون: الإجارة المنتهية بالتملك في الفقه الإسلامي: د د ن، السعودية، ط1، 2005.
- 59- كاسب بن عبد الكريم البدران: عقد الاستصناع أو " عقد المقاوله" في الفقه الإسلامي، د د ن، الرياض السعودية: ط2، 1404-1984.
- 60- محمد بن إبراهيم التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، د ب ن، ط1، 1430هـ - 2009م، ج3.
- 61- محمد بن أحمد ابن الجزري الغرناي: القوانين الفقهية، د د ن، د ب ن، 2015.
- 62- محمد رأفت سعيد: عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، دار الوفاء، المنصورة-مصر، ط1، 1432هـ-2002.

- 63- محمد سعيد جعفرور: الخيارات في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، د ط، 1998
- 64- محمد عبد المنعم أبو زيد: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصاريف الإسلامية، دار المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة مصر، ط1، 1417-1997.
- 65- محمود الديب: عقد البيع بين الشريعة والقانون-، دار الجامعة الجديدة، د ب ن، د ط، 2000.
- 66- مصطفى أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق سوريا، ط2، 1409-1989،
- 67- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق سوريا، ط2، 2004، ج1.
- 68- علي أحمد السالوس: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، والاقتصاد الإسلامي، دار الثقافة، قطر، ط7، د ت ن.
- 69- وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-، دار الفكر دمشق سوريا، ط9، 1433-2012،
- 70- وهبة الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، سوريا، ط3، 2009
- 71-
- 72- يونس رفيق المصري: الجامع في أصول الربا، دار القلم، بيروت، سوريا، ط2، 2001

القوانين والتشريعات:الأوامر:

- 73- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 49 صادر في 21 صفر عام 1386 الموافق 11 يونيو سنة 1966، معدّل و متمّم
- 74- أمر رقم 75-59، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر، عدد 101 صادر في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر سنة 1975، معدّل و متمّم
- 75- الأمر رقم 85/71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، يتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء وتحديد أساسها القانوني، ج ر، عدد 04 صادرة في 14 جانفي سنة 1972
- 76- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006م، ج ر، عدد 15، لسنة 2006.

القوانين:

- 77- القانون 04-06 المؤرخ في 20 فبراير المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم للأمر 07/95 المؤرخ في يناير 1995، ج ر، عدد 15 المؤرخة في 12 مارس 2006.
- 78- القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20/07/2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البناءات واتمام إنجازها، ج ر، عدد 44، لسنة 2008.
- 79- القانون 04/11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1423 الموافق ل 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر، عدد 14، الصادرة في 06 مارس 2011.

المراسيم:المراسيم التنفيذية:

- 80- مرسوم رقم 205/86 مؤرخ في 19 أوت 1986، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، ج ر ، عدد 34، صادر في 20 أوت سنة 1986
- 81- المرسوم التنفيذي 666/83 المتعلق بالقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة والبنائات الجماعية، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 59/94 المؤرخ في 1994 والمؤرخ في 1994 والذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنائات الجماعية، ج ر، عدد 13، سنة 1994
- 82- المرسوم التنفيذي المؤرخ في 02/07/2009 والذي يحدد اجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البنائات، ج ر، عدد 27، 2009
- 83- المرسوم التنفيذي 85/12 المؤرخ في 20 فبراير 2012، المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمركبي العقاري، ج ر، عدد 11، سنة 2012.
- 84- المرسوم التنفيذي رقم 84/12 والمؤرخ في 20 فبراير 2012 والذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقبي العقاري، وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقبين العقاريين، ج ر، هدد 11، الصادر في 26 فبراير 2012، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 243/19 والمؤرخ في 08 سبتمبر 2019، ج ر، عدد 55، لسنة 2019

المراسيم التشريعية:

- 85- المرسوم التشريعي رقم 94 / 07 المؤرخ في 18 ماي 1994 المعدل والمتمم بقانون رقم 04-06 المؤرخ في 14 أوت 2004م المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري ج ر، عدد 51 لسنة 2004م.

86- المرسوم التشريعي 03/93 مؤرخ في 07 رمضان عام 1413 الموافق ل 01 مارس سنة 1993 يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر، عدد14، الصادرة في 1413. وقد تم إلغاء هذا المرسوم بالقانون 04/11 والمتعلق بالترقية العقارية

القرارات:

87- قرار الوزاري المشترك المؤرخ في 01/15 /1988م، والذي يتضمن **كيفية تنفيذ الأشغال في ميدان البناء**، معدل ومتمم بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 04 جويلية 2001م، ج ر عدد 42، لسنة 2001.

