

## مقدمة:

حتى يستطيع الإنسان العيش وفقا لوضع يليق بأدميته، فإنه يعتمد على الطبيعة المحيطة به والتي من خلالها يستتبط العناصر والمواد الأساسية الخام، بالإضافة إلى أشخاص آخرين يعيشون بالقرب منه والذين يستمد منهم كفاءة وخبرة تساعده في تنفيذ مشاريع متعلّقة- وعلى وجه الخصوص- بحاجاته إلى منشآت ومبان تليق بكرامته، كون هؤلاء الأشخاص يقدمون له الخدمات والأعمال التي لا يستطيع أن يقوم بها بنفسه. من هنا تتجلى ضرورة تدخل القانون كونه مجموعة القواعد القانونية الناظمة لعلاقات الأشخاص فيما بينهم وسط المجتمع، وهذا ما يضي الصبغة الاجتماعية للقانون، إذ أنه يتدخل لتنظيم حصول الشخص على هذه الخدمات والأعمال مع مراعاة المصالح ولمنع استغلال الشخص لأخيه. لذلك وضع القانون ونظم مجموعة وسائل، قصد تمكين الشخص من الحصول على تلك الخدمات والأعمال تحقيقا لحاجاته العديدة، ولعل أبرزها العقود، إذ أنّ هذه الأخيرة باعتبارها وسيلة هادفة لتحقيق المصالح وحمايتها، لكون العقد يرقى بعد تكوينه إلى مرتبة القانون فيما بين المتعاقدين<sup>(1)</sup>. ولعل أبرز تلك العقود، عقد المقاولة والذي تطرق إليه المشرع الجزائري في الفصل الأول من الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل، ضمن الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود<sup>(2)</sup> من ق.م.ج.

وتتعدّد أشكال المقاولة وصورها بالنظر إلى الأعمال المنصّبة عليها<sup>(3)</sup>، لذلك أفرد التشريع لهذا العقد نصوص قانونية خاصّة به، ممّا جعلته ينفرد بأحكام ونظام قانوني خاص به ومستقلّ عن بقية العقود ولهذا تعتبر من العقود المسماة. واختلاف طبيعة العمل الوارد بموجب المقاولة، لا يعدّل من جوهر العقد بل يترتّب على ذلك قواعد خاصّة -كمقاولات البناء- بالإضافة إلى خضوعها لقواعد ق.م.ج والتي تخصّ قواعد المقاولة على العموم فإنّها تخضع أيضا لقواعد خاصّة بها، وذلك بالنظر إلى طبيعة الأعمال المسندة إلى المقاول. ومن بين تلك

---

1- تنصّ المادة 106 من القانون رقم 75-58 والمؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن ق.م.ج والمعدّل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر، ع 44 سنة 2005، والقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر، ع 19، 2007، على ما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو أسباب يقرّها القانون".

2-بالضبط المواد من 549 إلى 570 من ق.م.ج. ويلاحظ في هذا الصدد أنّ هذه المواد الناظمة لعقد المقاولة لم يمسّها أيّ تعديل إلاّ في عام 2005 حين عدّل المشرع نص المادتي 553 وكذا المادة 558 وذلك بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 السالف الذكر.

3- في هذا الصدد تنصّ المادة 05/02 من الأمر رقم 75-59 و المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن ق.ت.ج والمعدّل والمتمم بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 23 فبراير 2005، ج ر، ع 11 سنة 2005، على ما يلي: "يعدّ عملا تجاريا بحسب الموضوع:....."

-كل مقاول للبناء أو الحفر أو التمهيد للأرض".

القواعد المرسوم التشريعي رقم 94-07 والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري، وممارسة مهنة المهندس المعماري<sup>(1)</sup> وكذا القرار المؤرخ في 1992/05/05<sup>(2)</sup>، والمتعلق بالأشخاص المؤهلين لإعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء. وتتجلى بذلك الأهمية الخاصة لمقاولة البناء بصورة واضحة بخصوص أعمال البناء والتشييد، لكونها العقد الذي يتعهد بمقتضاه المقاول بتشييد أو بناء أو تأدية عمل آخر، وذلك بوضع التصاميم ومختلف الأشكال الهندسية المنجزة من طرف المهندس المعماري مقابل أجر.

و من خلال ذلك تتضح لنا علاقة المهندس المعماري مع مقاول البناء الذي يشترك معه في العمل، إذ يتوجب عليه وتأسيساً على الباب الثالث من المرسوم التشريعي رقم 94-07، إن يزوده بكل البيانات والإرشادات التي تمكن المقاول من تنفيذ المهام المعهودة إليه من طرف رب العمل، وأن يتكفل بمهمة التنسيق الضروري بين أعمال المقاولين مهما تعددت تخصصاتهم، كما يؤكد ذات المرسوم أيضاً على مهمة المهندس في إدارة وملاحظة الأعمال.

فمن هنا نلمس حاجات الأفراد إلى مقاولة البناء من جهة، ولما يمثله من نطاق حيوي في مجال استثمار الأموال واستغلالها في مجال تشييد المباني والمنشآت الحساسة، والمدعمة للنشاط الاقتصادي مما يدفع عجلة التنمية الاقتصادية والرقى في الدولة، إضافة إلى اعتباره أحد أدوات والوسائل الخاصة بالدولة لتجسيد مشاريعها بخصوص توفير السكنات والمنشآت العقارية، ويظهر ذلك من خلال الدور المنوط به للمرقي العقاري في هذا المجال. وعليه، فإن المقصود من مساهمة المرقي العقاري في إنجاز الترقية العقارية، هو الإشراف على إنجاز البناءات، من خلال باتخاذ زمام المبادرة في ذلك وبذل العناية اللازمة لها، وهو الأرجح من مقصود المشرع لما جعل مهام المرقي العقاري تختلف عن بقية المتدخلين فيها، إضافة إلى تشييده للبنايات والمحلات قصد بيعها أو تأجيرها وامتلاكه للأرض محل البناء.

لذلك نستخلص أن عقد مقاولة البناء قد يبرم بين غير المرقي و المرقي لأن هذا الأخير يعدّ رب عمل تجاه مقاول البناء، وكلّ صورة تختلف عن الأخرى من حيث الأهداف، وإن كانتا تشتركان في نقاط عدّة. فالمرقي العقاري يسعى من وراء المقاولة إلى التكتيف و السرعة في الإنجاز قصد البيع و/أو الإيجار، ومساهمة في الارتقاء بالسكن، لذلك سمّي مرقياً عقارياً. أمّا غير المرقي فإنه يلجا إليها قصد تحقيق مشاريعه المعمارية، والتي يستعملها في مجالات عدّة بأن يملكها وأن يتصرّف فيها.

1- المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994 والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري، وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج ر، ع 32 سنة 1994. والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 04-06 والمؤرخ في 14 أوت 2004. ج ر، ع 51 سنة 2004.

2- القرار المؤرخ في 1992/05/05، والمتعلق بالأشخاص المؤهلين لإعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء، ج ر، ع 32، سنة 1992.

وعقود البناء المعبر عنها فقها- بعقود الإنشاءات- تتصف بتعدد عملية الإعداد والتّحضير والتّنفيد بحيث يستلزم ذلك تدخل عدّة مهنيين، ومن أهمّهم المهندسين و المقاولين المختصّين آخرين في مجال الكهرباء والغاز وتركيب المصاعد، والنّجارة والحدادة، والموردين الآخرين للمواد و/أو الخدمات التي قد يستعان بها في البناء وكلّ ذلك بحسب الاختصاص، بالإضافة إلى تدخل أشخاص آخرين كالمراقب التقني<sup>(1)</sup>. ومرد ذلك إلى طبيعة البناء والمنشآت والتي تمرّ بعدة مراحل، تتمثّل على وجه الخصوص في مرحلة إنجاز الدّراسة الخاصّة بمشروع البناء، والتي تسند إلى المهندس المعماري من خلال وضع التّصاميم والمقاييس الخاصّة بالمشروع، ثمّ تليها مرحلة تجسيد المشروع وتنفيذه على أرض الواقع بعدما كان على الورق. وفي هذه المرحلة يتجلى دور المقاول في مجال البناء بموجب عقد المقاولة، وأخيرا وبعد الإتمام من الإنجاز تأتي مرحلة تسلّم المشروع من طرف ربّ العمل. غير أنه قد يحدث أن يعهد المقاول لإنجاز كلّ أو جزئه إلى مقاول آخر أو عدّة مقاولين فرعيين وذلك في إطار المقاولة الفرعية أو المقاولة من الباطن، والتي تكتسي أهميّة بالغة، كونها طريقة غير مباشرة لإنشاء مقاولة البناء من جهة، ومن جهة أخرى لما تنشؤه من علاقات قانونية متشابكة وسرعة في تنفيذ المقاولة وإنجاز العمل المعهود للمقاول الأصلي. وتبعا لذلك فإنّه يستخلص بأنّ المقاولة الفرعية تخدم رب العمل بالدرجة الأولى.

ومقاولات البناء هي نوع من أنواع العقود الخاضعة للقانون الخاص، ويتغيّر وصفها هذا عندما تبرمه جهة إدارية وتكون طرفا فيه، إذ أنّه في هذه الحالة يتعلّق الأمر بعقود الإشغال العامة<sup>(2)</sup>، والتي لها ميزاتها

<sup>1</sup>-المراقب التقني، هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتمتع بدرجة عالية من الكفاءة المهنية والفنية، و يتولّى بموجب عقد إجارة عمل البناء مع رب العمل فحص المسائل ذات الطابع الفني. فهو رجل فني أو هيئة فنية تقوم برقابة الأعمال و منح الآراء الاستشارية لرب العمل باعتباره متدخلا في عملية التشييد. كذلك ألزمه المشرع بموجب الأمر رقم 95-07 المتعلّق بالتأمينات، المؤرخ في 25-01-1995، و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 06-04، المؤرخ في 20-02-2006، ج ر، ع15، سنة 2006، بضرورة تأمين مسؤوليته المدنية في المادة 178 منه. أنظر في هذا الصدد، فاطمة عمراوي المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء : مالك البناء، المهندس المماري (المصمم-المشرف على التنفيذ) والمقاول، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 2000-2000، ص23.

<sup>2</sup>- لقد عرّف المشرع الفرنسي صفة الأشغال العامة للبناء، في المادة 01 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي الصادر سنة 2004 بأنها: "الصفقة التي ينصب موضوعها على إنجاز الأشغال المتعلّقة بالبناء أو الهندسة المدنية بناء على طلب أحد الأشخاص العامة التي تمارس سلطة صاحب المشروع".

-ART 01 du CMPF 2004 ; « les marches publics des travaux ont pour la réalisation de tous travaux de bâtiments ou la génie civile a la demande d'une personne exercent la maitrise d'ouvrage ».

-أمّا المشرع الجزائري، فقد عرّفها في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، والمتضمّن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، ج ر، ع58 والمعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج ر، ع14، وكذا المرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر، ع34، وكذا المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر، ع04، وكذا المرسوم رقم 13-03 والمؤرخ في 07 جانفي 2013، ج ر، ع02، بأنّها: "عقد مكتوب بين الإدارة أو إحدى الهيئات العمومية المنصوص عليها في ذات القانون مع

وخصوصياتها المختلفة عن المقاولة الخاصة من حيث النّظام القانوني المطبّق عليها، وكذا طرق إبرامها إجراءات تنفيذها، بالإضافة إلى اختصاص الجهات القضائية الفاصلة في منازعاتها(1)، فكّل هذه المميّزات تفرض علينا أن نميّز بين مقاولة البناء الخاصة-محلّ الدراسة- وعقود الأشغال العامّة. إذ تعدّ هذه الأخيرة عقد مقاولة بناء يبرم بين شخص معنوي عام ومقاول، و الذي يتمّ اختياره تبعا للضمانات التّقنية والمالية والتي يمنحها تحقيقا للمصلحة العامة وبين صفقات الأشغال الخاصة والتي تعدّ أيضا مقاولات بناء تبرم بين الشّخص الطبيعي أو معنوي والمقاول، وإن كان لهذا الأخير نفس الالتزامات في نطاق العقدين(2). و من ثم فإنّ مقاولة البناء من عقود القانون الخاص، ويتمثّل الهدف الرئيسي منها في إنشاء المباني والمنشآت عقارية لفائدة الطّرف الثّاني من العقد مقابل أجر معيّن، وفي أجال محدّدة مسبقا في عقد المقاولة وبالتالي فإنّ هذا العقد يقترب من الصّفة العمومية المتعلّقة بالأشغال، لكون أن كلاّ العقدين ينصبّ هدفهما في مجال البناء بمقابل أجر وخلال مدّة معيّنة، إلا أنّ الفرق بينهما يكمن في النّقاط التّالية:

- ✓ -يعدّ عقد مقاولة البناء من العقود المدنية التي تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين بينما تصنّف صفقات الأشغال العمومية ضمن العقود الإدارية التي يذعن فيها المقاول للشروط التي تحددها الإدارة مسبقا وهو ما يطلق عليه تسمية الشرط الغير المألوف.
- ✓ -إنّ عقد المقاولة يقع بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، بينما صفقات الأشغال العمومية فهي تقع بين أحد أشخاص القانون العام(المصلحة المتعاقدة) وأحد أشخاص القانون الخاص(المقاول).
- ✓ -من خصائص عقد مقاولة البناء أنّه عقد رضائي تتساوى فيه وضعية الأطراف المتعاقدة، وذلك على خلاف صفقة الأشغال البناء والتي يمتاز فيها أحد طرفيها (المصلحة المتعاقدة) بامتيازات خاصّة، نظرا لتعلّق أموالها بالصّالح العام و لما لها من سلطات -على غرار - سلطة الرّقابة وسلطة تسليط الجزاءات في حالة الإخلال بالالتزامات المنبثقة عن الصّفة -كغرامات التّأخير-.

---

=أحد الأشخاص الطبيعيّة أو المعنوية من قانون الخاص أو الشّركات الأجنبية التي تقدّم ضمانات حكومية أو ضمانات حسن التّنفيذ للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت لحساب وتحت مسؤولية الإدارة المتعاقدة مقابل مبلغ نقدي وفقا للشروط التي ينظّمها العقد و هدفها تحقيق المنفعة العامة". بختي سهام، التزامات المقاول في الصّفات العمومية المتعلّقة بأشغال البناء، رسالة ماجستير جامعة الجزائر 1، كُلية الحقوق، سنة 2013-2014. ص15.

1- هذا ما كرّسه اجتهاد المحكمة العليا بقرارها رقم 34876 المؤرّخ في 04 جوان 2008 في القضية بين ديوان الترقية و التسيير العقاري ومقاولة أشغال البناء، حيث قضت أنّ الاختصاص القضائي النوعي للصّفات العمومية من اختصاص القضاء الإداري - قرار الغرفة التجاريّة و البحرية-، مجلّة المحكمة العليا، سنة 2009. ص47. ويستخلص أنّ المحكمة العليا بقضائها هذا قد اعتمدت المعيار المادي في إسناد النزاع إلى القضاء الإداري، وقد وفقت بذلك في قضائها بالنظر إلى موضوع النزاع المتعلّق بالصّفات العمومية.

<sup>2</sup> - بختي سهام، المرجع السابق، ص16.

وهذه المباني والمنشآت الثابتة تعد رمزا للاستقرار في حياة الأفراد وأن بناؤها، وتشبيدها من قبيل الأعمال المعقدة والتي تحتاج إلى مؤهلات علمية و خبرات فنية، حتى لا يشوبها الخلل والعيوب من شأنه تهديد حياتهم وسلامتهم. وهذا ما يستوجب الوقوف عنده وذلك بتدخل القانون، والذي أصبح يتشدد مع القائمين على عملية التشييد والبناء من خلال وضع قواعد خاصة لمسؤولياتهم، عما يحدث من خلل وتهدم فيما شيده من مبان وأقاموه من منشآت، مقارنة مع ما يتلقونه من مقابل في هذا الشأن والمتمثل في الأتعاب والأجور المدفوعة من طرف أرباب العمل(أصحاب المشاريع)، وذلك قصد حماية هذا الأخير باعتباره الطرف الضعيف في العقد.

لأجل ذلك دعت الضرورة إلى وضع قواعد خاصة لإصلاح الأضرار، والتي من شأنها إلزام وحثّ المقاولين المحترفين في مجال البناء والتشييد على الدقة وحسن التنفيذ، قصد ضمان المنشآت المعمارية التي شيدها وذلك في إطار الالتزام القانوني الملقي على عاتقهم -والمتمثل في الالتزام بالضمان العشري- وهو ما يعبر عنه فقها بالمسؤولية العشرية (La responsabilité décennale)، وذلك إلى جانب ما يولده عقد المقابلة من التزامات على عاتقهم مقارنة مع الالتزامات الملقاة على عاتق رب العمل أو صاحب المشروع مما يفتح المجال لقيام مسؤولية الطرفين المدنية، وذلك إما جزاء الإخلال بتلك الالتزامات إما كنتيجة لخرق الالتزامات العقدية أو القانونية. إضافة إلى ذلك فإنّ المشرع الجزائري قد ضيق نطاق المسؤولية الخاصة وقصرها على المقاول- وإلى جانبه المهندس المعماري كأصل عام- رغم أنّ العملية المعمارية يتناوب عليها أشخاص عدّة بالإضافة إليهما وذلك على اختلاف تخصصاتهم حفاظا على مصالح رب العمل والمصلحة العامة.

كما قد يخضع المقاول للمسؤولية الجزائية<sup>(1)</sup>، والتي تقوم إذا شكّل الفعل المرتكب من طرفه جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي، عملا بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات والمنصوص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري، و التي تنصّ على ما يلي: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون". كما لو ترتّب على الخطأ الذي ارتكبه جريمة يعاقب عليها القانون، كعيب في البناء الناتج عن الإهمال أو الغش في المواد المستعملة، أو عدم الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والأنظمة والقرارات واللوائح المنظمة لقواعد البناء. ولكن ما دام أنّ دراستنا تنحصر في المجال المدني، خرجت المسؤولية الجنائية عن نطاقها.

ولعلّ ما يخصّ تفضيلنا لموضوع الإطار القانوني لعقد مقابلة البناء، مؤسس على دوافع و أسس ذاتية و شخصية والتي تتجلى في الرغبة والفضول إلى الغوص في محتواه و دراسة كيفية إنشائه وتجسيده في أرض الواقع. وذلك مقارنة مع ندرة الدراسات والمناقشات التي انصبّت حوله من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لأنّ هذا الموضوع كان محلّ دراسة وخبرة خلال السنة النظرية ضمن مقياس العقود الخاصة، أين تمّ التطرق بإيجاز إلى بعض أحكام المقابلة بوجه عام.

<sup>1</sup> - فاطمة عمراوي، المرجع السابق، ص 17.

أما عن الأسس العلمية، فكون مقابلة البناء لم تحاط بالعناية الكافية واللازمة ضمن المجال العلمي والأكاديمي -لاسيما من حيث إنشاءها وتكوينها- رغم الأهمية المنوط بها، وكذا الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية، والتي من شأنها تجسيد البرامج السياسية من حيث البناء والتعمير. أضف إلى ذلك التعديلات المؤخرة والتي طرأت على عقد المقابلة بصورة عامة، وذلك بموجب القانون رقم 05-10-السالف الذكر- ومقابلة البناء بصورة خاصة، وكذا تعدد وتشعب القوانين العادية والفرعية الناطمة له. بالإضافة إلى أهمية العقار في الوقت الراهن، باعتباره أداة استثمار الأموال أو بالنظر إلى وظيفته الاجتماعية تماشيا مع متطلبات العيش الكريم للإنسان.

فبالنظر إلى موضوع المذكرة، المتمثل في الإطار القانوني لعقد مقابلة البناء، والذي يعني شمولية الأحكام المطبقة عليه من خلال تكوينه وتنفيذه والآثار المترتبة عليه، إضافة إلى الجزاءات المترتبة على الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتق الطرفين، سواء أبرمت المقابلة في نطاق الترقية العقارية أو كان خارجا عنها فإن الموضوع يطرح إشكالية التالية:

-متى تقوم مسؤولية القائمين على التنفيذ و التشييد العامة متى تطبق أحكام المسؤولية الخاصة؟. و هل توصل المشرع الجزائري من خلال تقريره لهذه المسؤولية إلى توفير الحماية القانونية الكافية لصاحب المشروع؟.

إلى جانب هذه الإشكالية الأساسية المحيطة بالموضوع، قد تتدرج ضمنها عدة تساؤلات وإبهامات ثانوية بخصوص طريقة تكوين عقد مقابلة البناء، إضافة إلى الآثار المترتبة عليه نظرا لتشعب الأعمال البناء التي قد تترجم بموجب المقابلة وخصوصياتها.

ومن وراء هذه الدراسة و التي تهدف إلى التوصل إلى تحقيق الازدواجية من حيث الأهداف، انطلاقا من تصور بعض الأهداف العلمية والأخرى العملية على حدّ سواء:

فأما عن الأهداف العملية، التي تتمثل على وجه الخصوص في المساهمة في إثراء المكتبة القانونية ببحثنا المتواضع، إضافة إلى تشجيع الباحثين على الإهتمام أكثر بالموضوع، من خلال بذل العناية العلمية اللازمة والتي يحتاجها، نظرا للأهمية التي يكتسبها في الوقت الراهن، بسبب الغياب الشبه المنعدم للدراسات الداخلية والمنصبة على هذا الموضوع، لاسيما منها آثار مقابلة البناء و كذا إلزامية التأمين عليه.

أما عن الأهداف العلمية، فإنها تنحصر -خصوصا- في محاولة تجسيد الأحكام القانونية الناطمة لعقد المقابلة البناء في أرض الواقع، وذلك من خلال التحليل القانوني لها ومقارنتها مع النماذج المقاولاتية

الأخرى، وكذا الصعوبات التي تعترض ذلك، بالنظر إلى كثرة المتدخلين في عملية البناء، والدور المنوط لإرادة الأطراف والتي من شأنها أن تبلور مقابلة البناء من الناحية العملية، إذ أنّ رب العمل يتعاقد مع مقاول البناء قصد تجسيد الجانب النظري من المشروع المزمع عقده و الذي أعده المهندس في الواقع. ومن هنا تكمن صعوبة و تعقيد مقابلة البناء لذلك تطرقنا إليه بالدراسة محاولة منا لإيجاد اللبس أو النقص المؤدية إلى ذلك. إضافة إلى أهمية العقار محل مقابلة البناء من الناحية الاقتصادية باعتباره أحد أدوات الاستثمارات و الرقي، إضافة إلى الفائدة الاجتماعية التي يحظى بها، لكونه ركيزة العيش الكريم للملائم للفرد.

وقصد إيجاد الحلول و الإجابة على مختلف الإشكالات المحيطة بالموضوع، اعتمدنا على عدّة مناهج علمية منها المنهج التحليلي و ذلك خصوصا عند تحليل النصوص القانونية الناظمة لموضوع الدراسة، سواء المتعلقة بالإتشاء (المباشر و الغير المباشر) والآثار، قصد تبسيط محتواها وتجزئتها وإيجاد النقص أو اللبس الذي يعترها. بالإضافة إلى المنهج الوصفي، وذلك عند تطرقنا إلى وصف طرق تكوين عقد مقابلة البناء والشروط الواجبة التوفر لذلك، إضافة إلى الوصف المعتمد عند إبراز الآثار الناتجة بعد تكوين العقد وكذا جزاءاتها والمتمثلة في المسؤوليات. هذا وقد خصصنا جانبا من المنهج النقدي، بعد أن نبين بعض النقص والغموض واللبس الذي يعترض سبيل هذا العقد، إضافة إلى اعتماد هذا المنهج بخصوص المسائل محل الخلاف الفقهي أو القضائي. إنّ الهدف من وراء الإعتماد على هذه المناهج، يكمن في محاولة دراسة هذا الموضوع بصورة واضحة لتحقيق الأهداف المرجوة من وراء ذلك.

ويغرض معالجة الإشكالية الرئيسية وكلّ ما يتفرّع عنها من أخرى ثانوية، ارتأينا الإعتماد على خطة ثنائية كلاسيكية والمتمثلة في فصلين. إذ عالجا في الفصل الأوّل جانبا نظرياً لكلّ ما قد يحيط بمقابلة البناء وذلك أثناء إنشائها، سواء من حيث الأركان المستلزمة لصياغته، وصور تجسيده الواقعي كونها قد تتعدّد بصورة مباشرة بين ربّ العمل و المقاول، وغير مباشرة و ذلك في إطار المقابلة من الباطن-الفرعية- والذي بدوره مقسم إلى مبحثين، بحيث خصصنا المبحث الأوّل إلى إنشاء مقابلة البناء بصورة عامة ومباشرة-أي التعاقد المباشر-، وناولنا فيه الأركان العامّة لهذا العقد ومختلف الشروط الواجب توافرها لإنتاج الآثار القانونية.

أمّا في المبحث الثاني، فتطرقنا إلى دراسة كيفية إبرام المقابلة بصورة غير مباشرة، و هو ما يعبر عنه فقها و قضاءا بالمقابلة الفرعية، وذلك بالنظر إلى كثرتها من الناحية العملية، ومدى مساهمتها في تفعيل التعاقد المباشر وتجسيد المشاريع المعمارية، وما قد ترتبه من آثار قانونية سواء على العقد الأصلي أو على العلاقة القائمة بين المقاولين الأصلي والفرعي، ومدى تعلّقها بالضمان المعماري أو المسؤولية العشرية، من حيث إمكانية خضوع المقاول الفرعي إلى أحكامه من عدمه.

ثم في الفصل الثاني و الذي من خلاله ندرس الآثار المترتبة على مقولة البناء، والتي تتمثل -على وجه الخصوص- في الالتزامات الملقاة على عاتق الطرفين، سواء العقدية والتي تخص الطرفين أو القانونية والتي فرضها التشريع على المماول محاولة منه لإضفاء الحماية لرب العمل. وقد قسمنا دراسته إلى مبحثين متتالين إذ خصصنا أولاه إلى الالتزامات الطرفين العقدية وجزء الإخلال بها، مع الإشارة إلى أن هذه الالتزامات ذاتها تنتج في إطار المقولة الفرعية بين المماولين الأصلي و الفرعي، كون الأول يعدّ رب عمل بالنسبة للثاني. وفي المبحث الثاني والذي من خلاله سوف نتطرق إلى دراسة المسؤولية المعمارية -أو ما يعرف بالضمان العشري- و التي يتحمّل وزرها ممول البناء-و إلى جانبه المهندس المعماري-تماشياً مع طبيعة أعماله والمنصبّة أساساً على التشييد والبناء في إطار العقد محل الدراسة، وكذا نطاق التأمين وإلزامية في مجال التشييد والبناء، طالما أنّهما التزامين قانونيين يترتبان على مقولة البناء. ومن ثم يكتمل الإطار القانوني مقولة البناء، والذي يجب أن يشمل كافة المسائل القانونية والمحيطة بالعقد.

## الفصل الأول-إنشاء عقد مقابلة البناء:

قصد إنجاز مشاريعه قد يبرم رب العمل (صاحب المشروع)، عقد مقابلة بناء مع مقاول أو عدة مقاولين لتنفيذ موضوع العقد، والذي يتمثل في تجسيد الرسومات والتصاميم التي سبق وأن وضعها المهندس المعماري في أرض الواقع. وتتوجب الإشارة إلى أنّ هؤلاء الأشخاص المحترفون في مجال البناء والمنشآت المعمارية، هم من يسمّون في فرنسا باسم (les locateurs d'ouvrage)<sup>(1)</sup>. بالتالي و لما كان ذلك العقد الذي يربط مقاولي البناء مع صاحب المشروع (رب العمل)، يكيّف على أنّه مقابلة وذلك من خلال العنصر المادي الذي يطغى عليها إضافة إلى الاستقلالية التي يتمتع بها المقاول أثناء الإنجاز، وكذا نظرا لأهميتها المعاصرة في مجال تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، فإنّه يتعيّن علينا دراسة أركان عقد المقابلة والتي لو انعدمت ، فلا وجود للعقد والتي تعد أساسا لإنشاء العلاقات القانونية بين طرفي العقد في مجال التشييد وبالنتيجة انعدام الآثار القانونية، لاسيما منها تحمّل مسؤولية الضمان المعماري والزامية التأمين عليه والذي يقع على عاتق المقاول، والذي بموجبه يمكن إعمال الفرق والتّمييز بين مقاولات البناء وسائر المقاولات الأخرى<sup>(2)</sup>. ومن جهة أخرى وبالرجوع إلى أحكام عقد المقابلة المنظمة في ق.م.ج وبالضبط المواد من 549-570 منه وتفحصها، نستخلص منها أنّ المقابلة قد تتعدّد ويتمّ إنشاؤها، إمّا بطريقة مباشرة بحيث يقوم المتعاقد مع صاحب المشروع بإنجاز العمل بنفسه محل مقابلة البناء، فتنشأ المقابلة بذلك بصورة مباشرة بين ربّ العمل والمقاول على أن يقوم هذا الأخير بإنجازه وتشييده، وذلك بعد الاتفاق على تحديد موضوع الأعمال البناء و التشييد المراد إسنادها إلى المقاول والزّمن المخصّص لذلك، وكذا الأجر المقابل لتلك الأعمال.

<sup>1</sup>-D (Gabriela), contrat d'entreprise, j.c.p. 2002, fascicule 40, n°52.p15.

-ذلك لأنّ المشرّع الفرنسي ومن خلال المادة 1710 من ق.م.ف، عرّف المقابلة بالاعتماد على المعنى الذي يفيد إجارة الأعمال أي القيام بإنجاز أعمال مادية أو ذهنية مقابل أجر، والتي تنص على ما يلي:

« Ilya trois espèces principales **de louage** et d'industrie ;

-Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un.

-Celui des voitures, tant par terre que par eau, qui se chargent de transporter des personnes ou des marchandises.

-Celui des **architectes, entrepreneurs d'ouvrages** et techniciens par suite d'études, devis ou marchés ».

<sup>2</sup>-عدنان إبراهيم سرحان، العقود المسماة في المقابلة، الوكالة، الكفالة، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1996،

غير أنه قد يحصل في بعض الأحيان وعندما يكون ما التزم به المقاول، يتطلّب منه إنجاز أعمال متعدّدة و متنوّعة، و التي يحتاج من خلالها إلى خبرات عديدة وفي مجالات مختلفة، وجهود لا يستطيع القيام بها لوحده، أن يلتجئ إلى الاتفاق مع مقاول آخر في مجال البناء، على أن يقوم هذا الأخير بإنجاز ما عهد إليه من طرف المقاول الأصلي (المتعاقد مع صاحب المشروع)، وبكلّ استقلالية بعمل معيّن من الأعمال التي التزم بها المقاول أو أن يقوم بإنجاز كلّ العمل، وهو ما يعبر عنه "المقاوله من الباطن" أو "المقاوله الفرعية" (Contrat de sous-traitance)، والتي قد تستعمل كصورة لإبرام المقاوله. إذ وعلى إثرها تنشأ علاقة قانونية جديدة والقائمة بين ربّ العمل والمقاول الفرعي، إلى جانب العلاقة الأصلية بين المقاول الأصلي وربّ العمل. ومن خلال ذلك قد يسأل المقاول الأصلي عن الأخطاء الصادرة من المقاول من الباطن وذلك عملاً بأحكام المادّة 564 من ق.م.ج<sup>(1)</sup>. غير أنّ مسؤولية المقاول الأصلي عن تلك الأخطاء، ليست مسؤولية متبوع عن أعمال تابعه، لأنّ المقاول الفرعي لا يخضع لرقابة وتوجيه الأول بل يعمل مستقلاً عنه.

فالقضاء يجعل المقاول الأصلي مسؤولاً باعتباره ضامناً لأعمال المقاول من الباطن، ويستطيع الرجوع بعد ذلك على المقاول من الباطن، تأسيساً على العقد المبرم بينهما- أي القواعد العامة في المسؤولية العقدية- فهو (أي المقاول الأصلي) لا يستفيد من الضمان العشري<sup>(2)</sup>. وتبعاً لذلك فإنّه ووفقاً للقواعد العامة ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان، بمجرد أن يتسلّم المقاول الأصلي الأعمال التي كلفه بها، مع تمكّنه من فحصها والكشف عمّا بها من عيوب. فإذا بدت تلك العيوب لا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً إلاّ بالقدر والمدّة التي يقضي بها عرف الحرفة، وبالتالي يثور التساؤل حول مسألة خضوع المقاول الفرعي لا يكون ملزماً بالضمان إذا ظهر العيب خلال عشر سنوات. تطبيقاً لذلك فإنّ المقاول من الباطن لا يتعاقد مباشرة مع صاحب المشروع الأصلي، والذي يشارك بدور معيّن في عملية البناء، ومن ثمّ فإنّه لا يخضع للمسؤولية العشرية في علاقاته معه، وذلك لتخلّف شرط ارتباطه معه بعقد مقاوله، فلا يبقى لرب العمل إلاّ الرجوع على المقاول الفرعي بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية.

وقد أصبح اللجوء إلى المقاوله الفرعية، يعتمد على الكثير من المقاولين لتنفيذ العمليات الضخمة في مجال البناء والتشييد و المعقّدة ، وحتى البسيطة منها و ذلك بالنظر لما توفره للأطراف من مزايا<sup>(3)</sup>. ومن ثمّ يتوجّب علينا دراسة بعض الجوانب القانونية للمقاوله الفرعية، كالتطرّق إلى ماهيتها القانونية من حيث

<sup>1</sup>- بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاوله، دار الهومة، الجزائر، سنة 2008. ص 139.

<sup>2</sup>- بجاوي المدني، المرجع السابق، ص 139.

تعريفها و كذا تمييزها عن الحالات الأخرى المشابهة لها، بالإضافة إلى طبيعتها القانونية والتي تثير بعض الإشكالات بخصوص استقلاليتها أو تبعيتها للعقد الأصلي، وكذا تأثيرها على العقد الأصلي ومسؤولية المقاول الأصلي عن الفرعي، ومدى خضوع هذا الأخير إلى الضمان العشري من عدمه<sup>(1)</sup>، وذلك لمعرفة والتساؤل عن مدى تطبيق هذه الأحكام على مقابلة البناء باعتباره أحد صور المقابلة بشكل عام؟.

وتبعاً لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، بحيث نتناول من خلال المبحث الأول، إنشاء مقابلة البناء بطريقة مباشرة بين ربّ العمل و المقاول، والذي من خلاله ندرس أركان هذا العقد العامّة، والمستوحاة أساساً من النظرية العامّة للعقد، والتي تتجلى في التراضي من حيث شروط انعقاده وشروط صحّته، وكذا الشكلية في عقد مقابلة البناء.

إضافة إلى محلّ العقد والذي يعدّ ذو طابع مزدوج نظراً لتركيبته من حيث احتوائه على عنصري العمل أو الإنجاز والأجر، أمّا عن سبب لوجوء طرفي المقابلة إلى إبرامها، فإنّه يخضع إلى ما هو مقرّر في النظرية العامة للالتزام من حيث الوجود و المشروعية ووفقاً لما نصّ عليه المشرّع الجزائري من خلال نصّ المادتين 97-98 من ق.م.ج، إذ تنصّ المادة 97 من ق.م.ج المعدّل والمتمّم على ما يلي: "إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامّة كان العقد باطلاً". أمّا تنصّ المادة 01/98 من ذات القانون على ما يلي: "كلّ التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك"، لذلك فنكتفي بتلك الأحكام المتعلقة بالسبب والمقرّرة في القواعد العامّة للتعاقد.

ثمّ ننطرق في المبحث الثاني إلى دراسة بعض الجوانب المحيطة بالمقابلة الفرعية، باعتبارها طريقاً غير مباشر لإنشاء مقابلة البناء، ولما قد ترتّبته من آثار قانونية وكذا مدى خضوع المقاول الفرعي لأحكام الضمان العشري من عدمه، وأسباب ومبررات ذلك حسب الحالات.

### المبحث الأول-إنشاء مقابلة البناء بطريقة مباشرة:

تعدّ هذه الطريقة المناط الطبيعي و العادي لإنشاء مقابلة البناء، و معناها أن يتفق ربّ العمل مع المقاول على وضع الخطوط الرئيسية للعقد المراد إبرامه من طرفهما، حيث يقومان بالتفاوض على عناصر المقابلة بكلّ استقلالية و ذلك حرصاً على مصالحهما. فربّ العمل يسعى إلى تجسيد مشاريعه المعمارية

<sup>1</sup>- F ( Madern ) , le nouveau régime de la responsabilité décennale, éd, Montchrestien .Paris, 1996, p58.

بمختلف أنماطها و استعمالاتها، أمّا المقاول فهده الرّئيسي من وراء إبرام المقاولة، هو تلقّي البديل أو الأجر نظير ما قدّمه لربّ العمل.

حيث ذكرنا سابقا بأنّ مفهوم المقاولة نصّ عليه المشرّع الجزائري من خلال المادة 549 من ق.م.ج استنادا لما تولده من التزامات متبادلة، والتي جاء فيها ما يلي: **عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يضع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر**. وبالتالي فلا شك أنّها تخضع للنظرية العامة للعقد من حيث الأحكام المتعلقة بها، وعلى وجه الخصوص من حيث الأركان العقد العامّة، وكيفية الإبرام من حيث التراضي والمحل والسبب والشروط المخصّصة لكلّ ركن منها. وبما أنّ مقاولة البناء هي أحد صور المقاولة<sup>(1)</sup>، فإنّها تستلزم بذلك كلّ ما ينطلبه أيّ عقد بشكل عام من شروط وأركان على غرار التراضي والمحل والسبب والشكلية (باستثناء العقود الرضائية). فحتّى تنشأ العلاقة العقدية بين مقاول البناء من جهة وصاحب العمل من جهة أخرى، يجب أن يكون هذا العقد صحيحا أي لم يخل أحد أركانه العامّة والأساسية أو أن يكون رضى أحد الطرفين مشوبا بعيب من عيوب الإرادة ممّا يجعله عرضة للإبطال.

وبذلك تتحدّد لنا أركان عقد مقاولة البناء، والتي تنحصر في ضرورة وجود التراضي في العقد، والمتمثّل في تبادل طرفا العقد لرضاها من خلال الاتفاق على مختلف بنود، والمحل الذي تنصبّ عليه المقاولة، والذي يتّصف بالازدواجية لكونه يتمثّل في أعمال البناء التي يلتزم المقاول بتجسيدها في أرض

---

1- نشير إلى أنّ جانبا من الفقه الفرنسي بزعامة (Maderne) عبّر عن المقاولة -بعبارة (contrat d'entreprise)، واعتبر أنّ المقاولة و المؤسسة مفهوم واحد، إذ أنّ الأولى ما هي إلاّ ترجمة للثانية. فالمؤسسة هي تنظيم مستقل يجمع وينسق بين العوامل المادية والمالية والبشرية ويهدف إلى تزويد السوق بالمنتجات و الخدمات. وقد تمّ تعريف المؤسسة بالمقاولة بأنّها: "استعمال وسائل الإنتاج في منظمة دائمة أسست على منشأة مادية". و كذلك بأنّها: "المباشرة المهنية للإعمال التجارية المرتكزة على تنظيم مسبق". أنظر فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر الحرفي، الأنشطة التجارية، النشر الثّاني، ابن خلدون 2003 ص 75.

-أمّا المشرّع الجزائري فقد اعتبر المؤسسة في المادّة 03 فقرة 01 من الأمر رقم 03-03 المؤرّخ في 14 جوان 2003 والمتعلّق بالمنافسة، ج ر ع 43، ص 25 والمعدّل والمتمّم بموجب القانون رقم 08-12 والمؤرّخ في 25 جوان 2008، ج ر ع 36، سنة 2008، وكذا القانون 10-05 المؤرّخ في 15 أوت 2010، ج ر ع 46، بأنّها: "المؤسسة هي كلّ شخص طبيعي أو معنوي أيّا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات". لذلك توصلت جانب من الفقه أيضا إلى اعتبار مصطلح المقاولة المستعان من طرف المشرّع الجزائري في ق.ت.ج -وبالضبط في المادّة 02 منه- لا يتطابق مع المصطلح المستعمل من طرف المشرّع الفرنسي والذي يعد مصدرا لها وهو كلمة -Enterprise- وكان من الأجدر على مشرّعنا استعمال مصطلح -المشروع- لأنّه الأحسن تعبيراً من مصطلح المقاولة كعمل تجاري، إذ أنّ هذا الأخير يغلب عليه الطابع المدني المحض -المواد 549-570 منه. لأنّ المقاولة التجارية تستلزم قدرا معينا من التنسيق والتخطيط لمباشرة المهام الاقتصادية بتوظيف العناصر المادية والبشرية، إضافة إلى عنصري الاحتراف والمضاربة واللذان يضيفان عليها- أيّ المقاولة- الطابع التجاري المحض. فرحة زراوي صالح، المرجع السّابق، ص 69.

الواقع بعد أن كانت مجموعة رسومات وأشكال هندسية يقوم بها المهندس المعماري، وكذلك الأجر أو بدل المقابلة الذي يدفعه رب العمل له، وكذا ركن السبب، والذي يعرف بأنه الباعث والدافع إلى إبرام المقابلة من خلال نية كل طرف في العقد من وراء الإبرام<sup>(1)</sup>.

إضافة إلى ذلك فإن عقد مقابلة البناء هو عقد رضائي، ومعنى ذلك أنه لا يشترط لانعقاده شكل خاص، لكونه ينعقد بمجرد تراضي الطرفين على المحل من حيث الإنجاز وكيفيته وكذا الأجر الموازي لذلك. وما قد يستخلص من خلال ذلك كله، أن الكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات المقابلة وليس لانعقادها حتى ولو سبق إبرام المقابلة إجراء مقايضة لتحديد الأسعار والمواصفات، فليس ذلك ضروريا لإبرامها. ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون عقد المقابلة البناء عقدا شكليا، إذا اشترط نص قانوني خاص الكتابة لوجوده أو اتفق طرفاه على إفراغه في قالب شكلي. وفي هذا الصدد نشير إلى أن المشرع الفرنسي، قد اشترط في بعض الحالات وعلى سبيل الاستثناء أن تبرم المقابلة البناء كتابة وإلا اعتبر العقد باطلا، وذلك فيما يتعلق بعقود بناء المساكن الفردية وحدد بيانات الإلزامية يتوجب ذكرها في هذا العقد، وذلك وفقا لما ورد في المادة 131 فقرة 01 من قانون البناء والمساكن الفرنسي<sup>(2)</sup>. في حين أن أغلب التشريعات -ومنها المشرع الجزائري- لم يشترط تلك الرسمية في مجال المباني والمنشآت المعمارية مما يتعين معه استخلاص أن الشكلية في عقد مقابلة البناء هدفها الإثبات فقط<sup>(3)</sup>، لاسيما إذا اتفق طرفيها على إعطائها طابعا شكليا نظرا لقيمتها المالية والاقتصادية وضخامة المشاريع العقارية، لذلك قد يطالب المتعاقدان أحيانا بالشكلية لكونها الوسيلة القانونية الوحيدة للإثبات وإضفاء الحماية.

ومن خلال ذلك يتضح لنا أن العناصر المراد التعمق في أحكامها في هذا المبحث هي التراضي والشكلية في عقد مقابلة البناء، بالإضافة إلى المحل من حيث كيفية وجودهم وأشكاله والشروط القانونية الواجبة التوفر فيه، إضافة إلى خصوصياتهما في هذا العقد. فحتى ينعقد عقد المقابلة لا بد من توافر التراضي لدى طرفيه، وهما المقاول من جهة ورب العمل من جهة أخرى (صاحب المشروع)، مع الإشارة إلى أن التراضي يستلزم وجود إرادتين متطابقتين وهو ما يعبر عنه قانونا بالإيجاب والقبول. ويجب أن

1-أنظر بخصوص أحكام السبب في النظرية العامة للالتزام بوجه عام، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، طبعة 2004، ص 216 وما يليها.

2-قانون البناء والسكن الفرنسي، الصادر سنة 1996، والذي دخل حيز النفاذ سنة 1997.

3- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة لأولى، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، سنة 1997، ص 34.

ينصبّ التّراضي على العمل المراد إنجازه والمتمثّل في تجسيد مختلف التّصاميم والأشكال في أرض الواقع من خلال أعمال التّشييد أو البناء من جهة وكذا الأجر من جهة أخرى.

### المطلب الأوّل - التّراضي والشكلية في عقد مقابلة البناء:

يعتبر التّراضي ركن أساسي في العقود، ويعرف بأنّه اتجاه إرادة الشّخص إلى إحداث آثار قانونية. وقد اعتبره المشرّع سببا لنشأة العقد، إذ تناوله بموجب أحكام المادّة 59 من ق.م.ج، والتي تنصّ على ما يلي: "يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التّعبير عن إرادتهما دون الإخلال بالنّصوص القانونية". بالتّالي ومما لا شك فيه أنّ مقابلة البناء تبرم من خلال توافر رضي الطّرفين، وهما ربّ العمل من جهة والمقاول من جهة أخرى، والذي يستلزم وجود إرادتين متطابقتين وهو ما يعرف بالإيجاب والقبول من طرفي العقد<sup>(1)</sup>.

إضافة إلى ذلك، فقد تتجسّد المقابلة من خلال أساليب عديدة تختلف باختلاف رغبة ربّ العمل في اختيار نمط التّعاقد مع مقاول البناء، وكذا بحسب أهمية وحجم المقابلة الاقتصادي بوجه عام. فقد يختار طريق المسابقة أو المناقصة أو أسلوب التّراضي المباشر، لذلك نحاول توضيح أساليب الخاصّة لانعقاد المقابلة.

كما أنّ الشكلية<sup>(2)</sup> والتي تمثّل الثّوب أو اللّباس الخارجي لأيّ تصرّف قانوني والتي تعرف بأنّها مجموعة الإجراءات الواجبة الإلتّباع لصحّة العمل القانوني.

ومن ثمّ يتوجّب علينا التّطرّق إليها بخصوص مقابلة البناء<sup>(3)</sup>، وإن كان العقد يبرم من حيث المبدأ بمجرد حصول الاتّفاق بين الإرادتين، فإنّ الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون و بصورة استثنائية توفّر كلّ شكل من أشكال الرّسمية. كما أنّه قد يطالب أحد المتعاقدين بها أو كلاهما قصد إضفاء حماية مصالحهما و توفير الإثبات المادي أحيانا. تبعا لذلك نتطرّق إلى دراسة شروط انعقاد المقابلة، ثمّ إلى شروط بالشكلية لكونها الوسيلة الوحيدة التي تسمح بإثبات التّصرف القانوني صحّتها.

<sup>1</sup> - محمد صبري السّعدي المرجع السّابق، ص 231.

<sup>2</sup> - تعرف هذه الحالة بالشكلية الاتّفاقية، والتي تمّ اعتمادها من طرف الاجتهاد القضائي الجزائري بمناسبة صدور القرار رقم 25016، غ المدنية للمجلس الأعلى، سنة 1987. و كذلك القرار رقم 25699 الصّادر بتاريخ 07-07-1982 نشرة القضاة، ع الخاص 1982، ص 171.

<sup>3</sup> - علي فيلالي، المرجع السّابق، ص 36.

## الفرع الأول-التراضي في عقد مقابلة البناء:

يجب أن ينصبّ هذا التراضي على إنجاز البناء وتشييده من خلال ترجمة التصميم والمقاييس إلى أرض الواقع من جانب المقاول والأجر المقابل والمخصّص لذلك، ونقصد بذلك كلّ الاتفاق على ماهية مقابلة البناء بصورة عامّة. وعليه يستخلص بأنّه لوجود التراضي، يشترط وجود إيجاب وقبول من الجانبين وتطابقهما لإنتاج الآثار القانونية.

بالإضافة إلى اشتراط الإرادة السليمة والخالية من كافة العيوب التي قد تشوبها وبعدّ تطابق الإيجاب والقبول شروطا للانعقاد، بينما يعدّ وجود الإرادتين الصّححتين شروطا للصحة<sup>(1)</sup>.

كما أنّه قد يستعان لانعقاد المقابلة بشكل عام، بأساليب عديدة يلجأ إليها رب العمل استنادا إلى طبيعة المشروع المزمع تجسيده وبالنظر إلى أهميته وحجمه. فقد يعتمد على طريقة الممارسة، وهي الطريقة الطبيعيّة والعادية لعقد مقابلة البناء، بحيث تتساوى فيها المراكز القانونية للطرفين، من خلال التفاوض المطلق وبكلّ حرّية على بنود العقد استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة. كما يمكن لصاحب المشروع اللجوء إلى طريق المسابقة، وذلك قصد انتقاء واختيار قائم على مشروعه المعماري، لاسيما إذا تعلّق الأمر بالمشاريع الضخمة والكبرى، كما يمكنه اللجوء إلى أسلوب المناقصة، أو ما يعرف بطريقة تقديم العطاءات.

### أولا-شروط الانعقاد:

يجب لانعقاد مقابلة البناء، تحقّق الإيجاب والقبول<sup>(2)</sup>، وتطابقهما على عناصرها من حيث الإنجاز والأجر المستحق لذلك، إذ يتمّ التراضي بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد، من حيث العمل المراد تقديمه و المدة المحدّدة للإنجاز والذي يؤديه الأوّل لحساب رب العمل، والأجر الذي يتقاضاه منه وكيفية

1- توفيق زيداني، التّنظيم القانوني لعقد المقابلة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون العقّاري، كآية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2004 ص 27.

2- الإيجاب هو العرض الذي يتقدّم به شخص معيّن إلى آخر (الموجب)، أو آخرين بقصد التعاقد-وهو في موضوع الدراسة إمّا قد يكون صادرا من جانب صاحب المشروع أو من جهة مقاول البناء -للحصول على قبول هذا العرض وبالتالي إنشاء العقد وبعبارة أخرى، فإنّ الإيجاب هو تعبير نهائي عن الإرادة يتمّ به العقد إذا تلاقى معه القبول.

-أمّا القبول فهو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدّم به الموجب. بالتالي فإنّ القبول هو الموافقة على إنشاء العقد، بناء على الإيجاب، وغالبا يتأخّر صدوره عن صدور الإيجاب ويسمّى الإرادة التّانية والإيجاب هو الإرادة الأولى. ويشترط في القبول حتّى ينعقد به العقد أن تتوفّر فيه الشّروط التي سبق بيانها فيما يتعلّق بوجود الإرادة واتّجاهها إلى إحداث أثر قانوني والتعبير عنها. محمّد السّعدي صبري، المرجع السّابق، ص 123.

دفعه ومكان وزمان ذلك أيضا. بالتالي يستخلص أنّ هذه العناصر (الإنجاز و الأجر)، هي المسائل الجوهرية والتي لا يمكن تطابق الإيجاب و القبول في المقابلة دون الإتفاق عليها<sup>(1)</sup>.

أمّا عن طريقة التعبير عن الإرادة في عقد مقابلة البناء فقد يكون بشكل صريح أو ضمنى وفقا لما تضمنته المادة 60 من ق.م.ج، والتي تنصّ على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أيشكّ في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا". مع الإشارة -إلى أن هذا التراضي- وإن كان يصحّ أن يكون ضمنيا في المقابلة، فليس ذلك معناه أنّه مفترض بل يجب أن يكون موجودا وعلى من يدّعيه عبء إثباته<sup>(2)</sup>.

### 1- تحقّق الإيجاب و القبول:

يقصد المشرّع الجزائري بالرّضى، تراضي المتعاقدين (أي أنّ العبرة برضا كلا المتعاقدين و ليس رضا أحدهما فقط)، و هذا ما تؤكّده الصياغة الفرنسية للنص القانوني (le consentement) أي تراضي المتعاقدين<sup>(3)</sup>. و يترجم ذلك من خلال الإرادة التي تعدّ عنصرا جوهريا في وجود و تقرير رضى رب العمل من جهة و المقاول في مجال البناءات من جهة أخرى، و يتمّ ذلك من خلال تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما ممّا يؤدي إلى وجود و خلق الإرادة المشتركة.

فالقانون لا يعتدّ إلاّ بالإرادة الجديّة التي عرفت في مفهومها تطوّرات عديدة فرضتها تحولات المجتمعات، وقد اجمعت كلّها على ضرورة إظهار هذه الإرادة. وتكون الإرادة جديّة متى صدرت من شخصية قانونية مؤهّلة، ويعني ذلك أن يكون صاحبها مؤهّلا قانونا من خلاله تمتّعه بالشخصية القانونية والتي تعرف بصلاحيّة الشّخص لاكتساب الحقوق و تحمّل الواجبات، من جهة و الأهلية القانونية من جهة أخرى والتي ترغب من وراء ذلك إحداث آثار قانونية، و مفاد ذلك أن يكون كلّ طرف في العقد راغبا في الارتباط بحالة قانونية، ذلك لأنّ الإرادة الجديّة هي التي تسعى إلى تحمّل الإلتزامات نحو إرادة أخرى أو اكتساب حقوق عليها، أو التنازل عن حقوق مكتسبة، فيلتزم صاحبها بواجبات تتفدّ جبرا إن اقتضى الأمر.

1- أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 27. و قد رأينا أنّ المادة 549 من ق.م.ج والتي تعرف عقد المقابلة بشكل عام، تذكر هذه العناصر صراحة، ويكون ذلك خاضعا للقواعد العامّة في نظرية العقد.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري العقود الواردة على العمل، المقابلة -الوكالة-الوديعة-الحراسة، ج 07، المجلّد الأوّل دار الإحياء العربي، سنة 1964 ص 36.

3- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، موفوم للنشر، 1985، ص 67.

وتكون الإرادة غير جدية إذا كان صاحبها لا يرغب في تحمّل الواجبات، كما هو الحال بالنسبة لإرادة الهازل، و الإرادة الصورية<sup>(1)</sup>. فإيجاب و قبول المتعاقدان في المفاوضة باعتبارهما عنصرا التراضي، يشترط فيهما أن يكونا جازمين وشاملين لكل العناصر الأساسية للعقد مع الإشارة إلى أنه وبخصوص شروطهما المكّسة في النظرية العامة للعقد من حيث الإلزام وإنتاج الأثر والشروط الواجبة التوفر حتى يعتدّ بهما من الناحية القانونية، فإنها تنطبق أيضا بخصوص مفاوضة البناء، بحيث يجب أن تكون إرادة كل من ربّ العمل والمقاول جادة وجازمة عليا إنشاء العقد. وقد يكون الإيجاب صادرا -في أغلب الأحيان- من جانب رب العمل، والذي قد يقترح على المقاول تشييد بناية أو سكن، وذلك بعد عرضه لإمكانية قبول التعاقد مع المقاول - والذي يعدّ عادة هو صاحب القبول- أي صاحب الرغبة في قبول التعاقد مع رب العمل أم لا<sup>(2)</sup>. إلا أنّ ذلك لا يمنع من تغيير المراكز القانونية بحيث يكون صاحب الإيجاب هو المقاول، في حيث أنّ رب العمل هو القابل للتعاقد. فطرفي العقد حسب النظرية العامة للالتزام عموما، والتي تعرف العقد على أنه: "هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، فإنها تتجسد في صورتين، وهما الإيجاب والقبول<sup>(3)</sup>.

#### أ- طرفي الإيجاب و القبول في مفاوضة البناء:

رجوعا إلى موضوع الدراسة والمتمثّل في مفاوضة البناء، فإنّه وإزالة صفة التجريد على طرفي العقد من المناسب التطرّق إلى ماهيتهما من خلال التعريف بهما، وهما رب العمل ومقاول البناء وذلك حتى يتسنى إلينا معرفة نطاق المفاوضة الشّخصي، بالنظر لما ترتبه من آثار قانونية والتي سيتمّ التطرّق إليها لاحقا بموجب الفصل الثّاني من الدراسة.

#### أ1- عن رب العمل (صاحب المشروع):

بتفحص الأحكام النّاطمة للمفاوضة في ق.م.ج - والتي سبق ذكرها-، يستخلص أنّ المشرّع لم يتطرّق إلى تحديد المقصود برب العمل، واكتفى بالقول بأنّه ذلك الشّخص الذي يؤدي العمل لحسابه ولصالحه ممّا يجعلنا نستخلص أنّه الملتزم بالوفاء بأجرة المفاوضة نظير الأعمال المقدّمة إليه من جانب المقاول. إلاّ المشرّع الجزائري بعد تطرّقه لأعمال البناء بصفة خاصّة، من خلال المرسوم التّشريعي رقم 94-07 و المتعلّق

<sup>1</sup>- خليل أحمد حسن قداد، شرح القانون المدني الجزائري، ج02، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1990، ص65.

<sup>2</sup>- محمد حسنين، المرجع السابق، ص50. أنظر أيضا، علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفوم للنشر، المرجع السابق، ص98.

<sup>3</sup>- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة 2013، موفم للنشر، ص124.

بالهندسة المعمارية و شروط ممارسة مهنة المهندس المعماري، فإنه تدارك الوضع وعاد وعرف رب العمل و الذي أطلق عليه تسمية صاحب المشروع عقد مقابلة البناء، ذلك بموجب المادة 07 منه، التي تنص على ما يلي: "يقصد بصاحب المشروع في مفهوم هذا المرسوم التشريعي، كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يقوم بالبناء على قطعة أرضية يكون مالکها، أو يكون حائزاً لحقوق البناء عليها طبقاً للتنظيم والتشريع المعمول بهما" (1).

كما تطرق الفقه إلى تحديد المقصود برب العمل، و عرفه على أنه: "الشخص الذي يشيد البناء أو يقيم المنشأ الثابت في الحقيقة لحسابه، سواء كان طبيعياً أو معنوياً، و بغض النظر عن ما إذا كانت طبيعته القانونية، خاصة أم عامة" (2).

كما تم تعريفه على أنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي بيده سلطة اتخاذ القرار في قيام المشروع، سواء لحسابه الخاص كمالك، أو لحساب الآخرين" (3).

وما قد يتم استخلاصه من خلال هذه التعريفات التشريعية والفقهية، أنه لا يمكن اشتراط الذاتية في إبرام عقد مقابلة البناء في الشخص، حتى نقول بأنه رب عمل وإنما يكفي لتمتعه بهذه الصفة أن يكون العقد قد أبرم باسمه و لحسابه الخاص حتى عن طريق وكيل عنه، سواء أكانت هذه الوكالة اتفاقية أو قانونية أو قضائية و بغض النظر عن ما إذا كانت صريحة أم ضمنية (4).

و طالما أن مقابلة البناء -كما سبق الإشارة إليه سابقاً في مقدمة الدراسة- تعد أداة لتجسيد المشاريع المعمارية، فإنها قد تبرم في إطار الترقية العقارية، طالما أن المادة 16 من الأمر رقم 11-04 و الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، قد ألزمت المرقى العقاري على الاستعانة لتجسيد المشاريع بخدمات مقاول على أن يكتف العقد المبرم بينهما بأنه مقابلة، مما يعني اعتبار المرقى رب عمل تجاه المقاول المتعاقد معه. فلذلك فقد تبرم المقابلة خارج مجال الترقية العقارية، كما قد يتم اللجوء إليها

1- عكو فاطمة الزهراء، التزامات رب العمل في عقد مقابلة البناء، بحث لنيل شهادة ماجستير، فرع عقود و مسؤولية جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون 2004-2005، ص 23.

2- محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقابلة في ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 56.

3- عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، المقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى كلية الحقوق، جامعة أسبوط 1987، ص 88.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 07، المرجع السابق، ص 38.

بخصوصها، و هو الأمر الذي يلزمنا بضرورة التمييز بين رب العمل خارج الترقية العقارية و بين رب العمل المرقي العقاري وفقا لما يلي:

#### ❖ رب العمل خارج الترقية العقارية:

الأصل أن تبرم المقابلة خارج مجال الترقية العقارية، على اعتبار أن إطارها القانوني ورد من خلال القانون رقم 58-75 والمؤرخ في 26-09-1975، و المتضمن ق.م.ج، والمعدل والمتمم وبالضبط في المواد من 549 إلى 569 منه، أي قبل صدور الأحكام النافذة لمجال الترقية العقارية في الجزائري ونخص بالذكر المرسوم التشريعي رقم 03-93 والمتعلق بالترقية العقارية الملغى بموجب الأمر رقم 04-11 السالف الذكر.

و من ثم قد يكون ربّ العمل شخصا طبيعيا، كما قد يكون شخصا معنويا، والذي يتمّ البناء أو الترميم أو هيكلة أو إعادة هيكلة لحسابه، وذلك قصد استعماله حسب طبيعته، وسواء احتفظ بملكيته أو باعه أو أجره. فوفقا لهذه الصورة يتجسّد عقد مقابلة البناء، والذي يعني قيام المقاول بإنجاز الأشغال وتسليمها إلى صاحب المشروع بكلّ استقلالية.

بالتالي يقتصر دور المقاول في مجال البناء والتشييد على القيام بتشييد المبنى قصد استغلاله واستعماله من طرف صاحبه كما لو تعاقدت شركة تجارية مع مقاول في مجال البناء قصد إنجاز مقرّ اجتماعي لها، أو تعاقد طبيب مع مقاول قصد بناء عيادة طبية لفائدته، أو تعاقد مستثمر سياحي مع مقاول قصد بناء نزل أو مركب أو منشأة ساحية، أو إبرام عقد مقابلة قصد بناء مسجد أو غيرها من الأمثلة التي تتجسّد فيها المقابلة قصد إنجاز مشروع عقاري مهما كان نوعه، وكلّ ذلك خارج الإطار القانوني للترقية العقارية.

#### ❖ ربّ العمل المرقي العقاري:

قد يكون المرقي العقاري في حدّ ذاته ربّ عمل، على أساس أنّ هذا الأخير هو الشخص الذي تتمّ الأشغال بناء المشروع لفائدته قصد التصرف فيه بالبيع أو الإيجار. وما يؤكد إضفاء صفة رب العمل (صاحب المشروع) على المرقي العقاري، هو نصّ المادة 16 من القانون رقم 04-11<sup>(1)</sup>، والتي

---

1- القانون رقم 04-11 و المؤرخ في 25 فيفري 2011 و الذي يحدّد القواعد التي تنظّم نشاط الترقية العقارية، ج ر، ع 09، سنة 2011، و الذي ألغى المرسوم التشريعي رقم 03-93، المتعلق بالمشاط العقاري . وما يمكن استخلاصه من خلال هذه المادة، أنّ المشرّع ألزم المرقي العقاري بالتعاقد مع مقاول على إنجاز المشروع العقاري المعهود له. بوسنة إيمان النظام القانوني للترقية العقارية، دار الهدى، طبعة 2011، ص54.

جاء فيها: "كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار، ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاوله يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة".

بالتالي و بعد إجراء مقارنة بين الصورتين السالفتين الذكر، يستخلص بأن المرقّي العقاري يتدخل في أعمال البناء و التشييد بصفة صاحب المشروع قصد البيع أو الإيجار، وهذين الأخيرين باعتبارهما تصرفين قانونين تشترط فيهما الملكية التامة قصد القيام بهما، و لاعتبارهما صحيحين قانونا ولإنتاج آثارهما القانونية<sup>(1)</sup>.

فالبيع حتى يكون صحيحا من الناحية القانونية يجب أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع، إذ تنص المادة 351 من ق.م.ج المعدل و المتمم، على ما يلي: "البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". نفس الشيء بالنسبة للإيجار- إلا إذا تعلق الأمر بالإيجار من الباطن-.

غير أن المرقّي يتعاقد مع مقاول في مجال البناء، وحسب أهمية المشروع بموجب عقد مقاوله محل الدراسة، و ذلك في إطار الترقية العقارية. والمرقي العقاري هو: " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بإنجاز عمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تاهيل أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها "<sup>(2)</sup>.

---

=غير أنه حسب رأينا، فإنّ المشرّع الجزائري لم يوضّح لنا ما إذا كان هذا الإلزام في كافة المشاريع العقارية، أم أنّ الأمر يقتصر على المشاريع الهامة فقط؟.و حسب رأينا أنّ التعاقد مع المقاول يكون في المشاريع الضخمة والمهمّة، وهذا ما يستشف من خلال عبارة...حسب أهمية المشروع..الواردة في المادة.أما بخصوص طبيعة العقد المبرم بين الطرفين ، فإنّ الأمر يتعلّق بالمقاوله.

<sup>1</sup>-بوستة إيمان، المرجع السابق، ص55.

2-لقد ورد هذا التعريف في نص المادة03 من الأمر رقم 11-04 السالف الذكر. و لقد وسّع المشرّع الجزائري من مهام المرقّي العقاري ، بموجب هذا الأمر من البناء والتشييد-باعتباره صاحبها-إلى مجموعة النشاطات المتعلقة بالبناء والتهيئة العمرانية و الإصلاح و الترميم و التجديد ، و إعادة التاهيل و إعادة الهيكلة، و تدعيم بنايات المخصّصة للبيع أو الإيجار بما فيها تهيئة الأراضيات لاستقبال بنايات، أي عمليات الانجاز و البناء أو التشييد ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي ، والمعدّة للبيع أو الإيجار وكذا الاستعمال الشخصي، ولذلك اشترط القانون على القائمين على تلك الأعمال شرط الاحتراف وامتلاك المهارات، والإمكانات المالية و المادية. دغيس أحمد، الضمانات في الترقية العقارية، بعد الإستيلاء النهائي للمشروع العقاري، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع والآفاق، يومي 27 و 28 فبراير2012 كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مراح ، ص17.

وقد يكون المرقّي العقاري شخصاً عاماً، كما هو الحال بالنسبة للولاية والبلدية، كما قد يكون شخصاً خاصاً كما هو الحال بالنسبة لديوان الترقية والتسيير العقاري (O.P.G.I)، وكذا الصندوق الوطني للتوفير والإحتياط (C.N.E.P) والوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (A.A.D.L).

وبسبب المشاكل الكبيرة التي عرفها قطاع الترقية العقارية، وضع المشرع - لاسيما بموجب القانون 04-11 المتعلق بالترقية العقارية - شروطاً عدّة لضبط و تحديد مهنة المرقّي العقاري والتي نوجزها فيما يلي:

✓ - اكتسابه لصفة التاجر:

إذ تنصّ المادة 16 من القانون 04-11 على أنه: "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية".

✓ - التسجيل في الجدول الوطني للمرقّين العقاريين والحصول على اعتماد:

إذ لا يكفي اكتساب صفة التاجر لممارسة هذه المهنة، بل يجب الحصول على اعتماد و التسجيل في الجدول الوطني للمرقّين العقاريين، وهذا الشرط وجوبي ويؤدي تخلف هذه الإجراءات إلى تخلف صفة المرقّي العقاري و يتوقّف الحصول على اعتماد على تمتّع المرقّي العقاري بكامل حقوقه المدنية. أمّا عن إجراءات الاعتماد فهي محدّدة بموجب نصّ تنظيمي، لكن يمكن للمرقّي العقاري التنازل عن الاعتماد أو تحويله، كما يؤدي كلّ تغيير في الشكل أو التسمية الخاصة بالمرقّي بالإضافة إلى عنوان الشركة خلال نشاطه إلى بطلان الاعتماد<sup>(1)</sup>.

✓ - وجوب أن يكون المرقّي العقاري من المحترفين و أن تكون له قدرات مالية:

وهو الشرط المنصوص عليه في المادة 12 من القانون رقم 04-11 السالف الذكر والتي نصّت على ما يلي: "يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال و القدرات المالية الكافية". وهذا الشرط سيؤدّي لا محالة إلى استبعاد جميع الأشخاص الذين ليست

---

1- يعتبر هذا الاعتماد بمثابة ترخيص لممارسة المهنة مع مراعاة القيام بالإجراءات الشكلية، الإدارية و الجبائية المطلوبة للحصول على هذا الترخيص. وفي هذا الصدد تنصّ المادة 06 من القانون رقم 04-11 - السالف الذكر - على ما يلي: "تخضع كلّ عملية ترميم عقاري أو إعادة تأهيل أو تجديد عمراي أو إعادة هيكلة أو تدعيم إلى ترخيص إداري مسبق. و يمنع الشروع في أيّ من الأشغال المذكورة أعلاه، دون الحصول على الترخيص الإداري المذكور أعلاه. تحدّد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم." وقد صدر بهذا الشأن المرسوم التنفيذي رقم 84-12 المؤرخ في 20 فيفري 2012 والذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقّي العقاري، وعلى وجه التخصيص المواد 06-07 منه. دغيس أحمد، المرجع السابق ص 21.

لهم مؤهلات في مجال الترقية العقارية، وكذا الأشخاص الذين ليست لهم القدرات المالية للقيام بمشاريع عقارية وبالتالي إنهاؤها في الأجل المحدد في العقد ، وقد أكدت التجربة أهمية وضع مثل هذا الشرط (1).

✓-وجوب الاستعانة بخدمات مقاول:

إذ أنّ كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معدّ للبيع، فهو ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع. ويكون ذلك بموجب عقد مقولة يبرم بين الطرفين، لغرض إنجاز هذا المشروع و هذا ما يميّز المرقّي العقاري عن المقاول، و يضيفي صفة صاحب المشروع عليه أيضا، إذ أنّ الشخص لا يمكنه التعاقد مع نفسه، إلاّ في حالة الترخيص السابق من جانب المتعاقد الآخر أو الإقرار اللأحق عملا بأحكام القواعد العامّة لنظرية العقد(2). غير أنّه و إن كان المشرّع الجزائري وبموجب المادة 16 من القانون رقم 11-04 السالف الذكر، قد نصّ صراحة على أنّ العقد المبرم بين المرقّي العقاري والمقاول يكتف على أنّه مقولة، فمعنى ذلك أنّه رب عمل بالنسبة إلى المقاول، وأنّ الضمان العشري قد تمّ تقريره لحمايته.

لذلك فإنّ المرقّي العقاري يطرح إشكالات عدّة من الناحية العملية، ومردّد ذلك اللبس أو الغموض الذي يحوم من الناحية القانونية حول مسألة إخضاعه لأحكام الضمان المعماري بشكل واضح، و إن كان مقصد المشرّع هو إخضاعه للضمان رغم أنّه يعتبر رب عمل في العلاقة العقدية مع المقاول بخصوص المشاريع المهمة. ونظرا لارتباط المهام المنوطة بالمرقّي العقاري و المنصبية على وجه التّحديد حول البناء و التّشيد فإنّه يتوجّب علينا تمييزه عن باقي المتدخلين في تلك الأعمال، أي الأشخاص المهنية المجاورة وفقا لما يلي:

#### • تمييز المرقّي العقاري عن المهندس المعماري:

يعرف المهندس المعماري بأنّه:"المهني الذي يعهد إليه بوضع النّصاميم والرّسوم والنّماذج لإقامة المنشآت و صيانتها و تزيينها والإشراف على حسن تنفيذها، فهو فنان يقوم بالتّصميم و فني يشرف على حسن تنفيذه".

و هناك من عرفه على أنّه:" الشخص الطبيعي المتميّز بملكاته الذّهنية وقدرته على الإبتكار والإبداع في التّصميم ووضع الرّسومات والخرائط والمقاييسات وتعيين الأبعاد والنّسب والاتّجاهات وكلّ

1- بوسنة إيمان، المرجع السابق، ص57.

2-أنظر بخصوص الاستثناءات الواردة على منع التعاقد مع النفس في التشريع الجزائري، خليل أحمد حسن قداد، شرح القانون المدني الجزائري، ج02، أحكام الالتزام، د.م.ج، طبعة 1990، ص65.

ذلك بما يتناسب وظروف البيئة ومقتضياتها، وأن تدخله في عملية البناء يكون بتكليف من المالك أو من يمثله قانونا ولحسابه، وأنه يجمع بين صفة الفنان والفني ويمارس مهنة حرّة غير تجارية<sup>(1)</sup>.

لذلك يستخلص بأن المهندس المعماري يعتمد دائما في عمله على مجهوده الذهني، أما بالنسبة للمرقي العقاري يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا. بالإضافة إلى قيام المهندس بوضع التصاميم و الرسوم و النماذج و الإشراف على حسن تنفيذها، أما المرقي العقاري، فلا يتدخل ولا يساهم في تلك الأعمال، بل يشرف عليها فقط لأنها من اختصاص المهندس المعماري. كما أنّ المهندس المعماري يتدخل في عملية البناء و التشييد بتكليف من المالك أو من يمثله قانونا لحسابه، أما المرقي العقاري فهو الذي يتخذ زمام المبادرة و العناية الرئيسية لإنجاز لإنجاز المشروع<sup>(2)</sup>.

كما أنّ المهندس المعماري يمارس مهنة حرّة غير تجارية، على خلاف المرقي العقاري الذي يعدّ تاجرا بنصّ القانون إلا في الحالات الاستثنائية المحددة على سبيل الحصر، وهو ما تضمنته المادة 02/03 من الأمر رقم 04-11 السالف الذكر.

كذلك إنّ مهنة المهندس المعماري تتعارض بصفة خاصّة مع كلّ الوظائف العمومية غير الانتخابية في مصالح الدولة أو الجماعات المحليّة أو المؤسسات العمومية المكلفة بالهندسة المعمارية و التعمير، كما تتعارض ممارسة نفس المهنة مع ممارسة المهنة كعامل أو مقاول أو متعامل في الترقية العقاريّة أو ممون بمواد أو لوازم تستعمل في البناء<sup>(3)</sup>.

#### • -تمييز المرقي العقاري عن مقاول البناء:

مقاول البناء، هو الشخص الذي يتعهد بالاتفاق مع المالك لقاء أجر معيّن على القيام بعمل معيّن متعلّق بالبناء أو الإنشاءات، كإقامته أو تعديله أو ترميمه أو هدمه. و يعرف أيضا أنّه: "الشخص الذي يعهد إليه تشييد المباني، أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى بناء على ما يقدم إليه من تصميمات، و ذلك بمقابل أجر و دون أن يخضع في عمله لأيّ إشراف أو إدارة". إلا أنّ المقاول في جميع الأحوال لا يتخذ زمام المبادرة و إن كان يتولّى الأعمال التنفيذيّة، أي يتولّى التنفيذ المادي للمشروع الذي اتخذ المتعامل في

<sup>1</sup>-بوستة إيمان، النظام القانوني للترقية العقاريّة، دار الهدى، سنة 2011، ص54.

<sup>2</sup>-ناصر لبّاد، النظام القانوني للسوق العقاريّة في الجزائر، رسالة دكتوراه دوله، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2004-2005، ص63.

<sup>3</sup>-ناصر لبّاد، نفس المرجع، ص64. أنظر بخصوص ذلك المادّة 22 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المتعلّق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدّل و المتمّم.

الترقية العقارية زمام المبادرة و العناية اللازمة لإنجازه. مع الإشارة إلى أن كون الشخص مقاولا، لا يمنع أن يكون مرقيا عقاريا، و هو يسمّى بالمتعامل المقاول<sup>(1)</sup>.

فانطلاقا مما قيل عن المرقّي العقاري -بخصوص تعريفه و تمييزه عن سائر المتدخلين في عملية البناء و التشييد- يمكن التساؤل عن هذا التناقض الذي شاب مسألة إخضاعه للضمان، إذ و من جهة أخرى فإنّ المشرّع قد نصّ على أن المرقّي العقاري قد يتحمّل المسؤولية العشرية، وذلك بموجب المادة 03/26 القانون رقم 04-11 والتي تنصّ على ما يلي: ".....على أن الحيابة و شهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرّض إليها المرقّي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل للأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقّي العقاري طيلة سنة واحدة"<sup>(2)</sup>. وهو المبدأ نفسه الذي كرّسته المحكمة العليا بموجب قرارها المؤرخ بتاريخ 2009/10/21، ملف تحت رقم 591169 والذي جاء فيه<sup>(3)</sup>: "يتحمّل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية المدنية العشرية في حالة عدم تبليغ شهادة التأمين إلى المشتري يوم حيازة ملكية البناية كحدّ أقصى". ومن ثمّ يستخلص أنّ هناك تناقض يحوم حول مركز المرقّي العقاري، من خلال اللبس والتناقض الذي استحدثته المادة 16 من الأمر رقم 04-11 السالف الذكر، والتي ألزمت المرقّي العقاري على ضرورة التعاقد مع مقاول على أن يكيّف العقد بينهما على أنه مقولة. لذلك ندعو المشرّع الجزائري إلى التدخّل لتوضيح مسألة إخضاع المرقّي العقاري إلى أحكام الضمان من عدمها، ونطاق وشروط ذلك إن اقتضى الأمر إخضاعه له.

## أ2- عن المقاول:

غالبا ما تكون مهام تنفيذ أشغال البناء و تجسيدها منوطة به، والتي يعهد له بها من طرف رب العمل (صاحب المشروع) بموجب عقد مقولة محلّه البناء. فالمقاول هو الشخص الذي يقوم بالتجسيد الفعلي للرّسومات والتصاميم الهندسية، بما يمليه عليه العمل من إدارة و إشراف وحراسة للمواد المستعملة في البناء وضمانها والبناء كأصل عام. إضافة إلى مراقبة واحتراز الأمكنة الجانبية والمحايدة للبناء لتفادي وقوع أية حوادث سواء لرب العمل أو للمارة<sup>(4)</sup>.

بالرجوع إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية النّاطمة لمجال البناء، فإننا لا نجد أثرا لتعريف مقاول البناء، ما عدى ما تضمنته المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 07-94 السالف الذكر، إذ نصّت على

<sup>1</sup>-ناصر لبّاد، نفس المرجع، ص 65.

<sup>2</sup>- دغيس أحمد، المرجع السابق ص 21.

<sup>3</sup>-قرار رقم 43216 الصّادر عن الغرفة المدنية ، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق و المستندات، سنة 2010، ع 02 ص 124.

<sup>4</sup>- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999 ص 87.

مايلي: "يقصد بصاحب المشروع المنتدب (المقاول)، كل شخص طبيعي أو معنوي، يفوضه صاحب المشروع قانونا للقيام بإنجاز بناء أو تحويله". غير أنّ المشرّع و من خلال إصداره للقانون رقم 11-04 المتعلّق بالقواعد التي تطبّق على نشاط الترقية العقارية-السالف الذكر- الذي تضمّن عدّة تعاريف و مفاهيم في مجال النشاط العقاري، و من خلال المادة 03 منه التي عزّفت مقاول البناء، إذ نصّت على ما يلي: "المقاول هو كل شخص طبيعي أو معنوي مسجّل في السجّل التجاري، بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات الفنية".

وتجدر الإشارة إلى أنّه، في الجزائر لا يوجد تأطير لمهنة المقاول أو نقابة خاصّة بالمقاولين في مجال البناء، كما هو الشأن بالنسبة للمهندسين المعماريين وسائر المهن الخاصّة. وبخصوص ذلك فإننا نقترح على المشرّع إيجاد تأطير مستقلاّ وخاصّا بالمقاول في مجال البناء وذلك بالنظر إلى المهام المعهودة إليه والدور الذي يقدمه لكونه يساهم في إنجاز المباني والمنشآت-بغضّ النظر عن طبيعتها-، وفي تطوير الاقتصاد الوطني<sup>(1)</sup>.

وأمام غياب التعريف التشريعي لمقاول البناء، حاول الفقه إعطاء تعريف للمقاول وذلك بالقول بأنّه: "شخص يعهد إليه ربّ العمل بتشديد المبنى أو إقامة المنشأة الثابتة الأخرى بناء على ما يقدم له من تصميمات ومقاييسات، وذلك في مقابل أجر ودون أن يخضع في عمله لإشراف ورقابة صاحب المشروع أو غيره"<sup>(2)</sup>.

كما عزّفه الدكتور محمد لبيب شنب بأنّه: "الشخص الذي يعهد إليه بتشديد المباني، بناء على ما يقدم له من تصميمات هندسية، وذلك مقابل أجر ودون أن يخضع المقاول للإشراف و الرقابة"<sup>(3)</sup>.

1- بوسنة إيمان ، المرجع السابق، ص 57.

-وحسب رأينا الشخصي، يستخلص من خلال هذا التعريف للمقاول في مجال البناء، أنّ المشرّع اشترط فقط أن يمتلك المقاول سجلا تجاريا فقط ومعنى ذلك، أن يكتسب صفة التاجر فقط، وإن كان من الأفضل على المشرّع، التركيز على جوانب أخرى أكثر أهمية، من بينها دوره في عملية التشديد وكذا اشتراط الخبرات ومؤهلات أو بالاستناد إلى المهام المنوطة به -كما فعل بذلك مع المرقّي العقاري، ذلك لأنّ صفة التاجر للمقاول أوردها من خلال المادة 02 من ق.ت.ج-السالفة الذكر-، و من ثمّ فلا داعي إلى تكراره.

2- غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء (المقاول -المهندس المعماري-صاحب البناء)مجلة الحقوق، المجلة الفصلية، جامعة الكويت، الحجم 19 ع 04 سنة 1995 ص 120 .

3-غير أنّه يلاحظ أنّ هذا التعريف، جعل المقاول لا يخضع لأي إدارة أو إشراف، لكن هذا ليس معناه أنّه لا يخضع للإدارة والإشراف مطلقا، ذلك لأنّ المقاول ملزم بتلقي الأوامر من صاحب المشروع وتنفيذها إلّا ما كان يتعارض مع أصول مهنته. أنظر، محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاول في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف الإسكندرية 2004 ص 37.

وهناك من أطلق مصطلح "المنفذ" على المفاوض، وعرفه بأنه: "كل شخص طبيعياً أو معنوي يرتبط بعقد مفاوضة مع رب العمل، ويتعهد بمقتضاه بتشديد بناء أو منشأة ثابتة أخرى ، وفقاً للتصاميم والنماذج المعدة من طرف مهندس معماري معتمد". وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن لرب العمل، أن يلجأ إلى أكثر من مفاوض لإنجاز مشروعه وذلك بأن يعهد بوضع الأساس و أعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وحيطان إلى مفاوض، و بأعمال النجارة و الترخيص إلى آخر والدهن والطلاء إلى مفاوض آخر، فيقوم بإبرام عدة عقود مع عدة مفاوضين كل حسب اختصاصه<sup>(1)</sup>.

### ب- كيفية التعبير عن الإرادة في مفاوضة البناء:

إنّ إظهار الإرادة أمر لا بدّ منه، و لقد حدّد المشرّع الجزائري- كأصل عام- طرق التعبير عن الإرادة بموجب المادة 60 من ق.م.ج والتي تنصّ على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ أيّ موقف لا يدع أيّ شكّ في دلالته على مقصود صاحبه. كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

حيث يستخلص من خلال هذه المادة، أنّه يجوز التعبير عن الإرادة صراحة من خلال الكلام الذي يتفوه به الشخص بطريقة مباشرة و أمام المتعاقد الآخر أو عن طريق الهاتف أو عن طريق إيفاد الرسول و بأية لغة كانت، بشرط أن يفهما المتعاقدان معا أو يستعينا بالوسائل التي تمكّنها من ذلك أو ضمناً كما لو تعلّق الأمر بعرض رب العمل لمشروعه المعماري، و يلقي ذلك قبولا من جانب المفاوض و دون كلام أو تفاوض آخر عن البنود و الشّروط الموضوعية من جانب الأول<sup>(2)</sup>. غير أنّه و بخصوص مفاوضة البناء فلا يشترط لانعقادها شكل خاصّ -كما سبقت الإشارة إليه- فهي رضائية، إلّا أنّه ورغم جواز التعبير الضمني في إبرام العقد إلّا أنّ ذلك لا يعني افتراض وجوده، وإنّما على من يدّعي وجود التعبير الضمني إثباته.

وقد يكون هذا التعبير باللفظ المباشر أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، و من بين الإشارات المتداولة بين الناس هزّ الرأس أفقياً للدلالة على القبول أو عمودياً للدلالة على الرّفص. كما قد يكون التعبير عن الإرادة باتخاذ أيّ موقف لا يدع أيّ شكّ في دلالته على مقصود صاحبه. وقد لا يثير التعبير عن الإرادة في مفاوضة البناء أية إشكالات، إلّا إذا تعلّق الأمر بالصورة الرابعة منه فقط- اتّخاذ الموقف- فقد

1- إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و مفاوض البناء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ج03، سنة1995، ص686.

2- خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق ص97. أنظر أيضاً، محمد حسنين، المرجع السابق، ص102.

لا يمكن تصويره في إطار التراضي في مقابلة البناء، وذلك بالنظر إلى طبيعتها المادية<sup>(1)</sup>، فلا يمكن تصوّر وقوعه من الجانب العملي. كما أنّ الإشارة المتداولة عرفاً قد تخصّ ذو العاهات، كالأصم والأبكم و الأخرص والأعمى، ذلك لأنّ المشرّع الجزائري اشترط لنفاذ وصحة تصرفات هؤلاء الفئات، أن تكون بمعية ومساعدة أشخاص معينين إتفاقاً أو قانوناً أو قضاءً. وفي هذا الصدد تنصّ المادة 80 من ق. م. ج على ما يلي: "إذا كان الشّخص أصم أبكم، أو أعمى أصم أو أبكم، و تعذّر عليه بسبب تلك العاهة التّعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعيّن له مساعدا قضائياً يعاونه في التّصرفات التي تفتّضها مصلحته. ويكون قابلاً للإبطال كلّ تصرف عيّن من أجله مساعدا قضائياً، إذا صدر من الشّخص الذي تقرّرت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

و من ثمّ يستخلص بأنّ مقابلة البناء قد يتمّ إبرامها بأحد تلك الطّرق المحدّدة للتّعبير عن الإرادة، غير أنّ التّعبير الصّريح الذي يصدر من المتعاقدين، هو المعتمد فيها بالنّظر إلى طبيعتهما و أهمّية المشروع و القيمة المالية و الإقتصادية للمقابلة و للمشروع المعماري المراد تجسيده من ورائها.

## 2- تطابق الإيجاب والقبول حول مضمون المقابلة:

طالما أنّ أساس صحة القبول هو مطابقته للإيجاب تمام المطابقة، فإذا تضمّن زيادة أو نقصاناً أو تعديلاً لهذا الإيجاب، فلا تعتبر الإرادة هنا قبولاً بل رفضاً يتطلّب إيجاباً جديداً. فإذا صدر القبول وطابق الإيجاب الذي كان قائماً، مطابقة تامة فإنّ العقد المقابلة ينعقد بين طرفيه، وهذا لا يكون وفقاً للقواعد العامّة-إلاّ إذا اتّصل القبول بعلم الموجب<sup>(2)</sup>. أمّا إذا كان الإيجاب قد سقط لسبب آخر، عند صدور القبول أو حتّى لو كان الإيجاب قائماً عندئذٍ ولكنّه سقط قبل أن يتّصل القبول بعلم الموجب، فإنّه لا يحصل اقتران القبول بالإيجاب، و من ثمّ لا ينشأ العقد ذلك لأنّ القبول هنا لا يصادف محلاً بسبب زوال الإيجاب، إذ تنصّ المادة 66 من ق م ج المعدّل و المتمّم على ما يلي: "يعتبر القبول الذي يغيّر الإيجاب إلاّ إيجاباً جديداً". فوفقاً للقواعد العامّة للتّعاقد، فإنّه يلزم لإتعداد مقابلة البناء، الحصول على الرّضا الذي هو أساس العقد أن توجد الإرادة في كل من طرفيه، و أن يصدر التّعبير عنهما<sup>(3)</sup>.

على أنّ ذلك لا يكفي، بل يلزم أيضاً أن تتوافق إرادتا طرفي العقد على إنشائه و يتمّ التّوافق بين الإرادتين على ثلاث مراحل رئيسية هي: الإيجاب و القبول ثمّ اقتران الإيجاب بالقبول بالتّالي وقياساً على

1- عبد الرزاق أحمد السّنهوري العقود الواردة على العمل، ج07، المجلّد الأوّل المرجع السّابق ص 37.

2- محمد السّعدي صبري، المرجع السّابق، ص92.

3- علي فيلاي، المرجع السّابق، ص115.

الأحكام العامة للتعاقد، يجب لانعقاد مقابلة البناء تطابق إرادة طرفي العقد على عناصره وماهيته، من خلال الاتفاق على الإنجاز و العمل الذي سيعهد إلى المفاوض و المتمثل في البناء و التشييد لحساب ربّ العمل، والأجر الذي يتقاضاه من هذا الأخير<sup>(1)</sup>.

فهذه هي المسائل الجوهرية في العقد و التي لا يمكن تطابق الإيجاب و القبول دون الاتفاق عليه إضافة إلى مسائل أخرى مرتبطة بالعقد، و المتمثلة على وجه الخصوص في كيفية و أسلوب البناء، و مدته و المواد المستعملة فيه ووسائل ذلك، هذه أيضا مسائل قد ينصب الاتفاق عليها أيضا. و تجدر الإشارة إلى أنّ هذه القواعد و الأحكام تسري سواء تعلق الأمر بصاحب المشروع -الشخص الطبيعي- أو المعنوي- أو حتّى المرقي العقاري عندما يريد التعاقد مع مفاوض في مجال البناء.

وتبادل التراضي بين ربّ العمل و مفاوض البناء في حدّ ذاته لا يطرح أيّ إشكال، بحيث يستخلص أنّ نفس القواعد العامة المتعلقة بالتراضي في العقود و كيفية التعبير عن الإرادة تنطبق عليه أيضا، سواء أكان المفاوض هو صاحب الإيجاب أم كان هو القابل للإيجاب الصّادر من ربّ العمل ، و إن كانت هذه الحالة الأخيرة هي السائدة من الناحية العملية<sup>(2)</sup>.

فربّ العمل -عادة- هو من يلجأ إلى المفاوض عارضا عليه التعاقد، نظرا لاعتبارات متعلّقة بشخصه - كشهريته في مجال البناء و خبرته أيضا-، وكذلك طالما أنّ هناك مرحلة تمهيدية و المتمثلة في وضع الرّسومات و النّصاميم و السابقة لذلك التراضي، وبالتالي يقتصر تراضي الطرفين على كيفية و تكليف تجسيد تلك النّصاميم على أرض الواقع. غير أنّه كثيرا ما يلجأ مفاوض البناء إلى الاعتماد على العقود التّمودجية المعدّة مسبقا من طرفه، قصد الاستعانة بها في مختلف تعاملاته مع زبائنه.

ففي هذه الحالة يجب التأكّد من تواجد تراضي الطرفين، وذلك على اعتبار أنّ هذه العقود المعدّة سابقا، ممّا يتوجّب على المفاوض أخذ الحيطة والحذر اللّازمين، من خلال قراءة وتفحص ومراقبة محتواها وبنودها، وذلك قبل عرضها على الزبائن (أرباب الأعمال) على أساس التزامه بالإعلام و الملقى على عاتقه، ذلك لأنّه من خلال العرض، فإنّ إيجابه يصبح ملزما له، ممّا قد يفتح مجالا لإمكانية تعرّضه

1-مصطفى مسعودي، أصول المفاوضة في التشريع الجزائري، طبعة 1987 الدار الجامعية.ص71.

2-مصطفى مسعودي، المرجع السابق، ص72.

للمسؤولية<sup>(1)</sup>. إلا أنه وإن كان الأصل أنّ وجود التراضي كافي لانعقاد المقاولة البناء بشكل عام إلا أنه يجب أن ينصبّ التراضي هذا على شروط و عناصر معيّنة، وذلك بالنظر إلى طبيعة وتعقيد المقاولة.

### أ- التراضي على العناصر العامة للمقاولة:

إنّ التراضي على العناصر العامة للمقاولة، يقتضي أن يتمّ تتطابق إرادة الطرفين على ماهيتها من حيث موضوع العمل المسند إلى المقاول، و كذا على الأجر المقابل لذلك و كذا على العمل في حد ذاته.

