

جامعة الحاج لخضر - باتنة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية

على ضوء القانون 04-11

(المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية)

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية

تخصص: عقود و مسؤولية مدنية

إشراف الأستاذة الدكتورة:

زرارة صالح الواسعة

إعداد الطالبة:

ريمان حسينة

لجنة المناقشة

اللقب و الاسم	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. مزياني فريدة	أستاذ التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر - باتنة -	رئيسا
أ.د. زرارة صالح الواسعة	أستاذ التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر - باتنة -	مشرفا مقرر
د. خليفة نادية	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الحاج لخضر - باتنة -	عضوا مناقشا
د. بن حملة سامي	أستاذ محاضر (أ)	جامعة منتوري - قسنطينة -	عضوا مناقشا

السنة الجامعية

2014-2013

نوقشت المذكرة بتاريخ: 2015-01-31

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

"وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ
وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ
وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ" صدق
الله العظيم

(الآية 105 من سورة التوبة)

إهداء:

أهدي عملي هذا إلى والدي العزيزين

وأختي.

كما أهديه إلى أصدقائي وزملائي

و إلى كل طالب علم.

شكر و عرفان

الحمد لله على نعمه العظيمة و آلائه الجسيمة، و الحمد لله على نعمة العلم

و الحمد لله الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل.

و الشكر الجزيل موصول كما العرفان للأستاذة الدكتورة زرارة صالح الواسعة
على قبولها الإشراف على هذه المذكرة، و على توجيهاتها القيمة و تشجيعها
المتواصل و سعة صدرها لنا.

كما أتقدم بخالص الشكر و العرفان إلى الأستاذة الدكتورة المحترمة مزياني فريدة
على ترأسها للجنة المناقشة.

كما أتقدم بالشكر الخالص إلى الدكتورة المحترمة خلفه نادية لتفضلها بالمشاركة في
مناقشة هذه المذكرة.

و أتقدم بالشكر الجزيل للدكتور الفاضل بن حملة سامي على قبوله الانضمام إلى لجنة
مناقشة هذه المذكرة.

و لا يفوتني تقديم أسمى عبارات الشكر لكل من ساهم أو أعان في إنجاز هذا العمل
من قريب أو بعيد، و لو بالدعاء.

قائمة المختصرات

المختصرات باللغة العربية:

- ج: جزء.
- ص: صفحة.
- ق.م.ج: قانون مدني جزائري.
- ق.م.ف: قانون مدني فرنسي.
- م: مجلد.

Liste des abréviations en français :

- C.cv.f : code civil français.
- C.ass.cv : arrêt de la cour de cassation. Chambre civile.
- Fasc : fascicule.
- Ibid : Ibidem (au même endroit).
- Jurisp. Cass.cv : jurisprudence de la cour de cassation. Chambre civile.
- Op.cit : ouvrage précité.
- P : page.
- Suiv : suivant.

مقدمة:

عرف نشاط الترقية العقارية نموا كبيرا في السنوات الأخيرة مرده إلى الطلب المتزايد على السكن، الأمر الذي أدى بالسلطات إلى اتخاذ الإجراءات القانونية و السعي إلى توفير الإمكانيات المادية و البشرية اللازمة لاستيعابه، مع محاولة الإسراع في وتيرة الإنجاز.

و يعد نشاط الترقية العقارية من أكثر الميادين تعقيدا من حيث تعدد المساهمين فيه و المتدخلين في عمليات الإنجاز و التسويق المنتج العقاري في مختلف مراحله، مما يعطي مجالا واسعا للعلاقات التعاقدية بموجبه، و بالتالي ترتيب عديد المسؤوليات التعاقدية بين أطرافها.

هذه العلاقات التي تربط أصحاب المشاريع بالمهندسين و المقاولين و التقنيين بناء على عقد المقاولة من جهة، و تلك الرابطة بينهم و بين المقتنين بموجب عقد البيع من جهة أخرى، و الممتدة على مدار فترة التنفيذ إلى ما بعد تمامه، و التي لطالما خضعت في تنظيمها إلى القواعد العامة في القانون المدني من حيث تحديد قواعدها و المسؤوليات المترتبة عنها .

و سعياً من المشرع لضبط النظام التعاقدى لهذه الآلية بالنظر إلى أهمية نشاطها و ما
ينجر عنه من منافع و مضار، سن العديد من النصوص القانونية منذ الاستقلال، فكانت
البداية بالقانون 07-86 المتعلق بالترقية العقارية المؤرخ في 1986/03/04، الذي اعتمد
نظام الاكتتاب لإنجاز المشاريع العقارية، و اصطلح على القائم بهذا النشاط آنذاك
بالمكاتب، الذي كان خاضعاً في تنظيم مسؤوليته إلى بعض نصوص هذا القانون و كذا
قواعد القانون المدني، التي ضاق مجال تطبيقها بموجب القانون 07-86، كونه تميز بنوع
من الوضوح في تنظيم قواعد المسؤولية مقارنة مع النص العام، كما تميز بنوع من

الصرامة، خصوصا فيما يتعلق ببيع البنايات المنجزة. ليليه المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري المؤرخ في 01 مارس 1993، الذي ألغى المشرع بموجبه القانون 86-07 و سن مجموعة من النصوص لا تتناسب و أهمية هذا النشاط ، اصطلح على القائم بالإنجاز بالمتعامل في الترقية العقارية و اختصر نصوص القانون السابق الخمسين في 32 مادة. تميز هذا النص بالغموض من حيث تحديد مدى مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية مقارنة بالمساهمين معه من مهندسين و مقاولين و تقنيين في مواجهة المقتنين، سواء في فترة الإنجاز أو بعدها.

خلال هذه الفترة، تميز النشاط العمراني بسرعة الوتيرة التي صاحبته في كثير من الأحيان رداءة النوعية و الأخطاء الفنية و التقنية، التي أدت إلى قيام مسؤولية العديد من الجهات العمومية و الخاصة عن الخسائر المالية و البشرية التي وصفت في العديد من المناسبات بالكارثية، أين برز معها إشكال كبير حول تحديد المسؤول الأول عن هذه الأضرار في مواجهة المتضررين و المقتنين للأماكن العقارية.

و بما أن نشاط الترقية العقارية يعد من النشاطات الممتدة في الزمن، كان لابد من ضبط إطار العلاقة التعاقدية بين المتدخلين و الغير من بداية التنفيذ إلى ما بعد الاستلام و بالتالي تحديد المسؤوليات بدقة، لكي يسهل توقيع الجزاء عند حدوث الأضرار، خصوصا و أن أهمية الضرر في المجال العقاري لا تتوقف عند الضرر الذي يصيب العقار في ذاته من حيث المطابقة و المتانة المؤثرة على قيمته التجارية، كونه أصبح يمثل أحد عناصر الثروة في الجزائر، بل يمتد أثره إلى الضرر الجسماني الذي قد يصيب المقتني أو غيره و الذي قد يؤدي حتى إلى خسائر في الأرواح.

هذه المسؤوليات التعاقدية التي خضعت لفترة من الزمن لأحكام العامة للقانون المدني و بعض النصوص المتناثرة هناك و هنالك، المنظمة للنشاطات المهنية للناشطين في هذا المجال و المحددة لمسؤولياتهم المهنية و المتعلقة بتأديتها.

غير أن هذه النصوص باتت عاجزة عن استيعاب تشعب العلاقات بين الفاعلين و المقتنين، و بالتبعية صعوبة ضبط المسؤولية، خصوصا مع توسع دائرة النشاط المعماري الذي أدى إلى تداخل العقود المنظمة لهذه النشاطات، و بالتالي دقة المسؤوليات الناتجة عن ممارسته من حيث النطاقين الموضوعي و الشخصي و كذا الزمني.

على هذا الأساس، سعى المشرع إلى سن قانون خاص بنشاط الترقية العقارية، جامعا لمضامينه، محددات لالتزامات و مسؤوليات الأطراف، مشيدين و مقتنين، و متماشيا مع متطلبات اقتصاد السوق.

و بذلك صدر القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، أين اصطلح على القائم به تسمية المرقى العقاري كمحرك لمختلف مراحل العمليات المشكلة لهذا النشاط. هذا المرقى العقاري الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، عاما أو خاصا. كما حدد المشرع مواضيع النشاط العقاري، التي اختصرها في عبارة المشروع العقاري الذي يشمل عمليات الترميم، البناء، التهيئة و الإصلاح و التجديد العمراني و إعادة التأهيل و الهيكلة و التدعيم الموجهة للبيع و/أو للإيجار.

و بما أن النشاط المنظم في القانون 04-11 هو عملية البيع المصاحب أو التالي على عملية البناء، اخترنا تناول المسؤولية العقدية في هذا النشاط المزدوج، الذي يمتد على طول فترة الإنجاز إلى غاية ما بعد التسليم.

و قد نظم المشرع بموجب هذا القانون، الأطر العامة و الخاصة للعلاقات التعاقدية بين المرقى العقاري و المقتنين للمشاريع العقارية المتعلقة بالبناء و البيع، فحدد مسؤوليات المرقى العقاري و وضع مداها، و وضع مسؤوليات المتدخلين معه في مواجهة المقتنين من حيث تحديد نطاقها الشخصي و الموضوعي.

و سعيا من المشرع الجزائري إلى توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للمستفيدين، قرر جملة من الضمانات الملازمة و التالية لعمليات البناء و البيع، تتمثل في المسؤولية العشرية

هذه المسؤوليات العقدية التي تتميز بنوع من الخصوصية في كل مرحلة من مراحل إنجاز المشروع العقاري الموجه إلى البيع، سواء من حيث أساسها، أطرافها، مداها و جزاؤها على امتداد عمليات البناء، عند التسويق، ثم من حيث الضمانات الخاصة المقررة لها بعد الاستلام.

- جاء اختيارنا لموضوع المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 04-11 و تحديدا لعمليات البناء الموجهة للبيع، نظرا للإشكالات التي صاحبت بداية أعمال نصوصه من ناحية تحديد المسؤولية بين المرقى العقاري و المتدخلين معه في عملية البناء، و تلك المترتبة على كفايات البيع.

- استحداث متعامل جديد في مجال الترقية العقارية، و هو المرفي العقاري الذي حددت حقوقه و واجباته و مسؤولياته مقارنة بالنصوص السابقة، الأمر الذي يستدعي الدراسة.

يعتبر موضوع الترقية العقارية من أحدث المواضيع على الساحة القانونية من حيث مناقشة أطره التنظيمية و تحديد المسؤوليات المترتبة على نشاطه، كونه يتعلق بأكبر شريحة من المجتمع، الساعية للحصول على سكن مهما كلفها من ثمن، الأمر الذي يجعلها ضحية لبعض المعاملات غير النزيهة من قبل القائمين بهذا النشاط بمراحلته ، مما يستوجب بيان مواطن الحماية و الضمانات المقررة بموجب هذا النص الخاص المنظم لنشاطها و المرتبة للمسؤولية العقدية عند الإخلال بها.

ثم إن المستجدات التي جاء بها هذا القانون 04-11، تستحق الدراسة نظرا لما لها من تأثير على جانب المسؤولية العقدية، و بالتالي على طرق استقاء التعويض عن أضرار هذا النشاط.

ثالثا: أهداف الدراسة:

نهدف من خلال هذه الدراسة إلى:

- محاولة تحديد نطاق المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية، و تحديدا في المشاريع العقارية المتعلقة بعمليات البناء الموجهة إلى البيع في ظل القانون 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية و مراسيمه التنفيذية، سواء في فترة الإنجاز أو بعدها، من حيث الأشخاص و الأضرار المشمولة بالحماية القانونية.
- محاولة تحديد طبيعة المسؤوليات في كل مرحلة من مراحل الإنجاز و بعد تمامه و تحديد نتائجها.
- محاولة ضبط مدى مسؤولية كل الفاعلين في هذا النشاط، سواء مشيدين، بائعين أو مستفيد منه.
- بيان الضمانات الخاصة المتعلقة بنشاط البناء و البيع و تحديد نطاقها و نظامها القانوني.
- بيان أساليب جبر الضرر و مداه بحسب المسؤولية المرتبة له.

رابعا: إشكالية البحث:

تعد المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية من أكثر المواضيع طرعا للإشكالات التطبيقية، سواء من حيث تحديد أساسها و نطاقها، أو من حيث بيان الجزاء المترتب عن قيامها على امتداد زمن تنفيذ المشروع العقاري إلى ما بعده تسليمه. هذه الجوانب التي حاول المشرع الجزائري تنظيمها في إطار تشريعي بموجب القانون المدني و النصوص السابقة عن القانون 04-11 لكن دون الوصول إلى الإلمام بجميع عناصرها.

خامسا: المنهج المتبع:

سادسا: الدراسات السابقة:

لم نعر على بحث سابق مطابق لموضوع هذه الدراسة، بحيث يتناول المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على امتداد مرحلتى البناء و البيع على ضوء القانون 04-11. ذلك أن كل الأبحاث الحديثة التي حصلنا عليها، إما متعلقة بدراسة أحد الضمانات المقررة للمستفيدين من عقد المقاوله، و هي أطروحة الدكتوراه للطالبة زهرة عبد القادر الموسومة بـ: " نطاق الضمان العشري للمشيدين -دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي-"، المناقشة في كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر بباتنة في 2009؛ و إما مقتصرة على دراسات جزئية متعلقة بالمسؤولية المدنية لأحد المتدخلين في نشاط الترقية العقارية، كمذكرة الماجستير للطالبة بطوش كهينة المعنونة بـ: " المسؤولية المدنية للمهندس المعماري" المناقشة في كلية الحقوق و العلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسى و العلوم السياسية ببنيزى ورزو فى سنة 2012 .

ثم أنهينا البحث بخاتمة ضمناها مجموعة من النتائج المتوصل إليها، و جملة من الاقتراحات و التوصيات.

المبحث التمهيدي:

ماهية المسؤولية العقدية و الترقية العقارية:

تعد الترقية العقارية من أكثر المجالات المعقدة من حيث تعدد العقود و الالتزامات وبالتالي تباين المسؤوليات المترتبة عنها. و نظرا لما قد ينجر عن هذا النشاط من مضار رتب المشرع نظاما قانونيا لمساءلة المتدخلين، و هو ما يصطلح عليه بالمسؤولية العقدية هذه المسؤولية التي تتفرع عن المسؤولية المدنية. و منه يتوجب بيان ماهية المسؤولية العقدية (المطلب الأول) و بيان ماهية الترقية العقارية (المطلب الثاني)

المطلب الأول:

ماهية المسؤولية العقدية:

تعد المسؤولية العقدية نوعا من نوعي المسؤولية المدنية، و بذلك يجب بيان مفهوم المسؤولية المدنية للوصول إلى تعريف المسؤولية العقدية.

الفرع الأول:

مفهوم المسؤولية المدنية:

تعد المسؤولية المدنية أثرا من آثار الإخلال بالالتزامات، قانونية كانت أو عقدية، و هو مناط تفرقتها عن المسؤوليتين الجزائية و الأدبية، هذه الأخيرة التي تقوم حالة تجاوز قاعدة أخلاقية، لا جزاء فيها عدا تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع. بعكس المسؤولية المدنية التي يكون الجزاء فيها ذو طابع المدني، أما عن الفرق بينها و بين المسؤولية الجزائية فسنتناوله بعد بيان تعريفها.

أولاً: تعريف المسؤولية المدنية:

تعرف المسؤولية لغة بأنها: " ما يكون به الإنسان مسؤولاً و مطالباً عن أمور أو أفعال أتاها"¹

و تعرف اصطلاحاً بأنها: "كل ما يتحمله مسؤول تتاط بعهدته أعمال، تكون تبعة نجاحها أو إخفاقها عليه"². كما تعرف بأنها: "التزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه".³

ثانياً: الفرق بين المسؤولية المدنية و المسؤولية الجزائية:

إذا كانت المسؤولية المدنية ناتجة عن الإخلال بالالتزام المدني، فالمسؤولية الجزائية هي تحمل الفرد لمسؤوليته على أفعاله المجرمة و محاسبته على أفعاله المضرة بالمجتمع. فنطاقها محدد كما الجزاء بموجب القوانين العقابية، العامة منها و الخاصة.

و تعد المسؤوليتين المدنية و الجزائية نتيجة للإضرار بالغير مهما كان مصدر هذا الضرر، إما تجاوزاً لقاعدة اتفاقية أو قانونية، و منه يتوجب بيان الفرق بينهما لتحديد الأحكام الواجبة التطبيق حالة وقوع الضرر.

1- من حيث مجالها:

يدور مجال المسؤولية المدنية حول الأضرار التي تلحق الفرد في ذمته المالية⁴ نتيجة إخلال الغير بالتزاماته عقدية كانت أو قانونية . فهي ضيقة النطاق، محدودة النتائج.

في حين يدور مجال المسؤولية الجزائية حول الضرر اللاحق بالمجتمع، و إن كان ذلك الضرر غير مباشر، لأنه يصيب فرداً يطلق عليه مصطلح الضحية المساس به في

¹ - المنجد الأبجدي، دار المشرق، بيروت لبنان، 1986، ص 946.

² - علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، دار موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010، ص 6.

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2008، ص6.

⁴ - المرجع نفسه، ص 10 و ما بعدها.

جسمه أو ماله أو شرفه يعد مساسا بالمجتمع كله نظرا لطبيعة القواعد التي تحكم المسؤولية الجزائية.

2- من حيث أساسها:

لا تخضع المسؤولية المدنية لمبدأ الشرعية¹، كون الأخطاء المدنية غير محصورة في مجموعة من النصوص، بل لا تعد و لا تحصى، متجددة بحسب الزمان و المكان و مدى التطور في الحياة الاقتصادية خصوصا.

أما المسؤولية الجزائية فخاضعة لمبدأ الشرعية، فلا عقوبة و لا جريمة إلا بنص أخطاؤها محصورة في التقنين العقابي و في نصوص التجريم، الجزاء عليها محدد فيه والعلم بها مفترض للخاص و العام فلا يعذر بجهلها.

3- من حيث الجزاء:

يعالج الضرر في المسؤولية المدنية بحسب نوعه، إما بالتعويض المالي و إما بالتنفيذ العيني². فالهدف من أعمالها هو جبر الضرر اللاحق بسبب الإخلال القانوني أو التعاقدية. و بالتالي يقع الجزاء فيها على الذمة المالية للمخل لا على شخصه.

أما في المسؤولية الجزائية، فالجزاء شخصي مالي، قد يصيب المتعدي في شخصه و جسده و حريته، بالحبس أو السجن حسب نوع الجرم المرتكب، كما قد يمس في ذمته المالية بالتعويض و الغرامة، كما قد يقع عليهما معا. ذلك أن الهدف من توقيع الجزاء هو عقاب الفاعل على إتيانه للفعل المجرم، و ردع الغير لعدم الوقوع في نفس المخالفة للقواعد الآمرة للتقنين الجزائي، ثم الاقتصاص للمجتمع من مرتكبي الأفعال المجرمة، لأنه و كما سبق بيانه أن الضرر فيها يقع على المجتمع برمته.

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 7 و ما بعدها.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام الجزء الأول، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 2009، ص 843 و ما بعدها.

4- من حيث أطرافها:

أطراف المسؤولية المدنية هما كل من المتضرر و المسؤول المخل بالالتزام القانوني أو العقدي، و لا يمتد أثرها إلى الغير إلا في حالات معينة¹.
 في حين أن أطراف المسؤولية الجزائية هم كل من الضحية، المتهم و النيابة العامة ممثلة للحق العام - المجتمع - .

ثالثا: نتائج الاختلاف بين المسؤوليةيتين المدنية و الجزائية:

يقودنا الاختلاف بين المسؤوليةيتين المدنية و الجزائية من خلال الجوانب الموضحة أعلاه إلى الاختلاف الحتمي في أحكامهما. و على هذا الأساس، سنتناول أهم هذه الفروقات كما يلي:

1- قيام المسؤولية الجزائية دون المدنية حالة عدم تحقق الضرر:

و مثاله جريمة حمل السلاح بدون ترخيص، فالشق الجزائي للفعل ثابت لأنه مجرم في حين أن الشق المدني غير محقق لأنه يقوم أساسا على تعرض الغير للضرر، الأمر المفقود في مثل هذه الحالة؛ في حين تقوم المسؤولية المدنية بحسب طبيعتها دون قيام المسؤولية الجزائية². و منه يمكن القول بأن الخطأ جزائي، في الغالب، يرتب المسؤولية المدنية و العكس ليس صحيحا.

2- الاختصاص:

امتداد اختصاص المحاكم الجزائية إلى النظر في الدعاوى المدنية المرتبطة بالدعوى الجزائية³، و هو ما يصطلح عليه المشرع بالدعوى التبعية، بينما يقتصر دور المحاكم المدنية على نظر الدعاوى المدنية البحتة فقط.

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المجلد الأول، المسؤولية المدنية الشخصية و في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2007، ص 6.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 11 و ما بعدها.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، م 2، ص 845.

3- التقادم:

تتقادم الدعاوى المدنية، عموماً، بمضي 15 سنة طبقاً للمادة 133 ق.م.ج، بينما تتقادم الدعوى الجزائية بحسب طبيعة الجرم (درجته من حيث التجريم)؛ فتتقادم الدعوى الجنائية بمضي 10 سنوات، الجنحة بمضي ثلاث سنوات و المخالفة بمضي سنتين من تاريخ ارتكاب الجرم أو من تاريخ اتخاذ آخر إجراء للتحقيق أو المتابعة، و ذلك طبقاً للمواد 7،8 و 9 على التوالي من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري .

4 - الإثبات:

تخضع الدعوى المدنية لمبدأ شرعية الإثبات، فالقاضي لا يحكم إلا بناء على الدليل فيكون له الحق في طلب تكملته بمختلف الوسائل المقررة للإثبات، كما قد يتقيد بوسيلة واحدة بحسب طبيعة الموضوع، كإثبات الملكية في العقار الذي لا يكون إلا بموجب العقود المشهورة. في حين تخضع الدعوى الجزائية للاقتناع الشخصي للقاضي¹، الذي له سلطة واسعة في التقدير في القضايا الجنائية، و المحدودة نوعاً ما في غيرها من جنح و مخالفات، لكن ليست بدرجة التقيد في المسائل المدنية.

5 - قاعدة الجزائي يوقف المدني:

كأصل عام، النظر في الدعوى الجزائية يوقف النظر في الدعوى المدنية المرتبطة بها و المطروحة أمام الجهة المدنية أياً كانت²، ذلك أن للحكم بالبراءة أو الإدانة الأثر المباشر في الحكم المدني. و أوضح مثال على ذلك، رفع دعوى تطليق أو طلاق على أساس ارتكاب جريمة الزنا، هذه الدعوى التي يتوقف النظر فيها إلى غاية الفصل في الدعوى الجزائية المتعلقة بنفس الفعل إما بالإدانة أو البراءة.

6-التنازل:

الأصل العام، هو جواز التنازل عن الدعوى المدنية نظراً لطبيعتها و أطرافها كونها

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 10.

² - المرجع نفسه، ص 14. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 11.

تتعلق بالأفراد و تدور حول جبر الضرر؛ في حين لا يجوز التنازل عن الدعوى الجزائية لارتباطها بالمجتمع و كونها تهدف إلى الردع بالدرجة الأولى. غير أن الواقع العملي و كذا نصوص القانون العقابي يضعان استثناءات لهذا الأصل العام، و مثاله نص المادة 442 من قانون العقوبات، التي تنص على أن الصفح يؤدي إلى انقضاء الدعوى في جريمة الضرب و الجروح غير العمدية، و هو المعمول به في جرائم السب و الشتم و الزنا.

7- قوة الشيء المقضي فيه:

يتقيد القاضي المدني عموماً بما جاء في الحكم الجزائي من حيث البراءة أو الإدانة. غير أن هذا لا يعني أن لا يجتهد في إعطاء تكييف مدني للفعل المستحق للتعويض¹، ذلك أن المتهم قد يحصل على البراءة بالنسبة لفعل الجروح الخطأ في حادث مرور، غير أن القاضي المدني يمنح التعويضات للمتضررين على أساس المادة 08 من لأمر 15/74 المعدل و المتمم بالقانون 31/88 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن حوادث المرور.