قرارات المحكمة العليا:

88- قرار المحكمة العليا، رقم 64748 صادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، عدد 04، لسنة 1992،

89- قرار المحكمة العليا، رقم 263265 صادر عن الغرفة المدنية، الصادر في تاريخ 2002/06/18

90- قرار رقم 465804، غ م، الصادر بتاريخ 2009/03/18، منشور، م، م، ع، ع، ع 1، لسنة 2009، ص 137

91- قرار رقم 871568 غ م، مؤرخ في 2013/01/17، منشور م م ع، عدد 10، لسنة 2014، ص 189

92- قرار المحكمة العليا رقم 294009 الصادر عن الغرفة العقارية، بتاريخ 2005/01/19، مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، عدد 01، ص 245

الكتب القانونية

الكتب القانونية المتخصصة

- 93- أنور العمروسي: العقود الواردة على العمل في القانون المدني-المقاولة-التزام المرافق العامة-عقد العمل -عقد الوكالة-عقد الوديعة -عقد العارية - الحراسة-معلقا على نصوصها بالفقه واحكام النقض، منشأة المعارف، مصر، ط1، 2002
- 94- جعفر محمد جواد الفضلي: الوجيز في عقد المقاولة: منشورات زين الحقوقية، بيروت، دط، 2013.
- 95- حميد لطفي الدليمي: المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد-دراسة مقارنة-دار وائل للنشر، عمان الأردن، ط1، 2015.
- 96- سامح عبد الله عبد الرحمان محمد: سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة-دراسة مقارنة-مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2016.
- 97- سعيد أحمد المومني: مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1987
- 98- سمير عبد السميع الاودن: مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، ط1، 2004.
- 99- سمير عبد السميع سليمان الأودن: المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري والتنفيذي ومقاول البناء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2014.
- 100- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، مج 7، ج 1، 1964
- 101- عبد الرزاق حسين ياسين: المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، دار الفكر العربي، مصر، دط، 1997.

- 102- عبد القادر العرعاري: المسؤولية العقدية للمقاول للمهندس المعماري بالمغرب، دار الأمان للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009.
- 103- عبد الناصر عبد العزيز علي السن: المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء-دراسة مقارنة-دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة مصر، ط1، 2014
- 104- فتيحة قره: أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، مصر، ط1، 1987
- 105- محمد جابر الدوري: مسؤولية المقاول والمهندس، في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، مطبعة أوفيست عشتار، العراق، د ط، 1985.
- 106- محمد حسين منصور: المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2006،
- 107- محمد خير شريف: نطاق المسؤولية الخاصة من حيث الأضرار والأشخاص في عقد المقاولة، دار الجنان للنشر والتوزيع، د ب ن، ط1، 2016
- 108- محمد شكري سرور: مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى - دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، مصر، ط1، 1985.
- 109- محمد عبد الصاحب الكعي: المسؤولية المدنية عن أضرار الكوارث الطبيعية، (دراسة مقارنة)، دار التعليم الجامعين العراق، د ط، 2019.
- 110- محمد عزمى البكرى: عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود، القاهرة مصر، د ط، 2016-2017،
- 111- محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية مصر، ط1، 2015.
- 112- محمد ناجي ياقوت: مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، دار المعارف الإسكندرية، مصر، د ط، د س ن.
- 113- محمود على رحمة: مدى المسؤولية المترتبة على المقاول من الباطن عن تنفيذ الأعمال وأحكامها وخصائص عقد المقاولة من الباطن وتميزه عن العقود الأخرى-دراسة مقارنة-مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة مصر، ط1، 2018.

114- هبة غازي محمد الدباغ: الانهاء التعسفي لعقد المقاوله في مجال البناء والتشييد-
دراسة مقارنة-، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2016.

كتب قانونية عامة:

115- أنور العمروسي: الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام
القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، دار العدالة، القاهرة مصر، ط05، 2012-
2013، ج5

116- بكر عبد الفتاح السرحان، مدخل إلى علم القانون، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة،
مصر، ط1، 2012.

117- خالد السيد محمد عبد المجيد موسى: الوسيط في شرح نظام العمل في المملكة العربية
السعودية، مركز الدراسات العربية، السعودية، د ط، 2015.

118- خليل حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات
الجامعية، الجزائر، د ط، 2000،

119- ديبان بن محمد الديبان: المعاملات المالية اصالة ومعاصرة: مكتبة الملك فهد الوطنية
للنشر، السعودية، ط2، 2014.

120- ذيب عبد السلام: عقد الإيجار المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1،
2001.

121- زاهية حورية: الواضح في عقد البيع، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2،
2014.

122- زكريا المصري: العقود الإدارية بين الإلزام القانوني والواقع العملي -دراسة مقارنة محلية
ودولية-، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ط1، د ت ن.

123- زياد صبحي ذياب: إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس،
الأردن، ط1، 2011.