#### أ1- التراضي على محتوى العقد:

فلا تتعقد المقاولة إلا إذا تراضى طرفاها على ماهيتها، بأن تتّجه إرادة المقاول إلى أن يقوم بعمل معيّن لحساب المتعاقد الآخر مستقلاً عنه، وتتّجه إرادة الطرف الآخر إلى دفع أجر في مقابل هذا العمل. فيجب أن تتصّب إرادة الطرفين (المقاول ورب العمل) إلى إبرام عقد مقاولة. فلو أنّ أحد الطرفين أراد إبرام عقد مقاولة بينما اتّجهت نيّة الطرف الآخر إلى إبرام عقد وكالة مثلاً، فلا يوجد في هذه الحالة عقد مقاولة ولا عقد وكالة<sup>(2)</sup>. كذلك إذا قصد أحد المتعاقدين أن يقوم بالعمل مستقلاً عن أيّ إشراف أو توجيه، في حين قصد المتعاقد الآخر أن يكون له الإشراف والإدارة الكاملة لعمل الأول، فإنّ المقاولة لا تتعقد. كما أنّه إذا قصد المقاول أن يقوم بالعمل في مقابل أجر، في حين اعتقد الطرف الآخر أنّه يعرض عليه القيام به مجاناً، فلا تتعقد المقاولة لعدم التراضي على ماهيتها، ذلك لكونها عقد يقصد به أن يقوم أحد طرفيه- وهو المقاول- بالعمل مستقلاً لقاء أجر يتعهّد به الطرف الآخر<sup>(3)</sup>.

#### أ2- التراضي على العمل:

لكي تتعقد المقاولة يجب أن يتمّ التراضي بين و المقاول ورب العمل على العمل المطلوب. فإذا أراد أحدهما إجراء عمل معيّن كتنشيد عمارة أو مقر لشركة تجارية من جانب المقاول، وأراد الطرف الآخر القيام بعمل آخر أو كالترميم أو الهدم، فلا تتعقد المقاولة لعدم حصول التراضي على العمل المقصود منها. والتراضي على العمل يتطلّب فيه أن يكون معيّنًا أو على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين، كما أن يكون هذا العمل ممكناً

1-مدوري زايدي،مسؤولية المقاول و المهندس المعماري،مذكرة ماجستير-فرع المسؤولية و العقود-جامعة مولود معمري كلية الحقوق و العلوم السياسية تيزي وزو، سنة 2009-2010ص 31.

2- عدنان إبراهيم السرحان،العقود المسماة في المقاولة-الوكالة-الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان الأردن سنة 2007 ص 20 و ما يليها.

3- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 17.

ومشروعاً وإلا لما انعقد العقد، لأنّ استحالة العمل تعني انعدام الإرادة الجادّة إلى إنشاء الالتزام وعدم مشروعيته تفيد أنّ الباعث عليه كان غير مشروع.

### 3 - التراضي على الأجر:

إذ يلزم أيضاً أن يقع التراضي على أجر مقابلة البناء، بأن يوافق أحد الطرفين على مقدار الأجر الذي عرضه الطرف الآخر، وبالتالي إذا طلب المقاول أجراً معيناً، ووافق رب العمل على أجر أقل، لا تتعدّد المقابلة لعدم تحقّق تطابق بين الإيجاب والقبول، لذلك فإنّه يشترط أن تتّجه إرادة المقاول إلى الحصول على الأجر، نظير ما يقدّمه من عمل بشرط أن تكون إرادة رب العمل قد توجّهت هي الأخرى إلى دفع هذا الأجر. أمّا إذا انتفى هذا القصد لدى المتعاقدين وتوجّهت إرادتهما إلى مجانية العمل، فإنّ العقد وإن انعقد إلا أنّه لا يكون مقابلة بل عقداً مجانياً غير مسمّى. وحتّى يتم التراضي على هذا الأجر، يتعيّن أن يكون موجوداً وأن يكون مشروعاً، ويكفي فيه ألاّ يختلف الطرفان بشأن تحديده عند إبرام العقد، إذ أنّ هذا الاختلاف هو الذي ينفي وجود التراضي عليه. أمّا إذا غفل الطرفان ولم ينتظرا إلى تحديده، فإنّ ذلك لا يشكّل مانعاً من إتمام هذا العقد(1).

### ب- التراضي على العناصر الخاصة بمقابلة البناء:

إنّ مقاولات البناء قد تكون عادة مصحوبة بالتصاميم (Les plans)، والتي تعرف بأنّها: "وثيقة أو عدّة وثائق تضمّ رسومات ومخططات عن البناء المراد انجازه". كما يمكن أن تتمثّل في المجسمات أو عبارة عن هيكله مجسّم للمشروع، والتي يجرى على مقتضاها عمل المقاول، وكذا المقاسيات (Les devis) والتي تعرف بأنّها: "بيان مفصّل للأعمال الواجب القيام بها و المواد الواجب استخدامها في أعمال البناء والأجر الواجب دفعه نظير ذلك، وعن كلّ عمل بالتفصيل وأسعار المواد المستعملة"(2).

وهذه الوثيقة تسمح لرب العمل بالتعرّف مسبقاً على قيمة وكلفة المشروع، وكذا دفتر الشروط (Cahier de charges)، والذي يعرف بأنّه: "دفتر الذي يشتمل على شروط إنجاز البناء بالتفصيل و كيفية التنفيذ و المواعيد التي يتمّ فيها التسليم". إلى غير ذلك من الشروط التي يضعها رب العمل، و يوافق عليها المقاول ويشمل كلّ الشروط الخاصة بالمقابلة بالتفصيل، من حيث تصميم المبنى المراد إنجازه ومقاييسه وكيفية لتنفيذه، والمواعيد والآجال التي تتمّ فيها الأعمال المختلفة من حيث بداية السريان وتاريخ التسليم، وإلى غير ذلك من الشروط التي يضعها رب العمل في الدفتر، و يوافق عليها المقاول من خلال إبرامه للمقابلة و قبوله

<sup>1</sup> - عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 18.

التعاقد<sup>(1)</sup>، وتجدر الإشارة إلى أنه، ليس من الضروري أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة عن بعضها البعض، بل يجوز ألا يوجد إلا العقد وحده، و الذي يتضمّن عناصره العقد المراد إبرامه بين رب العمل والمقاول في مجال البناء، ويشمل في ذات الوقت على بيان الأعمال المطلوب تأديتها بيانا كافيا يغني عن التصميم وعلى الأجر الواجب الدفع، فلا تكون حاجة إلى مقايسة منفصلة وعلى جميع الشّروط الواجب مراعاتها في تنفيذ العقد، فيغني ذلك عن دفتر الشّروط.

كما أنّه قد يحدث وأن يسبق العقد، مقايسة يتقدّم بها المقاول لرب العمل و تصميم يتقدم به المهندس العماري، فاتفق رب العمل مع المقاول على أن يقدم له مقايسة، لا يعني أنّه ارتبط معه نهائيا بموجب عقد مقاوله بناء يقوم على أساس هذه المقايسة، بل يستطيع رب العمل بعد أن يقدم له المقاول المقايسة، ألاّ يقبل إبرام العقد إمّا لأن المقايسة لا ترضيه، وإما لأنّه عدل عن المشروع نهائيا و الذي كان يعتزم تنفيذه<sup>(2)</sup>، وإمّا إلى غير ذلك من الأسباب، بل إن رب العمل -في هذه الحالة- لا يكون مسؤولا عن تعويض المقاول عما أنفقه من وقت وجهد في عمل المقايسة ما لم يتفق معه على غير ذلك، إذ المفروض أنّ المقايسة عمل ابتدائي يمهد لإبرام عقد المقاوله، دون أن يقيدّ رب العمل بالإبرام ودون أن يكلفه ذلك نفقة إذا رأى ألاّ يبرم عقد المقاوله<sup>(3)</sup>.

### ثانيا-شروط صحة التراضي:

إنّ شروط صحّة التراضي في عقد مقاوله البناء، هي شروط صحة أي عقد آخر و التي تتمثل في ضرورة توافر الأهلية في المتعاقدين، إضافة إلى سلامة رضى كل واحد منهما من العيوب المعروفة قانونا حسب القواعد العامة و المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه و الاستغلال.

#### 1-أهلية الأطراف:

تعرف الأهلية عموما بأنها: "صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية، والتي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك". فقدرة الفرد على القيام بالتصرفات القانونية تقاس بوعيه، أي بدرجة إدراكه و تمييزه بين الأمور المختلفة، وقد ذكر المشرع الجزائري في المواد من 42 إلى 44 من ق.م.ج -المعدّل و المتمم- القواعد العامة التي تحكم الأهلية، وتضمّنت المادة 78 منه المبدأ،

1- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاوله في التشريع المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص40-41. أنظر أيضا، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، العقود الواردة على العمل ، ج07 ، المجلد الأول المرجع السابق، ص38.

2- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص41 . السنهوري، ج07، المرجع السابق، ص39.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج07 المرجع السابق، ص39.

و هو أن: "كلّ شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"<sup>(1)</sup>.

والأهلية نوعان:

✓ -أهلية وجوب (capacité de jouissance): وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات.

✓ -أهلية أداء (capacité d'exercice): وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية والتي يكون من شأنها أن تكسبه حقا، وأن تحمّله التزامات على وجه يعتد به قانونا. وبطبيعة الحال و حسب موضوع الدراسة، فإننا لن نتعرض للنوع الأول لأننا بصدد صحّة الرضاء ولا علاقة لأهلية الوجوب بذلك، والذي يهمننا أهلية الأداء لأنّ توافرها في المتعاقد ضروري لاعتبار رضائه بالعقد سليما.

ومناطق أهلية الأداء هو التمييز، فإذا كان الشخص فاقد التمييز تماما، تكون أهليته معدومة<sup>(2)</sup>. و إذا كان غير مكتمل للتمييز يكون ناقص الأهلية، ولا يكون كامل الأهلية إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز والتقدير، وفي ذلك تنص المادة 40 من ق.م.ج على ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سنّ الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة". بالتالي فإنّ هذه الأحكام تسري في إطار مقابلة البناء على المتعاقد الشخص الطبيعي، سواء كان رب عمل أو مقاولا.

أما إذا تعلّق الأمر بشخص معنوي، فإنّه يستمدّ أهليته من القانون الأساسي المنشأ له وذلك عملا بأحكام المادة 50 من ق.م.ج، و التي تنصّ على ما يلي: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، و ذلك في الحدود التي يقررها القانون، و يكون له خصوصا: ذمّة مالية

-أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون".

وعليه فإنّ الشخص الاعتباري يباشر تصرفاته القانونية بواسطة نائبه. ويقوم هذا الأخير مقام الشخص الاعتباري فيبرم العقود باسم ولحساب الشخص الاعتباري، ويتمّ تعيين النائب بموجب بند من بنود القانون الأساسي الذي ينشئ بموجبه الشخص الاعتباري<sup>(3)</sup>. وبالنسبة لأهلية التعاقد في عقد مقابلة البناء،

<sup>1</sup>-علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة 2013، المرجع السابق، ص100.

<sup>2</sup>- مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، طبعة 1987 الدار الجامعية. ص71. و تجدر الإشارة إلى أن أحكام الأهلية من النظام العام، لأنها تؤثر تأثيرا بالغا في حياة الشخص القانونية و الاجتماعية لذا تنص المادة 45 من ق م ج على ما يلي: "ليس لأحد التنازل عن أهليته و لا لتغيير أحكامها". محمد حسنين، المرجع و الموضوع السابقين.

<sup>3</sup>-علي فيلالي، المرجع السابق، ص102.

فإننا نميّز بين أهلية رب العمل - وإن كانت أهلية الشخص المعنوي لا تثير إشكالات، يكفي الرجوع إلى قانونه الأساسي و المنشىء له لمعرفة أهليته- وكذا أهلية المقاول من جهة أخرى وفقا لما يلي:

#### أ- أهلية رب العمل:

سبق و أن وضّحنا بأنّ رب العمل(صاحب المشروع)، قد يكون أي شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص، كما قد يكون مرقياً عقارياً تبعاً للشروط القانونية و الواجبة التوافر فيه حتّى يكتسي هذه الصفة. بالتالي وطالما أننا استبعدنا دراسة أهلية الشخص المعنوي، فإننا سنتطرق إلى دراسة أهلية الشخص الطبيعي مع الإشارة إلى أنّ هذه الأحكام تسري على المرقّي العقاري -باعتباره صاحب مشروع في العقد - وكذا أي شخص طبيعي آخر.

فإذا كانت المقابلة بالنسبة رب العمل من أعمال التصرف، فيجب عندها توافر أهلية التصرف فيه. أمّا إذا كانت من قبيل أعمال الإدارة، كما هو الحال في الإيجار بالنسبة للمستأجر، فإنّه تكفي لصحتها أهلية الإدارة. فالعقد المبرم قصد ترميم مسكن هو من أعمال الإدارة<sup>(1)</sup>، ومن ثمّ يجوز للقاصر أو المحجور عليه لسفه أو ذو الغفلة والمأذون لها إبرام العقد بصفتهم أصحاب مشاريع.

كما يجوز ذلك لنائب القاصر أو المحجور عليه دون الحاجة للحصول على إذن، و هذا هو حكم الترميمات الضرورية إذا كان الهدف منها هو الحفاظ على الشيء. لكن صنع شيء جديد أو إقامة بناء أو إدخال تحسينات عليه، لا تكون من قبيل الترميمات الضرورية فكلّها لا تعدّ من قبيل أعمال الإدارة، بل تندرج ضمن أعمال التصرف فلا يمكن إلا للبالغ الرّشد القيام بها و بالتالي لا يجوز للقاصر أو المحجور عليه القيام بها إلا بعد الحصول على إذن .

كما أنّ رب العمل ملتزم بدفع الأجر في عقد مقابلة البناء، لذلك فإنّ ذلك يعدّ من أعمال التصرف ومن ثمّ تشترط فيه أهلية التصرف أي أن يكون قد بلغ سن الرّشد وغير محكوم عليه باستمرار الولاية عليه<sup>(2)</sup>. غير أنّه إذا تعلّق الأمر بالمرقّي العقاري، فإنّه و إضافة إلى اشتراط بلوغه سن الرّشد أن تتوافر فيه

1- عبد الرزاق أحمد السّنهوري، العقود الواردة على العمل، ج07، المجلّد الأوّل، المرجع السّابق، ص40.

2-أنظر المادة 40 من ق م ج المعدّل و المتمم. فعموما وفيما يتعلّق بصاحب المشروع، فإنّ المقابلة بالنسبة له من أعمال التصرف الدائرة بين النّفع والضّرر، ذلك لأنّه يلتزم بدفع أجر للمقاول نظير عمله، فبالتالي فإنّ إبرامه لهذا العقد يعدّ من أعمال التصرف كما سبقت الإشارة إليه، والذي يستلزم أهلية التصرف ، بأن يكون بالغاً سن الرّشد ، فإن كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو كان صغيراً مميّزاً ، كان عقده قابلاً لإبطال وموقوفاً على إجازة وليه أو وصيه. محمد السّعدي صبري، المرجع السّابق، ص124.

الشروط القانونية الواجبة للتوافر لمزاولة التجارة<sup>(1)</sup>، ذلك لأن أعماله (الترقية العقارية) تعدّ أعمالا تجارية محضة. وتتمثل مجمل هذه الشروط في مزاولة التجارة باحترافية و بصورة منتظمة، إضافة إلى مسك السجل التجاري قصد اكتساب صفة التاجر والحقوق والالتزامات المترتبة عن ذلك. أمّا عن رب العمل الغير المرقي فإن العمل يعتبر بالنسبة إليه تجاريا، إذا كان تاجرا ويقوم به لمصلحة تجارته وذلك تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية<sup>(2)</sup>. أمّا إذا لم يكن تاجرا، فإن العمل يبقى مدنيا بالنسبة إليه ممّا يجعل العقد في هذه الحالة ذو طبيعة مختلطة، أي تجاريا بالنسبة للمقاول و مدنيا بالنسبة لصاحب المشروع، ممّا يستدعي تطبيق نظرية الأعمال المختلطة في حالة نشوب نزاع حول تنفيذ العقد .

### ب- أهلية المقاول:

يعدّ العقد المبرم بين رب العمل والمقاول عقد مقاوله، ومن ثمّ فمن الضروري أن يخضع في أركانه إلى نفس الأحكام المطبقة على العقود بصفة عامة. غير أنّ هناك أحكاما خاصّة بطبيعة عقد المقاوله وعلى وجه الخصوص أحكام الأهلية و المطبقة بشأن مقاول البناء.

حيث تعدّ المقاوله من جانب المقاول من قبيل أعمال التصرف والتي تستلزم لصحتها أهلية أداء كاملة، فهو إذا التزم بتقديم المادّة والعمل (الإنجاز والتمثّل في البناء)، فإنّه يتصرّف في المادّة ويكون بمثابة بائع لها، حتّى و لو إلترم بتقديم العمل وحده ودون المادّة. فهو بذلك معرضّ للمضاربة في عمله-(معرضّ للربح أو الخسارة)، ويصبح مسؤولا بموجب عقد المقاوله عن تعويض صاحب المشروع عمّا يلحقه من أضرار. بالتالي يستخلص من ذلك كلّه أن تصرّفه يدور بين التّفع والضّرر، ومن ثمّ يجب في الأصل أن تتوافر في المقاول أهلية التصرف بأن يكون بالغا وراشدا. أمّا إذا كان قاصرا مميّزا أو محجور عليه لسفه أو غفلة، فلا يجوز له إبرام عقد مقاوله، وإذا قام بذلك، فإنّ العقد قد يصبح قابلا للإبطال لمصلحته<sup>(3)</sup>. ولمّا كانت مقاولات البناء من الأعمال التجاريّة بحسب الموضوع<sup>(4)</sup>، طبقا للمادة 02 من ق.ت.ج-السالفه الذّكر-

1- ذلك لأن المشرّع الجزائري اعتبر نشاط الترقية العقارية عملا تجاريا، يستوجب لصحتها و نفاذها الشروط المتطلّبة لمزاولة التجارة. دغيس أحمد، المرجع السابق، ص 27.

2- في هذا الصّدّد تنصّ المادّة 04 من ق.ت.ج- المعدّل والمتمّم- على ما يلي: "يعدّ عملا تجاريا بالتبعية، الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلّقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره".

-الالتزامات بين التّجار". أنظر بخصوص ذلك، فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري الأعمال التجاريّة -التاجر -الحرفي- الأنشطة التجارية، النّشر الثّاني، ابن خلدون ، 2003 ص 117.

3-مدوري زايدي، المرجع السابق، ص 40.

4- لذلك و بحسب رأينا، اعتبر المشرّع مقاولات البناء عملا تجاريا وأدرجها ضمن الأعمال التجاريّة بحسب الموضوع، ذلك لأنّها تستلزم قدرا معيّنًا من التنسيق والتّخطيط لمباشرة المهام الاقتصادية بتوظيف العناصر المادّية والبشرية، إضافة إلى

فإنّ المشرّع حدّد شروط مباشرة الأعمال التجاريّة بالنسبة للقاصر المرشد في المادة 05 من ذات القانون<sup>(1)</sup> والتي تنصّ على ما يلي :

" لا يجوز للقاصر ذكرا كان أم انثى، البالغ من العمر خمسة عشر سنة كاملة، والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجاريّة، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن الأعمال التجاريّة:

-إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والدها و أمّه أو إقرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفى أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية، أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب أو الأم.

-و يجب أن يقدّم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

إضافة إلى ذلك فإذا كان المقاول شخصا معنويا -عاما أم خاصا- فإنّ أهليته في إبرام عقد مقولة تتحدّد في قانون إنشائه إذا كان شخص معنوي عام، وتحدّد في الاتفاق(العقد التأسيسي) المنشئ له، إذا كان شخص معنوي خاص، ويفترض في الشخص المعنوي أن يكون له نائب يعبر عن إرادته باسمه ولحسابه<sup>(2)</sup>.

## 2- عيوب الإرادة في عقد مقولة البناء:

يقصد بعيوب الإرادة أمور تلحق إرادة إحدى المتعاقدين أو كليهما، فتفسد الرضاء دون أن تزيله. فالرضى موجود، إلا أن الإرادة لا تجيء سليمة وذلك إما لأنها أنت نتيجة وهم كاذب، أم لأنها جاءت وليدة الضغط. وعيوب الرضى طبقا للق.م.ج المعدل والمتمم - أربعة و تتمثل في الغلط و التّدليس، الإكراه والاستغلال، وقد نص عليها المشرّع الجزائري في المواد 81 إلى 91 منه. وطالما أنّ المقولة عقد منظم وتسري عليه أحكام النظرية العامة للعقد، فبالضرورة معه أنّ الأحكام النّاطمة لعيوب الإرادة تسري عليه كذلك، و تطبّق الأحكام النّاطمة للعيوب على المقولة أيضا. مبدئيا إذا شاب إرادة كلّ من المقاول أو ربّ

---

=عنصري الاحتراف و المضاربة واللذان يضيفان عليها- إي المقولة- الطابع التجاري المحض، ذلك على خلاف عقد المقولة والذي اكتفى بتعريفه من خلال الالتزامات المتبادلة بين الطرفين فقط، تاركا بذلك المجال للفقه للقيام بمهمة تحديد التعريف بدقّة إما بالنسبة لرب العمل فيعتبر العمل بالنسبة إليه تجاريا، إذا كان تاجرا ويقوم به لمصلحته التجارية تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية. إما إذا لم يكن تاجرا، فيبقى عمله مدنيا بالنسبة إليه ممّا يجعل عقد المقولة في هذه الحالة ذو طبيعة مختلطة، أي أنّه تجاري بالنسبة للمقاول ومدني بالنسبة لرب العمل، ممّا يستتوجب معه تطبيق نظرية الأعمال المختلطة في حالة التنازع حول تنفيذ العقد. على فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة 2013، المرجع السابق، ص76.

1- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص118.

2- أنظر المادتان 49-50 من ق.م.ج المعدل و المتمم.

العمل، عيب من العيوب المذكورة سابقاً<sup>(1)</sup>، كان العقد متوقفاً على إجازة<sup>(2)</sup> من تقرر الإبطال لمصلحته. فله أن يجيز العقد أو ينقضه خلال خمس سنوات (05) من الوقت الذي يتبين فيه الغلط، أو ينكشف فيه التّدليس أو يرفع عنه الإكراه و خلال سنة واحدة (01) من يوم اكتشاف الوقوع في الاستغلال، حيث تنصّ بخصوص ذلك المادة 02/90 من ق.م.ج، على مايلي: ".....و يجب أن ترفع الدّعى بذلك من خلال سنة من تاريخ العقد، و إلا كانت غير مقبولة ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقّى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرضه ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن". وإذا كان العيب متعلّقاً بسنّ المتعاقد-كما لو كان قاصراً مميزاً- فمن يوم زوال العيب، أي من يوم بلوغه سن الرّشد و تمتدّ حتّى سنة أخرى بعد ذلك. و تجدر الإشارة إلى أنّها يجوز التمسك بإبطال عقد مقاوله البناء لوجود عيب من العيوب السالفة الذكر، إذا انقضت مدة عشر سنوات (10) كاملة من يوم إبرام العقد عملاً بأحكام المادة 101 من ق.م.ج و المذكورة سابقاً.

فإذا لم يصدر في هذه المدّة ما يدلّ على الرّغبة في إبطال العقد، اعتبر العقد نافذاً<sup>(3)</sup>. غير أنّه من الناحية العملية، و في الواقع فإنّ العيب الأكثر شهرة و الذي قد يعيق سير مقاوله البناء و نفاذه هو الغلط<sup>(4)</sup> و لاسيما الغلط في شخصية المتعاقد (المقاول) أو في الحسابات.

#### أ- الغلط في شخص المقاول:

فحسبما كانت شخصية المقاول محلّ اعتبار في العقد أم لا، فإنّ الغلط في هذا العقد متوقّف على تلك الشخصية. كما لو كان ذا شهرة و خبرة في مجال البناء والتشييد<sup>(5)</sup>، بحيث إذا كانت تلك الشخصية محلّ

- 
- 1- راجع بالمناسبة المواد من 81 إلى 91 من ق.م.ج المعدّل و المتمّم.
  - 2- تنص المادة 101 من ق.م.ج المعدّل و المتمّم، على ما يلي: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصحيحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير".
  - 3- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 85.
  - 4- حيث عرفه الدكتور محمد صبري السّعدي على أنّه: "وهم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد، فيدفعه الى التّعاقّد". أمّا الدكتور علي فيلاي، فقد عرف الغلط على أنّه: "وهم يدفع بإرادة أحد المتعاقدين أو معا إلى تبادل الرضى". على فيلاي المرجع السابق، ص 78.
  - و نشير إلى أنّ المشرّع الجزائري، أخذ بالنظرية الحديثة في الغلط، والتي قامت على نقد النظرية التقليدية، و التي مؤدّى أنّها تفرّق بين الغلط الدافع (الجوهري) و الذي يدفع بالمتعاقد إلى الرضاء بالعقد، وبين الغلط الغير الدافع.
  - فإذا ثبت أنّ الغلط هو الدافع أو الباعث إلى التّعاقّد، بمعنى أنّ المتعاقد ما كان ليتعاقد إذا لم يقع في الغلط، كان الغلط مؤثراً و يجعل العقد قابلاً للإبطال، وليس ذلك فقط في الحالات التي ينصب فيها على مادة الشّيء أو على صفة جوهرية فيه أو على شخصية المتعاقد، بل في أية حالة أخرى. و بذلك يصبح المعيار ذاتياً أو شخصياً ينطبق على جميع الحالات.
  - أمّا إذا لم يكن الغلط هو الدافع إلى التّعاقّد، بمعنى أنّه وقع غير مؤثّر وما عاب الرضاء، ومن ثم لا أثر له في العقد أيّا كان الأمر حتّى لو انصب مثلاً على مادة الشّيء. أنظر، محمد صبري السّعدي، المرجع السابق ص 166.
  - 5- عدنان إبراهيم السرحان، العقود المسماة في عقد المقاوله، الوكالة، الكفالة، المرجع السابق، ص 16.

اعتبار في العقد، لا سيما في مقاولات الإنشاءات المعمارية الكبيرة بحيث يتوخى رب العمل مقاولا موثوقا به ويعتمد على كفاءته وخبرته وأمانته.

ونظرا لأهمية شخصية المقاول، تنص المادة 569 من ذات ق.م.ج على ما يلي: "ينقضي عقد المقاول بموت المقاول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد، وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائيا، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل".

ومن ثم يستخلص بأن مقولة البناء، من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي، لاسيما إذا كان للمقاول قدرات مالية ومادية ضخمة بحيث لا يستطيع غيره من ذوي الحرفة القيام بالمهمات المسندة إليه من جانب رب العمل. ففي مثل هذه الحالات فإن الغلط في شخص المقاول، يجعل العقد متوقفا على إجازة رب العمل، فهو صاحب سلطة إجازة العقد والمطالبة بإبطاله<sup>(1)</sup>.

#### ب- الغلط في الحساب:

عملا بأحكام المادة 84 من ق.م.ج، والتي تنص على ما يلي: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط". والغلط في الحساب يقع في بعض الأحيان في عقد مقولة البناء.

ففي المقايسة والتي يقدمها المقاول مبدئيا، والتي تشمل تفصيلا للمواد و أجزاء العمل و الأسعار الخاصة بها، قد يغلط المقاول أثناء الحساب بالوحدة وحساب المبلغ الإجمالي في حساب بعض منها، كأن يذكر مثلا سعر المتر المكعب في إحدى عمليات البناء، وعدد الأمتار المكعبة وعندما يقوم بعملية تحصيل الناتج بضرب سعر المتر في عدد الأمتار المراد انجازها، يغلط في الحساب إلى أعلى و ذلك لمصلحته أو إلى أدنى لمصلحة رب العمل<sup>(2)</sup>.

وفي كلتا الحالتين فإن مقولة البناء تكون صحيحة، و إنما يصحح الحساب وجوبا إلى الرقم الصحيح. كما قد تقع في تلك المقاسات زلات قلم، كأن ينقل الرقم أو الحصة من صفحة إلى أخرى وفي هذه الحالة أيضا يجب تصحيح العقد.

<sup>1</sup>-محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص86.

<sup>2</sup>-محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص87.

### ثالثاً-أساليب انعقاد مقابلة البناء:

من خلال هذا العنصر نحاول التّطرق إلى أساليب إبرام المقابلة، ذلك لأنّرب العمل قد يلجأ إلى عدّة أساليب تختلف من حيث طبيعتها و نظامها القانوني و بحسب أهمّية المشروع المراد إنجازه. فقد يتبع رب العمل طريقة الممارسة و التي تعد الأكثر شهرة لإنشاء المقاولات، إذ بموجبها تتساوى المراكز القانونية للطرفين عن طريق إعمال مبدأ سلطان الإرادة و تكريسه والذي يسمح بمناقشة شروط المقابلة و عناصرها. كما يمكنه اللّجوء إلى طريق المسابقة، قصد اختيار الأفضل من بين المتنافسين، كما قد يتمّ ذلك عن طريق تقديم عطاءات أو ما يسمّى بالمناقصة<sup>(1)</sup> .

#### 1-التّعاقد بطريقة الممارسة:

فهذه هي الطّريقة العادية لإبرام العقد، و تتمثّل في أن يطلب رب العمل من المقاول أن يقوم بإنجاز العمل لحسابه، فيقبل المقاول التّعاقد على ذلك . كما قد يكون هذا الأخير هو من بادر بتقديم إيجابه، على أن يصدر القبول من صاحب المشروع، فيتحقّق من خلال ذلك التّراضي على ماهية العقد من حيث الإنجاز والأجر.

والغالب بالنسبة لمقاولات البناء الهامّة، أن يسبق إبرام العقد مرحلة يتفاوض من خلالها الطرفان على شروطه وأوصافه وطريقة تنفيذه، حتّى إذا تقابلت إرادتيهما إبرام العقد وتسمّى هذه الطريقة بالتّعاقد بالممارسة<sup>(2)</sup> أي التّعاقد العادي. ولا ترتّب تلك المرحلة السابقة للتّعاقد (والتّي تتمّ بين رب العمل و المقاول)، أي أثر قانوني- وعلى وجه التّحديد من جانب الالتزامات والمسؤولية- فلا يلتزم أيّ منهما بأن يستمرّ فيها حتّى الإبرام، بل يحقّ لكلّ واحد منهما أن يقطعها، و يتوقّف عن التّفاوض<sup>(3)</sup> في أيّة مرحلة دون الالتزام بالتّعويض. غير أنّه قد يحدث خلال التّفاوض و خصوصاً في مجال موضوع الدراسة(مقابلة البناء) أن يقوم المقاول باعتماد مقايضة بناء معدّة مسبقاً من طرف المهندس المعماري، و المزمع إنجازه

1-السّرحان، المرجع السّابق، ص17.

2-عدنان إبراهيم السّرحان ، العقود المسماة في عقد المقابلة، الوكالة، الكفالة، المرجع السّابق، ص 18.

<sup>3</sup>-تجدر الإشارة إلى أنّ مرحلة التّفاوض يسبقها الدّعوى للتّعاقد، و معيار التّفرقة بينهما هو تبيان ما إذا كان العرض تمّ عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرة أو مجرد التّمهيد له. فإذا كان الأمر الأوّل، فإنّنا بصدد إيجاب، أمّا إذا كان الأمر الثّاني، كنّا بصدد دعوى للتّعاقد. محمّد السّعدي صبري، المرجع السّابق، ص104.

من طرفه والتي تتضمن بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها، و الأجر الذي يتحدد لكل منهما أو الأجر الإجمالي لها<sup>(1)</sup>.

كما قد يأتي المقاول بتصميم للبناء المزمع إنجازه و الموضوع مسبقا من طرف المهندس المعماري فكلتا الحالتين من شأنهما يشكّلان عائقا حول مصير المفاوضات و استمرارها بينه و بين صاحب المشروع كون أن ذلك من شأنه المساس بحريّة هذا الأخير في قطع التفاوض دون أن يلتزم بتعويض المقاول. إلا أنّ قيام المقاول بمبادرة منه و دون أن يكون مكلفا مباشرة بذلك من طرف رب العمل، قصد تشجيع هذا الأخير و دفعه إلى التعاقد، فإنّ ذلك لا يؤثر على إرادة رب العمل و رغبته في التعاقد، و دون أن يكون ملتزما بالتعويض أيّ منهما عن الوقت و الجهد و النفقات المبذولة في سبيل وضع التصاميم و إعداد المقاييسات.

غير أنّ الإشكال يكمن بخصوص تعويض المقاول بذلك مباشرة من طرف صاحب المشروع؟ .

فبالنسبة لهذا الأخير (أي المقاول) ، فإنّه لا يجوز له مطالبة صاحب المشروع بتعويضه عن النفقات المبذولة من أجل إعداد المقاييسات ووضع التصاميم، في حالة ما إذا كانت مرفوضة من طرف رب العمل حتى و لو كان هذا الأخير هو من قام بتكليفه بذلك مباشرة، ذلك لأنّ المقاول يعدّ تاجرا. بالتالي فإنّ نفقات المقاييسات التي يقدّمها تدرج ضمن حساب نفقاته العامة، و لا تنتهي إلى التعاقد و أنّ هذه النفقات العامة يراعيها في التعاقد مع من يتعاقد معه من عملائه .

## 2- التعاقد بطريق المسابقة:

حيث يتمّ هذا الأسلوب من خلال مسابقة ، والتي يدعو من خلالها رب العمل كل من يريد التسابق لتجسيد تصاميم ومقاييسات في أرض الواقع، وتأدية العمل المراد إنجازه من طرف رب العمل، على أن يلتزم بإبرام العقد مع الفائز من المتسابقين<sup>(2)</sup>. غير أنّه يعيّن في هذه الحالة جائزة للفائز في المسابقة و ذلك لمكافئته<sup>(3)</sup>، على ما بذله من جهد في وضع التصميم أمّا إذا لم يتحفظ فإنّه يلتزم بالتعاقد. أمّا بخصوص

1- فتيحة قرّة ، أحكام عقد المقاولة ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص84.

2- عدنان إبراهيم السرحان ، العقود المسماة في عقد المقاولة، الوكالة، الكفالة، المرجع السابق، ص 38.

3- لقد نظّم المشرع الجزائري هذه الحالات ، ضمن الأحكام الخاصة بالالتزام بالإرادة المنفردة، و المدرجة من طرفه بموجب القانون رقم 05-10 و المؤرخ في 25 سبتمبر 2005، و المعدّل و المتمم لق.م.ج -السالف الذكر- ، و الذي كرس الإرادة المنفردة كمصدر صريح للالتزامات، وحدّد نموذجا أو صورة خاصة لها بموجب المادة 123 مكرّر منه و التي تنصّ على ما يلي: " من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل ، و لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها . محمد السعدي صبري، المرجع السابق، ص89.

الطبيعة القانونية للإعلان عن المسابقة ، فإنه يعدّ دعوى للتعاقد لكونه إيجاباً معلقاً على شرط الفوز بالمسابقة فإذا ما فاز كان ذلك الإيجاب الصادر منه باتاً، و تعيّن أن يتّصل به قبول من جانب رب العمل، إلاّ إذا تعدّر ذلك كوجود أسباب مشروعة تمنعه من التعاقد، و عندها يعوّض الفائز تعويضاً عادلاً عن جهده ووقته، إذا لم يكن قد نال جائزة طبقاً لشروط المسابقة<sup>(1)</sup>.

أمّا اذا لم تتوفّر هناك أسباب معقولة و مشروعة لعدم التعاقد ، فإنه يجب أن يعوّض الفائز تعويضاً كاملاً عمّا أصابه من ضرر بسبب ذلك، و يجوز أن يكون التعويض عينياً، ذلك لأنّ القاضي يعتبر أن عقد المقاولة قد تمّ بين الطرفين. و بالتالي إذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزامه تجاه الفائز بالمسابقة، طبقت بشأنه المادة 566 من ق.م.ج و التي جاء فيها مايلي: "يمكن لرب العمل أن يتحلّل من العقد ويوقف التنفيذ في أيّ وقت قبل اتمامه. على أن يعوّض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، و ما أنجزه من الأعمال و ما كان يستطيع كسبه أو أنّه أتمّ العمل. غير أنّه يجوز للمحكمة أن تخفض مبلغ التعويض المستحق عمّا فات المقاول من كسب ،إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً، و يتعيّن عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلّل رب العمل من العقد و ما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر".

بالتالي يتمّ تعويض المقاول الفائز بتلك المسابقة عن جميع ما أنفقه من نفقات، و ما أنجزه من أعمال و ما كان يستطيع كسبه لو أنّه أتمّ الانجاز (أي تطبيق قاعدة ما فاته من كسب و ما لحقته من خسارة في هذه الحالة).

### 3- طلب تقديم عطاءات:

قد يلجا رب العمل -و على وجه الخصوص- إذا تعلّق الأمر بالمشاريع المعمارية الكبرى ، إلى طلب تقديم عطاءات (soumission) إليه أو ما يسمّى بالمناقصة، و التي تحدّد الأجر الذي يطلبه الغير في مقابل الإنجاز. و يتمّ تقديم تلك العطاءات عادة إما في المناقصة العلنية ، حيث ترسو على كل من يقدم علنية أقلّ عطاء (أي تكاليف إجمالية للإنجاز) مع تقديم الضمانات الكافية ، أو في مظاريف مغلقة و مختومة. ففيما يتعلّق بالمناقصة العلنية ، يتقدّم كل مقاول بعطاءات معيّنة حي ترسو المناقصة على من يتقدّم علناً بأقلّ العطاءات و هو ما يعتبر إيجاباً ، بينما يعتبر إرساء تلك المناقصة على من قدم أقلّ عطاء قبولاً و عندها يتمّ إبرام عقد المقاولة عن طريق رسو المناقصة<sup>(2)</sup>، و هو الحكم ذاته المعتمد من طرف

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج7، المجلّد الأوّل، المرجع السابق ، ص 39.

<sup>2</sup> -محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص89.

المشرع الجزائري في نص المادة 69 من ق.م.ج ، و التي تنص على ما يلي: "لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزداد، و يسقط المزداد بمزاد أعلى و لو كان باطلا".

أما بالنسبة للمظاريف المختومة، فإنه يتم فتحها و جردها في اليوم المحدد لذلك من طرف صاحب المشروع على أن يكون رسو المناقصة أيضا على من تقدم بأقل عطاءات من المتسابقين، طالما قدم التأمينات والضمانات الكافية طبقا لدفتر الشروط<sup>(1)</sup>. و قد يحدث أن يحتفظ رب العمل (المعلن عن المناقصة) لنفسه صراحة بحق رفض أي عطاء ، و لو كان هو الأقل قيمة من بين العطاءات المقدمة دون أن يكون ملزما بتبرير ذلك الرفض، مما يجعله في هذه الحالة غير ملزم بأن يتعاقد، ويتم العقد مع مقدم العطاءات الأقل قيمة كما تم الاتفاق عليه.

وإذا لم يحتفظ رب العمل بهذا الحق لنفسه، فإن غالبية الفقه يرى بأنه ملزم في هذه الحالة على التعاقد مع مقدم العطاءات الأقل قيمة، و ذلك رغم أن عمل المناقصة لا يعد إيجابا بالتعاقد من جانب رب العمل، إذ لا يعدو أن يكون مجرد دعوى للتعاقد عن طريق تقديم العطاءات، و التي يفتر إلى الإلزامية.

أما التقدّم بالعطاءات هو الذي يعدّ إيجابا، على عكس القبول الذي لا يتم إلا من خلال تقديم العطاء الأقل قيمة. وعليه فإنّ ربّ العمل الذي أعلن عن المناقصة بهذا القبول، على أساس أنّه هو الذي دعا المقاول إلى تقديم العطاءات. ومن ثمّ لا يجوز له أن يرفض التعاقد معه، إلا إذا استند في ذلك إلى مبررات وأسباب معقولة. أما إذا تعسّف صاحب المشروع في ذلك الرفض (من خلال أسباب غير معقولة)، فإنّه يلتزم بتعويض المقاول الذي تقدم بأقلّ العطاءات، عمّا أنفقه من جهد ومصاريف وما كان يستطيع كسبه لو أنّه قام بإنجاز العمل المطلوب و المحدد من طرف رب العمل<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني-الشكلية في عقد مقاوله البناء:

يبدو أن اشتراط ركن الشكلية في العقود هو حالة استثنائية، حيث أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الرضاية في العقود -بوجه عام- كما يتجلى ذلك من خلال المادة 59 من ق.م.ج المعدل والمتمم، والتي تنص على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما القانونية دون الإخلال بالنصوص القانونية". من ثمّ فإنّ الرضاء هو الذي يلزم المتعاقد وليس الشكل، ويبرر ذلك الجانب الاقتصادي من خلال التكاثر والتزايد المستمر في المعاملات الذي يقتضي البساطة والسرعة وقلة التكاليف في إبرام

1- فتحة قرّة ، المرجع السابق ص 86. أنظر أيضا، عبد الرزاق أحمد السّنهوري ،ج07، المجلد الأول، المرجع السابق ص40.

2- محمد لبيب شنب، المرجع السابق ص 93.

العقود (و منها مقابلة البناء)، ممّا يستدعي استبعاد الشكّلية<sup>(1)</sup>. فمبدأ الرّضائية لم يدم طويلا وبدأ في التّلاشي والاضمحلال مع بداية القرن الماضي لأسباب عدّة منها ما يخصّ مصالح الفردية، ومنها ما يتعلّق بالمصلحة العامّة. فبالنسبة للمصالح الخاصّة، فإنّ الرّضائية مساوية جمّة، فقد يتضرّر بسببها المتعاقد والغير، لكونها تزيد من تسرّع المتعاقد في إبرام العقد، قبل أن يقدر الأمور حقّ قدرها، وقد يغفل مسائل هامّة، وقد لا يحتاط لنفسه من سوء نيّة التعاقد الآخر. كما تسهل الرّضائية تضليل المتعاقد وتساعد على نشوء الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد و حتّى بالنسبة لوجوده أيضا. و تكون الشكّلية كقيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضاه، خصوصا إذا تمثّلت في كتابة رسمية، حيث يلزم الموثّق بإرشاد ونصح المتعاقد، فيكون على بيّنة من أمره. كما تشجّع الكتابة على الائتمان، إذ تجنّب المتعاقد احتمال إنكار أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه. أمّا الغير فإنّه يجهل تماما التصرّفات القانونية الشفّوية، وقد يتضرّر من ذلك، ومن ثمّ تمثّل الشكّلية أفضل الوسائل لإعلامه.

كما قد تستدعي المصلحة العامّة هي أيضا شكّلية في العقود، لاسيما مع تزايد تدخّل الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية، ممّا يجعلها (أي الدولة) تهتمّ بمختلف المعاملات القانونية التي يقوم بها الأفراد لذلك.

ومن ثمّ أضحت الشكّلية أداة مساهمة في تحقيق إيرادات الخزينة العامّة من خلال الضرائب المفروضة عند نقل الثروات وفي عمليات التسجيل، كما أنّها أداة لحماية النظام العام من خلال اعتبارها قيّدا على بعض التصرّفات لاسيما منها المنصّبة على العقارات. وبعد استعراض جملة من الأسباب التي ساهمت في ظهور الشكّلية، نحاول التطرّق إلى نوعيها على اعتبار أنّها قد تكون مباشرة أو غير مباشرة، وأنّ كلا النوعين قد يتوقّف أحيانا في مقابلة البناء من خلال اتفاق طرفيها على إضفاء الشكّلية على تعاقدتهما<sup>(2)</sup>.

### أولا- الشكّلية المباشرة:

هي التي تكون ركنا في العقد، وعندئذ يصبح هذا الأخير من العقود الشكّلية، والتي يشترط فيها إضافة إلى المحل والنّراضي والسبب، ركن رابع وهو الشكّلية. وإن كانت مقابلة البناء من العقود الرّضائية التي

<sup>1</sup> -زواوي محمود، الشكّلية للصحة في التصرّفات المدنية، دار الجديدة للنشر، 1987، ص15.

<sup>2</sup> -تجدد الإشارة إلى أنّ الفقهاء اختلفوا في تحديد مفهوم الشكّلية، فقد عرفها الفقيه (jenny) على أنّها: "التصرّف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما...". أمّا الفقيه (Roubbie) فقد عرفها بأنّها: "كلّ عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالمواعيد والإجراءات". على فيلاي الالتزامات، النظرية العامّة للعقد، طبعة 2013، المرجع السابق، ص303.

تنشأ من خلال الاتفاق على بنودها وشروطها، إلا أنها قد تخضع لهذه الشكلية من خلال التزام المتعاقدين على انتهاج أشكال وإجراءات معينة، كما لو تعلّق الأمر بضرورة إضفاء طابع الرسمية على العقد المبرم بينهما، بعد إفراغ مضمونه في عقد رسمي أمام الموثّق أو ضابط عمومي طبقاً لمقتضيات المادة 324 من ق.م.ج المعدّل والمتمّم. ويترتّب على تخلف الشكلية آنذاك انعدام العقد، فالفرق بين التصرف الشكلي و الرضائي لا يقتصر فقط على كون التعبير عن الإرادة مقيد بشكل معين بالنسبة للتصرف الأول، وحرّاً بالنسبة للتصرف الثاني، بل أنّ العقد الرضائي له ثلاثة أركان (الرضا-المحل-السبب)، أمّا العقد الشكلي فإضافة إلى تلك الأركان تضاف أيضاً الشكلية. ومن ثمّ فإذا لم يتفق طرفيها على ضرورة إضفاء شكليات معينة، فإنّها تبقى محافظة على طابعها الرضائي. أمّا إذا تراضى طرفيها على ضرورة اتباع شكلية معينة، تصبح مقابلة البناء عندئذ عقداً شكلياً<sup>(1)</sup>. وللشكلية المباشرة صورتان: الكتابة أو فعل وإجراء معين.

## 1- الكتابة:

عرّف المشرّع الجزائري الكتابة من خلال المادة 323 مكرّر من ق.م.ج، المعدّل و المتمّم كما يلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف، أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كذا طرق إرسالها". والغرض من كلّ هذه العناصر هو التعبير عن شيء معين، فهذه المجموعة من الحروف أو الأرقام أو العلامات تكون ذات دلالة، فهي تحمل معنا معيناً، و تكون الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة. غير أنّ اطلاع الغير أو تعرّفه على دلالة هذه الحروف أو الرموز أو العلامات أو غيرها يقتضي حتماً أمرين هما: وضع أو حمل هذه الحروف أو الأرقام أو العلامات على دعامة، كالورقة أو وسيلة إلكترونية من جهة. وإرسال هذه الدعامة إلى الغير عن طريق البريد أو بوسيلة إلكترونية من جهة ثانية<sup>(2)</sup>.

إلا أنّه بالنسبة لمقابلة البناء، فإنّها قد تحتوي على مجموعة من الأحرف والتي تمثل عادة هوية الطرفين من أسماء وألقاب وعناوين للدلالة على الموطن القانوني لها- لاسيما إذا تعلّق الأمر بالنسبة للشخص المعنوي، وكذا مجموعة الأعداد التي تحمل بياناً وصفيّاً للإنجاز المراد تشييده من خلال تبيان مساحة العقار ومحيطه وحدوده ومعالمه. كما قد يحتوي أيضاً على رموز تحدّد من خلالها طبيعة العقار المراد إنجازها و إن كان ذلك أصلاً من صميم عمل المهندس المعماري، إلا أنّه قد يتمّ التّصنيف عليه بموجب عقد المقابلة أو بموجب ملاحق له. وقد تكون الكتابة التي تترجم ركن الشكل الرسمية، كما قد تكون كتابة عرفية.

<sup>1</sup>- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 304.

<sup>2</sup>- زواوي محمود، المرجع السابق، ص 56.

## أ- الكتابة الرسمية:

والتي تطرّق إليها المشرّع الجزائري بموجب نصّ المادة 324 من ق.م.ج، المعدّل و المتمم على أنّها: "...عقد يثبت فيه الموظّف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لدية أو ما تلقاه من ذوي الشأن، و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته واختصاصه"<sup>(1)</sup>. ويتّضح من خلال هذا التعريف أنّ للعقد الرسمي ثلاثة شروط: يتعلّق الشرط الأوّل بمحرّر العقد، و الثاني بالاختصاص، و الشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب إتباعها.

### أ1- محرّر العقد:

يشترط في محرّر العقد أن يكون إمّا موظفًا، كما لو تعلّق الأمر بموظّف البلدية، أو ضابطا عموميا كما لو تعلّق الأمر بالموثّق أو شخصا مكلفًا بخدمة عمومية، كما لو تعلّق الأمر بالمحضر القضائي أو المحامي. غير أنّه بالنسبة لمقاولة البناء، فإنّ محرّر العقد قد يكون في كلّ الأحوال موثّقًا، فهو الذي يقوم بإضفاء الطابع الشكلي و الرسمي للعقد، بناء على ما قد يتلقاه من ذوي الشأن في ذلك، مع ضرورة تسجيله لدى مصلحة الضرائب قصد اقتطاع حقوق الدولة، و هو ما سيتمّ الحديث عنه لاحقًا.

### أ2- الاختصاص:

كقاعدة عامّة، فإنّه يشترط في محرّر العقد أن يكون مختصًا إقليميا بخصوص تحرير العقد، لاسيما بالنسبة للموثّق، طالما أنّه الشخص الذي يلجأ إليه عادة طرفا عقد مقاولة البناء، بالإضافة إلى الاختصاص النوعي له (لكونه مختصًا في تحرير العقود المتضمّنة الوقائع و التصرفات القانونية). و في هذا السياق تنصّ المادة 03 من القانون رقم 06-02 و الذي ينظّم مهنة التوثيق<sup>(2)</sup>، على ما يلي: "الموثّق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولّى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، و كذا العقود التي يرغب الأطراف إعطائها هذه الصبغة"<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- لقد عالج هذا النصّ في الحقيقة مسألة الإثبات، و هي حالة متميّزة عن التصرف الشكلي، فالمادة 324 من ق.م.ج في صياغتها الأولى قبل التعديل سنة 1988 بموجب القانون رقم 88-16، المؤرخ في 23-05-1988، ج ر ، ع08، والمعدّل لق.م.ج، كانت تشير إلى الورقة الرسمية، بينما في صياغتها الحالية تشير إلى العقد الرسمي. وهناك فرق بين التصرف القانوني (العقد)، و أداة إثباته التي تسمى الورقة الرسمية. فقد يكون التصرف صحيحا و الورقة باطلة، كما قد يحصل العكس. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة 2013، المرجع السابق، ص307.

<sup>2</sup>- و قد نظّم مهنة التوثيق القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006، و الذي يتضمّن مهنة التوثيق، ج ر، ع14، سنة 2006.

<sup>3</sup>- زواوي محمود، المرجع السابق، ص64.

فمقابلة البناء ذكرنا سابقا بأنها عقد رضائي، يقوم دون الحاجة إلى شكلية معينة، لكن عند اتفاق طرفيه على وجوب إفراغه في قالب رسمي، فإنه يندرج ضمن الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أعلاه، لكون طرفي العقد هما اللذان اتفقا على إعطائها الصبغة الرسمية. كما تنص المادة 10 من ذات القانون على ما يلي: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يتولى تحريرها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما التسجيل و الإعلان والنشر والشهر للعقود في الآجال المحددة قانونا".

لذلك و بعد تحرير عقد مقابلة البناء من طرف الموثق، فإن طرفيه (رب العمل-المقاول) يستلزمان نسخا منها للإثبات، كما يتولى الموثق مسألة تسجيل العقد. وقد تناولت المادة 02 من ذات القانون الاختصاص الإقليمي للموثق، حيث تنص على مايلي: "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق... ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني". لذلك فإن الطرفين لهما مطلق الحرية في اختيار أي موثق ممارس لصلاحياته المحددة قانونا في كامل إقليم الجمهورية الجزائرية.

إضافة إلى قواعد الاختصاص هذه، هناك اعتبارات شخصية قد تحد من اختصاص الموثق، فالمادة 19 من القانون المذكور أعلاه، تقضي -مثلا- لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي:....-يكون فيه طرفا معينا أو مرخصا بأية صفة كانت...-يتضمن تدابير لفائدته....-يعين أو يكون فيه وكيل أو متصرفا أو أية صفة أخرى كانت...<sup>(1)</sup>.

### أ3- الأشكال القانونية:

تشرط المادة 324 من ق.م.ج، المعدل و المتمم، أن تحرير العقود الرسمية وفق الأشكال التي يفرضها القانون، و يقدم لنا في هذا الشأن القانون رقم 06-02 المنظم لمهنة التوثيق نماذج لذلك. حيث تنص المادة 26 منه على ما يلي: "تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص.... وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالأحرف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام.... ويصادق على الإحالات في الهامش، أو في أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من طرف الموثق، والأطراف، وعند الإقتضاء الشهود و المترجم".

و تنص المادة 29 منه على ما يلي: "دون الإخلال بالبيانات التي تستلزمها بعض النصوص الخاصة، يجب أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات التالية:

<sup>1</sup>- علي فيلاي، المرجع السابق، ص310.

-اسم ولقب الموثق ومقرّ مكتبه، واسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسيّتهم.

-اسم ولقب وموطن، وتاريخ و مكان ولادة الشهود عند الاقتضاء.

-اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء.

-تحديد موضوعه، المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه العقد.

-وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل.

-التّويه على تلاوة الموثق على الأطراف، النصوص الجبائية والتّشريع الخاص المعمول به، توقيع

الأطراف والشهود والموثق و المترجم عند الاقتضاء". لذلك يتوجّب على الموثق -بعد اتّفاق طرفي مقابلة البناء على إضفاء الرّسمية عليها- أن يراعي كلّ هذه الشّروط المقرّرة قانونا حتّى ينتج العقد الرّسمي الآثار القانونية التي يرغب الطّرفان في تحقيقها لاسيما ما يتعلّق منها بمسألة الإثبات، و بالأخص عند ضخامة المشروع المسند إلى المفاوض.

#### ب-الكتابة العرفية:

قد يتّفق رب العمل مع مفاوض البناء على إضفاء الشّكلية على العقد المبرم بينهما، و ذلك من خلال إفراغ مضمونه في محرّر عرفي طبقا للأوضاع والشّروط المنصوص عليها قانونا حتّى ينتج آثاره القانونية ويعتدّ به في حالة نشوب النزاع بينهما. و تبعا لذلك تتوجّب علينا التّطرق إلى فحوى و شروط الورقة العرفية<sup>(1)</sup>.

#### ب1-تعريف العقد العرفي:

هو العقد الذي يتولّى المتعاقدان كتابته وتوقيعه، ويتمثّل ركن الشّكلية في هذا النّوع من العقود في الكتابة العرفية لاغير. ولقد كانت المادة327 من ق.م.ج، المعدّل والمتمّم والتي تضمّنت المحرّر العرفي تنصّ صراحة على ما يلي: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن وقّعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خطّ وإمضاء".

<sup>1</sup>-زواوي محمود، المرجع السابق، ص56.

وخلصه هذا الحل أنّ العقد العرفي يتطلّب توفّر شرطين أساسيين هما: الكتابة بخط يد المتعاقد الذي ينسب إليه الخط من جهة، وتوقيعه على المحرّر من جهة ثانية<sup>(1)</sup>. أمّا بعد تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 05-10 و المعدّل لق.م.ج- السالف الذكر-، فإنّ المشرّع تراجع و أصبح يتكفي لصحة العقد العرفي بأحد الشرطين فقط، إذ جاء في الصياغة الجديدة ما يلي: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقّعه أو وضع بصمة أصبعه عليه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه....". و تكون العبرة في العقد العرفي حينئذ، بالكتابة أو بالتوقيع أو بالبصمة، مع العلم أنّ الكتابة بدون توقيع ليست لها أية قيمة قانونية. وقد يكون الشخص الذي تولّى كتابة العقد أجنبيا عن العقد تماما -كما لو أراد مساعدة أحد المتعاقدين- وقد يكون العقد العرفي محرّرا من أحد المتعاقدين وموقّعا من جانب المتعاقد الآخر، فهنا لمن ينسب المحرّر؟، وهل تكون الأفضلية للكتابة أو للتوقيع؟<sup>(2)</sup>.

وهذه التساؤلات ناتجة عن صياغة النصّ العربي، و الذي يعدّ النصّ الأصلي دون الصياغة الفرنسية -التي تعدّ الأصل-، و التي لا تثير مثل هذه الصعوبات طالما أنّها تشترط الكتابة و التوقيع أو البصمة. ويعتقد بأنّ المشرّع من وراء تعديل نص هذه المادة، أنّه أراد إضافة التوقيع بواسطة البصمة التي أغفلتها الصياغة القديمة من جهة و تكميل المادة بفقرة جديدة، و هي الفقرة الثانية التي تقرّ الإمضاء الإلكتروني.

## ب2- شروط العقد العرفي:

فالعقد العرفي هو ذلك العقد المكتوب بخطّ المتعاقد و الذي ينسب إليه الخط، على أن يكون موقع من قبله بواسطة إمضاء، أو بصمة أو إمضاء إلكتروني. لذلك فقد يحدث أن يتفق رب العمل مع مقاول البناء على ضرورة إفراغ مضمون العقد المبرم بينهما في شكل محرّر عرفي للرجوع عليه عند الحاجة-لاسيما عند نشوب نزاع بينهما-، مع الإشارة إلى أنّه يمكنهما اللجوء إلى العقد العرفي لإضفاء الطابع الشكلي وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وعليه تنطرق إلى دراسة شروط الواجبة التوفّر في العقد العرفي لإنتاج آثاره القانونية، وفقا لما يلي<sup>(3)</sup>:

<sup>1</sup>- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص386.

<sup>2</sup>- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة 2013، المرجع السابق، ص312.

<sup>3</sup>- علي فيلاي، المرجع السابق، ص313.

## ✓ - شرط الكتابة بخط اليد:

تشترط المادة 327 من ق.م.ج-المعدّل والمتمّم، كتابة العقد العرفي بخطّ المتعاقد الذي ينسب إليه العقد. وقد يصعب تحقيق هذا الشرط في بعض الأحيان، كأن يكون العقد تبادلياً-كما هو الحال بالنسبة لمقولة البناء طالما أنّه يرتّب التزامات متبادلة لطرفيه، و التي سنتطرّق إليها بموجب الفصل الثّاني من الدّراسة- و يعني هذا الأخير العقد الذي يرتّب آثار متبادلة لكلا المتعاقدين، وبالتالي يتطلّب تحرير نسختين. الأولى بخطّ المدين الأوّل (كما لو كان رب العمل) و يحتفظ بها الدّائن (أي المَقاول)، والثّانية بخطّ هذا الأخير باعتباره مدينا في ذات الوقت، و يحتفظ بها المدين الأوّل باعتباره دائنا له. وبذلك تفرغ العملية القانونية الواحدة في نسختين أصليتين، الأولى يحتفظ بها رب العمل، والثّانية يحتفظ بها مقاول البناء. و هو الحكم المنتهج من طرف الاجتهاد القضائي الجزائري بمناسبة صدور القرار رقم 27136، بتاريخ 28-04-1982، والذي جاء فيه ما يلي: "حيث أنّه من الثّابت أنّ العقد اتّفاق مزدوج والحامل لتوقيع واحد يكون صحيحاً، إذا كان هذا التوقيع من طرف الغير الحائز له"<sup>(1)</sup>. أو عندما يتعلّق الأمر بالمتعاقد الأمّي الذي يتعدّر عليه تحرير العقد العرفي، كما لو كان أحد طرفي المقولة أمياً، مع العلم أنّ المشرّع تخلّى عن الحل الذي أخذ به القانون الفرنسي (المادة 1326 منه)، ومفاده أن يكتب المتعاقد الالتزام حروفاً لا أرقاماً، متبوعة بعبارة يعتمد بها المدين التزامه، ولعلّ السبيل الوحيد-حينئذ- هو الإستعانة بالمتعاقد معه أو الغير، الأمر الذي يحول دون توقّر شرط الكتابة بخطّ اليد. أو كذلك عندما يتعلّق الأمر بالتعاقد بواسطة وكيل، كأن يوكل أحد طرفي المقولة شخصاً آخر للتعاقد محلّه، فيستحيل في هذه الحالة أيضاً تحقيق شرط الكتابة بخط يد المتعاقد، لأنّ الوكيل هو الذي يباشر عملية التّعاقد وليس الأصيل<sup>(2)</sup>.

## ✓ - شرط التوقيع:

يعرف التوقيع على أنّه الإمضاء، وهو علامة مميزة لصاحبها، وهو الشخص الذي يعرف بها عادة، وتتمثّل في كتابته بخطّ اليد اسمه و لقبه في آخر الورقة. ويفيد التوقيع قبول المتعاقد الموقع على المحرّر بمضمونه. وقد يشتمل التوقيع الإسم واللقب الكاملين للمتعاقد، (سواء توقيع رب العمل أو توقيع مقاول البناء) وقد يقتصر على متابة الحرف الأوّل وكتابة اللقب كاملاً، ويرجع ذلك إلى اختيار المتعاقد، مع الإشارة إلى أنّ القانون لم يحدّد كيفية التوقيع<sup>(3)</sup>. ويفيد التوقيع في نهاية نص العقد العرفي، أنّ طرفيه (رب العمل والمقاول)، قد رضيا بمضمونه، فهو يترجم قبولهما لما ورد في المحرّر العرفي من

<sup>1</sup>-القرار رقم 27136، الصّادر عن الغرفة المدنية للمجلس الأعلى، رقم الملف 45213، نشرة القضاة، ع خاص، 1982، ص178.

<sup>2</sup>-محمد حسنين، المرجع السابق، ص390.

<sup>3</sup>-زواوي محمود، المرجع السابق، ص95.

التزامات وغيرها. ويكون التوقيع حينئذ أمرا جوهريا وأساسيا في العقد العرفي، مع الإشارة إلى أنه إذا كان الاستغناء عن الكتابة بخط يد المتعاقد أمرا مقبولا للأسباب التي سبقت الإشارة إليها، فإن الأمر يختلف بالنسبة للتوقيع الذي لا يمكن الاستغناء عنه، حيث ينعدم العقد العرفي بانعدام توقيعه. ونظرا لهذه الأهمية، فقد أقرّ المشرع الجزائري التوقيع بالبصمة لتمكين المتعاقد الأمي (سواء كان رب العمل أو المفاوض في مجال البناء) من التوقيع، ذلك لأنّ التوقيع بالبصمة يكون -عادة- عندما يتعدّر على الشخص التوقيع كتابة وذلك لجهله الكتابة والقراءة، والمقصود هنا هو بصمة الأصبع (Empreinte Digitale) دون غيرها. ويتمّ ذلك بوضع الشخص، سواء أكان رب العمل أو المفاوض بصمة أصبعه على المحرّر معربا بذلك عن قبوله لما ورد في مضمونه<sup>(1)</sup>. لذلك فقد يشكّل التوقيع ببصمة الأصبع خطرا على المتعاقد الذي يتعدّر عليه كتابة أو قراءة المضمون الذي ينسب إليه، لذلك يستحسن في مثل هذه الحالات، الإستعانة بخدمات الموثق و استبدال العقد العرفي بالعقد الرّسمي.

أما إذا تمّ التّعاقد بواسطة شبكة المعلومات العالمية، فلا بدّ من طريقة جديدة للتوقيع، و هو التوقيع الإلكتروني، و الذي نصّ عليه المشرع الجزائري من خلال مضمون المادة 02/327 من ق.م.ج، و التي تنصّ على ما يلي: "...و يعتدّ بالتوقيع الإلكتروني وفق الشّروط المذكورة في المادة 323 مكرّر 01 أعلاه...".

وتنصّ المادة 323 مكرّر 01 من ذات القانون على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالمتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدّة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها". و لم يتطرق المشرع الجزائري على تعريفه -على غرار باقي التشريعات- لذلك عرّفه الفقه على أنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، و تكون مدرجة في شكل إلكتروني أو رقمي أو أية وسيلة أخرى في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها و لها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقّعها، و تميّزه عن غيره من أجل توقيعه و بغرض الموافقة على مضمونه"<sup>(2)</sup>. لذلك يشترط لصحة التوقيع الإلكتروني، تحقّق وضائفه من تحديد هوية الشخص الموقع و موافقته على ما ورد في المحرّر الإلكتروني. فإذا ما تمّ التّعاقد بين رب العمل و المفاوض في مجال البناء إلكترونيا، من خلال اتّفاقيهما على المشروع المعماري المراد إنجازه و كذا أجرة المفاوضة، فإنّه يشترط لصحة و نفاذ العقد المبرم بينهما

<sup>1</sup>-حسين عبد الباسط، إثبات التصرفات القانونية المبرمة عن طريق الانترنت، دار النهضة، طبعة 2007، ص 24.

<sup>2</sup>-حسين عبد الباسط، المرجع السابق، ص 25.

إمكانية التعرّف على هوية كلّ واحد منهما، كما قد يتّفق الطّرفان على وجوب ذكر بيانات معيّنة لصحّة عقدهما.

### ثانياً-الشّكلية الغير المباشرة:

تتمثّل هذه الشّكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة. وقد سمّيت هذه الإجراءات بالشّكلية غير المباشرة، لأنّها لا تتصل مباشرة بالتصرّف القانوني، فهي لا تؤثر مبدئياً على صحّته، ولكنّها تحدّ في جميع الحالات- من فعاليته ونفاذه، وتتعلّق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها قواعد الإثبات، و الإشهار و الإجراءات الإدارية والجبائية الأخرى<sup>(1)</sup>. غير أنّه و بالنسبة لمقابلة البناء، فإنّنا سوف نتطرّق إلى قواعد الإثبات و التسجيل كأحد الإجراءات الجبائية المنصوص عليها قانوناً، طالما أنّها(أي المقابلة) قد ترد في محرّر رسمي توثيقي و من ثمّ يلتزم الموثق بتسجيله لدى مصلحة الضرائب، كما قد يرد مضمون مقابلة البناء ضمن عقد عرفي-كما سبقت الإشارة إليه-و الذي قد يلتزم الطّرفان(رب العمل-المقاول)بتسجيله حتّى تكون له حجة على الغير من خلال اكتسابه للتاريخ الثابت، طبقاً للمادة 328 من ق.م.ج<sup>(2)</sup> المعدّل و المتمم.

#### 1-قواعد الإثبات:

لقد نظّم المشرّع الجزائري طرق الإثبات من خلال قواعد إثبات تلزم المتخاصمين، وعلى عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكلّ الوسائل، فإنّ التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مبلغ معيّن تكون بمحرّر عرفي أو رسمي، وهذا ما أشارت إليه المادة 01/333 من ق.م.ج وذلك بعد تعديل هذا الأخير بموجب القانون رقم 05-10 السالف الذكر، والتي تنصّ على ما يلي:"في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته 100.000دج أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.....".

و بمقتضى هذه المادة وفي حالة إنكار المدّين، يجب على الدائن لاستيفاء حقّه أن يثبتته كتابة، ولو لم تكن الكتابة ركناً في العقد<sup>(3)</sup>. أمّا بخصوص مقابلة البناء، و التي تعدّ بالنسبة لمقاول البناء من الأعمال التجارية طبقاً لما هو مقرّر في نص المادة 02 من ق.ت.ج،-كما أسلفناه في مقدّمة الدّراسة-فإنّه لا يمكن

<sup>1</sup> - زواوي محمود، المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> -تنصّ المادة 328 / 01 من ق.م.ج على ما يلي:"لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلّا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً:

-من يوم تسجيله....."

<sup>3</sup> -علي فيلالي، الإلتزام، النّظرية العامّة للعقد، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 321.أنظر أيضاً، زواوي محمود، المرجع السابق، ص 86.

التمسك بفحوى المادة 333 من ق.م.ج، ذلك لكون التصرف الذي يقوم به مقاول البناء من ضمن المواد التجارية. وبالتالي حتى وإن وجد المحرر العرفي أو الرسمي، فإنه يمكن إثبات مضمون وفحوى المقابلة بوسائل إثبات أخرى على غرار شهادة الشهود. وبالنسبة لرب العمل، فتسري عليه نفس الأحكام إذا اتصف بصفة التاجر، وكانت أعماله تجارية محضه.

وإذا كان غير ذلك، فإنه لا يجوز له التمسك بشهادة الشهود لإثبات المقابلة، ذلك لأن أعماله مدنية، وبالتالي فإن الإثبات لا يكون إلا من خلال المحرر العرفي أو الرسمي طبقاً للأوضاع و الشروط التي أسلفنا ذكرها مسبقاً.

## 2-التسجيل:

ذكرنا سابقاً أن مقابلة البناء قد تحرر في عقد رسمي أمام الموثق، و من ثم يلتزم هذا الأخير بتسجيله لدى إدارة الضرائب كالتزام يقع على عاتقه بموجب القانون رقم 06-02 الذي ينظم مهنة التوثيق-السالف الذكر- كما قد تحرر في عقد عرفي، و هذا الأخير حتى يكون حجة على الغير، فإنه يتوجب تسجيله لدى نفس الإدارة عملاً بمقتضيات المادة 328 من ق.م.ج المعدل و المتمم.

لذلك يخضع كلا العقدين الرسمي و العرفي، إلى إجراءات التسجيل طبقاً للأمر رقم 76-105 و المؤرخ في 09-12-1976، و المتضمن قانون التسجيل<sup>(1)</sup>، و الذي ألزم الموثق على ضرورة تسجيل العقود التي يقوم بتحريها، منها مقابلة البناء، إذا ما أراد طرفيها إضفاء الطابع الرسمي عليها. كما قد يتقدم الطرفان من تلقاء أنفسهم إلى مصلحة من المصالح المختصة لإتمام إجراءات التسجيل، حتى يثبت تاريخ العقد بالنسبة للكتابة العرفية، و يعدّ التسجيل إجراءً جبايئياً، إذ يترتب عليه دفع الرسوم المستحقة، و بمقتضى المادة 09 من الأمر رقم 76-105 السالف الذكر، و التي تنص على ما يلي: "تسجل العقود المدنية و العقود الغير القضائية على النسخ الأصلية أو البراءات أو الأصول....."<sup>(2)</sup>. لذلك و بالنسبة لمقابلة البناء، سواء تمّ تحريرها في عقد رسمي أو عرفي، فإنها تخضع لإجراء التسجيل الذي قد يقوم به الموثق شخصياً أو بسعي من أحد الطرفين أو كلاهما.

## المطلب الثاني-المحل في عقد مقابلة البناء:

كما جاء في تقديم هذا المبحث، فإن مقابلة البناء و باعتبارها من العقود الواردة على العمل، فإنها تستلزم محلاً لصحتها، و الذي يتمثل في العمل المقدم من جانب المقاول و الأجر الملقى على عاتق رب

<sup>1</sup>-الأمر رقم 76-105، المؤرخ في 09-12-1976، و المتضمن قانون التسجيل، ج ر، ع 49، سنة 1976 والمعدل و المتمم.

<sup>2</sup>-علي فيلالي، المرجع السابق، ص 326. أنظر أيضاً، زاوي محمود، المرجع السابق، ص 87.

العمل فذلك يتّصف بالازدواجية، و تستمدّ المقابلة هذا الصّفة لكونها من عقود المعاوضات<sup>(1)</sup> أي من العقود التبادلية. فهو بالنسبة للمقابل يتمثّل في الإنجاز أو التّشديد، أمّا من جهة صاحب المشروع فهو الأجر الذي يلتزم و يتعهّد بدفعه نظير الإنجاز. لذلك فإنّ المحلّ في العقد، هو ذلك الأداء الذي يجب على كل مدين (طرف في العقد) القيام به. تبعاً لذلك تنطرق إلى تفصيل ماهية محل المقابلة وفقاً لما يلي:

### الفرع الأوّل-العمل(الإنجاز والبناء):

طالما أنّ محلّ العقد هو محلّ الالتزام الذي ينشئه، ولذلك نجد بأنّه يتعدّد بتعدّد الالتزامات الناتجة عنه، كما هو الحال في العقد موضوع الدّراسة. وإذا كان محلّ الالتزام هو الشّيء الذي يلتزم المدين بإعطائه أو بالقيام به (القيام بالعمل) أو الامتناع عنه. ورجوعاً إلى مقابلة البناء، فإنّه يستخلص بأنّ العمل من جانب المقابل، يتمثّل الالتزام بالقيام بالعمل (obligation de faire). بالتالي يجب أن يكون هذا العمل ممكناً، لأنّه لا التزام بمستحيل وهذا ما تبناه المشرّع الجزائري بموجب المادة 93 من ق.م.ج ، والتي تنصّ على ما يلي: "إذا كان محلّ الإلتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً".

مع الإشارة إلى أنّه يقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام و بالتالي إلى العقد، هي استحالة مطلقة و التي تتمثّل في عدم استطاعة النّاس كافة للقيام بمحلّ الالتزام، و ليس فقط بالنسبة للمدين به بالذات، كما أنّه من جهة أخرى يتوجّب علينا التطرّق إلى ماهية الإنجاز الموكل من طرف رب العمل إلى المقابل بموجب المقابلة<sup>(2)</sup>.

### أولاً-الشروط الواجبة التوفّر في العمل:

يشترط في العمل حتّى يكون محلاً في مقابلة البناء، تطبيق الأحكام والقواعد العامة بخصوص الشروط المطبّقة على المحل، والتي تتمثّل على وجه الخصوص في أن يكون المحلّ ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه وهو ما يعرف بمشروعية المحل.

1- معنى ذلك أنّ كل من طرف عقد المقابلة يأخذ مقابلاً لما يعطي، فالمقابل يقوم بالعمل المتفق عليه، وقد يقدّم المواد اللازمة لإنجاز هذا العمل، مقابل الأجر الذي يحصل عليه من رب العمل. محمد السّعدي صبري، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق ص356.

2-مصطفى الجمال، النّظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ص124.

## 1- أن يكون العمل ممكنا:

فإذا التزم المفاوض بعمل فني يكون مستحيلا على أدائه بنفسه، أو يلتزم بأمر ما يحتاج إلى قدرة فوق طاقته الشخصية، فلا تتعدد المفاوضة لاستحالة محلها ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به من طرف مفاوض. ففي هذه الحالة فإن الأمر يتعلق باستحالة نسبية، والتي لا تمنع من انعقاد المفاوضة وترتيب آثارها ويكون الطرف مسؤولا عن التعويض<sup>(1)</sup>. فأما إذا كانت الاستحالة مطلقة، كأن يتعهد المفاوض بعمل يكون قد تحقق قبل التعهد، أو كأن يتعهد بحفر أساس للبناء، في حين أن ذلك الأساس موجودا و محققا، أو كأن يتعهد بوضع مقايضة أو تصميم لشيء ثابت على أساس مقايسات و مواصفات جيدة. في حين أنه هو الذي يستعمل في ذلك مواد فاسدة و رديئة لكونه مشرفا على التنفيذ، وهذا الأمر مستحيل الوقوع من الناحية العملية<sup>(2)</sup>.

## 2- أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعين:

يجب أن يكون محل الالتزام معينا أو على الأقل قابلا للتعين، وذلك عملا بما ورد في مضمون المادة 94 من ق.م.ج و التي تنص على ما يلي: "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا. ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، و لم يكمن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

وتجدر الإشارة إلى أنه، إذا كان الالتزام مجهلا تعذر الوصول إلى تحديده، و بالتالي تنثر المنازعات بشأنه. ومن ثم فلا ينشأ الالتزام معه فلا يقوم العقد. وتعيين محل الالتزام يختلف باختلاف الأحوال، فتبعا لذلك إذا لم يكن عمل مفاوض البناء معينا، كالاتفاق على إقامة بناية دون تحديد نوعيتها وأوصافها و المواد المستعملة في ذلك أو على عدم تحديد تصاميمه، كان العقد باطلا<sup>(3)</sup>.

1- معوض عبد الثواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد السابع (الإيجار - العارية - عقد المفاوضة - التزام المرافق العامة - عقد العمل - الوكالة) الطبعة السابعة، مكتبة عالم الفكر و القانون للنشر و التوزيع، مصر 2004 ص 288.

2- و لا يقصد بالاستحالة هنا النسبية، لأن عقد المفاوضة في هذه الحالة ينعقد صحيحا، إذا استحال على المفاوض بنفسه إنجازها لأي سبب كان و مثاله: نقص خبرة و كفاءة المفاوض، و إن كان يحق لصاحب المشروع المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، و إنما العبرة بالاستحالة التي تمنع من انعقاد عقد المفاوضة، هي الاستحالة المطلقة و التي لا تقتصر على المفاوض، و إنما تشمل كل الأشخاص. معوض عبد الثواب، المرجع السابق، ص 288.

3- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق ص 27.

ويكون العمل معيّنًا إذا ذكرت طبيعته وأوصافه وتمّ بيان ذلك، بيانا كافيا بحيث يصبح العمل واضحا ولا لبس فيه. فإذا تمّ التّعاقد على ترميمات وتم ذكر الشّيء الواجب ترميمه أو على بناء ، وتمّ تحديد موصفاته والتّرميمات أو البناءات المطلوب القيام بهما، وإذا لم تذكر كان من الواجب القيام بجميع التّرميمات أو البناءات التي يحتاج إليها الشّيء.

فإذا تمّ التّعاقد على بناء، كان تعيينه عادة بوضع التّصميم المناسب له و إعداد المقايسة، -والتي يسبق بها المهندس المعماري-انطلاقا من مشروع ابتدائي ووصولا إلى الرّسوم النهائيّة و التّفصيليّة، و يقترن بتلك التّصميمات دفتر الشروط، لبيان الأعمال المطلوبة و كيفية و شروط تنفيذها، و كذا مقاسات البناء ومقدار المواد و صفاتها -و المعبّر عنه بالمقايسات الوصفية-، مع تحديد أثمان المواد المستعملة و التي تحدّد الثّمّن بالتّفصيل، بحيث يمكن استخلاص منها تكاليف عمليّات البناء و الموجودة في المقايسة الوصفية<sup>(1)</sup>. وبالتالي فإنّ هذه الوثائق الثلاثة من تصميمات و دفتر الشروط ومقايسات، والملحقة بعقد مقابلة البناء ذاته هي التي تتضمّن الإتّفاق الحاصل بين رب العمل والمقاول، على شروط التّنفيذ من مدّة وجزاءات وأقساط مؤقتة وتسيقات وتسوية نهائية، وإختصاص في حالة نشوب النزاع أو قبول التّحكيم بين الطرفين وإلى غير ذلك من الشّروط والتي يمكن للطرفين إدراجها في العقد، وذلك عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين<sup>(2)</sup>.

### 3- أن يكون العمل مشروعاً:

مبدئياً يجب أن يكون العمل في هذا العقد مشروعاً، فإذا كان العمل الذي يلتزم المقاول بإنجازه مخالفاً للنّظام العام و الأداب العامة كانت المقابلة باطلة، وهو الحكم ذاته المعتمد من طرف مشرّعنا الجزائري عملاً بأحكام المادة 97 من ق.م.ج و التي وضعت قاعدة الزامية مشروعية محلّ العقود بوجه عام، إذ تنصّ على ما يلي: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنّظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلاً". تبعاً لذلك لايجوز الإتّفاق على تشييد بناية مخصّصة للدّعارة أو القمار، كما لا يجوز الإتّفاق على تهريب مواد البناء أو الإتّفاق على بناء عمارة بدون رخصة. فالعمل ووفقاً لهذا الإتّفاق يعد مخالفاً للقانون ممّا يتعيّن معه بطلان المقابلة في هذا الشّأن.

1-محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ، ص131.

2- إذا لم يكن العمل في عقد مقابلة البناء، معيّنًا على النحو السّالف الذكر، وجب أن يكون على الأقل قابلاً للتّعيين. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج07، المجلّد الأوّل، المرجع السابق ص 57.

و مناط مشروعية محل الالتزام في عقد مقاوله البناء -والمتمثل في الإنجاز- أو عدم مشروعيتها، هو مدى اتساقه أو مخالفته للنظام العام وحسن الآداب. فإذا لم يتعارض العمل مع النظام العام و الآداب العامة كان مشروعاً، وبالتالي قام عقد المقاوله. وعليه يجب أن يكون للعمل المراد تقديمه من قبل المقاول سبب مشروع بمفهوم المادتين 97-98 من ق.م.ج، إذ تنص المادة 97 على ما يلي: "كل إلتزام مفترض أن له سبب مشروعاً، ما لم بقد الدليل على خلاف ذلك..."<sup>(1)</sup>.

### ثانياً- ماهية عمل المقاول :

من الواجب التطرق إلى دراسة الإنجاز الذي يعهد به إلى المقاول بموجب مقاوله البناء، وذلك حتى يتسنى لنا معرفة الموضوع الذي تنحصر فيه المقاوله، ومعرفة نطاق التزامات المقاوله على عاتقه بموجبها. ورجوعاً إلى نص المادة 554 من ق.م.ج، نجد أنها قد أشارت إلى الأعمال التي يرد عليها الضمان العشري- أو ما يعرف بالمسؤولية العشرية-، والتي يلتزم بها المقاول -وإلى جانبه المهندس المعماري-، والتي تتمثل في تشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة الأخرى<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في هذه المادة، لم يستعمل عبارة تشييد المباني أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى، إلا لوجود فرق بين المعنيين. لذلك يتوجب علينا التمييز بينهما، وذلك من خلال تحديد معنى تشييد البناء، ثم معنى إقامة المنشآت الثابتة الأخرى.

### 1- عن تشييد المباني:

حيث تطرق التشريع إلى المقصود بتشبيد المباني من جانب المقاول، كما إهتمّ الفقه بذلك مانحاً تعاريف عدّة لذلك.

#### أ- التعريف التشريعي لتشييد المباني:

لم يتطرق المشرع من خلال ق.م.ج إلى تعريف المقصود بتشبيد المباني، وإنما فعل ذلك من خلال القرار الوزاري المشترك والمؤرخ في 15 ماي 1988، والذي يتضمنّ كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء وأجر ذلك. حيث نصت المادة 23 منه على ما يلي: " يقصد بالبناءات والمنشآت الثابتة

1- من المعروف أنّ النظام العام مرّن في أصله ، إضافة الى الآداب العامة. فهما من الأفكار النسبية و المتطوّرة ، وهم مختلفان من مجتمع إلى آخر، و من زمان إلى آخر في ذات المجتمع الواحد ، كونهما يتأثران بالظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية والخلفية. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 213.

2- IBRAHIM( Youcef), la responsabilité des constructeurs dans le cadre du contrat d'entreprise, la garantie décennale selon l'article 554 du code civil ,N°2, Alger,2000 , p11.

والعيوب الواردة في المادة أعلاه في مفهوم هذا القرار ما يلي: كل أشغال الأسس والهياكل الفوقية والأسوار والسقف...".

ويستخلص من خلال هذا التعريف الوارد في هذه المادة، أنّ المشرّع عبّر عن البناءات كما جاء في بداية المادة 23 بالمنشآت، بحيث جعل مفهوم المنشآت ينصرف إلى كل أشغال الأسس والهياكل الفوقية والأسوار والسقف، علما أن المادة 22 من ذات القرار كرّست المسؤولية العشرية، والتي تقع تضامنا بين المقاول والمهندس المعماري.

كما ورد معنى البناء في القانون رقم 08-15<sup>(1)</sup>، و الذي يحدّد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، بحيث نصت المادة 02 منه على ما يلي: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

- البناء: هو كلّ بناية أو منشأة يوجه استعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري، أو الإنتاج الصناعي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات، و تدخل البناءات و المنشآت و التجهيزات العمومية في إطار تعريف هذه المادة.

- إتمام إنجاز البناية: الإنجاز التام للهياكل و الواجهات و الشبكات و التهيئات التابعة لها...". وإضافة إلى ذلك فقد تطرّق المشرّع الجزائري أيضا إلى المقصود بالبناء و أعماله، من خلال المادة 01/03 من القانون رقم 11-04 -السالف الذكر، من خلال ما يلي: "...البناء: هو كل عملية تشييد لبناية و/أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني...." <sup>(2)</sup>.

ولعلّ أبرز ما يستخلص من خلال هذه المادة، أنّها تطرّقت إلى تعريف البناء من زاوية الغرض المخصّص له بحيث يقصد بالبناء كل بناية أو منشأة يكون الهدف منها إما السكن أو التجهيز أو لمزاولة نشاط تجاري أو إنتاج صناعي و التقليدي، أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات. وإضافة إلى ذلك يمكننا

1 - القانون رقم 08-15، والمؤرخ في 20-07-2008، والمحدّد لقواعد مطابقة البناءات و تمام إنجازها، ج ر، ع44 سنة 2008.

2 - IBRAHIM( Youcef), la responsabilité des constructeurs dans le cadre du contrat d'entreprise, la garantie décennale selon l'article 554 du code civil, op-cit, p12 .

الاعتماد على القانون رقم 90-29<sup>(1)</sup>، وبالأخص المادة 52 منه والتي تحدّد الأعمال المعنيّة برخصة البناء، وذلك قصد إعطاء أكثر دقّة للبناء و ما ينصب عليه.

وبالرجوع إلى هذه المادّة، نجدّها تنصّ على ما يلي: "يشمل البناء على ما يلي:

- تشييد المباني الجديدة واستحداث المبني أو الشروع في إقامته لأول مرّة بدءاً من علم الأساسات.

- الأعمال التي تتعلّق بالمباني القائمة، (كتمديد البناء سواء بتوسيعه عن طريق الزيادة في المبني، وضّمّ مسطح جديد للبناء القائم و توسيع الوحدة السكنية، وتغيير البناء أو تعديله بتغيير بعض معالم البناء القائم).

- كذلك التّدعيم قصد تقوية المباني وإزالة الخلل بها ، كإنجاز جدار صلب للتّدعيم أو التّسييج أو هدم جدار متصدّع و إعادة بنائه لتقوية المبني كلّه ."

وبذلك يلاحظ أن المشرّع قد أغفل في نص المادة 52 -السّالفة الذكر-، الحديث عن التّشطيبات الخارجية من بياض وزخارف ونقوش ودهان في واجهة المباني، ممّا يوحي أنّه لم يدرجها في مفهوم البناء وإلّا لفرض رخصة البناء عليها، ذلك لأنّ مقابلة البناء قد تلتبس مع أعمال البياض والزخارف. غير أنّ الفقه والقضاء في كلّ من مصر والعراق لا يعتبر مثل هذه الأعمال مقاولات للبناء لكونها لا تتعلّق بسلامة البناء ومثانتها، عكس الأعمال المتعلّقة بإدخال ترميمات على الأجزاء الرئيسية للمباني، وتلك الأجزاء التي تعتمد عليها سلامة المباني و مثانتها<sup>(2)</sup>.

#### ب- التعريف الفقهي للتشييد المباني:

حيث تطرّق الفقه إلى المقصود بتشديد المباني، و حاول إعطاء تعريف لذلك تبعاً لما يلي:

"هو كلّ ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة من صنع الإنسان، بحيث يستطيع الفرد أن يتحرّك بداخلها و أن يكون من شأنها أن توفر له حماية، و لو جزئياً ضدّ المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعيّة الخارجية"<sup>(3)</sup>.

1- القانون رقم 90-29 والمؤرخ في 01 ديسمبر 1990 والمتعلّق بالتهيئة والتّعمير، ج ر، ع 52 سنة 1990. المعدّل والمتمّم بموجب المرسوم التّنفذي رقم 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 والذي يحدّد كميّات تحضير عقود التّعمير وتسليمها، ج ر، ع 07، سنة 2015.

2- عكو فاطمة الزهراء التزامات رب العمل في عقد مقابلة البناء، المرجع السّابق ص 06.

3- محمد لبيب شنب، المرجع السّابق، ص 104.

أو أيضا يقصد بتشديد المباني: "كلّ عمل أقامته يد الإنسان ثابت في حيّزه من الأرض، متّصلا بها اتصال قرار عن طريق الرّبط ربطا غير قابل للفك دون تعيّب بين مجموعة من المواد، أيّا كان نوعها جرت العادة على استعمالها في مثل هذا العمل، طبقا لمتقضيات الزّمان والمكان<sup>(1)</sup>".

كما تطرّق الفقه الفرنسي إلى المقصود بالتشديد على أنّه:

« Tout bâtiments ou travail d'art quelconque construit par assemblage de matériaux incorporés au sol ».

كما يقصد به أيضا:

« Tout assemblage de matériaux consolidés à demeure soit à la surface du sol, soit à l'intérieur ».

أو بأنّه كذلك:

« Tout bâtiments ou travail d'art quelconque construit par assemblage de matériaux incorporés au sol ».

كذلك يقصد بأعمال البناء و التشديد أيضا:

« Tout assemblage de matériaux consolidés à demeure soit à la surface du sol, soit à l'intérieur. <sup>(2)</sup> » .

ومن خلال استقراء هذه التعريفات المنصّبة حول ماهية البناء، يستخلص أنّه تشترط شروطا معيّنة و محدّدة لاعتبار البناء منشأة ثابتة و تتمثّل فيمايلي:

#### ■ - الشرط الأول:

اشتراط تدخّل الإنسان في عملية البناء<sup>(3)</sup>، و هذا ما يطلق عليه لفظ التشديد من خلال عملية جمع المواد بمختلف أصنافها سائلة كانت أم صلبة، و ذلك قصد جعلها وحدة متماسكة و مختلفة عن ما كانت

1- عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندسين المعماريين و مقال البناء، المرجع السابق، ص 659.

2- مدّوري زايدي، المرجع السابق، ص 168.

3- علي علي سليمان، دراسة في المسؤولية المدنية في ق.م.ج(المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الأشياء-التعويض)، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1986، بن عكنون، الجزائر، ص 180.

عليه قبل ذلك.فصنف المواد غير ضروري في عملية التّشييد، لكون البناء قد يكون مكّونا من حجارة أو حديد أو طوب أو اسمنت مسلّح أو خشب، و بغضّ النّظر عن الهدف من وراء التّشييد بحيث قد هذا الأخير لغرض الاستعمال السّكني أو إيداع أشياء فيه أو إيواء الحيوان أو مباني لاستقبال الجمهور بمختلف الأعمار والفئات، على غرار المدارس و العيادات الطّبيّة و المصانع أو لإغراض تجارية كالملاهي والمقاهي.

كما يندرج في مفهوم البناء محل الدّراسة و الدّي قد يكون موضوع مقال أيضا ملحقات العقار والمتمثّلة في مختلف الأجزاء المكوّنة له وحتّى التّوافذ الشّرفات و الأبواب والسّلام وإلى غير ذلك<sup>(1)</sup>.

### ■ - الشرط الثاني:

فإنّه يتمثّل في ثبات البناء و استقراره و اتّصاله بالأرض اتّصالا وثيقا بحيث يكون متّصلا و مستقرا بحيزه و ثابت في الأرض، و لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار. و قد أورد المشرّع الجزائري هذا الشرط من خلال مضمون المادة 01/683 من ق.م.ج المعدّل و المتمّم، و التي تنصّ على ما يلي: " كلّ شيء مستقرّ بحيزه و ثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار، و كلّ ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

### 2- المقصود بتشييد المنشآت الأخرى:

كما هو الشّأن بالنّسبة لتشييد المباني، سنتطرّق إلى المقصود بتشييد المنشآت الأخرى، و الذي يلتزم بها المقاول بموجب المقولة، كونها ورد النص عليها في المادة 554 من ق.م.ج، و المؤسّسة للضّمان المعماري الذي يلتزم به رفقة المهندس المعماري، حيث سنتطرّق إلى التّعريف التّشريعي لها ثمّ التّعريف الفقهي.

