

رقم الترتيب:

رقم التسلسل:

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية

قسم الحقوق

مذكرة

مقدمة لنيل شهادة

الماجستير

فرع: الحقوق

التخصص: القانون الخاص

من طرف الطالب: خديجي أحمد



تحت عنوان:

نطاق المسؤولية العشرية

دراسة مقارنة

نوقشت يوم: 05 نوفمبر 2006

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

رئيس أستاذ التعليم العالي، جامعة الجزائر

مقرر أستاذ التعليم العالي، جامعة الجزائر

مناقش أستاذ محاضر، جامعة باتنة

مدعوا أستاذ مكلف بالدروس، جامعة ورقلة

د/ الطيب زروتي

د/ عبد الرزاق زوينة

د/ صدراتي صدراتي

د/ مخلوفي محمد

المقدمة

تعد الحاجة إلى السكن من أولويات الفرد التي يسعى إلى إشباعها ببذل الجهد الكبير سواء من ماله أو وقته، ولعل ما ميز هذا العصر هو الازدياد الرهيب في عدد السكان الذي استتبعه كنتيجة منطقية الازدياد في الطلب على السكن، إن هذا الإرتفاع في الطلب يستوجب حتما توجيه طاقات كبيرة للإشتغال في مجال البناء وإنجاز المنشآت، هذا المجال الإقتصادي يستدعي تضافر جهود عدة قطاعات عن طريق توجيه الطاقات الفكرية والعلمية لتطويره . إن هذا الأمر سوف يؤدي بالضرورة إلى تطور فن البناء والعمارة نتيجة إستعمال الآلات والتقنية الحديثة والإعتماد على قواعد علمية مجدية وإطارات متخصصة مما يؤدي إلى إمتداد أفقي وعمودي للسكنات وتطورها كما وكيفا، هذا من جهة ومن جهة أخرى يؤدي أيضا إرتفاع الطلب على السكن إلى إلزام المشيدين بإحترام مواعيد التسليم و إلا وقعوا تحت طائلة فرض غرامات تأخير جد قاسية الشيء الذي يدفع بهم إلى ضرورة السرعة في الإنجاز ، وأمام هذا الإلتزام الذي أدى إلى نوع من التسرع وتحت ضغط قوة الطلب أصبح الأمر لا يخلو من حدوث أخطاء شملت سلامة ومثانة البناء ، إذ ما لبث أن طالعنا الأحداث عن وقوع عمارات ومباني أمام أول إمتحان يقابلها ، ولما كانت عملية البناء والتشييد تتم غالبا في إطار عقد مقابولة بين كل من المقاول والمهندس بوصفهما مدينان بالإنجاز والتسليم من جهة ، ومن جهة أخرى رب العمل بوصفه مدين بدفع الأجرة والإستلام، فإن المقاول والمهندس يخضعان للأحكام العامة للمسؤولية العقدية وذلك عند إخلال أي منهما بالإلتزام أو أكثر من الإلتزامات التي يرتبها العقد وكذلك فهما يخضعان خارج الرابطة العقدية إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، كما في حالة إرتكابهما خطأ يسبب ضررا للغير ، ورغم ذلك فإن التشريعات المقارنة ونظرا لخطورة عملية البناء وتكلفة الإستثمار فيها وتبعات الأخطاء التي تنجر عنها، قد شددت في مسؤولية المشيدين بأن فرضت عليهم ضمان سلامة ومثانة المنشآت والبنائيات، وذلك بأن أنشأت المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء أو ما يعرف بالمسؤولية العشرية، هذه الأخيرة التي يرجع بها رب العمل على كل من المقاول والمهندس المعماري لضمان عيوب البناء التي قد تظهر خلال عشر

سنوات إبتداء من تاريخ تسلم الأعمال , والحقيقة أن موضوع المسؤولية العشرية يثير عدة مسائل تتعلق بطبيعتها القانونية والأساس الذي يقوم عليه بالإضافة إلى مجمل المسائل التي درج الباحثون في مجال المسؤولية عموما الخوض فيها، ولكننا نرى أن أهم مسألة يمكن أن تثار لإبراز حدود هذه المسؤولية تتعلق بتحديد النطاق التي تدور فيه أحكام هذه المسؤولية الأمر الذي دفعنا إلى أن نجعله عنوانا يحق لنا البحث فيه لتوضيحه وتحديد معالمه.

وبذلك كان موضوع دراستنا هو نطاق المسؤولية العشرية . إن نطاق المسؤولية العشرية يمكن أن يحدد في ثلاثة دوائر - دائرة الأشخاص ، ودائرة الموضوع ، ودائرة الزمان ، فنكون بذلك أمام نطاق شخصي لهذه المسؤولية ، ونطاق موضوعي ونطاق زمني .

فأما النطاق الشخصي فبواسطته يمكننا أن نحدد بدقة الأشخاص الذين يمكن أن يكونوا محل مساءلة أي تحديد الأشخاص الذين يخضعون لأحكام هذه المسؤولية، أما النطاق الموضوعي فبواسطته نستطيع تحديد الأعمال التي يمكن أن تكون موضوع هذه المسؤولية و كذا الأخطاء والعيوب التي تمس البناء والتي من شأنها أن تجعل الشخص الخاضع لأحكام هذه المسؤولية ملزما بالضمان، أما النطاق الزمني فيحدد المجال الذي تدور فيه أحكام هذه المسؤولية , وفي رأينا أن تحديد نطاق المسؤولية العشرية له أهمية كبيرة من الناحية العملية، ذلك أن مجمل النزاعات التي يمكن أن تثار تجد مجالها الخصب في هذه الناحية، وما أكثر الدفوع التي يثيرها الخصوم في شأن عدم خضوعهم لأحكام هذه المسؤولية متعللين سواء أنها لا تنطبق عليهم كأشخاص أو أن موضوع الخلل لا ينطبق على ما يقرره القانون في بيان العيب المستوجب لترتيب المسؤولية، أو أن العيب قد ظهر خارج النطاق الزمني . ومن الناحية النظرية فإن هذه الدراسة يمكن أن تعطي تصورا لمدى صرامة هذا النطاق وتشدده وهل هو بحاجة إلى تعديل، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذه الدراسة قد خرجت على ما اعتاد عليه الدارسون في الانكباب على موضوع المسؤولية العشرية بصفة عامة دون التخصص في نقطة معينة والعمل عليها لإعطائها حقها من الدراسة حتى أننا نراها تضيع وسط العديد من

المسائل المثارة في الموضوع الأم ، ودراستنا لهذا الموضوع تنطلق من الإشكالية التي نطرحها بالشكل التالي:

إلى أي مدى يمكن التوسيع أو التضييق في نطاق المسؤولية العشرية ؟

هذه الإشكالية والتي إن أردنا الوصول إلى إجابة شافية عنها يقتضي بنا الحال إلى الإجابة عن

التساؤلات التالية :

- من هم الأشخاص الخاضعين لأحكام المسؤولية العشرية ؟ وهل يجب أن نكتفي بما ورد في المادة

554 من القانون المدني أم نحن بحاجة إلى التوسع في دائرة الأشخاص وذلك بإضافة أشخاص آخرين يشاركون

فعلا في عملية التشييد والبناء ؟

- و هل كل العيوب التي تطرأ على البناء خاضعة لأحكام المسؤولية العشرية ؟

- و هل يجب أن نتوسع في مفهوم كلمة البناء ؟

- و مدى ضرورة الوصول إلى تحديد دقيق لمعنى العيب والخلل الذي قد يصيب البناء فيؤثر على

سلامته؟

- و هل أن مدة العشر سنوات التي اقراها المشرع ك نطاق زمني لأعمال المسؤولية العشرية تعد مدة

كافية أم هل يجب إطالتها أو تقصيرها ؟

- و أخيرا ما هي نقطة بداية مدة العشر سنوات وكيف تحدد بدقة ؟

وهكذا فإن الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها قد تكون محددة لأهمية البحث وفيصلا لكل

الإشكاليات المطروحة ، وسوف نقوم بدراسة هذا البحث بالإعتماد على المنهج المقارن الذي يسمح لنا بإجراء

مقارنات بين القانون المصري والجزائري من جهة والقانون الفرنسي من جهة أخرى، على أن نعتمد في ذلك

على رأي الفقه والإجتihad القضائي ، و لا يفوتنا التنبيه في هذا الخصوص إلى عدم وجود إجتihad قضائي مستقر

على مستوى القضاء الجزائري لاسيما على مستوى المحكمة العليا ، ولعل السبب في

ذلك حداثة القضاء الجزائري مقارنة بنظيره المصري و الفرنسي، ثم إن المنهج المقارن يسمح لنا بإجراء المفاضلة بين الآراء والتشريعات وإختيار الصواب والأجدر بالإتباع على الأقل من وجهة نظرنا، و ستكون دراستنا للموضوع في ثلاثة فصول :

* الأول نخصه للنطاق الشخصي للمسؤولية العشرية.

* أما الفصل الثاني فندرس فيه النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية..

* في حين الفصل الثالث نتناول فيه النطاق الزمني.

و نلاحظ أن هذا الإختيار في تصميم الخطة بالكيفية السابق ذكرها بحيث إحتوت على ثلاث فصول ، خلافا للتقسيم التقليدي ، فقد أملت الموضوعات المبحوثة ، بحيث لا يمكن دمجها نظرا لخصوصية التي ينفرد بها كل فصل .

و حوصلة للبحث إستخلصنا بعض النتائج و من خلالها الإجابة على الإشكالية المطروحة في المقدمة

الفصل الأول

النطاق الشخصي لقواعد المسؤولية العشرية

لم يترك المشرع التزام المهندس المعماري ومقاول البناء خاضعا للأحكام العامة للضمان فحسب ، بل وضع له أحكاما خاصة شدد فيها على الأطراف المسؤولة في هذا العقد ، كما أن هذا التشديد امتد إلى تحديد الأشخاص المسؤولين إذ لم يقتصر على المقاول والمهندس بل امتد إلى أطراف آخرين يمكن تحديدهم في المبحث الأول ، وكما أن هذا التشديد في المسؤولية يثقل كاهل بعض الأشخاص ، فإنه بالمقابل عن ذلك يحمي أشخاصا آخرين ، وهو ما سوف يتم دراسته في المبحث الثاني تحت عنوان الأشخاص المستفيدين بالضمان .

المبحث الأول : الأشخاص المسؤولون

من الواضح أن كلا من القانون الجزائري وغيره من القوانين تتفق في أن المهندس المعماري والمقاول هما أولى الأطراف المسؤولة اتجاه المستفيدين ، إلا أن هناك أطرافاً أخرى مسؤولة قد تختلف من تشريع لآخر، وكذلك من دولة لأخرى إن تطور تحديد هؤلاء حسب كل نص تشريعي أصبح يتجاوز النطاق الشخصي و يمتد إلى كل من يرتبط مع رب العمل بعقد مقولة >> بل لقد ذهب إلى أبعد من ذلك إذ قرر تطبيق قواعدها على أشخاص لا تربطهم البتة علاقة تعاقدية مع رب العمل <<⁽¹⁾ لذلك سوف ندرس الأشخاص المس

تفيدين في مطلبين اثنين أولهما الأشخاص المسؤولين التقليديين وثانيهما الأشخاص المسؤولين المحددين في نصوص خاصة .

المطلب الأول : الأشخاص المسؤولين في ظل النطاق التقليدي:

لا شك أن النطاق التقليدي للأشخاص المسؤولين ينحصر في المهندس المعماري ومقاول البناء مثل ما هو مبين في النصوص التشريعية التالية:

تنص المادة 554 ق م ج >> يضمن المهندس المعماري والمقاول ... <<⁽²⁾ ، ولا يكاد يختلف القانون المدني المصري ومن قبله القانون المدني الفرنسي عن القانون الجزائري حيث كانت تقتصر أحكام المسؤولية أيضاً على المهندس المعماري والمقاول⁽³⁾ لكن من هو المهندس المعماري والمقاول اللذان إعتبرهما القانون المدني المصري ومن قبله القانون المدني الفرنسي ومن بعده القانون الجزائري مسؤولان عما يحدث من تهدم كلي أو جزئي في البناء أو الأعمال بصفة عامة وما دور كل منهما؟

هذان السؤالان سوف نجيب عليهما في نقطتين اثنتين أولهما تتعلق بالمهندس وثانيهما تتعلق بالمقاول.

⁽¹⁾ عبد الرازق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة 1987 ص 408

⁽²⁾ نلاحظ أن المشرع ذكر المهندس المعماري ولم يذكر المهندس المدني فكان الأجدر به أن يذكر عبارة المهندس فقط أو الإثنين .

⁽³⁾ راجع نص م1792 مدني فرنسي قديم والمادة 651 ق مدني مصري.

الفرع الأول : المهندس المعماري

تنطبق ضمن هذا الفرع إلى تعريف المهندس المعماري (أولا) ، و دوره (ثانيا)

أولا : تعريف المهندس المعماري

تنص المادة الثانية من المرسوم التشريعي رقم 94 - 07 على أن الهندسة المعمارية هي التعبير عن مجموعة من المعارف والمهارات المجتمعة في البناء كما هي إنبعاثات لثقافة ما وترجمة لها (1) كما تنص المادة التاسعة من نفس القانون يقصد بصاحب العمل في الهندسة المعمارية كل مهندس معماري معتمد يتولى تصور إنجاز البناء ومتابعته.

كما يعرف المهندس بأنه ذلك الشخص الحاصل على مؤهل هندسي في هندسة المعمار يؤهله لأن يضع التصميمات والخرائط والرسومات والنماذج ويقدر الأبعاد والقياسات المختلفة للمنشآت والأبنية المراد إقامتها ويشرف على تنفيذها (2).

ولقد سبق وأن عرفه تقنين جياديت (3) بأنه الفنان الذي يصمم أو يرسم الأبنية ويعين لها النسب والأحجام والتقسيمات المختلفة والزخرفات المناسبة ، مشرفا على تنفيذها تحت مسؤوليته ، وأخيرا يسوي مصروفاتها (4) ، وفي مصر عرفته لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية وأتعاب المهندسين المعماريين بأنه الشخص المتميز بقدرته على التخطيط والتصميم المعماري والتطبيق الإبتكاري والتنفيذ ، وله إمام تام بفن البناء حسب ظروف البيئة ومقتضياتها ويساهم في التعمير والتشييد في نطاق التخطيط العام ، ويتمتع بالحماية القانونية التي تتطلبها مهنته ، ويشترط أن يكون حائز على بكالوريوس في الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها قانون نقابة المهندسين وأن يكون عضوا فيها (5).

كما يعرف بأنه الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسومات والتصميمات اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء (6) كما عرفه البعض بأنه هو الذي يعهد إليه وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت وقد يعهد إليه إدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة

(1) - المرسوم التشريعي رقم 94-07 مؤرخ في 07 ذو الحجة عام 1414 الموافق 94/05/18 جريدة رسمية رقم 32 لسنة 94 يتعلق بشروط الإنتاج العمراني وممارسة مهنة المهندس المعماري.

(2) - عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق ص 412

(3) - يعتبر تقنين جياديت بمثابة ميثاق شرف لمهنة الهندسة المعمارية في فرنسا أقره مؤتمر بورديو للمهندسين المعماريين الفرنسي المنعقد عام 1895 والمعدل في 17 يوليو 1912

(4) و (5) - عبد الرازق حسين، المرجع السابق، ص 413

(5) فتيحة قره ، أحكام عقد المقاوله ، منشأ المعارف ، الإسكندرية 1992 ، ص 150

(6) - فتيحة قره، أحكام عقد المقاوله، منشأ المعارف، الإسكندرية 1992 ، ص 150

إليه ولا يشترط في المهندس المعماري أن يكون حاملا مؤهلا فنيا في هندسة المعمار مادام الشخص يقوم بمهمة المهندس فهو ملزم بالضمان (1).

وعلى ذلك فإن حاصل هذه التعريفات جميعا أن المهندس المعماري هو الشخص الطبيعي المتميز بمكانته الذهنية وقدرته على الإبتكار والإبداع في التصميم ووضع الرسومات والخرائط والمقاييسات وتعيين الأبعاد والنسب والإتجاهات كل ذلك وما يتناسب وظروف البيئة ومقتضياتها، وأن تدخله في عملية البناء يكون بتكليف من المالك أو من يمثله قانونا ولحسابه وأن يجمع بين صفة الفنان والفني ويمارس مهنة حرة غير تجارية (2).

ثانيا : دور المهندس المعماري

لقد اختلطت مهنة المهندس المعماري مع مهنة المقاول ردحا طويلا من الزمن ، إذ كان بعض المقاولين يقومون بتصميم البناء وتنفيذه فمارس بذلك المهنتين معا ، وكذلك كان حال بعض المهندسين المعماريين أيضا إلى غاية نهاية القرن التاسع عشر وقرب بدأ القرن العشرين أين تجلت معالم كل منهما بحيث اختصت مهنة المهندس المعماري بوضع التصميم والرسومات والمقاييسات وأحيانا الإدارة والإشراف ، في حين إقتصرت دور المقاول في التنفيذ ، وبذلك أصبح المهندس المعماري ذلك الفنان الذي يتميز بأنه يمارس مهنة حرة تختلف عن مهنة كل من المقاول والمورد في أنها مهنة حرة غير تجارية لا تسعى إلى الكسب ولا تضارب عليها (3) وهذا ما أكدته جل التشريعات.

والمهندس كما سلف الذكر لا يعتبر تاجرا إلا أنه إذا إعتاد التقاول على تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ، أي أنه لم يقتصر دوره على وضع التصميمات بل تعداه إلى تنفيذ هذه التصميمات وكذا توريد المواد أو الأيدي العاملة اللازمة لهذا التنفيذ ، فإنه يعتبر بذلك مقاول وبالرغم من أن بعض التشريعات لم تمنع الإزدواجية بين ممارسة مهنة المهندس والمقاول إلا أن المشرع الجزائري منع هذه الإزدواجية بالنسبة للمهندس المعماري (4).

(1) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ، ج7، دار النهضة العربية، القاهرة 1964، ص109

(2) - عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص414

(3) - عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص415

(4) - المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 السابق الذكر ص 07

في المقابل أجازها لبعض الجهات التي تمارس مهام المهندس مثل هيئة المراقبة التقنية للبناء استثناء يجوز لها أن تمارس زيادة على مهام الهندسة المعمارية المقاوله من الباطن⁽¹⁾ ، وسواء أجاز المشرع الجزائري أو لم يجز ممارسة المهندس لعمل المقاوله ، فإنه في حالة ممارسة المهندس لعمل المقاوله يكون مسؤولا أمام رب العمل .

وإذا كانت جل التشريعات تحدد شروط وضوابط للحصول على صفة مهندس ، فالمشرع الجزائري نظم هذه الشروط وهذه الضوابط بموجب المرسوم التشريعي رقم 94 / 07 مؤرخ في 18/05/1994 ومن قبله القانون رقم 29/90 المؤرخ في 18 غشت سنة 1990 ومن بين هذه الشروط والضوابط أن يكون مسجل في قائمة نقابة المهندسين و متحصل على شهادة مهندس.

كما أن المهندس المعماري في القانون الجزائري يقصد به كل من إتخذ لنفسه دور المهندس سواء كان شخص طبيعي معتمد أو شركة مدنية مهنية متكونة من إثنين أو أكثر من المهندسين ، كل مكتب دراسات عمومي مختص في الهندسة المعمارية ، كل مكتب دراسات خاص مستخدم دائمين ومعتمدين⁽²⁾ .

أما في مصر فإن لائحة مزاوله مهنة الهندسة المعمارية تشترط في المهندس المعماري أن يكون حاصل على بكالوريوس في الهندسة المعمارية وكذلك مسجل في نقابة المهندسين ، أما في شأن تطبيق نص المادة 554 قانون مدني جزائري و المادة 651 قانون مدني مصري المتضمنة المسؤولية العشرية فلا عبرة بالمؤهل العلمي بل العبرة هي قيام الشخص بمهام المهندس المعماري من وضع التصميم والرسومات وتعيين الأبعاد وكل ما يدخل في نطاق المهندس فإنه بذلك يكون مسئولا وفقا لأحكام الضمان العشري حتى ولو كان هذا الشخص مهندسا ميكانيكيا.

بل أن المقاول الذي لا يحمل أي مؤهل أو أي شخص آخر غير مؤهل إذا وضع التصميم فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعماري ومن ثم يكون ملزم بالضمان⁽³⁾ ، وإذا إقتصرت دور المهندس على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولا إلا على العيوب التي أتت من التصميم⁽⁴⁾ أي أنه لا يسأل عن العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ .

(1)- المادة 1 والمادة 3 الفقرة 3 لقانون رقم 85/71 مكرر مؤرخ في 29/12/71 يتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء. ج ر عدد 04 لسنة 1972 .

(2)- الأمر رقم 22/66 مؤرخ في 13/01/66 المتعلق بمهنة المهندس المعماري.

(3)- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 109

-Bellahcène Anissa, La responsabilité civile des Architectes et des Entrepreneurs, MEMOIRE
Université d'Alger Année 1977 . P.60

(4)- المادة 555 قانون مدني جزائري.

ويعتبر المهندس مسئولاً كذلك عن العيب في الأرض ذاتها طالما كان من الممكن كشفه وفقاً لقواعد الفن المعماري ، أما إذا إستحال كشف العيب وفقاً لهذه القواعد فإن ذلك يكون في حكم القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسئولاً عنه (1) .

وإذا كانت الأعمال التي يقوم المهندس لا تستدعي فحص الأرض للكشف عن عيوبها كما في أعمال الزخرفة فإنه لا يكون مسئولاً عن العيب في الأرض أو في البناء الذي يقوم بزخرفته (2) .
أما إذا كانت حقيقة الأرض معروفة كما هو الحال في بناء رصيف على حافة نهر فإن المهندس يكون مسئولاً إذا لم يجري الإختبارات اللازمة في مثل هذه الحالة للبناء على أساس طلب (3) ، ويسأل المهندس عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول أثناء التنفيذ إذا كان مشرف على التنفيذ حتى وإن لم يكن هو من وضع التصميم إذ يكفي قبوله الإشراف مما يجعل مسؤوليته تقوم مع قيام مسؤولية المقاول ، وحتى القضاء يعتبره في حكم الضامن لأعمال المقاول وذلك نظراً لما يقع على عاتقه من إدارة وإشراف ، فهو يدير العمل ويعطي التعليمات اللازمة للتنفيذ طبقاً للتصميمات وقواعد الفن المطلوبة ويشرف على هذا التنفيذ حتى يتأكد من تمامه ودقته (4) .

و لقد نص المشرع على التزامات المهندس المعماري في عدة نصوص متفرقة يمكن إجمالها في قانون 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة و التعمير و كذا في المرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في 1991/05/28 المحدد لكيفية إجراء و تسليم شهادة التعمير و رخصة البناء والتجزئة و شهادة التقسيم و شهادة المطابقة والهدم ، وكذلك في المرسوم التشريعي 07/94 المؤرخ في 1994/05/18 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وتنظيم مهمة المهندس و كذلك في تنقيح الإلتزامات المهنية للمهندس المعماري الصادر عن نقابة المهندسين المعماريين و تتمثل هذه الإلتزامات إجمالاً فيما يلي:

- وضع التصميم و الرسم الهندسي و مقاييسات أعمال البناء تبعاً للمهمة المعهودة إليه من رب العمل.
- إعداد طلب الترخيص الإداري للبناء و مشروعات الصفقات (عقود المقاوله) الواجب إبرامها بين رب العمل و المقاولين .
- إدارة الأعمال و مراقبة تنفيذها.
- التحقق من كشوف الحساب التي تعرض عليه من المقاولين.
- معاونة رب العمل عن تسلم الأعمال و التأشير على المحاضر التي تحرر بهذا الخصوص.
- التأكد من أن جميع القيود التي يلزمها القانون و تستوجبها لوائح التنظيم قد احترمت.

(1) - محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2003 ، ص 99
(2) - إن أعمال الزخرفة التي ذكرها الدكتور محمد حسين لا يمكن أن تدخل ضمن الأعمال التي يشملها الضمان العشري.
(3) و(4) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 100

- كما يحضر على المهندس أن يلجأ في سبيل تنفيذ المهمة التي تعهد بها إلى غيره من أرباب فن
المعمار دون موافقة رب العمل وفي كل الأحوال فإنه يبقى مسئولاً في مواجهة هذا الأخير⁽¹⁾

الفرع الثاني:المقاول

نتطرق ضمن هذا الفرع إلى تعريف المقاول ، ثم إلى دوره

أولاً :تعريف المقاول

المقاول لغة : هو المفاوض والمقابلة هي المفاوضة من قاوله في أمره و(تقاولاً) أي تفاوضاً.

اصطلاحاً: هو الشخص الذي يعهد إليه بتشديد المباني وإقامة المنشآت الثابتة الأخرى ويستوي أن تكون المواد التي أقام بها المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل في الحالتين يلتزم بالضمان⁽²⁾ كما يعرف بأنه المنوط به تنفيذ محتوى عقد المقابلة وذلك وفقاً للتصميمات والنماذج والرسوم الموضوعة من قبل المهندس المعماري أو رب العمل بما يتضمنه هذا التنفيذ من إدارة تقتضيها أعماله وحراسة المواد والأدوات المسلمة له للقيام بهذا التنفيذ ومن تنبيه وإرشاد لرب العمل أو المهندس المعماري إلى الأخطار التي يكتشفها⁽³⁾ وبخلاف ما تم ذكره بالنسبة للمهندس المعماري الذي تم تنظيم مهنته بموجب قوانين ولوائح خاصة بها ، بحيث ينطوي المهندس المعماري تحت ظل نقابة خاصة به كما هو الحال في فرنسا والجزائر ومصر إذ أن هذه النقابة تمثلهم وتنظم مهامهم وتحدث باسمهم فإن المقاولين ليس لهم هذا التنظيم القانوني.

ثانياً: دور المقاول في عملية التنفيذ

انطلاقاً من التعريف المحدد للمقاول يمكن إظهار دوره في عقد المقابلة ، ولا يخرج دور المقاول في عقد المقابلة عن ثلاث أدوار أولها إنجاز العمل المعهود به إليه بموجب عقد المقابلة ، وثانيها تسليم العمل بعد الإنجاز ، وثالثها ضمان العمل بعد التسليم .

1- إنجاز العمل : وهو الالتزام المرهق والرئيسي الذي يترتب في ذمة المقاول وهذا الإلتزام ينطوي على واجبات منها أن يبذل في إنجاز العناية اللازمة سواء قدم المادة من عنده أو قدمها له رب العمل ، كما يجب أن ينجز هذا العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقابلة ، وإذا لم يكن هناك شروط وجب العرف إتباعها وإذا احتاج المقاول في إنجاز العمل طبقاً لشروطه إلى الأدوات وجب عليه أن يأتي بها ويكون ذلك على نفقته ، ومن

(1) - جمال بوشنافة، المسؤولية العشرية للمقاول و المهندس المعماري، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية الواقع والأفاق، جامعة ورقلة، 08/07 / فيفري 2006.

(2) - عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق، ص 421

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

واجب المقاول كذلك بذل العناية اللازمة لإنجاز العمل ويكون هذا الإلتزام هو تحقيق نتيجة وليس بذل عناية (1)

2- تسليم العمل : ويعرف بأنه وضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن هذا الأخير من الإستيلاء عليه والانتفاع منه أو القدرة على ذلك ، كما يعرف بأنه ذلك العمل القانوني الذي عن طريقه يقرر رب العمل تقبله للأعمال التي تم إنجازها لحسابه و يستولي عليها ماديا ، و للتسليم آثار عدة منها حساب الآجال وكذلك تبعه الهلاك ، كما أنه يتوجب على المقاول تسليم العمل في الآجال المتفق عليها وإلا يعرض إلى عقوبات التأخير .

3- الإلتزام بالضمان : و يشمل الضمان كل من الضمان السنوي و الضمان العشري ، وكل منها هو التزام في ذمة المقاول ويعتبر من مهامه ، والمقاول قد يعمل تحت إشراف المهندس المعماري أو تحت إشراف رب العمل وبذلك فإن المقاول كأصل عام لا يكون مسئولاً إلا عن عيوب التنفيذ (2) دون عيوب التصميم أما إذا كان المقاول هو من وضع التصميم فإنه يكون المسئول الوحيد عن الأضرار سواء بسبب التصميم أو التنفيذ (3) .

وكذلك ليس من الضروري أن يكون من قام بالعمل مقاولا واحدا بل يجوز أن يوكل رب العمل ، العمل إلى عدة مقاولين فهذا متخصص في الأساسيات وذاك لأعمال البناء والآخر للأعمدة والجدران والآخر للأسقف إلى غير ذلك من الأعمال التي يقتضيها البناء والتشييد ، ويمكن أن تكون محل مقاولات فرعية فكل هؤلاء المقاولين مجتمعين أو متفردين يلتزمون بالضمان الخاص كل في نطاق العمل الذي أوكل إليه متى تحققت دواعيه (4) .

ويلتزم كذلك المقاول بالضمان العشري سواء قام بالعمل بنفسه أو بواسطة تابعيه أو عماله أو مقاول من الباطن ، فهؤلاء يلتزم المقاول الأصلي أمام رب العمل بضمان أعمالهم بينما هم لا يسألون إلا أمام المقاول الأصلي فقط ، وتكون مسؤوليتهم مسؤولية عقدية وليست مسؤولية خاصة ، والمقرر أن المادة 651 مدني مصري (5) وما يقابلها من القانون المدني الفرنسي فإن تنظيم مسؤوليته ترجع في أساسها إلى رابطة عقدية بين رب العمل ومن قام به (6) أما إذا اقتصر دور المقاول على أداء بعض الأعمال التي حتى وإن تمت معيبة لا تؤثر على متانة العمل وسلامته ولا تجعله غير صالح للهدف المنشأ لأجله ، كأعمال

(1)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص66

(2)- ما لم يكن المقاول يعلم بهذه العيوب أو كان بإمكانه أن يعلم بها فإنه في هذه الحالة يكون مسئول بالتضامن مع واضع التصميم.

(3)- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 101

(4)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص110

(5)- المادة 554 الفقرة الثانية من القانون المدني استتنت المقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي من أحكام الضمان العشري و جعلتها ضمن قواعد المسؤولية العادية .

(6)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 41

البياض والدهان وأعمال الصيانة الثانوية ، فإنه لا يخضع والحال كذلك لأحكام المسؤولية الخاصة و إنما يخضع لأحكام المسؤولية العقدية العادية⁽¹⁾.

هذا كل ما أمكن التطرق إليه فيما يخص الأشخاص المسؤولين التقليديين ، إلا أن السؤال المطروح هو أن جل التشريعات قد إستتنتت المقاول الفرعي من أحكام المسؤولية الخاصة و هذا بالرغم من مساهمته المباشرة في عملية التشييد ، الذي سوف نتناول دواعي تخلفه عن أحكام هذه المسؤولية الخاصة.

(1)- عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق، 425

الفرع الثالث : استثناء المقاول من الباطن من المسؤولية الخاصة

إن كلا من المشرع الجزائري و المصري وكذا الفرنسي استثنى المقاول من الباطن من الضمان العشري⁽¹⁾ وقد ورد تنظيم المقاول من الباطن في المادة 564 ق م ج وما بعدها إذ تنص "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفاءته ، ولكن يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل ، ويقابلها في التشريع المصري المادة 661 ، يخلص من النص السالف الذكر أن للمقاول أن يقاوم من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك ، والشرط إما أن يكون صريحاً و إما أن يكون ضمناً ، فلا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحة في عقد المقاولة بل يجوز استخلاصه من الظروف نفسها ، فإذا كانت طبيعة العمل تقتضى اعتماد كفاءات المقاول الشخصية فيكون هنا شرط مانع ضمناً ، وإذا قام شك في أن هناك شرطاً مانعاً ضمناً فسر الشك في معنى المنع ، فيحرم عليه التقاوم من الباطن ، إلا إذا أذن له رب العمل ، وهذا ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي⁽²⁾ و يعرف المقاول من الباطن بأنه الشخص الذي يعهد إليه المقاول الأصلي تنفيذ كل أو جزء من الصفقة التي أبرمها هذا الأخير مع رب العمل ، و ذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن الذي يجب أن تتوفر فيه كل خصائص عقد المقاولة ، والمقاول من الباطن يكون مستقلاً تمام الاستقلال عن المقاول الأصلي⁽³⁾ كالمقاول الأصلي بالنسبة لرب العمل.

وبالرغم من أن المقاول الفرعي يقوم بتنفيذ جزء أو كل أعمال المقاولة ، إلا أنه تم استثناءه من قواعد المسؤولية الخاصة التي تقوم بها على معيار مباشرة مهام المهندس والمقاول ، فإن السؤال الذي يطرح : لماذا لم يخضع المقاول من الباطن لأحكام هذه المسؤولية أو ليس بمقاول فعلاً ؟ أو ليس هو من ينفذ العمل أو جزء منه تنفيذاً فعلياً ؟ أو لم يكن تنفيذ العمل هو من مهام المقاول ؟

فلماذا إذن يخضع المقاول الأصلي لأحكام هذه المسؤولية ويستثنى منها المقاول من الباطن ؟ يجب التسليم أولاً بأن هذه مسؤولية خاصة ، أي تقررت بنص خاص الأمر الذي يجعلها استثناء من القواعد العامة ، فلا يمكن التوسع فيها ولا يقاس عليها⁽⁴⁾ وإذا كانت أسباب تقرير المسؤولية العشرية هو حماية الصالح العام

(1)-المادة 554 الفقرة الثانية قانون مدني جزائري استنتت المقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي من أحكام الضمان العشري وجعلته ضمن قواعد المسؤولية العقدية العادية

يلاحظ أن صياغة المادة يحتاج إلى تصويب على النحو التالي : " يجوز للمقاول أن بكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول فرعي ، ما لم معه من ذلك شرط في العقد ، أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفاءته الشخصية ، ولكنه يبقى مسئولاً عن المقاول الفرعي قبل رب العمل "

(2)-فتحية قره،المرجع السابق،ص41

(3)-كما أن المقاولة من الباطن تختلف عن التنازل، لأن التنازل يجعل من المتنازل له يحل محل المتنازل،في حين أن المتنازل يتحلل من كل مسؤولية إتجاه رب العمل.عبد الرزاق حسين،المرجع السابق، ص 425

(4)-عبد الرزاق حسين،المرجع السابق، ص 433

فما الذي جعل من المشرع يضيق الخناق على حماية هذه المصلحة ، لذلك لا بد من البحث عن أسباب توجه المشرع في هذا الاتجاه.

فبرجعنا إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري يتضح لنا أن المشرع إنما أراد بتقريره هذا الضمان الاستثنائي المشدد ، حماية رب العمل الذي رأى فيه عادة رجل غير فني وليس له خبرة فن التشييد وأنه عندما يرتاد هذا المجال فإنه يتعامل مع أهل فن وخبرة ودراية تامة بما هو جاهل ، فأراد المشرع حمايته من تلاعب رجال الفن من عدم إتقانهم لأعمالهم أو عدم إخلاصهم في انتقاء ما يوردونه له من مواد وأدوات تتطلبها إقامة العمل ، وقد يكون دافعهم إلى كل ذلك علمهم بجهله ومعرفتهم بعدم درايته ولو قدر المشرع غير ذلك من تساوي أو حتى تقارب في الفكر والمعرفة بين رجال فن التشييد والبناء وبين رب العمل لما كان منه هذا التشدد في حماية هذا الأخير بإحداث مسؤولية خاصة به تحميه⁽¹⁾

لا شك أن نفس الإعتبارات التي اعتمدها المشرع المصري هي نفسها التي تبناها المشرع الجزائري ، كون أن كل من المقاول والمقاول من الباطن هما أهل فن وخبرة ولا يمكن للمقاول من الباطن أن يتحايل على المقاول الأصلي كونه عالم بخبايا هذا الفن ، فيكفيه المسؤولية العقدية لحماية نفسه من العيوب التي يرتكبها المقاول من الباطن.

كما أن هناك اعتبارات مالية وفنية ، وهما أن المقاول من الباطن والشركات التي تقوم بالمقولة من الباطن غالبا ما تكون إمكانياتها التمويلية والفنية ضعيفة وليس لديها الكفاءة المطلوبة لا من الناحية المالية ولا من الناحية الفنية كي تكون مسؤولة عن العمل المطلوب تشييده في مجموعه ، والقول بخضوعها للمسؤولية العشرية يعرضها للانهايار والإفلاس ، ولا أدل على ذلك مما جاء في الجمعية الوطنية الفرنسية من أن:
"les capacités financières et même techniques de ces artisans des petites et moyennes entreprises sont très limités.
Une disposition les rendant responsables de l'ensemble de l'ouvrage pourrait être tout à fait excessive"⁽²⁾.

كما أن هناك أسانيد قانونية منها:

أن المسؤولية الخاصة بالمعماريين تتطلب لتطبيق أحكامها وجود عقد مقولة يربط بين رب العمل من جهة والمقاول من جهة أخرى ، وهذا العقد غير موجود مع رب العمل بل يربط المقاول الأصلي بالفرعي ، كما أن إعفاء المقاول الفرعي من الضمان العشري لا يمس بالمصلحة العامة وكذا الخاصة ، لأن هذه المسؤولية

(1)-راجع تأكيد ذلك في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد ج 5 ص 23 عن عبد الرزاق حسين ص 435

(2)-عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 437

تبقى قائمة ويحملها المقاول الأصلي بالرغم من الاعتبارات السالفة الذكر، إلا أن هناك بعض الانتقاد موجه لإعفاء المقاول من الباطن وهذا ما يمكن تبيينه فيما سيأتي.

الانتقادات الموجهة لإعفاء المقاول من الباطن من الضمان العشري :

لقد تم تحديد وتركيز هذه الانتقادات حول الاعتبارات التي أدت أو التي استند عليها من أجل الإعفاء

1 - الاعتبارات القانونية :

كما سلف الذكر أن الاعتبارات القانونية تتجلى في عدم وجود رابطة عقدية لعدم وجود عقد مقاول: أ - إن طبيعة المسؤولية الخاصة محل الإعفاء فيها اختلاف كبير، رأي من الفقه يرى أنها مسؤولية عقدية⁽¹⁾ ويرى البعض من الفقه أنها أحد التطبيقات الخاصة للنظرية العامة للإلتزام بالضمان⁽²⁾ أي أن الضمان يلعب دور التأمين⁽³⁾، ومنهم من يعتبرها مسؤولية تقصيرية، هذا ما يجعل معه أن ضرورة توافر الرابطة العقدية لقبام المسؤولية العشرية هو شرط في غير محله .

ب - كما أن جل التشريعات حملت عدة أطراف المسؤولية العشرية بالرغم من عدم توافر العلاقة العقدية مع رب العمل ، وقد كثرت هذه الاستثناءات -والتي سنتناولها لاحقاً- إلى درجة أن أصبح شرط توافر العلاقة العقدية هو الاستثناء .

2 - مناقشة الدواعي والاعتبارات العلمية

أ - الاعتبار الذي يخلص إلى أن المشرع قرر المسؤولية العشرية لحماية رب العمل ، ذلك الرجل الغريب عن فن التشييد من تلاعب رجال الفن المتمرسون في هذا المجال ، لكن هل المشرع أراد حقيقة حماية رب العمل فقط دون الصالح العام ، أي بعبارة أخرى هل المشرع أهدر المصلحة العامة وهي المقدمة دائماً على المصلحة الخاصة⁽⁴⁾ في سبيل حماية المصلحة الخاصة ؟ وإذا كان الأمر كذلك لما أحاط المشرع المسؤولية الخاصة بالنظام العام⁽⁵⁾ .

ليس ثمة شك في أن المشرع أراد فعلاً حماية صالح رب العمل بتقريره لهذه المسؤولية ، ولكن لا يعني أنه أهدر المصلحة العامة بدليل أنه علق هذه المسؤولية بالنظام العام وقيّد حرية الفرد في تعطيل أحكامها أو الحد منها⁽⁶⁾ .

(1)- فتحية قرّة ،المرجع السابق، ص166

(2) عرف جروس الإلتزام بالضمان بأنه التزام يضاف إلى بعض عقود المعاوضة التي يكون فيها محل لخشية الدائن أن ينخدع في شأن الحقوق التي تؤول إليه.

(3)- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، دار الفكر العربي ، القاهرة 1985، ص 280

(4)- في رأينا أن إعفاء المقاول من الباطن ليس هدر للصالح العام لأن المسؤولية العشرية تبقى قائمة ولم ينقص منها شيء والمقاول الأصلي هو المسئول.

(5)- أنظر المادة 556 ق م ج، المادة 653 مدني مصري، والمادة 5/1792 قانون مدني فرنسي.

(6)- عبد الرزاق حسين يس،المرجع السابق، ص442

ب - الحجة الثانية والتي تستند إلى الضعف الفني والمالي للمقاول من الباطن ، ولذلك يجب حمايتهم من جانب المشرع حتى لا ينهار هذا النوع من النشاط.

يرى البعض >> أن أساس التقاؤل من الباطن ليس في الفقر أو الغنى المالي أو القوة والضعف الفني، وإنما في نوع التخصص ومدى قدرة المقاول المتعاقد مع رب العمل على القيام به ، أو أن يعهد به إلى شركة متخصصة تكون أكثر منه في القدرة الفنية وأكفاً منه في الطاقة التمويلية ، فالغالب أن المقاول الأصلي إنما يعهد إلى المقاولين من الباطن بالاجزاء من العمل التي لا طاقة له بها فنيا وماديا كأعمال الحفر ودق الأساسات والتركيبات الفنية الكبرى التي يتطلبها البناء إلى غير ذلك من الأعمال الهامة والأساسية التي لا يستطيع أن تقوم بها إلا شركات على مستوى عال من الكفاءة الفنية والمالية ، ثم إن التهاون أو عدم إتقان هذه الأعمال التي يعهد بها إلى شركات المقاوله من الباطن هو غالبا ما يكون سبب كل الحوادث والانهيارات والكوارث التي تحدث في الأبنية والمنشآت الثابتة الأخرى<<(1)

المطلب الثاني: اتساع وتطور النطاق الشخصي

كقاعدة عامة أن ضمان المهندس المعماري والمقاول أساسه العقد الذي يربطهما برب العمل ، فإذا تخلف هذا العقد (2) فلا يلتزم المهندس والمقاول قبل رب العمل بهذا الضمان ، وإنما أي إخلال بأحد الإلتزامات يخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية(3) ولكن نظرا لتطور المجتمع ومتطلبات الحياة أدت إلى ظهور بعض التعقيدات في تحديد الأشخاص الملزمين بالضمان العشري كون أن المتدخلين في الهندسة المعمارية لم يبقوا محصورين في المقاول والمهندس المعماري بل تعداهم إلى أشخاص آخرين مما توجب تحملهم المسؤولية الخاصة بأعمالهم ومن أجل تحديد هذا التوسع توجب دراسته في فرعين اثنين أولهما تطورا أحكام النطاق الشخصي في القانون الفرنسي وثانيهما اتساعه في القانون الجزائري

(1) - نرى خلافا لما يذكره الدكتور عبد الرازق حسين الذي حدد أعمال المقاوله من الباطن في الشركات المتخصصة في بعض الشركات إلا أن في الغالب الأعمال التي ذكرها لا تدخل في الغالب ضمن النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية، كما أن المقاوله من الباطن لا تنحصر في الأعمال المتخصصة بل تكون في الغالب في إجراء الإنشاءات العادية، كما أن الواقع العملي يؤكد أن المقاول من الباطن هو أقل قدرة فنية ومالية من المقاول الأصلي.

(2) - المشرع لم يشترط توفر عقد يربط المقاول أو المهندس برب العمل إلا أن الفقه والقضاء اشترطا ذلك

(3) - محمد حسن منصور ص116

الفرع الأول : التطور التشريعي للنطاق الشخصي للمسؤولين في القانون الفرنسي:

حدث التطور التشريعي للأشخاص المسؤولين في فرنسا بموجب تشريعين متتاليين الأول رقم 3 لسنة 1967 بتاريخ 03 يناير 1967 والثاني تحت رقم 12 لسنة 1978 بتاريخ 04 يناير 1978 وقد جاء كل نص نتيجة لمتطلبات عملية لهذا سوف ندرس هذا التطور بدراسة كل قانون على حدى:

أولاً : الأشخاص المسؤولون في ظل أحكام القانون 3 لسنة 1967 :

قبل صدور هذا القانون كان يعتمد في تحديد المسؤولية العشرية على ضرورة توافر شرطين اثنين هما ضرورة وجود عقد مقاوله مع رب العمل وكذلك أن يتدخل في عملية التشييد وقد كان أهم النصوص المعدلة بموجب هذا القانون هي المادتي 1792 و 2270 مدني فرنسي إذا أصبحنا بعد تعديلها كما يلي :

المادة 1792 >> إذا تلف البناء في مجموعه أو في جزء منه بسبب عيب في التشييد أو في الأرض ذاتها فإن المهندسين المعماريين والمقاولين وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد إجارة عمل (عقد مقاوله) يكونون مسئولين عن هذا التلف خلال عشر سنوات << .

المادة 2270: >>المهندسون المعماريون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد إجارة عمل (عقد مقاوله) يكونون متحملين من ضمان الأعمال التي أقاموها أو أداروها بعد عشر سنوات بالنسبة للأعمال الكبيرة وبعد سنتين بالنسبة للأعمال الصغيرة << .

كما أضاف نص جديد هو نص المادة 1646 >>بائع العقار تحت التشييد يكون ضامن خلال عشر سنوات اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال للعيوب الخفية التي يكون المهندسون المعماريون والمقاولين وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد إجارة عمل مسئولون عنها طبقا لأحكام المادتين 1792 و المادة 2270 <<

من خلال النصوص السالفة الذكر قبل وبعد التعديل يتضح أن المشرع بعد أن كان يحصر أطراف المسؤولية العشرية في المقاول والمهندس فإنه وسع من هذا النطاق ليشمل كل من تربطه عقد مقاوله مع رب العمل بل ذهب إلى أبعد من ذلك حين تطرق إلى بائع العقار تحت التشييد لذلك سوف ندرس هذا التطور في نقطتين اثنتين أولهما كل من تربطه مع رب العمل عقد مقاوله وثانيهما بائع العقار تحت التشييد

إن القضاء الفرنسي سبق المشرع الفرنسي في الأخذ بهذا المعيار إذ أنه قبل أن ينص المشرع على هذه العبارة سنة 1967 فإن القضاء طبقها واستقر عليها⁽¹⁾ وبذلك فإن جميع مؤجري العمل (علاقة مقابلة مع رب العمل) سواء كانوا مهندسين معماريين أو مقاولين أو أيًا كانت صفاتهم وألقابهم ما داموا قد باشروا مهنة المهندس والمقاول وكانوا مرتبطين مع رب العمل بعقد مقابلة يخضعون لأحكام هذه المسؤولية، لكن هناك خلاف حول ضرورة توافر شرط خاص لم ينص عليه المشرع وهو أن تكون هذه الأعمال التي يقوم بها هؤلاء المرتبطون مع رب العمل بعقد المقابلة تدخل في نطاق مهام المقاول والمهندس حتى يخضعوا لأحكام هذه المسؤولية الخاصة فهناك رأي في الفقه الفرنسي يقول بضرورة ذلك⁽²⁾ وهناك رأي آخر من الفقه يرى أنه في إطار سياسة التوسع والمنهاج الذي ينهجه المشرع عدم اشتراط هذا الشرط ويرى البعض من الفقه في انتقاده للرأي الموجب بضرورة دخول الأعمال ضمن مهام المهندس والمقاول حتى يكون أمام المسؤولية الخاصة إن هذا الرأي ليس له سند في التشريع وكل ما تطلبه المادة هو أن يكون الشخص مرتبط مع رب العمل بعقد مقابلة كما أن هذا التفسير لا يتماشى والنزعة التوسعية للمشرع الفرنسي كما أن عملية التشييد أصبحت أوسع إذ تتجاوز مهام المهندس المعماري ومقاول البناء مثل تركيب المصاعد وأجهزة التسخين وأجهزة التبريد⁽³⁾.

ب - بائع العقار تحت التشييد (المادة 1646 معدلة)

إن المادة 1646 مدني فرنسي المعدلة خرجت على القاعدة الأولى وهي ضرورة وجود عقد مقابلة مع رب العمل فإن النطاق الشخصي قد اتسع وذلك بإلزام بائع العقار تحت التشييد بمسؤولية المهندس المعماري والمقاول وبذلك فإن المشرع قد حقق أهدافه ببسط الحماية القانونية على بائع العقار تحت التشييد الذي غالباً ما يكون المهندس المعماري أو المقاول وهذا حماية للمصلحة العامة وهي حماية المنشآت بصفة عامة وحماية المصلحة الخاصة وهي المشتري وبذلك فإن المشرع أوصد الباب أمام العقود الصورية التي قد يلجأ إليها المقاولون والمهندسون مع أرباب العمل بتسمية عقد مقابلة بعقد بيع عقار تحت التشييد للتهرب من قواعد المسؤولية الخاصة وبذلك فإن بسط الحماية لهذه التصرفات يخدم الصالح العام أينما وجد .

ثانياً : الأشخاص المسئولون طبقاً للقانون الفرنسي رقم 12 لسنة 1978

(1) - عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 452 و 453

(2) - نرى خلافاً لهذا الرأي لأن عملية التشييد لا يمكن أن تخرج على مهام المقاول والمهندس أو الأعمال التي لا تدخل فإنها تكون من حيث الموضوع غير خاضع للمسؤولية الخاصة.

(3) - عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 459

نظرا لوجود بعض الممارسات في مجال التشييد تباشر للتهرب من أحكام المسؤولية الخاصة محل الدراسة وكذلك نظرا لبسط نطاق تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة على بعض المهنيين المشتغلين في مجال التشييد والبناء كالممول (المنمي) العقاري ومشيد المنازل⁽¹⁾ ونظرا لما سبق ذكره من بسط لنطاق المسؤولية بموجب حالات خاصة وتهرب البعض منها لعدم وجود ما يضبطه أدى بجانب من الفقه للمطالبة بضرورة معالجة شاملة لهذا الموضوع الذي أخلط أوراق القضاء واستجابة لهذه النداءات تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم 12 لسنة 78 السالف الذكر منظما أحكام هذه المسؤولية تنظيميا محكما إذ يكتف فيه بتوضيح ما غمض بالنسبة للخاضعين له ولم يقتصر فيه أيضا على النطاق السالف الذكر بل تعداه ونظمه ووضع أساسه بالمادة 1792 ثم فصله و أوضح بيانه في المادة 1/1792 بفقراتها الثلاثة ثم في المادة 4-1792⁽²⁾ فتقضي المادة 1792 السالفة الذكر بعد تعديلها بالقانون المذكور بأن "كل معماري يقوم بتشيد بناء يكون مسئولاً بقوة القانون ..."

"Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit..."

كما تقضي المادة 1792 بأنه " يعتبر معماريا يقوم بتشيد بناء:

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⁽³⁾

كذلك قضي في المادة 4-1792 بأن الصانع لعمل أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزي صمم و أنتج كي يفى بأغراض خاصة به مقرر ومحدد سلفا يكون مسئولًا بالتضامن مع مؤجر العمل أو المقاول الذي قام بتركيب هذه الأشياء في البناء عن الإلتزامات التي تضعها المواد 1792-2/1792-3/1792 على عاتق هذا الأخير متى كان استعماله لها دون تعديل ، كذلك قضي في المادة 4-1792 بأن الصانع لعمل أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزي له صمم و أنتج كي يفى بأغراض خاصة به مقرر ومحدد سلفا يكون مسئولًا بالتضامن مع مؤجر العمل أو المقاول الذي قام بتركيب هذه الأشياء في البناء عن الإلتزامات التي تضعها المواد 1792-2/1792-3/1792 على عاتق هذا الأخير متى كان استعماله لها كان دون تعديل وبالمطابقة للقواعد والتعليمات الموضوعة بمعرفة هذا الصانع ، ويكون في حكم الصانع بالنسبة لتطبيق هذه المادة ذلك الذي يستورد عملا أو جزءا من عمل أو عنصر تجهيزي له تم صنعه بالخارج أو ذلك الذي يقدم ذلك المصنوع على أنه من صنعه وذلك بوضع إسمه أو ماركته أو علامة مميزة له⁽¹⁾ وما يلاحظ على النصوص السالفة

(1) - وذلك بالقانون رقم 589 لسنة 71 الصادر 12 يوليو 1971

(2) - عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 464

(3) - المادة 1792 من القانون رقم 78-12 المؤرخ في 04/01/1978

(2) - عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 471

الذكر هو اتساع نطاق الأشخاص الذين أخضعهم لقواعد وأحكام هذه المسؤولية إذ لم يقتصر على الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد بل تعداه إلى غيرهم ممن لا تربطهم أي علاقة تعاقدية مع رب العمل ، لذلك سوف ندرس هذا القانون في طائفتين اثنتين أولهما الأشخاص المرتبطون مع رب العمل بعقد مقالة وثانيهما أشخاص مسئولون ولا تربطهم علاقة مع رب العمل.