- 124- سالم بن راشد بن عمران المطيري: المقيم في النظام السعودي: ضوابط عمله والتزاماته- دراسة مقارنة- دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، السعودية، د ط، 2007،
- 125- سالم بن راشد بن عمران المطيري: المقيم في النظام السعودي: ضوابط عمله والتزاماته- دراسة مقارنة- دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، السعودية، د ط، 2007.
- 126- سمير عبد السيد تناغو: عقد البيع، دار المعارف الإسكندرية، مصر، د ط، د س ن،
- 127- عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، ط3، 2000، ج1.
- 128- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود الواردة على العمل)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 2000، مج1، ج7.
- 129- عبد الله أوزجان: الأجل في عقد البيع، دار النوادر، لبنان، ط1، 2008.
- 130- عدنان إبراهيم السرحان: العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2006.
- 131- عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، د د ن، مصر، ط7، 2002.
- 132- علي فيلاي: النظرية العامة للعقد-الالتزامات-موقف للنشر، الجزائر، ط3، 2013م.
- 133- عيسى صدقي: التعويض عن الضرر ومدى انتقاله إلى الورثة -دراسة مقارنة-، المركز القومي للإصدارات القانونية، العراق، ط1، 2014
- 134- محمد حسين قاسم: القانون المدني العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د ط، 2008.
- 135- محمد عبد الصاحب الكعبي: المسؤولية المدنية عن أضرار الكوارث الطبيعية-دراسة مقارنة-، دار التعليم الجامعي، العراق، ط1، 2019
- 136- محمد عزمي البكري: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة مصر، د ت ن، د ط، مج8.

- 137- مصطفى قويدري: عقد العمل بين النظرية والتطبيق، دار هومة، الجزائر، د ط، 2010.
- 138- نايف بن جمعان الجريدان: أحكام العقود المدنية-دراسة مقارنة بين الشريعة والأنظمة، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2013.
- 139- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته الشاملة للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، دار الفكر، سورية، ط4، ج7.

المعاجم والقواميس:

- 140- ابن منظور: لسان العرب، دار صبح بيروت لبنان، ط1، 2006، ج9.
- 141- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين: معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399، ج3.
- 142- الفيومي: المصباح المنير، دار الحديث القاهرة، د ط، 2003، ج3.
- 143- إبراهيم المصطفى وأحمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة القاهرة، د ط، د ن، ج1

الرسائل الجامعية:

أطروحات الدكتوراه

- 144- أحمد اليعقوب ربحي: واجبات ومسؤولية المهندس ومقاول البناء في القانونين اللبناني والأردني، -دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 2001.
- 145- آسية أعمرو الشريف: اتفاقية دراسة مشاريع البناء ومتابعة إنجازها في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.
- 146- إيمان بوسته: الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016-2017.

- 147- زهرة بن عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين -دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي أطروحة دكتوراه، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009.
- 148- سعاد بلمختار: عقد بيع العقار بناء على التصاميم-دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي-أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر، 2011-2012،
- 149- شعبان عياشي: عقد بيع العقار بناء على التصاميم-دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي-أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر، 2011-2012.
- 150- عمرو طه محمد علي بدوي: الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد-دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية-أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.
- 151- مازة حنان: التعاقد من الباطن في عقد مقاول البناء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة وهران02، الجزائر، 2016
- 152- مسعودة مروش: نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
- 153- نسيمة شيخ: المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02، 2015-2016.
- رسائل الماجستير:
- 154- أحمد خديجي: نطاق المسؤولية العشرية - دراسة مقارنة-رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2006
- 155- بلمختار سعاد: المسؤولية المدنية للمهندس لمعماري ومقاول البناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2009.

- 156- توفيق زيداني: التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009-2010.
- 157- جازية مجيدة حمادي: عقد مقاولة البناء في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003.
- 158- حسين عزروق: الإطار القانوني لعقد مقاولة بناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم الجزائر، 2015-2016،
- 159- زايدي مدوري: مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، رسالة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر
- 160- خالد بن عبد الله بن براك الحايي: الإجارة المنتهية بالتملك في ضوء الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الملك سعود، السعودية، د ت.
- 161- زياد شفيق حسن قرارية: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني: رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004
- 162- ساجية حماني: المراقبة التقنية للبناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.
- 163- سارة مقراني: المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 11/04، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 01، 2016-2017
- 164- سميرة محراش: المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس وفقا للقواعد الخاصة-المسؤولية العشرية، رسالة ماجستير، تخصص القانون العقاري والزراعيين كلية الحقوق، جامعة البليدة، الجزائر، 2001/2002