### أ- التّعريف التّشريعي لتشييد المنشآت الثّابتة:

ذكرت عبارة إقامة المنشآت الثّابتة الأخرى بموجب المادة 554 ق.م.ج-السّالفة الذكر-، والتي تقابل المادة 651 من ق.م.ج، وهي بذلك تختلف عن تشييد المباني. وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري لم يتطرّق في ق.م.ج إلى المقصود بها.

1- تجدر الإشارة إلى أنّه يخرج من مفهوم البناء، العقار بالتّخصيص لكونه منقول بطبيعته، كالألات المخصصة للحرق، وأحواض الزهور، وأسلاك الكهرباء والهاتف. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 168.

ورجوعا إلى القرار الوزاري المشترك والمؤرخ في 15 ماي 1988 والمتضمن لكيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، نجده أشار بدوره صراحة إلى عبارة "إقامة المنشآت الثابتة الأخرى" في مادته 22 والتي تنص على ما يلي<sup>(1)</sup>: "طبقا للمادة 554 من القانون المدني، يعدّ المستشار الفني والمقاول مسؤولين بالتضامن خلال عشر سنوات عن تدهم المباني و المنشآت الثابتة كلّها أو جزء منها، و لو كان التهديم ناشئا عن عيب في الأرض.....".

أما في نص المادة 23 من ذات القرار، فقد بين المقصود بتشديد المنشآت الثابتة الأخرى، وذلك وفقا لما يلي: "يقصد بالبناءات و المنشآت الثابتة، والعيوب الواردة في المادة أعلاه في مفهوم هذا القرار ما يلي:

-يقصد بالمنشآت الثابتة، التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشآت والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال، وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل...".

ويلاحظ من خلال استقراء نص هذه المادة، أنه يقصد بتشديد المنشآت الثابتة، القيام بعملية تركيب التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالبناء والتي من شأنها أن تستجيب لقيود استعماله، وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل، و هذا على عكس ما تبناه الفقه<sup>(2)</sup>.

كما أنه يستخلص أنّ المشرع الجزائري لما ذكر المنشآت الثابتة الأخرى إلى جانب المباني غرضه في ذلك التوسع في مفهوم تشييد ووضع البناء، بحيث جعله لا يقتصر فقط على المفهوم الضيق لكلمة "مبان"، وإنما يمتدّ أيضا ليشمل كلّ المنشآت الثابتة الأخرى<sup>(3)</sup>.

#### ب-التعريف الفقهي لتشييد المنشآت الثابتة:

لقد عرّف الدكتور عبد الرزاق حسين يسين المقصود بتشديد المنشآت الثابتة، على أنّها:

" كلّ عمل أقامته يد الإنسان، ثابتا في حيزه من الأرض، متصلا بها اتصال قرار عن طريق الربط بين مجموعة من المواد أيّا كان نوعها، -ربط غير قابل للفك- بحيث ييسر على الإنسان سبيل انتقاله

1- مدوري زايدى، المرجع السابق، ص169.

2-مدوري زايدى، المرجع السابق، ص170.

أو سبيل معاشه<sup>(1)</sup>. كما ورد في مؤلف الدكتور عبد الرزاق حسين يسين، تعريف لتشييد المنشآت الثابتة للأستاذة "كانتيلوب" و الأستاذ "سيلارد" .

حيث عرفته الأستاذة "كانتيلوب"، على أنه:

« Toute construction qui n'a pas but logement des hommes et des animaux, tels les digues et les puits ».

أما الأستاذ "سيلارد"، فقد عرفه بأنه:

« Les gros ouvrages est par définition, celui dont l'existence constitue un élément essentiel du gros ouvre ou de sa stabilité .... ».

وبعد تحديدها ووصفها لتشييد البناء للبناء و المنشآت ، فإنه يمكننا إجراء عملية تمييز<sup>(2)</sup> ، ومقارنة بين مقولة البناء والمقاولات الأخرى ، نظرا للتداخل السائد بينهما من حيث القواعد الخاصة والمطبقة عليها والاختلاف القائم بينها من حيث المهام المسندة إلى مقاول البناء ، وذلك لكون مسؤوليته لا تنتهي بإنهاء موضوع العمل وإنما تمتد بقوة القانون إلى ما بعد ذلك، من خلال إقرار الضمان العشري في مواجهتهما. وعموما يستخلص من خلال ما سبق أن الإنجاز من جانب المقاول ، يتمثل وعلى وجه الخصوص في تنفيذ ما انصب عليه العقد، وذلك بتجسيد التصميم والرسومات و النماذج المقدمة من طرف المهندس، والقيام بكل الأعمال والتي تسمح له بتنفيذ التزاماته، كقيامه بإدارة الأعمال والتي يقوم بتنفيذها وحراسة الأدوات ومواد البناء التي تقدم له لهذا الغرض.

إضافة إلى ذلك فإن المقاول ملزم بإعلام رب العمل و المهندس المعماري، بكل الأخطار التي تكون في التصميم والرسومات المقدمة له، سواء كان عالما بها أو من المفروض أن يعلم بها، بالنظر إلى تخصصه وخبرته في هذا المجال وكذا العيوب اللصيقة بالتربة في الوقت المناسب. كذلك يقع على عاتقه

1- عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السابق، ص 682.

2- قد يلتبس الأمر بخصوص تحديد نوع المقولة عندما يتعلق الأمر ببعض الأعمال، كحفر الآبار، و شق الطرق، و المصارف المياه و رصف الطرق، و هناك اتجاه من الفقه يعتبر أن هذه الأعمال لا تندرج ضمن مقاولات البناء. بينما يرى رأي آخر بأنها كذلك لكونها منشآت ثابتة حتى و إن لم تكن عبارة عن مباني، و لا يشترط في المنشأة أن تكون فوق الأرض فيمكن أن تكون تحته أو في مستواه، و هذا ما هو مكرس في الاجتهاد القضائي العراقي. عن عكو فاطمة الزهراء المرجع السابق، ص 05.

مسؤولية حراسة مكان البناء أو الورشة ، التي تقام عليها الأشغال ليتجنّب الإضرار بصاحب المشروع أو الغير أو حتّى نفسه.

### الفرع الثاني-الأجر:

يمثّل الأجر<sup>(1)</sup>، محلّ التزام رب العمل (مرفقياً عقارياً كان أم لا). وهو العوض الذي يقع على عاتق صاحب المشروع (رب العمل)، إذ أنّه يلتزم بدفعه للمقاول الذي قام بالتشييد و البناء و لفائدته. ويشترط فيه ما يشترط في أيّ محلّ للالتزام، بأن يكون ممكناً ومعيّناً أو قابلاً للتعيين و أن يكون مشروعاً.

تجدر الإشارة إلى أنّه يجب توافر ووجود الأجر في عقد مقاوله البناء، وإلاّ كان العقد من عقود التبرّع. بالتالي لا يعدّ مقاوله ويصبح عقداً غير مسمّى<sup>(2)</sup>، إضافة إلى أنّه -مبدئياً- فإنّ المتعاقدان هما اللذان يتكفّلان بتحديد الأجر، و إذا تعدّر ذلك فإنّ القانون يتدخّل لتحديده. وتبعاً لذلك سندرس الشّروط الواجبة التوفّر في الأجر، ثم إلى كيفية تحديده في العقد، وفقاً لما يلي:

### أولاً-الشّروط الواجبة التوفّر في الأجر:

وهي نفسها الشّروط الواجبة التوفّر في أيّ محلّ للتعاقد و ذلك وفقاً للنّظرية العامّة للعقد، و التي تتمثّل فيما يلي:

#### 1-أن يكون الأجر موجوداً:

معنى ذلك أن يكون منصوصاً عليه أو متفقاً على كيفية تحديده في عقد المقاوله، ومتراضياً على ماهيته و إلاّ اعتبر العقد تبرّعاً و لا تسري عليه أحكامها. و يلاحظ أن الأجر وإن كان ركناً في مقاوله البناء، إلاّ أنّه لا يشترط ذكره في العقد، ذلك لأنّه إذا تعدّر ذلك تدخّل القانون في تحديده<sup>(3)</sup>. لكن حسب

1-يفضل بعض الفقهاء و من بينهم -بجاوي المدني- استعمال مصطلح "بدل المقاوله" على مصطلح "أجر المقاوله"، على أساس أن المصطلح الأوّل أكثر دقّة، فهو يشمل مقابل العمل المؤدّى، و المادّة المستعملة و التي يقدّمها المقاول. أنظر في هذا الصدد بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاوله، المرجع السابق، ص134.

2-عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص30. - إلى أنّه ينبغي الملاحظة أنّ العقد لا يعدّ مجانياً من عدم ذكر أجر المقاول في العقد ذلك ، لأنّه حتّى يعدّ العقد مجانياً يجب أن تتوافر لدى المتعاقد مع رب العمل نيّة التبرّع ، و هذه الأخيرة لا تفترض لكون أنّ الأصل أنّ الشّخص لا يقوم بالعمل مجاناً ، بل بمقابل و خصوصاً المقاول و الذي يكتسب صفة التّاجر بقوّة القانون ، ذلك لكونه يسعى إلى تحقيق الرّبح. و بالتالي لا يعقل أن يلتزم المقاول في مجال البناء مجاناً. بجاوي المدني المرجع و الموضوع السابقين، ص135.

رأينا، يجب التمييز بين ما إذا كان المتعاقدان قد عرضا الأجر و لم يتفقا عليه، فعند ذلك تكون المقابلة باطلة لانعدام أحد أركانها، و بين ما إذا كان المتعاقدان لم يعرضا الأجر أصلا، بل سكتا عنه، و هنا تكون المقابلة صحيحة لأن القانون يقوم بتحديدده وفقا لمضمون المادة 562 من ق.م.ج.

## 2- أن يكون الأجر مشروعاً:

أي أن يكون ممّا يجوز التعامل فيه، طبقاً لمقتضيات المادة 93 من ق.م.ج. و عليه فلا يجوز لصاحب المشروع أن يتعهد بتقديم كمية من المخدرات أو عائدات إجرامية إلى المقاول، وذلك كمقابل للإنجاز والعمل المؤدى بواسطة هذا الأخير.

فرجوعاً إلى القواعد العامة، فإنه يوجد أموال لا يجوز التعامل فيها أمّا بطبيعتها، والتي تمّ تحديدها في المادة 682 من ذات القانون، إذ جاء فيها<sup>(1)</sup>:

"كلّ شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية. والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وإما خارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

كما أنه يوجد أموال أخرى لا يجوز التعامل فيها بحكم القانون، بحيث أنّ هناك أشياء قابلة للحيازة الفردية أو قابلة للتعامل فيها بطبيعتها. غير أنّ القانون يمنع التعامل فيها بسبب الأخلاق أو النظام العام، أو لاعتبارات أخرى كالأملاك العمومية و ذلك عملاً بأحكام المادة 689 من ذات القانون.

## 3- أن يكون الأجر معيناً أو قابلاً للتعيين:

أي أنّ الأجر في عقد مقابلة البناء، يجب أن يتمّ تعيينه من حيث جنسه أو نوعه، و كذا من حيث تقديره و كيفية تحديده. فالقاعدة هي أن يكون الأجر مبلغاً نقدياً يدفع مرّة واحدة أو عبر أقساط مختلفة، و ذلك حسب إرادة المتعاقدين، عند الإتمام من الإنجاز أو البدء فيه. غير أنّه و إن كانت القاعدة كذلك، فإنّ ذلك لا يمنع من أن يتجسّد في غير ذلك، إذ أنّه قد يكون عبارة عن أشياء قيمة أخرى، كعقار أو منقول مهما كان نوعه أو حتى حقوقاً معنوية (كأسهم أو سندات) بل يصلح أن يكون الأجر عملاً<sup>(2)</sup>. و مثاله أن يتعاقد محامي مع مقاول في مجال البناء على إنجاز مشروع عقاري لفائدة الأول، و في مقابل ذلك يتعهد

1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، د.م.ج، الجزائر، سنة 1993، ص.45.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل ج07، المرجع السابق، ص

المحامي أن يتوكّل عنه في قضاياها و نزاعاته القضائية. ففي هذا المثال فإنّ المقاوله تكون بمقايضة عمل بعمل آخر. غير أنّ ذلك نادر الوقوع من الناحية العملية، لذلك فإنّ الأجر في كل الأحوال يكون مبلغاً نقدياً محدّداً.

### ثانياً- كيفية تعيين الأجر:

فيما يتعلّق بتقدير الأجر، فإنّ القاعدة أنّه يتمّ من طرف المتعاقدين، فيكفي فيه أن لا يختلفان من أجله وذلك لأنّه من شأن هذا الاختلاف أن يعرقل انعقاد العقد، لانعدام التراضي على ماهية العقد. أمّا إذا أغفل الطرفان ذلك ولم يتطرّقوا إلى تحديده، فإنّ ذلك لا يمنع من انعقاد العقد، لأنّه في هذه الحالة، فإنّ التقدير يتمّ من طرف القانون<sup>(1)</sup>. في مقاوله البناء يمكن تقدير الأجر إمّا من طرف المتعاقدين كمبدأ عام، وإذا تعدّد ذلك فإنّ هذه المهمّة منوطة بالقانون، والذي يتدخّل في تقديره بناء على معايير وأسس نعرضها لاحقاً.

#### 1- تقدير الأجر من طرف المتعاقدين:

عملاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإنّ طرفي العقد هما اللذان يحدّدان الأجر مسبقاً، وذلك بالاعتماد على المقايضة المنجزة مسبقاً على أساس الوحدة، أو على أساس التحديد الإجمالي بناء على التصميم المتفق عليه. فتحديد الأجر على أساس الوحدة، يقتضي عمل مقايضة والتي تتحدّد فيها الأعمال المطلوب إنجازها بالتفصيل والمواد المراد استعمالها و سعرها و أجر وحدة العمل.

وفي هذه الحالة، يصحّ لرب العمل وبموجب هذه الطريقة، أن يزيد في مقدار الأعمال المطلوبة أو أن ينقص منها، و يجوز على أن تكون الزيادة أو النقص إلا بنسبة معينة. وهذه الطريقة فعّالة و مفيدة للطرفين، ذلك لأنّ رب العمل يدفع الأجر الإجمالي و المحدّد بموجب المقايضة، كما أنّ المقاول يتقاضاه حسب المقدار ما قد تم فعلاً<sup>(2)</sup>.

غير أنّ الأجر في مقاوله البناء لا يعرف مقداره مقدّمًا عند إبرام العقد، بل يجب الانتظار حتّى تنتهي جميع أعمال البناء والتشييد، والذي يقدر بحسب المقايضة. كما أنّه قد لا يتحدّد الأجر طبقاً لمقايضة توضع مسبقاً، بل يقوم مقاول البناء بجميع أعمال الإنجاز، على أساس فئات الأثمان (marchés aux prix

1- محمد لبيب شنب، المرجع السابق ص 77.

1- هذه الطريقة هي التي تسمى بالمقاوله على أساس الوحدة القياس (marché a l'unité de mesure). فيذكر مثلاً أن المطلوب في البناء هو كذا متراً من المباني، و كل متر بسعر معيّن، و عدد الأمتار الخاصة بالتجارة و سعرها إضافة إلى الإسمنت و الحديد و إلى غير ذلك من المواد المراد استعمالها. محمد لبيب شنب. المرجع السابق، ص 77.

(de série). وعندما يتم المقاول الإنجاز، يتم تقديرها بعد أن تعرف كميات كل منها ، ثم يتم الرجوع إلى فئات الأثمان المتقدم ذكرها لمعرفة أجر كل عمل ومجموع أجر المقاولة. وهذه الطريقة هي الأكثر إمعانا من طريقة المقايسة في ترك الأجر غير معروف المقدار إلى غاية إتمام أعمال الإنجاز. ففي طريقة المقايسة يمكن تقدير الأجر مقدّما وعلى وجه التقريب، أما في طريقة فئات الأثمان، فليس هناك إلا التّمين ولا يمكن التأكد من مقدار الأجر وتثبيته إلا بعد إتمام الإنجاز<sup>(1)</sup>. ولذلك يلجا ربّ العمل في أغلب الأحوال إلى طريقة الأجر الإجمالي (marchés a forfait)، إذ أنّه يتفق مع المقاول على تحديد مبلغ أو أجر إجمالي، يقدر مقدّما عند إبرام العقد، حيث يقوم المهندس المعماري بوضع التّصميم ومقايسة للمشروع المراد إنجازه، كما لو كان عيادة متكوّنة من طابقين وعدة غرف وأروقة ومستودع وغرف للجراحة ومدخل للعيادة... الخ.

وكل لوازم تلك العيادة، على أن يمّون أجراها الإجمالي بـ 10 ملايين دينار جزائري. وقد يتفق المقاول على القيام بإنجاز المشروع مقابل ذلك الأجر، وهذه الطريقة تمكّن رب العمل من معرفة الأجر مقدّما، والذي يلتزم بدفعه للمقاول، ممّا يؤدي إلى التّفاهم بينهما، و من شأن ذلك أن يؤدي إلى تفادي النزاعات وتحقيق استقرار في المعاملة<sup>(2)</sup>.

## 2- تقدير الأجر بواسطة القانون:

إذا لم يتفق الطرفان على تحديد الأجر صراحة و لا ضمنا في العقد، و لم يتضمّن العقد ما يفيد تحديده مستقبلا، فإنّ ذلك لا يمنع من انعقاد المقاولة حيث أنّه في هذه الحالة، فإنّ القانون هو الذي يتكفل بتحديدده و ذلك عملا بأحكام المادة 562 من ق.م.ج ، و التي تنصّ على ما يلي: "إذا لم يحدّد الإجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل و نفقات المقاول".

1- هذه الطريقة هي الأكثر اعتمادا في مقاولات البناء، إذ أنّه يتمّ الإتفاق على تحديد ثمن لكل نوع من الأنواع اللّازمة لإقامة البناء ، و هناك سعر لمتز البناء، و سعر النّجارة، و سعر الحدادة و البياض و نقل الأتربة و التّرصيص، و سعر الأعمال الصحية، و تسمّى هذه الطريقة بفئات الأثمان (prix de série) . أنظر في هذا الصّدد، مدوري زايدى المرجع السابق ، ص 47.

2- مدوري زايدى، المرجع السابق ص 48.

- غير أنّه -حسب رأينا- أنّه يعاب على هذه الطريقة ، أنّ المقاول لا يستطيع الاقتصاد في التكاليف ، و ترتفع الأسعار أثناء التّفيز ، و كذا أجور العمال، ممّا يؤدي إلى تحمّله تبعه ذلك لأنّ أجره الإجمالي محدّد مسبقا، و هو ما يجرنا إلى الحديث عن نظرية الطّروف الطارئة و التي قد تعود على المقاول بالخسارة. كما أنّ المقاول قد يحاول عادة أن يقتصد في تكاليف الإنجاز ليكون ربحه أكبر، لأنّه أساسا يسعى إلى ذلك، و يكون ذلك على حساب الجودة في العمل أو على حساب جودة المواد المستعملة و المستخدمة، ممّا قد يعود بالضرر على رب العمل من خلال زعزعة متانة البناء .

على أنه تجب الإشارة، إلى أنّ الطرفين اللذين لم يحددا الأجر سلفا عند إبرام العقد، فإنّه بإمكانهما تحديده بعد ذلك و بالاتفاق بينهما.

وفي هذه الحالة يلتزم صاحب المشروع بوفاء هذا الأجر، كما لو كان قد تم الاتفاق عليه وقت التعاقد. أما إذا اختلفا بشأنه بعد الإبرام و إتمام الأعمال، فإنّ لكل طرف الحق في اللجوء إلى القضاء قصد تحديد أجر المقاول. والقضاء في تحديده لهذا الأجر، يتوجّب عليه الرجوع إلى قيمة العمل والإنجاز المؤدى ونفقات المقاول و يجب على القاضي- عند قيامه بذلك-مراعاة العناصر التالية<sup>(1)</sup>:

- ✓ -طبيعة العمل المنجز من حيث صعوبة تنفيذه و الأخطار و المسؤوليات التي يتعرّض لها المقاول في القيام بذلك، وكذا مدى خبرته و كفائته و المهارة التي يتطلّبها الإنجاز.
- ✓ -الوقت الذي استغرقه المقاول في الإنجاز.
- ✓ -مكان العمل و مدى قربه أو بعده عن العمران و التجمّعات السكانية و المواصلات.
- ✓ -أثمان المواد المستعملة من طرف المقاول في الإنجاز، و كذا أجور العمال اللذين استعان المقاول بخبراتهم و جهودهم.
- ✓ -مؤهلات المقاول و كفائته و شهرته في مجال التشييد و العمران.

-ومخلاصة للمبحث الأول فإنّه يستخلص بأنّ عقد مقاوله البناء يخضع في إنشائه المباشر لنفس الأحكام المقررة في النظرية العامة للعقد، من حيث إلزامية التراضي على ماهيتها وعناصرها الأساسية، وإن كانت له بعض الخصوصيات فقط من حيث أساليب الإبرام فقط، والتي تتماشى مع طبيعة الأشغال الواردة عليها المقاوله، وذلك رغم أن المشرع الجزائري وبالنظر إلى أهمية مقاوله البناء -المذكورة سابقا- إلاّ أنّه لم يحطها بتنظيم مستقل ومنصوص عليه. ممّا يدعونا للقول بأنّه (أي المشرع) كان قاصدا من وراء المواد 549 إلى 570 من القانون المدني، تنظيم مقاوله البناء على وجه التحديد. ومن ثمّ فإذا كان الأمر كذلك فإنّه يتوجّب على المشرع إعادة النظر في فحوى تلك المواد، من خلال توضيح أكثر لمضمون ما يلتزم به طرفا مقاوله البناء، كما هو الشأن بالنسبة لمضمون أعمال البناء والتشييد بالنسبة للمقاول. كما أنّها عقد رضائي، يقوم بمجرد تبادل طرفيه (رب العمل-المقاول) لرضاهما حول مضمون التزامهما، دون الحاجة إلى شكلية أخرى ما لم يتفق طرفيهما على خلاف ذلك، وهذا ما قد يضيف طابعا شكليا بالاتفاق عليها. بالإضافة إلى ما هو مقرّر قانونا بخصوص السبب في النظرية العامة للعقد، من حيث وجوب توفرها على سبب بشرط أن يكون موجودا و مشروعاً.

1- محمد لبيب شنب، المرجع السابق ص 84.

كما أنّه و طالما أنّنا تطرّقنا في مقدّمة هذا المبحث، إلى القول بأنّ مقاولة البناء قد تنشأ بصورة مباشرة بين مقاول البناء ورب العمل، وذلك من خلال التفاوض بينهما على ماهيتها بغضّ النظر عن أساليب انعقادها، أو بصورة غير مباشرة، وذلك من خلال اللّجوء إلى أسلوب المقاولة الفرعية أو المقاولة من الباطن لما لها من أهميّة ومزايا في مجال البناء والتشييد، وبالتّظر إلى الآثار القانونية التي قد تترتب عليها وكثرة اللّجوء إليها في الوقت الراهن، فلا يسعنا إلّا التطرّق في المبحث الموالي إلى أحكام المقاولة الفرعية مع الإشارة إلى أنّه ما يهمننا من وراء ذلك -على وجه التّحديد، ماهيتها القانونية وكذا طبيعتها من حيث اعتبارها عقد تبعية للمقاولة الأصلية أم أنّها عقد قائم بحدّ ذاته وله كيان قانوني خاص به. بالإضافة إلى المركز القانوني للمقاول الفرعي، ومدى خضوعه للضمان العشري من عدمه، لكون هذا الأخير(الضمان العشري)، هو المعيار المستند عليه لتمييز مقاولة البناء عن سائر المقاولات الأخرى.

### المبحث الثاني-إنشاء مقاولة البناء بطريقة غير مباشرة:

تتميّز المقاولة الفرعية بأهميّة كبرى، كونها إحدى وسائل التعاون بين المشاريع<sup>(1)</sup>، لاسيما في مجال البناء والمنشآت المعمارية، لذلك اعتبرت من وسائل التّتمية الاقتصادية، فهي تعدّ بذلك طريقا غير مباشر لإنشاء عقد مقاولة البناء. وتتجلّى صورتها من خلال التجاء المتعاقد مع رب العمل إلى الاتفاق مع مقاول آخر يدعى عادة بالمقاول الفرعي وذلك قصد إنجاز كل العمل المسند إلى المقاول الأصلي الذي يلتزم به أو جزء منه. ويتحقّق ذلك على وجه الخصوص، إذا كانت هناك جوانب فنية في العمل محل التّعاقد(البناء) يحتاج إلى خبرات معيّنة وجهود كبيرة تبذل -ولاسيما إذا كان المقاول الأصلي مرتبطا بالزّمن المحدّد من طرف صاحب المشروع<sup>(2)</sup>- لا يطبق المقاول الأصلي القيام بها لوحده. وهذا النوع من المقاولة الفرعية يعرف باسم "المقاولة الفرعية القائمة على أساس الطاقة الإنتاجية". وإلى جانبها يوجد نوع آخر من

1- على المقاول إتاحة الفرص المناسبة لتنفيذ الأعمال للمقاولين الآخرين و أشخاص رب العمل، و التابعين للسلطة العامّة كتقديم المعدّات و المستندات، و تمكينهم من الأساسات و المنشآت. و لا يجوز للمقاول الأصلي التّعاقد من الباطن على كامل الأعمال و مع ذلك يكون مسؤولا عن تصرّفات و أخطاء أي مقاول فرعي أو وكلائه أو موظفيه، كما لو كانت التصرّفات و أخطاء المقاول، و يجب -كقاعدة عامة- إخطار المهندس و موافقته على ذلك . محمد حسين منصور النّظام القانوني للمباني و المنشآت، كليّة الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة سنة 2011. ص 432.

2- إنّ زمن المشروع يحدّد في العقد، و هو عبارة عن تواريخ : كتاريخ الأساس، تاريخ البدء، وقت الإتمام، الاختبارات عند الإتمام، شهادة التسلم، الاختبارات بعد الإتمام، فترة الأخطار بالعيوب ، شهادة الأداء. فهذه التواريخ يتضمّنّها عقد المقاولة. محمد حسين منصور، المرجع السّابق ص 429.

المقابلة الفرعية والقائمة على أساس التخصص، كما لو كان المقاول الفرعي متخصصا في مجال التّريض، أو الكهرباء، أو أعمال الصيانة... إلخ<sup>(1)</sup>.

ومن خلال المقابلة الفرعية، ينشأ مركز قانوني خاص للمقاول الفرعي في علاقاته بأطراف العقد الأصليين، و مرد ذلك ارتباط المقابلة الفرعية بالعقد الأصلي وتداخله معه في محلّ العقد، فالمقابلة الفرعية تفترض وجود عقدين متتابعين لهما طبيعة واحدة هي المقابلة. كما أن الفقه أجمع على اعتبار العلاقة القائمة بين المقاول الأصلي و الفرعي، هي علاقة رب العمل بالمقاول-أي أن العلاقة بين طرفي المقابلة الفرعية- تخضع لنفس أحكام المقابلة الأصلية، سواء من حيث كيفية الإنشاء أو من حيث ضرورة توافر الأركان، وحتى من حيث العناصر والآثار<sup>(2)</sup>. فهي ترتب التزامات متبادلة بين طرفيها، وبالنتيجة فإنّ المقاول الفرعي ملزم بالإنجاز والتّسليم. أمّا المقاول الأصلي، فهو ملزم بالوفاء بالأجر. وهذه الالتزامات نجدها أيضا في العلاقة بين المقاول الأصلي ورب العمل- كما سيأتي الحديث عليها لاحقا في ص 110 وما يليها.

ومن ثمة يستتبع وجود المقابلة الفرعية، قيام علاقة ثلاثية تستهل بالعلاقة بين المقاول الأصلي ورب العمل، والتي قد يثير إشكالات من حيث المبادئ التي تحكم تلك العلاقة، وكذا مسؤولية المقاول الأصلي في المقابلة الفرعية تجاه رب العمل، وهو ما عبّرنا عنه بتأثير المقابلة الفرعية على العقد الأصلي، والذي سننتقل إلى دراستها بموجب المطلب الثاني. ثمّ علاقة المقاول الفرعي ورب العمل والتي ينشأ عنها رجوع رب العمل على المقاول بالدّعى الغير المباشرة فقط نظرا لعدم وجود التّعاقد المباشر بينهما، والتي يمارسها باسم المقاول الأصلي. و أخيرا بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، غير أنّ هذه الأخير تسري عليها نفس الأحكام المطبّقة على العلاقة الأولى (من حيث الالتزامات والحقوق)<sup>(3)</sup>.

ومن جهة أخرى طالما أنّ المقاول الفرعي يتدخّل بموجب مقابلة فرعية، والتي قد يثير الإشكال في أشغال البناء، من خلال المهام المسندة إليه ممّا يؤدي إلى التّساؤل حول مدى خضوعه لأحكام الضمان العشري من عدمه، كون هذا الأخير يعدّ جوهر مقابلة البناء. وتبعاً لذلك سوف نتطرق في هذا المبحث إلى دراسة النّظام القانوني المقابلة الفرعية، من حيث التطرّق إلى ماهيتها القانونية، من خلال تعريفها وتمييزها عن بعض الحالات الأخرى المشابهة لها وذلك في المطلب الأول، ثمّ إلى طبيعتها القانونية من حيث

1-George (Valentin), les contrats de sous-traitance, mantpellier ,éd,1979.p17

2- مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقابلة من الباطن، المرجع السابق، ص28.

3-ALIN (Benabent), louage d'ouvrage et d'industrie ,sous-traitance, fascicule 2-8 ,1990,p16.

استقلاليتها عن المقاولة الأصلية أو تبعيتها لها على أساس أنها شكلت جدالا فقهيًا، كونها لم تحض بالعناية اللازمة من طرف المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات<sup>(1)</sup>، وهذا ما أدى إلى التباس طبيعتها القانونية، فالبعض يعتبرها عقد تابعًا للعقد الأول (أي تبعية المقاولة الفرعية للعقد الأصلي)، أما البعض الآخر (ومن بينهم الجارجي وبجاوي المدني)، فيرى بأنّ المقاولة الفرعية عقد قائم بذاته ومستقلا ومتميزا عن العقد الأصلي، وذلك لأنّ من شأن تحديد هذه الطبيعة القانونية ترتيب آثار عديدة لاسيما تلك المتعلقة بالمركز الجديد الذي يحتله المقاول الفرعي، وعلاقته برب العمل.

بالإضافة إلى دراسة المبادئ المستنبطة من المقاولة الفرعية، والتي تحكم تلك علاقة القائمة بين المقاول الأصلي ورب العمل، بعد لجوء هذا الأخير إلى أسلوب التعاقد الغير المباشر، وذلك بموجب الفرع الأول. إضافة إلى مدى خضوع المقاول الفرعي من عدمه إلى الضمان العشري (المسؤولية المعمارية)، ذلك لأن المشرع الجزائري لم يحسم هذه المسألة ولم يبين بصريح النصوص القانونية ما أن كان المقاول الفرعي يخضع للمسؤولية العشرية أم لا، وذلك على غرار المشرع الفرنسي و الذي وسّع من نطاق المسؤولية العشرية -، ومن ثمّ فقد أدرج المقاول الفرعي ضمن طائفة الأشخاص المعيّنين بالضمان العشري<sup>(2)</sup>، كما سيأتي الحديث على ذلك لاحقًا - وذلك تماشيا مع موضوع الدراسة.

### المطلب الأول- ماهية المقاولة الفرعية:

إنّ التطوّرات التي شهدتها المجتمعات المعاصرة، لاسيما في مجال الإنشاءات والمباني أوجدت نوعا من تقسيم العمل و التخصص فيه، إذ أنّ المقاولات أصبحت تضمّ أكثر من تخصص في العمل الواحد والواقع العملي يؤكّد ذلك.

فإلى جانب المقاول الأصلي، قد يقف مقاول آخر (أو مجموعة مقاولين) يتولّى الحفر و آخر يتولّى أعمال الصّرف الصحيّ... إلى غير ذلك من التخصصات، وهو الأمر الذي أدى إلى انتشار المقاولات من الباطن، بحيث أصبح المقاول الذي يعهد إليه بتشديد بناية أو ترميمها أن يسند إلى مقاول آخر كلّ العمل أو جزء منه، ومع انتشار المباني الضخمة والأبراج المكوّنة من طوابق عدّة، أصبح اللّجوء إلى المقاول من الباطن ضرورة يحتمها حجم العمل، والعدد الكبير الذي يتمّ الاستعانة به من الحرفيين و العمّال لإنجازه.

1- حسب رأينا، فإنّ المشرع الجزائري لم يولّ المقاولة الفرعية بالعناية اللازمة في ق.م.ج، و أساس ذلك انه قد خصص لها مادتين فقط منه، و يتعلّق الامر بالمادة 564-565 منه، و هذا غير كاف لتحسين عقد المقاولة الفرعية بالنظر إلى الأهمية التي أصبح يحضى بها في الوقت الراهن.

2- بجاوي المدني، عقد المقاولة من الباطن، دار الهومة، سنة 2010، ص 126.

لذلك تعدّ المقاولة من الباطن، إحدى وسائل التّعاون بين المشروعات العاملة في مجال الإنشاءات المعمارية والصّناعية بوجه عام، كون المبعث إليها قد يتمثّل في رغبة المقاول الأصلي في تحقيق الرّبح المالي، من خلال تنفيذ الأعمال محل العقد الأصلي بتكلفة أقلّ ممّا هو متّفق عليه مع صاحب العمل. أو قد يكون الدّافع إليها، هو أنّ الأعمال محل العقد الأصلي تتطلّب درجة عالية من الخبرة والتخصّص الفّني، لا تتوافر إلّا لدى المقاول من الباطن<sup>(1)</sup> أو قد تكون الرّغبة، في التقليل من مخاطر الأعمال التي التزم بتنفيذها المقاول الأصلي. لذلك فرضت المقاولة من الباطن نفسها على ساحة العمل، وأصبحت حقيقة واقعية، تحقق مصلحة ليس فقط للمقاول الأصلي، وإنّما أيضا لصاحب العمل، كما أنّها حقيقة قانونية فرضها المشرّع الجزائري من خلال نصّ المادتين 564-565 من ق.م.ج، غير أنّه يلاحظ أنّ هذا التّظيم لم يعد كافيا لمواجهة التّطور السّريع في أعمال المقاولات، لذلك ارتبنا التّطرّق إلى المقاولة من الباطن من خلال البحث عن ماهيتها من حيث مفهومها و تبيان خصائصها، وكذا تمييزها عن بعض الحالات القانونية المشابهة لها.

### الفرع الأوّل-مفهوم المقاولة من الباطن و خصائصها:

تعدّ المقاولة من الباطن أسلوبا من أساليب الفن التّعاقدي، وتوجد-كقاعدة عامّة-كلّما كُنّا بصدد التزام بعمل يتمّ تنفيذه ماديا وفعليا، ليس عن طريق المدين الأصلي وإنّما عن طريق الغير، كما هو الشّأن في مقاولات البناء والتشييد. فالمقاولة من الباطن هي اتفاق يتعهّد بمقتضاه فرد أو شركة بتنفيذ عمل معيّن، منح أصلا لشخص آخر، لذلك فهي تمثّل طريقا لتنفيذ العقد عن طريق الغير.

فالمقاولة من الباطن تفترض وجود عقدين متتاليين لهما طبيعة واحدة(contrats successifs) ولهما طبيعة واحدة كأعمال البناء والتشييد، وثلاثة أطراف: فالعقد الأوّل يعدّ الأصلي والمبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والذي يسمّى بالمتعاقّد المشترك، لكونه يشترك في العقدين معا<sup>(2)</sup>. تبعا لذلك وجب التّطرّق إلى مفهومها و بيان خصائصها، حتّى يتسنى لنا تمييزها عن بعض العمليات المشابهة لها:

### أولا-مفهوم المقاولة من الباطن:

أمّا العقد الثّاني وهو المبرم بين المقاول الأصلي والأجنبي عن العقد الأصلي، وهو المقاول من الباطن. ويلاحظ أنّه رغم وجود روابط اقتصادية ومالية مشتركة بين العقدين، إلّا أنّهما لا ينشأن في ذات الوقت، بل إنّ أحدهما بالضرّورة سابقا للآخر.

<sup>1</sup>-ALIN (Benabent),op-cit,p18.

<sup>2</sup>-غازي خالد أبو عرابي، المرجع السّابق، ص18.

ورجوعاً إلى نصوص ق.م.ج و النّاطمة للمقاولة من الباطن، يتّضح أنّها لم تورد تعريفاً خاصاً لها وقد يكون مردّ ذلك هو عدم وضع المشرّع الجزائري لنظرية عامّة للتعاقد من الباطن، وإنّما أورد لها تطبيقاتاً خاصّة فقط من خلال نصّ المادّتين 564-565 من ق.م.ج.

وأمام غياب التعريف التشريعي للمقاولة من الباطن، تصدّى الفقه إلى ذلك وعرّفها بأنّها: "العقد الذي يعهد فيه مقاول إلى شخص أجنبي عن عقد المقاولة يسمّى المقاول من الباطن، بتنفيذ كلّ أو بعض الأعمال الموكّلة إليه"<sup>(1)</sup>.

وكذلك المقاولة من الباطن هي: "ذلك العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول الذي عهد إليه بتنفيذ العمل مع مقاول آخر من أجل تنفيذ العمل كلّهُ أو جزء منه"<sup>(2)</sup>.

أو كذلك، تعرف المقاولة من الباطن على أنّها: "عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمّى المقاول الأصلي إلى آخر يدعى مقاولاً فرعياً، بكلّ أو جزء من محلّ المقاولة الذي أبرمه الأوّل مع ربّ العمل ما لم يمنعه من ذلك"<sup>(3)</sup>.

وقد عرّفها جانب آخر من الفقه على أنّها: "ذلك العقد الذي يكلّ بمقتضاه المقاول تنفيذ كلّ أو جزء من العمل إلى مقاول آخر في مقابل أجر دون أن يخضع هذا الأخير لإشراف وإدارة المقاول الأصلي". ويشار في هذا الصّدّد إلى أنّه رغم أنّ تسمية المقاول الثّاني بالمقاول من الباطن هي الأكثر شيوعاً في القوانين المدنية و في الفقه، لكونه المصطلح المألوف و المتعارف عليه أيضاً بين الأفراد من النّاحية الواقعية و العملية، إلّا أنّه يلاحظ أنّ التشريعات العربية لم تتفق جميعها على هذه التسمية<sup>(4)</sup>.

وبناءً على ما سبق ذكره-بخصوص مفهوم المقاولة من الباطن- فإنّنا نقترح تعريفاً لها على النّحو التّالي: "هي عقد يعهد من خلاله مقاول أصلي إلى مقاول ثاني يسمّى بالمقاول من الباطن، و تحت مسؤولية الأوّل، بتنفيذ كلّ الأعمال التي عهد بها له ربّ العمل أو في جزء منها".

وقد ركّزنا في تعريفنا هذا على مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن تجاه صاحب العمل، وهذا ما يستلزم صفة المقاول في الشّخص الأجنبي عن المقاولة الأصليّة، أي أنّ اللّجوء إلى

<sup>1</sup>- عبد الرزاق احمد السنهوري، ج07، المجلّد الأوّل، المرجع السابق، ص272.

<sup>2</sup>- محمد كامل مرسي، العقود المسماة، ج04، الطبعة الأولى1953، دار نشر الجامعات المصرية، ص529.

<sup>3</sup>- VALENTIN( George ), les contrats de sous-traitance, mantpellier, éd, 1979.P19.

<sup>4</sup>- لقد أطلق عليه المشرع الأردني تسمية "المقاول الثّاني" (المادّة 899 من ق.م.الأردني)، و المشرّع العراقي تسمية "مقاول المقاول" (المادّة 643 منه) و المشرع السّوري، تسمية "المقاول الثّاني" (المادّة 768 من ق.م.السّوري). غازي خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص18.

المقاولة من الباطن لا يعني عدم مسؤولية المقاول الأصلي، بل إنّه يظلّ مسؤولاً عن أعمال المقاول من الباطن تجاه رب العمل.

وهكذا يتّضح أنّه لا يكف للقول بوجود مقاولة من الباطن، أن يبرم المقاول الأصلي عقد مقاولة لاحقة، فمثل هذا العقد لا يفيد بالضرورة وجود مقاولة من الباطن، بل لابدّ من أن يرتبط العقد اللاحق بالعقد الأصلي من حيث الاشتراك في تنفيذ العقد الأصلي كلياً أو جزئياً.

### ثانياً- خصائص المقاولة من الباطن:

من خلال مختلف التعريفات التي أوردناها بخصوص المقاولة من الباطن، يمكن استخلاص جملة من الخصائص التي تميّز عقد المقاولة من الباطن، و التي تساعد عن تمييزها -بوجه عام- عن بعض الحالات القانونية التي قد تلتبس بها و التي ارتتبنا أن نخصّص لها المطلب الثاني من الدراسة. و تبعاً لذلك فإنّ أبرز خصائص المقاولة من الباطن تتجلى فيما يلي<sup>(1)</sup>:

#### 1- المقاولة من الباطن عقد رضائي:

والعقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد تبادل طرفيه التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، وهو حال المقاولة من الباطن، إذ يكفي لوجودها صدور إيجاب من طرف (قد يكون مقاولاً أصلياً أو فرعياً) واقتترانه بقبول المتعاقد الآخر، و مردّ ذلك راجع إلى عدم فرض المشرع الجزائري -على غرار باقي التشريعات- لشكلية معيّنة لانعقاد المقاولة بصورة عامة وفقاً لما تمّ التطرّق إليه بموجب المطلب الأول من المبحث الأول من موضوع الدراسة، لذلك تبقى الشكلية و المتمثلة في الكتابة لإثباتها فقط متى كانت ضرورية لهذا الإثبات سواء كانت رسمية أم عرفية وفقاً لما سبق ذكره، ذلك لأنّ الرضائية ليست من النظام العام، و من ثمّ يمكن للمتعاقدين (المقاول الأصلي - و المقاول من الباطن) أن يتّفقا على خلافها، فيقرّرا إبرام العقد في شكل معيّن<sup>(2)</sup>.

و في هذه الحالة لا تتعقد المقاولة من الباطن، إلا إذا أفرغ في الشكل الذي حدّده المتعاقدان، و بذلك تتقلب المقاولة من الباطن إلى عقد شكلي بعدما كانت رضائية، لذلك فالشكلية هنا اتّفاقية، و هذا هو

<sup>1</sup> - محمد كامل مرسي، العقود المسماة، ج04، الطبعة الأولى 1953، دار نشر الجامعات المصرية، ص530.

<sup>2</sup> - بجاوي المدني، المقاولة من الباطن، المرجع السابق، ص42. أنظر أيضاً:

الأفضل للطرفين، حتى إذا حدثت منازعة بينهما، أمكن الرجوع إلى العقد الكتابي لإثبات الحقوق و التزامات الطرفين.

## 2- المقابلة من الباطن عقد تبادلي:

لكونها من العقود الملزمة للجانبين، لأنه بمجرد إبرام العقد، تترتب التزامات على عاتق كل طرف فيها أي التزامات تبادلية بحيث يتعهد المفاوض من الباطن بأن يصنع شيئاً و يقوم بأعمال البناء الموكلة أصلاً للمفاوض الأصلي، لقاء أن يتعهد هذا الأخير بالوفاء بأجر أو بدل المقابلة<sup>(1)</sup>. ويترتب على ذلك، أنه إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته كلها أو جزء منها، يحق للطرف الآخر بعد إعداره، أن يطالب بفسخ العقد كما أنه يحق لأي منهما أن يتمسك في مواجهة الآخر بالدفع بعدم التنفيذ متى توافرت شروط ذلك.

فالتزامات الطرفين متبادلة في المقابلة من الباطن، لكون العمل المؤدى من طرف المفاوض من الباطن، يقابله بدل أو أجر لذلك، وحتى إذا لم يحدد مقدار البدل، فلا يعتبر العمل تبرعاً، وفي هذه الحالة فإن القانون هو الذي يتكفل بتحديدده. أما إذا ثبت أن المفاوض من الباطن قدم عمله بدون عوض أو بعوض رمزي، فنكون أمام خدمة مجانية أو عقد تبرع من جانب المفاوض من الباطن.

## 3- المقابلة من الباطن عقد تابع للمقابلة الأصلية:

يجب أن تكون المقابلة من الباطن مسبقة بعقد مقابلة البناء الأصلي، والمبرم بين رب العمل باعتباره صاحب المشروع، والمتعاقد الأصلي. و بالتالي إذا لم يكن العقد السابق مقابلة، فإن عقد المقابلة اللاحق يعدّ عقداً أصلياً وليس من الباطن، مع التذكير أن الأسبقية لا تتعلق إلا بتاريخ إبرام العقد، أما التنفيذ فقد يكون هناك تعاصر بينهما.

وبناء على ذلك، فإذا اقتصر التزام المدين في العقد الأول على مجرد التعهد بالحصول على موافقة المفاوض على التعاقد مع رب العمل، فإن نجاح في تنفيذنا التزم به، وهو التزم بتحقيق نتيجة، فإن عقد المقابلة التالي يكون عقداً أصلياً مع صاحب العمل<sup>(2)</sup>. ويضاف إلى ما ذكر مسبقاً، أنه لا بد أن يكون التزام المفاوض الأصلي عبارة عن التزام عقدي ناشيء عن عقد المقابلة، أما إذا كان مصدره القانون أو

<sup>1</sup>-السنهوري، ج07، المرجع السابق، ص275.

<sup>2</sup>-غازي خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص23.

اشتراط لمصلحة الغير<sup>(1)</sup>، فإنَّ العقد الذي يبرمه فيما بعد تنفيذًا لذلك الالتزام أو الاشتراط، هو عقد مقاوله أصلية.

#### 4- استقلالية المقاول من الباطن في تنفيذ عمله:

إنَّ أبرز ما يميّز المقاوله من الباطن، أنَّ المقاول من الباطن مستقلّ في تنفيذ عمله ولا يخضع في ذلك لإشراف ورقابة من جانب المقاول الأصلي، لذلك فهو يؤدي عمله دون تدخل هذا الأخير، في تحديد كيفية التنفيذ أو في اختيار الوسائل أو الأدوات اللازمة لهذا التنفيذ. لذلك فمن المقرّر فقها وقضاء أنَّ ما يميّز المقاوله من الباطن عن عقد العمل، هو علاقة التبعية بين العامل ورب العمل. فإذا كان لرب العمل (أي المقاول الأصلي) حقّ الإشراف والتوجيه بخصوص ما يؤدي لحسابه و باسمه من خدمات والتي تتجسد في البناء والتشييد، فإنَّ العلاقة تكيف على أنّها عقد عمل وليست مقاوله من الباطن<sup>(2)</sup>. أمّا إذا أخذ العامل (المقاول من الباطن) العمل تحت مسؤوليته من غير أن تكون عليه رقابة من جانب رب العمل (المقاول الأصلي)، فإنّه يصبح مقاولًا من الباطن.

يتّضح من ذلك أنَّ المقاوله من الباطن تختلف عن عقد العمل في توفر عنصر التبعية في عقد العمل و افتقار الأولى لهذا العنصر، ويشترك العقدان في عنصر العمل فقط، وفي العوض (البدل) والذي يسمّى اجرا في عقد العمل<sup>(3)</sup>. غير أنّ استقلال المقاول من الباطن في عمله لا يمنع من أن تمنح وتعطى له بعض الإرشادات والتعليقات من المقاول الأصلي، فهذا الأخير هو الذي قدّم للمقاول من الباطن التصميم الذي استلمه من صاحب المشروع ومختلف المقاييسات، وذلك قصد تنفيذه بنفسه أو بواسطة غيره.

لذلك يقوم المقاول الأصلي برقابة المقاول من الباطن أثناء التنفيذ ودون أن يفقد استقلاله من العمل. لذلك للمقاول الأصلي حقّ الاعتراض على استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات أو استخدام عمال أو فنيين لا تتوافر فيهم الخبرة و الكفاءة المطلوبتين، وذلك قصد ضمان حسن تنفيذ أشغال وأعمال البناء، وإعطاء الحماية بالدرجة الأولى لرب العمل الأصلي<sup>(4)</sup>، إذ أنّ المقاول الأصلي ملزم بضمان تلك الأعمال

<sup>1</sup>- بخصوص أحكام الاشتراط لمصلحة الغير من حيث الشّروط و الآثار، أنظر، محمد السّعدي صبري، المرجع السّابق، ص333 و ما يليها.

<sup>2</sup>- VALENTIN( George ), op-cit.p18.

<sup>3</sup>-بجاوي المدني، التّفرة بين عقد المقاوله وعقد العمل، المرجع السّابق، ص35.

<sup>4</sup>-غازي خالد أبو عربي، المرجع السّابق، ص25.

من حيث حسن الإنجاز، ووفقا لقواعد المسؤولية الخاصة بالبناءات و الإنشاءات والمعروفة باسم "الضمان العشري"، و الذي سنتطرق إليه لاحقا ضمان المبحث الثاني من الفصل الثاني من الدراسة.

وتتوجب الإشارة إلى أنّ مسألة تقدير توافر عنصر الاستقلال لدى المقاول من الباطن من عدمه تخضع لتقدير قاضي الموضوع من خلال تكييف العلاقة العقدية بين الطرفين، بحيث إذا تبين له من خلالها بوجود رابطة التبعية والخضوع في أداء العمل، فإنّ العلاقة تكيف على أنّها عقد عمل و ليست مقاوله من الباطن<sup>(1)</sup>.

### 5-المقاوله من الباطن من العقود التي ترد على العمل:

إذ أنّها تأخذ هذه الخاصية قياسا على المقاوله الأصلية التي ترد-كمبدأ عام-على القيام بالأعمال المادية، وذلك من خلال صناعة الأشياء أو تأدية الأعمال، كالإنجازات التي يقوم بها القائم والمشرف على التنفيذ.وفي ضوء ذلك، يمكن القول أن ما يشترط في محلّ المقاوله الأصلي من أعمل البناء والتشييد، فإنّه يشترط أيضا في عقد المقاوله من الباطن، حتّى وإن كانت جزءا منها، كأعمال التّرصيص أو الحدادة أو النّجارة أو إلى غير ذلك من الأعمال.

فالمحلّ في هذا العقد يتعلّق بعمل معيّن من الأعمال المعهود بها للمقاول الأصلي ولا يكون في كافة الأحوال محلّه التزاما بإعطاء شيء، ويجوز أن يتعهد المقاول من الباطن بتقديم المادّة التي يصنع منها الشّيء، و لكن يجب أن يبقى قصد المتعاقدين ليس إلّا التّزام بصنع دون نقل ملكية المواد أو ملكية المواد بعد الصّنع<sup>(2)</sup>. قد أجاز المشرّع الجزائري صراحة في المادّة 552 من ق.م.ج، للمقاول أن يتعهد بتقديم المادّة التي ينجز من خلالها المنشآت المعهودة إليه، دون أن يمنع ذلك اعتبار العقد مقاوله بناء.

### الفرع الثاني- تمييز المقاوله من الباطن عن العمليات العقدية الملتبسة بها:

على اعتبار المقاوله الفرعية أحد أساليب الفن التّعاقدي التي سمح بها القانون، فإنّها أحيانا قد تلتبس بغيرها من العمليات العقدية المشابهة لها، ومن ثمّ تتوجب علينا إجراء تمييز بينهما، وذلك قصد تقادي وقوع الخلط في تطبيق الأحكام القانونية النّاطمة لكلّ حالة على حدى<sup>(3)</sup>. ولعلّ أنّ أبرز تلك العمليات تتجلى في التنازل عن العقد وكذا مجموعة العقود(في حالة التّعدد)، وكذا العقود المكتملة، وتكون التّفرقة كالتّالي:

<sup>1</sup>-بجاوي المدني، المرجع السابق، ص36.

<sup>2</sup>-ALIN (Benabent),op-cit,p 22.

<sup>3</sup>-غازي خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص26.

## أولاً- تمييز المقاولة من الباطن عن التنازل عن العقد:

إذ أنّ مردّ هذا اللبس والتداخل بين الحالتين راجع لكون المقاولة الفرعية تتضمن هي أيضا تنازلا عن العقد لذلك يجب علينا الإشارة أولا إلى المقصود بالتنازل عن العقد، ثم اعتماد معايير للتمييز:

### 1- مفهوم التنازل عن العقد:

على غرار القوانين الأجنبية التي اهتمت به، و منها القانون الإيطالي الذي نصّ على التنازل عن العقد بموجب القانون الصادر سنة 1942، وكذا القانون البرتغالي الصادر سنة 1966. فإنّ هذا التنازل لازال مبهما وغير محدّد المعالم في القوانين المدنية العربية.

وهذا التنازل: " هو اتفاق بموجبه يتنازل المتنازل إلى المتنازل له عن مركزه التعاقدية بكلّ ما يترتب على ذلك من حقوق والتزامات وكافة الآثار القانونية". لذلك يتبين لنا أنّ هذا التنازل ماهو سوى عقد متعدّد الأطراف ولا يقتصر على طرفين فقط، وهو ما دعا غالبية الفقه<sup>(1)</sup> بداية إلى اعتبار التنازل هو حوالة حق ودين في ذات الوقت، لأنّ المتنازل يحيل حقوقه الناشئة بموجب العقد إلى المحال إليه، و حوالة دين، لأنّه يحيل أيضا ديونه إلى المحال إليه أيضا، وينتج عن ذلك خروج المتنازل من العقد ويحلّ محلّه المتنازل له<sup>(2)</sup>. و من ثمّ فإنّ المقاولة من الباطن تشبه التنازل عن العقد، وخصوصا إذا شملت الأولى تنفيذ كل الإنجاز الذي يعهد به للمقاول الأصلي، لأنّ ذلك جائز قانونا عملا بأحكام المادة 564 منق.م.ج ، إذ تنصّ على ما يلي: " يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه الى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءاته الشخصية . ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل ". أمّا التنازل عن العقد، فيعني تغيير صفة أحد المتعاقدين(و نخص بالذكر المقاول) من خلال نقل مركزه القانوني إلى المتنازل له، أو حلول هذا الأخير محلّ المتنازل.

وبذلك يستخلص بأنّ التنازل عن العقد في الحقيقة يتضمّن حوالة الحق أو حوالة الدين إلى المتنازل له، مع الإشارة الى أنّ هذه الأخيرة تشترط موافقة الدائن(أي رب العمل)، لذلك فإنّ التنازل عن المقاولة خلافا للمقاولة الفرعية غير جائز -كأصل عام- إلاّ بموافقة صريحة من رب العمل صراحة أو ضمنا

<sup>1</sup>-السنهوري، ج07، المرجع السابق، ص234. أنظر، أيضا، محمد السّدي صبري، المرجع السابق، ص156.

<sup>2</sup>-غير أنّ هذا التكييف للتنازل عن العقد انتقد من طرف الفقه الحديث في فرنسا لاسيما (Mousseron-jean micheal) لأنّ القانون الفرنسي لا يعرف حوالة الدين، و صرح أنّ التنازل هو مجرد نقل للمركز التعاقدية من المتنازل إلى المتنازل له بكلّ ما يتضمّنه من حقوق و التزامات. غازي خالد أبو عربي، المرجع السابق، ص28.

إضافة إلى وجود عقدين متتابعين في إطار المقابلة الفرعية على خلاف التنازل عن العقد، إذ نكون دائماً بصدد عقد واحد. و لعلّ أنّ مردّ ذلك راجع لكون المقابلة من الباطن، عبارة عن تصرّف منشئ (act créateur)، فإنّ التنازل عن العقد ليس إلّا مجرد تصرّف ناقل (acte translatif)، لأنّه يؤدي إلى نشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له و الطرف الآخر في العقد المتنازل عنه، و يسمّى التنازل لديه (صاحب العمل)<sup>(1)</sup>.

و بما أنّ التنازل عن العقد عبارة عن اتّفاق، لذلك يشترط لصحّته ما يشترط لصحّة أيّ اتّفاق، و هي الشّروط العامّة التي يجب توافرها في أيّ تصرّف قانوني حتّى ينعقد، إضافة إلى ذلك، فإنّ هناك شروط خاصة للتنازل عن العقد تتمثّل فيمايلي:

#### أ- الشرط الأوّل-أن لا يكون العقد المتنازل عنه من عقود الاعتبار الشخصي:

لا يجوز للمقاول الأصلي التنازل عن عقد المقابلة إلى مقاول آخر لتنفيذه إذا كانت شخصيته محلّ اعتبار، لأنّه لو كانت كذلك لما كان التنازل عن العقد صحيحاً، إلّا بموافقة صاحب العمل. ويتحقّق ذلك عندما يتبيّن بأنّ طبيعة العمل المتفق عليه في عقد المقابلة عهد به للمقاول الأصلي بسبب كفاءته وسمعته الأمر الذي يستلزم قيام المقاول الأصلي بنفسه بإنجازه، و لا يجوز له بالتالي أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر<sup>(2)</sup>.

#### ب- الشرط الثّاني-أن لا يكون العقد قد تمّ تنفيذه:

التنازل عن العقد يهدف إلى تنفيذه بواسطة شخص آخر، فإذا كانت هذه الغاية قد تحقّقت بواسطة المقاول الأصلي، حينئذ يصبح الحلّول غير ذي معنى. ولا يشترط الحصول على رضی المتنازل لديه (رب العمل) لصحّة اتّفاق التنازل، لأنّ هذا الاتّفاق-كما ذكر مسبقاً-يتمّ بين المتنازل و المتنازل له، و بالتالي فولا يشترط الحصول على رضی المتنازل لديه (رب العمل) لصحّة اتّفاق التنازل، لأنّ هذا الاتّفاق-كما ذكر مسبقاً-يتمّ بين المتنازل و المتنازل له.

1- مصطفى عبد السيّد الجارجي، عقد المقابلة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين، المصري و الفرنسي، الطبعة الأولى دار النهضة العربية 1978، ص 26.

2- غاري خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص 29.

وبالتالي، فإنّ المتنازل لديه ليس طرفا في اتفاق المتنازل، و رغم ذلك فإنّ هذا التنازل ينشيء علاقة مباشرة بين المتنازل له و المتنازل لديه، لذلك يشترط لنفاذ التنازل أن يعلم الاخير بهذا التنازل. و لكن هل يتطلب موافقته لصحة التنازل؟<sup>(1)</sup>.

فمجرد إعلان المتنازل لديه (صاحب العمل) بالتنازل لا يكفي إلا في نقل حقوق المتنازل قبل المتنازل لديه، أما نقل الالتزامات، فإنّ ذلك يقتضي إقرار المتنازل لديه (أي موافقته)، وهذا ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة المقررة في حوالة الدين و المنصوص عليها في المواد 251 وما يليها من ق.م.ج. ولا يشترط أن يكون قبول المتنازل لديه وقت التنازل عن العقد، فقد يكون قبل ذلك، كان يعطي المتنازل لديه رضاه عن التنازل في العقد المتنازل عنه<sup>(2)</sup>. ولا يشترط أن يكون هذا الرضى وقت إبرام اتفاق التنازل، فقد يكون سابقا عليه، و قد يصدر رضاه التنازل لديه في العقد محل التنازل أو في اتفاق لاحق.

## 2-معايير التمييز بين المقابلة من الباطن والتنازل عن العقد:

تتماثل المقابلة من الباطن مع التنازل عن العقد، ومع ذلك فإنّ المعيار الأساسي للفرقة بين التنازل عن العقد والمقابلة من الباطن يكمن في النظر إلى إرادة الطرف القائم بعملية التنازل أو المقاول من الباطن. ففي التنازل عن عقد المقابلة تتجه إرادة المقاول المتنازل للخروج من العملية العقدية برمتها، فهو يرغب في ترك الإطار التعاقدية بما له من حقوق وما عليه من التزامات إلى المتنازل له<sup>(3)</sup>. ويتحقق ذلك من الناحية العملية، في كلّ حالة يتكفل المقاول من الباطن القيام بجميع الأعمال التي يتطلبها تنفيذ العقد دون أن يكون هناك تواجد للمقاول الأصلي. أما إذا كان هذا الآخر متواجدا في موقع العمل ويحتفظ على الأقل بدروه في الرقابة والإشراف على التنفيذ في موقع العمل، فإننا نكون بصدد مقابلة من الباطن.

لذلك قد تلتبس المقابلة الفرعية عن المقابلة المشتركة (L'entreprise collective)، والتي من خلالها يلتزم مجموعة من المقاولين في تخصصات مهنية مختلفة قصد تنفيذ، وبصورة جماعية وتحت صفة متساوية بإنجاز نفس العمل، وبموجب عقد واحد مع رب العمل. وفي هذه الحالات، فإنّ المقاول المشارك في التنفيذ يعدّ مقاولا أصليا في علاقاته مع رب العمل.

<sup>1</sup>-غازي خالد أبو عرابي، نفس المرجع، ص30.

<sup>2</sup>-محمد السعدي صبري، المرجع السابق، ص312.

<sup>3</sup>- حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2002، ص43.

إلا أنّ ذلك لا يمنع المفاولين من تعيين أحدهم لتمثيلهم في علاقاتهم مع المتعاقد الآخر، و يدعى بالمقاول الرئيسي<sup>(1)</sup>. غير أنّ الفارق بين الصّورتين جوهري من حيث أنّه وفي المقاولة الفرعية، لا توجد علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي عكس المقاولة المشتركة، إضافة إلى إمكانية تطبيق أحكام الضمان العشري (والتي سيأتي الحديث عنها لاحقاً)، والتي تستبعد أحكامه بخصوص المقاولة الفرعية، بينما تطبق في المقاولة المشتركة على اعتبار أنّ المفاولين كلّهم أصليين، ومباشرون في مواجهة رب العمل. و تبعاً لذلك تتحدّد لنا أبرز الفروق الجوهرية بين الحالتين:

أ- التنازل عن المقاولة يخرج المقاول المتنازل من العملية العقدية بصورة نهائية، ولا يكون له شأن في تنفيذ عقد المقاولة المتنازل عنه، إذ تنشأ علاقة مباشرة بين المقاول المتنازل له وبين صاحب العمل (صاحب المشروع). وعلى نقيض ذلك، في المقاولة من الباطن يبقى المقاول الأصلي موجوداً في العملية العقدية ولا يخرج منها بمجرد تعاقد من الباطن، و يظلّ ملتزماً في مواجهة رب العمل بتنفيذ التزاماته ومحافظاً بحقوقه حتّى و لو كان التّعاقد من الباطن يهدف إلى تنفيذ العقد بأكمله. وهكذا يبقى المقاول الأصلي الطرف المشترك بين المقاولة الأصلية والمقاولة من الباطن<sup>(2)</sup>.

ب- التنازل عن عقد المقاولة لا يترتّب عليه سوى تغيير في أطراف العلاقة القانونية القائمة دون حدوث تغيير في الالتزامات الناشئة عن العقد، أمّا عقد المقاولة من الباطن، فهو بمثابة عقد جديد يضاف إلى عقد المقاولة الأصلي، والاختلاف الوحيد بينهما من حيث المضمون فقط.

ج- في المقاولة من الباطن، فإنّ الحقوق والالتزامات تخضع لإرادة الأطراف، بحيث لهم مطلق الحرية في تحديدها (المقاول الأصلي-المقاول من الباطن)، شريطة أن لا تتجاوز حدود العقد الأصلي، بينما في التنازل عن العقد، فإنّ تلك الحقوق و الالتزامات محدّدة في العقد المتنازل عنه. و مفاد هذه التّفرقة، أن الأساس الوحيد لتحديد ما إذا كانت العملية القانونية مقاولة من الباطن أو تنازلاً عن العقد، يجب الرجوع إلى إرادة المتعاقد الوسيط، فإذا كان يرغب في ترك العملية العقدية برمتها كئنا بصدد تنازل عن العقد، أمّا إذا كان يريد البقاء في العملية العقدية مع تكليف الغير بالتنفيذ، و يبقى متواجداً حتّى ولو اقتصر دوره على الرّقابة و الإشراف على تنفيذ العقد، كئنا بصدد مقاولة من الباطن.

1- أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 47.

2- حسن حسين البراوي، التّعاقد من الباطن، دار النّهضة العربية، القاهرة، طبعة 2002، ص 44.

## ثانياً-تمييز المقابلة من الباطن عن حالة تعدد العقود و العقود المكتملة:

إذا كانت المقابلة من الباطن: " عقد الذي يعهد بمقتضاه المقاول بتنفيذ كلّ أو جزء من العمل المسند إليه من جانب صاحب المشروع إلى مقاول آخر في مقابل أجر ودون أن يخضع هذا الأخير لإشراف أو إدارة المقاول الأصلي".

في هذه الحالة، فإنّ المقاولات الفرعية المبرمة و المنبثقة عن العقد الأصلي، تشبه إلى حدّ ما مجموعات العقود المبرمة والتي تطلق عليها تسمية (Les groupes des contrats) والتي تبرم لتلبية حاجات الأشخاص المعنيين، والتي تعرف بأنّها إبرام عدّة اتفاقيات حول محل واحد، و التي دفعت المتعاملين الاقتصاديين إلى استخدام هذه الوسيلة لتنفيذ هذه العمليات<sup>(1)</sup>.

كما أنّها من جهة أخرى قد تلتبس بما يسمّى بالعقود المكتملة، وهي مجموعة العقود التي تكمل بعضها البعض، لذلك يتوجّب علينا التمييز بينهما وفقاً لما يلي:

### 1- تمييز المقابلة من الباطن عن تعدد العقود:

ومن خلال هذا العنصر، نتطرّق إلى المقصود بحالة تعدد العقود، ثمّ إلى أسس ومعايير التفرقة بينها وبين المقابلة من الباطن وفقاً لما يلي:

#### أ- المقصود بتعدد العقود:

يقصد بتعدد العقود أن يبرم أحد الأشخاص عدّة عقود مع عدّة أشخاص قصد تقديم عدّة أعمال و آداءات، تهدف إلى تحقيق مبتغى وهدف مشترك. وأهمّ ما يميّز هذه الحالة أنّها تنشئ علاقات مباشرة بين المتعاقد الأصلي من ناحية وكافة المتعاقدين معه في المجموعة العقدية من ناحية أخرى. كما أنّها تتميز بأنّها تبرم في وقت واحد، أي تتزامن في الوجود<sup>(2)</sup>. ومن أهمّ التطبيقات العملية لتعدد العقود، المقابلة الاقترانية، والتي يقصد بها أن يلجأ رب العمل باعتباره صاحب المشروع إلى التعاقد مع مجموعة من المقاولين كلّ على حدى، وذلك قصد القيام بعمل معيّن في إطار تخصص كلّ واحد منهم، وغالباً ما يتحقّق ذلك في المباني والمنشآت الضخمة والتي تستلزم تظافر الجهود والتخصّص. لذلك يتعاقد صاحب المشروع مع مقاول قصد وضع الأساسات، وآخر للحدادة والتجارة، والتركيبات الكهربائية، وكذا الاسمنت المسلّح، بالإضافة إلى الزخرفة والطلاء...إلى غير ذلك من التخصّصات المندرجة ضمن التشييد والبناء. ويلاحظ

<sup>1</sup>-حسن حسين البراوي، المرجع السابق، ص63.

<sup>2</sup>-غازي خالد أبو عربي، المرجع السابق، ص34.

على هذه الصورة من صور التعاقد، أتهدف إلى تحقيق هدف واحد مشترك، وهو تشييد البناء في وقت محدد، ولا يهم القول بوجود تضامن بين المقاولين أم أن كل واحد منهم مسؤول على ما يقدمه من إنجاز لفائدة رب العمل، ومرد ذلك أن علاقة هذا الأخير تبقى قائمة بكلّ مقاول ويحكمها العقد الخاص المبرم بينهما (عملية ثنائية)<sup>(1)</sup>.

#### ب-أسس التفرقة بين تعدد العقود و المقاوله من الباطن:

بناء على ما تقدم من خلال التطرق إلى المقصود بتعدد العقود، يتضح لنا أن هناك اختلافات جوهرية بين تعدد العقود، وما يترتب على هذه العملية العقدية وبين المقاوله من الباطن، وتتجلى تلك الاختلافات فيما يلي:

✓ -في تعدد العقود، فإنّ التعاقد يتم مباشرة بين صاحب المشروع و كلّ مقاول متخصص وبالتالي لا يحلّ أيّ من المتعاقدين محلّ الآخر في تنفيذ العقد، بينما في المقاوله من الباطن توجد فكرة الإنابة بحيث ينيب المقاول الأصلي، شخصا من الغير (المقاول من الباطن) قصد تنفيذ الأعمال المعهودة إليه من رب العمل.

✓ -في تعدد العقود، تنشأ علاقة مباشرة بين المتعاقدين الأصلي و كلّ واحد من المشاركين في العملية العقدية، لذلك يرجع كلّ منهما على الآخر بصورة مباشرة، و ذلك استنادا إلى العقد المبرم بينهما. أمّا في المقاوله من الباطن، فلا توجد علاقة مباشرة بين صاحب العمل و المقاول من الباطن إلا إذا أحاله المقاول الأصلي عليه.

✓ -في تعدد العقود، قد يوجد تزامن في إنشاء أو إيجادها بحيث تفصل بين العقد و الآخر مدد زمنية، أو أنّها قد توجد جميعها في وقت لاحق. بينما في المقاوله من الباطن، فإنّه في كلّ الأحوال تسبق المقاوله الأصلية، الفرعية من حيث الإنشاء<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة-حسب رأينا- إلى أنّه لهذه التفرقة بين تعدد العقود و المقاوله من الباطن، فوائد عديدة أبرزها: تحمّل الالتزامات بصورة مباشرة و بالنظر إلى أساسها القانوني، بالإضافة إلى أنّ المقاول من الباطن لا يتحمّل المسؤولية الخاصة الناشئة عن المباني، تأسيسا على عدم وجود عقد يربطه مباشرة مع رب العمل، و ذلك على نقيض تعدد العقود، أين يتحمّل كلّ مقاول الضمان المعماري المنصوص عليه في

<sup>1</sup>-غازي خالد أبو عرابي، نفس المرجع، ص35.

<sup>2</sup>-البرّاوي، المرجع السابق، ص56.

المادة 554 من ق.م.ج، لتعاقده بصورة مباشرة مع صاحب المشروع، وهو ما سيتم تفصيله لاحقا من خلال المبحث الثاني من الفصل الثاني.

## 2- التمييز بين المقاولة من الباطن و العقود المكتملة:

يقصد بالعقود المكتملة، تلك العقود التي يكون فيها العقد التالي مكتملا للعقد السابق له، فهي مجموعة العقود التي يلعب فيها دائما العقد الأول دورا أساسيا، لأنه شرط لوجود العقد الثاني و يظل الثاني تابعا للأول أو مكتملا له. لذلك يستخلص أن وجه التشابه بين العقود المكتملة و المقاولة من الباطن، يكمن في وجود عقدين، و رغم ذلك هناك فرق جوهري بينهما، يمكن الإشارة إليه من خلال التمييز بين الحالتين التاليتين<sup>(1)</sup>:

### أ- الحالة الأولى- العقد الثاني يبرم بين نفس أطراف العقد الأول.

وفي هذه الحالة يوجد عقدان، الثاني يكمل الأول و يبرم بين نفس الأطراف. ولعلّ المثال العملي على ذلك حالة إبرام عقد مقاولة بين صاحب المشروع مع مقاول في مجال البناء، وذلك قصد تجسيد لمشروعه المعماري في أرض الواقع من خلال اتفاقهما على كيفية وأجال الإنجاز، وفي ذات الوقت يكون المقاول بائعا للمواد اللازمة للتشييد، فيغتنم صاحب المشروع الفرصة، مبرما عقد بيع لتلك المواد ثانيا مع نفس المقاول. والواضح ممّا تقدّم، أنّه لا يمكن اعتبار العقد الثاني مقاولة من الباطن، وذلك لسببين هما:

✓ -الأول: راجع إلى اختلاف الطبيعة القانونية بين العقدين، فالعقد الأول يكيّف على أنّه مقاولة، أمّا العقد الثاني فيعدّ عقد بيع، وتسري عليه أحكام خاصة من حيث ضمان العيوب، و سائر الأحكام المترتبة عن البيع.

✓ -الثاني: أنّ العقد الثاني يبرم بين نفس أطراف العقد الأول، و لم يتدخّل أيّ شخص آخر من الغير في العملية العقدية، و ذلك على خلاف المقاولة من الباطن، حيث يتدخّل شخص من الغير(المقاول الفرعي)لكي يتعاقد مع المقاول الأصلي، و هو متعاقد مشترك بين صاحب العمل و المقاول من الباطن.

### ب- الحالة الثانية- العقد المكتمل يبرم بين أحد أطراف العقد الأصلي و الغير:

في هذه الحالة، يبرم العقد الثاني بين أحد أطراف العقد الأصلي والغير، ولعلّ التشابه كبير في هذه الحالة بين العقد المكتمل والمقاولة من الباطن، وذلك على أساس أن أطراف العقد الثاني مختلفين عن

<sup>1</sup>-Nerét(J),le sous-contrat ,L.G.D.J.1979.P70.

أطراف العقد الأول. ويتحقق ذلك عند إبرام عقد معاولة بناء بين صاحب المشروع والمقاول، ويلجأ هذا الأخير قصد تنفيذ الأعمال المسندة إليه إلى إبرام عقد/ عقود عمل مع عدد من العمال. وفي هذه الحالة يعدّ عقد العمل مكملاً لعقد المعاولة، ورغم أن أطراف العقد الثاني مختلفون عن أطراف العقد الأول، إلا أنه لا يعتبر معاولة من الباطن، وذلك لاختلاف الطبيعة القانونية للعقدين، لكون الأول يعدّ معاولة والثاني يعدّ عمل<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث- الطبيعة القانونية للمعاولة من الباطن:

تعدّ المعاولة الفرعية بمفهومها الوارد في ق.م.ج ، صورة تطبيقية لمفهوم العقد من الباطن، و بذلك يكون وجود هذا العقد مرتبط بشكل أساسي بوجود عقد معاولة سابق له، ليتبعه من عدّة جوانب نظرا لاشتراكهما في محلّ واحد. ومع ذلك فإنّ تبعية عقد المعاولة الفرعية لعقد المعاولة الأصلية، لا تنفّ تمثّع الأول ببعض الاستقلالية ممّا يجعل المعاولة الفرعية عقدا يتصف في آن واحد بالتبعية و الاستقلالية، و إن كانت صفتين متناقضتين إلا أنّه لكل منها مجالها الخاص بها<sup>(2)</sup>.

و لتبيان ذلك و التوسع فيه أكثر من خلال الفرعين التالين، نتناول في الأول عقد المعاولة الفرعية باعتباره عقدا من الباطن، أي أنّه امتداد للمعاولة الأصلية. في حين نتطرّق بموجب الفرع الثاني إلى دراسة عقد المعاولة الفرعية باعتباره عقدا مستقلاً ومتميّزاً، و قائماً في حدّ ذاته.

### أولاً- المعاولة الفرعية عقد من الباطن:

ومفاد ذلك، أنّها تابعة للعقد الأصلي المبرم بين المقاول الأصلي ورب العمل. وقد عرّف الأستاذ أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقد من الباطن على أنّه: "كلّ ما كان تابعا لعقد أصلي وجد قبله". وذلك على عكس العقد الأصلي، والذي عرّفه بأنّه: "ما كان مستقلا في وجوده وغير تابع لعقد آخر".

ويضيف بأنّ العقد الأصلي له وجود مستقل، أمّا العقد التبعي، فإنّه يتبع في وجوده العقد الأصلي والذي يستند إليه فيكون صحيحا أو باطلا ويبقى أو ينقضي تبعا للعقد الأصلي<sup>(3)</sup> وعلى هذا الأساس يعتبر الفقيه Nerét بأنّ التّعاقّد من الباطن يتطلّب على الأقل وجود ثلاثة أشخاص وعقدين اثنين، عقد

<sup>1</sup>- Nerét(J),op-cit,p71.

<sup>2</sup>- مصطفى عبد السيّد الجارحي، عقد المعاولة من الباطن، المرجع السابق، ص28.

<sup>3</sup>-أحمد عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، بيروت دار إحياء التراث العربي ، ص143.

أصلي قائم بين رب العمل والمقاول الأصلي وعقد ثاني يكون تابعا له ويكون بين المقاول الأصلي والفرعي، والذي بمتفضاه يتم إحلال هذا الأخير محلّ الأول إما في تنفيذ العقد الأصلي أو في منفعته<sup>(1)</sup>. وهو ما يحدث في مقاولات البناء حيث تسند بعض مهام الإنجاز والتشييد إلى المقاول الفرعي، ومن ثمّ يضاف إلى المتعاقدين الأصليين، متعاقد آخر يدعى بالمقاول الفرعي. غير أنّ اعتبار المقاولة الفرعية عقدا من الباطن متوقّف على جملة من الشّروط الواجبة التوفر فيها وتتمثّل على وجه الخصوص فيما يلي:

### 1-شروط اعتبار المقاولة عقدا من الباطن:

و تتمثّل هذه الشروط على وجه الخصوص في اشتراط تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي من جهة وكذا ضرورة موافقة المتعاقد الأصلي مع المقاول الأصلي، لتعاقد هذا الأخير من الباطن و ذلك كما يلي:

#### أ-أن يكون العقد من الباطن لاحقا للعقد الأصلي:

وهذا الشّروط بحد ذاته هو الذي يضيفي التّبعية التي تجمع العقدين، فلا وجود للمقاولة الفرعية في غياب الأصلية، وإن كان ذلك يستلزم ما يلي:

#### ✓ -وجود عقد أصلي سابق:

والذي يتمثّل في عقد مقاولة البناء الأصلي والمبرم بين المقاول ورب العمل، ويكل الشّروط القانونية وذلك حتّى ينتج آثاره القانونية بالنسبة للطرفين، وعلى وجه التحديد وجود التّراضي والمحل والسبب، والشكّلية إن اقتضى الأمر-كما سبقت الإشارة إليه-<sup>(2)</sup>.

بالتّالي فلا وجود لعقد من الباطن في غياب العقد الأصلي كون هذا الأخير هو السبب في ميلاد المقاولة الفرعية، حتّى وإن كان من الضّروري أن تستوفي المقاولة الفرعية كلّ الشّروط القانونية التي تقتضيها القواعد العامة للتّعاقد، إلّا أنّ الإرادة هنا غير قادرة على إيجاد العقد من الباطن أو المقاولة الفرعية أي أنّ الأسبقية في الانعقاد، تكون وجوبا للعقد الأصلي.

1-Jean (néret), le sous-contrat , LGDJ ,1979,n°05,p09.

2- يرى الفقيه Teyssie بأنّ التّبعية بين العقدين تتحقّق عندما يكون عقد ما ناتج عن عقد آخر، أو مخصّص لتنفيذه لهذا يوجد نوعين من عقود التّبعية -حسب رأيه- :نوع يشمل العقد المخصّص لخدمة العقد الأصلي، فيتحدان في الغرض و يختلفان في الطّبيعة القانونية.و نوع آخر يكون فيه العقد الثاني ناتجا عن العقد الأصلي، فيشتركان عندئذ في الطّبيعة و لكن يكون لكل واحد منهما هدف خاص به. أنظر في هذا الصّدّد:

-Bernard (Teyssie), les groupes des contrats, LGDJ ,paris 1975,N°15,p 08 et suite .

لكن ورغم ذلك لا يشترط أن تكون له الأسبقية في التنفيذ، فيجوز أن يشرع في تنفيذ العقد الأصلي قبل إبرام العقد من الباطن، شريطة أن لا يتمّ التنفيذ كلية و الانتهاء من المشروع و تسليمه لربّ العمل. وتبعا لذلك فإنّ المقاول الفرعية لا وجود لها إذا ما تمّ تسليم المشروع بعد تمام مقاول البناء من إنجاز المنشأة المعمارية و الانتهاء منها<sup>(1)</sup>.

#### ✓ - أن يلي العقد من الباطن العقد الأصلي:

والعكس غير صحيح ذلك لأنّ التّبعية هنا تكون من حيث وحدة الالتزام ووحدة المحل ولاسيما في مقاولات البناء. هذا منطقي طالما أنّ المقاول الأصلي يتعاقد بموجب مقاوله بناء مع صاحب المشروع، وذلك قصد بناء و تشييد بمفهومه الواسع، فمن الضّروري أن ينصب عمل المقاول الفرعي على ذلك.

ويترتب على تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي، تشابه المراكز الأطراف في العقدين، لكون التزامات و حقوق الطرفين للعقد من الباطن مشابهة لالتزامات و حقوق طرفي العقد الأصلي، و معنى ذلك في اعتقادنا، أنّ المقاول الفرعية قد تشمل أعمال البناء بصورة عامة، و ذلك حسب مفهوم البناء المعتمد و السالف الذّكر. فقد تبرم مقاوله فرعية منصبة على أعمال الإسمنت المسلّح، أو أعمال الحدادة أو النجارة أو حتّى الأعمال الصّحية.....الخ.

إضافة إلى طبيعة الالتزامات المتولّدة عن العقدين و المتّحدة مبدئيا من حيث الطبيعة القانونية، وهذا راجع أساسا إلى وحدة المحل بينهما، فالمقاوله الأصلية منصبة على البناء والتشييد، فمن الضّروري أن تنصبّ المقاوله الفرعية على ذلك أيضا. كما أنّ صاحب المشروع لا يمكنه الإقرار بحقوق أكثر للمقاول الفرعي، مقارنة مع المقاول الأصلي ولا أن يلتزم بالتزامات أكثر ممّا يتحمّله في العقد الأصلي.

وإذا ما تحدد أجر خاص بالبناء في المقاوله الأصلية، سواء كان إجماليا أو على أساس الوحدة بمبلغ معين، فلا يمكنه أن يتجاوز المبلغ المحدّد في المقاوله الفرعية. و أخيرا فإنّ التّبعية أيضا تؤدّي إلى وحدة المصير بالنسبة للمقاولتين الأصلية والفرعية من حيث الانقضاء، ذلك لأنّ أسباب انقضاء المقاوله الأصلية، تمتدّ أيضا إلى المقاوله الفرعية<sup>(2)</sup>.

1-Néret ,op.Cit, n°15, p19 et 20.

2- مصطفى عبد السيّد جارجي، المرجع السّابق، ص09.

## ب- قبول المتعاقد الأصلي للتعاقد من الباطن:

ونقصد بذلك رب العمل الذي تعاقد مسبقا مع المفاوض الأصلي، ومما لا شك فيه أنّ وجود المفاوض الفرعية إذا ما تم اعتبارها عقدا من الباطن، متوقّف على وجود المفاوض الأصلية، والأسبقية من حيث الوجود لها أيضا وإثما يشترط أيضا موافقة من طرف رب العمل. بالتالي فلا وجود للمفاوض الفرعية في حالة اعتراض رب العمل لذلك فأنه من حق هذا الأخير معرفة الشخص الذي يتولى مهمة الإنجاز مشروع (و المتمثل في المشروع المعماري) وذلك بالقبول به.

وطالما أنّ مفاوض البناء هي من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي، إذ أنّ شخصية المفاوض في مجال البناء تلعب دورا هاما، لاسيما في المشاريع و الإنجازات الكبرى، فإنّ إبرام مفاوض فرعية لهذا الأخير يقتضي حتما موافقة صريحة من طرف صاحب المشروع، ذلك لأنّ الالتزامات المتولّدة عن عقد مفاوض البناء الأصلية تتسم بالطابع الشخصي، لذلك وجب تنفيذها من طرف المفاوض الأصلي شخصيا، و لا يجوز تنفيذها بواسطة الغير أو التنازل عنها<sup>(1)</sup>.

لذلك فإنّ إقدام المفاوض الأصلي إلى إبرام مفاوض من الباطن، رغم منعه مطلقا أو مؤقتا من ذلك، يعدّ خرقا لأحكام العقد الأصلي، و مخالفة صريحة للالتزام الناشئ عنه مما يترتب معه قيام المسؤولية العقدية، والتي تقتضي حتما طلب فسخ العقد، بعد تعذّر تنفيذ الالتزام عملا بالقواعد العامة.

إلا أنّ تخلف العقد الأصلي للمنع الصريح من إبرام مفاوض فرعية، يفتح مجالا لتحقيقها على أساس أنّ النصوص القانونية العامة الناظمة لعقد المفاوض تجيز التعاقد من الباطن، و بالتالي فإنّ التعاقد من الباطن في مفاوض البناء، لا يحتاج إلى إذن سابقا أو إقرار لاحق من جانب رب العمل في حالة غياب المنع المطلق أو النسبي الصريح من جانب هذا الأخير<sup>(2)</sup>.

و أساس ذلك لأنّ استعانة المفاوض الأصلي إلى مفاوض فرعي كبديل عنه لتنفيذ التزاماته، لا تعني تخلّصه من التزاماته في مواجهة رب العمل، ولا تختلف من وجهة نظر رب العمل عن استعانة المفاوض الأصلي بخدمات عمال أو مستخدمين كونه باقيا مسؤولا عنهم في مواجهته<sup>(3)</sup>.

1- العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، هي عقود يعتدّ فيها بشخصية أحد المتعاقدين، أو بصفة من صفاته، فتكون شخصيته أو صفته، عنصرا جوهريا في العقد و محل اعتبار وقت التعاقد، و لا يقبل التنفيذ أو الوفاء إلا من ذلك المتعاقد شخصيا. أنظر في هذا الصدد . محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص169.

2-Jean( Néret), op cit, N°119,P97 .

3- مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 14.

## 2-نتائج اعتبار المقابلة الفرعية عقد من الباطن:

يرتّب على اعتبار وجود تبعية المقابلة الفرعية للأصلية، عدّة نتائج ذات آثار قانونية هامة، وهي في حدّ ذاتها تشكّل استقرارا فقهيًا وقضائياً، وتتمثّل على وجه الخصوص فيما يلي:

### أ-تشابه المقاول الأصلي و الفرعي من حيث المراكز القانونية:

لذلك فإنّ الحقوق و الالتزامات من جانب المقاول الفرعي، هي في حد ذاتها تشكّل حقوقاً والتزامات للمقاول الأصلي، ذلك لأنّ العلاقة بين المقاولين، والنّاجمة عن المقابلة الفرعية هي علاقة رب عمل مع مقاول، إلا أنّ ذلك لا يعني غياب الاستقلالية لدى المقاول الفرعي من حيث حرّيّة تحديد مضمون العقد وتنفيذه<sup>(1)</sup>.

### ب-وحدة نطاق العقدين الأصلي و الفرعي:

كما هو الحال في مقابلة البناء، إذ أنّ نطاق المقابلة الفرعية هنا يجب أن تكون منصبا على البناء بمفهومه الواسع، كما رأيناها سابقا في المحل. كما لو تمّ إبرام مقابلة فرعية للتّزويص أو النّجارة أو الحدادة أو الأعمال الصحية، ذلك لأنّ نطاق المقابلة الأصلية منصبا على أعمال البناء والتشييد. ففي سبيل تنفيذ المشروع، يمكن لرب العمل إما أن يبرم عدة عقود مع عدد من المقاولين الأمر الذي يكلفه الكثير من الجهد و النفقات و المصاريف، كما قد يرتّب ذلك عدّة مسؤوليات نظرا لتعدّد المقاولين.

إلا أنّه يمكنه التّعاقّد مباشرة مع أحد المقاولين و لهذا الأخير إمكانية إبرام مقاولات فرعية ، و بالتالي فإنّ رب العمل تصبح له مسؤولية مباشرة مع المقاول الأصلي.و رغم ذلك فإنّه لا يقصد أنّه يجب أن يكون العقدين متطابقين، إنّما لا يجوز أن يكون محل عقد المقابلة الفرعية أوسع نطاقا من محل المقابلة الأصلية، أي أنّ نطاق المقابلة الفرعية لا يجب أن يتعدى سقف هذا العقد، و تتجاوز بذلك الأعمال المسندة للمقاول الفرعي تلك المحددة في عقد المقابلة الأصلية<sup>(2)</sup>.

1-برجم صليحة، المقابلة الفرعية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، قانون العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة 2008-2009، ص 32.

2-أمّا باقي المسائل الغير المرتبطة بالمحل ، فلمقاول الأصلي و الفرعي كامل الحرّيّة في تحديدها بعيدا عمّا ورد في المقابلة الأصلية ، كالاتفاق على الأجر بين المقاولين و كيفية دفعه (كما لو كان الأجر جزافيا و يدفع مرّة واحدة ، بينما يكون الأجر في المقابلة الأصلية مقدار على أساس مقايسة) . برجم صليحة، المرجع السّابق، ص 33.

## ج-إمكانية المقاول الفرعي لإبرام مقاولة فرعية أخرى:

ومردّ ذلك إلى وحدة المحل و الطّبيعة القانونية للعمل المكفّف به المقاول الأصلي، و من ثمّ فإنّ القانون يجيز للمقاول الفرعي إمكانية التّعاقّد من جديد مع مقاول فرعي آخر، شريطة عدم وجود مانع (كحالة إدراج المقاول الأصلي لشرط يمنع المقاول الفرعي من التّعاقّد إلّا بترخيص منه)، و بذلك يصبح عقد المقاولّة الفرعي الأول هو العقد الأصلي بينما تتحوّل المقاولّة الفرعية الثانية إلى عقد تبعية<sup>(1)</sup>.

وهو المبدأ المعتمد والاتجاه المنتهج من طرف المحكمة العليا، وذلك بموجب القرار رقم 30940 بين (ش.د.أ.س.)، ضد(ش.ح.ذ.ش.أ.ب) والمؤرّخ بتاريخ16/03/1983، والدّي جاء فيه:"من المتفق عليه فقها و قضاء أنّه إذا كان المقاول من الباطن قد قاوّل هو أيضا بدوره من الباطن، فإنّ المقاول الثاني له الحق في رفع الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي، باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن. غير أنّه لا يجوز له أن يرفع تلك الدعوى مباشرة على رب العمل".

## د-تبعية المقاولّة الفرعية للعقد الأصلي من حيث المأل:

فمثلا إذا انقضى العقد الأصلي بالطرق المحدّدة قانونا، والتي تقسم كمبدأ عام إلى أسباب عامة، والتي تتجلى على وجه الخصوص في الانتهاء المعتاد بتنفيذ عقد المقاولّة ، أو بانتهاء المدّة أو الانتهاء بالفسخ أو باستحالة التنفيذ. أمّا الأسباب الخاصّة للانتهاء، فإنّها تتمثّل في إمكانية تحلّل رب العمل من المقاولّة بإرادته المنفردة أو بموت المقاول، فإنّ المقاولّة الفرعية ينقضي تلقائيا معه وذلك لوحدة النتيجة بينهما. وعليه فبمجرد انقضاء المقاولّة الأصلية يجب على المقاول الفرعي أن يترك موقع المشروع ، إذ يعدّ بقاءه في الأماكن عندئذ بدون سند قانوني و لا إذار في مواجهة ربّ العمل<sup>(2)</sup>.

## ثانيا-المقاولّة الفرعية عقد قائم بذاته:

وأساس ذلك وجود المقاول الفرعي والدّي يضيفي الاستقلالية التامة للمقاولّة الفرعية عن العقد الأصلي وذلك رغم ارتباط العقدين من حيث المحل و الطّبيعة القانونية بصورة عامة، إضافة إلى أساليب إبرام

<sup>1</sup>-Bernard (Teyssie),op cit,p11.

2-مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق، ص 10.

-تجدر الإشارة إلى أنّ ذلك لا يمنع رب العمل(صاحب المشروع) من التّعاقّد مجددا، و بصورة مباشرة مع المقاول الفرعي لتكملة الأعمال المتبقية، فيكون بذلك إنشاء مقاولّة الأصلية مستقلة عن الأولى. مصطفى السيد الجارحي ،المرجع السابق ص10.