رابعاً: أنواع المسؤولية المدنية:

عند تعريفنا للمسؤولية المدنية، أوضحنا أنها محاسبة الشخص على إخلاله بالتزاماته المدنية، هذه الأخيرة التي قد يتغير مبنائها من حالة إلى أخرى، فقد يكون أساسها الاتفاق بين طرفين أو أكثر، و هو العقد أين نكون بصدد إخلال بالتزامي تعاقدية و بالتالي قيام بالمسؤولية العقدية. كما قد يكون أساسها التزام قانوني مفترض ألا و هي المسؤولية التقصيرية. و ما يهمنا هو المسؤولية الأولى التي سيأتي بيان أحكامها.

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص، 12.

الفرع الثاني:

مفهوم المسؤولية العقدية:

للمسؤولية العقدية أنواع ، كما لها أركان لا بد من توافرها لترتب آثارها، و منه سنتناولها من حيث تعريفها، أنواعها و أركانها فيما يلي:

أولاً: تعريف المسؤولية العقدية:

مما سبق، يمكن تعريف المسؤولية العقدية على أنها الجزاء المترتب على الإخلال بالتزام إرادي، و بالتحديد هي المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزام عقدي، تتغير آثارها بحسب الالتزامات المنصوص عليها في العقد (القيام بعمل، الامتناع عن عمل، إعطاء شيء) و هي مرتبطة بآثار العقد، ذلك أنه إن كانت المسؤولية التقصيرية سببا مباشرا في الالتزام فالمسؤولية العقدية هي أثر من آثاره.

ثانياً: أركان المسؤولية العقدية:

يتضح من خلال تعريف المسؤولية العقدية، أن مجالها محصور في العلاقات الناشئة عن العقد و شروطها تدور حوله، أي أن يكون العقد موضوع العلاقة صحيحا، أن ينصب الإخلال على الالتزام العقدي و أن يكون المضرور أحد أطرافه؛ و فيما يلي شرحها:

1-أن يكون العقد صحيحا:

أي أن يكون العقد قائما بأركانه و شروط صحته، بقاؤه و حدوث الإخلال به يقع أثناء سريانه. فلا تقوم المسؤولية العقدية أثناء مرحلة المفاوضات، كما لا تقوم على العقد الباطل أو القابل للإبطال الذي تقرر إبطاله¹. كما لا تقوم المسؤولية حاله انعدام العقد كخدمات المجاملة و الإحسان.

2-أن يكون الإخلال واقع على التزام عقدي :

أي أن ينشأ الضرر مباشرة عن عدم تنفيذ الالتزام المقرر في العقد أساسا من طرف

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 25.

المتعاقدين¹. و يشير في هذا الصدد إلى أن المادة 107 ق.م.ج تعدت في تنفيذ العقد إلى ما هو من مستلزماته قانونا أو عرفا أو عدالة، بحسب طبيعة الالتزام. فالبيع لا يتوقف عند تسليم المبيع، بل يتعداه إلى ضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية.

3- أن يكون المتضرر أحد أطراف العقد:

أي أن ينحصر الضرر في أحد أطراف العقد لما يقتضيه مبدأ نسبية آثار العقد². و قد تنتقل آثاره استثناء إلى الخلف العام أو الخاص، كحالة الاشتراط لمصلحة الغير و حالة المستفيد مباشرة من الدعوى.

ثانيا: أنواع المسؤولية العقدية:

ترتبط المسؤولية العقدية بنوعين من الالتزام، كما أنها ثلاثة أنواع، بيانها كآتي:

1- بحسب طبيعة الالتزام:

يقوم الالتزام العقدي على نوعين: الالتزام بتحقيق نتيجة، و الالتزام ببذل عناية. أما الالتزام بتحقيق نتيجة، فمفاده تحقيق الغرض من التعاقد في ذاته، و الغاية منه هي تنفيذ محل الالتزام³، أين يتمثل الإخلال به في عدم تحقق النتيجة المرجوة من التعاقد، "ذلك أن الالتزام في هذه الحالة لا يتمثل في نشاط أو جهد أو وسائل، و لكن في نتيجة هذه النشاطات و الوسائل و الجهود في حد ذاتها"⁴. أما الالتزام ببذل عناية، فمفاده "بذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق أم لم يتحقق"⁵.

فالالتزام ليس بتحقيق نتيجة العمل، و لكن بذل ما يمكن بذله لتنفيذ العقد. و معيار هذه العناية غالبا هو معيار الرجل العادي؛ غير أن صفة القائم بالعمل قد تلعب دورا كبيرا في

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 17.

² - المرجع نفسه، ص 17. و علي فيلالي، المرجع السابق، ص 26.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2، ص 736. و أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - فليب لوتورنو، المسؤولية المدنية المهنية، ترجمة العيد سعادنة، ITCIS édition ، الجزائر 2010، ص 32.

⁵ - المرجع نفسه، ص 37.

تحديد هذا المعيار، إذ قد يلزم المدين بالالتزام ببذل عناية الرجل الحريص، مما يؤثر بالتبعية على درجة مسؤوليته العقدية.

2- بحسب المتسبب في الضرر:

المسؤولية بحسب المتسبب في الضرر ثلاثة أنواع:

أ- تترتب المسؤولية العقدية إما عن الفعل الشخصي للمتعاقد، بأن يخل المدين بالالتزام بتنفيذ التزامه مهما كان نوعه، سواء كان ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، و بالتالي يكون مسؤولاً عن خطئه الشخصي و يتحمل توابعه.

ب- كما تترتب المسؤولية العقدية للمتعاقد عن فعل الغير، و ذلك حالة استخدام المدين لشخص آخر في تنفيذ التزامه¹. و منه، و باعتبار عدم وجود علاقة عقدية مباشرة بين المضرور و الغير المتعاقد مع المدين بمناسبة تنفيذ العقد الأصلي المبرم بين المضرور و المدين بالالتزام، تقوم مسؤولية هذا الأخير عن أخطاء من يستخدمهم في تنفيذ التزامه*.

ج- و تقوم كذلك مسؤولية المدين بالالتزام العقدي عن الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد كأن يستعمل المدين مواداً غير سليمة في تنفيذ التزامه، مما يؤدي إلى زوال ذلك العمل و بالتالي تضرر الدائن بالالتزام. كما تقوم المسؤولية بمناسبة الالتزام العقدي بضمان العيوب الخفية، كأن يستلم المشتري آلة من البائع، فتتفجر في يده مسببة له أضراراً². أما عن ثالث صورة من صور المسؤولية العقدية عن فعل الشيء، فهو التدخل الإيجابي للشيء الموضوع في حراسة المدين في إحداث ضرر للدائن، كأن تتسبب الرافعة المستعملة في ورشات البناء في الضرر للمستفيد من البناء.

و منه، تقوم مسؤولية المدين في الالتزام العقدي بمناسبة فعله الشخصي، و فعل من كان المسؤول عنهم و فعل الأشياء.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2، ص 746.

* - وهو من قبيل مسؤولية المتبوع عن تابعيه في المسؤولية التقصيرية.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2، ص 582.

و بذلك نكون قد أصلنا في عجالة المسؤولية العقدية بوجه عام، و منه ننتقل إلي بيان ماهية الترقية العقارية.

المطلب الثاني:

ماهية الترقية العقارية:

في ظل تزايد الطلب على السكن، وجدت الدولة نفسها عاجزة عن تلبيته، لذلك لجأت إلى اعتماد آلية جديدة لتغطية حاجات المواطنين، و هي الترقية العقارية، و في ما يلي بيان مفهومها، و تحديد مراحل تبلورها كنظام قانوني مستقل.

الفرع الأول:

مفهوم الترقية العقارية:

سنتناول مفهوم الترقية العقارية من خلال بيان التعاريف الواردة بشأنها في القوانين المتعاقبة المنظمة لنشاطها، ثم من حيث تحديد طبيعتها القانونية فيما يلي:

1- تعريف الترقية العقارية:

عرفت الترقية العقارية في عديد القوانين المنظمة لنشاطها، بداية بالقانون 86-07 المتعلق بالنشاط العقاري¹، فالمرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري² ثم في

¹ - القانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، المؤرخ في 04 مارس 1986، منشور في الجريدة الرسمية عدد 10 الصادرة بتاريخ، 05 مارس 1986.

² - المرسوم التشريعي 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري، المؤرخ في 01 مارس 1993، منشور في الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 03-03-1993.

القانون 04-11 المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية¹، و منه سنتناول هذه التعاريف تباعا.

تعريف الترقية العقارية على ضوء المادة 02 من القانون 07-86:

عرف المشرع الجزائري الترقية العقارية في القانون 07-86 على النحو التالي:

« تستهدف الترقية العقارية تطوير الأملاك العقارية الوطنية .

و تتمثل الترقية العقارية التي تكيف حسب الحاجات الاجتماعية في مجال السكن في بناء عمارات أو مجموعات تستعمل للسكن أساسا، تشمل بصفة ثانوية على محلات ذات طابع مهني و تجاري، تقام على أرض خاصة أو مقتناة عارية أو مهيأة أو واقعة ضمن الأنسجة الحضرية الموجودة في إطار إعادة الهيكلة و التجديد.

و يمكن أن تخصص العمارات أو مجموعات العمارات المبنية في هذا الإطار لسد الحاجات العائلية الذاتية، أو للبيع، أو للإيجار، و ذلك في إطار القوانين و التنظيمات المعمول بها و أحكام هذا القانون».

هذا التعريف الذي جاء متناسبا آن ذاك و التوجهات الاشتراكية لنظام الحكم، غير أنه كان محلا للعديد من الانتقادات، كونه اتصف بالنزعة الاجتماعية، هادفا إلى حل مشكلة الإسكان مهمل الجانب الربحي و الاقتصادي لنشاط الترقية العقارية، رغم نصه المقتضب على عمليات البيع و الإيجار التي لم تتبع بنصوص تنظيمية محددة لكيفيات تطبيقها عمليا.

إضافة إلى قصر نشاطها على المتعاملين العموميين مستبعدا الخواص، الأمر الذي انعكس سلبا على الإنتاج العقاري بسبب عجز الميزانية عن تمويل المشاريع المطروحة آن ذاك.

¹ - القانون 04-11، المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، المؤرخ في 17 فيفري 2011، منشور في الجريدة الرسمية، عدد 14 لسنة 2011، الصادرة في 06 مارس 2011.

1-1-تعريف الترقية العقارية على ضوء المادة 02 من المرسوم التشريعي 93-03:

تنص المادة 2 من المرسوم التشريعي 93-03 على أن: « يشمل النشاط العقاري على مجموعة الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة.

يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعينة محالا ذات الاستعمال السكني أو محالا مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري».

يظهر من خلال هذا التعريف التغيير المنتهج في سياسة الدولة، بتحولها من الاشتراكية إلى اقتصاد السوق، و منه توسيع عمليات النشاط العقاري- بحسب المشرع- لتشمل العمليات التجارية و الحرفية و الصناعية.

غير أن الملاحظ هو خلط المشرع بين مفهومين متباينين من حيث الشمولية، كون النشاط العقاري أوسع نطاقا من حيث موضوعه و أبعاده من الترقية العقارية، هذه الأخيرة التي لا تشمل العمليات القانونية الواردة على العقار¹، كما لم يتضمن هذا التعريف أهم ما يعنى به نشاط الترقية العقارية بأخذ المبادرة في إنجازه الذي يعد من أهم ميزاته. إضافة إلى شمولية عبارة " مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد..."، التي يفهم منها دخول المهندسين و العمال في دائرة المتعاملين العقاريين²، و هو المفهوم الذي لا يستوي و طبيعة دور و عمل كل واحد منهم.

إضافة إلى ما ذكرناه سابقا عند التقديم لهذه الدراسة من حيث توسيع نطاق تطبيق القواعد العامة الواردة في القانون المدني بصور هذا المرسوم، رغم كونه نصا خاصا يفترض فيه تقييد القواعد العامة، و كذا غموض المسؤوليات المتعلقة بهذا النشاط، الأمر الذي جعل هذا النص عاجز عن احتواء نشاط الترقية العقارية من حيث تنظيمه و تحديد التزامات و مسؤوليات أطرافه.

¹ - بوسنة إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية (دراسة تحليلية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 21.

² - المرجع نفسه، ص 20.

1-2- تعريف الترقية العقارية على ضوء المادة 03 في القانون 04-11:

نتاجا لما تم توجيهه من انتقادات للنصين السابقين، من حيث حصر مجال الترقية العقارية في الأول، و خلط مفهومها بالنشاط العقاري في الثاني، و في الوقت التي بات فيه المرسوم التشريعي 93-03 عاجزا عن استيعاب النشاط الموسع للترقية العقارية، صدر القانون 04-11 ، الذي عرف المشرع من خلاله الترقية العقارية في الفقرة العاشرة من المادة الثالثة منه على أنها: "مجموعة عمليات تعبئة المواد العقارية و المالية و كذا إدارة المشاريع العقارية".

من خلال هذا التعريف، نلاحظ تدارك المشرع الجزائري لما كان منه من خلط و قصور في التعريفين السابقين، بأن أعطى مجالا أوسع للترقية العقارية، بأن وسع نشاطها ليشمل مواضع المشاريع العقارية، التي عرفها في الفقرة 09 المادة 03 منه كما يلي: "المشروع العقاري: مجموع النشاطات المتعلقة بالبناء و التهيئة و الإصلاح و الترميم و التجديد و إعادة التأهيل و إعادة الهيكلة و تدعيم البنايات المخصصة للبيع و/أو الإيجار، بما فيها تهيئة الأرضيات المخصصة لاستقبال البنايات".

أي أن الترقية العقارية، هي مجموعة العمليات المالية و القانونية و الإدارية المتخذة لتنفيذ المشاريع العقارية. أو هي بمعنى آخر، بعد إسقاط تعريف المرقى العقاري عليها عملية الأخذ بزمam المبادرة و اتخاذ العناية الرئيسية لإنجاز المشاريع العقارية بمفهوم الفقرة 9 من المادة الثالثة للقانون 04-11.

و بذلك، يكون المشرع قد خرج من دائرة الحصر و الخلط إلى دائرة الشمولية في التعريف، و توسيع آفاق نشاط الترقية العقارية.

ثانيا: الطبيعة القانونية للترقية العقارية:

يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للترقية العقارية، فيما إن كانت ذات طابع مدني أو ذات طابع تجاري.

1- الطابع المدني للترقية العقارية:

نص القانون 86-07 على الطابع المدني لنشاط الترقية العقارية بأن منعت ممارسته على الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص¹، الموصوفين بأنهم تجار شكلا، كما نصت المادة 14 من نفس القانون صراحة على خضوع الأشخاص المعنوية القائمة بنشاط الترقية العقارية إلى أحكام الشركة المنظمة بموجب المادة 416 و ما يليها من القانون المدني.

هذا التوجه الذي يرجع إلى السياسة المنتهجة آنذاك، الهادفة إلى تغطية حاجة اجتماعية للمواطنين، غير ساعية إلى تحقيق الربح من وراء نشاط الترقية العقارية.

كما أن الطابع المدني بقي سائدا بموجب أحكام المرسوم التشريعي 93-03، بالنسبة للمتدخلين في عمليات الترقية العقارية من غير المتعاملين العقاريين²، و حتى للمتعاملين أنفسهم في العمليات التي تخص احتياجاتهم الخاصة، وهو ما نصت عليه المادة 03 من ذات المرسوم بأن جاء فيها: "يعد المتعاملون في الترقية العقارية تجارا، باستثناء الذين يقومون بعمليات في الترقية العقارية لتلبية حاجاتهم الخاصة أو حاجات المشاركين معهم".

أما رجوعا إلى المادة 14 من القانون 11-04، نجد أنها ترجع في جزء منها إلى الصياغة القديمة في تعريفها لنشاط الترقية العقارية، بأن "يشمل نشاط الترقية العقارية مجموعة العمليات التي تساهم في إنجاز المشاريع العقارية المخصصة للبيع و/أو الإيجار أو لتلبية الحاجات الخاصة.

يمكن أن تكون هذه المشاريع العقارية محلات ذات استعمال سكني أو مهني و عرضيا يمكن أن تكون ذات استعمال حرفي أو تجاري".

¹ - راجع في ذلك المادة 13 من القانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية.

² - عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق، باتنة، الجزائر، 2009-2010، ص 16.

و بذلك، يكون المشرع الجزائري قد وسع نشاط الترقية العقارية من حيث طبيعة النشاط، بأن جعلها شاملة لمجموع عمليات المشروع العقاري و خصص هدفها نوعا ما، بأن أعطى الاهتمام للجانب السكني و المهني، مع عرضية الاستعمال التجاري و الحرفي، إلا أن هذا لا يمنع من كون أغلب المشاريع العقارية مزودة بمحلات تجارية و حرفية.

2- الطابع التجاري للترقية العقارية:

بصدور المرسوم التشريعي 93-03، المتأثر بانتهاج سياسة اقتصاد السوق المجسدة في دستور 1989، أضفى المشرع الجزائري الطابع التجاري على نشاط الترقية العقارية و ذلك في المادة الثالثة منه المشار إليها أعلاه، فيعد بذلك كل متعامل في الترقية العقارية تاجرا بمناسبة أداء نشاطه خارج احتياجاته الخاصة.

غير أن صياغة القانون 93-03، و تحديدا المادة 02 منه تجعل من كل متدخل في هذا النشاط متعاملا، سواء أكان مهندسا، مقاولا أو عاملا، في حين أن طابع النشاط الهندسي مدني. وهو المأخذ الذي أخذ على المشرع آنذاك في تعريفه للنشاط العقاري أو الترقية العقارية بحسبه¹.

أما الآن، و في ظل أحكام القانون 11-04، فلا يزال الطابع التجاري لنشاط الترقية العقارية قائما، و لو لم يرد بشكل مباشر كما كان عليه الحال في المرسوم 93-03، ذلك أن المادة 19 من القانون 11-04، تنص على أن يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة، بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 03 و 18 من نفس القانون.

و منه، يعد المرقى العقاري تاجرا في معاملاته، خاضعا للقيد في السجل التجاري و إذا كان في شكل شركة، كان خاضعا لإجراءات الإفلاس و التسوية القضائية.

¹ - بوسنة إيمان، المرجع السابق، ص 20.

غير أنه بالتدقيق في التعاريف الواردة في المادة 03 من هذا القانون، نجد أن المشرع نص صراحة على الصفة التجارية للمقاول كون نشاطه مصنف على أنه عمل تجاري بحسب الموضوع طبقا للفقرة الخامسة من المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري، التي تنص على أن كل مقاول للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض تعد عملا تجاريا بحسب موضوعها.

و لذلك يثور التساؤل حول عدم الوضوح في تحديد الصفة التجارية للمرقي العقاري ذلك أن طبيعة نشاطه، كما سنرى لاحقا، ليس المقولة؛ غير أن الواقع العملي و تفسير المادة 19 أعلاه، تضيفي الصفة التجارية على المرقي العقاري، و بالتالي نشاط الترقية العقارية.

أضف إلى ذلك اختصاص القاضي العقاري بالنظر في النزاعات المتعلقة بالترقية العقارية¹، مما يوحي بالطابع المدني لنشاطها. و عليه يجب تحديد صفة المرقي العقاري و طبيعة نشاط الترقية العقارية بوضوح لتفادي اللبس في حالة وقوع النزاع.

الفرع الثاني:

موضوع نشاط الترقية العقارية:

سبق و أن بينا في تعريف الترقية العقارية، أنها تتناول جميع العمليات المالية و القانونية و الإدارية التي تساهم في تنفيذ المشروع العقاري، المخصص للبيع و/أو الإيجار أو لتلبية الحاجات الخاصة².

و قد بينت المادة 15 من القانون 04-11 أن مجال نشاط الترقية العقارية يشمل إلى جانب ما ذكر في المادة 14 ما يلي:

¹ - و ذلك طبقا لمادة 512 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

² - المادة 14 من القانون 04-11 المحدد للقواعد المنظمة للترقية العقارية.

-
- إنجاز البرامج السكنية و المكاتب و التجهيزات الجماعية و المرافق الضرورية لتسيير هذه المجمعات.
 - اقتناء و تهيئة الأرضيات من أجل بنائها.
 - تجديد و إعادة تأهيل أو إعادة هيكلة و ترميم أو تدعيم البنايات.
- و منه يمكن القول، بأن نشاط الترقية العقارية ينقسم إلى شقين، إنجاز المشاريع العقارية بمختلف عناصرها و مشتملاتها المذكورة في المادة 03 من هذا القانون، ثم بيعها أو تأجيرها، كما قد تكون موجهة لتلبية الحاجات الخاصة.
- أما عن موضوع الدراسة، كما بيناه في المقدمة، فيقتصر على عمليات البناء و البيع. و منه، لن ندخل في تفاصيل العمليات الأخرى المعتبرة من قبيل نشاط الترقية العقارية.

ملخص المبحث التمهيدي:

تناولنا من خلال هذا المبحث التمهيدي مجموعة من التعاريف المتعلقة بموضوع الدراسة. فتناولنا ماهية المسؤولية العقدية من خلال تأصيلها بداية باعتبارها نوعا من أنواع المسؤولية المدنية، التي عرفناها و بينا الفرق بينها و بين المسؤولية الجزائية. لننتقل إلى مفهوم المسؤولية العقدية، أين عرفناها و بينا أنواعها و أركانها. ثم تناولنا ماهية الترقية العقارية من خلال تعريفها على ضوء عديد القوانين المنظمة لها، تحديد طبيعتها القانونية و بيان موضوع نشاطها في ضوء القانون 11-04.

الفصل الأول:

أساس المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية أثناء فترة الإنجاز

تتميز العلاقة التعاقدية في مجال الترقية العقارية أثناء فترة الإنجاز بالازدواجية، بحيث تتعلق الأولى بعلاقة المتدخلين في تنفيذ المشروع العقاري فيما بينهم، في حين تتعلق الثانية بالمقتنين للمنتوج المعماري، يتوسط كلا العلاقتين المرقى العقاري.

و نظرا لتعقيدات هذه المرحلة من حيث تعدد المتدخلين و الأعمال، و بالتبعية تعدد الالتزامات التعاقدية التي قد تتأثر إحداها بالأخرى، و بما أن عملية التنفيذ كما التسويق في مشاريع البناء محكومة بعقود واجبة التنفيذ بكل بنودها و مقتضياتها، عد أي إخلال بأحكامها سببا لقيام المسؤولية العقدية؛ لذلك كان لا بد من تحديد مجال المسؤولية العقدية لكل طرف بحسب العقد المرتب لالتزاماته و دوره في مرحلة التنفيذ، و مراقبة مدى توافر شروط قيامها لترتيب نتائجها.

على هذا الأساس سنتناول بالدراسة في هذا الفصل، أساس قيام المسؤولية العقدية في مرحلة إنجاز المشاريع العقارية من حيث العقد المبرم بين مختلف مهندسي هذه المرحلة كأساس (المبحث الأول) و شروط قيامها (المبحث الثاني)، ثم من حيث نظامها القانوني (المبحث الثالث).

المبحث الأول:

العقد كأساس لقيام المسؤولية العقدية

يؤدي الإخلال بالالتزامات القانونية إلى إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية، في حين يؤدي الإخلال بالالتزامات التعاقدية إلى قيام المسؤولية العقدية، و منه لزم وجود عقد صحيح لترتيب آثار هذه المسؤولية.

و بحكم أن العلاقة التعاقدية في هذه المرحلة محكومة بنوعين من العقود، الأول المتعلق بالتنفيذ و الثاني المتعلق بالتسويق، وجب تحديد مجال كل منهما مع بيان أطرافه و خصائصه، مع تفادي الحديث عن الأركان و الشروط العامة للعقد من رضا سليم خال من عيوب الإرادة، و محل مشروع و موجود أو قابل للوجود مستقبلا و سبب مشروع و بالتالي نحيل فيها على القواعد العامة للتعاقد. أما في هذا المقام، فسنتناول عقد المقولة (المطلب الأول) و عقد البيع (المطلب الثاني) في مجال الترقية العقارية.