- 165- عادل عبد العزيز سمارة: مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمانه البناء في القانون المدني الأردني-دراسة مقارنة-رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.
- 166- عبد الحميد محمد إبراهيم عرفات: وهبة الزحيلي واختياراته في المعاملات المالية المعاصرة-دراسة مقارنة-رسالة ماجستير، كلية الدعوة وأصول الدين، جامعة القدس فلسطين، 2017،
- 167- عبد الله سعيد محمد الحربي: الإشكالات العملية للضمان العشري في عقد المقاولات-دراسة تحليلية-رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية، 2018
- 168- فاطمة الزهراء عكو: التزامات رب العمل في عقد مقاوله بناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004-2005.
- 169- فاطمة عمر اوي، نصرود وردية: المسؤولية الجنائية لمشيدى البناء، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2000.
- 170- كهينة بطوش: المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، 2012
- 171- محجوب بن عامر: المسؤولية العشرية للمتدخلين في نشاط الترقية العقارية بخصوص العناصر التجهيزية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014.
- 172- محمد صالح بلعقون: نطاق الضمان الخاص بمتانة البناء والمنشآت الثابتة بعد تسلّم المشروع نه-الضمان العشري-رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015
- 173- محمد عدنان باقر الجبوري: الالتزام بالضمان في عقد المقاوله، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، كربلاء، 2007

- 174- وائل عبد الكريم الحشاش: أحكام تضمين الصناع وأصحاب المهن في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2001
- مقالات المجالات والدوريات:
- 175- إبراهيم شاشو: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 2، عدد 02، 2010.
- 176- إبراهيم عماري: البيع باشتراك البراءة من العيب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، عدد 02، د س ن.
- 177- إبراهيم يوسف: المسؤولية العشرية للمهندس والمقاول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، عدد 3، 1995.
- 178- إبراهيم عنتر فتحي الحياني وعامر عاشور عبد الله: نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة، مجلة كلية القانون للعلوم السياسية والقانونية، جامعة كركوك، عدد 12، ج 2، 2015
- 179- أحمد السعد: ضوابط بناء المساكن في الفقه الإسلامي، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، المملكة الأردنية الهاشمية، مج 19، عدد 06، 2004.
- 180- أحمد بشارة موسى وحاج بن علي: مسؤولية المهندس والمقاول عن تهمد المنشآت والمباني طبقا للتشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، عدد 01، 2016.
- 181- سهام مسكر: التزام المرقى العقاري بتأمين المسؤولية المدنية في ظل أحكام القانون رقم 11-04، مجلة البحوث والدراسات القانونية، جامعة سعد دحلب البليدة، عدد 04، د ت ن.
- 182- عايدة مصطفى: الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ورقلة، عدد 6، 2012

- 183- عبد السلام أحمد بنى حمد: تحمل تبعة الهلاك قبل التسليم في عقد المقاوله في القانون المدني الأردني والفقہ الإسلامي-دراسة مقارنة-مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن عدد43، 2016.
- 184- عبد الله الصيفي: الجوائح عند المالكية، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، الجامعة الأردنية، مج 03، عدد02، 1428-2007.
- 185- غاي أبو عرابي: الضمان العشري للمهندس ومقاول البناء ومدى خضوع المقاول من الباطن له" دراسة مقارنة، مجلة أبحاث اليرموك" سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، الجامعة الأردنية، الأردن، 2006.
- 186- فضل جبير لفتة: الضمان العشري في عقود الأشغال العامة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العراق، العدد 02، 2011.
- 187- فؤاد كامل: التزام المرقى بضمان كمال انجاز المنشأة العقارية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، عدد 13، لسنة 2015.
- 188- محمد بن حسين الجيزاني: قاعدة لا مشاحة في الاصطلاح-دراسة أصولية تطبيقية-مجلة الأصول والنوازل، السعودية، عدد 02، 1430
- 189- محمد جبر الألفي: عقد المقاوله الانشاء والتعمير (حقيقته-تكييفه-صوره) ، مجمع الفقہ الإسلامي، الدورة العاشرة، جدة-السعودية-2003
- 190- محمد حجاري: حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون 11/04 المحدد لنشاط الترقية العقارية، مجلة جيل الأبحاث القانونية، معسكر الجزائر، عدد20، 2018.
- 191- مصطفى راتب حسن علي: أنواع العيوب التي توجب مسؤولية المهندس (الإنشائي والمعماري)، مجلة علوم هندسية، جامعة أسيوط، عدد 6، 2010،
- 192- مصطفى كمال التارزي: الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي في دورته 07،

193- ياسين الغادي: حكم الأبنية بين الشريعة والقانون، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، الأردن، مج 11، عدد06، د س ن.