المقولة الفرعية، فكلّ ذلك يضيف على المقولة الفرعية طابع الاستقلالية و يجعله عقدا قائما بذاته. وتتجلى أبرز مظاهر الاستقلالية بين العقدين من حيث الشّكل و من حيث الموضوع.

### 1- مظاهر استقلالية من حيث الشّكل:

إنّ فكرة استقلالية المقولة الفرعية عن العقد الأصلي، تجد أساسها من حيث كيفية انعقادها، و كذلك من حيث مضمونها رغم وحدة نطاق العقدين. لذلك يتوجّب علينا التّطرق إلى أساليب إبرام المقولة الفرعية من جهة، و كذا إلى مضمون العقد من جهة أخرى تبعا لما يلي<sup>(1)</sup>:

#### أ- أساليب إبرام المقولة الفرعية:

على اعتبار أنّ المقولة الفرعية هي إحدى مظاهر المقولة بصورة عامة، و نظرا لأنّها من العقود الشّائعة نظرا لتزايد الأعمال و التّخصصات. و طالما أنّنا تطرّقنا مسبقا إلى أبرز الأساليب التي قد تتعدّد بموجبها المقولة الأصلية، فإنّه و بالنتيجة فإنّ تلك الأساليب صالحة للتّطبيق على المقولة الفرعية.

وعليه فإنّ المقولة الفرعية قد يتمّ إبرامها عادة بطريقة بسيطة ودون اتباع إجراءات و شكليات معقّدة وذلك بمجرد حصول التّراضي بين المقول الأصلي وكذا الفرعي. غير أنّه وفي حالات أخرى، قد يلتجئ المقول الأصلي أحيانا إلى طرق معيّنة لإتمام الإبرام. وتبعا لذلك فإنّ الطرق التي قد يتمّ بموجبها إبرام مقولة فرعية هي كالآتي<sup>(2)</sup>:

#### أ1- التّعاقد عن طريق الممارسة:

وهو ما يعرف بالتّعاقد عن طريق التّراضي بين الطرفين، وبالشّروط المذكورة سابقا من حيث وجود الإيجاب والقبول، وكذلك التّحقق من مطابقتهما لبعضهما البعض من حيث الشّروط وماهية المقولة بصورة عامة.

وقد يكون الإيجاب صادرا من جانب المقول الأصلي والذي يتقدّم إلى المقول الفرعي طالبا منه القيام بإنجاز بعض الأعمال المنصبة على البناء والتشييد، وذلك مقابل الأجر المخصّص للمقول الفرعي. كما قد يسبقه المقول الفرعي بهذا العرض و يحظى ذلك بقبول من طرف المقولة الأصلي، وذلك

<sup>1</sup>- عزّت عبد القادر، عقد المقولة، دار الألفي، 2001، ص51.

<sup>2</sup>- فاروق عزّت مصطفى، المقولة من الباطن، دار النهضة العربية للنشر، سنة 2004، ص54.

بعد الاتفاق على كل المسائل الجوهرية وتطابق الإيجاب والقبول، وبالنتيجة تتعقد المقابلة الفرعية مرتبة لآثارها القانونية<sup>(1)</sup>.

## أ2- التعاقد بالمناقصة:

وتتحقق هذه الطريقة عن طريق المناقصة، والتي قد يتقدم بها المقاول الأصلي قصد تنفيذ مشروعه المزمع إنجازه، ويستهل ذلك عن طريق طرحه لتلك المناقصة في وسائل الإعلام مثلا، ويعرض بذلك على المقاولين الفرعيين، تقديم مختلف عروضهم بخصوص تلك المشاريع، و بأن يمهدوا للأعمال المراد تنفيذها. وحتى يسعى كل مقاول من المتنافسين إلى الظفر بالمشروع، يتوجب عليهم تقديم عرض مقبول و مطابق لكل الشروط و المواصفات الموضوعة من طرف مقترح المناقصة (أي المقاول الأصلي).

ويشترط في المناقصة أن تتضمن وصفا دقيقا للمشروع من كافة النواحي الاقتصادية والفنية والقانونية، وكلّ التفاصيل و المعلومات الضرورية للمتشرحين، حتى يتمكنوا من تقديم عطاءات واضحة وملائمة. وتجدر الإشارة إلى أنّ المناقصة قد تكون علنية أو سرية عن طريق أظرفة، و تتبع نفس الأحكام بخصوص حالة وجود التّحفظات من عدمها الممنوحة لرب العمل(المقاول الأصلي)<sup>(2)</sup>. أمّا عن مسألة كيفية اختيار المقاول الفرعي من طرف الأصلي و خصوصا في قطاع البناء و التشييد، فإنّ هذا الأخير لا يلجأ إلى المقابلة الفرعية، إلا بعد اتخاذه لجملة من الإجراءات الاحترازية، و ذلك حتى يتسنى له التعاقد مع مقاول فرعي مناسب للقيام بانجاز مشاريع التشييد و البناء.

وبذلك فإنّ اختيار هذا الأخير لا يكون بصفة عشوائية ، وإنما بناءا على ما يتمتع به المقاول الفرعي من خبرة فنية و مهنية، وإمكانات مادية وبشرية وبالأخص عنصرا التخصص والتأهيل<sup>(3)</sup>. وتجسيدا لذلك يقوم المقاول الأصلي باشتراط تقديم المقاول الفرعي لبعض الوثائق اللّازمة لإثبات تلك الخبرة والتّخصص، منها نسخة من السّجل التجاري للمقاول الفرعي، أو نسخة من بطاقة الحرفي، و كذا مستخرج وضعيته تجاه الضّرائب وكذا الضّمان الاجتماعي.

1- من الأسباب التي تجعل الطرفان يلتجئان إلى هذا الطريق لإبرام العقد، هو وجود تعاملات سابقة فيما بينهما، أو رغبة منهما في السرعة في التنفيذ أو نظرا لاختيار و خبرة المقاول الفرعي في التخصص في الأعمال المسندة إليه أو حفاظا على سرية المشروع. عزّت عبد القادر، المرجع السابق، ص52.

2- محمد عبد الرّحيم عنبر، عقد المقابلة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدّول العربية، ص 67 و ما يليها.

3- عزّت عبد القادر، المرجع السابق، ص53.

إضافة إلى جرد مفصل لأملكه المنقولة و الآلات و المعدات و قائمة الأشخاص المؤهلين والعاملين لديه و تخصصاتهم، تفاديا لأيّ نزاع مستقبلي من شأنه إلحاق أيّ تأخر أو عطل في الإنجاز وتسمّى هذه الطّريقة بطريقة اختيار المقاول الأصلي للفرعي<sup>(1)</sup>. إضافة إلى ذلك هناك طريقة المقاول المسمى، والتي تتمّ من خلال إدراج بند في العقد الأصلي من طرف رب العمل، والذي بموجبه يحدّد مقاولا فرعيا يلتجئ إليه المقاول الأصلي، في حالة احتياجه إلى الدّعم أثناء التنفيذ والإنجاز.

وهذه الطّريقة كثيرة الاستعمال في النّظام الانجلوساكسوني، و الهدف منها تفادي النزاعات والخلافات التي قد تنشأ مستقبلا بين رب العمل والمقاول الأصلي بشأن ذلك. إلاّ أنّه يلاحظ أن ق.م.ج لم يتطرّق إلى هذه الحالة، ممّا يعني استبعادها من حيث التّطبيق لكونها تؤدي إلى تقييد المقاول الأصلي ممّا يضيء بعض الإذعان في العقد تاركا الحرية له في اختيار المقاول الفرعي.

#### ب-مضمون عقد المقاول الفرعية:

تدرج البنود الأساسية في كافة العقود، و تخلف بعضها يمكن أن يؤدّي إلى المساس بشرعية وصحة العقد نظرا لأهميتها في ضبط و تحديد حقوق و التزامات الطرفين من ناحية، و إثباتها من ناحية ثانية. و هو الأمر الذي أدّى بالعديد من التّشريعات إلى التركيز عليها و اعتبار إدراجها في جميع عقود المقاولات من المسائل الإلزامية مهما كان نوع العمل. و تختلف هذه البنود و تتعدّد من عقد إلى آخر، إلاّ أنّه يمكن تلخيصها فيما يلي<sup>(2)</sup>:

#### ب1-الشّروط الأساسية للمقاول الفرعية:

إضافة إلى أركان العقد العامة من تراضي و محل و سبب، هناك بعض الشّروط أساسية وواجبة الإدراج في المقاول الفرعية، و التي يتسبّب غيابها في المساس بصحة و شرعية العقد، كونها تؤدّي إلى ضبط و تحديد حقوق و التزامات الطرفين من جهة، و إثباتها من جهة أخرى. و تتمثّل هذه الشّروط فيما يلي:

1- أنور طلبة، العقود الصّغيرة- الشركة- المقاول، و الإلتزام بالمرافق العامّة ، طبعة 2004 ، المكتب الجامعي الحديث ص287.

2- أنور طلبة ، المرجع السّابق. ص288.

## ✓ - هوية الأطراف:

سواء كانا شخصان طبيعيين أو معنويان، فإنه يتوجب تحديد هويتهما تحديدا نافيا للجهالة من حيث الأسماء والألقاب والعنوان، والممثل القانوني أو الإتفاقي وكذا المقر الاجتماعي بالنسبة للشخص المعنوي، ورقم قيده في السجل التجاري، و إلى غير ذلك من البيانات التي يرى الطرفان فائدة من إدراجها<sup>(1)</sup>.

## ✓ - مضمون العقد:

إي الإنجاز المنوط به المقاول الفرعي وطبيعته وكيفية ومكان تنفيذه، وفي مقابل ذلك الأجر الذي يتقاضاه نظير ذلك، وقيمة الأعمال وتكاليف الإنجاز و التوريدات والآلات وأجور العمال، وإلى غير ذلك سواء كان التقدير على أساس الجزافي أو الإجمال أو الوحدة، مع إمكانية المراجعة في حالة الظروف الطارئة أو بتضمين العقد لبند يقضي بذلك، إي بصورة عامة ماهية العقد من حقوق والتزامات الطرفين.

كما يشتمل مضمون العقد على وجوب تحديد المدة اللازمة للإنجاز من حيث بدء سريانها و كيفية احتسابها مع تعيين الجزاءات المترتبة عن عدم التقيد بها من طرف المقاول الفرعي<sup>(2)</sup>.

## ✓ أ3- قيمة الأعمال:

يحدّد في هذا البند المبلغ المتفق عليه بين الطرفين، و الواجب دفعه للمقاول الفرعي كمقابل عن الأعمال المؤدّاة و كل ما تستلزمه من تكاليف الإنجاز و توريد الآلات و المعدات و وسائل النقل و أجور العمال، و إلى غير ذلك مقدّرا تقديرا جزافيا أو إجماليا أو على أساس الوحدة. كما يتضمّن هذا البند قابلية مبلغ العقد للمراجعة من عدمها، و طريقة دفعه و التي تتم غالبا بتقديم جزء منه كتسبيق للمقاول الفرعي، قبل شروعه في العمل مقابل كفالة مصرفية يستردها هذا الأخير خلال مراحل الإنجاز<sup>(3)</sup>. ثمّ تمنح له دفعات شهرية حسب تقدم الأعمال، و تخصم منها نسبة معينة كضمان للتنفيذ الحسن لبقية الأعمال و عند نهاية الأشغال و بعد تسلمها مقبولة من طرف المقاول الأصلي، يسترجع المقاول الفرعي مبلغ الضمان.

## ✓ - مدة الإنجاز:

من الضروري أن يحدّد الطرفان مدة إنجاز العمل و بداية سريانها و كيفية احتسابها. فعادة ما يدرج بالعقد بند يعطي للمقاول الأصلي باعتباره رب العمل الحق في توقيع غرامة مالية عند تجاوز المقاول الفرعي لهذه

1- فاروق عزّت مصطفى، المرجع السابق، ص58.

2-nerét, le sous-contrat, op-cit.P44.

3 - Nerét, le sous-contrat .op-cit.P45

المدة تحدّد في شكل نسبة مئوية من القيمة الإجمالية للأعمال. أمّا إذا أنجز المقاول الفرعي الأعمال قبل الميعاد المحدّد ، جاز الاتفاق على منحه مكافأة عن الانتهاء المبكر للأعمال<sup>(1)</sup>.

#### ✓ - التزامات الطرفين:

يخصّص بالعقد عدّة بنود يحدّد بمقتضاها الطرفين التزامات كلّ واحد منهما، باعتبارها جوهر العملية العقدية و ما يترتّب من جزاءات عند إخلال بها. منها مثلاً تعهّد المقاول الفرعي بإحضار جميع ما يلزم من وسائل و أدوات لإنجاز العمل، و استخدامه للعدد الكافي من العمال الأكفاء والمؤهلين ، و احترامه للنّظم و اللوائح المعمول بها بخصوص تأمين العمّال و الأشخاص والممتلكات و إجراءات الأمن و السلامة. و قد يلزم المقاول الفرعي بتنفيذ العمل و الإشراف عليه شخصياً أو يسمح له بالتنازل عن محلّ العقد أو اللّجوء إلى المقاول من الباطن ضمن شروط و كفاءات مبنية أو قد يمنع من ذلك، ويحدّد عندئذ الجزاء المترتّب على هذه المخالفة<sup>(2)</sup>.

#### ب2- الشّروط التكميلية (الثانوية):

يجوز للطرفين إدراج بنود تكميلية، و التي قد لا يؤثّر تخلفها عن صحة العقد، و تتمثّل على وجه التّحديد فيما يلي:

#### ✓ - مستندات العقد:

كثيراً ما يضيف الطرفان إلى عقد المقاول الفرعية المكتوب، مجموعة من الوثائق لتلحق به ، مثل ما هو الحال في المقاولات الكبرى ، كالمستندات الفنيّة المحدّدة لمجال الأعمال و مستوياتها واللازمة، لتمكين المقاول الفرعي في عملية التّنفيذ مثل المخطّطات التّصميمية والمقاييس التفصيلية بالأعمال، و الأجرة الواجب دفعها عن كلّ عمل و أسعار المواد المستخدمة فيه، و البرنامج الزمني المحدّد للمراحل الزّمنية لتنفيذ الأعمال و حجم، و نوع اليد العاملة و المواد و المعدّات اللازمة لكلّ مرحلة. و إلى غير ذلك من المستندات التي يتفق الطرفان على إدراجها تحت هذا البند. وتعتبر هذه المستندات جزء لا يتجزأ من العقد و متممة لبعضها البعض، لهذا لا يفوت الطرفان تحديد أيّة منها تكون له الأولوية في حالة تعارض بين البيانات الواردة به<sup>(3)</sup>.

#### ✓ - لغة العقد:

قد يرى الطرفان ضرورة إدراج بند يتناول اللّغة المعتمدة في كتابة العقد، و تنفيذه و تفسيره و المراسلات المتعلّقة به، مع إجازة لأحد الطرفين استعمال لغة مغايرة، شريطة أن تكون لغة العقد الحجيّة عند الاختلاف أو التّعارض.

<sup>1</sup>-مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص45.

<sup>2</sup> -Néret, op-cit, p45.

<sup>3</sup>- مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق، ص46.

## ✓ -تبليغ الإخطارات:

ضمانا لشفافية التعامل بينهما و صرامته، فإنه يتم التّنصيص في العقد على أن تكون جميع الإخطارات و المراسلات المتعلقة بالعقد أو ملاحقه مكتوبة بلغة معينة وبالتدقيق، وبأن توجه إلى المعني بالأمر شخصيا خصوصا إذا اتفق الطرفان على الإبقاء على الطابع السري للعقد والمشروع ككل<sup>(1)</sup>.

## ✓ -تسوية الخلافات:

حيث يتم إدراج بند يقضي بكيفية تسوية الخلافات و المرتقب حدوثها بين الطرفين، كإختيار الطريق الودي لفض النزاعات المرتقب نشوءها أو من خلال عرضها على التحكيم في حالة تعذر الحل الودي، أو باللجوء إلى التقاضي كأخر مرحلة أو وسيلة لذلك من خلال الاتفاق على عرض النزاع على جهة قضائية يتفق الطرفان على تحديدها.

## 2-دلائل استقلالية المقابلة من الباطن من الناحية الموضوعية:

حيث تتمثل هذه الدلائل في الطبيعة الخاصة،و التي تجعل المقابلة من الباطن متميزة عن باقي العقود- وعلى وجه الخصوص المقابلة الأصلية-لاسيما إذا كان هذا الأخير خاضعا للقانون العام.فلا يمكن تصور مقابلة فرعية خاضعة للقانون الخاص. و تتمثل هذه الدلائل فيما يلي<sup>(2)</sup>:

### أ-شروط إبرام المقابلة من الباطن:

طالما أن المقابلة الفرعية عقد كسائر العقود، فإنه يخضع لأحكام النظرية العامة الخاصة بها، سواء من حيث الانعقاد أو التنفيذ، ومن ثم يشترط فيها التراضي والمحل والسبب.مع الإشارة إلى أن كل ما سبق الحديث عنه بخصوص الأركان العامة لإنشاء المقابلة الأصلية من حيث توافر الإيجاب والقبول وتطابقهما، إضافة إلى توفر المحل بمجمل الشروط المذكورة سابقا، يصلح تطبيقه أيضا على المقابلة الفرعية-تفاديا للتكرار- ينطبق عليها أيضا من حيث شروط انعقادها وشروط صحتها، وكذا محلها من حيث الإنجاز المكلف به المفاوض الفرعي، والأجر الذي يلتزم به العمل(المفاوض الأصلي) بدفعه له نظير ذلك، وكذا السبب من حيث وجوده ومشروعيته، وكذا الشكلية والتي تعدّ ركنا لإثباتها فقط.

<sup>1</sup>-عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص291.

2-حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002. ص126.

غير أنّه لا بدّ من التّطرق إلى دراسة طبيعة المقابلة الفرعية من حيث خضوعها لأحكام القانون الخاص، وهو ما يضيفي الصّفة الخاصّة على المقابلة الفرعية<sup>(1)</sup>.

### ب-المقابلة الفرعية عقد خاصّ:

قد تكون العقود في إطار القانون الخاص إما أنّها مدنية أو تجارية من حيث وصفها، لكن في بعض الحالات يتوفّر في العمل الواحد طبيعة العمل التجاري بالنسبة لطرف، و طبيعة العمل المدني بالنسبة للطرف الثّاني، فيكون بذلك عملا تجاريا اتجاها طرف و مدنيا اتجاها الطرف الآخر، فيطلق عليه عندئذ اسم العمل المختلط<sup>(2)</sup>. و لا يخرج عقد المقابلة الفرعية عن هذا الإطار، فيوصف أحيانا بأنّه عقد مدني و أحيانا بأنّه عقد تجاري، و في أحيان أخرى بأنّه عقد مختلط.

و متى كان على إحدى هذه الصّور أمكن تشابهه مع عقد المقابلة الأصلي فيكون كلا عقدين من طبيعة مدنية أو تجارية. لكن قد يحدث أن يأخذ كل واحد منهما وصفا مغايرا للآخر، كأن يكون عقد المقابلة الأصلية عقدا تجاريا بينما يكون عقد المقابلة الفرعية عقدا مختلط ، فيستقل كل عقد بأحكام خاصة به سواء من حيث القواعد الموضوعية التي تحكمه أو القواعد الشكلية كالاختصاص مثلا، و هو ما قد يثير إشكالات عدة و لاسيما منها المتعلّقة بالاختصاص القضائي في حالة النزاعات، أو القانون الواجب التّطبيق. فلذلك نتطرق إلى دراسة كل حالة على حدى و ذلك تبعا لما يلي:

### ب1-الطابع المدني للمقابلة من الباطن:

قد يوصف عقد المقابلة الفرعية بأنّه عقد مدني تحكمه القواعد الواردة في ق.م.ج، و هو الأصل العام على اعتبار أن هذا الأخير هو الشريعة العامّة واجبة التّطبيق على جميع المعاملات. و يتحقّق هذا الوصف عندما يكون كل من المفاوض الأصلي و المفاوض الفرعي ليس بتاجرين، و لم يقوما بعمل يعتبره القانون التجاري من أعمال التجار، كأن يكون موضوع العقد عمل من أعمال المهن الحرّة.

و يترتّب على اعتبار عقد المقابلة الفرعية عقدا مدنيا، أن يقوم الدائن و قبل لجوءه إلى القضاء بإعذار مدنيه عند تأخره في تنفيذ التزامه لأنّ القاعدة العامة في القانون المدني هي أنّ مجرد تأخر المدين عن تنفيذ التزامه لا يكفي لاعتباره مقصرا كما أنّ عدم مطالبة الدائن بحقه عند حلول الأجل، هي قرينة على قبوله تمديد هذا الأجل، و حتّى يفند هذه القرينة يتوجّب عليه أن يعبر من جديد عن رغبته في استقاء حقه، و ذلك بتوجيه

<sup>1</sup>-Néret, op-cit, p45.

<sup>2</sup>- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق ، ص47.

إعذرا لمدينه<sup>(1)</sup>. فإن بقي هذا الإعذار بدون نتيجة حق له اللجوء إلى القضاء المدني و إقامة دعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدين أي المدعى عليه وفقا للمادة 37 من ق.إ.م.إ.<sup>(2)</sup>.

## ب2- الطابع التجاري للمقولة الفرعية:

يظهر من أحكام ق.ت.ج، وجود نوعين من الأعمال التجارية بصورة عامة:

### ✓ - النوع الأول - الأعمال التجارية الموضوعية:

و تضم أعمال تجارية بذاتها. فهذه الأعمال تصبغ بهذا الوصف بالنظر لطبيعتها الخاصة أو لخصائصها الجوهرية أو لغرضها، وقد عدت بعضها المادة 02 من ق.ت.ج، كما لو تعلق الأمر بمقولة للبناء أو الحفر أو التمهيد الأرض، و مقولة صنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع السفن للملاحة البحرية. كما تشمل كذلك الأعمال التجارية بحسب شكله ، و بغض النظر عن صفة القائم بها، مثل ما هو الحال بالنسبة لعمل وكالات و مكاتب الأعمال<sup>(3)</sup>.

### ✓ - النوع الثاني - الأعمال التجارية بالتبعية:

حيث يوصف عمل ما بأنه تجاري، إذا ما قام به تاجر و الأمر يتعلق بممارسة تجارية أو لحاجات متجره فتكون تابعة لهذين العنصرين. و يرى الفقه<sup>(4)</sup> أن تطبيق أحكام خاصة على العمل التجاري و على التجار، غير تلك التي تسري على العمل المدني و على غير التجار فيه تدعيم للاتتمان، و حماية للدائن و منحه ضمانات من جهة وأخرى تبسيط للمعاملات التجارية و سرعة إنجاز.

لذلك فطالما أن الأمر يتعلق بمقولة فرعية فإنها حتما تتصف بالطبيعة التجارية، إعمالا بنظرية الأعمال التجارية الموضوعية. و من نتائج اعتبار عقد المقولة الفرعية عقدا تجاريا خضوعه مبدئيا لقواعد القانون التجاري، فإن سكت هذا الأخير عن حكم مسألة معينة وجب الرجوع إلى القانون المدني و أعراف المهنة و كذلك اكتساب الشخص محترف العمل التجاري صفة التاجر. و من ثم فإنه يخضع للاتلتزامات

<sup>1</sup> - حسن حسين البراوي ، التعاقد من الباطن، المرجع السابق ص127.

<sup>2</sup> - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، و المتضمن ق.إ.م.إ. ، ج ر، ع 21، سنة 2008 . و الذي دخل حيز التنفيذ في 25 أبريل 2009..

<sup>3</sup> - حلو أبو الحلو، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية والتاجر، دم.ج طبعة 1992 ، ص43.

<sup>4</sup> - حلو أبو الحلو، المرجع السابق، ص44.

المنظمة قانونا، و التي يلتزم بها التجار بصورة عامة. و قد جرى العرف التجاري على اعتبار المدينين بدين تجاري متضامنين، هو ضمان جوهرى للدائن حتى يتمكن من مطالبة أي واحد منهم بالدين المشترك كاملا.

أما بخصوص مسألة اختصاص الجهات القضائية، فإننا نميز بين الاختصاص الإقليمي، إذ أن المشرع منح ثلاثة معايير يمكن إتباعها لتحديد المحكمة المختصة إقليميا بخصوص النزاعات التجارية، و التي تتمثل في مكان إبرام العقد أو مكان الوفاء، إضافة إلى الاختصاص الأصلي و الذي يتمثل في موطن المدعى عليه<sup>(1)</sup>.

وفيما يتعلق بالاختصاص النوعي، فالمحكمة هي أول درجة للنقاضي تختص بالفصل في كل النزاعات سواء كانت مدنية أو تجارية، حتى و إن وجد داخلها فروع أو أقسام كالقسم المدني و القسم التجاري و القسم العقاري فهذه الأقسام ليس لها كيان مستقل، و إنما تم إنشائها من باب تقسيم العمل بين القضاة<sup>(2)</sup>.

و على هذا الأساس فإن عرضت على القاضي المدني دعوى تجارية، فلا يجوز له أن يقضي من تلقاء نفسه بعدم الاختصاص النوعي، و إنما جرى العمل على أن للقاضي الخيار بين إحالة القضية أمام القسم التجاري لنفس المحكمة و إما الفصل فيها، و يكون حكمه صحيحا على اعتبار أن المحاكم هي جهات قضائية لها الولاية العامة، مع إلزام المدعي بدفع باقي رسوم تسجيل<sup>(3)</sup>.

### ج- الطابع المختلط للمقابلة الفرعية:

قد يكون لعقد المقابلة الفرعية طابعا مختلطا، و يتحقق ذلك عندما تتوفّر فيه طبيعة العمل التجاري من جانب طرف و طبيعة العمل المدني من جانب الطرف الآخر، فيكون عقدا تجاريا بالنسبة للمقاول الأصلي و مدنيا بالنسبة للمقاول الفرعي. و تثير هذه الحالة إشكالات أهمّها تلك المتعلقة بالاختصاص القضائي و كذا قواعد الإثبات.

فمن المهمّ بداية معرفة الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع المتعلّق بعقد المقابلة الفرعية المختلط، بالرغم أنّ النظام القضائي الجزائري قائم على الوحدة . و تحديد القسم المختص بالفصل في هذا النزاع يقتضي

<sup>1</sup> - أنظر في هذا الصدد المادتان 37-38 من ق.إ.م.إ السالف الذكر. عبد الرّحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، دار الهومة، طبعة سنة 2010، ص34.

<sup>2</sup> - راجع المادة 32 من ق.إ.م.إ.

<sup>3</sup> - ذلك لأنّ الرسوم القضائية إجبارية أثناء الاختصاص أمام المحاكم ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، كما لو تعلّق الأمر بالدولة و إحدى جماعاتها المحلية أو المؤسسات أو الإدارات العمومية. و لكلّ قسم رسوم خاصة به، و تختلف هذه الرسوم من قسم إلى آخر. عبد الرّحمان بربارة، المرجع السابق، ص123.

الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العمل بالنسبة للمدعي عليه في القضية، فإن كان العمل تجارياً بالنسبة للمدعي عليه، فللمدعي حق الخيار بين القسم المدني و القسم التجاري، أما إذا كان العمل مدنيا بالنسبة للمدعي عليه، فلا يجوز للمدعي سوى رفع دعواه أمام القسم المدني<sup>(1)</sup>.

فلو فرضنا أنّ عقد المقاولة الفرعية عقداً تجارياً بالنسبة للمقاول الأصلي و مدنياً بالنسبة للمقاول الفرعي، و ثار نزاع بينهما استوجب مقاضاة المقاول الفرعي للمقاول الأصلي، كان الأول مخيّراً بين رفع دعواه أمام القسم المدني أو القسم التجاري. أما إذا كان رافع الدعوى هو المقاول الأصلي، كان ملزماً بعرضها على القسم المدني التابع للمحكمة المختصة. أما بخصوص إثبات الأعمال ذات الطابع المختلط، فتحكمه قاعدتان أساسيتان فهو حرّ في المعاملات التجارية و مقيد في المسائل المدنية.

لكن بالنسبة للأعمال المختلطة، فعلى الطرف الذي يعتبر العمل تجارياً من جانبه التقيّد بقواعد الإثبات الواردة في ق.م.ج، في حين يجوز للطرف الذي يعتبر العمل مدنياً بالنسبة له، إثبات ادعاءاته بكافة طرق الإثبات المقبولة تجارياً بما فيها البيّنة و القرائن، و هذا بغضّ النظر عن القسم المطروح أمامه النزاع، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك على اعتبار أنّ قواعد الإثبات ليست من النظام العام<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني-مدى تأثير المقاولة من الباطن على العقد الأصلي وعلاقتها بالمسؤولية العشرية:

ذكرنا سابقاً بأنّ المقاولة الفرعية تنشئ مركزاً جديداً بالنسبة للمقاول الفرعي، و ذلك من خلال العلاقة الثلاثية القائمة بين المقاول الفرعي والأصلي والتي تنشأ عنها حقوق والتزامات متبادلة، ومما يشابه لتلك الالتزامات المطبقة في رابطة المقاول الأصلي ورب العمل-والتي سيأتي الحديث عنها لاحقاً في الفصل الثاني-، وكذلك المقاول الفرعي ورب العمل، ثم أخيراً العلاقة بين المقاول الأصلي ورب العمل. فهذه الأخيرة -و أن كانت كمبدأ عام- لا تتأثر بالمقاولة الفرعية، ورغم ذلك فإنّ هناك بعض المبادئ التي تحكمها، كعدم إعفاء المقاول الأصلي من التزاماته تجاه ربّ العمل، وعدم تعديل أو تغيير المقاولة الأصلية، سواء من حيث محلّها أو بنودها إضافة إلى بقاء المقاول الأصلي مسؤولاً عن المقاولة الفرعية

<sup>1</sup>- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص49.

<sup>2</sup>- حلو أبو الحلو، المرجع السابق، ص47.

تجاه رب العمل<sup>(1)</sup>. ونظرا لأهمية ذلك سواء من الناحية العلمية أو العملية، إرتئينا التطرق إليها من خلال هذا المطلب وذلك بموجب الفرع الأول.

كما أنه ومن جهة أخرى، فإنّ المشرّع لم يترك التزام مقاول البناء الأصلي -و إلى جانبه المهندس- خاضعا للأحكام العامة في الضمان والتّي تسري على كل عقود المقاولات، بل وضع أحكاما خاصة لهذا الضمان (المادة 554 من ق.م.ج)، والذي شدّد فيه من مسؤوليتهما بحيث جعلهما مسؤولين بالتضامن عن سلامة البناء ومثانته مدة عشر سنوات تسري من يوم التسليم النهائي للمشروع، حتّى ولو كان الخلل أو العيب ناجما عن عيب في الأرض ذاتها ، وهو التزام قانوني استثنائي أوجده المشرّع الجزائري -على غرار باقي التشريعات ومنها التشريع الفرنسي<sup>(2)</sup> - لاعتبارات خاصة أهمّها حماية رب العمل ، وبالتالي لا يتوسّع فيه ولا يقاس عليه.

لذلك فالمقاول الفرعي ورغم تدخله في عملية التشييد والبناء، من خلال المهام المنوطة به إلا أنّ القانون لم يقممه بشكل صريح ضمن قائمة الملتمزمين بالضمان، وهو الأمر الذي يدفعنا بالبحث والتساؤل عن أسباب عدم إخضاعه للضمان من جهة ، وكذلك عن الأسانيد والحجج المعتمدة من طرف التشريع الجزائري و التشريع المقارن من وراء القيام من ذلك والمعزى منه وذلك في الفرع الثاني.

### الفرع الأول-مدى تأثير المقابلة من الباطن على العقد الأصلي:

إنّ العلاقة بين المقاول الأصلي و رب العمل يحكمها العقد الأصلي، فليس من شأن إدخال المقاول الفرعي في العملية العقدية، إعفاء المقاول الأصلي من التزاماته تجاه رب العمل، بل يظلّ ملتزما بها وكأنّ المقابلة الفرعية غير موجودة. فلا شأن لرب العمل بالمقابلة الفرعية، كونها لا تكتسبه حقا ولا ترتّب في ذمته التزاما، لأنّها (المقابلة الفرعية) تعدّ بالنسبة إليه من الغير، نظرا لعدم وجود رابطة عقدية بينهما<sup>(3)</sup>.

فبالنتالي لا تنشأ أيّة علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي. و يتّضح ممّا سبق أنّ وجود المقابلة الفرعية، ليس من شأنه أن يعدّل من الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف المقابلة الأصلية، و بصفة خاصة على عاتق العلاقة الأصلية(المقاول الأصلي - رب العمل)، إضافة إلى بقاء المقاول

<sup>1</sup>-غازي خالد أبو عربي، المقابلة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع، المرجع السابق،ص124.

<sup>2</sup>-Bernard (Teyssie), les groupes des contrats, op-cit,p 24 et suite .

3-Néret,le sous-contrat,op-cit,p62.

-أنظر أيضا،محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص250.

الأصلي مسؤولاً تجاه رب العمل عن إقامته للمقاول الفرعي في أعمال البناء والتشييد. ومن ثم يستخلص بأنّ العلاقة بين طرفي مقابلة البناء الأصلية تحكمها المبادئ التالية:

- ✓ -عدم إعفاء المقاول الأصلي من التزاماته تجاه ربّ العمل.
- ✓ -عدم إمكانية تعديل أو تغيير التزامات المقاول الأصلي تجاه رب العمل.
- ✓ -بقاء المقاول الأصلي مسؤولاً تجاه رب العمل عن المقابلة الفرعية.

وبالنظر إلى تلك الآثار القانونية المترتبة على توسط المقابلة الفرعية للعلاقة القائمة بين المقاول الأصلي و رب العمل، ارتئينا التطرّق إلى هذه المبادئ وفقاً لما يلي:

#### أولاً-عدم إعفاء المقاول الأصلي من التزاماته تجاه رب العمل:

إذا لجأ المقاول الأصلي إلى أسلوب التّعاقّد من الباطن، من خلال إبرامه لمقابلة فرعية قصد تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب المقابلة الأصلية، أو للحصول على منفعة ناشئة عن المقابلة الأصلية فإنّه يظلّ ملتزماً في مواجهة رب العمل بتنفيذ التزاماته، و كأنّه لم يلجأ إلى التّعاقّد من الباطن<sup>(1)</sup>. فعقد المقاول الأصلي يظلّ باقياً و كاملاً، و لا يحدث له أي تغيير أو تعديل بوجود المقابلة الفرعية، فهذه الأخيرة لا يمكنها تجديد علاقة الدائنية القائمة بين رب العمل و المقاول الأصلي، وذلك بتغيير شخص الدائن أو المدين بالالتزامات، أو حتّى إنابة في الوفاء ولا إبراء من الدّين.

فالمقاول الأصلي يلجأ إلى التّعاقّد من الباطن ليخفّف عن كاهله بعض الالتزامات الملقاة على عاتقه أو لكي يستفيد من المقابلة الفرعية لما لها من مزايا-لاسيماً إذا تعلّق الأمر بالسرعة في التّنفيد، أو مسألة فنيّة أو تخصّصات في البناء<sup>(2)</sup>. وهذه الإنابة التي تتحقّق بوجود المقابلة الفرعية، تتميّز بالاستمرارية بمعنى أنّ شخصية المقاول الأصلي تظلّ موجودة في العملية العقدية و لا تختفي بالإنابة. ولذلك يصبح المقاول الأصلي مسؤولاً عن كل الالتزامات الملقاة على عاتقه في المقابلة الأصلية. وهكذا يلتزم المقاول الأصلي تجاه رب العمل بإنجاز العمل محلّ مقابلة البناء (والمتمثّل في البناء والتّشييد-كما سبقت الإشارة إليه)، إضافة إلى التزامه بتسليم المشروع بعد الانتهاء من الإشغال لرب العمل. وهذا الأخير ليس له أن يطالب سوى المقاول الأصلي بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد المقابلة الأصلي<sup>(3)</sup>،، فلا رجوع لرب العمل على المقاول من الباطن وإن كان هناك تنفيذ سيّء للأعمال، إذ في هذه الحالة لا بدّ عليه من الرجوع على

1-Néret,op-cit,p63.

<sup>2</sup>-محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص250.

<sup>3</sup>-غازي أبو غرابي المقابلة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التّشريع، طبعة 2009، ص126.

المقاول الأصلي، حتّى وإن كان المقاول الفرعي هو القائم بالتنفيذ، كما يلتزم رب العمل بدفع الأجر للمقاول الأصلي، وليس للمقاول الفرعي، إلا إذا أحاله المقاول الأصلي. وإذا تمّ التنفيذ عن طريق المقاول الفرعي، فعلى المقاول الأصلي أن يتسلّم الأعمال منه، على أن يسلمها لاحقا إلى رب العمل في الآجال المتفق عليها، فهذا التسليم الأخير هو الذي يعتدّ به وليس التسليم الأول.

وليس لربّ العمل له أن يطالب سوى المقاول الأصلي بتنفيذ الالتزامات المترتبة عن المقابلة الأصلية، وبالتالي فلا رجوع لرب العمل على المقاول الفرعي وإن كان هناك تنفيذ سيء للأعمال، بحيث يلتزم بالرجوع على المقاول الأصلي، حتّى وإن كان المقاول الفرعي هو القائم بالتنفيذ. كما يلتزم رب العمل بدفع الأجر للمقاول الأصلي وليس للمقاول الفرعي، إلا إذا أحاله المقاول الأصلي على ذلك (كما سيأتي الحديث عليه لاحقا بخصوص التزام رب العمل بدفع أجر المقابلة)<sup>(1)</sup>.

### ثانيا- عدم إمكانية تعديل أو تغيير التزامات المقاول الأصلي تجاه رب العمل:

إنّ المقاول الأصلي الذي يلجأ إلى المقابلة الفرعية، لا يتنازل عن مركزه التعاقدية ولا عن الحقوق التي تنشأ له بمقتضى المقابلة الأصلية مع ربّ العمل. ولذلك له أن يلجأ إلى رب العمل طالبا منه تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بمقتضى العقد المبرم بينهما. ولعلّ في هذا المبدأ ما يميّز بوضوح بين المقابلة الفرعية والتنازل عن العقد (والذي سبقت الإشارة إليه في مقدمة المبحث الثاني)، ففي العملية الأخيرة يخرج المتنازل من النطاق التعاقدية ولا يرجع على المتنازل له بأيّ شيء، وإمّا تنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل والمتنازل له.

أمّا في المقابلة الفرعية، فإنّ مركز المقاول الأصلي يظلّ موجودا ولا يختفي بدخول المقاول الفرعي العملية العقدية، فلا يحدث في الروابط العقدية بين أطراف عقد المقاول الأصلي أيّ تغيير<sup>(2)</sup>. وتطبيقا لذلك نجد أنّ ربّ العمل يظلّ ملتزما بالوفاء بأجر المقابلة إلى المقاول الأصلي حتّى وإن لجأ هذا الأخير إلى التعاقد من الباطن. ويعدّ انتفاء العلاقة العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي من الأحكام الأساسية، ولا ينتفي إيجاد تلك العلاقة بينهما أن يكون رب العمل قد وافق على المقابلة الفرعية في حالة عدم تنفيذ العقد الأصلي، فإنّ المقاول الأصلي هو الذي يتحمّل المسؤولية العقدية، وله أن يدفعها وفقا للقواعد العامة<sup>(3)</sup>. ويبقى على الرغم من ذلك المقاول الأصلي ملتزما كمدين وحيد تجاه ربّ العمل، ولا

1- فتحة قرّة، أحكام عقد المقابلة، المرجع السابق ص 239. أنظر أيضا، مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص 85.

2- غازي خالد أبو عربي، المقابلة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع، المرجع السابق، ص 128.

3- أنظر في هذا الصدد، أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 07، المرجع السابق ص 286.

يستطيع دفع مسؤوليته أمام هذا الأخير من عدم تنفيذ العقد الأصلي بخطأ المقاول الفرعي، كما يبقى المقاول الفرعي مسؤولاً عن تنفيذ مضمون المقاولة الفرعية أمام المقاول الأصلي. ويترتب عن ذلك أنّ المقاول الفرعي ليس مدينا متضامنا مع المقاول الأصلي، وليس شريكا معه في الدين. وإذا كان عدم تنفيذ المقاولة الأصلية يترتب مسؤولية عقدية، فإنّ عدم تنفيذ المقاولة الفرعية يترتب مسؤولية عقدية أيضا، وقد تقوم إحداها دون الأخرى، كما أنّه قد يقومان معا. ومع ذلك لا يجوز الجمع بينهما لكون كلّ واحدة منهما محدّدة من حيث أطرافها و موضوعها<sup>(1)</sup>.

### ثالثا- بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن المقاولة من الباطن تجاه ربّ العمل:

إنّ المقاول الأصلي يرتبط مع رب العمل بمقتضى المقاولة الأصلية، وفي نفس الوقت يرتبط مع المقاول الفرعي بموجب المقاولة الفرعية، ويصبح بذلك دائنا ومدينا في ذات الوقت. غير أنّ أهمّ ما يميّز وجود المقاولة الفرعية بالنسبة للمقاول الأصلي، هي تلك المسؤولية الملقاة على عاتقه تجاه رب العمل، لكونه يبقى مسؤولا عن أعمال المقاول الفرعي، وتطبق في هذا الشأن أحكام المسؤولية عن فعل الغير<sup>(2)</sup>. ويستخلص في هذا الصدد، أنّ المشرّع الجزائري نظم أحكام المسؤولية عن فعل الغير، في ق.م.ج، بموجب المادتان 136-137 منه. وفي شأن ذلك يمكن القول بأنّ ذلك التّأطير القانوني ناقصا ومبتور، بالنظر إلى التّعبد الذي يشوبها. و المقصود بالغير الذي يسأل عنه المقاول الأصلي، أنّه كل مقاول فرعي يستعين به في تنفيذ العقد سواء كان بديلا أو مساعدا<sup>(3)</sup>. وتظهر أهمية التّمييز بين البديل والمساعد في نطاق المقاول الفرعية للبناء، في أنّ المسؤولية العقدية عن الغير، لن تقوم إلّا بالنسبة للبديلا، حيث يتحقّق فيهم وصف المقاول الفرعي، إذ أنّ القاعدة في المقاولة الفرعية أنّ المقاول الفرعي يعمل مستقلا عن المقاول الفرعي، و لا يكون خاضع له (وهذه هي سمات المقاولة بصورة عامة).

### 1- عن المقصود بالمسؤولية عن فعل الغير:

يقصد بها مسؤولية المدين عن فعل الأشخاص الذين يحلّهم محلّه في تنفيذ الالتزام (البديلا)، أو الأشخاص الذي يتعيّن بهم في التّنفيذ (المساعدون). فالمدين له أن يستعين بغيره في تنفيذ التزامه سواء كانوا

1-Néret, op-cit ,p,65.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج07 المرجع السابق، ص287.

3- إنّ البديل هو الذي يحلّ محلّ المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد كله. أما المساعد فهو الشخص الذي يعمل جانب المدين و تحت إشرافه و إدارته المباشرة. غازي خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص129.

بدلاء أو مساعين<sup>(1)</sup>. فالمسؤولية العقدية عن فعل الغير تفرض وجود علاقة تعاقدية بين الدائن والمدين، بحيث يلجأ هذا الأخير إلى أشخاص من الغير كالمساعدين أو البدلاء قصد مد يد العون له في تنفيذ التزاماته. فإذا ارتكب أيّ من هؤلاء خطأ ترتب عليه عدم التنفيذ أو التّنفيذ المعيب، لم يكن في وسع الدائن أن يرجع عليهم، لأنّه غير مرتبط بعقد معهم وإنما يرجع على المدين الذي استعان بهم، لكونه المتعاقد المباشر معه. ومسؤولية المدين -في هذه الحالة- هي مسؤولية عقدية، لأنها تستند إلى العقد المبرم بينه وبين الدائن، وفي ذات الوقت مسؤولية عقدية، لأنّه لم يرتكب خطأ صادرا منه شخصيا (مسؤولية شخصية)، وإنما يسأل المدين في المسؤولية العقدية عن فعل الغير عن خطأ الأشخاص الذي استعان بهم في تنفيذ العقد.

## 2- مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاولة الفرعية مسؤولية عقدية:

إنّ التطورات الحديثة في مجال مقاولات البناء والتشييد، جعلت من قيام المقاول الأصلي بمفرده بتنفيذ التزامه إن لم يكن مستحيلا، فهو صعب المنال. لذلك لا مناص من أن يلجأ على عدد من المقاولين الفرعيين للاستعانة بهم في تنفيذ التزامه التعاقدية مع رب العمل. ويقتضي هذا الاعتراف بمسؤولية المقاول الأصلي عن الأخطاء التي يرتكبها من يستخدمهم في تنفيذ المقاولة. ومردّ ذلك أنّه لو لم يسأل المقاول الأصلي عن ذلك، فإنّه يفتح الباب للعش وسوء النية في التنفيذ. ومن شأن ذلك ترتيب نتائج في غاية الخطورة سواء على البناء أو على الأشخاص.

وإذا كان مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير مقرّرا كمبدأ عام -في كلّ العقود، فإنّه يجب أن يقرّر أيضا في نطاق المجموعات العقدية. وبما أنّ عقد المقاولة الفرعية يشكّل مع المقاولة الأصلية مجموعة عقدية تتكون من عقدين، فإنّه يتعيّن الاعتراف بهذه المسؤولية في نطاق مقاولة البناء الفرعية، حيث أنّ هذا الأخير ما وجد إلا لتنفيذ عقد المقاولة الأصلي، والمسؤولية العقدية عن فعل الغير، لا تقوم إلا لتغطي أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم المدين (المقاول الأصلي) في تنفيذ العقد<sup>(2)</sup>. أمّا عن المشرّع الجزائري فقد اعترف صراحة ببقاء المقاول الأصلي مسؤولا في إطار المقاولة الفرعية، تجاه رب العمل وذلك من خلال المادّة 02/564 من ق.م.ج، و التي تنصّ على ما يلي:

"... و لكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".

1- لمزيد من التفاصيل حول المسؤولية العقدية عن فعل الغير، أنظر، عبد الرزاق أحمد السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج07 المرجع السابق، ص288.

2- حسن حسين البراوي، المرجع السابق، ص132.

ويستخلص من ذلك، أنّ المشرع الجزائري قد وُفق في إخضاع المقاول الأصلي للمسؤولية عن الأخطاء التي تصدر من المقاول الفرعي، إذ من شأن ذلك أن يوفر حماية كبيرة لربّ العمل، من خلال ذلك أقصى الجهود عند تنفيذ مضمون العقد من جانب المقاول الأصلي<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني-المقاولة من الباطن و المسؤولية العشرية:

من خلال الرجوع إلى الأحكام الخاصة بعقد مقاولة البناء، يتّضح أن الضّمان العشري له نطاق خاص من حيث الأشخاص- وهما على وجه التحديد مقاول البناء وإلى جانبه المهندس المعماري-باعتباره حكم قانوني استثنائي أوجده المشرع لإعتبارات خاصة، أهمّها حماية صاحب البناء(رب العمل).

بالتالي فإنّه لا يمكن إضافة أي شخص آخر إلى قائمة الملزمين بالضّمان، حتّى و أن كان المقاول الفرعي في حدّ ذاته مشاركا في أعمال البناء و التّشييد. فذلك فإنّ نطاق هذا الضّمان يقتصر على المقاول الأصلي وهو ما أكّده المادّة 554 من ق.م.ج، كما أنّ هذا المقاول لا يتمتّع بهذا الضّمان في مواجهة المقاول من الباطن.

ومن هنا يثور التساؤل عن أسباب عدم إخضاع المقاول الفرعي لأحكام المسؤولية العشرية ، و إدراجه ضمن الملزمين بها، والأسانيد والحجج القانونية التي أدّت إلى عدم إخضاع المقاول من الباطن للضّمان العشري؟<sup>(2)</sup>.

### أولا-أسباب عدم خضوع المقاول من الباطن للضّمان العشري:

مما لا شكّ فيه أنّ الاعترافات التي قامت لدى المشرع الجزائري-على غرار باقي التشريعات- و أدّت إلى قصر الضّمان العشري على المقاول الأصلي دون غيره، هي نفس الاعترافات التي قامت لدى المشرع الفرنسي عند صياغته ووضعه للق.م.ف سنة1804، و أيضا عند تعديله لأحكام هذا الضّمان سنة 1926 بحيث أقرّ صراحة بعدم خضوع المقاول من الباطن للمسؤولية العشرية<sup>(3)</sup>.

و تبعا لذلك نجد أنّ الفقه الفرنسي يقسم الأسباب التي أدّت إلى عدم إخضاع المقاول الفرعي إلى الضّمان العشري تعود إلى ما يلي:

<sup>1</sup>-بجاوي المدني، عقد المقاولة من الباطن، دار الهومة، سنة 2010 ، ص126.

<sup>2</sup>- حسن حسين البراوي ، المرجع السابق، ص133.

3-Caston, la responsabilité des constructeurs,2ed,1979 .

## 1- الأسباب المالية و الفنية لعدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري:

و نقصد بذلك القدرات و الإمكانيات المادية المسخرة لإنجاز المشروع، وذلك أساليب الإنجاز. وعموما فإنّ هذه الأسباب تنحصر فيما يلي:

أ- إن ربّ العمل ليس لديه دراية وخبرة كاملة بأعمال التشييد و البناء، وأنّ التشريع الجزائري أو المقارن قد قرّر الضمان العشري لحمايته، وذلك لعدم توافر الخبرات الفنية لديه، إذ غالبا ما يكون جاهلا بفن البناء.  
ب- إن إمكانيات المقاول الفرعي المالية في أغلب الأحيان تكون ضعيفة ومحدودة، لذلك فإنّ إخضاعه للضمان العشري قد يؤدي إلى انهياره وإفلاس.

لذلك فإنّ الشركات المتخصصة بأعمال المقاوله من الباطن غالبا ما تكون إمكانياتها التحويلية والفنية ضعيفة، وليس لها كفاءة وقدرة توازي ما لدى المقاول الأصلي، لا من الناحية الفنية ولا من الناحية المالية لكي تكون مسؤولة عن العمل المطلوب تشييده في مجموعة، وأنّ القول بإخضاعها للمسؤولية العشرية قد يعرضها لمخاطر الإفلاس و الانهيار<sup>(1)</sup>.

## 2- الأسباب القانونية لعدم خضوع المقاول الفرعي للضمان العشري:

وعموما يمكن حصر هذه الأسباب-موانع إن صحّ التعبير - فيما يلي:

### أ- عدم وجود عقد مقاوله مباشر مع رب العمل:

إذ لا يكفي لنشوء الالتزام بالضمان العشري على عاتق المقاول الفرعي، أن يكون هذا الأخير ملتزما بمقتضى عقد مقاوله، وإنما يتعيّن أن يكون هذا العقد مبرما مع رب العمل بصورة مباشرة، والذي تمّ تكريس الضمان لمصلحته وحمايته.

والمقاول الفرعي مرتبط بعقد مقاوله و لكنّه ليس مع رب العمل بطريقة مباشرة وإنما هو متعاقد مع المقاول الأصلي وأنّ العقدين و إن تداخلا موضوعا، إلا أنّهما يختلفان من حيث الأشخاص<sup>(2)</sup>.

1- عبد الرزاق حيسن يسن، المسؤولية المهنية للمهندس المعماري و مقاول البناء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسبوط، 1987. ص108.

2- عبد الرزاق حيسن يسن، المرجع السابق، ص109.

## ب-مسؤولية المقاول الأصلي:

إنّ المقاول الأصلي هو المسؤول في مواجهة رب العمل عن أعمال المقاول الفرعي وكأنّها صادرة عنه، فهو ملزم بأعمال تابعيه، ولو لم يعتبر المقاول من الباطن من أتباعه بالمعنى الدقيق، وفقا لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه و بالتّالي لا حاجة لإخضاع المقاول الفرعي للمسؤولية العشرية. فهذه هي أهمّ الدوافع و الاعتبارات العملية ، وكذلك الأسانيد القانونية التي أدّت بالمشرع الجزائري وكذا المقارن(قديمه و حديثه) إلى استثناء المقاول الفرعي من الضّمان العشري.

### ثانيا-الحجج و الأسانيد المؤيّدّة إلى عدم إخضاع المقاول من الباطن للضّمان العشري:

لاشكّ أنّ الحجج السالفة و التي سبق سردها قويّة و مقنعة. و يعود ذلك إلى أنّها تستند إلى التفسير الصّحيح للنصوص القانونية( سواء المادة554 من ق.م.ج أو المادة1792 من ق.م.ف)، و اللّتان اشترطنا لتطبيق أحكام الضّمان العشري، وجود عقد مقاوله مبرم مع صاحب العمل.

إضافة إلى ذلك-و كما سيأتي الحديث عنه لاحقا-فإنّ المشرّع الفرنسي و بموجب القانون الصادر سنة1978 قد أدخل تعديلا على المادة الملزمة للضّمان العشري، بحيث حدّد على سبيل الحصر، الأشخاص الذين يخضعون لأحكام هذا الضّمان، و ليس من بينهم المقاول الفرعي. فضلا عن العديد من الأحكام القضائية والتي أغلقت الباب أمام إمكانية خضوع العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي لأحكام المسؤولية العشرية<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك فإنّ هذه الاعتبارات تؤثّر على الدّور الهام الذي يلعبه المقاول الفرعي في الحياة العملية، لا سيما مع كثرة اللّجوء إلى إبرام المقاوله الفرعية، و مع ازدياد ظاهرة التّخصّص في مجال البناء، و مخاطر قيام هذا المقاول بالدّور الذي يقوم به المقاول الأصلي.

فكلّ هذه الاعتبارات تدفع إلى المطالبة من جديد، بضرورة إخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسؤولية العشرية كضمان خاص غايته حماية المضرورين من أعمال البناء، والتي يقوم بها المقاولون والمهندسون. و بناءا على ذلك كلّه، فإنّ الأمر يتطلّب مناقشة الأسباب التي كانت من وراء عدم إخضاع المقاول الفرعي لأحكام الضّمان المعماري، وفقا لما يلي:

<sup>1</sup> - غازي خالد أبو عرابي ، عقد المقاوله من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التّشريع، المرجع السّابق، ص180.

## 1- عن حجة انعدام العلاقة بين المقاول الفرعي و رب العمل:

والتي كان مفادها أنّ المقاول الفرعي لا يخضع لأحكام المسؤولية العشرية، لأنّه لا يرتبط مع رب العمل بعقد مقاوله مباشرة-على غرار المقاول الأصلي- مما يتعيّن معه استبعاده منها<sup>(1)</sup>.

أ-فالتبيعة القانونية للضمان العشري، و التي تستند إليها هذه الحجّة هي محلّ جدل فقهي و قضائي كبير، ذلك لأنّ هناك فريق فقهي يرى بأنّ المسؤولية العشرية هي مسؤولية عقدية، و يؤسّسها على مجرّد الإخلال بالتزام عقدي (المقاوله). وهناك من يرى بأنّها ذات طابع مختلط ، على أساس أنّها مسؤولية عقدية(مصدرها العقد) و قانونية (مصدرها القانون). وهناك من يرى بأنّ المسؤولية العشرية هي مسؤولية قانونية محضة(أي حسب رأيهم أنّ القانون هو المصدر المباشر لها)<sup>(2)</sup> .

فالرابطة العقدية التي تقوم عليها هذه الحجّة، خرج عليها المشرّع الفرنسي عندما قرّر بالقانون الصادر<sup>(3)</sup> سنة 1978 -السالف الذكر- والذي قرّر المسؤولية العشرية لبائع العقار تحت التّشديد، أو في حالة الإنجاز-كما سيأتي بيانه لاحقاً- و كذلك للوكيل عن مالك البناء و الذي يقوم بمهمة مماثلة للمقاول إضافة إلى الصّانع لعمل أو لجزء منه أو لعنصر تجهيزي فيه، و كذلك المورد و الموزّع لكلّ هذا أو حتّى لجزء منه.

و يلاحظ هنا عدم وجود عقد يربط بين صاحب العمل و أيّا كان من هؤلاء، و هكذا يسلب المشرّع الفرنسي حجّة الرّابطة العقدية قيمتها بكثرة ما أورده من استثناءات عليها ، حتّى كاد أن يأتي عليها و يجعلها وعاء خاليا من المضمون. ولذلك كان من الأجدر بالمشرّع الفرنسي أن يخضع للمسؤولية العشرية، ولو بنص خاص المقاول الفرعي لحاجة الصالح العام و الخاص، لمثل هذا الإخضاع بعد انتشار ظاهرة المقاوله الفرعية .فأصبح المقاول الأصلي لا ينفذ الأعمال المسندة إليه كلّها أو جزء منها إلّا من خلالها، وهذا ما يؤكّد أنّ المقاول الفعلي هو المقاول الفرعي، و الذي يفترض إخضاعه للمسؤولية العشرية، كما هو الشّأن بالنسبة للمقاول الأصلي.

ب-لقد أوجد المشرّع الفرنسي صلة قانونية بين رب العمل و المقاول الفرعي، و ذلك عندما منح لهذا الأخير شروطا خاصّة، أهمّها قبول رب العمل للتّعاقّد من الباطن، و كذا شروط الدّفْع الخاصّة لهذا

<sup>1</sup>-حسن حسين البراوي، المرجع السّابق، ص 125.

<sup>2</sup>- رأفت محمد أحمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر. ص208.

<sup>3</sup>- القانون رقم 12، و المؤرخ في 05يناير 1978، و المتضمن تعديل ق.م.ف.

الأخير. و كذلك أعطي الحقّ للمقاول الفرعي برفع الدّعى المباشرة ضد رب العمل، قصد المطالبة بأجرة المقولة أو القدر المتبقي منها-كما سيأتي الحديث عنه لاحقاً- و ذلك حماية لمصلحة المقاول من الباطن وتحصينا له من إفلاس المقاول الأصلي<sup>(1)</sup>. و على عكس ذلك لم يمنح المشرّع الجزائري للمقاول الفرعي، الحقّ في رفع الدّعى المباشرة ضد ربّ العمل قصد مطالبته بالأجر -كما أسلفناه سابقاً-. و بالتّالي ليس له الحقّ في الرّجوع عليه، إلّا إذا أحالت المقولة الأصلية على ذلك.

فالرّجوع هنا يتمّ بموجب دعوى الحوالة (الحق) و المنصوص عليها في المادة 239 من ق.م.ج و التي تنص على ما يلي: "يجوز للدائن أن يحول حقّه إلى شخص آخر إلّا إذا منع ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام و تتمّ الحوالة دون الحاجة إلى رضی المدين".

أمّا في حالة الإحالة على ذلك، فإنّ للمقاول الفرعي الحقّ في الرّجوع على رب العمل طبقاً للقواعد العامّة وبموجب الدّعى الغير المباشرة. وهذه الدّعى يرفعها المقاول الفرعي باسم المقاول الأصلي، قصد مطالبته بما هو مستحقّ له في ذمّة ربّ العمل<sup>(2)</sup>. ومن المعلوم أنّ هذه الدعوى لا توفّر حماية خاصة للمقاول الفرعي، لأنه يتعرّض لمزاحمة دائني المقاول الأصلي، فكلّ نفع يعود من هذه الدّعى يدخل في ذمّة المقاول الأصلي، و يكون ضماناً لجميع دائنيه.

## 2- عن حجة الأضرار التي قد تتولّد عن عدم إخضاع المقاول الفرعي للمسؤولية العشرية:

إنّ عدم خضوع المقاول الفرعي للضمان العشري يترتّب عليه آثار ضارّة، ذلك لأنّ التأمين الإجمالي-والذي سيأتي الحديث عليه لاحقاً-يرتبط في فرنسا، كما هو الحال في الجزائر بالمسؤولية العشرية وجوداً وعدمًا، و إنّ عدم خضوع المقاول الفرعي لأحكام هذا الضمان، قد يترتّب عليه بالنتيجة عدم خضوعه لأحكام إلزامية تأمين المسؤولية المهنية و العشرية الإلزامية، وذلك على الرّغم من أن الحكمة من التأمين هو حماية المضرورين من تهديم البناء للحصول على تعويض سريع وكامل.

وتحقيق هذه الغاية، يتطلّب تغطية التأمين الإجمالي للمسؤولية الناشئة عن جميع أعمال الأشخاص الذين يشاركون في عملية البناء والتشييد، وبالتالي يستوي أن يكون مقاولاً أصلياً أو فرعياً. فالعلة قائمة في كلتا الحالتين، و القول بغير ذلك يعرّض حق المضرورين في الحصول على تعويض كامل للخطر، لاسيما وأنّ المقاول الفرعي غالباً ما تكون إمكانياته المالية و المادية ضعيفة بالنظر إلى المهام المسندة إليه.

1- رأفت محمد أحمد حمّاد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن، المرجع السابق، ص 209. أنظر أيضاً، بجاوي المدني، عقد المقولة من الباطن، المرجع السابق، ص 129.

2- أحمد بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل و عقد المقولة، المرجع السابق، ص 146.

كما أنه و من جهة أخرى، إنّ القول بأنّ المشرّع الجزائري-على غرار باقي التشريعات-أراد من وراء فرض الضمان المعماري، حماية رب العمل فقط، فيه إهدار للمصالح العام وذلك على اعتبار أنّ المباني عنصر هام من عناصر الثروة الوطنية. وبالتالي يمكن الأخذ بذلك كحجّة من وراء فرض الضمان المعماري إلا أنّ ذلك يكون بشكل أفضل من خلال إقحام المقاول الفرعي أيضا في هذا الضمان، قصد توسيع دائرة الملتمزمين به<sup>(1)</sup>.

وتبعاً لذلك وبعد مناقشة الحجج القانونية والدوافع و الاعتبارات العملية التي جعلت المشرّع الفرنسي يحدّد من قائمة الملتمزمين بالضمان، و إبعاد المقاول الفرعي عنها بموجب المادة 1792 السابقة الذكر، يمكن القول بأنّ المشرّع الجزائري قد حدا حدو المشرّع الفرنسي من خلال استبعاد تطبيق أحكام المسؤولية العشرية على المقاول الفرعي، ذلك لأنّ الضمان المعماري في القانون الجزائري، هو التزام و ضمان قانوني وارد في نص خاص وهو الأمر الذي يجعله استثناء عن القواعد العامة، ومن المعلوم أنّ الاستثناء لا يجوز التوسّع فيه كما لا يقاس عليه<sup>(2)</sup>.

يضاف إلى ذلك، أنّه يشترط لقيام الضمان العشري -و كما سنبين ذلك لاحقا- وجود رابطة عقدية مع ربّ العمل، و الذي وضع هذا الضمان لحماية حقوقه، ذلك لأنّه غالبا ما يجهل فن البناء والتشييد ويتعامل مع أهل الفنّ ممن لديهم خبرة تامة في هذا المجال<sup>(3)</sup>، ومما يؤكّد ذلك أنّ المشرّع الجزائري نصّ في المادة 564 من ق.م.ج-التي تجيز المقاول الفرعية- على أنّه في حالة وجود المقاول الفرعية، تبقى مسؤولية المقاول الأصلي قائمة تجاه رب العمل، وهذا ما ذكرناه في المطلب الأوّل.

وأخيرا و بحسب رأينا، أنّه يتوجّب على المشرّع الجزائري ضرورة التّدخل لتقرير نص صريح يقضي بإخضاع المقاول الفرعي لأحكام الضمان العشري، لأنّه من شأن ذلك أن يحقّق حماية فعلية كبيرة لرب العمل من خلال توسيع قائمة المدرجين في دائرة الضمان. كما أنّه من شأن تقرير الضمان العشري على المقاول الفرعي، أن يجعله يبذل قصارى جهده و طاقاته في سبيل إنجاز العمل المعهود به إليه و على أحسن صورة و كذلك إلى محاربة كل أنواع الغش في أعمال البناء و التي قد ترتكب من طرفه. كما قد يؤدّي إخضاع المقاول الفرعي إلى إلزامية إخضاعه للتأمين، ممّا يدفع عجلة التنمية من خلال المساهمة في الاقتصاد عن طريق أقساط التأمين التي يلتزم بدفعها إلى شركات التأمين.

1- رأفت محمد أحمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن، المرجع السابق، ص 213.

2- أحمد بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاول، المرجع السابق، ص 149.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الوارد على العمل، ج 07، المرجع السابق، ص 63. أنظر أيضا محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد المقاول في ضوء الفقه و القضاء المرجع السابق، ص 181.

-**ومخلاصة للمبحث الثاني** يستخلص بأن أسلوب المقابلة الفرعية، أصبح ضرورة وحتمية يلجأ إليها المقاول الأصلي نظرا لعدة اعتبارات قائمة لدية ولعل أبرزها ربح الوقت والإنقاص من التكاليف، والاعتماد على تخصص المقاول الفرعي في مجال البناء. ورغم ذلك فإنها لم تعن بالرعاية الكافية من حيث التّحصين القانوني لها-كما ذكرناه سابقا-و من ثم ندعو المشرّع الجزائري إلى القيام بذلك ، من خلال صياغة قواعد قانونية جديدة تتماشى من طبيعة المقابلة الفرعية (كونها تتسم بالتبعية والاستقلالية في ذات الوقت). كما أنّ المقابلة الفرعية لا تؤثر على العقد الأصلي القائم بين رب العمل والمقاول الأصلي، إذ يبقى هذا الأخير مسؤولا عن أعمال المقاول الفرعي مسؤولية عقدية. إضافة إلى بقاء موضوع المقابلة كما نشأ بينهما، فلا يمكن للمقاول الفرعي تعديل بنود العقد أو تغيير مضمونه.

كما رأينا بأنّ الغياب التشريعي بخصوص مسألة إخضاع المقاول الفرعي إلى أحكام الضمان العشري والذي قد يعدّ إهدارا لحق رب العمل بضمان مشروعه العقاري، و قد يؤدي إلى تهاون المقاول الفرعي وتماطله في إنجاز الأعمال المسندة إليه من جانب المقاول الأصلي. و لذلك ندعو المشرّع الجزائري إلى إقحام المقاول الفرعي للمسؤولية العشرية من خلال تعديل مضمون المواد النّاطمة له.

وبعد دراسة الإطار القانوني لإنشاء مقابلة البناء بصورة عامة، و الذي تطرقنا فيه إلى صورة إنشائها المباشرة بين رب العمل و المقاول الأصلي من حيث ضرورة توافر رضاها على ماهيتها، و محل مقابلة البناء. و كذا إلى صورة إنشاء مقابلة البناء بطريقة غير مباشرة، و التي تسمى بالمقابلة الفرعية من حيث طبيعتها القانونية، و تأثيرها على علاقة رب العمل بالمقاول الأصلي، وعلاقتها بالمسؤولية العشرية. نقوم من خلال الفصل الثاني بدراسة الآثار المترتبة عن النشوء السليم لمقابلة البناء ، والتي ندرس من خلالها نطاق التزامات طرفيها العقدية بموجب المبحث الأول.

ثمّ إلى التزامات المقاول القانونية والتي تتجلى-على وجه الخصوص-في الضمان العشري، ونطاق التأمين في مجال البناء. فبالنظر إلى أهميتهما القصوى، إرتنينا تخصيص دراستهما بموجب مبحث مستقل.

## الفصل الثاني-آثار عقد مقاوله البناء:

القاعدة أنّ العقد إذا نشأ صحيحا، واستوفي جميع شروطه القانونية المتطلبّة، فإنّه يرتب آثاره القانونية كأصل عام ويكون ملزما للطرفين، متى تبادل الالتزام بعضهما البعض، ذلك لأنّه (أي العقد) شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب يفرضها القانون<sup>(1)</sup>. وطالما أنّه سبق التطرّق إلى القوّة الإلزامية لمقاوله البناء، سواء من حيث الأشخاص أو الموضوع والملزمة للجانبين، لذا فإنّه يرتب التزامات عقدية في ذمة رب العمل - مرقيًا عقاريًا أو غير مرقيًا-، والتزامات أخرى على عاتق مقاول البناء. إضافة إلى ذلك فقد ينتج عن عقد مقاوله البناء، التزامات أخرى في ذمة المقاول عقدية كانت أم قانونية، وذلك لأنّ المشرّع الجزائري قد ألزمه بضمان خاص وأحكام استثنائية، والتي تتمثل في الالتزام بضمان المنشآت والمباني<sup>(2)</sup>.

لذلك فقد ألزمه المشرّع أيضا، بتأمين مسؤوليته في مجال البناء ضد المخاطر التي قد تترتب على تهديم البناء كما ورد في القانون المتعلّق بالتأمينات<sup>(3)</sup>، من خلال إلزامه بوجود تأمين مسؤوليته المدنية المهنية<sup>(4)</sup>، والتي قد يتعرّض لها (La responsabilité professionnelle) وكذا تأمين مسؤوليته العشرية ممّا يجعلنا نستخلص بأنّ كلّ من الضمان العشري والتأمين عليه وعلى المسؤولية المدنية، التزامان قانونيان يقعان على عاتقه في إطار المقاوله، وذلك إضافة إلى ما قد يتولّد عن المقاوله من التزامات عقدية أخرى والتي يتوجّب عليها تنفيذها وبحسن نية، عملا بأحكام المادة 107 من ق.م.ج والتي تنصّ على ما

---

1-وفقا للقواعد العامّة أنّه، إذا انعقد العقد صحيحا، فإنّه يلزم المتعاقدين و يلتزم كلّ متعاقد بالقيام بالالتزامات، التي يرتبها العقد في ذمّته، ويعبر عن ذلك بالقوّة الملزمة للعقد. و من ثمّ يتوجّب على كلّ طرف احترام العقد، في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كالقانون تماما. و يترتب على ذلك أنّه لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقصه أو يتحلّل منه، و لا يحقّ تعديله ما لم يجز له القانون فعل ذلك. أنظر محمد السّدي صبري، الواضح في شرح القانون المدني النّظرية العامّة للالتزامات (مصادر الالتزام-العقد و الإرادة المنفردة)، المرجع السّابق، ص298.

2- نصّ عليه المشرّع الجزائري في المواد من 554 الى 557 من ق.م.ج.

3- الأمر رقم 95-07 و المتعلّق بالتأمينات-السالف الذكر-، إذ تنصّ المادة 178 من على ما يلي: "يجب على المهندسين المعماريين و المقاولين وكذا المراقبين التقنيين اكتابة عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع".

4- تنصّ المادة 01/175 من ذات القانون على ما يلي: "على كل مهندس معماري و مقاول و مراقب تقني و أي متدخّل، شخصا طبيعيا كان أو معنويا، أن يكتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرّض لها بسبب أشغال البناء و تجديد البناءات أو ترميمها". نقلا عن/ بن عبد القادر زهرة ، الضمان العشري في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة باتنة ، 2003، ص 78.

يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية. و لا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف و العدالة، بحسب طبيعة الإلتزام".

وتبعاً لذلك فإننا نتطرق في هذا الفصل إلى دراسة التزمات العقدية لكل طرف في عقد المقولة، سواء بالنسبة لرب العمل (صاحب المشروع) سواء كان مرقيًا في إطار الترقية العقارية-أو غير ذلك، طالما أن التزماتهما واحدة في إطار العقد، و إن كان للمرقي التزمات أخرى<sup>(1)</sup>.

وكذا التزمات المقاول العقدية وذلك بموجب المبحث الأول. ثم بعدها نتناول بالدراسة التزمات المقاول القانونية، والمتمثلة في الضمان العشري والإلزامية التأمين في مجال التشييد والبناء، وذلك بموجب المبحث الثاني.

### المبحث الأول-التزمات العقدية في عقد مقولة البناء:

ونقصد بها ما يلتزم به كل طرف في عقد المقولة، من رب عمل ومقاول في مجال البناء باعتبار العقد من عقود المعاوضة، فإنه يرتب التزمات متبادلة للطرفين وفقا لما تم التطرق إليه سابقا، و كذا الجزاء المقترن والذي رتبته القانون في حالة الإخلال بذلك الإلتزامات سزاء من جانب صاحب المشروع أو المقاول. وتبعاً لذلك نخصص المطلب الأول للإلتزامات رب العمل، أما التزمات المقاول، فقد خصصنا لها المطلب الثاني من الدراسة.

---

1- تجدر الإشارة، بأن هناك التزمات المرقي العقاري الخاص المهنية باعتباره صاحب مشروع ومتعاقد معه المقاول و ذلك قصد تجسيد مشروعه العقاري و تتمثل على وجه الخصوص فيما يلي:

أ- التزم المرقي العقاري بضرورة مطابقة المشروع العقاري مع مخططات التهيئة والتعمير، و التي تتمثل فيما يلي:  
-المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير

-مخطط شغل الأراضي

ب-التزم المرقي العقاري بالحصول على الشهادات و الرخص الإدارية، والتي تتمثل فيما يلي:

-شهادة التعمير

-رخصة التجزئة

-رخصة البناء

ج-الإلزامية الخضوع لأخلاقيات المهنة

د-الإلتساب إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية. دغيس أحمد ، الضمانات في الترقية العقارية، بعد الإستيلاء النهائي للمشروع العقاري، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص19.

## المطلب الأول- التزامات رب العمل:

سواء كان رب العمل مرقيا أم لا، وعلى اعتبار أنه صاحب المشروع و السلطة في اتخاذ القرار، فإنه يجب أن تتوفر فيه سمتان أساسيتان لاعتباره كذلك. أولاهما أن يتم العمل لحسابه، والثانية أن يكون هو بذاته الملتزم بدفع الأجر، نظير العمل المنجز له. وعند توافر الشروط المذكورة مسبقا، فإنه يتوجب على رب العمل تنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد<sup>(1)</sup>، نظرا لارتباطها بحقوق المقاول قصد حمايتهما من جهة أخرى، وكذلك قصد إضفاء الحماية على كل شخص مستفيد من قريب و من بعيد من هذا البناء، وعلى وجه الخصوص إذا تعلق الأمر بالترقية العقارية، ذلك لأن المرقى العقاري يتصرف فيه بالبيع و/أو الإيجار. لذلك فمن واجب رب العمل دفع أجر المقاول، نظير الخدمات المقدمة إلى رب العمل من طرفه، وذلك بالنظر إلى ضخامة مقاولات البناء، والغلاء الفاحح لمواد البناء و قيمة و أجر العمل المنجز من طرف المقاول، مع الإشارة إلى أن الوفاء بأجر المقاول هو الالتزام الأساسي لرب العمل، أما الالتزامات الأخرى فهي ثانوية و لاحقة.

كذلك يتوجب على رب العمل، أن يتولى مهمة القيام بالرقابة على العمل المراد إنجازه أو المنجز، و إلقاء الفحص عليه، قصد التأكد من خلوه من أية عيوب<sup>(2)</sup> و ذلك قبل تسلمه ذلك، لأن هذا الأخير يعد أيضا من التزامات رب العمل بعد الانتهاء منه. كما أضفى القانون حماية للمقاول، من خلال إلزام رب العمل بعدم التعرض له أثناء إنجاز العمل، و ذلك بعد التعاقد بأية صورة كان ذلك التعرض. فلذلك فإن رب العمل يلتزم أيضا بتمكين المقاول من الإنجاز، و خصوصا إذا قرّر توقيع عقوبات مالية في حالة التأخر عن الإنجاز.

## الفرع الأول-التزام رب العمل بدفع الأجر:

حيث يعدّ دفع الأجر للمقاول جوهر و لبّ التزام رب العمل في المقولة، كونه يعكس المقابل الذي نتجت نية المقاول للحصول عليه، مقابل الأعمال المقدمة لرب العمل. لذلك فإنه يلتزم بدفع الأجر المتفق عليه معه دون زيادة أو نقصان. وتجدر الإشارة إلى أن رب العمل يكون ملتزما شخصيا بالوفاء بالأجر

1- تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، نصّ على هذه الإلتزامات في ق.م.ج ، ضمن المواد من 558 الى 563 من ق.م.ج.

2- هذا الإلتزام المتمثل في مراقبة العمل و التأكد من صحته و خلوه من أي عيب ، يقع بشكل كبير على المرقى العقاري لأنه الوحيد الذي له نية تأجير البناء و/أو بيعه، مما يجعله يتغاضى عن العيوب التي قد تعثره، و تجعله يتسلم المشروع بدون فحصه، و هذا ما قد يعود على أرواح الناس بالسلب، والمستفيدين منه. فتحة قرّة، المرجع السابق، ص124.

للمتعامل معه، و بصورة مباشرة في عقد المقاولة. أمّا من حيث النّظام القانوني للوفاء بالأجر، فإنّه يشمل عنصرين أساسيين هما، التزام رب العمل بدفع الأجر من جهة و في عدم قيامه بذلك، و ما قد يترتّب عن ذلك من أثار قانونية وجزاءات قانونية. و تبعا لذلك نتطرّق إلى دراسة كل عنصر على حدى.

### أولا- في حالة تنفيذ رب العمل لهذا الالتزام:

إنّ دراسة هذا الحالة تقتضي منا التطرّق إلى دراسة الأطراف المعنيّة به، وكذا مكان و زمان تنفيذه إضافة إلى كيفية و طرق إثباته.

#### 1- أطراف الوفاء بالأجر:

طالما أنّ الأجر يمثّل قيمة مالية، فهو بالضرورة مرتبط بالذّمة المالية لكلا الطرفين، أحدهما دائن والأخر مدين به. و في عقد المقاولة، فإنّ الأجر يلتزم به رب العمل نظير الإنجازات المقدّمة له.

#### أ- المدين بالأجر:

حيث يلتزم رب العمل و الذي بيده زمام السّيطرة على الأشغال و المشروع، و الذي عهد إلى المقاول القيام بها و ليس المستفيد من العمل<sup>(1)</sup>، كالمالك الحقيقي للعقار (كما هو الحال في إطار الترقية العقارية، إذ أنّ المرقي العقاري هو الملزم بدفع الأجر، و ليس المتعاقد معه في إطار البيع أو الإيجار)، و هذا ما يستشفّ من خلال المادة 549 من ق.م.ج، بالإضافة إلى المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 السّالف الذّكر<sup>(2)</sup>. حيث يتوجّب عليه دفع الأجر للمتعامل معه بصورة مباشرة في المقاولة. و تجدر الإشارة إلى أنّ نفس الأحكام تطبّق أيضا في حالة تعاقد رب العمل مع مقاول مباشرة، و قد يتعاقد هذا الأخير مع مهندس لتكليفه بوضع التّصاميم و إعداد المقاييسات. وبذلك يكون رب العمل ملزم شخصا بدفع أجر المقاولة المتفق عليه، أو المحدّد بواسطة القانون (في حالة عدم الاتفاق) مع ما يلحق به من نفقات خاصة به، حتّى و إن تعلّق الأمر بأجر المقاول الفرعي، و عمّاله أو حتّى عمّال المقاول الأصلي، و الذي لا يتحرّر من جانبه من هذا الالتزام. أمّا إذا تعدّد أرباب العمل فإنّ كل واحد منهم، يلتزم بدفع قسم من الأجر، و يجب أن يكون مساويا لنسبة حصته في العمل، فإن لم تعيّن حصة كل واحد منهم، اعتبرت حصصهم

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، المقاولة، الوكالة و الوديعة و الحراسة، ج07، المجلد الأول المرجع السّابق، ص 195. أنظر أيضا، محمد عبد الرّحيم عنبر المحامي، المرجع السّابق، ص 185.

- حتّى لو أقام المستاجر للعين المؤجّرة أشغالا عليها، و تعاقد قصد إنجاز ذلك مع المقاول، فإنّه هو الذي يكون ملزما باعتباره رب عمل، حتّى و إن عادت العين المؤجّرة مع البناء إلى المؤجّر بعد تمام الأشغال، و في هذه الحالة لا يستطيع المقاول الرجوع على المؤجّر بالدعوى الغير المباشرة للمطالبة بالأجر. محمد عبد الرّحيم عنبر المحامي، المرجع و الموضوع السّابقين.

2- أنظر المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 94-07، و المتضمّن شروط ممارسة الهندسة المعمارية السّالف الذّكر.

متساوية، وانقسم الأجر بينهم بالتساوي. وبالتالي يندم التضامن بينهم في الأجر، إلا إذا وجد اتفاق بينهم على ذلك بحيث يمكن الرجوع على كل واحد منهم بكل الأجر<sup>(1)</sup>.

#### ب- الدائن بالأجر:

إن عملية التسييد والوفاء بالأجر، مهمة أساسية باعتبارها المحرك الرئيسي لعملية البناء والتشييد لما تكلفه من مواد بناء، ومهمات للتنفيذ وخبرات فنية تستدعيها تلك العملية. والأجر هو المقابل المنطقي لما يقدمه المقاول من إنجاز و مواد لذات الغرض، وذلك بحسب الإتفاق. وطالما أن المقاول يتعاقد مع رب العمل بموجب عقد مقاوله، فمبدئيا يعدّ الدائن الأصلي بالأجر الناتج عنها، كما يمكن أن يستفيد من ذلك المقاول الفرعي.

وقد أجاز القانون لرب العمل بأن يعهد إنجاز مشروعه إلى عدة مقاولين، فإن تعددوا لا يكونوا دائنين متضامنين بأجورهم، وإنما ينفرد كل واحد منهم بأجر خاص ولا شأن له بأجور الآخرين، ما لم يوجد اتفاق مع رب العمل على غير ذلك<sup>(2)</sup>، وبالتالي يمكن أن يكون المقاول الفرعي دائنا بأجر المقاوله أيضا.

وإن كان الأصل هو الوفاء بالأجر إلى المقاول شخصيا، فإنه لا يجوز لدائنيهما مطالبة رب العمل بالأجر المستحق لهما، إلا عن طريق الدعوى الغير المباشرة، فإن المشرع يكون بذلك و بموجب المادة 565 من ق.م.ج قد خرج عن الأصل، و من ثم يمكن لعمال المقاول الأصلي و الفرعي، مطالبة رب العمل بالأجر المحدد للمقاوله الأصلية. غير أن هذه الدعوى غالبا ما تكون غير مجدية، لذلك منح القانون امتيازاً لعمال المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، و عماله أيضا على المبالغ التي تكون مستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل، أو المبالغ التي تكون مستحقة للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي، بسبب إنجازهم للعمل محل المقاوله<sup>(3)</sup>.

وهذا الحكم الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 02/565 من ق.م.ج، والتي تنص على ما يلي: "ولهم في حالة توقيع الحجز على أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز. ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، و يجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة".

1- السنهوري، العقود الواردة على العمل، المقاوله، الوكالة و الوديعة و الحراسة، ج07، المجلد الأول المرجع السابق ص

197. أنظر أيضا، محمد عبد الرحيم عنبر المحامي، المرجع السابق ص 244

2- تتعلق هذه الحالة، بتعدد طرفي الالتزام، و التي عالجه المشرع الجزائري، من خلال نص المادة 217 من ق.م.ج، و التي تنص على ما يلي: "التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، و إنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون.

3- السنهوري، ج07، المرجع السابق ص 198. أنظر أيضا، محمد عبد الرحيم عنبر المحامي، المرجع السابق ص 245.

وقد ينتازل المقاول الأصلي عن حقّه في ذمّة رب العمل عن طريق حوالة الحق، فتسري هذه الأخيرة في حقّ عماله وكذا في حقّ المقاول الفرعي أو عمّاله، متى أصبحت نافذة في حقّ الغير (أي ربّ العمل) ويقبول المتنازل له بحسب الحالات، وفقا لأحكام المادتين 240 - 241 من ق.م.ج.<sup>(1)</sup>.

و إذا لم تكف تلك المبالغ المستحقة، اقتسم هؤلاء الدّين بينهم، قسمة الغرماء. و هذا الامتياز يشكّل من النّاحية القانونية، ضمانا من ضمانات الوفاء بالأجر من طرف رب العمل، لعمّال المقاول الأصلي و للمقاول الفرعي و عمّاله أيضا.

وهناك من يضيف<sup>(2)</sup> إلى جانب المقاول (الأصلي و الفرعي) شخصا أو عدّة أشخاص، يستفيدون أيضا من أجر المقابلة بغضّ النظر عن أوصافهم أو العمل المعهود إليهم، لأنّ العبرة بوجود علاقة عقدية فقط مع رب العمل، كمكاتب الدّراسات و المهندسين الاستشاريين، و الحدّادين، و النّجارين... إلخ. بالنسبة للمهندس المعماري، فإنّه يستحقّ الأجر بحسب الإنجاز المقدّم من طرفه لفائدة رب العمل كون المهمّة الرئيسية التي تعهد إليه تتمثّل في وضع التّصميم.

وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادّة 555 من ق.م.ج بقولها: **إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التّصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التّصميم**. إلا أنّه قد يحدث أن تتعدّى ذلك، إلى ضرورة الإشراف و الرّقابة على الأعمال. كما قد يكون دائما بأجر المقابلة أيضا، المراقب التّقني<sup>(3)</sup> و ذلك في حالتين:

#### ✓ - الحالة الأولى:

عندما يتدخّل المراقب التّقني بناء على طلب رب العمل، و معنى ذلك أنّ كلّ منهما يرتبط بالآخر بعقد (عقد المراقبة التّقنية) و هذه العلاقة تمنح الحق للمراقب التّقني، أن يطالب رب العمل بأجر مقابل الأعمال التي يؤدّيها لصالح رب العمل باعتباره دائما له بمقتضى هذه العلاقة.

1- تنصّ المادّة 240 من ذات القانون على ما يلي: "لا تجوز حوالة الحقّ إلا إذا كان الحقّ قابلا للحجز". و بالتالي تجوز حوالة الحقّ بخصوص الوفاء بالأجر في المقابلة، و ذلك بالإستناد إلى ما سبق ذكره بخصوص الإمتياز و الحجز على الأجر. أمّا المادّة 241 من ذات القانون، فإنّها تنصّ على ما يلي: "لا يحتجّ بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير، إلا إذا رضي بها المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي. غير أنّ قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير، إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ".

2- إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و المقاول، طبقا للمادّة 554 من ق.م.ج، المرجع السابق ص 318.

3- سبقت الإشارة التعريف بالمراقب التّقني و إلى النّظام القانوني الخاضع له في مقدمة الدّراسة.

## ✓-الحالة الثانية:

عندما يتدخل المراقب التقني بناء على طلب المقاول أو المؤسسة المكلفة بالإنتاج. وفي هذه الحالة لا يوجد عقد بينه وبين رب العمل<sup>(1)</sup>، وبالتالي لا يعد دائما له بالأعمال التي يؤديها، ولا يطالبه بصفة مباشرة بالأجر وذلك لأنه لا توجد علاقة مباشرة بينهما. ولكن يستطيع المراقب التقني عن طريق دعوى غير مباشرة، والتي يرجع بها على رب العمل بإسم المقاول ليطالب بالأجر مقابل ما أداه من عمل، كما يستفيد من الضمانات التي يستفيد منها المقاول الفرعي.

وإن كان هناك رأي آخر في الفقه الفرنسي، يرى أنّ هناك فئتان فقط من المتدخلين في تشييد البناء وهما المهندس المعماري والمقاول باعتبارهما القائمين والمشرفين المباشرين على أعمال البناء والتشييد. أمّا الأشخاص الباقين والمساهمين في البناء والتشييد، يباشرون عملا يندرج في طبيعته في هاتين الفئتين<sup>(2)</sup>.

## 2- زمان و مكان الوفاء بالأجر:

الأصل أنّ زمان و مكان الوفاء بالأجر من طرف رب العمل، يتمّ وفقا لما يتفق عليه الطرفان، و إذا لم يتم الاتفاق، فإنّ ذلك يحدّد وفقا لاعتبارات أخرى .

ومن خلال هذا العنصر نتطرق إلى دراسة زمان و مكان الوفاء بالأجر من طرف رب العمل في المقولة، لما له من أهمية بالغة، نظرا للآثار القانونية المترتبة عنهما تباعا لما يلي:

## أ- زمان الوفاء بالأجر:

كقاعدة عامة ورد تحديد زمان و فاء رب العمل بالتزامه بدفع الأجر بموجب نص المادة 559 من ق.م.ج والتي تنصّ على ما يلي: "تدفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك". حيث يلاحظ من خلال هذه المادة أنّ المشرّع سبق العرف عن الاتفاق، رغم مبدأ سلطان الإرادة المعتمد في العقود، على اعتبار أنّ المقولة ترد على العمل والذي يطغى عليه الطابع التجاري المحض. إضافة إلى أنّها- و على وجه الخصوص مقولة البناء تنصبّ على عقار-يكتسبها الجانب المادي والذي له أعرافه الخاصة، فإنّ رب العمل ملزم بالوفاء بالأجر، و ذلك عند تسلمه العمل من طرف المقاول، ما لم

1- مسعودة مروش، عقد المقولة في القانون المدني الجزائري، ماجستير كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص102.

2-P,(peter), la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs, 2ème édition, p 109 ,paris,1969 .

يوجد عرف أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك. ولعلّ الغاية التي قصدها المشرع من خلال ربط زمان الوفاء بالأجر و جعله متوقفاً على تسلّم العمل تتمثّل في تمكين المتعاقدين من تنفيذ الالتزامات في أن واحد، تفادياً لأيّة خلافات مستقبلية ناجمة عن ذلك واستقراراً للمعاملات<sup>(1)</sup>.

إلا أنّ هذه الأحكام ليست مطلقة، إذ يجوز للمتعاقدین الاتفاق على ما يخالفها. فقد يتفق الطرفان على ميعاد دفع الأجر، كما قد يؤجّلانه إلى وقت لاحق<sup>(2)</sup>، بأن يتمّ دفعه بعد فترة من تسلّم العمل أو أن يعجلان به، بأن يتمّ دفعه مقدّماً قبل البدء في التنفيذ، أو بأن يدفع قسط منه احتياطياً، على أن يتمّ استكمال الباقي عند الانتهاء و تسليم العمل من طرف المقاول<sup>(3)</sup>.

### ب- مكان الوفاء بالأجر:

القاعدة أنّه يجب الوفاء بالأجر في المكان المتفق عليه من طرف المتعاقدين، و عند تعيينه على النحو المتقدم الذكر، لا يجوز لرب العمل دفع الأجر في مكان آخر، إلاّ إذا اقتضى الأمر ذلك. أمّا إذا تعدّر ذلك فإنّ الدّفع يتمّ في المكان الذي يقضي به العرف، أي المكان الذي يتمّ فيه تسليم العمل من طرف المقاول بعد الانتهاء من وضعه<sup>(4)</sup>. و إذا لم يوجد اتفاق أو عرف لتحديد مكان الوفاء، وجب تطبيق أحكام المادة 282 من ق.م.ج و التي تنصّ على ما يلي: "إذا كان محلّ الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. أما الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه المؤسسة".

### 3- إثبات الأجر:

مبدئياً إنّ إثبات الاتفاق على مقدار الأجر، يمكن أن يكون بكل وسائل الإثبات. أمّا بالنسبة لطرق إثبات الوفاء بالأجر، فإنّه يتوجّب علينا معرفة عبء إثبات الوفاء، بالإضافة إلى تلك الطرق.

1- يعتبر هذا الحكم استثناءً عن القاعدة العامة للعقد، والتي تقضي بأن يتمّ دفع الأجر فور انعقاده، أي يدفع مقدّماً قبل تنفيذ العقد طبقاً للمادة 01/281 من ق.م.ج، و التي تنصّ على ما يلي: "يجب أن يتمّ الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائياً في ذمّة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". إلاّ أنّه يستبعد تطبيق هذا الحكم بخصوص المقاول طالما أنّ أحكامها خاصّة و مقرّرة في المادة 559 من ذات القانون ، طبقاً لقاعدة الخاص يقيدّ العام.