المطلب الأول:

عقد المقاولـة:

سار العرف في مجال البناء على اعتماد عقد المقاولـة كأساس لقيام العلاقة التعاقدية بين أرباب العمل و المقاولين، المستمد لقواعده من القانون المدني، ذلك أن المشرع لم يتدخل لتنظيم هذا العقد وفقا لقواعد خاصة تقاس و خصوصية النشاط الذي ينظمه. و بالرجوع إلى القوانين السابقة المنظمة لنشاط الترقية، نجدها أشارت إلى عقد إجارة العمل كعقد منظم للعلاقة بين المكنتب آنذاك¹ -المركي العقاري حاليا- و المقاول لكن دونما تنظيم خاص لأحكامه، ثم جاء المرسوم التشريعي 93-03، أين سكت المشرع عن تحديد طبيعة العقد المبرم بين المتعامل في الترقية العقارية و المتدخلين معه في مرحلة

¹ - المادة 41 من القانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية.

الإنجاز، ليصدر القانون 04-11 الذي ألغى سابقه ليحدد صراحة عقد المقاولة كأساس للرابطة العقدية بين المرقى العقاري و مقاول البناء¹، و أحالنا على التنظيم لبيان أحكام هذا العقد، غير أنه لم يصدر بعد إلى يومنا هذا، مما يبقى على أحكام عقد المقاولة المنصوص عليها في القانون المدني في المواد من 549 إلى 563 منه هي الواجبة التطبيق.

و عليه، سنتناول عقد المقاولة من حيث تعريفه و بيان أطرافه (الفرع الأول)، لننتقل إلى بيان خصائصه و تمييزه عن العقود المشابهة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تعريف عقد المقاول و تحديد أطرافه:

نص المشرع الجزائري على عقد المقاولة في المادة 16 من القانون 04-11 بقوله:

" كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو للإيجار، ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع العقاري؛ و تؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاولة يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

لم تحدد هذه المادة تعريفا لعقد المقاولة، غير أنها حددت أطرافه بكل من المرقى العقاري و المقاول؛ الأمر الذي يضطرنا إلى اللجوء إلى القواعد العامة و التعاريف الواردة في القوانين المقارنة و كذا التعاريف الفقهيّة لمعرفة هذا العقد.

أولاً: تعريف عقد المقاولة:

¹ - المادة 16 من القانون 04-11 المشار إليه سابقاً.

1- التعريف التشريعي لعقد المقاوله:

أما عن المشرع الفرنسي، فقد وقع في خلط بمناسبة تحديد طبيعة العقد المنظم لعمليات التشييد، بأن اصطلح عليه عقد إجارة العمل *contrat de louage d'ouvrage* متأثراً في ذلك بالقانون الروماني، و قد نص على هذه الرابطة العقدية في المادة 1779/3 من القانون المدني الفرنسي في الفصل الثالث من الباب الثامن الخاص بعقد الإيجار من الكتاب الثالث الخاص بالوسائل المختلفة لاكتساب الملكية تحت عنوان "إيجار العمل و الصفة"²؛ غير أن الفقه في فرنسا و رجال القانون، يطلقون على عقد إجارة العمل تسمية عقد المقاولة، الذي

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

يمثل التزام طرف يدعى المقاول بأن ينفذ لصالح طرف آخر هو رب العمل عمل بناء عقاري لقاء أجر متفق عليه¹.

2-التعريف الفقهي لعقد المقاولة:

عرفه الفقيه عبد الرزاق حسين ياسين على أنه "عقد يتعهد طرف فيه بصنع شيء أو أداء عمل لحساب الطرف الآخر مستقلا عن إدارته و إشرافه"².

كما يعرفه كل من الأساتذة مازو (هنري، ليون، جون) و جيلار على أنه: "العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص يقال له المقاول أو مؤجر العمل في مواجهة شخص آخر يقال له رب العمل أو العميل، بأن ينفذ له عملا مقابل أجر، مستقلا عنه و دون أن تكون له صفة تمثيلية"³.

ثانيا: أطراف عقد المقاولة:

المرجعية الأساسية في هذه الدراسة هو القانون 04-11، إلا ما سكت عن تنظيمه أو أحال فيه على القواعد العامة، و عليه و رجوعا إلى المادة 16 من القانون 04-11 فطرفا عقد المقاولة هما كل من المرقى العقاري -بوصفه رب العمل- و المقاول منفذ المشروع العقاري، مع سكوت القانون عن تنظيم علاقة المرقى العقاري بالمهندس المعماري الذي لم يرد ذكره. و لكن باستطلاع نصوص القانون 04-11، و تحديدا في المواد 46 و 49 منه و كذا المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85 المتضمن لدفتر الشروط

¹- Christophe Ponce, Droits de l'assurance Construction, 1^{ère} édition, Gualino éditeur, Lextenso éditeur, Paris, 2008, p 29.

²- عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء ، شروطها، نطاق تطبيقها و الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المعارف، الإسكندرية - مصر 1985، ص 87. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، ط2، 2004، ص 15.

³- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 84.

النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقي العقاري¹، نجد أن المشرع عمد إلى إيراد اصطلاح "مكاتب الدراسات" دونما بيان لطبيعة نشاطها، إن كانت هندسية أو تقنية و دونما إشارة لطبيعة العقد المبرم معها، رغم أن المادتين 563 و 564 ق.م.ج تناولتا أجر المهندس المعماري على اعتبار أن عقد المقاوله هو مناط الرابطة العقدية بينه و بين رب العمل.

و بما أن نشاط المهندس المعماري و كذا مكاتب الدراسات الهندسية يمتد على مدار الأشغال، كان لا بد من بيان طبيعة علاقة كل منهما بالمرقي العقاري، و طبيعة العقد المنظم لها و لو لم ينظمه القانون 04-11، لأنه كما سنرى لاحقا، أن دور مكاتب الدراسات محوري في مجال الترقية العقارية. و في ما يلي بيان أطراف عقد المقاوله.

1-المرقي العقاري:

تعد مهنة المرقي العقاري من أحدث المهن في ميدان الإنشاءات، أول تنظيم لها في الجزائر كان بموجب القانون 07-86 المتعلق بالترقية العقارية، أين اصطلح على القائم بها بالمكاتب؛ ثم بالمرسوم التشريعي 03-93 أين أطلق عليه تسمية المتعامل في الترقية العقارية، ليستقر المشرع في القانون 04-11 على تسمية المرقي العقاري.

ظهر هذا المتدخل في عملية البناء في فرنسا، ذلك أن مخلفات الحرب العالمية الثانية أوجبت عملية إعادة إعمار ما دمرته هذه الحرب، و بالتالي تدخل العديد من الجهات لإعادة تعمير المدن المدمرة آنذاك². و رغم ما يلعبه هذا المتدخل في الإنتاج المعماري إلا أن نشاطه لم يلق تنظيمًا تشريعيًا في فرنسا إلا في قانون 1968، و تبلور دوره من خلال قانون 1978³، و فيما يلي تعريفه:

¹ - المرسوم التنفيذي 85-12، المؤرخ في 20 فيفري 2012، يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، منشور في الجريدة رسمية عدد 11، الصادرة في 2012/07/26.

² - Malinvaud Philippe, Jestaz Philippe, Patrice Jourdain, Olivier Tournafon, Droit de la promotion immobilière, Dalloz, 8^e édition, Paris 2009, p11 .

³ - Ibid, p 19.

1-1- التعريف التشريعي للمرقي العقاري:

تصدى المشرع الجزائري، على غير العادة، إلى سن العديد من التعاريف للمصطلحات الواردة في القانون 04-11، فعرف المرقي العقاري في الفقرة 14 من المادة 03 منه بقوله: "يعد مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تحديد، أو إعادة تجديد، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة و تأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها". أي أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري.

كما نصت المادة 17 منه على تولي المرقي العقاري مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات و الأبحاث و تعبئة التمويل و كذا تنفيذ أشغال إنجاز المشروع العقاري.

1-2- التعريف الفقهي للمرقي العقاري:

يعرف المرقي الباني Promoteur constructeur على أنه ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي مهنته أو هدفه اتخاذ و بصفة اعتيادية، و في إطار تنظيم مستمر، العناية بإنجاز عقاري، يتحمل مسؤولية التنسيق بين العمليات اللازمة للدراسة و التنفيذ، و وضعها تحت تصرف المستعملين للبرامج المنجزة¹.

كما يعرف على أساس دوره الاقتصادي، بأنه الوكيل الاقتصادي الذي من خلال عمله في التسيير، يؤمن تحويل رأسمال نقدي إلى إنتاج عقاري²، كما عرفه القضاء الفرنسي على أنه شخص طبيعي أو معنوي يلتزم مباشرة أو بواسطة شركة وسيطة، القيام ببناء عقار

¹- Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 5 : « Le promoteur constructeur est défini comme la personne physique ou morale dont la profession l'objet de prendre, de façon habituelle est dans le cadre d'une organisation permanente, l'initiative de réalisation immobilière et d'assumer la responsabilité de la coordination des opérations intervenant pou l'étude, l'exécution et la mise à la disposition des usagers des programmes réalisés ».

² -Ibid. P 6.

أو جزء من عقار للاستعمال السكني كأساس، و الذي يتخذ لأجل ذلك المبادرة و العناية الرئيسية في العملية¹.

1-3- شروط الالتحاق بمهنة المرقى العقاري:

حدد القانون 04-11 شروط الالتحاق بمهنة المرقى العقاري في المواد 19، 20، 21 و 23 منه. تنص هذه المواد، على السماح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بالأعمال التجارية بممارسة مهنة المرقى العقاري، و شروط ممارسة العمل التجاري هي الأهلية (وحتى الترشيح)، القيد في السجل التجاري و مسك الدفاتر التجارية.... إلخ.

يثور الإشكال بشأن سن ممارسة مهنة المرقى العقاري، ذلك أن اعتماد شروط الممارسة التجارية، يجيز حتى للمرشد القيام بإنجاز المشاريع العقارية، إلا أن المادة 06 من المرسوم التنفيذي 12-84 أزالته هذا اللبس، بتحديد سن 25 سنة لممارسة مهنة المرقى العقاري².

كما يتوجب على المرشح لهذه المهنة أن يتمتع بكافة حقوقه المدنية و السياسية، بعيدا عن المتابعات القضائية المنصوص عليها في المادة 20 من القانون 04-11، و كذا التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين بعد الحصول على الاعتماد المطلوب لممارسة هذه المهنة من وزارة السكن طبقا للمادة 23 من نفس القانون.

إضافة إلى شرط الخبرة و الكفاءة المهنية، التي يجب أن تثبت من خلاله مؤهله العلمي. و المقصود بالكفاءة المهنية في المرسوم 12-84، حيازة شهادة عليا في مجال الهندسة المعمارية أو البناء أو القانون أو الاقتصاد أو المالية أو التجارية أو مجال تقني آخر يسمح بالقيام بنشاط المرقى العقاري³.

¹ - تواتي نصيرة، نظام التعامل في الترقية العقارية -المتعامل الخاص- مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون مؤسسات، بن عكنون، الجزائر، ص 13.

² - المادة 6 من المرسوم التنفيذي 12-84 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري و كذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، المؤرخ في 20/02/2012، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 11 الصادرة في 26/02/2012.

³ - راجع في ذلك المادة 06 من نفس المرسوم.

و تضيف المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك الصادر في 06 ديسمبر 2012 المتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري¹، وجوب اكتتاب تصريح شرفي يثبت فيه هذا الأخير إمكانياته في تعبئة الموارد المالية الكافية لإنجاز المشاريع العقارية قبل البدء فيها. و المقصود بالموارد المالية طبقا للمادة 02 من هذا القرار: "الموارد الخاصة للمرقى، القروض و دفعات المقتنين".

1-4- الطبيعة القانونية للالتزام المرقى العقاري:

رأينا بأن الالتزام يكون في صورتين، إما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، و بالرجوع إلى تعريف المرقى العقاري في المادة 03 من القانون 04-11 نجده يقوم بعملية المبادرة لإنجاز المشاريع العقارية، و التنسيق بين مراحل الإنجاز، من دراسات و أبحاث و تعبئة التمويل و كذا تنفيذ أشغال الإنجاز².

و عليه، يتبين أن التزام المرقى للوهلة الأولى، يتمثل في الالتزام ببذل عناية التنسيق بين العمليات المذكورة أعلاه، لأن مدلول مصطلح التنسيق، هو السعي إلى ربط مراحل الإنجاز على الوجه الذي يؤدي إلى إنجاح المشروع العقاري، ببذل الجهد المعقول في ذلك لأن المرقى في هذه الحالة لا يعد منفذا، و لكن يمكن القول بأنه مجرد ممول و وسيط بين المتدخلين في عملية البناء، في حين تعود مهمة تحقيق المشروع العقاري على أرض الواقع إلى المهندسين و المقاولين، مع التزامه بتحقيق نتيجة بشأن توفير الموارد المالية اللازمة لأن أهم مقومات نجاح المشاريع العقارية هو القدرة على التمويل و وفرة رأس المال.

2- مكاتب الدراسات:

جاء المشرع الجزائري في القانون 04-11 باصطلاح جديد لم يعتمد يوما في القانون المدني، و هو مكاتب الدراسات، ذلك أن المشرع اعتاد استعمال مصطلح المهندس

¹ القرار الوزاري المشترك الصادر في 06 ديسمبر 2012 المتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى

العقاري المنشور في الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 2013، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 2013.

² المادة 17 من القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم الترقية العقارية.

المعماري للدلالة على القائم بمهام الهندسة في مجال البناء. هو التوجه الذي لم يأت صدفة، و لكن مرده إلى نية المشرع في توسيع النطاق الشخصي للمسؤولية في مقاولات البناء.

تتمثل مهمة هذه المكاتب في منح المشروع العقاري دراسة و مواصفات تقنية وفقا للمقاييس المعمول بها من حيث القياسات و المواد المستعملة و طرق الإنجاز.

و تتكون مكاتب الدراسات غالبا، من مجموعة من المهندسين والتقنيين على اختلاف شعبهم، مهندس معماري مكلف بالعمل على تجسيد أفكار و رغبات صاحب المشروع و إنجاز مشروع تمهيدي يناقشه مع صاحب المشروع لإجراء التعديلات اللازمة، لالتهاء بالمشروع النهائي الذي يحتوي على مختلف المخططات الهندسية المعمارية¹؛ مهندس مدني مكلف بإجراء الحسابات اللازمة لتحقيق مقاومة و استقرار المنشأ؛ تقني رسام مكلف بإنجاز المخططات الهندسية اعتمادا على معطيات المشروع التمهيدي للمهندس المعماري و نتائج الحسابات المبنية؛ طوبوغرافي يتولى تحديد طبيعة و تضاريس الأرضية التي سيقام عليها المشروع، و تقني ممتز مكلف بإنجاز الكشوف و الكلفة الإجمالية المتوقعة²؛ إضافة إلى لجوء هذه المكاتب إلى الغير من أصحاب الاختصاص لتنفيذ التزاماتها مع المرقى العقاري -رب العمل-، كالاستعانة بمهندسين في الميكانيك، و الكهرباء...الخ، فهو مجال جد واسع. و للإشارة، فإن اصطلاح مكتب الدراسات في الجزائر لا يحكمه التكوين البشري أو التخصصي، بل قد ينفرد مهندس معماري أو مدني بفتح مكتب دراسات، و يترتب عليه الاستعانة بالخبرات الأخرى بموجب عقود منفصلة لتنفيذ الأعمال المعهودة إليه.

عموما، يعد أساس قيام مكتب الدراسات هو المهندس المعماري، الذي اعتمده المشرع في القانون المدني و عاود ذكره في المرسوم 13-431 عند تناوله لنموذج عقد البيع على

¹ - راجع المادة 05 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك، منشور في الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 26/10/1988.

² - الموقع الإلكتروني www.wikipedia.com.

التصاميم في بند الضمان العشري، مما يوجب تعريفه.

2-1- تعريف المهندس المعماري:

بداية، لا بد من الإشارة إلى الخلط الذي كان سائدا في فترة ما بين مهنتي المهندس و الماقل، ذلك أن المهندس المعماري يعني في اللغة اليونانية رئيس العمال أو المستخدمين tecton- arctos¹، و هي التسمية التي كانت تطلق على الماقل آن ذاك نظرا لقيامه بإعداد التصاميم و تنفيذها.

بقي هذا الخلط سائدا حتى منتصف القرن التاسع عشر، أين زال نتيجة الثورة الصناعية و ما أحدثته من تطور عمراني و تقني، اتضحت معه معالم مهنة المهندس الذي أصبح يمارس فنا حرا² يقوم بهمة ذهنية لا تجارية، يضع التصاميم و المقاييسات و يشرف على تنفيذها، في حين بقي الماقل هو المنفذ للتصور الهندسي الذهني، ممارسا لحرفة يدوية³، يعد تاجرا بمناسبة أدائها.

أ- التعريف التشريعي للمهندس المعماري:

خص المشرع الجزائري المهندس المعماري بنظام خاص به منذ الستينيات، بداية بالقانون 15-66 المتعلق بمهنة المهندس المعماري⁴، ليلي المرسوم التشريعي 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري⁵ المعدل و المتمم بالقانون 04-06⁶ المتضمن إلغاء المواد من 50 إلى 55 من المرسوم 94-07، الذي أطلق على المهندس المعماري

¹ - كامل فؤاد، المسؤولية المدنية عن تهم البناء في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 29.

² - Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 65.

³ - محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و القانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1895، ص 12.

⁴ - القانون 15-66 المؤرخ في 13/01/1966 المتعلق بمهنة المهندس المعماري، منشور في لجريدة الرسمية عدد 5 لسنة 1966 الصادرة بتاريخ 18/01/1966،

⁵ - المؤرخ في 18/05/1994، الجريدة الرسمية عدد 32 الصادرة في 25/05/1994.

⁶ - المؤرخ في 14/08/2004، الجريدة الرسمية عدد 51 الصادرة في 18/08/2004.

اصطلاح صاحب العمل Le maître de l'œuvre. عرفه في المادة 09 منه بأنه كل مهندس معماري معتمد يتولى تصور إنجاز بناء و متابعتة، أي أنه لم يعط تعريفا دقيقا و إنما اكتفى بذكر مهامه. كما اشترط أن يكون هذا المهني حائزا على شهادة مهندس معماري معترف بها من الدولة، أن يكون قد أدى فترة تدريبية و مؤديا لليمين القانونية و أن يكون مسجل في جدول المهندسين المعماريين، مع إمكانية أدائه لنشاطه في شكل مهنة حرة، بصفته شريكا أو أجيرا¹.

كذلك الأمر بالنسبة للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988²، الذي اعتبر أن المهندس المعماري يعد استشاريا فنيا يعهد إليه رب العمل، في حدود العقد المبرم بينهما بتصميم الرسوم التمهيدية، تصميم المشاريع الابتدائية، تصميم المشاريع النهائية، متابعة رب العمل في اختياره للمقاولين المنفذين، مراقبة أعمال التنفيذ و تقديم الحسابات لرب العمل كما يمكن أن يعهد إليه بمهام أخرى لضمان حسن سير المشروع³.

و تجدر الإشارة إلى أن مهنة المهندس المعماري تتعارض حسب المادة 22 من المرسوم التشريعي 94-07 مع كل ممارسة مهنية غير انتخابية و مأجورة، كأن يكون مقاولا أو متعاملا في الترقية الصناعية أو ممولا بالمواد، و لم يرد المنع بشأن ممارسة نشاط الترقية العقارية، و منه، و إعمالا لنص المادة 12 من الرسوم التشريعي 12-84، يمكن للمهندس المعماري أن يكون مرقيا عقاريا.

يتميز المهندس المعماري، عموما، عن غيره من المتدخلين في عملية البناء بطبيعة عمله ذو الطابع الذهني، بإبداعه المقنن، إن صح القول نظرا لما يستلزمه من احترام لقواعد فنية و قانونية مضبوطة.

¹ - انظر في ذلك المواد، 16-18-19 من المرسوم التشريعي 94-07 المشار إليه سابقا.

² - راجع المادتين 2 و 3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المشار إليه سابقا.

³ - المادتين 2 و 3 و 5 من نفس القرار.

و بما أن دراسة الحال تدور أساسا حول مستحدثات القانون 11-04، فتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يورد من خلال نصوصه تعريفا للمهندس المعماري، بخلاف المتدخلين الآخرين من مرقى عقاري و مقاول، بل و لم يرد ذكره تحت هذه التسمية و اصطلاح على القائم بمهامه بمكاتب الدراسات. و هو التحول الذي نفهم منه توسيع المشرع الجزائري في مفهوم المهندس من جهة، و من جهة أخرى توسيع نطاق المسؤولية، كما سنرى لاحقا كون مكاتب الدراسات تجمع عديد التخصصات الهندسية، استشارية، معمارية، تنفيذية و حتى مهندسي الديكور و المهندسين التقنيين.

هذا التوسع الذي جاء استجابة من المشرع للتطور المعماري و تماشيا مع الأهداف التشريعية من سن القانون 11-04، الرامي إلى بسط الحماية القانونية للمقرنين العقاريين كما للمكنتبين في المشاريع العقارية، و مواكبة منه للقوانين المقارنة و خاصة منها التشريع الفرنسي الذي بات يأخذ بالمفهوم الواسع للمهندس. ذلك أن القانون المدني استعمل مصطلح المهندس المعماري في المواد من 554 إلى 563، و كذلك الحال في المرسوم التشريعي و 93-03 و الأمر 95-07 المعدل و المتمم بالقانون 06-04 المتعلق بالتأمينات¹ و بالتالي عد تضيقا منه لنطاق المسؤولية المدنية للمتدخلين في مجال البناء.

حتى بعد صدور القانون 11-04 استمر المشرع في استعماله لمصطلح المهندس المعماري تحديدا في المرسوم التنفيذي 13-431² عند تناوله للضمانات في عقد البيع على التصاميم. و عليه، نرجو أن يعمل المشرع على توحيد المصطلحات بين مختلف النصوص القانونية و التنظيمية لتفادي اللبس في تفسيرها قضائيا و حتى عند الأفراد.

¹ الأمر 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 المعدل و المتمم بالقانون 06-04 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة في 12/03/2006.

² المرسوم التنفيذي 13-431 المؤرخ في 18/12/2013 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كيفية دفعها، الجريدة الرسمية عدد 66 الصادرة في 25/12/2013.

أما عن المشرع الفرنسي، فعرف المهندس من خلال القانون الصادر في 1940/12/31 المعروف بنظام VECHAY، المتمم بالمرسوم التنفيذي الصادر في 24 سبتمبر 1941 المؤسس لقانون واجبات المهندس المعماري، المعدل بالقانون 02-77 الصادر في 1977/01/03¹، على أنه: "المهني الذي يعهد إليه بوضع التصميم و الرسوم و النماذج لإقامة المنشآت و صيانتها و تزيينها و الإشراف على حسن تنفيذها. فهو فنان يضع التصميم، و فني يشرف على حسن التنفيذ، بل و يمكن أن يمتد دوره إلى القيام بالجانب المالي و الإداري للمشروع..."².

كما عرفه تقنين جيايت CODE GUADET على أنه: "الفنان الذي يصمم أو يرسم الأبنية، و يعين لها النسب و الأحجام و التقسيمات المختلفة و الزخارف المناسبة مشرفا على تنفيذها تحت مسؤوليته، و أخيرا يسوي مصروفاتها."³

كما فقد عرف في لائحة مزاوله الهندسة المعمارية، بأنه شخص متميز بقدرته على التخطيط و التصميم المعماري و التطبيق الابتكاري و التنفيذ، لما له من إلمام تام بفن حسب ظروف البيئة و البناء مقتضياتها، يساهم في التعمير و التشييد في نطاق التخطيط العام، يتمتع بالحماية القانونية التي تتطلبها مهنته، يشترط أن يكون على مستوى الدراسات نقابة المهندسين و أن يكون عضوا في نقابة الهندسة⁴.

ب- التعريف الفقهي للمهندس المعماري:

أما عن التعريف الفقهي للمهندس المعماري، فقد عرفه الفقيه عبد الرزاق السنهوري على أنه: "الشخص الذي يعهد إليه وضع الصميمات و الرسوم و النماذج لإقامة المنشآت

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 25.

² - موهبي فتيحة، الضمان العشري للمهندس المعماري و مقال البناء، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2006-2007، ص 14.