مقالات المداخلات والملتقيات

194- ربعة صبايحي: خصوصيات المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاوم بعد تسليم المباني في القانون الجزائري، مداخلات في الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر يومي 17-18 فيفري 2013، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة. الجزائر. 2013

195- فاروق الأباصيري: نحو توسيع مفهوم المعماري المسؤول عن عيوب البناء المسؤولية العشرية لصانع مكونات العمل المعماري) ، مداخلات في المؤتمر الثامن عشر بعنوان: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية والتقليدية والنظم القانونية المستحدثة، د ت م، كلية الحقوق، جامعة المنوفية.

196- فاطمة ستي بنت صالح: ضوابط البناء في الفقه الإسلامي، محاضرة في مركز الدراسات الشرعية، كلية الدراسات الإسلامية المعاصرة، جامعة سلطان زين العابدين، ماليزيا، 2005.

مقالات الانترنت

197- أحمد عمرو واصف الشريف: نطاق المسؤولية الخاصة لمقاوم البناء من حيث الالتزامات، <http://www.flaw.bu.edu.eg> تاريخ الاطلاع 2018/01/16.

198- توفيق الطيب البشير: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي والتطبيقات المعاصرة، انظر الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.theegonline.com> تاريخ الاطلاع 2018/02/17

199- جمال وعلي: المسؤولية المدنية للمهندس والمقاوم عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع دراسة في القانون الجزائري-بحث منشور على الموقع الإلكتروني <http://mnifest.univ-ouargla.dz.archives>

- 200- د ص م، أنواع التسليم، تسليم الأعمال مقال منشور على الموقع <https://www.bolg.saeed.com> تاريخ الاطلاع 2019/07/20
- 201- رضوان باسووي: مسؤولية المفاوض والمفاوض من الباطن: <http://blog.saeed.com> تاريخ الاطلاع 2019/02/26.
- 202- رياض مصطفى البرلسي: الطبيعة القانونية للضمان العشري، الموقع <http://www.arabcont.co.agala.Det...> تاريخ الاطلاع 2019/04/28
- 203- عجيل النشمي: عقد المقاولة، ملتقى أهل الحديث بحث منشور على الموقع <http://ahlalhdeeth.com.showthread>
- 204- القواعد الفقهية العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني: مجلة الرائد واحات الإيمان، www.araeed.net
- 205- ليث غازي الزهيري: عقد المقاولة حسب أحكام القانون المدني العراقي، <https://m.facebook.com> تاريخ الاطلاع 2018/02/17
- 206- محمد الصعوب: الأحكام القانونية للمقاولة وآثارها، تاريخ الاطلاع 2019/04/28 <https://mohamah.net.law>
- 207- منديات ستار تايمنز: القوة القاهرة، الاطلاع 2019/11/05
- 208- هشام العماري: مسؤولية المهندس المعماري بين الضوابط القانونية وأخلاق المهنة، بحث منشور على الموقع <http://mohamah.net.law> تاريخ الاطلاع 2019/04/24
- 209- وهبة مصطفى الزحيلي: عقد المقاولة: <http://www.hawassdroit.ibda3.org> تاريخ الاطلاع 2019/03/23

المراجع الأجنبية:les Ouvrage :

- 210- Philippe Malinvaud et. Philippe Jestaz. droit de la Promotion Immobilière, Dalloz.7^{émm} Ed, 2004.
- 211- Joël fossereau : le clair-obscur de la responsabilité des constructeurs, recueil Dalloz Sirey, chronique III, 1977.
- 212- Planiol et Ripert : traite pratique de droit civil français. T. Iii. par bécard. 2 ed.1952
- 213- jean Gillardin : Statues et responsabilités édificateurs- l'architecte, l'entrepreneur et le promoteur-éditeur ; presses de l'Université Saint-Louis –Bruxelles, Edition 01, 1989,

Les Articles

- 211- Amour Zahi : **le droit et la responsabilité en matière de construction**, revue algérienne des sciences juridique, économiques, n3, 1987,
- 212 -Brahim Youcef : **la responsabilité des constructeurs dans le cadre du contrat d'entreprise ; la Garante décennale selon l'article 544du code civile**, revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques ; n02 ; 2000
- 213- Dalila zannaki: **L'impact de la réception de l'ouvrage sur la Garantie des constructeurs immobiliers**, revue Algérienne des sciences juridiques , économique et politique université D'Alger 2001

La thèse

- 214- Hélène Bernardin : **la responsabilité des constructeurs de voirie et réseaux divers- état des lieux et perspectives**-thèse docteur en droit, université Nancy, France, 2010,

Les cite internat :

- 215- Lawyers clairance ; promotion immobilière-contrats et Responsabilités: .com. date 11/12/2019

Les textes

- 216- Code civil français modifies par la loi n 78-12 du 4 janvier 1978.