الطائفة الأولى: الأشخاص المرتبطون مع رب العمل بعقد إيجار:

بالنسبة لهذه الطائفة فإن التشريعات السابقة قد تطرقت إلى جزء منها وهم : المقاول والمهندس المعماري وكل من تربطه علاقة مقالة برب العمل وهو ما سبق شرحه إلا أن هناك أشخاص حددهم المشرع بذاتهم وهم المراقبون الفنيون وهو ما يمكن تعريفه وكذا تحديد مسؤوليته .

تعريف المراقب الفني: هو شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بدرجة عالية من الكفاءة الفنية يتولى بمقتضى عقد إجارة عمل مبرم مع رب العمل فحص المسائل ذات الطابع الفني في عملية التشييد التي يرى رب العمل تكليفه بفحصها ومنه الرقابة الفنية ظهرت في فرنسا عام 1929 إثر بعض الانهيارات المروعة وظهرت في بادئ الأمر على شكل هيئة منظمات فنية مهمتها إعطاء المؤمنين القدر الذي يلزمهم من المعلومات الفنية عن البناء المراد تغطيته تأميناً وهكذا نشأت وترعرعت هذه المهنة في أحضان التأمين إلى درجة أن أصبحت عقود التأمين تبرم بينها وبين المؤمن (2) إلا أن هذه المهنة اتسعت وأصبح المراقب الفني يراقب أعمال التشييد مما أدى بالمشرع من تنظيم هذه المهنة وشروط الانضمام إليها ومسئوليتها وهذا ما يهمننا في موضوع دراستنا .

مسؤولية المراقب الفني: تنص المادة التاسعة من القانون رقم 12 لسنة 1978 >> يخضع المراقب الفني في حدود المهنة المعهودة بها إليه من قبل رب العمل المسؤولية المنصوص عنها بالمواد 1792-1/1792-2/1792 من النفتين المدني...<< وبهذا يكون المشرع قد أدخل المراقب الفني ضمن الأشخاص المسئولون في ظل المسؤولية العشرية بعد أن كانوا يضمنون عقودهم شرط عدم الضمان العشري وحسب نص المادة التاسعة فإن مسؤولية المراقب الفني تقوم بعد أن يثبت رب العمل أن ضرراً قد لحقه وأن هذا الضرر يرجع في أساسه إلى عدم قيام المراقب الفني كلية أو قيامه على وجه معيب بالمهمة التي كلف بها بمقتضى عقد المراقبة أي عقد إجارة العمل (1) .

(1) نرى خلاف ما يراه الدكتور حسين عبد الرزاق في ضرورة إثبات رب العمل للضرر وكذلك الخطأ وهو مخالف لقواعد الضمان العشري بل يكفي أن يثبت الضرر فقط مما يدخل في النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية فإن المراقب الفني يكون مسئول.

ويكون بذلك رب العمل قد نقل عبء الإثبات إلى المراقب الفني الذي لا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية إلا بأمرين اثنين وهما أن يثبت المراقب الفني أن أساس الضرر الذي لحق برب العمل يخرج عن نطاق المهمة التي كلفه بها رب العمل وهذا أمر نصت عليه المادة التاسعة أما إذا لم يستطع المراقب الفني نفي توافر هذا الشرط فليس من سبيل أمامه من التخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽²⁾

الطائفة الثانية: الأشخاص المسئولون في غياب عقد مقالة

كما سلف الذكر في اتجاه توسع الأشخاص المسئولون فإن المشرع الفرنسي ذكر عدة أشخاص لا تربطهم أي علاقة مقالة مع رب العمل وهم:

-بائع العقار⁽³⁾ ، -الوكيل⁽⁴⁾ ، -الصانع⁽⁵⁾ ، -من في حكم الصانع⁽⁶⁾ ، -الممول (المنمي)العقاري⁽⁷⁾ ، -معماري المنازل الفردية⁽⁸⁾ لذلك سوف ندرس هؤلاء الأشخاص بنوع من الإيجاز الذي لا يخل بالمعنى في إطار خضوعهم للضمان العشري

البند الأول : بائع العقار تام التشييد (المادة 1792-1-فقرة 2)

تنص المادة 1792 >> يعتبر معماريا مشيدا للعمل:

كل شخص يبيع بعد تمام الإنجاز عملا يكون قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين .

ويقصد ببائع العقار في مفهوم هذا النص هو كل شخص تولى بنفسه أو بواسطة آخرين تشييد عقار دون ارتباط بعقد مقالة مع رب العمل ثم قام ببيعه تام الإنجاز ولم يكن العقار كامل التشييد قبل صدور هذا القانون يخضع لأحكام هذه المسؤولية الخاصة باستثناء العقار الذي سبق وأن بيعت باقي أجزائه تحت التشييد

⁽²⁾ عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 477 .

⁽³⁾ و⁽⁴⁾ المادة 1792-1-فقرة(2) و (3) من التقنين المدني الفرنسي

⁽⁵⁾ المادة 1792-4 من التقنين المدني الفرنسي

⁽⁶⁾ المادة 1792-4-فقرة(3) من التقنين المدني الفرنسي

⁽⁷⁾ المادة 1-1831 من التقنين المدني الفرنسي

⁽⁸⁾ المادة (6) من القانون رقم: 12 لسنة 1978 المعدلة للمادة 45-1 من القانون رقم: 579 لسنة 1971 المؤرخ في 16 يوليو 1971

(1) وقد أخضع المشرع الفرنسي هذا النوع من العقود إلى الأحكام الخاصة للمسؤولية العشرية من أجل إيقاف أي نوع من التلاعب والصوربة من أجل التهرب من أحكام الضمان العشري لأن بعض المعماريين قد يلجأون إلى التهرب من هذه المسؤولية عن طريق إنجاز الأعمال بإسمهم ولحسابهم ثم يبرم عقد بيع مع رب العمل كما أنه من بين المبررات هو حماية المصلحة العامة والتمثلة في تحذير المنشئين من عدم الإلتقان في أعمالهم لأنه قد يكون في مواجهة الغير تحت نظام أحكام مشددة ويرى الدكتور بلانبييل >> أن المشرع أورد عبارات واسعة فيما يخص بائع العقار كامل التشييد إذ أن المشرع كان يقصد الأشخاص الذين يمتنون مهنة التشييد والبيع ولم يكن يقصد الأشخاص الذين لم تفي مساكنهم التي شيدها لحاجتهم فيضطرون لبيعها لذلك كان على المشرع أن يختار من العبارات ما يفيد الإحترافية تماشياً مع الطبيعة المهنية لهذه المسؤولية >> (2)

وإذا كان المشتري مستفيداً من أحكام المسؤولية الخاصة (أحكام الضمان العشري) فإنه لا يفقد حقه في الاستفادة من أحكام عقد البيع إذ أنه بالرغم من تشدد أحكام المسؤولية الخاصة إلا أنه قد تكون للمشتري أحكام عقد البيع أفيد (3)

البند الثاني : الوكيل

تعريف الوكيل : بالرغم من أن كل من عقد الوكالة وعقد المقاوله هما من العقود التي ترد على العمل إلا أن نوع العمل في عقد المقاوله هو عمل مادي أما في عقد الوكالة فهو عمل قانوني .

يعرف الوكيل بأنه كل من يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل كما أن عقد المقاوله هو أن يقوم المقاول بعمل لصالح رب العمل فكل من عقد المقاوله وعقد الوكالة من بين العقود الواردة على العمل وهذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لصالح الغير لكن يختلفان في أن العمل في عقد الوكالة هو تصرف قانوني في حين أنه في عقد المقاوله عمل مادي (4) إلا أنه في بعض الأحيان يصعب تفريق الأعمال المادية عن الأعمال القانونية ومنها أعمال المهندس المعماري فجانبا من الفقه يرى أن العقد الذي يربط رب العمل بالمهندس المعماري هو عقد وكالة (1) وذلك لأن المهندس المعماري يقوم بالإشراف على الأعمال التي يقوم بها المقاول كما أن الأجر الذي يأخذه يمكن مراجعته من قبل قاضي الموضوع .إلا أن الرأي الراجح هو أن العقد الذي يبرمه رب العمل مع المهندس المعماري هو عقد مقاوله لأن مهمة المهندس المعماري هي بطبيعتها عمل

(1) المادة 05 فقرة من القانون رقم: 03 لسنة 1967

(2) نرى خلافا ما يراه الدكتور بلانبيول في حصر نية المشرع في من يحترف التشييد ثم البيع بل كان يقصد المحترفين والعاديين لأن المشرع يهدف لحماية الصالح العام وهو المنشأة لمالكها

(3) -لأن أحكام المسؤولية الخاصة تبدأ من تاريخ إنتهاء الأشغال كاملة فقد يبقى هذا المسكن عند مشييده مدة تسع سنوات ونصف فإن مدة الضمان العشري لم يبق منها إلى ستة أشهر بخلاف مدة ضمان العيوب الخفية في عقد البيع التي تحسب من تاريخ تسلم المشتري المبيع (4) -السنهوري، المرجع السابق، ص 377 .

(1) - منهم: بلانبيول وروبيرت وروايت ج 11 بند 911 ص 144 (مشار إليه في مؤلف عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق، ص 101)

مادي خالص يتمثل في وضع التصميمات والرسوم والخرائط المساحية وعمل المقاييس اللازمة للبناء ثم الإشراف على تنفيذ هذه الأعمال و إذا تميزت بشيء فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها عالية ولكن هذا لا يمنع أن تكون أعمال مادية لا تصرفات قانونية . والمهندس المعماري عند مباشرة أعماله بالرغم من أنه يعمل لحساب رب العمل إلا أنه لا يمثله ولا ينوب عنه بل يعمل باسمه الخاص (2) وبذلك فإن الوكالة غالبا ما تلتبس مع المقاوله والتي أحكامها تخضع لقواعد خاصة ومثال ذلك العقود التي تيرم مع أصحاب المهن الحرة مثل المحامي المهندس والطبيب , فالعقد مع المحامي يقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية ويغلب فيه عنصر الوكالة وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعماري بالرغم من اختلاط الأعمال المادية بالتصرفات القانونية فإن عنصر المقاوله يكون هو الغالب (3) .

إلا أن المشرع الفرنسي في المادة 1/1792 من القانون المدني السالفة الذكر نص على أنه يعتبر مشيدا للبناء كل شخص يؤدي مهمة مماثلة لتلك التي يؤديها مؤجر العمل (المقاول) حتى ولو أداها بصفته وكبلا وبموجب هذا النص ولأول مرة خضع الوكيل لأحكام المسؤولية العشرية لهذا يجب أن نبحت عن المبررات التي أدت بالمشرع الفرنسي إلى هذا التوسيع فقد ظهر خلاف في شرح المادة 1/1792 حول تحديد مفهوم الوكيل

فمنهم من يرى أن المشرع قصد بهذا النص الممول (المنمي) العقاري الذي يبرم عقد تمويل عقاري طبقا لنص المادة 1/1831 من التقنين المدني وليس أي وكيل بينما يذهب الرأي الراجح إلى أن المشرع لم يقصد بهذا النص الممول العقاري وإنما قصد كل من يبرم عقد وكالة مع المالك أما المنمي العقاري فإن المشرع أخضعه لأحكام المسؤولية الخاصة بموجب نص المادة الخامسة من القانون رقم: 12 لسنة 1978 والتي قضت بتعديل المادة 1-1831 من القانون المدني كما أن هذا الرأي يتفق والقواعد العامة في التفسير وهي أعمال النصوص خير من إهمالها ولا شك أنه سوف يترتب عن الرأي الأول إهمال نص المادة الخامسة السالفة الذكر كما انه إتساقا مع سياسة المشرع الفرنسي التوسيعية والذي لم يدع شاردة أو واردة صور المعاملات المتعلقة بمجال التشييد إلا وأخضعها لأحكام المسؤولية الخاصة هذا ما يجعل من الرأي الثاني أن يكون هو الراجح (4) و يتضح من نص الفقرة الثالثة من المادة 1792 أنه يتوجب شرطين اثنين من أجل تطبيق أحكام هذه المسؤولية .

الشرط الأول : أن يكون الشخص الذي يتصرف مع رب العمل تربطه معه عقد وكالة ويعمل في إطار هذه الوكالة سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية .

الشرط الثاني : أن يقوم هذا الوكيل ودون وجود عقد مقاوله يربطه برب العمل بمهمة من المهام التي يقوم بها المهندس أو المقاول كأن يقوم بوضع التصاميم ورسم الخرائط أو الإشراف على موقع العمل وإدارته أو غير ذلك من الأعمال التي يؤديها المعماريين (1)

(2) - عبد الرزاق حسين ص102

(3) عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص377 جزء 07 من المجلد الأول

(4) عبد الرزاق حسين ص493

(1) عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق، ص494

البند الثالث : الصانع

تقضي المادة 1892-4 مدني فرنسي بأن <<الصانع لعمل ، أو لجزء من عمل ، أو لعنصر تجهيزي فيه صمم وأنتج كي يفي بأغراض خاصة به ، مقررة ومحددة سلفا يكون مسئولاً بالتضامن مع مؤجر العمل الذي قام بتركيب هذه الأشياء عن الإلتزامات التي تضعها المواد 1792/ 1792/ 2,1792/ 3 على عاتق هذا الأخير متى كان هذا التركيب قد تم التعديل فيه و بالمطابقة للقواعد والتعليمات التي وضعها الصانع نفسه>> .

ويكون حكم الصانع بالنسبة لتطبيق هذه المادة :ذلك الذي يستورد عملاً أو جزءاً من عمل أو عنصراً تجهيزياً له تم صنعه بالخارج ، ذلك الذي يقدم ذلك المصنوع على أنه من صنعه ، وذلك بوضع اسمه أو ماركة مصنعة ، أو أي علامة أخرى مميزة له عليه

والحكمة المقصودة من هذا النص على ما يبدو من الأعمال التحضيرية في هذا الصدد تتكون من ثلاث أمور تكمل بعضها البعض ، هي الرغبة في تأمين دخول وإندماج وتكامل الصناعة الحديثة بأرقى ما توصلت إليه من تقدم تكنولوجي في قطاع التشييد والبناء المعماري و إزدهارها في هذا الميدان الهام وتشديد المسؤولية المدنية على طائفة الصناع المشتغلين في هذا المجال والذين بدأ عددهم بتزايد بمعدلات كبيرة ، على نحو يدفعهم إلى العناية بجودة منتجاتهم وصلاحياتها للغرض المعدة له بعد تسليمها وتجنب أي تفاوت ممكن في المعاملة القانونية من حيث المسؤولية المدنية بين من يشارك في عملية البناء بطريقة مباشرة أو من يشارك فيها بطريقة غير مباشرة⁽²⁾.

المقصود بالصانع في مفهوم المادة : 1792

و إتخذت المادة 1792-4 السابق ذكرها المعيار الموضوعي وهو المشاركة في عملية البناء والتشييد والمشاركة التي اتخذها المشرع الفرنسي معياراً يتحدد على أساسه الصناع الذين يخضعون لأحكام المسؤولية المشددة دون غيرهم من الصناع هي تلك المشاركة التي تتمثل إما في تصنيع العمل كله أو تصنيع جزء منه

أو عنصر تجهيزي فيه بحيث يكون المصنوع مصمماً ومنتجاً⁽¹⁾ للوفاء بمتطلبات معينة ومحددة سلفاً وبذلك إنحصر معيار التحديد في ثلاث أنواع من الصناع .

⁽²⁾ محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل ص 57 ، 58

⁽¹⁾ وتعرفه إتفاقية المجلس الأوروبي المنتج في مادتها الثانية الفقرة الثالثة <<حيث أنه صانع السلعة في شكلها النهائي أو صانع الأجزاء التي تتركب منها .

- صانع العمل : LE FABRICANT D'UN OUVRAGE

وتعني المباني سابقة التصنيع منظورا إليها في مجموعها باعتبارها كل لا يتجزأ أي بعبارة أخرى من يتولى تصنيع العمل كله ثم يتم نقله إلى المكان المخصص لتركيبه وهو ما يعبر عنه بالمساكن سابقة التجهيز .

- صانع جزء من عمل LE FABRICANT D'une partie d'ouvrage

وحتى يخضع صانع جزء من العمل لقواعد المسؤولية الخاصة لابد أن يكون هذا الجزء عنصرا تأسيسيا أو تكوينيا في البناء بمعنى أن البناء لن يتكون أو لن يؤدي وظيفته إلا بضم هذا الجزء إلى غيره من العناصر التأسيسية ذلك أن هذا العنصر إنما يضطلع بدور من الأدوار التي تحتويها والتي من أجلها كان إنشاء هذا البناء . ويسوق الفقه الفرنسي أمثلة لهذه العناصر التأسيسية أو التكوينية بأعمال المنافع العامة وأعمال الأساسات وهياكل البناء والحوائط (2) .

- صانع عنصر تجهيزي :

العناصر التجهيزية هي التي صممت وأنتجت لكي تفي بأغراض خاصة به وفقا لمواصفات دقيقة معينة سلفا (3) . ويمثل الفقه الفرنسي لهذه العناصر التجهيزية شبكة مواسير التغذية بالمياه ، المصاعد الميكانيكية أو الكهربائية وبصفة عامة كل الآلات التي تثبت في البناية .

البند الرابع : من في حكم الصانع : المستورد والموزع

تقضي الفقرة الثانية من المادة 1792 / 4 مدني فرنسي بأنه يكون في حكم الصانع بالنسبة لتطبيق هذا النص (أي نص المادة 1792/4)
- ذلك الذي إستورد عملا أو جزءا من عمل أو عنصرا تجهيزيا فيه تم صنعه بالخارج
- ذلك الذي يقدمه (أي العمل أو الجزء منه أو العنصر التجهيزي) على أنه من صنعه بأن يضع عليه إسمه أو ماركة مصنعة أو أي علامة أخرى مميزة له .
ويمكن دراسة الأشخاص الذين في حكم الصانع من خلال شخصين إثنين هما المستورد والموزع .

(2) عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 506

(3) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 60

المستورد: المستورد المقصود في نص المادة السالفة الذكر هو من يستورد عملا مصنوعا أو جزءا من عمل مصنوع أو عنصرا من عناصر التجهيز في عمل مصنوع بالخارج ففي هذا النص المشرع الفرنسي أراد أن يخضع المستورد لنفس مسؤولية الصانع مستلهما ذلك الحكم من الصناعة المستخرجة من الاتفاقية الأوروبية فيما يتعلق بمسؤولية المنتج عن الأضرار المترتبة على عيوب ما أنتجه من منتجات (1).

وبذلك فإن المستورد أصبح خاضعا لأحكام المسؤولية الخاصة مثله مثل الصانع

ومن الواضح من هذا الحكم المستحدث أنه يتضمن خروجاً عن القواعد العامة في قواعد المسؤولية المدنية بوجه عام لأنه يدخل المستورد البائع للعناصر المكونة للمباني سابقة التصنيع ضمن قائمة الأشخاص المسؤولين بمقتضى المادتين (1792-2270) مدني فرنسي في مواجهة رب العمل (مالك البناء) وذلك على الرغم من أنه ليس بمعماري ولا تربطه عقد مقاوله مع رب العمل وبذلك فهي استثناء ويربطه في الغالب عقد بيع مع المقاول (2).

- **الموزع:** وهو ما عبر عليه المشرع بعبارة >>...ذلك الذي يقدمه على أنه من صنعه بأن يضع عليه إسمه أو ماركة مصنعة أو أي علامة أخرى مميزة له << (3).

هذه العبارة لا تطلق إلا على الموزع لأن الشخص الذي يبيع مادة لم يقم بتصنيعها لا يمكن أن يكون إلا الموزع ويعالج هذا النص الحالة التي يتعذر فيها معرفة شخصية صانع العمل الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي في العمل باعتباره مسئولاً متضامناً مع المقاول قبل رب العمل .

و يلاحظ أن إخضاع الصانع ومن في حكمه لأحكام المسؤولية الخاصة كما سبق الذكر هو من بين المسؤوليات الاستثنائية وبذلك فإن هذا الاستثناء يتوجب تقيده بشروط استلزم المشرع الفرنسي توافرها للقول بانعقاد هذه المسؤولية إذ لا بد أن يكون المنتج للعمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي مصمماً ومنتجاً كي يفي بأغراض محددة ومعينة سلفاً وكذا يجب أن يكون مؤجر العمل قد قام بتركيب المنتج دون أي تعديل فيه ويتوجب أن يتم تركيب الشيء المنتج بالمطابقة للتعليمات التي يضعها الصانع نفسه.

- **الشرط الأول:** أن يكون المنتج للعمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي مصمماً ومنتجاً كي يفي بأغراض محددة ومعينة سلفاً وهذا الشرط مستتبط من نص المادة ذاتها (1) والمنتج يجب أن يكون معداً

(1) إخضاع المستورد لأحكام المسؤولية العشرية في رأينا يكون بعد عدم إمكانية أو صعوبة الرجوع على الصانع

(2) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 67

(3) ART 1792-4ALI .-2 L.78-12-4 JANV 1978

بقصد الوفاء بمقتضيات معينة ومحددة مسبقا بمعرفة مصمم العمل ككل أو بمعرفة الصانع نفسه و ليس معدا للوفاء بأغراض عامة بمعنى أن يكون المنتج مخصصا فقط من حيث تصميمه وإنتاجه للوفاء بهذا الغرض الخاص ولا يلزم أن يكون تحديد هذه الأغراض التي صمم الشيء أو أنتج من أجل الوفاء بها قد تم صراحة وفي صورة تعاقدية بل يجوز أن يتم ولو في صورة انفرادية أي أن يتم تحديد هذه الأغراض وتعيينها بمعرفة المهندس المعماري أو المشرف عن العمل أو حتى بمعرفة الصانع نفسه (2)

الشرط الثاني : أن يكون مؤجر العمل قد قام بتركيب المنتج دون أي تعديل فيه :

وهو عمل سلبي مؤداه أن لا يكون المقاول قد أجرى تعديلا في المنتجات المصنوعة التي تولى استعمالها أي في العمل أو الجزء من العمل أو في عنصر التجهيز أي أن للصانع أو من في حكمه الحقيقي التخلص من ذلك التضامن مع المقاول إذا أثبت أن هذا الأخير قد عدل طريقة الإستعمال الموضوعة من قبل الصانع وبوجه لهذا الشرط بعض الانتقادات من جانب الفقه الفرنسي على أن هذا الشرط غامض فيرى الفقيهان روسيل و مالانفو جستانز أن هناك حالات جدية كثيرة يتعذر فيها معرفة هل يوجد تعديل أو لا من جانب المقاول (3) لاسيما في الحالات التي يكون لطريقة الاستعمال تأثير واضح على تماسك عناصر البناء كما هو الحال في استعمال المقاول لعناصر عازلة أو لاصقة عند تركيب المنتجات المصنوعة في العقار (4).

- الشرط الثالث : أن يتم تركيب الشيء المنتج مطابقا للتعليمات التي وضعها الصانع وهو أيضا

شرط تقتضيه الفقرة الأولى من المادة 4/1792/4 صراحة <<الصانع... يكون مسئولا بالتضامن عن ... مع مؤجر العمل الذي قام بالتركيب... وبالمطابقة للتعليمات الموصوفة من الصانع >> أي أن يكون هذا المقاول قد إستعمل العمل أو جزء من العمل أو عنصر التجهيز المصنوع طبقا للتعليمات التي يضعها الصانع مبينا فيها الإحتياجات الخاصة الواجب إتباعها عند نقل منتجاته أو عند تخزينها أو عند تركيبها أو إستعمالها بمعرفة المقاول ولا يستطيع الصانع أن يتهرب من التضامن المنصوص عليه عن طريق الإمتناع عن وضع هذه التعليمات والقواعد لأن هناك الأصول الفنية للمهنة التي يلتزم المقاول بإحترامها في جميع الأحوال بل أن القواعد العامة المسلم بها في هذا المجال تلقى على عاتق المنتج أو الصانع لاسيما بالنسبة للمنتجات الجديدة

(1) تقضي المادة 4/1792 في فقرتها الأولى <<الصانع لعمل أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزي مصمم ومنتج كي يفي في حالة وضعه للخدمة بأغراض ومتطلبات محددة ومعينة مقدما...>>

(2) عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 516

(3) نرى أن هذا الإنتقاد الموجه لهذا الشرط غير موفق لأن مسألة توفر أو عدم توفر الشرط هي مسألة قانونية أما صعوبة الإثبات فهي مسألة أخرى تتعلق بالوقائع ولها أحكامها تتوجب وضع قرائن فقط مثل قرينة الأصل أنه تم التركيب دون تعديل وعلى الصانع أو من في حكمه أن يثبت عكس هذه القرينة

(4) محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 61

أو الخطرة واجب إخطار عملائه و إعطائهم التعليمات اللازمة بكل ما يتعلق بسلامة هذه المنتجات (1) و بالتالي الصانع لا يستطيع أن يدفع على نفسه هذا التضامن إلا إذا أثبت أن المقاول خالف هذه التعليمات (2) - الشرط الرابع: أن تقوم مسؤولية المقاول ويعتبر هذا الشرط ضمنياً لأن مسؤولية الصانع أو من في حكمه تقوم عندما تتحقق شروطها الخاصة بالسلفة الذكر من جهة ولا يشترط قيام مسؤولية المقاول المتعامل مع الصانع أو من في حكمه بل مسؤولية المقاول الذي يواجهه رب العمل .

وفي هذا الصدد يرى البعض إمكانية تركيب العنصر في معنى المادة 4/1792 بأنه التركيب المباشر أو غير المباشر أو كما أسماه التركيب (باليد الطويلة) (1) بما يعني أن المنتج يكون مسؤولاً بالتضامن مع المقاول العام في العلاقة برب العمل حتى ولو كان الذي قام بتركيب العنصر الذي أنتجه هو المقاول من الباطن لأن القول بالعكس يجعل من مسؤولية المنتج التضامنية المقررة لمصلحة رب العمل رهناً بظروف الحال والمتعامل مع المنتج (2).

البند الرابع الممول <المنمي > العقاري

(1) - إن إلزامية وضع التعليمات والقواعد من قبل الصانع هي من حق الصانع وضمانه له أكثر من هي واجب لأن عدم وضع هذه التعليمات يجعل من تضامنه مع المقاول مقترض ولا يمكنه التخلص من هذه المسؤولية بحجة مخالفة التعليمات لأن هذه التعليمات غير موجودة إلا باستثناء القواعد والتعليمات العامة

(2) د.محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 62

(1) DE LONGUE MAIN

(2) - د.محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص196

تعتبر مهنة ممول العقار من المهن الحديثة نسبيا في قطاع التشييد والبناء المعماري في فرنسا والتي ظهرت عقب الحرب العالمية الثانية وهذا نظرا للتهدم الذي أصاب فرنسا جراء الحرب وإقبالها على إصلاح ما تهدم وإقامة عدة مشاريع ضخمة لإعادة البناء والتشييد واستمر عقد التموين والتنمية العقارية تحكمه القواعد العامة للعقد سواء فيما يتعلق بعملية التعاقد ذاتها أو فيما يتعلق بالمسؤولية التي تنجم عن الإخلال بالتزاماتها واستمر الحال كذلك إلى أن تدخل المشرع الفرنسي منظما أحكام هذا العقد بصفة عامة بموجب القانون رقم 579 سنة 1971 مؤرخ في 16 يوليو 1971 متضمنا المواد من 1-1831 إلى 1-1831-5 والمكمل بالقانون رقم 649 سنة 1972 في 11 يوليو 1972 والذين جرى العمل بهما ابتداء من يوم 1972/12/31 وبعدها تدخل المشرع للمرة الثالثة بموجب القانون رقم 12 سنة 1978 في 04 يناير 1978 ومن خلال المواد المنظمة لإلتزاماته لاسيما المادة 1831 .

ويعرف كذلك ممول العقار بأنه هو الذي يتعهد قبل رب العمل بمقتضى عقد التمويل عقاري في مقابل أجر معين بأن يقوم بتشبيد المباني والمنشآت إما بنفسه أو بواسطة الغير والقيام بجميع الأعمال المادية والتصرفات القانونية والإجراءات الإدارية والعمليات المالية التي من شأنها أن تؤدي في نهاية الأمر إلى إنجاز البناء ويقوم ممول العقار بممارسة مهنته هذه عن طريق الإرتباط مع رب العمل بعقد تمويل عقاري⁽³⁾.

وبخصوص مسؤولية الممول العقاري تنص المادة الخامسة من القانون رقم 12 لسنة 1978 على أنه يستبدل بالجملة الثالثة من المادة 1-1831 مدني النص الآتي :

"" ويكون أي الممول العقاري على وجه الخصوص مسئولا عن الإلتزامات الناتجة عن المواد 1792 - 1,1792-2, 1792-3 من التقنين المدني⁽¹⁾ يلتزم ممول العقار بمقتضى عقد التموين إتجاه رب العمل بأن يقوم بكل ما يلزم لإتمام عمليات التشييد والبناء وهو مسئول شخصيا أمام رب العمل دون النظر لما إذا كان يوجد بينهما عقد إيجار عمل أم لا شأنه في ذلك شأن المشيدين سالفى الدراسة بل وأنه حتى لم يتطلب المشرع له شروط معينة كما فعل بالنسبة للصانع⁽²⁾.

(3)- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 549

(1) art 5 (1 .78-12 .4 janv .1978)*la troisième phrase du premier alinéa de l'article 1831-1 du 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"

(2) د. عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 549

الفرع الثاني : إتساع نطاق الأشخاص المسؤولين في الجزائر :

إذا كان المشرع الفرنسي قد أراد أن يواكب بين القانون والحياة الميدانية وذلك بتدخله في كل مرة من أجل توسيع نطاق الأشخاص المسؤولين أو بعبارة أخرى بتحميل المسؤولية العشرية لكل من يكون له دور في عملية التشييد إلى درجة أن أصبح الشخص مسئولاً أمام نفسه وكل هذا من أجل حماية المصلحة العامة وهي الحرص على إتقان كل أعمال التشييد للحفاظ على العمران وكذلك حماية المصلحة الخاصة وهي مالكي المنشآت و بإعتبار القانون الجزائري دوماً في تأثر بالقانون الفرنسي من جهة و كذلك نظراً لتطور الحياة العملية أدى بالمشرع أن يخرج عن النطاق التقليدي للنطاق الشخصي والمحددة في المادة 554 ق م⁽³⁾ ليحمل المسؤولية العشرية لعدة أشخاص لهم دور في عملية التشييد سواء بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة⁽⁴⁾ وقد تجلّى هذا التوسع بموجب قوانين منها قانون رقم 80-07 مؤرخ في 28 رمضان عام 1400 الموافق 09 غشت سنة 1980 والمتعلق بالتأمينات⁽⁵⁾ الملغى بالقانون رقم 95/07 في مادته رقم 178 والقانون رقم 86-07 مؤرخ في 23 جمادى الثانية عام 1406 الموافق 02 مارس 1986 يتعلق بالترقية العقارية⁽⁶⁾ في مادته رقم 41 والقانون رقم 93/03 المؤرخ في 07 رمضان عام 1413 الموافق 01 مارس سنة 1993 يتعلق بالنشاط العقاري⁽¹⁾ في مادته الثامنة لذلك سوف ندرس هذا التوسع بنوع من التنظيم الذي يحدد الأشخاص المسؤولين فيما يلي :

أولاً : المراقب الفني :

إن مهنة الرقابة الفنية في مجال التشييد هي مهنة حديثة النشأة نسبياً يرجع تاريخها في فرنسا إلى عام 1929 على إثر بعض الإنهيارات المرعبة التي حدثت آنذاك في بعض المباني .

وكان ظهورها في بادئ الأمر على شكل هيئة منظمات فنية مهمتها مساعدة المؤمنين بتزويدهم بالمعلومات الفنية على البناء المراد تغطيته⁽²⁾ أما في الجزائر فإن هذه المهمة تتولاها هيئة المراقبة التقنية للبناء التي تم إنشاؤها بموجب الأمر رقم 71-85 مكرر⁽³⁾.

(3)- الأشخاص المسؤولون التقليديون هم المهندس المعماري والمقاول

(4)- تحمل المسؤولية بطريقة مباشرة عن طريق القانون المنظم للمهنة مثل المكتب أما غير المباشر مثل هيئة الرقابة التقنية نص عليها في قانون المتعلق بالتأمينات

(5)- جريدة رسمية رقم 33 لسنة 1980

(6)- جريدة رسمية رقم 10 سنة 1986

(1)- جريدة رسمية عدد 14، 1993/03/03 .

(2)- عبد الرزاق حسين ،المرجع السابق، ص 471

وتعرف هيئة المراقبة التقنية للبناء على أنها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري لها شخصية معنوية والاستقلال المالي وتكلف بمراقبة البناء لجميع أنواع المباني وكذا مباني الهندسة المدنية وبناء الهياكل الأساسية وتكون هذه الهيئة وحدها هي المقبولة لدى مؤسسات التأمين الوطني وذلك في إطار الضمانات التي تمنحها هذه الأخيرة للمقاولات والمهندسين المعماريين لتغطية مسؤولياتهم المدنية التي تمتد على عشرة أعوام وهذا لتغطية مسؤولياتهم في حالة انهيار المباني الذي يمكن أن يحدث أثناء الأشغال (4)

وقد تم تعديل هذا المرسوم المنشئ لهيئة المراقبة بموجب خمس مراسيم على إثرها تم تغيير هيكلها وكذا تسميتها من هيئة المراقبة التقنية للبناء إلى >> الهيئة الوطنية لرعاية البناء التقنية في وسط البلاد ، وتم تحديد اختصاصها الإقليمي كما تم إنشاء أربع هيئات وطنية أخرى لكل منهما مجال إقليمي وهذا بموجب خمس مراسيم يحمل أرقام متتالية (205-86)، (206-86)، (207-86) ، (208-86) ، (86-209) ، مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق 19 غشت سنة 1986 (5) .

وهذه الهيئات الخمس تعد مؤسسات اشتراكية ذات طابع اقتصادي تتولى مراقبة بناء مختلف العمارات للتأكد من ثبات بنائها وديمومته للتقليل من أخطار الفوضى في مجال التشييد سواء فيما يخص التصميم لاسيما تصميم الأعمال الكبرى والعناصر التي ترتبط بها وكذا رقابة تنفيذ الأشغال .
ويمنع على المراقب الفني أن يجمع بين الرقابة الفنية وكل نشاط يتعلق بالتصميم أو بتنفيذ الأعمال والغاية من هذا المنع المفروض على المراقب الفني تتمثل في ضمان تنفيذ الأعمال وهو مظهر من مظاهر الحماية التشريعية (1) ويمكن تحديد أهم الأدوار التي تقوم بها الهيئة كمايلي:

تقوم بمراجعة التصميمات إذ لا يمكن الشروع في العمل بالنسبة للصفقات العمومية بدون اختتام موافقة التصميمات من طرف هذه الهيئة «

- المراقبة المستمرة للأعمال خلال عملية التنفيذ وعلى وجه الخصوص قبول الأرض التي ستقام فوقها أساسات المبنى بعد الحفر والإسمنت المسلح (2) .

(3)- أمر رقم 71-85 مكرر مؤرخ في: 11 ذي القعدة عام 1391 الموافق 29 ديسمبر سنة 1971 جريدة رسمية رقم 04

(4)- المواد 01 و 02 من الأمر 85/71 السالف الذكر.

(5)- جريدة رسمية رقم 34 لسنة 86.

(1)- المادة الثالثة الفقرة السادسة من المرسوم رقم 205-86 السابق الذكر

(2)- إبراهيم يوسف مسؤولية للمهندس المعماري والمقاول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جزء 03، الجزائر 1995، ص 687

- مراقبة كل أنواع البناءات للتأكد من ثبات بنائها وديمومته وأساسه وصلاحيته له تأثير في ثباته وهيكله وجدران محيطه وسقوفه ، بغية تقليل أخطار العيوب في هذا المجال والمساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الإنجاز (3) .

ويمكنها إن اقتضى الأمر في إطار إحترام الأحكام المعمول بها في هذا الميدان واختصاصات الهيئات المعنية أن يمتد مجال عملها إلى رقابة جودة المواد المعدة للبناء في المصنع والاعتماد التقني لمواد البناء وعناصره وينبغي على الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء تقديم شهادة المراقبة للمقاولين المكلفين بإنجاز المشروع لتمكينهم من إبرام عقد التأمين ضد العواقب المالية المترتبة عن المسؤولية العشرية وتسليم هذه الشهادة للمقاولين والمهندسين المعماريين من طرف هذه الهيئة يتم عادة أثناء التسليم النهائي للأعمال ويبدأ سريان عقد التأمين منذ هذا الوقت أي من وقت التسليم النهائي للأعمال .

ثانيا : المكتب

تعتبر مهنة المكتب من المهن الحديثة التي ظهرت في الجزائر بموجب القانون رقم 86-07 المؤرخ في 04 مارس 1986 (4) المتعلق بالترقية العقارية (5) والذي يرمي إلى السماح للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين من القطاع الخاص الجزائري أن يساهموا في إطار مخطط منظم من طرف الدولة في عمليات الترقية العقارية المخصصة إلى الزيادة في مجال الإسكان وتلبية بعض الحاجيات وبالتالي تقديم مساهمة تكميلية لجهود الدولة (1) وهذا ما تم دراسته في مقر اللجنة الاقتصادية للمجلس الشعبي الوطني (2) وبالرغم من أن هذه المهنة لم تعمر طويلا وتم إلغاء أحكامها بموجب مهنة المرقى العقاري المنظم بموجب المرسوم التشريعي 03/93 وبذلك فإن مهنة المكتب لم تعمر إلا مدة ثماني سنوات إلا أن القانون 07/86 المنظم لها أضاف الشيء الجديد في الخروج عن النطاق التقليدي للمسئولين في مجال المسؤولية العشرية صراحة إذ نصت المادة 41 منه وتهدف مهمة المكتب إلى تطوير الأملاك العقارية الوطنية عن طريق بناء عمارات أو مجموعات تستعمل في السكن أساسا وتشتمل بصفة ثانوية على محلات ذات طابع مهني أو

(3)- المادة الثالثة الفقرة الأولى والسابعة من المرسوم 205-86

(4)- الجريدة الرسمية عدد 10 السنة الثالثة والعشرون لسنة 1986

(5)- إلا أن هذه المهنة استمرت لسنة 1986 أين تم إلغاء أحكامها بموجب قانون النشاط العقاري بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-93

(1)- عياشي شعبان ، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة قسنطينة 1989 ،ص22

(2) مقرر اللجنة الاقتصادية للمجلس الشعبي الوطني لجلسة عامة المنعقدة يوم الخميس 09 جانفي 1986 الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني الفقرة التشريعية الثانية الدورة الثامنة

تجاري تقام على أرض خاصة أو مقتناة عارية مهياة وتخصص هذه المنشآت إما لسد الحاجات العائلية أو للبيع أو للإيجار (3).

ويلتزم المكنتب في سبيل القيام بمهمته بكل ما هو ضروري لإنجازها ويعتبر المكنتب بائعا وليس مقاولا فهو يقوم بعمليات البناء قصد البيع ويرتبط مع المشتري بعقد بيع وليس بعقد مقولة (4).

كما يمكن للمكنتب أن يقوم باقتراح البيع على أساس تصاميم تمت الموافقة عليها من قبل المصالح المكلفة بالتعمير وهذا الاقتراح أو ما يسمى البيع على أساس التصاميم (5) يشترط في هذا التصرف أن يتم في شكل مكتوب وهو ما يسمى عقد حفظ الحق إلا أن هذا العقد هو عقد شكلي توجب المشرع ضرورة أن يحتوي على بيانات تحت طائلة البطلان تخص هذه البيانات وصف العقار وصفا تاما وكذا سعره وكذا طريقة المخالصة ومدتها ومدة الإنجاز وبالرغم من شكلية هذا العقد من حيث الموضوع في تحديد بيانات محددة إلا أنه لم يشترط الرسمية (6).

و معلوم أن العقد المبرم بين المكنتب والمشتري هو عقد بيع فإنه بذلك يخضع إلى المسؤوليات الخاصة ببائع العقار لاسيما ضمان العيوب الخفية والتي ليست محل دراستنا فإنه يخضع للمسؤولية الخاصة بالمشيدين وهي الضمان العشري وهذا ينص المادة 41 من القانون 07/86 والتي تنص >> يتحمل المكنتب بإحدى عمليات الترقية العقارية طوال عشرة سنوات ابتداء من تاريخ تسليم شهادة المطابقة العيوب الخفية التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريون والمقاولون والأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار عمل وذلك عملا بنص المادة 140 الفقرة الأولى و المادتان 554 و 564 من القانون المدني .
وطبقا لهذا النص يسأل المكنتب وفقا لقواعد الضمان العشري المنصوص عليه في المادة 554 ق م في مواجهة المشتري ويستوي في ذلك أن يكون المكنتب هو الذي قام بنفسه بإنجاز البناء أو أوكل إنجازه في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر .

(3)-المادة الثانية القانون رقم 07-86 مؤرخ في 07/03/04

(4)-عياشي شعبان ، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص92

(5)-المادة 30 من القانون 07-86 مؤرخ في 4 مارس 1986 وتقبله المادة 1646 من القانون 03 لسنة 1967 فرنسي نصها >>بائع العقار تحت التشبيد يكون ضامنا خلال عشر سنوات

(6)-المادة (30) و (31) القانون 07/86

ويستوي في ذلك أيضا أن يكون البيع قد تم قبل البدء في الإنجاز (1) أو تم البيع بعد تمام الإنجاز (2) وتبتدئ مدة العشر سنوات في السريان من تاريخ تسلم شهادة المطابقة (3) وتنص المادة 40 من قانون الترقية العقارية <يلتزم المكتتب بأحد عمليات الترقية العقارية بضمان المبنى لمدة ثلاث سنوات إبتداء من تاريخ تسلم الأشغال أو من تاريخ إكتشاف العيب >>

نلاحظ أن هذا النص معيبا و غامضا إذ أن عبارة من تاريخ إكتشاف العيب هي عبارة تخص رفع الدعوى وليس قيام المسؤولية لأن جعل قيام المسؤولية تحسب من إكتشاف العيب يجعل معه أن المكتتب يكون مسئول طوال حياته كما أن تحديد مدة الضمان الثلاثي بعمومها ومدة الضمان العشري من جهة ومدة ضمان العيوب الخفية من جهة غير مستساغ وما يمكن قوله أن المشرع أراد أن يقلد المشرع الفرنسي ويفرق بين الأعمال الكبيرة والأعمال الصغيرة المادة 1646-1 من القانون 67-3 المؤرخ في 67/01/07 والتي تم تعديلها فيما بعد وتم إلغاء التفرقة بين الأعمال الكبيرة والصغيرة لصعوبة التفرقة ومما لا شك فيه أن المادة 40 من قانون الترقية العقارية غير سليمة (4)

و يجدر التذكير فإن القانون 07/86 المنظم لهذه المهنة تم إلغائه بموجب المادة 30 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري .

ثالثا : المرقى العقاري

تعتبر مهنة المتعامل في الترقية العقارية من المهن الحديثة جدا في الجزائر والتي ظهرت بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري (1) وقد نصت المادة الثانية من هذا المرسوم على أن النشاط العقاري يشمل على مجموعة الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تحديد الأملاك العقارية المخصصة

(1)- وذلك عن طريق عقد حفظ الحق أو ما يسمى البيع على أساس التصاميم

(2)- عياشي شعبان الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص 23

(3)- وهذا بخلاف القاعدة العامة في الضمان العشري التي يبدأ الحساب فيها من التسليم النهائي وهذا حسب نص المادة 554 ق

م

(4)- المادة 40 من قانون الترقية العقارية هي نقل عن المادة 1646-1 من القانون 03 لسنة 1967 التي تقضي <> يلتزم البائع بضمان الأعمال الصغيرة مدة سنتين تحسب من تاريخ تسلم الأشغال...>> تم نقلها من قبل المشرع الجزائري مع تغيير مدة سنتين بثلاث سنوات ووقع في خطأ أثناء إعادة الصياغة كما أن الفقرة الثانية من المادة 40 هي نفسها الفقرة الثالثة من المادة

1-1646

(1)- الجريدة الرسمية العدد 14 الصادر بتاريخ 1993/03/01

للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة ويمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية مخصصة للاستعمال السكني أو لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري (2) .

ونصت المادة 03 الفقرة الأولى منه على أنه يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاط المذكور في المادة 02 متعاملا في الترقية العقارية وطبقا للنصين السابقين تتمثل مهمة المتعامل في الترقية العقارية في قيامه بمجموعة الأعمال التي تساهم في إنجاز وتجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع والإيجار أو تلبية حاجات خاصة .

ويمكن للمتعامل في الترقية العقارية أن يقدم على عملية البيع على أساس التصاميم شريطة أن يكون هذا البيع شبه محقق لما يشترطه المشرع من ضمانات مالية وتقنية وقانونية يتم التوقيع عليها في عقد نموذجي يتوجب تحديد عناصره تحت طائلة البطلان منها رخصة البناء وصف البناء آجال التسليم السعر التقديري شروط الدفع وفي حالة عدم توفر أحد هذه الشروط فإن عقد البيع على أساس التصاميم يكون باطلا تنص المادة 10 > يجب أن يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم الذي يحدد نمودجه عن طريق التنظيم تحت طائلة البطلان ، على ما يأتي زيادة على الصيغ المعتادة :

- العناصر الثبوتية للحصول على رخص البناء المنصوص عليها في التنظيم الجاري به العمل
- وصف البناء المبيعة أو جزء البناء المبيع و مشتملات ذلك
- آجال التسليم وعقوبات التأخير المرتبطة بها في حالة عدم إحترام هذه الآجال
- السعر التقديري وكيفيات مراجعته إن إقتضى الأمر
- شروط الدفع وكيفياته

- طبيعة الضمانات القانونية و ضمان حسن الإنتهاء والضمانات الأخرى التي يعطيها المتعامل في الترقية العقارية للمشتري مقابل تسبيقات وسلف دفعات مجزأة المنصوص عليها في العقد ودعم الإلتزامات التعاقدية الأخرى (1). ويمكن أن يستكمل العقد النموذجي من جهة أخرى بأي بند آخر خاص تراه الأطراف ضروريا دون أن تقل الضمانات التعاقدية على أي حال عن تلك التي ينص عليها العقد النموذجي كما هو محدد عن طريق التنظيم < كما أن المحكمة العليا قد تطرقت إلى هذه المسألة القانونية بتاريخ 97/12/28 في حكم الغرف المجتمعة إذا إعتبرت أن النموذج الرسمي الذي أراده المشرع الجزائري لعقد البيع على أساس التصاميم هو ركن من أركان العقد وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد (2).

(2) نشاط المرقي العقاري يختلف عن المكتب في أن المكتب له مهام أساسية تتمثل في بناء عمارات أو مجموعات تستعمل للسكن واستثناء محلات ذات طابع تجاري ومهني أما المرقي العقاري فيهدف إلى تلبية كل منهما على السواء.

(1) انظر أكثر تفصيل في ذلك: الطيب زروتي، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقا للمرسوم 03/93 ، م. ج. ع. ق. ق. س، عدد 02 لسنة 2000، ص ص 53، 57 .

(2) أ.أ.ع. ج. ق. ق. س، عدد 02 لسنة 2000، ص ص 53، 57 .

(3) أ.أ.ع. ج. ق. ق. س، عدد 02 لسنة 2000، ص ص 53، 57 .

وبذلك فإن المرقى العقاري قد يبرم عقد بيع لبناية كاملة الإنجاز وقد يبرم عقد بيع على أساس التصاميم وفي كل من الحالتين فإن المرقى يعتبر بائعاً وليس مقاولاً بما يطرح التساؤل ما إذا كان المتعامل في الترقية العقارية يخضع لأحكام الضمان العشري أم لا ولعل أن ما يطرح هذا التساؤل هو أن نص المادة 08 من المرسوم رقم 93-03 المتعلقة بالمسؤولية المدنية العشرية ليست في وضوح المادة 41 من قانون الترقية العقارية التي كانت تحمل المكتتب في الترقية العقارية بالضمان العشري (3).

مدى تحمل المرقى العقاري للمسؤولية العشرية :

تنص المادة 8 الفقرة 2-3-4 من القانون 03/93 > تظل المعاملات التجارية التي تتعلق ببناية أو أجزاء بنايات خاضعة للتشريع المعمول به و لا سيما أحكام القانون المدني في هذا المجال مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها أدناه والمتعلقة بالبيع اعتماداً على التصاميم 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 لاسيما المادة 554 منه وطبقاً للقانون المتعلق بالتأمينات لاسيما مواده من 94 إلى 99 تبلغ نسخة التأمين المذكورة في الفقرة السابقة إلى المشتريين 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 المجال < (4)

يستخلص من هذا النص أن المرقى العقاري من ضمن الأشخاص المسؤولين بالضمان العشري إذ ينبغي عليه أن يطلب من المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفين بإنجاز المنشأة ، التأمين على مسؤولياتهم المدنية والمهنية المشار إليها في المادة 554 ق.م.ج وفي حالة عدم امتثالهم لهذا الالتزام فإن القانون يحمله استثناء هذه المسؤولية (5) وبذلك فإن مسؤولية المرقى العشري هي مسؤولية احتياطية تقوم في حالة عدم التزام المهندسين المعماريين والمقاولين بالتأمين وينبغي أن نفرق بخصوص المرقى العقاري في الحالة التي يمثل فيها صاحب المشروع بحيث لا يمارس فيها وظائف أو مهام المقاول بل كل ما في الأمر يتحمل عبء تنظيم العملية من جميع جوانبها ويظهر كحليف لصاحب المشروع والمدافع عن مصلحة في مواجهة المقاولين والمهندسين فينطبق عليه الحكم السالف الذكر أما إذا مارس المرقى العقاري أحد المهام سواء مهنة المقاول أو المهندس فإنه يكون حليفاً و خصماً لرب العمل في آن واحد وقد يتولى المهنتين فإنه يكون خصماً لرب

حول الترقية العقارية الواقع والأفاق 08/07/2006 جامعة قاصدي مرباح ورقلة ص 04

(3)- عياشي شعبان ، أشخاص الضمان العشري ، المقال السابق، ص 94

(4) يرتب عقد البيع على التصاميم التزامات متقابلة أهمها تلك الناتجة عن علاقة المتعامل في الترقية العقارية بالمشتري ولقد تناولت هذا الموضوع

المواد من 08 إلى 19 وهي أهم فصل في المرسوم التشريعي بالنظر إلى الأحكام الواردة فيها

(5) وبذلك فإن المرقى في هذه الحالة في حكم الضامن إذا لم يلتزم المقاول والمهندس بالتأمين فإن مسؤوليته العشرية تقوم =

= ونرى كذلك أن عدم التزام كل من المقاول والمهندس بالتأمين لا يعفيهما من المسؤولية العشرية بل تقوم إلى جانب هذه المسؤولية مسؤولية المرقى

العمل⁽¹⁾ وفي هذه الحالة أي في حالة مباشرة الأعمال من قبل المرقي تكون مسؤوليته قائمة بصفته مقاول أو مهندس ولا داعي إلى النظر إلى التأمين.

وخلاصة قولنا فيما يخص الأشخاص المسئولون في الضمان العشري أن المجال لا يزال ضيق فكان على المشرع أن يضع قواعد عامة تخص وتحدد مسؤولية المشيدين بصفة عامة وليس عن طريق نصوص خاصة ومقتضبة فما أحوج عالم التشييد إلى توسيع نطاق المسئولين ليشمل كل المشيدين وكذا الصناع ومن في حكمهم .

المبحث الثاني: المستفيدون من الضمان العشري

كما سلف الذكر فإن قواعد المسؤولية العشرية و إن كانت تثقل كاهل بعض الأطراف إلا أنها بالمقابل تحمي البعض الآخر، ولاشك أن المستفيد الأول من المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول هو رب العمل المرتبط بعقد المقاولة مع المسئول، وكذلك من المسلم به دون جدل أن لورثة رب العمل في عقد المقاولة بعد وفاة مورثهم باعتبارهم خلف عام، ولكن هل يجوز للخلف الخاص المشتري والموهوب له مثلا أن

(1) -كامل فؤاد، المسؤولية المدنية عن تهم البناء،رسالة ماجستير جامعة الجزائر ص119.

يرجع على المعماري مباشرة وفقا لأحكام هذه المسؤولية الخاصة؟ وهل يثبت لأشخاص آخرين غير هؤلاء (1)؟ كذلك هل يمكن القول بأن التوسع الذي إستحدثه المشرع في الأشخاص الخاضعين لأحكام هذه المسؤولية كانت له أصدائه أيضا على الأشخاص المستفيدين (2)؟ هذا ما سوف ندرسه في مطلبين اثنين، أولهما رب العمل وخلفه العام، وثانيهما الخلف الخاص .

المطلب الأول : رب العمل و خلفه العام

الأصل أن الضمان العشري مقرر أساسا لمصلحة رب العمل الذي يكون طرفا في عقد المقاولة (3) (فرع أول) و من بعده خلفه العام(فرع ثان)

الفرع الأول: رب العمل

المقصود برب العمل هو ذلك الشخص الذي يشيد البناء أو يقام المنشأ الثابت في الحقيقة لحسابه سواء كان هذا شخصا طبيعيا أو معنويا خاصا أو عاما (4) .