³ - ميثاق شرف لمهنة الهندسة المعمارية في فرنسا، أقره مؤتمر بورديو للمهندسين المعماريين عام 1895، المعدل في 17 جويلية 1912 بمعرفة الجمعية المركزية للمهندسين المعماريين، أشار إليه عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق ص 412-413.

⁴ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص، 413.

و قد يعهد إليه بإدارة العمل و الإشراف على تنفيذه و مراجعة حسابات المقاول و التصديق عليها و صرف المبالغ المستحقة إليه...¹.

كما عرفه الدكتور محمد لبيب شنب بأنه: " الشخص المكلف من طرف رب العمل بإعداد الرسومات و التصميمات اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى و الإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول"².

2-2 - طبيعة العقد المبرم مع مكتب الدراسات:

ستكون الدراسة على ضوء المهندس المعماري، و منه فإن ارتباط المهندس بعقد مع المرقى العقاري -رب العمل- إنما يكون في حدود عقد المقاوله، كون المهندس يلتزم بالقيام بعمل معين لحساب رب العمل، مع الاستقلالية في تنفيذه عنه³، ولاستبيان طبيعة العقد بين رب العمل و المهندس المعماري، لا بد من البحث في حدود المهمة المعهود بها إليه و كذا نية الأطراف؛ ذلك أن الجدل قام حول مدى اعتبار عقد المهندس المعماري عقد وكالة من كونه عقد مقاوله.

مرد هذا الخلط راجع إلى الطبيعة الذهنية و الفكرية لعمل المهندس بعيدا عن النشاط المادي المؤلف في عقد المقاوله، غير أن الراجح هو تكييفه على أنه عقد مقاوله، نظرا لكون العمل المقدم من طرف المهندس ينصب على عمل مادي رغم كونه معتمدا على مجهود فكري، فالجانب الفكري سيحول إلى عمل مادي بعد إفراغه على المخططات الورقية و حتى عند وضع المقاييسات و الإشراف على التنفيذ...الخ؛ مع إمكانية إصباغ أحكام عقد الوكالة على العلاقة بين المهندس و رب العمل إذا ما تم تفويضه للقيام ببعض الأعمال القانونية نيابة عنه، مع حصر المسؤولية في إطاره و في حدود وكالته، إلا أنه إذا وقع لبس

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص 109.

² - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 122.

³ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص18.

في تحديد طبيعة العقد إن كان وكالة أو مقالة أو وقع تعارض بينهما، يرجح عقد المقالة¹.

2-3 - طبيعة التزام المهندس:

استقر الاجتهاد القضائي في فرنسا على اعتبار أن التزام المهندس المعماري هو بذل عناية لا تحقيق نتيجة²؛ إلا أن الرأي الغالب في مجال البناء، هو اعتبار أن التزام المهندس المعماري قائم على تحقيق نتيجة في كل المهام المعهودة إليه. و لو أننا نرى أن التزامه بالإدارة و الإشراف كما سنرى لاحقا، يقبل احتمال تكييفه على أنه التزام ببذل عناية.

3 - المقال:

يعد المقال أنه المنفذ للمشروع على أرض الواقع، تناوله المشرع الجزائري في الفصل الأول من الباب التاسع من القانون المدني الجزائري بمناسبة دراسة عقد المقالة، لم يعرفه قبل القانون 04-11، و لكن حدد حقوقه و التزاماته في مواجهة رب العمل، و في ما يلي مختلف التعاريف التشريعية و الفقهية الواردة بشأنه، ثم بيان طبيعة التزامه في عقد المقالة:

3-1 - تعريف المقال:

عرف المشرع الجزائري المقال في المادة 03 من القانون 04-11 على أنه " كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات المعنية"، فهو تاجر في معاملاته طبقا للمادة 02 من القانون التجاري، كون أن المقالة تعد عملا تجاريا بحسب الموضوع.

كما يعرفه في المادة 08 من المرسوم التشريعي 94-07 بصاحب المشروع المنتدب. و تعرفه المادة على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يفوضه صاحب المشروع قانونا للقيام بإنجاز بناء ما أو تحويله.

¹ - فتية قرّة، أحكام عقد المقالة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 1992، ص 43-44.

² - Cass.3^e civ,n° 11-17.388, le 17 juillet 2012, voir, Albert Caston, François-Xavier Ajaccio, Rémi Porte, Mario Tendeiro, traité de la responsabilité des constructeurs, Edition le moniteur, 7^{ième} édition, 2013, p39.

يعرف المقاول على أنه: " الشخص الذي يعهد إليه تشييد المباني أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى"¹ بناء على ما يقدم له من تصميمات، و ذلك في مقابل أجر و دون أن يخضع في عمله لإشراف أو إدارة رب العمل.

كما يعرف بالمنفذ، فهو كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تنفيذ أعمال البناء وفق تصميم و رسوم موضوعة مسبقا من قبل مهندس معماري معتمد، و طبقا للمواصفات و الشروط المتفق عليها في العقد أو في دفتر الشروط إن وجد.² و يعرف بأنه: " الذي يتعهد بالاتفاق مع المالك لقاء أجر معين على القيام بعمل معين يتعلق بالبناء أو الإنشاءات"³.

و المقاول عموما، هو كل شخص متعاقد مع رب العمل لتنفيذ عمل معين، فهو المحترف الذي يتولى التنفيذ المادي للأعمال التي تكون محلا لعقد المقولة (عقد إيجار الخدمات في القانون الفرنسي)⁴.

3-2- الطبيعة القانونية لالتزام المقاول:

يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية لالتزام المقاول بمناسبة تنفيذ عقد المقاول إن كان التزاما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، كون لكل منهما آثاره في أعمال مسؤوليته العقدية و تحديد نطاقها إثباتا أو نفيا. و قد أجمع الفقه في هذا الشأن على اعتبار أن التزام المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة⁵. غير أنه قد يحدث و يكون التزام المقاول ببذل عناية فيما يخرج عن مقتضيات العقد.

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 420.

² - يوسف إبراهيم، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و المقاول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، 1995، ج3، ص 686.

³ - محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 89.

⁴ - Christophe Ponce, op.cit.p 17.

⁵ - Voir en ce sens, George Liet-Veaux « Responsabilité contractuelle de droit commun des entrepreneurs », Juris-Classeur, Resp-Civ.Assu.Fasc 355-20-2-2002 N°15 ,

و محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 131-132.

و يؤسس البعض هذا التوجه على "أنه مهما بذل من جهد و حرص في تنفيذه للأعمال، فإنه لا يمكن إغفال دور المصادفات التي يمكن أن تحدث"¹، كون التنفيذ وفقاً للأصول الفنية و المهنية و مراعاة الاختيار الجيد للمواد، لا يمكن أن يضمن بالضرورة نتيجة مفادها عمل جيد و دون عيوب.

الفرع الثاني :

خصائص عقد المقاولة و تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له:

من خلال التعاريف السابقة، تتضح لنا أهم خصائص عقد المقاولة التي تميزه عن غيره من العقود التي قد تتشابه أحكامها معه، و بالتالي سنتناول خصائص عقد المقاولة بداية، ثم تمييزه عن غيره من الوضعيات المشابهة.

أولاً: خصائص عقد المقاولة:

لعقد المقاولة العديد من الخصائص نوردتها كما يلي:

1- أنه عقد رضائي:

لم يشترط المشرع شكلاً معيناً² لصياغته، فقد يكون كتابة أو شفاهة أو يفهم من ظروف الحال، وهو ما يفهم من الفقرة الثانية من المادة 561 ق.م.ج التي جاء فيها: "و يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إن كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة". غير أن ما نراه لازماً في عقود مقاولات البناء هو وجوب إصباح إرادة الأطراف بشرط الكتابة نظراً لما تكتسبه هذه العقود من أهمية، سواء بالنسبة للأجر أو لطبيعة العمل و نظراً لامتدادها في الزمن، فهي ليست من العقود الفورية في غالب الأحيان، مما يصعب معه إثباتها و إثبات ما قد يطرأ من اختلال في التوازن المالي للعقد.

¹- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص133-134

²- محمد ليبب شنب، المرجع السابق ص16، و فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص18.

أما عن القانون 04-11، فالملاحظ من خلال صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 16 منه توجه المشرع إلى تشريع تنظيم خاص بعقود مقولة البناء، و نتوقع إخضاعه للكتابة مع منح المرقى حق ممارسة نشاط المقولة في النشاطات قليلة الأهمية.

علما أن المشرع الفرنسي أخضع عقود بناء المساكن الفردية إلى لزوم الكتابة في المادة 1/131 من قانون البناء و المساكن الفرنسي، و ذلك تحت طائلة إبطال العقد¹.

2- أنه عقد معاوضة:

ذلك أن كل من رب العمل و المقاول يأخذ مقابلا لما يؤديه، سواء كان الأداء ماليا أو عملا ماديا، فالمقاول يأخذ أجر ما أداه من إنجاز و مشتملاته و مقابل ما قدمه من مواد إن كان هو مقدم المواد²، كما يتحصل رب العمل على العمل محل العقد منجزا.

3- أنه عقد ملزم لجانبين:

فالالتزامات فيه متقابلة، يترتب عليها قيام حق الطرف المتضرر من عدم تنفيذ الالتزام المقابل في المطالبة بالفسخ و التعويض، الدفع بعدم التنفيذ و تبعة الهلاك³.

4- عقد وارد على عمل:

موضوع الالتزام في عقد المقولة هو أداء عمل مادي أو فكري، ذلك أن العمل القانوني كما سنرى لاحقا يخرج من أحكام المقاول إلى أحكام الوكالة، و هذه الخاصية ترد عموما على محل العقد بغض النظر عن التزامات الأطراف.

ثانيا: تمييز عقد المقولة عن غيره من العقود المشابهة له:

يتداخل عقد المقولة في مجال عقود البناء مع العديد من العقود، كعقد العمل، الوكالة و البيع، و عليه، يجدر بنا بيان الفرق فيما بين هذه العقود في عجلة وفقا لما يلي:

2- توفيق زيدان، التنظيم القانوني لعقد المقولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون العقاري، كلية الحقوق، باتنة، 2009-2010، ص 10.

² - Albert Caston et autres , op.cit, p22.

³ - محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص17.

1- عقد المقاولة و عقد البيع:

لابد من بيان الفرق بين عقد المقاولة و عقد البيع، خصوصا في القانون 11-04 ذلك أن المرقى يقف مرة موقف رب العمل و مرة أخرى يقف موقف البائع.

سبق و أن عرفنا عقد المقاولة على أنه عقد يتعهد بمقتضاه المقاول بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به رب العمل المتعاقد معه¹.

أما عن عقد البيع فقد عرفته المادة 351 ق.م.ج على أنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي.

يتضح من هذا التعريف الفرق الجوهرى بين عقدي البيع و المقاولة، و هو عنصر الملكية، ذلك أن هذه الأخيرة ثابتة لرب العمل قبل إبرام عقد المقاولة، أو على الأقل له سلطة على موقع العمل، أما عقد المقاولة فيرد على العمل ذاته.

يقع الإشكال في التفرقة بين عقد المقاولة و عقد البيع، حالة تهد المقاول بتقديم المواد المستخدمة في إنجاز العمل، أين اختلفت الآراء في تكييفه، فثمة من اعتبره عقد بيع لشيء مستقبلي على أساس محل التعاقد المنصب على شيء غير موجود وقت إبرام العقد². غير أن هذا الرأي غير وارد، لأن طبيعة عقد المقاولة هو التعاقد على محل موضوعه عمل شيء لا يعقل وجوده قبلا. و ثمة من أسس التفرقة على قيمة المواد المقدمة مقارنة بالعمل المحقق، فإذا فاقت قيمة الأولى الثاني، عد عقد بيع، و هو الرأي المنتقد لصعوبة تحديد العنصر الأساسي في العقد (الهدف من التعاقد)، إن كان العمل أو المواد المستخدمة³.

و الرأي الراجح هو اعتبار تقديم مواد البناء من مقتضيات تنفيذ عقد المقاولة حتى لو كان الاتفاق على أن يقدمها المقاول، لأن تملك رب العمل لتلك المواد ليس من قبيل

¹ - المادة 549 من القانون المدني الجزائري.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص 25-26.

³ - توفيق زيدان، المرجع السابق، ص 19، و محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 25.

البيع و إنما هو نتيجة حتمية لتنفيذ عقد المقاولة¹ وبالتالي للعمل المنجز بواسطتها. و أهم آثار هذه التفرقة بين العقدين، هو القدرة على التحلل من عقد المقاولة بالإرادة المنفردة بعكس عقد البيع، و كذا مسألة تحديد الأجر التي لا يشترط أن يتضمنها عقد المقاولة عند الانعقاد، بعكس عقد البيع الذي يعد الثمن فيه عنصرا جوهريا.

2- عقد المقاولة و عقد الوكالة:

تنص المادة 571 ق.م.ج على أن: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه"، و منه يكثر الخلط بين عقد المقاولة و عقد الوكالة نظرا لتعلق كلا العقدين بتنفيذ عمل.

غير أن جوهر الاختلاف بين العقدين يكمن في أمرين اثنين، الأول هو طبيعة العمل موضوع التعاقد، ذلك أن عقد المقاولة يقع على عمل مادي، بعكس عقد الوكالة الذي يقع على عمل قانوني، و هو المعيار الموضوعي في التفرقة بينهما²؛ أما الثاني فيكمن في طبيعة عقد الوكالة الذي تميزه الصفة التمثيلية للوكيل عن موكله، الذي يقوم بالعمل الموكل إليه باسم و لحساب الموكل، في حين أن المقاول يعمل باسمه الخاص، و بذلك تتصرف آثار تصرفاته بمناسبة تنفيذ عقد المقاولة إليه لا إلى رب العمل.

أما عن أهمية التفرقة بين هاذين العقدين، فتكمن فيما يلي:

- أن المقاول ينفذ التزامه باستقلالية تامة عن رب العمل، بعكس الوكيل الذي يخضع لتعليمات موكله، و بذلك يكون هذا الأخير مسؤولا عن أعمال الأول إيجابا و سلبا³.
- الوكالة تطوعية في الأصل، إلا إذا اتفق الأطراف على جعلها بمقابل⁴، ذلك أن الأصل فيها هو عدم السعي إلى تحقيق الربح أو المضاربة على العمل، بعكس المقاولة التي تعد

¹ - محمد لبيب شنب، المرجع نفسه، ص 25.

² - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 98-99. و عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 14.

³ - المادة 583 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - المادة 581 من نفس القانون.

عملا تجاريا، الهدف من ورائها تحقيق مردود مالي¹.

- أضف إلى ذلك عنصر التضامن المفترض بنص المادة 584 ق.م.ج بين الموكلين تجاه وكيلهم و الذي لا يكون إلا بالاتفاق بين أرباب العمل تجاه المقاول.

3 - عقد المقاولة و عقد العمل:

كلا من عقد المقاولة و عقد العمل يردان على أداء عمل مادي، غير أن مناط التفرقة بين العقدين كان بداية هو أساس دفع الأجر، فإن كان على أساس الزمن عد عقد عمل و إن كان على أساس كمية الإنتاج عد عقد مقاولة².

ثم تغير هذا المعيار، ليصبح الأساس في التفرقة بينهما هو مدى تبعية مؤدي العمل لرب العمل، فإن كان المنفذ مستقلا في عمله عن رب العمل كان العقد مقاولة، و إن كان المنفذ تابعا لرب العمل في أداء العمل بإشراف هذا الأخير عليه و توجيهه، عد العقد عقد عمل.

وأثر هذا الفرق بين العقدين يكون من حيث مدى مساءلة رب العمل عن أخطاء المنفذ، فإن كان هذا الأخير عاملا، عد تابعا لرب العمل الذي يكون بذلك مسؤولا عن العمل غير المشروع للعامل متى وقع منه بمناسبة أداء عمله أو بسببه³، و أما إن كان المنفذ مقاولا، فلا يسأل رب العمل عن عمله لاستقلاليتة عنه في أدائه.

هذا عن أول عقد منشئ للالتزامات التعاقدية في مجال الترقية العقارية، و ننتقل الآن إلى ثاني رابطة و هو عقد البيع.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص 15.

² - المرجع نفسه، ص 09.

³ - فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 30 و ما بعدها. و محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 31 و ما بعدها.

المطلب الثاني:

عقد البيع كأساس للمسؤولية العقدية:

خلافًا لما كان عليه الحال بالنسبة لعقد المقاول، نظم المشرع الجزائري أحكام عقد البيع و كفياته في القانون 04-11، محدداً للالتزامات الأطراف في نصوص متعددة من هذا النص، تولى من خلالها تعريف آلياته، تحديد أطرافها مع بيان شروطها، و ذلك راجع لخصوصية المحل من جانب المرقى العقاري أو المقتني في مشروع عقاري، و منه سنتناول موضوع عقد البيع في مجال الترقية العقارية و أطرافه (الفرع الأول) ثم بيان كفياته (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

موضوع عقد البيع في الترقية العقارية و أطرافه:

يتعلق البيع في مجال الترقية العقارية بنقل ملكية عقار ذو خصوصية معينة من حيث مدى وجوده وقت العقد، و التي تنعكس على كيفية توزيع الالتزامات بين أطرافه كما سيأتي بيانه.

أولاً: موضوع عقد البيع:

نص المشرع على كفيات البيع في المادة 25 من القانون 04-11 التي جاء فيها: "يجب أن يكون البيع من طرف المرقى العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد يعد قانوناً في الشكل الرسمي طبقاً للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها و طبقاً لأحكام هذا القانون".

و عليه، فمحل عقد بيع عقار في مجال الترقية العقارية ينصرف إلى: —————:

- 1- عقار مبني: أي تام الإنجاز، جاهز للاستعمال و الانتفاع به، محقق على أرض الواقع.
- 2- بناية أو جزء من بناية: أي منشأة عقارية، عمارة، مجمع سكني، قرية سكنية، أو شقة في عمارة، و هو المراد من جزء من بناية، و تضيف المادة خاصية أخرى، تتمثل في كون

البنائية أو جزء من البنائية مقرر بناؤها أو في طور البناء، أي إما أن تكون مشروعا لم يوضع بعد موضع التنفيذ من طرف المرقى العقاري، أو بدأ في تنفيذه و لم يكمله بعد¹.

من هذا النص، نستنتج أن موضوع البيع في الترقية العقارية هو بناء جديد و ليس بناء مرمم، كما نستنتج أن محل البيع قد يكون عقارا مبنيا، لا يتم التعاقد بشأنه إلا بعد تمام الإنجاز، أي مشروع عقاري أنشئ ثم طرح للبيع على المقتنين، أين تتعدم العلاقة بين المرقى و المقتني أثناء فترة الإنجاز و يعد بذلك بيع عاديا، مما يطرح التساؤل عن مدى خضوعه للضمانات المقررة للمقتني في القانون 04-11؛ كما قد يكون محل البيع بنائية أو جزء من بنائية لم تتجز بعد، تطرح للبيع بإحدى صيغتي البيع المفصلة في القانون 04-11 و هي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم و التي تهمنا في هذا الجزء من الدراسة لامتداد العلاقة فيها بين المرقى و المقتني من قبل، أثناء و بعد الإنجاز.

و السؤال هنا يثور حول منفعي مشاريع البناءات الفردية كالفيلات، هل تدخل هذه الطائفة في نطاق الترقية العقارية أم لا؟ خصوصا و أن المشرع الفرنسي الذي يعد المرجعية الأولى في التشريع الجزائري خص مرقى المنازل الخاصة بتنظيم خاص.

ثانيا: أطراف عقد البيع:

طرفا عقد البيع في مجال الترقية العقارية هما كل من المرقى العقاري كبائع و المقتني كمستفيد، و في ما يلي بيانهما:

1- المرقى العقاري كبائع :

سبق و أن عرفنا المرقى العقاري عند تناولنا لأطراف عقد المقاوله، و لن يختلف التعريف الآن إلا من حيث الدور الذي يباط به في عقد البيع، فإن كان المرقى العقاري يعتبر رب العمل في عقد المقاوله فهو في هذا المقام بائع لعقار -بنائية أو جزء من بنائية- يلتزم اتجاه المقتني بإنجاز البناء و تسليمه فور إنجائه ، فيكون بذلك هو المنفذ الظاهر في

¹ - المادة 25 من القانون 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

مواجهة المقتنين الذين تنحصر علاقتهم في هذه المرحلة بالمرقي العقاري لا بالمنفذين الفعلين للمشروع من مقاولين و مهندسين و متدخلين آخرين.

و كما سبق و أن رأينا بأن المرقي العقاري يلتزم في عقد المقاوله بالتزام مفاده بذل عناية في الإدارة و التنسيق بين العمليات المساعدة على إنجاز المشروع العقاري، والالتزام بتحقيق نتيجة بالنسبة للجانب المالي¹؛ إلا أن التزامه في مواجهة المقتني هو التزام بتحقيق نتيجة مفادها إنجاز بناية مطابقة و تسليمها للمقتني في الآجال المتفق عليها و ضمان سلامتها.

2-المقتني كمستفيد:

المقتني في المشاريع العقارية هو المشتري للمنتج العقاري و المستفيد الأول من نتائج نشاط الترقية العقارية تحت عنوان البناء، اصطلح عليه كذلك بالمستهلك، بصفته المستفيد من ملكية البنايات المقرر بناؤها أو في طور الإنجاز².

هذه التسمية التي جاءت نتيجة قيام علاقة غير متوازنة من ناحية الاحتراف في مجال البناء، فالأول مرقي عقاري متمرس و محترف، والثاني باحث عن سكن بأي ثمن، بعيدا كل البعد عن الإلمام بأصول البناء و قواعده، مما يضعه في موقف ضعيف مقارنة بالمرقي المحترف؛ إضافة إلى جهله بالنظام القانوني لإبرام العقود، حالة السوق و المعارف التقنية اللازمة، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، عدم التوازن المالي بين الطرفين، الذي لا يترك مجالا أمام المستهلك العقاري للاعتراض على بنود العقد، و بالتالي الرضوخ لشروطه التي قد تتسم بالإجحاف (الإذعان)³.

¹ - راجع في ذلك الطبيعة القانونية لالتزام المرقي العقاري السابق تناولها في بداية هذه الدراسة، ص 31 و 32.

² - Benart Khol , Droit de la responsabilité et de la promotion immobilière en Europe, Bruy Lont -Bruscelles, L, G, D, J, Paris -2008, p 4.

³ - Ibid, p 283.

أما عن القانون 04-11، فقد جاء باصطلاحين للدلالة على المقتني، ربط كل واحد منهما بنمط بيع معين، فاصطلاح على المرشح للحصول على المنتج العقاري بناء على كيفية البيع عن طريق عقد حفظ الحق "بصاحب حفظ الحق"، واصطلاح على المرشح للملكية بناء على عقود البيع على التصاميم مصطلح "المكتتب".*

الفرع الثاني:

كيفية البيع في القانون 04-11:

فصلت المادة 25 من القانون 04-11 في كيفيتين من البيع هما، البيع عن طريق عقد حفظ الحق، و البيع على التصاميم، مما يوجب تعريف كلا العقدين و بيان طبيعتهما القانونية و خصائصهما كالآتي:

أولاً: عقد حفظ الحق:

سنتناول تعريف عقد حفظ الحق، طبيعته القانونية، خصائصه و أطرافه وفقاً لما يلي:

1- تعريف عقد حفظ الحق:

أول تعريف لعقد حفظ الحق في التشريع الجزائري كان بموجب القانون 07-86 الذي نص على وجوب أن يسبق عقد التنازل في إطار البيع الآجل عقد حفظ الحق¹، أي أن عقد حفظ الحق هو عقد تمهيدي سابق لعقد بيع نهائي ناقل لملكية عقار محل الإنجاز أو بصيغة أخرى، هو عقد تمهيدي لعقار مبني.

أما عن المرسوم التشريعي 03-93 الذي ألغى أحكام القانون 07-86، فقد استبعد عقد حفظ الحق من آليات تسويق الإنتاج المعماري، و اعتمد نمط البيع على التصاميم مباشرة. ثم جاء القانون 04-11 ليُلغي سابقه، أين اعتمد المشرع من خلاله مجدداً عقد حفظ الحق كآلية لبيع السكنات في طور الإنجاز و كذا عقد البيع على التصاميم.