رابعاً: فهرس الموضوعات

أ-ي	مقدمة
الفصل الأول:	
المنطق الشخصي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال	
2	المبحث الأول: المسؤولون بالضمان العشري
3	المطلب الأول: النطاق التقليدي لأشخاص الضمان العشري
4	الفرع الأول: المهندس المعماري
4	البند الأول: تعريف المهندس المعماري
7	البند الثاني: شروط اكتساب صفة المهندس المعماري
9	البند الثالث: مكاتب الدراسات (استشارية أو تقنية)
10	الفرع الثاني: مقاول البناء
10	البند الأول: تعريف مقاول البناء
15	البند الثاني: التزامات المقاول
43	الفرع الثالث: المقاول الفرعي
43	البند الأول: تعريف المقاول من الباطن
47	البند الثاني: أسباب عدم إخضاع المقاول الفرعي لأحكام الضمان العشري
48	البند الثالث: مناقشة الأسباب التي أدت إلى عدم إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري
52	المطلب الثاني: التطور التشريعي للمنطق الشخصي لأحكام الضمان العشري
52	الفرع الأول: التطور التشريعي لأشخاص الضمان العشري في التشريع الجزائري
52	البند الأول: المراقب الفني

58	البند الثاني: المرقي العقاري
68	الفرع الثاني: التطور التشريعي لأشخاص الضمان العشري في التشريع الفرنسي
69	البند الأول: الأشخاص المرتبطون مع رب العمل بعقد إجارة عمل في ظل القانون رقم 12/78 لسنة 1978
69	البند الثاني: الأشخاص المسؤولون خارج عقد إجارة عمل في ظل القانون رقم 12/78 لسنة 1978
77	المبحث الثاني: المستفيدون من أحكام الضمان العشري
78	المطلب الأول: رب العمل وخلفه العام والخاص
78	الفرع الأول: رب العمل
78	البند الأول: مفهوم رب العمل
81	البند الثاني: التزامات رب العمل في عقد مقاوله بناء
110	الفرع الثاني: الخلف العام لرب العمل
112	الفرع الثالث: الخلف الخاص لرب العمل في التشريع الجزائري
112	البند الأول: المقصود بالخلف الخاص لرب العمل في القانون المدني الجزائري
112	البند الثاني: الخلف الخاص لرب العمل في النصوص التشريعية الخاصة
113	البند الثالث: التعريف الفقهي للخلف الخاص
114	المطلب الثاني: بعض الإشكالات في تحديد المستفيد من أحكام الضمان العشري
114	البند الأول: التعريف التشريعي للبيع الإيجاري
115	البند الثاني: التعريف الفقهي للبيع الإيجاري
118	الفرع الثاني: المالكون المشتركون للبناء
118	البند الأول: التعريف التشريعي للملكية المشتركة
122	البند الثاني: التعريف الفقهي للملكية المشتركة

الفصل الثاني:	
النطاق الموضوعي لمسؤولية المشير بعد تسليم الأشغال	
130	المبحث الأول: محل الضمان
131	المطلب الأول: ضرورة تعلق محل الضمان بعقد مقاولة
131	الفرع الأول: مفهوم عقد المقاوله
131	البند الأول: تعريف المقاوله
144	الفرع الثاني: خصائص عقد المقاوله
144	البند الأول: عقد المقاوله عقد رضائي
145	البند الثاني: عقد المقاوله من عقود المعاوضه
145	البند الثالث: عقد المقاوله من العقود التبادليه
145	البند الرابع: عقد المقاوله من العقود الوارد على عمل
146	البند الخامس: الاستقلاليه
146	الفرع الثالث: تميز عقد المقاوله عن العقود المشابهه له
146	البند الأول: تميز عقد المقاوله عن عقد البيع وعقد العمل وعقد الإيجار
153	البند الثاني: تميز عقد المقاوله عن عقد الشركه وعقد الوكاله
155	البند الثالث: تميز عقد المقاوله عن عقد السلم والإستصناع
159	المطلب الثاني: الأعمال الموجبه للضمان
159	الفرع الأول: ضرورة تعلق العمل بالتشييد (المباني)
160	البند الأول: التعريف التشريعي للبناء
162	البند الثاني: التعريف الفقهي للمباني
166	البند الثالث: مدى خضوع العناصر التجهيزيه لأحكام الضمان العشري