2- السنهوري، ج07، المرجع السابق، ص 198. أنظر أيضاً، عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع السابق ص78.  
3 -Planiol, G.(Ripert) , T11, traité pratique de droit civil français, contrat civil, tome11,deuxième partie.N°932, p171, lgdj, paris 1952.

4- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 80. أنظر أيضاً، عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاول و الوكالة و الوديعة و الحراسة، ج 07، المجلد الأول، المرجع السابق ص202.

## أ- بالنسبة لعبء الإثبات:

بخصوص مسألة عبء إثبات الوفاء بالأجر، فقد تمّ تقرير قاعدة مشهورة في القانون و المستنبطة من الفقه الإسلامي، و المتمثلة في "البيّنة على من ادعى"، والتي كرّسها المشرّع من خلال المادة 323 من ق.م.ج، إذ تنصّ على ما يلي: "على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلّص منه". إذ يستخلص منها بأنّ عبء الإثبات لا يقع بصفة خاصة على طرف معين، وإنّما يستبق فيه المستفيد منه". ورجوعا إلى مقولة البناء، فإنّ المستفيد من إثبات الوفاء بالأجر هو بطبيعة الحال، رب العمل باعتباره مدينا أصليا به، و بالتالي هو من يقع عليه عبء الوفاء بالتزامه<sup>(1)</sup>.

## ب- مسألة الإثبات:

أما عن مسألة إثبات الوفاء بالأجر، فعلى رب العمل إثبات أنّه قد أوفى بالتزامه بالوفاء، مستعملا طرقا لذلك و التي تستند أساسا، على الطبيعة القانونية للمقولة من جانب المقاول. حتّى وإن تعدّى مبلغ المقولة مبلغ مائة ألف دينار (100.000 دج) ، فإنّه يجوز الإثبات بكافة الوسائل، وهذا ما يستخلص بمفهوم المخالفة لنص المادة 333 من ق.م.ج ، والتي تنصّ على ما يلي: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نصّ يقضي بغير ذلك".

أما بالنسبة للمرقّي العقاري، وعلى اعتبار أنّه يكتسب صفة التاجر-كما أشرنا إليه مسبقا- فقد حسم القانون رقم 04-11 السالف الذكر الأمر بالنسبة إليه، إذ اعتبر في المادتين 02-03 منه، القائم بالترقية العقارية شخصا طبيعيا كان أم معنويا تاجرا بقوة القانون، واعتبرت المادة 04 منه أنّ هذه النشاطات المتعلقة بالترقية العقارية أعمالا تجارية، والتي يمكنه إثباتها بكافة الطرق<sup>(2)</sup>.

كما أنّه من حقّ رب العمل، عند وفائه بالأجر أو بجزء منه أن يحصل من المقاول دليلا لهذا الوفاء كأن يطلب سندا مكتوبا يفيد الوفاء (تصريح-مخالصة)، طبقا لأحكام المادة 284 من ق.م.ج، والتي تنصّ على ما يلي: "يكون لمن قام بالوفاء بجزء من الدين، الحقّ في مطالبة مخالصة بما وفاه على سند الدين بحصول هذا الوفاء، وله أيضا الحقّ في مطالبة رد السند أو إلغائه، إذا وفى بكلّ الدين وإذا ضاع السند كان له أن يطلب من الدائن إسهادا على ضياع هذا السند".

<sup>1</sup>-فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 165.

<sup>2</sup>-دغيس أحمد، المرجع السابق، ص 78.

كما يجوز لربّ العمل أن يطلب من المقاول، إتلاف سند الأجر (والذي يعدّ سندا للدين-أي عقد المداولة إن كان مكتوبا) في حالة الوفاء بكلّ الأجر، أو التأشير عليه بما يفيد المخالصة لجزء منه احتفاظا منه بالدليل الذي يمكن الاستعانة به عند النزاع<sup>(1)</sup>.

### ثانيا- تخلف التزام رب العمل بالوفاء بالأجر:

ومن خلال هذا العنصر، سوف نتطرق إلى مجمل المبررات التي من شأنها إعفاء رب العمل من دفع أجر المداولة و التي إذا تخلفت، فإنّ القانون قد قرّر جزاءات لذلك من خلال تحمّل ربّ العمل لمسؤوليته العقدية، إضافة إلى الضمانات الممنوحة للمقاول قصد إلزام رب العمل بالوفاء، و التي نوردها تبعا لما يلي:

#### 1- حالات إعفاء رب العمل من دفع الأجر:

حيث أجاز القانون لربّ العمل الامتناع عن الوفاء بالأجر لصالح مقاول البناء، وذلك في حالات و بموجب مبررات يمكنه الاستناد عليها، قصد درء الالتزام بالوفاء بالأجر الملقى على عاتقه وهي:

##### أ- فساد رضى رب العمل:

و يتحقّق ذلك من خلال وجود خلل في رضاه، إثر عيب من عيوب الإرادة، والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه و الاستغلال. فبتوقّف أحد هذه العيوب يمكن لرب العمل تبرير إعفائه من الوفاء بالأجر إضافة إلى أحكام أخرى تقرّها المواد النّاطمة لهذه العيوب. إلاّ أنّه و إذا تعلّق الأمر بالغلط في عقد مداولة البناء ، فإنّ له تطبيقات ذات أهمية ولاسيما منه الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته (ونقصد بذلك المقاول) خصوصا في مقاولات الإنشاءات الكبرى عندما يحدّد رب العمل، التّعاقد مع شخص موثوق به.

وفي الأخير نشير إلى أنّه إذا وقع غلط في الحساب أو وقعت غلطة في القلم، فإنّه تطبيقا للمادة 85 من ق.م.ج، لا يؤثّر على صحة العقد و بالتّالي لا يكون في هذه الحالة، رضى رب العمل معيب ولا يحقّ له إبطال عقد المداولة وإنّما يجب تصحيح الغلط فقط<sup>(1)</sup>.

---

1- تجدر الإشارة إلى أنّه، في حالة ضياع سند الأجر، يحقّ لرب العمل، المطالبة بإشهاد من المقاول عن هذا الضياع مرفقا بالتّصديق لتفادي إنكار أحدهما للوفاء أو التّوقيع، إذ أنّ ذلك التّصديق ينفي الإنكار، إلاّ اذا تعلّق الأمر بدعوى التّزوير. أنظر في هذا الصّدّد علي فيلالي، الإلتزامات، النّظرية العامّة للعقد، الطّبعة الأولى، مكتبة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، 1997، ص 97.

## ب-خطأ المقاول:

حيث يعدّ ذلك من بين الحالات أو المبررات، والتي تسمح لرب العمل بالتحرّر من الوفاء بالأجر<sup>(2)</sup> ويتحقّق ذلك في الحالات التالية:

### ب1-التأخّر في الإنجاز أو التأخّر في التسليم:

إنّ تأخّر المقاول عن التسليم في المكان و الزمان المتّفق عليهما والمناسبين، يعتبر أنّه قد وقع منهما خطأ والذي يشكل في حد ذاته إخلالا بالالتزام باحترام الآجال والتسليم. وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة سواء كان الإخلال في حد ذاته قد مسّ زمان و/أو مكان التسليم المتّفق عليه، وهذا ما كرسته المحكمة العليا بالجزائر في قرارها<sup>(3)</sup> تحت رقم 52936 والصادر بتاريخ 1998/03، والذي جاء فيه ما يلي: " أنّه بمراجعة أوراق الملف، يتبيّن أنّ قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقاً سليماً دون ارتكاب أيّ تجاوز كان في ممارسة سلطتهم وإنهم لم يقصروا في تعليل قضائهم، إذ أنّ الطاعنة خالفت أحكام المادة 170 من ق.م.ج، لأنّها لجأت إلى مقاول آخر الذي قام بتنفيذ التزام المطعون ضدهما، والمتمثّل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقد عليها نظراً لامتناعهما من ذلك، وهذا من دون أن تطلب صاحبة الطعن من القضاء ترخيصاً لهذا الغرض. مع الإشارة إلى أنّه من شأن هذه الطريقة المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر (170 ق.م.ج)، حسم الإدعاءات والمنازعات التي احتج بها المطعون ضدهما في وقتها والمتعلّقة بمحلّ العقد ذاته. فيستنتج من ذلك أنّ الوسائل المثارة غير سديدة برمتها وينبغي رفض الطعن".

وفي هذه الحالات يمنح لرب العمل الحقّ في الامتناع عن الوفاء بالأجر، إلى غاية طلب التنفيذ العيني مع التّهديد المالي، إذا كان الأمر يقتضي ذلك، أو طلب التعويض أو الفسخ طبقاً للقواعد العامة وعملاً بأحكام المادة 01/119 من ق.م.ج، والتي تنصّ على ما يلي: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك...."<sup>(4)</sup>.

1 -Jean Bernard (Auby).Hugues perinet( Marquet) .droit de l'urbanisme et de la construction.4ème éd, Montchrestien .paris, 1996, N°1066 et suivants .P478.

2-Jean Bernard (Auby).Hugues perinet( Marquet) .op-cit, p479.

3-القرار رقم 52936، مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية، سنة 1998، ع 01، ص 109.

<sup>4</sup>-بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاولة، المرجع السابق، ص 126.

و في هذه الحالات فإن مسؤولية المقاول لا تنتفي إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، كما لو أثبت أن الخطأ يعود لرب العمل الذي تأخر في استلام العمل، أو كان له دخل في التأخر عن الإنجاز (مثل عدم دفع أجور الأقساط المسبقة و المتفق عليها<sup>(1)</sup>)، أو وقوع اضطرابات جوية غير متوقعة عرقلت وتيرة الإنجاز، كما يضاف إلى ذلك حالة تأخر المقاول في البدء بالإنجاز، أو إبداء نيته في عدم الإنجاز أيضا.

### ب2- قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد:

إذ أن ذلك أيضا يشكّل إخلالا بالتزام المقاول بحسن الإنجاز و مراعاة أصول و أعراف المهنة، و يكون ذلك كمخالفة لتلك الأصول، أو إخلاله لبعض الشروط المنقحة عليها مسبقا في العقد، مما يفتح مجالا لرب العمل لرفض الوفاء بالأجر، وطلب التنفيذ العيني أو الفسخ إذا كان إصلاح العيب مستحيلا<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الحالات يمكن لرب العمل أن يتحلل من دفع الأجر، وفسخ العقد أو توكيل مقاول آخر وذلك بعد استيفاء الإجراءات القانونية اللازمة لذلك، كتوجيه الإنذار على المقاول تطبيقا لنص المادة 553 منق.م.ج. وعليه لا يكفي مجرد إرسال رسالة أو رسالتين من رب العمل لطلب استئناف الأشغال المتوقفة، لأن الرسالة في حد ذاتها لا تعدّ وسيلة إثبات. وهذا ما قضى به المجلس الأعلى بالجزائر في قراره رقم 51553، و المؤرخ في 1987/11/11<sup>(3)</sup>، على أنه: " إذا كان العدول على طريقة التنفيذ مستحيلا، يستطيع رب العمل طلب فسخ العقد في الحال، دون الحاجة إلى تعيين أجل".

### ب3- هلاك الشيء:

عملا بأحكام المادة 568 من ق.م.ج، والتي تنصّ على ما يلي: " إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته". حيث تجد هذه المادة تطبيقا لها بشأن العقود التي يكون فيها المحلّ منجزا ومنصبا على شيء مادي ويقوم المقاول بصناعته أو تصليحه أو تحويله، لذلك يجب استبعاد هذه المادة من نطاق التطبيق على العقود التي تكون منصبة على أشياء غير مادية. ومن خلالها يتحمل المقاول تبعة هلاك الشيء المنجز (البنائية)، إلا إذا أثبت

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج07، المرجع السابق، ص92.

2- السنهوري، المرجع السابق، ص93.

3- قراره رقم 51553، الغرفة المدنية، المجلة القضائية، سنة 1992، ع 04، ص23.

القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ إلى غاية تسلّم هذا العمل من رب العمل<sup>(1)</sup>. وفي هذه الحالات ينقضي التزامه باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي وينقضي التزام رب العمل المقابل<sup>(2)</sup>.

أما إذا وقع الهلاك<sup>(3)</sup> بعد التسليم، فإنّ تبعه الهلاك يتحملها رب العمل والذي يتوجب عليه دفع الأجر كاملا للمقاول، على أنّ قيمة المادة تهلك على من قدمها -أي على مالكةا- وقد عبّر المشرع على ذلك في المادة 568/ 02 من ق.م.ج ، بقوله: "...ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين".

سواء كان رب العمل أو المقاول-في حالة تعهده بتقديم المادة و العمل-و ذلك تطبيقا للمادة 568 من ق.م.ج- السالفة الذكر-، والتي توافق قاعدة "الشيء يهلك على مالكة"<sup>(4)</sup>. إذ يتحمل المشيد تبعه الهلاك ولذلك فلا يستطيع أن يرجع بقيمتها على ربّ العمل، لأنّه لم يسلم الشيء له.

أما إذا كان رب العمل هو الذي قدّم مواد البناء أو المواد الخاصة بالتصاميم، فإنّه هو الذي يتحمل تبعه هلاك هذه المواد باعتباره مالكا لها<sup>(5)</sup>، و فيما يخصّ الأجر ونفقاته، فلا يمكن للمقاول في هذه الحالة مطالبة رب العمل بها.

إلا أنّ الأحكام التي سبق ذكرها بخصوص تبعه الهلاك، نجد لها أحكاما خاصة لها بموجب المادة 03/568 من ق.م.ج ، و تتمثل فيما يلي:

#### ✓ -حالة إعدار رب العمل بالتسليم:

ففي هذه الحالة فإنّ رب العمل هو الذي يتحمل تبعه الهلاك، وكذلك الحكم في حالة مشاهدة رب العمل و فحصه للإنجاز فصحا دقيقا(نظرية العلم اليقين). وبذلك يلزم بدفع الأجر ونفقاته، ومادة الصنع كما في حالة تسلّم الشيء، رغم كون رب العمل لم يتسلّمه.

1- السنهوري، ج07 المرجع السابق، ص93.

2- تنصّ المادة 121 من ق.م.ج، على ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له و يفسخ العقد بحكم القانون."

3 -Florence (Bertrand), les risques dans le contrat d'entreprise ,revue de droit immobilière,1981, p201 .

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، المقاوله، الوكالة، الوديعة، الحراسة، ج07، المجلد الأول المرجع السابق ص94.

5- محمد عبد الرّحيم عنبر المحامي، المرجع السابق ص72

## ✓ -الهالك بخطأ المقاول:

فإذا هلك الإنجاز بخطأ من المقاول، فإنّه هو الذي يتحمّل تبعه الهالك ورب العمل يعفى من دفع الأجر<sup>(1)</sup>. وفي حالة دفعه فإنّه يسترده منه، وإضافة إلى ذلك يكون المقاول ملزماً بدفع قيمة المادّة المستعملة في الإنجاز إذا كان رب العمل هو من قدّمها، كما يحقّ لهذا الأخير في جميع الحالات، طلب التعويض أن اقتضى الأمر، وذلك عمّا أصابه من ضرر بسبب خطأ المقاول.

ويندرج ضمن خطأ المقاول أيضاً، أن يعلم بالعيب أو كان ينبغي أن يعلم به وفقاً لأصول الصناعة. أمّا فيما يخصّ إثبات انعدام خطأ المقاول فإنّه يقع عليه ذلك، بأن يثبت غياب الخطأ من جانبه أو بإثبات سبب الهالك كالقوّة القاهرة أو الحادث المفاجئ<sup>(2)</sup>.

## ✓ -الهالك بخطأ رب العمل:

عملاً بأحكام المادة 03/568 من ق.م.ج، والتي تنصّ على ما يلي: "...فإذا كان رب العمل هو الذي أعذر بأن يتسلّم الشّيء، أو كان هلاك الشّيء أو تلفه راجعاً الى خطأ منه أو إلى عيب في المادّة التي قام بتوريدها كان هلاك المادّة عليه، وكان للمقاول الحقّ في الأجر وفي إصلاح الضّرر عند الاقتضاء".

فإنّه إذا كان الخطأ صادراً من جانب رب العمل و أدى إلى هلاك الشّيء، فإنّه هو من يتحمّل التّبعه ويتوجّب عليه في هذه الحالة، الوفاء بالأجر للأجزاء التي تمّ فحصها من طرفه.

## ج-تقادم دعوى الوفاء بالأجر:

القاعدة العامّة أنّ مدة التقادم التي تخضع لها جميع الحقوق، والالتزامات محدّدة ب15(خمس عشرة) سنة كاملة تسري من يوم نشوء الالتزام، ما لم يقرّر نصّ خاصّ مدّة أقلّ أو أكثر بالنسبة إلى التزام معيّن، وذلك عملاً بالمادة 308 من ق.م.ج، والتي تنصّ على ما يلي: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها النصّ الخاص في القانون و فيما عدا الاستثناءات الآتية".

وبالتالي فإنّ دعوى الوفاء بالأجر من جانب رب العمل- طالما أنّه يشكل التّزامه- تخضع للقواعد العامة، و هي بذلك تنقضي بعد مضي تلك المدّة، بغضّ النّظر عمّا إذا كانت المقابلة تجارية أو

1 --Florence( Bertrand) , les risques dans le contrat d'entreprise, op-cit,p203 .

<sup>2</sup>-علي علي سليمان، النّظرية العامّة للالتزامات، المرجع السّابق د.م.ج، سنة1988 ص234.

مدنية<sup>(1)</sup>). غير أنّ مدّة التّقادّم ليست من النّظام العام، لذلك ليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل يتوجّب على ربّ العمل أو من طرف دائئيه أو لكلّ ذي مصلحة التمسكّ به وإثارته، طبقاً للمادّة 321 من ق.م.ج، و التي تنصّ على ما يلي: " لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتّقادّم بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو من أحد دائئيه أو أيّ شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسكّ به المدين".

إلاّ أنّه ولكل قاعدة استثناء، و بذلك هناك استثناءات خاصّة تجعل تقادّم حقّ المطالبة بالوفاء بالأجر، غير خاضع لها، بعضها وارد في ق.م.ج، والبعض الآخر في القوانين الأخرى. غير أنّنا نركّز على ما يتعلّق بمقابلة البناء موضوع الدّراسة، وهذه الاستثناءات هي:

### ج1- التّقادّم بعد مضي سنة:

وهذه المدّة مقرّرة قانوناً بموجب المادّة 312 من ق.م.ج، والخاصّة بحقوق العمّال والأجراء الآخرين إذ أن حقوقهم تتقادّم بعد مضي سنة واحدة، اعتباراً من تاريخ الانتهاء من الأعمال المعهودة إليهم. وهي صلاحية ممنوحة لعمّال المقاول والمستخدمين في تنفيذ المقابلة. وهذه المدّة قصيرة جداً، لذلك فإنّ المدين (ربّ العمل) يكون ملزماً في الإثبات بأداء اليمين، والتي يمكن أن توجهها له المحكمة، وفي حالة نكوله عن تأدية تلك اليمين، ثبت الدّين في ذمّته<sup>(2)</sup>.

ولذلك تعدّ تلك اليمين حاسمة في النزاع المتعلّق بخصوص الوفاء بدين أحد هؤلاء. وفي هذه الحالة الأخيرة، فإنّ التّقادّم يخضع للقواعد العامّة<sup>(3)</sup> ويشمل هؤلاء العمّال والأجراء بالنّسبة للمقابلة.

### ثانياً- جزاء إخلال ربّ العمل بدفع الأجر:

إذا أخل ربّ العمل بدفع الأجر، كأن لم يدفعه في مكانه أو زمانه و المتفق عليه أو تأخّر على ذلك، فللمقاول الحقّ في أن يطالب بما تقيض به القواعد العامة في هذا الصّدّد، إذ له أن يطلب التّنفيذ العيني و إجبار

1- حسب رأينا أنّ مرّد ذلك هو عدم ورود نصّ خاص بالتّقادّم في الموادّ التجاريّة في ق.ت.ج، كما تتقادّم بنفس هذه المدّة دعوى الوفاء بالأجر إذا تخلف شرط من شروط التّقادّم في نصوص خاصة. أنظر في هذا الصّدّد، أنور سلطان، رابطة الإلتزام، المكتب المصري الحديث للطباعة والنّشر، مصر الإسكندرية، 1978، ص572.

2- على على سليمان، النّظرية العامّة للإلتزامات، المرجع السّابق، ص234.

3- أنور سلطان، المرجع السّابق ص 573. أنظر أيضاً، السنهوري العقود الواردة على العمل، المقابلة الوكالة، الوديعة، الحراسة، ج07، المجلّد الأول، المرجع السّابق ص 178.

وتجدر الإشارة إلى أنّ مدة سريان التّقادّم في الحقوق المذكورة أنفاً، تبدأ من الوقت الذي يتم فيه الدّائنون (أي العمّال و الأجراء) تقديم خدماتهم، و لو استمرّوا في تقديم خدمات أخرى، طبقاً للمادّة 01/313 والتي تنصّ على ما يلي: "يبدأ سريان التّقادّم في الحقوق المذكورة في المادّتين 309-311 من الوقت الذي يتمّ فيه الدّائنون تقديم خدماتهم و لو استمرّوا في أداء خدمة أخرى...". وهذه الحقوق تتقادّم بعد مضي سنة كاملة من زمن استحقاقها إلاّ إذا حرّر بشأنها سند، فيبدأ تقادّم جديد. أنور سلطان، المرجع السّابق، ص573.

المدین علیہ کما هو منصوص علیہ فی المادة 164 من ق.م.ج ، و التي تنص علی أنه: " یجبر المدین بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و 181 علی تنفيذ التزامه علینا متى كان ذلك ممكناً"<sup>(1)</sup>.

کما یحقّ فسخ المفاوضة، فی حالة ما إذا لم یقم رب العمل بدفع الأجر، فللطرف المتعاقد معه أن یختار طلب فسخ المفاوضة عملاً بالقاعدة العامة المنصوص علیها فی المادة 119 من ق.م.ج ، والتي تقضي بأنه: " فی العقود الملزمة للجانبین إذا لم یوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره أن یطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعویض فی الحالتین إذا اقتضى الحال ذلك".

والأصل أنّ الفسخ بوصفه جزءاً لإخلال أحد الطرفين بالتزامه، لا یقع بقوة القانون بل یدر به حکم قضائي نهائي، ولرب العمل أن یتقی الفسخ بالمبادرة بتنفيذ ما علیه حتّى صدور حکم النهائي، کما أنّ للقاضي السلطة التقديرية، إمّا أن یقضي بفسخ المفاوضة إذا وجد ضرر لذلك مع التعویض إذا كان له مقتضى، كأن یكون المفاوض قد أنفق مصروفات علی إنجاز العمل فیرجع بها علی رب العمل ، کما یرجع بجمیع ما تكبّده من خسارة وما فاتته من كسب بسبب ضیاع الصفقة علیه.

وإمّا أن یمنح القاضي- وفقاً لنص المادة 119/02 من ق.م.ج- العمل أجلاً حسب الظروف حتّى یقوم بوفاء التزامه كاملاً المتعلق بدفع الأجر، إذا وجد أنّ الأجر الذی بقي لدفعه للمفاوض لیس بمبلغ کبیر جداً ولا تبرره الظروف، و ذلك دون الإخلال بحقه فی التعویض فی جمیع الحالات، و الذی یخضع لتقدير المحكمة<sup>(2)</sup>.

---

1- و یشرط حسب هذه المادة قبل أن یطالب المفاوض بالتنفيذ العینی عن طریق القضاء، أن یعذر رب العمل بأنّ علیہ التزام بالوفاء بالأجر و یجب تنفيذه، و ذلك بإنذاره أو بما یقوم مقام الإنذار. السنهوري، المرجع السابق، ص 178.

2- التعویضات الناتجة عن التأخر فی دفع أجر عقد المفاوضة أو ما تسمی التعویضات التأخيرية تشمل ما ینتج من إنتفاع وإيراد للعمل المؤدی كالإنتفاع من المنزل المشید، وتسري علی هذا التعویض القواعد العامة التي تحکم تنفيذ العقد، فلا یكون مستحقاً فی ذمة رب العمل إلا من وقت إعداره بدفع الأجر، فإذا كان أجر المفاوضة مستحق الأداء ومعین القيمة، فإنه یتّم إعداره رب العمل بنفس الطريقة التي اسلفت ذكرها المادة 179 من ق.م.ج. وإذا كان الأجر عبارة عن مبلغ من النقود تمّ تحديده قانوناً بواسطة القاضي بعد رفع الدعوى القضائية لتحديد أجر المفاوضة ، فإنه یتّم صدور حکم بتحديد هذا الأجر ثم یتّم تبلیغ المدین بالحکم وإعداره بدفع الأجر، وتكون التعویضات عن التأخیر فی الدفع من وقت إعداره بالدفع (م 186 من ق.م.ج-330 من ق.م.إ.). وعلیه لا شأن لتسليم العمل فی استحقاق التعویضات التأخيرية ، فقد تستحق قبل تسليم العمل إذا كان الأجر مستحقاً قبل تسليم العمل، وقام المفاوض بإعداره رب العمل لدفع الأجر، وقد تستحق بعد تسليم العمل فی حالة لم یقم المفاوض بإعداره رب العمل بدفع الأجر إلا بعد التسليم، أو كان استحقاق الأجر بعد حصول التسليم. عبد الرزاق أحمد، السنهوري، شرح القانون المدني، العقود الواردة علی العمل، ج 07، المرجع السابق، ص 180.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه إذا طلب المقاول من القضاء، التنفيذ العيني بدفع أجر المقاوله له و ليس هناك حل آخر كفسخ العقد، فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ و إنما يحكم بالتنفيذ العيني. و هذا ما كرسته المحكمة العليا، من خلال قرارها رقم 61489 و الصادر بتاريخ 13-06-1990 تطبيقاً لنص المادة 549 من ق.م.، و الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً بأن المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين، أن يصنع شيئاً أو بأن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن أحد طرفي العقد قصر في تنفيذ التزامه، و من ثم فإنّ القضاة عندما أمروا بإلغاء العقد المبرم بين الطرفين بدلا من أن يحكموا على الطرف المخل بالتزامات يكونوا قد خالفوا القانون بقضائهم هذا، و متى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>(1)</sup>.

كما له الحق في الامتياز على الدين، إذ أنّ المبالغ المستحقة للمقاولين بعد أدائهم للأعمال المنوطة إليهم بموجب الاتفاق، تكون مضمونة بموجب امتياز و ذلك عملاً بأحكام المادة 1000 من ق.م.ج و التي تنصّ على ما يلي: "المبالغ المستحقة للمقاولين و المهندسين المعماري الذين عهد إليهم أبنية أو منشآت أخرى في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت و لكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه، و يجب أن يقيد الامتياز و تكون مرتبته من وقت القيد".

و نفس هذا الضمان - حق الامتياز على الدين - نجده في المادتين ق.م.ف 2103 و 2110 ق.م.ف. حيث تنصّ المادة 2103 أنه:

« Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont : les Architectes maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques, pourvu, néanmoins que, par un expert nommé d'office par le tribunal de grande instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés»<sup>(2)</sup>.

و كذا الحق في حبس الشيء المنجز<sup>(3)</sup>، سواء كان عقاراً ( و هو ما يقع في أغلب الأحوال)، أو منقولاً أو كان مادياً أو معنوياً و سواء كانت المادة مقدّمة من طرفه، أو كان قد قدّمها رب العمل نفسه و كذا يمكن أن يقع الحبس على الأدوات و المهمّات التي تسلّمها منه، مع الإشارة إلى أنّ حقّ حبس المقاول للشيء

<sup>1</sup> - قرار رقم 61489 و الصادر بتاريخ 13-06-1990 المجلة القضائية، الغرفة المدنية، سنة 1990، ع 01، ص 65.

<sup>2</sup> - Florence (Bertrand), op-cit, p 20

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، ج 07، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 205.

ينقضي إذا زال سبب الحبس بتنفيذ رب العمل التزامه بدفع الأجر أو إذا نزل المقاول عن حقه في الحبس لأن هذا الحق ليس من النظام العام، وأخيرا إذا خرج الشيء من حيازة المقاول بإرادته بأن يسلم له هذا الشيء قبل أن يدفع رب العمل لهذا الأخير الأجر، لكن في هذه الحالة يستطيع أن يطلب استرداده خلال 30 يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته، كما أنه إذا لم تنقضى سنة من وقت خروجه طبقا للمادة 202 من ق.م.ج.

كما يحق للمقاول التوقف عن التنفيذ طبقا لنص المادة 01/200 من ق.م.ج، على ما يلي: " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه و له علاقة سببية و ارتباط بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزام هذا".

أو كذلك يحق له الدفع بعدم التنفيذ للعقد و الذي يستمد تطبيقاته من القاعدة العامة و المتمثلة في الحق في حبس الشيء أو محلّ المقابلة، رغم تميّز كل واحد منهما عن الآخر و لاسيما من حيث المجال و الآثار<sup>(1)</sup>.

و هذه الصورة تطبق في حالة العقود الملزمة للجانبين، كما هو الحال بالنسبة للمقابلة، حيث تنص المادة 123 من ق.م.ج على ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما ألتزم به".

### الفرع الثاني- التزام رب العمل بتسليم العمل:

لقد ألزم المشرع رب العمل بتسليم المشروع المعماري المنجز من طرف المقاول والذي يعدّ محلاً لمقابلة البناء، وذلك مقابل التزام المقاول بالتسليم و ذلك بعد الانتهاء الإنجاز. وبالتالي يستخلص بأن التسليم والتسليم عمليتان متكاملتان<sup>(2)</sup>. وقصد دراسة تسليم العمل وما قد يترتب عليه من آثار قانونية، يتوجب علينا دراسة مضمونه من جهة، وقواعده من جهة أخرى، إضافة إلى جزاء الإخلال به من جانب رب العمل و ما قد يترتب عنه من مسؤولية.

<sup>1</sup> - أنظر في هذا الصدد، على فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الأولى، مطبعة الكاهنة، الدويرة الجزائري 1997، ص 361. أنظر أيضا محمد السعدي صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص 61.

2- عبد الرزاق حسين يسن، المسؤولية الخاصة بالمهندس و المقاول، المرجع السابق، ص 149.

## أولاً-مضمون التزام رب العمل بالتسليم:

ويقصد بمضمون الالتزام بالتسليم والواقع على عاتق رب العمل، تعريفه التشريعي والقضائي وأشكاله، وذلك لما له من آثار قانونية بين أطراف المقابلة، ولاسيما مسألة تبراة الذمم والوفاء بالأجر بالإضافة إلى بداية سريان مدة الضمان المعماري و ذلك كما جاء في نص المادة 554 من ق.م.ج.

### 1-تعريف الالتزام بالتسليم:

فمن الناحية التشريعية فقد تطرق المشرع الجزائري إلى ذكره في مواد عدة، أبرزها المواد 554/ 02- 558- 559- 568 من ق.م.ج. إلا أن الملاحظ من خلالها بأن المشرع لم يتطرق إلى مفهوم التسليم كعملية قانونية وإنما اكتفى فقط بالتطرق إليه على أساس أنه يمثل أحد التزامات رب العمل والمترتبة عن المقابلة<sup>(1)</sup>.

كما أن المراسيم والقرارات الوزارية تطرقت إلى التسليم دون تعريفه، ومنها المادتين 46-47 من القرار الوزاري والمتضمن الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية<sup>(2)</sup>، وكذا المادة 10 من القرار الوزاري المؤرخ في 05/05/1988، والمتضمن كليات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء<sup>(3)</sup>.

أما من حيث الجانب الفقهي، فقد عرّف الفقه التسليم على أنه: "التصرف الذي بواسطته يعترف رب العمل، بأن التنفيذ قد تمّ صحيحاً و مطابقاً للشروط و المواصفات المتفق عليها مع المفاوض"<sup>(4)</sup>.

أما الأستاذ "George Lit-veaux"، فقد عرّف التسليم بأنه:

1-راجع المواد 02/554-558-559-568 السالفة الذكر.

2- القرار الوزاري المتضمن الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية و المعروف باسم (C.C.A.G) ج ر ، ع 101، الصادرة في 11/12/1964.

-كما تطرقت مختلف التشريعات العربية- منها المصري و الكويتي-إلى التزام التسليم، كأساس لالتزام رب العمل، دون التطرق إلى تعريفه.

3-أما المشرع الفرنسي، فقد تطرق إلى التسليم و لأول مرة من خلال المادة 06/1792، والتي تمّ إدماجها بموجب القانون المدني رقم 12 لعام 1978، و المؤرخ في 04/01/1978 بقولها:

« la reception est l'acte par lequel le maitre de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. » - عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص 149.

4 -M (planiol), G (ripert), traité pratique de droit civil français, contrats civils, tome 11 2ème partie, LGDJ, N°931, paris 1954. P169,

"عملية حضورية مخصصة لمنح المقاول مخالصة بحسن تنفيذ للصّفقة (أي العقد) التي عهد بها إليه"<sup>(1)</sup>. انطلاقاً من هذين التعريفين، يتّضح لنا بأنّ الفقه لم يكتف بمجرّد وضع رب العمل ليده على الإنجاز وإتّما يشترط أيضاً العنصر الإرادي في التسلّم، من جانب رب العمل، والمتمثّل في تقبّله للعمل وإقراره بصحّة الإنجاز وخلوه من مجمل العيوب، مما يبرئ ذمّة المقاول في مواجهته<sup>(2)</sup>. أمّا الفقه الجزائري فقد تطرّق إلى التسلّم على أنّه: "التصرّف الذي بواسطته المتعاقد صاحب العمل، يتقبّل الإنجاز بتحفظات أو بدونها، وبصفة أخرى يوجد التسلّم عندما يتقبّل رب العمل الإنجاز، وذلك بعد الانتهاء من فحصه ورقابته ومطابقته لكل الشّروط والمواصفات المتفق عليها". وتجدر الإشارة إلى أنّه عادة ما يقوم رب العمل بتسلّم العمل بما يفيد فحصه ومعاينته عند تسلمه وذلك عند تسليمه من طرف المقاول. ولكن لا يوجد ما يمنع من أن ينفصل التسلّم عن التسليم، فقد يسبق أحدهما الآخر، وذلك ما يستخلص من خلال المادة 558 من ق.م.ج، وعلى وجه الخصوص عبارة "...في أقرب رقت ممكن..."<sup>(3)</sup>. ومع ذلك لا يجوز لرب العمل التعسّف في رفضه تسلّم العمل معيب أو الامتناع عن تسلّمه، إذا كان العيب بسيطاً لا يؤثّر على الانتفاع به، وصلاحيته للغرض المقصود منه، طبقاً لمبدأ حسن النّيّة في تنفيذ العقود، إضافة إلى مبدأ عدم التعسّف في استعمال الحق والذي نص عليه المشرّع الجزائري بموجب المادة 124 مكرّر من ق.م.ج كما يلي ما يلي: "يشكّل الاستعمال التعسفي للحقّ خطأ لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضّرر الناشئ للغير

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

لذلك أوجد القانون ضمانات لرب العمل، بخصوص بعض العيوب البسيطة اللاحقة بالإنجاز كتخفيض

السعر بقدر العيب و الضّرر إضافة إلى إمكانية طلب التعويض.

## 2- أشكال تسلّم العمل:

بعد التطرّق إلى مفهوم التسلّم من الناحيتين التشريعية و الفقهية، يتّضح لنا بأنّه قد يتّخذ أشكالاً عديدة بحسب الرّؤية التي ينظر إليها و تستند عليها في التّقسيم. فقد يكون التسلّم مؤقتاً أو نهائياً، و قد يكون كلياً أو جزئياً كما قد يكون صريحاً أو ضمنياً، إضافة إلى التّسليمين الحكمي أو القضائي، و تبعاً لذلك سنتطرّق إلى كلّ صنف على حدى، تبعاً لما يلي:

1- M (planiol), G (ripert), traité pratique de droit civil français, op-cit, P171,

2- أمّا الفقه المصري، فقد جعل التسلّم عملاً مستقلاً عن الإلتزام بتقبّله، حيث يرى بأنّ رب العمل قد يتسلّم العمل و يتقبّله في أن واحد، كما قد يتسلّمه على أن يتقبّله لاحقاً، كما قد يكون التقبّل سابقاً للتسلّم المؤجّل . أنظر، عبد الرزاق حسين يسن، المسؤولية الخاصة بالمهندس و المقاول، المرجع السابق، ص150.

3- توفيق زيداني، التّنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني، المرجع السابق ، ص75.

## أ- التسلم المؤقت والتسلم النهائي:

عملا بما هو سائد في الصفقات و العقود المبرمة بين رب العمل والمقاول، تضمينها شرطا يقضي بموجبه تسلم العمل مؤقتا، وهو التسلم الذي يتضمن مدة ضمان خاصة، وهي مدة ضمان حسن الإنجاز، والتي تعرف بـ (La garantie de bonne execution). إذ أنّ هذه المدة تميل لصالح رب العمل والذي بموجبه يتفحص الإنجاز مؤقتا، قصد التأكد من مطابقته للشروط والمواصفات المتفق عليها<sup>(1)</sup>.

وبعد ذلك يعلن رب العمل التسلم النهائي متى كان المقاول قد أتم الأعمال، التي كانت موضوع تحفظاته خلال مرحلة التسلم المؤقت<sup>(2)</sup>.

و يترتب على التسلم المؤقت الآثار القانونية التالية<sup>(3)</sup>:

- ✓ - دفع الأجر المتبقي للمقاول من طرف رب العمل.
- ✓ - بدأ احتساب مدة الضمان الخاص (حسن الإنجاز)، و التي تمنح للمقاول قصد إصلاح العيوب التي كانت موضوع تحفظات من طرف رب العمل.
- ✓ - تحرر المقاول من التزاماته العقدية، ما عدا تلك المتعلقة بفترة الضمان، بحيث يكون مسؤولا عن أعماله المشوبة بالعيوب<sup>(4)</sup>. أما إذا سكت رب العمل بعد مضي وانقضاء مدة الضمان الخاص، وبعد إصلاح العيوب، يعتبر أنه قد تسلم العمل حكما، و بذلك تبرا ذمة المقاول تجاه رب العمل من كل العيوب الظاهرة أثناء عملية التسلم، دون العيوب الخفية والتي قد تظهر بعد ذلك.

---

1- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، و المنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص158.

- تجدر الإشارة إلى أنه إذا اكتشف رب العمل بعض العيوب و النقائص من خلال استعماله للعمل المنجز، تعين عليه الإدلاء بها بجميع التحفظات عليها و من هنا يتوجب على المقاول أصلي، خلال المدة المتفق عليها. محمد شكري سرور، المرجع و الموضوع السابقين.

2- يشترط في مقاولات البناء أن يتم التسلم من خلال محضر يوقعه المقاول، والمستشار الفني ورب العمل، وذلك عملا بالمادة، 10 من القرار الوزاري والمؤرخ في 15-05-1988، والسالف الذكر، والتي تنص على أنه: "السهر على رفع التحفظات واقتراح التسلم النهائي على رب العمل، أن يتم ذلك بمحضر يوقعه المقاول والمستشار الفني ورب العمل. إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول، طبقا لنص المادة 544 من ق.م.ج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، ج03، 1995، ص683.

3-George (Lit-veaux), la responsabilité contractuel de droit commun des architectes et construction,op-cit, p174.

4- إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص 683.

أما التسلم النهائي والذي يكون بعد انقضاء مدة ضمان حسن الإنجاز، مع الإشارة إلى أنه في هذه الحالة يجب التفريق بين حالتين:

#### ■ - الحالة الأولى:

إذا أصلح المقاول العيوب التي كانت محلّ تحفظات، والمخاطر بها من طرف رب العمل أثناء مدة الضمان و بذلك يحرر الطرفان محضر التسلم النهائي، طبقاً لأحكام المادة 01/10 من القرار الوزاري المؤرخ في 15-05-1988، السالف الذكر<sup>(1)</sup>.

#### ■ - الحالة الثانية:

إذا لم يبدأ المقاول في إصلاح العيوب المتحفظ عليها أو أنه لم يتمها، رغم انتهاء مدة ضمان حسن الإنجاز ففي هذه الحالة فإن التسلم النهائي لا يتم، ويبقى مكان العمل مفتوحاً قانوناً حتى يتم الانتهاء من إصلاح العيوب المعهود بها للمقاول، وفي هذه الحالة يمكن للمقاول الأصلي، الاستعانة بمقاول فرعي لذات الغرض.

وتجدر الإشارة إلى أنه، إذا تعاقد رب العمل مع مجموعة من المقاولين، وبموجب عقود مختلفة ومنفصلة، فإنه لا يشترط أن ينفذوا التزامهم بتسليم الأعمال المنوطة إليهم بشكل موحد، فيمكن لرب العمل أن يتسلم من كلّ منهم على حدى ما أتمه من العمل الخاص به.

#### ب- التسلم الحكمي و التسلم القضائي:

عملاً بمبدأ التنفيذ الاختياري، فإن التسلم يتم بشكل ودي بين الطرفين، إلا أنه إذا تعذر ذلك فيمكن الاستعانة بالطرق المكترسة قانوناً. ولما كان من الثابت قانوناً، أنه يتوجب على رب العمل المبادرة في تسلم العمل والموضوع تحت تصرفه من طرف المقاول. وإذا امتنع عن ذلك، جاز للمقاول إنذاره رسمياً بواسطة إعدار، و يدعوه من خلالها لتسليم العمل. فإذا امتنع رب العمل مجدداً، اعتبر أنه قد تسلم العمل بصورة نهائية وذلك عملاً بأحكام المادة 558 من ق.م.ج، والتي تناولت حالة التسلم الحكمي.

أما التسلم القضائي والذي لم يتطرق المشرع إليه صراحة، و ذلك على خلاف الأنظمة القانونية الأخرى كالقانون الفرنسي، والذي اعترف بهذا التسلم من خلال المادة 01/1792 من ق.م.ف<sup>(2)</sup>، أين قرّر

1- عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص 241.

2- ق.م.ف و المعروف بالقانون رقم 12 و المؤرخ في 04 جانفي 1978، و المتضمن أحكام ق.م.ف. توفيق زيداني، المرجع السابق ص 79.

أنه في حالة امتناع رب العمل عن تسلّم العمل بطريقة طوعية، يمكن للمقاول الالتجاء إلى القضاء قصد الحكم بهذا التسلم.

وفي كافة الأحوال، فإنّ اشتراط المشرّع ضرورة أن يكون الامتناع الصادر عن رب العمل عن تسلّم العمل، يفتقر إلى السبب المشروع. فبالضرورة فإنّ ذلك يؤدي إلى الاختصاص بين الطرفين، و بالنتيجة معه الالتجاء إلى التقاضي، وهذا ما يؤدي بنا إلى إقرار التسلم القضائي عند الحكم به لصالح المقاول ضد رب العمل، وقد نجد له تطبيقات ميدانية<sup>(1)</sup>.

### ج-التسلم الكلي والتسلم الجزئي:

وفقا لهذا التقسيم فإنّ التسلم الكلي يكون بصورة كلية على العمل المنجز من طرف المقاول، وعلى وجه الخصوص إذا كان العمل متكاملًا ولا يقبل التجزئة بطبيعته، فلا يستطيع حينئذ ربّ العمل تسلّم جزء من العمل وإنما ينتظر حتى يتم إنجاز العمل كلية قصد تمكنه من التسلم. وفي هذه الحالة فإنّ التسلم يكون واحد و بواسطة محضر واحد، على خلاف التسلم الجزئي و الذي تتعدّد فيه المحاضر، بحسب عدد تجزئة العملية<sup>(2)</sup>.

أمّا التسلم الجزئي، فهو الذي يتمّ من خلاله تجزئة الأشغال و المشاريع إلى مراحل أو مجموعات والفاصل بينهما هو المعيار الزمني، و بالتالي تلي كلّ مرحلة بالضرورة مرحلة أخرى مع نسبة تقدم للأشغال بطبيعة الحال. و يكون هذا النوع من التسلم في المقاولات القابلة للتجزئة بطبيعتها<sup>(3)</sup>. ومن أمثلة التسلم الجزئي، أن يتكوّن الإنجاز من مرحلة الأساسات الخرسانية، ثمّ هياكل البناية في مرحلة ثانية وبعدها أعمال الجدران والفواصل، وتليها مرحلة البياض والأعمال الصحيّة، و مرحلة النجارة والحدادة.....إلى أن يتمّ المشروع، وبذلك يكون زمن تسلّم خاص بكلّ مرحلة على حدى، وبالنتيجة معه تعدّد تواريخ ومحاضر التسلم.

1- إذا ما طرح النزاع قضائياً، يتوجّب على القاضي الإستناد إلى ظروف الواقع لاعتبار أنّ التسلم قد تمّ في تاريخ سابق على رفع الدعوى متى قدر الأطراف أنّ الأعمال قد تمتّ قبل رفع الدعوى، و كانت مطابقة لما تمّ الإتفاق عليه. أنظر: -George( Lit-veaux) la responsabilité contractuel de droit commun des architectes et construction, op-cit, p175.

2- يكون تسلّم الأعمال بصفة كلية، حتى و إن كانت الأعمال قابلة للإنقسام بطبيعتها إذا اتفق الطرفان في العقد، على وجوب إتمام عملية التسلم مرّة واحدة و بصفة كلية، و في هذه الحالة على ربّ العمل الإنتظار إلى غاية إنجاز كلّ الأعمال ليتمكّن من تسلّمها. عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص245.

3- محمد الشكري سرور، مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء، و المنشآت الثابتة الأخرى، المرجع السابق، ص162.

غير أنّ هذه الحالة ، تطرح لنا إشكالا يتعلّق بكيفية احتساب سريان مدّة الضّمان العشري ، إذ أنّ هذه الأخيرة تبدأ في السريان من وقت آخر تسلّم لأخر جزء مشكل للإنجاز، ويستند في ذلك على الحاضر المكتوبة والموقّعة من قبل الطرفين بعد كل عملية تسلّم. وفي حالة تعاقد ربّ العمل مع مقاولين عدّة وبموجب عقود مستقلة، فإنّه لا يشترط أن ينفذوا إلّزامهم بتسليم الأعمال المعهودة إليهم بشكل موحد، إذ يتسلّم رب العمل من كلّ واحد منهم ما أتمّه من عمل خاص به.

#### د-التسلّم الصريح و التسلّم الضمني:

إذ يعتبران أيضا من أنواع تسلّم العمل المعهود به إلى المقاول. فأما التسلّم الصريح، والذي لا يتمّ إلاّ بواسطة محضر يوقّعه كل من المقاول وربّ العمل والمستشار الفني، وذلك عملا بأحكام المادة 558 من ق.م.ج. وهذا التسلّم يصبّ في صالح المقاول، والذي تقتضي مصلحته وجود دليل كتابي وواضح على أنّه قام بتنفيذ التزامه، والمتمثّل في تسليم العمل، وذلك حتّى تبرأ ذمته في مواجهة رب العمل. ومن ثمّ يكون التسلّم صريحا إلاّ إذا كان هناك اتفاق بين الطرفين على أن يكون هناك مدّة فاصلة بين التسلّم والتسليم<sup>(1)</sup>. أما التسلّم الضمني، فهو الذي يمكن استخلاصه ضمّنيا، و ذلك من بعض الوقائع و التصرفات، متى كانت تكشف بوضوح عن نيّة رب العمل في قبول الأعمال. وهذا الأخير يخضع لتقدير المحكمة في حالة اللجوء إلى القضاء. و من جملة هذا الأسانيد و التي قد يعتمد عليها القاضي، لجوء رب العمل إلى الحيّزة الفعلية للعمل المنجز أو استعماله، بحيث يستمرّ في وضع يده على المشروع و ذلك بدون تحفّظات. وهناك من عرف التسلّم الضمني، على أنّه: "اتّخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال، شكّا في تسلّم العمل محلّ التعاقد و تقبله"<sup>(2)</sup>.

بالتالي ومن خلال هذا التعريف، يستخلص أن التسلّم الضمني يكون منصبا على عنصرين أحدهما مادي والذي يتمثّل في الحيّزة أو وضع اليد. أمّا العنصر القانوني، فهو تعبير من إرادة واعية و صادرة من رب العمل، عن تسلّمه ورغبته في ذلك.

ومن أبرز الوقائع والملابسات التي يمكن من خلالها استخلاص و إثبات التسلّم الضمني، للعمل من طرف رب العمل ما يلي<sup>(3)</sup>:

1- محمد الشكري سرور، المرجع السابق، ص 163 .

2- إبراهيم يوسف، المرجع السابق ص 682.

3- عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص 183.

- ✓ -الحياسة الفعلية للبناء أو إستعماله.
- ✓ -تأجير البناء من طرف رب العمل، أو التّصرف فيه أو إدماجه في شيء اخر.
- ✓ -دفع ما تبقى من أجر للمقاول. و تجدر الإشارة إلى أنّ هذه الظّروف، كلّها قرائن قانونية بسيطة، يمكن إثبات عكسها.

## ثانيا-القواعد النّائمة لإلتزام رب العمل بالتسّم:

ونقصد من خلالها القواعد القانونية المطبّقة على هذا الإلتزام،من حيث الشّروط الواجبة التوفّر فيه وكذا من حيث زمان ومكان التسّم، وكذا كيفية إثباته.بالإضافة إلى أطرافه على اعتبار الاثار القانونية النّاجمة عنه:

### 1-شروط التسّم:

حتّى يكون تسّم رب العمل للإنجاز صحيحا و منتجا لكافة اثاره القانونية، يجب توافر شروطا لذلك سواء كانت موضوعية بالنّظر إلى طبيعته، أم شكلية اشترطها المشرّع الجزائي و ذلك ضمانا لتمام التسّم<sup>(1)</sup>:

#### أ-الشّروط الموضوعية:

حيث أنّ عملية التسّم تقتضي توافرها، كونه لا تتمّ إلاّ على شيء تمّ إنجازه، بعدما أصبح مطابقا لما تمّ التّعاقده عليه، و طبقا لما تشترطه قواعد الفن وأصول الصّناعة.

#### أ1-انجاز العمل محلّ التّعاقده:

كون ذلك الإنجاز يعدّ الإلتزام الأساسي والأصلي للمقاول، ولم يقتصر قصد المشرّع به تنفيذ العمل فقط،بل تمامه أيضا.ويعدّ هذا أيضا مقصد المشرّع الفرنسي، بنص خاص والذّي يقضي بضمان إتمام الإنجاز، والذّي بمقتضاه يتكفّل المقاول بإصلاح كلّ ما قد يظهر من عيوب في البناء خلال مدة سنة اعتبارا من تاريخ التسّم<sup>(2)</sup>.غير أنّ المشرّع لم يجعل هذا الإلتزام مقتصرًا على عائق المقاول فحسب، بل كذلك ألزم المهندس المعماري أيضا به، إذ جعله المدافع عن مصالح رب العمل، و المسؤول عن جميع الأعمال المهنية و المنوطة به، وذلك بعد إنجاز مهمّته<sup>(3)</sup>.لذلك فإنّ الإنجاز المتفق بموجب المقابلة، هو

<sup>1</sup> - محمد الشّكري سرور، المرجع السابق ص683.

<sup>2</sup> -محمد الشّكري سرور، المرجع السابق، ص684.

<sup>3</sup> -أنظر المادة14 من المرسوم التّشريعي 94-07، و المتضمّن شروط الهندسة المعمارية و ممارسة مهنة المهندس المعماري السالف الذكر.

شرط لتمام تسلّمه بحيث يعتقد الفقه<sup>(1)</sup>، بأنه ليس للمقاول حقّ في مطالبة ربّ العمل بتسلّم العمل، ما دام لم ينته من وضعه و تمام إنجازهِ بصورة كُليّة، و تقوم مسؤولية ربّ العمل برفضه تسلّم الأعمال المنجزة.

## أ2-المطابقة:

يجب أن يكون العمل مستجيباً لموضوع مقابلة البناء، و لما هو متّفق عليه بين الأطراف المتعاقدة وبالتالي يجب أن يكون العمل مطابقاً للمواصفات والشّروط المتعاقد عليها، وإذا تعذر ذلك فإنّه يحقّ لرب العمل الامتناع و رفض تسلّم المشروع. ويمكن أن يأخذ شكل عدم مطابقة العمل للمواصفات السّالفة الذّكر كما لو كان غير مطابق للتشريعات والتنظيمات المعمول بها في مجال البناء<sup>(2)</sup>، ويكون ذلك عند خرق المقاول لقاعدة تخصّ قواعد البناء والتعمير أو عدم احترام التنظيمات المتعلّقة بالأمن و بحفظ الصّحة أو عدم مطابقة العمل محلّ التسلّم لما تضمّنه دفتر الشّروط. فهناك مخالفة لاتفاق عقدي، إذ يلتزم المقاول بتسليم العمل مطابقاً للاستعمال المخصّص له بحسب طبيعة البناية. كما ألزم المشرّع رب العمل (المالك)، وعند الانتهاء من عملية التّشييد، بأن يخطر رئيس المجلس الشّعبي البلدي المختص إقليمياً، بحسب تواجد العقار محلّ الإنجاز، قصد استصدار شهادة المطابقة (Certificat de conformité)، وهي وثيقة إدارية بموجبها يتمّ إثبات مطابقة تلك الأشغال المنجزة مع رخصة البناء، لذلك ألزم المشرّع رئيس المجلس الشّعبي البلدي<sup>(3)</sup>، والأعوان المؤهلين قانوناً، أن يقوموا بزيارة ورشات الإنجاز، وذلك قصد تفقد البنايات الجارية إنجازها<sup>(4)</sup>، للقيام بالمراقبة التي يرونها لازمة للتأكد من احترام الشّروط القانونية والتنظيمية الجارية العمل بها في مجال البناء والتّشييد<sup>(5)</sup>، ذلك لأنّه يمنع استغلال أية بناية، إلّا بعد الحصول على تلك الشّهادات والرّخص.

1- عبد الرزاق حسين يسن ، المرجع السابق، ص185.

2-أنظر المادتان 06-47 من المرسوم 94-07 السالف الذّكر..

3- أنظر في هذا الصّدّد، المادتين 56-75 من القانون رقم 90-29 و المؤرّخ في 01-12-1990، و المتعلّق بالتهيئة و التعمير، ج ر، ع52، 1990. و المعدّل و المتمم بموجب القانون رقم 04-05، والمؤرّخ في 14-08-2004، ج ر، ع71، ص12. و المعدّل و المتمم بموجب

4-أنظر أيضاً، المادتين 09-10 من القانون رقم 08-15، و المؤرّخ في 20-07-2008، و المحدّد اقواعد مطابقة البنايات و تمام إنجازها ، ج ر، ع44. و المعدّل و المتمم بموجب قانون المالية رقم....المتضمّن قانون المالية سنة 2014، ج ر، ع23، سنة 2014. و كذا المادة 02 و ما يليها من المرسوم التنفيذي رقم 09-15، والمؤرّخ في 02-05-2009، والذّي يحدّد إجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البنايات، ج ر، ع27. إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص632.

4-معرفة الأشخاص المؤهلين قانوناً، للبحث عن مخالفات التّشريع والتنظيم الخاصين بالبناء والتعمير، أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 09-343، و المؤرّخ في 22-10-2009 و المعدّل للمرسوم التنفيذي رقم 06-55 و المؤرّخ في 30-01-2006، و المحدّد لشروط و كفاءات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن تلك المخالفات المتعلّقة بالتهيئة والتعمير ومعانياتها، و كذا إجراءات المراقبة، ج ر، ع61، ص12. إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص633.

5-أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-55، و المحدّد لشروط و كفاءات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن تلك المخالفات المتعلّقة بالتهيئة و التعمير و معانياتها، و كذا إجراءات المراقبة السالف الذّكر.

## ب-الشروط الشكلية للتسليم:

لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون التسليم منصبا في قالب رسمي، أو أن يأخذ شكلا معيناً. إلا أنه جرى العمل على ضرورة ووجوب تحرير محضر بين الطرفين يسمّى "محضر التسليم" ويعرف باللغة الفرنسية باسم "Pv de réception" والذي يلتزم كلّ من المقاول وربّ العمل والمستشار الفنّي فيه، والذي يثبت عملية التسليم غير أنّ هذا المحضر يعدّ ورقة عرفية، تجد قيمتها في مجال الإثبات فقط. أمّا المشرع الفرنسي<sup>(1)</sup>، فعلى غرار مشرعنا الجزائري فقد استلزم لإجراء عملية التسليم، حضور كلّ الأطراف الذين تهمهم عملية التسليم، على أنّ هذا لا يعني أنّه أراد (أي المشرع الفرنسي) أن يصبّ عليها قالباً معيناً. ويفسر الفقه تطلب توافر هذا الشرط إلى عدّة أسباب عملية وفنّية، منها سرعة تمام عملية التسليم والتسليم ذاتها، ومناقشة ما يقدّمه الأطراف من أدلة وبراہين وما يثار من إشكالات بشأنهما.

## 2- زمان و مكان التسليم:

مبدئياً فإنّ زمان ومكان التسليم والتسليم يشتركان ويكونان بصورة موحّدة، لكون رب العمل يلتزم بالتسليم والمقاول يلتزم بالتسليم، وذلك بعد الانتهاء من الإنجاز، كما يأتي الحديث عنه لاحقاً.

### أ- زمان التسليم:

فإنّه لا يمكن لربّ العمل أن يتسليم الإنجاز إلاّ بعد تسليمه من طرف المقاول، وهذا الميعاد يتمّ تعيينه مبدئياً بالاتفاق بين الطرفين. وفي هذه الحالة فإنّ كل طرف ملزم بتنفيذ التزامه، وإذا لم يتمّ الاتفاق على تحديد زمان التسليم، ولا على الميعاد المحدّد لإنجاز الأشغال، فإنّ عمليتنا إتمام الأشغال والتسليم يجب أن تتما في ميعاد معقول للإنجاز على أن تأخذ بعين الاعتبار طبيعة الأعمال وعرف المهنة<sup>(2)</sup>.

### ب- مكان التسليم:

فكما هو الشأن بالنسبة لزمان التسليم، فإنّ مكانه أيضاً يتمّ الاتفاق عليه بواسطة الطرفين. وفي حالة عدم الاتفاق على تعيينه، فإنّ مكان التسليم يكون بناء على عرف الصناعة أو الحرفة، وطالما أنّ الأمر يتعلّق بمقاولات بناء والمنشآت المعمارية، فإنّ مكان التسليم هو المكان الذي يوجد فيه العقار محلّ التشييد.

1- أنظر المادة 1792 من ق.م.ف.

2- عياشي شعبان، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 90. أنظر أيضاً، عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص 215.

ومن ثمّ فإنّ رب العمل ينتقل بعد أخطاره بتمام انجاز العمل، إلى مكان حصول العمل ويقوم بمعاينته وفحصه وذلك قصد التّأكد من حسن التّنفيد<sup>(1)</sup>.

### 3- إثبات الالتزام بتسليم العمل:

إنّ مسألة إثبات واقعة التسليم، تكون بحسب الطبيعة القانونية له ما إذا كان تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية- لأنّ هذه الأخيرة يتمّ إثباتها بكلّ الوسائل<sup>(2)</sup>.

وفي حقيقة الأمر فإنّ التسليم الصّريح، لا يثير أيّ إشكال طالما إنّه يتمّ مكتوباً، فإنّ دليل إثباته موجود وقائم في حد ذاته (و يتمثّل في محضر التسليم والموقع من طرف المقاول والمستشار الفني، ورب العمل) وسواء كانت كتابة عرفية أو رسمية. وذلك لأنّ هذا الأخيرة لا تعدّ شكلية للانعقاد وإنّما للإثبات. وإذا ما طغت الرّسمية للإثبات، حينها يكون للطرفين دليلاً كتابياً ذو قوة مطلقة لا سبيل إلى نكرانه خصوصاً في حالة توثيقه. وتبعاً لذلك فإنّ إثبات التسليم يكون وفقاً لإحدى الطّريقتين:

#### ✓- الطّريقة الأولى:

والتي تخصّ التسليم المكتوب، و الذي يتمّ بواسطة محضر موقع من طرف المقاول ورب العمل والمستشار الفني، ويتضمّن كل العناصر اللّازمة لاستعمال الإنجاز، وكذا إقرار صادر من جانب ربّ العمل بمعاينته للعمل وفحصه سواء بنفسه أو بواسطة شخص آخر، كالمهندس أو المراقب التقني<sup>(3)</sup>، إضافة إلى إقراره بمدى مطابقة الإنجاز للشروط العامّة والخاصّة المتفق عليها. و حالة وجود عيوب فإنّه يتوجّب على رب العمل الإقرار بها، من خلال إبداء تحفظاته عليها حتّى يخطر بها المقاول، ليقوم بتنفيذ محتوى تلك التحفظات<sup>(4)</sup>.

1- مردّد ذلك، راجع إلى طبيعة العقار، و الذي يتّصف بالنّبات و الإستقرار، وهو الحكم المعتمد من طرف مشرّعنا طبقاً للمادة 683 من ق.م.ج. عبد الرّزاق أحمد السّنهوري، المرجع السابق، ص83. أنظر أيضاً، عبد الرّزاق حسين يسن المرجع السابق، ص250.

2- أنظر، محمد زهدور، الموجز في الطّرق المدنية للإثبات، في التّشريع الجزائري وفقاً لأخر التعديلات، طبعة 1991، ص24.

3- محمد زهدور، المرجع السابق، ص25.

4 - Henri (Mazeau), la responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux, son maison et date d'edition, p647.

و حسب رأينا، فإنّ الكتابة في عمليّة التسليم، تبقى و تظلّ الطّريقة الأحسن نظراً لأهميّتها في المقابلة وعلى وجه الخصوص في المشاريع الضخمة، إذ من شأنها أن تجنّب الطرفان مشاكل التسليم و تؤدي إلى استقرار المعاملات.

## ✓-الطريقة الثانية:

حيث تخصّ هذه الطريقة، التسلم الغير المكتوب، و الذي من خلاله لابد لنا من معرفة الطبيعة القانونية للتسلم و ذلك حتى يتسنى لنا تحديد طرق إثباته. فإذا اعتبر واقعة قانونية، فإنه يمكن إثباته بشتي الوسائل طالما أنه قد تمّ مشافهة أو ضمنيا، و بذلك قد يتمّ الإثبات بشهادة الشهود أو بالمعاينة. أمّا إذا اعتبر التسلم تصرفا قانونيا ، فإنّ إثباته ينبغي أن يتمّ بدليل كتابي بحسب الأصل ، لاسيما في المقاولات المدنية دون التجارية.وفي التصرفات التي تزيد قيمتها عن قيمة محدّدة قانونا-كما سبقت الإشارة إليه سابقا- أو غير محدّدة.

ففي هذه الحالة، فإنّ حصول التسلم شفاهة أو ضمنيا يجعل صاحب المصلحة غير قادر على إثباته. ولا يبقى أمامه إلاّ إقرارا من خصمه، كما يمكن توجيه اليمين الحاسمة في مثل هذه الحالات<sup>(1)</sup>.

## 4-أطراف التسلم:

لاشك بأنّ الالتزام بالتسلم يخصّ مبدئيا طرفا العقد، و بالتالي فإنّ المدين به هو رب العمل، أمّا الدائن به فإنه يتمثّل في المقاول.غير أنّ ذلك لا يمنع من مساهمة أشخاص آخرين في عملية التسلم، دون اعتبارهم متعاقدين.

## أ-رب العمل المدين بالتسلم:

بالرجوع إلى أحكام المادة558 من ق.م.ج، فإنه يستشفّ من خلالها، أنّ رب العمل هو المدين بهذا الالتزام سواء قام بذلك بنفسه أو بالاستعانة بذوي الخبرة وأهل الاختصاص في مجال البناء والتشييد كالمهندسين الاستشاريين<sup>(2)</sup>.و رب العمل من خلال تنفيذه لهذا الالتزام، ملزم بالتوقيع على محضر التسلم أو من ينوب عنه (كممثله القانوني أو الاتفاقي) .

1- عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص 225. أنظر أيضا، عبد الرزاق السنهوري، ج07، المرجع السابق ص676.

2- عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص226.

- أنظر بخصوص موقف المشرع الجزائري من ذلك، المادة01/10 من القرار الوزاري المشترك و المؤرخ في 15-05-1988، السالف الذكر.

وتتوجّب الإشارة إلى أنّه يقع على عاتق من ينوبون عنه واجب المراقبة و الفحص الجيّد و الكامل للمشروع ، أي أنّ النَّائب أو الوكيل يقوم بكلّ إجراءات التسلّم، و منها التّوقيع على محضر التسلّم و التسليم وكلّ الآثار المترتبة على ذلك تتصرف إلى رب العمل الأصلي، عملا بالقواعد العامة النّاطمة للوكالة<sup>(1)</sup>.

#### ب-المقاول دائن بالتسلّم:

فرغم أنّ أعمال المقاول و إنجازاته تكون محلّ للفحص و المراقبة، فهو الدائن بالتسلّم ذلك لأنّ معظم الآثار المترتبة عن التسلّم هي في صالحه. مع الإشارة إلى أنّ تعدّد عمليّات التسلّم، تكون بتعدّد العقود المبرمة مع المقاولين و بذلك يتعدّد الدائنون. غير أنّ المقاول و باعتباره الطّرف الدائن في المقابلة، لا يعني ذلك خلوه من أيّ التزام تجاه ربّ العمل أثناء عملية التسلّم، فهو ملزم بإنارة وإعلام رب العمل، وتوجيهه وإرشاده إلى العيوب الخفية، والتي يتضمّن العمل وإعلامه أيضا بخطورة تلك العيوب، وذلك أثناء عملية التسلّم. غير أنّ هذا الأخير لا يقتصر على رب العمل والمقاول فحسب، بل هناك أشخاصا آخرين يساهمون في عملية التسلّم رغم أنّهم أجنب عن العقد، وهم:

#### ب1-المهندس المعماري:

كونه ملزم بمساعدة رب العمل و ذلك في حالة تعاقدهما، قصد إتمام تسلّم المشروع على أحسن وجه وبالتالي يقع عليه هذا الالتزام بسبب وظيفته و ليس باعتباره وكيلا عن رب العمل. وقد بيّن المشرّع الجزائري ذلك، من خلال المادة 5/5 من القرار الوزاري المشترك والمؤرخ في 15-05-1988 السالف الذّكر.

وبالتالي فإنّ مهمة المهندس المعماري، تتمثّل وعلى وجه الخصوص، في تقديم النّصح والإرشاد لرب العمل، باعتباره أهل اختصاص وخبرة في المجال البناء و التّعوير، إذ تنصّ المادة 05/05 من ذلك القرار، على ما يلي:"المهام التي تتكوّن منها الاستشارة الفنيّة في ميدان البناء، هي مهمّة متابعّة الأشغال و مراقبتها و تنفيذها....".و ذلك لكونه يساعد رب العمل في ذلك وفقا لشروط العقد المبرم بينهما، وقواعد الفن وأصول المهنة، ويقوم بالتأشير على محضر التسلّم والتّسليم، ويعرضه على رب العمل، والذي يقوم بالتّوقيع عليه رفقة المقاول<sup>(2)</sup>.

1- على فيلالي، المرجع السّابق، ص322. أنظر أيضا، أحمد عبد الرّزاق السّنهوري، العقود الواردة على العمل، المقابلة، الوكالة، الوديعة و الحراسة، ج07 ، المجلّد الأول، المرجع السّابق ، ص202.

2- قد اشترط القانون توقيع ربّ العمل في المحضر إلى جانب المقاول و المهندس في هذه الحالة، وذلك حتّى لا يحتج في مواجهته ضدهما، إلّا إذا منح رب العمل توكيلا خاصّا للمهندس المعماري للقيام بذلك، و يعدّ المهندس المعماري وكيلا عن

## ب2-أشخاص آخرون غير المهندس المعماري:

والذين يتمثلون على وجه الخصوص في المقاول الفرعي، و الذي يرتبط بعقد مقاولة فرعية مع المقاول الأصلي، حيث بإمكانه أن يطلب تسلّم العمل من طرف رب العمل، لأن ذلك من مصلحته و حتى تبرأ ذمته تجاه المقاول الأصلي، و بالتالي تبرأ ذمة هذا الأخير في مواجهة رب العمل. و تجدر الإشارة إلى أنّ الآثار المترتبة عن عملية التسلم النهائي للإنجاز، تتجلى فيما يلي:

- -يرتّب على عملية التسلم، استحقاق المقاول للمبالغ المتبقية من الأجر، كما يسترد ابتداء من هذا الوقت الكفالات المشترطة عليه في العقد ، وذلك كضمان حسن التنفيذ.
- -يضع التسلم حدًا للالتزامات التي تفرض بطبيعتها، أن يكون تنفيذها ممتدا في الزمن ، كالتزام المقاول بالإشراف على الأعمال، و مراقبة تنفيذها وواجب الإعلام و التوجيه، عندما يكون مكلفًا بذلك من قبل ربّ العمل.
- -بدء سريان مدة الضمان الخاص للمقاول - أي الضمان العشري-.
- -يعني التسلم النهائي المقاول من مسؤوليته عن ضمان العيوب الظاهرة، بمجرد التسلم النهائي للأعمال من جانب رب العمل.
- -كما يشكّل التسلم النهائي بداية سريان مدة الضمان العشري، -و الذي نصّ عليه مشرّعنا في المادة 554 من ق.م.ج-. و عليه فإنّ التسلم النهائي يفصل بين نظامين مختلفين، نظام القواعد العامة في المسؤولية بوجه عام ونظام الضمان الخاص، والفيصل بينهما هو التسلم و بعده<sup>(1)</sup>.

### ثالثا- جزاء عدم تنفيذ الالتزام بالتسلم:

إذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزامه بتسلم العمل، يستطيع الدائن بهذا الإلتزام ( المقاول ) أن يطالب بالتنفيذ العيني أو أن يقوم بالعرض الحقيقي، أو أن يفسخ عقد المقاول.

#### 1 -التنفيذ العيني:

إذا لم يقم رب العمل بتسلم العمل سواء تعلّق الأمر بالتسلم المادي أو القانوني، في الزمان والمكان الواجب تسلمه فيهما، فإنّه يكون قد أخلّ بالتزامه في التسلم. و في هذه الحالة يكون للمقاول وفقا للقواعد العامة أن يطالب من القضاء إجبار رب العمل بتنفيذ التزامه عينا، وله أن يطالب بالحكم على ربّ العمل بالغرامة

<sup>1</sup>رب العمل، و تسري في حقه أحكام الوكالة الخاصة. عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص 226. أنظر أيضا، عبد الرزاق السنهوري، ج07، المرجع السابق ص677.

<sup>1</sup>-عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص 226.

التهديدية، والتي يدفعها عن كل يوم يتأخر فيه عن تسلّم العمل. بالإضافة إلى ذلك له أن يطالب المقاول ربّ العمل بالتعويض إن كان له مقتضى، ولكن قبل أن يطالب بكلّ ذلك عليه أن يعدّر ربّ العمل بتنفيذ التزامه<sup>(1)</sup>. وما يلاحظ أنّ العبارة الأخيرة لنص المادة 558 ق.م.ج، والتي وضعت طريقة عملية للتنفيذ العيني، وبذلك فإنّ المقاول عندما يتمّ إنجاز العمل ويضعه تحت تصرّف ربّ العمل دون أي عائق، فإنّه يقوم بإعذار هذا الأخير عن طريق إنذار رسمي على يد محضر، ويحدّد ميعادا معقولا لذلك هذا إذا ما وجد ربّ العمل يتقاعس عن تنفيذ التزامه بتسلّم العمل<sup>(2)</sup>. و عندما تمرّ المدّة التي وضعها المقاول لتسلّم العمل أو مرور مدّة معقولة إن لم يحددها المقاول، اعتبر ربّ العمل أنّه تسلّم العمل حكما، كما توضحه العبارة الأخيرة من نص المادة 558 من ق.م.ج، والتي تنصّ على ما يلي: "فإذا امتنع (ربّ العمل) دون سبب مشروع عن التسلّم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أنّ العمل قد سلّم إليه، و يتحمّل كلّ ما يترتّب على ذلك من آثار". بالتالي حصول التسلّم الحكمي رغم عدم تسلّم ربّ العمل للعمل حقيقة. و يترتّب عن هذا التسلّم نفس النتائج والآثار التي تترتّب حالة التسلّم الحقيقي.

## 2- العرض الحقيقي:

يستطيع المقاول تطبيقا للقواعد العامّة أن يلجأ إلى العرض الحقيقي، وقد رسمت طرقه المواد من 269 إلى 272 ق.م.ج<sup>(3)</sup>. ويستنتج من هذه المواد، أنّه إذا رفض الدائن قبول الوفاء دون مبرر، أو قام بعمل يعادل هذا الرّفص يستطيع المدين الوفاء بإرادته المنفردة عن طريق عرض الدّين، عرضا حقيقيا على الدائن ثمّ إيداعه بعد ذلك. ومعنى ذلك أنّ ربّ العمل الدائن بالشّيء المراد إنجازه، إذا رفض أو امتنع عن تسلّم العمل سواء كان ذلك الرّفص نتيجة عرض المقاول عليه بالتسلّم، أو قبل أن يعرض عليه ذلك، حيث أعلن ربّ العمل أنّه لن يقبل التسلّم إذا عرض عليه، يستطيع المقاول المدين بإنجاز الشّيء برجوعه إلى القواعد العامّة أن يعذره بتنفيذ التزامه بالتسلّم، لينقل تبعه هلاك الشّيء أو تلفه أو تهديمه إلى ربّ العمل ليتحمّلها من وقت أعذاره.

و من ذلك الوقت أيضا للمقاول الحقّ في الحصول على ترخيص من القضاء، في إيداع الشّيء المنجز على دمة ربّ العمل ونفقته إذا كان الشّيء منقولاً، أو يطلب وضعه تحت الحراسة إن كان عقارا، كالبناء الذي شيّده المقاول.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج07، المرجع السابق ص678.

<sup>2</sup> - عياشي شعبان، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص99.

<sup>3</sup> - أنظر المواد من 269 إلى 272 من ق.م.ج.

### 3- فسخ عقد المقاولة:

عندما يمتنع ربّ العمل عن تنفيذ التزامه بتسليم الشيء المنجز، قد يكون للمقاول مصلحة في فسخ عقد المقاولة بدلا من طلب تنفيذ العقد ، ويكون ذلك مثلا عندما يرى المقاول أنه يمكنه بيعه لغير رب العمل وبثمن أعلى فيربح من وراء هذه الصفقة ، في هذه الحالة يقوم بإعداد رب العمل بالتسليم<sup>(1)</sup>.

فإن امتنع رب العمل عن ذلك جاز للمقاول أن يطلب من القضاء فسخ عقد المقاولة ، حتى يتحلل من واجب التسليم و يستطيع بعد ذلك أن يحقق الصفقة الزابحة التي يريدتها ببيعه الشيء المنجز لمن سيقدّم له مقابل أعلى من الذي سيحصل عليه من طرف رب العمل.

#### الفرع الثالث- التزام رب العمل بتمكين المقاول من الإنجاز:

حيث يعدّ ذلك من أحد أبرز الالتزامات الملقاة على عاتق رب العمل و الهدف منه مزدوج، لكونه من جهة يؤدي إلى تحقيق الاستقلالية في عقد المقاولة، وهو ما يميّزها عن عقد الوكالة وعقد العمل، والذي تتعدم فيهما الاستقلالية بين الطرفين، ومن جهة أخرى هو ضمان في حد ذاته لرب العمل، قصد السرعة في الإنجاز والدقة<sup>(2)</sup>. وسنتطرق إلى دراسة صور هذا الالتزام و مبرراته ، إضافة إلى الجزاءات المترتبة على الإخلال به تبعا لما يلي بموجب هذا الفرع .

#### أولا- صور هذا الالتزام:

حيث يتوجب على رب العمل تمكين المقاول من الإنجاز، سواء تعلّق الأمر في البدء في تنفيذ الأشغال المعهودة إليهما، أو عند التنفيذ و أثناءه و عموما قد يأخذ هذا السلوك صورتين:

#### 1-تسهيل تنفيذ العمل:

ويعدّ هذا التسهيل الصورة الإيجابية لهذا الالتزام، وذلك بتقديم المساعدة من جانب رب العمل للقائمين على تنفيذ مشروعه، عن طريق منحه الوسائل اللازمة وتوفير المواد الأساسية، واللازمة لذات الغرض إضافة إلى إفصاح رب العمل عن كلّ المعلومات الضرورية والمهمّة، والتي من شأنها إضفاء تلك المساعدة على الإنجاز، وبالتالي فإنّ هذا الالتزام يختلف باختلاف طبيعة العمل المقدم. فبخصوص تقديم

<sup>1</sup> - أحمد عبد الرزاق السنهوري ،ج07، المرجع السابق، ص 682.

<sup>2</sup> -فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص122.

المواد والوسائل اللازمة للتنفيذ، كالخرسانات والحديد والإسمنت والبلاط، إضافة إلى مختلف مواد البناء والآلات، وكل ما يلزم لتنفيذ ما تعهد به رب العمل، وفي الميعاد المتفق عليه أو في الميعاد المناسب<sup>(1)</sup>.

كما يتوجب على رب العمل الحصول على جميع الرخص الإدارية والضرورية للقيام بالعمل، كرخص البناء في التشييد<sup>(2)</sup>، والتي تقع على عاتق رب العمل الحصول عليها، وذلك في ميعاد معين حتى لا يتأخر المقاول في التنفيذ مما يتقل كاهله. ويشترط لكي يكون رب العمل ملزماً بتقديم المواد والآلات، يجب أن يتم الاتفاق على ذلك في العقد المبرم بين الطرفين، كما هو منصوص عليه في المادة 01/550 من ق.م.ج والتي تنص على مايلي: "يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله".

وفي هذه الحالة، يقتصر دور المقاول على تقديم العمل والمتمثل في الإنجاز والتنفيذ. أما بخصوص الالتزام بالإفصاح والإعلام والذي يقع على عاتق رب العمل، فهو يندرج ضمن فكرة التعاون في العقود ولاسيما في تنفيذها. وبالتالي فإن رب العمل وبموجب هذا الالتزام ملزم بتحقيق ذلك التعاون مع المقاول، قصد التنفيذ الحسن والجيد للمشروع، وتقاديا منه لوقوع أية خلافات بخصوص هذه المسائل كإعلامه بكل المعلومات التي تؤدي إلى تسهيل تنفيذ العمل، وكذا البيانات التي تساعد في التنفيذ، إضافة إلى الصعوبات المتعلقة بالإنجاز<sup>(3)</sup>.

وهذا ما حدث بخصوص القضية الفرنسية المعروفة باسم (Lubinet et Dejarry C,Zurich), والتي من خلالها لم يتم رب العمل بتبليغ المقاول بوجود أنابيب زيت في ورشة العمل، وبعدها قام المقاول برفع الأتربة من تلك الورشة بواسطة آلة جرافة ثقيلة، مما أدى إلى انفجار الأنابيب وتحطيم الجرافة وقد قررت محكمة النقض الفرنسية المسؤولية العقدية لرب العمل، على أساس خطأ-أي رب العمل-على أساس عدم إعلام المقاول بذلك، مما يعني خرقه لمبدأ التعاون في تنفيذ العقود<sup>(4)</sup>.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 683. أنظر أيضا، فتحة قرة، المرجع السابق، ص 123.

<sup>2</sup>-و يكون رب العمل، هو صاحب الحق في الحصول على رخصة البناء، وواجب عليه في ذات الوقت، باعتباره مالكا للأرض، أو قد يقع ذلك على من يمثله قانونا، وهذا ما أكدت عليه المادة 50 من القانون رقم 90-29، و المتعلق بالتهيئة و التعمير-السالف الذكر-، على أنه:"حق البناء مرتبط بملكية الأرض، و يمارس مع الإحترام الصارم للأحكام القانونية و التنظيمية المتعلقة باستعمال الأرض، و هذا يخضع لرخصة البناء". عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 100.

3- Henri (Mazeau),op-cit, p653.

4- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 108، الهامش رقم 02.

## 2- الامتناع عن التعرض لعرقلة سير العمل:

حيث يمثل هذا التعرض الصورة السلبية للالتزام بتمكين المقاول من الإنجاز، فعملاً بمبدأ تنفيذ العقد بحسن نية يلتزم رب العمل بعدم القيام بأعمال أو تصرفات من شأنها، عرقلة المقاول ومنعه من السير في العمل و الإنجاز<sup>(1)</sup>. ومن بين تلك الأعمال والتي تشكل تعرضاً للقائم على التنفيذ، سحب العمل منه وذلك بعد الاتفاق والتعاقد إلا لسبب جدي ومشروع، لأنه لا يمكنه التحلل من العقد إلا وفقاً لشروط وحالات معينة بموجب القانون، وبالتالي لا يجوز لرب العمل سحب المشروع والتخلي عنه بعد تكوين العقد. ومن بين الأعمال والتي من شأنها عرقلة سير المقاول في الإنجاز، التعديلات التي قد يقوم بها رب العمل عن المشروع والمراد إنجازه، إلا إذا تم الاتفاق على ذلك بشرط خاص في العقد. هذه الصورة هي تطبيق لنظرية عدم التعسف في استعمال الحق، فقد تؤدي تلك التعديلات إلى زيادة المدة و التكاليف الخاصة بالإنجاز، مما قد يرهق كاهل المقاول على وجه التحديد. ولذلك لا يحق لرب العمل إدخال تعديلات بطريقة تعسفية، والحال كذلك ما دام أن رب العمل لم ينتفع من التعديلات التي أدخلها عن العمل، بقدر الضرر الذي سببه للقائم على الإشراف و التنفيذ<sup>(2)</sup>.

### ثانياً - حكم و مبررات الالتزام بتمكين المقاول من الإنجاز العمل:

هناك بعض العقود القائمة على واجب التعاون بين المتعاقدين، وذلك لأنها تحتوي على التزامات تبعية وتسمح بحسن تنفيذ الالتزامات القانونية الأصلية، ومن بينها مقابلة البناء الذي يشترط فيها التعاون بين طرفيه ضماناً لحسن التنفيذ. وهذه الفكرة تجد أساسها في نص المادة 107 من ق.م.ج-السالف الذكر. و بالتالي فإن هذه الأخيرة تستلزم في تنفيذ العقد التعاون، والمشاركة المتناصفة للطرفين منذ مرحلة التكوين إلى غاية التنفيذ. وبذلك يتبين أن الالتزام بتمكين المقاول من إنجاز العمل، يحتل مكانته انبعاثاً من النص السالف الذكر. حيث أنه يوجد التزام سواء إيجابي أو سلبي- كما سبقت الإشارة إليه- بالتعاون مع الآخر في عقد المقابلة من خلال تمكينه من كل الوسائل الضرورية، وإحاطته بكافة المعلومات والقيام بكل ما يلزم لتسهيل تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته التعاقدية<sup>(3)</sup>.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، المقابلة، الوكالة، الوديعة و الحراسة، ج 07، المرجع السابق ص 689. أنظر أيضاً، محمد عبر الرحيم، عبر المحامي، المرجع السابق، ص 226.

2.- Henri (Mazeau),op-cit, p659

3- Henri (Mazeau),op-cit, p660

### ثالثاً- جزاء الإخلال بهذا الالتزام:

إذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزامه بتمكين المقاول من إنجاز العمل، قامت مسؤوليته العقدية و التي سيتم التطرق إليها ، للانتقال فيما بعد لتحديد مصير عقد المقاولة عن عدم تنفيذ رب العمل لهذا الالتزام.

#### 1-المسؤولية العقدية:

كما هو معلوم أنّ ق.م.ج يجبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية ، وبذلك إن لم يقم رب العمل بتنفيذ التزامه التعاقدى بتمكين المقاول من إنجاز العمل ، تقوم مسؤوليته العقدية إذا ما توافرت كلّ شروط قيام هذه المسؤولية من خطأ و ضرر و علاقة سببية. وفيما يخصّ خطأ رب العمل العقدي ، قد يحدث إما عن طريق الانحراف الإيجابي، عند عدم تنفيذه الالتزام بتسهيل عمل المقاول ، بعدم تدخّله في الوقت المناسب أو بتدخّله الخاطئ في عملية التنفيذ ، أو بعدم تقديم المعلومات اللازمة للتنفيذ ، أو بتقديم معلومات خاطئة أو في عدم تقديم وسائل أو مواد تنفيذ العمل ، أو بتقديم وسائل أو مواد معيبة أو في التأخّر في تقديمها<sup>(1)</sup>. وإمّا عن طريق الانحراف السلبي ، و ذلك بتقديم أوامر خاطئة المقاول أو بقيامه بأعمال أخرى تعرقل أو تأخّر تنفيذ العمل المراد إنجازه ، أو بإدخال تعديلات على العمل المراد إنجازه تجعل تنفيذه صعباً أو تجعل مدّة التنفيذ أطول. ومعيار الانحراف هو معيار الرّجل العادي، وهذا ما اعتمده المشرّع حسبما يستفاد من نص المادة 170 ق.م.ج، و التي تنصّ على ما يلي: "في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً".

و من الناحية الإجرائية ، فقد تناولت المادّة 02/625 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>(2)</sup> ذلك ، بنصّها على ما يلي: " يمكن لطالب التنفيذ بالعمل موضوع الالتزام على نفقة المحكوم عليه، و تنجز الأعمال أن له حق الامتياز على هذا الشيء، إمّا له أن يثبت حقوقه وقت توزيع الثمن".

ولتحديده يجب الرجوع إلى طائفة الناس التي ينتمي إليها المدين أي رب العمل ، حيث يجب تحديد إن كان رب العمل متخصصاً أو غير متخصص ، ليقارن سلوكه بسلوك شخص آخر في نفس تخصصه أو بشخص آخر غير متخصص ، ولقضاة الموضوع السلطة التقديرية الواسعة لتقدير مدى خبرة وتخصّص رب العمل في مجال محدد كمجال البناء.

<sup>1</sup> - محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين بعد تمام الأعمال، و تسلّمها مقبولة من ربّ العمل، دراسة مقارنة بين القانونين المصري و الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص159.

<sup>2</sup> -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 و المتضمّن ق.م.ج، و الذي دخل حيز التنفيذ في 01 أبريل 2009،

وحتى تقوم مسؤولية رب العمل ، يجب أن يثبت المقاول عدم تحقق النتيجة التي كانت مستهدفة ، أي عدم تنفيذ التزامه هذا إذا كان رب العمل متخصصاً في الميدان الذي تدخل فيه. أما إذا لم يكن كذلك، فعلى المقاول إثبات أنّ رب العمل لم يبذل عناية الشخص العادي في تنفيذ إلتزامه وتكون هذه الحالة في الإثبات أكثر صعوبة من سابقتها. كما يجب حدوث ضرر للمقاول وبصورة مباشرة لقيام مسؤولية رب العمل وتوفير علاقة السببية بين خطأ رب العمل ، والضرر الذي أصاب المقاول لقيام المسؤولية العقدية و ذلك وفقاً لما تقضي به القواعد العامة<sup>(1)</sup>. أما عن المسؤولية التقصيرية، فقد تنشأ وفقاً للقواعد العامة المقررة في ق.م.ج، و بالضبط المواد من 124 منه و ما يليها، و التي تستلزم الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما. و من ثمة قد يتحمل المقاول المسؤولية التقصيرية في حالة ثبوت تقصير منه. و قد تكون أساسها خطأ شخصي أو خطأ الغير أو قد يتحمل المسؤولية التقصيرية باعتباره حارساً على الأشياء من آلات و معدّات البناء<sup>(2)</sup>.

## 2- مصير عقد المقاولة عن عدم تنفيذ الإلتزام:

إذا لم يقم رب العمل بالتزامه بتمكين المقاول من إنجاز العمل، يكون لهذا الأخير الخيار بين أمرين:

أ- أن يبقى على العقد ويطلب التنفيذ العيني ، بأن يحضر مثلاً على نفقة رب العمل المواد والآلات والمهّمات اللازمة بترخيص من القضاء، وإذا كان تدخل رب العمل الشخصي ضروري ، كما لو احتاج الأمر إلى تواجده في مكان العمل<sup>(3)</sup>، جاز للمقاول أن يلجأ إلى طريق التهديد المالي أو الغرامة التهديدية عليه ليقوم بالتنفيذ بلا إبطاء. و للمقاول في جميع الأحوال المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام رب العمل بتنفيذ الإلتزام الذي يقع على عاتقه، و الذي يتمثل في تمكين المقاول من إنجاز العمل، أو من جراء التأخر في القيام به.

ب- أن يطلب فسخ عقد المقاولة مع التعويض عن الضرر الذي أصابه إن كان له مقتضى، وللمحكمة أن تقدر هذا الطلب ، فهي قد تجيب المقاول إلى طلبه إذا رأته محقاً ، فتقضي بفسخ العقد والتعويض ولها أن تمهل رب العمل قبل الحكم بالفسخ حتى يقوم بالتنفيذ<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد تمام الأعمال، و تسلّمها مقبولة من رب العمل، دراسة مقارنة بين القانونين المصري و الفرنسي، المرجع السابق، ص160.

<sup>2</sup>- راجع المواد 124 من ق.م.ج المعدل و المتمم و ما يليها.

<sup>3</sup>- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، ج07 المرجع السابق ص691. أنظر أيضاً، عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص228.

4- السنهوري، ج07، المرجع السابق، ص694. أنظر أيضاً، عبد الرزاق حسين يسن، المرجع السابق، ص229.

## المطلب الثاني-التزامات مقاول البناء العقديّة:

كما هو الشّان بالنّسبة لرب العمل، فللمقاول التزامات مصدرها العقد المبرم بينهما و بين رب العمل، وتختلف التزامات المقاول، وذلك بالنّظر إلى الأعمال المسندة إليه وطبيعته. حيث يلتزم المقاول أساسا بإنجاز العمل المتفق عليه. فإذا أنجزه التزم بتسليمه إلى رب العمل، وأخيرا يلتزم المقاول بضمان العم الذي أنجزه. فمن خلال عقد مقاوله البناء يتولّى المقاول تنفيذ الأشغال المعهودة إليه من طرف ربّ العمل، طبقا للتّصميمات المعتمدة على ضوء الشّروط والمواصفات وأصول الفنّ المعماري المهنية والمتعارف عليها. ويترتّب على هذا العقد التزامات في ذمّة المقاول، كونه يلتزم بتجسيد العمل المتفق عليه في أرض الواقع وبعد الانتهاء منه فإنّه يلتزم بتسليمه إلى رب العمل مقابل تسلّم من جانب هذا الأخير، وبعد ذلك فإنّه ملتزم بالضّمان<sup>(1)</sup>، في مواجهة رب العمل سواء كان هذا الضّمان عاما، والذي يشمل ضمان الصنعة، والمادّة سواء كان هو مقدّمها أو تقدّم بها رب العمل، أو ضمانا خاصا والذي يتمثّل في التّضامن بينه وبين المهندس المعماري- كما سبقت الإشارة إليه-. على أنّه يجب التّويه إلى أنّ الالتزامات المقاول لا تقتصر على ما تقدّم بل يلتزم أيضا بالتزامات أخرى قد ينصّ عليها العقد الذي يربطه برب العمل، طبقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" والتي لا يمكن حصرها في العقد. ذلك لأنّ المشرّع ترك للأطراف كامل الحرّية في وضع ما شاؤوا من شروط، إلاّ ما يتعارض منها مع النّظام العام طالما أنّ هذه الشّروط تخدم مصالحهما الخاصّة<sup>(2)</sup>. وتتمثّل أبرز التزامات المقاول فيما يلي:

### الفرع الأول-التزام المقاول بإنجاز العمل المتفق عليه:

حيث يعدّ هذا الالتزام الرئيسي و الذي يترتّب في ذمّة المقاول. ومن أجل ذلك يجب عليه الالتزام بإنجاز العمل حسب الطّريقة و الكيفية المتفق عليها، مع واجب احترام الآجال المتفق عليها أيضا. ولكونه طرفا رئيسيا في العقد فهو ملزم بترجمة التّصميمات والرّسومات الموضوعة مسبقا من جانب المهندس المعماري، ويتضمّن إنجاز المقاول للأشغال نقل الجانب النظري إلى جانب مادي، من خلال عملية تركيب لمواد البناء، من إسمنت ورمال وحصى وحديد، وذلك بغية الحصول على الخرسانات المسلّحة والتي تستعمل لإقامة الأعمدة الحديدية

1- هذه الإلتزامات مستخلصة من المواد من 550 الى 557 من ق.م.ج، المعدّل و المتّم.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج07، المرجع السابق ص 60. أنظر أيضا، محمد عنبر عيد الرحيم، المرجع السابق، ص105.