* علماً أن مصطلح "المكتتب" استعمل للدلالة على القائم بتنفيذ المشروع العقاري " المرقى العقاري" في القانون 07-86.

¹ - و هو ما نصت عليه المادتين 29 و 30 من القانون 07-86 المتعلق بالترقية العقارية المشار إليه سابقاً.

و رجوعا إلى المادة 27 من القانون 11-04، نجدها عرفت عقد حفظ الحق اعتمادا على التزامات الأطراف فيه، بأن جاء فيها: "عقد حفظ العقد هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق فور إنهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير".

2- الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق:

يعد عقد حفظ الحق من أكثر العقود مناقشة من حيث طبيعته القانونية، فثمة من اعتبره وعدا بالبيع من جانب واحد (ملزم لجانب واحد)، و اعتبره البعض الآخر وعدا بالبيع ملزما للجانبين، أو مجرد وثيقة حجز لبناية. هو الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري منذ أول مرة تناول فيها هذا العقد في القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، حيث جاء في المادة 30 منه: " يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل تحرير عقد حفظ الحق الذي يحدد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية"؛ و حتى باستطلاع نصوص هذا القانون، نجده ينص تارة على عقد حفظ الحق -contrat de réservation- و تارة أخرى على العقد التمهيدي -Contrat préliminaire-؛ و هو نفس اصطلاح المشرع الفرنسي في المادة 1601/2 من ق.م.ف، التي جاء فيها أن البيع لأجل هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الانتهاء من بنائه و يتعهد المشتري باستلامه و دفع الثمن عند التسليم، و يتم انتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الانتهاء من البناء و تنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد¹. و بذلك، يعد عقد حفظ الحق عند المشرع الفرنسي عقدا تمهيديا لعقد نهائي ناقل للملكية، و هو بيع آجل لمحل غير موجود

¹ -Art : 1601-2- du c.cv. f :« La vente à terme et le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente.»

وقت التعاقد¹. في حين سكت المشرع الجزائري عن تحديد الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في القانون 04-11.

نشير في هذا الإطار إلى أن واضعي المشروع التمهيدي للقانون المحدد للقواعد المنظمة للترقية العقارية²، اعتبروا أن العقد التمهيدي السابق للعقد النهائي في إطار المشاريع العقارية قبل الإنجاز هو وعد بالبيع، و هو ما نستبعده ، لماذا؟.

لا بد للإجابة على هذا السؤال من بيان شروط عقد الوعد بالبيع و مقارنة مدى توافرها في عقد حفظ الحق. فقد أوجب المشرع الرسمية في عقد حفظ الحق من خلال المرسوم التشريعي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأمولاك العقاري و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كفاءات دفعها، ذلك أن القانون 04-11 و تحديدا في المادة 35 منه التي نصت على عدم وجوب إخضاع هذا العقد لإجراء الشهر و سكت عن تحديد صفة محرر العقد، إن كان الموثق، أم أنه مجرد وثيقة تحرر بين الأطراف، علما أن القانون 07-86 لم يشترط الرسمية في عقد حفظ الحق، و لكن اشترط خضوعه لإجراء التسجيل في المادة 31 منه.

و منه، لا يعد عقد حفظ الحق وعدا بالبيع، لأن هذا الأخير يأخذ نفس شكل العقد النهائي من حيث وجوب الشهر في العقد الناقل لملكية العقار، ذلك أن القانون المدني الجزائري يشترط لصحة الوعد بالتعاقد ، توافره على الشكلية المطلوبة لتتمام العقد النهائي³.

¹ - عياشي شعبان، بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص من 70 و ما بعدها.

² - و ذلك في المواد من 49 إلى 57 منه المشروع التمهيدي لقانون يحدد القواعد المسيرة للترقية العقارية و إطار ممارستها، وزارة السكن و العمران، نوفمبر 2009.

³ - راجع المادة 2/71 ق.م.ج التي جاء فيها: "و إذا اشترط القانون لتتمتع العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد."

إضافة إلى ذلك، يكون عقد حفظ الحق قابلا للفسخ طبقا لأحكام المادة 32 من القانون 11-04، بعكس الوعد بالبيع الذي لم يتناول المشرع كيفية فسخه.

و عليه، فرغم احتواء هذا العقد على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و مدة التنفيذ، و رغم امتداد تنفيذه إلى المستقبل، إلا أنه لا يعد وعدا بالبيع.

و منه يمكن القول بأن عقد حفظ الحق هو عقد خاص، نظمه القانون لاحتواء إشكالات التمويل في المشاريع العقارية المتعلقة بالبنائات الجديدة، حاول المشرع إصباغه بنوع من الحماية القانونية بإخضاعه للكتابة الرسمية على يد موثق، و هو ما يتضح من بيانات العقد النموذجي لعقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431، كما أنه وثيقة حجز لبناية أو جزء من بناية في طور الإنجاز.

3- خصائص عقد حفظ الحق:

يتميز عقد حفظ الحق بعدة خصائص نوردتها كآلاتي:

3-1- أنه عقد ملزم للجانبين:

يعتبر عقد حفظ الحق من العقود التبادلية¹، أين يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق بداية للمرقي العقاري، مقابل أن يسلمه هذا الأخير بناية أو جزءا من بناية فور إنهاؤها مطابقة لمقتضيات العقد، بعد تمام سداد الثمن. و على هذا الأساس لا يعد عقد حفظ الحق عقد إذعان كما دار بشأنه الجدل، و هو ما استقر عليه مستشاري الغرفة العقارية للمحكمة العليا، حيث جاء في أحد مبادئها أن عقد حفظ الحق لا يعد عقد إذعان: "المستفيد من السكن ملزم بتسديد المبلغ المتفق عليه في حفظ الحق - المستفيد من السكن موضوع عقد حفظ الحق ملزم بتسديد الثمن الحقيقي على ضوء الأشغال المنجزة"².

¹ - دوة آسيا، عقد حفظ الحق، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر الواقع و الآفاق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012/الجزائر، ص 204.

² - القرار رقم 516800، الصادر بتاريخ 2009/04/08، مجلة المحكمة العليا، عدد 02 لسنة 2009 - ص 243.

3-2- أنه عقد رسمي:

يبرم عقد حفظ الحق بين كل من المرقى العقاري و صاحب حفظ الحق. حدد المشرع شكله من خلال المرسوم التنفيذي 13-431 أين أصبح عليه الرسمية، ذلك أنه واجب التحرير أمام موثق و لكنه غير واجب الشهر؛ خلافا للقانون 86-07 الذي لم يشترط المشرع من خلاله الكتابة الرسمية، و اكتفى آنذاك بالكتابة العرفية مع شرط التسجيل لدى مصلحة التسجيل و الطابع في نص المادة 31 منه.

غير أنه بصدر قانون المالية لسنة 1992¹، منع تسجيل العقود العرفية، و هو ما استقر عليه قضاء الغرفة العقارية للمحكمة العليا، أين قضت بتحرير عقد حفظ الحق في مجال الترقية العقارية في شكل عرفي بشرط إخضاعه لإجراء التسجيل، و بالتالي ترتيب التزامات تبادلية بين المتعاقدين مع مراعاة المادة 107 من القانون المدني² ؛ و حسنا فعل المشرع فيما سنه من وجوب الكتابة الرسمية لعقد حفظ الحق، كونه يصب في مصلحة الأطراف، ذلك أن لكلا الإجراءين مبدئيا أثرا مشتركا، إن كان بالتسجيل لدى مفتشية الضرائب أو بالكتابة على يد موثق، و هو إثبات التاريخ فقط، و يزيد عنه العقد الرسمي في "تمكين المتعاقد من سند تنفيذي يغنيه عن رفع دعوى صحة التعاقد باعتبار العقد الرسمي عنوانا للحقيقة فيما ورد أمام الموثق"³، كما أن لمضمون العقد الموثق الحجية الكاملة على الكافة، و يرتب جميع آثار العقد عدا الأثر العيني، الذي لا يتحقق في حالة عقد حفظ الحق

¹ القانون 91-05، المتضمن قانون المالية لسنة 1992 مؤرخ بتاريخ 16/12/1991، منشور في الجريدة الرسمية عدد 65، لصادرة في 18/12/1991، أين جاء في المادة 63 منه "يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم و الحصص في الشركات، الإيجارات التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو تعديل الشركات".

² قرار رقم 372339 الصادر بتاريخ 20/06/2007، مجلة المحكمة العليا، عدد 02 لسنة 2007، ص 183 .

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية على ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، طبعة 2001 ص 112.

إلا عند انتهاء عملية البناء و تسديد الثمن كاملاً، و منه يحرر العقد النهائي ثم يشهر أمام المحافظة العقارية.

إضافة إلى القضاء على الفراغ الذي وقع عند منع تسجيل هذه العقود لمدة ما يقارب سنة من الزمن، أي قبيل صدور المرسوم التشريعي 93-03 الذي استغنى عن هذا النمط من البيوع، و قصره على عقد البيع على التصاميم.

علماً أن آثار العقود المبرمة في تلك الفترة الانتقالية، لا تزال إلى يومنا هذا تطرح على القضاء، نتيجة استفادة مقتنين من بنايات اعتماداً على هذه الصيغة، و بقيت إلى يومنا هذا دون عقود رسمية مثبتة للملكية.

3-3- أنه عقد غير ناقل للملكية:

ذلك أن المادة 793 من القانون المدني توجب شهر العقود الناقلة لملكية العقارات تحت طائلة البطلان. فإن كان للرسمية الحجية في مواجهة الكافة و بين أطراف العقد، إلا أن انتقال الملكية و بالتالي ترتيب الأثر العيني لعقد البيع -كما بيناه أعلاه- لا يتم إلا بالشهر، و بما أن القانون 11-04 أعفى هذا العقد من عملية الشهر¹، فهو لا ينقل الملكية.

3-4- أنه عقد ذو طابع اقتصادي:

استنتجنا هذه الخاصية من خلال استقراء نصوص القانون 11-04، ذلك أنه بمفهوم المخالفة لنص المادة 36 منه، التي جاء فيها: "لا يمكن إبرام عقد البيع على التصاميم المنصوص عليه في المادة 28 أعلاه، عندما يلجأ المرقى العقاري لاستعمال قروض تخصص لتمويل البناء"، و منه فالمنع من اعتماد القروض كآلية تمويلية للمشاريع العقارية مقتصر على عقد البيع على التصاميم، و عليه جواز الحصول على تمويل بنكي حالة إبرام عقد حفظ حق و هو ما يفسر إخضاعه للكتابة الرسمية، خصوصاً و أن مشاريع البناء

¹ - المادة 35 من القانون 11-04 المشار إليه أعلاه.

تستوجب ضحا كبيرا لرؤوس الأموال التي قد لا تتوفر لدى المرقى العقاري، مما يدفعه إلى الاقتراض من المؤسسات المالية و البنوك لتمويل مشروعه العقاري.

وتفسير منع الاقتراض حالة عقد البيع على التصاميم، و السماح به حالة عقد حفظ الحق، إنما يعود برأينا إلى طبيعة كل منهما، ذلك أن هذا الأخير لا ينقل الملكية، و بالتالي فأرضية البناء كما عناصره التكوينية و التجهيزية لا تزال ملكا للمرقى العقاري، له أن يرتب عليها رهنا رسميا لدى المؤسسة المقرضة؛ بعكس عقد البيع على التصاميم الذي سنرى لاحقا أن من أهم خصائصه هو نقل الملكية إلى المشتري جزئيا و على مراحل، مما يفقد المرقى العقاري حق الملكية و بالتالي تعذر ترتيب أي امتياز على البناءات محل عقد البيع على التصاميم لصالح المرقى العقاري.

ثانيا: عقد البيع على التصاميم:

يعد عقد البيع على التصاميم ثاني صيغة من صيغ بيع البناءات في طور الإنجاز. علما أن القانون 04-11 أورد في النص العربي عبارة بناية أو جزء من بناية¹، و هو ما يقابله باللغة الفرنسية *bâtiment ou fraction de bâtiment* ، في حين جاء النص الفرنسي *bien immobilier construit ou d'un immeuble ou fraction d'immeuble à construire ou en cours de construction*. أي أن نية المشرع الجزائري انصرفت إلى اعتماد المفهوم الواسع للبناءات باستعمال كلمة عقار أو جزء من عقار في النص الفرنسي، في حين أن النص العربي جاء بالمفهوم الضيق للبناية، و عليه نقترح توحيد المصطلح في النصين العربي و الفرنسي باستبدال عبارة بناية أو جزء من بناية بعبارة عقار أو جزء من عقار.

نظمت هذه الصيغة لأول مرة في الجزائر بموجب القانون 07-86، أين جاء في المادة 29 منه بمناسبة تنظيم أحكام عقد حفظ الحق تحت تسمية "البيع بناء على

¹ - المادة 28 من القانون 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

مخططات" في الفقرة الأولى، ثم عبارة "البيع بناء على تصميم" في الفقرة الثانية من نفس المادة.

استمر العمل به في المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بنشاط الترقية العقارية، أين وضع المشرع إطارا قانونيا خاصا بصيغة البيع على التصاميم، تحديدا في المرسوم التنفيذي 94-58¹؛ هذه الصيغة من صيغ البيع العقاري التي ظهرت نتيجة لتزايد الطلب على السكن الذي يقابله عدم القدرة على السداد الفوري لثمنه كاملا.

و قد ظهر هذا العقد في فرنسا بعد الحرب العالمية الثانية، نظمته المشرع الفرنسي تحت اصطلاح بيع العقار في طور البناء، تحديدا في المواد 1601-1-2-3-4 من القانون المدني الفرنسي، و عرفه في المادة 1601-1² بأنه العقد الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء أو إقامة عقار خلال مدة يحددها العقد، أقره المشرع الفرنسي بموجب القانون 03/67 المؤرخ في 03/01/63 المعدل بالقانون 547/67 المؤرخ في 07/07/67 ثم بالقانون 12/78 المؤرخ في 04/01/1978.

1- تعريف عقد البيع على التصاميم:

بعد مرورنا على النصوص القانونية المنظمة لعقد البيع على التصاميم السابقة للقانون 04-11، لم نجد نصا يعرف هذه الصيغة من البيع، ذلك أنه قبل سن أحكام القانون الأخير، كان المرجع في تعريف هذا العقد هو الفقه، الذي عرفه على أنه العقد الذي بموجبه يلتزم البائع بتشييد عقار خلال أجل معين في العقد، أو النص الفرنسي المذكور سابقا.

إلى غاية صدور القانون 04-11، أين خرج المشرع الجزائري عن صمته التشريعي و تصدى لتعريف عقد البيع على التصاميم على غرار التعريفات السابقة، في المادة 28 منه التي جاء في نصها: "عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من بنانية مقرر بناؤها

¹ - المرسوم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 13 لسنة 1994 الصادرة بتاريخ 09 مارس 1994.

² - Art.1601- du c.cv. f: « La vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat ».

أو في طور الإنجاز هو العقد الذي يتضمن و يكرس تحويل حقوق الأرض و ملكية البنايات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال، و في المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدمت الأشغال".

و قد عرف على أنه "عقد رسمي يقع على عقار في طور الإنجاز، شرط تقديم الضمانات التقنية و المالية الكافية من طرف المتعامل في الترقية العقارية بصفة البائع الذي يلتزم بتشيد البناية في أجل المتفق عليه و تسليمها للمستفيد بصفته المشتري بالموصفات المتفق عليها و المطابقة لقواعد البناء و التعمير، و في المقابل يلتزم المشتري بدفع التسبيقات و الدفعات المجزأة على مراحل تقدم الإنجاز، مخصصة من ثمن البيع و تحدد قيمتها و طريقة و آجال دفعها بالاتفاق"¹.

و يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى تعريف المشرع المغربي الذي نظم أحكام هذا العقد في الفصل 1-618 من القانون 44.00 تحت تسمية بيع العقارات في طور الإنجاز و هي نفس التسمية الواردة في القانون الفرنسي، حيث جاء في نص المادة "...يعتبر بيعا لعقار في طور الإنجاز، كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد، كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال. يحتفظ البائع بحقوقه و صلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال"².

و عليه يمكن تعريف عقد البيع على التصاميم على أنه عقد يلتزم بموجبه المرقى العقاري بإنجاز بناية أو جزء من بناية، و نقل ملكيتها للمكتب تباعا و توازيا و تقدم الأشغال مقابل تسديد الثمن من طرف المكتب، يحرر في شكل رسمي و يخضع لإجراء الشهر لدى المحافظة العقارية.

¹ - عن إيمان بوسته، المرجع السابق، ص72.

² - عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز، شرح و تحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2011، ص61.

2- الطبيعة القانونية لعقد البيع على التصاميم:

لاقي عقد البيع على التصاميم جدلاً فقهيًا حول تكييف طبيعته، خصوصاً أن البائع يلتزم بمقتضاه بصنع شيء و هو بناء عقار ثم نقل ملكيته على مراحل مقابل تسديد ثمنه من طرف المقتني تبعاً لتقدم الأشغال ، و عليه لا بد من تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له.

2-1- عقد البيع على التصاميم و عقد المقاولة:

مناط الخلط بين العقدين هو الالتزام بإنجاز مبنى خلال مدة يحددها الأطراف، و هو الالتزام الذي يقوم عليه عقد المقاولة؛ غير أن أساس التفرقة بينهما هو عنصر الملكية، ذلك أن عقد المقاولة يهدف إلى إنجاز عمل و هو تشييد بناية و فقط، في حين أن عقد البيع على التصاميم يهدف إضافة إلى الإنجاز نقل الملكية للمستفيد، رغم إمكانية حصول الخلط إن كان موضوع عقد المقاولة نقل ملكية الشيء بعد إنجازه¹.

حتى و إن أردنا تأسيس التفرقة بين العقدين على أساس القائم بالأشغال، فسنجد من خلال القانون 04-11، أن التزامات المرقى العقاري في مواجهة المكتب، هي نفسها التزامات المقاول في مواجهة المرقى العقاري، الذي قد يكون هو نفسه القائم بالتشييد.

أما عن كون عقد المقاولة في مجال الإنشاءات المعمارية ينصب على إنجاز بناية على قطعة أرض مملوكة لرب العمل، فمن خلال أحكام القانون 04-11، نجد أن عقد البيع على التصاميم ينقل الملكية للمكتب على مراحل، و أول مرحلة هي انتقال ملكية الأرض محل البناء، مما يجعل من المرقى العقاري منفذا لمشروع عقاري على أرض انتقلت ملكيتها للغير، أي أن المشرع الجزائري وضع المرقى العقاري موضع المقاول المنفذ في مواجهة المكتب.

¹ - زهرة محمد المرسي ، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري و الكويتي و الفرنسي، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، مصر، 1989 ص46.

يتداخل العقدان سمياً عندما يقوم المرقى العقاري بأخذ المبادرة بإنجاز المشروع العقاري باعتباره مقاولاً و على نفقته، ذلك أن المادة 16 من القانون 04-11 تلزم المرقى باللجوء إلى المقاول حسب أهمية المشروع، مما يمنحه بمفهوم المخالفة الصلاحية بإنجاز المشروع منفرداً كمالك للأرض، مقدماً للمواد و منفذاً للمشروع في المشاريع البسيطة.

2-2- عقد البيع على التصاميم و عقد البيع بالتقسيط:

نصت المادة 363 ق.م.ج على عقد البيع بالتقسيط، إذ جاء فيها "... إذا كان ثمن البيع مؤجلاً، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله ثم تسليم الشيء المبيع". رغم أن كلا النوعين من البيع يعتمد على تقسيط الثمن إلا أن أثر هذا الأداء الجزئي لقيمة العقار يختلف في عقد البيع على التصاميم عنه في عقد البيع بالتقسيط؛ ذلك أن تسديد الثمن على مراحل موازاة و تقدم الأشغال كما حددته المادة 03 من المرسوم التنفيذي 13-431، التي سيأتي بيان أحكامها بالتفصيل لاحقاً، و كذا رجوعاً إلى البند المتعلق بأجل التسليم المحدد في العقد النموذجي لعقد البيع على التصاميم الملحق بنفس المرسوم، و إعمالاً للتعريف الوارد في المادة 27 من القانون 04-11، يؤدي إلى نقل الملكية مباشرة إلى المكتب، الذي يصبح مالكا للجزء المنجز من البناء في كل مرحلة بمجرد تسديد الثمن المحدد لتلك المرحلة، مع عدم القدرة على الانتفاع الفعلي بالعقار إلى ما بعد توقيع محضر الاستلام، كون المبيع غير موجود بعد أو غير مكتمل الوجود.

في حين أن سداد الثمن في البيع بالتقسيط لا يترتب انتقال الملكية إلا بعد أداء الثمن كاملاً للبائع، و بذلك تخلص له ملكيته بأثر رجعي من تاريخ عقد البيع، كما يكون للمشتري الانتفاع بالمبيع قبل التسديد الكلي لثمنه، و يبقى انتقال الملكية معلقاً على سداد آخر قسط¹.

¹ - عربي باي يزيد، المرجع السابق، ص 83. و عبد الحق الصافي، المرجع السابق، ص 63.

2-3- البيع الابتدائي:

يعد العقد الابتدائي مرحلة تمهيدية لإعداد العقد النهائي، و يعتبر هذا العقد وعدا بالبيع و الشراء ملزما للجانبين، يتفق فيه على جميع المسائل الجوهرية للعقد مع تحديد زمن اتفائي لإتمام العقد النهائي¹، و هو أساس التمييز بينه و بين عقد البيع على التصاميم الناقل للملكية، الذي يعد تاريخه هو تاريخ إبرام العقد النهائي رغم استكمالها لاحقا بمحضر التسليم، الذي لا يشترط لإتمام العقد و لكن لإثبات الحياة الفعلية لمبنى مطابق بعد تسليم شهادة المطابقة، في حين أن تاريخ العقد الابتدائي لا يعتد به كتاريخ لبداية العقد، بل العبرة بتاريخ العقد النهائي الفاسخ للعقد الابتدائي².

علما أن المشرع المغربي اعتبر عقد البيع على التصاميم عقدا تمهيديا، لا ينقل ملكية العقار إلا بعد الإنهاء الكامل للأشغال و إبرام العقد النهائي³.

2-4- بيع الأشياء المستقبلية:

تنص المادة 92 من القانون المدني الجزائري على جواز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو محققا، و باعتبار أن محل عقد البيع على التصاميم هو بناية أو جزء من بناية غير موجودة وقت التعاقد و لكنها مؤكدة الوجود مستقبلا، و منه يمكن أن يدخل هذا العقد تحت هذا النوع من البيوع، و لكن الأمر الفاصل بين النوعين هو الأرض محل البناء، ذلك أن بيع الأشياء المستقبلية يرد على شيء غير موجود بتاتا و بالتالي لا تنتقل فيه الملكية بمجرد انعقاد العقد⁴، بعكس عقد البيع على التصاميم الذي تنتقل فيه ملكية الأرض إلى

¹ - خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1996 ص 47.

² - المرجع نفسه، ص49.

³ - عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص من 68 إلى 76.

⁴ - خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص113.

المكتتب بمجرد إبرامه¹.

بعد عرضنا لتعريف عقد البيع على التصاميم، و تمييزه على غيره من العقود، نخلص إلى أن عقد البيع على التصاميم هو عقد ذو طبيعة خاصة، هذه الخصوصية التي تكمن في إدراجه ضمن أحكام البيع في الترقية العقارية، و لولا ذلك لنظمت أحكامه وفقا للقواعد العامة، خصوصا فيما يخص بيع عقار مبني الواردة في نصي المادة 25 و 26 من القانون 04-11- أين تنعدم العلاقة بين المرقى و المكتتب أثناء فترة الإنجاز، ذلك أن المكتتب في هذه الحالة يعد مشتريا لعقار تام الإنجاز جاهزا للاستعمال، و عليه من المفترض أن تحكمه قواعد البيع العامة؛ غير أن نية المشرع في توسيع نطاق الحماية كما سبق بيانه أدخل هذا النوع من البيوع في الترقية العقارية، و منه فعقد البيع على التصاميم هو عقد بيع من طبيعة خاصة يشترك مع عقود البيع الأخرى في كونه ناقلا للملكية² مع الاختلاف في تاريخ انتقالها، و خاص من حيث الالتزامات و الضمانات المقررة له.