ويكون رب العمل بهذا المعني هو المستفيد الأول من مسؤولية القواعد الخاصة للمعماريين ذلك أن رب العمل هو الذي يصاب عادة بالضرر من جراء تدهم البناء أو من جراء ظهور عيب في المنشآت يهدد سلامتها أو متانتها فيرجع بالضمان الخاص على المعماريين (5) ووفقا للقواعد العامة المسلم بها في عقد الوكالة فإنه إذا كان عقد المقاولة قد تم إبرامه عن طريق وكيل عن رب العمل فإن المستفيد هو الموكل (رب العمل) كذلك لا يشترط أن يكون رب العمل هو مالك الأرض التي يقام عليها البناء بل يكفي أن يرخص له بالبناء عليها وقد نص المشرع بموجب المرسوم 07/94 في مادته السابعة >>يقصد بصاحب المشروع حسب مفهوم هذا المرسوم التشريعي كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء ما يقع على قطعة أرض يكون مالكا لها أو يكون حائز حقوق البناء عليها طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما << (1) وبذلك فقد يكون رب العمل شخصا طبيعيا كفرد معين أو شخص معنوي مثل شركة أو جمعية أو مؤسسة لكن رب العمل لا يستفيد من الضمان العشري إذا كان مقاولا أصليا تعاقد من الباطن مع مقاولين متخصصين وكذا تعاقد المقاول الأصلي مع مقاولين من الباطن فلا يجوز له الرجوع على هذا الأخير بمقتضى أحكام الضمان العشري فيما يظهر من عيوب في البناء بالرغم من أن المقاول الأصلي الذي يتعاقد مع مقاول

(1)د. محمد ناجي ياقوت مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها ص 73

(2)د. عبد الرزاق حسين يسين المرجع السابق ص569

(3) -B.BOUBLI.la responsabilité et l'assurance des architectes entrepreneurs et autres constructeurs 2 Ed n95 en ce sens ; BOUBLI ICP 1975 précitée no 16 1 p 166

(4)عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 572

(5)عبد الرزاق السنهوري ص111 الوسيط المجلد الأول الجزء 07

(1)جريدة رسمية العدد رقم 32 لسنة1994

من الباطن يعتبر في الحقيقة في مركز رب العمل في علاقته به (2)

ويرى الدكتور محمد حسين منصور >> وغالبا ما يكون رب العمل هو المالك للمبنى أو المنشآت إلا أن الأمر يمكن أن يختلف أحيانا فقد تتولى وزارة أو هيئة أو شركة التعاقد مع مقاول معين على بناء مساكن بهدف تملكها لطبقة شعبية معينة أو حتى إلى هيئة أخرى لها شخصية منفصلة فهنا يثار التساؤل حول صاحب الحق في ممارسة دعوى الضمان العشري (الوزارة أو الهيئة) أم المالك ؟ (3) تعتبر دعوى الضمان أثر من آثار عقد المقاولة الواردة على البناء وعلى هذا فهي تخص رب العمل طرفا في هذا العقد وتعد تلك الدعوى من مستلزمات البناء وبذلك فهي ترتبط به وتنتقل إلى المالك مع إنتقال ملكيته (4) وبذلك فإنه قبل تسليم الشخص المعنوي البناء للمستفيد تكون الهيئة أو الوزارة الواردة هي صاحبة الصفة ،

أما بعد التسليم فإن المستفيد هو صاحب الصفة في رفع دعوى الضمان (5) أما إذا تصرف رب العمل في جزء شائع من العقار بأي تصرف من أنواع التصرفات لا يسقط عنه صفة رب العمل (6) وبالتالي حقه في مباشرة دعوى الضمان عند توفر شروطها يبقى قائم وذلك لتعلق ملكيته على الشئ للجزء الباقي له من العقار بالعقار كله في حين أنه لو انصب تصرفه على جزء مفرز من هذا العقار فإن صفة رب العمل تزول عنه بالنسبة لهذا الجزء المفرز الذي تصرف فيه وبالتالي لا يحق له مباشرة دعوى الضمان عند تحقق السبب المنشئ للمسؤولية الخاصة بهذا الجزء المفرز الذي تصرف فيه (7) .

الفرع الثاني : الخلف العام (1)

تقضي المادة 108 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 145 من القانون المصري بأن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ... ومقتضى ذلك هو أن الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد وفاة المورث المتعاقد أو صاحب الحق في الضمان و بتطبيق هذه القاعدة على عقد المقاولة فإن الحقوق التي يربتها هذا العقد لرب العمل كطرف فيه تنتقل بعد وفاته إلى خلفه العام ومن أهم هذه الحقوق الحق

(2)د. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 111

(3)إلا أننا نرى أنه لا يثار أي تساؤل أو نزاع لأن صفة رب العمل بعد تسليم الملكية تزول وهذا ما يراه كذلك

الدكتور محمد شكري سرور في كتابه مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء ص197

(4) Acaston ,la responsabilité des architectes 2 ed 1979 p165

(5)محمد حسين منصور ،المرجع السابق، ص82

(6)إن التعبير على صفة رب العمل بالزوال والاستمرارية في نظرنا هو وصف في غير محله وذلك لأن صفة رب العمل تطلق على الشخص الذي يتحمل مسؤولية تكليف من ينجز العمل وبذلك فإنه أثناء نقل الملكية ليست صفة رب العمل هي التي تزول وإنما الصفة والحق في رفع دعوى الضمان هي التي تنتقل إلى المالك

(7)عبد الرزاق حسين يسين المرجع السابق ص 579

(1)الخلف اصطلاحا هو الشخص الذي يتلقى من آخر حقا أو التزاما كالوارث والموصى له ... إلخ وعرفه الدكتور عبد الحي حجازي بأنه حلول شخص محل آخر في علاقة قانونية تظل عناصرها الموضوعية على ما كانت عليه والخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية

في الضمان العشري⁽²⁾ فإذا مات رب العمل فإن الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري ينتقل إلى ورثته طبقاً لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات⁽³⁾ وكل هذا وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني .

كما أن المادة 2/178 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات تنص على أنه يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين إكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني على أن يبدأ سريان هذا العقد من الإستلام النهائي لهذا المشروع و/أو ملاكيه المتتاليين إلى غاية إنقضاء أجل الضمان .

إذن من ضمن هؤلاء الملاك هم الورثة (الخلف العام) الذين تنقل إليهم ملكية البناء محل عقد المقاول بوفاء رب العمل ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على عدم إنتقال الحق في الضمان العشري إلى الخلف العام لمخالفة هذا الاتفاق نص المادة 556 من القانون المدني الجزائري التي تبطل كل شرط في العقد يقصد به الإعفاء أو الحد من الضمان المنصوص عليه في المادة 554 من القانون المدني لتعلق قواعد هذا الضمان بالنظام العام⁽⁴⁾.

كما أنه من المعلوم أن الخلف العام في فرنسا يعتبر استمرار لشخصية سلفه إيجاباً وسلباً فيخلفه في التزاماته كما يخلفه في حقوقه لأن العمومية في الاستخلاف تقتضي وحدة لا تنقسم بين الجانب السلبي والجانب الإيجابي⁽⁵⁾ ، ومقتضى أن تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام هو أن الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث أو بعبارة أعم تنتقل إلى الخلف العام بعد موت المورث ، وعلى ذلك فإذا توفي رب العمل إنتقلت ملكية العقار محل العقد بما لها من حقوق من ذمة رب العمل و إستقرت في ذمة خلفه ويترتب على ذلك أنه إذا حدث تدهم كلي أو جزئي أو ظهر بالعقار المشيد عيب يترتب عليه تهديد متانته وسلامته أو جعله غير صالح للهدف الذي أنشئ من أجله فإن الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري يكون من إختصاص الخلف العام لرب العمل الذي إنتقلت إليه ملكية هذا العقار محل عقد المقاول بإعتبار أن هذه الدعوى من الحقوق التي رتبها هذا العقد لسلفه تنتقل إليه تابعة لإنتقال ملكية العقار⁽¹⁾ .

المطلب الثاني : الخلف الخاص

الخلف الخاص المستفيد من حماية المسؤولية العشرية هو من انتقلت إليه ملكية العقار موضوع الحماية، سواء من رب العمل(فرع أول)، أو من غيره(فرع ثان)
الفرع الأول: الخلف الخاص لرب العمل

(2) كامل فؤاد المسؤولية المدنية ، الرسالة السابقة. ص 122

(3) عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 111

(4) كامل فؤاد المرجع السابق ص 123

(5) عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 586

(1) حسين عبد الرزاق ، المرجع السابق، ص 588

يسلم الفقه الفرنسي والمصري وكذلك الجزائري بالإجماع⁽²⁾ بأن للخلف الخاص أيضا الحق في الاستفادة من مسؤولية القواعد الخاصة المقررة في المادة 651 قانون مدني مصري و م 554 مدني جزائري والمادتان 1792 و 2270 مدني فرنسي في رجوعه على المهندس المعماري والمقاول⁽³⁾ فيما قد يظهر في البناء المشيد من عيوب في خلال المدة القانونية للضمان الخاص .

وليس هناك نص في المجموعة المدنية المصرية كما لم يكن هناك نص في المجموعة المدنية الفرنسية يقضي صراحة بانتقال الحق في الضمان العشري من السلف (صاحب البناء) إلى الخلف الخاص الذي آلت إليه ملكية البناء المعيب ومع ذلك كما سبق الذكر كما سلم الفقه والقضاء الفرنسيان بهذا الانتقال وأجيز للخلف الخاص كمشتري البناء ومشتريه من الباطن والمتقايض عليه والموهوب له والموصى له به أن يرفع دعوى الضمان العشري مباشرة ضد المهندس المعماري أو المقاول أو كليهما معا وهو ما يعني في خصوص المشتري بالذات أن يكون له دعويان بأن أحدهما ضد البائع طبقا للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع وفي حدود هذا الضمان وشروطه الأخرى ضد المهندس والمقاول طبقا للقواعد الخاصة بالضمان العشري وإن كان لن يحصل بطبيعة الحال بموجب هاتين الدعويتين على مزيد مما أصابه من ضرر من جراء هذا العيب⁽⁴⁾

وأساس هذا الانتقال حسب رأي البعض هو تطبيق لفكرة الالتزام العيني أو تطبيق لفكرة حوالة الحق⁽⁵⁾ أما محكمة النقض الفرنسية فقد أسست هذا الانتقال على أن الحق في الضمان العشري 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 الأعمال فإن المالك الحالي للبناء يكون هو وحده الذي يستطيع أن يتحقق من هذه المتانة من عدمها⁽¹⁾، وفي القضاء الإداري أيضا يمنح مجلس الدولة الفرنسي دعوى للضمان العشري للمالك الحالي للعقار بحسبانها تنتقل إليه مع حق ملكيته وإن كان يجيز مع ذلك لرب العمل أن يحتفظ لنفسه عند البيع للحقوق المترتبة على هذا الضمان بشرط شهر هذا التحفظ مع تسجيل عقد البيع وهو أمر غير مفهوم في الحقيقة إذ لا ينسجم مع فكرة انتقال الضمان لإرتباطه الوثيق بالملكية و من ناحية أخرى حق المسئول عن العيب الذي ظهر في البناء في تنفيذ التزاماته عينيا باصلاح هذا العيب ما دام أن رب العمل بائع لا يستفيد من هذا

(2) عياشي شعبان ، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المقال السابق ص 97
محمد كمال مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، ج4، ب د ن، 1953، ص 569 .
(3) العبارة الأدق هي أن نقول في الرجوع على المسئول بالضمان العشري لأن المسئول قد يكون خلاف المهندس والمقاول

(4) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 200 ، 201

(5) (H.I et J).Mazeaud traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , tome 2, 6è édition , 1970 p. 67 .
MAZEAUD(H.L.J) par de JUGLAR T. leçons de droit civil T.2 4ED. 1969N°725 ETS

(1) د. محمد شكري سرور المرجع السابق ص 203

الإصلاح هذا وقد قنن المشرع الفرنسي ما إنتهى إليه الفقه والقضاء من هذا الانتقال حيث ضمن المادة 1792 من قانون 1978 نصاً بأن المشيد يكون مسئولاً بالضمان العشري في مواجهة رب العمل <>«أومن آلت إليه ملكيته»<<

كما أكد هذا الحل في المادة/ 1792-1 من نفس القانون حين اعتبر من بين المشيدين <>«... كل شخص يبيع بعد اكتمال عملا شيده أو عمل على تشييده» وهو يقصد بالفرض الأول حالة المفاوض الذي يبني لحساب نفسه ثم يرى بعد ذلك أن يبيع ما بناه فيما يقصد الفرض الثاني حالة الشخص الذي تعاقد مع مفاوض لإقامة بناء لحسابه ثم يرى بعد إتمامه وتسلمه له أن يبيع هذا البناء (2) وقد نص المشرع صراحة على إنتقال هذا الحق في المادة 2/178 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات والتي تنص على ما يلي :

<>«يستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/ أو ملاكه المتتالون إلى غاية انقضاء أجل الضمان»<< وإذا كانت دعوى الضمان العشري تنتقل كقاعدة عامة مع إنتقال ملكية العقار المشيد إلى المالك الجديد فإن ذلك لا يعني فقدان رب العمل إمكانية مباشرة هذه الدعوى إذا كانت مصلحة مباشرة DIRECTE ومؤكدة CERTAINE من وراء مباشرتها كما في الحالة التي يرفع فيها المشتري ضده دعوى للمطالبة بالتعويض إستناداً إلى القواعد العامة في ضمان العيب الخفي في عقد البيع (3) وعلى العموم يجوز للمشتري أن يرجع على بائعه (رب العمل) بدعوى ضمان العيب الخفي أو على المفاوض أو المهندس المعماري بدعوى الضمان العشري الذي يكون قد انتقل مع ملكية البناء إليه وفي هذا السياق لا يجوز للمشتري الحصول على أكثر مما أصابه من ضرر بموجب هاتين الدعويتين وينتقل الحق في الضمان العشري إلى الخلف الخاص حتى ولو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على السلف كالموهوب له الذي ليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب ذلك أن دعوى الضمان العشري قد إنتقلت على الموهوب له من الموهوب بعقد الهيئة (1)

ولا يستطيع الدائن العادي لرب العمل أن يرفع دعوى الضمان العشري على المشيد بل له أن يرفع دعوى أخرى على المشيد وهي الدعوى غير المباشرة ولا يستطيع مستأجر البناء LE LOCATAIRE مباشرة دعوى الضمان العشري لأنه ليس صاحب حق عيني على العقار المؤجر (2) قد تثار المشكلة بالنسبة لفرض البيع الإيجاري الذي يتحول إلى بيع فعلي ومن ثم تنتقل الملكية بسداد المشتري لآخر قسط من

(2) عياشي شعبان الرسالة السابقة، ص40

(3) V.LIET- VEAUX à(G) ; JURIS- CLASSEUR RESPON CIV FASC 335 – PRECITE 4-1 .N°175

(1) أنظر في هذا المعنى ، د/عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص111 هـ 07

(2) كامل فؤاد الرسالة السابقة ص 124.123
EN CE SENSE .MAZEAUD(H.L.J) P.68 N°(107)

الثلث وهو فرض شائع في خصوص ملكية الشقق المباعة للمشتري إن يشترط على هذا الأخير ألا تعتبر الملكية قد إنتقلت إليه إلا بعد سداد آخر قسط فهل يجوز في هذا الفرض للمشتري المستأجر أن يرفع مباشرة دعوى الضمان العشري على المهندس والمقاول إذا ظهر عيب في البناء خلال عشر سنوات من يوم تسليمه إلى رب العمل ؟

طرحت هذه المشكلة على محكمة النقض الفرنسية وظهر من الحكم الذي أصدرته فيها سنة 1967 انه تفرق في الحل بين ما إذا كان هذا المستأجر قد أصبح مالكا بسداد آخر قسط عند ظهور العيب الموجب للضمان قبل فوات المهلة العشرية⁽³⁾ حين يجوز له بصفته كذلك أن يرفع هذه الدعوى التي تكون قد إنتقلت إليه مع انتقال الملكية وبين ما إذا كان لا يزال مستأجرا عندما ظهر العيب حين لا يجوز له رفع مثل هذه الدعوى ويحضى هذا الحل بتأييد الفقه الفرنسي أيضا⁽⁴⁾ وإن كان السؤال المطروح عن مدى دقة هذا الحل في ضوء أن المستأجر المشتري سوف يعتبر بسداد القسط الأخير مالكا بأثر رجعي من يوم إبرام عقد البيع الإيجاري⁽⁵⁾ .

أما المشرع الجزائري فقد نظم البيع الإيجاري بموجب المادة 363 قانون مدني >>... وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه يملك الشيء المبيع من يوم البيع تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار << (6) أجازت المادة 363 ق.م للبايع حق اشتراط عدم نقل الملكية إلا بعد سداد آخر قسط من ثمن المبيع على أن يصبح المشتري بعد سداد آخر قسط مالك للشيء المبيع من وقت العقد ولذلك فإن صاحب الحق في دعوى الضمان العشري هو صاحب الملكية سواء البائع قبل نقل الملكية هو من يكون صاحب الصفة وهذا قبل سداد آخر قسط وللمشتري حق رفع هذه الدعوى بعد سداد آخر قسط حتى ولو ظهر هذا العيب قبل نقل الملكية واستمرت آجال رفع هذه الدعوى بعد نقل الملكية كما أن المشرع أعطى صفة عقد البيع في البيع الإيجاري حتى ولو وصف بغير ذلك كما سبق الذكر فإنه كأصل عام فإن الضمان الخاص لصيق بفكرة الملكية أي أن صاحب الصفة في رفع دعوى الضمان العشري هو المالك لكن قد يكون للبنائة الواحدة أكثر من مالك مما يجعل من تحديد صاحب الصفة في رفع دعوى الضمان يخضع للقواعد العامة من جهة و من جهة أخرى يتوجب أن يخضع للنصوص الخاصة المنظمة لهذا النوع من البناء .

⁽³⁾الأصح هو قبل فوات آجال رفع الدعوى والذي يحسب من يوم ظهور العيب وفي القانون الجزائري محدد بثلاث سنوات وفقا لنص م 557 ق.م.ج

⁽⁴⁾ . (4) V. par ex MAZEAUD (h.l.j) P68 N°1070-4

⁽⁵⁾د/ محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 206

⁽⁶⁾ . نقترح إعادة صياغة الجملة الأخيرة على النحو التالي حتى يستقيم أسلوبها " تسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى ولو سمي المتعاقدان البيع إيجارا

في القانون المصري تجيز المجموعة المدنية للملاك (1) >>حيثما وجدت ملكيته مشتركة لعقار مقسم على طبقات أو شقق أن يكونوا إتحاد فيما بينهم << (م 862) .

يكون له >> أن يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته <<(م863) وإلا فإن إدارة الأجراء المشتركة << يكون >> <<من حق الإتحاد>> (م/864) ويكون للإتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ويقوم من تلقاء نفسه بما يلزم للحفاظ على جميع الأجراء المشتركة وأنه هو الذي يمثل الإتحاد أمام القضاء ويمكن أن نستخلص من هذه النصوص في مجموعها أن دعوى الضمان العشري تثبت للإتحاد ممثلا في مأموره حين يكون الخلل الموجب لهذا الضمان قد لحق الأجزاء المشتركة من البناء بما يخل من حسن الانتفاع بهذه الأجزاء كما أن لكل شريك الحق في هذه الدعوى إذا كان العيب الموجب للضمان يخص ملكيته الخاصة (2) كما أن للإتحاد الصفة في رفع دعوى الضمان إذا كان التهدم أصاب جزء خاص بأحد الملاك ولكن ذلك لا يمنع هذا المالك من ممارسة الدعوى بنفسه (3) .

أما الوضع في القانون الفرنسي فإن هذه الملكية المشتركة للبناءيات تم تنظيمها بموجب القانون 10 يوليو 1965 إذ نصت المادة 15 منه على صفة الإتحاد ممثلا في مأموره في التقاضي منفردا أو مع بعض الملاك بغية حماية الحقوق المتعلقة بالعقار كما أكدت نفس المادة حق كل مالك في أن ينفرد برفع الدعوى من أجل الدفاع عن ملكية نصيبه أو انتفاعه به بشرط إخطار الإتحاد بذلك (1) .

وخلاصة هذا القانون أن الخلل الذي يصيب الأجزاء المشتركة والبناء في مجموعه يكون الإتحاد هو صاحب الصفة أساسا وإنجازا للمالكين المشتركين أن ينضموا إليه كما أن لكل مالك مشترك فضلا عن حقه في الانضمام أن ينفرد برفع دعوى الضمان في حدود الحقوق المتعلقة بحصته وهي أيضا حصته من الأجزاء المشتركة (2) أما في القانون الجزائري فإن تنظيم هذه الملكية ورد في القانون المدني في مواد من المادة (743-772) (3) وكذلك ورد تنظيمها بموجب نصوص خاصة ومتفرقة منها

(1) >>وجود اتحاد ملاك في الملكية المشتركة للعقار المقسم إلى طبقات أو سقف يعتبر أمرا جوازيا في القانون المدني أما في قانون الإيجار فإن قيام هذا الإتحاد يكون وجوبيا إذا جاوز عدد الطوابق أو السقف مما جاوز عدد ملاكها خمس أشخاص وفي تطبيق هذا الحكم يعتبر ملاك الطبقة أو الشقة الواحدة مالكا واحدا ولو تعددوا << المواد 862 وما بعدها من القانون المدني المصري والمواد 72 و73 من قانون الإيجار رقم 49 لسنة 1977

(2) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص206

(3) د. محمد حسين منصور المرجع السابق، ص 41

(1) إن أحكام هذا القانون لا تختلف في شيء عن القواعد العامة للمال المشاع وكذا قواعد الشركة
Cass 3è civ, 5Juill 2000.JCP 2000 IV 2498 P.975 REVUE DE DROIT IMMOBILIER

(2) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ص209-210 المعدل والمتمم

(3) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975

- القانون 01/83 الصادر بتاريخ 1983/01/29 المعدل والمتمم للقانون المدني .
- المرسوم 666/83 المؤرخ في 1983/11/12 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات المشتركة مرسوم تشريعي 03/93 يتعلق بالنشاط العقاري .

بالرجوع إلى جميع هذه القوانين فإنها لم تحدد من يكون له الصفة في رفع دعوى الضمان العشري إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة وكذا المرسوم 666-83 وكذا المرسوم 03/93 السالفي الذكر تحدد المادة 756 مكرر 2 المضافة إلى القانون المدني الجزائري بالقانون 01-83 وكذلك المادة 15 من المرسوم 666/83 تسمح للملاك من تكوين جمعية فيما بينهم تتولى إدارة العقار والمحافظة عليه وتسيير الأجزاء المشتركة وتكون لهذه الجمعية شخصية معنوية م 756 مكرر 2 ويكون للجمعية متصرف يتولى تنفيذ قراراتها ينتخب من قبل الجمعية التي يجوز لها أن تفصله عند الاقتضاء وفي حالة عدم انتخاب هذا المتصرف من قبل الجمعية فإنه يتم تعيينه من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي م 756 مكرر 3 كما أنه يجوز لأحد المالكين المشتركين أن يتولى مهام المحافظة على البناية المشتركة وتسييرها بناء على أمر على ذيل العريضة ومما سبق يمكن القول أن من له صفة الحفاظ على البناية المشتركة هو إما المتصرف أو أحد الشركاء بعد الحصول على إذن من رئيس المحكمة و يكون ذلك بصفة إنتقاليا (4)

وبذلك فإنه وفقا للقواعد العامة الخاصة بالتمثيل القانوني وكذا وفقا لإرتباط دعوى الضمان العشري بالملكية فإن صاحب الصفة في رفع الدعوى هو الجمعية العامة ممثلة بالمتصرف إذا كان العيب الموجب للمسؤولية العشرية قد أصاب الأجزاء المشتركة وإستثناء يجوز أن يتولى هذه الدعوى أحد الشركاء المالكين بعد الحصول على إذن من رئيس المحكمة أما إذا كان العيب الموجب للمسؤولية العشرية يخص الأجزاء الخاصة فإن صاحب الحق في دعوى الضمان هو صاحب ملكية الجزء الخاص وفي الأخير فإن صاحب الحق في دعوى الضمان هو صاحب الحق العيني الأصلي وقت رفع الدعوى .

الفرع الثاني: المشتري

أدى التطور الكبير الذي طرأ حديثا في مجال التشييد والبناء على الصعيد العالمي إلى درجة أن أصبح رب العمل ليس هو بالضرورة الذي يقام من أجله البناء إذ أصبح من الممكن عملا في الوقت الحاضر أن يكون المنتفع الحقيقي بالبناء المشيد أو المزمع تشييده شخصا أو أشخاصا آخرين غير رب العمل الذي تعاقد بالفعل على إقامة البناء مع المهندس المعماري والمقاول بمقتضى عقد المقاوله يحدث ذلك عمليا في حالة المقاول البائع للبناء أي عندما يتولى المقاول عملية البناء بنفسه ولحسابه الخاص دون الإرتباط بأحد بعقد مقاوله بقصد بيعه للغير سواء أبرم البيع بعد تمام البناء أو قبل ذلك

و من ثم فإنه لا يمكن وصف المشتري خلف خاص لرب العمل في عقد المقاولة وذلك بالرغم من كونه مالك للعقار وقت تدهمه أو ظهور العيب الموجب للمسؤولية العشرية كما يحدث الحال بالنسبة للشخص الذي يوكل من ينوبه في إنجاز بناية معينة فإنه لا يمكن الرجوع عليه وفقا لقواعد الضمان العشري على أساس عقد المقاولة بل يتوجب أن يكون هناك نص خاص⁽¹⁾ بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه فصل في هذا الغموض وجعل من المشتري مستفيدا من قواعد الضمان العشري بالرغم من عدم وجود عقد المقاولة بل يكفي أن يكون الشخص مالكا للبناء ولا يشترط أن تربطه مع الملزم بقواعد ضمان الخاص عقد المقاولة إذ يمكن أن يستفيد المالك من قواعد المسؤولية الخاصة حتى وإن كان العقد هو عقد بيع أو عقد وكالة⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يجعل المشتري من الأشخاص المستفيدين من أحكام الضمان العشري لأنه ليس مرتبطا مع من تلقى منه الملكية بموجب عقد المقاولة وإنما يرجع عليه إذا ظهر عيب في البناء بدعوى ضمان العيوب الخفية طبقا للقواعد العامة المقررة بموجب المادة 379 وما بعدها من القانون المدني غير أن الأمر لم يعد كذلك بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري⁽³⁾ فقد أصبح المشتري الذي يشتري عقارا من متعامل عقاري من الأشخاص المستفيدين من أحكام الضمان العشري هو المشتري من الذي يمارس النشاط العقاري بصفته ممولا عقاريا متعاملا في الترقية العقارية طبقا لأحكام المرسوم 93-03 السابق ذكره دون سواه.

ننتهي إلى أن دعوى الضمان العشري تثبت لرب العمل والخلف العام وللخلف الخاص وللشريك أو المتصرف في الملكية المشتركة للمشتري من المتعامل في الترقية العقارية أما من لم يتوفر فيه صفة هؤلاء فإنه لا يجوز له أن يرجع بدعوى الضمان العشري على المهندس المعماري أو المقاول⁽⁴⁾.

(1) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 78 و 79

(2) أنظر فيما سبق الأشخاص المسؤولون في القانون الفرنسي

(3) أنظر المبحث الأول الأشخاص المسؤولون البنذ الخاص بالمركبي العقاري أنظر المواد 08, 09 من القانون 03/93

(4) عياشي شعبان ، المقال السابق، ص 100 .

الفصل الثاني النطاق الموضوعي

يتعلق النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية بالأعمال التي تشكل محل هذه المسؤولية من جهة، وبالعيوب الموجبة لقيامها من جهة أخرى.

فمن حيث الأعمال محل هذه المسؤولية كان التشريع يحصرها في المباني دون غيرها من الأعمال ثم وسعها لتشمل المنشآت الثابتة الأخرى، و في هذا الإطار بقي الفقه و القضاء يناقش حدود و ضوابط هذه الأعمال التي تشكل الشق الأول للنطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية(المبحث الأول)

و من حيث العيوب الموجبة لقيام هذه المسؤولية حصرت النصوص القانونية أنواعها، و ناقش الفقه و القضاء شروط هذه العيوب التي تشكل الشق الثاني للنطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية(المبحث الثاني)

المبحث الأول: الأعمال الخاضعة للضمان

تنص المادة 554 ق.م. >حيضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى...<< وفي القانون المدني الفرنسي تقضي المادة 1792 في صياغتها الأصلية سنة 1804 بأنه >>إذا تلف البناء المشيد بأجر قدر جزافا تلفا كلياً أو جزئياً بسبب عيب في البناء أو حتى بسبب عيب في الأرض ذاتها فإن المهندس المعماري والمقاول يكونان مسئولين عن هذا التلف⁽¹⁾ خلال مدة عشر سنوات على النحو المبين في المادة 227<<⁽²⁾

⁽¹⁾الأستاذ عبد الرزاق حسين كلمة Péril بمصطلح {تلف} بدلا من مصطلح تهدم التي تواتر استعمالها في الفقه المصري وقد ترجم وذلك من أجل عدم التنفيذ بحدوث التهدم الكلي أو الجزئي للبناء حتى للقول انضمام المسؤولية الخاصة بل يكفي مجرد التهديد
2- Art 2270 c c (Après dix ans les Architectes et les Entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont fait ou dirigés)

كذلك تقضي المادة 2270 من ذات القانون في صياغتها الأصلية سنة 1804 أيضا بأنه <بعد عشر سنوات ينقضي ضمان المهندس المعماري والمقاولين للأعمال الكبيرة التي كانوا قد أقاموها أو أداروا عملية إقامتها على النحو المبين في المادة 1792>>⁽³⁾ وعلى ذلك فإن تحديد الأعمال التي تخضع للمسؤولية الخاصة يكون بتصنيفها ضمن الأعمال الكبيرة gros ouvrages⁽⁴⁾ التي جاءت بها هذه المادة وكل من المادتين 2270,1792 إذ تشير كل منهما إلى الأخرى الأمر الذي جعل كل من المادتين عاجزتين عن تحديد الأعمال الكبيرة وترك أمر تحديد هذه الأعمال للقضاء فقد أناطت محكمة النقض الفرنسية للقضاء الموضوعي أمر الفصل فيما إذا كانت الأعمال المعروضة عليه من الأعمال الكبيرة gros ouvrages أم لا وذلك بمقتضى ماله من سلطة تقديرية مطلقة في هذا الشأن دون رقابة عليه منها بإعتبار أن هذه مسألة واقع تخضع للاختصاص قاضي الموضوع⁽⁵⁾ .

وقد شهد القانون الفرنسي عدة تعديلات إلى أن أصبح ما هو الحال عليه بموجب القانون رقم 12 لسنة 1978 والذي وسع من نطاق الأعمال الخاضعة للمسؤولية الخاصة. أما في القانون المدني المصري القديم الملغى في مادته 409 تنص <> أن المهندس المعماري والمقاول مسئولان بالتضامن عن خلل البناء في مدة عشر سنوات و لو كان ناشئا عن عيب في الأرض << أما المادة 651 مصري حالي فإنها هي نفسها المادة 554 مدني جزائري وهذه الأعمال كما تبدو من النصوص السابقة قد تكون تشييد مباني أو إقامة منشآت ثابتة أخرى لذلك فإن دراستنا لهذا المبحث تتم في مطلبين إثنين أولهما تشييد المباني وثانيهما إقامة المنشآت الثابتة

المطلب الأول : تشييد المباني

3- Art 1792 c c (Si l'édifice construit à prix fait , périt en tout ou en partie par le vice de la construction , même par le vice du sol ,les Architectes et les entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans)

⁽⁴⁾ يذكر برناردسون " بأن هذه التفرقة بين الأعمال الكبيرة والصغيرة هي تفرقة قديمة ففي القانون الفرنسي القديم كانت المسؤولية العشرية محددة فقط بالعيوب التي تتعلق بالأعمال الكبيرة في البناء وأن محرري المدونة المدنية في سن 1804 احتفظوا بهذا التمييز أنظر عبد الرزاق حسي المرجع السابق ص 652 هامش 07

⁽⁵⁾ عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 655

تدخل المباني على تنوعها في نطاق تطبيق مسؤولية القواعد الخاصة وذلك دون جدال سواء في الفقه المصري (1) أو في الفقه الفرنسي (2) أو الفقه الجزائري (3) ويقصد 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 مستقرا ثابتا في مكانه ومتصلا بالأرض إتصال قرار بحيث لا يمكن نقله دون هدم أو تلف فهو مبنى محل حماية (4) ويعرف الأستاذ الدكتور السنهوري في وسيطه بأنه >> مجموعة من المواد أي كان نوعها خشبا أو جيرا أو جبسا أو حديدا وكل هذا معا أو شيء غير هذا شيد بها يد الإنسان لتصل بالأرض إتصال قرار (5) ويعرفه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق حسين >> كل عمل أقامته يد الإنسان ثابت في حيز من الأرض متصل بها إتصال قرار عن طريق الربط ربطا غير قابل للفك دون تعيب بين مجموعة من المواد أيا كان نوعها جرت العادة على استعمالها في مثل هذا العمل طبقا لمقتضيات الزمان والمكان (6) وقد عرفه المشرع الفرنسي في اللائحة الوزارية المتعلقة بشروط التأمين في مادته 241 فقرة <2> قبل إلغائها بأنها تلك الأشغال التي يكون محلها إنجاز منشآت على سطح الأرض أو تعديلها بحيث يكون الإنسان قادرا على الحركة بداخلها

وأن تكون من شأنها أن توفر له الحماية ضد اعتداءات عوامل الطبيعة الخارجية ولو بصفة جزئية (1) وبالرغم من إلغائها إلا أن الفقه الفرنسي يعتبر هذا التعريف شامل لمعنى البناء ويعرفه الأستاذ MALINVAUD (PH) ET JESTAZ(PH) بأنه > كل ما يخصص لإيواء الإنسان أو الحيوان أو لتخزين الأشياء كالإسطبل ومخزن الغلال يعتبر مبان أيضا كالمنازل تماما (2)

(1) عبد الرزاق السنهوري، ج 07 ، المرجع السابق ص 107

محمد كمال مرسي العقود المسماة ج 4 1953 ص 449

(2) MAZEAUD Précitée N° 1368 P806

(3) عياشي شعبان المرجع السابق ص 48

(4) عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط07، الإسكندرية، 2002، ص 338

(5) السنهوري الوسيط ج 1 ط 1964 بند 714 ص 1213

(6) عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 659

(1) V . MALINVAUD (ph) et Jestaz (ph) Op cit P124

وهذا التعريف نظمه اللائحة الوزارية المتعلقة بشروط التأمين الإجباري الصادر في 17 نوفمبر 1978 لكن مجلس الدولة الفرنسي ألغى هذه المادة في 1979/11/30

(2) le bâtiment est tout ce qui est destiné à l'usage soit homme soit bêtes soit choses ,les écuries, les greniers sont aussi bien des bâtiment que les maisons

أما المشرع الجزائري فقد عرفها بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 15/05/1988 في مادته 21 <<كل أشغال الأساسات والهياكل الفوقية والأسوار والأسقف >> (3) ما تجدر إليه الإشارة هو أن هذا التعريف لم يحدد المقصود من البناء بمعناه الفني وإنما حاول حصر أعمال البناء التي تخضع لأحكام المسؤولية العشرية وهي تلك الأشغال المتعلقة بالأساسات والهياكل الفوقية والأسوار والأسقف أما ما عداها فلا يدخل ضمن قواعد المسؤولية العشرية (4)

ومن أمثلة المباني هو المنازل والفيلات والعمارات والمدارس والمستشفيات والمستوصفات والمصحات والمسارح ودور السينما والمصانع والمتاجر والمخازن والمساجد والكنائس والمعابد أي كانت المواد التي شيدت منها (5) طالما أن المبنى مستقر وثابت في مكانه وامتصل بالأرض إتصال قرار بحيث لا يمكن نقله من مكان لآخر دون هدم أو تلف و يبنني على ذلك أن الأكشاك العوامات و المنازل القابلة للفك و التركيب و التي يمكن نقلها من مكان لآخر بسهولة و دون هدم أو تلف لا تتوفر فيها صفة المباني بالمعنى المقصود وهنا وبالتالي الأعمال المتعلقة بها يخرج عن نطاق تطبيق المسؤولية الخاصة (6)

وكما سلف الذكر فإن مادة الصنع أي المواد التي أقيمت بها هذه المباني لا تؤثر في مدى خضوعها لأحكام هذه المسؤولية فيستوي في ذلك أن تكون مشيدة بالطوب اللين أو المحروق أو بالحجارة أو بالخرسانة المسلحة أو الخشب أو الحديد أو مجتمعين معا أو من الزجاج أو البلاستيك إلى غير ذلك من المواد التي يمكن استعمالها في هذا المجال (1) ومسألة نقل البناء من مكان إلى آخر بسهولة كالأكشاك والمسكن الصغيرة والقابلة للفك... إلخ والتي سلف ذكرها بعدم خضوعها لقواعد المسؤولية العشرية تختلف عن المسكن سابقة التصنيع التي يتم تصنيعها خارج موقع العمل بمعرفة متخصصين ثم يتم تثبيتها فيما بعد في الأرض بموقع العمل على نحو يجعل من الصعب نقلها من مكانها دون تلفها أو تهديمها فإنها تخضع لقواعد المسؤولية العشرية.

(3) قرار وزاري مشترك المتعلق بكيفيات ممارسة وتنفيذ الأشغال في ميدان البناء والمؤرخ في 15/05/1988 الجريدة الرسمية العدد 43 ، الصادر في 26/11/88

(4) كامل فؤاد، الرسالة السابقة، ص 127

(5) فلا يشترط أن يكن المبنى قد شيد بالطوب أو بالحجارة بل يجوز أن يكون مشيد بالخشب أو الزجاج أو أي مادة أخرى كالمعادن أو البلاستيك راجع في ذلك نقض مدني فرنسي 21 مارس 1989 دالوز 1979 ص 604 حيث تقضي بتطبيق المسؤولية الخاصة على العمل الوارد على مبنى تم تشييده من الزجاج لإيواء بعض النباتات والزهور انظر محمد ناجي ياقوت هامش 172 ص 83

(6) محمد ناجي ياقوت ،المرجع السابق، ص 83

(1) مع العلم أن المواد التي لا تكون صالحة للبناء فإن كل من المسؤولين وفقا للقواعد الخاصة له أن يرفضها سواء المقاول أو المهندس أو المراقب الفني

كذلك لا عبء أن تكون هذه المباني قد شيدت فوق سطح الأرض كما هو الأمر المعتاد الذي جرى عليه العمل أو أن تكون قد أقيمت تحت سطح الأرض والتي أصبحت كثيرة الإنتشار في عصرنا هذا وذلك كالمخابيء التي تبنى تحت سطح الأرض ليختبئ الناس في داخلها أثناء الحرب ويحتمون بها من القصف الجوي الذي يشنه العدو أو الدور السفلية التي شيدت تحت سطح الأرض وتستغل كمحلات تجارية أو صناعية أو أفران أو مخازن إلى غير ذلك من الإستغلالات المختلفة علما أنه لم يعد غريبا أن تتعدد الطوابق تحت سطح الأرض بقدر تعددها فوقه (2) وبذلك فإن المباني أيا كانت طبيعتها ومكانها سواء فوق أو تحت سطح الأرض والغرض منها وشكلها والمادة الداخلة في تكوينها تكون ضمن نطاق الضمان العشري بشرط أن تكون ثابتة في مكانها .

الفرع الأول: أجزاء البناء الخاضعة للضمان

بالرغم من أن الإجماع التشريعي والفقهي والقضائي في مختلف البلدان لاسيما الفرنسي والمصري والجزائري على أن المباني تشكل الجزء الأكبر والأهم من محل سريان أحكام المسؤولية العشرية فإن السؤال الذي يفرض نفسه هو ما هي الأعمال التي تتعلق بالمباني أو بعبارة أخرى هل تسري أحكام هذه المسؤولية الخاصة على كل أعمال البناء من تشييد وترميم وإصلاح وتدعيم وتوسيع وتعلية وهدم؟ وهل تسري أيضا على أعمال البياض والدهان وأعمال الزخرفة والزينة والديكور؟

(2) عبد الرزاق حسين، المرجع السابق ص 663 .

السنهوري الوسيط ج 7 ، المرجع السابق ، بند 61 ص 108 .

محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 72 .

إنطلاقاً من النصوص التشريعية السابقة الذكر سواء القانون الجزائري في مادته 554 مدني جزائري <فيما شيدوه من مباني...>> وكذلك نظيرتها م 651 مدني مصري والتي تتضمن نفس العبارات وكذلك المادتين 1792 و 2270 فرنسي

المادة 1792 << vice de la construction l' edifice construct >>

والمادة 2270 في صياغتها << ouvrage qu' ils ont fait ou dirigé >> من القانون المدني الفرنسي

وفي هذا السياق يرى بعض الفقه بأن النصوص واضحة ولا يمكن التوسع في شرحها لكون أنها تخص المسؤولية الخاصة التي تخرج على القواعد العامة وبذلك فإن قواعد المسؤولية العشرية لا تسري إلا على العمليات الإنشائية الجديدة بحيث يقتصر عليها وحدها تطبيق تلك الأحكام أما ما عداها من أعمال أخرى كأعمال الصيانة والترميم والإصلاح والتدعيم والتوسيع والتعليق⁽¹⁾ والهدم فهي لا تخضع لأحكام هذه المسؤولية الخاصة وإنما تحكمها القواعد العامة في المسؤولية العقدية⁽²⁾

ويرى اتجاه ثاني من الفقه ضرورة التفرقة بين أعمال الهدم والصيانة البسيطة وكذا أعمال الترميم والإصلاحات الكبيرة وأعمال التجديد والتدعيم والتوسيع والتعليق والصيانة الكبيرة التي تمس الأجزاء الرئيسية من العقار وملحقاته في أن الأولى (الهدم والصيانة البسيطة) لا تخضع لأحكام الضمان العشري⁽¹⁾ أما أعمال الترميم⁽²⁾ والتدعيم⁽³⁾

⁽¹⁾ إلا أن التعليق بالرغم من ذكرها في مجمل القول لهذه الأعمال إلا أنها لا تدخل كذلك بل تعتبره من بين الإنشاءات الجديدة وبذلك تدخل ضمن الأعمال التي تشكل موضوع الضمان العشري و ذلك لأنها في حقيقة الأمر عبارة عن أعمال جديدة سواء في الهياكل أو الأساسات الخاصة بها والجدران أو السقف وتبقى إشكالية ارتكازها على أساسات البناية القديمة فهذا كذلك في رأينا ليس باستثناء بل بدخل من أهم اختصاصات المعماري الذي يدرس مدى صلاحية الأساسات القديمة لأن تتم التعليق فوقها أم لا شأنه في ذلك شأن مسؤولية المعماري الذي يدرس مدى صلاحية الأرض للبناء

⁽²⁾ محمد شكري سرور المرجع السابق، ص 215.

وإن كانت المادة 4 من قانون 1792 المعدلة بالقانون 30 لسنة 1983 مصري قد تكلمت عن هذه الأعمال واشترطت ضرورة الحصول على ترخيص سابق من الجهة الإدارية قبل إجرائها إلا أن هذا لا يعني إخضاعها للضمان العشري

⁽¹⁾ <راجع مازو المطول في المسؤولية ج2 بند 1070 -12 ص94 وما بعدها وأيضاً مازوجيلا: دروس ج 3 بند 1368-4 ص 803 فالهدم ضد البناء فلا يعني لحكم أن يسري على ضدين أما أعمال الصيانة البسيطة كصيانة المصعد مثلاً كما ذكر مازو أو صيانة آلات رفع المياه فهذا ليس من شأنها أن تؤدي إلى تدمير البناء كلياً أو جزئياً أو تجعله مهدد في مئانته أو سلامته أو أدائه لعرض أنظر عبد الرزاق حسين المرجع السابق الصفحة 665 الهامش رقم 39

⁽²⁾ يقصد بالترميم المبنى الربط بين أجزاء البناء وإزالة الشروخ الموجودة

⁽³⁾ يقصد بالتدعيم المبنى تقوية البناء مثل هدم جدار مصدع ثم إعادة بنائه من جديد

والتجديد والتوسعة والإصلاحات الكبيرة والصيانة الكبيرة التي تمس الأجزاء الرئيسية من العقار أو ملحقاته كل هذه الأعمال التي تتم في عقارات موجودة من قبل لا تخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية بل تحكمها قواعد وأحكام المسؤولية الخاصة متى كانت هذه الأعمال تقع على هيكل العقار أو الأجزاء الرئيسية فيه بحيث يترتب على الأداء المعيب لها حدوث تدهم كلي أو جزئي في البناء أو تهديد لسلامة العقار ومئاته أو جعله غير صالح للهدف الذي أبشئ من أجله ويدعم هذا الاتجاه ومن بينهم الأستاذ عبد الرزاق حسين رأيه باعتبار عدة منها :

- تحقق ذات قصد المشرع وهي حماية الصالح العام بالمحافظة على اقتصاد الوطن وثرواته ونشر الأمن والسكينة والقول بغير ذلك فيه إهدار لهذا القصد وتهديد للصالح العام والخاص
 - قد تكون هذه الأعمال من الجسامة تفوق تكلفتها ما سبق من تكليف في إنشاء العقار نفسه
 - كما أن العبارات الواردة في النصوص السابقة والتي تتمثل ما شيدوه من مباني وما أقاموه من منشآت ليس فيها ما يقطع على حصر دلالتها فقط على عمليات التشييد أو الإقامة لأول مرة
 - كما أن الأعمال السالفة الذكر كذلك تتطلب رخص من الجهات الإدارية المختصة⁽⁴⁾ ويمكن القول أن الرأي الثاني هو الرأي الراجح لما استقر عليه القضاء و كذا أغلب الفقه سواء المصري⁽⁵⁾ أو الفرنسي⁽⁶⁾
- أما في الجزائر ومن خلال تتبعنا للدراسات السابقة فقد لاحظنا أن البعض لم يتطرق إلى مسألة خضوع هذه الأعمال للضمان العشري في حين ذهب البعض الآخر إلى عدم خضوعها⁽¹⁾ إلا أن هذا الرأي الأخير لا يتماشى والحماية القانونية التي قررها المشرع في المادة 554 من القانون المدني من جهة، وبصفة عامة كل النصوص الخاصة التي تنظم قواعد المسؤولية العشرية وكذا التشريعات المقارنة من جهة أخرى، إذ بالرغم من أن النص الوارد في هذه المادة هو نفسه في القانون المدني المصري في المادة 651 مما يجعل القول مبدئياً أن الاعتبارات التي أوردها القضاء والفقه المصري تنطبق على القانون الجزائري، كما أن المادة 21 من القرار الوزاري المشترك السالف الذكر <كل أشغال الأساسيات والهياكل الفوقية والأسوار والأسقف>> عرفت وحصرت الأعمال المهمة من البناء والتي تكون نطاق المسؤولية العشرية وبذلك فمن أعمال الترميم أو التدعيم أو التعديد أو التوسيع إذ اشتملت العناصر الواردة في المادة 21 السالفة الذكر فإنها تدخل ضمن الأعمال الخاضعة للمسؤولية العشرية

(4) عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 668

- شكري سرور المرجع السابق ص 213 يرى عكس ذلك أي أن هذه الأعمال لا تخضع لأحكام المسؤولية العشرية
(5) السنهوري ف 61 ص 107 بحيث يقول تدخل الترميمات اللازمة للأجزاء الرئيسية للمباني في مفهوم أعمال البناء الخاضعة للضمان العشري

(6) << فيما يتعلق بالقانون الفقه الفرنسي كاريلا ف29 - ي مازو العقود ج 3 ف1368 / 4 ص 803 - بوبلي ف 338 ص 242 جاستون ص 99 عن الدكتور محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 945 هامش 201 - حدث أثناء مناقشة مشروع القانون الفرنسي المذكور في مجلس الأمة الفرنسي أن استقرار الرأي على الأخذ بالمفهوم الواسع واقتراح البعض تأكيداً لذلك أن يعدل نص المادة 1792 مدني بحيث ينص فيه صراحة على بيان أهم الأعمال التي تدخل ضمن هذا المفهوم الواسع غير أعمال البدء في تشييد المنشآت الجديدة لكن مثل هذا الاقتراح رفض على أساس أنه يقرر حقيقة من البداهة بحيث لا تحتاج للنص عليها صراحة في صلب القانون راجع في تفصيل ذلك المذكرة الإيضاحية للنص الجريدة الرسمية 1977/12/19 ص 1977

كما أن المادة 52 فقرة أولى من قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير تنص (تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها و لتمديد البنايات الموجودة و لتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحات العمومية و لإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييج)

بموجب هذا النص قد ساوى المشرع الجزائري بين هذه الأعمال على إختلاف أنواعها من (تدعيم ، توسيع ، تعلية ...)⁽²⁾ وبين أعمال التشييد الجديدة فيما يتعلق بضرورة الحصول على رخصة للقيام بها مما يستفاد منه إتجاه إرادة المشرع نحو توحيد المعاملة بالنسبة لكل هذه الأعمال لا فرق في ذلك بين جديدة منها وقديم⁽³⁾ كما وسعت المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91⁽⁴⁾ الذي يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير و رخصة التجزئة وشهادة التقسيم و رخصة البناء و شهادة المطابقة و رخصة الهدم و تسليم ذلك من نطاق وجوب الحصول على رخصة البناء (يشترط كل تشييد لبناية أو تحويل لبناية الحصول على رخصة بناء ...)⁽⁵⁾

أما فيما يخص الأعمال المعمارية الأخرى البياض والدهان والزخرفة فإن من المسلم به فقها وقضاء أنها لا تخضع لقواعد وأحكام المسؤولية العشرية⁽¹⁾ بل يكفي بصدها تطبيق القواعد العامة للمسؤولية العقدية ذلك لأن هذه الأعمال لا يترتب على أدائها أداء معييا حدوث تهدم كلي أو جزئي في العقار ولا تهديد في سلامته أو متانته أو في أدائه للغرض الذي أنشئ من أجله باعتبار أن هذه الأعمال لا تدخل في تكوين هيكله و الأجزاء الرئيسية فيه⁽²⁾ بل هي أعمال ثانوية بالنسبة له لا يترتب على تعييبها أي تأثير في قوة و تماسك أو شدة و صلابة البناء بل تفنقر إلى أي تأثير خطير على البناء وبالتالي بطبيعة الحال على الصالحين العام والخاص

⁽²⁾ كما أن المادة 53 من قانون 29/90 أوردت إستثناء على هذا المبدأ إذ تنص ((لا تخضع لرخصة البناء البنايات التي تحتمي بسرية الدفاع الوطني و التي يسهر صاحب المشروع على توفيقها مع الأحكام التشريعية والتنظيمية في مجال التعمير والبناء⁽³⁾ محمد سبتي . رخصة البناء في القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير السنة الجامعية 2001/2002 ص 17.

⁽⁴⁾ الجريدة الرسمية رقم 26 لسنة 1991 .

⁽⁵⁾ و من أمثلة تحويل البنايات تغيير الغرض الذي من أجله أنشأت البناية مثلا من بناية ذات إستعمال سكني إلى محلات تجارية أو مكاتب)

كما أن المادة الأولى من نفس المرسوم أوردت إستثناء من الحصول على رخصة البناء فيما يخص بعض الهياكل القاعدية الخاصة التي تكتسي طابعا إستراتيجيا التابعة لبعض الدوائر الوزارية أو الهيئات أو المؤسسات و يكفي أن يقرر هذا الإستثناء بموجب قرار مشترك بين وزير التجهيز والوزير المعني)

⁽¹⁾ د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق، ص 94

⁽²⁾ وهو ما نصت عليه المادة 21 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/88 الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 43 الصادر

وعلى ذلك لا تتوفر لها الحكمة من إخضاعها لقواعد وأحكام هذه المسؤولية الخاصة وعلى ذلك جرى إجماع الفقه والقضاء الفرنسي والمصري (3) والجزائري (4) على أن هذه الأعمال لا يمكن أن تدخل ضمن نطاق أحكام المسؤولية العشرية

الفرع الثاني: مدى خضوع العقار بالتخصيص لأحكام المسؤولية العشرية

للإجابة على هذا السؤال هناك اتجاهات فقهية ثلاث، بين قائل بالقصر ومناد بالامتداد وثالث يتوسط الأمر، وحجة القائل بالقصر أن العقار بالتخصيص هو بطبيعته منقول رصد لخدمة عقار ومنفعته فلا يعتبر من قبل المنشآت الثابتة، وبالتالي فلا يخضع لأحكام المسؤولية العشرية (5) وأما من نادى بالامتداد فحجته أن العقار بالتخصيص وإن كان بطبيعته منقولاً إلا أنه متى ثبت بالعقار ورصد لخدمته اعتبر عقاراً ويجب أن يأخذ حكم العقار، بحيث يسري عليه ما يسري على العقار، طالما لا يزال يعتبر عقاراً بالتخصص ولا يزال مثبت في مكانه ولم ينتزع منه بعد (6) أما من توسط الأمر فيرى ضرورة التفرقة بين الأجزاء سهلة الفك والنقل دون تلف فترجع إلى طبيعتها المنقولة ولا تخضع لأحكام المسؤولية الخاصة، وبين الأجزاء الأخرى من العقار التي لا يمكن نزعها منه دون تلف فهذه يجب أن تأخذ حكم العقار (1)

ويرى البعض وجوب توحيد المعاملة بين العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص، من حيث إخضاع هذا الأخير لأحكام المسؤولية الخاصة، إذ أن أي تلف للعقار بالتخصيص قد يهدد سلامة أو متانة البناء أو قد يصبح غير صالح للغرض الذي أعد له، كذلك فإن القول بإخراج العقار بالتخصيص من دائرة أحكام المسؤولية الخاصة استناداً إلى أنه منقول بطبيعته وليس من قبل المنشآت الثابتة يجعلنا نتساءل، وهل البناء في مجموعه

(3) عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 670 - عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ج 7 المرجع السابق ص 107

- محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 124

هناك رأي مخالف لهذا الاتجاه وهو الأستاذ الدكتور محمد حسين منصور في كتابه المسؤولية المعمارية ذ 1984 ص 73 و 74 والذي يرى إمكانية إخضاع هذه الأعمال للضمان العشري

(4) وقد اعتبر أن أعمال التوسيع و الترميم لا تدخل ضمن أحكام الضمان العشري فمن باب أولى لا تدخل أعمال البياض والدهان ضمن أحكام الضمان العشري: كامل فؤاد ، الرسالة السابقة، ص 127 .