170	القرع الثاني: إقامة المنشآت الثابتة الأخرى
170	البند الأول: التعريف التشريعي للمنشآت الثابتة
171	البند الثاني: التعريف الفقهي للمنشآت الثابتة الأخرى
174	المبحث الثاني: الأضرار الموجبة للضمان
174	المطلب الأول: وقوع التهدم الكلي أو الجزئي للبناء أو المنشأ الثابت
175	الفرع الأول: التعريف التشريعي للتهدم
175	البند الأول: تعريف التهدم في الق م ج
175	البند الثاني: التعريف التهدم في النصوص الخاصة
175	الفرع الثاني: التعريف الفقهي القانوني للتهدم
175	البند الأول: تعريف فقهاء القانون للتهدم
177	البند الثاني: تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للتهدم
177	المطلب الثاني: وجود عيب يهدد سلامة البناء ومثاقته
177	الفرع الأول: التعريف التشريعي للعيب
177	البند الأول: تعريف العيب في ق م ج
178	البند الثاني: تعريف العيب في النصوص الخاصة
178	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته
178	البند الأول: عند فقهاء القانون
179	البند الثاني: عند فقهاء الشريعة الإسلامية
180	الفرع الثالث: شروط العيب الذي يهدد سلامة البناء ومثاقته
180	البند الأول: شرط الخطورة
182	البند الثاني: شرط خفاء العيب

184	الفرع الرابع: أنواع العيوب التي تهدد سلامة المبنى ومتانته
184	البند الأول: العيب الراجع إلى أرضية البناء
185	البند الثاني: العيب الناشئ عن خطأ في التصميم
187	البند الثالث: العيوب الراجعة إلى المواد المستعملة في البناء
194	البند الرابع: سبب العيب راجع إلى عملية التنفيذ
195	الفرع الخامس: النطاق الموضوعي لضمان حسن سير عناصر التجهيز وضمان تمام الإنجاز
195	البند الأول: النطاق الموضوعي لضمان تمام الإنجاز
196	البند الثاني: النطاق الموضوعي لضمان تمام الإنجاز
198	المطلب الثالث: عدم صلاحية البناء أو المنشأ الثابت للغرض الذي شيد من أجله
200	المطلب الرابع: شرط المدة (الشروط الشكلية) للقيام الضمان العشري
201	الفرع الأول: النظام القانوني لمدة الضمان العشري
201	البند الأول: المقصود مدة الضمان العشري
204	البند الثاني: الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري
206	البند الثالث: بداية سريان مدة الضمان العشري والضمانات المستحدثة ونهايتها
211	البند الرابع: تقادم دعوى الضمان العشري وأسباب انتفاء المسؤولية العشرية
226	الفرع الثاني: تعلق مدة الضمان بالنظام العام وأثر ذلك
226	البند الأول: تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام
227	البند الثاني: أثر تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام
234	خلاصة الفصل الثاني

237	خاتمة
244	الملاحق
الفهارس	
263	أولاً: فهرس الآيات القرآنية
264	ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية
265	ثالثاً: قائمة المصادر والمراجع
288	رابعاً: فهرس الموضوعات
	الملخص

عبد القادر للعلوم الإسلامية

الملخص:

لقد قصر المشرع الجزائري من خلال المادة 554 من القانون المدني الجزائري أطراف الضمان العشري في كل من المقاول والمهندس المعماري وهو ما يعرف بالنطاق التقليدي، ولكن بالرجوع إلى النصوص التشريعية الخاصة بمجال البناء فقد أضافت أشخاص آخرين غير الذين جاء بهم القانون المدني وهم المراقب الفني والمرقي العقاري، ولعل الدافع إلى ذلك هو مساندة التطور العمراني الرهيب وحماية المنشآت من كل احتيالات المتدخلين في عملية البناء، إلا أن المشرع الفرنسي قد وسع من النطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري وأدخل أشخاص آخرين إضافة إلى ما جاء به المشرع الجزائري، سواء كانت تربطهم مع رب العمل عقد مقاوله أو عقد آخر، ولا تقوم مسؤولية هؤلاء الأشخاص السابق ذكرهم، إلا إذا وجدت شروط لإعمال الضمان العشري على عاتقهم، كتعلق محل الضمان بعقد مقاوله بناء بين أطراف المسؤولية العشرية، فإن كانت العلاقة التعاقدية خارج عقد المقاوله فلا يمكن تطبيق أحكام الضمان العشري، كما أنه لا بد من تعلق محل الضمان بمباني ومنشآت ثابتة، غير أن المشرع خرج عن هذا الحصر وأخضع العناصر التجهيزية لأحكام الضمان العشري، ولا يمكن تطبيق أحكام الضمان العشري إلا بوجود سبب من أسباب الضمان العشري ومنها وجود تخدم كلي أو جزئي أو وجود عيب مؤثر يهدد سلامة المباني ومئاتها، فإن انتفت أحد الأسباب فلا يمكن اعمال هذه المسؤولية.