3- خصائص عقد البيع على التصاميم:

كغيره من عقود، يتميز عقد البيع على التصاميم بجملة من الخصائص هي:

3-1- أنه عقد تبادلي:

أي ملزم للجانبين، يدفع بموجبه المكتتب دفعات مالية مقابل إنجاز المرقى العقاري للبناء أو جزء منها و نقل ملكيتها تباعا للمكتتب.

3-2- أنه عقد ناقل للملكية:

بخلاف عقد حفظ الحق، عقد البيع على التصاميم ينقل الملكية في العقار، كونه رسمي

¹ - اعتمد المشرع الفرنسي طريقة بيع عقار في طور الإنجاز، و أخضعه لكيفيتي بيع -البيع الآجل- Vente à terme الذي يقابله عقد حفظ الحق في القانون 04-11، و البيع المستقبلي Vente en état futur d'achèvement ما يقابله عقد البيع على التصاميم في القانون 04-11، و عليه فإن عقد البيع على التصاميم هو العقد المستقبلي في القانون الفرنسي، أنظر في ذلك: Malinvaud(PH) et autres, opcit.p377 .

² - محمد لموسخ، الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم، مجلة المنتدى القانوني جامعة ورقلة، العدد السادس، 2012، ص57.

و مشهر لدى المحافظة العقارية، سواء في المرسوم التشريعي 93-03 أو في القانون 11-04، ذلك أن المادة 35 منه أوجبت إخضاع هذا البيع للشكالية المطلوبة في البيع العقارية، و منه ترتيب الأثر العيني مباشرة.

و قد استقر قضاء المحكمة العليا عل وجوب الشكالية في عقد البيع على التصاميم في عدة مناسبات، إذ أوجب تحريره في شكل رسمي مع تسجيله و شهره¹ تحت طائلة البطلان².

3-3 - أنه عقد وارد على بنايات جديدة:

و هو أمر بديهي، كون عقد البيع على التصاميم يتم بناء على معاينة المخططات فقط لا لعمل تام، و منه لا يتصور إبرامه بشأن مباني قديمة أو مرممة مثلاً.

يبقى عقد البيع لعقار مبني المشار إليه في المادتين 25 و 26 من القانون 11-04 الذي لم ينظم المشرع أحكامه كما فعل مع العقدين السابقين، فهل نفهم من ذلك أنه يحيلنا على القواعد العامة لعقد بيع عقار قائم و موجود وقت التعاقد؟ هذا ما سنراه لاحقاً.

¹ - قرار الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا رقم 664290، الصادر بتاريخ 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 2 لسنة 2011، ص 368.

² - قرار الغرفة العقارية لدى المحكمة رقم 436937، الصادر بتاريخ 2008/11/19، مجلة المحكمة العليا، عدد 2 سنة 2008، ص 193.

المبحث الثاني:

شروط قيام المسؤولية العقدية

يجب لقيام المسؤولية العقدية توافر الشروط العامة للمسؤولية كونها ليست مفترضة. و شروط المسؤولية العقدية هي أركانها و هي ثلاثة: الخطأ العقدي (المطلب الأول) و الضرر و علاقة السببية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الخطأ العقدي (وقوع إخلال بالتزام عقدي):

أول شرط لقيام المسؤولية العقدية للمتدخلين في المشاريع العقارية الواقعة على إنجاز بناية أو جزء من بناية، هو الإخلال بالتزامات التعاقدية بموجب عقد المقاولة، كل حسب دوره في عملية الإنجاز، من المرقى العقاري، إلى مكاتب دراسات، فالمقاولين في مرحلة أولى (الفرع الأول) ، ثم الإخلال بالتزامات أطراف عقد البيع من المرقى العقاري و المقتني في مرحلة ثانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الخطأ العقدي للمتدخلين في عقد المقاولة:

المتدخلين في مرحلة الإنجاز بناء على عقد المقاولة، هم كل من مكاتب الدراسات و المقاول و المرقى العقاري بوصفه رب العمل، و توحيدا للمصطلحات، ستكون العبارة الدالة على المرقى في هذا الجزء من الدراسة هي عبارة رب العمل كون المرجعية القانونية في دراسته هو القانون المدني، و فيما يلي تفصيل معطيات هذا الشرط.

أولا: الخطأ العقدي للمرقى العقاري رب العمل:

يعتبر المرقى العقاري رب العمل في عقد المقاولة، وعليه أن يلتزم بالتزاماته التي تتمثل في هذه المرحلة في: الالتزام بما هو ضروري لتنفيذ العمل، و دفع الأجر المستحق عن كل

1-التزام المرقى العقاري بما هو ضروري لتنفيذ الأشغال:

1-1- الالتزام بعمل إيجابي: و يتمثل هذا الالتزام في:

د- و يدخل ضمن التزامات رب العمل (المرقى العقارى)، الالتزام بالإعلام و الإرشاد بإبلاغ المقاول عن كل ما قد يواجهه فى بيئة الأشغال سواء أضرار الجوار، أو طبيعة

⁴ -عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص144. و فاطمة عكو، التزامات رب العمل في عقد مقاوله البناء مذكرة محستير، فرع عقود و مسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2004-2005، ص 195-196.

المسالك المؤدية إليه نظرا لتأثيرها على نوعية الآلات و المركبات المستعملة، عوامل الطبيعة و العراقيل المالية التي قد تواجهه.... إلخ.

هـ- كما يلتزم رب العمل بتوفير الموارد المالية اللازمة لتنفيذ المشروع، سواء عن طريق التمويل الذاتي أو عن طريق التمويل البنكي أو بالسهر على تحصيل دفعات المقتنين بانتظام لضمان التمويل المستمر للمشروع العقاري¹.

1-2- الالتزام بعمل سلبي:

أما عن الالتزام السلبي لرب العمل، فيتمثل في الامتناع عن عرقلة سير الأشغال، ذلك أن الخاصية الأساسية في عقد المقاولة هي الاستقلالية في التنفيذ. و من أهم صوره: أ- الامتناع عن التدخل في عمل المقاول بما يعطل الأشغال أو يقلل من جودتها كالتقشف في النفقات وتقديم مواد غير مطابقة.

ب- الامتناع عن التعسف في حق التعديل الممنوح لرب العمل في التصاميم مما يؤدي إلى عدم التناسق فيها، أو إلى صعوبة إنجازها على أرض الواقع، أو إلى هدم ما أنجز².

ج- الامتناع عن التدخل الذي من شأنه أن يزيد في كلفة الأشغال و بالتالي تجاوز المقاييس المنجزة من طرف مكاتب الدراسات مما قد يؤدي إلى إشكالات في دفع الأجر. بتعبير آخر، يجب على رب العمل الامتناع عن كل مسبب لتعطيل الأشغال أو توقيفها.

2- التزام المرقى العقاري بدفع الأجر المستحق عن كل مرحلة:

لن نفصل كثيرا في هذا الالتزام، لأن الحديث عن الأجر سيأتي لاحقا، لكن ما يجب تناوله في هذه المرحلة، هو وجوب تسوية كل وضعية مالية للمقاول على حده، وهو ما يعرف في الجانب العملي بـ "Honoré les Situations"³، أي تصفية الفواتير المعروضة

¹ - راجع المادة 01 من القرار الوزاري المشترك الصادر في 2012/12/06 المتعلق بإثبات الموارد البشرية الكافية

لاكتساب صفة المرقى العقاري، منشور في الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 2013، المؤرخة في 2013/01/13.

² - Christophe Ponce. op.cit.p 37.

³ - Ibid, p 39.

على المرقى العقاري من طرف المقاولين أو المهندس التنفيذي (مكتب الدراسات)، ذلك أن كل وضعية مالية تحتوي على أجور العمال و كلفة المواد و غيرها.

عدا ذلك، تقضي المادة 559 ق.م.ج بأن تدفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك، على هذا الأساس، قد يكون الاتفاق في عقد المقاولة على دفع تسبيقات على كل مرحلة، وهو السائد في التعامل في هذا المجال؛ أي يجب دفع الأجر في الوقت المتفق عليه¹. كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 281 ق.م.ج أنه: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

و رجوعا إلى نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 في البند المتعلق بأجل التسليم، نجده وضع جدولا زمنيا لمراحل التسليم أعقبه بما يلي: "إن انتهاء مرحلة معينة، قبل انقضاء الأجل الأقصى المحدد أعلاه، يمنح الحق لدفع الاستحقاق الموافق لها، من طرف صاحب المشروع وتحت مسؤوليته، وتقع المصاريف على عاتق البائع"، أي بمفهوم المخالفة، هو استحقاق أجرة المقاول وكل متدخل معه في هذه المرحلة موازاة مع الانتهاء من كل مرحلة من الأشغال.

رغم أن صياغة هذا البند جاءت غير مباشرة، بأن ذكر في البداية "صاحب المشروع" باعتبار المرقى رب عمل، ثم ذكر "البائع" باعتبار المرقى العقاري بائعا، أي أن المشرع فصل بوضوح في هذا البند موقع المرقى العقاري من عقد المقاولة، وعقد البيع.

ثانيا: الخطأ العقدي لمكاتب الدراسات:

يعد المهندس أو مكتب الدراسات أول متدخل مع رب العمل في عملية الإنشاء المعماري، حتى قبل المقاول المنفذ، ذلك أن مهمته تمتد على ثلاث مراحل، مرحلة ما قبل البدء في التنفيذ، مرحلة التنفيذ ثم التسليم. و ما يهمنا في هذا الفصل هو مرحلتي ما قبل

¹ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 198. و عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 158.

و أثناء التنفيذ، أين تقوم مسؤوليته بمناسبة الإخلال بالتزاماته التعاقدية عن عمله، ثم تمتد هذه المسؤولية إلى مسؤوليته عن أعمال الغير -المقاول-.

و يمكن القول بأن مسؤولية المهندس تمتد زمنيا في مواجهة رب العمل، امتداد مهمته وفقا لعقد المقاولة، فقد تنتهي قبل البدء في التنفيذ، كما قد تستمر إلى التنفيذ الكلي للمشروع، و عليه سنقسم الدراسة إلى مرحلتين، ما قبل و أثناء التنفيذ، أما مرحلة ما بعد التنفيذ فسيأتي بيانها لاحقا.

1- الخطأ العقدي لمكاتب الدراسات قبل البدء في التنفيذ:

تنقسم هذه المرحلة إلى مرحلتين، مرحلة دراسة المشروع، ثم مرحلة إعداد التصاميم و المقاييسات، أين سنبين أوجه إخلال مكاتب الدراسات بالتزاماتها من خلال بيان تلكم الالتزامات.

1-1- الالتزام بدراسة المشروع:

أول التزام يترتب في ذمة المهندس هو إعداد المشروع الأولي، فالتمهيدي فالنهائي¹. و باعتباره المحترف في علاقته برب العمل، يتعين عليه أن يتخذ جميع الإجراءات و الاحتياطات اللازمة لضمان نجاح المشروع على أرض الواقع، و إعداد دراسة مطابقة للغرض المحدد من قبل رب العمل مع تقييم تقديري لكلفة الأشغال و مدة الإنجاز.

كما أن من أهم التزامات المهندس في هذه المرحلة دراسة تربة الأرض التي سيقام عليها البناء، و إذا قلنا مكتب دراسات طبقا للقانون 11-04، فتعهد بهذه المهمة إلى المهندس المدني. و يتعين دراسة الأرض في هذه الحالة من خلال التأكد من خلوها من الموانع القانونية أو الطبيعية.

أما عن الموانع القانونية، فتتمثل في التأكد من ملكية الأرض لرب العمل عن طريق المطالبة بكل الوثائق المثبتة لها، ذلك أنها قد تكون منزوعة الملكية لفائدة الدولة أو ملكا للغير.

¹ - المادة 05 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988.

و أما عن الموانع الطبيعية، فتتمثل في التعرف على التكوين الجيولوجي للتربة إن كانت رملية، رخوة لا تتمتع بالصلابة لتحمل أثقال البناء، ملحية تؤدي إلى تآكل الأسياخ الحديدية كما تمتد إلى مراقبة المحيط المجاور للأرض محل البناء إن كانت على حافة نهر أو بحر مهددة بتلاطم الأمواج.... إلخ¹. و عليه، يجب على المهندس أو مكتب الدراسات أن يخطر رب العمل بحالة التربة و فيما إن كانت معيبة، و هل يمكن إصلاح العيب أولاً².

أما عن حدود مسؤولية المهندس، فتقف عند ما يمكن اكتشافه من عيوب، أما ما خفي منها و استحالة تبيينها مهما بلغت الخبرة و الكفاءة الفنية³، حتى باستعمال الأساليب التقنية و المخبرية الحديثة و الخرائط الجيولوجية، فلا يسأل عنها المهندس.

إسقاطاً لما سبق على مكاتب الدراسات، أين يوزع العمل على كل مهندس أو تقني بحسب اختصاصه، يتعين على المهندس المكلف بدراسة التربة، و الذي غالباً ما يكون مهندساً مدنياً أو طبوغرافياً، أخذ العناية اللازمة للتأكد من المعطيات السابقة.

نضيف في هذا الإطار جانباً مهماً في الدراسة الأولية للمشروع كثيراً ما يغفل، و هو الدراسة الاجتماعية و النفسية لتأثيرات المشروع في بيئة الإنجاز. نجد هذا النوع من الدراسات خصوصاً في القطاع العام، أين يتدخل علم الاجتماع في تحديد معالم المشاريع العقارية بحسب طبيعة المنطقة و انتمائها و حضارتها و تاريخها، ثم علم النفس في تصميمها الهندسي؛ ثم دراسة المناخ لمعرفة اتجاه الرياح و مواطن الحرارة و البرودة لتحديد العلو اللازم للبناء هذه معطيات تلقيناها من عند الفاعلين في مجال التعمير، و هي

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص721.

² - المرجع نفسه، ص723.

³ - أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب و الصيدلي و المحامي و المهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2010، ص290.

الدراسات التي يغلب اعتمادها في القطاع العام، بعكس القطاع الخاص الذي يسعى غالبا للربح فقط.

و الملاحظ هو اجتماع العديد من الاختصاصات الهندسية و التقنية في مكاتب الدراسات ، الأمر الذي يوضح مدى اتساع هذا المصطلح و نتائجه على أحكام المسؤولية. مما سبق، يعتبر إخلالا بالالتزام بدراسة المشروع، التهاون في دراسة التربة و طبيعة الأرض محل إقامة المشروع، و عدم الدقة في تحديد التقييم الأولي و مدة الإنجاز و كذا التماطل في إعداد المشروع نفسه.

1-2- التزام مكاتب الدراسات بإعداد التصاميم:

تنص المادة 05 من القانون 04-05¹ المعدلة للمادة 55 من القانون 90-29 على وجوب إعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء من طرف مهندس معماري معتمد. و يجب أن يتضمن المشروع المعماري التصاميم و المستندات المكتوبة اللازمة. تعد مهمة إعداد التصاميم جوهر العمل الهندسي، مفادها وضع تصور كامل و مفصل للمشروع و ربطه بطبيعة و تقاليد و عادات المنطقة التي سيقام فيها. يتضمن الالتزام بإعداد التصاميم وضع الرسومات الهندسية Plan وإعداد المقاييسات Devis التي سينفذ المشروع وفقا لها. و في هذا الإطار، يصمم المهندس المعماري أو المهندس المصمم رسومات هندسية تمهيدية، ليليها إعداد التصميم التمهيدي للمشروع ثم أخيرا تصميم المشروع التنفيذي النهائي²، مع الحرص على وضع رب العمل في الصورة في كل مرحلة.

أما عن الرسومات الهندسية، فتبين أساسات المبنى، هيكله الإنشائي، حجم البناء

¹ - القانون 04-05، المؤرخ في 14/08/2004، المعدل و المتمم للقانون 90-29 المؤرخ في 01/12/1990، المتعلق بالتهيئة و التعمير، ج.ر. عدد 51، الصادرة بتاريخ 15/08/2004.

² - المادة 5 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المشار إليه سابقا 1988.

و تقسيماته أو مكوناته¹.

و أما عن المقاييس فتتمثل "ببينا مفصلا للأعمال الواجب القيام بها و المواد الواجب استخدامها في هذه العملية، و الأجرة الواجب دفعها عن كل عمل، و المواد التي تستخدم"². و ينقسم إلى مقاييس وصفية Descriptive فيها بيان تفصيلي بالمواد الواجب استخدامها في تنفيذ البناء؛ مقاييس كمية Quantitative متضمنة لتقدير أحجام و مساحات أو مسطحات الأعمال؛ و مقاييس تقويمية أو تقديرية estimative فيها تقدير لتكاليف الأعمال³.

يتعين على المهندس واضع التصميم، معماريا كان أو مصمما، أن يأخذ بعين الاعتبار كل المقومات المحيطة بالمشروع من أرضية البناء (التربة)، إلى مناخ المنطقة إلى موقع الأرض مساحة و حجم البناء، عدا ما تعلق منها بحالة القوة القاهرة من كوارث غير متوقعة، فهي تخرج من إطار مسؤوليته عند وضع التصميم⁴.

و يتوخى المهندس عند وضع التصاميم، الالتزام بالأصول الفنية الملزمة لكل محترف في مجاله، مع مراعاة القوانين و التنظيمات المعمول بها في مجال البناء و التعمير. علما أن حتى استجابته لرب العمل في وضع التصاميم لا تعفيه من المسؤولية، كونه صاحب حرفة و اختصاص، و الأدرى بما يحكمها عرفا و قانونا؛ غير أن مدى احتراف رب العمل يلعب دورا في الحد من مسؤولية المهندس في هذا الإطار⁵ حالة اعتماده

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 46. و زهرة عبد القادر ، نطاق الضمان العشري للمشيدين، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي، رسالة دكتوراه في العلوم فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق باتنة، 2008-2009 ص134.

² - فؤاد كامل، المرجع السابق، ص 32.

³ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص48.

⁴ - Voir en ce sens Albert Caston et autres , op.cit, p 53 .

و عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 749. و أحمد شعبان محمد طه، ص280.

⁵ - George Liet Veaux, responsabilité contractuelle de droit commun des architectes, Fasc.355-10, 1999, Alin 12 .

لتصميمات غير تلك المقدمة من طرفه، شريطة لفت انتباه رب العمل لعواقب التصميمات المختارة¹.

ما يجدر توضيحه في هذا الشأن، هو أن التصميم على الورق لا يشكل خطراً على البناء ما دام لم ينفذ على الواقع معيباً؛ ولكن الالتزام المترتب في ذمة المهندس المصمم هو مطابقة تصميماته لما يقتضيه عمله بغض النظر عن تنفيذها من عدمه.

ومن مظاهر هذه الأخطاء، عدم كفاية الأساسات لحمل المبنى بسبب عدم مراعاة طبيعة التربة و تكوين الموقع جيولوجيا وما يستلزمه من تكوين خاص للمواد المستعملة² المحددة في المقاييسات؛ الخطأ في تصميم الأسقف بما يكفل عدم سقوطها، عدم الدقة في وضع المقاييسات بأنواعها، مخالفة التصميمات للغرض المخطط له من المبنى، عدم توافر شروط الراحة و السهولة في المبنى (درج، مصاعد، تهوية)³ و عدم احترام أصول الفن و المهنة والنصوص التنظيمية.

علما و أن مسؤولية واضع التصميم تتوقف عند حدود ما اتفق عليه مع رب العمل. فإذا كان الاتفاق على مواصلة المهمة لتشمل الإشراف على التنفيذ، امتدت مسؤوليته وفقا لها؛ أما إذا لم يكلف بمهمة الإشراف على التنفيذ، فتقف مسؤوليته عند أخطاء التصميم و توابعه فقط طبقا للمادة 555 ق.م.ج. و هو ما اعتمده القضاء الفرنسي، إذ أنه ينفي المسؤولية عن المهندس المصمم غير المكلف من طرف رب العمل بالرقابة و الإشراف على الأعمال، فمسؤوليته محصورة ضمن المهمة المكلف بها⁴.

¹ - زهرة عبد القادر، المرجع السابق، ص 136.

² - و محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 57-58. 57-58. cit p57 - Albert Caston et autres, op.

³ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص من 52 إلى 53. و أحمد شعبان محمد طه، المرجع السابق ص من 275 إلى 284.

⁴ - George Liet -Veaux, Responsabilité contractuelle de droit commun des architectes, juriss-classeur, 2000, Fasc. 335-10, Alin. 5. Philippe Le Tourneau, Loic Cadiet, Droit de la responsabilité, Dalloz, 1996, p 526.

و رجوعا إلى القانون 11-04، ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري بالتوافر على الخبرة و الكفاءة، مما يحد من مسؤولية المهندس في هذا المجال، خصوصا إذا علمنا أن أغلب مؤسسات الترقية العقارية الناشطة في الميدان، هي إما لمقاولين محترفين أو لمهندسين معماريين؛ وحتى في غير هذا الفرض الواقعي، فشرط الدراية الفنية المشروط في المرقى العقاري يصنفه في خانة الاحتراف، خصوصا حالة العيوب الظاهرة في التصاميم، كمخالفة الارتفاعات القانونية للمباني و المنشآت، أين تجتمع مسؤولية المرقى كرب عمل و المقاول كمنفذ إلى جانب المهندس. أما ما خفي منها و تعذر معاينته فلا يكون المهندس المصمم هو المسؤول الوحيد عنها¹.

السؤال الذي يثار في حالة مكاتب الدراسات، هو عن مسؤوليتها في مواجهة المرقى العقاري، إن كانت تقع على المكتب بصفته الشخص المعنوي المتعاقد مع المرقى، أم أنها تقتصر على المهندس المصمم فقط؟.

نرى في ذلك أن اعتماد المشرع لمصطلح مكاتب الدراسات، إنما الغرض منه توسيع المجال الشخصي للمسؤولية على صعيد القواعد العامة و الخاصة، ومنه نرى توجه نية المشرع إلى تسهيل عملية رجوع المتضرر عليها حالة الأخطاء و قيام مسؤوليتها العقدية. فيكون مكتب الدراسات كشخص معنوي، هو المسؤول في مواجهة المرقى العقاري بغض النظر عن المنفذ الفعلي للعمل.

2- الخطأ العقدي لمكاتب الدراسات بمناسبة التنفيذ:

بما أن المشرع الجزائري وسع نطاق المسؤولية إلى مكاتب الدراسات، و منه تكون مهمة هذه المكاتب شاملة بحسب طبيعة العقد، من التصميم إلى التنفيذ، إشرافا و رقابة و إدارة للمشروع، كما تشمل مهمتها مساعدة رب العمل في اختيار المقاولين المناسبين لتنفيذ المشروع و استلامه.

¹ - نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء و الأشغال الخاصة و العامة، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، 2001، ص294.

2-1- الالتزام بالإشراف و الرقابة على التنفيذ:

يرتب الانتقال من المرحلة النظرية للمشروع إلى المرحلة التنفيذية، التزامات جديدة و بالتبعية، تدخل أطراف أخرى في عملية البناء كالمقاولين و المقاولين الفرعيين و غيرهم من المتدخلين، أين تظهر مسؤولية المهندس أو مكتب الدراسات كمشرف على التنفيذ و مراقب لنشاط هؤلاء الفاعلين في المشروع.

تتجلى مهمة المهندس التنفيذي في هذه المرحلة في أمرين ذكرهما المشرع الجزائري هما الرقابة و إدارة الأعمال¹.

و عليه، لا بد من البحث في نية المشرع، إن كان بتوحيد معنى المصطلحين (المهمتين) أم أنه قصد الفصل بينهما، علما أن كلا المصطلحين ينطويان تحت مهمة الإشراف على التنفيذ، التي تعرف بأنها السلطة الممنوحة للمهندس التنفيذي للوقوف على التنفيذ السليم لأعمال البناء، مطابقة للتصاميم و للقواعد الفنية و التنظيمية من طرف المقاولين المنفذين فهو يقوم على حسن سير العمل في الورشات، مصدرا في ذلك التوجيهات اللازمة².