(5) وقد اعتبر أن المصعد منشأ ثابت أي يخضع لأحكام المسؤولية الخاصة على الرغم من حركته صعوداً ونزولاً بحجة أن هذه الحركة لا تتعدى دائرة محدودة : السنهوري الوسيط ج 7 المرجع السابق ، ص 107 ، هـ 1.

(6) محمد حسين منصور المرجع السابق ط 1984 ص 73

(1) محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص . 85 هامش 106

فيما خلى ما استقر عليه على سطح الأرض إلا عديد من المنقولات صنعتها يد الإنسان⁽²⁾ وما تجدر إليه الإشارة حول العقار بالتخصيص أنه سيكون له أهمية كبرى حول إخضاعه لأحكام الضمان العشري، لأن التطور في مجال البناء أصبح يعتمد كثيرا على العقار بالتخصيص وباهتمام كبير، كما أن في غالب الأحيان العقار بالتخصيص الذي يندمج ضمن العقار قد يكون له أهمية بالغة إذ أن تلف هذا الجزء قد يعطل العقار بكامله ويصبح غير صالح للغرض المخصص له، لذلك ما يمكن قوله هو انه كلما توفرت شروط الضمان العشري في العيب من تهدم أو تهديد سلامة أو متانة البناء أو عدم صلاحيته للغرض الذي أنشئ من أجله، فإن هذا العقار بالتخصيص يدخل ضمن أحكام هذه المسؤولية الخاصة.

الفرع الثالث : العناصر التجهيزية بالمباني

قبل أن يتدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 12 لسنة 1978 في مادته 1792-2 وكذا المشرع الجزائري بموجب القانون 07/95، فإن الفقه تناول موضوع خضوع العقار بالتخصص لأحكام المسؤولية الخاصة.

والمشرع الفرنسي بموجب القانون السالف الذكر ولاسيما في تعديله للمادة 1792 أضاف مواد عدة منها المادة 1792 - 2 التي أوجبت إدخال البعض من العناصر التجهيزية ضمن أحكام المسؤولية الخاصة، كما فعل من بعده المشرع الجزائري بموجب الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات⁽³⁾ في مادته 181 لذلك سوف ندرس مفهوم هذه العناصر وشروط إخضاعها للمسؤولية العشرية.

1- المقصود بالعناصر التجهيزية :

لم يعرف كل من المشرع الجزائري والفرنسي معنى العناصر التجهيزية ، إلا أن الفقه استتبط تعريف لهذه العناصر وذلك بالمقابلة بين وظيفة التشييد ووظيفة التجهيز⁽¹⁾ إذ الأولى يناط بها عناصر التكوين وجعل الثانية من مهام عناصر التجهيز، وإن كانت الأولى مرتبطة بالموقع والمكان والبيئة التي سيشيد فيها

⁽²⁾ عبد الرزاق حسين ص . 675

كما أن المشرع الفرنسي بموجب القانون 3 يناير 1978 وفي تعديله للمادة 1972 تراجع عن مصطلح الأعمال الكبيرة في الخضوع للضمان العشري وأورد مصطلح آخر. (و أحد عناصره المنشئة أو أحد عناصر الأعداد) وهو ما يجعل من أن العقار بالتخصص إذا توفرت شروطه يدخل ضمن أحكام قواعد الضمان العشري

⁽³⁾ الأمر رقم 07/95 مؤرخ في 95/01/25 الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 13.

⁽¹⁾ يرى الفقه الفرنسي أن فكرة العناصر التجهيزية المقابلة للتأسيسية تبدو امتدادا لفكرة الأعمال الصغيرة والأعمال الكبيرة، و قد رفض إدخالها إلى مصر نظرا لأنها لا تقوم على أساس واضح راجع في ذلك عبد الرزاق السنهوري ج 7 ف 59 ص 104 وكذلك مجموعة الأعمال التحضيرية- 5 ص 28 إلى ص 30.

العقار ومن مجموعها وإندماجها بعضها مع البعض يتكون العقار المراد تشييده، فإن الثانية على عكسها ليس لها ارتباط بكل ذلك، وإنما تجهز لقيام هذا العقار بتهيئة و تجهيز الموقع و المكان الذي سيشيد فيه، كما تجهز العقار نفسه لأداء الوظائف المنوطة به أداؤها⁽²⁾ و يعد من عناصر التجهيز جميع الاعدادات و التهيئات التي تتم داخل الموقع أو المكان الذي سيقام عليه العقار المطلوب تشييده، كما يعد كل ما يهيء العقار المشيد لتأدية وظائفه التي أنشئ من أجل الوفاء بها من ذلك التكسيات أو التغطيات أو الأرضيات و القواطع أو المفاصل و الأنابيب أو القنوات المختصة بالتزويد و الصرف مندمجة أو غير مندمجة و كذلك التجهيزات الكهربائية و الصحية و أيضا مختلف التركيبات الميكانيكية مثل المصاعد أو أجهزة التسخين المركزية أو أجهزة التدفئة أو التهوية و بصفة عامة تركيبات جميع الأجهزة الكهربائية و الميكانيكية التي يقتصر عمل المقاول بالنسبة لها على مجرد تركيبها و وضعها في مكانها المخصص لها و الذي ستؤدي منه وظيفتها و ذلك دون تغيير فيها أو حتى في الطريقة المرسومة لتركيبها⁽³⁾

2- شروط إخضاع العناصر التجهيزية للضمان العشري

حتى يتم إخضاع عناصر التجهيز للمسؤولية العشرية لابد أن يتوافر شرطين اثنين هما :

الشرط الأول : أن يكون العمل نفسه بناء أي من المنشآت الثابتة التي من صنع الإنسان والتي ترتفع فوق الأرض بحيث يستطيع الإنسان أن يتحرك بداخلها و يكون من شأنها أن توفر له حماية جزئية على الأقل ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية⁽⁴⁾

وبذلك يتوجب أن تصيب الأضرار سلامة عناصر تجهيز المبنى فقط وليس في مطلق العمل⁽¹⁾ والمبنى قد يعد للاستعمال السكني كالعمارات والمنازل والفيلات وغير ذلك وتلك التي تنشأ من أجل الإستعمال التجاري كالمحلات التجارية وأماكن إيواء السيارات وغيرها وكذلك التي تنشأ بهدف الإستعمال الصناعي أو الزراعي وأيضا المباني المعدة لاستقبال الجمهور كالمستشفيات وبالرغم من تعريف البناء على أنه يقع فوق الأرض إلا

⁽²⁾ عبد الرازق حسين المرجع السابق ص 889.

⁽³⁾ عبد الرازق حسين المرجع السابق ص 891 هامش 29.

كما أن المادة 12 من المرسوم رقم 1166 لسنة 1967 الصادر في 1967/12/22 الخاص بتطبيق أحكام القانون رقم 3 لسنة 1967 كانت تقضي بعدم اعتبار هذه الأجهزة من الأعمال التي تدخل في نطاق تطبيق الضمان العشري،

⁽⁴⁾ محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 83 وهذا التعريف مستنبط من القرار الوزاري الصادر في 17 فبراير سنة 1978

⁽¹⁾ الفقرة الأولى من المادة 1792-2 مدني فرنسي .

كامل فؤاد المرجع السابق ص 134

كما أن المادة 12 من المرسوم رقم 1166 لسنة 1967 الصادر في 1967/12/22 الصادر لتطبيق أحكام القانون رقم 03 لسنة 1967 كانت تقضي بعدم اعتبار هذه الأجهزة من الأعمال التي تدخل في نطاق تطبيق الضمان العشري

أن الفقه يرى خلاف ذلك وهو ضرورة توسيع معنى البناء ليشمل ما هو فوق الأرض أو ما هو أسفل سطح الأرض كأماكن إيواء السيارات التي تقام تحت سطح الأرض⁽²⁾

الشرط الثاني : عدم قابلية العنصر التجهيزي للإنفصال عن المبنى دون تلف ، إنطلاقاً من نص المادة

1792 -2 مدني فرنسي السالفة الذكر وكذلك المادة 181 قانون التأمينات الجزائري أمر رقم 07/95 فإنه يتوجب أن يكون العنصر التجهيزي جسماً غير قابل للإنفصال مع أعمال المنافع العامة أو الأساسات أو الهيكل أو السياج أو المظلة⁽³⁾ وبذلك فإنه ليس كل عنصر تجهيزي بالمبنى يشكل محلاً لسريان أحكام المسؤولية العشرية وإنما فقط تلك التي ترتبط بأحد الأعمال المذكورة ارتباطاً غير قابل للإنفصال ومسألة عدم القابلية للإنفصال نص عليها المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 181 سالفه الذكر ونص عليها المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 1792 سالفه الذكر >> يعتبر عنصر التجهيز مشكلاً جسماً غير قابل للإنفصال مع أحد الأعمال المنصوص عليها في الفقرة السابقة وذلك عندما لا يمكن فصله عن هذا العمل أو نقله منه أو استبداله بغيره دون أن يصاب هذا العمل بالتلف أو الفساد.<<⁽⁴⁾ وبذلك فإنه في حالة توافر العنصرين السالفي الذكر فإن العنصر التجهيزي يمكن أن يكون موضوع المسؤولية العشرية إذا توافرت شروطها الأخرى .

المطلب الثاني : المنشآت الثابتة الأخرى

لم يكتف كل من المشرع الجزائري وكذا المصري والفرنسي بجعل عمليات التشييد المباني محلاً لسريان أحكام المسؤولية الخاصة وإنما وسع في نطاق تطبيق هذه الأحكام ذلك بمقتضى نصوص صريحة يجعلها تشمل أيضاً عمليات إقامة المنشآت الثابتة الأخرى وما ذلك إلا تنفيذاً لسياسة تشريعية مقصودة تخلص إلى محاولة إيجاد نوع من التوازن في الحماية القانونية بين الصالح الخاص والذي تشكل المباني الجانب الأكبر من نشاطه العقاري بينما لا تشكل المنشآت الثابتة الأخرى إلا جانباً ثانوياً بالنسبة له وبين الصالح العام الذي تشكل المنشآت الجانب الهام من نشاطه العقاري في حين لا تشكل المباني إلا جانباً ثانوياً عنده وهذا ما يؤكد ارتباط هذا الضمان بالنظام العام⁽¹⁾

وقد نص المشرع الجزائري في نص م 554 قانون مدني على عبارة المنشآت الثابتة الأخرى ومن قبله المشرع المصري في المادة 651 بنفس العبارة أما المشرع الفرنسي فقد اختلفت صياغته وكانت تتميز بالغموض

(2) عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 895 .

(3) تنص م 1/181 من الأمر رقم 07/95 >>...عندما تكون هذه العناصر جزءاً لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية ..<<

(4) المادة 181 الفقرة الثانية تنص >>يعتبر جزء لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز<<

(1) عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 676

والتداخل إذ حصرت المادة 2270 الضمان العشري في الأعمال الكبيرة⁽²⁾ التي أقاموها أو أداروها إلا أنه بعد قانون رقم 12 سنة 1978 فإنه تم تغيير الصياغة وكذا اتسع النطاق وزال بعض اللبس إذا استبدل كلمة edifice⁽³⁾ بكلمة ouvrage مطلقة دون قيد أو وصف أو حذف من المادة 2270 مدني عبارة الأعمال الكبيرة والأعمال الصغيرة ولذلك فإنه من أجل تحديد هذا النطاق لابد من تحديد كل المنشآت وكذا الأعمال

الفرع الأول : مفهوم المنشآت الثابتة الأخرى غير المباني⁽⁴⁾

لم يتطرق أي من المشرع الفرنسي أو المصري أو الجزائري إلى تعريف المنشأة مما أدى بالفقه إلى إيجاد تعريفا لها

يعرف بأنه كل عمل أقامته يد الإنسان ثابتا في حيز من الأرض ، متصلا بها اتصال قرار عن طريق الربط بين مجموعة من المواد أي كان نوعها ، ربطا غير قابل للفك ، بحيث يبسر على الإنسان سبل إنتقاله أو سبيل معاشه⁽⁵⁾، من هذا التعريف يمكن القول أنه من حيث التكوين فإن كل من البناء والإنشاء شيء واحد إذ كل منهما عبارة عن عمل قائم وثابت في الأرض بمجموعة من المواد .

أما من حيث الوظيفة فإن كل منهما يختلف عن الآخر لذلك فإن ما يميز البناء عن المنشأة هو وظيفة كل منهما فقط وذلك بأن وظيفة البناء مجرد إيواء الإنسان أو الحيوان أو الأشياء إذ لا تتعدد وظائفه لتشمل مختلف مجالات الحياة اليومية للإنسان التي تسهل عليه سبل إنتقاله كالجسور والأنفاق والسدود والسكة الحديدية والطرق والشوارع والمطارات أيضا والقناطر والآبار أو شق القنوات... الخ

والمشرع الفرنسي كما سلف الذكر فإنه استعمل عبارة ouvrage بدلا من كلمة édifice ليس لمجرد القضاء على الخلافات التي كانت سائدة في الفقه والقضاء الفرنسي حول تحديد مفهوم كلمة édifice بل كان له أثره في توسيع نطاق تطبيق أحكام المسؤولية العشرية موضوعيا ذلك أن كلمة ouvrage ذات مفهوم عام وأستعملها المشرع الفرنسي على عموم مفهومها دون أن يقيد به بقيد أو يحدده بوصف

وبالرغم من إستعمال المشرع الفرنسي لكلمة ouvrage لعدة مرات إلا أنه لم يعط لها أي تعريف يحدد مضمونها أو يوضح مدلولها ، وعموم هذه الكلمة لا يقتصر على المباني بمفهومها الفني فقط بل يتسع

⁽²⁾نقضي المادة 2270 قبل تعديلها بتخلص المعمارين من ضمان الأعمال الكبيرة gros ouvrages بعد عشر سنوات ومن ضمان الأعمال الصغيرة menus ouvrages بعد سنتين

⁽³⁾التي ظلت المادة 1792 مدني فرنسي محتفظة بها منذ وضع المجموعة المدنية سنة 1804

⁽⁴⁾عرفها الأستاذ كانتيلوب بأنها toute construction qui n'a pas pour but le logement des hommes et

(....) des animaux ,tels les canaux et les digues et les puits) أنظر عبد الرزاق حسين ص 689

⁽⁵⁾عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 682

ليشمل كل منشأة عقارية أخرى تقوم على عمل الإنسان وتدخل منه ، وبذلك فإن معنى كلمة ouvrage تعني كل ما يعمل يد الإنسان في هذا الخصوص سواء كان هذا العمل جديداً ينشأ لأول مرة أو كان موجوداً وتم إجراء تعديلات فيه أو إجراء ترميمات به (1)

وبذلك فإن إشكالية تحديد نطاق الضمان العشري من حيث الموضوع أصبح لا يثير إشكالية من حيث ضرورة إعادة النظر في النصوص التشريعية لأن العبارات التي أوردها كل من المشرع الجزائري والمصري والفرنسي كافية لتهيئ الطريق أمام القضاء والفقه في تفسير هذه النصوص وشرحها وتعريفها وكذا تطبيقها على أرض الواقع

الفرع الثاني : تحديد نطاق المنشآت الثابتة الأخرى الخاضعة للضمان العشري

كما سبق الذكر فإن الضمان العشري لم يبق محصوراً في أعمال المباني أو الهندسة المعمارية وإنما إمتد أيضاً إلى ما يسمى بأعمال الهندسة المدنية le genie civil (2) وانطلاقاً من التعريف السابق الذكر للمنشآت فإنه كلما توافرت عناصر التعريف بقيوده وأوصافه كان منشأ ثابت غير المبني ولا يهتم الغرض الذي أنشئ من أجله سواء كان بهدف عبور نهر أو مرور سيارات أو تخزين مياه أو تسهيل إتصال أو حل مشكلة مواصلات إلى غير ذلك من الأغراض الكثيرة للإنسان التي لا تكاد تقع تحت حصر كما أنه لا تهم المادة التي صنع أو أقيم منها المنشأ الثابت فقد يكون حديداً أو خشباً أو خرسانة مسلحة أو حجراً أو طوباً أو رملاً أو حصى أو خليطاً من هذه المواد كلها أو بعضها إلى غير ذلك من المواد التي يمكن أن تدخل في إقامة أو صنع المنشأ (1) وفي هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق أحكام المسؤولية العشرية على بناء تم تشييده من الزجاج لإيواء بعض النباتات والزهور (2) ومن أمثلة هذه المنشآت هي أعمال إنشاء الجسور والقناطر والسدود والخزانات والبوابات والأنفاق والمقابر والسكك الحديدية والمداخل ولقد اختلفت الآراء فيما يتعلق ببعض المنشآت التي تنشأ بحيث يكون في مستوى الأرض وأحياناً دون مستوى الأرض مثل حفر الآبار على اختلاف أنواعها وأعراضها وشق الترع والمصارف والقنوات وحفر أحواض

(1) أنظر في تأكيد ذلك الإجابة التي أبداه واضعوا مشروع القانون رقم 12 لسنة 1978 على التساؤل الذي طرحه السيد ماتيو

Mr.Mathieu عن مدى إمكانية إخضاع هذه الأعمال للضمان العشري (ج. ر. مناقشات الجمعية الوطنية الفرنسية

1977/02/19 ص 8977 .)

(2) د محمد شكري سرور المرجع السابق ص 219

(1) عبد لرازق حسين المرجع السابق ص 684

(2) v. cass.civ .3.21 Mars 1979 ,cite par liet –veaux (G):juris classeur respon civ, fasc .355-42 précité N°45

السباحة ورفف الطرق وإنشاء السكك الحديدية وإنشاء ساحات أو ملاعب لممارسة رياضة التنس وإقامة الممرات تحت الأرض⁽³⁾ والمخابيء وشبكات الصرف الصحي أو أحواض التخزين أو قنوات الري والصرف المغطاة في الأرض الزراعية ومخازن الأسلحة والذخيرة ومخازن البترول بمشتقاته وحمات السباحة وأحواض النباتات والطيور المائية وكذا تعبيد الطرق.... إلخ و بصفة عامة كل الأعمال التي لا يتوفر فيها الإرتفاع على السطح سواء الأعمال التي تقام في باطن الأرض أو تقام على مستوى أقل من مستوى سطح الأرض أو على مستوى سطح الأرض لذلك سوف نرى حكم هذا الاختلاف.

الفرع الثالث : حكم المنشآت أو الأعمال التي لا يتوفر فيها عنصر الإرتفاع فوق الأرض

هذه الأعمال في مجموعها أختلف الرأي حول إخضاعها لأحكام المسؤولية العشرية إلى ثلاث آراء :

الرأي الأول : يرى أصحاب هذا الرأي⁽⁴⁾ إخراج هذه الأعمال من نطاق سريان الضمان العشري بحجة أنها ليست من قبيل المنشآت الثابتة وبالرغم من أن أصحاب هذا الاتجاه قلة إلا أن حجبتهم في ذلك هو موقف المشرع المصري في قانون التأمين الإجباري من مسؤولية المهندس المعماري والمقاول في مجال أعمال البناء وتتمثل هذه الحجة في أن المشرع قصر مسؤوليتها عن الأضرار التي تلحق بالغير مما يتوجب معه أن يكون المنشأ موجود فوق الأرض⁽⁶⁾ أما في الفقه الفرنسي فقد ضعف هذا الإتجاه بعد صدور قانون رقم 03 لسنة 1978 الذي استبدل كلمة *édifice* (بناء) بكلمة *ouvrage* (عمل) ليشمل إلى جانب المباني كافة الأعمال والمنشآت الهندسية المدنية على تنوعها.

الرأي الثاني : وهو الرأي المؤيد لإخضاع هذه الأعمال إلى الضمان العشري وهذا ما أقربه غالبية الفقه باعتبارها منشآت ثابتة سواء كانت على مستوى الأرض أو تحت سطح الأرض أو في باطنها كما أن المشرع لم يشترط أن يكون فوق سطح الأرض⁽¹⁾ كما أن الانتقاد الموجه لهذه المنشآت على أساس أنها لا تتوفر على عنصر الإقامة وفقاً لما هو وارد في النصوص التشريعية على أساس أن الإقامة هي التعلية والارتفاع فوق سطح الأرض فهذه الحجة مردود عليها لأن الفعل أقام كما يدل على معنى العلو والارتفاع

(3) د. محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 88-89

Catherine GIRAUDEL RESPONSABILITE DU FAIT DES BATIMENTS R.C. JCL CIV. FASC. 152 ED TECH S.A PARIS 1989 P 09

Cours Renne .12/01/1987 juris data n 40288

Cass .Civ II. 10/11/1967 : Bull .Civ.II N324 .26/04/1972 ; Bull Civ II N113

(4) محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد المعاولة ط 1962 دار النهضة العربية ف 107 ص126

(6) ويدعمون أصحاب هذا الرأي حجبتهم بحكم محكمة النقض الفرنسية (نقض مدني 09 أكتوبر 1973) القاضي بعدم امتداد الضمان العشري إلى مجال إعداد وإنشاء ساحات وملاعب التنس

(1) محمد كامل مرسي المرجع السابق ص 499 محمد حسين منصور المرجع السابق ص 71 .72

- السنهوري الوسيط جزء 7 بند 61 ص108

- شكري سرور المرجع السابق بند 190-191 ص 215-217

- د محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 79 هامش 187 المحدد لحجج الرافضين لإخضاع هذه الأعمال للضمان العشري ومن ثم انتقادها وتقديم حجج مخالفة للتدليل على ضعف حجبتهم

فمن مدلولاته أيضا القيام والوجود فأقام الشيء بمعنى أوجده ثابتا في موضعه وعلى هذا المعنى تحمل عبارة أقاموه من منشآت ثابتة أخرى بمعنى أوجده من منشآت ثابتة أخرى والإيجاد كما يمكن أن يكون أعلى من سطح الأرض يمكن أيضا أن يكون في مستوى ممتد في باطنها ومن أمثلة ذلك الأساسات التي يقام عليها البناء أو المنشأ الثابت الآخر والتي تمتد أحيانا إلى عمق 10 أمتار تحت سطح الأرض⁽²⁾ وكما سلف الذكر فإن المشرع الفرنسي قد أزال بعض الغموض والخلاف في تحديد مضمون النطاق الموضوعي بعد أن استبدل عبارة البناء بعبارة العمل إلا أن هذا لم يغير الكثير في القضاء وكذا الفقه الراجح لأن كل من الفقهاء والقضاء جعل من تلك الأعمال المقامة تحت سطح الأرض ضمن الأعمال الخاضعة لأحكام المسؤولية العشرية وما تدخل المشرع إلا ترسيخا لهذا القضاء والفقه الغالب .

أما القانون الجزائري والمصري اللذان توخذا في الصياغة التشريعية والتي كانت سليمة إلى حد بعيد، و هذه السلاسة بالنسبة للمشرع المصري و الجزائري اللذان سبقا المشرع الفرنسي في تحديد هذا الموضوع ما هي إلا نتيجة تأثر القانون المصري بالفقه والقضاء الفرنسيين قبل أن يتأثر بها المشرع الفرنسي ذاته، أما المشرع الجزائري فقد تأثر مباشرة بالمشرع المصري، وبذلك كانت نفس الصياغة ولو أن كل من القضاء المصري والجزائري كانا شحيحين إن لم نقل غائبين عن الفصل في مسائل الخلاف، وما يمكن قوله في غياب موقف الفقه والقضاء الجزائريين فيما يخص مدى خضوع بعض الأعمال للضمان العشري - المختلف فيها في الفقه المصري والفرنسي - مثل شق الطرقات وحفر الآبار وصرف المياه وغيرها من الأعمال، هو ضرورة إخضاع هذه الأعمال للضمان العشري، ولا يكون ذلك بتعديل المادة 554 ق.م، وإنما عن طريق التنظيم بواسطة مراسيم تنفيذية من أجل القضاء على فوضى الأشغال العمومية التي أضرت بالصالح الخاص والعام إلى درجة أن أصبحت مدة صلاحية هذه الأشغال لا تتعدى السنتين، وفي كل مرة تقوم عمليات الحفر وإعادة إنجاز نفس الأشغال الشيء الذي يتوجب معه الحرس على إخضاع هذه الأعمال للضمان العشري حتى يتحتم على المسئول إتيان العمل الذي ينجزه لضمان صلاحيته لمدة تفوق مدة الضمان.

المبحث الثاني: العيوب الداعية للضمان

من المسلم به فقها وقانونا أن مسؤولية القواعد الخاص للمهندس المعماري والمقاول لا يمكن أن تقوم إلا إذا وجدت هناك أضرار في الأعمال محل هذه المسؤولية، بل لا بد أن تتوفر في هذه الأضرار شروط بعضها يتعلق بالجسامة والبعض الآخر يتعلق بالخفاء، و كما حدث توسع على مستوى أعمال الضمان العشري وأشخاصه، فإن هذا التوسع شمل أيضا الأضرار الموجب للمسؤولية.

(2) عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 691

ندرس هذا المبحث في مطلبين اثنين، أولهما نخصه لأنواع العيوب التي يمكن أن تلحق بالعقار بناءً كان أو أي منشئ ثابت آخر، و ثانيهما للشروط الواجبة في الضرر حتى تقوم المسؤولية.

المطلب الأول: أنواع العيوب

تتنوع هذه العيوب⁽¹⁾ و تتعدد بتنوع أسبابها و تعدد مجالها، فمنها ما يرجع إلى مانع أو أكثر قام بالأرض نفسها التي أقيم عليها البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى، ومنها ما يكون مصدره خطأ في التصميم ذاته أو خطأ في التشييد، لذلك نتناول كل نوع من هذه العيوب على حدى.

الفرع الأول: سبب العيب مانع أو أكثر قائم بالأرض ذاتها

تقضي المادة 554 مدني جزائري والمادة 651 مدني مصري، بأن المسؤولية تقوم حتى ولو كان التهدم بسبب عيب في الأرض⁽²⁾، والأرض هي ذلك المسطح المساحي الذي يعتبر الركيزة المادية التي يقوم عليها البناء أو المنشأ الثابت الأخر، ويتصل بها إتصال قرار، ولذلك يجب أن تكون هي موضوع أول دراسة فنية، يقوم بها المشتغلون في مجال المعمار، ويجب أن تكون هذه الدراسة غاية في الدقة والتعمق نظراً لأهمية ما يترتب عليها من نتائج ذلك أن متانة البناء وسلامته تتوقف على مدى صلابة الأرض التي يتركز عليها، ومن أجل دراسة هذا المسألة ينبغي تحديد المسئول الأصلي عن دراسة الأرض، ثم بيان الموانع التي تقوم بهذه الأرض⁽³⁾

أولاً: المسؤولية عن دراسة الأرض

الأصل أن مهمة فحص تربة الأرض المراد إقامة البناء عليها، تقع على عاتق المهندس المعماري، وذلك لأن هذا الأخير هو غالباً الذي يؤكد صلاحية الأرض للتشييد عليها. و يكاد الإجماع ينعقد في هذه المسألة على أن دراسة التربة وفحص خصائصها تقع 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 الأخر المزمع إنشاؤه ومدى استجابة خصائص التربة له⁽¹⁾، في حين ذهب رأي في الفقه

⁽¹⁾ يقصد بالعيوب الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتة والذي تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن خلوها منه، أنظر ياقوت المرجع السابق ص 97 ويعرف بأنه الأفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة نقض مدني مصري 08 أبريل 1948، وعرف بأنه النقيصة التي تشوب الشيء عرضاً ولا تتواجد بالضرورة في كل شيء من هذا النوع، أنظر دكتور توفيق حسن فرج ط 1978 ص 455 هامش 02.

⁽²⁾ تنص المادة 554 ... و لو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض...

⁽³⁾ عبد الرازق حسين يس المرجع السابق ص 704

⁽¹⁾ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، طبعة 1962 دار النهضة العربية ص 136

ياقوت المرجع السابق، ص 98

شكري سرور، المرجع السابق، ص 81، 82.

نقض مدني فرنسي 9 مارس 1969، أنظر ياقوت، المرجع السابق، هامش 212، ص 99

فتحي غيث، قانون المهندس، طبعة 1960 دار المعرفة، ص 54

الفرنسي إلى أن المقاول يكون في حقيقة الأمر أوطد معرفة بطبيعة الأرض من المهندس المعماري وأكثر تخصص منه فيها ، وذلك لما يباشره يوميا من ممارسات عملية في هذا المجال ، فهو الذي يقوم بأعمال الحفر وسوف لا يكون صعب عليه وهو يجري هذه الأعمال أن يتبين عيوب الأرض فيتعرف على طبيعتها التكوينية ومدى رشحها أو مساميتهاإلخ وبالتالي عدالة يجب أن يكون مسؤولا عن عيوب التربة وعدم معالجتها قبل البدء في التنفيذ، هذا بالإضافة إلى أن المادة 651 مدني مصري والمادة 554 مدني جزائري والمادة 1792 فرنسي لم تفرق بين المهندس المعماري والمقاول (2).

وقد أنتقد هذا الرأي لأن المسؤولية لا تحدد على أساس الخبرة، فقد يتوافر المقاول على ذلك أكثر من المهندس لاسيما إذا كان من الشركات الكبرى في أعمال المقاولات التي تملك من الفنيين والمتخصصين وآلات سبر التربة وأجهزة جسها واختبارها ما لا يمكن إنكاره، ولكن إسنادا إلى الترتيب الزمني من أجل إنجاز أي بناية أو منشأة أخرى هو وضع التصميمات التي تتطلب وضع الخرائط والرسومات والنماذج والمقاييس وصفية وكمية وتقديرية وكل هذه الأعمال لا يمكن لمهندس أن يقوم بها دون دراسة تفصيلية للتربة لمعرفة خصائصها لمعرفة أي المواد أنسب للتنفيذ بها وما مقدار الكميات التي يحتاجها هذا التنفيذ فالتصميم ليس مجرد مجموعة من الخرائط ترسم على الأوراق طولا وعرضا نتيجة تصور نظري لبناء يستحيل تطبيقه وإنما هو مجموعة من الأعمال تسعى نحو تحقيق هدف واحد هو إقامة ذلك العقار (3)

وعقد المقاول المبرم بين رب العمل والمقاول يفرض على هذا الأخير التزاما بنصح وإرشاد رب العمل، وأن تنفيذ هذا الإلتزام من جانب المقاول يقتضي منه أن ينبه رب العمل إلى عيوب التربة التي يستطيع كشفها أو التي ينبغي أن يكتشفها ، وسواء كان هذا الانكشاف لشدة وضوح العيب في التربة أو بسبب المعرفة الفنية للمقاول وإلا كان مسئولا إلى جانب المهندس المعماري ، وإن كان كل من المهندس والمقاول أجنبيين عن بعضهما البعض إلا أنه يجمعهما هدف واحد يعملان على تحقيقه وهو إقامة بناء أو منشأ ثابت آخر خال من العيوب ومتفق مع ما تقضي به قواعد الفن والقوانين واللوائح المنتظمة

ومستجيب مع الغرض الذي قصده رب العمل من إنشائه خصوصا وأنهما مسؤولان أمام هذا الأخير إما تضامنيا أو تضاميا (1) عما يحدث له من أضرار نتيجة خطأ أي منهما أو تقصيره وبذلك فإن إلتزام المقاول بتنبيه رب

(2) رافون RAVON <مسؤولية المماريين > مطول عملي وقانوني باريس 1897 ص 83 حيث يقرر il y a peu

< Les Entrepreneurs serieux qui se trompent sur la valeur du sol > أنظر في ذلك عبد الرازق

حسين يس المرجع السابق ص 712 هامش 16

(3) فتحي غيث، المرجع السابق، ص 54 ، عبد الرازق حسين المرجع السابق ص 712، 713 .

(1) إنما يميز الإلتزام التضامني عن الإلتزام التضاممي أن المدينين المتضامنين في الإلتزام التضاممي لا يجمعهم وحدة المصلحة المشتركة، كما يجمع المدينين المتضامنين في الإلتزام التضامني ، ذلك أن التضامن يقتضي وحدة المصدر ووحدة المصدر هذه هي التي تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين أما في الإلتزام التضاممي فالمصدر متعدد فلا محل

العمل والمهندس بوجود عيب يهدد سلامة ومتانة العمل المراد إنشاؤه، فإن على المهندس أن يتجاوب مع هذا التنبيه بالتدخل لإصلاح العيب، أما إذا أصر المهندس المعماري على وجهة نظره بعدم وجود أو عدم خطورة العيب أو تدخل بطريقة معينة لإصلاح هذا العيب، ورأي الما قول أن هذا العيب خطير وأن هذا التدخل غير كاف، فإن عليه أن يمتنع عن تنفيذ أوامر المهندس إلا إذا كانت كتابية وإلا فإنه يكون مسئول مع المهندس المعماري⁽²⁾ هذا إذا كان من قام بفحص ودراسة التربة من أهل الاختصاص

أما إذا كان من فحص التربة هو رب العمل فإنه على الما قول إن رأى أن هناك عيب أن يمتنع عن التنفيذ حتى ولو أعطي أمرا مكتوبا ، و إلا كان مسؤولا⁽³⁾ وفقا لقواعد المسؤولية العشرية⁽⁴⁾ بالرغم من وجود خلاف حول صفة المهندس المسئول ، هل هو المهندس المكلف بالتصميم والتنفيذ أم المكلف بالتصميم أو المكلف بالتنفيذ ، و إن كان المهندس المكلف بالتنفيذ والتصميم ليس فيه خلاف في خضوعه للمسؤولية، فإن الخلاف حول المهندس الذي يقوم بالتصميم فقط وكذا الذي يشرف على التنفيذ، حول مسؤولية كل منهما على الإضرار التي يكون سببها عيب في الأرض ، وبالرغم من الاختلاف في وجهات النظر إلا أن الصالح العام يتوجب إخضاعهما للمسؤولية الخاصة.

ثانيا : الموانع التي قد تقوم بالأرض

الموانع التي تقوم بالأرض قد تكون قانونية أو طبيعية . وعملا بأحكام المواد : 651 مدني مصري و م 554 مدني جزائري فإن كلا من المهندس المعماري والما قول مسؤولا عن عيوب الأرض ، لأن ذلك من صميم واجباتهما التي يملئها الفن المعماري للقيام بفحص الأرض و الإختبارات اللازمة عليها للتأكد من صلاحيتها لعمليات البناء قبل الشروع في التشييد سواء من الناحية القانونية والمتمثل في الحصول على رخصة البناء من الجهات الإدارية التي هي عادة ما تفحص الجانب القانوني وكذا التقني وحتى الطبيعي إذ في غالب الأحيان لا تمنح رخص البناء بسبب عدم صلاحية هذه المنطقة للبناء . وبالإضافة إلى قرار رخصة البناء فإنه يتوجب التأكد من عدم وجود حقوق إرتفاق قانونية أو اتفاقية

إذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين: أنظر أنور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط 1999 ص 225 .

⁽²⁾ شنب لبيب، المرجع السابق، ص 138

⁽³⁾ وقد أجاز المشرع المصري إمكانية إنجاز أعمال لمدة أقل من عشر سنوات ولا يوجد ما يقابل هذا النص في التشريع الجزائري.

⁽⁴⁾ شكري سرور، المرجع السابق، ص 80 ، 81 ، شنب المرجع السابق بند 114 ص 138، محمد حسين منصور المرجع السابق

أما الموانع الطبيعية فقد تكون التربة رملية أو طفيلية أو تربة ردمية ناتجة عن تراكم ردميات سابقة في هذا المكان أو تربة رخوة لا تتمتع بقدر من الصلابة لتتحمل أثقال البناء المزمع إنشاؤه عليها⁽¹⁾ أو التربة الملحية التي تعمل على تآكل الإسمنت وكذا الأسياج الحديدية أو تكون بجوار حافة نهر أو بحر بحيث تكون مهددة بتلاطم الأمواج أو أن تكون موجودة على خزان ماء للمياه الجوفية عالية المنسوب مما يجعلها في حاجة إلى معالجة خاصة إلى غير ذلك من العيوب التي تجعل من الأرض محل الدراسة غير صالحة لإقامة الأعمال⁽²⁾

لذلك يتوجب على المهندس المعماري بعد دراسة هذه الأرض ونوع تربتها وموقعها وخصائصها أن يعمل على وضع تصميمات خاصة بها وتحديد نوع معين من مواد البناء المقاومة لهذا العيب مثلاً أن يكون هناك مواد خاصة بالمناطق الملحية وكذا مواد خاصة بالأرض ذات المنسوب العالي من المياه أو التربة الإنزلاقية أو المناطق الزلزالية حتى يتمكن البناء من مقاومة هذه العيوب أو هذه الأخطار وتطبيقاً لذلك قضى بأن هبوط الأرض المقام عليها البناء الناتج عن مياه الأمطار لا يعتبر قوة قاهرة ولو كانت هذه الأمطار استثنائية طالما كان من الممكن تجنب هذا الهبوط باتخاذ إجراءات فنية لاسيما أن البناء أقيم على مستوى منخفض من الطريق المجاور ، ولا يعتبر كذلك هبوط أرصفة مقام إلى جانب نهر من قبل القوة القاهرة وهو حادث يمكن توقعه ويدخل في طبيعة عمل المهندس والمقاول ،

وتؤكد المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بأن المشرع قد أقام قرائن على افتراض الخطأ أو إهمال في جانب المقاول إذا كان الخلل راجعاً إلى طبيعة الأرض بل لا يجوز أن نسهل دفع هذه القرينة عن طريق الالتجاء لرأي الخبراء لإثبات أن المقاول لم يرتكب أي خطأ فني في كشف طبيعة الأرض والتي تعرف عيوبها إذ يخشى أن يحابي الخبراء أبناء مهنهم فقوت بذلك الحماية التي قصدها المشرع⁽¹⁾ لهذا كان نص المادة 898 من المشروع التمهيدي المدني المصري يقضي بان يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين إذ تبين من الظروف التي أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة قاهرة كما لو حصل خلل في استقرار الأرض التي أقيم عليها البناء إذا كان هذا الخلل قد نشأ لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجية لم تكن في الإمكان توقعها وقت البناء ولم يظهر هذا النص في النقتين المدني المصري الحديث على أنه تطبيق القواعد العامة⁽²⁾ وقضى كذلك بأن

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري ج 7 المجلد الأول المرجع السابق ص 114

⁽²⁾ عبد الرزاق حسين يس المرجع السابق ص 721

⁽¹⁾ مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 المرجع السابق ص 25

⁽²⁾ د محمد حسين منصور المرجع السابق ص 111- 112

العيب لا يعتبر من قبل القوة القاهرة إلا إذا نتج عن الحركات غير متوقعة في تربة الأرض لم يكن في الإمكان كشفها حتى مع استعمال وسائل الفحص الفنية الحديثة (3)

وقد استفسر في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب المصري حول مسؤولية المهندس المعماري عن العيب الذي يوجد في الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يصعب كشفه على المهندس الفطن؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسؤولاً عن العيب الذي يمكن كشفه وفقاً لقواعد الفن أما إذا إستحال كشف العيب وفقاً لهذه القواعد فإن هذا يكون في حكم القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسؤولاً عنه (4) وما يقال بالنسبة لعيوب الأرض المزمع إقامة العقار عليها وأهمية دراستها دراسة فنية وعلمية للتأكد من سلامتها وصلابتها يقال أيضاً بالنسبة للمباني القديمة عندما يراد تعليتها إذ يتعين على المهندس المعماري في هذه الحالة بالإضافة إلى دراسة الأرض فإنه يتوجب دراسة أساسات هذه المباني والهياكل الحاملة لها حتى يقف على مدى صلاحيتها وقدرتها على تحمل ما هو مزمع إضافته إليها من طبقات أخرى (5)

الفرع الثاني: سبب العيب خطأ في التصميم

كأصل عام فإن المهندس هو المختص بوضع التصميمات المتعلقة بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر وذلك لحكم تأهيله علمياً وفنياً للقيام بهذه المهام في حين يتولى المقاول تحت إشراف المهندس تنفيذ هذا التصميم لفائدة رب العمل إلا أنه قد يتولى بعضهما مهام البعض الآخر وكون نحن بصدد الخطأ في التصميم فإننا نحاول أن ندرس المسؤولية عن هذا الخطأ سواء تم هذا التصميم من قبل المهندس وأشرف على تنفيذه أو لم يشرف على تنفيذه وسواء قام بهذا التصميم المهندس أو رب العمل أو المقاول لهذا سوف ندرس تحديد هذه المسؤوليات كمايلي:

أولاً : مسؤولية المهندس المعماري عن عيوب التصميم الذي يضعه ويكلف بالإشراف والرقابة على

تنفيذه

(3) ناجي ياقوت المرجع السابق ص 225

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية 5 المرجع السابق ص 23

(5) شنب أبيب المرجع السابق بند 113 ص 132

شكري سرور المرجع السابق بند 58 ص 82

عبد الرازق حسين المرجع السابق ص 725

في مجال الحديث عن المسؤولية عن عيوب التصميم في هذه الحالة فإن الأمر لا يكاد يشير صعوبة تذكر لأن المهندس المعماري ملزم بمقتضى العقد المبرم بينه وبين رب العمل من أجل تحقيق نتيجة مقتضاها أن يقدم لرب العمل تصميمات خالية من العيوب ومطابقة لرغبات رب العمل وكذلك لقواعد الفن المعماري ولكافة القوانين واللوائح المنظمة لهذا اللون⁽¹⁾ وأصول الهندسة المعمارية⁽²⁾ ومستندة إلى دراسة وافية سواء فيما يتعلق بالتربة أو الظواهر الحيوية والمناخية المختلفة وتغيراتها ومدى تأثيرها على البناء أو المنشأ الآخر المزمع إنشاؤه وبذلك فإن المهندس واضع التصميم يكون مسؤولاً عن عيوب التصميم الذي وضعه ولا يكون المقاول مسؤولاً معه لأن التصميم ليس من وضعه ولكن إذا كان العيب في التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى عن المقاول لاسيما إذا كان العيب يتعلق بمخالفة قوانين البناء ولوائحه وأقدم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من العيب الموجود فيه فإن المقاول يكون أيضاً ملتزماً بالضمان⁽³⁾

وخلاصة القول أن المهندس المعماري الذي ينجز تصميمات معيبة بعيوب ملزمة للضمان الخاص فإن النتيجة المنطقية القانونية أنه يكون مسؤولاً وفقاً لقواعد المسؤولية الخاصة عن هذه العيوب التي تضمنها تصميمه والتي أصفرت عنها أضرار ، ولا غبن عليه في ذلك لأنه كان قد إلتزم بنتيجة ودون أن يفى بها فضلاً على أنه كان بإمكانه تصحيح هذه العيوب أثناء التنفيذ⁽¹⁾

ثانياً: مسؤولية المهندس المعماري الذي يضع التصميم ولا يكلف بالإشراف والرقابة

المهندس المعماري الذي إقتصر دوره على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم ، هذا ما نص عليه المشرع المصري وكذا الجزائري⁽²⁾

⁽¹⁾ مثل وضع التصميم على أساس البناء على رقعة من الأرض أكبر مما تسمح به هذه النظم أو على أساس أن يكون البناء مرتفعاً أكثر مما يجب قانوناً أو على أبعاد تخالف القوانين أو أن يخرج البناء عن خط التنظيم راجع في ذلك السنهوري ف 66 ص 119

ياقوت مرجع سابق بند 42 ص 102 وما بعدها

شكري سرور المرجع السابق بند 33 ص 44

⁽²⁾ مثال على مخالفة أصول الهندسية المعمارية أن يكون المصمم قد بذل العناية اللازمة فيجئ التصميم معيباً من الناحية الفنية لو أن يكون المصمم نفسه لا تتوافر فيه الكفاءة الفنية اللازمة راجع السنهوري ف 66 ص 119

⁽³⁾ راجع نص المادة 897 - 2 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري التي نصت صراحة على هذا الحكم بقولها إذا عمل المقاول بإشراف مهندس معماري أو بإشراف رب العمل وقد جعل نفسه مكان المهندس المعماري فلا يكون المقاول مسئولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم أنظر ياقوت ص 104 هامش 133

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري ج 7 مجلد الأول المرجع السابق ص 119 .

عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 732

شكري سرور المرجع السابق ص 71 .

⁽²⁾ المادة 555 مدني جزائري وتقابلها المادة 652 مدني مصري.

في حين أن المشرع الفرنسي لم يورد نصا في ذلك .

و ما أورده المشرعين ما هو إلا تطبيقا للقواعد العامة ، فلا يعقل مسائلة صاحب التصميم السليم عن الأخطاء الخاصة بالتنفيذ التي يقوم بها المقاول أو المهندس المشرف على التنفيذ ، وبذلك فإن مسؤوليته تنحصر حول العيوب الخاصة بالتصميم والتي قد يتفطن لها المقاول أو المهندس المكلف بالإشراف أو يقوم بإصلاحها وقد لا يتفطن إليها ويتم تنفيذها وبذلك يصبح البناء أو المنشأ الأخر معيب.

ومما لا شك فيه سواء في القانون الجزائري أو القانون المصري في هذه الحالة هو قيام مسؤولية المهندس المعماري صاحب التصميم بصريح القانون .

إلا أن هناك البعض من الفقه الفرنسي يرى إمكانية عدم مسؤولية المهندس المعماري عن التصميم المعيب وحثهم في ذلك هي أن المهندس المعماري المكلف بمتابعة التنفيذ لا يقتصر دوره على الإشراف فقط وإنما يتعين عليه أن يقوم بمراجعة وفحص التصميمات التي قدمها له رب العمل قبل وضعها موضع التنفيذ ولما كان من شأن هذه المراجعة أن تؤدي إلى إقراره لها بأن تتضح له سلامتها وتعديلها طبقا لما يراه صحيحا أن كانت غير ذلك ، وبذلك تعتبر هذه التصميمات وكأنها من وضعه بحيث تنسب إليه ويسأل عما يظهر بها من عيوب (3) وبذلك تتحقق الحماية التي أرادها المشرع بإعتبار هذا المهندس الثاني مسئول عن التصميمات بالإضافة إلى مسؤوليته عن التنفيذ إلى جانب المقاول بإعتباره مشرفا له ومراقبا عليه .

ومحطة ذلك كله أن المهندس المعماري الذي لا يكلف بالإشراف والرقابة على تنفيذ ما وضعه من تصميمات لا يكون مسؤولا كقاعدة متى أسند الإشراف والرقابة على التنفيذ إلى مهندس معماري آخر عن عيوب هذا التصميم التي عدت من مسؤولية غيره وإنما يسأل عنها المهندس المعماري الذي كلف بالإشراف والرقابة عن تنفيذها بعد أن قام بفحصها ومراجعتها (1)

إلا أنه في حقيقة الأمر التسليم بمسؤولية المهندس المشرف على التنفيذ بمفرده بمعزل عن المهندس المعماري صاحب التصميم بالرغم من المهام التي يقوم بها المهندس المكلف بالإشراف عن التنفيذ هو إعفاء من المسؤولية دون سبب جدي بل هو مخالف للسياسة التشريعية الرامية إلى الحرس والتشديد لذلك فإن المهندس الذي كلف بإيجار التصميم فإنه يكون دائما مسؤولا على التصميم المعيب حتى ولو كلف مهندسا آخر للتنفيذ والأصح أن

ونقترح إعادة صياغة هذه المادة كالآتي: إذا اقتصر عمل المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالإشراف

والرقابة على التنفيذ ، فلا يكون مسؤولا إلا عن العيوب التي تنشأ من التصميم وإذا عمل المقاول تحت إشراف مهندس معماري أو رب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس فلا يكون المقاول مسؤولا إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون عيوب التصميم.

(3) أنظر لبيب شنب مرجع سابق بند 117 ص 140

ياقوت مرجع سابق ص 102

شكري سرور مرجع سابق ص 80

(1) عبد الرزاق حسين المرجع السابق ص 741

يكونا متضامنين وإن لم تكن مسؤولية الأول أكثر من الثاني فلا يمكن إعفاؤه من أحكام هذه المسؤولية الخاصة
(2)

ثالثاً: مدى مسؤولية المقاول الذي يقتصر دوره على التنفيذ عن عيوب التصميم

بموجب عقد المقاولة فإن المقاول يتعهد بإنجاز عمل معين لفائدة رب العمل، ويكون هذا الإنجاز وفقاً لتصميمات محددة سلفاً من قبل مهندس معماري، الذي يتولى الإشراف على هذا التنفيذ، إلا أنه قد تكون هذه التصميمات معيبة ويتم تنفيذها من قبل المقاول، وبعدها يظهر عيب من العيوب الموجبة للمسؤولية الخاصة، فهل يكون المقاول مسؤولاً إلى جانب المهندس المعماري أم لا؟⁽³⁾

إنقسم الفقه في ذلك إلى ثلاث آراء، رأي يرى بعدم مسؤوليته و ثان يقر بهذه المسؤولية، و رأي ثالث يتوسطهما:

الرأي الأول: أساس هذا الرأي الرامي إلى عدم قيام مسؤولية المقاول، هي قيام المقاول بالتنفيذ تحت إشراف مهندس معماري متخصص، فليس للمقاول غير المتخصص في الأمر أن يعترض عليها⁽¹⁾، وعلى ذلك فالمقاول الذي ينفذ بكل أمانة ودقة وإخلاص ما أوكل إليه تنفيذه من تصميمات، متبعاً في ذلك كل تعليمات المهندس المعماري وأوامره، فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم⁽²⁾

⁽²⁾ تتضمن المادة 13 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 88/05/15 أنه في حالة إسناد مهمتي وضع التصميم ومتابعة المشروع إلى نفس المهندس التابع للمقاول فإنه يتوجب على رب العمل تعيين مهندس معماري آخر للقيام بهمة المتابعة و مراقبة تنفيذ المشروع.

قد تثار هنا كإشكالية بداية حساب مدة الضمان بالنسبة للمهندس الذي قام بإنجاز التصميم ثم سلمه لرب العمل وتباعدت المدة بين تنفيذ هذه التصميمات المعيبة وبين تاريخ تسلمها من المهندس المعماري الذي وضعها وقد تنتهي مدة عشر سنوات لأي سبب كان قبل البدء في التنفيذ وكون أن المسؤولية تكون نتيجة لضرر يصيب البناء أو المنشأ الأخر وليس التصميم فإن بداية حساب المدة بالنسبة لجميع المسؤولين بما في ذلك المهندس المسئول عن التصميم هي للتسليم النهائي للأعمال المنجزة البناية أو المنشأ الأخر.

⁽³⁾ حسب رأينا في تحديد مدى قيام مسؤولية المقاول من عدمها، لا تكون في مواجهة رب العمل لأن المقاول يكون مسئول بالتضامن مع المهندس المعماري، وإنما تحديد المسؤولية هذه يكون فيما بعد في مواجهة المهندس المعماري في رجوع أحدهما على الأخر.

⁽¹⁾ أنور طلبية، العقود الصغيرة الشركة و المقاولة، طبعة 2004، ص 273

⁽²⁾ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 5 ص 25

الرأي الثاني: القائل بمسؤولية المقاول يرى أنه إن كان حقا أنه على المقاول أن يخضع لأوامر المهندس المعماري، وينفذ تعليماته بكل دقة وأمانة، إلا أنه قبل كل شيء ملزم بأن يسلم المالك بناء تام الأداء، خاليا من كل العيوب، لاسيما الجسيم منها، ولا يفترض لحظة أن المالك قد أعطى للمهندس المعماري توكيلا لتشييد أبنية معيبة، والحال أن المقاول رجل فن أيضا، ومن المتخصصين في مجال التشييد والبناء، وله خبرة ودراية تفوق خبرة المهندس المعماري، فهل يعقل من هذا الخبير أن ينفذ أمرا أو تصميمًا قد يضر برب العمل الذي يكون مسئولا أمامه، لذلك كان لا بد من تحمل المقاول كامل المسؤولية عن عيوب التصميم التي ساهم في تنفيذها⁽³⁾

الرأي الثالث: وهو رأي وسط بين الأول والثاني، يتصف بالإتزان، فلا إعفاء ولا مسؤولية مطلقة، فإذا تبين للمقاول وجود عيب في التصميم فله أن يوقف العمل، ولا يعود إليه إلا بعد إصلاح العيب، وهذا ما كان ينص عليه المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري للمادة 190: 1- يجوز لمقاول البناء أن يوقف العمل، إذا قرر الخبراء أن تنفيذ التصميم الموضوع، لا يمكن أن يتم دون خطر على سلامة البناء.