إن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري وكل المتدخلين في عملية البناء، لا ينتهي بنهاية عقد المقاوله المبرم بين الأطراف السابقة ورب العمل، بل تبقى سارية لمدة 10 سنوات انطلاقا من يوم التسليم النهائي للأشغال، وهذا وفقا للقواعد الخاصة التي أقرتها التشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري. ومن بين هذه الضمانات الضمان العشري، والذي يبقى المقاول والمهندس المعماري متضامنين في الضمان خلال مدة 10 سنوات، متى ظهر عيب أو وقع تخدم كلي أو جزئي يهدد سلامة المبنى أو المنشأ الثابتة، وعليه فلا يمكن تعديل أو الحد أو الإعفاء من هذه المسؤولية باعتبارها من النظام العام، إلا إذا وجد سبب للانتفاء كالقوة القاهرة وخطأ رب العمل وخطا الغير.

Summary:

The Algerian legislator, through article 554 of the Algerian Civil Code, limited the parties to the decadal guarantee in both the contractor and the architect, which is known as the traditional scope, but by reference to the legislative texts on the field of construction, she added other persons other than those brought in by the civil law, namely the technical controller and the real estate developer, perhaps the motive for this is to keep up with the terrible urban development and protect the facilities from all the frauds involved in the construction process, but the French legislator has expanded the personal scope of the 10-year guarantee and introduced the provisions of the 10th provision and introduced the code. Other persons in addition to what the Algerian legislator stated, whether they have a contract with the employer or another contract, and the responsibility of these persons mentioned above, is not based on the fact that there are conditions for the implementation of the decadal guarantee on their shoulders, such as the provision of a construction contract between the parties to the decadal liability, if the contractual relationship is outside the contract of the contract, the provisions of the ten-year guarantee cannot be applied, and the guarantee is not attached to fixed buildings and facilities. The provisions of the decadal warranty, and the provisions of the decadal warranty can only be applied because of one of the reasons of the decadal warranty, including the existence of a total or partial demolition or the existence of an influential defect that threatens the safety and durability of buildings, if one of the reasons is not the work of this responsibility.

The responsibility of the contractor, the architect and all those involved in the construction process does not end at the end of the contract between the former parties and the employer, but remains valid for 10 years from the day of the final handover of the works, in accordance with the special rules adopted by the positive legislation, including Algerian legislation. Among these guarantees is the 10-year guarantee, which the contractor and architect remain in solidarity with the guarantee for a period of 10 years, when a defect or a total or partial demolition occurs that threatens the integrity of the building or fixed origin, and therefore cannot be amended, limited or waived from this responsibility as a public order, unless there is a reason for absence, such as force majeure, employer error and the fault of others.

Résumé

Le législateur algérien, par le biais de l'article 554 du Code civil algérien, a limité les parties à la garantie décimale tant chez l'entrepreneur que dans l'architecte, connue sous le nom de portée traditionnelle, mais en se référant aux textes législatifs sur le domaine de la construction, elle a ajouté d'autres personnes que celles introduites par le droit civil, à savoir le contrôleur technique et le promoteur immobilier, peut-être le motif est-il de suivre le terrible développement urbain et de protéger les installations de toutes les fraudes impliquées dans le processus de construction, mais le législateur Français a élargi le champ personnel de la garantie de 10 ans et introduit les dispositions de la 10e disposition et introduit le code. D'autres personnes en plus de ce que le législateur algérien a déclaré, qu'ils aient un contrat avec l'employeur ou un autre contrat, et la responsabilité de ces personnes mentionnées ci-dessus, n'est pas fondée sur le fait qu'il existe des conditions pour la mise en œuvre de la garantie décimale sur leurs épaules, telles que la fourniture d'un contrat de construction entre les parties à la responsabilité décimale, si la relation contractuelle est en dehors du contrat du contrat, les dispositions de la garantie de dix ans ne peuvent pas être appliquées, et la garantie n'est pas attachée à des bâtiments et des installations fixes. Les dispositions de la garantie décimale et les dispositions de la garantie décimale ne peuvent être appliquées qu'en raison de l'une des raisons de la garantie décimale, y compris l'existence d'une démolition totale ou partielle ou l'existence d'un défaut influent qui menace la sécurité et la durabilité des bâtiments, si l'une des raisons n'est pas l'œuvre de cette responsabilité.

La responsabilité de l'entrepreneur, de l'architecte et de toutes les personnes impliquées dans le processus de construction ne s'arrête pas à la fin du contrat entre les anciennes parties et l'employeur, mais reste valable pendant 10 ans à compter du jour de la remise définitive des travaux, conformément aux règles spéciales adoptées par la législation positive, y compris la législation algérienne. Parmi ces garanties, il y a la garantie de 10 ans, que l'entrepreneur et l'architecte restent solidaires de la garantie pour une période de 10 ans, lorsqu'un défaut ou une démolition totale ou partielle se produit qui menace l'intégrité du bâtiment ou l'origine fixe, et ne peut donc pas être modifiée, limitée ou écartée de cette responsabilité en tant qu'ordre public, à moins qu'il n'y ait une raison d'absence, comme la force majeure, l'erreur de l'employeur et la faute d'autrui..