أما عن مصطلح الرقابة الوارد في نص المادة 555 ق.م.ج فالمقصود به هو متابعة أشغال الإنجاز و السهر على حسن التنفيذ، و الحرص على التطبيق الفعلي للتوجيهات المقدمة على أرض الواقع. و أما عن مصطلح الإدارة -إدارة الأعمال- الوارد في نص المادة 563 ق.م.ج فتعني كفالة السير الطبيعي للأعمال بغية إنجازها في الوقت المناسب³.

¹ - المادتين 555 و 563 من القانون المدني الجزائري.

² - أحمد شعبان طه، المرجع السابق، ص 287.

³ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 72 . حامدي بلقاسم، المسؤولية العقدية للمهندس المعماري قبل تسليم الأشغال، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، باتنة، 2004-2005، ص 34.

و تعد مهمة الإدارة أوسع نطاقا من مهمة الرقابة على التنفيذ، كون الإدارة تتضمن في ذاتها رقابة على التطبيق الفعلي للتوجيهات الصادرة من طرف المهندس التنفيذي بموجب سلطة الإدارة الممنوحة له¹. و عليه، إن كانت مهمة الإدارة Direction تعني تنظيم العمل، فالرقابة Surveillance تعني التأكد من حسن سير العمل.

و للإشارة ، فقد وحد المشرع الفرنسي بين التزامي الرقابة و الإدارة، كما أن فحوى هذا الالتزام لا يوجب التواجد الدائم للمهندس التنفيذي في موقع المشروع، إلا حالة أهمية مرحلة الإنجاز²، فإن كانت طبيعة العمل تستوجب الحضور الشخصي للمهندس المنفذ كان لا بد من تواجده أثناءها.

أما عن حدود مسؤولية المهندس التنفيذي فمتشعبة تشعب التزاماته و تعدد المتدخلين في مرحلة الإنجاز، و بذلك:

- يسأل المهندس التنفيذي عن تهاونه في مراجعة التصميمات من حيث مطابقتها للمعايير المعمول بها، ذلك أنه حالة تكليفه بمهمة شاملة كحالة مكاتب الدراسات غالبا، لا يثور الإشكال، كونه سيتدارك لا محالة أخطاء تصميمه و إلا قامت مسؤوليته عنها؛ أما إن كان المهندس المصمم غير المهندس التنفيذي، فيسأل هذا الأخير عن أخطاء سابقة باعتباره محترفا في مجاله، مما يلزمه بتصحيح الأخطاء الواردة في التصاميم و الامتناع عن تنفيذها معيبة و لو تحت إصرار رب العمل؛ بمعنى آخر، يقع عليه التأكد من خلو التصاميم من الأخطاء قبل وضعها موضع التنفيذ.

- كما يسأل عن إهمال مراقبة صلاحية المواد المستخدمة و مطابقتها للمعايير و المواصفات المحددة في المقاييسات، و كذا تأكده من صلاحية التربة و ملاءمتها لتنفيذ الأعمال.

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 78.

² - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 91-92 . Albert Caston et autres, op.cit.p 59 et suiv

- و يعد مسؤولاً عن إهماله في مراقبة أشغال التنفيذ التي يقوم بها المقاول، ذلك أنه يعد الرقيب الأول على أعمال هذا الأخير، و تكون مسؤوليته مشتركة مع المقاول عن سوء التنفيذ أو عن أخطائه. و تتم عملية المراقبة في هذه المرحلة عن طريق الزيارة المستمرة لموقع العمل و معاينة الأعمال و مدى مطابقتها، هذه الزيارات التي تسمح للمهندس باكتشاف عيوب التنفيذ المادي للأعمال، و عليه تقوم مسؤوليته حالة إهمال هذا الالتزام¹.

و يلتزم المهندس إضافة إلى ما سبق باحترام آجال التنفيذ، متضامناً في ذلك مع المقاول المنفذ باعتبار هذا الالتزام من توابع الإدارة الجيدة لأعمال التنفيذ، خصوصاً و أن كل تأخر في تسليم الأشغال كما سنرى لاحقاً، تترتب عليه جزاءات مالية قد تكون معتبرة. و من بين مظاهر قيام مسؤولية مكتب الدراسات عن عدم احترام الآجال، الحصول على ترخيص غير قانوني ثم تم إلغاؤه².

كما يمتد التزام المهندس المنفذ إلى مرحلة الاستلام، أين يلتزم بمعاونة رب عمل حول قبول العمل بتحفظات أو بدونها؛ و إن كان بتحفظات، فعليه مراقبة إزالتها و إبلاغ رب العمل بذلك.

2-2- الالتزام بمساعدة رب العمل:

يمتد هذا الالتزام بحسب مهمة المهندس، فإن كانت منذ بداية الدراسة الأولية للمشروع فيلتزم بمساعدة رب العمل في الحصول على التراخيص اللازمة كرخصة البناء مثلاً، و قبلاً مساعدته في تكوين ملفها، و كذا الحصول على رخص الهدم إن احتاج الموقع للهدم و غيرها من الوثائق اللازمة للبدء في المشروع.

كما يساعده في اختيار المقاولين المناسبين لتنفيذ المشروع، علماً أن هذا الالتزام ليس

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 777-778، محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 100.

² - بطوش كهنية، المسؤولية المدنية المهندس المعماري، مذكرة ماجستير، فرع قانون المسؤولية المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي و العلوم السياسية، نيزي وزو، 2012، ص 29

التزاما بتحقيق نتيجة و لكنه التزام ببذل عناية الرجل العادي¹.

2-3- الإخلال بالالتزام بالإعلام والإرشاد:

هو الالتزام الممتد على جميع مراحل تنفيذ العقد، من وضع التصاميم و إعداد المقاييس إلى مرحلة التنفيذ، فالاستلام.

و مفاد هذا الالتزام، تقديم النصح اللازم لرب العمل بداية، ثم للمنفذين الميدانيين للمشروع، ذلك أن المهندس يعد مستشارا لزبونه و محط ثقته، قبل ، أثناء و بعد الانتهاء من الأشغال². أما عن مظاهر الإخلال بهذا الالتزام، فتتمثل في عدم إعلام رب العمل بعيوب التصميم الذي ليس من إعدادة، السكوت عن الإرشاد لتجاوز المصاعب في الإنجاز و عدم الحرص على ترشيد النفقات بما لا يضر بالذمة المالية لرب العمل و لا بجودة الأشغال، عدم إعلام رب العمل بشأن مخاطر الجوار غير المألوفة بملكية الجار، مما قد يجره إلى نزاعات قضائية تعيق المسار المنتظم للأشغال.

لا تعد مظاهر الإخلال بهذا الالتزام و لا تحصى، كونها مرتبطة أساسا بالالتزام حسن النية في تنفيذ العقود، الذي يقوم أساسا على مدى صحوه الضمير المهني و الأخلاقي، ثم لارتباطها بورشة عمل لا تعد أخطارها و مفاجآتها و لا تحصى.

2-4- الإخلال بالتأمين من المسؤولية المدنية:

مفاد التأمين من المسؤولية المدنية هو اكتتاب عقد لدى إحدى شركات التأمين بهدف تحملها لتبعات الأضرار الناجمة عن الأخطاء المهنية، عن آثار المسؤولية التقصيرية و حتى عن آثار المسؤولية العقدية. فالهدف من تأمين المسؤولية المدنية مزدوج، فمن جهة فيه حماية للذمة المالية للمسؤول³ بإزالة ما يصيبها من ضرر نتيجة قيام مسؤوليته الخطئية

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 209.

² - Albert Caston et autres , op.cit.p 50 et suiv.

³ - بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية و التطبيق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2010 ص 118.

أو المفترضة، و من جهة أخرى، فيه سرعة في عملية تعويض المضرور جراء هذه الأخطاء.

تنص المادة 175 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات على ما يلي: "على كل مهندس معماري و مقاول و مراقب تقني و أي متدخل، شخصا طبيعيا كان أو معنويا أو يكتتب تأميننا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء و تجديد البناءات أو الترميمات....". كما جاء في نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 95-414¹ على أنه: "يجب على المتدخلين في البناء سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين أن يكتتبوا تأميننا من مسؤوليتهم المدنية المهنية التي يمكن أن تتجر مما يأتي:

- الدراسات و التصاميم في الهندسة المعمارية.
- الدراسات و التصورات الهندسية.
- تنفيذ أشغال البناء على اختلاف أنواعها فيما يخص صلابتها و رسوخها، أو فيما يخص أي شيء من شأنه أن يعرض أمن المنشآت للخطر.
- المراقبة المستمرة لنوعية مواد البناء، و تنفيذ الأشغال.
- الرقابة التقنية لتصميم المنشآت.
- متابعة ورشات البناء و ترميم المباني." علما أن هذا المرسوم جاء تطبيقا لأحكام المادة 175 أعلاه.

أصبح المشرع الجزائري نوعا من إجبارية التأمين في مجال الإنشاءات المعمارية² لتغطية الأضرار التي قد تلحق برب العمل نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية في مختلف

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 95-414، المتعلق بإلزامية التأمين في مجال البناء و مسؤولية المتدخلين المدني و المهنية منشور في الجريدة الرسمية عدد 76، الصادرة في 10/09/1995.

² - نص المشرع الفرنسي كذلك على إجبارية تأمين المهندس المعماري عن أضرار المباني في المادة 241-1 من قانون التأمينات، لم يأخذ طابع الإلزام إلا منذ 1940، ثم كرس في القانون 78-12، و يسأل طبقا لأحكام المادة 1792 المتعلقة بالضمان العشري. راجع في ذلك: Roger Saint-Alary, Corinne Saint-Alary-Houin, Droit de la

المراحل، و حتى بعد الانتهاء من الأشغال فيما يخص الضمان العشري المنصوص عليه في المادة 554 ق.م.ج، المكرس في المادة 178 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات. كما يغطي الأضرار التي تصيب الغير خلال فترة التأمين جراء تعيب المبنى أو تهدمه كلياً أو جزئياً.

يهدف التأمين أساساً إلى كفالة حماية خاصة للمضرورين، كونه يؤمن سرعة التعويض، ذلك أن " القانون في هذا المجال، يعطي الأولوية لإصلاح الضرر و تأمين المضرور، قبل البحث في تحديد المسؤولية و عناصرها و ما قد يستتبع ذلك من صعوبات في الإثبات و التأخر في التعويض"¹.

يثور التساؤل حول الملزم بالتأمين في مكاتب الدراسات، هل يكون المهندس المعماري فقط أم لكل مهندس مهما كان تخصصه؟.

عند الرجوع إلى المادة 175 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات، نجدها تنص على المهندس المعماري ثم تضيف "كل متدخل"، و عليه، إعمالاً للتوسع الذي جاء به المشرع الجزائري في القانون 11-04، يمكن القول بأن مكتب الدراسات ملزم بتأمين مسؤوليته المدنية، و يتحمل في ذلك المسؤولية عن كل متدخل معه بغض النظر عن تأمينه من عدمه، و مثال ذلك، أن مكتب الدراسات هو مكتب دراسات هندسة مدنية، متعاقد مع مرقى عقاري لإنجاز مشروع معماري، و تم الاتفاق على تكليفه بمهمة شاملة، (كون العبرة في دور مكتب الدراسات بالمهمة المسندة إليه لا بالاختصاصات المكونة له)، هنا يلتزم مكتب الدراسات بتأمين مسؤوليته المدنية المهنية، و يلزم المتدخلين معه بتأمينها تحت طائلة تحمله لجميع تبعات أخطاء المتدخلين معه إن لم يكونوا مؤمنين.

و عليه، فالتأمين شامل للمسؤوليتين العقدية و التقصيرية، و يتم تعويض المضرور

construction, Mémontos, 8^{ème} édition, Dalles, Paris, 2006, p 173 et suiv ; voir aussi Malinvaud (ph) et autres, op.cit.p 236 ex

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 272.

أكان رب العمل أو الغير بحسب بنود عقد التأمين، من المسؤولية¹.

ثالثا: الخطأ العقدي للمقاول:

سنتناول لبيان الخطأ العقدي للمقاول مختلف التزاماته التعاقدية و صور الإخلال بها و حدود مسؤوليته. و تتمثل التزامات المقاول أثناء فترة الإنجاز في إنجاز العمل محل عقد المقاول، اتخاذ العناية اللازمة لإنجازه، إنجازها في الآجال، إضافة إلى الالتزام بالإعلام.

1- الخطأ العقدي للمقاول بمناسبة إنجاز العمل:

يكن الالتزام الأساسي للمقاول في إنجاز العمل المعهود إليه بموجب عقد المقاول المبرم مع رب العمل -المركي العقاري- ، في إقامة البناية أو جزء من البناية طبقا للقانون 04-11 و كذا المنشآت الثابتة الأخرى طبقا للقانون المدني، على أن يتم وفقا للأصول الفنية لعملية البناء، مطابقا لشروط العقد، ملتزما بالقواعد و النصوص التشريعية المنظمة لفن التعمير، مع تسليمه للعمل في الآجال المتفق عليها، خاليا من العيوب. و يمكن تفصيل التزامات المقاول في مواجهة رب العمل أثناء فترة التنفيذ كما يلي:

1-1- مراعاة شروط العقد و القواعد القانونية و المهنية:

سبق و أن بينا بأن التزام المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة، مؤداه وضع شروط العقد موضع التنفيذ، بإقامة بناء مطابق و خال من العيوب، و هو الأساس في اتجاه المشرع الجزائري إلى إلزام رب العمل -المركي العقاري- في القانون 04-11 بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا² للقيام بعملية البناء، نظرا لتخصصه في مجاله و إلمامه بأصول المهنة و قواعدها الفنية و احترافه في أداء دوره كمنفذ للمخططات و التصاميم الهندسية المطروحة عليه.

¹ - للتفصيل أكثر راجع بهاء بهيج شكري، المرجع السابق، ص 410 إلى 412.

² - المادة 16 من القانون 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

يتعين على المقاول في هذا الإطار أن ينفذ العقد بحسن نية، و مفاد ذلك أنه إضافة إلى بنود العقد الواجبة التطبيق و الأعمال، يلتزم المقاول بإتباع أصول حرفته و أعرافها حتى و لو لم يتناولها العقد صراحة¹ كونها من مستلزمات العقد²، و لا يجوز له التذرع بإهمال المهندس لدوره في الرقابة، خصوصا و أن المسؤولية بينهما مشتركة و أن المقاول ملزم، كما سنرى لاحقا، بواجب الإعلام و الإخطار الذي يدفعه إلى لفت انتباه المهندس و رب العمل للأخطاء و العيوب المرتبطة بصنعتة دونما تهاون³.

1-2- مراعاة النصوص التشريعية و التنظيمية:

يلتزم المقاول بمناسبة أدائه لالتزامه بإنجاز العمل محل التعاقد، بالتقيد بالنصوص التشريعية و التنظيمية لفن العمارة دونما خضوع في ذلك لرب العمل، ذلك أن أدنى إخلال بنص قانوني ملزم، قد يؤدي إلى إزالة البناء أو إنجازه معيبا أو غير مطابق.

يعد هذا الالتزام مهما في المشاريع العقارية، كونها تتصف بالأهمية من حيث التكلفة العالية و طول فترة الإنجاز، الأمر الذي قد يدفع برب العمل إلى التلاعب ببعض القواعد لضمان السرعة في التنفيذ و تقليص النفقات، هنا يبرز دور المقاول في مخالفة رب العمل بشأن تجاهل القواعد القانونية، خصوصا و أن طبيعة عقد المقاولة تجعله مستقلا عن رب العمل في تنفيذه للعقد.

كما أن المقاول نفسه قد يحاول تجاهل بعض الموجبات القانونية لارتباطه بمشاريع أخرى، و عليه تقوم المسؤولية العقدية حالة إخلاله بهذا الالتزام، إضافة إلى توقيع العقوبات الجارية في مجال البناء.

¹ - إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل، عقد المقاولة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003 ص31.

² - المادة 107 من القانون المدني الجزائري. و عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 67. محمد شكري سرور المرجع السابق، ص39، محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص110.

³ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص39.

2- الخطأ العقدي للمقاول في اتخاذ العناية اللازمة لإنجاز المشروع:

يتوجب على المقاول أن يتخذ العناية اللازمة لإنجاز المشروع العهود به إليه، و هو الالتزام الذي تظهر معالمه جلية في الالتزام بضمان جودة المواد المستعملة في عملية البناء و خلوها من العيوب مع احترام آجال الإنجاز، كما يمتد هذا الالتزام إلى ضمان أخطاء المقاولين الفرعيين.

2-1- الالتزام بضمان جودة مواد البناء و خلوها من العيوب:

نصت المادتين 551 و 552 ق.م.ج على فرضيتين بالنسبة لمقدم المواد المستعملة في البناء، ذلك أن المادة 551 ق.م.ج تتناول فرضية تقديم المقاول لمواد البناء، و المادة 552 تتناول فرضية تقديم رب العمل لمواد البناء، و بيان ذلك فيما يلي:

أ- الفرضية الأولى: المقاول هو مقدم المادة:

تعتبر جودة المادة المستخدمة في عملية البناء العامل الأساسي في متانة المنتج المعماري، ذلك أن مراعاة الأصول الفنية و المهنية لا تضمن نتيجة إيجابية في غياب الاختيار الجيد للمواد؛ اعتمادا على ذلك، نص المشرع الجزائري في المادة 551 ق.م.ج على وجوب ضمان المقاول للمواد المقدمة، كلها أو بعضها حسب الحال إذا ما تعهد بتقديمها. و منه، يجب أن تكون المادة المقدمة صالحة و مطابقة للمواصفات الفنية¹ المتعارف عليها قانونا و عرفا.

تقودنا هذه الفرضية إلى البحث في الطبيعة القانونية للعقد القائم بين المقاول و رب العمل -المركبي العقاري- فيما إن كان عقد بيع أو من توابع عقد المقاوله؟. جواب هذا السؤال نجده في الفقه القانوني.

1- زهرة عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين، المرجع السابق، ص 150. و

George liet veaux. « Responsabilité contractuelle de droit commun des entrepreneurs », Juris-Classeur, Resp-Civ.Assu.Fasc 355-20-2-2002,op.cit-N°83 .

ذهب فريق من الفقه إلى القول بأن ضمان المقاول لمواد البناء الموردة من قبله، إنما يرجع إلى التزامه بضمان العيوب الخفية باعتباره بائعاً لها بموجب عقد بيع معلق على شرط واقف¹، هو تمام صنع المادة بتحويلها إلى العمل محل عقد المقاولة و اكتسابه لمقوماته الذاتية²، أين يصبح البيع تاماً و منتجا لآثاره من نقل للملكية و ما يستتبعها من ضمانات بحسب طبيعة المحل.

يقابل هذا الرأي، رأي مخالف، يعتبر أن تقديم المقاول لمواد البناء إنما يندرج تحت عقد المقاولة و لا يعدو أن يكون بنداً من بنود العقد خاضعاً لاتفاق الأطراف. فالمقاول يحتفظ بصفته كمقاول و لا يعتبر بائعاً و بالتالي يخضع لأحكام عقد المقاولة³، و مؤدى هذا الرأي هو أن المواد المستخدمة ستكون بحكم التصاقها بأرض رب العمل ملكاً له⁴. و عليه، يرى غالبية الفقه تغليب صفة المقاول على البائع، و بالتالي أعمال الآثار الخاصة في عقد المقاولة، خصوصاً تلك المتعلقة بالمسؤولية العشرية بدلاً من العيب الخفي نظراً لامتداد عيوب المادة عبر الزمن و بطئ ظهورها⁵.

علماً أنه في حالة الاتفاق المسبق على تقديم المقاول للمواد، يتوجب تحديد نوعها في العقد و الاتفاق على درجة جودتها، و إلا انحصر التزام المقاول في تقديم مادة من الصنف المتوسط⁶.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص 69-70.

² - نعيم مغنغب، المرجع السابق، ص 116

³ - زهرة عبد القادر، المرجع السابق، ص 151.

⁴ - قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002 مصر ص99.

⁵ - وعلي جمال، كتاب الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع و الآفاق، مطبعة جامعة قاصدي مرباح ورقلة- 2012، ص240 إلى 245.

⁶ - 2/94 ق.م.ج: "...و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، و لم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين من تسليم شيء من صنف متوسط". و عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق ص770.

هذا الالتزام بالضمان لم يترك على غالبه لدى الفقه، ذلك أن المعيار في تقدير مسؤولية المقاول عن جودة المواد هو إمكانية كشفها من طرف مقاول آخر من نفس مستواه و في نفس ظروفه، فلا يسأل بذلك عن عيوب فيها من الخفاء ما لا يمكن كشفه مهما بذل من عناية و اهتمام¹، كما لا يسأل المقاول عن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها.

غير أن ادعاء المقاول بجهله أو قلة درايته في التعرف على مدى جودة المواد المستعملة لا ينفي عنه المسؤولية، لأنه ملزم في عقود مقاولات البناء بتحقيق نتيجة و بالتالي وجوب التحقق من نوعية المادة حتى و لو لم تكن تلك العيوب في المواد ظاهرة وقت الأشغال، و عليه فلا سبيل لإعمال السبب الأجنبي للتخلص منها²، و مرد هذا التشدد يكمن في أن قبول المقاول لإنجاز أعمال يعلم بأنه ليس أهلا للقيام بها على المستوى الفني و المالي و المعرفي، لا تعفيه من المسؤولية الواجبة تجاه رب العمل³.

ب- الفرضية الثانية: رب العمل -المركي- هو مقدم المادة:

قد يتعهد رب العمل -المركي- بتقديم المواد شخصيا، كما قد يوكل هذه المهمة لغيره و المهم هو عدم تعهد المقاول بتقديمها.

حتى هذه الفرضية لا تعفي المقاول من المسؤولية، ذلك أنه ملزم بمراقبتها " بالمعاينة النظرية للمواد المذكورة في المقايسة الوصفية أو دفتر الشروط"⁴ و ذلك لمعرفة مدى صلاحيتها للاستخدام من عدمه موازاة و طبيعة المشروع، هذا عند عرض المواد عليه. أما عن مسؤوليته عند استلام المواد، فتتمثل في فحصها و حفظها و الترشيدها في استخدامها.

¹ - George liet veaux, Juris-Classeur, Resp-Civ.Assu.Fasc 355-20-2-200, Op.cit.Ali. p88.

² - Jurisp- 3^e civ, 7 mars 1990, 88-14-869.P, voir Albert Caston op.cit.p332.

³ -Jurisp.3^e civ. 25/09/2012-11-21-269, Ibid.327.

⁴ - زهرة عبد القادر ، المرجع السابق، ص152.

يتسع هذا الالتزام و يضيق تبعا لمدى احترافية رب العمل -المركبي العقاري- و درايتة بأصول الفن و المهنة، و عليه نطرح احتمالين:

ب-1-الاحتمال الأول: أين يكون رب العمل من أهل الخبرة في مجاله، هنا يسقط عن المكاول التزامه بفحص المادة المقدمة إليه، دافعا لهذا الالتزام بتخصص مقدمها و هو رب العمل الذي يتحمل المسؤولية وحده¹؛ غير أنه تجدر الإشارة إلى أن وضوح العيب جليا في المادة بحيث لا يخفى على المكاول² بالمعاينة العادية، يرتب مسؤوليته المبنية أساسا على التزامه بالإعلام و الإخطار، كما سنرى لاحقا.

ب-2-الاحتمال الثاني: أين تتعدم فيه خبرة رب العمل، فيترتب التزام المكاول بمراقبة المواد و فحصها و التأكد من مدى مطابقتها و صلاحيتها لإنجاز المشروع، مستعملا كافة الوسائل العلمية الحديثة و المتاحة للتأكد من سلامتها من العيوب³.

تجدر الإشارة في هذه الفرضية، إلى أن مثل هكذا طرح مستبعد نوعا ما في القانون 04-11، ذلك أن المشرع اشترط الكفاءة و الاحتراف في المبادرين بالمشاريع العقارية كما بيناه سابقا، أي أن رب العمل -المركبي العقاري- عالم مسبقا بأصول الفن و قادر على اكتشاف العيوب، أين تنحصر مسؤولية المكاول في التزامه بالإعلام و الإخطار، مع استعمال حقه في رفض تنفيذ أوامر المركبي العقاري المخالفة و بالتالي رفض استعمال مواد معيبة في عملية البناء.