2- ولكن يجب عليه، أن يعود إلى إتمام البناء متى بين الخبراء ما يجب إدخاله على التصميم من تعديلات على توخي الخطر⁽⁴⁾ وتثبت مسؤولية المقاول حتى ولو تدخل المالك في العمل ولم ينفذ المقاول إلا ما أمره به المالك، لأن من واجب المقاول أن يمتنع عن كل عمل مخالف لأصول الفن ولو أمره به المالك⁽⁵⁾

ولا يكون المالك مسؤولا عن عمل المقاول إلا إذ احتفظ في عقد المقاولة بإدارة الأعمال والإشراف عليها بطريقة فعلية من الوجهة الفنية⁽¹⁾ والمقاول لا يكون مسؤولا عن تدهم أو عيب في البناء الذي شيده أو المنشآت الثابتة الأخرى التي أقامها، عندما يكون قد نفذ بكل دقة وأمانة التصميمات والمقاييس التي وضعها المهندس المعماري، ولكن الحكم لا يكون إذا كانت هذه التصميمات والمقاييس واضحة الفساد ظاهرة العيب، كما لو كانت مخالفة لقواعد الفن التي لا يمكن أن يجهلها مثل هذا المقاول المجرب، والتي لا بد أن يلمحها من الوهلة الأولى، أو بعبارة أخرى أن يكون العيب ظاهرا لأهل الاختصاص، لاسيما المكلف بالتنفيذ، ففي هذه

⁽³⁾ عبد الرازق حسين، المرجع السابق، ص 745

⁽⁴⁾ مجموعة الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص 461

⁽⁵⁾ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 102

إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس و المقاول عن عيوب البناء، طبعة 2005، ص 94

⁽¹⁾ يلتزم المهندس المعماري والمقاول بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيدانه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، ولا يكون صاحب العمل مسئول عن فعل المقاول الذي إتفق معه على القيام بعمل ومتضامنا معه، إلا إذا كان المقاول يعمل تحت إشراف صاحب العمل، وفي مركز التابع له، لأن التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن، ولكن ينبغي أن يرد على نص في القانون أو إتفاق، ويتعين على الحكم الذي يرتب المسؤولية التضامنية، أن يبين بغير غموض الأساس الذي إستند إليه، طعن رقم 4503

جلسة 1998/01/11، أنظر محمود حسين منصور، المرجع السابق، ص 102

الحالة وأمثالها، لكن يعفى المقاول من أية مسؤولية يكون منشأها عيب التصميم هذا، لا بد وأن يخطر المهندس المعماري ورب العمل، بما لاحظته واكتشفه، فإذا وجد أن المهندس المعماري غير مستجيب لما أبداه تطلب منه أن يعطيه أمراً كتابياً بتنفيذ التصميم بكل دقة وبما هو عليه، على الرغم مما أبداه المقاول عليه و أحاطه رب العمل علماً بذلك (2)

رابعاً: تطبيقات عن الخطأ في التصميم :

بالرغم من أن تقدير الخطأ في التصميم الموجب للمسؤولية الخاصة هو من اختصاص قاضي الموضوع ، إلا أنه يمكن تحديد بعض العيوب الشائعة في التصميم سواء بلغت حد من الجسامة لقيام المسؤولية الخاصة، أو مجرد خطأ يخضع لقواعد المسؤولية العقدية ، وإن كان التزام المهندس المعماري هو إلتزام بتحقيق نتيجة متمثلة في تقديم تصميم خال من العيوب عن طريق بذل كل ما في وسعه من إمكانيات علمية وفنية من أجل ضمان متانة وصلابة كافيين للصدوم في مواجهة كل المتغيرات الجوية والأرضية التي قد تحدث فيما بعد مما لا تدخل في إطار الكوارث الطبيعية التي لا يمكن توقعها ولا يمكن دفعها (3) مما يعد من قبيل السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية (1) وبذلك قضى بمسؤولية المهندس المعماري الذي لم يتخذ الاحتياطات اللازمة ضد الحريق (2) ويمكن تبيان هذه الأمثلة حسب جسامة الخطأ - أمثلة عن أخطاء أو عيوب التصميم التي من شأنها أن تؤدي إلى تدهم العقار كلياً أو جزئياً أو تهدد متانته أو سلامته

- تصميم أساسات غير كافية لحمل البناء أو المنشأ الثابت الآخر كأن تكون غير مرتبطة ببعضها البعض ارتباطاً كافياً أو غير مسند إلى طبقة صلبة أو عددها غير كاف أو ضعف الأعمدة والأسقف والجدران أو جميع الهياكل الحاملة للبناء عندما تكون ضعيفة (3) كذلك الخطأ في قياسات الأبعاد المختلفة بحيث تكون غير

(2) عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق، ص 746

سمير عبد السميع، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الإنشاء، ص 79

(3) مسألة الكوارث الطبيعية وعلاقتها بقيام المسؤولية الخاصة باعتبارها من قبيل القوة القاهرة تمنع قيامها هي مسألة نسبية سواء فيما يخص توقعها أو دفعها كون أن توقع بعض الظواهر الطبيعية أصبح ممكن خاصة بعد التطور العلمي إذ أن كل منطقة ولها مميزاتها مثل إمكانية تحديد المناطق الزلزالية وبذلك فإن المهندس بإمكانه أن يتوقع حدوث هذه الظاهرة كما أن مكانية دفعها هي مسألة نسبية إذ بإمكان المهندس أن يقدم تصميمات مضادة لهذه الظواهر وبذلك فإن مسؤولية المهندس الذي لا يراعي ظروف المنطقة تكون قائمة في حالة حدوث أي عيب بسبب عدم مراعاة هذه الظروف

(1) محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 226

(2) عبد الرازق حسين المرجع السابق ص 749

(3) فتحي غيث المرجع السابق ص 102

متماسكة والأعمدة الحاملة أو الجدران أو وضع تصميم لبناء على خزان المياه الجوفية أو بالقرب من شاطئ البحر دون إتخاذ الإحتياطات الكافية التي تتطلبها قواعد الفن وأصول الصناعة الخطأ في المقايسة الكمية أو الوصفية قد تؤدي إلى إنهيار البناء وذلك بالخطأ في تقدير الكمية اللازمة وكذلك النوعية الواجبة من المواد كذلك قد تكون المخالفة منصبة على الناحية التنظيمية كتجاوز خط التصميم أو قدر ارتفاع المسموح به إهدار بعض الإرتفاقات مثل غلق الممر أو مطل ولكن المهندس لا يسأل إلا على هدر الإرتفاقات الظاهرة أما الإرتفاقات غير الظاهرة أو التي أخفاها عنه رب العمل فإنه لا يكون مسئول عليها (4)

ب - أمثلة عن عيوب التصميم التي من شأنها أن تجعل البناء أو المنشأ الثابت الآخر غير صالح لما أنشئ من أجله ويمكن تقسيم هذه أمثلة إلى ثلاث أقسام منها ما هو خاص بإغفال الغرض من البناء ذاته ومنها ما هو خاص بالجانب الجمالي أو إهدار عوامل الراحة

1- أمثلة عن إغفال الغرض من البناء ذاته كأن يطلب من المهندس تصميمًا خاصًا بشقة بسيطة فإذا بالمهندس يقدم له مخططًا خاصًا بمبنى إداري، أو يطلب منه مخطط لإنجاز مستشفى فإذا بالعقار المنجز هو مجموعة سكنات أو يطلب منه حضيرة خيول فيصممه حضيرة مواشي أما إذا لم يحدد رب العمل الغرض الذي يقصده من البناء تحديداً دقيقاً طبقاً لمقصوده فإنه لا تترتب أي مسؤولية على المهندس

2- العيب الخاص بالجانب الجمالي: قد يكون الجانب الجمالي في بعض الأحيان أحد العيوب الملزمة للمسؤولية الخاصة إذ كان لهذا الغرض أهمية معتبرة كما لو كان المبنى المطلوب إنجازها عبارة عن فندق مخصص لنزلاء معينين مثل وفود الدول الأجنبية أو إنجاز رمز خاص مثل الرموز الخاصة بالدول التي تتطلب فناً جمالياً ومعمارياً معيناً، وعلى العموم المسائل الجمالية هي مسائل نسبية تختلف من شخص لآخر ومن غرض لآخر وكل هذا يعود إلى تقرير القاضي من أجل تحديد مدى اعتمادها كأساس للمسؤولية الخاصة (1)

3- إهدار عوامل الراحة والأمان قد يكون عيب يجعل من البناء أو المنشأ الآخر غير صالح لتحقيق الهدف المقصود مثل تصميم مصحة للأمراض العصبية غير مستوفية لمقتضيات العزل الصوتي أو إنشاء مرقد في منطقة صناعية وغير مزودة بالعازل الصوتي أو أن يصمم سمك الجدران الخارجية للبناء بحيث لا يكفي لحماية من الداخل من عوامل الحرارة والبرودة أو أي اعتداء آخر أو تصميم بنك مركزي بطريقة تسهل عملية سرقة ومن هذا القبيل أيضاً تصميم سلم العمارة بحيث يصعب على الساكنين استعماله في الصعود والنزول الفردي وعلى العموم فإن هناك عدد كبير من الأخطاء التي يمكن أن تستوعب التصميم مما يستوجب على المهندس المعماري أن يبذل فصار جهده من أجل عدم تحقيق هذه الأخطاء حتى لا تقوم المسؤولية الخاصة

الفرع الثالث: سبب العيب يرجع إلى المواد

(4) شكري سرور المرجع السابق بند 34 ص 55

(1) شكري سرور المرجع السابق بند 32 ص 56, 57

كثير ما تكون المواد المستعملة السبب في العيوب التي تصيب المباني والمنشآت فيثير ذلك عدة تساؤلات حول تحديد المسئول فهل تقع المسؤولية على المهندس أو المقاول فهل تقع على البائع أو المورد لتلك المواد الصانع لها وكما سلف الذكر فإن المهندس مسئول عن المقايسة الوظيفية⁽²⁾ والتي هي في الحقيقة من صميم مهنته وأن الخطأ في شيء من ذلك ومن باب أولى الإهمال الجسيم يؤدي إلى مساءلته طبقاً لأحكام المسؤولية الخاصة * وعلى ذلك فإنه على المهندس المعماري أن يسهر جاهداً على أن يضمن المقايسات وكراسات الشروط التي تحدد المواد الصالحة تماماً للوفاء بالغرض المنشور⁽³⁾ ولا شك أنه مجرد حدوث العيب و التهدم بالبناء يعطي رب العمل الحق في الرجوع بدعوى الضمان المعماري على المهندس أو المقاول فهل يستطيع هذا بدوره أن يدفع مسؤوليته بالسبب الأجنبي الذي يتمثل في المادة المعيبة التي قدمها رب العمل ؟⁽⁴⁾

أولاً : تقديم رب العمل للمادة المعيبة أو تكليفه لشخص آخر غير المقاول

إن كون المادة المعيبة المقدمة من رب العمل هي السبب في العيب الذي لحق البناء قد يكون عاملاً في تحقيق مسؤولية المهندس أو المقاول أي توجد في الحسابات عند تقدير قيمة التعويض وإن خفض القاضي التعويض بمقدار الخطأ المنسوب لرب العمل إلا أن ذلك لا يعفي المهندس أو المقاول من المسؤولية حيث يلتزم المقاول والمهندس كمشرف على التنفيذ بالتأكد من سلامة المادة وصلاحياتها قبل إستعمالها والكشف عن العيوب التي بها طبقاً للمستوى الفني المطلوب وتنبه رب العمل إلى ذلك⁽¹⁾ ويتضمن دور المقاول في مراقبة مواد البناء قراءة المقايسة الوظيفية جيداً وكذا دراسة الشروط⁽²⁾

للتعرف على أصناف المواد الموصوفة بها لتنفيذ المشروع ، فإذا استطاع أن يبين أن بعض المواد المذكورة في المقايسة غير صالحة ، تعين عليه تنفيذ التزامه بالنصح والإرشاد لرب العمل و أن يبادر إلى إحضار هذا الأخير والمهندس المعماري بما تكشف له و رأيه فيه والمواد التي يقترحها بدلاً منها فإن رأى المهندس المعماري صواب ذلك استجاب له وإن أصر على موقفه من صحة ما جاء بالمقايسات وأزاره في ذلك رب

⁽²⁾المقايسة الوظيفية le devis descriptif وهي التي يحدد فيها المهندس المعماري أنواع المواد المعمارية اللازمة للتنفيذ وأوصافها وخصائصها وبيانا كتابيا بكيفية إستعمالها

⁽³⁾ حيث يدخل في مسؤولية المهندس والمقاول التحقيق من جودة المواد فلا يستطيع أي منهما أن يتحلل من المسؤولية بسبب مواد قدمها رب العمل واستعملت في البناء أنظر الأستاذ سمير عبد السميع

الأودن مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الإنشاءات طبعة 2000 ص 86

⁽⁴⁾محمد حسين منصور المرجع السابق ص 104

⁽¹⁾ BERNARD BOUBLI .Architectes, Entrepreneur, et Techniciens, R.D.I ; Dalloz, Paris 2000. P 571

محمد حسين منصور المرجع السابق ص 104

⁽²⁾ بل فتجب فحصها والتدقيق فيها إذا كان واضع التصميم هو رب العمل أو غيره من غير المتخصصين في هذا المجال

العمل كان على المقاول أن يتمتع عن استخدام هذه المواد إلا إذا أعطى أمرا كتابيا بذلك و إلا كان مسؤولا طبقا لأحكام المسؤولية الخاصة كما يحدث من جراء استخدام هذه المواد المعيبة⁽³⁾ بالإضافة إلى المراقبة النظرية للمقاييس فإنه يجب أن تكون مراقبة عملية لهذه المواد التي يوردها رب العمل ولا يكون مرتكب ثمة خطأ إن لم يفحصها ولا يتحمل مسؤولية عيب موجود فيها إذا كان رب العمل من أهل الاختصاص وقد سبق وأن فحصها ومعاينتها وبالتالي يتحمل دون المقاول مسؤولية ما يوجد بها من عيوب⁽⁴⁾ ما لم تكن تلك العيوب من الظهور بمكان ، بحيث لا تخفى أو ما كان ينبغي أن تخفى على مقاول مجرب مثله فهنا يتعين عليه إعمالا بالزامه بالنصح والإرشاد أن يخبر رب العمل عن العيوب الموجودة في هذه المواد فإن لم يفعل كان مسؤولا⁽⁵⁾ أما إذا لم يكن رب العمل من أهل التخصص في أمر المواد تعين على المقاول أن يفحص ويراقب كل ما يورد له منه فحصا دقيقا مستعملا فيه كافة ما يتاح له من وسائل علمية مستحدثة حتى يتأكد تماما من خلوها من أي عيب⁽¹⁾

ثانيا : تقديم المقاول أو المهندس للمادة المعيبة

تنص المادة 551 من القانون المدني الجزائري إذ عهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسئول عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل⁽²⁾ وتقابلها المادة 647 مدني مصري يرى البعض أن العقد القائم بين المقاول والمالك الذي يلتزم فيه الأول بتقديم المادة والصنعة ذا طبيعة مختلطة ويرتب آثار البيع والمقاوله ، فالمقاول يكون بائعا للمادة ويضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية ، فإذا كان عيب البيع راجع إلى عيب في المواد يمكن الرجوع على المقاول الذي قدمها بدعوى ضمان العيوب الخفية المتولدة عن عقد البيع ، وهنا يجب إثبات وجود العيب بالمواد قبل إستخدامها وأنه كرب العمل لم يكن في وسعه تبينه وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذ انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل ولو لم يكشف العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل المقاول الإلتزام بالضمان لمدة أطول .

⁽³⁾ وفي هذا السياق فإن المشرع التمهيدي لقانون المصري في مادته 869 >> 1- إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب في المادة التي قدمها رب العمل أو قامت عوامل إحدى من شأنها تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة ويجب على المقاول أن يخطر رب العمل فورا بذلك وإلا كان مسؤولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج)⁽⁴⁾ أنظر في ذلك السنهاوري الوسيط ج 07 بند 41 ص 73 هامش 04

⁽⁵⁾ وقد كانت المادة 169 من المشروع التمهيدي تنص على أنه

- إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب في المادة التي قدمها رب العمل أو قامت من عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة وجب على المقاول أن يخطر رب العمل فورا بذلك

- فإذا أهمل في الإخطار كان مسئول عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج ولكن المادة 891 من نفس المشروع تضيف > لا يكون العامل أو الصانع مسئول قبل رب العمل عن الأعمال و الأخطار المنصوص عليها في المادة 869 (السابقة) إذ كان ما ظهر في أثناء التنفيذ وبسببه من عيوب في المادة بحيث ما كان يستطيع عامل مثله أن يعلم بها < (52) أنظر محمد حسين منصور المرجع السابق ص 59

⁽¹⁾ عبد الرازق حسين يس المرجع السابق ص 772

⁽²⁾ ورد خطأ قانونيا في صياغة هذه المادة ويتعلق الأمر بكلمة تعهد والصحيح هو إذا التزم كما هي محررة في النص المحرر

باللغة الفرنسية.

⁽³⁾ محمد حسين منصور المرجع السابق هامش 1 ص 106

على أنه لا يجوز للمقاول التمسك بالنسبة لتمام التقادم إذ أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه (3) أما إن كان عيب البناء راجعا إلى سوء صنع المقاول أو المهندس فإن الرجوع عليه يكون بدعوى الضمان المعماري ومدتها عشر سنوات من تسليم البناء لكن القضاء الفرنسي رفض من البداية هذا الرأي وإعتبر العقد مقاولة فقط رغم قيام المقاول بتوريد المادة ويلتزم هذا الأخير بتحقيق نتيجة هي سلامة البناء المقام مدة عشر سنوات ومجرد ظهور عيب البناء يعطي الحق في الرجوع عليه (4) ويتعين على المقاول أن يورد مواد من ذات ما هو موصوف في المقاييسات بأوصافها وخصائصها وأن لا يركن إلى التوفير فيورد مواد دونها صفة (5) أو غير مجربة ولم تثبت صلاحيتها تماما لهذا الغرض ، وعليه أن يقوم بالتوريد بكل أمانة ونزاهة وشرف وأن يحرص من أجل تفحص المواد ومعاينتها و إستعمال كل الطرق للتأكد من جوهرها وأساس تكوينها وكشف عيوبها ومعرفة أسرارها (6) ومدى مطابقتها للمواصفات المحددة في المقاييسات (7) وفي حالة عدم وجود إتفاق يصف ويحدد المواد المطلوبة كان على المقاول أن يوردها من المواد التي تستعمل عادة في مثل هذا الغرض وذات درجة متوسطة الجودة على الأقل (1) والمقاول لا يسأل إلا عن العيوب التي يمكن كشفها أما العيوب التي لا يمكن كشفها مهما بذل من عناية وإهتمام فإنه لا يسأل عنها لكنه حين يدعى ذلك يستعين بكافة طرق الإثبات

أما إذا كانت العيوب بمقدوره كشفها أو كان ينبغي عليه أن يكشفها لأنها لا تستحيل على من في مستواه فإنه يكون ضامنا لها مسؤولا عما يحدث بسبب وجودها من أضرار (2)

ثالثا :رجوع المقاول على المورد والصانع

(4) محمد حسين منصور المرجع السابق ص 60

(5) كأن يستعمل نوع من اسمنت غير مقاوم للماء أو الأملاح

(6) د شنب لبيب المرجع السابق ص 116

السنهوري الوسيط المرجع السابق ج 7 بند 40 ص 71 ، محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 98

Mazeaud la résp contractuelle des Entrepreneurs et la réception des travaux .Mélange Savatier .p. 645 .et .s

(7) كما تقوم المسؤولية الجنائية لكل من إستعمل مواد مخالفة للمواصفات سواء المقاول أو المهندس أو حتى رب العمل لأن المادة 11 من القانون المصري رقم 106 لسنة 1976 جاءت عامة أنظر غانم محمد غانم مقاله تحت عنوان المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء مجلة الحقوق العدد الثالث سنة التاسعة عشر

(1) السنهوري الوسيط ج 7 المرجع السابق ص 71

(2) عبد الرازق حسين ص 769 هامش 185

من خلال ضمان العيوب الخفية رجوع المقاول على المورد وهذا بدوره على الصانع من خلال ضمان العيوب الخفية يقتضي إثبات أسبقية وجود العيب على تسليم المواد وأن هذا العيب خفيا وغير معلوم للمقاول المشتري ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المواد من العيب أو قام بإخفائه عيبا منه ومن الطبيعي أن لا تقبل دعوى الضمان إذا كان تعيب المواد راجع إلى سوء إستعمالها أو إستخدامها في غيرها ما خصصت له من أغراض ولكن دعوى ضمان العيوب الخفية تتقادم بمضي سنة من وقت التسليم هذا ما يجعل من أن المقاول لا يستفيد من هذه الدعوى خاصة وأن مدة الضمان العشري هي عشر سنوات من وقت تسليم المنشأة وبالتالي فإن دعوى الرجوع على الصانع المورد على أساس العيوب الخفية يكون قد تقادمت لذلك أظهر القضاء الفرنسي مرونة بأن إعتبر بدأ سريان مدة تقادم تلك الدعوى ابتداء من الوقت الذي يقوم فيه رب العمل بالرجوع على المقاول وينبغي على المقاول إستعمال دعواه بمجرد رفع الدعوى عليه ومن ثم فإنه يفقد دعواه إذا إنتظر صدور حكم⁽³⁾ .

رابعا : رجوع المالك على المورد والصانع

يعطي القضاء الفرنسي للمالك الحق في الرجوع مباشرة على المورد أو الصانع الذي باع المواد للمقاول ، هذا مع إحتفاظه بحقه في الرجوع على هذا الأخير بدعوى الضمان المعماري⁽¹⁾ وتبدو أهمية هذا الرجوع في حالة تعيب البناء الناتج عن تعيب المواد بعد مرور مدة ضمان المقاول ، وهذا الرجوع قد يستند إلى المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية⁽²⁾

فمن ناحية يستند المالك إلى المسؤولية التقصيرية للرجوع على البائع أو الصانع بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب تعيب المواد التي باعها للمقاول لأنه ليس طرفا في عقد البيع إذ هو من الغير بالنسبة لهذا العقد وإخلال البائع بالتزاماته المتمثلة في تسليم مواد معيبة يعتبر خطأ عقديا في مواجهة المقاول للمشتري ، إلا أن هذا الأخير يعتبر بالنسبة للغير خطأ تقصيريا⁽³⁾

Malinvaud , la responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose J.C.P⁽³⁾
1968,I2153

⁽¹⁾القانون الفرنسي رقم 12 لسنة 1978 مؤرخ في 04 يناير 1978 في مادته 4/1792 يقضي (الصانع لعمل أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزي فيه صمم وأنتج كي يفى بأغراض خاصة به مقرر ومحددة سلفا يكون مسئول بالتضامن مع مؤجر العمل الذي قام بتركيب هذه الأشياء عن الإلتزامات التي تضعها المواد 1792, 2/1792, 3/1792 على عاتق هذا الأخير متى كان هذا التركيب قد تم دون تعديل فيها وبالمطابقة للقواعد والتعليمات التي وضعها الصانع نفسه

⁽²⁾د محمد حسين منصور المرجع السابق ص 109

⁽³⁾أنظر محمد حسين المسؤولية المعمارية في حوادث إنهيار المباني أثناء و بعد التشييد هامش 68 ص 63

Gross , la notion d' obligation de garantie dans le droit contrats thèse Nancy , 1964 N°199

ومن جهة أخرى فإن المالك يمكن أن يرجع على البائع أو الصانع بنفس دعوى المقاول الناشئة عن عقد البيع وهي دعوى ضمان العيوب الخفية ويبرر البعض ذلك بأن تلك الدعوى تنتقل من المقاول إلى المالك بإعتباره خلفا خاصا له (4) إذ هي من مستلزمات مواد البناء التي إشتراها المقاول و إنتقلت ملكيتها إلى رب العمل ولكن الرأي الراجح يرى أن عقد البيع بين المقاول وبائع المواد يتضمن إشتراطا لمصلحة الغير وهو المالك وبذلك فإن لهذا الأخير الحق في إستعمال دعوى ضمان العيوب الخفية (5)

الفرع الرابع: سبب العيب خطأ في التنفيذ

كما سبق الذكر فإن التضامن بين المهندس المعماري والمقاول لا يقوم إلا في علاقتهما برب العمل أما في علاقة كل منهما في مواجهة الآخر فلا تضامن بل تقسم المسؤولية عليهما ، فإذا كانت مسؤوليتهما قد قامت دون أن يثبت خطأ في جانب أي منهما فإن المسؤولية تقسم عليهما ، ولكن إذا ثبت أن تهدم البناء أو وجود عيب يرجع إلى خطأ المهندس المعماري فقط أو إلى خطأ المقاول فإن ذلك وإن لم يمنع رب العمل من الرجوع عليهما معا أو على أي منهما بالمسؤولية نظرا لتضامانهما فإنه يجيز لغير المخطئ منهما تحميل المخطئ بالمسؤولية كاملة (1) لذلك فإن لتحديد الخطأ وإنسابه للمخطئ أهمية كبرى في رجوع إحداهما على الآخر فإنه في حالة قيام المسؤولية الخاصة بسبب خطأ في التنفيذ (2) فلا بد من تحديد المسئول عن الخطأ سواء يقع على المهندس المعماري أو المقاول

أولا : خطأ المهندس المعماري

لا يقتصر دور المهندس المعماري في وضع تصميم البناء ومقاييساته ودراسة الشروط اللازمة والتي يجب أن تكون واضحة ودقيقة وبعبارة أخرى يجب أن تكون البيانات شافية وافية وجامعة ، مانعة ، بحيث لا يترك فرصة للإختيار بين طريقة وأخرى ، فعليه أن يبين أفضل الطرق استخداما وأقومها للتنفيذ دون لبس أو

(4) إنتقال هذه الدعوى من المقاول إلى المالك في القانون الجزائري بدون جدوى كون أنه في غالب الأحيان وأن لم نقل في كل الأحيان تتقادم هذه الدعوى قبل بداية مدة الضمان العشري

(5) محمد حسين منصور طبعة 2003 المرجع السابق ص110

(1) د محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد المفاوضة في ضوء الفقه والقضاء الطبعة الثانية 2004 ص 108

(2) المقصود بالتنفيذ هنا : هو تشكيل البناء أو المنشأ الثابت الآخر بجعله حقيقة 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 طبقا للتصميم الذي وضع له .

غموض⁽³⁾ بل يتعداه إلى المشاركة في الجانب المادي منها وذلك بالإشراف عليه ومراقبته عن كثب بزياراته المتكررة في مواعيد مختلفة وإختباراته التي يجربها على مفردات هذه العملية بل وله أن يطلب من المقاول إصلاح بعض الأعمال التي تم تنفيذها تنفيذا معيبا حتى ولو أدى ذلك إلى هدمها وإعادة بنائها ، كل ذلك من أجل سير عملية التنفيذ وفقا لما هو مصمم لها لتحقيق الهدف الذي أنشأ من أجله⁽⁴⁾ وإذا أهمل المهندس المعماري في الإشراف على العملية المادية للتنفيذ أثناء جريانها وفي مراقبة ما يتم فيها بأن قصر في زيارته لمكان العمل ، بحيث تباعدت تباعدا جعلها غير كافية أو غير صالحة لإتيان الهدف المقصود منها أو أهمل عمل الإختبارات والقياسات اللازمة لكشف عيوب التنفيذ⁽⁵⁾ سواء فيما يتعلق بالجانب النظري أو العملي وعلاجها قبل تفاقمهما وذلك بأنه إذا كانت بعض الأخطاء الواضحة في التصميم والمقاسات وتبين عيوبها أثناء التنفيذ مثل خطأ المهندس في بيان كيفية استخدام المواد كمي أو نوعيا وذلك بأن يحدد مقادير معينة من كل مادة أو تحديد نوع معين من المواد إلا أنه يتبين أثناء التنفيذ أن هذه الكمية أو هذا النوع لا يتلاءم مع طبيعة العمل أو نوع التربة وأن التعليمات التي وضعها مخالفة لقواعد المهنة وأصولها أو أنه لم يتخذ الإحتياطات الكافية أثناء التنفيذ التي تضمن أمن وسلامة الأفراد كما لو لم يتخذ الإحتياطات اللازمة لتجنب الحرائق ، وبعبارة عامة أي خطأ من أخطاء التصميم فإذا كان المهندس المشرف والمتابع للتنفيذ سواء هو من أنجز التصميم أو لم ينجزه واقتصر دوره على المتابعة والإشراف ، فإن من واجبه تصحيح الخطأ أثناء عملية التنفيذ⁽¹⁾ وخلاصة ذلك أن المهندس المعماري يعتبر مسؤولا أصليا⁽²⁾ على عملية التنفيذ التي تعتبر حجر الزاوية في مهنة المقاول

وتكون مسؤولية مؤقتة في حالة المسؤولية بدون خطأ ، نظرا لتضامنه مع المقاول إتجاه رب العمل ، وبعدها يعود على المقاول بما دفعه لرب العمل ، أما في حالة عدم متابعته لعملية التنفيذ التي تعيبت ، فإنه يكون مسؤولا أصيلا ومباشرا⁽³⁾ وليس مسؤولا إحتياطيا، وهذا يبين بوضوح أهمية الدور الذي يلعبه المهندس

⁽³⁾شكري سرور السابق بند 42 ص 78, 79

⁽⁴⁾حسين محمد جمعة إنهاء العمارات طبعة 1997 ص126

⁽⁵⁾عادة أثناء إنجاز الأشغال التي تمول من قبل الدولة فإن هيئة المراقبة التقنية هي تلعب دور المراقب بالإضافة إلى مكتب دراسات الذي يتولى عملية متابعة الأشغال والإشراف عليها .

⁽¹⁾محمد كامل مرسي المرجع السابق ص499

حسين محمد جمعة المرجع السابق ص 128, 129

⁽²⁾يرى البعض من الفقه الفرنسي أن مسؤولية المهندس هي مسؤولية احتياطية عن عيوب التنفيذ وذلك لأن المسئول الأصلي عن عملية التنفيذ هو المقاول . أنظر د عبد الرازق حسين المرجع السابق ص778

⁽³⁾د محمد لييب شنب المرجع السابق ط 1962 ص142

د شكري سرور المرجع السابق ص 85

المعماري في مجال التشييد والبناء فهو رأس الأمر فيه وذروة سنانه إذا صلح ، صلح معه هذا المجال وارتقى وإذا فسد فسد معه و إنحدر ، و بذلك فإن عمليات التشييد لا تنجح بدون متابعة وإشراف المهندس لتحقيق الهدف المنشود من وراء البناء والتشييد ، ولا يمكن تعويضه بجهات الرقابة التقنية أو الإدارية (4)

ثانيا : خطأ المقاول

بالنسبة للمقاول فإن مهنته الرئيسية تتمثل في إقامة المنشآت وفقا للنماذج والرسومات التصميمية الموضوعة من قبل ، بما يتضمنه ذلك من إدارة وتنفيذ الأعمال ومن تنبيه المهندس المعماري ورب العمل إلى الأخطاء التي يكتشفها في التصميم وذلك في الوقت المناسب ، حتى يمكن تصحيحها دون ضرر (5) ومصدر الالتزام هو عقد المقاوله وكذا القانون وكذا أصول وفن التشييد كل ذلك من أجل تحقيق نتيجة ، وهي إنجاز عمل سليم وخال من أي عيب لمدة عشر سنوات بعد تسلم رب العمل لهذه الأعمال ، ونظرا لصعوبة هدف المقاول فإنه تترتب عليه عدة إلتزامات من أجل تحقيق هذه الغاية منها دراسة التصميمات المراد تنفيذها ومدى إمكانية تنفيذها على أرض الواقع والأخطاء المترتبة عنها وكذا صعوبة تحديد المواد وكذا مدى تنفيذ التعليمات . لذلك سوف نتطرق إلى بعض مهام المقاول:

1- الإطلاع على التصميمات والمقاييسات

على المقاول أن يدرس ويتفحص المخططات ودفاتر الشروط وكل ما يتعلق بالتنفيذ من معلومات وبيانات محددة من قبل المهندس المعماري أو من قبل رب العمل الخبير في فن البناء المتخصص فيه (1) ، والإطلاع هذا يتوجب الوقوف على ما تحويه هذه الوثائق من أسس وتعليمات يتعين عليه إتباعها أثناء عملية التنفيذ، سواء ما يتعلق منها بكيفية إستخدام المواد وكما وكيفا أو الطرق الواجب إتباعها، وبذلك فإن المقاول يتمكن من كشف العيوب التي تضمنها التصميم (2) ويقوم بإخطار رب العمل المهندس المعماري من أجل تصويب هذا التصميم وفي حالة عدم الإبلاغ فإن المقاول يكون مسئولا طبقا لأحكام المسؤولية الخاصة، وأساس المسؤولية ليس ارتكاب خطأ في التصميم، وإنما إخلاله بالتزام النصح والإرشاد لرب العمل، وبصفة عامة فإن المقاول يكون مسئولا في كلتا الحالتين سواء تكشف له العيب ولم يبلغ رب العمل أو المهندس أو أنه لم يكتشف هذا العيب، ويكون بذلك قد أخل بالتزام تفحص ودراسة التصاميم والمقاييسات، أما إذا تكشف العيب للمقاول وقام بإبلاغ المهندس المعماري الذي أصر على عدم وجود عيوب فإن على المقاول من أجل التخلص من المسؤولية الخاصة أن يتحصل على أمر مكتوب من قبل المهندس المعماري.

2- الخطأ في تنفيذ التصميم

(4) عبد الرازق حسين المرجع السابق ص 779

(5) محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 38

(1) راجع في ذلك نقض مدني مصري بتاريخ 1966/12/08 >حيث قضى بإنتقاء مسؤولية المقاول عن الخلل في البناء المترتب عن عيوب التصميم إذ نبه رب العمل إلى الخطأ في التصميم ومع ذلك أصر على تنفيذه، متى كان رب العمل خبير بفن البناء < أنظر محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 38
(2) شكري سرور ، المرجع السابق، ص 116

كما سبق الذكر يعتبر المقاول الركيزة الأساسية التي من خلالها يتم تنفيذ التصميم الذي يقوم بإنجازه المهندس المعماري، والذي عن طريقه يخرج إلى أرض الواقع، فالمقاول طبقاً للعقد المبرم بينه وبين رب العمل تقع عليه التزامات محددة، يؤدي الإخلال بها إلى قيام مسؤوليته⁽³⁾، ومن بين هذه الالتزامات الإلتزام بإنجاز عمل مطابق للمواصفات المتفق عليها، وذلك بتنفيذ الخرائط والرسومات الموضوعة من قبل المهندس مصمم المشروع، وأي مخالفة لهذه الرسومات دون موافقة المهندس المعماري تعتبر خطأً منه يعقد مسؤوليته، مثل تجاوز الارتفاع المثبت في التصميم أو إقامة جدران بسمك مخالف لما هو محدد في التصميم، وغيرها من الأخطاء⁽⁴⁾

3- الخطأ في استعمال المواد

يتعين على المقاول أن يتبع في استخدام المواد التعليمات والبيانات التي يضعها المهندس لهذا الغرض وينفذها بكل دقة وأمان، سواء ما يتعلق منها بالكم أو الكيف أو بالطريقة الواجب إتباعها في استعمال هذه المواد، إذ عليه أن يتقيد بالمقدار المحدد من كل مادة محددة في دفتر الشروط، وكذلك نوعها ودرجة جودتها إذ ليس له الحق في إستبدال أي منها إلا بإذن من المهندس المعماري⁽¹⁾، وعلى ذلك فإن مخالفة تعليمات المهندس الخاص بالمواصفات السالفة الذكر مثل التغير في استخدام الإسمنت المخصص للبناء أو المخصص لصب خرسانة الأساسات وغيرها من المخالفات، فإذا ترتب أي عيب على الخطأ في استعمال المواد فإن المقاول يكون مسئولاً، و إذا لم يحدد المهندس نوع المواد فإنه يتوجب على المقاول استعمال المواد الشائعة الإستعمال والمتوسطة الجودة على الأقل، وإذا رأى المقاول أثناء التنفيذ ضرورة التعديل في النسب نظراً لخبرته ومعاينته لنوع التربة أثناء بدأ التنفيذ، فإنه يتوجب عليه الحصول على إذن مكتوب من المشرف على التنفيذ⁽²⁾

4 - الخطأ في عدم إتباع التعليمات

⁽³⁾نص المشرع على إلتزامات المقاول في عدة نصوص منها المواد 550 إلى 556 قانون مدني وردت عدة أخطاء في صياغة المادة 550 مما يتعين معه إقتراح إعادة صياغتها على النحو التالي : "يجوز أن يقتصر إلتزام المقاول على القيام بالعمل فقط ، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله كما يجوز أن يلتزم المقول بتقديم العمل و المادة معا . وكذا المادتين 8 و10 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 السالف الذكر.⁽⁴⁾عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج 07، المرجع السابق، ص 81، 85

⁽¹⁾عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 783

⁽²⁾أما في حالة الإستعجال فإنه من المنطق في حالة غياب المهندس المشرف على التنفيذ، فإنه يحق للمقاول إتخاذ الإجراء اللازم دون إنتظار الإذن المكتوب. أنظر عبد المنعم لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية والتقصيرية والعقدية، ص 59.

إضافة للتصميم الذي يضعه المهندس فإنه قد يوجه المقاول عن طريق تعليمات وغالبا ما تكون هذه التعليمات مكتوبة وهي عبارة عن توجيه للمقاول من أجل الوصول إلى أحسن تنفيذ للتصميم المنجز من قبل المهندس، لذا فإنه على المقاول إتباع كل التعليمات المتعلقة بهذه العملية طالما لم يتبين فيها خطأ أو قصور أو مخالفة لقواعد الفن⁽³⁾، ومخالفة المقاول لشيء من هذا يوقعه تحت طائلة أحكام المسؤولية العشرية في حالة تحقق شروطها، كما أنه لا يجوز الإستناد إلى عدم كفاية المتابعة أو الإشراف أو المراقبة من جانب المهندس المعماري لعملية التنفيذ القول بإستبعاد مسؤولية المقاول عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء التنفيذ، وذلك لأن المقاول ليس بآلة للتنفيذ وإنما يعتبر من أهل الفن⁽⁴⁾، وهو طرف مستقل عن المهندس المعماري⁽⁵⁾، وعموما فإن إلزام المقاول هو إلزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية وكلما تخلفت النتيجة فإن مسؤوليته تقوم، والنتيجة التي يعمل من أجلها هي أن يقوم بإنجاز العمل المتفق عليه وفقا للشروط والمواصفات المحددة، وكذا إتباع قواعد الفن المعروفة في هذا الخصوص⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن المقاول ليس حرا في تنفيذ التصميم المحدد له سابقا، وإنما هو خاضع عادة لثلاث أنواع من الرقابة، الأولى تتمثل في رقابة المهندس المعماري الذي سبق وأن تبين دوره الخاص بالإشراف والتوجيه والرقابة، والجهة الثانية هي رب العمل الذي من حقه مراقبة كيفية تنفيذ هذه الأعمال، سواء مراقبة مباشرة أو عن طريق مكتب دراسات متخصص، و الجهة الثالثة هي رقابة الإدارة⁽²⁾ التي تهدف إلى الحفاظ على الصالح العام، بإنجاز بناء أو منشأ خال من أي عيب ولا يلحق ضررا بأي جهة أخرى، إلا أنه يبقى مسؤولا عن الأخطاء العقدية بصفة عامة، والأخطاء الموجبة للمسؤولية العشرية بصفة خاصة.

المطلب الثاني: شروط العيوب الموجبة لقيام المسؤولية العشرية

⁽³⁾ أما إذا رأى المهندس أن هذه التعليمات تشكل خطر على التنفيذ، ومن ثم خطر على البناء أو المنشأ الأخر فإنه من حقه أن يرفض تنفيذ التعليمات، إلا إذا أصر المهندس وكانت هذه التعليمات مكتوبة.

⁽⁴⁾ إن القانون الجزائري يصنف المتعاملين في مجال التشييد درجات ويوجب في بعض المشاريع أصناف محددة من المتعاملين من ذوي الخبرة والقدرة والكفاءة.

⁽⁵⁾ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 139

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج7، المرجع السابق، ص 66

شنب لبيب، المرجع السابق، ص 89، 90

⁽²⁾ في القانون الجزائري إن دور الرقابة بالنسبة للأبنية التي تمويلها الدولة يكون من قبل هيئة المراقبة التقنية، التي هي عبارة عن شركة أسهم، كما أنه من حق أي فرد التعاقد مع هذه الشركة من أجل مراقبة التنفيذ الحسن للإنجاز.

من المسلم به أن قواعد المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول المقررة في المادة 651 مدني مصري وما بعدها والمادة 554 مدني جزائري وما بعدها وكذا المادة 1792 مدني فرنسي، لا تغطي كل ضرر يترتب على أعمالها في مجال التشييد والبناء المعماري، بل يجب أن تتوفر في الضرر المراد تغطيته بالضمان الخاص عدة شروط معينة بعضها يتعلق بخفاء هذا الضرر وبعضها يتصل بخطورته⁽³⁾. وإن كان شرط درجة الخطورة ظاهرا في كل النصوص السالفة الذكر، إلا أن شرط الخفاء أضافه الفقه والقضاء للذات استوحياها من القواعد العامة في أعمال إرادة المتعاقدين، مقتضاه أن يكون هذا العيب خفيا بحيث لم يستطع رب العمل كشفه عند التسلم⁽⁴⁾ لذلك يجب دراسة هذا المطلب في فرعين إثنين، الأول يتعلق بخطورة العيب، والثاني بخفاء العيب.

الفرع الأول : خطورة العيب

يعتبر الضرر خطيرا وموجبا للمسؤولية الخاصة حسب نص 554 مدني ، إذا تهدم البناء كليا أو جزئيا أو شابه عيب يهدد سلامته ومتانته⁽¹⁾، وهي نفس الصياغة تقريبا مع المادة 651 من القانون المصري⁽²⁾ والتي تقابلها المادتين 1792 ، 2270 مدني فرنسي التي تختلف في صياغتها ومضمونها عن القانون المصري والجزائري، إذ أنه فيما يتعلق بالقانون الفرنسي فإن فكرة الضرر الخطير الموجب للمسؤولية الخاصة قد مرت بمراحل مختلفة قبل أن تتبلور في شكلها الذي ظهرت عليه في المادة 1792 مدني في صياغتها المعدلة بمقتضى قانون 4 جانفي 1978، فهذه المادة تنص في فقرتها الأولى بأن: كل معماري يتولى تشييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون قبل رب العمل أو من يكتسب ملكية العمل، عن الأضرار حتى تلك الناتجة عن عيب في الأرض التي تعرض للخطر متانة العمل أو التي تصيبه في أحد عناصره التأسيسية أو أحد عناصره التجهيزية والتي يترتب عليها أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من أجله⁽³⁾

⁽³⁾ محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 96

⁽⁴⁾ عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 790

⁽¹⁾ تنص م 554 من القانون المدني بضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مباني أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئ عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته

⁽²⁾ تنص م 651 مدني مصري: 1- بضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مباني أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى وذلك لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ما لم يتفق المتعاقدان في هذه الحالة أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

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

⁽³⁾ article 1792 :tout constructeur d'un ouvrage est responsable de dommages même résultant d'un vice du sol ,qui compromet la solidité de l'ouvrage ou qui l'affecterait dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement le rendent impropre a sa destination

نخلص من قراءة هذه النصوص و بعد مقارنتها مع المادة 554 مدني أن الضرر يعتبر خطيرا ومن ثم يخضع لقواعد المسؤولية الخاصة إذا أدى إلى تدهم جزئي أو كلي للبناء أو أدى إلى المساس بمتانة البناء وسلامته، ويضيف المشرع الفرنسي زيادة على ما سبق، حالة أخرى للضرر لم يعرفها كل من المشرع المصري والجزائري وهي المساس بالغرض الذي شيد من أجله العمل⁽⁴⁾.

كما أن المشرع الفرنسي بموجب المادتين 3/1792 و 6/1792 المضافتين بموجب قانون 4 يناير 1978 أضاف ضمانين خاصين هما ضمان حسن أداء الوظائف⁽¹⁾ و ضمان حسن التشطيب⁽²⁾، إلا أن كلا من هاذين الضمانين يخرجان على مجال دراستنا الخاصة بالضمان العشري، ومن أجل تحديد مجال العيوب الموجبة للمسؤولية، يمكن دراسة درجة خطورة العيب الموجب للمسؤولية في ثلاث نقاط وهي العيب الذي يؤدي إلى تدهم كلي أو جزئي و العيب الذي يهدد متانة البناء أو سلامته، والعيب الذي يؤدي إلى عدم صلاحية العمل للغرض الذي أشيء من أجله⁽³⁾.

أولاً: تدهم البناء الجزئي أو الكلي

لاشك أن تدهم المباني أو المنشآت تهدم كلياً أو جزئياً هو أخطر صورة الأضرار التي يمكن أن تصيبها على الإطلاق على أثر خطأ أو إهمال من المعماري (المقاول والمهندس المعماري) التي يجوز أن تغطيها مسؤولية القواعد الخاصة دون جدال، سواء في القانون الفرنسي⁽⁴⁾ أو المصري⁽⁵⁾ أو الجزائري⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ ويضيف زيادة على ذلك جل الفقهاء على أن المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق العيوب الموجبة للمسؤولية وهي حالة العيب الذي يمس بمتانة احد العناصر التجهيزية غير القابلة للإتصال عن البناء، إلا أن هذه ليست حالة جديدة فيما يخص العيوب، وذكرها في هذا المجال هو عيب شكلي لأن هذا إتساع في مجال المسؤولية الخاصة من حيث الأعمال وليست من حيث العيوب، وقد سبق دراستها في المجال الخاص بالأعمال. مع العلم أن المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي كانت تقصر المسؤولية العشرية على الهلاك الكلي أو الجزئي للمبنى فقط دون أن تمدّها إلى العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته سواء في قانون 1804 أو بعد تعديلها بقانون 03 يناير 1967، إلا أن الفقه والقضاء قد توسع وشملها.

أنظر عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 55

Cass civ.3.9Déc 1970 , D 1971,sem .p 65 ;conseil d'Etat 19 Janv. 1966 .j.c.p 1966 .2.14594.note
tiet- veaux ; conseil d'Etat 08 nov 1968

⁽¹⁾ تنص المادة 3/1792 مدني فرنسي المضافة بموجب قانون 4 يناير 1978: <عناصر التجهيز الأخرى في المبنى تكون محلا لضمان حسن أدائها لوظائفها لمدة سنتين على الأقل من تاريخ تقبل العمل >

⁽²⁾ تنص المادة 6/1792 حيمتد ضمان تمام الشطب الذي يلتزم به المقاول في اثناء سنة من وقت التقبل إلى إصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل سواء عن طريق ما أبداه من تحفظات في محضر التقبل أو بإخطار كتابي بالنسبة للعيوب الأخرى التي لم يتم إكتشافها إلى بعد التقبل <

⁽³⁾ العيب الثالث كما سبق ذكره ينص عليه المشرع الفرنسي دون المشرع الجزائري والمصري

⁽⁴⁾ وذلك بنص صريح في المادة 1892 من تفنين نابليون لسنة 1804: <يكون المهندس المعماري والمقاول مسئولين عن التدهم عن عيب في البناء أو حتى عن عيب في الأرض وكان البناء قد شيد بأجر مقدر جزافا > وذلك لمدة عشر سنوات < ولقد بقي إشتراط التدهم الكلي أو الجزئي

والمقصود بالتهدم (7) حدوث انفصال في أجزاء البناء سواء كان انفصالا كلياً مما يترتب عليه إنهدام جميع البناء، أو انفصالا جزئياً مما يؤدي إلى تدهم بعض البناء (8) ولا يهتم في انحلال هذه الرابطة وانفصالها أن يكون بسبب عيب في عملية التشييد والبناء ذاتها ، كعدم مراعاة أحكام ربط أجزاء البناء ومكوناته بعضها بعض (سواء كان ذلك الربط طولياً أو عرضياً)، أو عدم ربط "أسيخ التسليح" ببعضها البعض فيترتب على ذلك أن يكون أجزاء البناء غير مترابطة مما يجعلها غير قادرة على حمل بعضها البعض، ومن باب أولى حمل غيرها (9)

كذلك قد يكون العيب في عملية التشييد والبناء راجع إلى مواد البناء المستعملة كأن تكون تالفة أو تكون من صنف رديء لا تصلح لتأدية الغرض المقصود منها من شد أجزاء البناء بعضها البعض، وكما سلف الذكر فإنه مهما يكن سبب التعيب فإن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول تقوم كلما تحقق هذا الضرر وهو التهدم ما لم يكن هناك سبب أجنبي.

وقد توسع بعض الشراح في فهم هذه الشروط ورأوا أن العيب في التشييد كما يمكن أن يكون عيباً مادياً يمكن أن يكون أيضاً عيباً قانونياً، كإقامة البناء بالتعدي على أرض الغير أو بالمخالفة لحق الإرفاق أو اللوائح التنظيمية، وتأكيداً لهذا المعنى يرى بريكمو أنه عندما تطلب جهة الإدارة أو يطلب الجار هدم المبنى المقام والمخالف للوائح التنظيم أو لحق إرفاق ، فإن الأمر عند إذن يتعلق بوضع يساوي تماماً مع وضع خطر الإنهدام الكلي أو الجزئي وتنطبق المسؤولية العشرية (1)

فيما يرى البعض الآخر أن أمثال هذه العيوب التي قد تؤدي إلى إدانة مالك البناء لا تدخل في إطار الضمان حتى ولو استدعت الالتزام بالهدم (2) ذلك لأن النصوص القانونية السالفة الذكر في كل من القانون المدني الجزائري والمصري والفرنسي لم تنص إلا على حالة حدوث التهدم الكلي أو الجزئي بسبب عيب شاب عملية البناء والتشييد أو بسبب عيب قام بالأرض فلا تسري عليها أحكام هذه المادة حتى ولو أدت إلى تهدم أو هدم العقار المشيد كلياً أو جزئياً

بعد تعديل المادة 1792 بموجب القانون رقم 67-03 إلا أن تعديل 4 يناير 1978 عدل المادة 1792 واكتفى بالعيب المهدد لسلامة البناء وبذلك فإنه من باب أولى يدخل تهدم البناء الكلي أو الجزئي.

(5) م 651 مدني مصري.

(6) م 554 مدني جزائري.

(7) التهدم لغة هو نقض البناء.

(8) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول مصادر الإلتزام، طبعة 1980.

(9) عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق، ص 697

(1) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 222

(2) En ce sens : Mazeaud (H.L.J) p 91 N° 1070-01 minvielle

محمد شكري سرور ، المرجع السابق، ص 223

إلا أننا نرى تماشياً مع قصد المشرع وهو بسط الحماية القانونية على كل من الصالحين العام والخاص أن يخضع التهدم القانوني⁽³⁾ لقواعد المسؤولية الخاصة وذلك من أجل أن يحرص كل من المهندس والمقاول على تشييد بناء خال من أي عيب مادي أو قانوني وذلك لأن النتيجة واحدة وهي تهدم البناء⁽⁴⁾ ولم يتطلب المشرع الجزائي أو غيره من المشرعين شروطاً محددة من أجل قيام الضمان العشري سواء فيما يخص مقدار التهدم أو كفيته

إذ بالنسبة لكم فإنه بالعكس من ذلك فإن المشرع اكتفى بالتهدم الجزئي أي إنه قاصر على جزئ معين دون غيره من باقي أجزاء البناء أو المنشأ الثابت الآخر أما فيما يخص الأجزاء التي يمسه التهدم الجزئي أو الكلي (1)

فالتهدم عادة يمس أعمال الخرسانة، وعلى ذلك يعتبر تهدماً موجب لقيام المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول، انهيار المنازل سقوط السلم أو تصدع الحائط أو السقف أو انفصال الشرفة عن الأبنية أو انهيار الآبار والمصارف والقنوات⁽²⁾ التي قام بها المعماري⁽³⁾

ثانياً: العيب الذي يهدد متانة البناء

يمتد الضمان العشري في القانون الجزائري وكذا المصري إلى ما يوجد في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى من عيوب، إذا كانت هذه الأخيرة من شأنها أن يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، فلا يشترط الرجوع على المشيد بناء على قواعد الضمان العشري، ضرورة أن يتقدم البناء كله أو بعضه، بل يكفي أن يظهر فيه عيب على درجة من الخطورة بحيث يعرض متانته وسلامته للخطر⁽⁴⁾، ولا شك أن تناول هذا العنصر من قبل المشرع

(3) ويقصد بالتهدم القانوني تهديم البناء بإرادة الإنسان نتيجة لعيب ارتكبه المقاول أو المهندس وذلك بالبناء فوق أرض الغير أو على إرتفاق معين، وغيرها من الحالات الأخرى.