وأسس وهياكل البناية، إضافة إلى محاورها الأساسية وجدرانها طبقاً للعرف الجاري وأصول الصناعة. ويتم ذلك وفقاً لما تضمنته تصاميم المهندس المعماري ورسوماته<sup>(1)</sup>.

والمقاول من خلال إنجازه للأشغال، يتوجب عليه احترام و الالتزام بالآجال المحددة و المتفق عليها، ولذا ينبغي عليه التقيد بالطريقة المحددة بموجب المقاولة مع وجوب بذل العناية الكافية واللازمة لتحقيق الغرض من المقاولة، وهو تجسيد المشروع العقاري سواء كان هو من بادر بتقديم المادة المستعملة للإنجاز، أم كانت من توريد ربّ العمل. و تبعاً لذلك، ننظر إلى دراسة العناصر التي تدرج ضمن التزام المقاول بالإنجاز وفقاً لمايلي:

### أولاً- عن طريقة إنجاز أشغال البناء:

يتوجب على المقاول أن يقوم بالإنجاز، وفقاً للطريقة المتفق عليها وللشروط التي تضمنتها المقاولة وعلى وجه الخصوص "دفتر الشروط" في مقاولات البناء الضخمة، إذا وجد هذا الدفتر ويتوجب على المقاول أيضاً مراعاة النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها في ميدان إنجاز المباني والأشغال المعمارية وبالتحديد أحكام القانون رقم 08-15، والمؤرخ في 20 جويلية 2008 والمحدد لقواعد مطابقة البناءات و تمام إنجازها المعدل و المتمم. أما إذا لم تكن هناك شروط متفق عليها، وجب اتباع العرف و ضرورة أعمال أصول و فن المهنة الخاصة بأعمال البناء و التشييد<sup>(2)</sup>.

وإذا احتاج المقاول إلى أدوات و وسائل يستعملها في إنجاز أعمال البناء عليه أن يأتي بها و يكون ذلك على نفقته، سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أو لم يكن، وسواء كان من ورد المادة هو ربّ العمل أم المقاول. فإن أدوات العمل و الآلات الإضافية، كالزفش والرافعات والآلات الإسمنت والمعدات الخاصة بالدهان، وغيرها من الآلات التي يحتاج إليها تكون على عاتق المقاول، دون اشتراط دراجها في العقد وذلك ما لم يقض الإتفاق على خلاف ذلك<sup>(3)</sup>.

1- محمد عنبر عيد الرّحيم، المرجع السابق، ص 106.

2- ذلك لأنه لكل عمل أصول و تقاليد، يجب على المقاول، أن يلتزم بها في تنفيذه للعمل المعهود إليه. أنظر، إبراهيم سيدهم، العقود الواردة على العمل، عقد المقاولة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 31.

3- إبراهيم سيدهم المرجع السابق، ص 32.

أما بخصوص اليد العاملة قصد الاستعانة بها في الإنجاز، فيمكن جلبها خصوصا إذا احتاج إليها ، ويكون ذلك على نفقة المقاول ، ما لم يتم الاتفاق على نقيض ذلك<sup>(1)</sup>.

### ثانيا-إلتزام المقاول بالميعاد المتفق عليه لإنجاز الأعمال:

يتوجب على المقاول التقيد بالآجال المحددة والمتعاقد عليها، وإن لم يتم الاتفاق على تحديد آجال الإنجاز. ففي هذه الحالة يتوجب على المقاول أن ينجزه في الآجال المعقولة والتي تسمح بالإنجاز، بالنظر لطبيعة ومقدار ما تقتضيه من دقة وحسب طبيعة العرف وإمكانيات المقاول. الإلتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.

وبالتالي فلا يستطيع المقاول التخلّص من المسؤولية عن عدم التقيد بالآجال، إلا بإثبات السبب الأجنبي، كما هو الشأن بالنسبة للقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ رب العمل، كما لو تأخر في استصدار رخصة البناء، مما أدى إلى تأخر المقاول بالبداية في المشروع والتشييد أو كان رب العمل قد تأخر في تسليم المقاول للمواد اللازمة والمستعملة لذات الغرض أو الآلات أو تزويده باليد العاملة، إذا كان متفقا عليها في العقد. أو أنه تأخر في دفع الأقساط الخاصة بالأجرة المستحقة للمقاول في مواعيدها، حتى يتسنى لهذا الأخير من إنجاز العمل، لأنه مرتبط أيضا بالموردين-في حالة تقديمه للمادة -وكذا أجور عمّاله، أو لدفع مستحقات المقاول الفرعي-في حالة المقاول الفرعية-أو أجور هذا الأخير<sup>(2)</sup>.

غير أنّ مسؤولية المقاول عن التأخر في الإنجاز تظل قائمة ، و لو أثبت أنّ المدة المتفق عليها في العقد لم تكن كافية لإنجاز العمل ، ذلك لأنه كان يتعين عليه أن لا يقبل تحديد تلك المدة مسبقا أثناء التفاوض ، كونها قصيرة وغير كافية للإنجاز. في هذا الصدد، يقول الأستاذ **HUGUES PERINET-MARQUET** بأنه:

«L'architecte et les entrepreneurs s'engagent sur un délais contractuel d'exécution des travaux dont le dépassement engage d'évidence leur responsabilité. Dans l'hypothèse ou un délai précis n'a pas été mentionné. La jurisprudence considère que, compte tenu de Leur obligation générale de bonne foi, les constructeurs doivent Terminer les travaux dans un délais raisonnable».

1- هذا ما تنصّ عليه المادة 552 من ق.م.ج. و لكن رغم ذلك ، يمكن القول-حسب رأينا- بأنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق نفس الحكم على هذه الحالة لعدم وجود مانع قانوني، وإن كان من الأفضل تعديل نص المادة 02/552 من ذات القانون ، بما يفيد تحميل المقاول لنفقات ما قد يحتاجه في إنجاز عمله من الآلات و أدوات و أيدي عاملة.

2-إبراهيم سيدهم المرجع السابق، ص33

و معنى السّيق الذي جاء به الأستاذ ، أنّه يجب على المقاول إتمام البناء خلال الأجل المحدّد و المتفق عليه. و في حالة عدم فرضية تحديد الأجل تلك ، فإنّ القضاء يعتبر أنّه يتعيّن على المكلفين بالبناء - وأخذا بعين الاعتبار التزاماته التعاقدية و المبيّنة على حسن النّية في التّفيز- إنهاء الأشغال في الأجل المعقولة<sup>(1)</sup>.

### ثالثا- التزام المقاول ببذل العناية اللاّزمة في الإنجاز :

طالما أنّ المقاول ملزم بإنجاز الأعمال المعهودة إليه بموجب المقاولة، فمن البديهي أن يلتزم أيضا ببذل العناية اللاّزمة للإنجاز، مع الإشارة إلى أنّ هذه العناية تختلف باختلاف طبيعة الالتزام المفروض عليه. فإذا كان الالتزام الملقى على عاتقه هو التزام ببذل عناية، كما لو قام بإدارة العمل و الإشراف عليه و على تنفيذه. ففي هذه الحالة يتوجّب على المقاول أن يبذل عناية الرّجل العادي في إنجاز الأعمال المنوطة به. من ثمّ يتوجّب عليه بذل عناية من هم في مستواه من أهل الفنّ والعمارة والبناء، وإذا قصر في ذلك يعدّ مرتكبا لخطأ موجب للتّعويض.

أما إذا كان التزامه يتمثّل في الالتزام بتحقيق نتيجة أو هدف، كما لو أقام وشيّد بناية أو عدّلها أو هدّمها أو ردمها، فلا تبرأ ذمة المقاول إلاّ إذا تحققت تلك العناية والهدف الذي يعدّ سببا لعقد المقاولة مع رب العمل. وإذا غابت تلك العناية، فإنّه يعدّ مرتكبا لخطأ عقدي موجبا للتّعويض، بعد تحمّله المسؤولية العقدية لا تنتفي إلاّ بإثباته للسبب الأجنبي. كما يتوجّب على المقاول الالتزام بالإعلام والتّوجيه لربّ العمل و/أو المهندس المعماري، إذا كان مكلفا من قبل رب العمل ، كما لو قام بلفت انتباه هذا الأخير باحتمال وجود أخطاء موجودة في التّصاميم و الرّسومات و المقاييسات<sup>(2)</sup>. ويبرّر هذا الالتزام بكون المقاول شخص فنيّ ومخصّص في مجال البناء، و بتواجده الدائم في موقع العمل، ممّا يتيح له الفرصة لاكتشافه لأيّ عيب في تلك التّصاميم والرّسوم، و يجعلها غير ملائمة وخطيرة إضافة إلى قدرته على اكتشافه أيّة عوائق فنية أو اقتصادية لم تكن متوقّعة<sup>(3)</sup>. بالإضافة إلى ذلك فإنّه يلتزم أيضا بالاعتراض على تنفيذ الرّسومات والتّصاميم الهندسية، إذا كانت معيبة ومن شأنها أن تهدّد البناء وتشكّل خطرا عليه.

### رابعا- المادّة المستعملة في الإنجاز :

إنّ تنفيذ العمل والمتمثّل في البناء والتّشيد محلّ المقاولة، يحتاج إلى مواد ضرورية و مستلزمة لذات الغرض، و هذه المواد قد يتقدّم بها ربّ العمل. وفي هذه الحالة فإنّ المقاول ملزم بتقديم العمل فقط ، كما يمكن

1..- Philippe Malinvaud, Philippe Jastaz, op-cit, p68

2- فتية قرّة، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص 118. أنظر أيضا، إبراهيم سيدهم، المرجع السابق، ص 34.

3- فتية قرّة، المرجع السابق، ص 119.

للمقاول تقديم المادّة ، وذلك بالإضافة إلى التزامه الأصلي والمتمثّل في القيام بإنجاز الأشغال. وتتوجّب الإشارة إلى أنّ مختلف القوانين التي تحمي البيئة، قد ركّزت على وجوب استعمال المواد التي لا تضرّ بها وبصحة الإنسان والحيوان والنبات بصورة عامة. لذلك يتوجّب علينا التّمييز بين حالة تقديم المادّة من جانب رب العمل وحالة أخرى من جانب المقاول تبعا لما يلي:

#### أ- حالة تقديم المادّة من جانب رب العمل:

تأسيسا على المادة 552 من ق.م.ج ، و التي تنصّ على ما يلي: "يجوز للمقاول أن يقتصر على التّعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدّم رب العمل المادّة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادّة معا". فقد يتعهد رب العمل بتقديم المادّة المستعملة في الإنجاز، ومن ثمّ يقتصر دور المقاول في تقديم العمل المعهود إليه.

و لذلك على المقاول متى سلّمت له المادّة أن يتولّى المحافظة عليها، وأن يبذل في ذلك العناية الكافية و اللّازمة لتلك المحافظة، مع ضرورة بذل عناية الرّجل المعتاد، وإلاّ أصبح مسؤولا عن ضياعها أو تلفها أو سرقتها. كما يتوجّب عليه وبخصوص استخدامه لتلك المادّة، أن يراعي الأصول الفنيّة في استخدامها، وكذا احترام العرف الجاري طبقا لأصول العمارة والبناء<sup>(1)</sup>.

وبالتّالي فهو ملزم باستعماله بحسب القدر اللّازم لإنجاز الأعمال دون زيادة أو نقصان<sup>(2)</sup>. كما تجدر الإشارة إلى أنّه إذا تطلّب الحفاظ على تلك المادّة أن تصرف نفقات فإنّ المقاول هو ملزم بتحمّلها، ذلك لأنّها تعدّ جزءا من النفقات العامّة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر.

كما يلتزم أيضا باستعمال القدر اللّازم قصد إنجاز العمل المطلوب منه. بالتّالي يتوجّب عليه عدم الإفراط في استعمال المادّة، وكذا أداء الحساب لرب العمل، و الذي يحتوي على القدر المستعمل من المادّة المقدّمة له والقدر الباقي ملزم برده إلى رب العمل. كما يلتزم المقاول إضافة إلى ذلك، بردّ قيمة الشّيء الغير الصّالح من المواد التي قدمها رب العمل، إذا أثبت هذا الأخير أنّها غير صالحة للاستعمال في البناء، وأنّ ذلك مرده إلى قصور و إهمال واضح من جانب المقاول. وفي هذه الحالة يجب على رب العمل تقدير قيمتها بواسطة فواتير شراء أو أيّ دليل آخر. وفي هذا الشّأن يتوجّب على المقاول قصد درء المسؤولية، عليه أن يثبت بأنّه قام

1- السّنهوري، ج07، المرجع السّابق، ص72. أنظر أيضا، فتيحة قرّة ، المرجع السّابق، ص119.

2- تطبيقا لذلك، إذا اكتشف المقاول أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعا لمستواه الفنّي، أنّ بالمادّة عيوب لا تصلح معها للغرض المقصود، كما إذا كان في الخشب مثلا عيب لا يصلح لصنع قوالب خرسانة المسلّحة ، وجب على المقاول أن يخطر رب العمل بذلك، و إلاّ كان مسؤولا عن ما قد يترتّب عن ذلك. إبراهيم سيدهم، المرجع السّابق، ص35.

بواجب الحفاظ على تلك المادة بحسب أصول الفنّ أو أن يثبت السبب الأجنبي<sup>(1)</sup>، وهذا هو مضمون المادة 01/552 من ق.م.ج. كما تجدر الإشارة إلى أنه إذا اكتشف المقاول أثناء استخدامه للمادة-، أو كان بإمكانه أن يكتشف ذلك بخبرته- أنّ المادة المستعملة أو المراد استعمالها غير صالحة للغرض المطلوب، وجب عليه أن يخطر رب العمل بذلك. وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية<sup>(2)</sup>، بالزام المقاول بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن نتيجة استعماله لمادة الصّوف في أعمال عزل السّطح، رغم أنّ صاحب العمل هو الذي زوّد المقاول بهذه المادة مبرّرة هذا القرار بأنّ المقاول مختصّ في أعمال البناء الخاصة بالأسطح، و يقع عليه التزام بالتّصح تجاه رب العمل، و ذلك لكون هذا الأخير غير مختصّ في ذلك.

### ب- حالة تقديم المادة من المقاول:

عملا بأحكام المادة 551 من ق.م.ج، و التي تنصّ على ما يلي: "إذا تعهّد المقاول بتقديم المادة العمل كلّها أو بعضها، كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لربّ العمل".

يستخلص من خلال هذه المادة بأنّ المشرّع الجزائري، قد جعل للأطراف الحرية في اختيار من يقدّم المادة. و بناء عليه فقد يتقدّم المقاول بالمادة المستعملة في الإنجاز إلى جانب العمل، و في هذه الحالة فقد ألزمه بضمانها. لذلك يتوجّب عليه تقديمها وفقا للشروط و المواصفات المتفق عليها، وعليه أن يتوخّى في اختيار المادة أن تكون وافية للغرض المطلوب وبحسب طبيعة المشروع، و طبقا للغرض المراد استعماله من وراء البناية. أما إذا لم يتفق الطرفان على درجة المادة و جودتها، وجب على المقاول تقديم المادة من الصّنف المتوسط<sup>(3)</sup>.

كما يلزم المقاول بضمان المادة في حالة تقديمها و في هذه الحالة، فإنّ أحكام البيع و المتعلقة بضمان العيوب الخفية للمبيع تسري على المادة المقدّمة من جانب المقاول، ذلك لأنّ المقاول يأخذ حكم البائع من

1- عدنان إبراهيم السّرحان، المرجع السابق ص 41.

-ويمكننا التّساؤل في هذا الصّدّد، عن مدى إلتزام المقاول بأخطار رب العمل، عندما يشكّك عيوباً في المادة من طرف هذا الأخير. فهنا لا يوجد ضمن النّصوص النّازمة للمقاول- بصورة عامة- و البناء بصورة خاصّة، نصاً يلزم المقاول بضرورة أخطار رب العمل عن العيوب التي يكتشفها في المواد المقدّمة إليه، قصد استعمالها في إنجازها للبناء و رغم ذلك فإنّ هذا الإلتزام قد يؤسّس، طبقاً لمبدأ حسن النّية في تنفيذ العقود و الذي يتوجّب على المقاول إطلاع رب العمل بكلّ العيوب التي قد تلحق بالمواد. السّرحان، المرجع السابق، ص 41.

2- قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 08 أكتوبر 1997، و الصّادر بمناسبة قضية بين ( Barbe C, Chedanne et Autre)، و الموجود في المرجع السابق للدكتور محمد حسين منصور، النّظام القانوني للمباني و الإنشاءات، ص 109 الهامش رقم 01.

3- قدرى عبد الفتّاح الشّهاوي، المرجع السابق، ص 100.

خلال ضمان العيوب الخفية للمادة<sup>(1)</sup>. بينما يرى اتجاه فقهي بأنّ المقاول المورد للمادة، فإنّه يبرم فقط مجرد مقابلة دون أن يتمّ الاتفاق على بيع تلك المواد، ذلك لأنّ هذه المواد تصبح ملكا لصاحب الأرض (رب العمل)، و ذلك من خلال عملية الالتصاق<sup>(2)</sup>. غير أنّ المقاول لا يمكنه ضمان العيوب التي كان رب العمل على علم و دراية بها وقت التعاقد أو كان في استطاعته الإطلاع عليها، لو أنّه تفحص المادة بعناية الرجل العادي، إلاّ إذا أثبت ربّ العمل أنّ المقاول أكد له خلوّ المادة من كلّ العيوب أو أنّه أخفاها بغشّ منه.

و إذا تدخل رب العمل بعد إخطاره من المقاول بفساد المادة في الوقت المناسب وجب على هذا الأخير تنفيذ التزامه بالضمان طبقا للمادة 379 من القانون المدني، وذلك بعد مطالبة رب العمل بذلك الضمان. و تبقى دعوى الضمان مستمرة و لو هلك الشيء المبيع و بأيّ سبب كان ، وهذه الدعوى تسقط بعد مضي سنة من يوم التسليم ، حتّى و لو لم يكشف ربّ العمل العيب إلاّ بعد انقضاء هذه المدّة ، ما لم يلتزم المقاول بالضمان مدّة أطول من ذلك.

### الفرع الثاني- التزام المقاول بتسليم الإنجاز بعد الانتهاء من وضعه:

بعد تمام المقاول من إنجاز ووضعه للمشروع، فإنّه يلتزم بتسليمه لرب العمل رقعة كل ما تسلّمه المقاول من رب العمل، قبل وأثناء البدء في الأشغال من تصاميم ورسوم و رخص إدارية (كرخصة البناء)، ومستندات الملكية و الأدوات وغيرها، وذلك في حالة عدم وجود حاجة لاستبقائها عنده بعد تمامه من إنجاز الأشغال<sup>(3)</sup>.

وأساس هذا الالتزام هو الذي تبناه مشرّعنا الجزائري من خلال مضمون الفقرة الأخيرة من المادة 558ق.م.ج، والتي تنصّ على ما يلي: "... وعندما يتمّ المقاول العمل، يضعه تحت تصرف رب العمل".

وسبق التطرّق بخصوص التزام رب العمل بالتسليم، أنّ هذا الأخير يقع في ذات الوقت بالتسليم، و رأينا مستخلصين بأنّ هذا الأخير يشكّل التزاما إيجابيا، بينما يشكّل التسليم التزاما سلبيا. وبالتالي يتوجّب علينا شأن التسليم أن نتطرّق إلى دراسة محلّ التسليم، و زمانه و مكانه إضافة إلى كيفيات التسليم.

1- في هذه الحالة، فإنّ البيع يكفّ بأنه معلق على شرط واقف و الذي يتمثّل في تمام صنع المادة، فيصبح البيع باتّا و تنفذ آثاره، كنقل الملكية و ضمان العيوب الخفية للمبيع. أنظر المادة 379 من ق.م.ج، المعدّل و المتمم.

2- الشّاهوي، المرجع السّابق، ص100. و مهما يكن من أمر، فإنّ المشرّع الجزائري فصل في هذه المسألة و كان واضحا عندما اعتبر أنّ العقد يكون مقابلة بصرف النظر عنّ قدّم المادة اللاّزمة للإنجاز.

3- مغيبغيب نعيم، عقود مقاولات البناء و الأشغال الخاصّة و العامّة ، دراسة في القانون المقارن ، المرجع السّابق 117. أنظر أيضا إبراهيم سيدهم، المرجع السّابق، ص82.

## أولاً- محل التسليم:

إذا التزم المقاول - إضافة إلى عمله بتقديم المادة-، فهو بالتالي ملزم بتسليم المشروع و المتمثل في البناية ومنشأة المعمارية، وذلك بعد إجراء صنع و تصليح و تحسين لها، يلتزم بتسليم المشروع مصنوعاً و مشيداً على النحو المتفق عليه. أما إذا التزم المقاول بتقديم العمل فقط دون المادة، فإنه يلتزم بتسليم المشروع المعماري و ذلك بعد صنعه وفقاً لما تم الاتفاق عليه مسبقاً. وبالتالي يستخلص في كلتا الحالتين بأن المقاول ملزم بتقديم العمل وتسليمه إلى رب العمل<sup>(1)</sup>. إضافة إلى ذلك، فإنه ملزم بتقديم الجزء المتبقي من المادة بعد الانتهاء من استعمالها، إذا كانت مقدمة من جانب رب العمل، وهذا ما يستخلص من مضمون المادة 552 من ق.م.ج- السالفة الذكر - مرفقاً بحساب و كشف عن الأجزاء المستعملة والأخرى الباقية.

## ثانياً- كيفية التسليم:

يتم التسليم بوضع الإنجاز الذي أتمه المقاول تحت تصرف رب العمل، بحيث يمكنه من الانتفاع به دون مانع أو قيد أو شرط. وفي هذه الحالة، لا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلاً على العمل، ما دام أن المقاول قد أخطره بذلك. وطريقة تسليم البناء، تكون طبقاً للقواعد العامة وذلك بإخلاء المشروع المعماري وتمكين رب العمل منه ووضعه تحت تصرفه، بحيث يستطيع هذا الأخير من الاستيلاء عليه و الانتفاع به. وقد يتم تسليم المقاول أيضاً للمشروع إلى صاحبه، من خلال منح رب العمل لمفاتيح البناية<sup>(2)</sup>.

## ثالثاً- زمان التسليم و مكانه:

القاعدة بأن التسليم يتم في الزمان المتفق عليه في العقد، وإذا تعذر ذلك حلّ العرف و طبيعة الحرفة مكان الاتفاق في تحديد الزمان. كما أنه يمكن تسليم الأشغال بمجرد الانتهاء منها مباشرة، ما لم يتم الاتفاق على ميعاد آخر. وعلى كل حال فإن ميعاد التسليم يترتب في ذمة المقاول، بمجرد الانتهاء من إنجاز العمل ما لم يتفق الطرفان على ميعاد آخر، طبقاً للمادة 281 من ق.م.ج، والتي تنص على ما يلي: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"<sup>(3)</sup>. لذلك فالأصل في الالتزامات أن تنفذ بمجرد ترتيب الالتزام، إلا أنه طالما أن محل عقد المقاول،

1- فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 119.

2- تجدر الإشارة إلى أن تسليم الأعمال، كالالتزام واقع على عاتق المقاول، يختلف عن التسلم من جانب رب العمل، كون هذا الأخير، هو عملية حضورية، موضوعها التحقق من اكتمال الأشغال، و من حسن تنفيذها طبقاً للعقد. كما يعرف بأنه التصرف الذي بموجبه يقرر رب العمل، قبول الأعمال بدون تحفظات. و يتم التسليم بعد تحرير محضر التسليم النهائي والذي يعبر عنه باللغة الفرنسية ب(PV de reception définitive)، إضافة إلى اشتراط رخصة أو شهادة المطابقة (Certificat de conformité)، و التي تسلم بعد مراقبة تقنية، مفادها احترام حقوق البناء و مضمون رخصة البناء المسلمة مسبقاً. عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 89.

3- فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 120.

هو شيء مستقبلي محقق الوقوع، فبالضرورة معه فإن محلّ التزام المقاول شيئاً مستقبلياً، و بالتالي فهو استثناء على هذه المادة لا يتحقق إلا بعد تمام اكتماله. غير أنه قد يحدث وأن تطرأ ظروف بعد إبرام العقد، استثنائية و التي قد تستدعي مدّ أجل التنفيذ المتفق عليه، وفي هذه الحالات يستحق المقاول مدّ الأجل المحددة للإنجاز المكلف به. وعادة ما يتم الاتفاق بين المقاول وصاحب العمل على المدة والتي يمتد لها أجل التنفيذ، ومع ذلك فلا شك في استحقاق المقاول لهذه المدة، ومن الظروف التي تستدعي مدّ أجل التنفيذ لزيادة كمية العمل عن تلك المتفق عليها، أو تغيير طبيعته أو إضافة أعمال جديدة.

كما يمكن أن تطرأ ظروف مناخية استثنائية، كالعواصف و الفياضانات أو الزلازل، أو أية معوقات أخرى والتي يترتب عنها منح أجال أخرى للمقاول. أمّا بخصوص مكان التسليم فإن القاعدة تقضي بأن يتم التسليم في المكان المتفق عليه بين الطرفين. وإذا تعذر ذلك، وجب أن يتم التسليم في المكان الذي تحدده العرف. و إذا تعذر على العرف تحديد مكان التسليم، فإن هذا الأخير يتم في مكان إنجاز الأشغال وهو مكان تواجد العقار- طالما أنّ الأمر يتعلق بأشغال بناء- و هو منشأة معمارية ثابتة، كما سبق التطرق إليه في دراستنا لمحلّ عقد مقابلة البناء<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث - التزام المقاول بالضمان:

بموجب المقابلة فإنّ مقاول البناء يلتزم بالضمان والذي يتّصف بالازدواجية كونه ضمان عام، والذي يتمثل في ضمان المادة المستعملة في البناء، إضافة إلى ضمانه للعيوب التي قد تلحق بالصنعة التي تقدّم بها. أمّا الضمان الخاص فهو الضمان المعروف بمصطلح "الضمان العشري"، والذي يلتزم به بالتضامن مع المهندس المعماري- كما سبقت الإشارة إليه مسبقاً- و يطلق عليه مصطلح "المسؤولية العشرية" أيضاً<sup>(2)</sup>.  
وتبعاً لذلك، نستهلّ دراسة كلّ صنف على حدى:

### أولاً- الضمان العام:

ويشمل هذا النوع ضمان المادة المستعملة من طرف مقاول البناء في الإنجاز، كما يتعداه إلى ضمان الصنعة المقدّمة من طرفه أيضاً. و تبعاً لذلك، نتطرق إلى دراسة كلّ حالة ضمان وفقاً لما يلي:

1- السرحان المرجع السابق، ص 156.

2- المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول تفترض لتحقّقها ضرورة قيام عقد مقابلة مع صاحب المشروع يكون موضوعه إقامة مباني أو منشآت ثابتة طبقاً للفقرة الأولى من المادة 554 ق.م.ج، فلا يمكن إثارة أحكام هذا الضمان إلا في حالة وجود هذا العقد بين الطرفين. وهذا ما قضت به صراحة المحكمة العليا في الجزائر بقرارها رقم 294119 الصادر بتاريخ 2005/01/19. المجلة القضائية، سنة 2006، ع 12.

## أ-ضمان المادّة المستعملة:

فسواء كان المقاول هو من قدّم المادّة والتي يستعملها في الإنجاز، وذلك بعد مزجها وتركيبها تماشياً مع متطلبات المشروع، أو أنّ المادّة كانت من تقديم رب العمل ذاته فإنّ المقاول ملزم بضمانها. إذا كانت المادّة مقدّمة من طرف المقاول، فعملاً بالمادّة 551 من ق.م.ج فإنّ المقاول يضمن تلك المادّة، كضمان البائع للعيوب الخفية اللاحقة بالشيء المبيع<sup>(1)</sup>. كما يلتزم بالضمان حتّى إذا لم تتوافر فيها الصّفات المتفق عليها. و بذلك يكون المقاول بائعاً للمادّة لما فيها من عيوب خفية، تطبق في شأنها أحكام ضمان العيوب. أمّا إذا كان رب العمل هو من قدّم المادّة، فإنّه لا تطبّق الأحكام السابقة الذكر بخصوص دعوى الضمان الخاصة بالعيوب الخفية والمطبّقة بخصوص عقد البيع. ورغم ذلك يجب على المقاول أن يتأكّد من سلامة المادّة و صلاحيتها قبل الاستعمال والكشف عن العيوب التي توجد بها، طبقاً للمستوى الفني والخبرة المتطلّبة من شخص مثله، ويتوجّب عليه تنبيه رب العمل بذلك<sup>(2)</sup>.

## ب-ضمان المقاول للعيوب في الصنعة:

يلتزم المقاول بضمان جودة العمل، الذي يتعهّد بإنجازه وذلك قبل تقديمه لرب العمل أو بعد تمامه. فسواء قبل تسلّم الأشغال، فإنّ العيب في العمل الفني، يقصد به: "تلك العيوب الناتجة عن تنفيذ الأعمال بطريقة تخالف قواعد الفنّ والحرفة، والنّاجم عن إهمال أو تقصير للعمل الذي لم يتمّ إنجازه وفقاً لقواعد و أصول الفنّ".

ومن ثمّ يتوجّب على المقاول أن يقوم بإنجاز بحسب الطّريقة المتفق عليها<sup>(3)</sup>، و طبقاً للشروط الواردة في العقد، و إذا لم يتمّ وضع تلك الشروط في العقد، وجب اتّباع العرف وخاصة أصول الصنعة تبعاً للعمل المنجز، و كلّ إخلال بهذه الالتزامات يعرّض المقاول للمسؤولية عن عيب في عمله الفني. أمّا إذا تسلّم رب العمل البناء وذلك بعد تسليمه من طرف المقاول، وقام الأوّل باكتشاف عيوب بعد قبول تلك المادّة، فهنا يوجد فراغ قانوني لكون القانون قد أهمل معالجة هذه الحالة التي تبيّن مدى التزام

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج07، المرجع السابق، ص98. و تجدر الإشارة إلى أنّه يجب أن يكون العيب قديماً وخفياً وغير معلوم لدى المشتري (أي رب العمل)، و أن يكون مؤثراً.

2- محمد الحسين منصور، النّظام القانوني للمباني و المنشآت الثّابتة، المرجع السابق، ص98.

-وإذا أصرّ رب العمل على استعمال المواد المعيبة، كان للمقاول الحقّ في الإمتناع عن التّنفيد مع إمكانية عرضها على الخبرة الفنيّة للتأكد من عدم صلاحيتها للإستعمال. كما يمكن للمقاول إلزام رب العمل بتحرير إقرار كتابي، يتضمّن إصراره على استعمال تلك المواد. محمد الحسين منصور، المرجع السابق، ص98.

3- محمد الحسين منصور، المرجع السابق، ص101. أنظر أيضاً، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج07 المرجع السابق ص99.

المقاول بضمان جودة العمل. وهو الأمر الذي جعل الفقه<sup>(1)</sup> يتدخل-في حالة سكوت القانون أو غموضه أو تناقضه- واستقرّ بذلك على تطبيق قواعد عامّة تتمثل فيما يلي:

✓ -الحالة الاولى- إذا كان العيب واضحا:

و يقصد به ذلك العيب الذي يمكن للشخص العادي اكتشافه بمجرد المعاينة. ففي هذه الحالة إذا تقبل رب العمل ذلك العمل بالعيب المعني، فإنه يفترض فيه أنه قد رضي بالعيوب و قبل بها، طالما أنها ظاهرة و بادية للعيان. و من ثم يستشفّ بأنه تنازل عن حقّه في الرجوع على المقاول من أجل هذا العيب<sup>(2)</sup>.

✓ -الحالة الثانية- إذا لم يكن العيب واضحا:

ويقصد بالعيب الغير الواضح، ذلك الذي لايمكن اكتشافه، إلاّ إذا كان الشخص (رب العمل) متخصصا في البناء والتشييد. وبذلك يتعدّر على رب العمل الإطّلاع عليه و اكتشافه، رغم بذل عناية الرّجل العادي و بأن المقاول لم يخفه غشّا. ومن ثم فإنّ المقاول- في هذه الحالة- يبقى ضامنا للعيب طوال المدّة التي يعتدّ بها عرف الصنعة والمهنة لأنّ هذا الأخير في مقولة البناء مكمل لنصوص القانون، ويجوز أن يصل إلى حدّ تقرير مدة تتقادم بها دعوى الضمان.

### ثانيا-الضمان الخاص:

إنّ المقاول-شأنه في ذلك شأن المهندس المعماري-ملزم بضمان المباني والمنشآت التي قام بتشبيدها عملا بأحكام المادة 554 من ق.م.ج. و بالتالي يكون المشرع الجزائري قد خصّه بالضمان، وذلك بعد تسليم الأعمال بقواعد خاصة، والتي تتمثل في الضمان المعماري.ومن ثمّ يمكن القول بأنّ هذا الالتزام، يتميز بالصبغة القانونية و الإلزامية له. وبالنظر إلى التّضامن المفروض على المقاول رفقة المهندس المعماري، و نظرا لخصوصياته لكونه أهمّ ما يميّز مقولة البناء عن سائر صور المقاولات الأخرى و القصور و التناقض التشريعي الذي يحيط به، إضافة إلى الجدل الفقهي الذي ثار حوله، ولاعتباره موضوع لحماية رب العمل، فإننا ارتئينا تخصيص دراسة أحكام مسؤولية المقاول المعمارية في المبحث الثاني الموالي، والمعنون

1- محمد الحسين منصور، المرجع السابق ص 103 .

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 100.

- تجدر الإشارة إلى أنّ دعوى الضمان العام-كقاعدة عامة-ليست من النّظام العام، لذلك يجوز مخالفتها أو الإتّفاق على ما يخالفها، فيمكن الإتّفاق على تشديد الضمان ، كما يجوز التّخفيف من أحكامه أو الإتّفاق على الإعفاء منه إلّا ما كان ناجما عن غشّ أو خطأ جسيم. محمد الحسين منصور، المرجع و الموضوع السابقين.

بالإلتزامات القانونية في عقد مقاوله البناء، إلى جانب إلتزامه بضرورة التأمين على مشاريعه وأعماله المهنية وذلك إلزامية التأمين على هذا الضمان المعماري ، إلى جانب الإلتزام بتأمين المسؤولية المدنية.

-**ومخالصة للمبحث الأول** يتضح لنا أنّ مقاوله البناء تولّد جملة من الإلتزامات الملقاة على عاتق الطرفين، وهي مرفوقة بجزاءات مقرّرة للمتضرّر من سلوك الطّرف الثاني والتي يمكنه توقيعها متى توافرات شروطها، وبحسب الطّروف المحيطة بها. كما أنه واستنادا إلى مضمون المادة 549 من ق.م.ج والتي تضمّنت مفهوم المقاوله، يستخلص أنّ الوفاء بالأجر، يعدّ من أبرز التّزامات الملقاة على عاتق رب العمل. بينما -وبالمقابل- يعدّ إنجاز الأشغال من أهمّ الإلتزامات الملقاة على عاتق المقاول. غير أنّه ما يلاحظ على المستوى التّشريعي، هو القصور بخصوص تنظيم تلك الإلتزامات المترتبة عن مقاوله البناء، وهو ما أدى إلى عدم مواكبتها للتطوّرات التي شهدتها مقاوله البناء والانتشار الواسع لها. بالتالي فإنّ هذه الدّراسة تعدّ فرصة، والتي من خلالها ندعو المشرّع الجزائري إلى إعادة تنظيم القواعد القانونية التي تحكم العلاقة القائمة بين رب العمل والمقاول والمتولّدة عن المقاوله.

## المبحث الثاني - الإلتزامات القانونية في عقد مقاوله البناء:

ذكرنا سابقا بأنّ الضمان المعماري في عقد مقاوله البناء الوارد على المباني والمنشآت الثابتة، والذي يتمثّل في ضمان ما قد يصيب تلك المباني والمنشآت الثابتة، من عيوب أو تهدم وذلك خلال عشر سنوات من يوم تسليمها<sup>(1)</sup>. وقد تناولت المادة 554 من ق.م.ج ذلك الضمان، وما قد يوجد بها من عيوب تهدّد

1-راجع المادة 554 من ق.م.ج. و نورد بالمناسبة النصوص المقابلة في ق.م.ف والتي تعتبر الأصل.

-حيث عالج ق.م.ف، في صياغته الأصلية لسنة 1804 ذلك في المادتين:

المادة 1792 منه والتي كانت تنصّ على أنّه: "إذا تهدّم البناء المشيّد مقابل أجر مقدر جزافا، تهدّما كليًا أو جزئيًا، وكان هذا التهدّم ناشئا عن عيب في البناء، أو حتّى عن عيب في الأرض ذاتها، فإنّ المهندسين المعماريين والمقاولين يسألون عن هذا التهدّم في خلال عشر سنوات". أمّا المادة 2270 منه، فكانت تنصّ بأنّه: "تنقضي مسؤولية المهندس المعماري والمقاولين عن ضمان الأعمال الكبيرة التي قاموا بتنفيذها أو الإشراف عليها بعد عشر سنوات".

-B. (Soinne), la responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, , paris, 1969, p124.

-غير أنّه تمّ تعديل هاتين المادتين، بموجب القانون الصادر في 1968/01/03، ثمّ بالقانون الصادر في 1978/01/04، ومن ثمّ فإنّ الصياغة الجديدة للمادة 1792 أصبحت كالتالي: "كلّ معماري يتولّى تشييد عمل يكون مسؤولا بقوة القانون نحو رب العمل أو من تووّل إليه ملكية العمل، عن الأضرار حتّى تلك الناتجة عن عيب في الأرض، حتّى تعرض للخطر متانة العمل و صلابته أو التي تصيبه في أحد عناصره التأسيسية أو أحد عناصره التجهيزية و التي يترتّب عليها أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيّد من أجله وتتقضي هذه المسؤولية إذا ما أثبت المعماري أنّ الأضرار ترجع إلى سبب أجنبي". نقلا عن مرجع السابق، محمد حسين منصور، ص 108، الهامش رقم 02.

متانتها وسلامتها. ونظرا لتعلق هذا الضمان بالمباني والمنشآت وتفردا به، فإنّ الفقه اقترح تسميته "بالضمان المعماري"<sup>(1)</sup>.

ولذلك فإنّ القانون ألزم المقاول بتأمين مسؤوليته المدنية المهنية، إضافة إلى إلزامية اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليته العشرية المنصوص عليها في المادة -السّالفة الذّكر- وكذا مسؤوليته المهنية المدنية. وتبعاً لذلك فقد ارتئينا تخصيص هذا المبحث الثاني، قصد دراسة الالتزام الضمان المعماري من جانب مقاول البناء بموجب المطلب الأوّل، ثمّ الالتزام بالتأمين في مجال البناء، وذلك بموجب المطلب الثّاني.

### المطلب الأوّل-التزام المقاول بالضمان المعماري:

إنّ دراسة هذه الأحكام تقتضي منّا التطرّق إلى المقصود بنطاق تطبيقه، سواء من حيث الأطراف والموضوع وكذا الزمان، ثمّ إلى القواعد المطبّقة عليه من حيث طبيعته القانونية، وكذا جزاؤه وأسباب انقضائه.

وما يجب الإشارة إليه بموجب هذا المبحث، هو أنّ الضمان المعماري بمختلف أحكامه يسري على المقاول والمهندس المعماري في ذات الوقت، لذلك قد تقتضي الضّرورة منّ أن نشير إلى المهندس المعماري-إلى جانب مقاول البناء- وذلك من باب الأمانة العلمية، ووفقاً لما تقتضيه النصوص القانونية والآراء الفقهية في هذا المجال<sup>(2)</sup>، وكذلك حتّى تتسجم دراستنا مع ما تستلزمه الصياغة الحرفية لمضمون المادة الملزمة لهذا الضمان.

ومن خلال هذا المطلب، نتساءل عن الشّروط الموضوعية للضمان العشري التي تبتّأها المشرّع الجزائري -مقارنة بنظيره الفرنسي-، كافية في زمان التطور التكنولوجي الرّهيب في الوسائل المستعملة في مجال البناء لتوفير الحماية القانونية للمباني والمنشآت الثّابتة الأخرى انطلاقاً من ذلك، نحاول دراسة كل من خلال الفرعين المتتاليين:

---

1-محمد حسين منصور، النّظام القانوني للمباني و المنشآت، المرجع السّابق، ص23. أنظر أيضاً:  
-B. (Soinne), la responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, op-cit, 1969, p124.

2-لقد أخضع المشرّع الجزائري وبموجب المادة554 من ق.م.ج، قد ألزم المقاول والمهندس المعماري بضمان المباني والمنشآت التي يشرفان عليها. وقد يرتبط المهندس المعماري مع رب العمل بموجب عقد، والذي تمّ تكييفه من طرف المشرع الفرنسي بعقد إجارة أعمال. عياشي شعبان، أشخاص الضمان العشري في التشريع الجزائري، المرجع السّابق، ص98.

## الفرع الأول- نطاق تطبيق الضمان المعماري:

نقصد بذلك الأطراف المرتبطة بالضمان، وكذا موضوعه و نطاق زمانه-أي المدّة التي تحكمه -ومن ثم نتساءل عن مدى استطاعة المشرّع الجزائري، مقارنة بنظيره الفرنسي ضبط قائمة المتدخلين في عملية التشييد، وتحقيق المساواة في توزيع الالتزام بأحكام هذا الضمان، بتحميله لكل مسؤول ومتدخل في عملية التشييد -ومن بينهم المقاول-، انطلاقا مما يلي:

### أولا- أطراف الضمان:

يرتبط الضمان بوجود مقابلة ترد على مبان أو منشآت ثابتة<sup>(1)</sup>، ومن ثم فإنّ أطراف هذا العقد هم بالضرورة أطراف الضمان، و نقصد المقاول من جهة و رب العمل من جهة أخرى. ومن خلال المادة التي تکرّس بها الضمان المعماري، يتبيّن أنّ المشرّع الجزائري-على غرار باقي التشريعات يلزم المقاول -وبجانبه المهندس المعماري- بضمان التهدّم أو العيوب التي تصيب ما أقاماه من مباني أو منشآت ثابتة أخرى ، وذلك نظرا لخطورة المباني أو تصدّعها بالنسبة لرب العمل و بالنسبة للغير. كما أنّ المشرّع شدّد من هذا الضمان حتّى يدفع المقاول إلى بذل كلّ عناية ممكنة فيما يشيّدانه من المنشآت. و تبعا لذلك، سنتطرق إلى دراسة هذه الأطراف من خلال الدائن به وكذا المدين به.

### 1-الدائن بالضمان:

حيث يقصد بهم الأشخاص الذين وضع الضمان المعماري لمصالحهم، من خلال إضفاء الحماية عليهم. و القاعدة أنّ الدائن الرئيسي و الأصلي به هو رب العمل، و ذلك باعتباره المستفيد منه. غير أنّه و بعد وفاته فإنّ الحقّ في الضمان، ينتقل إلى خلفه العام(وهو ما يعبر عنه في النظرية العامّة للعقد- انصراف اثار العقد إلى الخلف العام)<sup>(2)</sup>، كما أنه إذا تمّ التصرف في العقار محلّ المقابلة ، فإنّ هذا الضمان ينصرف أيضا إلى الخلف الخاص.

### أ-رب العمل:

يعدّ الدائن الأصلي بالضمان، و يستوي أن يكون قد أبرم العقد بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه أو يمثله، و من ثمّ فإنّ دعوى الضمان يمكن ممارستها من قبل أو عن طريق نائبه، فالشخص المعنوي هو رب

1- B .(Soinne), op-cit, p126

-أنظر أيضا، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص74.

2-بخصوص قاعدة انصراف اثار العقد إلى الخلف العام، أنظر، محمد السّدي صبري، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص322. أنظر أيضا، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامّة للإلتزامات، الطبعة الثّانية منشورات الحلبي، لبنان، 1998، ص111.

العمل رغم أن ممثله هو الذي يبرم العقد و يتولى ممارسة دعوى الضمان نيابة عنه. و يعد ربّ العمل كذلك باعتباره الشّخص المصاب من جزاء التهدّم الكليّ أو الجزئيّ للبناء، إثر ظهور عيب في المباني المقامة، ومن ثمّ يمكنه الرجوع على المقاول-أو المهندس- أو عليهما بالتضامن. ولا يشترط أن يكون رب العمل هو المالك للأرض التي ينجز عليها البناء والمنشأة، بل يكفي لذلك أن يكون قد منح له حقّ البناء على تلك الأرض ولحسابه الخاص<sup>(1)</sup>.

أمّا في حالة الملكية المشتركة التي يتعدّد فيها ملاكّ البناء أو العمارة ،لم تثبت صفة ممارس دعوى الضمان.فالملاحظ على مستوى التشريع الجزائري، أنّ المرسوم التنفيذي رقم 59-94<sup>(2)</sup>، لم يحدّد صاحب الصّفة في رفع دعوى الضمان العشري ممّا يؤدّي بنا إلى الرجوع للأحكام العامّة . من ثمّ يعود للجمعية التي يكوّنونها فيما بينهم حين يكون الخلل الموجب لهذا الضمان قد لحق الأجزاء المشتركة للبناء طبقاً للمادة 756 مكرر 1 ق.م.ج، و التي تنصّ على ما يلي:"إذا حدث هدم كليّ أو جزئيّ فإنّه يمكن للشركاء المالكين للأجزاء المتكوّنة منها المبنى المهذّم أن يقرّروا بأغلبية الأصوات تجديد المبنى أو إصلاح الجزأ الذي لحقه الضرر ... "

أمّا حين يقوم موجب الضمان بالأجزاء الخاصّة من العقار المملوكة للشركاء على انفراد (الشقق أو الطبقات) تكون مباشرة دعوى الضمان،من اختصاص كلّ مالك للجزء الذي لحقه سبب الضمان على انفراد<sup>(3)</sup>.

#### ب-الخلف العام لربّ العمل:

حيث يعرف الخلف العام، بأنّه:"كلّ من يستخلف السلف في ذمّته المالية أو في جزء منها"<sup>(4)</sup>. و نجد تطبيقات ذلك -على وجه الخصوص-من خلال قواعد الميراث، ذلك لأنّ ربّ العمل عندما يتوفّى ، فإنّ وراثته يحلّون محلّه في الاستفادة من دعوى الضمان العشري، باعتبارهم خلفا عاما لرب العمل.

1- عبد الرزاق أحمد السّنهوري، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، ج07 ، المرجع السّابق ص111.غير أنّه- و حسب رأينا- يجب التمييز بين حالة رب العمل الأصلي، و رب العمل الإعتباري و الذي نقصد به المقاول الأصلي في إطار المقاوله الفرعية، حيث و كما سبقت الإشارة إليه، فإنّ المقاول الأصلي يعدّ بمثابة ربّ عمل بالنسبة للمقاول الفرعي، غير أنّه لا يكون دائنا بالضمان. فالمقاول الأصلي و الفرعي من النّاحية الفنيّة متساويان، فليس هنالك حاجة لاستحداث مسؤولية استثنائية فيها بينهما ،إذ يمكن الإكتفاء بالقواعد العامّة،تنصّ بأنّه:" ينتهي إنترام المقاول الفرعي بمجرد أن يتسلّم المقاول الأصلي الأعمال التي قام بها مع تمكّنه من فحصها والكشف عمّا بها من عيوب ."

2-المرسوم التنفيذي رقم 59-94 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلّق بتحديد القواعد المتعلّقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية.ج ر، ع 03 ، سنة1994، ص13.

3-محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،1999ص 83، أنظر كذلك، محمد شكري سرور ، المرجع السّابق،ص197.

4- محمد السّعدي صبري ، المرجع السّابق، ص324.

وفي هذا الصدد تنص المادة 108 من ق.م.ج، على ما يلي: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

من خلال تفحص الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر، نجدها تستثني من مبدأ انتقال المال للخلف العام لا ينصرف لهذا الأخير، إذا تبين ذلك من طبيعة العقار أو من نص القانون، مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث. بيد أن هذا الإستثناء لا محلّ لتطبيقه في هذه الحالة، إذ لا يمكن للمتعاقدين الإتفاق على عدم انتقال دعوى الضمان العشري للخلف العام، لأن ذلك يعني الإعفاء من الضمان العشري، وهذا يتعارض معه على اعتبار أنه التزام قانوني لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامه- ولا سيما منها تلك المتعلقة بالإعفاء منه-.

### ج- الخلف الخاص لرب العمل:

ينطبق الحكم المقرّر للخلف العام على الخلف الخاص، كمشتري العقار وفقا للرأي الفقهي السائد باعتبار أن هذه الدعوى من مستلزمات البناء وتتبعه في أي يد وجد، إعمالا للمادة 109 من ق.م.ج التي تحكم قواعد الاستخلاف الخاص بالمتعاقدين، حيث تنصّ على مايلي: "إذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء<sup>(1)</sup>، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

بالتالي يستطيع مشتري العقار أن يرجع بالضمان على المقاول-أو المهندس-، إذا تهدم البناء أو ظهر فيه عيب بعد انتقال الملكية إليه، ولكن قبل انقضاء مدة العشر سنوات التي يقوم خلالها الضمان<sup>(2)</sup>. وقد ذهب جانب من الفقه وسائره في ذلك أيضا جانبا من القضاء في تبرير ذلك، إلى اعتبار الضمان العشري التزاما عينيا ينتقل مع العقار، حيث أن حق التمسك بهذا الضمان يعتبر من مستلزمات الشيء أو ملحقاته التي تنتقل معه إلى من انتقلت إليه الملكية، دون حاجة للنص عليها صراحة في التصرف الناقل للملكية. ويجوز بذلك للمشتري أن يرجع على بائعه العيب وفي هذه الحالة يكون للبائع-وهو رب العمل- أن يرجع بدوره على المقاول-أو المهندس- بالضمان، وله أن يدخلهما ضامنين في دعوى العيب التي يرفعها عليه المشتري<sup>(3)</sup>. تجدر الإشارة إلى أنه، يرجع الخلف الخاص على المقاول بالضمان

1- تجدر الإشارة إلى أن هناك شروط لتطبيق أحكام انصراف اثار العقد-كقاعدة عامة إلى الخلف الخاص، أنظر في هذا الصدد، محمد السعدي صبري، المرجع السابق، ص325. و بالرجوع إليها نجدها صالحة للتطبيق في المقولة باعتبارها عقد يخضع للقواعد المقررة في النظرية العامة للعقد. أما المقصود بمصطلح الشيء المذكور في المادة، فإنه يقصد به العقار محلّ المقولة، و الذي ينتقل إلى الخلف الخاص كلما تمّ التصرف فيه.

2- B. (Soinne), la responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, op-cit, p312.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج07، المرجع السابق، ص111.

حتى لو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على السلف، كما لو كان موهوبا له و ليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب، فإنه يرجع بالرغم من ذلك بالضمان على الواهب، فإنه يرجع بالمقاول-أو المهندس-، لأن دعوى الضمان قد انتقلت إلى الموهوب له مع العقار الموهوب بموجب-عقد الهبة-

#### د-الغير لا يستفيد من الضمان العام:

إذا أصيب الغير بضرر من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده المقاول-و المهندس- من مبان أو منشآت ثابتة أخرى، فإنه لا يستطيع الرجوع على أيّ منهما على أساس المسؤولية الخاصة المنصوص عليها في المادة 554 ق.م.ج، بل يلجأ إلى طلب التعويض طبقا للقواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي المقررة بالمادة 124 ق.م.ج، والتي تقضي بأنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص ويسبب ضرر بغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

أو قد يسأل المقاول-أو المهندس- أيضا طبقا لأحكام المسؤولية الناشئة عن حراسة البناء المقررة بالفقرة الأولى من المادة 140 ق.م.ج، والتي تقضي بأنه: "حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه". وذلك إذا توافرت في أيّ منهما صفة الحارس، بأن كانت له السيطرة الفعلية على البناء. والسبب في استبعاد الغير من الضمان العشري للمقاول-وبجنبه المهندس المعماري- الذي يستند إليه هذا الضمان الخاص.ومن ثم فإنّ المسؤولية العشرية للمقاول-وبجنبه المهندس المعماري- لا يمكن أن تقوم إلا بالنسبة للأعمال ذات الصفة العقارية كالمباني، المنشآت الثابتة الأخرى والتي تكون موضوع مقابلة بناء .

#### 2-المدين بالضمان:

ويقصد بالمدين بالضمان الأشخاص المسؤولون به، لارتباطهم بعقد مع ربّ العمل، ونخصّ بالذكر الشخص محل الدراسة والذي يتمثل في مقاول البناء-والى جانبه المهندس المعماري-لذلك، فإنّ رب العمل يمارس هذا الضمان المخول له قانونا من خلال دعوى الضمان والتي تعتبر، أثر من اثار عقد مقابلة الوارد على البناء، وعلى هذا فهي تخصّ ربّ العمل الذي يكون طرفا في هذا العقد، كما أنّها تنتقل إلى الخلف العام<sup>(1)</sup>. كما يمكن للدائنين ممارستها من خلال الدعوى الغير المباشرة، إذا توافرت أحكامها. وأخيرا فإنّ الضمان المعماري بإعتباره من مستلزمات البناء، لأته من شأنها تقويته. ومن ثمّ فهي ترتبط به وتنتقل

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص85. أنظر أيضا:

- A,(Caston),la responsabilité des architectes 2'ed,1979.p165.

- كما أنّنا نذكر أنّ هذه الدعوى تتقادم بانقضاء ثلاث سنوات اعتبارا من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب، طبقا لنص المادة 557 من ق.م.ج و التي تنصّ على ما يلي: "تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بانقضاء ثلاث03 سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب".

إلى المالك كلما انتقلت ملكية العقار - محلّ المقابلة - لذلك، وبالضرورة فهي تنتقل إلى الخلف الخاص. غير أنّ العقد المبرم بين المهندس ورب العمل لا يكيّف العقد الذي يرتبط به مع ربّ العمل أنّه مقابلة بل أنّه عقد إجارة خدمات، ذلك لأنّ المقابلة - كما رأينا مسبقا - تنصب على عمل مادي، إضافة إلى الإستقلالية في الأداء.

وقد ظلّ ق.م.ج، لوقت طويل يقصر نطاق الضمان العشري على مقاولي البناء - و المهندسين - دون غيرهما من الأشخاص الآخرين الذين يشاركون في عملية البناء<sup>(1)</sup>. غير أنّ هذا النطاق الشّخصي المسؤول بموجب أحكام الضمان العشري، عرف توسّعا ملحوظا بموجب التشريعات المتعاقبة ليشمل هذا التّوسع المراقبين الفنيين و هذا ما تضمّنته المادّة 178 من القانون رقم 07/95 والمتعلّق بالتأمينات السّالف الذّكر. كما شمل طائفة أخرى من الأشخاص - إلى جانب الطّائفة الأولى - لا تربطهم برّب العمل أدنى رابطة عقديّة، ويتعلّق الأمر بكلّ من المكتتب والمتعامل في التّرقية العقارية. وتبعاً لذلك، وجب علينا التطرّق للنطاقين التّقليدي والحديث للأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان العشري، ذلك لأنّه من شأنّ توسيع دائرة الملتزمين بالضمان المعماري، التّخفيف على كاهل مقاول البناء - إلى جانبه المهندس المعماري - وذلك من خلال إدراج أشخاص آخرين ضمنه.

#### أ- النّطاق التّقليدي للأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان العشري:

ونقصد بذلك اقتصار الضمان على المقاول في مجال البناء - والمهندس -، والمرتبطين بموجب علاقة تعاقدية مع ربّ العمل:

#### أ1- المقاول:

في كلّ الأحوال تكون مهام تنفيذ أشغال البناء وإنجازها منوط بالمقاول، حيث يعهد له بها مالك البناء (رب العمل) بمقتضى عقد مقابلة. فيقوم المقاول بالتنفيذ العملي للرّسومات والتّصاميم الهندسية بما يملّيه عليه العمل من إدارة وإشراف عليه، وحراسة للمواد المستخدمة في البناء واكتشاف الأخطار التي يمكن تصوّر وجودها في التّصميمات والرّسومات، ومراقبة مكان العمل لتفادي أيّة حوادث محتمل وقوعها والتي قد تضرّ سواء لربّ العمل أو للمارّة<sup>(2)</sup>. ومن ثمّ يضاف المقاول طبقاً لنص المادّة 554 من ق.م.ج إلى المهندس المعماري في الالتزام بالضمان العشري. ولا يشترط أن يكلف المقاول ليكون مسؤولاً - وفقاً للمادّة 554 المذكورة - أعلاه بكلّ الأعمال اللاّزمة لإقامة المبنى إذ بإمكان صاحب المشروع أن يلجأ إلى

1- هو ما استقر عليه القضاء المصري بشأن مدّة الضمان المنصوص عليها في المادّة 651 ق.م.ج، المطابقة لأحكام المادّة 554 ق.م.ج. أنظر في هذا المعنى، السنهوري العقود الواردة على العمل المقابلة و الوكالة و الوديعة و الحراسة، ج 07، المرجع السّابق، ص 123.

2- غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء (المقاول، مهندس البناء، صاحب البناء)، المرجع السّابق. ص 110 وما بعدها. أنظر أيضاً، بخصوص مهام المقاول:

B.(Soinne), la responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, op-cit,p210

أكثر من مقاول ، لإنجاز مشروعه كأن يعهد بوضع الأساس وأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وحيطان إلى مقاول، وبأعمال التجارة إلى مقاول ثاني وبأعمال الدهان والبياض إلى مقاول ثالث، وبالأعمال الصحية إلى مقاول رابع ... فيبرم صاحب العمل عدّة عقود مع عدّة مقاولين كل بحسب تخصصه. فإذا اشترك أكثر من مقاول في العمل امتدّت دائرة المسؤولية لتشملهم جميعا كلّ في حدود الجزء من العمل الذي قام به<sup>(1)</sup>.

ويستوي في هذا الشأن المقاول الذي يتعهد فقط بتنفيذ العمل، طبقا لخطة وتصميم المهندس المعماري والمقاول الذي يزوده بالعمل وفقا لاتفاق مع رب العمل بما يحتاجه من مواد وأدوات . فبالرجوع إلى نص المادة 554 من ق.م.ج، لا يستفاد من استقراءها اعتبار هؤلاء مقاولين لأنهم لا يشتركون مباشرة بأعمال تنفيذية تتعلق بالمباني أو المنشآت الثابتة الأخرى والتي تقتضي تواجدهم في موقع العمل. ويمكن النظر إلى العقد الذي يربطهم برب العمل، على أنه عقد بيع لمنتجاتهم وليس عقد مقاوله . ومقابل ذلك ينطبق نفس الحكم في حالة قيام شخص بتشييد مبان وبيعها في صورة وحدات (شقق أو طبقات) مستخدما في البناء مهندسين وفنيين وعمالا يعملون تحت إشرافه وتوجيهه. فمثل هذا الشخص تتعد له صفتين:

- صفة المقاول في مواجهة نفسه كمالك.

- و صفة البائع في علاقته بالمشتريين.

والأولى في نظر الفقه هي تغليب صفة المقاول على صفة البائع في نفس الشخص ومسائلته بالضمان الخاص (العشري) دون الضمان العام للعيوب الخفية الملقى على عاتق البائع المقرر في نص المادة 379 من ق.م.ج، إذ غالبا ما تظهر العيوب بعد فترة زمنية طويلة من بيع البناء يصعب بعدها الرجوع على هذا الشخص كبائع طبقا لضمان العيوب الخفية. وتبدو حينئذ الحاجة للرجوع عليه طبقا لأحكام الضمان العشري والمقررة من طرف مشرعنا الجزائري، بالمادة 554 من ق.م.ج ، وهذا ما فعله المشرع الفرنسي في المادة 2/1792 من ق.م.ف، و ذلك بعد تعديلها بقانون 1978<sup>(2)</sup> .

## أ-2-المهندس المعماري:

طبقا لنص المادة 01/554 من ق.م.ج، والمادة 03 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي

1988 -السالف الذكر-، فإنّ المسؤول الأول بضمان سلامة المباني والمنشآت هو المهندس المعماري .

1- عياشي شعبان، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 88.

2-لمزيد من الشرح والتفصيل، راجع محمد حسين منصور ، المسؤولية المعمارية ، المرجع السابق ص 91 وما يليها.

وإذا أخذنا بالتفسير الحرفي للنص، فإنّ المسؤولية لا تنطبق إلّا على من كان حائزاً على شهادة مهندس في الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها من قبل نقابة المهندسين، وعضواً بالجدول الكبير لهيئة المهندسين المعماريين وفقاً للتصوص القانونية المنظمة لشروط ممارسة مهنة المهندس المعماري. وبالرغم من أنّ المادة 554 من ق.م.ج تتحدّث عن المهندس المعماري<sup>(1)</sup>. غير أنّ الاتجاه السائد في فقه بعض الدول ويتأيد من جانب من القضاء<sup>(2)</sup> بالنظر إلى التطور الحديث في أعمال التشييد والبناء، جعل المهندس المعماري يقتصر دوره في أغلب الأحوال على وضع التصميمات والرّسومات، في حين يتولّى غيره من المهندسين في مجال الهندسة المدنية، الهندسة الميكانيكية، الإشراف على تنفيذها. لذلك وجب أن يمتدّ نطاق هذه المسؤولية ليشمل أيّ مهندس، مادام أنّه يساهم بدور في تنفيذ الأعمال.

ومن تمّ يتحمّل مسؤولية المهندس المعماري كل من قام بتصميم الأعمال أو أشرف على تنفيذها ولو كان رب العمل نفسه<sup>(3)</sup>. وإذا اشترك عدّة أشخاص في القيام بمهمة المهندس المعماري سواء في وضع تصميم الأعمال المزمع إنشاؤها، أو في الإشراف والرقابة على تنفيذها كانوا جميعاً مسؤولين كلّ في حدود ما قام به من أعمال. ويرجع في تحديد ما يكلف به المهندس المعماري من مهام في عملية البناء لتحديد مسؤوليته إلى العقد المبرم بينه وبين رب العمل باعتباره شريعة المتعاقدين، وإلى الأحكام القانونية الواردة في مجموعة التصوص القانونية المنظمة للمهنة.

ولذلك جاء المشرّع بنص المادة 555 من ق.م.ج بأنّه: "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلّا عن العيوب التي أتت من التصميم"<sup>(4)</sup>. وهو الحكم الذي انتهجته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2005/01/19 والذي تضمن ما يلي: "المسؤولية عن تهديم البناء وسلامته تشمل المهندس المعماري والمقاول على السواء، ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسؤولاً إلّا عن العيوب التي أتت منه"<sup>(5)</sup>.

ب- النطاق الحديث للأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان العشري:

<sup>1</sup> - عياشي شعبان، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

3- A, (Caston), la responsabilité des architectes Op-cit., p169.

4- من الناحية العملية، فإنّ رب العمل يرتبط مع المهندسين المعماريين أو مكاتب الدراسات، بموجب اتفاق (Convention). ويسمّى في التشريع الفرنسي عقد إجازة العمل (Contrat louage d'ouvrage). المرجع والموضع السابقين.

5- قرار المحكمة العليا رقم 294119 الصادر بتاريخ 2005/01/19 في القضية المنشورة بين (ب.م) ضدّ (ب.ب)، الملف رقم 45321، مجلة المحكمة العليا. لسنة 2005، ع 01، ص 259.

لقد أدى التطور الحديث في أعمال البناء والتشييد من حيث المواد والمكونات المستعملة في المباني أو إدخال الميكنة والتصنيع في تنفيذها أثره الهام في تغيير وظيفة المقاول التقليدية ، إذ أصبح دوره بالنسبة إلى أجزاء هامة في البناء هو مجرد التركيب، بل إن البناء بأكمله قد يكون سابق التجهيز. ومن هنا يثور التساؤل عن مدى اعتبار صنّاع مكونات البناء والتجهيزات المعمارية في عداد المقاولين الذين يتحملون المسؤولية العشرية عن تهديم المباني أو عمّا يلحقها من عيوب تؤثر في متانتها أو سلامتها؟.

وفي فرنسا، فإن نطاق الضمان العشري - من باب الملتمزين به - يبدو أوسع بكثير منه في القانون الجزائري<sup>(1)</sup>. فقد مدّ المشرع الفرنسي بموجب إصلاحات 1967 و 1978 نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري الوارد في المادتين 1792 و 2270 ، ليشمل بالإضافة إلى المقاول والمهندس المعماري<sup>(2)</sup>، كلّ مراقب تقني و كل من يرتبط مع رب العمل بعلاقة عقدية بل ولقد ذهب إلى أبعد من ذلك، إذ قرّر تطبيق قواعده على أشخاص لا تربطهم أيّة علاقة تعاقدية مع ربّ العمل. فالمادة 1792 من ق.م.ف، وبعد تعديلها بموجب القانون 12 لسنة 1978، فأصبحت تنصّ على مايلي: "يكون المهندسون المعماريون والمقاولون، وغيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاوله، مسؤولين عمّا يصيب البناء من تهديم كلي أو جزئي، إذا نتج الهدم عن عيب في البناء أو حتّى عيب في الأرض ذاتها وذلك لمدة عشر سنوات"

أمّا المادة 2270 من ق.م.ف و بعد تعديلها، أصبحت تنصّ على ما يلي: "ينقضي ضمان المهندسين المعماريين والمقاولين، وغيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع ربّ العمل بعقد مقاوله، للأعمال التي قاموا بها أو أشرفوا عليها بعد عشر سنوات فيما يتعلّق بالأعمال الكبيرة، وبعد عامين فيما يتعلّق بالأعمال الصغيرة"<sup>(3)</sup>.

و يستخلص من هاتين المادتين، التوسيع من دائرة الضمان المعماري، بعدما كان مقتصرًا على المهندس المعماري والمقاول فقط، وهو الأمر الذي يفتقده التشريع الجزائري. ومن ثم ندعو المشرع الجزائري إلى تعديل المادة 554 من ق.م.ج، وعلى وجه الخصوص إخضاع المقاول الفرعي أيضا إلى الضمان العشري وذلك تماشيا مع التطورات التي تشهدها ساحة البناء و التشييد، وإضافة الحماية الأكبر لأرباب الأعمال والتشديد في المسؤولية.

1- عياشي شعبان، المرجع السابق ، ص 90.

2- لقد اقتصر الضمان المعماري بداية في التشريع الفرنسي على المقاول و المهندس المعماري فقط، و هو ما تضمّنه ق.م.ف في صيغته الأصلية لسنة 1804، أنظر:

-B. (Soinne)-Op-cit, p 324.

3-B. (Soinne)- Op-cit, p 325

## ب1-المراقب التقني:

لقد شمل المشرع الجزائري المراقب التقني بالضمان العشري دون تنظيم كاف فيما يخصه. ويعرف عادة على أنه "رجل فني أو هيئة فنية يقوم بالمراقبة الفنية لأعمال البناء بإعطاء آراء استشارية لرب العمل باعتباره متعاقدًا معه".

ومراعاة لذلك يكون المراقب التقني مسؤولاً في حدود مهامه ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة 178 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم في فقرتها الأولى على أنه : "يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين اكتتاب عقد التأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الإستلام النهائي للمشروع" .

وبموجب هذه المادة يلتزم أيضا -بجانب المقاول و المهندس المعماري- المراقب التقني بالضمان العشري الوارد في المادة 554 من ق.م.ج اتجاه رب العمل<sup>(1)</sup>.

غير أنه لا تقوم المسؤولية العشرية للمراقب التقني إلا إذا ارتبط بعقد مقابلة أصلي مع رب العمل أي يشترط أن يكون المراقب التقني قد تدخل بناء على طلب صاحب المشروع و ليس بناء على طلب المعماري القائم على إنجاز وتنفيذ المشروع. فإذا أعطى تقريراً إيجابياً ووقع الضرر، فإن قرينة المسؤولية تقوم ضده، ولكن إذا وضع تقريراً سلبياً أو أبدى تحفظات بخصوص الإنجاز والبناء ولم يأخذ برأيه، وأدى ذلك إلى وقوع الضرر، فإن المسؤولية تنتفي على عاتق المراقب<sup>(2)</sup> .

<sup>1</sup> - عياشي شعبان، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 90.

<sup>2</sup> - في السياق نفسه، فإن المشرع الفرنسي بموجب قانون رقم 78-12 المؤرخ في 04 يناير 1978 عدل في صيغة المادة 1792 من ق.م.ج بحذف عبارة "المهندسين المعماريين والمقاولين وأي أشخاص آخرين مرتبطين مع رب العمل بعقد مقابلة" التي سبق وأن أضيفت بقانون رقم 67-03 لسنة 1967، واستعمل بدلا منها عبارة "كل معماري". ثم أضاف فقرة جديدة إلى هذه المادة بين فيها المعنى المقصود بعبارة كل معماري هذه "كل مهندس معماري أو فني أو أي شخص آخر مرتبط مع رب العمل بعقد مقابلة" . محمد حسين منصور ، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص94.

- **يستخلص بحسب رأينا أنه و من خلال المادة 554 من ق.م.ج،** أنها تلقي عبء الضمان و تقصره على كل من المقاول و المهندس المعماري-، و تكون المسؤولية بينهما بالتضامن، و هو ما يدفعنا للقول بقصور النص. غير أنه و نظرا لتعدد العمليات المعمارية في العصر الحديث، و تزايد أعداد المشتركين فيها طبقا لتنوع التخصصات و ما يستتبع ذلك من اشتراك المسؤولية و صعوبة تحديدها، تم توسيع دائرة الضمان، فامتدت لتشمل كل من يرتبط مع المالك (رب العمل) بعقد مقابلة أو بيع أو توريد للإشتراك في عملية البناء، و من ثم يكون ملزما بالضمان -شأنه في ذلك شأن المهندس و المقاول-.

## ب2- كل من ارتبط مع ربّ العمل بعقد مقاولة (إجارة عمل):

فبالإضافة مقاول البناء والمهندس أخضع المشرّع الفرنسي الأشخاص الذين يتولون المشاركة بدور ما في عملية البناء والتشييد، وذلك بقطع النظر عن لقبهم، أو مركزهم المهني أو مؤهلهم أو صفتهم، ما داموا يمارسون دورهم هذا بمقتضى عقد المقاول مع ربّ العمل، لأحكام الضمان العشري بموجب المادة 1792 -السّالفة الذكر-. ويمكن أن يندرج تحت هذا المفهوم على سبيل المثال: مكاتب الدّراسات الفنيّة (B.E.T) والمهندسون الاستشاريون، والمهندسون غير المعماريين، والحدّادون والنّجارون ومقاولو الأعمال الصحيّة وإلى غير ذلك من الفنيين الذين يتدخّلون في أعمال البناء والتشييد، من دراسة التربة التي سيقام عليها البناء إلى وضع الرّسومات والخرائط، وعمل المقاييس، فالقيام بالتّنفيذ... إلخ من الأعمال التي يقتضيها إقامة البناء<sup>(1)</sup>.

وقد تبني المشرّع الجزائري أخيرا هذا الاتجاه بموجب المادة 46 من قانون رقم 11-04 المتعلّق بالترقية العقارية الجديد عندما أخضع كلّ من يرتبط مع صاحب المشروع بعقد - دون أن يوضح طبيعة هذا العقد - لأحكام الضمان العشري، و بالإضافة إلى ذلك فقد أخضع كلّ متدخّل في عملية الترقية العقارية لأحكام هذا الضمان، إذ تنص هذه المادة على ما يلي:

## ب3- البائع:

إذا قام مقاول المباني بالبناء لحسابه الخاص، أي دون أن يرتبط مع أحد بعقد مقاول، ثم تصرف في هذا البناء بالبيع، سواء قبل تمام التشييد أو بعده، يخضع حسب التشريع الفرنسي لأحكام الضمان العشري. غير أنّ تطبيق أحكام هذا التعديل، قد يترتب عنه في بعض الحالات نتائج غير مرجوة، ولم تكن في الحسبان والتي أساسها الاختلاف الجوهرى بين أحكام عقد البيع و أحكام عقد المقاول، خصوصا فيما

---

1- على مستوى التشريع الجزائري ، فقد كانت المادة 41 من القانون 07/86 المتعلّق بالترقية العقارية (الملغى بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 والذي بدوره ألغى بموجب القانون رقم 04/11، السالف الذكر)، تقضي بما يلي: "يتحمل المكتتب بإحدى عمليات الترقية العقارية طوال عشر سنوات ابتداء من تاريخ تسليم شهادة المطابقة العيوب الخفية التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريون و المقاولون أو الأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار العمل، وذلك عملا بالمواد 2/140 و 554 من ق.م.ج.). وقد ألغى هذا القانون بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 وبذلك لم يعد معيار مباشرة العمل و الإرتباط بعقد مقاول مع ربّ العمل كافيا للإخضاع إلى أحكام الضمان العشري. أنظر. عياشي شعبان، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 90.

يتعلّق بالضمان في ظلّ أحكام كلّ من العقدين<sup>(1)</sup>. ونشير هنا إلى أنّ المشرّع الجزائري لم يبيّن هذا الموقف التشريعي الفرنسي، فلم يخضع بائع العقار لأحكام الضمان العشري إلاّ في مجال الترقية العقارية.

#### ب4-الصانع:

تنصّ المادة 1792-4(01) من ق.م.ف ، المضافة بالقانون رقم 12 لسنة 1978 على أنّه:

"يعتبر أيضا معماريا بالمعنى المقصود في هذه المادة ( كل صانع لعمل ، أو جزء من عمل ، أو لعنصر تجهيزي فيه ، صمّم و أنتج على أن يف بأغراض خاصّة به، مقرّرة و محدّدة سلفا، يكون مسؤولا بالتضامن مع مؤجر العمل (المقاول ) الذي قام بتركيب هذه الأشياء عن الالتزامات التي تضعها المواد 1792 2/1792 ، 3/1792 على عاتق هذا الأخير، متى كان هذا التركيب قد تمّ دون تعديل فيه وبالمطابقة للقواعد والتّعليمات التي وضعها الصّانع نفسه ."

فالمشرّع الفرنسي وجد نفسه مضطّرا إلى عدم إغفال دور الصّانع ، الذي أخذ - في النصف الأخير من هذا القرن - يتزايد باستمرار في عمليّة البناء والتشييد، خصوصا بعد أن انتشرت فكرة إقامة المساكن - أو الأجزاء منها -سابقة التّجهيز (Les maisons préfabriqués)، بحيث أصبح دور المقاول يقتصر فقط على تركيب أجزاء من هذه المساكن، و ذلك بضمّ بعضها إلى بعض، كما وضعها الصانع في مصنعه<sup>(2)</sup>.

وبذلك تداخل دور كل من الصّانع والمعماري، إلى درجة غدا معها من غير المستساغ عدلا أو عقلا، التفرقة بينهما في المعاملة ، بحيث يخضع الصّانع - مع تزايد أعدادهم باضطراد في مجال التشييد والبناء - للأحكام العامّة للمسؤولية من عقدية و تقصيرية، بينما يخضع المعماريون لأحكام الضمان العشري رغم عدم وجود اختلاف في طبيعة عمل كلّ منهما يستدعي هذا الاختلاف في المعاملة من الناحية القانونية، وحبذا لو أنّ المشرّع الجزائري سار في اتجاه المشرّع الفرنسي، بإخضاع الصانع لأحكام الضمان العشري،

---

1- كما نشير، إلى أنّ أهميّة هذا التّجديد، لا تبدو عندما يكون بائع العقار المشيّد، في كلّ من الحالتين هو رب عمل تعاقد مع كلّ من المهندس المعماري والمقاول لإنشاء هذا العقار، إذ لا تثير هذه الصّيغة من التّعامل تخوف المشرّع الفرنسي، من ذهاب الحماية القانونية التي قصد إسباغها على مالك مثل هذا العقار، فالمهندس المعماري والمقاول مسؤولا أمام رب العمل، بأحكام الضمان العشري ورب العمل يستطيع أن يرجع عليهما، إذا رجع عليه المشتري بهذا الضمان، بل وللمشتري نفسه أن يرجع عليهما بدعوى الضمان العشري أو التّثائي، باعتباره خلفا خاصا لرب العمل تلقى عنه دعوى هذا الضمان أو ذلك، تبعا لتلقيه ملكية العقار. بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيّدين - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011 ص 152.

2- بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيّدين - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، المرجع السابق، ص 153.

لما ينجر عند ذلك من سد للتغرات وتوزيع عادل للمسؤوليات التي تترتب في حالة استعمال المواد المصنعة طبقا لما سبق بيانه. (1) .

#### ب5-الأشخاص الذين يأخذون حكم الصانع:

ونقصد بذلك المستورد الموزع (Le distributeur-Le livreur)، حيث تقضي الفقرة الثانية من المادة 1792-4 ق.م.ف ، بأنه: " يكون في حكم الصانع بالنسبة لتطبيق هذا النص:

-ذلك الذي استورد عملا أو جزء من عمل أو عنصرا تجهيزيا فيه تمّ صنعه في الخارج .

- ذلك الذي يقدمه (أي العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي) على أنه من صنعه بأن يضع عليه اسمه أو ماركة مصنعة أو أية علامة أخرى مميزة له".

والمشرع الفرنسي بهذا النص، أراد أن يقدم لرب العمل أوسع مدى من الحماية القانونية ، في الحالات التي يتعدّر فيها على هذا الأخير الرجوع على الصانع رجوعا مفيدا ، سواء لأنّ شخصية الصانع غير معروفة له، أو لأنّ الصانع المسؤول مقيم بالخارج .وهناك من يميل إلى الأخذ بهذا الاتجاه في التشريع الجزائري لأنّ مجال الاستيراد إن لم يضبط بدقة يجعل السوق مكانا لكل سلعة صالحة لأداء غرضها أم لا، وإخضاع فئة المستوردين والموزعين لأحكام الضمان العشري ، يجعلها حريصة كلّ الحرص على جلب وتوزيع ما هو صالح للاستعمال في مجال البناء وتحقيق الأغراض المرجوة منه (2) .

#### ب6-المركبي العقاري:

يتّضح لنا من استقراء نصوص ق.م.ف التي لم تعرّف المركبي العقاري، أنّ هذا الأخير هو في الحقيقة مستثمر لأمواله في مجال التشييد و البناء، إمّا لحسابه الخاص وإمّا لحساب رب عمل، يبرم معه عقد ترقية عقارية و يباشر بمقتضاه عملية البناء والتشييد من جميع جوانبها، يقوم بتمويلها و يبرم العقود والتصرفات القانونية اللازمة لتحقيقها. و يقوم كذلك بكافة الإجراءات القانونية والإدارية التي يتطلبها الحال إلى أن يسلم

---

1-المشرع الجزائري أخضع المنتج بموجب المادة 140 مكرّر من ق.م.ج، التي جاء بها القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 لأحكام المسؤولية الناشئة عن الأشياء، إذ تقضي هذه المادة بما يلي: " يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتّى و لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية". و كان على المشرع الجزائري أن ينتهج نهج المشرع الفرنسي لما أخضع الصانع لأحكام الضمان العشري، و في ذلك تدعيم و حماية لرب العمل من التماطل و التهرب من المسؤوليات المترتبة عن العيوب أو التهدم في البناء المشيد.بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين- دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة الدكتوراه، المرجع السابق، ص 154.

2- بن عبد القادر زهرة، المرجع السابق، ص 154.

البناء، أو المنشأ الثابت تام الإنجاز خاليا من العيوب، للطرف الآخر معه في عقد التثمين العقاري، أو أن يبيعه سواء تحت التثمين أو تام الإنجاز، إذا كان قد أقامه من الأصل لحسابه<sup>(1)</sup>.

أما في التشريع الجزائري فقد ألزم القانون رقم 11-04 المرقي العقاري، على الاستعانة بخدمات مقاول للقيام بالمشاريع العقارية على أن تؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقولة<sup>(2)</sup>. والملاحظ على هذا القانون أنه أخرج المرقي العقاري من قائمة الأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان العشري-كمبدأ عام- و ذلك بمقتضى المادة 46 منه التي قضت بما يلي: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حال زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جزاء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

إلا أنه قد علق مسألة إخضاع المرقي العقاري على ضرورة توافر بعض الشروط. و من ثم قد يثير المرقي لنا بعض الإشكالات القانونية، لكون المشرع تناوله بنوع من التقصير، حيث نص في المادة 03/26 من ذات القانون على ما يلي: "على أن الحيابة و شهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، و لا من ضمان الإنهاء الكامل للأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحدة".

وبالتالي يلاحظ أن المشرع استخدم مصطلح "قيد"، و هذا يعني أن تعرض المرقي العقاري للمسؤولية العشرية أمر إحتمالي فقط و ليس أمر أكيد، لكونه قد يتعرض لها كما قد يعفى منها. وهذا على خلاف ما ورد في المادة 554 من ق.م.ج، و التي جعلت هذه المسؤولية من باب الإلزام وذلك باستخدام عبارة "بضمن"، ولكنه قد خصص بها مقاول البناء- و المهندس المعماري- فقط، و لم تذكر المرقي العقاري<sup>(3)</sup>.

فإذا كان الأمر كذلك، فهناك حالات يتعرض لها المرقي للمسؤولية العشرية و حالات أخرى يعفى منها. وهذا ما يتعارض مع طبيعته القانونية، بإعتباره رب عمل في مقولة البناء طبقا للمادة 16 من القانون رقم 11-04 السالفة الذكر، وذلك في مواجهة المقاول وكل متدخل في هذه العلاقة. وفي حالة ما إذا أهمل مراقبة وجود التأمين القانوني الذي نص عليه المشرع بموجب المواد الملزمة لذلك، فإنه يتحمل المسؤولية الكاملة عن الضمان العشري في مواجهة المشتري، ما لم يدفع بوجود السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير، كما هو الحال في كل أنواع المسؤوليات الأخرى.

<sup>1</sup> -بوسته إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية، المرجع السابق، ص 194.

<sup>2</sup> -أنظر المادة 06 من القانون رقم 11-04 المتعلق بالترقية العقارية-السالف الذكر-.

<sup>3</sup> - يعيش تمام أمال، حاحة عبد العالي، المسؤولية العشرية كآلية قانونية لحماية الملكية وفقا لقانون رقم 11-04، مقال منشور بمجلة الحقوق و الحريات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 521.

ومن ثمّ يمكن أن نفهم بأنّ المرقيّ العقاري قد يفلت من المسؤولية العشرية. و بذلك ندعو المشرّع الجزائري إلى التّدخل لتوضيح ما إذا كان المرقيّ العقاري يخضع صراحة للمسؤولية العشرية أم لا، وذلك بالنظر إلى اعتباره ربّ عمل في المقاول وذلك من خلال إعادة النظر في مسألة إخضاع المرقيّ العقاري لأحكام المسؤولية العشرية أم لا. فموقف المشرّع الجزائري بخصوص هذا الأمر غير واضح وإن كان قد نصّ في المادة 23 من الأمر رقم 11-04 السالف الذّكر، على حالة إخضاع المرقيّ العقاري إلى أحكام الضّمان المعماري، و التي تتمثّل في عدم تقديم المقاول والمهندس المتعاقد معه لبوليصة تأمين مسؤوليته المدنية التي قد تنشأ بمناسبة أعمال التّشييد والبناء، وتمتدّ إلى ما بعد التّسليم النهائي للمشروع<sup>(1)</sup>. فلذلك يمكن التّساؤل عن مقصد المشرّع الجزائري من وراء النصّ على ذلك، و هل يتحمّل المرقيّ العقاري وزر المقاول و المهندس على حدّ سواء؟<sup>(2)</sup>.

### ثانيا- موضوع الضّمان:

يرتبط الضّمان المعماري بعقد المقاولة الوارد على المباني والمنشآت الثّابتة، ويتمثّل في ضمان ما قد يصيب تلك المباني والمنشآت من عيوب أو تهديم خلال عشر سنوات من يوم تسليمها، إضافة إلى حصول ضرر مباشر لربّ العمل. وتبعاً لذلك، يستخلص ممّا سبق أنّ كلّ من ضرورة وجود مقاولة بين ربّ العمل ومقاول البناء وكذا وجوب حصول تهديم كليّ أو جزئيّ للمباني و/أو المنشآت الثّابتة، وأنّ يصيب ربّ العمل ضرر من جزاء ذلك، وأن يقع ذلك خلال العشر (10) سنوات المولوية للتّسليم، هي شروط لتحقّق الضّمان العشري.

### 1- ضرورة وجود عقد مقاولة بناء بين ربّ العمل و المقاول:

حتّى يتحقّق الضّمان المعماري، لا بدّ من وجود هذا العقد، فهو ينشأ عندما يعهد ربّ العمل للإنجاز إلى المقاول للقيام بعمل لقاء أجر. فإذا تخلّفت المقاولة، فلا يلتزم المقاول تجاه ربّ العمل بهذا الضّمان، وإنّما تخضع مسؤوليته للقواعد العامّة في المسؤولية المدنية. ويكمن جوهر المقاولة في الاستقلالية التامة في الإنجاز. أمّا إذا كان المقاول خاضعاً للإشراف والرّقابة، فإنّ العلاقة تكون علاقة عمل ولا مجال للحديث عن الضّمان المعماري، بل تقوم مسؤولية ربّ العمل كمتبوع عن فعل تابعه<sup>(3)</sup>. وتطبيقاً لذلك، فإنّ المقاول من الباطن الذي لا يتعاقد مباشرة مع ربّ العمل الأصلي، والذي يشارك بدور معين في عملية البناء لا يخضع للمسؤولية العشرية في علاقته بهذا الأخير- كما سبقت الإشارة إليه بموجب المبحث الثّاني للفصل

<sup>1</sup>- يعيش تمام أمال، حاحة عبد العالي، المرجع السابق ص 522.

<sup>2</sup>- يعيش تمام أمال، حاحة عبد العالي، المرجع و الموضوع السابقين، ص 523.

<sup>3</sup>- محمد حسين منصور، النّظام القانوني للمباني و المنشآت، المرجع السابق، ص 108.

الأول من الدراسة-، وذلك لتخلف شرط ارتباطه معه بعقد مقاولة، فلا يبق لربّ العمل في هذه الحالة إلاّ الرجوع عليه بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup> .

وفي غياب آراء الفقهاء الجزائريين وقلة الاجتهادات القضائية، يأخذ معظم الفقه المصري بالتفسير الواسع لتشييد المباني وإقامة المنشآت، فلا يقتصر الأمر على تشييد مبنى أو إقامة منشأة جديدة، بل يمتدّ إلى توسيع وتعلية وترميم وإصلاح مبنى أو منشأة قائمة من قبل، وكذلك أعمال الصيانة التي تمسّ الأجزاء الرئيسية من العقار أو ملحقاته، إذ قد يترتب عليها حدوث تهديم كلي أو جزئي في البناء أو تهديد سلامته أو متانته. فالحكمة من الضمان العشري تكمن في كل تلك العمليات<sup>(2)</sup>. وهذا بعكس أعمال الدهان والبياض والزخرفة والديكور التي ليست من شأنها تهديد متانة البناء أو سلامته إذا أدّيت على نحو معيب. كما لا يدخل في الضمان كذلك حفر الآبار وشقّ المجاري و المصاريف والقنوات ورصف الطرّق لأنها لا تدخل في مجال الهندسة المعمارية، و لا تتوافر فيها الحكمة من تقرير هذا الضمان الذي يواجه حالة التهديم الكلي أو الجزئي للبناء أو المنشأة أو وجود عيب فيهما يهدّد متانة البناء أو سلامته.

## 2-ارتباط الضمان المعماري بالمباني والمنشآت:

كان الضمان المعماري في القانون الفرنسي قاصرا على المنشآت (L'edifice)، ذات الأهمية الكبيرة (Les gros ouvrages). ولكن المشرّع الفرنسي واستجابة للتطور العمراني الحديث وتعدّد العمليات المعمارية وما يصاحبها من صعوبات في التفرقة في الأنواع بسبب تداخلها وترابطها وسّع من نطاق الضمان، لهذا استبدل لفظ (L'edifice) بلفظ (Ouvrage)، ووضع حدًا للتفرقة بين المنشآت الكبيرة والمنشآت الصغيرة<sup>(3)</sup>.

فالمسؤولية العشرية للمقاول- والمهندس المعماري- تفترض لتحققها، ضرورة قيام عقد مقاولة مع صاحب المشروع يكون موضوعه إقامة مباني أو منشآت ثابتة، وهو الرأى الذي انتهجه المشرّع الجزائري من خلال للفقرة الأولى من المادة 554ق.م.ج، إذ جاء فيها ما يلي: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهديم كلي أو جزئي فيما شيّده من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى.....".

وعليه فلا يمكن إثارة أحكام هذا الضمان إلاّ في حالة وجود هذا العقد بين الطرفين. وهذا ما قضت به صراحة المحكمة العليا في الجزائر، وقبلها محكمتي النقض المصرية والفرنسية في أكثر من حكم

1- نزيه محمد الصادق المهدي ، التأمين الإجباري من مسؤولية المهندس المعماري والمقاول، دار المطبوعات الجامعية 1996 ص15.

2- نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص17.

3- L.(Costa), la responsabilité des constructeurs d'après la loi du 04 Jan.1978. Date d'ed.1979, p98.

لها<sup>(1)</sup>). ويجب أن يكون العمل الذي عهد به إلى المقاول هو تشييد مبنى أو إقامة منشأة أخرى ثابتة كالجسور، الطرق، القناطر، السدود، الخزانات، الملاعب الرياضية، حمامات السباحة والأعمدة الحاملة لأسلاك الهاتف أو البرق والمخابئ والخنادق... إلخ<sup>(2)</sup>.

### 3- تهديم أو تعيب البناء أو المنشأة كسبب للضمان المعماري:

إنّ التزام مقاول البناء، هو التزام بتحقيق نتيجة و التي تتمثل في بقاء البناء الذي يشيده سليما ومتينا طوال مدة عشر سنوات بعد تسليمه، وأنّ الإخلال به يقوم بمجرد عدم تحقق تلك النتيجة. ومن ثمّ يستخلص بأنّ الضمان يتحقق بمجرد حدوث التهديم الكلي أو الجزئي في البناء أو ظهور عيب به يترتب عليه تهديد متانته وسلامته، ولا يستطيع المقاول التحلص منه، إلاّ بإثبات السبب الأجنبي، -كما سنرى لاحقا-. لذلك فإنّ المسؤولية الخاصة للمقاول - والمهندس - المقررة في المادة 554 وما بعدها من ق.م.ج، لا تغطي كلّ ضرر يصيب المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى. من ثمّ فإنّ الضمان العشري يغطّي نوعا خاصا من الضرر على درجة عالية من الجسامه، وهو إمّا تهديم البناء أو المنشأة الثابتة، أو تعيبهما بعيوب خطيرة يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. وتبعاً لذلك، سوف نتطرق إلى المقصود بالتهديم والتعيب من جهة ثمّ إلى العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته<sup>(3)</sup>.