(4) أما إذا لم ينتج عن هذا الخطأ القانوني تهدم البناء بل تترتب عليه أثار أخرى فقط مثل ما هو منصوص عليه في المادة 785 مدني جزائري > إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشأة نزعها < ويمكن لرب العمل أن يرجع على المقاول أو المهندس المعماري وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

(1) ويجب أن يخص جزء أساسي من أجزاء البناء أو المنشأ الثابت الآخر، مثل ما تم تحديده في مجال الأعمال التي تخضع للضمان العشري.

(2) مع العلم أن هناك خلاف حول مدى اعتبارها الآبار والقنوات من ضمن الأعمال التي تخضع للضمان العشري وأن شركات التأمين الجزائرية عادة ما تقوم بتأمين أعمال الخرسانة فقط دون باقي الأعمال الخاصة بالمنشأة.

(3) عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق، ص 703

(4) نص المادة 554 مدني جزائري وكذا المادة 651 مصري حديث صريحتين في تحديد درجة العيب الواجبة.

عياشي شعبان، الرسالة السابقة، ص 54

الفرنسي يختلف عنه إلى المشرع الجزائري والمصري, لذا فإننا نتناول دراسة هذا العيب في القانون الفرنسي ثم في القانون المصري والجزائري.

1) في القانون الفرنسي:

يرى البعض من الفقه الغربي أن القانون المدني الفرنسي القديم (تقنين نابليون) لسنة 1804 في مادته رقم 1792, لم يتحدث إلا عن التهدم الكلي أو الجزئي في البناء⁽¹⁾ وأنه لم يجعل من العيوب أيا كانت درجاتها من الخطورة موجبا من موجبات تطبيق أحكام هذه المسؤولية الخاصة ، ما لم يؤدي إلى التهدم الفعلي في البناء كليا كان أم جزئيا⁽²⁾

ويرى جانب من الفقه⁽³⁾ أن كلمة (périt) التي جاءت بها المادة 1792 مدني فرنسي في صياغتها الأولى سنة 1804 ذات مدلول عام ، إذ لا تعني التهدم وإنما تعني التلف⁽⁴⁾، و بذلك فإن المشرع الفرنسي لم يقتصر نطاق تطبيق أحكام هذه المسؤولية الخاصة على حالة التهدم فقط بل على العكس من ذلك، مثل ما فهمه الفقه والقضاء الفرنسيين اللذان مددا من نطاق هذه المسؤولية لتشمل كل عيب يصيب البناء أو المنشأ الثابت

عبد الرزاق السنهوري، المجلد الأول جزء 7، المرجع السابق، ص 113

محكمة النقض المصرية قضت بتاريخ 09 يونيو 1955 بأنه لم تشترط المادة 409 من القانون المدني الجديد لقيام مسؤولية المقاول والمهندس المعماري غير حدوث التهدم الكلي أو الجزئي، ومن ثم فإنه وفقا لما جرى به قضاء هذه المحكمة يكفي لقبول دعوى الضمان أن يكون العيب المدعى به في البناء خلافا في متانته < أنظر عياشي شعبان المرجع السابق ص 54 هامش 186.

⁽¹⁾ تنص م 1792 فرنسي قديم حيكون المهندس المعماري والمقاول مسئولين عن التهدم الكلي أو الجزئي فيما شيداه من منشآت إذ نتج عن هذا التهدم عن عيب في البناء أو حتى عن عيب في الأرض وكان البناء قد شيد بأجر مقدر جزافا وذلك لمدة عشر سنوات <

Article 1792 : <si l'édifice construit à prix fait , périt en tout ou en partie par le vice de la construction , même par le vice du sole ,les architectes et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans>

⁽²⁾ شكري سرور، المرجع السابق، ص 223

محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 118

⁽³⁾ عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 801

⁽⁴⁾ انظر عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 452 في إشارته لمعنى التلف بالإيحاء إلى الشيخ رفاعة الطهطاوي الذي استعمل مصطلح التلف في ترجمته للقانون الفرنسي لتقابل كلمة périt .

الأخر، متى كان من شأنه أن يهدد صلابة البناء ومتانة، أو تجعله غير صالح لتحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله.

وقد قنن المشرع الفرنسي ما وصل إليه القضاء والفقه من توسيع، وذلك عندما عدل المادة 1792 مدني فرنسي بمقتضى القانون رقم 78-12 لسنة 1978، فقد أصبح كل مشيد لعمل بموجب هذه المادة في صياغتها الجديدة مسئولاً بقوة القانون في مواجهة رب العمل أو من آلت إليه ملكية العمل عن:

- الأضرار التي تعرض لخطر متانة وسلامة العمل الذي تم تشييده.

- الأضرار التي تجعل العمل غير صالح لتحقيق الغرض منه .

- الأضرار التي تؤثر في سلامة ومتانة أحد عناصر المبنى التجهيزية و التي تشكل جسم غير قابل للإنفصال (5)

و بذلك فإن المشرع الفرنسي استغنى عن عبارة التهدم الكلي أو الجزئي التي كانت وارد في الصياغة القديمة، ولم يستقر القضاء سواء في ظل القانون الفرنسي القديم أو الحديث في تقديره للخطر الواجب لقيام المسؤولية الخاصة، إذ أن جانب من القضاء يرى ليس من الضرورة أن يكون العيب على درجة من الخطورة بحيث يعرض للخطر متانة البناء وسلامته، بل يكفي أن يسبب لرب العمل أو للمالك ضرراً يكون محل إعتبار بالنسبة له، بل أن هناك جانباً من القضاء تجاوز هذا التوسع ويرى أن مجرد العيوب البسيطة يمكن أن تكون أساساً للمسؤولية الخاصة (1) أما القضاء الغالب الذي يحدد مفهوم العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته على أساس المادتين 1792 ، 2270 بإعتبارهما متكاملتين أن يكون على درجة معينة من الخطورة حتى تقوم المسؤولية الخاصة وإلا كنا أمام المسؤولية العقدية العادية أو التقصيرية، هذا بالنسبة للقضاء العادي، أما بالنسبة للقضاء الإداري (قضاء مجلس الدولة الفرنسي) فإنه كان دائماً ثابتاً في موقفه من ضرورة بلوغ العيب حداً من الخطورة بحيث يهدد متانة البناء وسلامته (2)

2) في القانون المصري والجزائري:

كما سلف الذكر فإن صياغة المادة 651 مدني مصري في هذا المجال تنطبق مع نص المادة 554 مدني جزائري في إعتبار العيب الذي يؤثر في متانة البناء أو المنشأ الثابت الآخر وسلامته من بين العيوب الموجبة للمسؤولية العشرية وإن كان المشرع الجزائري قد نقلها على المشرع المصري الذي تأثر بالقضاء والفقه المصري والفرنسي وكذا التشريع الفرنسي في صياغة المادة 651 (3)، والتي كانت صياغتها بموجب المادة 409

(5) بموجب هذا التعديل نص صراحة المشرع الفرنسي على الضرر الذي يؤثر في متانة البناء أو المنشأ الثابت الآخر، إلا أنه إستعمل مصطلح الأضرار بدلا من العيوب وقد وجهت له إنتقادات عديدة لأن الذي يهدد متانة البناء هو العيب وليس الضرر، وكان الأجدر على المشرع الفرنسي أن يستعمل مصطلح العيب لأن العيب هو الذي يؤدي إلى الضرر.

(1) كل من هاذين الرأيين يمثلان أقلية في القضاء الفرنسي وخاصة في القضاء العادي، أما في القضاء الإداري فإنه لم يأخذ أو لم تكن له أحكام تقييم المسؤولية على أساس هذه العيوب.

(2) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 119

(3) لأن القانون المدني المصري هو المصدر المادي للقانون المدني الجزائري، أما تأثر المشرع المصري بالقانون الفرنسي يتجلى في عبارة التهدم الكلي أو الجزئي التي وردت في المادة 1792 مدني فرنسي قديم إلا أنه أضاف الفقرة الثانية وهي العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته والتي لم يسبق للمشرع

مدني قديم المهندس المعماري والمقاول مسئولان على التضامن عن خلل البناء في مدة عشر سنين ومصطلح خلل الذي كان وارد في المادة (409) مدني مصري قديم هو عبارة عن مصطلح عام لا يقتصر معناه على التهدم الكلي أو الجزئي، بل يشتمل على معنى آخر وهو الوهن والضعف والفساد والتصدع والتشقق⁽⁴⁾.

ويرى البعض أن المشرع المصري في صياغته للمادة 651 مدني جديد لم يستحدث أي جديد مثل ما ذهبت إليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ من تفسير⁽⁵⁾، لأن كل ما في الأمر تفصيل مجمل وتخصيص عام، لتكون أخص في الدلالة وأدق في التعبير ولتجنب الشطط في التفسير والتأويل، لأن لفظ خلل الذي استعمله في التشريع القديم هو مصطلح عام في اللغة، وخصصه المشرع في التقنين الجديد، بأن جدد درجات العيب جعلها تلك التي تؤدي إلى التهدم و كذا العيوب التي تهدد سلامة ومثانة البناء أو المنشأ الثابت الآخر، وعلى ذلك استقر رأي كل من الفقه والقضاء المصريين⁽¹⁾

والعيوب التي تهدد البناء أو المنشأ الثابت الآخر في مثانته وسلامته هي تلك التي تلحقه في مجموعه بأن يشمل العيب كل العقار كخلل في مجموع أساسات البناء أو في كل الهياكل الحاملة فيه أو تصدعات في الأسقف أو الجدران أو الخطأ في تركيب أنابيب التغذية بمياه الشرب أو أنابيب الصرف الصحي أو خطوط المداخل أو التكييف المركزي، إلى غير ذلك أو تلك التي تلحقه في جزء من الأجزاء الرئيسية فيه، كأن يكون الخلل منصبا على بعض الأساسات لا كلها أو على جزء من الهياكل الحاملة أو بعض الأسقف أو الجدران أو على قسم بعينه من المنافع العامة سائلة الذكر بأنواعها المختلفة⁽²⁾.

كما أن سبب العيب ليس له أي إعتبار سواء كان العيب في الأرض أو في مواد البناء أو في التصميم أو بسبب التنفيذ، بل أن المهم أن يكون هذا العيب يهدد سلامة ومثانة العمل، أما باقي العيوب والتي لا ترقى في خطورتها لتهدد مثانة البناء وسلامته، مثال ذلك العيب في الدهان أو البياض أو في الأبواب أو في النوافذ أو

الفرنسي أن ذكرها إلا بعد الانتقادات التي وجهت له من قبل الفقه والقضاء، وبذلك فإن المشرع المصري كان سباقا في ذكر هذه العبارة لما لها من دقة ووضوح.

⁽⁴⁾ وبخلاف ما يراه الفقه المصري في أن المشرع المصري لم يأت بأي جديد بل خصص عام، فإننا نقول أنه أزاح عيب الغموض الذي كان واردافي المادة 409 لأن مصطلح الخلل مصطلح فضفاض يمكن أن يدخل فيه أي درجة من درجات العيوب حتى العيوب البسيطة، وهذا بخلاف ما تقوم عليه المسؤولية الخاصة.

⁽⁵⁾ ولقد كانت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قد قررت أثناء مناقشتها مشروع القانون المدني لاسيما المادة 651 بأن الفقرة الأولى منها تطابق المادة 409 مدني مصري قديم، في حين أن الفقرة الثانية تأتي بحكم جديد وهو قيام المسؤولية على أساس وجود عيب يهدد سلامة البناء. أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5، ص 24

⁽¹⁾ محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 119

محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 494

محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 74

شكري سرور السابق ص 223

⁽²⁾ عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق، ص 895

محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 125

في الزجاج أو خط صرف خارجي من أنابيب المنافع .. إلخ فهذه العيوب وأمثالها تخضع فقط لأحكام المسؤولية التقصيرية العقدية فقط ولا تخضع لأحكام المسؤولية الخاصة.

ومما لا شك فيه أن خطورة الضرر هي مسألة واقع تترك السلطة التقديرية فيه لقضاة الموضوع وفقا لظروف كل حالة على حده، فإذا تبين لقاضي الموضوع أن العيب الذي ظهر في البناء قد بلغ حدا من الجسامة تجعله يعرض متانة البناء وسلامته للخطر حتى ولو لم يكن خطر التهدم محققا، فعليه تطبيق الضمان العشري وإذا لم يبلغ العيب حدا من الجسامة بحيث لا يعرض متانة البناء وسلامته للخطر، أي لا يصيب البناء في مجموعه أو في أحد عناصره الناشئة، بل في أحد عناصره الثانوية⁽³⁾ فإنه لا يمكن اعتباره ضررا خطيرا، وبالتالي لا تخضع المسؤولية الناشئة عنه لأحكام لضمان العشري، ويتخلص منه المشيد بحصول التسليم⁽⁴⁾ وتطبيقا لذلك قضى بأن التشققات البسيطة أو قليلة الأهمية التي لا يترتب عليها المساس بمتانة البناء وسلامته وإنما يمكن أن تؤدي إلى عتبة سيئة تخل بما يجب أن يكون عليه البناء من تناسق وجمال فني، لا تصلح وحدها للرجوع على المشيد بمقتضى قواعد المسؤولية العشرية⁽¹⁾

ثالثا: عدم صلاحية العمل للغرض

كل من المشرع الجزائري وكذا المصري لم يتطرق إلى هذا العيب باعتباره ضمن العيوب الموجبة للمسؤولية الخاصة إذ أن كل من المادة 651 مدني مصري وكذا المادة 554 مدني جزائري حددت درجات العيوب الموجبة للمسؤولية الخاصة والمتمثلة في العيوب التي تؤدي إلى انهيار المباني أو المنشأ الثابت الآخر وبتأني هذه الأعمال المنجزة وإزاء هذا الوصف المحدد لا يمكن أن تدخل هذه العيوب كأساس لهذه المسؤولية الخاصة، وبناء على ذلك فإن العيوب التي يقتصر دورها على أن يجعل البناء أو المنشأ الثابت الآخر غير صالح لتحقيق الغرض الذي أقيم من أجله، لا تخضع لأحكام وقواعد هذه المسؤولية الخاصة - ما لم يترتب عليها إلى جانب ذلك تهديد لمتانة البناء وسلامته - بل تسري عليها القواعد العامة للمسؤولية من عقدية أو تقصيرية على حسب الأحوال، وهذا ما هو عليه الفقه⁽²⁾ والقضاء المصريين⁽³⁾.

وبالرغم من عدم تطرق الفقه والقضاء الجزائري لهذا العيب حول مدى إخضاعه لقواعد المسؤولية الخاصة إلا أننا نرى ضرورة إخضاعه لهذه المسؤولية بالرغم من وضوح المادة 554 ق.م.، إلا أن خطورة هذا الضرر والمتمثل في عدم صلاحية العمل للغرض المخصص له فهو لا يمكن أن يكون إلا بسبب عيب من

⁽³⁾ ومثال ذلك العيب في الدهان والنوافذ أو الزجاج أو الأبواب.

⁽⁴⁾ عبد الرزاق السنهوري، المجلد الأول جزء 7، المرجع السابق، ص 114

محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 494

⁽¹⁾ عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 55، 56

⁽²⁾ محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 128

شكري سرور، المرجع السابق، ص 228

⁽³⁾ عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 819-820

عيوب التصميم أو التنفيذ أو الأرض التي سبق دراستها ، كما أن خطورة هذا العيب قد تسبب لرب العمل ضررا يفوق في غالب الأحيان العيب الذي يهدد سلامة البناء ومثانته⁽⁴⁾

وفي القانون الفرنسي نصت المادة 1792 من التقنين المدني الفرنسي في صيغتها المعدلة بمقتضى قانون 04/01/1978 على أن الضرر يعتبر خطيرا أيضا ومن ثم يجوز تغطيته بالضمان العشري إذا أصاب العمل حفي أحد عناصره التأسيسية أو في أحد عناصره التجهيزية متى ترتب على ذلك ضرر، وأن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من أجله <

ويتفق هذا الحكم المستحدث مع ما نادى به بعض الفقهاء في فرنسا في ظل القانون السابق من ضرورة التوسع في تفسير المعنى المقصود من الضرر الخطير بحيث يمتد مفهومه إلى كل ضرر يلحق العمل غير الأضرار التافهة المتوقعة مثل الإخلال بالطابع الجمالي أو المظهر الفني للبناء وذلك حتى تزول كل عقبة يمكن أن تحول دون تحقق الضمان ولكي يكفل القانون الحماية اللازمة للمالك إعمالا لقواعد العدالة التي تقتضي أن يتم التعويض عن الأضرار على حساب المتسببين في حدوثها لا على حساب المضرورين⁽¹⁾

وإن المشرع الفرنسي جعل هذا من ضمن العيوب الموجبة للمسؤولية العشرية ، و بذلك يكون قد قنن ما إستقر عليه عمل القضاء والفقهاء سواء في نطاق القضاء المدني أو القضاء الإداري⁽²⁾ ولم يضع المشرع الفرنسي تعريفا لفكرة عدم صلاحية العمل للغرض الذي شيد من أجله كما أن القضاء لم يهتم بوضع تعريف في أحكامه ،

والمعيار المتبع في تحديد توافر هذا العيب هو معيار ذاتي لأن الغرض الذي يشيد من أجله العمل يختلف من مباني تجارية عنه في المنشآت الصناعية أو في الأبنية السكنية بل أن الغرض يختلف في نفس النوع من المباني في حد ذاتها⁽³⁾ وبذلك فإن تقدير مدى توافر خطورة هذا العيب بموجب القيام المسؤولية الخاصة هي سلطة تقديرية لقاضي الموضوع يستخدمها دون رقابة من محكمة النقض ويقتصر مجال محكمة النقض فقط على مراجعة مدى كفاية أو قصور الأسباب ، أما من حيث درجة الخطورة فلا شك أن هذا المظهر أقل درجة

⁽⁴⁾ وفي غالب الأحيان فإن هذا العيب يكون ظاهرا ويكتشف بمجرد التسليم مما يجعله غير خاضع لأحكام المسؤولية العشرية أما إذا كان خفي ويكتشف بعد تسلم الأعمال وجعل العمل غير صالح للهدف الذي أنشأ من أجله فإن هذا العمل والعدم سواء مثل أن يكون العمل المراد إنشائه عبارة عن خزان ماء وبعد مضي سنة أصبح غير صالح لتخزين الماء وذلك بأن تتسرب منه الماء من كل المسامات

⁽¹⁾ عبد الرازق حسين بس المرجع السابق ص910

⁽²⁾ أنظر على سبيل المثال نقض مدني فرنسي 05/01/1960 يولتان مدني سنة 1960 نظرا لتسرب المياه منه بعدم أحكام غلقه لوجود عيب في الصنعة على الرغم من عدم تأثير ذلك على متانة السد أو على مثانته

أنظر ياقوت ص128 هامش 302

⁽³⁾ فالغرض من إنشاء سكن فاخر ذو طابع سياحي يختلف عنه الغرض من إنشاء سكن شعبي متواضع واقتصادي

من العيب السالف الذكر المؤدي إلى تهديد متانة البناء وسلامته بل من مستوى أقل (4) بحيث لا يترتب عليها سوى جعل هذا العمل غير صالح لتحقيق الغرض الذي أشيء من أجله (5)

أما فيما يخص نطاق هذا العيب فإنه يستوي أن يكون موضع الضرر في عنصر تأسيس أو تجهيز (6) أو في المنشأ كله ، المهم هو أن يترتب عليه أن يصير العمل في مجموعه غير صالح للعمل الذي أشيء من أجله ، و لقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم القاضي بتطبيق قواعد الضمان العشري في حالات سوء العزل الصوتي في جدران المنزل المعد للسكنة وحوائطه لاسيما إذا ترتب على ذلك جعل الحياة المعيشية فيه لا تطاق مما يؤدي إلى عدم صلاحية العقار للغرض الذي شيد من أجله (7) كذلك قضى بحكم مماثل بالنسبة لسوء أداء أجهزة التكييف الأداء المركزي لوظائفها ، و كذلك بالنسبة لعدم كفاية الإحتياجات الأمنية التي

اتخذت في شأن تشغيل المصعد الكهربائي لعمارة سكنية (1)

ومن الملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يحدد نطاق معين لهذا العيب بل تركه كباقي العيوب الموجبة للمسؤولية العشرية ،

وبعد دراستنا لدرجة خطورة العيب سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي أو المصري لم يبق لنا إلا شرط الخفاء الذي سوف نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني : الخفاء

بعدها إنتهينا من دراسة الفرع الأول والمتمثل في تحديد درجة الخطورة في العيب الموجب للمسؤولية العشرية فهل يكفي هذا العيب بالرغم من بلوغه حدا من الجسامه من أجل قيام هذه المسؤولية أم يتوجب فيه شرط ثاني وهو أن يكون خفيا (2) وقت التسليم ؟

(4) إلا أننا نرى خلاف ذلك بخصوص تقدير درجة الخطورة لأنه قد تكون درجة خطورة عدم صلاحيته للغرض أكبر من درجة خطورة العيب الذي يؤدي إلى تهديد سلامة البناء ومتانته خاصة وإن كان عدم الصلاحية للغرض تشمل العمل كله والذي قد يتوجب التهديم وإعادة التشييد في حين قد يتطلب العيب الأول بعض الإصلاح فقط كتقوية الأساسات .

(5) عبد الرزاق حسين يس مرجع سابق ص 911 .

(6) . يجب أن يمس هذا الضرر الأعمال التي تخضع للضمان العشري التي سبق دراستها فيما يخص العناصر التأسيسية أو على الأقل التجهيزية الغير قابلة للانفصال عن المبنى

(7) أنظر محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 132 هامش 305 - نقض مدني فرنسي 1975/06/18 بولتان مدني 1975 ص 158

(1) أنظر محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 132 هامش 306 - نقض مدني فرنسي 1966/06/20 ص 289

(2) الخفاء لغة ضد الظهور فخفي أي لم يظهر وأخفاه بمعنى ستره وكنمه والخافية ضد العلانية

وقال تعالى << إن الساعة آتية أكاد أخفيها >> (الآية 15 من سورة طه) أي أزيل عن خفائها أي عطائها أنظر

مختار الصحاح ص 183

والخفاء أن يكون رب العمل غير عالم به وغير مستطيع أن يعلم ، أما إذا كان العيب من الظهور بحيث يستطيع أن يتنبه بنفسه بفحص العمل فإنه لا يكون خفيا. أنظر عبد السميع الأودن ضمان العيوب الخفية

التي تقع على بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين ط 2000

على الرغم من أن النصوص العامة للمسؤولية العشرية سواء في القانون الجزائري م 554 أو في القانون المصري بموجب المادة 651 وكذا المادتين 1792, 2270 مدني فرنسي لم يتم إشتراط خفاء العيب إلا أن الفقه والقضاء مجتمعان على ضرورة أن يكون العيب إلى جانب خطورته أن يكون خفيا على رب العمل عند التسليم أما ما كان ظاهرا من عيوب ولرب العمل وقت تسلم الأعمال دون أن يبدي هذا الأخير تحفظات بشأنه فلا يسأل عنه المشيد (3)

فقد جاء في احد أحكام لمحكمة النقض الفرنسية أنه لقبول دعوى الضمان العشري يجب أن يكون العيب (4) المدعى في البناء خفيا، بحيث لا يستطع صاحب البناء اكتشافه وقت التسلم أما ما كان ظاهرا أو معروفا فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يتحفظ بحق له كما جاء في حكم أحدث لها بأنه إذا تسلم رب العمل البناء تسلما نهائيا غير مقيد بتحفظ ما من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسلم أو معرفة لرب العمل ماعدا ذلك من العيوب مما كان خفيا لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلم البناء فإن التسلم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه (1)

كما أنه يتساوى العيب الظاهر والعيب المعلوم (2) في الخروج من الضمان العشري فقبول رب العمل للبناء بعيبه الظاهر أو المعلوم دون تحفظ يعتبر من قبيل النزول اللاحق عن حقه في الضمان وهذا جائز، لأن الإعفاء من الضمان أو الحد منه إذا كان سابق على تحقق سببه يعتبر باطلا (3)

(3) بالرغم من أن النصوص العامة للمسؤولية العشرية لم تذكر هذا الشرط إلا أن بعض النصوص الخاصة ذكرته مثل المادة 1646 التي أضيفت للقانون المدني الفرنسي بموجب القانون 03 يناير 1967 والتي تقابلها المادة 41 من قانون الترقية العقارية الجزائري والتي يقضي بأنه حبان العقار تحت التشديد يكون مسؤولا خلال 10 سنوات بحسب من يوم تسلم الأعمال عن العيوب الخفية التي يكون المهندسون المعماريون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل <... كما أن القانون الفرنسي رقم 12 لسنة 1978 أكد هذا الحل في إستحداثه للمادة 1792 المتعلق بنطاق تطبيق ضمان إتمام الأعمال بالوجه الأكمل هذا الضمان الذي يمتد إلى إصلاح كل العيوب التي يشير إليها رب العمل سواء عن طريق التحفظات في محضر التسليم أو عن طريق إخطار كتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة عن التسليم ، ويترتب على ذلك دون منازع أن العيوب التي كانت ظاهرة وقت التسليم ولم يتحفظ بشأنها رب العمل تخرج من نطاق تطبيق هذا الضمان إذ يفترض أن رب العمل قد قبل هذه العيوب (4) أنظر عياشي شعبان المرجع السابق ص 61 ، محمد كمال مرسي المرجع السابق ص 499 ، عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج 7 المرجع السابق ص 115

(1) دكتور شكري سرور المرجع السابق ص 235

– أبو اليزيد علي المتيت – جرائم الإهمال ط. 5 سنة 1986 ص. 342
– كما إشتطرت المحكمة المصرية كذلك خفاء العيب كما يلي > أن يكون العيب المدعى به في البناء خفيا بحيث لا يكون في إستطاعة صاحب البناء إكتشافه وقت التسليم كمسؤولية البائع عن العيوب الخفية مع فارق في مدة الضمان < أنظر في ذلك دكتور محمد حسين منصور المرجع السابق ص 78

(2) وحتى يكون العلم في حكم الظهور يجب أن يكون علما كافيا بنوع العيب ودرجته وسببه حتى يكون في حكم الظهور والعلانية

(3) لبيب شنب ، المرجع السابق ص 128

ولعل إجماع الفقه والقضاء على شروط الخفاء مراده أن رب العمل قبل العمل وأقره دون إبداء أي تحفظ من جانبه رغم علمه بالعيوب التي تشوبه فإنه يعتبر متنازلاً عن حقه في المطالبة بالضمان عن هذه العيوب مما يبرأ ساحة المهندس المعماري والمقاول من هذا الضمان (4)

ذلك إنه كان في إمكان رب العمل أن يرفض قبول العمل وتسلمه بسبب ما شابه من عيب ظاهر خطير يهدد متانة وسلامته أو أن يحتفظ على الأقل بحقه في ضمان هذا العيب فلم يفعل لا هذا ولا ذلك فإنه يكون قد ولد ثقة مشروعاً لدى كل من المهندس المعماري والمقاول بأن ساحتيهما قد برئتاً بالتسليم النهائي للأعمال مقبولة من رب العمل ، رغم ما بها من عيب ظاهر له دون إبداء أي تحفظ من جانبه بشأن هذا العيب رغم ظهوره من بعد تعبيرا عن إرادته الحرة والواعية بقبول الأعمال رغم وجود هذا العيب (5)

ورغم إجماع الفقه والقضاء المصري والفرنسي على وجوب توافر هذا الشرط (خفاء العيب) إلا أنه هناك بعض الإنتقادات الموجهة له ، لذلك سوف نتطرق إليها بإيجاز وبعدها نتطرق إلى حجم هذا الشرط والمعيار المعتمد في تقديره .

1- إنتقادات شرط خفاء العيب :

بالرغم من أن غالبية الفقه والقضاء يرى ضرورة توافر هذا الشرط إلا أن هناك من يرى خلاف ذلك لإعتبارات عدة ، كون أن كل من التشريعات الخاصة بالضمان العشري لم تنص على هذا الشرط (1) إن أحكام هذه المسؤولية تتعلق بالنظام العام وما تعلق بالنظام العام لا يجوز لإرادة الأفراد أن تهدره أو تنتازل عنه ، وإعتبار المشرع هذه المسؤولية من النظام العام نتيجة لوجود مصلحة عامة تتعلق بالسلامة العامة للمواطنين وليست بمجرد حق لرب العمل (2) وتشديد المشرع لأحكام هذه المسؤولية الخاصة بالمهندس

(4) إلا أننا نرى خلاف ذلك لأن هذا التبرير لا يستقيم واشتراط الخفاء كعنصر لقيام المسؤولية العشرية بل أن الصواب في رأينا هو عدم قيام هذه المسؤولية إطلاقاً بسبب هذا العيب ظهر قبل المدة القانونية للمسؤولية العشرية والتي تبدأ من تاريخ التسليم أما التنازل فهو ليس بتنازل عن المسؤولية الخاصة وإنما هو تنازل عن المسؤولية العقدية العادية لأنه في حالة رفض الإستلام أو وجود تحفظات فإن المهندس و المقاول يكونان مسئولين وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية الواجبة في عقد المقاوله والتي تحكمها القواعد العامة كذلك ، لذلك فإننا نقول أن المسؤولية الخاصة في حالة قبول رب العمل للعمل المعيب لا تقوم إطلاقاً ولا يتأتى أن نقول عن شيء لم يقع أنه تم التنازل عليه بل أن التنازل تم على المسؤولية العقدية العادية

(5) عبد الرزاق حسين يس مرجع سابق ص 837

(1) الإتجاه السائد في الفقه الفرنسي أصبح يجد سندا تشريعيا في المادة 1646-01 من قانون 3 يناير 1967 التي تنص على العيب الخفي > يكون مسئول خلال 10 سنوات تحسب من يوم تسلم الأعمال عن العيوب الخفية التي يكون المهندسون المعماريون...<وتقابلها في

القانون الجزائري

المادة 41 من ق 86-07 المتعلق بالترقية العقارية في مادته 41 يتحمل المكتب بإحدى عملية الترقية العقارية طوال 10 سنوات ابتداء من تاريخ تسلم شهادة مطابقة العيوب الخفية التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريون أو المقاولون والأشخاص الآخرون...<

(2) يرى الأستاذ محمد لبيب شنب أن تعلق هذه المسؤولية بالنظام العام يمنع من الإتفاق على الإعفاء منها قبل تحققها أما متى تحققت هذه المسؤولية بحصول تهم أو بوجود العيب فعلا فإن حق رب العمل في الرجوع بالضمان لا يتعلق بالنظام العام في شيء ويجوز له

النزول عنه صراحة أو ضمنا وقبول رب العمل للعمل رغم علمه بوجود العيب يفيد هذا النزول أنظر شنب المرجع السابق ص. 128

المعماري والمقاول إنما يتمثل في إرتفاع العيوب الظاهرة نفسها في إخضاعها للضمان العشري وعدم تغطيتها بالتسليم⁽³⁾

كما أن المشرع المصري في مادته 651 في تنظيمها للضمان العشري التي تؤكد بشكل مباشر إلتزام المهندس المعماري والمقاول بهذا الضمان حتى ولو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة فهذه الإجازة تفترض العلم بالعيب كما أنها أقطع في الدلالة على نية رب العمل في تقبله للأعمال المعيبة من مجرد تسلمه للبناء ومع ذلك فإن النص سابق الإشارة يؤكد بقاء إلتزام المهندس والمقاول بضمان هذه الأعمال⁽⁴⁾ كما أن الإستفادة من الضمان العشري ليست لرب العمل وحده كما سبق الذكر وإنما هي عموماً مرتبطة بحق الملكية فتنازل رب العمل عن حقه في الضمان في مواجهة المقاول والمهندس تكون عائناً أمام المالك الجديد غير رب العمل بالمطالبة بالضمان في حالة حصول تدهم أو إنكشاف العيب الذي يهدد سلامة البناء ومثانته⁽¹⁾

وخلاصة القول أنه رغم الإنتقادات التي وجهت من قبل بعض الفقه إلى هذا الشرط أو على النقائص التي أشرنا إليها تبقى ضرورة توافر شرط الخفاء حقيقة ملحة من أجل إستقرار المعاملات وأن العيب الظاهر مهما بلغت خطورته فإنما يغطيه التسليم متى كان معلوماً من رب العمل

2- نطاق شرط خفاء العيب

على الرغم من إجماع الفقه والقضاء على ضرورة أن يكون العيب خفياً⁽²⁾ من أجل قيام الضمان العشري إلا أنه لا بد أن تتوافر ضوابط فيه منها أن يكون هذا الخفاء محل إعتبار وقت التسليم النهائي للعمل أما إذا إنكشف وأصبح ظاهراً بعد التسليم فلا يكون له أي تأثير على قيام الضمان العشري ، وليس للتسليم أي تطهير

⁽³⁾ عبد الرازق حسين المرجع السابق ص 842

⁽⁴⁾ يرى الأستاذ الدكتور محمد شكري سرور أن المشرع قد قصد بالتأكيد الذي ورد في النص أن يخص العيوب المحددة التي أجاز رب العمل مسبقاً أن تلحق بالبناء خلال مراحل تنفيذه فيما تبقى العيوب الأخرى غير موجهة بهذا النص وأنه من غير المستساغ القول ببقاء الضمان بالنسبة للعيوب الظاهرة التي أجازها رب العمل سابقاً وسقوطها على العيوب الظاهرة وقت التسليم والتي لم يسبق وأن أجازها ولذلك يستحسن لو حذف المشرع هذا التأكيد كما أنه ليس من السهل في الواقع تصور أن يجيز رب العمل ابتداءً إقامة منشآت معيبة أنظر شكري سرور المرجع السابق ص 224

⁽¹⁾ وي طرح الإشكال بحدّة في حالة خفاء العيب وعلم رب العمل به وأكد ذلك أجازته ويعد إنتقال الملكية إلى المشتري الذي لا يشاهد ولا يعلم بوجود هذه العيوب ولم يبقى أمامه إلا دعوى ضمان العيوب الخفية التي تنقضي بمرور سنة .

⁽²⁾ المقصود بالعيب الخفي في هذا الخصوص هو كل خلل يصيب البناء أو المنشأ الثابت الآخر تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن نقاءه منه ويكون في غير مدرك لرب العمل عند التسليم أنظر ياقوت ص 97

لهذا العيب سواء كان خفيا أو ظاهرا لأنه كان لاحقا لهذه العملية القانونية التي يكون فيها إرادة رب العمل محل إعتبار أما وإن تكشف هذا العيب لرب العمل وتنازل عن مطالبة المتسبب فيه فإن في هذه الحالة تكون المسؤولية العشرية قد قامت .

وخفاء العيب أن يكون بالنسبة لرب العمل وليس إلى المهندس والمقاول لأنه إذا كان ظاهرا لرب العمل أو معلوما عنده وخفيا بالنسبة للمهندس المعماري أو المقاول فلا محل لتطبيق تلك الأحكام ، كما أن الخفاء لا يكون بوجود العيب فقط بل يجب أن يتخفى على رب العمل جسامه هذا العيب وكذلك الآثار التي قد تترتب عليه فإن كان يعلم أو يلاحظ بعض العيوب دون أن يعلم بجسامتها أو ما قد يترتب عليها فإن هذا يعتبر في حكم خفاء العيب .

3- معيار تقدير شرط الخفاء :

ليس هناك أدنى شك في أن خفاء العيب يعد شرطا قاسيا بالنسبة لرب العمل العادي الذي غالبا ما يكون من غير ذوي الخبرة بقواعد الفن المعماري وأصول صناعة البناء لأنه يفرض عليه واجب تقدير حالة أعمال معمارية في غاية الأهمية والتعقيد عند التسلم بينما قد تخفى عليه الكثير من العيوب التي لا تخفى على ذوي الخبرة الفنيين⁽³⁾ ولعل هذه القسوة وما يعنيه تخلف شرط الخفاء هذا بالنسبة للغالبية العظمى من طائفة أرباب الأعمال في مقاولات المباني والمنشآت هي التي دفع بالقضاء الفرنسي إلى إصدار أحكام متضاربة فيما يتعلق بنقطة معرفة متى يكون العيب خفيا وقت تسلم ومن ثم يخضع للضمان الخاص ومتى يكون ظاهرا في ذلك الوقت فلا يخضع له⁽¹⁾ والمعيار الذي يعتمد في تقديرها خفاء العيب بالنسبة لغالبية الفقه المصري والفرنسي هو المعيار الموضوعي الذي يعتمد بقدرة الرجل العادي من ذات الطائفة في اكتشاف العيب والوقوف عليه⁽²⁾ الدوري ص 203 (فإذا كان العيب من الظهور بحيث يستطيع رب العمل كشفه لو بذل في فحص البناء عناية الرجل المعتاد .

وبناء على هذا المعيار حكم بأن العيب يكون خفيا على الرغم من علم رب العمل علما فعليا بوجوده في العمل وقت التسلم طالما كان من الثابت أن رب العمل المعتاد غير الملم بأصول صناعة البناء وفن

⁽³⁾ حقيقة أن من إلتزامات المهندس معاونة رب العمل عن تسلم الأعمال لكن إذا كان هذا المهندس من بين واضعي التصميم أو المشرفين على التنفيذ أو كلاهما فإنه يكون مسئول بذلك ومن مصلحته الشخصية أن يغض النظر عن بعض العيوب وبذلك فإنه يكون قد خالف إلتزاماته من أجل التخلص من المسؤولية العشرية أنظر كذلك الأستاذ بوشنافة جمال ، المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري الملتقى الدولي حول الترقية العقارية الواقع والآفاق 07-08 فيفري 2006 ص 03

⁽¹⁾ ياقوت المرجع السابق ص 109-110

⁽²⁾ أنظر محمد كامل مرسي مرجع سابق ص 499

هندسة المعمار لم يكن في إستطاعته إكتشاف مثل هذا العيب وقت تسلمه وإن بذل في فحص العمل ومعاينته عناية الرجل المعتاد (3)

في حين يذهب بعض الفقه إلى الإعتداد بالمعيار الشخصي الذي يجعل شخص رب العمل محل إعتبار ومدى قدرته الذاتية على إكتشاف العيب وعلمه به (4)

وخالصة القول أنه بالرغم من أن الغالبية من الفقه والقضاء المصري والفرنسي يعتمد على المعيار الموضوعي من أجل تقدير مدى خفاء العيب وقت التسليم إلا أن القضاء يبقى صاحب السلطة في تقدير الخفاء ولا يمكن الحد من هذه السلطة كون أن القاضي وإن إعتد المعيار الموضوعي فإنه لا بد وأن يستعين بالمعيار الشخصي لما له من وقائع تقرب الوصول إلى الحقيقة وإستقرار المعاملات والحث على الحرص من أجل الحفاظ على الصالح العام .

الفصل الثالث

النطاق الزمني للمسؤولية العشرية

يلعب الزمن دورا هاما في إنقضاء الالتزام أو الحق إذ يضع المشرع بمروره حدا لمباشرة عمل معين أو الانتفاع برخصة ما , فيسقط الحق دون إفتراض التنازل أو الإبراء من قبل صاحب الحق. ولما كان الالتزام بالضمان يتخلف عن الإلتزامات الأخرى في عقد المقابلة التي تنتهي بمجرد تسلم العمل، فإن المشرع قد جعل له نطاقا زمنيا ليسري فيه فلا يتصور أن يبقى الإلتزام أبديا ، فكان أن نص المشرع بالمادة 554 من القانون المدني على أن المقاول والمهندس المعماري يلتزمان بالضمان خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل.

(3) بل أن هناك إتجاه في المحاكم الفرنسية ذهب إلى حد كبير من التشدد معلنا في قضاءه أن مجرد حصول واقعة تسلم رب العمل مقبولة من دون إبداء تحفظات عليه يعد في حد ذاته قرينة على عدم علمه بوجود العيب المدعى به في العمل ويدل بالتالي على أنه لم يكن ثمة أي عيوب ظاهرة راجع في هذا الإتجاه نقض مدني فرنسي 27.02.1929

(4) وقد تطرح مسألة إثبات خفاء العيب من خطورة وعبء إثباتها فهل تقع على المدعي (رب العمل) أو المدعى عليه ؟ في رأينا وإنطلاقا من تسلم الأعمال فالأصل أن كل الأعمال تكون سليمة فلا ظهور لأي عيب لذلك فإن عبأ الإثبات في هذه الحالة يقع على المدين لأنه يدعى خلاف الأصل الثابت بموجب إثبات التسلم

ويكتسي جانب الزمن في المسؤولية العشرية أهمية بالغة ذلك أنه يعد الجانب الذي يبرر خصوصية هذه المسؤولية وتميزها عن المسؤولية في القواعد العامة.

ثم إن هذا الجانب قد إلتصق بهذه المسؤولية حتى أنها سميت نسبة إليه إذ أن مصطلح العشرية إنما هو مشتق من النطاق الزمني لهذه المسؤولية الذي يتحدد بعشر سنوات ، ونظرا للأهمية التي يكتسبها النطاق الزمني لأعمال المسؤولية العشرية فقد إستوجب ذلك أن نحاول التعرف على كنه هذه المدة من حيث كيفية ظهورها وإختلاف التشريعات المقارنة في تحديدها ودراسة علاقتها بالنظام العام من حيث جواز إطالتها أو التقصير منها ثم أخيرا من حيث إعتبارها من مدد التقادم أم هي مدة إختبار لمتانة البناء وصلابته وسلامته هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن أهم إشكالية تطرحها مدة الضمان تتعلق بتحديد بداية إحتساب المدة وهذا ما يستدعي بدوره دراسته فكرة التسلم وما تثيره من نقاط تستوجب إلقاء الضوء عليها.

المبحث الأول: مدة الضمان العشري

نتناول في هذا المبحث دراسة ثلاثة مسائل مهمة تتعلق بتطور مدة الضمان إلى غاية وصولها إلى المدة العشرية ومدى كفاية هذه المدة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نعرض لعلاقة مدة الضمان بالنظام العام وأخيرا ندرس مسألة تحديد الطبيعة القانونية لمدة الضمان.

المطلب الأول: تطور مدة الضمان ومدى كفايتها في التشريع الجزائري

نحاول في هذا المطلب أن نتعرض للتطور التاريخي الذي عرفته مدة الضمان بحيث أنها لم تبدأ عشرية إلا بعد تطور زمني ، ثم إن هذه المدة اختلفت في تقديرها ما بين مطيل ومقصر الأمر الذي يستوجب أن نقدر مدى كفاية المدة المختارة من طرف المشرع الجزائري.

الفرع الأول: مدة الضمان في التشريعات المقارنة

لقد كان القانون الروماني يجعل مدة الضمان خمسة عشر عاما من تاريخ إنجاز الأعمال ، ثم انتقلت منه إلى مجموعة الأعراف والتقاليد الخاصة بالأقاليم الفرنسية المختلفة والتي تكون من مجموعها القانون الفرنسي القديم

ولكن هذه المدة كانت تختلف من إقليم إلى آخر باختلاف الأعراف السائدة بين الأقاليم فمثلا كانت الأعراف والتقاليد الباريسية تنزل لمدة الضمان إلى العشر سنوات بدلا من خمسة عشر سنة وتأثر واضعو قانون نابليون لسنة 1804 بهذه الأعراف الباريسية في تقديرهم لمدة الضمان فقد تسربت إليهم مدة العشر سنوات ورأوا أنها كافية فاستبعدوا ما كان سائدا في القانون الروماني ولم يرتأوا النزول بهذه المدة إلى أقل من عشر سنوات ثم إنتقل هذا التقليد إلى كل من التشريع المصري والجزائري (1)

وتنص المادة 554 من القانون المدني الجزائري أن المهندس المعماري والمقاول يضمنان ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي في ما شيدها من مباني خلال عشر سنوات. إن هذه المادة قد بينت بدقة إختيار المشرع مدة عشر سنوات كمدة ضمان كافية لإختبار مدى متانة البناء وسلامته وتبدأ هذه المدة من وقت تسلم العمل نهائيا.

و تقابل هذه المادة ، المادة 895 من القانون المدني المصري والذي جاء في مذكرة المشروع التمهيدي لهذا القانون في ما يخص هذه المادة أن تحديد المدة التي يبقى فيها المقاولون والمهندسون مسؤولين عن ذلك البناء لعشر سنوات أخذ به التقنين المصري جريا على نسق التقنين الفرنسي (م1792) (2)

ويتضح من كل هذه النصوص أن التشريعات المقارنة قد اختلفت في تحديد مدة الضمان , فهناك من رأى الأخذ بمدة عشر سنوات وعلى رأسها المشرع الفرنسي، وهناك من يرى الإكتفاء بمدة خمس سنوات فقط ويلاحظ أنه في كلا الحالتين يعد خروجا عن القواعد العامة في عقد المقاولة التي تقضي بإنتهاء إلتزامات المقاول والمهندس بمجرد قيامهم بتسليم الأعمال لرب العمل الذي يعطي موافقته وقبوله للأشغال بدون تحفظ (1) إلا أن هذا الخروج عن القواعد العامة له ما يبرره وذلك نظرا لخطورة المباني والمنشآت

(1) عبد الرزاق حسين يس , المرجع السابق ص 289

(2) وقد اخذ بهذه المدة أيضا التقنين الإيطالي (م 1639) والتقنين الإسباني (م 1531) أما التقنين البرتغالي (م 1399) وتقنين الإلتزامات السويسري (م 371) والتقنين البرازيلي (م 1245) والتقنين التونسي (م 876) والتقنين اللبناني (م 668) فقد أنقصت جميعها مدة الضمان ونزلت بها إلى خمس سنوات والتقنين الياباني يجري أيضا هذه التقنيات الأخيرة ويجعل المدة أساسا خمس سنوات (م 638) ولكنه يرفعها إلى عشر سنوات إذا كان البناء مقاما من الحجر والطوب أو المعدن. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الخامس، القاهرة، ص 21

(1) قدري عبدالفتاح الشهاوي , عقد المقاولة في التشريع المصري و المقارن ، منشأة المعارف الإسكندرية 2002 , ص 257 .
:وتؤكد هذا المعنى محكمة النقض المصرية بقولها <> أن عقد إستئجار الصانع لعمل معين بالمقاولة على عمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذي يعمل فيه أو العمل الذي يقوم به يعتبر بحسب الأصل منتهيا بإنقضاء الإلتزامات المتولدة عنه على المقاول ورب العمل ، يتسلم الشيء المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه , لكن القانون المصري على غرار القانون الفرنسي جعل المقاول والمهندس ضامنين متضامنين عن الخلل الذي يلحق البناء في مدة عشر سنوات و لو كان ناشئا عن عيب في الأرض أو أذن المالك بإنشاء أبنية معينة بشرط أن لا يكون البناء في هذه الحالة الأخيرة معدا في قصد المتعاقدين لأن يمكن أقل

الثابتة الأخرى وما قد يسببه تدهمها أو ظهور العيوب الجسيمة بها من إضرار بالإقتصاد الوطني بإعتبار المباني من البني التحتية المهمة في إقتصاد أي بلد وكذلك ما يمكن أن يمثله سقوط المباني من تهديد للسكينة العامة ومساس بالأمن العام هذا من جهة الصالح العام أما من جهة المصالح الخاصة فإن البناء يمثل ثروة مهمة للأفراد ومن شأن تهدم البناء أو عدم صلاحيته أن يمس الأفراد في ذمهم المالية وما قد يشكله أيضا من خطورة قد تمس سلامة أرواحهم⁽²⁾ ولا يمكن التذرع بمبدأ تأمين الإستقرار في التعامل وبعث الثقة بين المتعاقدين لإنتقاد طول مدة الضمان لأن عملية المفاضلة بين المصالح تغلب المصلحة العامة على المصالح الخاصة. وبالمقارنة بين الضمان العشري وضمان العيوب الخفية في عقد البيع نجد أن مدة الضمان في عقد البيع أقصر بكثير، ففي بيع العقارات قيد التشييد حدد المشرع الفرنسي مدة الضمان بسنة واحدة (الفقرة 2 من المادة 1648 مدني فرنسي)⁽³⁾، ويرجع السبب إلى إختلاف طبيعة الضمانين والفلسفة التي يقوم عليها كل واحد منهما⁽⁴⁾

الفرع الثاني: مدى كفاية المدة المختارة من طرف المشرع

السؤال الذي يمكن أن نطرحه هو : هل أن المشرع وبالنظر إلى القوانين التي تنظم البناء قد وفق في إختيار المدة المناسبة للضمان أم أنه بحاجة إلى إنقاصها أو إطالتها ؟
مبدئيا يمكن القول أن إختيار مدة عشر سنوات كمدة للضمان هو نابع من روح النقل والتقليد بالنسبة للمشرع الجزائري وبالرجوع إلى المشرع الفرنسي فإن تحديد هذه المدة كان مستتبطا من الأعراف والتقاليد الباريسية السائدة قبل إعداد القانون ما يجعل إمكانية التأكيد أن هذه المدة ليست مبنية على أسس علمية وبالتالي يمكن مناقشة مدى ملائمتها .

إن المباني والمنشآت المشمولة بالضمان لا تظهر في العادة عيوبها إلا بعد مدة قد تطول بحسب شكل البناية وطريقة إنجازها⁽¹⁾ إلا أنه مع التطور العلمي والتكنولوجي الهائل الذي شهده ميدان البناء سواء في ما تعلق بوسائل الإنتاج أو في ما يتعلق بآليات الرقابة أصبح من الممكن تسليم بناء خال من العيوب أو إمكانية

من عشر سنين وبذلك مد القانون ضمان المقاول والمهندس إلى بعد تسلم المباني ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقاوله من إنقضاء الإلتزام بالضمان بتسليم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها << (انظر إبراهيم سيد أحمد , مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء ص92)

⁽²⁾ عبد الرازق حسين يس ، المرجع السابق ص 288

⁽³⁾ أسعد دياب : ضمان عيوب المبيع الخفية، دار إقرأ، 1983، ص 133

⁽⁴⁾ تقوم فلسفة دعوى ضمان العيب الخفي على سرعة حسم النزاع وذلك تحقيقا لإستقرار المعاملات ولذلك إقتضى المشرع من المشتري أن يبادر بإخطار البائع كما أن هذه المدة ليست بمدّة تجربة للمبيع وإنما هي مدة تقادم (أنظر :نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، دار الجامعة الجديدة القاهرة 2004 ص320)

تعرضه لذلك ضئيلة⁽²⁾ ثم إنه من جهة ثانية فإن المسؤولية العشرية لم تنقرر لحماية مصلحة رب العمل فقط وإنما تقررت أيضا لحماية المصلحة العامة وهذه الغاية الأخيرة كما تتحقق بصون المباني والمنشآت الأخرى من التهدم وخلوها من العيوب فهي كذلك تتحقق بإعطاء الفنيين والمتخصصين فرصة الإبداع والابتكار لاسيما في هذا المجال الحيوي من النشاط البشري، ولاشك أن إطالة مدة الضمان إلى هذا المدى البعيد سوف يجعل هؤلاء الفنيين والمتخصصين مهتدين بسيف هذه المسؤولية المسلط على رقابهم مما تقتل عندهم ملكة الإبداع ويحد عن طموحاتهم في الابتكار والتجديد⁽³⁾

كما أنه من جهة ثالثة فإن التقدير الزمني في السياسة التشريعية يأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة والمصالح الخاصة للأفراد والتي من بينها أن يطمئن المقاول والمهندس المعماري إلى أنه بعد مدة معقولة سوف يصبح بمنجى من المسؤولية⁽¹⁾ ومثل هذه المدة المقررة ليست في اعتقادنا بالمدة المعقولة من هذه الناحية.

ومن جهة رابعة فإنه مادام يجوز للأطراف إذا ما وجدوا أن العمل المطلوب تنفيذه بمقتضى عقد المقاولة هو من نوعية خاصة سواء من حيث جسامته أو دقة العمل فيه أن يقدروا في ما بينهم عدم كفاية المدة المحددة قانونا فيتفقون بمحض إرادتهم على زيادة المدة وإطالتها إلى الحد الذي يحقق مصلحتهم في الضمان⁽²⁾ فإن الإكتفاء بمدة أقل من عشر سنوات سوف لن يضر بمصالح رب العمل الذي له أن يشترط إطالة المدة وهو في الغالب ما يكون طرفا قويا في العقد

كما أنه من جهة خامسة فإن القواعد العامة تبقى لرب العمل الحق في التعويض إذا ما ارتكب المقاول أو المهندس المعماري أو كليهما منفردين أو متواطئين غشا يحمله على تسلم البناء أو المنشآت مما يتضمنه من

⁽²⁾ إذ أن المشرع الجزائري مثلا قد فرض إجبارية التأمين على ضمان المسؤولية العشرية وتلزم شركات التأمين المؤمن له (المقاول) أن يبرم إتفاقية مع هيئة المراقبة التقنية للبناء (C.T.C) والتي يحدد موضوع هذه الإتفاقية شروط التدخل والممارسة لهيئة المراقبة التقنية وتطبيع الأخطار في إطار الضمانات الممنوحة من طرف شركة التأمين للمهندسين المعماريين والبنائين.

⁽³⁾ عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 292

⁽¹⁾ محمد شكري سرور، المرجع السابق ص 484

⁽²⁾ محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 82

عيوب لو كان قد علمها لما أقدم على تسلمها فتطول مدة العشر سنوات إذ يستطيع رب العمل اللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية⁽³⁾ وهي لا تتقادم إلا بخمسة عشر سنة من وقت وقوع الفعل الضار⁽⁴⁾

ثم إنه من جهة أخرى فإن هناك تشريعات مقارنة عديدة أخذت بالضمان الخمسي بدلا من الضمان العشري ولم يؤد ذلك إلى وجود مشاكل لديهم إلى حد يجعلنا نتخوف من اللجوء إلى هذه المدة ومادام الأمر هو مسألة تقليد وحسب فإننا ولما سبق أن أشرنا إليه لسنا بحاجة حقيقية إلى الأخذ بهذه المدة الطويلة إذ نقترح في مقابل ذلك إنزالها إلى مدة خمس سنوات مع تنظيم وتنويع آليات الرقابة وتشييدها أثناء عملية الإنجاز إذ أن هذه العملية أجدى وأكثر خدمة لمصالح جميع الأطراف بدلا من إطالة مدة الضمان على اعتبار أن الوقاية خير من العلاج

المطلب الثاني : مدة الضمان وعلاقتها بالنظام العام

إن فكرة النظام العام تعد فكرة مطاطة ومرنة يصعب على الفقه تحديدها غير أنه يمكن القول أن هذه الفكرة تقوم على أساس حماية المصلحة العامة فهي بذلك تعد بمثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على جميع العلاقات القانونية وتتجلى عادة في شكل القاعدة القانونية الآمرة التي تؤدي مخالفتها إلى بطلان العمل الذي يقوم به المكلف سواء أكان عقد أو عملا منفردا⁽⁵⁾

وقد تحدد القاعدة القانونية مدى تعلقها بالنظام العام ويستشف ذلك من صياغتها وعندما لا تحدد القاعدة القانونية ذلك فإن القاضي يتولى بنفسه النظر في مدى تعلق حكم قانوني ما بالنظام العام وذلك بالرجوع إلى السياسة التشريعية المتبعة في الدولة ومجموعة القيم التي تحكم المجتمع.

والحقيقة أن علاقة مدة الضمان بالنظام العام يمكن استخلاصها من علاقة أحكام المسؤولية العشرية بالنظام العام بإعتبار أن مدة الضمان ما هي إلا شرط من شروط تحقيق هذه المسؤولية وسوف يتم لنا ذلك باللجوء إلى تتبع مسلك التشريعات المقارنة في نظرتها إلى هذه المسألة.

فبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي الصادر في سنة 1804 نجده قد سكت عن بيان ما إذا كانت مدة الضمان تعد من النظام العام وأمام هذا السكوت فقد تفرق الفقه ما بين منكر ومؤيد إذ ذهب البعض إلى أن مدة الضمان ليست من النظام العام و إنطلقوا في تبريرهم لذلك بأن المسؤولية العشرية ما هي إلا

مسؤولية عقدية وبالتالي فإنها في هذا الجانب تخضع للقواعد العامة⁽¹⁾ فمن المعلوم أن القواعد العامة تجيز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدية وأن الضمان بوجه عام لا تعتبر أحكامه من النظام العام فيجوز بحسب الأصل الإتفاق على ما يخالفها أي يجوز تشديدها أو تخفيفها أو حتى محوها بإتفاق خاص بإستثناء حالة الغش أو الخطأ الجسيم⁽²⁾.

(3) السنهوري، الوسيط، ج07، المرجع السابق، ص124

(4) المادة 133 من القانون المدني الجزائري

(5) ميلود سلامي، عقد التحكيم في القانون الداخلي الجزائري رسالة ماجستير جامعة الجزائر 2003 ص36

(1) عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق ص 311

(2) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق ص 235

ثم إن أصحاب هذا الرأي رغم اعترافهم بخروج أحكام المسؤولية العشرية على القواعد العامة فيما يتعلق بالمدة إلا أن هذا لا ينفي الطبيعة العقدية لهذه المسؤولية وبرروا ذلك أن هذا الخروج على القواعد العامة فيما يتعلق بالمدة تقرر لحماية رب العمل الذي يكون عادة غير خبير بفن البناء لضمان بعض العيوب التي لا تظهر إلا مع الوقت⁽³⁾ وهذا ما مكنهم أن يستخلصوا منه أن أحكام المدة لم تقرر لحماية المصلحة العامة وإنما لحماية المصلحة الخاصة بفئة معينة وبالتالي فإن ربطها بأحكام النظام العام يعد ربطاً غير مقبول ، ودليلهم في ذلك أن أحداً لم يقل بأن ضمان بائع السيارة للعيوب الخفية من النظام العام مع أن سلامة مستعملها وسلامة العامة دائماً مهددة بالخطر⁽⁴⁾ بينما يذهب الرأي الثاني وهو الغالب في فقه القانون الخاص والقضاء المدني الفرنسي إلى أن مدة الضمان تعتبر من النظام العام ويستندون إلى الطابع الإستثنائي أو القانوني لأحكام المسؤولية العشرية⁽⁵⁾ بإعتبارها مسؤولية قانونية أنشأها القانون لحماية رب العمل ضد عيوب البناء نظراً لعدم خبرته بهذا الفن وأصوله⁽⁶⁾ ويترب على ذلك أن المسؤولية العشرية ليست بمسؤولية عقدية مما يمكن القول أنها لا تخضع لأحكام هذه الأخيرة والتي تجيز الإتفاق على مخالفة أحكامها.

وتعلق مدة الضمان بالنظام العام هي ضرورة إقتضتها حماية السلامة العامة فعيوب البناء وما يترتب عليها من تدهم الأبنية والمنشآت المعيبة لا تصيب رب العمل وحده بالضرر بل غالباً ما تؤدي إلى حدوث كوارث قد تصيب الكثير من الأفراد بأضرار من غير رب العمل فمتانة المباني وسلامتها مسألة تتعلق بالنظام العام⁽¹⁾ أين أمكن للقضاء أن يستخلص من ذلك إعتبار مدة الضمان من النظام العام حتى وفي ظل غياب نص صريح يقضي بذلك، ولقد شرح واضعوا المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 في الأعمال التحضيرية أسباب بقاء المهندسين والمقاولين مسئولين بعد تسلم الأعمال خلال عشر سنوات إذ رأوا أنه بالنسبة للبناء الذي رغم أنه قد تكون له مظاهر المتانة إلا أنه مع ذلك يمكن أن يكون مشوباً بعيوب خفية تجعله ينهار بعد فترة من الوقت قد لا تكون بالقصيرة لذلك إستلزم الأمر إخضاع المهندس والمقاول لواجب الضمان خلال مدة تكفي للتأكد من متانته⁽²⁾

كما أن تعلق مدة الضمان بالنظام العام هو ضرورة تقتضيها حاجة رب العمل في مقاولات البناء لحماية خاصة ضد إهمال المعمارين ونتائج الضارة على إعتبار أنه لا يفهم في مسائل البناء بينما هم من المهنيين ذوي الخبرة في هذه المسائل⁽³⁾

⁽³⁾ عياشي شعبان، المرجع السابق ص 149

⁽⁴⁾ عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق ص 312

⁽⁵⁾ عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق ص 309

⁽⁶⁾ كامل فؤاد، الرسالة السابقة ص 145

⁽¹⁾ محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق ص 15

⁽²⁾ عياشي شعبان، الرسالة السابقة ص 146

⁽³⁾ محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق ص 256

ولقد تدخل المشرع الفرنسي لحل هذه المشكلة وذلك بإصلاحه التشريعي الشامل لأحكام المسؤولية العشرية الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 1978 منحازا إلى جانب الفريق الثاني حيث نص في المادة 1792-5 المستحدثة بهذا القانون على أن كل شرط يتضمنه العقد يكون من شأنه أن يستبعد أو يحد من المسؤولية فأصبح بذلك الأمر مفصول فيه باعتبار أن مدة الضمان العشري من النظام العام.

أما في مصر فلم يكن القانون المدني القديم يتضمن نصا يجعل مدة الضمان من النظام العام بل كان يجري على نهج القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 إلا أنه ومع رغبة المشرع في تشديد المسؤولية المعمارية عن عيوب البناء وحث المعماريين على بذل أقصى درجة ممكنة من العناية في تأدية عملهم جعله يتدخل بنصه في المادة 657 من القانون المدني الجديد بأنه يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي أن هذه المادة تبررها اعتبارات الوقاية العامة (4)

ولاشك أن المشرع المصري في مسلكه هذا كان قد إستفاد مما دار من خلاف فقهي على الساحة القانونية الفرنسية فاختار جانب تأكيد الحماية القانونية لرب العمل وتثبيتها وأوصد في وجه المقاول والمهندس المعماري كل باب يكون من شأنه التملص من أحكام المسؤولية العشرية بإنقاص مدتها أو الإعفاء منها (5) وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري فقد نص بصراحة في المادة 556 على أنه يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه وهي تقريبا نفس المادة المنصوص عليها في القانون المدني المصري ، ولقد أجمعت قواعد القانون المدني على بطلان أي شرط يجد في العقد الخاص من مدة الضمان أما شروط عقد الأشغال العامة تخضع للقانون العام في الدولة فلا ينجو المقاول من ضمان التصدعات لكن طرفا في العقد الخاص أو الإداري قد يرغبان في بقاء المنشآت أقل من عشر سنين فتسري مدة الضمان طول المدة التي رغبا ببقاء المنشآت قائمة خلالها مهما كانت المواد التي استعملت في البناء (1) وعلى ذلك فإن التشريعات المقارنة بما فيها المشرع الجزائري قد حققت بجعلها مدة الضمان من النظام العام الأهداف المتوخاة من فرض المسؤولية العشرية بحيث أن ترك مسألة تحديد مدة الضمان لإرادة الأطراف من شأنها أن تؤدي إلى إفراغ هذه المسؤولية من محتواها ولأصبح من الصعب تحقيق حماية السلامة العامة من جهة وحماية رب العمل من جهة أخرى ولقضت على خصوصية المسؤولية العشرية.

وهكذا بعد أن انتهينا إلى أن مدة الضمان قد جعلتها التشريعات المقارنة من النظام العام، يحق لنا أن نتساءل عن أثر ذلك على حكم اتفاق الأطراف بشأن تلك المدة إذ أن تعليق حكم ما على النظام العام ليس غاية يهدف إليها المشرع في حد ذاتها وإنما هي وسيلة لتحقيق غاية معينة وهي سد كل ذريعة تؤدي إلى الانفلات من هذا الحكم أو الهروب من تطبيقه، فبحكم أن العقد شريعة المتعاقدين قد يضع الأطراف شروطا تمس بمدة الضمان بالزيادة وهذا ما يمكن أن نسميه تشديدا أو بالنقصان (شروط مخففة) كما قد يضع الأطراف شرطا معفيا وهذا ما يؤدي إلى ضرب أحكام الضمان والقضاء عليها ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على تشديد مدة الضمان

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء الخامس ص 29

(5) عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 308

(1) محمود النفوري، إلزامات البناء ومسؤوليته عن تصدع البناء، مجلة المحامون العدد 6، ص 57 دمشق 1992 ص 329.

فكل إتفاق يحصل بمقتضاه رب العمل على ضمانات أو شرط من شأنها زيادة مدة الضمان لأكثر من عشر سنوات يكون إتفاقا مقبولا وصحيحا⁽²⁾ ويعمد أرباب العمل إلى ذلك إذا ما إلتمسوا عدم كفاية هذه المدة لتحقيق التأكد من سلامة ومتانة البناء وهذا لا يتناقض مع مقتضيات النص القانوني الذي يبطل الشروط المعفية والمخففة لا غير، أي أنه بمفهوم المخالفة ليس هناك ما يحرم الإتفاق على إطالة المدة ثم إن هذا ينسجم مع الحكمة المقصودة من جعل المسؤولية من النظام العام وهي تشديد الضمان المعماري عما تقضي به القواعد العامة⁽³⁾

ويقع مثل هذا الإتفاق صحيحا في القانون المدني الجزائري لإتفاقه مع إرادة المشرع في التشديد من مسؤولية المقاولين والمهندسين وذلك لدفعهم على بذل أقصى عناية ممكنة في تنفيذ إلتزاماتهم العقدية⁽⁴⁾ وإذا كان هذا هو الأصل بالنسبة للشروط التي يقصد بها التشديد في الضمان بإطالة مدته إلى أكثر من المدة المحددة قانونا إلا أنه يجب التحفظ بالنسبة للحالة التي يتعسف فيها رب العمل خاصة إذا كان هو الطرف القوي في العقد فيقوم بالإشتراط على المقاول والمهندس المعماري على أن تكون مدة الضمان أكثر من عشر سنوات مستغلا وضعه القوي في العقد في حين أن واقع العمل المطلوب تنفيذه ومواصفاته وظروفه لا تفرض هذا التشدد بحيث أن مدة العشر سنوات تكون كافية لتحقيق الغرض من الضمان ويجد هذا التحفظ أساسه في القواعد العامة في ما يتعلق بشروط الإذعان في التعاقد بإعتبار أن هذه الشروط تعتبر في حقيقتها من شروط الإذعان التي يخضع بموجبها الطرف الضعيف لرغبة وإرادة الطرف القوي⁽¹⁾ فإذا ما تمكن المدين إثبات تعسف رب العمل وقع الشرط باطلا بإعتباره من الشروط التعسفية.

وهكذا بعد أن رأينا حكم الشروط المشددة في مدة الضمان وكيف أنها تقع صحيحة بشرط عدم التعسف إلا أنه قد يقع الإتفاق على إنقاص المدة أي التخفيف منها فما هو حكم هذا الإتفاق ؟ يستخلص من صريح عبارة المادة 556 من القانون المدني الجزائري أن البطلان لا يقتصر على الإتفاقات المعفية من المسؤولية فحسب بل يقع أيضا على الشروط المخففة ويظهر ذلك من عبارة الحد منه فإذا ما إتفق الأطراف على إنقاص مدة الضمان إلى مدة أقل من عشر سنوات فإن هذا الإتفاق يقع باطلا بإعتباره يمس النظام العام الذي يهدف إلى حماية السلامة العامة ولقد جرى القضاء الفرنسي قبل صدور قانون 1978 رغم تسليمه بتعلق الضمان العشري بالنظام العام على قبول الشروط المخففة إلا إذا كان من مقتضاها المساس بصفة جوهرية بمبدأ الضمان ذاته فقد أجاز للطرفين الإتفاق على إنقاص مدة الضمان للوقت اللازم لتبين العيوب التي يسأل عنها المهندس المعماري والمقاول على إعتبار أنه لا توجد في مثل ذلك الإنقاص مخالفة للنظام العام⁽²⁾ متى لم يكن المقصود بها التستر على غش يصدر من المهندس المعماري أو المقاول أو تغطية خطأ جسيم يصدر منهما شريطة أن

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 125

(3) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق ص 259

(4) كامل فواد، الرسالة السابقة ص 152

(1) عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق ص 319

(2) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق ص 292

تكون المدة المتفق عليها كافية لتجربة البناء واختبار صلابته ومتانته وكشف ما يعتريه من عيوب وأنها لا تكون من النفاهة بحيث تستر إعفاءه من المسؤولية وليس تخفيفا منها⁽³⁾ أما بعد نفاذ قانون 04 جانفي 1978 فإنه يمكن القول بأن المشرع الفرنسي سار منذ ذلك التاريخ في نفس الإتجاه المتشدد الذي كان قد سبقه إليه التقنين المدني المصري والقانون المدني الجزائري وهو الإتجاه القاضي ببطلان الشروط المخففة لمدد الضمان . وهكذا فإنه يمكن القول بأن تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام يقتضي عدم جواز الإتفاق على النزول عنها والحد منها مقدما سواء تم ذلك عن طريق الإشتراط به في نفس العقد أو بمقتضى إتفاق لاحق وذلك لتعارض مثل هذه الشروط مع حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة اللتين قصد المشرع حمايتهما بمقتضى الجانب الوقائي لأحكام هذه المسؤولية⁽⁴⁾

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية لمدة الضمان

المقصود ببيان الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري هو الوقوف عما إذا كانت هذه المدة هي مدة تقادم فيسري عليها ما يسري على مدد التقادم من شروط وأحكام أم أنها مدة سقوط فتخضع لما تخضع لها مدد السقوط من أحكام⁽¹⁾؟

لقد حدد المشرع الفرنسي بنص المادة 1792 من القانون المدني مدة عشر سنوات تحسب طبقا للقواعد العامة في عقد المقاولة من وقت تسلم الأعمال كمدة لضمان مسؤولية المقاول والمهندس المعماري محل البحث وفي نفس الوقت قضت المادة 2270 الواردة في باب التقادم بإعفاء المقاول والمهندس المعماري من ضمان المسؤولية بعد مضي عشر سنوات أيضا وتحسب مدة هذا الإعفاء بدوره من وقت التسلم⁽²⁾

تطرح هذه المواد مسألة إختلاط مدة الضمان مع مهلة الدعوى وهذه المسألة كانت محل خلاف في ما إذا كانت العشر سنوات هي مدة الضمان ومدة تقادم في وقت واحد⁽³⁾ وقد حاول جانب من الفقه الفرنسي أن يفصل بين المدتين مستندا إلى ما يظهر من نصوص في خصوص مسؤولية مشيدي البناء فخلصوا إلى القول بأن رب العمل يمكنه بشرط أن يتحقق الضرر خلال عشر سنوات التالية للتسليم أن يرفع دعوى الضمان ضد المشيد خلال ثلاثين سنة من يوم تحقيق الضرر طبقا للقواعد العامة⁽⁴⁾ ويدعم الفقهاء رأيهم هذا إلى أنه حتى

(3) عبد الرازق حسين يس المرجع السابق ص 324

(4) عبد الرازق حسين يس المرجع السابق ص 335

(1) عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق، ص 293

(2) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 250

(3) فتحة قرّة، المرجع السابق ص 169

(4) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 251

في التشريعات الأوروبية المقارنة تأخذ بالفصل بين مدة الضمان ومدة التقادم لإختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما (5)

ثم إن هذا الإتجاه يستقيم أيضا مع أن المشرع وباستحدثاته للضمان العشري إنما كان يريد التشديد على المسائلين به فالأخذ بوحدة المدة بين الضمان وتقادم الدعوى لا يصب في هذا الإتجاه التشريعي بل يمكن أن يفسر على أنه يصب في مصلحة المهندسين والمقاولين (6)

كما أن القول بأن مدة الضمان هي مدة تجربة لمتانة وسلامة البناء يقتضي أن لا تكون مهلة رفع الدعوى مختلطة بها إذ المنطق يقتضي أن تكون مهلة رفع الدعوى محسوبة من تاريخ حدوث العيب أو من تاريخ العلم به لكن القضاء الفرنسي لم يعتمد وجهة النظر هذه بل ثبت منذ حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض سنة 1882 على أن دعوى رب العمل تعتبر قد سقطت بعد مضي عشر سنوات محسوبة من تسلم الأعمال (7) وأبدى المشرع الفرنسي (8) رغبة أكيدة في التخلص من هذا الخلاف الذي قد كان ساد ردا من الزمن بين مدة

الضمان ومدة تقادم دعوى الضمان سبب وحدتهما بحيث قد ظل مفضلا الوحدة بين المدتين في المقدار فتكون مدة الضمان هي بذاتها مدة تقادم دعواه (1) وما لبث أن أذعن الفقه إلى ذلك وراح يسلم بأن مدة الضمان تختلط بمهلة الدعوى مع نظرتهم إلى مدة الضمان بحسبانها فترة تجربة للتحقق من متانة البناء وسلامته فتعدوا السنوات العشر على هذا النحو مهلة تجربة ومهلة لرفع الدعوى في آن واحد (2)

ويبدو في هذا الإتجاه الذي سلكه المشرع الفرنسي إهدارا لحقوق رب العمل في التمتع بالضمان إذ في الفرض أن العيب قد إكتشف في اليوم الأخير من السنة العاشرة فإن دعوى الضمان لا يمكن رفعها في اليوم الثاني إذ تكون قد سقطت بالتقادم (3) كما أن فيه من جهة أخرى إهدارا لحق المقاول والمهندس المعماري في التخلص من الإلتزام بمضي مدة معقولة من تاريخ حدوث العيب أو إكتشافه إذ في الفرض أن العيب قد ظهر فور تسلم رب العمل للبناء فإنه يبقى له الحق في رفع دعوى الضمان وقد سكت عن المطالبة به مع إمكان هذه المطالبة طيلة عشر سنوات (4).

بينما يذهب الفقه الجزائري والمصري إلى أن مدة العشر سنوات المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني الجزائري (المادة 651 من القانون المدني المصري) هي مدة إختبار لصلابة البناء وسلامته يستطيع من خلالها رب العمل أن يتحقق من حسن تنفيذ الأعمال التي قام بها المشيد وليست مدة تقادم (5) ولذلك فإنها لا

(5) أنظر المادة 1870 من القانون المدني الإيطالي التي تفرق بين مدة الضمان وتجعلها عشر سنوات ومدة رفع الدعوى وتقدرها بستينين

(6) MAZEAUD (H.L.J) traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle .

,T02 6ed 1970 page 129

(7) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 251

(8) أنظر تعديل المادة 2270 ق مدني فرنسي بقانون رقم 12 لسنة 1978 المؤرخ في 1978/01/04

(1) عبد الرازق حسين يس، المرجع السابق، ص 396

(2) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 252

(3) فتحة قرّة، المرجع السابق، ص 169

(4) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 253

(5) عياشي شعبان، الرسالة السابقة، ص 82

تتوقف ولو وجد مانع تعذر 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⁽⁶⁾ وبعبارة أخرى فإن كلا من المشرعين وإدراكا للأهمية البالغة للمباني والمنشآت الثابتة الأخرى أرادا أن يجبرا كلا من المهندس المعماري والمقاول على أن يبذلا كل ما في وسعهما من علم وفن وخبرة عملية لتسليم العمل خاليا من العيوب فيتحقق بذلك الصالح العام فرأى أن خير وسيلة يتحقق بها هذا الإلزام هي ربط المسئول عن العمل طيلة المدة الكافية لتجربته واختباره⁽⁷⁾ كما أن ما يعزز هذا الإتجاه هو أن مدة العشر سنوات هي شرط من شروط تحقق المسؤولية فهي أمر يدخل في تكوينها بحيث أنه لا يمكن القول بمسألة المقاول أو المهندس المعماري في حالة تحقق العيب أو الخلل بعد مرور مدة العشر سنوات في حين أن القول بسقوط الحق بالتقادم يفترض وجود الحق أولا ثم مرور مدة زمنية معينة يضعها المشرع دون طلب ذلك الحق .

ثم إن المشرع الجزائري ليحسم أمره في التأكيد على أن مدة العشر سنوات ليست بمدة التقادم فقد ميز بين مدة رفع دعوى الضمان وجعلها مستقلة عن مدة ضمان الأعمال فنص بالمادة 557 من القانون المدني على أنه تتقادم دعاوي الضمان بانقضاء ثلاثة سنوات من وقت حصول التهدم أو إكتشاف العيب⁽⁸⁾ ويظهر الفرق بين منحي المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي في الفرض التالي ففي حالة ما إذا اكتشف رب العمل العيب الموجب للضمان في اليوم الأخير من العشر سنوات وكان يوم عطلة فإن حقه في الضمان يسقط لمضي المدة في نظر المشرع الفرنسي في حين أن المشرع الجزائري يتيح لرب العمل أن يرفع دعوى الضمان خلال ثلاثة سنوات لإنفصال مدة الضمان عن دعوى الضمان وفي حالة ما إذا إكتشف رب العمل العيب في البناء في السنة الثانية بعد تسلمه فإن المشرع الفرنسي يعطي له فرصة تمتد إلى ثمان سنوات من أجل رفع دعوى الضمان بينما المشرع الجزائري يحدد لرب العمل حقه في دعوى الضمان بثلاث سنوات فيسقط حقه في ضمان هذا العيب رغم أن مدة العشر سنوات لم تنقض بعد .

المبحث الثاني : كيفية إحتساب مدة الضمان (تسلم الأعمال)

إن النطاق الزمني للمسؤولية العشرية يطرح على الصعيد القانوني بعض الإشكاليات التي تتعلق بتحديد تاريخ بدء سريان الضمان إلا أنه عمليا نكون أمام ثلاثة وقائع يمكن إتخاذها كنقطة بداية لإنطلاق مدة العشر سنوات، الواقعة الأولى هي واقعة إنجاز الأشغال والواقعة الثانية هي واقعة إستيلاء رب العمل على البناء المشيد والواقعة الثالثة هي واقعة تسلم الأعمال.

وبالرجوع إلى نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري فإننا نجد المشرع قد فصل في هذا الأمر بجعله مدة الضمان تبدأ من وقت تسلم العمل نهائيا ومع صراحة النص فإننا نحصر نطاق دراستنا في هذا المبحث

⁽⁶⁾ كما لا يرد عليها الإنقطاع الذي يرد على التقادم: محمد لبيب شنب شرح عقد المقاوله، المرجع السابق، ص 167

⁽⁷⁾ عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 300

⁽⁸⁾ Amor Zahi , le droit et la responsabilité en matière de construction , R.A.S.J.E.P ,N°03 pu Alger 1987 p 601

على فكرة التسلم بحسبانها تعد حجر الزاوية بالنسبة إلى جميع أحكام المسؤولية الخاصة بالمقاول والمهندس المعماري فعليه تقوم معظم أحكامها إذ سنحاول التعرف على هذه الفكرة وتمييزها والتطرق إلى حل الإشكالات التي تطرحها

المطلب الأول : مفهوم التسلم

من أجل دراسة هذا المطلب سوف نتطرق إلى فرعين اثنين الأول يتعلق بتعريفه والثاني ندرس فيه الشروط الواجب توافرها فيه.

الفرع الأول : تعريف التسلم

إن السؤال المطروح في هذا الفرع يتعلق بتعريف التسلم و نميز في هذا بين نوعين من التعريف التعريف القانوني والتعريف الفقهي

1-التعريف القانوني :

ويقصد بالتعريف القانوني التعريف الذي يعطيه المشرع للنظام القانوني الذي يفرضه على الأفراد وبالرغم من أن التعريف ليس من إختصاص المشرع فهو غالبا ما يقوم بذلك وهذا ما يثير مشاكل قانونية قد تؤدي إلى إختلاف الفقه حول طبيعة هذا النظام لأن تعريف المشرع لنظام قانوني معين لا يعطينا إلا القليل حول جوهره وطبيعته⁽¹⁾

وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي وبموجب تعديل الصادر في سنة 1978 بواسطة القانون رقم 12 المؤرخ في 04/01/1978 فإنه قد تصدى مباشرة لمسألة تعريف التسلم فنص في المادة 1792/06فقرة أولى على أن التسلم هو ذلك العمل الذي عن طريقه يقرر رب العمل بقبوله الأعمال المنجزة سواء مع أو بدون تحفظات⁽²⁾ فيفهم من عبارة بقبوله الأعمال أن مفهوم تقبل العمل بإعتباره نقطة بداية سريان مدد الضمان القانونية هو مفهوم واحد لا يختلف بإختلاف مدد الضمان الخاص بل ينطبق عليها جميعا وبالتالي فإن هذا القانون قد قنن ما ذهب إليه الفقه والقضاء من أن العبرة في بداية مدة الضمان تكون بقبول رب العمل للعمل لا بمجرد تسلمه للعمل فحسب⁽³⁾

⁽¹⁾ نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني، رسالة ماجستير جامعة الجزائر 1984 ص 06

⁽²⁾ Article 1792/6(1) : la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve ,elle intervient à la demande de la partie la plus diligente soit à l'amiable, soit défaut judiciairement,elle est en tout état de cause prononcée contradictoirement

⁽³⁾ محمد ناجي ياقوت ،المرجع السابق ص 153

وبلاحظ أن المشرع الفرنسي قد إستخدم مصطلح العمل أو التصرف رغبة منه في تبني الرأي القائل بأن التسلم هو تصرف قانوني من جانب واحد وليس مجرد واقعة مادية ومنه التأكيد على أهمية دور الإرادة في عملية التسلم (4)

أما القانون المدني المصري فقد نأى بنفسه عن التصدي لهذه المسألة تاركا أمرها إلى الفقه مكتفيا بالنص في المادة 651 على أن مدة العشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 554 من القانون المدني إلا أن هذا الأخير قد بين الطريقة التي يتم بها التسلم دون تعريفه إذ نص بالمادة 558 على أن المفاوض بعد أن يتم العمل يضعه تحت تصرف رب العمل فإذا إمتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته على ذلك بإنذار رسمي إعتبر أن العمل قد سلم إليه . و نلاحظ أن المادة المذكورة لم تتضمن حالة عملية تتعلق بتلف أو تعيب العمل في يد المفاوض دون تقصير منه أو إهمال منه فلا ضمان عليه و عليه فإننا نقترح إعتناء هذه الإضافة في المادة 558 مدني . و إن عدم تصدي المشرع لتحديد مفهوم التسلم قد يخلق صعوبات في حل النزاعات التي يمكن أن تطرح أمام القضاء خاصة إذا تمسك كل طرف بواقعة معينة ليتخذ منها أساسا لبدء مدة الضمان وعلى ذلك فإننا نرى بضرورة أن ينحى المشرع الجزائري نفس الإتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي وذلك بتحديد التسلم على أساس فكرة تقبل العمل بعد تمام إنجازه.

2-التعريف الفقهي

يذهب الفقه في مصر أن تسلم الأعمال في عقد المقاوله ليس هو مجرد التسلم المعروف في إلتزام المشتري أو المستأجر بتسليم المبيع أو العين المؤجرة بل يشتمل على معنى أبعده من ذلك فهو من جهة كالتسليم في البيع والإيجار أي الاستيلاء على العمل بعد أن وضعه المفاوض تحت تصرفه بحيث لا يوجد عائق في الاستيلاء عليه وهذا هو التسلم بمعناه المألوف وهو من جهة أخرى تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه وهذا المعنى الزائد تقتضيه طبيعة المقاوله فهي تقع على عمل لم يكن قد بدأ وقت إبرام العقد أي لم يكن موجودا فوجب عند إنجازه أن يستوثق رب العمل من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة ويكون ذلك بفحصه والموافقة عليه وهذا هو التقبل (1)

وبذلك فالتسلم هو الإجراء الذي بمقتضاه يتملك صاحب المشروع الأعمال نهائيا بعد أن يتأكد من أن المفاوض قد أوفى بإلتزامه على الوجه المرضي (2) وغالبا ما يقترن التسلم بالتقبل ولكن هذا لا يمنع من أن يكون كل منهما مستقلا عن الآخر فقد يسبق التسلم التقبل ويكون ذلك في الحالة التي يقوم بها رب العمل بحياسة البناء بعد إنجازه دون أن يفحصه فهو بذلك يكون قد تسلم العمل دون أن يتقبله (3) كما قد يسبق التقبل التسلم في حالة ما إذا قام رب العمل بمعاينة العمل المنجز وفحصه وإبداء قبوله دون تسلمه أي أنه يتركه تحت

(4) حسين عبد الرازق يسن، المرجع السابق ص 145

(1) فتحية قره، المرجع السابق ص 180

(2) محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة ج 02، د.م.ج. الجزائر 1984، ص 24

(3) نظرا لحاجة السكن كثيرا ما يتسابق الملاك والسكان على الوحدات السكنية قبل وأثناء إتمامها دون أن يحدث تسلم بالمعنى الدقيق.

حراسة المقاول⁽⁴⁾ هذا المعنى يؤكد أكثر جانب آخر من الفقه المصري إذ جعل من قبول العمل التزاماً مستقلاً عن الإلتزام بالتسليم يقع على عاتق رب العمل حيث يذهب الأستاذ لبيب أبو شنب إلى القول بأنه في عقد المقاولة لا يلتزم رب العمل فقط بتسليم العمل الذي قام به المقاول تنفيذاً للعقد بل يلتزم أيضاً بقبول هذا العمل⁽⁵⁾ فإذا انفصل التقبل عند التسلم فالعبرة بالتقبل دون التسلم إذ أن ما يترتب من نتائج إنما يترتب على التقبل فهذه النتائج يعجل بها مع التقبل إذا سبق التسلم وتتراخى إلى التقبل إذا تأخر عن التسلم⁽⁶⁾

ومع غياب التعريف التشريعي للتسلم فقد إتجه القضاء في مصر إلى تبني رأي غالبية الفقه بالأخذ بفكرة التقبل بحسبانها جوهر التسلم ومن ثم إذ إستشف قاضي الموضوع وجود هذا القبول من عناصر ووقائع النزاع المعروض كنا بصدد تسليم صحيح يبدأ به سريان مدة الضمان⁽¹⁾

وقد إتجه الفقه الفرنسي قبل ذلك إلى محاولة تعريف التسلم إذ يقول في هذا الشأن الأخوة مازو بأن التسلم هو العمل الذي بواسطته أو عن طريقه يعطي رب العمل تصديقه للأعمال التي تم إنجازها ويسلم مخالصة بذلك للمقاول والمهندس المعماري⁽²⁾ كما عرفه الأستاذ مالنقو جستانز بأنه العمل الذي عن طريقه يقرر رب العمل الأعمال التي نفذها المقاول لصالحه ويعترف بهذا بأن المقاول قد نفذ ما عهد به إليه من إلتزامات⁽³⁾

ويلاحظ من هذه التعريفات أن الفقه الفرنسي يؤكد على العنصر الإرادي في عملية التسلم وهو الإقرار أو التصديق بالموافقة على العمل وهو نفسه التقبل الذي أخذ به الفقه المصري هذا الإتجاه الفقهي قد تبناه المشرع الفرنسي كما سبق وأن رأينا في تحديده لمفهوم التسلم .

3- الطبيعة القانونية للتسليم

(4) عياشي شعبان ، الرسالة السابقة، ص 75

(5) حسين ع الرازق يس، المرجع السابق ص 148

(6) فتحة قره، المرجع السابق ص 180

(1) محمد حسين منصور المرجع السابق ص 86

(2) mazeud (h,l,j) opcit ,p84

(3) حسين ع الرازق يس، المرجع السابق ص 150

إن تحديد الطبيعة القانونية للتسليم تساعدنا في تحديد الوسيلة التي يمكن إثباته بها في حالة النزاع حول حصوله والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل أن التسليم واقعة قانونية أم هو عمل قانوني ؟ فالواقعة القانونية هي كل حدث يترتب القانون على مجرد وقوعه أثرا معيناً بصرف النظر عن تخلف أو وجود إرادة صاحبه وهذه الواقعة إما أن تكون مشروعة فيترتب عليها إلزام ينشأ عنه ما يسمى بالفعل النافع أو ما سماه القانون المدني الجزائري شبه العقود وإما أن تكون غير مشروعة فتترتب عليها المسؤولية التقصيرية (4)

وما يلاحظ أن القانون لا يعتد في الواقعة القانونية إلا بمجرد الوقوع ولا يعير للإرادة أي إهتمام فالعبرة عنده هو وقوع الحدث بمعزل عن إرادة محدثه في ترتيب الأثر (5) أما العمل القانوني فهو تعبير الإرادة في سبيل إنتاج آثار قانونية (6) فالتصرف القانوني يترتب إلزاماً يكون مصدره هو إرادة الفرد فإذا إقترنت هذه الإرادة بإرادة أخرى سمي المصدر عقداً وإذا لم تقترن بإرادة أخرى سمي إلزاماً بإرادة منفردة (7)

وهكذا فإن معيار التمييز بين الواقعة القانونية والعمل القانوني يكمن في الدور الذي تلعبه الإرادة بالنسبة لكل منهما فبينما يكون هذا الدور غائباً ولا أثر له في الواقعة القانونية يكون دور الإرادة ضرورياً وجوهرياً في العمل القانوني (1)

ونحن إذا ما قمنا بتحليل عملية التسليم فإنها تتكون من مزيج مادي وقانوني فرب العمل يقوم بوضع يده على العمل المنجز ويقوم بمعاينته ومطابقته بما هو متفق عليه وهذا هو الجانب المادي ثم يعلن عن إرادته في قبول هذا العمل أو رفضه وهذا هو الجانب القانوني .

غير أن الغالب في هذه العملية هو عنصر الإرادة إذ هو الذي يترتب عليه جل الآثار القانونية وأهمها بدء سريان مدة الضمان العشري بينما لا يترتب على العنصر المادي إلا بعض الآثار البسيطة والتي من أهمها إنتقال الحراسة (2)

وبناء على الغالب في هذه العملية فإن المشرع الفرنسي إعتبر أن التسليم هو عبارة عن تصرف قانوني بإرادة منفردة وليس مجرد واقعة مادية مما يستتبع القول بضرورة إثبات وجوده وتاريخه بالكتابة كلما زادت قيمة النزاع عن مبلغ خمسة آلاف فرنك فرنسي أو مائة ألف دينار جزائري مثله في ذلك مثل سائر التصرفات القانونية الأخرى (3)

(4) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 07

(5) حسين ع الرازق يس، المرجع السابق ص 168

(6) François terré , droit civile les obligations 8ed dalloz paris 2002 ,p06

(7) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 07

(1) حسين ع الرازق يس، المرجع السابق ص 169

(2) ع الرازق حسين يس، المرجع السابق ص 169

(3) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق ص 155

الفرع الثاني : شروط التسلم :

يشترط أولاً حتى يكون رب العمل ملتزماً بتسلمه (والتسلم كما سبق وأن أشرنا يتضمن التقبل) أن يكون العمل موافقاً للشروط المتفق عليها (4) فالمقاول يجب عليه أن ينجز العمل بالطريقة الواجبة وأن يبذل في إنجازه العناية اللازمة وعليه أخيراً أن ينجزه في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة (5) وعلى ذلك فإذا لم يتم المقاول بتنفيذ العمل فلا يمكن إلزام رب العمل بتسلم العمل ويكون في مقابل ذلك المقاول مخلاً بالتزامه ويسأل مسؤولية عقدية عن هذا الإخلال ولا يستطيع أن يدفع مسؤوليته إلا بإثبات أن سبباً أجنبياً هو الذي منعه من هذا التنفيذ (6)

والمادة 558 من القانون المدني الجزائري قد جاء في صدرها أن إلزام رب العمل بتسلمه للعمل لا يقع إلا عندما يتم المقاول العمل ويقوم بوضعه تحت تصرفه وهكذا فإن عبارة يتم المقاول العمل يراد بها تمام إنجازه والإنتهاء منه كلية بحيث يصبح مهياً تماماً لتسلمه من قبل رب العمل (7) ويراعي أن تنفيذ المقاول هو

الوفاء بالإلتزام والمقرر أن الوفاء بالإلتزام للدائن يعتبر تصرفاً قانونياً يخضع لوسيلة الإثبات المحددة قانوناً (4)

وكما تأكد إشتراط إتمام العمل لحصول التسلم بنص القانون مؤيد بالعديد من أحكام القضاء الفرنسي بشقيه العادي والإداري نذكر منها على سبيل المثال >التسلم لا يمكن أن يكون صحيحاً قبل إنجاز العمل (2) وأيضاً (وضع اليد لا يساوي تسلماً ولو كان مؤقتاً إلا إذا كان قد تآتى بعد إنجاز الأعمال) (3) إن هذا الشرط يمكن لرب العمل التمسك به كسبب يرفض به تسليم العمل ويقوم بإثبات تخلف هذا الشرط بإعتباره واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن ويقدر القاضي مدى أحقية رب العمل في رفض التسلم أي يراقب مدى تخلف الشرط (4)

ويشترط ثانياً أن يكون العمل المنجز مطابقاً لما هو منصوص عليه في العقد ومتفقاً مع قواعد الفن وأصول الصنعة وهذا الشرط إنما يستند إلى أن رب العمل لا يلزم إلا بتسلم العمل وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد الذي هو قانون المتعاقدين فإذا لم يكن العقد متضمناً لشروط معينة أو كانت هذه الشروط غير كاملة فيرجع إلى ما هو متعارف عليه من قواعد الفن وأصول المهنة فيجب أن يكون العمل المنجز متفقاً مع هذه القواعد وتلك الأصول (5)

(4) محمد ماجد عباس خلوصي، العقود الهندسية المحلية الدولية، دار الكتب القانونية مصر 2004 ص 117

(5) فتحة قرة المرجع السابق ص 107

(6) . محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، ط2 منشأ المعارف الإسكندرية 2004 ص 115

(7) السنهوري، الوسيط، ج 07، المرجع السابق، ص 149

(1) أنور طلبية، العقود الصغيرة الشركة والمقاول، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة 2004 ص 247

(2) cass civ 3 , 30/06/1993 gaz pal 1994 p 02

(3) ع الرازق حسين يسن المرجع السابق ص 184

(4) محمد حسين منصور المرجع السابق ص 87

(5) ع الرازق حسين يسن المرجع السابق ص 185

أما إذا خالف المقاول شروط العقد بحيث أن البناء الذي أنجزه قد تم بشكل غير مطابق لتلك الشروط أو كانت به عيوب تخالف قواعد الفن وأصول المهنة فإنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن التسلم⁽⁶⁾ ويجب أن تكون المخالفة للشروط أو لأصول الصنعة التي تبرر عدم إلتزام رب العمل بالتسلم جسيمة إلى حد أنه لا يجوز عدلا إلتزامه بالتسلم إذ يكون العمل غير صالح للغرض المقصود منه كما يتبين من ظروف التعاقد فإذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامه بقي رب العمل ملتزما بالتسلم⁽⁷⁾ وتتيح المادة 558 من القانون المدني الجزائري لرب العمل الحق في رفض التسلم وهذا ما يمكن إستنتاجه بمفهوم المخالفة من عبارة <فإذا أمتنع دون سبب مشروع عن التسلم > الواردة بنفس المادة إذ يدخل في مفهوم السبب المشروع كل مخالفة جسيمة لشروط التسلم ومن ذلك عدم مطابقة البناء للشروط المتفق عليها أو المتعارف عليها .

والأصل أن العمل يعد مطابقا لشروط العقد ولأصول وقواعد الفن المعماري فإذا ما تمت دعوة رب العمل إلى استلامه بإنذار رسمي وامتنع عن ذلك أعتبر أن العمل قد سلم إليه إلا إذا اثبت السبب المشروع المبرر للرفض وهذا ما يستنتج منه أن على رب العمل أن يتخذ موقف إيجابيا وذلك بالإدعاء أمام القضاء لإثبات أنه يرفض التسلم لإخلال المقاول بإلتزام من التزاماته فيقوم القضاء بالنظر في وجود المخالفة من عدمها ثم في مدى جسامتها وهذه كلها مسائل واقع يفصل فيها قاضي الموضوع بما له من سلطة تقديرية مطلقة على الواقع وله أن يستعين في ذلك بتقرير الخبراء وهو ما يكون عادة لتعلق الأمر بمسائل تقنية يستحسن الرجوع لذوي الاختصاص قبل الفصل فيها

المطلب الثاني : كفيات التسلم وإثباته

تتم عملية التسلم بكفيات مختلفة تتحدد إما بشكل معين تتم به أو صور يمكن أن تظهر من خلالها، كما أنه من الأهمية بمكان أن نبين كيفية إثبات هذه العملية خاصة في حالة ما إذا ثار النزاع حول حصولها.

الفرع الأول: كفيات التسلم:

أولا : أشكال التسلم

التسلم وبحسابانه التصرف القانوني الذي بمقتضاه يبدأ في حساب مدة الضمان العشري يمكن أن يكون بشكل صريح كما قد يتم بشكل ضمني والتسلم الصريح قد يكون رضائيا كما قد يلجأ إلى القضاء لتقريره ثم إن

⁽⁶⁾ راجع المادة 875 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري

⁽⁷⁾ . فتيحة قره، المرجع السابق ص 182

رب العمل قد يتسلم كل العمل المتفق عليه فيكون تسلماً كلياً كما قد يتسلم جزءاً منه فقط فيكون تسلماً جزئياً

1- التسلم الصريح :

التسلم الصريح وهو الشكل الغالب الذي تتم به هذه العملية والذي بواسطته يعطي رب العمل موافقته الصريحة لتقبله الأعمال المنجزة ويمكن له أيضاً أن يوكل المهندس المعماري للقيام بهذه المهمة فيصبح التسلم في هذه الحالة صريحاً أيضاً لأن تصرف المهندس المعماري ينصرف إلى رب العمل⁽¹⁾

ويتم هذا التسلم في الشكل الذي تحدده إرادة الأطراف فيمكن لهم أن يتفقوا على أن يتم كتابة كما لهم أن يتفقوا على أن يكون شفاهة حسب الشكل الذي يحقق مصالح الأطراف⁽¹⁾. وعادة ما تتم العملية بالشكل التالي حيث تتم معاينة الأعمال في التاريخ المحدد بواسطة لجنة مكونة من رب العمل والمقاول والمهندس وإذا لم يحضر المقاول أو مندوبه في الموعد المحدد تتم المعاينة بمعرفة رب العمل والمهندس فإذا تبين من المعاينة أن الأعمال قد تم تنفيذها كاملة على الوجه المقبول يعمد إلى تحرير محضر بنتيجة المعاينة يوقع عليها رب العمل والمقاول والمهندس⁽²⁾ غير أنه إذا تبين من المعاينة أن الأعمال لم تتم بالشكل المتفق عليه فإن لرب العمل الحق إما أن يتسلم العمل مع إبداء التحفظات التي يراها مناسبة لجعل العمل موافقاً للشكل الذي تم التعاقد عليه⁽³⁾ وإما أن يرفض التسلم إذ في هذه الحالة الأخيرة يصبح من الضرورة اللجوء إلى القضاء للفصل في مسألة التسلم.

فإذا لم يتم المقاول بتنفيذ التحفظات التي أبدتها رب العمل أو تباطأ فيها على الوجه الذي يضر بمصالح رب العمل رغم إعداره جاز لهذا الأخير بعد إستئذان القضاء ودونه في حالة الإستعجال أن يقوم بتنفيذها بواسطة

⁽¹⁾ cass civ 3 17/11/1993 resp civ et assur 1994 comm 91

⁽¹⁾ cass civ 3, 13/07/1993 j c p G 1995 2, 22395

⁽²⁾ محمد ماجد عباس خلوصي، مرجع سابق، ص 179

⁽³⁾ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 196

مقاول آخر وعلى نفقة المقاول الأول مع الإحتفاظ بحقه في التعويض إن كان له محل وذلك طبقا للقواعد العامة في تنفيذ العقود (4)

ولكن كيف يكون الحل عندما يرفض رب العمل تسلم العمل عند عرضه عليه بدون مبرر أو تكون مبرراته تعتبر في نظر المقاول أو المهندس المعماري غير مؤسسة ؟

يختلف الوضع في فرنسا عنه في كل من مصر والجزائر، فالقانون رقم 12 لسنة 1978 المعدل للقانون المدني الفرنسي ينص على أن التسلم يتم بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل به سواء كان وديا أو قضائيا وهو بذلك يقر بنوع آخر من التسلم وهو التسلم القضائي وهو عبارة عن تسلم حكمي يقوم مقام التسلم الفعلي إذ في الحالة التي يختلف فيها الأطراف حول تسلم العمل بعد إنجازه فإنه على صاحب المصلحة أن يلجأ إلى القضاء للنظر في مسألة رفض التسلم فتحل إرادة القاضي محل إرادة رب العمل المتخلف عن تنفيذ التزامه بالتسلم وذلك بإعلان التسلم بدلا منه إذا ما ثبت لديه توافر كافة الشروط الموضوعية التي تطلبها القانون (5) وهذا أمر نؤيده لعدة أسباب أهمها أنه لو كان الحكم يقضي بإلزام رب العمل بتسليم العمل فإن نتائج التسلم تكون من تاريخ تنفيذ الحكم وبالتالي يكون رب العمل وهو من ثبت تعنته أن يستفيد من نتائج تعنته هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه من باب القياس فإن هذا الرأي يستقيم مع ما كان الفقه الفرنسي يأخذ به قبل تعديل سنة 1978 في كون أنه في حالة رفض رب العمل تسلم العمل بدون مبرر شرعي فإنه يعتبر قد تسلم العمل فعلا من تاريخ توصله بالإندار الرسمي الذي يرسله إليه المقاول.

ويذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى الإعتراف للقاضي بسلطة تحديد تاريخ للتسلم يختلف عن تاريخ صدور حكمه به (1) فله أن يأخذ بالتاريخ الذي يقر فيه الخبير أن العمل كان منجزا تماما ومطابقا لجميع المواصفات المتطلبة وموضوعا تحت تصرف رب العمل ليتسلمه كما له أن يأخذ بالتاريخ الذي يودع فيه الخبير تقريره.

بينما يذهب كل من المشرع المصري والجزائري إلى النص على أن كلا من المهندس المعماري والمقاول لا يجب أن يبقيا تحت رحمة رب العمل فإذا ما رفض تنفيذ التزامه بالتسلم فإن القانون يضع لها حلا يتمثل في أنه متى ما قام المقاول بدعوته إلى تسلم العمل بواسطة إندار رسمي و إمتنع رغم ذلك عن التسلم إعتبر أن العمل قد سلم إليه (2)

وبذلك فإن المشرع قد وضع قرينة لفائدة المقاول والمهندس المعماري حتى يحد من إمكانية تعسف رب العمل خاصة إذا تعمد هذا الأخير عدم تسلمه للعمل لكي يؤخر بعض الإلتزامات التي تترتب عن التسلم من بينها إنتقال حراسة البناء إليه وإستحقاق باقي الأجر وتقل عبء تبعة الهلاك.

(4) عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق ص 219

(5) عبد الرزاق حسين يسن المرجع السابق ص 224

(1) عبد الرزاق حسين يس المرجع السابق ص 227

(2) المادة: 655 من القانون المدني المصري

المادة 556 من القانون المدني الجزائري يقترح إعادة صياغتها على النحو التالي سواء في تحريرها باللغة العربية أو الفرنسية "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد منه "

وينبني على ذلك أن المشرع قد حدد لرب العمل إتجاهين في مسألة رفضه لتسلم فهو لا يقبل منه الوضع السلبي ويحمله نتائجها فيفرض عليه إذن أن يتخذ موقفا إيجابيا يتمثل في حضوره لعملية التسلم فإذا كان له تحفظات حق له أن يضمنها في محضر التسلم فلا يكون حينها أمام المقاول إلا اللجوء إلى القضاء إذا ما أراد أن يدفع بعدم جدية التحفظات .

2/-التسلم الضمني

التسلم الضمني وهو ذاته التقبل الضمني ويعرف على أنه إتخاذ رب العمل موقفا معينا لا تدع ظروف الحال معه شكاً في أنه يعبر عن إرادة واعية في تسلم العمل محل التعاقد وتقبله⁽³⁾ وهو يستخلص من وقائع تفترض بالضرورة موافقة رب العمل عليه كاستعمال الشيء المصنوع مدة طويلة أو تأجيله للغير أو إدماجه في شيء آخر أو دفع الأجر المستحق للمقاول بعد معاينة العمل دون إبداء أي تحفظ⁽⁴⁾

والتسلم الضمني يتفق مع القواعد العامة في التعبير عن الإرادة التي تجيز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً⁽⁵⁾ الأمر الذي أخذ به المشرع الجزائري ينص المادة 60 من القانون المدني التي تنص على أنه يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا وبالرجوع إلى الأحكام القانونية المنظمة للتسلم في القانون المدني الجزائري نجد أنها لا تشترط أن تكون عملية التسلم عملية حضورية كما لا تشترط أن يكون التسلم صريحا مما يمكن القول أنه يجوز أن يكون

التسلم ضمنياً ما لم يوجد إتفاق يقضي بضرورة أن يتم التسلم صريحا، غير أن جانبا من الفقه الفرنسي قد إستند إلى بعض عبارات المادة 6/1792 من القانون المدني الفرنسي للقول بأن قانون 1978/01/04 يمنع التقبل الضمني أصلا كعبارة <التصرف الذي يعلن فيه رب العمل> أنه قد قبل <وعبارة التقبل القضائي المقابل للتقبل الودي وتطلب النطق بالتقبل في الحالتين في حضور الطرفين فمثل هذه التعبيرات المستخدمة في النص من شأنها من وجهة نظر هذا الرأي أن تحظر التقبل الضمني أو على الأقل أن تضع عقبات تحول دون إمكانية وجوده⁽¹⁾ كما أن بعض الأحكام التي تعند بالتسلم النهائي إعتبرت أن التسلم الضمني للأعمال يعتبر بمثابة مجرد تسلم مؤقت وذهبت أنه لا يمكن الإعتراف بإمكان بدء سريان مدة الضمان من يوم حدوث الواقعة التي تعبر عن معنى هذا التسلم الضمني⁽²⁾ .

(3) عبد الرازق حسين يس المرجع السابق ص 231

(4) محمد لبيب شنب المرجع السابق ص 196

(5) علي علي سليمان المرجع السابق ص 29

(1) محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 152

(2) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 260

ويرى الأستاذ محمد ناجي ياقوت أنه كان من الأفضل لو تدخل المشرع المصري بالنص صراحة على وجوب أن يكون التقبل صريحا منعا لما يمكن أن يثور من منازعات في هذا الصدد حول تاريخ بداية مدة الضمان.