### أ- تهديم البناء أو المنشأة أو تعيبها كسبب للضمان:

ومن خلال هذا العنصر، يجب أن نبيّن المقصود بالتهديم من جهة و التعيب من جهة أخرى.

#### 1- المقصود بالتهديم:

إنّ تهديم البناء هو تفكّكه أو انفصاله عن الأرض، والذي قد يصيب البناء بأكمله أو في جزء منه، أي أنّ التهديم قد يكون كلياً (كسقوط البناية بأكملها)، كما قد يكون جزئياً (كسقوط شرفة أو سقف منه)<sup>(4)</sup>. والتهديم المقصود هو التهديم الغير الإرادي، و الرّاجع إلى سوء الصنعة أو سوء المواد المستعملة فيه، والذي لا دخل ليد الإنسان في إحداثه. وتفترض مسؤولية المقاول - والمهندس - بمجرد حدوث التهديم دون البحث في السبب النّاجم عنه. وقد يكون سبب التهديم أيضاً راجع إلى عيب في التصميم ذاته، لعدم مراعاة الأصول الفنيّة في

1- قرار المحكمة العليا رقم 294119 الصادر بتاريخ 2005/01/19، الملف رقم 23451، المجلة القضائية، ع02، سنة 2006، ص34.

2- L.(Costa), op-cit, p99 .

<sup>3</sup> - محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد تمام الأعمال وتسليمها مقبولة من ربّ العمل، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1998، ص101.

4- كعدم مراعاة الأصول الفنيّة في إنشاء شرفة البناء، حيث لم يتم تشكيل البلاط أو الخرسانات المثبتة للحائط الخاص به، ممّا أدى إلى سقوط الشرفة نتيجة ثقلها. عبد الرزاق حسين يسين، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص699.

وضعه، طبقاً لأصول الهندسة المعمارية و مجال البناء<sup>(1)</sup>. ففي هذه الحالة يكون المهندس المعماري الذي قام بوضع هذا التصميم المعيب مسؤولاً دون المقالول تجاه رب العمل عن هذا التهدم، وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 555 من ق.م.ج و التي تنصّ على ما يلي:

" إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم".

## أ2- تعيب البناء:

أما العيب الموجب للضمان - والذي اشترط فيه المشرع الجزائري، شأنه شأن المشرع المصري والفرنسي أن يهدد متانة البناء وسلامته - فتقديره متروك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع بعد اللجوء إلى الخبرة الفنية ، ويعرف على أنه: "ذلك الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتة والذي تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن خلوها منه"<sup>(2)</sup>.

ولا يشترط فيه أيضا أن يشمل كلّ البناء أو المنشأة، ويكفي أن يقع في جزء منها. ومثالها الخلل في أساسات البناء أو الهياكل الحاملة له أو الأسقفه وتشقق جدرانها ... ويتعيّن على قضاة الموضوع أن يوضّحوا في حكمهم مدى أهمية العيب، وما إذا كان من شأنه تهديد متانة البناء وسلامته.

ولا ريب في أنّ هناك عيوباً لا ترق في خطورتها إلى هذه الدرجة، ومثالها التشققات البسيطة في الحوائط أو الخطأ في بعض التوصيلات الكهربائية الفرعية ونحو ذلك. ومن هذا المنطلق يشترط في العيب الموجب للضمان بأن يكون خفياً، بحيث لا يستطيع ربّ العمل اكتشافه وقت أن يتسلّم البناء أو المنشأة، ولم يكن في إمكانه ذلك حتّى لو بذل جهد الرّجل الحريص في مثل ظروفه.

فإن كان العيب ظاهراً أو كان رب العمل على علم به بالرغم من خفائه، وقام باستلام العمل دون تحفظ (Sans réserves) ، سقط حقّه في الضمان لافتراض أنّه تنازل حينئذ عن هذا الحق بإرادته الحرّة . ويعتبر من قبيل العيوب الخفية وقت تسلّم المشروع، وجود خلل غير واضح في العزل الصوتي الخاص بجدران البناء، وجود عوائق وصعوبات تحول دون إمكانية دخول المرآب<sup>(3)</sup>.

1- محمد ناجي ياقوت، مسئولية المماريين بعد تمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، المرجع السابق، ص102.

2- محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص98.

3 -Hamonc (Léon) : Guide juridique et pratique des entrepreneurs de travaux privés . Paris. 1989 ; p 123.

وليس هناك أدنى شك في أنّ شرط خفاء العيب، يعدّ شرطا قاسيا لربّ العمل خاصة إذا كان شخصا غير خبير بشؤون البناء، لأنّه يكون ملزما بتقدير حالة أعمال معمارية في غاية من الأهمية والتّعقد عند التسليم. لذا فقد تخفى عليه الكثير من العيوب التي لا تخف على ذوي الخبرة من الفنيين ومع ذلك يمكن لربّ العمل الاستعانة بمهندس متخصص عند المعاينة والفحص لتسلّم العمل .

### ب- شروط عيوب البناء الموجبة للضمان:

لا يترتب الضمان المعماري على كلّ عيوب البناء، بل يلزم توافر شروط معيّنة هي:

#### ب1- التهديد والخطورة:

ومعناه أن يكون من شأن العيب أن يهدّد متانة البناء و سلامته، رغم أنّه يصعب حصر العيوب التي يتوافر فيها هذا الوصف، نظرا لتعقّد و تداخل العمليات المعمارية في العصر الحديث<sup>(1)</sup>.

ويجب ألا يقتصر الأمر على العيوب التي تهدّد متانة (Solidite) أو السلامة (Securité) بالمعنى الضيق كتلك التي تمسّ الأساسات والأسقف، بل يجب أن يمتدّ الضمان للعيوب نظرا لتكامل العمل المعماري، و إن لم تهدّد البناء مباشرة، إلاّ أنّه من شأنها أن تؤثر فيه بطريقة غير مباشرة ، كالعيوب التي تظهر في توصيلات المياه والصرف<sup>(2)</sup>. لذلك فإنّ الضمان العشري لا يشمل كلّ أنواع الأضرار التي تصيب المباني و المنشآت المقامة بل يقتصر نطاقه -وفقا لصريح المادة 554 ق.م.ج -، المقابلة للمادتين 1792 و 2270 ق.م.ف، كما يفسرها الفقه التقليدي في فرنسا - على الأضرار الخطيرة فقط<sup>(3)</sup>. وخطورة الضرر حسب مقتضيات المادة 554 ق.م.ج، تمتدّ بالإضافة إلى " التهدم الكلي أو الجزئي " في المباني والمنشآت الثابتة إلى " تهديد متانة البناء و سلامته" ولو لم يقع التهدّم بالفعل.

---

- غير أنّه وخلافا للقواعد العامة في ضمان العيب، فإنّه لا يشترط لإعمال الضمان العشري أن يكون العيب قديما وفقا للقواعد العامة المنظّمة لأحكام العيوب الخفية، أي موجودا قبل استلام ربّ العمل وقبوله للمبنى أو المنشأة. فيمتدّ الضمان إلى العيوب التي تطرأ بعد التسليم أيضا، طالما كان ذلك خلال مدّة الضمان التي نصّ عليها القانون .

-Hamonic (Léon), Op-cit,p124.

1- لذلك يرى جانب من الفقه، أنّ تقدير طبيعة العيب يرجع لقضاء الموضوع ، الذي يمكنه الاستعانة بالخبرة ، طالما أنّ الأمر يتعلّق بمسألة فنية محضة. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص116.

2- و من بين هذه العيوب، عدم مراعاة الأصول الفنية في تنفيذ أعمال الخرسانة المسلّحة مما أدّى الى ظهور تشقّقات في الأساسات. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص116.

3 -Hamonic (Léon), Op-cit,p125.

## ب2- خفاء العيب:

إذ لا بدّ من توافر شرط آخر و لازم في العيب، حتّى يدخل ضمن النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري و يتعلّق الأمر هنا بشرط الخفاء. و بالرغم من عدم ثبوت هذا الشرط في القانونين الجزائري و الفرنسي إلا أنّ الفقه التقليدي أجمع بأنّ الضرر الذي يدخل في تطبيق أحكام الضمان العشري، لا بدّ و أن يكون راجعا في أصله إلى عيب في البناء أو المنشأ الثابت، و أن يكون هذا العيب خفياً عن ربّ العمل وقت التسلم النهائي للعمل<sup>(1)</sup>. والمقصود بالعيب الخفي: "كلّ خلل يصيب البناء أو المنشأ الثابت الآخر، تقتضي فطرته السليمة، و لم يكن في استطاعة ربّ العمل كشفه وقت التسلم النهائي للعمل".

وتقدير خفاء العيب من ظهوره، هي مسألة واقع ترجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، في ضوء ظروف كل حالة على حدى. وقد أخذت أحكام القضاء الفرنسي -خاصة وعامة- بالمعيار الموضوعي في تقديرها لمدى خفاء العيب في البناء المشيّد بالنسبة لرب العمل، غير أنّها لم تتوحّد في استعمال المصطلح الدال على هذا المعنى.

فتارة تستعمل لفظ (Unprofane) الغير الدّاري (أو الجاهل) بأصول الفن، وأخرى تستعمل لفظ أو مصطلح (Un non technicien)، أي رب العمل الغير فنّي، كما استعملت مصطلح (non-spécialiste) أي غير المتخصّص. ويستخلص من ذلك أنّ الضمان العشري يسقط عن العيب الذي كان بإمكان ربّ العمل كشفه ولو لم يكن قد اكتشفه فعلا، مادام أنّه كان بإمكان الرّجل العادي أن يتبينه<sup>(2)</sup>.

## ب3- شرط وجود العيب قبل التسليم أو بعده:

حيث يشمل الضمان المعماري العيوب التي توجد قبل التسليم للبناء، و تلك التي تطرأ بعد التسليم خلال مدّة الضمان، بشرط أن يكون العيب راجعا إلى البناء ذاته (الصنعة أو المواد المستعملة)، و ليس لسبب أجنبي. و تقضي القواعد العامة-في هذا الشأن- بأنّ الضمان لا يكون إلاّ إذا كان العيب على الأقلّ موجودا قبل التسليم، أمّا العيب الطّارئ بعد التسليم، فلا يوجب الضمان فيه. و بالتالي يتحمّله ربّ العمل. أمّا في الضمان المعماري، فيكفي وجود العيب خلال فترة الضمان، حتّى لو تكشّف أو تفاقمت آثاره و بدت نتائجه بعد تلك الفترة<sup>(3)</sup>.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، المقالة و الوكالة و الوديعة و الحراسة، ج07 المرجع السابق، ص 113.

2-Hamonic (Léon), Op-cit,p127.

3- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 117.

### 3- شرط حصول الضرر أثر التهدم و/أو التعيب:

كما يشترط الضرر لقيام المسؤولية التقصيرية أو العقدية، فإنه يشترط تحقق الضرر كذلك لقيام مسؤولية المهندس المعماري و المفاوض. و تبعا لذلك يتوجب علينا القيام بإبلاية حول المقصود به وبأنواعه وبيان شروطه تبعا لما يلي:

#### أ- المقصود بالضرر:

مبدئيا يتوجب علينا التصريح بغياب التعريف التشريعي للضرر في مختلف النصوص القانونية، الأمر الذي دفع بالفقه إلى محاولة إيجاد تعريف خاص به.

حيث هناك من عرفه، بأنه: "الأذى الذي يلحق بالشخص، فيمس حقا من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، فيما يتعلق بجسده أو ماله أو معا"<sup>(1)</sup>.

كما قد تم تعريفه بأنه: " المساس بحق من حقوق الإنسان، أو بمصلحة مشروعة له "<sup>(2)</sup>.

وانطلاقا من هذا التعريف، فإن حقوق الإنسان يقصد بها تلك الحقوق التي تتناول الجانب المالي من كيان الإنسان، و كذا كل حق يخول سلطة و مزايا أو منافع يتمتع بها في حدود القانون. فالضرر يكيف على انه واقعة (Un fait) ناتجة عن خطأ معين، و يتعين معه إصلاحه و جبره إما بطريقة عينية، أو عن طريق التعويض إذا تعدد ذلك<sup>(3)</sup>.

أما الضرر في مجال البناء، فإنه يتميز عموما بالجسامة كون الأضرار المادية تقام غالبا بمبالغ باهظة، وقد يصل إلى حد الوفاة إذا تعلق الأمر بالأضرار الجسمانية (Les Dégats corporels)، و ذلك هو أقصى درجات الضرر.

أما الضرر المعنوي فهو كذلك ليس مستبعدا في مجال الإنشاءات و التشييد، لا سيما أن ذلك قد يسبب أضرارا معنوية مختلفة، قد تصل إلى أقصى درجات الجسامة و الخطورة، لاسيما تلك الأضرار الناتجة عن وفاة شخص قريب أو تلك التشوهات الجسدية<sup>(4)</sup>.

1- محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص120.

2-Charbonneau(Cyrille),la responsabilité des assureurs de constructions, revue de droit immobilier, N°11,Dalloz, paris,2008 ,p541.

3-أنظر المادة164 من ق.م.ج.

4 -Charbonneau(Cyrille),op-cit ,p543.

## ب-أنواع الضّرر:

من المستقرّ عليه فقها وقضاء، أنّ الضّرر نوعان<sup>(1)</sup>:

فقد يتجسّد الضّرر المادّي في المساس بالذّمة المالية للشّخص المضرور، أو في سلامته الجسدية (وهو ما يعبر عنه بالضّرر الجسماني).

### ب1-الضّرر المادّي المالي:

فأمّا الضّرر الذّي يمسّ بالذّمة المالية، قد يتسبّب في إلحاق خسارة في أموال منقولة أو عقارية أو حتّى نقود أو مستندات ذات أهميّة أو أسهم أو سندات أو أوراق تجارية أو سندات مديونية، وإلى غير ذلك ممّا يمكن تقويمه مالا.و تطبيقا لذلك في مسؤولية المقاول، قد يصاب رب العمل بأضرار نتيجة خطأه، والتي تتمثّل في تهدم كلّ أو جزئي للعقار، وأنّ تسبّب الموادّ المقدّمة من طرفه في انهيار أو تصدّع البناية.

### ب2-الضّرر المادي الجسماني

أمّا الضّرر الماسّ بالسّلامة الجسدية، فيقصد بها الأذى اللّاحق بالشّخص في جسده ممّا يؤدّي إلى عجزه سواء بصورة مؤقتة أو دائمة، وأقصى درجات هذا الضّرر هي الوفاة. وطالما أنّ عقد المقاولة ينشئ التزاما بسلامة رب العمل، وذلك على أساس أنّ الضّمان العشري لا يقتصر فقط على تغطية العيوب التي تقع في البناء، وإنّما يمتدّ ليغطّي الأضرار التي تحدث بواسطة هذه العيوب<sup>(2)</sup>.

### 4-شروط زمن الضّمان:

لا يغطي الضّمان إلّا الأضرار التي تحدث خلال المدّة القانونية، وتقدر هذه الأخيرة بعشر سنوات بالنسبة للأضرار الخطيرة المنصوص عليها في المادّة 554 ق.م.ج، المقابلة للمادّة 1792 ق.م.ف. ويعتبر العنصر الزماني في هذا الضّمان من أجلّ عناصره وأظهر شروطه، بل إنّ سبب خروجه عن نطاق القواعد

---

=و لأجل ذلك، ألزم المشرّع الجزائري المهندس المعماري و المقاول، و كلّ المتدخلين في عمليّات البناء، باكتتاب تأمين إجباري على مسؤوليتهم المدنية بموجب المادّة 175 من الأمر رقم 95-07 المتعلّق بالتأمينات، و المعدّل و المتمم، السالف الذّكر. و في هذه الحالة، يتوجّب على شركة التأمين أن تقوم بدورها كما ينبغي، بحيث عليها أن تلتزم بالإعلام و تبصير المؤمن له قبل أن تسلّم له قسيمة التأمين و إلّا تعرضت للمسؤولية على أساس عدم الإعلام أو عدم تقديم النّصيحة.

1-ذلك لأنّه سبقت الإشارة إلى القول بأنّ الضّرر هو مساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له، و قد تكون هذه المصلحة مادية أو معنوية أو أدبية. د/عبد الرّزاق حسين يسين، المسؤولية المعمارية، المرجع السّابق، ص 670.

2- عبد الرّزاق حسين يسين، المسؤولية المعمارية، المرجع السّابق، ص 213.

العامة في المسؤولية، ليكون بذاته نوعاً مستقلاً عن باقي المسؤوليات الخاصة التي تزخر بها المجموعات المدنية سواء في الجزائر أو فرنسا<sup>(1)</sup>.

وبالرجوع للتشريع الجزائري و من خلال المادة 554 من ق.م.ج ، يتضح أن العشر سنوات، هي مدة اختبار لمتانة البناء وسلامته، وحسن تنفيذ الأعمال، وبمعنى آخر مدة ضمان ( Un délai de garanti) وبهذا الوصف الأخير تعتبر مدة سقوط وليست مدة تقادم، وهذا القول الأخير يترتب عليه بالضرورة عدم إخضاع هذه المدة لما يخضع له التقادم، من وقف أو انقطاع<sup>(2)</sup>. فمدة الضمان السالفة الذكر لا توقف ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقوقه، سواء كان هذا المانع مادياً<sup>(3)</sup> أو أدبياً<sup>(4)</sup>. كذلك لا توقف مدة الضمان، ولو كان رب العمل عديم الأهلية، أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جنائية وليس له نائب يمثله قانوناً. وتجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أن التشريع الجزائري يعرف مدة أخرى للتقادم، نصت عليها المادة 557 من ق.م.ج، بقولها: "تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بانقضاء، ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب".

#### 5- حصول التهدم أو العيوب خلال مدة الضمان:

لا يكف لقيام المسؤولية العشرية بأن يلحق بالبنائية ضرر على درجة من الخطورة ، بل لا بد أن تحترم آجال معينة سواء لقيام هذه المسؤولية أو لرفع دعوى التعويض. إذ لا تغطي المسؤولية إلا الأضرار التي تحدث خلال المدة القانونية للضمان والتي هي بحسب الأصل عشر سنوات.

وبمقتضى هذا الشرط الذي تضمنته المادة 554 ق.م.ج، أن هذه المسؤولية الخاصة (الضمان العشري) لا يمكن إثارتها خلال فترة تنفيذ الأعمال في المبنى أو المنشأة، وقبل استلام رب العمل لها بصفة نهائية. ومن هذا المنطلق لا بدّ من تحديد تاريخ بدأ سريان المدة القانونية حتى يمكن حسابها، لمعرفة ما إذا كان العيب الضار و الخلل قد ظهر خلال المدة المحددة حصراً<sup>(5)</sup>. ومن ثم تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلّم العمل نهائياً. غير أنه إذا امتنع ربّ العمل عن تسلّم العمل رغم دعوته لذلك بإنذار رسمي من قبل المعمارى من دون سبب مشروع، فيصبح بدأ المدة من تاريخ الإنذار الموجه له بتسلّم العمل، ومعنى

1- هو ما استقر عليه القضاء المصري بشأن مدة الضمان المنصوص عليها في المادة 651 مدني مصري، المطابقة لأحكام المادة 554 ق.م.ج. أنظر في هذا المعنى، أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، ج7، المرجع السابق ص 123.

2- أنظر بخصوص حالات قطع التقادم، المواد من 316 الى 320 من ق.م.ج.

3- كقيام حرب أو ثورة ، ترتب عليها انقطاع المواصلات ، فاستحال على ربّ العمل أن يتخذ الإجراءات القضائية للمطالبة بحقه. السنهوري ، شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج7، المجلد الأول، المرجع السابق ، ص 123.

4- كحالة وجود قرابة أو مصاهرة أو حواشي بين الطرفين. السنهوري، ج7، المرجع نفسه، ص123.

5- بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين - المرجع السابق ، ص 163.

ذلك أنّ الأضرار التي تحدث للبناء أثناء فترة التشييد قد يسأل عنها المقاول - أو المهندس - إمّا على أساس الخطأ التقصيري طبقاً للقواعد العامة، وإمّا بوصفة حارساً للبناء أو للآلات والأدوات المستعملة في البناء<sup>(1)</sup>، وهو الحكم المعتمد من طرف مشرّعنا الجزائري من خلال المادة 558 من ق.م.ج. وسواء كان المصاب بتلك الأضرار أجنبياً عن عملية البناء كالجيران والزوّار والمارة، أم له صلة بالعملية كالمالك والمستأجر أو القائمين بالتشييد أنفسهم، وذلك فيما يتعلّق بالعلاقة فيما بينهم. وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري، لم يعط أسوة بالمشرّع المصري تعريفاً مجدداً لتسليم العمل، بل نجده لمّح تسليم العمل في المادة 02/554 من ق.م.ج.

ومنه يعتبر التسليم - كما سبقت الإشارة إليه - التزاماً يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول، والتسليم التزاماً يقع على عاتق ربّ العمل. ويدخل في سلطة قاضي الموضوع تقدير الظروف والوقائع التي تمّ فيها التسليم ومدى دلالتها على حدوثه ووقته. فإن امتنع ربّ العمل عن تسلّم العمل بشكل تعسّفي بدون سبب مشروع، جاز للمهندس أو المقاول دعوته على ذلك بإنذار رسمي، فإن لم يستجب وأصرّ على الامتناع، اعتبر أنّ العمل قد سلّم إليه وفقاً لما أنهت إليه المادة 558 ق.م.ج، وبالتالي تبدأ مدّة الضمان في السريان، إذ تنص هذه المادة على ما يلي: "عندما يتمّ المقاول العمل ويضعه تحت تصرّف ربّ العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلّمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جارٍ في المعاملات. فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أنّ العمل قد سلّم إليه"<sup>(2)</sup>.

كما يجب أن يحدث التهدّم أو انكشاف عيب البناء خلال مدّة عشر سنوات تحتسب من وقت تسلّم العمل لإثارة المسؤولية العشرية، وهذه المدّة هي مدة اختبار لمئاة البناء وسلامته وخلوّه من أيّ عيب يؤثّر في متانته أو صلابته، التي قد لا تظهر عند تسلّمه وليست مدّة تقادم، وبالتالي فلا تخضع لما يخضع له التقادم من وقف أو انقطاع. فبانقضائها يمنع على ربّ العمل الرجوع على المهندس أو المقاول ما لم يكن قبوله للعمل باطلاً بسبب غشّ أو احتيال ارتكبه أيّ منهما لإخفاء عيوب البناء. فيجوز له حينئذ الرجوع بالضمان العشري حتّى بعد انقضاء تلك المدّة، ولا ينقضي هذا الضمان إلّا بمضيّ مدّة التقادم الطويل المقدّرة بـ 15 سنة، وهي المدّة المقرّرة قانوناً لتقادم الالتزام، والتي تضمّنها مشرّعنا الجزائري من خلال نص المادة 308 من ق.م.ج، والتي تنصّ على ما يلي: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد نص خاص في القانون و فيما عدا الاستثناءات الآتية".

<sup>1</sup> - السنهوري، شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج07، المجلّد الأوّل، المرجع السابق، ص 125.

<sup>2</sup> - بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين - المرجع السابق، ص 163.

## الفرع الثاني- قواعد الضمان المعماري:

ونقصد بقواعد الضمان المعماري، طبيعته القانونية -على اعتبار أنها مسؤولية قانونية قررها القانون(التزام قانوني)-، وكذلك جزاء الضمان المعماري والذي يتمثل في التعويض ومداه، ثم إلى أسباب انقضاء الضمان المعماري و ذلك تبعا لما يلي:

### أولا- الطبيعة القانونية للضمان المعماري:

لم يكتف المشرع بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية في مجال التشييد و البناء، بل قرّر مسؤولية استثنائية ذات طبيعة خاصة، تتصف بالتشدد والمناسب لخطورة أضرار المترتبة على عيوب البناء، وتعلّق سلامة المباني و المنشآت الثابتة-كما ورد في المقدمة- والمقصود من ذلك، أنّ الضمان المعماري يتميّز بالطبيعة الآمرة من جهة، إضافة إلى قيامه على المسؤولية مفترضة بقوة القانون<sup>(1)</sup>.

### 1- الطبيعة الآمرة للضمان المعماري:

حرص أغلب المشرعين-ومن بينهم المشرع الجزائري-على النص على الطبيعة الآمرة للضمان المعماري و تعلّقة بالنظام العام، وذلك من خلال بطلان الإتفاق على الإعفاء منه أو الحد منه. إذ نصّ في المادة 556 من ق.م.ج على ما يلي: "يكون باطلا كلّ شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري و **المقاول من الضمان أو الحد منه**". لذلك فإنّ النصّ على الطبيعة الآمرة للضمان المعماري، تبدو أهميته إذا نظرنا إليه من خلال ارتباطه بعقد المقاول و اعتباره بالتالي مسؤولية عقدية من نوع خاصّ أفردتها المشرع بأحكام مشدّدة.

### أ- عدم جواز الإعفاء من الضمان المعماري:

ومعناه أنّ كلّ شرط في العقد يقضي بإعفاء المقاول-و المهندس- من الضمان، ما لم يكن قد انكشف وقت إبرامه من العيوب التي يشملها الضمان، يكون باطلا ولا يعتدّ به، ويكون عديم الأثر كما لا يمكن لأيّ منهما التمسك والاحتجاج به. إذ لا يجوز نزول ربّ العمل مقدّما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه في الرجوع به<sup>(2)</sup>.

1- بن عبد القادر زهرة، المرجع السابق، ص164.

2- محمد حسين منصور، النظام القانوني للمباني و الإنشاءات، المرجع السابق، ص179. أنظر أيضا، أحمد عبد الرزاق السنهوري، ج07، المرجع السابق، ص107.

## ب- عدم جواز الحد من الضمان المعماري:

يمتدّ البطلان ليشمل بالإضافة إلى الإتفاقات المعفية من الضمان، كلّ الإتفاقات التي يكون الغرض منها التخفيف أو الحدّ أو التضييق من نطاق الضمان. و على هذا الأساس يعدّ باطلاً و عديم الأثر كلّ شرط أو اتفاق يكون من شأنه إنقاص مدّة الضمان أو التقليل منه أو جعله مقتصرًا على نوع معيّن من الأعمال دون أخرى، و كذلك يبطل كلّ اتفاق الذي من شأنه أن يحدّ من قيمة التعويض المستحق في حالة ظهور العيب أو حدوث تدهم.

إضافة إلى ذلك يبطل الإتفاق الذي يقصر الضمان على المقاول و- مهندس- دون الآخر أو الذي يستبعد التضامن بينهما، أو الذي يتطلب إثبات الخطأ لكلّ منهما (لأنّ الخطأ مفترض بقوة القانون) حتى ينشأ ضمانهما.

## د- جواز تشديد الضمان المعماري.

إنّ تعلّق الضمان العام بالنظام العام، يرجع إلى أهميته و رغبة المشرّع في تقوية أحكامه. و من ثمّ لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه أو مخالفته. لذلك ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على تشديد أحكامه، فكلّ اتفاق يحصل بمقتضاه ربّ العمل على ضمانات أو شروط من شأنها زيادة مسؤولية المقاول يكون صحيحًا. و من أمثلة ذلك، الاتفاق على زيادة الضمان لأكثر من المدّة المحدّدة قانونًا (عشر سنوات) أو على أن يتحمّل المهندس أو المقاول تبعه التدهم الناتج عن الحادث المفاجئ أو القوّة القاهرة، أو أن يشمل الضمان العيوب الظاهرة كذلك<sup>(1)</sup>.

## 2- قيام الضمان المعماري على المسؤولية المفترضة بقوة القانون:

تأسيسًا على ما سبق دراسته، فإنّ عقد المقاوله ينشأ على عاتق المقاول-والمهندس المعماري- إلّترم بضمان سلامة البناء من المخاطر التي قد يتعرّض لها خلال فترة الضمان، وهو التزام مستقلّ عن الالتزام بإقامة أو تشييد البناء<sup>(2)</sup>. و يبدو أنّ دعوى الضمان العشري التي قررها المشرّع الجزائري في المادّة 554 ق.م.ج على عاتق المقاول -و المهندس المعماري - قبل ربّ العمل، تقوم على مسؤولية عقدية أوجدها القانون لكلّ عقد مقاوله على البناء وتدخّل في تنظيمها بأحكام أمره لاعتبارات تتعلّق بالمصلحة العامة،

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 180. أنظر أيضًا، عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج 07، المرجع السابق ص 108.

2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 181.

وهي المادّة التي يقابلها نص المادّة 1792 ق.م.ف، ونصّ المادّة 651 ق.م.م. ولم يعد غريبا في أحوال كثيرة أنّ يتدخّل المشرّع في المجال العقدي بقواعد أمرّة متعلّقة بالنّظام العام مدفوعا في ذلك بجملّة من الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية و السياسية والفنّية، تقوم أساسا على التّضامن الاجتماعي مستهدفا من وراءها مصلحة عامّة أو خاصّة جديرة بالحماية والرّعاية. ويقوم الضّمان المعماري على المسؤولية المفترضة ومؤسسة بقوة القانون. وهذه المسؤولية المفترضة تتمثّل في قرينة ذات ثلاثة أوجه:

حيث يتمثّل الوجه الأوّل في أنّ التهدّم أو التعيب راجع إلى عيب في الصنّعة، والثّاني أنّ عيب الصنّعة راجع إلى خطأ المقاول أو -المهندس-، والثّالث أنّ العيب راجع إلى كلّ منهما<sup>(1)</sup>.

والوجه الأوّل والثّاني يمثّلان قرينة المسؤولية المفترضة التي لا تقبل إثبات العكس، ولا يمكن دفعها إلاّ بإثبات السبب الأجنبي. أمّا الوجه الثّالث والذي يتمثّل في قرينة المساهمة فيما بينهما، فيقبل إثبات العكس ومفاد ذلك أنّ القرينة تسقط إذا ما أثبت المقاول المدّعى عليه، عدم تعلّق نشاطه بالأعمال التي ظهر فيها العيب. وفي هذا الصّدّد، كان المشرّع الفرنسي في حاجة إلى النصّ حديثا على مثل هذه المسؤولية المفترضة بسبب تردّد القضاء بخصوص ذلك، وانقسام الفقه الزاجع إلى تفرقة النصوص السّابقة في المعاملة بين مسؤولية المقاول أو -المهندس- في حالة الأجر المقدر جزافا والأجر المقدر على أساس الوحدة<sup>(2)</sup>.

أمّا المشرّع المصري فلم يكن بحاجة إلى ذلك. فقد انعقد الإجماع في الفقه والقضاء على مبدأ المسؤولية المفترضة تطبيقا للقواعد العامّة<sup>(3)</sup>. وتتجلى خصوصية المسؤولية المفترضة للمقاول - والمهندس- في الشقّ المتعلّق بالقرينة التي تقوم عليها هذه المسؤولية (أي قرينة المساهمة). وهذه القرينة تستشف من نص المشرّع في المادّة 554 من ق.م.ج، على التّضامن بين المقاول و -المهندس المعماري- في ضمان البناء متينا وسليما لمدة عشر سنوات كاملة اعتبارا من يوم التسليم.

1- عبد الرزاق أحمد السّنهوري، شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج7، المرجع السّابق، ص 123.  
2 - A, (Gaston), la responsabilité des constructeurs, op-cit, p105.

3- إذ تؤكّد محكمة النقض المصرية بأنّ: "التزام المهندس المعماري و المقاول بالمادّة 651 من ق.م.م هو التزام بتحقيق هي بقاء البناء الذي يشيّدانه سليما و متينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، و أنّ الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقّق تلك النتيجة، دون حاجة لإثبات خطأ ما. محمد حسين منصور، النّظام القانوني للمباني و الإنشاءات المرجع السّابق، ص173.

## ثانيا- جزاء الضمان المعماري:

إنّ تضامن المقاول و -المهندس المعماري- يكون في الضمان وليس في المسؤولية، إذ أنّ التضامن في الضمان أقوى من التضامن في المسؤولية. ذلك أنّ هذا الأخير يتعلّق بتوافر شروط معيّنة، فهو لا يقوم إلاّ إذا كان كلّ واحد من المسؤولين قد ارتكب خطأ سبّب ضررا ، ومن ثمّ يلزم وحده الضرر واشتراك كلّ المسؤولين في إحداثه<sup>(1)</sup>. ومن هذا المنطلق يجوز لربّ العمل مطالبة أحدهما الأكثر ملاءة بكامل مبلغ التعويض عند تنفيذ الحكم النهائي القاضي بالتعويض، على أن يرجع الموفّي بما يتجاوز نصيبه على الآخر سواء على أساس الحلول أو على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية.

وبالتالي فإذا تحقّق الضمان العشري في المدّة القانونية المطلوبة، فإنّ لصاحب الحق في هذا الضمان أي(رب العمل)، الحقّ في رفع دعوى الضمان للمطالبة إمّا بالتنفيذ العيني أو بطريق التعويض. وتبعاً لذلك، يستخلص أنّ المقصود بجزاء الضمان المعماري هو مطالبة ربّ العمل للمقاول أو-المهندس- بالتنفيذ التزامهما بالضمان. ويمكننا معالجة هذا العنصر من خلال مايلي<sup>(2)</sup>:

### 1- كيفية تنفيذ الالتزام بالضمان:

تقضي القواعد العامة-وفقاً للتشريع الجزائري- طبقاً لنصّ المادة 164 من ق.م.ج، بأنّه: "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180-181 على تنفيذ التزامه عيناً، متى كان ذلك ممكناً". وما يستتبط من هذه المادة، أنّ الأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني، والذي نظّمه المشرّع الجزائري بموجب المواد من 164 إلى 175 من ق.م.ج.

أمّا إذا تعدّر ذلك فإنّه يحلّ محله التنفيذ بطريق التعويض، إذ تنصّ المادة 176 من ق.م.ج، على ما يلي: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أنّ استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخّر

1- في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بالجزائر بتاريخ 1991/01/23 "بأنّ المهندس المعماري والمقاول يضمنان بالتضامن ما يحدث خلال عشرة سنوات من تهديم كلي أو جزئي فيما شيّده من بناء...". - قرار صادر عن المحكمة العليا-الغرفة المدنية بتاريخ 1991/01/23 تحت رقم 64748، المجلّة القضائية - ع 04 لسنة 1992، ص 130 وما بعدها .

2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 185.

المدين في تنفيذ التزامه"<sup>(1)</sup>. أو التنفيذ بمقابل والذي نظم المشرع الجزائري أحكامه بموجب المواد من 176 إلى 187 من ذات القانون<sup>(2)</sup>.

لذلك نتساءل عن مدى خضوع الضمان المعماري لتلك القواعد العامة؟. أو بعبارة أخرى، هل تطبق تلك القواعد العامة في حالة الضمان المعماري؟. أو هل يحكم القاضي بالتنفيذ العيني أم بالتعويض كجزاء لإخلال المَقاول أو المهندس بالضمان؟.ومن ثمّ فلا شكّ في خضوع الضمان المعماري لتلك القواعد العامة فالمَقاول أو المهندس يقع عليه التزام بعمل مضمونه تقديم البناء سليما، و تستمرّ متانته لمدة لا تقلّ عن عشر سنوات، و ظهور العيب أو التهدّم يعتبر إخلالا بهذا الالتزام يستوجب تعويض ربّ العمل<sup>(3)</sup>.

### أ-التنفيذ العيني:

الأصل في التنفيذ أن يكون عينيا، كأن يقوم الملتزم بالضمان بإعادة بناء الجزء المتهدّم أو إصلاح العيوب التي تهدّد سلامة البناء، بل قد يقتضي الأمر إعادة تشييد البناء بأكمله، وبعض الأجزاء السليمة التي ترتبط بالأجزاء المعيبة، إذا اقتضت طبيعة الفنّ المعماري ذلك.كما أنّه طالما أنّ جزاء الإخلال بالالتزام بالضمان يتمثّل في تطبيق أحكام المسؤولية العقدية، فالتعويض العيني هو الأصل لأنّه الأصلح للمضرور لذلك يلتجئ إليه القاضي كلّما كان ممكنا، وهذا الإمكان هو المجال الطبيعي في نطاق الالتزامات العقدية وعقد مقاوله البناء هو خير تطبيق لذلك<sup>(4)</sup>.وعليه فإذا تهدّم البناء، أو ظهر فيه عيب يهدّد متانة البناء و سلامته، يمكن لرب العمل أن يطلب في دعوى الضمان العشري التنفيذ العيني بحيث إذا تهدّم البناء كليًا أو جزئيا مثلا، فله أن يطلب إعادة بناء ما تهدّم كما يمكن لرب العمل أيضا أن يطلب ترخيصا من المحكمة ليعيد بناء ما تهدّم على نفقة المَقاول أو المهندس المعماري أو كليهما معا بالتضامن<sup>(5)</sup>.وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري، بموجب المادة 170 من ق.م.ج و التي تضمّنت ما يلي: " في الالتزام بعمل، إذا لم يقم

1- محمد السّدي صبري، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق ص310.

2- تقضي محكمة النقض المصرية في هذا الصّدّد، تطبيقا لذلك بأن: "تنفيذ الالتزام أمّا أن يكون عينيا فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به أو تنفيذه عن طريق التعويض، والتعويض قد يكون نقديا أو عينيا بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالا بالالتزام". محمد منصور حسين، المرجع السابق، ص136.

3- محمد عزمي البكري، شرح قانون المباني الجديد، الطبعة الرابعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000، ص176.

4- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص177. أنظر أيضا:

Charbonneau(Cyrille),la responsabilité des assureurs de constructions, revue de droit immobilier.op-cit,p560.

5-محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص178.

المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا".

غير أن الصعوبة في تطبيق التعويض العيني، قد تثور بالنسبة للمهندس المعماري، لأنه لا يقوم بالتشديد بنفسه<sup>(1)</sup>، كما أنه يحضر عليه الجمع بين مهنته (في مجال الهندسة المعمارية) ومهنة المفاوض<sup>(2)</sup>، ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية لم ترى في هذا الحضر ما يمنع من إلزام المهندس المعماري، أن يقوم بإصلاح العيوب على نفقته عن طريق مقاول آخر يختاره هو، لأن الالتزام بالتعويض منفصل عن الالتزام العقدي الذي أدى الإخلال به إلى حدوث الضرر، وأن الحظر المفروض على المهندس المعماري من إبرام صفقات مقاوله لا يمتد إطلاقا إلى التعويض. ويحكم قضاء الموضوع في الكثير الغالب على المهندس المعماري بإصلاح العيوب على نفقته، أما القضاء الإداري الفرنسي، فإنه يرفض تكليف المهندس المعماري بإصلاح العيوب بنفسه، حتى ولو كان قد أدين بالتضامن مع المقاول، و يرى أنه لا يمكنه أن يتحمل من المسؤولية سوى دفع المبالغ اللازمة لإصلاح العيوب.

وفي جميع أحوال التنفيذ العيني، يجوز أيضا الحكم بالتعويض إذا كان هناك ما يبرره، وذلك مثلا في حالة ما إذا استغرق إصلاح العيب أو إعادة البناء وقتا طويلا، فإن لرب العمل أن يتقاضى تعويضا عن عدم البناء طوال هذا الوقت. كذلك في حالة ما إذا كانت الأعمال التي أجريت لا تصلح العيب إصلاحا كاملا، ويبقى بعض العيب دون إصلاح، ويكون من شأنه أن ينقص من قيمة البناء فيعوض رب العمل عن ذلك<sup>(3)</sup>.

#### ب-التنفيذ بمقابل(التنفيذ عن طريق التعويض).

إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ من المدين، فإنه يتعين اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض طبقا لمقتضيات المادة 176 من ق.م.ج. لذلك يعدّ هذا الصنف من التنفيذ، استثنائيا كونه يجد أساسه بعد استحالة التنفيذ العيني<sup>(4)</sup>، والذي يعدّ الأصل في تنفيذ الالتزامات. ولا يستطيع القاضي الحكم بالتعويض النقدي إذا طلب المالك التنفيذ العيني، وكان ذلك ممكنا دون إرهاب للمهندس أو المقاول. و للمالك أن يطالب التنفيذ بمقابل إذا لم يعرض الملتزم بالضمان القيام بالتنفيذ العيني، والقاضي هنا ليس ملزما بالحكم

1- George (Liet-Veaux), Responsabilité de droit commun des architectes, juris -classeur, Responsabilité civile, op.cit, n°204.

2- هذا هو الحكم الذي انتهجه مشرّعنا الجزائري في المادة 02/22 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المتعلق بتنظيم مهنة الهندسة المعمارية، و شروط ممارسة مهنة المهندس المعماري-السالف الذكر-. إذ منع المهندس المعماري من أن يجمع بين صفتي الهندسة المعمارية و المقاول في مجال البناء. عياشي شعبان، أشخاص الضمان العشري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص

3- George (Liet-Veaux), op-cit, p204.

4- محمد السّدي صبري، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص356.

بالتنفيذ العيني ولكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكنا، وطالب به الدائن أو عرضه المدين. وتطبيقا لذلك، فقد يحكم القاضي بالتعويض إذا استحال التنفيذ العيني، فيقضي لربّ العمل بمبلغ يساوي تكاليف إعادة البناء أو إصلاح العيب، و كذلك ما فات ربّ العمل من الانتفاع حتى يتمّ إصلاحه. ولما كان الضمان المعماري قائما على مسؤولية عقدية (كونه يجد منبعه من مقولة البناء)، فإنّ التعويض يشمل ما أصاب ربّ العمل من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون الضرر الذي يعوّض عنه ضررا مباشرا ومتوقّع الحدوث.

كما يمكن للقاضي أن يقضي-إضافة إلى التنفيذ بمقابل- باستحقاق المالك (ربّ العمل) لتعويض إضافي عن الأضرار التي تصيبه بسبب الإخلال بالالتزام بالضمان، كذلك التي تنشئ عن تهدم البناء وتعيّبه ممّا يعطل استغلاله و الانتفاع به على الأقل للمدة التي يستغرقها الإصلاح أو إعادة البناء، ويستحقّ المالك تعويضا إضافيا كذلك، في حالة نقص قيمة البناء أو نقص ما يدره من ريع بسبب تعيّبه وعدم جدوى الإصلاحات في إخراجها بالصورة المطلوبة أثناء التعاقد<sup>(1)</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أنّه و قبل ممارسة ربّ العمل لدعوى الضمان، و إلزام المقاول و/أو المهندس بالتنفيذ يتوجّب عليه إعدار المدين (الملتزم بالضمان) في جميع الأحوال، سواء كان الدائن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالتعويض عن التأخير أو بالتعويض عن عدم التنفيذ. وذلك انسجاما مع ما يستلزمه المشرع الجزائري في التنفيذ وهو ضرورة الإعدار. وفي هذا الصدد ، تنصّ المادة 180 من ق.م.ج على ما يلي:

" يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم الإنذار و يجوز أن يتمّ الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

الأصل في الإعدار، أن يكون بإنذار المدين على يد محضر قضائي قصد الوفاء بالالتزام، كما أنّه يقوم مقام الإعدار أيضا، كلّ ورقة رسمية يدعو فيها الدائن مدينه إلى الوفاء بالتزامه، ويسجّل عليه التأخير في تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة إلى المدين بناء على طلب الدائن<sup>(2)</sup>.

كما يستطيع ربّ العمل كذلك أن يطلب فسخ<sup>(1)</sup> عقد مقولة البناء طبقا لمضمون لنص المادة 119 من ق.م.ج. غير أنّ المحكمة لا تلتزم في جميع الحالات بالحكم به، بل إنّ الأمر في ذلك يرجع إلى تقديرها. فقد تقتصر على الحكم بالتعويض إذا كان الضرر يمكن تعويضه.

<sup>1</sup>- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 436.

<sup>2</sup>- أحمد عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج 07 المرجع السابق، ص 132.

## 2- مجال التعويض:

عملا بأحكام المادة 182 من ق.م.ج، و التي تنص على ما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يفدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فات من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول". فإن احتمال وقوع الضرر لا يصلح أساسا لطلب التعويض. وبناء عليه، إذا ظهر عيب بالبناء خلال فترة الضمان، فإن التعويض يشمل هذا العيب وما يرتبط به من نتائج وتفاقم في المستقبل حتى بعد انقضاء مدة الضمان، طالما أنه مؤكد<sup>(2)</sup>. وعلى هذا الأساس، فالتعويض يشمل عيب أو تهديم البناء وما يرتبط بذلك من نتائج، فتصدع الجدار يتطلب نفقات إصلاح أو إعادة بناءه. ويندرج في الضرر المتوقع أيضا، التعويضات التي يدفعها رب العمل - بوصفه حارسا للبناء - للمارة والجيران، أو الغير المصابين بسبب الهدم، كما يدخل أيضا في الحسبان كذلك ما يكون رب العمل قد أنفقه من مصروفات لتفادي تفاقم الأضرار الناتجة عن تعيب البناء<sup>(3)</sup>.

### أ- حدود التعويض:

يقتصر التعويض على القدر الذي يكفي لإعادة بناء من قد يخله التهديم، أو العيب اللاحق به وذلك قصد إعادته إلى الحالة التي كانت عليه وقت الاتفاق. ولا يندرج ضمن ذلك ما يرغب رب العمل في إضافته من تعديلات أو تحسينات بمناسبة الإصلاح أو إعادة البناء. وقد يحدث أن يترتب على الإصلاح أو إعادة البناء زيادة قيمته وتجديده. فهنا يجب الأخذ في الاعتبار قيمة تلك الزيادة أو التجديد عند تقدير التعويض كما يستطيع المهندس أو المفاوض الرجوع بتلك القيمة على رب العمل، استنادا إلى دعوى الإثراء بلا سبب<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- إن فسخ العقد هو حل الرابطة العقدية، متى أخل الطرف الآخر بالتزاماته، فالفسخ جزاء إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته ليتحرر المتعاقد الآخر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد، ووفقا للمادتين 119-120 من ق.م.ج، فإن الفسخ قد تكون اتفاقيا، كما قد يكون قضائيا. أنظر في بخصوص أحكام فسخ العقود. محمد السعدي صبري المرجع السابق ص 356.

<sup>2</sup>- ذلك لأن التعويض في مجال المسؤولية العقدية يقتصر على الضرر المباشر متوقع الحصول، أما الغير المتوقع، لا يعوّض عنه إلا إذا كان ناشئا عن غش أو خطأ جسيم، وهذا هو مضمون المادة 178 من ق.م.ج. ونظرا لقيام الضمان المعماري على المسؤولية العقدية، فإن التعويض يقتصر على الضرر المتوقع ما لم يكن هناك غش أو خطأ جسيم من المهندس أو المفاوض. محمد السعدي صبري، المرجع السابق، ص 367.

<sup>3</sup>- محمد شكري سرور، المرجع السابق. ص 337. أنظر أيضا:

-Charbonneau(Cyrille), la responsabilité des assureurs de constructions. op-cit,p576.

<sup>4</sup>- بخصوص أحكام و شروط دعوى الإثراء بلا سبب، أنظر، على على سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 98-99.

## ب-التعويض الإتفاقي:

حيث يجوز للمتعاقدين أن يحددا مسبقا قيمة التعويض بالنص عليه صراحة في العقد أو في اتفاق لاحق، و هذا التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي يعدّ صحيحا ما لم ينطوي على الحدّ من الضمان، لأنّ هذا-كما سبقت الإشارة إليه- غير جائز .

وبقدّر قاضي الموضوع الذي تندرج ضمن سلطته تحديد مقدار التعويض، ما إذا كان التعويض المتفق عليه يخفّف أو يشدّد من الضمان. لذلك إذا كان التعويض ينطوي على تخفيف من المقاول بأن كان أقلّ بكثير من الضرر اللاحق، فإنّ القاضي يمكنه الزيادة في مقدار التعويض حتّى يصبح معادلا للضرر الحاصل أمّا إذا كان التعويض المتفق عليه، ينطوي على تشديد في الضمان بأن كان أكبر من الضرر، فهنا يحكم به القاضي<sup>(1)</sup>.

أمّا بخصوص زمن تقدير التعويض، نظرا لتطور أضرار البناء من جهة، وتغيّر أسعار موادّه من جهة أخرى، وكذا الانخفاض المستمر في قيمة العملة الوطنية، فإنّ القاضي يقدر التعويض المناسب للأضرار القائمة وقت النطق بالحكم، ومن ثمّ يندرج ضمنه العيوب التي بدت بالبنائة-ليس فقط أثناء أو قبل رفع الدعوى، بل حتّى تلك الموجودة أو التي تطوّرت لحظة النطق بالحكم، ويمتدّ التعويض كذلك إلى الأضرار التي يمكن أن توجد بعد ذلك إذا كان حدوثها مؤكّدا<sup>(2)</sup>.

## ثالثا- أسباب انقضاء الضمان المعماري.

إنّ التزام المقاول- والمهندس- بضمان العيوب في المباني والمنشآت الثابتة هو التزام بتحقيق نتيجة بأن يظلّ البناء الذي يقيمانه سليماً و متيناً لمدة عشر سنوات بعد قبول صاحب العمل. وعليه فإنّ مسؤولية المقاول والمهندس تقوم على خطأ مفترض وهو مخالفة القانون، ولا يمكن نفيها إلاّ بإثبات السبب الأجنبي، فلا يجوز للمقاول أو المهندس في سبيل دفع هذه المسؤولية عن نفسه، أن يثبت عدم ارتكابه الخطأ، و أنّه قام

1- محمد حسين منصور النظام القانوني للمباني والمنشآت، المرجع السابق، ص144. غير أنّ المحكمة -في هذه الحالة- تستطيع تخفيض التعويض إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أنّه قام بتنفيذ جزء من التزاماته، كما يجوز له أيضاً، أن يمنح أجلاً للقيام بتنفيذ الالتزام، وهذا هو مضمون المادة 02/119 من القانون المدني، والتي تنصّ على ما يلي: "و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفّ به قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات". محمد حسين منصور، المرجع و الموضوع السابقين.

2- يستند القضاء الفرنسي في تقدير مبلغ التعويض في الزمن الذي يقدّم فيه الخبير تقريره الفني عن الأضرار ومداهها. إلاّ أنّه يأخذ في الاعتبار تغيّر الأسعار بين تاريخ إيداع التقرير و تاريخ النطق بالحكم. وعلى العكس، فإنّه لا يعتدّ بالتغيّر الذي يطرأ بين حكم الأبتدائي والقرار، بشرط أن يكون الحكم الأوّل قابلاً للتنفيذ. أنظر:

-A, Gaston, la responsabilité des constructeurs ,op-cit-, p123.

بواجب العناية المطلوبة منه حتى لا يتهدم البناء كلياً أو جزئياً، أو لا يصيبه عيب يهدد متانته وسلامته، لأنّ هناك التزاماً قانونياً على المقاول والمهندس و المتمثّل في ضمان متانة البناء والعمل<sup>(1)</sup>. و افتراض هذه المسؤولية يقوم على قرينتين ذات شقّين:

أولاهما، أنّ التهدّم أو الخلل يرجع إلى تعيب في البناية، وثانيها أنّ هذا التعيب يرجع إلى خطأ المهندس و المقاول طالما كان ذلك خلال فترة الضمان. ومن ثمّ يستطيع ربّ العمل الرجوع على أيّ منهما دون الحاجة إلى إثبات أنّ العيب راجع إلى عمله أو إثبات نسبة اشتراكه في الخطأ. فبمجرد اشتراكه في البناء بموجب المقابلة، يكفي لقيام قرينة المسؤولية عن الخلل<sup>(2)</sup>، ولا يكمن دفع تلك المسؤولية المفترضة إلاّ بإثبات السبب الأجنبي (أي أنّ هذا السبب هو السبب الوحيد لإنتفاء الضمان). وعليه فإذا أراد المهندس ومعه المقاول أن يتخلّص من المسؤولية، يتعيّن عليه إثبات تهدم البناء كلياً أو جزئياً، أو العيب في البناء إنّما يرجع إلى القوّة القاهرة، أو بخطأ ربّ العمل أو خطأ الغير<sup>(3)</sup>. وكقاعدة عامة، فإنّ السبب الأجنبي، يتمثّل في القوّة القاهرة، والحادث المفاجئ، و خطأ المضرور، وخطأ الغير. ولكن القضاء الفرنسي ورغبة منه في تقوية الضمان وتشديده، لا يأخذ بالمفهوم العام للسبب الأجنبي، بل يضيقّ منه إلى حدّ كبير، فهو و إن أخذ بالقوّة القاهرة إلاّ أنّه لا يأخذ بخطأ ربّ العمل وخطأ الغير إلاّ بشروط معيّنة

### 1- القوّة القاهرة:

تعّد القوّة القاهرة أمراً مرادفاً للحادث المفاجئ، فكلامها شيء واحد ينقضي به التزام المهندس والمقاول بالضمان، لكونها تنفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وبالتالي لا يكون هناك مجال للتعويض، ويجب لاعتبار الحادث قوّة القاهرة عدم إمكانية توقّعه، واستحالة دفعه أو التحرز منه. وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدّعى بها تتدرج ضمن القوّة القاهرة، هو تقدير موضوعي تمكّله المحكمة الموضوع ويخضع لتقديرها، كما يمكنها في هذه الحالة الاستعانة بالخبرة الفنيّة.

وهذا التقدير يكون على ضوء ظروف الزّمان و المكان التي وقعت فيها من جهة، وعلى ضوء مدى إمكان توقّعه من خلال الدّراسات والتقدّم المعماري الحديث من جهة أخرى. فإذا كان من الممكن القول باعتبار الزلازل والكوارث الطبيعيّة من قبيل القوّة القاهرة، إلاّ أنّ الأمر يختلف بخصوص الظواهر الطبيعيّة الأخرى كالأمطار و العواصف.

<sup>1</sup>- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقابلة، مكتبة الثقافة، الأردن 1997، ص406.

<sup>2</sup>- جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص406. أنظر أيضاً:

- George (Liet-Veaux,) Responsabilité de droit commun des architectes, op-cit ,p 310.

<sup>3</sup>- علي علي سليمان، الالتزامات، النظريّة العامّة للعقد، المرجع السابق، ص465.

فمثل ذلك يمكن التنبؤ بحدوثها على ضوء التّقدم و الازدهار العلمي. و من ثمّ لا تعدّ قوة القاهرة إلّا إذا خرجت عن التّوقّع و كان من المستحيل دفعها<sup>(1)</sup>. ومن التّطبيقات العلمية والمستنبطة من طرف الفقه، والتّي تثور أمام القضاء، بمناسبة القوّة القاهرة التّي من شأنها أن تنف الضّمان المعماري، حالة تعيب الأرض أو التّربة، وكذا تعيب مواد البناء، و تعيب المباني القديمة كسبب لتعيب التّعليات<sup>(2)</sup>.

#### أ- بالنّسبة لعيوب الأرض:

كقاعدة عامة، لا يمكن المفاوض- و المهندس- أن يحتجّ بها لدرء المسؤولية عنهما، لكونها من صميم عملهما، كما أنّ ذلك في حدّ ذاته يشكّل التزاما لهما بالإعلام والتّصحّح، لاسيما المهندس الاستشاري الذي يكون مكلفا بدراسة التّربة ووضع التّصميم و المقاييسات.

ومن ثمّ يتوجّب عليهما فحص الأرض وعمل الاختبارات اللّازمة عليها للتّأكد من صلاحيتها لعمليات البناء قبل الشّروع فيه، وينبغي أن يكون البناء وأساساته مقاما بالتّسيق مع ظروف الأرض وطبيعة تربتها. وقد أكّد القضاء الفرنسي في عدّة قضايا على عدم إعفاء المفاوض من المسؤولية المعمارية، إذا لم يتمكّن من إثبات السّبب الأجنبي كالزّلال أو الفيضانات أو خطأ ربّ العمل المحترف في شؤون البناء<sup>(3)</sup>.

#### ب- أمّا عن التّعليات بسبب عيوب الأبنية القديمة:

فالقضاء يقيسها على حالة تعيب البناء بسبب الأرض، ومن ثمّ لا يعتبر من قبيل القوّة القاهرة، إذ ينبغي على المهندس المعماري أو المفاوض القيام باختبار سلامة المبنى القديم و متانته قبل تشييد التّعليات. وتطبيقا لذلك، قضى بأنّه: "إذا كان المهندس المعماري مسؤولا عن التّهدم الناشئ عن عيوب التّربة، فإنّه يكون مسؤولا من باب أولى، عن عيوب المباني القديمة المتخذة كدعامة لأعمال التّعليات، إذا هو لم يقوّ هذه المباني ولم يواجهه في مشروعه الإصلاحات اللّازمة لإزالة هذه العيوب".

#### ج- أمّا عن تعيب مواد البناء:

فإنّ القضاء مستنقّر على أنّ عيوب المواد المستخدمة في البناء، لا تعتبر من قبيل القوّة القاهرة التّي بها يمكن دفع الضّمان المعماري. إذ يقع على المهندس (إذا كلف صراحة بذلك من جانب ربّ العمل) أو

1.- A, ( Gaston), la responsabilité des constructeurs, op-cit, p132.

2- محمد حسين منصور، النّظام القانوني للمباني و الإنشاءات، المرجع السّابق، ص153.

3- يعيش تمام أمال، حاحة عبد العالي، المسؤولية العشرية كألية قانونية لحماية الملكية وفقا للقانون رقم 11-04، المرجع السّابق، ص531.

المقاول حسن اختيار المادّة المستعملة للبناء، وفحصها والتأكد من سلامتها. ولذلك قضي في فرنسا في أكثر من مناسبة بمسؤولية المقاول عن العيوب الناجمة بسبب نوعية الخشب المستعمل وقابليته للتلف أو الإصابة بنوع معين من البكتيريا إذ كان ينبغي التأكد من صلاحيته أو معالجته بطريقة خاصة لوقايته من تلك المخاطر<sup>(1)</sup>.

## 1- خطأ ربّ العمل:

يعفى مقاول البناء- وكذا المهندس المعماري-، كلياً أو جزئياً من المسؤولية في حالة إثباتهما أنّ التهدّم أو العيب في البناء سببه خطأ صادر من جانب ربّ العمل. ومن ثمّ فإنّ هذا الخطأ يعدّ بمثابة القوّة القاهرة التي تنتفي قرينة مسؤولية المهندس و المقاول، لاسيما إذا جاء هذا الخطأ بعد تشييد البناء وتسليمه له. ومثالها أن يقوم ربّ العمل بسوء استخدام البناء أو إجراء تعديلات معيبة فيه، ولكن يجب لتخلّص المقاول والمهندس من المسؤولية بصورة كليّة، أن يكون خطأ ربّ العمل هو السبب الوحيد والمباشر في إحداث الضّرر<sup>(2)</sup>. إلاّ أنّه قد يحدث خطأ ربّ العمل أثناء فترة التّشييد، كأن يتدخّل في عملية التّنفيذ بإعطاء تعليمات خاطئة، أو توريد مواد معيبة أو وضعه تصميمًا معيبًا، فهل يؤثّر مثل هذا الخطأ على مسؤوليتهما التّضامنية؟.

فالأصل أنّ ربّ العمل ليس بخبير في مجال البناء، إلاّ أنّه يمكن أن يكون كذلك، ممّا يتوجّب علينا التّمييز بين الحالتين:

## أ- خطأ ربّ العمل الغير الخبير في فنّ البناء:

إذا تدخّل ربّ العمل أثناء التّنفيذ-رغم عدم خبرته الكافية في البناء- فإنّ ذلك لا يصلح أن يكون وسيلة لدرء مسؤولية المعمارية، و إن كان من الممكن أن يخفّف منها في بعض الأحوال، لأنّ كلاّ منهما يعتبر مستقلًا في عمله و ملمّا بأصول صنّعه على نحو يوجب عليه تبصير ربّ العمل بوجه الخطأ وتحذيره بل و الامتناع عن تنفيذ تعليماته الخاطئة أو استعمال مواد بنائه المعيبة<sup>(3)</sup>. فتدخّل ربّ العمل سواء بتقديم مواد معيبة أو بالموافقة على تصميم معيب أو بفرض مواصفات معيبة، لا يعف المهندس أو المقاول من المسؤولية، لأنّه كان من واجبهما تنبيهه(الالتزام بالإعلام والنّصح والإرشاد).

1-قرار رقم 76543 صادر بتاريخ 1979/01/20، عن محكمة النقض الفرنسية، نقلا عن محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 156.

2- عبد الرزاق حسين يسن، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء، المرجع السابق، ص 213.

3-A,( Gaston), la responsabilité des constructeurs, op-cit, p134

## ب- خطأ ربّ العمل الخبير في فنّ البناء:

يشارك المقاول و-المهندس- مع ربّ العمل، إذا كان هذا الأخير على علم بالخطأ في التصميم وأقرّه أو كان ذلك الخطأ واضح، بحيث لا يخف أمره عليهم. ومن جهة أخرى فإنّ المقاول لا يسأل إلا عن العيوب الناشئة عن التنفيذ دون تلك الناشئة عن التصميم، إذا كان يعمل بإشراف ربّ العمل الذي جعل نفسه مكان المهندس المهماري(أي أنّ ربّ العمل هو الذي يوجّه المقاول أثناء تأدية هذا الأخير للمهام المنوطة به).

وفي هذه الحالة لا وجود للمهندس المعماري، و بالتالي فإنّ المقاول وحده هو الذي يتحمّل الضمان مناصفة مع المقاول، ذلك لأنّه(أي ربّ العمل) يقوم بمهمّتين هما:وضع التصميم سواء بنفسه أو بالاستعانة بمهندس، وكذا القيام بمهمّة الإشراف والرقابة<sup>(1)</sup>.

### 2-خطأ الغير:

تقضي القواعد العامّة، بأنّ فعل الغير لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية أو يخفّف منها، إلا إذا اعتبر هذا الفعل في ذاته وأحدث وحده الضرر أو ساهم فيه. وخطأ الغير يقطع رابطة السببية الواجب توافرها لقيام الضمان المعماري في مجال البناء والتشييد، متى كان كافيا و لوحده لتحقيق النتيجة(التهدم-التعيب)، أي أنّ خطأ الغير الذي يترتب الإغفاء من المسؤولية يتمثّل في السلوك الشاذّ الذي لا يتفق مع السّير العادي للأمر، و لا يمكن للشخص أن يتوقّعه أو يدخله في تقديره<sup>(2)</sup>.فقيام أحد المستأجرين بإجراء تعديلات معيبة بوحده السّكنية على نحو يصيب المبنى بعيوب تهدّد متانته وسلامته يعتبر من قبيل خطأ الغير الذي يمكنه درء المسؤولية المعمارية.كما أنّه لا يمكن الاحتجاج بالأخطاء الصادرة من المقاول من الباطن أو من عمّاله،أو حتّى عمال المقاول الأصلي، وذلك لأنّ هذا الأخير يسأل عن أخطاء هؤلاء -كما سبقت الإشارة إليه-. وبالتالى يسأل كلّ من المهندس والمقاول عن أخطائهم مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه وفقا لما نصّت عليه المادّتان 136-137 من ق.م.ج<sup>(3)</sup>، ويكون لربّ العمل الرجوع على المهندس والمقاول بدعوى الضمان العشري، حتّى ولو كان سبب تهدّم البناء أو تعييبه خطأ صادر من هؤلاء، ودون

1- عبد الرزاق حسين يسن ، المرجع السابق، ص214.

2- محمد الشكري سرور ، المرجع السابق، ص342.

3- تنصّ المادّة 136 من ق.م.ج، على ما يلي: " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها. و تتحقّق علاقة التّبعية و لو لم يكن المتبوع حزّا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

-أمّا المادّة 137 من ذات القانون، فتتصّ على ما يلي: " للمتبوع حقّ الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما".

الحاجة لإثبات هذا الخطأ. ونظرا لأنّ المسؤولية تعدّ تضامنية بين المقاول -والمهندس-، فإنّ كلّ منهما لا يستطيع أن يدفع مسؤوليته بالخطأ الصّادر من الآخر فمثل هذا الخطأ يلعب دوره في مكنة الرّجوع على المسؤول الحقيقي، ومدى تحمّله لعبء التّعويض النّهائي بعد ذلك<sup>(1)</sup>.

أمّا في حالة خطأ الغير الذي له دور في عملية تشييد البناء، فإنّه يمكن ذكر مثلا حالة خطأ مهندس سابق، بحيث يجب لإعفاء المهندس أو المقاول الجديد من المسؤولية بسبب خطأ مهندس سابق، أن تكون الأعمال قد وصلت إلى مرحلة متقدّمة، لا يمكن معها اكتشاف أو تدارك ما سبق من أخطاء. كما يمكن ذكر كذلك، حالة مورّد أو منتج المواد المعيبة المستخدمة في البناء. فإذا كانت تلك المواد قد قدّمت من طرف المقاول، فإنّه مسؤول عن جودتها، وعليه ضمانها لربّ العمل-كما أوردناه سابقا-، وبالتالي لا يمكن للمقاول أن يدفع مسؤوليته استنادا إلى خطأ المورّد للمواد. كما لا يجوز للمهندس المعماري أن يدفع مسؤوليته عن الضّمان العشري على أساس أنّه ليس هو من ورد المواد المعيبة، بل المقاول لأنّ من التزامات المهندس التّحقّق من المواد المستخدمة في البناء، وهو مسؤول بالتّضامن مع المقاول<sup>(2)</sup>.

أمّا فيما يخصّ العلاقة بين المقاول والمهندس المعماري، فإنّه لا يمكن لأيّ منهما أن يتمسك بأخطاء الآخر، قصد التملّص من المسؤولية المعمارية المفترضة عليهما، إلّا إذا ثبت أنّ الخطأ الصّادر من أحدهما في مواجهة الغير تتوافر فيه خصائص القوّة القاهرة مع عدم إمكانية التوقّع واستحالة الدّفع. ومهما يكن من أمر، فإنّ المقاول ملزم بالضّمان تجاه ربّ العمل وخصوصا إذا تعدّر عليه نفي العلاقة السببية بين التهدّم أو العيب اللّاحق بالبنائية، وفقا لأحد الأسباب التي من شأنها دفع الضّمان المعماري.

## المطلب الثاني - الالتزام بالتأمين في مجال البناء:

نظرا للطبيعة الإلزامية للتأمين ومدى تعلقه بالنظام العام، فإنّ المشرّع الجزائري -وعلى غرار باقي التشريعات- تدخّل لتحديد أحكامه وقواعده التفصيلية بموجب نصوص قانونية وأخرى تنظيمية. وتؤكد هذه النصوص في مجملها، الطبيعة الإلزامية للتأمين، لذا فهو يتعلّق بالنظام العام.

ومن ثمّ لا يجوز الاتفاق على استبعاده أو الحدّ من أحكامه، بل إنّ كلّ مخالفة لهذا الالتزام بإجراء التأمين في مجال البناء والتشييد، تترتب عليه قيام المسؤولية الجزائية والمتمثلة في جنحة عدم الامتثال لإلزامية التأمين، والمعاقب عليها في ذات القانون الملزم للتأمين، وذلك بموجب المادة 185 منه، والتي

1- George (Liet-Veaux,) Responsabilité de droit commun des architectes ,op-cit ,p 317.

2- George (Liet-Veaux,) ,op-cit..P 318.

تتصّل على ما يلي: كلّ شخص خاضع لإلزامية التّأمين المشار إليها في المادّتين 175-178 أعلاه يعاقب في حالة عدم امتثاله لهذه الإلزامية بغرامة مالية يتراوح مبلغها من 5000 دج إلى 100.000 دج، وذلك دون الإخلال بالعقوبات الأخرى التي يمكن أن تطبّق في شأنه وفقاً للتّشريع المعمول به.

تحصل الغرامة عن المخالفات المرتكبة في ميدان التّأمين الخاص بالبناء، كما هو الحال في مجال الضّرائب المباشرة لحساب الخزينة العامّة".

ويتجسّد التّأمين في مجال البناء والتّشييد، من خلال التزام المقاول المعماري -والى جانبه المهندس- بضرورة الاستعانة بشركات التّأمين، وذلك قصد إبرام عقود تأمين والتي تندرج في إطار تغطية وضمّان تحمّلهم للمسؤولية الكاملة في تجسيد وبناء المشاريع العقارية، سواء تعلّق ذلك التّأمين بضمّان المسؤولية المدنية المهنية (La responsabilité civile professionnelles)، أو بضمّان المقاول المسؤولية العشرية (La responsabilité décennale)<sup>(1)</sup>.

لذا فباعتبار أنّ شركات التّأمين يمكن أن تساعد على تحقيق ذلك، يمكننا التّساؤل عن ماهية التّأمين في مجال البناء من جانب المقاول ومكانة شركات التّأمين التي تحتلها قصد مساعدة المشرفين والقائمين على تنفيذ والقيام بأعمال التّشييد والتّعمير-ولاسيما المقاول-؟<sup>(2)</sup>. وتبعاً لذلك سننظر إلى دراسة مجال تدخّل شركات التّأمين في مجال البناء والتّشييد، وكذلك عن الآليات الخاصّة بذلك وذلك وفقاً لما يلي:

### الفرع الأوّل-تدخّل شركات التّأمين في مجال البناء:

إنّ تدخّل شركات التّأمين في مجال البناء والتّشييد مسألة ضرورية وأساسية، ذلك لأنّ هذا الأخير بحاجة ماسّة إلى كافة الضّمّانات المكرّسة قانوناً، وذلك بالنظر إلى التعقيدات والعراقيل التي تسود عملية البناء و التّشييد و نظراً لكثرة المتدخّلين فيها. وهذا التدخّل لشركات التّأمين باعتباره ضرورة، مقرّر بموجب نصوص قانونية صريحة وواضحة ويمكن استخلاصها من نصوص الناطمة للتّأمين. ويتعلّق الأمر بالأمر رقم 95-07 السالف الذكر<sup>(3)</sup>. وتبعاً لذلك، ننظر إلى دراسة التدخّل بموجب قانون التّأمين وكذا مجال ذلك التدخّل.

<sup>1</sup>-جديدي معراج، محاضرات في قانون التّأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص32.

<sup>2</sup>- إرزيل الكاهنة، شركات التّأمين في مواجهة نشاط التّرقية العقارية، مجلة الحقوق و الحريات، ع02، جامعة مولود معمري تيزي وزو سنة 2013، ص103.

<sup>3</sup>- إرزيل الكاهنة، المرجع و الموضع السابقين، ص103.

## أولاً-التدخل بموجب قانون التأمين:

ونقصد بذلك الأمر رقم 95-07، والذي تم تخصيص القسم الثالث منه بعنوان التأمين في مجال البناء، والذي يندرج ضمن الكتاب الثاني والمعنون بعنوان "التأمينات الإلزامية"، إذ تم التأكيد على مسؤولية المقاول- وبجانبه كل متدخل في مجال البناء- على ضمان الإنهاء التام والكامل للأشغال المتعلقة بالإنجاز وكذلك حسن الإنجاز، وسير عناصر تجهيزاتها خلال المدة المحددة من التسليم النهائي للمشروع المعماري.

إضافة إلى ذلك، فهناك القانون المتعلق بالتأمينات ضد الكوارث الطبيعية<sup>(1)</sup> والذي يعرف باختصار (CAT/NAT)، بحيث تنص المادة 02/01 منه على إلزامية قيام كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بنشاط صناعي أو تجاري، بالتأمين على المنشآت الصناعية والتجارية من أخطار الكوارث الطبيعية. وباعتبار أن مقاول البناء يندرج ضمن خانة الأشخاص التي تقوم بالنشاطات التجارية عملاً بأحكام المادة 02 من ق.ت.ج، وكذا المادتان 14 و 19 من الأمر اللتان تقرران طبيعة النشاط السائد في المجال المعماري<sup>(2)</sup> ومن ثم فهم ملزمون باكتتاب وثيقة التأمين ضد الكوارث الطبيعية.

أما بالنسبة للمهندس المعماري، فإن عمله- مبدئياً- هو ذو طابع مدني، إلا أنه قد يأخذ الشكل التجاري وذلك من خلال التزامه بالإشراف والرقابة على الإنجاز، فهو في هذه الحالة يسعى إلى تحقيق الربح وهذا ما يترجم إلى معيار المضاربة في الأعمال التجارية. وهذا ما يفهم من نص المادة 555 من ق.م.ج، لأن التزامه الأصلي يتمثل في وضع التصميم.

## ثانياً-مجال تدخل شركات التأمين:

بتفحص النصوص القانونية -السالفة الذكر- وتفسيرها، يتبين بوضوح المجالات التي يمكن لشركات التأمين التدخل لضمانها في مجال التشييد والبناءات، وكذا نشاط الترقية العقارية، والتي تتعلق بالتدخل في مجال إنجاز المشاريع العقارية.

وعليه فإن المقاول مجبر على تأمين مسؤوليته المدنية المتعلقة بالإنجاز (والتي تشمل تغطية مختلف الأضرار الجسمانية والمادية التي قد تلحق بالغير) قبل فتح الورشة، وذلك بموجب المادة 175 وكذا المادة

1- القانون رقم 03-12 المؤرخ في 26 أوت 2003، و المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية و بتعويض الضحايا ج ر، ع52، ص12.

2- عبد القادر مسلم، نطاق التأمين المعماري، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي، د.م.ج، سنة 2010 ص31

176 من الأمر رقم 95-07. وإضافة إلى ذلك بإمكان المقاول إبرام عقد تأمين اختياري لضمان الورشات وحسن إنجازها طيلة مدة الأشغال إلى غاية تسليمها، عملاً بأحكام المادة 177 من ذات الأمر<sup>(1)</sup>.

### 1- التأمين على المسؤولية المهنية المدنية:

إنّ الهدف من وراء لجوء مقاول البناء إلى تأمين مسؤوليته المدنية، هو تغطية مختلف الأضرار التي قد تؤثر سلباً على ذمته المالية، من خلال وجوب تغطية تلك الأفعال التي من شأنها أن تلحق الأضرار سواء بالنسبة للمشروع -في حدّ ذاته- أو لصاحبه أو حتّى الغير.

وهذه التغطية تجد أساسها القانوني من خلال نصوص المواد الناطمة لمجال المسؤولية سواء الشخصية، والتي تعدّ الأصل أو تلك الناشئة عن فعل الغير أو حتّى الأشياء، و التي تكفل المشرع الجزائري بتأطيرها في ق.م.ج، ونقصد بذلك على وجه التخصيص - على وجه الخصوص- المواد 124-126-130-136-138-140<sup>(2)</sup>. إضافة إلى المواد 549 إلى 568 من ق.م.ج والناظمة للمقولة بوجه عام. إضافة إلى نصوص المواد 175 إلى 179 وكذا المواد 180 إلى 185 من الأمر رقم 95-07، المتعلق بالتأمينات -السالف الذكر.

وسواء مسّ الضرر الأعمال المنجزة من طرف المقاول، أو لحقت بربّ العمل أو بالغير وذلك أثناء أو بمناسبة قيامه بإنجاز بالأعمال المسندة إليه بموجب عقد المقولة، وذلك منذ بداية سريان اليوم الأول لافتتاح الورشة، وتستمرّ تغطية التأمين إلى غاية تاريخ التسليم النهائي للمشروع. ويتمّ ذلك من خلال قيام المقاول باللجوء إلى شركات التأمين لاكتتاب وثيقة (أو تسمّى أيضا ببوليصة التأمين) التأمين على:

- ✓ -تنفيذ الأشغال على اختلاف أنواعها، فيما يخصّ صلاحيتها و رسوخها، أو فيما يخصّ أيّ شيء من شأنه أن يعرض المنشأة للخطر، و كذا حراسة البناية التي يلتزم بتشييدها.
- ✓ -المراقبة المستمرة لنوعية مواد البناء و تنفيذ الأشغال.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المرسوم التنفيذي رقم 95-414، الذي صدر بشأن تطبيق الأمر رقم 95-07، المتعلق بالتأمينات-المعدّل والمتمم- هو الذي نظم مجال المراقبة من خلال تبيان الحيطة و الاحتراز الذي

1- جديدي معراج، المرجع السابق، ص 39.

2- عبد القادر مسلم، نطاق التأمين المعماري، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي، المرجع السابق، ص 32. -- راجع بالمناسبة المواد السالفة الذكر. وتجدر الإشارة إلى أنّ مجمل تلك المواد تتعلّق بمجال المسؤولية، سواء الشخصية، أو عن الغير، أو تلك الناشئة عن الأشياء، والموجبة للتعويض (الفعل الضار المنشيء للإلتزام). عبد القادر مسلم، المرجع و الموضوع السابقين.

يتوجب على المقاول التحلي بها أثناء تنفيذه للأشغال أو بمناسبةها، وذلك لمنع الإضرار بها، أو برب العمل أو حتى بالغير.

وتكون مدة التأمين والتغطية مساوية لمدة الإنجاز والمحددة مسبقا بين رب العمل والمقاول بموجب مقولة البناء، والتي تعد في حد ذاتها مدة التأمين، والتي من خلالها تضمن شركة التأمين تغطية مختلف الأضرار السابقة الذكر. لذلك فإن أي تمديد للمدة المحددة مسبقا في العقد المبرم بين المقاول والشركة يجب أن تخطر به شركة التأمين، وذلك قصد الزيادة من مدة الضمان، من خلال تمديد مدة التأمين أيضا، وإلا سقط الحق في الضمان والذي يمثل الالتزام الأصلي لشركة التأمين<sup>(1)</sup>.

والأصل في قواعد التأمين أنها اختيارية، إلا أن المشرع الجزائري تدخل في مجالات عدة وفرض التأمين، وجعله إلزاميا حرصا منه على ضمان حصول بعض الفئات على التعويض عند الإصابة بأضرار عقب وقوع حادث معين، ويرجع ذلك إلى الرغبة المتزايدة في الضمان قصد حماية المضرور إزاء مخاطر الحياة الحديثة<sup>(2)</sup>.

ويعد البناء من ضمن هذه المجالات، حيث نظم أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم التأمين في مجال البناء ضمن الكتاب الثاني المتعلق بالتأمينات الإلزامية، إذ تنص المادة 175 من ذات الأمر على أنه: "على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني وأي متدخل شخصا طبيعيا كان أو معنويا، أن يكتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء".

وتضيف المادة 178 من ذات الأمر أنه: "يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين، وكذا المراقبين التقنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤولياتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني ...".

## 2-التأمين على المسؤولية العشرية:

فمن خلال النصين القانونيين السابقين الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري ألزم المقاول والمهندس المعماري بالتأمين على مسؤولياتهما العشرية بموجب قواعد آمرة، ترجمت من خلال الجزاء الجزائي الذي فرضه في المادة 185 من نفس الأمر و تكيف هذه الجريمة على أنها جنحة عدم الامتثال لهذه الإلزامية

1- إرزيل الكاهنة، شركات التأمين في مواجهة نشاط الترقية العقارية، مجلة الحقوق و الحريات، ع02، المرجع السابق، ص103.

2- عبد القادر مسلم، نطاق التأمين المعماري، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي، المرجع السابق، ص32.

والذي يصل إلى حدّ 100.000,00 دج كغرامة و ذلك دون الإخلال بالعقوبات الأخرى.ومن ثمّ، فإنّ هذه الإلزامية في التأمين هي مرتبطة بالنظام العام، ولذلك لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو الحدّ من أحكامها بل أكثر من ذلك يجوز لربّ العمل أن يشترط على المقاول عند إبرام العقد، اكتتاب تأمينا لتغطية مسؤوليتهم وله أن يتحقّق من ذلك<sup>(1)</sup>.

ويغطّي هذا التأمين الأضرار المخلّة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز البناية، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية. ويبدأ سريان هذا التأمين من تاريخ الاستلام النهائي للمشروع على أن يستفيد منه ربّ العمل أو خلفيه الخاص أو العام بحسب الأحوال و الشروط المبينة سالفًا.

ويهدف التأمين عن المسؤولية العشرية إلى حماية المقاول-و بجنبه المهندس- من الرجوع عليهما أو على أحدهما على إثر تحقّق دعوى المسؤولية. وبموجب ذلك تحلّ شركة التأمين محلّ المؤمن له في دفع التعويض الذي حدّدته الخبرة الفنيّة، سواء الودية و المحدّدة مسبقا قبل نشوب نزاع قضائي، أو تلك التي قد تلجأ إليها المحكمة، ضمانا لحصول ربّ العمل أو من يقوم مقامه على تعويض عادل عند إصابته بأضرار جزاء عمليّة البناء و التشييد<sup>(2)</sup>.

لذلك فإنّ تضامن المقاول-والمهندس- يكون في الضمان وليس المسؤولية.فالتضامن في الضمان أقوى من التضامن في المسؤولية، ذلك أنّ التضامن في المسؤولية يتعلّق بتوافر شروط معيّنة، فهو لا يقوم إلّا إذا كان كل واحد من المسؤولين قد ارتكب خطأ سبّب ضررا، ومن ثمّ يلزم وحده الضّرر واشتراك كلّ المسؤولين في إحداثه. وهذا هو الموقف الذي انتهجته المحكمة العليا بتاريخ 1991/01/23، عندما قضت بأنّه: "يضمن المهندس المعماري و المقاول بالتضامن ما يحدث خلال عشرة سنوات من تهدّم كلي أو جزئي فيما شيّده من بناء و أقاماه من منشآت ثابتة..."<sup>(3)</sup>.

1- يوسف فتيحة، التأمين على تطوّر المسؤولية عن الأشياء غير الحيّة، مجلة الدّراسات القانونية، مخبر القانون الخاص الأساسيّ، كآلية الحقوق والعلوم السياسيّة-تلمسان، ع 01، سنة 2004، ص 39.

2- يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 41.

<sup>3</sup> قرار رقم 54123 صادر عن المحكمة العليا-الغرفة المدنية بتاريخ 1991/01/23 تحت رقم 64748، المجلة القضائية ع 04 لسنة 1992، ص 130 وما بعدها .

فمن هذا المنطلق يجوز لربّ العمل مطالبة أحدهما الأكثر ملاءة بكامل مبلغ التعويض عند تنفيذ الحكم النهائي القاضي بالتعويض، على أن يرجع الموفي بما يتجاوز نصيبه على الآخر سواء على أساس الحلول (دعوى الرجوع) أو على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية .

فالأصل أن ترفع دعوى المسؤولية من صاحب الحقّ في الضمان العشري، وهو ربّ العمل أو من يخلفه (باعتباره مدّعياً) ضدّ الملتزم به وهو المقاول -والمهندس المعماري- (مدّعى عليهما)، وفقاً للتّحديد السّابق بيانه. ويجب رفع هذه الدّعى خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التّهدم أو انكشاف العيب، وفقاً لما أنهت إليه المادّة 557 من ق.م.ج. فإذا انقضت هذه المدّة دون أن يقوم ربّ العمل برفع دعواه، سقط حقّه في التعويض نهائياً.

وهذه المدّة تختلف عن مدّة الضمان ذاته. وعلى هذا إذا حدث التّهدم أو ظهر العيب الموجب للضمان في السّنة العاشرة بعد تسلّم ربّ العمل للبناء، كان بوسعه رفع دعوى الضمان خلال السّنات الثّلاث التّالية، فكأنّ الضمان يستمرّ في هذه الحالة مدّة ثلاث عشر سنة تقريباً<sup>(1)</sup>. وإلزامية التّأمين في مجال البناء و التّشديد ليست قاعدة عامة، وإنّما يستثنى من التّأمين على المسؤوليتين المهنية والعشرية، طبقاً لأحكام المادّة 182 من الأمر رقم 95-07 الأشخاص التّالية:

✓ -الدولة و جماعاتها المحليّة.

✓ -الأشخاص الطّبيعية، وذلك في حالة بناء سكن عائلي.

### 3- التّأمين على تمام الأشغال و نهايتها الحسنة:

لقد نصّ عليه المشرّع الجزائري بموجب المادّة 175 من الأمر رقم 95-07 السّالف الذكر، وذلك بالنّسبة للمقاول، بالإضافة إلى المادّة 03/26 من الأمر رقم 11-04 السّالفة الذكر، والمتعلّق بالترقية العقارية. ومعناه أنّ القائم على الإنجاز يقوم بتغطية كلّ الأخطار التي قد تتجم عن سوء إدارة المشروع، أو تلك الحوادث التي قد تقع له، سواء مسّت تلك الحوادث بالغير أو بوسائله المادية، والتي يستعين بها في تنفيذ المشروع إضافة إلى حسن إتمام الأشغال الموكلة إليه<sup>(2)</sup>.

1- إرزيل الكاهنة، المرجع السّابق، ص 102.

2- دغيس أحمد، الضمانات في الترقية العقارية، بعد الإستيلاء النهائي للمشروع العقاري، المرجع السّابق، ص 21.

## الفرع الثاني-آليات عمل شركات التأمين في مجال التشييد و البناء:

بالنظر إلى طبيعة تدخّل شركات التأمين في مجال التشييد و البناء و كذا الترقية العقارية بصورة عامة، بحيث تتجلى بوضوح أهمية تدخلها، والذي يظهر أكثر من خلال الآليات التي تستخدمها من حيث طبيعة الضمان، و كذا طبيعة التعويض الذي تقترحه شركة التأمين.

### أولاً- إبرام عقود التأمين:

حيث يعرف التأمين بشكل عام، بأنه عملية مركّبة و متكاملة، و يحتوي في شقّه الأول على العلاقة القانونية في شكل عقد يتم بين الطرفين، بحيث يطلق على أحدهما المؤمن والذي يتمثل في شركة التأمين، والطرف الآخر الذي يسمّى بالمؤمن له (المقاول- و المهندس بجانبه-)، والذي يتم لفائدة شخص ثالث يسمّى بالمستفيد من التأمين (رب العمل أو من يخلفه)<sup>(1)</sup>.

و بموجب هذا العقد يلتزم كلّ واحد منهما بالتزاماته المقرّرة في العقد (التزامات متبادلة). أمّا في شقّها الثاني، فتتضمّن التعاون و التضامن في شكل متبادل بين المؤمن لهم (المقاول-المهندس) من طرف المؤمن، الذي يعتمد في ذلك على حساب الإحتمالات وقانون الأعداد الكبيرة، وتجميع الأخطار وإجراء المقاصة بينهما، و بذلك فإنّ تدخّل شركات التأمين عندما يكون بموجب عقود التأمين البناء والمسؤولية المدنية<sup>(2)</sup>.

فعقد تأمين المسؤولية المدنية، عقد هدفه تغطية أعمال البناء والتشييد التي تكون موضوع مقابلة البناء المبرمة بين رب العمل و المقاول، وكذا على المسؤولية المهنية من التأمينات الإلزامية الملقاة على عاتق المقاول -والى جانبه المهندس- وهذا ما تضمّنته المادة 175 من الأمر رقم 95-07 السالفة الذكر.

وتمارس شركات التأمين من الناحية العملية هذا التأمين على البناء، تطبيقاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 95-338<sup>(3)</sup>، و الذي تمّ تعديله بموجب المرسوم التنفيذي<sup>(4)</sup> رقم 02-293، و المؤرخ في 10-09-2002 في مادته 01/02 و 03 الخاص بالتأمينات في مجال البناء، و الذي جاء تطبيقاً للأمر رقم 95-07

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أنّ ذلك يمثّل صورة الاشتراط لمصلحة الغير و التي تجسّد صورة أو حالة قانونية استثنائية بخصوص القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص. إذ أنّ آثار العقد -كقاعدة عامة- تقتصر على الطرفين فقط. إلاّ أنّه و بموجب الاشتراط لمصلحة الغير و الذي نظّمه المشرّع من خلال نص المادة 114 من ق.م.ج، فإنّ نثار العقد تنصرف إلى الغير الذي لم يساهم في إنشائه و تكوينه. أنظر بخصوص ذلك، محمد السّدي صبري، المرجع السابق، ص 379.

2- عبد القادر مسلم، نطاق التأمين المعماري، المرجع السابق، ص 35.

3- المرسوم التنفيذي رقم 95-338، و المؤرخ في 31 أكتوبر 1995، ج ر، ع 65، و الذي جاء تطبيقاً للأمر رقم 95-07.

4- المرسوم التنفيذي رقم 02-293 و المؤرخ في 10-09-2002، ج ر، ع 61 بتاريخ 2002/09/11.

وبالضبط تأمين على المتدخلين خلال عملية البناء من المسؤولية المدنية والتأمينات على المسؤولية العشرية للمقاول - والمهندس بجانبه-.

ويبدأ سريان التأمين- كما هو متفق عليه فقها - من يوم مباشرة الأشغال فعلياً بالنسبة لأعمال البناء، وتستمر إلى غاية يوم تسليمها نهائياً بالنسبة للضمان العشري، والذي يكون بتحرير محضر التسليم النهائي، والتي قد تقبلها شركات التأمين من خلال توافر ثلاثة شروط هي:

- ✓ -ضرورة وجود عقد مقاوله مبان أو منشآت أخرى، يربط المقاول من جهة و ربّ العمل من جهة أخرى.
- ✓ -تسليم الإنجاز إلى ربّ العمل أو من يقوم مقامه في مقاوله البناء.
- ✓ -حصول التّهدم أو ظهور عيب خلال عشر(10)سنوات من تاريخ التسليم النهائي للمشروع<sup>(1)</sup>.

#### ثانيا-الحصول على التعويض:

إنّ دفع التعويض من طرف شركات التأمين، يعدّ الالتزام الأساسي لها، و يعرف بأنّه الفائدة أو المصلحة التي ينتظرها المؤمن له في حالة تحقّق الأخطار موضوع الضمان. و يعرف التعويض على أنّه المقابل المالي و الحقيقي لإرجاع المؤمن له إلى حالته المالية و التي كان عليها قبل وقوع الخسارة و التي تكبدها، و ذلك بسبب خطر المؤمن منه بوثيقة التأمين. و يتمثّل -على وجه التّحديد- في القيمة أو المبلغ الماليين و التي تدفعهما شركات التأمين للمؤمن له، و ذلك في حالة تحقّق الأخطار بعد الأجل المعيّنة من وقوع الخسارة، و يعبر عنه أيضا "عهدة التأمين"<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للتأمين على المسؤولية العشرية، فإنّ التعويض يكون بحسب قيمة تكلفة الإنجاز لأشغال الإصلاح التي خلّفها الأضرار، و التي يتمّ تقديرها من طرف الخبير معيّن. وفي عقود التأمين يسمى التعويض بمقدار الضمان" ( **quantité de garantie** )، وتمثّل النسبة التي تعوّضها شركة التأمين للمقاول- أو المهندس-.

1- مصطفى محمد جمال، أصول التأمين(عقد الضمان)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص106.  
2-العنكبي هشام أحمد جاسم،المبادئ العامة للتأمين، المصطلحات الأساسية-عقد التأمين-مذكّرة التغطية المؤقتة-وثيقة التأمين-أنواع هيئات التأمين، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، سنة 2005، ص16.

## 1- شروط تحقق التعويض:

لإستفادة من التعويض اللازم من طرف شركات التأمين، لابدّ من تحقّق الخطر موضوع التأمين و دفع القسط. فشركات التأمين تجعل من دفع هذا التعويض موازيا لوقوع الخطر من خلال جعله شرطا أساسيا. إذ أنّ عدم توافر هذا الشرط، يجعل الشركة لا توافق على إبرام عقد التأمين ولا تسمح للمقاولين (بوصفهم المؤمن لهم) باللجوء إليها ما دام يعلم بأنّه سوف لن يتحصّل على التعويض في حالة تحقّق الخطر. غير أنّ ذلك متوقّف على قيام المقاول بدفع الأجر (قسط التأمين) كونه التزام يقع على عاتقه بموجب التأمين، وهذا فيما يتعلّق بتأمين مدّة حسن الإنجاز للأشغال، والمحدّدة بحسب مدّة المشروع<sup>(1)</sup>. وإضافة إلى الالتزام بالوفاء بقسط التأمين، يشترط قصد قيام شركة التأمين بالوفاء بالتعويض، يجب أن يكون عقد التأمين ساريا خلال وقوع الضّرر أو اكتشاف العيب الموجب لقيام المسؤولية.