إلا أن هذا الرأي مردود عليه في كون أن المادة 6/1792 من القانون المدني الفرنسي لم تصرح بوجود أن يكون التسلم صريحا وأن النص ذاته قد قطع بأن التسلم هو عبارة عن عمل قانوني وأن القواعد العامة تجيز أن يكون العمل القانوني ضمنيا ما لم ينص القانون أن يكون صريحا .

أما ظرف الحضور الذي تطلبه المشرع الفرنسي لتمام التسلم فلا يجب أن يكون عقبة في وجه عدم الإقرار بوجود التسلم الضمني إذ أن هدف المشرع من إقتضاء هذا الشرط ليس رفض التسلم الضمني وإنما حماية مصلحة المقاول في ضرورة تواجده أثناء التسلم لإبداء رأيه في التحفظات التي يبديها رب العمل وهو يتسلم العمل وبالتالي فإن شرط الحضورية لا يؤدي إلى رفض التسلم الضمني ذلك لأن هذا الشرط لا يتطلب بالقطع ضرورة الكتابة وبالنتيجة لذلك فهو لا يقتضي أن يكون التسلم صريحا ويمكنه أن يتحقق من تصرف الأفراد⁽³⁾ إلا أنه يشترط لقبول التسلم الضمني أن لا يعترض عليه رب العمل أي أن لا تكون هناك تحفظات على العمل المنجز⁽⁴⁾.

لذلك فقد قضى أنه يمكن إستخلاص القبول ضمنا من تسلم رب العمل للبناء دون إبداء أي تحفظ فإن المدة تحتسب من تاريخ هذا الإستلام فإذا لم يحرر محضر بالقبول ولم يثبت تاريخ شغل رب العمل للمكان فإن المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحساب مع المقاول سواء قام رب العمل بعمل التسوية بنفسه أو أناب عنه المهندس المعماري وذلك على أساس أن عمل هذه التسوية يفيد القبول من وقتها على الأقل⁽⁵⁾ وهذا يتفق مع أن التوصل إلى معرفة تاريخ التسلم يمكن أن يكون بأي طريقة من طرق الإثبات حيث أن إثبات التسلم إنما يتأتى في أغلب الأحيان بإثبات واقعة وضع اليد والتي هي عبارة عن واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة

طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، هذا بالنسبة للأعمال الخاصة أما بالنسبة للأعمال العامة فإن مجلس الدولة الفرنسي يعتد دائما في تحديد بدء سريان مدة الضمان العشري بوقت حدوث التسلم النهائي إلا إذا كان هناك إتفاق على غير ذلك أما إذا سبق وضع اليد الفعلي محضر التسليم والتسليم كانت العبرة بوضع اليد الفعلي وليست بتاريخ محضر التسليم والتسلم طالما كان وضع اليد تالي على تمام إنجاز الأعمال أما إذا سبق وضع اليد تمام إنجاز الأعمال كانت العبرة بوقت إنجاز الأعمال⁽¹⁾

ثانيا: صور التسلم

01/ التسلم الكلي والتسلم الجزئي :

لما كان المحل الذي يقع عليه التسلم هو العمل المطلوب إنجاز هذا الأخير الذي قد يكون بطبيعته يقبل التجزئة ومثال ذلك إنجاز عمارات سكنية كما قد لا يقبل العمل محل التسلم التجزئة ومهماتكن طبيعة هذا المحل فإن عقد المقاولة هو الذي يحدد الطريقة التي يتم بها تسلم العمل حسب كل حالة وعند عدم الإتفاق يرجع إلى العرف وأصول المعاملات في هذا المجال ويحصل التسلم في الغالب بشكل كلي متى كان المقاول

⁽³⁾ عبد الرازق حسين يسين المرجع السابق ص 235

⁽⁴⁾ 188 (3.10/03/1982 :j c p 1982 Iv , cass civ

⁽⁵⁾ فتية قره المرجع السابق ص 155

⁽¹⁾ عبد الرازق حسين يسين المرجع السابق ص 350

قد أتم الأعمال ووضعها في مجموعها تحت تصرف رب العمل⁽²⁾ ويكون ذلك إذا كانت المنشآت لا يمكن تجزئتها لإرتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة⁽³⁾ بحيث لا يكون أمام رب العمل سوى أن ينتظر إنجاز المقاول لكل العمل حتى يمكنه من تسلمه وهنا يكون التسلم كلياً ونهائياً بتاريخ واحد ومحضر تسلم واحد⁽⁴⁾ ويكون ذلك حتى ولو تم التسلم على مراحل إذ أن مدة الضمان لا تبدأ في السريان إلا بتسلم المرحلة الأخيرة مادام أن البناء كل متكامل ولا يقبل التجزئة⁽⁵⁾

وقد سبق وأن أشرنا إلى أن طريقة التسلم تخضع لإرادة الأطراف فمتى انفق المقاول ورب العمل أن يكون التسلم كلياً فلا يمكن للمقاول أن يجبر رب العمل على تسلم جزء من العمل رغم أن طبيعة العمل محل التسلم تقبل ذلك⁽⁶⁾

ومع ذلك فلا شيء يمنع أن يصير الإتفاق على إمكان تجزئة التسلم بمعنى حصوله على مراحل كلما أتم المقاول جزءاً من الأعمال⁽⁷⁾ بحيث أنه إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة أو كان الثمن محددًا بسعر الوحدة فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب إجراء المعاينة عقب إنجاز كل جزء أو عقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كافية بالنسبة للعمل في جملته⁽⁸⁾ ويمكن تصور ذلك في الفرض الذي تتضمن فيه الصفقة إنشاء مجموعة من المباني أو الوحدات المنفصلة إذ تقتضي مصلحة كل من المقاول ورب العمل تسليم كل وحدة منها فور اكتمال الأعمال فيها، إذ حكم في هذا الشأن بأن وحدة الصفقة المتعلقة بتنفيذ مجموعة من الأبنية لا تحول دون حصول تسليمات منفصلة بالنسبة لكل مبنى منها يستقل كل منها بآثاره وخاصة فيما يتعلق ببدأ سريان مدة المسؤولية العشرية⁽¹⁾ ويلاحظ أنه في هذه الحالة يكون تاريخ التسلم لكل مرحلة على حدى سواء أكان تسلماً مؤقتاً أم تسلماً نهائياً بحيث تتعدد تواريخ التسلم ومحاضره بحسب عدد المرات التي يتم فيها بحيث تبدأ مدة الضمان العشري بالنسبة لكل مرحلة على حدى تبعاً لتاريخ تسلمها⁽²⁾

وفي الغالب يسعى المقاول إلى التسليم الجزئي لأنه يتمخض عن مصلحة أكيدة له تتمثل في إستحقاقه للجزء من الأجر المقابل للجزء المسلم فإذا ما رفض رب العمل التسلم الجزئي فيجب الرجوع إلى أسباب الرفض فإذا ما أثبت رب العمل أنه قد تم الإتفاق على أن التسليم لا يتم إلا بعد إنجاز كامل العمل محل العقد⁽³⁾ فإن إمتناعه يصبح مشروعاً أما إذا لم يتم ذلك وأثبت المقاول أن العمل محل العقد يقبل التجزئة بطبيعته وأن رب العمل

(2) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 162

(3) السنهوري الوسيط ج 7 ص 122

(4) عبد الرازق حسين يسين، المرجع السابق ص 245

(5) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 87

(6) عبد الرازق حسين يسين المرجع السابق ص 245

(7) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 162

(8) فتحة قوة المرجع السابق ص 179

(1) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 162

(2) عبد الرازق حسين يسين، المرجع السابق ص 246

(3) ويلجأ أرباب العمل إلى هذا الشرط في العقد حتى لا يتحملوا آثار التسلم والمتمثلة في إستحقاق الأجر عبء حراسة الأعمال المسلمة وتحمل تبعه الهلاك

رفض التسلم تعسفا فإن له أن يتمسك بالإجراءات النصوص عليها بالمادة ق.م.ج وهي القيام بإعذار رب العمل إلى تسلم الجزء المنجز خلال مدة معينة وإلا اعتبر العمل قد سلم إليه أي ما يعرف بالتسلم الحكمي الذي يأخذ حكم وآثار التسلم الفعلي.

ويثار التساؤل حول تحديد التاريخ الذي يعتد به في بدء سريان مدة الضمان العشري هل هو تاريخ تسلم كل جزء على حدى فتكون بصدده ضمانات أم هو تاريخ تسليم الجزء الأخير من العمل المطلوب إنجازه ؟

إنقسم الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا حول هذا الموضوع بحيث إتجه رأي إلى القول بأن مدة الضمان العشري تبدأ لكل عمل منجز ومسلم من تاريخ حصول تسلمه تسلماً صحيحاً بدون تحفظ متى كانت تجزئة التسلم ممكنة لا تأبأها طبيعة العمل و لا يرفضها شرط في العقد بينما إتجه رأي ثان إلى الأخذ بالتسلم الأخير أي تسلم آخر جزء من العمل المنجز وإعتباره لحظة بداية مدة الضمان العشري لكامل العمل المنجز حتى ولو إنصب العيب المدعى به على جزء من العمل المسلم قبل الجزء الأخير

نحن نذهب إلى تأييد الإتجاه الأول لأنه يحقق الغاية⁽¹⁾ من الأخذ بالتسلم الجزئي وإلا فما الفائدة التي يتوخاها المقاول من اللجوء إلى هذا الطريق غير أننا نشترط أن يكون العمل محل العقد فعلاً يقبل بطبيعته للتجزئة لأنه في حالة العكس فإننا نكون بصدده تقصير لمدة الضمان العشري وهو إتفاق يقع باطلا بحسبانه مخالفا للنظام العام إذ سبق وأن رأينا أن مدة الضمان العشري هي من المدد المحمية قانوناً بحيث لا يجوز الإتفاق على تقصيرها.

2/- التسلم المؤقت والتسلم النهائي

يمكن أن يجزأ تسلم الأعمال بالنظر إلى الزمن الذي يحصل فيه على أكثر من مرحلة إذ نكون بصدده تسلم مؤقت وتسلم نهائي إذ درجت العادة في خصوص مقاولات المباني أن تتضمن الصفقة المبرمة بين المقاول ورب العمل شرطاً بموجبه يتم التسلم على مرحلتين يكون في أولاهما تسلماً مؤقتاً يستمر في العادة لمدة سنة⁽²⁾ يعلن بعدها التسلم النهائي⁽³⁾ وذلك بتنفيذ المقاول لكافة الإصلاحات وإزالة كل النقائص أو الشوائب التي أحاطت

(1) عبد الرازق حسين يسين المرجع السابق ص 356

- عياشي شعبان الرسالة السابقة ص 77

(2) وهذا مانجده في أغلب دفاتر الشروط المنظمة للصفقات المبرمة بين أطراف عقد مقاوله البناء والمنشآت العامة حيث ترد في هذه الدفاتر على وجود تسلم مؤقت يلحقه بعد سنة تسلم نهائي .

(3) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 158

بالعمل التي كانت موضوعا للتحفظات التي تضمنها محضر التسليم والتسلم المؤقت تنفيذا مرضيا لرب العمل⁽⁴⁾ ويعرف التسلم المؤقت على أنه إقرار رب العمل لتقبل العمل المنجز بصفة مؤقتة حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التي أبقاها خلال تسلمه العمل وذلك خلال مدة معينة يلحقها تسلم نهائي⁽⁵⁾ والغرض من الإستلام المؤقت هو تمكين رب العمل من معاينة البناء معاينة دقيقة تسمح له بالتأكد من مطابقته لما هو متفق عليه⁽⁶⁾ ويرى بعض الفقه الفرنسي أنه لا يوجد ما يسمى بالتسلم المؤقت لأننا لا نكون بصدد تسلم إلا في حالة قبول رب العمل الأعمال المنجزة وبدون تحفظات⁽⁷⁾ أي أننا في الحقيقة نكون بصدد تسلم جزئي لجانب من الأعمال وهو الجانب الذي لم يبد بشأنه رب العمل أية تحفظات ومن ثم تسري مهلة الضمان العشري بالنسبة له من يوم هذا التسلم ، وتسلم نهائي وهو جزئي أيضا يبدأ منه سريان مهلة عشرية أخرى خاصة

بالجانب من الأعمال الذي كان رب العمل قد تحفظ عليها متى تم رفع تلك التحفظات⁽¹⁾ أما التسلم النهائي فيعرف على أنه ذلك الإجراء الذي بمقتضاه يتملك صاحب المشروع الأعمال نهائيا بعد أن يتأكد من أن المفاوض قد أوفى بالتزامه على الوجه المرضي⁽²⁾

وتثير مسألة ازدواجية التسلم على هذا النحو إشكالية تحديد بدء سريان مدة العشر سنوات أي هل نحسب مدة الضمان من تاريخ التسلم المؤقت أم من تاريخ التسلم النهائي ؟ وفي هذا الصدد تشير المادة 554 من القانون المدني الجزائري إلى أن مدة الضمان العشري تبدأ من وقت تسلم العمل نهائيا ولا يثير مضمون هذه المادة أي لبس في تحديد نية المشرع الجزائري في تبني الأخذ بالتسلم النهائي كنقطة بداية الإنطلاق مدة الضمان العشري بتعبير صريح غير أن هذا لا يدفعنا إلى القول بأن المشرع الجزائري لا يقبل بالتسلم المؤقت غاية ما في الأمر انه لا يعطيه أثر بداية مدة الضمان في حين يمكن أن يكون من آثاره إستحقاق الأجر إذ المادة 559 من القانون المدني تنص على إستحقاق الأجر عند تسلم العمل دون أن تشير إلى أنه يجب أن يكون نهائيا.

(4) عبد الرازق حسين يسين المرجع السابق ص 240

(5) عبد الرازق حسين يسين المرجع السابق ص 240

(6) محمد لبيب شنب المرجع السابق، ص 168

(7) عبد الرازق حسين يسين، المرجع السابق ص 241 (هـ 01)

(1) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 159

(2) كامل فؤاد الرسالة السابقة ص 139

أما في مصر فيكاد بجمع الفقه على أن سريان مدة عشر سنوات تبدأ من وقت التسلم النهائي لا من وقت التسلم المؤقت⁽³⁾ على إعتبار أن التسلم المؤقت لا يتضمن التقبل بكافة عناصره المكونة لحصول التسلم الذي يعتد به لإنطلاق مدة الضمان.

بينما سبق لمحكمة الإستئناف المختلطة أن قضت بأن العبرة في تحديد بدء سريان مدة الضمان العشري هي بتاريخ التسلم المؤقت وليس بتاريخ التسلم النهائي وهو إتجاه تبنته بعض الأحكام القضائية في مصر⁽⁴⁾ غير أنه في الحقيقة لم تحسم محكمة النقض المصرية بشكل صريح في هذه المسألة إذ أنها في جل أحكامها لم تشر إلى الفرق بين الإستلام المؤقت والإستلام النهائي إذ عادة ما تشير إلى إستلام الأعمال دون التفرقة⁽⁵⁾ أما في فرنسا فقد ذهب رأي إلى أن سريان مدة العشر سنوات تكون من تاريخ التسلم المؤقت⁽⁶⁾ وحجته في ذلك أن الإعتداد بالتسلم النهائي من شأنه أن يجعل المهندس المعماري والمقاول تحت رحمة رب العمل إذ يكفي أن يذكر بعض التحفظات التي غالبا ما تكون تافهة أو متعلقة بأعمال ثانوية في البناء كي يعرقل بها عملية التسلم فيطيل بذلك مدة الضمان وهذا أمر مخالف للعدالة التي تقتضي الإعتداد بالتسلم المؤقت تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشري هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه لما كانت مدة العشر سنوات هي مدة إختبار لصلابة ومثانة البناء فإن هذا الغرض يتحقق أيضا إبتداء من تاريخ التسلم المؤقت⁽¹⁾ كما أنه من جهة ثالثة فإن الإعتداد بالتسلم النهائي من شأنه أن يؤدي إلى زيادة سنة أخرى على الأقل لمدة ضمان هي من قبل طويلة⁽²⁾ وفي هذا الإتجاه سارت بعض أحكام المحاكم الفرنسية⁽³⁾

غير أن الحجج السابقة لم يكن من شأنها أن تقنع جانبا آخر من الفقه والقضاء رأى ضرورة الإعتداد بالتسلم النهائي كنقطة بداية لسريان مدة الضمان العشري و إستندوا في ذلك على أن التسلم المؤقت كما يدل عليه الإصطلاح نفسه ليس له إلا صفة تمهيدية تحضيرية بحيث أن هذا التسلم لا يمكن رب العمل إلا من مجرد فحص سريع للعمل المسلم هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التسلم النهائي هو الذي يعبر بدقة عن سير تنفيذ الصفقة بحيث لا تعتبر الرابطة التعاقدية قد وصلت إلى نهايتها الزمنية في العلاقة بين الطرفين إلا بالتسلم النهائي الذي يرفع مجموع التحفظات والذي يكون بمثابة إخلاء طرف ذمة المقاول⁽⁴⁾

كما انه من جهة ثالثة فإن الإعتداد بالتسلم النهائي ليس من شأنه أن يزيد من مدة الضمان العشري ذلك أن هذه الأخيرة لا تبدأ إلا بتاريخ التسلم النهائي أما المدة التي تفصل بين التسلم المؤقت والتسلم النهائي فإنها تخضع للأحكام العامة في المسؤولية العقدية⁽⁵⁾ وفي هذا الإتجاه سارت جل المحاكم الفرنسية حيث قضى بأن

(3) السنهوري الوسيط ج 07 المرجع السابق ص 122

(4) محمد لبيب شنب المرجع السابق ص 168 (هـ 02)

(5) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 255

(6) عياشي شعبان الرسالة السابقة ص 77

(1) عبد الرزاق حسين يسين المرجع السابق ص 359

(2) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 256

(3) وتعبيرا عن هذا الإتجاه قضت محكمة إستئناف ليون بأن التسلم المؤقت يكشف عن إنتهاء الأعمال وعن نية المالك في حيازة البناء LYON

15/01/1974 G P 1974

(4) محمد شكري سرور المرجع السابق ص 258

(5) عبد الرزاق حسين يسين المرجع السابق ص 364

البناء الذي لم يعلن تسلمه النهائي بعد يجب أن يعتبر قانونا وكأنه لم يكتمل بعد كما قضى بأن التشييد لا يعتبر قد اكتمل إلا منذ التسلم النهائي للأعمال على إعتبار أن التسلم المؤقت يتضمن تحفظا عاما ضمينا كما قضى بأن إدراج تحفظات بمحضر التسلم النهائي نفسه يحول دون بدء سريان المدة العشرية ما لم تكن هذه التحفظات تتعلق بعيوب تافهة الأهمية⁽⁶⁾ ويرجع إلى القضاء للفصل في مدى جدية التحفظات إذا ما أثير نزاع حول هذه المسألة وقد حسم المشرع الفرنسي لسنة 1978 هذا الخلاف حين نص في الفقرة الأولى من المادة 1792-6 على نظام التسلم الواحد سواء كان مقترنا بتحفظات أو لم يكن مقترنا بتحفظات ونص في الماد 2270 على أن مدة العشر سنوات هذه تبدأ من وقت تسلم الأعمال⁽⁷⁾

وخاصة لما سبق فإننا نؤيد الإتجاه الذي سار عليه المشرع الجزائري والذي أخذ بتاريخ التسلم النهائي كمبدأ لمدة الضمان العشري إستنادا على ما سبق ذكره على أن تتم هذه العملية بحضور جميع الأطراف المعنية ومنه المقاول المنفذ للمشروع والمهندس المعماري المكلف بمتابعة ومراقبة الأشغال ورب العمل وتثبيت مجريات هذه العملية في محضر يحرر لهذا الغرض ويكون موقعا من قبل جميع هذه الأطراف وذلك بعد المعاينة الحضورية للأعمال المنجزة⁽¹⁾ وبذلك يعبر رب العمل عن إرادته البتة والجازمة لتقبله العمل بصفة نهائية.

الفرع الثاني: إثبات التسلم

تكتسي مسألة الإثبات أهمية بالغة عند المنازعة في حصول واقعة معينة أو تصرف قانوني معين إذ لا يكفي وجود الإلتزام بل يجب على من يدعي به أن يثبته بالطرق التي رسمها القانون . ولما كانت المسؤولية العشرية حتى تلقى على عاتق المقاول والمهندس المعماري يجب أن يكون التهدم أو العيب المسبب للمسؤولية قد حصل في مدة العشر سنوات تبدأ من تاريخ التسلم وجب إثبات هذا التاريخ وقبل ذلك إثبات حصول واقعة التسلم .

وترتبط هذه المسألة إرتباطا وثيقا بالطبيعة القانونية للتسلم فإذا ما قلنا أن التسلم هو عبارة عن واقعة مادية فإنه في هذه الحالة يجوز إثبات هذه الواقعة المادية بكافة طرق الإثبات⁽²⁾ لأنه في هذا الفرض يكفي لمن له المصلحة في إثبات وقوع التسلم أن يثبت الإنتقال المادي للأعمال إلى حيازة رب العمل وله ذلك حتى عن طريق الشهود أو القرائن ومثال ذلك حصول المقاول على الأجر يعد قرينة على حصول التسلم فينتقل عبء إثبات العكس إلى الطرف الأخر.

⁽⁶⁾ محمد شكري سرور المرجع السابق ص 259

⁽⁷⁾ عياشي شعبان الرسالة السابقة ص 77

⁽¹⁾ كامل فؤاد الرسالة السابقة ص 139

⁽²⁾ محمد حسين منصور المرجع السابق ص 135

أما إذا قلنا بأن التسلم هو عبارة عن عمل قانوني فإنه يخضع في إثباته إلى قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة بإعتبار أنه تصرف قانوني غير مقدر القيمة وذلك في غير المسائل التجارية ما لم يكن هناك إتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك⁽³⁾

ولقد إنتهينا أن التسلم في التشريع الجزائري هو عبارة عن عمل قانوني تتجه فيه إرادة رب العمل إلى قبول الأعمال المنجزة وموافقته عليها وبالتالي وجب إثبات هذه الموافقة كتابة ما لم يوجد نص أو إتفاق يقضي بخلاف ذلك، إذ في هذا الصدد تنص المادة 554 من الق.م.ج على أن إمتناع رب العمل عن التسلم بدون عذر مقبول وبعد إنذاره بطريق رسمي يؤدي إلى إعتباره قد تسلم العمل فهنا يكفي إثبات الإمتناع ومضي مدة الإنذار لإثبات حصول التسلم أما إذا إختار المفاوض طريق القضاء لإجبار رب العمل على تسلم العمل فإن الحكم القضائي هو الذي يحدد تاريخ التسلم وبالتالي يكون وسيلة إثبات قاطعة .

ولقد جرى العرف على أن تعقب عملية التسلم مباشرة قيام الأطراف بالإمضاء على محضر يعد خصيصا لإثبات هذه العملية يسمى بمحضر التسليم والتسلم هذا الأخير الذي يعد الوسيلة الطبيعية لإثبات عملية التسلم، ولا يضع المشرع شكلا معيناً يجب أن يتم فيه هذا المحضر ولكن عادة ما يتضمن هذا المحضر أطراف معينة (رب العمل أو من ينوبه قانونا المفاوض والمهندس المعماري) كما تتضمن ملاحظات رب العمل على العمل المنجز حيث يقر بمطابقته للشكل المتفق عليه سلفا كما قد يتضمن مجمل التحفظات التي يبديها رب العمل في حالة وجود عيوب يطلب تصليحها على أن يقفل بإمضاء جميع الأطراف محددًا المكان والزمان اللذان تم فيهما تحرير هذا المحضر⁽¹⁾ ويكون بذلك لهذا المحضر قوة إثبات على حصول عملية التسلم وعلى تحديد تاريخها وهو بذلك يعد دليلاً مهياً للإثبات ذو قوة مطلقة لا سبيل إلى نكرانه إلا بالطرق التي حددها القانون⁽²⁾ ويكفي أن يشار في المحضر إلى تاريخ حصول عملية التسلم بكافة عناصرها ولا يشترط أن يشار إلى ساعة حصول هذه العملية ذلك لأن مدة الضمان العشري تحسب بالأيام لا بالساعات وعلى ذلك فإنه لا يحسب اليوم الأول لأنه لا يكون يوماً كاملاً وتنقضي المدة بإنتهاء اليوم الأخير وهذه مدة كاملة لا تخضع لأحكام الوقف أو الإنقطاع بإعتبارها مدة تجرية وإختبار وليست مدة تقادم⁽³⁾، والحقيقة أن محضر التسليم والتسلم ما هو إلا مجرد وسيلة للإثبات أي أن مدة الضمان لا تحسب من تاريخ تحريره وإنما تحسب من تاريخ حصول التسلم فعلاً إذ أنه قد يكون له أثر كاشفاً لعمل قانوني قد تم حدوثه قبل تحرير هذا المحضر أو توقيعه وعلى ذلك فإنه يمكن القول أن التسلم يثبت في الأصل كتابة عن طريق محضر تسليم وتسلم إلا أنه يمكن في حالة التسلم الضمني إثباته بكافة طرق الإثبات ولذلك فقد قضى بأن مدة العشر سنوات الممنوحة لرب العمل كي يباشر فيها دعواه ضد المفاوض أو المهندس المعماري إنما تسري من اليوم الذي يكون قد تم فيه تسلم العمل مقبولاً من رب العمل سواء كان ذلك التسلم صريحاً مسجلاً في محضر التسليم والتسلم أو كان ضمناً عن

⁽³⁾ عبد الرزاق حسين يسين المرجع السابق ص 251

⁽¹⁾ محمد ماجد خلوصي، المرجع السابق ص 181

⁽²⁾ عبد الرزاق حسين يسين المرجع السابق ص 254

⁽³⁾ راجع ص 83 من الرسالة (الطبعة القانونية لمدة الضمان)

طريق الإستيلاء المادي على العمل بوضع اليد فإن لم يوجد محضر تسليم وتسلم ولم يمكن إثبات تاريخ وضع اليد فإن بدء سريان مدة الضمان يجب أن يكون إعتباراً من اليوم الذي تتم فيه تسوية الحسابات مع المقاول (4) ويقع عبء إثبات التسلم وتاريخه على عاتق رب العمل لأنه هو الذي يدعي بالضمان والتي من بين شروطها أن يكون العيب قد ظهر خلال مدة العشر سنوات (5) وهكذا يمكن القول أن تاريخ تسلم العمل هو فصل بين نظامين مختلفين نظام ما قبل التسلم وفيه تتعدّد مسؤولية المقاول والمهندس طبقاً للقواعد العامة ونظام ما بعد التسلم وهو الذي تقوم فيه مسؤوليتهما العشرية طبقاً للشروط والأحكام السابقة الذكر إذ بحصول التسلم صحيحاً ينتج أثره الأساسي والمتعلق ببداية مدة السنوات العشر المنصوص عليها قانوناً.

الخاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع تمكنا من الوصول إلى تحديد نطاق المسؤولية الخاصة بالمقاول والمهندس المعماري، فمن حيث النطاق الشخصي وباستقراء مجمل النصوص المنظمة لهذه المسؤولية في التشريع الجزائري تكشف لنا أن أشخاص هذه المسؤولية انحصرت في البداية في فئتين الأولى تتمثل في المسؤولين وهم كل من المهندس المعماري ومقاول البناء والمراقب التقني والمكاتب والمركبي العقاري أما الثانية فتمثلت في المستفيدين وهم كل من رب العمل والخلف الخاص والخلف العام والمشتري، أما من حيث النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية فقد تم تحديده في دائرتين الأولى تخص الأعمال والثانية تخص العيوب، فمن جهة تم حصر الأعمال الخاضعة للضمان في كل من البناء وكذا المنشآت الثابتة الأخرى ومن جهة ثانية تم تحديد العيوب الموجبة للمسؤولية الخاصة وقد تمثلت هذه العيوب في العيوب التي تؤدي إلى تهدم كلي أو جزئي للبناء أو العيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناء، أما من حيث النطاق الزمني فقد تمكنا

(4) محمد لبيب شنب المرجع السابق ص 167

(5) محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 165

من تحديد مدة هذا الضمان وكذا طبيعتها وكيفية حسابها أين توصلنا إلى علاقة بداية مدة الضمان بفكرة تسلم الأعمال والتي كنا قد أمطنا اللثام عليها بحسابها نقطة بداية حساب مدة الضمان العشري.

وقد ساعدتنا دراستنا لكل من القانون الفرنسي والمصري - رغم أن هناك بعض الملاحظات والانتقادات لكل تشريع على حدى - إلى الوصول إلى معرفة حقيقية للمسلك الذي ينتهجه القانون الجزائري في باب تحديد نطاق إعمال المسؤولية العشرية.

ونحن من جهتنا ومن خلال هذه الدراسة كان لنا بعض ما نوجهه من تقييم للمشروع الجزائري من أجل مواكبة غيره من التشريعات أو حتى مخالفة البعض منها بما يتناسب وطبيعة المجتمع الجزائري والنسق العمراني الذي يلائم هذه الطبيعة هذا من جهة ومن جهة أخرى حماية هذا المجتمع من ما يهدده من أخطار تحيط بعملية البناء إذا ما تركت بدون تحديد للنطاق الذي تدور فيه، ويمكن تحديد هذه التوجيهات والانتقادات في ما يلي :

على الرغم من أن الجزائر من أكبر الدول إقداما على تشييد وإنجاز المباني والمنشآت في الوقت الحاضر على الأقل مقارنة منها بفرنسا -على اعتبار أن الجزائر لازالت دولة نامية تهدف إلى استكمال بنيتها التحتية- إلا أن النطاق الشخصي والموضوعي في القانون الجزائري أضيق منه في القانون الفرنسي

-إنه نتيجة لتزايد الأشخاص المتدخلين في مجال أعمال البناء و تأثيرهم فيه وكذا تطور أساليب وطرق البناء وتواجد بعض مؤسسات البناء الأجنبية ونتيجة لأهمية المنشآت بصفة عامة فإنه يتوجب أن يكون هناك بعض التوسع في النطاق الشخصي والموضوعي .

- والحاجة في توسيع النطاق الشخصي ليشمل بعض الأشخاص الذين لهم دور هام في بقاء البناء سليم تتوجب تعديل المادة 554 ق.م.ج حتى تكون عباراتها جامعة ومانعة بإضافة بعض العبارات وحذف البعض منها ومن أجل ذلك يتوجب إضافة عبارة: (وكل من إرتبط مع رب العمل بعقد مقاوله) وبذلك فإن مسؤولية المتعاقد مع رب العمل تكون قائمة سواء كان مهندس معماري أو مهندس مدني أو مقاول ولم يكن له هذه

الصفة فإنه إذا تعاقد مع رب العمل بعقد مقاوله يكون مسئولا وحتى من يقوم بمهام المراقبة يكون مسئولا بموجب نص عام حتى لا يضطر إلى إستنتاج مسؤوليته من قانون التأمين فقط بحيث لا يوجد نص آخر يحمله المسؤولية الخاصة بالرغم من أن دور المراقب الفني هو من أهم الأدوار ومن أخطرها والتي تعاني منها الجزائر خاصة وأن القانون الجزائري في مجال البناء عموما مساير للتطورات العلمية لذا يتوجب إخضاع المراقب الفني لقواعد المسؤولية الخاصة بموجب نص صريح حتى يتمكن من الإحساس بالمسؤولية ويقوم بدور المراقبة على أكمل وجه بل وحتى أنه يتوجب تجريم الأفعال السلبية للقائمين بالمراقبة الفنية بنص عقابي خاص.

كما أن تعديل المادة 554 ق.م يتوجب حذف الفقرة الأخيرة التي تستثني المقاول من الباطن من أحكام المسؤولية الخاصة إذ يجب إخضاعه لأحكام هذه المسؤولية لما له من دور مباشر في إتقان أعمال الإنجاز خاصة وأن المقاول من الباطن في الجزائر أصبحت كثيرة الإنتشار وأن الصالح العام يتوجب إخضاعها لقواعد هذه المسؤولية بالتضامن مع المقاول الأصلي لأن الصالح العام هو إنجاز بناية أو منشأة خالية من جميع العيوب التي يمكن أن تكون أساس للمسؤولية العشرية وبذلك فإن المقاول من الباطن يكون أحرص من ذي قبل على سلامة الأعمال المنجزة .

- أما من حيث النطاق الموضوعي يتوجب التوسع في نطاق العيوب الموجبة للمسؤولية الخاصة لتشمل عيب عدم الصلاحية للغرض المعد له العمل وهذا لأهميته وخطورته كما يتوجب تحديد الأعمال الخاضعة للضمان لأن عبارة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى هي عبارة عامة يتوجب أن تكون هناك نصوص تنفيذية تحدد هذه المنشآت وما الذي يمكن أن يدخل ضمن الأجزاء الخاضعة للضمان وذلك حتى لا تكون هذه المسائل مثار جدل أمام القضاء الذي والحال هكذا يصعب عليه تحديد هذه الأعمال بدقة خاصة أن القضاء الجزائري ولا سيما المحكمة العليا لم يسبق لها وأن فصلت في مثل هذه المنازعات وبقيت شركات التأمين تقوم بتفسير هذا النطاق بموجب عقود التأمين إذ تقوم في غالب الأحيان بضمان أعمال الخرسانة فقط وبذلك فإن هذا النطاق بقي جامدا

مما يتوجب تدخل تشريعي عاجل عن طريق مراسيم تنفيذية لحسم الموضوع عن طريق حل الإشكال بتحديد دقيق وموسع لهذا النطاق.

كما أن فوضى الأشغال العمومية التي تعاني منها الجزائر سواء فيما يخص شق الطرقات أو الأرصفة أو تمرير القنوات الخاصة بصرف المياه بالرغم من أهميتها إلا أنه في غالب الأحيان تخضع للضمان السنوي على الرغم من أن العمر الافتراضي لهذه الأشغال يفوق العشر سنوات إلا أن ما نشاهده اليوم هو عدم صمود هذه الأشغال للمدة المفترضة وتلجأ الدولة لإعادة إنشائها لذا فإنه يتوجب أن تخضع هذه الأشغال إما للضمان العشري بعد تخفيض مدته وإما يحدد لها ضمان خاص تحدد مدته على الأقل بأربع سنوات.

كما أن إلزامية التأمين في مجال الضمان العشري بالرغم من إيجابيتها في القدرة على إصلاح الضرر في حالة وقوعه إلا أن حلول شركات التأمين محل المسئول عن عيوب البناء الموجبة للضمان العشري أدت بالأشخاص المسؤولين أن يكونوا دائما في منأى من أي تعويض على المسؤولية العشرية وبذلك فإن الحرص على إتقان هذه الأعمال من أجل التخلص من أحكام هذه المسؤولية غير متوفرة وبذلك فإن الصالح العام الذي يهدف له المشرع لم يتحقق لذا يتوجب على المشرع الجزائري أن يجعل شركات التأمين تلعب دور الكفيل الشخصي للمسئول عن الضمان العشري وبذلك يكون لشركات التأمين الحق في المطالبة بتجريد هذا الأخير ولو أن في هذا خروج على القواعد العامة تبرره ضرورة الحفاظ على المصلحة العامة.

أما فيما يخص النطاق الزمني فإنه وفقا للإعتبرات التي تم تبيانها في صلب هذا الموضوع فإننا نقترح تقليص مدة العشر سنوات إلى خمس سنوات مع إعادة تنظيم وتوزيع آليات الرقابة أثناء عمليات الإنجاز وبذلك تكون أفيد لجميع الأطراف لأن التوسيع في النطاق الشخصي والموضوعي يؤدي إلى دور وقائي يستتبع في مقابله تقليص في مدة الضمان على اعتبار أن مجال البناء قد تطور بشكل أصبح من اليسر إلى اكتشاف عيوب البناء في مدة وجيزة، كما أن هذا الإقتراح ليس مبتدعا فقد سبق أن عملت به عدة تشريعات مقارنة وفي دول تتشابه ظروفها وطبيعتها مع الجزائر.

وكخلاصة لما سبق فإننا نقترح صياغة المادة 554 قانون مدني جزائري كمايلي:

" يضمن المهندسون والمقاولون وكل من إرتبط مع رب العمل بعقد مقاوله إقامة مبان أو منشآت ثابتة أخرى وذلك بالتضامن فيما بينهم ما يحدث خلال خمس سنوات من تاريخ التسلم النهائي للعمل، من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى , وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها.

ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يظهر في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ,خلال مدة الضمان من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها , أو تجعلها غير صالحة لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله" .

وأخيرا فإننا نكون قد حاولنا على قدر ما استطعنا أن نتناول موضوعا هو من المواضيع التي تشغل بال العام والخاص باعتباره يمس أهم الحاجات التي يرمى الفرد إلى إشباعها دراسة ترمي إلى تحديد الإطار العام الذي من خلاله يتم تحديد المسؤوليات بشكل يسمح بالوصول إلى سد أي فراغ يمكن من خلاله التخبط في إلقاء المسؤولية على عاتق الشخص المسائل بها بعد تحققها موضوعا وفي مجالها الزمني المحدد قانونا.

قائمة المراجع

أولا- باللغة العربية

أولا-01-الكتب :

- 1- أبو اليزيد علي المتيت: جرائم الإهمال، ط(5)، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1986
- 2- أنور العمروسي : التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني – دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ط2003
- 3- أنور العمروسي: العقود الواردة على العمل في القانون المدني , منشأة المعارف بالإسكندرية ط 2000
- 4- أنور طلبة : العقود الصغيرة , الشركة والمقاول والتزام المرافق العامة المكتب الجامعي الحديث، ط2004 .
- 5- أسعد ذياب : ضمان عيوب البيع الخفية دار إقرأ، بيروت، ط1983
- 6- إبراهيم سيد أحمد : مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقها وقضاءا - دار الكتب القانونية ، ط2005
- 7- إلياس ناصف : موسوعة العقود المدنية والتجارية – ب د ن، بيروت، ط1991
- 8- حسين محمد جمعة:إنهيار العمارات، ب د ن، ط1997
- 9- محمد شكري سرور : مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى , دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي , دار الفكر العربي , القاهرة , 1985
- 10- محمد ناجي ياقوت : مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل منشأة المعارف , دار وهدان للطباعة والنشر, الإسكندرية بدون ت ن.
- 11- محمد عبد الرحيم عنبر : عقد المقولة , دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، ب د ن، 1977
- 12- محمد حسين منصور : المسؤولية المعمارية , دار الجامعة الجديدة للنشر، ط 2003
- 13- محمد حسين منصور : المسؤولية المعمارية , في حوادث وإنهيار المباني أثناء وبعد التشييد والتأمين الإجباري منها , شركة سعيد رأفت للطباعة ، ط. 1984
- 14- محمد لبيب شنب : شرح احكام عقد المقولة ، دار النهضة العربية ، ط 1964 .
- 15- محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني المصري, العقود المسماة ط(2) المطبعة العالمية , ودار النشر للجامعات المصرية، 1952
- 16- محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقولة في ظل الفقه والقضاء منشأ المعارف ط2004

- 17- محمد ماجد عباس خلوصي : العقود الهندسية المحلية والدولية – دار الكتب القانونية مصر 2004
- 18- محمد وحيد الدين سوار , شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات ج (1) مصادر الإلتزام ط 1980 .
- 19- معوض عبد التواب : مدونة القانون المدني , ج(2) – منشأ المعارف بالإسكندرية، ط 1987 .
- 20- معوض عبد التواب : الوسيط في شرح تشريعات البناء , ب د ن، ط 1988
- 21- سمير عبد السميع : مدى مسؤولية المهندس الإستشاري , مدني في مجال الإنشاء – مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر ط 2000
- 22- فتيحة قرّة : أحكام عقد المقاوله , دراسة فقهية قضائية للعقد في القانون المدني والتجاري وتطبيقات عملية لأهم عقود المقاوله , منشأ المعارف الإسكندرية 1992
- 23- فتحي غيث : قانون المهندس, دار المعرفة، ط 1960 .
- 24- قدرى عبد الفتاح : عقد المقاوله في التشريع المصري والمقارن، منشأ المعارف بالإسكندرية.
- 25- عز الدين الديناصوري , عبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء , الطبعة السابعة – شركة الجلال للطباعة الإسكندرية 2002.
- 26- علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر
- 27- عبد الرزاق حسين يس : المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاول البناء , طبعة الأولى - دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة 1987
- 28- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني , العقود الواردة على العمل (المقاوله , الوكالة , الوديعة , الحراسة) الجزء (7) , المجلد (1) دار إحياء التراث العربي , بيروت – لبنان 1964
- 29- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني, نظرية الإلتزام بوجه عام (الأوصاف , الحوالة , الإنقضاء) الجزء (3) , دار إحياء التراث العربي ط 1968
- 30- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني , نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام) , الجزء (1) دار إحياء التراث العربي , القاهرة 1952
- 31- عبد الناصر توفيق العطار : تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول مطبعة السعادة ، ب ت ن.
- 32- شفيق طعمة ، أديب إستانبولي : التقنين المدني السوري , نصوص قانونية , أعمال تحضيرية , مذكرات المشروع التمهيدي , إجتهاد قضائي , تعليقات فقهية- الجزء السادس , الطبعة الثانية، دمشق، 1990
- 33- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزامات، الدار الجامعية ، ب د ن، ب ت ن.
- 34- يوسف المعداوي : مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة , الجزء (2) , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر 1984

أولا-02- المقالات والمدخلات :

- 1- إبراهيم يوسف :المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول – المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية , الجزء (3) , 1995 .
- 2-جمال بوشنافة :المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري , مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول الترقية العقارية الواقع والأفاق , 08/07 / فيفري 2006, جامعة قاصدي مرباح ورقلة
- 3- زوليخة لحميم :المسؤولية عن تهدم البناء (حقائق من واقع زلزال 2003/05/21) , مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول الترقية العقارية الواقع والأفاق , 08/07 / فيفري 2006, جامعة قاصدي مرباح ورقلة.
- 4-واعلي جمال: الشكلية في عقد بيع العقارات على التصاميم بين التشريع و الممارسة القضائية , مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول الترقية العقارية الواقع والأفاق , 08/07 / فيفري 2006, جامعة قاصدي مرباح ورقلة
- 5- عياشي شعبان : أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري , المجلة الجزائرية للعلوم الإقتصادية والسياسية، ج42، رقم02، س2000 .
- 6- غانم محمد غانم المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء مجلة الحقوق العدد الثالث سنة التاسعة عشر ، جامعة الكويت، سبتمبر 1995.
- 7- ميلود سلامي، عقد التحكيم في القانون الداخلي الجزائري رسالة ماجستير جامعة الجزائر 2003 .
- 8-محمود النفوري، إلتزامات البناء ومسؤوليته عن تصدع البناء، مجلة المحامون العدد 6 السنة 57 دمشق 1992 .
- 09- الطيب زروتي، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقا للمرسوم 03/93 ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 02 لسنة 2000 .

أولا-03-الرسائل :

- 1- عياشي شعبان: الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء في القانون المدني الجزائري, دراسة مقارنة لرسالة الماجستير فرع العقود والمسؤولية - جامعة قسنطينة، 1989 .
- 2- كامل فؤاد :المسؤولية المدنية عن تهدم البناء في التشريع الجزائري – بحث لنيل شهادة الماجستير , فرع للعقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2002
- 3-كرطوس أنيسة :المسؤولية الناشئة عن تهديم البناء في القانون المدني الجزائري – رسالة الماجستير , جامعة الجزائر ، 2001 .
- 4-محمد سبتي : رخصة البناء في القانون الجزائري ,رسالة ماجستير فرع إدارة ومالية جامعة الجزائر، 2002 .
- 5-نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني، رسالة ماجستير جامعة الجزائر 1984 .

أولا-04: النصوص القانونية

- 1- الأمر رقم 22/66 المؤرخ في 66/01/13 المتعلق بمهنة المهندس المعماري
- 2-الأمر رقم 85/71 مكرر مؤرخ في 71/12/29 يتضمن إحداث هيئات المراقبة التقنية
- 3-القانون رقم 58 /75 مؤرخ في 75/09/26 و المتضمن القانون المدني
- 4- القانون 07/ 80 المؤرخ في 1980/08/09 و المتضمن قانون التأمين الجريدة الرسمية 33
- 5- القانون رقم 07/86 المؤرخ في 86/02/07 و المتعلق بالترقية العقارية الجريدة الرسمية عدد 10
- 6- القانون رقم 07/93 المؤرخ في 93/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري الجريدة الرسمية رقم 14 سنة 93
- 7- المرسوم التشريعي رقم:94-07 مؤرخ في 07 ذو الحجة عام 1414 الموافق 94/05/18 جريدة رسمية رقم 32 لسنة 94 يتعلق بشروط الإنتاج العمراني وممارسة مهنة المهندس المعماري
- 8- المرسوم 205/86 ، 206/86 ، 207/86 ، 208/86 ، 209/86 الجريدة الرسمية رقم 34 لسنة 1986

ثانيا / باللغة الفرنسية :

LES OUVRAGES

- 1- **Albert. Caston** la responsabilité des constructeurs 2° ed 1979
- 2- **Bernard .Boubli** (la responsabilité et l'assurance des Architectes ,des Entrepreneurs et autres constructeurs (Paris 1979)
- 3- **B. Gross** , la notion d' obligation de garantie dans le droit contrats. Paris , 1964
- 4-(**H.I et J**).**Mazeaud** traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle ,tome 2, 6è édition ,Paris 1970
- 5-**MALINVAUD (ph) et Gastaz (ph)** (Droit de la promotion immobilière 5è ed précis Dallos 1990

LES ARTICLES ;

- 1-- **Amor Zahi** , le droit et la responsabilité en matière de construction , R.A.S.J.E.P ,N°03 pu Alger 1987
- 2- **Bernard Boubli** . Architectes , Entrepreneur , et Techniciens , R.D.I ; Dalloz ,Paris 2000 .
- 3- **Catherine Giraudel** .RESPONSABILITE DU FAIT DES BATIMENTS R.C. JCL CIV.FASC .152 ED TECH S.A .Paris 1989 .
- 4- **François terré** , droit civile les obligation 8ed dalloz paris 2002
- 5-**George Liet-Veaux** (constructeurs, responsabilité décennale et biennale.construction. art 1788 a 1794 fasc 6. RCA (jur. Class 203 paris 2002
- 6- **Malinvaud** , la responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose(jur.class..paris 1968 .
- 7- **Philippe Malinvaud** , Architectes et techniciens ,R.D.I , 21 (1) ,janv/mars 1999 Dalloz .

LES THESES ;

1- Anissa Bellahsene :la responsabilité civile des Architectes et des Entrepreneurs .Mémoire pour le diplôme des études supérieures de droit prive . Université d'Alger 1977.

2- Abdelouahab Belatrache ,la mise en demeure .Memoire pour le diplome d'Etude superieures de Droit Privé Université d'Alger . Oct 1975

المقدمة: 01.....

الفصل الأول :النطاق الشخصي لقواعد المسؤولية العشرية.....05

المبحث الأول : الأشخاص المسئولون 06.....

المطلب الأول : الأشخاص المسئولون في ظل النطاق التقليدي 06.....

الفرع الأول : المهندس المعماري 07.....

الفرع الثاني : المقاول 11.....

الفرع الثالث: -استثناء المقاول من الباطن من المسؤولية الخاصة 14.....

المطلب الثاني : إتساع وتطور النطاق الشخصي 17.....

الفرع الأول : التطور التشريعي للنطاق الشخصي للمسؤولين في القانون الفرنسي... 18.....

الفرع الثاني: : إتساع نطاق الأشخاص المسئولين في الجزائر 31.....

المبحث الثاني : الأشخاص المستفيدون من الضمان العشري..... 39.....

المطلب الأول: رب العمل و خلفه العام..... 39.....

الفرع الأول: رب العمل 39.....

الفرع الثاني:الخلف العام 41.....

المطلب الثاني: الخلف الخاص 42.....

الفرع الأول: الحلف الخاص لرب العمل 42.....

الفرع الثاني: المشتري 47.....

الفصل الثاني :النطاق الموضوعي 49.....

- 50..... المبحث الأول: الأعمال الخاضعة للضمان
- 51..... المطلب الأول: تشييد المباني
- 54..... الفرع الأول: أجزاء البناء الخاضعة للضمان
- 57..... الفرع الثاني: مدى خضوع العقار بالتخصيص لأحكام المسؤولية العشرية
- 58..... الفرع الثالث: العناصر التجهيزية بالمباني
- 60..... المطلب الثاني: المنشآت الثابتة الأخرى
- 61..... الفرع الأول: مفهوم المنشآت الثابتة الأخرى غير المباني
- 62..... الفرع الثاني: تحديد نطاق المنشآت الثابتة الأخرى الخاضعة للضمان العشري
- 63..... الفرع الثالث: حكم المنشآت أو الأعمال التي لا يتوفر فيها عنصر الإرتفاع فوق الأرض
- 65..... المبحث الثاني: العيوب الداعية للضمان
- 65..... المطلب الأول: أنواع العيوب
- 65..... الفرع الأول: سبب العيب مانع أو أكثر قائم بالأرض ذاتها
- 69..... الفرع الثاني: سبب العيب خطأ في التصميم
- 76..... الفرع الثالث: سبب العيب يرجع إلى المواد
- 81..... الفرع الرابع: سبب العيب خطأ في التنفيذ
- 85..... المطلب الثاني: شروط العيوب الموجبة لقيام المسؤولية العشرية
- 86..... الفرع الأول: خطورة العيب
- 95..... الفرع الثاني: الخفاء

100..... الفصل الثالث: النطاق الزمني للمسؤولية العشرية

101..... المبحث الأول: مدة الضمان العشري

101.....	تطور مدة الضمان ومدى كفايتها في التشريع الجزائري	<u>المطلب الأول:</u>
101.....	مدة الضمان في التشريعات المقارنة	<u>الفرع الأول:</u>
103.....	مدى كفاية المدة المختارة من طرف المشرع الجزائري	<u>الفرع الثاني:</u>
104.....	مدة الضمان وعلاقتها بالنظام العام	<u>المطلب الثاني :</u>
109.....	الطبيعة القانونية لمدة الضمان	<u>المطلب الثالث :</u>
111.....	كيفية إحتساب مدة الضمان (تسلم الأعمال)	<u>المبحث الثاني :</u>
111.....	مفهوم التسلم	<u>المطلب الأول:</u>
111.....	تعريف التسلم	<u>الفرع الأول</u>
115.....	شروط التسلم	<u>الفرع الثاني :</u>
117.....	كيفية التسلم وإثباته	<u>المطلب الثاني:</u>
117.....	كيفية التسلم	<u>الفرع الأول:</u>
126.....	إثبات التسليم	<u>الفرع الثاني :</u>
128.....		<u>الخاتمة</u>

مذكرة بعنوان نطاق المسؤولية العشرية (دراسة مقارنة)

نعالج في هذه المذكرة موضوعا جد مهم يتعلق بنطاق المسؤولية ال عشرية و الذي تم دراسته في ثلاث دوائر

إذ خصصت الدائرة الأولى للأشخاص المسؤولين والمستفيدين ، أما الدائرة الثانية فمن خلالها تمت دراسة الأعمال الخاضعة للضمان العشري و كذلك العيوب الداعية له .

في حين تم تحديد النطاق الزمني من حيث التطور التاريخي والطبيعة القانونية و الكيفية التي من خلالها يتم حساب هذه المدة في الدائرة الثالثة .

و من خلال هذه الدوائر الثلاثة تمكنا من معرفة نطاق المسؤولية العشرية .

الكلمات الدالة /

الضمان العشري ، أشخاص الضمان ، المقاول ، المهندس ، تشييد المباني ، المنشآت الثابتة العيوب الداعية للضمان ، تهدم البناء ، التسلم .

RESUME

Dans le présent memoire sur le régime de la responsabilité décennale, nous tenterons de déterminer les conditions nécessaire à l'existence de la garantie décennale. En effet, quelle sont les personnes qui y sont assujetties, quels sont les travaux couvert par une telle garantie, donc quel est le domaine d'une part; Et d'autre part, à quelle occasion pratique l'action en garantie peut elle être exercée .

Nous tenterons d'étudier brièvement les personnes soumises à la garantie décennale (1er ch .) et les travaux couvert par elle (2ème ch.) et les délais de garantie (3ème ch.)

Les mots clés:/

La garantie décennale , Personnes assimilées , Entrepreneur , Architecte , Construction de batiments , Edifice fixe , Vices apparents et vices cachés , Démolition d'immeuble , Reception.

SUMMARY

In this memory on the mode of the decennial responsibility, we will try to determine the conditions necessary to the existance decennial guarantee. Indeed, which are people which is subjugated there, which are work covered by such a guarantee, therefore which is the field on the one hand; And in addition, on which occasion the action in guarantee can it practices be exerted.

We will try to briefly study the people subjected to the decennial guarantee (1st CH.) and work covered by it (2nd CH.) and the guarantee periods (3rd CH.)

Key words:/

Decennial guarantee, comparable People, Contractor, Architect, Construction of buildings, fixed Building, apparent Defects and hidden defects, Demolition of building, Reception.