وعندما يتعلّق الأمر بالمسؤولية العشرية و بمجرد قيام المسؤولية، تلتزم شركة التأمين بالتعويض طبقا لما تقضي به القواعد العامة والخاصة لعقد التأمين. وهي تعويض عن كلّ ضرر مادّي أو جسماني في حالة وقوع الأخطار المؤمن عليها. إضافة إلى تعويض المبالغ المدفوعة لأجل إنجاز البناء وذلك في حالة تهدّمه خلال عشر سنوات، تسري ابتداء من تاريخ تحرير المحضر النهائي بالتسليم، وهي مدّة سريان عقد التأمين.

## 2- الأخطار المستبعدة من التأمين:

إنّ التأمين لا يشمل كلّ أنواع المخاطر التي قد يتعرّض لها المقاول -والمهندس- وكلّ متدخّل في التشييد والبناء. فهناك أخطار تخرج عن نطاق التأمين والاستفادة من الضمان، والتي تتضمنها وثيقة التأمين الإلزامية والمعمول بها لدى شركات التأمين. ويمكن تلخيصها عموما في حالات انزلاق التربة التي تم إقامة المشروع عليها، وكذا الانفجارات أو الحريق، إذا لم يكن مؤمّن عليها. وكذلك تخرج من نطاق التأمين أيضا الأضرار التي تحدث قبل اكتتاب عقد التأمين، إضافة إلى الكوارث الطبيعية بصورة عامة، والتي أصبح التأمين عليها إلزاميا و مستقلا. كما أنّ التأمين لا يمتدّ إلى حالات عدم الاستقرار السياسي بالحروب الأجنبية أو الأهلية و الثورات، والتي تسمّى من الناحية الفقهية "بالأخطار السياسية"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup>- عبد القادر مسلم، المرجع السابق، ص 43.

<sup>2</sup>- مصطفى محمد جمال، أصول التأمين (عقد الضمان)، المرجع السابق، ص 110.

### 3-مقدار التعويض:

إنّ قيمة التعويض الذي تلتزم بدفعه شركة التأمين، تكون بحسب قيمة تكلفة الإنجاز والأعمال والمقابلة لإصلاح الأضرار التي خلفها التهدم أو العيب المكتشف، والتي يتم تحديدها من خلال اللجوء إلى الخبرة طالما أنّها مسألة فنية محضة. و من ثمّ، فإنّ تلك الخبرة المنجزة يجب أن تبلغ إلى الخصم ، بعد أن يتمّ الخبير المعين بتراضي الطرفين تقدير مختلف الأضرار اللاحقة بالمشروع أو تجهيزاته. كما قد يمكن اللجوء إلى الخبرة المضادة بطلب من أحد الطرفين سواء كان ذلك قبل التنازع أو بطريق ودي. ويتمّ دفع التعويض خلال ثلاثة (03) أشهر في حالة الاتفاق وديا بين شركة التأمين والمستفيد من التأمين، وذلك بعد المعاينة عملا بأحكام المادة 183 من ذات الأمر رقم 95-07، والتي تنصّ على ما يلي: "يجب على المؤمن قبل البحث في المسؤولية، أن يعوّض صاحب المشروع المؤمن عليه أو من يكتسبه في حدود تكلفة إنجاز الأشغال الإصلاح التي خلفتها الأضرار المحددة و المقدرة من قبل الخبير. و يجب على المؤمن أن يعين الخبير في ظرف سبعة 07 أيام ابتداء من تاريخ التصريح بالحادث".

أمّا في حالة عدم الاتفاق بين الطرفين، فإنّه يتمّ اللجوء إلى القضاء للاختصاص وتحديد قيمة ومقدار التعويض من طرف المحكمة، وذلك بناء على خبرة منجزة والمعينة من طرف المحكمة<sup>(1)</sup>، كما قد يمكن اللجوء إلى الخبرة المضادة بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة، إلى أن يتمّ صياغة الحكم القاضي بالتعويض، واستيفاء إجراءات التنفيذ المحددة قانونا.

-ومخلاصة للمبحث الثاني فإننا نستخلص بأنّ مقابلة البناء لا ينتهي أثرها بمجرد تسليم المشروع الذي عهد به ربّ العمل إلى المقاول، وإنّما يمتد أثره من خلال التزام المقاول - وإلى جانبه المهندس - بضمان ما ينتج من تهدم كلي أو جزئي في البناء الذي أشرف على إنجازه، وذلك ضمانا لمختلف العيوب التي قد تظهر فيه. وقد قيّد المشرّع الجزائري -على غرار التشريع المقارن- هذا الالتزام بمدّة عشر (10) سنوات كاملة تبدأ في السريان من يوم التسليم النهائي للمشروع، وهذا بالضبط من يميّز مقابلة البناء عن باقي نماذج المقاولاتية الأخرى.

إلا أنّ المشرّع الجزائري -و كما فصلناه في الدراسة- لم يواكب التطور التشريعي الذي مسّ الضمان المعماري في التشريع المقارن، إذ وسّع هذا الأخير من دائرة الضمان، وهو الأمر الذي يشكّل حماية واسعة لربّ العمل -بالدرجة الأولى- وكذا المقاول، من خلال إقحام أشخاص آخرين ضمن دائرة المسؤولية العشرية ممّا يقلص من حدتها وأثرها على المقاول ، وهذا ما يدفعنا إلى القول بالقصور التشريعي المحيط بالضمان المعماري في التشريع الجزائري. وإضافة إلى ذلك، فقد ألزم المشرّع الجزائري المقاول في مجال البناء -و كلّ

1- يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 41.

متدخّل فيه إلى جانبه-إجبارية وإلزامية التّأمين سواء على مسؤوليته المدنية، على مختلف الأضرار التي قد تلحق بالمشروع أو برّب العمل أو حتّى بالغير، وذلك أثناء أو بمناسبة القيام بالمهام المسندة إليه. إضافة إلى إلزامية التّأمين على المسؤولية العشرية التي قد يتعرّض لها المقاول-وفقا للشّروط المحدّدة سابقا، ويكون المشرّع بذلك قد وقّر حماية إضافية لرّب العمل و حتّى الغير من خلال ذلك التّأمين والذي يعدّ طبقا للقواعد العامّة صورة من صور الضّمان.

## الخاتمة:

من خلال الدراسة التي قمت بها والمنصبة على الإطار القانوني لمقولة البناء، وعن طريق بيان طرق إنشائها و مختلف الأركان الواجبة التوفر فيها، إضافة إلى الالتزامات المترتبة على نشأتها السليمة -عقدية كانت أم قانونية- ومختلف الجزاءات المترتبة عليها. استخلصنا-مبدئيا- أن مقولة البناء تخضع في مجملها لأحكام النظرية العامة للعقد بوجه عام، من حيث الأركان و الآثار المشترطة طالما أنه عقد مسمى و منظم في ق.م.ج. غير أنه من جهة أخرى يمكن استنباط القصور والنقص الذي يعتريه من جهة، وكذا بعض التناقض في الأحكام المستصاغة و المطبقة عليه، وتارة أخرى الفراغ القانوني الذي يسوده حتى بالنسبة لبعض الجوانب المحيطة به.

وبالتالي فإن الأحكام الناطمة لمقولة البناء، لم تعد كافية لتنظيم إطارها القانوني، وذلك بالنظر إلى تعقد تركيبته من جهة وكثرة المتدخلين في عملية التشييد والبناء، وكيفيات إنشائه سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. لذا فمن الأفضل لو يهتم المشرع الجزائري حاليا بوضع نظام قانوني خاص يحكم مقولة البناء بصورة خاصة لإعادة تنظيم تلك المسائل المحيطة به ، لأن النصوص المطبقة عليها قد وضعت لتنظيم المقولة بصورة عامة، وقد لا يصلح تطبيقها على مقولة البناء نظرا لحجمها الاقتصادي وطبيعة العمل الواردة عليه والذي يتصف بالدقة والخطورة وكثرة انتشارها من جهة أخرى.

إضافة إلى ذلك، فإن المشرع الجزائري اكتفى بتقرير القواعد العامة المطبقة على المسؤولية العقدية وجعلها صالحة للتطبيق على العلاقة العقدية القائمة بين ربّ العمل والمقاول، ولم يخصص لها نصوص قانونية، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى زعزعة استقرار العقد بالنظر إلى مختلف الأسباب السالفة الذكر.

أما عن المسؤولية المعمارية(الضمان العشري)، فقد اكتفى المشرع بمادة واحدة لتقريرها، وهي المادة 554 من ق.م.ج، التي بموجبها قرّر ضمان المقاول -والمهندس المعماري- للبنىات والمنشآت التي يشرف عليها، وذلك دون التعمق في أحكامه نظرا لخصائصه المتميزة بالتشدد وطول المدّة المقررة له. إضافة إلى عدم مواكبة التطورات التشريعية-لاسيما الفرنسية منها- والتي وسّعت من دائرة الملتمزمين بالضمان المعماري.

كما أنه و من جهة أخرى، فإن المشرع الجزائري لم يولّ المقولة الفرعية الاهتمام الكافي الذي تحتاجه، بحيث قد خصها بمادتين فقط في ق.م.ج، وهذا التأطير القانوني قليل جدًا وغير كافي مقارنة مع الانتشار الرهيب لها في الوقت الحاضر. لذلك ومن خلال هذه الدراسة، توصلنا إلى استخلاص جملة من النتائج والملاحظات والتوصيات التالية:

أولاً- إنَّ المشرِّع الجزائري ورغم التَّعديلات العديدة والمتكرِّرة للقانون المدني، إلَّا أنَّه كان من واجبه تعديل مضمون المادَّة 549 من ذات القانون، حتَّى يبرز لنا كلَّ مظاهر استقلالية المقاول في قيامه بالإنجاز المعهود إليه، والتي تعدَّ أساس تمييز المقاوله عن غيرها من العقود الواردة على العمل، وذلك من خلال مجمل الآراء الفقهية الممنوحة بخصوص تعريف المقاوله -بوجه عام- طالما أنَّها تنطبق أيضا على مقاوله البناء.

ثانيا- لقد منح المشرِّع لمقاول البناء إمكانية التعهُّد بتقديم المادَّة-إضافة إلى الإنجاز- وبحساب كامل لها يقدِّمه لربِّ العمل من جهة، إلَّا أنَّه ومن جهة أخرى لم يحدِّد لنا ما يوحي إلى إلترام المقاول بإخطار ربِّ العمل بالعيوب التي تتكشف في المواد المقدَّمة من جانب المقاول، وذلك رغم أهميَّة ذلك الإخطار في مجال المسؤوليات لاسيما من جانب المقاول، و لما تترتَّب عن ذلك من آثار قانونية.

ثالثا- رغم ما يربِّته تسلُّم الإنجاز من جانب رب العمل ما آثار قانونية، كونه بداية تقرير الضَّمان المعماري، واستحقاق أجر المقاول ونقل تبعه الهلاك... وإلى غير تلك الآثار التي قد يربِّتها، إلَّا أنَّ المشرِّع لم يتطرَّق إلى إبراز و تخصيص تعريف تشريعي له باعتباره عملية قانونية، لأنَّ من شأن ذلك تقادي نزاعات و تأويلات بين الطرفين ومن ثمَّ ندعو المشرِّع إلى القيام بذلك.

رابعا- يلاحظ أنَّ المشرِّع الجزائري و من خلال نصِّ المادَّة 552 من ق.م.ج، قد أهمل حالة استعانة المقاول بالأيدي العاملة أو أشخاص مساعدين له تحت حراسته، ومن يتحمَّل نفقاتهم، وهل بإمكان المقاول أن يرجع بنفقاتهم على رب العمل. أي أنَّ المشرِّع لم يتناول حكم من يتحمَّل نفقات الأشخاص المستعملين لتنفيذ المشروع. ويفهم من ذلك، أنَّ المشرِّع ترك ذلك لإرادة و حريَّة الأطراف التَّعاقدية.

خامسا- لم يحدِّد المشرِّع الجزائري بدقة الأشخاص الذي يساهمون في عملية التَّشييد والبناء والذين يلتزم رب العمل بكما ينتج عن التَّعاقد معهم، سواء بارتباطهم بعقد أو بدون عقد. لذلك يتوجَّب عليه تحديد دائرة هؤلاء الأشخاص والتزامات كلِّ واحد منهم تجاه ربِّ العمل، ذلك لأنَّ هذا الأخير ملزم بالوفاء بالأجر تجاههم.

سادسا- رغم كثرة المتدخِّلين في عملية التَّشييد والبناء، إلَّا أنَّ المشرِّع الجزائري لم يضبط قائمة المتحمِّلين للضَّمان العشري، واكتفى في المادَّة 554 -السَّالفة الذِّكر- بذكر المقاول والمهندس، رغم كثرة المشاركين في التَّشييد والبناء، وفي ذلك إجحاف في حقِّ المقاول. ومن ثمَّ يتوجَّب على المشرِّع الجزائري تعديل مضمون المادَّة 554 من ق.م.ج، بما يفيد توسيع دائرة الملترمين بالضَّمان.

سابعاً- كان على المشرع تأطير مقابلة البناء، وذلك من خلال ضبط قائمة شروط واجبة التوفر لمزاولة نشاط البناء و التشييد يخضع لها المقاول-أصليا كان أم فرعياً- كما لو تعلّق الأمر بتأطير الفني وبفرض مستوى أكاديمي معيّن، تماشياً مع خطورة المهام المسندة إليهم و تعقّدها.

ثامناً- يلاحظ غياب التنظيم الخاص لمهنة مقاول البناء(الأصلي و الفرعي). لذلك يتوجّب لزوماً على المشرع إعادة النظر بخصوص تلك المهنة من خلال ووضع إطار قانوني خاص بها، كما هو الشأن لمهنة المهندس المعماري وسائر المهن الأخرى الخاصة، وضبط قائمة للشروط الواجبة التوفر لمزاومتها، وكذا منحهم الحق في إنشاء نقابات تسعى لتمثيلهم وحمايتهم.

تاسعاً-في إطار المقابلة الفرعية، يستخلص قلّة النصوص القانونية الناظمة لهذا، كون المشرع قد خصّها بمادتين فقط وهما 564-565 من ق.م.ج، وهذا لا يتماشى مع الانتشار الواسع لها وأهميتها في الوقت الراهن. ومن ثمّ ندعو المشرع إلى الاهتمام بالمقابلة الفرعية وبكلّ الآثار القانونية الناتجة عنها، من خلال تأطيرها من الناحية التشريعية.

عاشراً-رغم الاستقلالية التي يتمتع بها المقاول الفرعي، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد بصريح العبارة مسألة خضوعه للضمان العشري من عدمها، و ذلك مقارنة مع ضخامة المقابلة الفرعية من جهة وقلّة إمكاناته المادية والفنية، ممّا قد يشكّل إجحافاً في حقّ رب العمل، الذي يؤوّل الإنجاز إليه وعلى اعتباره المستفيد من الضمان، و كذا في حقّ المقاول الأصلي.

إحدى عشر-لم يولّ المشرع الجزائري عناية كبيرة للعلاقة القائمة بين رب العمل والمقاول الفرعي، ولاسيما تقرير وسائل لحماية حقّ الأول في مواجهة الثاني، بعدما منح للمقاول الفرعي حقّ الرجوع على رب العمل بأجر المقابلة، فلما لم يمنح هذا الحق أيضاً لرب العمل تجاه المقاول.

اثني عشر- في إطار الترقية العقارية، ورغم أنّ المشرع الجزائري ألزم المرقّي العقاري بالتعاقد مع مقاول بموجب المادة16 من الأمر رقم 11-04، ممّا يجعل من المرقّي العقاري رب العمل في مواجهة المقاول. إلا أنّه من جهة أخرى، فقد أخضعه لأحكام الضمان المعماري وذلك ما يستشفّ من خلال المادة03/26 من ذات الأمر، حين نصّ بصريح العبارة على أنّ المرقّي العقاري قد يتحمّل المسؤولية العشرية وهذا من شأنه إحداث التناقض واللّبس في الشّخص المتحمّل للضمان العشري، على أساس أنّ المرقّي هو رب العمل، لذلك لا يمكن تحميله الضمان لأنّهذا الأخير تمّ تقريره لحمايته. من ثمّ ندعو المشرع إلى ضبط رأيه بخصوص تحميل المرقّي العقاري للضمان المعماري أم لا.

ثلاثة عشر- يتوجب على المشرع الجزائري تعديل مضمون المادة 178 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، والتي ألزمت المقاول - والمهندس-بأكتتاب وثيقة لتأمين المسؤولية المدنية والعشوية على حد سواء وذلك قصد توسيع دائرة هذا التأمين ليتمدد إلى كل من يتدخل في عملية التشييد والبناء.

-تم بحمد الله و رعايته-

## الملاحق:

### -الملحق الأول:-

#### -نموذج من عقد مقاوله بناء-

إنه في يوم ..... الموافق ..... / ..... / ..... تمّ الإتفاق بين كلّ من:

- 1- شركة..... ويمثلها قانونا السيّد المهندس..... رئيس مجلس الإدارة ومحلّها المختار الإدارة العامّة للشؤون القانونية..... بصفته رب العمل.
- 2- السيّد..... الاسم واللقب .....(الجنسية)..... بطاقة التعريف رقم ..... /تاريخ ومكان الإزدياد..... الساكن في..... / إسم الشركة ...../الشكل القانوني للشركة..... عنوان الشركة ..... /قيمة رأسمال الشركة..... رقم وتاريخ القيد في السّجل التجاري..... رقم البطاقة الضريبية..... رقم الملف الضريبي..... بصفته المقاول.

#### تمهيد:

لما رب العمل ينفذ لصالحه المشروع ..... وذلك طبقا للرّسومات والشّروط والمواصفات الفنيّة الواردة بدفتر الشّروط العامّة وذلك بالمناقصة أو الأمر المباشر التي حدّد لها جلسة يوم ..... موعدا لفتح المظاريف. وحيث أنّ المقاول قد أبدى رغبته واستعداده للقيام بهذا العمل على الوجه الأكمل بعد أن اطّلع على الرّسومات التّنفيذية والمواصفات العامّة والخاصّة لرب العمل إطلاعا كاملا نافيا للجهالة وحيث انتهت الإجراءات الدّاخلية للشركة بالموافقة على إسناد العمل للمقاول طبقا لشروط ومواصفات وأسعار هذا التّعاقد. وحيث أنّ المقاول قبل الإسناد . وحيث أقر الطّرفان بأهليتهما للتّعاقد فقد اتّفقا على ما يلي:

#### المادّة الأولى - وثائق العقد:

وثائق العقد متممة لبعضها البعض، وما جاء في إحداها ملزم لكلّ ما تشمله باقي الوثائق كالاتي:

- 1- يعتبر التّمهيد السّابق جزءا لا يتجزأ من هذا العقد ومتمما له.
- 2- يعتبر البرنامج الرّمزي للتّنفيذ والمقاييس المرفقة جزءا لا يتجزأ من هذا العقد ومتمما له.
- 3- تعتبر الرّسومات والمواصفات والاشتراطات الخاصّة والعامّة للجهة المالكة وللشركة الطّرف الأول الخاصّة بالمشروع المبيّن من مكونات هذا العقد وجزءا لا يتجزأ منه ومتمما له.

4- تعتبر الخطابات اللاحقة جزءا لا يتجزأ من هذا العقد ومتمما له. والأسعار المتفق عليها في العقد شاملة لجميع مراحل التنفيذ والأدوات والمواد اللازمة له على اختلاف أنواعها وكذلك وسائط التنفيذ بجميع مستلزماتها ووسائط النقل وتكاليف المياه والإنارة وجميع النفقات التي يتطلبها التنفيذ. وفي تفسير وثائق العقد تعتمد المعاني المتعارف عليها للمواد والأدوات وطرق التنفيذ إلا إذا نصت المواصفات على خلاف ذلك.

#### **المادة الثانية - الإصطلاحات:**

تعتمد الإصطلاحات التالية في وثائق العقد بالمعاني المبينة فيما يلي:  
**رب العمل:** هو الذي تعلن المناقصة باسمه ويكون طرفا أولا عند التعاقد.  
**المقاول:** الشخص أو الهيئة أو الشركة التي يتعاقد معها رب العمل لتنفيذ العملية والذي يلتزم بما جاء في وثائق العقد من شروط والتزامات، ويكون طرفا ثانيا عند التعاقد.  
**المقاول الفرعي:** الشخص أو الهيئة أو الشركة عدا المقاول الذي يكلف من المقاول بتنفيذ أجزاء خاصة من العملية، أو توريد الأدوات والمواد أو العمال في محل العمل.  
**المشروع - العملية:** العمل المنصوص عنه في المواصفات الذي يطلبه رب العمل - ويقوم بتنفيذه المقاول.  
**العمل:** عند ذكر كلمة عمل يقصد بها مختلف نواحي العملية أثناء التنفيذ، وتشمل الأدوات والمواد والعمال والوسائط اللازمة للتنفيذ على الوجه الصحيح المتفق مع طبيعة العمل وما تنص عليه المواصفات.  
**المهندس:** هو الذي يعينه رب العمل من قبله للإشراف على تنفيذ المشروع.  
**الضامن:** هو الشخص أو الهيئة أو الشركة أو المصرف الذي قام بضمان المقاول وتقديم المستند اللازم لضمان تنفيذ المشروع ووفاء المقاول بجميع التزامات العقد.

#### **المادة الثالثة - التبليغ ومعناه:**

معنى الإنذار هو التنبيه الذي يصدر من رب العمل للمقاول، إلى المسؤولية التي تترتب عن مخالفته شرط من شروط التعاقد، والإخطار أو التبليغ أيما جاء ذكره في وثائق العقد هو الإشعار المكتوب لصاحب العلاقة . والإنذار أو الإخطار أو التبليغ يعتبر واقعا إذا سلم لرب العمل أو المقاول أو الضامن أو أرسل إليه بكتاب مسجل بعلم الوصول دون حاجة إلى أية إجراءات قضائية.  
ويكون الإنذار أو الإخطار أو التبليغ صحيحا وقانونيا إذا سلم للمهندس بدلا من رب العمل، وإلى مندوب المقاول بموقع العمل، وإلى الوكيل الذي عقد الضامن نيابة عن الضامن.

#### **المادة الرابعة - مستند الضامن:**

على المقاول أن يقدم لرب العمل خطاب ضمان من مصرف معتمد بمبلغ لا يقل عن قيمة تكاليف العملية المحددة بالعقد كضمان لتنفيذ المقاول للعقد والوفاء بجميع التزاماته الواردة في وثائق العقد المختلفة.

#### **المادة الخامسة - التأمين على العملية:**

لا يبدأ المقاول في التنفيذ إلا بعد إجراء عمليات التأمين في هذه المادة بالصورة التي يقرها رب العمل . كذلك لا يجوز للمقاول أن يسمح لأي مقاول فرعي أن يبدأ عمله قبل إجرائه للتأمين وإقراره من رب العمل.

أ- يتعين على المقاول إجراء عملية التأمين والمواظبة على دفع أقساطها للمحافظة على استمرار سريانها طوال مدة العقد بحيث تشمل عملية التأمين مواجهة متطلبات قانون تعويضات العمال، والمسؤولية تجاه رب العمل والمسؤولية العامة. وأن يغطي جميع احتمالات المتطلبات التي قد يتعرض لها المقاول والمقاول الفرعي أثناء تنفيذ العقد كنتيجة للإصابات والوفاة الناتجة من حوادث العمل، وكذلك الأضرار التي تلحق بممتلكات الغير أو بمنشآت المشروع نتيجة لتنفيذ العقد سواء كانت هذه الأضرار ناتجة عن أعمال المقاول أو المقاول الفرعي أو من أي شخص تابع للعمل بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو من الآلات أو الوسائط المختلفة المستعملة في التنفيذ.

ب- على المقاول تقديم مستندات التأمين المختلفة التي تشمل النواحي المذكورة آنفا إلى رب العمل والمهندس.

ج- ولما كانت المنشآت والأدوات التي توجد في محل العمل ملكا لرب العمل منذ وصولها إليه، فيجب أن يكون التأمين الذي يجريه على هذه المنشآت والأدوات باسم رب العمل ولصالحه.

#### **المادة السادسة - موضوع العقد:**

يتعهد رب العمل للمقاول القابل لذلك أعمال.....: بمشروع ..... الكائن ب ..... للمنشآت الآتية:

وذلك على النحو الوارد بدراسة الشروط والمواصفات والمقاييس المرفقة، والتي تعتبر كمياتها تقديرية والعبرة في المحاسبة بالكميات التي يتم حصرها من واقع الأعمال المنفذة بالقياس الهندسي على الطبيعة وكذا خطاب الإسناد الصادر للمقاول بتاريخ...../...../....

#### **المادة السابعة - قيمة العقد:**

القيمة الإجمالية لتكلفة العملية موضوع هذا العقد مبلغ. وقد..... فقط لا غير.

#### **المادة الثامنة - المواصفات والتصميمات والخرائط والرسومات:**

يقدم رب العمل للمقاول جميع المواصفات والتصميمات والخرائط والرسومات بتفاصيلها مع التعليمات اللازمة للتنفيذ بدون مقابل. وعلى المقاول أن يلتزم بها في التنفيذ، ولا يقوم بأي عمل إلا بناء على رسومات وخرائط وتعليمات من رب العمل.

وعلى المقاول أن يحتفظ في محل العمل بنسخة كاملة من هذه المواصفات والرسومات، وأن تكون دائما تحت طلب المهندس. وتعتبر البيانات الموجودة في أحدها كأنها موجودة في الجميع. وفي حالة التعارض بين المواصفات والرسومات يعتمد ما جاء بالمواصفات وإذا كان التعارض واقعا بين الأرقام والرسومات، فيجب على المقاول عرضها على المهندس الذي يقرر التصحيح، ويكون المقاول مسؤولا عما يقوم به من تلقاء نفسه في هذا الشأن. وعلى المهندس أن يوالى تسليم المقاول بما يستدعيه الأمر من رسومات وتفاصيل.

#### **المادة التاسعة - مطابقة المواد المستعملة للشروط الفنية:**

يجب أن تكون كل المواد من أجود الأصناف ومطابقة لشروط ومواصفات العقد، ويجب على المقاول بناء على طلب من رب العمل وأثناء سير العمل أن يضع جميع المهمات أو الأعمال والمواد المستعملة كالإسمنت والخرسانة والحديد والأخشاب... الخ، تحت الإختبار ويجب عليه أن يقدم له المساعدات والتسهيلات اللازمة ويلتزم المقاول بتقديم عينات من الأصناف والمهمات والتوريدات أو خلافه من الأنواع الداخلة في تنفيذ الأعمال

موضوع العقد على أن يقدم ربّ العمل موافقة كتابية عن كلّ عينة وقبل توريد الأصناف و المهمّات... الخ. وللمهندس المشرف الحقّ في أيّ وقت رفض مهمات أو أعمال يرى أنّها معيبة أو مخالفة للعيّنة المعتمدة أو لا تتفق مع شروط العقد ومواصفاته، وعلى المقاول أن يزيل في خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ استلامه إخطارا كتابيا من المهندس المشرف على هذه المهمّات من منطقة العمل ويستبدلها بغيرها. وعليه أيضا أن يهدّم الجزء المرفوض من العمل، ويعيد إنشائه على نفقته. وإذا قصرّ في ذلك قام ربّ العمل بذلك على نفقة المقاول خصما من مستحقّاته لديه وبدون أيّ إنذار.

ولا يسمح بمدّ أصل التسليم الابتدائي أو النهائي بسبب رفض لربّ العمل أو مندوبه للمهمّات أو إجراء العمل ولا يكون للمقاول الحقّ في المطالبة بأيّ تعويض عن ذلك.

#### المادّة العاشرة - المواد والأدوات وصناعتها:

فيما عدا ما تحدّده المواصفات بصفة خاصّة ، يجب أن تكون المواد والأدوات المستعملة في التنفيذ جديدة ومن أجد الأنواع المستعملة للغرض المطلوب، مطابقة لما هو متعارف عليه في مستوى الأعمال المماثلة. وعلى المقاول تقديم الإثبات على ذلك كلّما طلب منه. كذلك تقديم العينات مع الأوصاف والخصائص لربّ العمل لإقرارها كلّما طلب ذلك، أو كما تنصّ عليه المواصفات.

#### المادّة الحادية عشر - نصّ التعادل أو التماثل

إنما جاء في المواصفات عن وصف مادّة أو أداة أو آلة باستعمال اسم تجاري مع ذكر عبارة (أو ما يماثلها) أو ما يعادلها. فالمقصود بذلك الحصول على المادّة أو الأداة التي تحتوي على الصّفات والخصائص والمميّزات التي للمادّة المذكورة. ولا يجوز تفسيرها بالمعنى الذي يسمح بتوريد مواد أقلّ من المستوى المطلوب. ويجب على المقاول أن يقيّد في ذلك بوثائق العقد التي تنصّ على موافقة ربّ العمل على نوع المواد قبل استعمالها في العمل.

#### المادّة الثّانية عشر - الكميّات:

1- الكميّات 1575\_ 1593 المبينة بالمقاييسات والرّسومات استرشادية ويتمّ حساب قيمة الأعمال بالمستخلصات الجارية وختامي المشروع بالفئة الواردة بعرض المقاول، وطبقا للنّسب الموضوعة لبنود الأعمال حسب الكشف المرفق بالتعاقد الذي تمّ الإسناد بموجبه وبذات المواصفات والشّروط والرّسومات المطروحة في هذا العطاء على أن تتطابق الفئة بالمتّر المسطح مع القيمة الإجمالية بطريقة الحساب بنود الأعمال، والعبرة بالمسطح النهائي لكلّ نموذج على حدّه مع اعتبار أنّ الشّرفات تحسب نصف مسطح، وذلك بالنسبة لأعمال تشطيبات بنود الأعمال المتكاملة.

2- في حالة قيام ربّ العمل بإضافة أو حذف بعض بنود الأعمال، فيتمّ المحاسبة على قيمتها طبقا لفئات بنود الأسعار الواردة بالمقاييسة والمحدّدة من المقاول.

3- الكميّات المبينة بالمقاييسات والرّسومات، والغرض منها بيان مقدار العقد بصفة عامة والأسعار التي تدفع للمقاول تكون على أساس الكميّات التي نفذت فعلا، والتي تتبيّن من القياس على الطّبيعة أثناء سير العمل سواء كانت تلك الكميّات أقلّ أو أكثر من الوارد بالمقاييسة وسواء نشأت الزّيادة أو النّقص من خطأ في حساب المقاييسة الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت في العمل.

4- تشمل الفئات ثمن الأعمال بما في ذلك توريد وتركيب ونقل المواد والرفع، والمصنعية والعدد والآلات وغير ذلك من الأعمال اللازمة لتنفيذ العقد على الوجه الأكمل.

5- تشمل الفئات التأمينات الإجتماعية وجميع الالتزامات العمالية التي تنص عليها القوانين واللوائح، وستقوم الشركة - رب العمل - بتسديد الأقساط المستحقة لهيئة التأمينات الإجتماعية خصما من حساب المقاول مسؤولا عن الأضرار التي قد تلحق بالعمال الذين يعملون معه، ويتحمل بكافة آثار المسؤولية المدنية وليس له حق الرجوع على رب العمل أو إدخاله في دعاوى التعويضات التي ترفع عليه من عماله.

#### المادة الثالثة عشر - التزامات رب العمل:

1- تسليم المقاول موقع العمل خال من العوائق جاهزا للتشغيل.

2- صرف مستحقات المقاول طبقا لما هو موضح ببند المحاسبة وطريقة الدفع في هذا العقد.

3- تدبير مصدر للمياه ومصدر للكهرباء اللازمة للتشغيل خارج كل موقع عمل على مسافة لا تزيد على 100 متر من كل موقع على أن يتحمل المقاول مصاريف التوصيل من المصدر إلى داخل الموقع.

#### المادة الرابعة عشر - المدة المحددة للتنفيذ:

مدة تنفيذ موضوع التعاقد ..... شهرا تبدأ من تاريخ استلام موقع العمل أو بعد أسبوع من تاريخ أمر الإسناد أيهما أسبق.

#### المادة الخامسة عشر - إشراف رب العمل على الأعمال :

يجب أن يتم تنفيذ الأعمال موضوع العقد تحت إشراف من يعينه رب العمل. لهذا الأخير و مندوبه الحق في التفتيش في جميع الأوقات وعلى المقاول اتخاذ الإجراءات التي تسهل القيام بالتفتيش. وعلى المقاول وتابعيه الالتزام بجميع التعليمات التي تصدر إليه أو إلى تابعيه من مندوب رب العمل، وعليه أن يبعد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط، وهذا خلال أربع وعشرين ساعة من تسليمه أو مندوبه أمرا كتابيا من رب العمل.

#### المادة السادسة عشر - القوة القاهرة:

لا يكون مقصرا في تنفيذ التزاماته الطرف الذي يتأخر في تنفيذها نتيجة قوة القاهرة تمنعه من إتمام العمل. لا يمكن اعتبارها كقوة القاهرة إلا الأحداث الخارجة عن إرادة الطرفين، والتي تكون غير متوقعة ولا يمكن دفعها ولا تحملها مثل: انفجار منجم، قنابل، وكل المتفجرات الأخرى. و كذا الزلازل، الظروف الجوية المرتفعة جدا وكل الحوادث غير العادية.

ولا يمكن إعفاء المقاول من التزاماته بسبب القوة القاهرة إلا إذا قام بتبليغ رب العمل كتابة بوقوع هذه الحوادث في خلال مدة لا تزيد عن سبعة ( 07 ) أيام يبدأ حسابها من تاريخ وقوعها.

#### المادة السابعة عشر - حق رب العمل في تنفيذ أعماله:

إذا أهمل المقاول في تنفيذ العمل على الوجه الصحيح أو قصر في الوفاء بأي شرط من شروط العقد، فلرب العمل بعد ثلاثة أيام من تبليغ كتابي للمقاول وضامنه في القيام بتصحيح الأخطاء أو إكمال النواقص... الخ وخصم قيمة هذه الأعمال من استحقاق المقاول.

## المادة الثامنة عشر - العقود الأخرى في العمل:

لربّ العمل أن يتعاقد مع مقاول أو مقاولين آخرين لتنفيذ أعمال أخرى في العملية أو موقع العمل. وعلى المقاول أن يتعاون تعاوناً تاماً مع هؤلاء المقاولين، وأن يوفّق بين عمله وعمل الآخرين كما يشير به رب العمل وألاً يقوم بأية إجراءات أو تصرفات تؤثر على أعمال المقاولين الآخرين.

## المادة التاسعة عشر - مندوب المقاول:

على المقاول أن يقوم بالإشراف على العمل بنفسه أو ينيب عنه مندوباً أو ملاحظاً على قدر من الكفاءة يتناسب مع العملية يوافق عليه رب العمل. وأن يكون هذا المندوب موجوداً في محلّ العمل على الدوام، وأن تكون لديه السلطة الكافية للتصرّف نيابة عن المقاول.

## المادة العشرون - سلطة المهندس:

للمهندس حقّ التوجيه والإشراف العام على العمل، وله حقّ إيقاف العمل إذا وجد أن ذلك ضرورياً لتنفيذ العقد على الوجه الصحيح. وله أيضاً حقّ رفض جميع الأعمال أو المواد التي لا تتفق مع المواصفات والعقد، وأن يوجّه التعليمات بزيادة العناية أو التفرغ لأيّ جزء من العمل حسبما يجده ضرورياً. وعلى المهندس في جميع الحالات أن يقرّر مقادير الأعمال والمواد التي يتقاضى عنها المقاول المبالغ أو النسب في الأوقات المحددة في العقد. والمهندس هو الذي يتخذ القرارات في الأمور التي تتعلق بالمواصفات والرّسومات في تنفيذ العمل. وقراراته في هذه الأمور نهائية، ويقوم المقاول بالتنفيذ على النظام والمراحل التي يوافق عليها المهندس.

## المادة الواحدة والعشرون - الدفعة المقدّمة:

تصرّف دفعة مقدّمة بموجب محضر استلام الموقع للمقاول مقدارها % من قيمة العملية مقابل تقديمه خطاب ضمان صادر من البنك، وتخضع هذه الدفعة من المستخلصات الجارية بنفس النسبة.

## المادة الثانية والعشرون - استخدامات الدفعة المقدّمة:

يلتزم المقاول من تاريخ صرف الدفعة المقدّمة بالقيام بالإجراءات التنفيذية، وبدأ تنفيذ العملية المسندة له وتجهيز الموقع... الخ. وفي حالة إخلال المقاول بهذا الالتزام، وتّضح لربّ العمل أنّه قد استخدم الدفعة المقدّمة في غير الغرض المخصّصة له يحقّ لربّ العمل صرف قيمة خطاب الضمان من البنك الصّادر منه مع عدم الإخلال بحقه في تحصيل غرامة التأخير تحسب من تاريخ الإنذار.

## المادة الثالثة والعشرون - المقاول الفرعي:

لا يجوز للمقاول تشغيل مقاولين فرعيين إلاّ بعد موافقة ربّ العمل عليهم خطياً. ويبقى المقاول مسؤولاً ومسؤولية تامّة عن أعمال المقاول الفرعي وموظّفيه وعمّاله الذين يستخدمهم بطريق مباشر أو غير مباشر. وكذلك عن مستوى تنفيذ العمل وعمّا يستعمله من مواد وأدوات ووسائل العمل. وبناءً على طلب ربّ العمل، يقدّم له المقاول الفرعي كلّما أمكن ذلك، بياناً بما أنجزه من أعمال أو بما يستحقّه من مبالغ.

ويجب على المقاول أن يقيّد المقاول الفرعي فيما بينهما من عقد بجميع الشّروط والالتزامات والمواصفات التي تحتويها وثائق العقد. وفي جميع الحالات لا يكون ربّ العمل على أيّة صلة تعاقدية مع المقاول الفرعي.

## المادة الرابعة والعشرون - التنازل عن العقد:

لا يجوز للمقاول أن يتنازل عن العقد أو أي جزء منه إلا بعد الموافقة الخطية من رب العمل على التنازل وعلى المتنازل إليه. ولا تكون عملية التنازل صحيحة، إلا إذا كان بها نص صريح على أن المقاول قد سدّد جميع ما عليه من مطالبات للعمال وموردي المواد والأدوات وغير ذلك مما يتعلّق بالعملية. أو يتعهد المتنازل إليه بالوفاء بجميع التزامات المقاول السابقة في أمثال هذه المتطلبات.

## المادة الخامسة والعشرون - الالتزام باستخراج التراخيص واتخاذ الإجراءات القانونية وإتباع القوانين واللوائح:

على المقاول الحصول على التراخيص اللازمة والتي يحددها القانون أو التي تفرضها السلطات المسؤولة لجميع مراحل التنفيذ. ويدفع ربّ العمل تكاليف الحصول على تراخيص البناء ورسوم التفتيش. وعلى المقاول إتباع القوانين واللوائح التي تتعلّق بالعمل ومتطلباته، وأن يلتزم بما يستلزمه ذلك من إجراءات في أوقاتها ومواعيدها المحددة. كما أنّ المقاول مسؤول عن التعويضات التي تنشأ عن إصابات العمل وحالات الوفاة للعاملين الذين يعملون في تنفيذ بنود هذا العقد، وما ينشأ من آثار وعليه أن يقوم بالالتزامات القانونية قبلهم.

## المادة السادسة والعشرون - الالتزام بالمحافظة على الأعمال موضوع العقد:

1- على المقاول أن يحافظ على نظافة محلّ العمل في جميع الأوقات، وأن يتخلّص من بقايا المواد أو المهملات التي تنتج من العمل أو العمال. وعند انتهاء العمل عليه إزالة جميع البقايا والمهملات والأجهزة وجميع وسائل العمل، وأن يسلم العملية نظيفة صالحة للاستعمال، وإلا كان لرب العمل الحقّ في إزالتها بمعرفة على نفقة المقاول بدون أيّ إخطار أو تنبيه.

2- على المقاول تزويد محلّ العمل بالمرافق الصحية اللازمة للعمال أثناء التنفيذ، وإذا قصر المقاول في اتخاذ هذه الإجراءات، فلربّ العمل أن يقوم بتنفيذها على حساب المقاول.

3- تعتبر المواد المسلمة للمقاول أو لمندوبه المعيّن قبله، من رب العمل للتنفيذ بها أمانة لديه وعليه المحافظة عليها وعدم الإسراف في استعمالها أو استخدامها في غير الغرض المنصرفة من أجله، كما عليه إتباع المعدّلات الفنية.

وفي حالة إتلافه أو تبديده أية كمية منها يتمّ تحميله بقيمتها السوقية أو القيمة الدفترية % 15 + أيهما أكبر دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار إضافة إلى المسؤولية المدنية والجنائية التي تترتب على ذلك.

4- ليس للمقاول الحق في التمسك بحيازة المباني والعقارات التي يقوم بإنشائها تنفيذاً لهذا العقد أو الإدعاء بوضع اليد عليها أو حبسها عن رب العمل لأيّ سبب من الأسباب.

## المادة السابعة والعشرون - تصحيح السهو والخطأ:

كلّ خطأ أو سهو يحصل في أيّ وصف أو رسم يقدّمه رب العمل، فيكون له الحقّ في تصحيحه في أيّ وقت ولا يكون للمقاول أيّ حقّ في التعويض استناداً إلى ذلك. وعلى المقاول أن يتحرى بنفسه على طبيعة الأعمال والقيام بما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات للتعليمات المعتمدة، وعليه إخطار رب العمل في الوقت المناسب بملاحظاته، ويكون مسؤولاً عن جميع الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدّمة منه.

### المادة الثامنة والعشرون - تمديد مدة التنفيذ:

إذا تأخر المقاول في التنفيذ نتيجة لتقصير رب العمل أو مندوبه أو نتيجة لأعمال مقاول آخر في محل العمل فللمقاول الحق في الحصول على التمديد المناسب لمدة التنفيذ، على أن يقوم المقاول في كل حالة بإبلاغ رب العمل كتابة في خلال خمسة أيام من وقوع أسباب التأخير.

كذلك للمقاول الحق في الحصول على تمديد لمدة التنفيذ نتيجة للأعمال الإضافية أو التعديلات التي يطلبها رب العمل أو المهندس، ولا يسري ذلك على الإضافات أو التعديلات الطفيفة أو المعتادة. ويجب على المهندس تبليغ المقاول بتعليماته في هذا الخصوص، وبناء على طلب المقاول وفي خلال خمسة أيام من التبليغ يقرر المهندس التمديد اللازم للمدة، وقراره في ذلك نهائي. ولا يحق للمقاول المطالبة بأية تعويضات عن أضرار أو خسائر من رب العمل نتيجة لتمديد مدة التنفيذ.

### المادة التاسعة والعشرون - ساعات العمل الإضافية:

يمكن للمقاول القيام بالعمل في ساعات الليل بعد الحصول على موافقة المهندس الخطية قبل القيام بذلك بمدة كافية يستطيع فيها المهندس تنظيم عملية الإشراف. وتستثنى من شرط المدة الكافية، الحالات الطارئة. وإذا أراد المهندس استعجال العمل في أي جزء لانتهاؤه منه في المواعيد المحددة بالجدول، أو لإعطاء الفرصة للمقاولين الآخرين للقيام بأعمالهم، فيمكنه أن يطلب من المقاول تشغيل ساعات إضافية أو نوبة أو نوبتين إضافيتين في يوم أو أكثر وذلك في جزء أو أكثر من أجزاء العمل. وعلى المقاول أن يهيئ الوسائل اللازمة للعمل الليلي من إنارة واحتياطات سلامة العمل والعمال. وأن يرتب الإشراف اللازم على العمل بالقدر الذي يحقق المستوى الذي تحدده المواصفات. وعلى المقاول أن يتخذ احتياطاته وتقديراته عند تقديم عطائه عن النفقات الإضافية التي تترتب على هذه الإجراءات حيث لا يتحمل رب العمل شيئاً من النفقات الناجمة عن ساعات العمل الإضافية أو العمل الليلي.

### المادة الثلاثون - حق تعديل الأعمال:

لصاحب العمل الحق في إجراء تعديلات - في أي وقت ولو أثناء التنفيذ - والتي يمكن أن تكون في العمل أو الرسومات أو الخرائط أو الشروط أو الكميات الواردة بالعقد أو المواد الموردة طبقاً للعقد أو إحدى وثائقه، بشرط ألا يترتب على هذه زيادة أو نقص في قيمة العقد لأكثر من 25 % على أن يعتبر في حكم العمل الأصلي المكلف به المقاول. ولا تجري هذه التغييرات إلا بناء على موافقة كتابية من رب العمل، فيتم تعديل استحقاقات المقاول بناء على هذه المعلومات والتغييرات بطريقة أو أكثر من الطرق الآتية:

أ- بتطبيق أسعار الوحدات الواردة في عطاء المقاول و المرفقة مع العقد.

ب - بتطبيق جداول الأسعار الإضافية التي يرفقها المقاول من عطائه لأمثال هذه التغييرات والمرفقة مع العقد.

ج - بمبلغ مقطوع يطلبه المقاول ويوافق عليه رب العمل.

د- على أساس التكاليف الفعلية للعمل و شاملة للمواد وأجور العمال ووسائل النقل والتأمين مع إضافة 5 % على هذه التكاليف لتغطية المصاريف العامة والثابتة للمقاول وأرباحه.

### المادة الواحدة والثلاثون - التسليم المؤقت والنهائي:

يجب على المقاول أن يخطر رب العمل كتابة بالتاريخ المطلوب استلام العمل فيه قبل حلوله بأسبوع على الأقل لإجراء المعاينة، ويتم التسليم بواسطة لجنة مشكلة من مهندس رب العمل ورب العمل والمقاول أو مندوبه.

و إذا تبين من المعاينة أنّ العمل قد تمّ على الوجه المطلوب، اعتبر تاريخ إخطار المقاول باستعداده للتسليم موعداً لإنهاء العمل، ويكون رب العمل ملزماً بتسليم العمل نهائياً، وتتمّ عمليتا التسليم والتسليم بموجب محضر التسليم والتسليم من ثلاث نسخ يوقّعه كلّ من رب العمل والمقاول والمهندس.

أمّا إذا ظهر من المعاينة أنّ العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل، يتمّ تسلم العمل مؤقتاً وبتحفظات، فيثبت هذا في المحضر بنفس الطريقة السابقة، ويؤجل التسليم لمدة أربعة أشهر لضمان حسن الإنجاز، يتمّ فيها تنفيذ الأعمال بما يطابق الشّروط. وقبل انتهاء مدة ضمان حسن الإنجاز بوقت مناسب يخطر رب العمل كتابة بتحديد موعد للمعاينة، ومتى تبين أنّ الأعمال قد نفذت بحالة جيّدة، يتمّ تسليمها نهائياً بنفس الطريقة السّالفة الذكر.

وإذا ظهر من المعاينة أنّ المقاول لم يقدّم بعض الالتزامات يؤجل تسليم العمل إلى غاية إتمام المقاول العمل المطلوب منه أو يقوم ربّ العمل بتعيين مقاول آخر لإتمام العملية، ويكون ذلك تحت مسؤولية المقاول الأوّل وعلى نفقته، وعند تمام التسليم النهائي بنفس طريقة التسليم السابق ذكرها، يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقاً له من مبالغ.

#### **المادة الثانية والثلاثون - غرامة التأخير:**

على المقاول أن ينهي جميع الأعمال الموكولة إليه تنفيذها بما في ذلك أية زيادات أو تغييرات تصدر بها أوامر من ربّ العمل بمقتضى ما يكون مخولاً من حقوق في العقد، بحيث يكون كاملاً وصالحاً من جميع الوجوه للتسليم.

فإذا تأخّر عن إتمام العمل كاملاً في المواعيد المحددة توقع غرامة عن المدة التي يتأخّر فيها إنهاء العمل بعد الميعاد والمحدد للتسليم، ولا يدخل في حساب مدة التأخير مدة التوقف التي يثبت لربّ العمل نشوئها عن أسباب قهرية، ويكون توقيع الغرامة بالنسب والأوضاع التّالية:

1 % عن الأسبوع الأوّل أو أيّ جزء منه.

1,5 % عن الأسبوع الثاني أو أيّ جزء منه.

2 % عن الأسبوع الثالث أو أيّ جزء منه.

2,5 % عن الأسبوع الرابع أو أيّ جزء منه.

4,5 % عن كلّ شهر أو جزء منه بعد ذلك، تحسب من قيمة ختامي العملية جميعها، إذا رأى رب العمل أنّ الجزء المتأخّر يمنع الانتفاع بما يتمّ من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أمّا إذا رأى ربّ العمل أنّ الجزء المتأخّر لا يسبب شيئاً من ذلك، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخّرة فقط، وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب أيّ ضرر دون حاجة إلى

تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أيّ إجراءات قضائية أخرى ووفق تقدير رب العمل، كما أنّه إذا تقاعس المقاول عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد أو أخلّ بشروط التّعاقد أو نفذ مخالفاً للاشتراطات والمواصفات المنصوص عليها في دفتر الشّروط أو غير أصول الصنعة وقام رب العمل بسحب العمل منه طبقاً لنصوص هذا التّعاقد وعلى الوجه

المبين به، فإنه لا يحقّ لهذا الأخير رفع أية دعوى مدنية أو جنائية عن هذا العقد أو مدّعي أنّ الإصلاحات لما قام به تعدّ إتلافاً.

### المادة الثالثة والثلاثون - حالات فسخ العقد:

بالإضافة إلى حالات الفسخ المنصوص عليها في أيّ مادة من مواد هذا العقد، يكون لربّ العمل الحقّ في فسخ العقد والمطالبة بالتعويضات المترتبة على ذلك في الحالات الآتية، ويعتبر الفسخ نافذاً من تاريخ التبليغ الخطّي الذي يرسله إلى المقاول بذلك دون حاجة إلى إجراءات أو شكليات أخرى.

- 1- إذا استعمل المقاول الغشّ أو التلاعب في معاملته مع ربّ العمل.
  - 2- إذا ثبت على المقاول أنّه شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في رشوة أيّ عامل من عمال ربّ العمل أو التواطؤ معه إضراراً به.
  - 3- إذا أفلس أو أعسر المقاول، أو عند حلّ الشركة أو وقوع حالة للشركاء المتضامنين أو بعضهم تؤثر على الاستمرار في العمل أو تحمّل الالتزامات.
  - 4- إذا تأخّر في البدء في العمل وفي هذه الحالة يكون الفسخ دون سابق إنذار أو تنبيه.
  - 5- إذا ظهر بطئ في سير العمل وعدم الالتزام بالبرنامج الزمني الموضوع للتنفيذ يتبع الآتي:
- أ - بالنسبة للأعمال التي بدأ المقاول العمل بها، فيحقّ لربّ العمل إلغاؤها من تعاقده دون إنذار أو تنبيه، أو الاكتفاء بإخطاره بالإلغاء.

ب - بالنسبة للأعمال الجاري فيها العمل دون التزام بالبرنامج الزمني، فيقوم ربّ العمل بإخطار المقاول بتأخيرته المرحلي ومطالبته بالتعويض، وإذا لم يستجب في خلال مدّة خمسة عشر يوماً من تاريخ الإخطار، فيحقّ لربّ العمل سحب العمل. وفي الحالتين (أ- ب) يتمّ تنفيذ بقية الأعمال بإسنادها لمقاول آخر ذاتياً مع تحميل المقاول بكافة فروق تكلفة التنفيذ مضافاً إليها 10 % مقابل مصروفات إدارية لإجمالي قيمة الأعمال المنقّذة خصماً من حساب المقاول. ومن حقّ ربّ العمل الاحتفاظ بالمبالغ التي لم يقبضها المقاول، وكذلك استلام المبالغ التي على شركات التأمين دفعها، سواء كانت مستحقّة الدّفع لربّ العمل أو المقاول، ولربّ العمل بعد ذلك الحقّ في مطالبة المقاول بالمبالغ الإضافية التي تلزم لتغطية قيمة الأضرار ولتصفية العقد، وفي جميع هذه الحالات يكون الضامن كفيلاً متضامناً مع المقاول.

ج - إذا تبقى للمقاول مبالغ بعد إجراء التصفية والتعويض عن الأضرار، يدفعها له ربّ العمل على دفعتين الأولى بعد شهرين من إجراء التصفية والتحقّق من قيمة الأضرار، والثانية في خلال مدّة لا تتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ الفسخ.

د - إذا انسحب المقاول كلياً من الأعمال أو تركها أو إذا وقف الأعمال كلياً مدّة لا تقل عن خمسة عشر يوماً.

هـ - إذا أخلّ المقاول بأيّ شرط من شروط العقد، ولم يصلح اثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره كتابة بذلك. وفي جميع الأحوال التي يتقاعس المقاول فيها عن الوفاء بالتزاماته يحقّ لربّ العمل إنذاره بسحب العمل بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه الثابت بسجلاّت ربّ العمل في مدّة أقصاها أسبوع من تاريخ الإخطار، وبعد حصر أعماله ودون حاجة لاتّخاذ أيّ إجراء آخر.

## المادة الرابعة والثلاثون - سحب العمل:

متى تقرّر سحب العمل كلّهُ أو بعضه من المقاول، يحرّر كشف بالأعمال التي تمت وبالأدوات وبالآلات التي استحضرت والمهمات التي لم تستعمل يكون قد وردّها المقاول لمكان العمل، ويتمّ ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب ربّ العمل وبحضور المقاول، بعد إخطاره بكتاب مسجل بالحضور هو أو مندوبه ويثبت هذا الجرد وبحضور المقاول بعد إخطاره بكتاب مسجل بالحضور هو أو مندوبه ويثبت هذا الجرد بموجب محضر يوقّعه كلّ من مندوب ربّ العمل والمقاول أو من ينوب عنه، وإذا لم يحضر المقاول في الموعد المحدّد بالإخطار، فيتمّ الجرد بمعرفة مندوب ربّ العمل ويتمّ إخطار المقاول بنتيجة الجرد. فإذا لم يبدأ المقاول ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصولها إليه، كان ذلك بمثابة إقرار منه بصحّة البيانات الواردة في محضر الجرد، وربّ العمل غير ملتزم بأخذ شيء من هذه المهمّات إلّا بالقدر الذي يلزم لإتمام الأعمال فقط على أن تكون صالحة للاستعمال أساساً، وما يزيد عن ذلك يكفّف المقاول بنقله من محلّ العمل ويكون لربّ العمل في هذه الحالة وفقاً لتقديره المطلق، علاوة على اقتضاء غرامة التأخير أن يستعمل الحقوق التالية:

بحضور المقاول بعد إخطاره بكتاب مسجل بالحضور هو أو مندوبه، ويثبت هذا الجرد بموجب محضر يوقّعه كلّ من مندوب ربّ العمل والمقاول أو من ينوب عنه، وإذا لم يحضر المقاول في الموعد المحدّد بالإخطار فيتمّ الجرد بمعرفة مندوب ربّ العمل، ويتمّ إخطار المقاول بنتيجة الجرد، فإذا لم يبدّ المقاول ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصولها إليه، كان ذلك بمثابة إقرار منه بصحّة البيانات الواردة في محضر الجرد، وربّ العمل غير ملتزم بأخذ شيء من هذه المهمّات، إلّا بالقدر الذي يلزم لإتمام الأعمال فقط، على أن تكون صالحة للاستعمال أساساً، وما يزيد عن ذلك يكفّف المقاول بنقله من محلّ العمل ويكون لربّ العمل في هذه الحالة وفقاً لتقديره المطلق علاوة على اقتضاء غرامة التأخير أن يستعمل الحقوق التالية:

أولاً- أن يقوم ربّ العمل على حساب المقاول بتنفيذ الأعمال التي لم تتمّ كلّها أو بعضها، وفي هذه الحالة لا يحقّ للمقاول المطالبة بأيّ وفر يتحقّق.

ثانياً: أن يتفق ربّ العمل مع أحد المقاولين بطريقة الممارسة لإتمام العمل.

ثالثاً- : يحقّ لربّ العمل احتجاز كلّ أو بعض ما يوجد بمحلّ العمل من المنشآت الوقتية وآلات ومباني وخلافه، وأن يستعملها في إتمام العمل دون أن يكون مسؤولاً لدى المقاول أو غيره عنها وما يصيبها من تلف أو نقل لأيّ سبب كان أو دفع أجر عنها. ولربّ العمل الحقّ في احتجاز كلّ أو بعض هذه الأدوات والمواد حتّى بعد انتهاء العمل، وذلك ضماناً لحقوقه قبل المقاول وله أن يبيعه دون أن يسأل عن أيّة خسارة تلحق من جزاء البيع، كما يكون له في هذه الأحوال الحقّ في استرداد جميع ما تكبّده من مصروفات وخسائر زيادة عن قيمة العقد نتيجة سحب العمل بالخصم من التأمين المودع لديه من المقاول دون الإخلال بحقّ ربّ العمل في المطالبة عمّا لحقه به.

## المادة الخامسة والثلاثون - طريقة السداد أو الدفّع:

1 - يقوم ربّ العمل في الأسبوع الأول من كلّ شهر بدفع أقساط للمقاول تعادل 80% من قيمة الأعمال التي تمتّ خلال الشهر السّابق، مستنداً في ذلك إلى كشف مفصّل لتلك الأعمال ومعتمدة من المهندس. ويكون مخصوماً منها الآتي:

أ- التأمينات الإجتماعية المستحقة بهيئة التأمينات الإجتماعية.

ب- الضرائب المستحقة لمصلحة الضرائب.

ت- دمغات التقاية.

ث- قيمة المسحوبات وإيجار المعدّات إن وجدت.

ج- غرامات التأخير إن وجدت.

2 - بعد استلام الأعمال استلاماً مؤقتاً، يقوم رب العمل بتحرير كشوف ختامية بقيمة الأعمال التي تمت فعلاً ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه.

3 - عند استلام الأعمال استلاماً نهائياً، يسوى الحساب النهائي ويدفع للمقاول باقي حسابه بما في ذلك التأمين أو ما تبقى منه، ويعفى من ذلك إذا كانت الأعمال لا ترتبط بسلامة المبنى ومنها على سبيل المثال أعمال مصنعيات النجارة.

#### المادة السادسة والثلاثون - ثبات الأسعار:

اتفق الطرفان على أنّ الأسعار الموضحة بالمقاييس المرفقة بهذا العقد نهائية وثابتة طوال مدة التعاقد، ولا يحقّ لأيّ من الطرفين المطالبة بتعديلها لصالحه. ومع هذا يحقّ لربّ العمل النّظر في مطالبة المقاول بإضافة فروق أسعار الخدمات التي تزيد أسعارها بموجب قرارات وزارية أو قوانين تصدر أثناء مدة التنفيذ إذا رأى هذه الزيادة تضرّ بالمقاول إضراراً جسيماً. وفي هذه الحالة تحتسب الفرق لكميات الخدمات الواجب استهلاكها نظرياً والتي زادت أسعارها طبقاً للقرارات الوزارية الصادرة في شأنها الأعمال المتبقية وبعد استنزال الكميات المشونة في موقع العمل من الخدمات نفسها التي خضعت لزيادة السعر.

#### المادة السابعة والثلاثون - المحلّ المختار:

اتخذ كلّ من الطرفين عنوانه الموضح بصدر هذا العقد محلاً قانونياً، توجّه له كافة المكاتبات والأوراق القانونية والقضائية المتعلقة بهذا التعاقد، ويلتزم بإخطار الطرف الآخر بأيّ تغيير يطرأ عليه وإلا اعتبر ما توجّه له فيه صحيحاً ومنتجاً لكافة آثاره القانونية.

توقيع المقاول:

توقيع ربّ العمل:

## -الملحق الثاني:-

### -نموذج صيغة-

#### -عقد مقاولة بناء منزل-

إتته بتاريخ الموافق...../00 /00/2015

فيما بين:

1-السيد/.....السّن.....الجنسية.....

العنوان/.....(رب العمل-مالك/الطرف الأول)

2-السيد/.....السّن.....الجنسية...

العنوان/.....(المقر الإجتماعي بالنسبة للشخص المعنوي).مقاول

مباني/الطرف الثاني).

برضا صحيح و قبول، تمّ الإتفاق بين الطرفين على ما يلي من الشروط و البنود:

#### البند الأول:

عهد الطرف الأول بوصفه مالكا لأرض فضاء مسطحة.....مترا مربعا ، و الكائنة

بشارع.....رقم.....قسم.....محافظة.....ومحدودة بحدود الأربعة كالتالي:

الحدّ الشمالي:.....

الحدّ الجنوبي:.....

الحدّ الشرقي:.....

الحدّ الغربي:.....

إلى الطرف الثاني بوصفه مقاولا، ببناء منزل متكوّن من.....(عدد الطوابق). و يشمل كلّ طابق منها

على(عدد الغرف)، و يشمل الدور الأرضي على.....و ذلك على النحو الواضح بالرّسومات و التّصاميم، و

المواصفات و قائمة الشروط المرافقة لهذا العقد و المعتمدة بتوقيع من الطرفين و التي أعدها السيد/باعتباره

المهندس).

#### البند الثاني:

يقرّ الطرف الثاني بأنّه طالع و درس جميع الإشتراطات و المواصفات و الرّسومات المرافقة لهذا العقد، و التي

تعدّ جزءا لا يتجزّء من هذا العقد و تحقّق من تفصيلات عملية المباني و موقع الأرض، و قد تمّ تحديد أجر كلّ

وحدة على أساس هذه التّفاصيل، كما تعهّد الطرف الثاني أيضا بالقيام بجميع الأعمال بلا استثناء.

#### البند الثالث:

يتعهّد الطرف الثاني بمراجعة الرّسومات قبل تنفيذها، و بأن يخطر المالك بأيّ خطأ فيها في وقت ملائم، و بأن

يجري أيّ تعديل فيها من تلقاء نفسه، بغير تصريح المالك كتابة المهندس المعيّن من قبل الطرف الأول.

#### البند الرابع:

على الطرف الثاني أن يستخرج جميع الرخص اللازمة لتنفيذ عملية البناء و أشغال الطريق بمعرفته، و عليه أن يقيم و يحضر ما يحتاج إليه من الأدوات اللازمة لإنجاز العمل بمصاريف على حسابه. و على الطرف الثاني أيضا أن يلتزم لوائح التنظيم و قوانين الشرطة و ما إليها، و يعتبر وجه المسؤول عن أية مخالفة للقوانين المعمول بها، أو التي تصدر أثناء العمل، و عليه كذلك أن يتخذ كافة الإحتياطات اللازمة لتلاقي حصول ضرر المباني المجاورة بسبب هذه العملية.

#### البند الخامس:

يلتزم الطرف الأول بتقديم المواد اللازمة لأعمال البناء بصفة منتظمة و بمسؤوليته عن التأخير.

#### البند السادس:

يلتزم الطرف الثاني باستخدام العدد الكافي من العمال الفنيين على نفقته، و أن يتحمل مصاريف استهلاك المياه.

#### البند السابع:

يتعهد الطرف الثاني بمباشرة العمل و الإشراف عليه بنفسه، و لا يحق له التنازل عن أعمال البناء أو جزء منها لمقاول من باطنه، و إلاّ أعتبر هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى إنذار أو تنبيه.

#### البند الثامن:

الطرف الثاني هو المسؤول وحده عن سلامة عماله و المازة و الجيران أثناء سير عملية البناء، كما أنه مسؤول دون سواه مدنيا و جنائيا عن أية جريمة ترتكب بواسطة أيّ عامل لديه.

#### البند التاسع:

الطرف الثاني هو المسؤول عن مواد البناء بمجرد وضعها في مكان العمل من قبل الطرف الأول، و عليه حراستها بنفسه أو بواسطة حارس من قبله، و هو المسؤول عن هلاكها أو ضياع أو تلف من تمّ استخدامه في البناء.

#### البند العاشر:

يلتزم الطرف الثاني بالقيام بعملية البناء حسب أصل الصناعة متانة وقوة احتمال و إلاّ كان مسؤولا.

#### البند الحادي عشر:

يحق للطرف الأول بتعيين مهندس من طرفه لمراقبة سير أعمال البناء بغير اعتراض من الطرف الثاني، و يلتزم الطرف الثاني بإرشاده.

#### البند الثاني عشر:

اتفق الطرفان على أنّ أجر المصنع كاملا و بحسب الشروط المرافقة لهذا العقد، و التي تعتبر جزءا لا يتجزأ منه هو مبلغ.....يسدّد من الطرف الأول إلى الطرف الثاني كما يلي:

-تمّ دفعه عند تحرير هذا العقد، و يعتبر التوقيع عليه سندا بالتخالص عنه.

-اتفق على دفعه شهريا (أو اسبوعيا) و الباقي يتمّ دفعه فور تسليم العمارة كاملة.

-اتفق بأنّ هذا السداد لا يعدّ تسليمًا بتمام البناء طبقا للشروط و الأصول الفنية التي اتفق عليها الطرفان.

### البند الثالث عشر:

الإتفاق على أجر المصنعية المبيّن بالبند السّابق قد تمّ بصفة نهائية، و غير قابل للتّعديل زيادة أو نقصا.

### البند الرابع عشر:

يتعهّد الطرف الثاني بإتمام جميع أعمال البناء موضوع هذه المقابلة في مدّة.....شهر، ابتداء من تحرير هذا العقد و تسليمها للطرف الأول تامّة و مستكملة اللّوازم طبقا للرّسومات و المواصفات الواردة بقائمة الشّروط المرفقة بهذا العقد، بحيث يلزم بدفع تعويض متّفق عليه من الآخر و بغير حاجة إلى تقدير القضاء قدره.....دج، عن كلّ يوم تأخير في التّسليم، و مع حقّ الطرف الأول بعد إنذار في اعتبار هذا العقد مفسوخا و أن يعهد إلى ماقول آخر بإكمال أعمال البناء و التّشطيب على حساب الطرف الثاني.

### البند الخامس عشر:

في حالة وفاة الماقول(الطرف الثاني)أو فقد أهليته(بالإفلاس أو الإعسار أو الحجر)يحقّ للطرف الأول اعتبار هذا العقد مفسوخا على أن يحاسب الطرف الأول المستحقّين عن الماقول عمّا تمّ انجازه.

### البند السادس عشر:

يضمن الطرف الثاني ما قد يحدث من تهدم كلّي أو جزئي للعمارة خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها للطرف الأول و لو رجع السّبب لعيب في طبيعة الارض.

### البند السابع عشر:

إذا أخلّ المالك(الطرف الأول)بالتزامه بالوفاء بالأجر في مواعيده أو بإمداد الطرف الثاني بمواد البناء، فقد حقّ للطرف الثاني اعتبار العقد مفسوخا أو التّوقف عن الدّفع بعد انقضاء أسبوع على إنذاره بخطاب موصى عليه، فضلا عن حقّه في أجر ما تمّ إنجازه و تعويض ما لحقه من خسارة و ما فاتته من كسب.

### البند الثّامن عشر:

كلّ نزاع ينشأ عن تنفيذ أو تفسير هذا العقد، تختصّ محكمة.....بالفصل فيه.

### البند العشرون:

تحرّر هذا العقد من نسختان أصليتان بيد كلّ طرف نسخة للعمل بموجبها عند اللّزوم.

شهود(.....) الطرف الأول/ رب العمل/المالك (.....) الطرف الثاني/الماقول(.....)

## -الملحق الثالث:-

### -نموذج-

### -محضر التسلم المؤقت-

في سنة...../.....و في...../.....(الشهر و اليوم)،نحن الموقعون أدناه:

-رب العمل، بواسطة الممثل: (الإسم-اللقب-الصفة)...../.....من جهة

و

-المقاول، الممثل بواسطة: (الإسم-اللقب-الصفة)...../.....من جهة أخرى

لقد تنقلنا إلى مكان الأشغال(المشروع موضوع العقد، التعريف-المكونات-الموقع-الحدود)لمعاينة و التثبت من الأعمال المنجزة من طرف...../.....باعتباره مقاولا.

لقد قررنا:

-أنّ الأشغال قد انتهت و أنّه بالإمكان تسلمها مؤقتا.

-لقد سجّلنا عند الإقتضاء التحفظات التالية:

(تحديد قائمة التحفظات بدقة)-و التي يلزم المقاول برفعها في المدة المتفق عليها..... و على صدق ما ذكر، لقد أقمنا هذا المحضر.

تمّ ب...../.....في.....

...../المقاول

رب العمل/.....

## -الملحق الرابع:-

### -نموذج-

### -محضر التسلم النهائي-

في سنة..... وفي..... اليوم والشهر، نحن الموقعون أدناه:

-رب العمل (الممثل بواسطة): الإسم، اللقب، الصفة

-المقاول (الممثل بواسطة): الإسم واللقب والصفة

لقد تنقلنا إلى مكان أشغال المشروع موضوع العقد: (التعريف، المكوّنات، الموقع) لمعاينة

والنتيبت من الأعمال المنفّذة من طرف..... في إطار العقد.

لقد قررنا: أنّ الأعمال موافقة لشروط العقد فيما يخصّ القواعد، المواصفات، الصّفة، الكميّة . وتوجد في حالة جيّدة من العناية.

وعلى صدق ما ذكر، لقد أقمنا هذا المحضر.

تمّ ب ..... في.....

المقاول/.....

رب العمل/.....

## قائمة المراجع:

### 1- المراجع باللّغة العربية:

#### أ- المراجع العامّة:

- 1) -د/ عبد الرزاق أحمد السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإلتزام بوجه عام(الأوصاف-الحوالة-الإنقضاء)، ج03، بيروت، لبنان، دار إحياء التّراث العربي، سنة 1958.
- 2) -د/ أحمد عبد الرزاق السّنهوري ، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد، بيروت دار إحياء التّراث العربي، سنة 1958.
- 3) -د/ عبد الرزاق أحمد السّنهوري العقود الواردة على العمل، المقالة -الوكالة-الوديعة-الحراسة، ج 07، المجلّد الأوّل، دار الإحياء العربي، سنة1964.
- 4) -د/ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، موفوم للنّشر، طبعة 1985.
- 5) -د/ مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدّار الجامعية، طبعة 1987 .
- 6) -د/ زاوي محمود، الشّكلية للصّحة في التّصرّفات المدنية، دار الجديدة للنّشر طبعة1987.
- 7) -د/ خليل أحمد حسن قداده، شرح القانون المدني الجزائري، ج02، أحكام الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1990.
- 8) -د/ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1993.
- 9) -د/ جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقالة، مكتبة التّقافة الأردن، سنة 1997.
- 10) -د/ علي فيلاي، الإلتزامات، التّظرية العامة للعقد، الطّبعة الأولى، مكتبة الكاهنة الدّويرة الجزائر، 1997.
- 11) -د/ عبد الرزاق أحمد السّنهوري، التّظرية العامّة للالتزامات، الطّبعة الثانية، منشورات الحلبي، لبنان 1998.
- 12) -د/ مصطفى محمّد جمال، أصول التّأمين(عقد الضّمان)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1999.
- 13) -د/ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التّجاري الجزائري ،الأعمال التّجارية ،التّاجر ،الحرفي، الأنشطة التّجارية، النّشر الثّاني، ابن خلدون، سنة 2000 .
- 14) -د/ حسن حسين البراوي ، التّعاقد من الباطن ، دار التّهضة العربية ، القاهرة ،سنة 2002.

- 15) د/ معوض عبد التّوّاب، المرجع في التّعليق على نصوص القانون المدني، المجلّد السّابع (الإيجار - العارية - عقد المقاولة - التزام المرافق العامة - عقد العمل - الوكالة) الطبعة السّابعة، مكتبة عالم الفكر والقانون للنّشر والتّوزيع، مصر، سنة 2004.
- 16) د/ بلحاج العربي، النّظرية العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأوّل، التصرّف القانوني العقد و الإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2004.
- 17) د/ محمد صبري السّعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، النّظرية العامّة للإلتزامات، مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، طبعة سنة 2004
- 18) د/ العنكبي هشام أحمد جاسم، المبادئ العامّة للتأمين، المصطلحات الأساسية - عقد التأمين - مذكرة التغطية المؤقتة - وثيقة التأمين - أنواع هيئات التأمين، دار الفكر العربي، الإسكندرية، سنة 2005.
- 19) د/ جديدي معراج، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2005.
- 20) د/ حسين عبد الباسط، إثبات التصرّفات القانونية المبرمة عن طريق الانترنت، دار النّهضة، طبعة 2007.
- 21) د/ عبد الرّحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، دار الهومة طبعة 2010 .
- 22) د/ علي فيلاي، الإلتزامات، النّظرية العامّة للعقد، دار موفوم للنّشر، طبعة 2013.

## ب- المراجع الخاصّة:

- 1) د/ رأفت محمّد أحمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن ، دار النّهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.
- 2) د/ محمد كامل مرسي، العقود المسمّاة، ج04، الطبعة الأولى، دار نشر الجامعات المصرية، سنة 1953.
- 3) د/ مصطفى عبد السيّد الجارجي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين، المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النّهضة العربية، سنة 1978.
- 4) د/ محمّد شكري سرور، مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء، و المنشآت الثّابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1985.
- 5) د/ عبد الرّزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصّة بالمهندسين المعماريين و مقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، و الضّمّانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المعارف، أسبوط، مصر، 1987 .

- 6) -د/مصطفى مسعودي، أصول المقابلة في التشريع الجزائري، الدار الجامعية، طبعة 1987
- 7) -د/ فتيحة قرّة، أحكام عقد المقابلة، منشأة المعارف، الإسكندرية ، سنة 1992.
- 8) -د/ نزيه محمّد الصادق المهدي، التّأمين الإجباري من مسؤولية المهندس المعماري والمقاول، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1996.
- 9) -د/ محمّد عزمي البكري ، شرح قانون المباني الجديد ، الطبعة الرابعة ، دار الجامعة الجديدة للنّشر، سنة 2000.
- 10) -د/محمّد حسين منصور، المسؤولية المعمارية ، دار الجامعة الجديدة للنّشر، مصر، 1999.
- 11) -د/عزت عبد القادر، عقد المقابلة، دار الألفي، سنة 2000.
- 12) -د/ قدري عبد الفتاح الشّهاوي، عقد المقابلة في التشريع المصري و المقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، سنة 2001.
- 13) -د/إبراهيم سيدهم، العقود الواردة على العمل، عقد المقابلة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2003.
- 14) -د/أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامّة لعقد المقابلة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة 2002-2003 .
- 15) -د/أنور طلبية، العقود الصّغيرة، الشّركة، المقابلة، و الإلتزام بالمرافق العامّة، المكتب الجامعي الحديث، الجزائر، طبعة سنة 2004.
- 16) --د/محمّد لبيب شنب، شرح أحكام المقابلة في ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثّانية، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة 2004.
- 17) -د/فاروق عزّت مصطفى، المقابلة من الباطن، دار النهضة العربية للنّشر، سنة 2004.
- 18) -د/عدنان إبراهيم السّرحان ،العقود المسمّاة في المقابلة -الوكالة -الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنّشر والتّوزيع عمّان الأردن سنة 2007 .
- 19) -د/ محمّد عبد الرّحيم عنبر، عقد المقابلة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدّول العربية، سنة 2008.
- 20) -د/بجاوي المدني، التّفارقة بين عقد العمل و عقد المقابلة، دار الهومة، الجزائر، سنة 2008.
- 21) -د/ غازي خالد أبو عرابي، المقابلة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع، دار وائل للنّشر والتّوزيع، الأردن طبعة سنة 2009 .
- 22) -د/بجاوي المدني، عقد المقابلة من الباطن، دار الهومة، سنة 2010.

(23) د/ محمد حسين منصور، النظام القانوني للمباني و المنشآت، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية دار الجامعة الجديدة، سنة 2011.

## 2- الرسائل و المذكرات:

### أ- الرسائل:

- (1)- عياشي شعبان، الضمان العشري لمهندسي و مقاولي البناء في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة رسالة ماجستير ، فرع العقود و المسؤولية ، جامعة قسنطينة ، سنة 1988.
- (2)- فاطمة عمراوي، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء : مالك البناء، المهندس المعماري (المصمم-المشرف على التنفيذ)أو المقاول، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، سنة 2000-2000.
- (3)- د. بن عبد القادر زهرة ، الضمان العشري في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة باتنة ، 2003.
- (4)- مسعودة مروش، عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري، ماجستير كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، سنة 2003 .
- (5)- عكو فاطمة الزهراء ، إلتزامات ربّ العمل في عقد مقاولة البناء، بحث لنيل شهادة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية ،جامعة الجزائر،كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2004-2005.
- (6)- عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره، مسؤولية المقاول و المهندس عن متانة البناء في القانون الأردني دراسة مقارنة، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير في القانون الخاص، سنة 2007 .
- (7)- بـرجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، قانون العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، سنة 2008-2009.
- (8)- توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، سنة 2009-2010.
- (9)- مدّوري زايدي،مسؤولية المقاول و المهندس المعماري ،مذكرة ماجستير -فرع المسؤولية و العقود-جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية تيزي وزو، سنة 2009-2010.

### ب- المذكرات:

- (1) - عبد الرزاق حيسن يسن، المسؤولية المهنية للمهندس المعماري و مقاول البناء ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة أسيوط، 1987 .

- (2) -محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد تمام الأعمال وتسليمها مقبولة من ربّ العمل، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1998.
- (3) -بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة الدكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة باتنة، سنة 2011 .
- (4) -ناصر لباد، النظام القانوني للسوق العقاري في الجزائر، رسالة دكتوراه دوله(غير منشورة)، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2004-2005، ص63.

### 3-المقالات:

- (1) -إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،كلية الحقوق،جامعة الجزائر،الديوان الوطني للأشغال التربوية، ج 03 الجزائر سنة 1995 .
- (2) -غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء (المقاول -المهندس المعماري- صاحب البناء)مجلة الحقوق، مجلة فصلية ،جامعة الكويت، الحجم 19 رقم 04 سنة 1995 .
- (3) -يوسف فتيحة ، التأمين على تطوّر المسؤولية عن الأشياء غير الحية، مجلة الدراسات القانونية ، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية-تلمسان، ع01، سنة 2004 .
- (4) -يعيش تمام أمال، حاحة عبد العالي، المسؤولية العشرية كآلية قانونية لحماية الملكية وفقا للقانون رقم 11-04، مقال منشور بمجلة الحقوق و الحريات، ع07، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، سنة 2012 بسكرة.
- (5) -إرزيل الكاهنة، شركات التأمين في مواجهة نشاط الترقية العقارية، مجلة الحقوق و الحريات، ع02 جامعة مولود معمري تيزي وزو سنة 2013.
- (6) -دغيس أحمد، الضمانات في الترقية العقارية، بعد الإستيلاء النهائي للمشروع العقاري، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع و الأفاق، يومي 27 و 28 فبراير 2012، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، سنة 2013 .

#### 4-القوانين:

##### أ-النصوص التشريعية:

(1) الأمر رقم 75-58 و المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن ق.م.ج والمعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر 44 سنة 2005، و القانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر، ع 07، سنة 2007.

(2) -القانون رقم 90-29 و المؤرخ في 01-12-1990، و المتعلق بالتهيئة و التعمير، الجريدة الرسمية، ع 52، 1990. و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 04-05، والمؤرخ في 14-08-2004، ج ر، ع 71 سنة 1990. المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25 جانفي 2015 و الذي يحدد كفايات تحضير عقود التعمير و تسليمها، ج ر، ع 07، سنة 2015.

(3) القانون رقم 03-12 المؤرخ في 26 أوت 2003، و المتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ج ر، ع 52 سنة 2003.

(4) -القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، و المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، سنة 2008. و الذي دخل حيز التنفيذ في 25 أبريل 2009.

(5) -القانون رقم 08-15، و المؤرخ في 20-07-2008، والمحدد لقواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، ج ر، ع 44 سنة 2008.

##### ب-الأوامر:

(1) -الأمر رقم 71-85، و المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، و المتضمن إحداه هيئة رقابة تقنية للبناء، و تحديد قانونها الأساسي، إضافة إلى المرسوم رقم 86-205، و المؤرخ في 19 أوت 1986، ج ر، ع 43 و المتضمن تغيير الهيئة.

(2) -الأمر رقم 75-59 و المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري، والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 23 فبراير 2005، ج ر، ع 07 سنة 2005.

(3) -الأمر 95-07، المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج ر، ع 15، سنة 2006.

(4) -الأمر رقم 11-04 المؤرخ في 17 فيفري 2011 والذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر، ع 14 سنة 2011.

## ج-النصوص التنظيمية:

- 1) -المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم، و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، ج ر، ع58 والمعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج ر، ع14، و كذا المرسوم رقم 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر، ع34 و كذا المرسوم رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر، ع04، و كذا المرسوم رقم 13-03 المؤرخ في 07 جانفي 2013، ج ر، ع02، سنة 2013.
- 2)-المرسوم التشريعي والمؤرخ في 18 ماي 1994 و المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري، ج ر، ع32 سنة 1994. و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 04-06 والمؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر، ع51 سنة 2004.
- 3) -المرسوم التنفيذي رقم 94-59 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بتحديد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية. ج ر، ع03، سنة 1994،
- 4)-المرسوم التنفيذي رقم 09-15، و المؤرخ في 02-05-2009، و الذي يحدد إجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البناءات، ج ر، ع27 سنة 2009.
- 5)-المرسوم التنفيذي رقم 09-343، والمؤرخ في 22-10-2009، ج ر، ع46 و المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 06-55 والمؤرخ في 30-01-2006، و المحدد لشروط و كفاءات تعيين الأعدان المؤهلين للبحث عن تلك المخالفات المتعلقة بالتهيئة و التعمير و معايناتها، و كذا إجراءات المراقبة، ج ر ع61، سنة 2006.
- 6)-المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 و الذي يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير و تسليمها، ج ر، ع07، سنة 2015.

## 5-الإجتهادات القضائية:

- 1) -المجلة القضائية سنة 1983 / ع04.
- 2) -المجلة القضائية سنة 1990 / ع01.
- 3) -المجلة القضائية سنة 1992 / ع04.
- 4) -المجلة القضائية سنة 1998 / ع01.
- 5) -المجلة القضائية سنة 2003 / ع01.
- 6) -المجلة القضائية سنة 2005 / ع01.
- 7) -المجلة القضائية سنة 2006 / ع02.
- 8) -المجلة القضائية سنة 2006 / ع02.
- 9) -مجلة المحكمة العليا سنة 2009 / ع05.

2-المراجع باللغة الفرنسية:

**A-Ouvrages français généraux :**

- 1) **Alain(Benabent)**, louage d'ouvrage et d'industrie ,sous-traitance ,fascicule h2-8 ,1990.
- 2) **Malinvaud (Ph) et Gestaz (Ph)**.Droit de la promotion immobilière, 2 éd,Paris, 1980 .
- 3) **A,Caston**, la responsabilité des architectes 2'édition ,1979.
- 4) **-LIET-VEAUX(George)THUILLIER(Andrée)**,Droit de construction, 11ème édition, Litec, Paris, 1994 .
- 5) **-Jean Bernard(Auby) .Hugues perinet (Marque)**.droit de l'urbanisme et de la construction .4ème, édition Montchrestien .paris, 1996, N°1066 et suivants .
- 6) **MALINVAUD (Philippe)**, droit de la construction, Dalloz, France, 2000.
- 7) **-Planiol ,G.Ripert**, T11, traité pratique de droit civil français, contrat civil, tome11,deuxième partie ,.N°932, p171, LGDJ, paris 1952.
- 8) **-Soliloque ,(BOUBLI)**,la transmission de l'action en garantie , J.C.P1974.

**B- Ouvrages français spéciaux :**

- 1)-**Caston (Albet)**, la responsabilité des constructeurs, 2édition, 1979.
- 2)-**George( Valentin)** , les contrats de sous-traitance, Montpellier, édition, 1979..-
- 3)-**Néret (Jean)** , le sous-contrat, LDDG, 1979, N°05.
- 4)-**nerét,(jean)**, le sous-contrat ,L.G.D.J.1979.
- 5)-**j.Gasti** ,les contrats spéciaux. Armant colin 1998.
- 6)-**B .Soinne**, la responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, th, paris, 1969.
- 7)-**L.Costa**, la responsabilité des constructeurs d'après la loi du 04 Jan.1978.D.1979.
- 8)-**Lit-veaux (George)**, la responsabilité contractuel de droit commun des architectes et construction, fascicule202-56, jurisclasseur responsabilité, civile, P173, année 1992.

9) **-Mazeau**, la responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux, son maison et date d'édition.

10) **-P, (Peter)**, la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs, 2<sup>ème</sup> édition, paris, 1969 .

11) **D, Gabriela**, contrat d'entreprise, j.c.p. 2002, fascicule 40, N°52.

12) **-Teyssie (Bernard)**, les groupes des contrats, LGDJ, paris 1975, N°15.

#### **C-Articles:**

1) **-B .Soinne**, la responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, th, paris, 1969. -

2) **-Ibrahim (Yousef )**, la responsabilité des constructeurs dans le cadre du contrat d'entreprise, la garantie décennale selon l'article 554 du code civil, R.A.S.J.E.P, n°2, Alger, 2000.

## الفهرس:

مقدمة.....	ص08
الفصل الأول- إنشاء عقد مقاوله البناء.....	ص09
المبحث الأول-إنشاء عقد مقاوله البناء بطريقه مباشرة.....	ص11
المطلب الأول-التراضى و الشكليه فى عقد مقاوله البناء.....	ص14
الفرع الأول- التراضى فى عقد مقاوله البناء.....	ص14
أولاً-شروط الإنعقاد.....	ص15
ثانيا- شروط صحة التراضى.....	ص31
الفرع الثانى-الشكليه فى عقد مقاوله البناء.....	ص41
أولاً-الشكليه المباشرة.....	ص43
ثانيا-الشكليه الغير المباشرة.....	ص49
المطلب الثانى: المحل فى عقد مقاوله البناء.....	ص51
الفرع الأول- العمل(الإنجاز و البناء) .....	ص52
أولاً-الشروط الواجبه التوفر فى العمل.....	ص52
ثانيا-ماهيه عمل المقاول.....	ص55
الفرع الثانى- الأجر.....	ص62
المبحث الثانى-إنشاء عقد مقاوله البناء بطريقه غير مباشره.....	ص67
المطلب الأول- ماهيه عقد المقاوله من الباطن.....	ص69
الفرع الأول- مفهوم و خصائص المقاوله من الباطن.....	ص70
أولاً- مفهوم عقد المقاوله من الباطن.....	ص70

ثانيا- خصائص عقد المقاولة من الباطن.....	72ص
الفرع الثاني- تمييز المقاولة من الباطن عن العمليات العقدية الملتبسة بها.....	75ص
أولا- تمييز المقاولة من الباطن عن التنازل عن العقد.....	76ص
ثانيا- تمييز المقاولة من الباطن عن حالة تعدد العقود و العقود المكتملة.....	80ص
الفرع الثالث- الطبيعة القانونية للمقاولة من الباطن.....	83ص
أولا-المقاولة من الباطن عقد من الباطن.....	83ص
ثانيا-المقاولة من الباطن عقد قائم بذاته.....	88ص
المطلب الثاني- مدى تأثير المقاولة الفرعية على العقد الأصلي وعلاقتها بالمسؤولية العشرية...ص	98ص
الفرع الأول-مدى تأثير المقاولة الفرعية على العقد الأصلي.....	99ص
أولا- عدم إعفاء المقاول الأصلي من التزاماته تجاه رب العمل.....	99ص
ثانيا- عدم إمكانية تعديل أو تغيير التزامات المقاول الأصلي تجاه رب العمل.....	100ص
ثالثا- بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن المقاولة الفرعية تجاه رب العمل.....	101ص
الفرع الثاني- المقاولة من الباطن والمسؤولية العشرية.....	103ص
أولا- أسباب عدم خضوع المقاول الفرعي للضمان العشري.....	104ص
ثانيا- الحجج والأسانيد المؤيدة إلى عدم إخضاع المقاول الفرعي للضمان العشري.....	106ص
الفصل الثاني- آثار عقد مقاولة البناء.....	111ص
المبحث الأول-التزامات العقدية في عقد مقاولة البناء.....	112ص
المطلب الأول-التزامات رب العمل.....	113ص
الفرع الأول- التزام رب العمل بدفع الأجر.....	113ص
أولا- حالة تنفيذ رب العمل لهذا الالتزام.....	114ص

ثانيا- تخلف التزام رب العمل بالوفاء بالأجر.....	ص125
الفرع الثاني- التزام رب العمل بتسليم العمل.....	ص128
أولاً- مضمون التزام رب العمل بتسليم العمل.....	ص129
ثانيا- القواعد الناظمة لالتزام رب العمل بالتسليم.....	ص135
ثالثاً- جزاء عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم.....	ص140
الفرع الثالث- التزام رب العمل بتمكين المقاول من الإنجاز.....	ص143
أولاً- صور هذا الالتزام.....	ص143
ثانيا- حكمه ومبررات الالتزام بتمكين المقاول من الإنجاز العمل.....	ص145
ثالثاً- جزاء الإخلال بهذا الالتزام.....	ص146
المطلب الثاني- التزامات مقاول البناء العقدية.....	ص148
الفرع الأول-التزام المقاول بإنجاز العمل المتفق عليه.....	ص146
أولاً- عن طريقة إنجاز أشغال البناء.....	ص149
ثانيا- التزام المقاول بآجال إنجاز الأعمال.....	ص150
ثالثاً- التزام المقاول ببذل العناية اللازمة في الإنجاز.....	ص151
رابعاً- المادة المستعملة في الإنجاز.....	ص151
الفرع الثاني- التزام المقاول بتسليم الإنجاز بعد الانتهاء من وضعه.....	ص154
أولاً- محلّ التسليم.....	ص155
ثانيا- كيفية التسليم.....	ص155
ثالثاً- زمان التسليم ومكانه.....	ص155
الفرع الثالث- التزام المقاول بالضمان.....	ص156

أولاً- الضمان العام.....	156ص
ثانياً- الضمان الخاص.....	158ص
المبحث الثاني- الالتزامات القانونية في عقد مقاوله البناء.....	159ص
المطلب الأول- التزام المقاول بالضمان المعماري.....	160ص
الفرع الأول- نطاق تطبيق الضمان المعماري.....	161ص
أولاً- أطراف الضمان.....	161ص
ثانياً- موضوع الضمان.....	174ص
الفرع الثاني- قواعد الضمان المعماري.....	183ص
أولاً- الطبيعة القانونية للضمان المعماري.....	183ص
ثانياً- جزاء الضمان المعماري.....	186ص
ثالثاً- أسباب انقضاء الضمان المعماري.....	192ص
المطلب الثاني- الالتزام بالتأمين في مجال البناء.....	197ص
الفرع الأول- تدخل شركات التأمين في مجال البناء.....	198ص
أولاً- التدخل بموجب قانون التأمين.....	198ص
ثانياً- مجال تدخل شركات التأمين.....	199ص
الفرع الثاني- آليات عمل شركات التأمين في مجال التشييد والبناء.....	204ص
أولاً- إبرام عقود التأمين.....	204ص
ثانياً- الحصول على التعويض.....	205ص
خاتمة.....	209ص
الملاحق.....	213ص

قائمة المراجع.....ص230

الفهرس.....ص239