يتبين مما سبق خضوع المكاول أثناء تنفيذه للعمل المعهود به إليه إلى رقابة ثلاثية⁴ رقابة المهندس المكلف بالرقابة و التنفيذ وفقا للعقد المبرم مع رب العمل، رقابة رب العمل صاحب المصلحة الأولى في حسن تنفيذ الأشغال، ثم رقابة الجهات الإدارية المختصة التي

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص772.

² - فؤاد كامل ، المرجع السابق، ص22.

³ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص772.

⁴ - المرجع نفسه، ص786.

تحرص على سلامة تطبيق القوانين و اللوائح المنظمة للمجال المعماري. هذه الصرامة في الرقابة، لا تعفي المقاول من عيوب المادة بتذره بسبق خضوعها لرقابة المهندس المعماري المكلف، لأن التزامه بفحصها يبقى قائماً رغم ذلك¹.

و يتعين على المقاول كما سبق بيانه ، أن يحافظ على المواد المستخدمة المقدمة إليه من رب العمل تحت طائلة التعويض حالة تلفها لإهماله أو قلة كفايته الفنية مع رد ثمن ما تلف منها أو استعمال في غير موضعه. كما يلتزم برد ما بقي من المواد إلى رب العمل مع بيان تفصيلي لما استخدمه منها، ما تلف و ما بقي².

قد يؤدي طول فترة الإنجاز في المشاريع العقارية إلى تغير أو تعيب في المواد المستخدمة، إما لظروف المناخ أو لطول فترة تخزينها، مما يترتب التزام المقاول بإخطار رب العمل بكل ما قد يطرأ على المادة و يؤثر على جودتها³؛ كما تقوم مسؤوليته في هذه الفرضية نتيجة لعدم اتخاذ الاحتياطات الضرورية لحفظ المواد و ضمان سلامتها و صلاحيتها⁴. و مثال عدم اتخاذ العناية اللازمة في اختيار المواد، استعمال نوع من الإسمنت غير المقاوم للأملح⁵.

2-2- الالتزام باحترام آجال الإنجاز:

الالتزام باتخاذ العناية اللازمة في انجاز المشروع العقاري، يستوجب احترام آجال الإنجاز المتفق عليها خصوصا في مجال الترقية العقارية، ذلك أنه حتى و إن لم ينظم القانون 04-11 بعد عقد مقالة المباني بمرسوم تنفيذي، و حتى و إن لم يشر إليها المشرع في القانون المدني، إلا أن لهذا الالتزام تأثير يتجاوز علاقة المقاول بالمرقي العقاري رب

¹ - عبد الرزاق حسين ياسسن، المرجع السابق ، ص770.

² - راجع في ذلك، المادة 552 من القانون المدني الجزائري.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص105.

⁴ - محمد ناجي باقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال و تسلمها مقبولة من رب العمل، منشأة دار المعارف الاسكندرية، بدون طبعة، ص28.

⁵ - عبد الرزاق حسين يسن المرجع السابق، ص768.

العمل- إلى علاقة هذا الأخير بالمقتنين للمشاريع العقارية تحت عنوان البيع.

فالتزام المرقى بالتسليم و احترام الآجال القانونية، لا يتحقق إلا باحترام آجال التنفيذ

في عقد المساولة، خصوصا عندما لا يكون المرقى هو نفسه الماقل المنفذ للمشروع.

و عليه، لا بد من تعجيل المشرع في إصدار المرسوم التنفيذي لنص المادة 16 من

القانون 04-11 لتوفير حماية كافية للمرقى العقاري في مواجهة المتدخلين معه بموجب

عقد المساولة، تتناسب و الالتزامات الملقاة على عاتقه في مواجهة المستفيدين من مشاريعه

لأن أحكام عقد المساولة وفقا للقواعد العامة تفتقد إلى الصرامة التي تتسم بها أحكام القانون

المتعلق بالترقية العقارية، مما ينتج عنه اختلال في التوازن بين التزامات المرقى و حقوقه.

صحيح أن عقد المساولة منفصل عن عقد البيع، و لكن في الحالات العادية لا في

مجال الترقية العقارية و لا ضمن حدود القانون 04-11، لأن آثار عقد المساولة تنصرف

مباشرة إلى عقد البيع من ناحية سلامة المباني المنشأة و آجال التنفيذ و التسليم

و الاستلام، فهي امتداد لعلاقة تعاقدية ثلاثية، يتوسطها المرقى العقاري، الذي رغم تشدد

المشرع في تنظيم التزاماته و مسؤولياته، نظرا لإفرازات الواقع العملي من إهمال و رداءة في

التنفيذ و عدم احترام الآجال؛ إلا أنه يستحق حماية مماثلة كتلك المقررة للمستفيد من

المشاريع العقارية في مواجهة المتدخلين معه في عملية الإنجاز.

2-3- الالتزام بالإعلام و الإخطار:

الأساس أن الملزم بالإعلام و الإخطار و الإرشاد هو المهندس، بغض النظر عن

صفته، معماريا، استشاريا، تنفيذا أو مصمما، أي مكتب دراسات بصورة عامة بمختلف

شركائه؛ غير أن الفقه كما القضاء حملا الماقل التزاما إضافيا بالإعلام و الإخطار.

يكثر أعمال هذا الالتزام عندما يكون الماقل مقما لعمله فحسب، مع احتفاظ رب

العمل لنفسه بتعهد المواد و للمهندس المعماري بوضع الرسومات و التصاميم.

هذا الالتزام الذي يؤسس على احترافية الماقل في مجاله، التي تلزمه بتبنيه رب

العمل كما المهندس إلى عيوب المواد و الأخطاء الهندسية المعاينة من قبله، و إن كان

الأصل هو الالتزام بالتصاميم و الرسومات الهندسية المطروحة أمامه، إلا أنه يلتزم بالإخطار عن عيوبها و طرح البدائل عما لاحظته¹. كما يسأل المقاول عن عيوب التربة أين يكون ملزماً بمراقبة مدى صلاحيتها لتحمل ثقل المشروع².

كما يترتب عليه وفقاً لهذا الالتزام، إعلام رب العمل عن كل مجريات الأمور المالية منها خاصة³، كحالة مجاوزة المقايضة المقدرة خصوصاً المحسوسة منها، أين يكون رب العمل على دراية كافية بوضعيته المالية و منه تقرير مواصلة الأشغال أو إيقافها⁴.

من خلال ما سبق إيراد بشأن هذا الالتزام، يتضح أن واجب الإعلام و الإخطار ملازم لكل الالتزامات، ففي كل مرحلة من مراحل الإنجاز و في كل التزام يترتب العقد أو القانون أو العرف، لا بد فيه من التزام مفاده وضع كفاءة و دراية المقاول الفنية تحت تصرف رب العمل، فيما كان من صميم اختصاصه أو دوره أو فيما عداه، فهو التزام يفرضه مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية الذي يستتبعه النصح و الإرشاد.

أما عن حدود هذا الالتزام ففيه خلاف، ذلك أن البعض ذهب إلى إخلاء مسؤولية المقاول لإذعانه لإصرار رب العمل على استخدام المواد المعيبة، و كذا إصرار المهندس على سلامة تصاميمه⁵ رغم إعلامهما من قبل المقاول.

كما ذهب البعض إلى القول بوجوب رفض المقاول لتعليمات رب العمل بشأن القيام بأعمال مخالفة لأصول الصنعة و المؤثرة في صلابة البناء، مع وجوب إخطار رب العمل بهذه المخالفات، فإن أصر عليها هذا الأخير، يتوجب على المقاول إخطاره بها كتابة⁶.

¹ - فؤاد كامل ، المرجع السابق، ص23.

² - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص12.

³ - نعيم مغيب، المرجع السابق، ص109.

⁴ - المادة 560 من القانون المدني الجزائري.

⁵ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص123-124.

⁶ - George liet veaux, La responsabilité contractuelle du droit commun de l'entrepreneur, Jurisclasseur -5-2000. Lasc.355-20-Ali 50.

و يعد المقاول مسؤولاً تجاه رب العمل بإعلامه بنتائج الأوامر و التوجيهات المقدمة إليه خصوصاً منه شخصياً (أي من رب العمل)، فإذا أصر على التنفيذ رغم تحذيرات المقاول كان لهذا الأخير الامتناع عن تنفيذ الأعمال¹ كونه مستقلاً في تنفيذ التزامه عن رب العمل.

2-4- مسؤولية المقاول عن أعمال المقاولين الفرعيين:

الأصل هو قيام المقاول بتنفيذ العقد شخصياً، خصوصاً إذا كان شخصه محل اعتبار لدى رب العمل؛ غير أن الواقع العملي يفرض لجوء المقاول إلى التعاقد من الباطن مع مقاولين فرعيين حرصاً منه على إتمام العمل في الآجال، أو ضماناً لجودة العمل على أساس تخصص المقاولات الفرعية في مجال معين أو في مرحلة معينة من الأشغال. هو الطرح الذي يبرز فيه دور المقاول الأصلي في التنسيق بين مختلف المقاولين الفرعيين، كما تقوم مسؤوليته عن أعمالهم في مواجهة رب العمل.

تناول المشرع الجزائري المقالة الفرعية في المادتين 564 و 565 ق.م، و أسس قيامها على عدم وجود شرط مانع لها في عقد المقالة الأصلي المبرم بين المقاول الأصلي و رب العمل.

تكتسي المقالة الفرعية أهمية كبيرة في مجال المشاريع العقارية نظراً لما توفره من إنجاز كمي و نوعي، على هذا الأساس، كان لا بد من تحديد المركز القانوني للمقاول الفرعي في المسؤولية العقدية تجاه المقاول الأصلي و تجاه رب العمل، و لا بد بداية من تعريف المقالة الفرعية.

أ- تعريف المقالة الفرعية:

لم يعرف المشرع الجزائري المقالة الفرعية في القانون المدني، و لعل ذلك راجع إلى كونها تحمل نفس أحكام المقالة الأصلية، عدا خاصية تتابع العقود.

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص771.

عرفها المشرع الفرنسي في القانون رقم 75-1335 المتعلق بالمقاولات الفرعية¹ كما يلي: "المقاولات الفرعية في مفهوم هذا القانون، هي العملية التي بموجبها يعهد لمقاول و تحت مسؤولية شخص آخر يدعى المقاول الفرعي بتنفيذ كل أو جزء من عقد المقاولات أو صفقة عمومية مبرمة مع رب العمل"²، فالمقاولات الفرعية تعتبر وسيلة لتنفيذ العقد عن طريق الغير³.

و منه، يمكن القول بأن عقد المقاولات الفرعية هو عقد يبرم بين المقاول المتعاقد مع رب العمل و مقاول ثاني لم يكن طرفا في عقد المقاولات الأصلي، يدعى المقاول الفرعي. يحمل هذا العقد نفس خصائص عقد المقاولات، يبنى على نفس الشروط و الأركان، فهو العقد الذي يعهد فيه المقاول الأصلي للمقاول الفرعي بجزء من العمل أو كله حسب الحال⁴.

و تجدر الإشارة في هذا الإطار، إلى أن عقد المقاولات الفرعية يأخذ صورة حوالة حق يتنازل بموجبها المقاول الأصلي للمقاول الفرعي⁵ في حدود الأجر، بأن يتفق المقاول الأصلي مع رب العمل على تمكين المقاول الفرعي من الأجرة⁶ طبقا للمادة 239 ق.م.ج. كما قد يتنازل المقاول عن المقاولات بكاملها للمقاول الفرعي بشرط رضا رب العمل فيحل بذلك المقاول الفرعي محل المقاول، ليصبح مسؤولا مباشرة في مواجهة رب العمل وبالتالي يحل محله في حقوقه و في التزاماته⁷.

¹ - القانون رقم 75-1335 المؤرخ في 1975/12/31 المتعلق بالمقاولات الفرعية، المشار إليه في: زهرة عبد القادر، المرجع السابق، ص157. و Christophe ponce, op.cit, p19

² - زهرة عبد القادر، مرجع سابق، ص157. و انظر كذلك، Christophe ponce, op.cit, p19

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص208، و انظر كذلك، فتحة قره، المرجع السابق، ص237.

⁴ - غازي خالد أبو عربي، المقاولات من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص16.

⁵ - محمد شنب، المرجع السابق، ص112.

⁶ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص207.

⁷ - المرجع نفسه، ص207-208.

أما عن المركز القانوني للمقاول من الباطن تجاه رب العمل فمنعدهم بانعدام العقد المباشر بينهما، إلا أن المشرع الجزائري أورد استثناء على هذه القاعدة، و هو ما يفهم بالمخالفة لنص المادة 565 ق.م.ج، أين أجاز للمقاول الفرعي المطالبة مباشرة بالأجر من رب العمل دونما وساطة من المقاول الأصلي باستعمال الدعوى غير المباشرة.

ب- التزام المقاول الأصلي بضمان أعمال المقاول الفرعي تجاه رب العمل:

نصت المادة 564 ق.م.ج على جواز اللجوء إلى المقابلة الفرعية إذا لم يكن في عقد المقابلة الأصلي مانع، و طالما أن شخص المقاول الأصلي ليس محل اعتبار في التعاقد معه؛ غير أن مثل هذا الشرط ليس من النظام العام، ذلك أن تنازل رب العمل عنه ضمنا أو صراحة يفقده الحق في الرجوع عنه، سواء قبل أو بعد إخلال المقاول الأصلي بهذا الشرط¹.

أما عن مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول الفرعي في مواجهة رب العمل فهي قائمة قانونا بموجب نص المادة 2/564 ق.م.ج، على اعتبار أن الطرف المتعاقد مع رب العمل هو المقاول الأصلي، و لا علاقة تعاقدية تربطه بالمقاول الفرعي.

و مرد ذلك، هو أن مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول الفرعي مسؤولية تعاقدية عن أعمال الغير، التي تفترض وجود علاقة تعاقدية بين دائن و مدين يستعين فيها المدين على تنفيذ التزامه بالغير، فيسأل بذلك عن خطأ من استعان به².

علما و أن المقاول الأصلي يأخذ مركز رب العمل في مواجهة المقاول الفرعي، أين يلتزم الثاني تجاه الأول بنفس التزامات الأخير تجاه رب العمل الأصلي³، من تنفيذ للعمل و تسليمه خاليا من العيوب و ضمانه بعد إتمامه، لكن في حدود القواعد العامة لا الخاصة لعقد المقابلة، و لا في حدود القانون 04-11 كما سنرى لاحقا.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 208. و فتيحة قره، المرجع السابق، ص 237.

² - غازي خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص 131.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 114.

و يشترط لقيام مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول الفرعي، التدخل المباشر لهذا الأخير في تنفيذ الأشغال، ذلك أن توريد سلعة للأول، لا تعد عقد مقالة فرعية رغم أن القائم بها هو مقاول (كأن يكون مقاول كهرباء مثلا)، كون أن أهم ميزات عقد المقالة الفرعية، هو وحدة المحل بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي و بالتالي اتصاله مباشرة بتنفيذ العقد الأصلي.

أما عن حدود مسؤولية المقاول الأصلي هنا، فتتقي بقبول رب العمل بالمقالة الفرعية، و تؤسس رأينا هذا على نظرية " الغنم بالغرم"، فقبول رب العمل لتدخل الغير في عملية الإنجاز صراحة أو ضمنا يضع حدا لمسؤولية المقاول، لأن آثار هذا التدخل ينصرف إلى رب العمل، ثم أن موافقة هذا الأخير تحيلنا إلى أحكام الحوالة في علاقته مع المقاول الفرعي. و بالتالي، فالمقاول الأصلي مسؤول عن أخطاء المقاول الفرعي أمام رب العمل و ملزم بضمان أعماله وفقا للقواعد العامة أثناء التنفيذ، و طبقا للقواعد الخاصة بعد الاستلام.

عموما، نقول بأن المسؤولية العقدية للمقاول تقوم عند الإخلال بإحدى الالتزامات المعينة أعلاه، سواء بسوء تنفيذها، أو بعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي لها.

الفرع الثاني :

الخطأ العقدي لأطراف عقد البيع

أطراف هذا العقد في مجال الترقية العقارية هما، المرقى العقاري كبائع و المقتني بموجب عقد بيع على التصاميم أو صاحب حفظ الحق .

حدد المشرع الجزائري التزامات الأطراف وجزاء الإخلال بها في القانون 04-11

و مراسيمه التنفيذية، و في ما يلي بيان التزامات الأطراف و صور الإخلال بها.

أولا : الخطأ العقدي للمرقى العقاري باعتباره بائعا:

تختلف التزامات المرقى العقاري كبائع لعقار مقرر بناؤه أو في طور الإنجاز

في القانون 04-11 عنها في القواعد العامة، ذلك أن دوره لا يتوقف عند البيع بل يتعداه إلى دوره الإيجابي في عملية البناء.

باستطلاع نصوص القانون 04-11 والمرسوم التنفيذي 12-85، يمكن استنتاج التزامات المرقى العقاري في مواجهة المستفيدين من مشروعه العقاري، والتي نوردتها كمايلي:

1- الالتزام بإنجاز المشروع العقاري:

نصت المادة 17 من القانون 04-11 و المادة 24 من المرسوم التنفيذي 12-85 على جوهر التزام المرقى العقاري في مجاله، و هو التنسيق بين جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات و الأبحاث وتعبئة التمويل وكذا تنفيذ أشغال إنجاز المشروع العقاري. و باعتبار أن المرقى العقاري يعد بائعا مشيدا Vendeur-Constructeur، فهو يلتزم اتجاه المقتني بما يلتزم به المقاول المنفذ وحتى مكتب الدراسات اتجاهه كرب عمل، وهو ما يتضح جليا من نصوص مواد المرسوم التنفيذي 12-85 ومفاد هذه الالتزامات ما يلي:

1-1- الالتزام بإنجاز بناء مطابق لبنود العقد :

و تعني المطابقة أن يكون العمل منفذا وفقا لما هو منصوص عليه في العقد، متفقا مع قواعد الفن وأصول الصنعة.

و المطابقة تكون قانونية، بأن توافق القواعد التنظيمية و اللوائح المنظمة للمجال المعماري؛ وتكون عقدية، وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد، وإذا لم تكن محددة تحديدا تاما فالرجوع للأعراف الفنية والمهنية¹.

هذه المطابقة في التنفيذ التي تتجسد إداريا في شهادة المطابقة، التي تعرف في نص الفقرة 05 من المادة 02 من القانون 08-15 المحدد لقواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها على أنها: "الوثيقة الإدارية التي يتم من خلالها تسوية كل بناية تم إنجازها أو لم

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق ص 185-187.

يتم، بالنظر للتشريع و التنظيم المتعلق بشغل الأراضي وقواعد التعمير"، وتمنح هذه الشهادة عند الانتهاء من الأشغال¹، ويترتب على تخلفها بسبب مخالفة المرقى العقاري لالتزامه بالإنجاز مطابقا التأخير في التسليم، وبالتالي يجب الحرص على الالتزام بشروط المطابقة لتفادي التبعات المؤثرة على المشتري وعلى المرقى على حد سواء.

- يلتزم المرقى بمناسبة هذا الالتزام، بالسعي إلى الحصول على التراخيص اللازمة لإنجاز المشروع من رخص بناء وتهيئة وغيرها من الوثائق، و السهر على مطابقة التصاميم للقواعد العامة للتهيئة و التعمير المحددة في القانون².

- مراعاة نمط العيش في منطقة المشروع العقاري اجتماعيا و ثقافيا³.

- السهر على الإشراف على تنفيذ المشروع مطابقا لمقتضيات العقد و النصوص القانونية و الأصول الفنية لفن العمارة⁴.

- السهر على استعمال مواد البناء ذات الجودة العالية⁵، فالمرشح حدد نوعية المادة أي صنفها بأن تكون ذات جودة عالية، وهو ما يجب أن يؤخذ في الحسبان في عقد المقولة المبرم بين المرقى العقاري -كرب العمل- والمقاول المنفذ المورد للمواد.

وعليه، يتوجب على المرقى العقاري السهر على إنجاز مشروع مطابق للوعود الواردة في العقد كما ونوعا، مساحة، موادا و تجهيزات⁶.

¹ - " شهادة المطابقة وسيلة لمراقبة مدى احترام المستفيد من رخصة البناء لأحكامها" ، عليان بوزيان، النظام العام العمراني، مداخلة أُلقيت بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع و الآفاق مطبعة جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012 ، ص 41.

² - المادة 10 من المرسوم التنفيذي 85-12 المتضمن لدفتر الشروط النموذجي المحدد للالتزامات المهنية للمرقى العقاري المشار إليه سابقا.

³ - المادة 13 من المرسوم 85-12 المشار إليه سابقا.

⁴ - المواد 05-09-14-15-17 من نفس المرسوم.

⁵ - المادة 16 من نفس المرسوم.

⁶ - Voir en ce sens Malinvaud(Ph)et autres , op. cit. p347, et aussi, Roger- Saint-Alary et Corinne, op.cit, p 89-90.

و تجد مسؤولية المرقى العقاري أساسها بمناسبة إخلاله بهذا الالتزام ، سواء باعتباره مشيدا (مقاولا)، منفذا أو منسقا، في مسؤوليته العقدية عن فعل المتعاقد معهم (مسؤوليته العقدية عن فعل الغير) من المهندسين ومكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين¹.

كما يقتضي التزام المرقى في هذه المرحلة، احترام آجال التنفيذ، و العمل على ضمان إنجاز الأشغال في حدود الفترة المتفق عليها.

1-2- الامتناع عن تلقي أي مبلغ خارج العقد المبرم:

أول التزام صريح سنه المشرع في القانون 04-11 بالنسبة للمرقى العقاري، ورد في المادة 42 منه، وهو الالتزام بالامتناع عن عمل مفاده المطالبة أو قبول تلقي التسبيقات والإيداعات أو اكتتاب أو قبول السندات التجارية قبل توقيع عقد البيع على التصاميم، وقبل تاريخ استحقاق الدين.

كما نصت المادة 19 من المرسوم التنفيذي 85-12 على وجوب تعهد المرقى العقاري بعدم قبول استلام أي دفعة أو جزء من دفعة أو تسبيق إذا كان غير مفروض و غير ناتج عن إتمام عقد البيع، البيع على التصاميم أو الحجز.

و بمقارنة بسيطة للنصين يتضح توسع المشرع في نطاق هذا الالتزام، أين خص به البيع على التصاميم فقط في القانون 04-11، ليطبقه على أنماط البيع بأشكالها الثلاث في المرسوم التنفيذي 85-12.

و مفاد هذا النص، هو الامتناع على ابتزاز الذمة المالية للمستفيدين من المشاريع العقارية، خارج نطاق العقود المبرمة أو قبل إبرامها.

جاء هذا المنع الصريح لوضع حد لعمليات النصب التي يقوم بها بعض المرقين العقاريين بتلقي الأموال من المقتنين دونما توقيع للعقود، ثم التوقف عن الأشغال أو عدم

¹ - Roger –Saint – Alary et Corinne, op.cit p 90.

القيام بها من الأساس، الأمر الذي أدى إلى تراكم الملفات أمام القضاء، وضياح حقوق الكثيرين، خصوصا في فترة ما بين 1993 و 2011، أين كنا قلما نجد مرقيا ملتزما بإبرام عقد رسمي قبل تلقي الدفعات، حيث كانت عملية البيع تتم اعتمادا على محضر حجز عرفي و وصولات دفع، و الأدهى من ذلك هو تعامل المرقين العموميين بهذه الأسلوب.

علما وأن المادة 52 من المشروع التمهيدي لقانون الترقية العقارية نصت على نفس الالتزام، مع اختلاف الآلية فقط، ذلك أن المشروع تناول عقد الوعد بالبيع؛ و مرد ذلك هو الحرص على الحصول على القروض البنكية لصالح المرقين، الأمر الممنوع حاليا بموجب المادة 36 من القانون 04-11 حالة إبرام عقد البيع بناء على التصاميم.

2- الالتزام باكتتاب ضمان مسبق و التأمين من المسؤولية المدنية المهنية :

يلتزم المرقى العقاري باكتتاب ضمان مسبق لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة المستحدث بموجب المرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 03/11/1997 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 05/06/2014 و المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية¹، الذي يهدف إلى حماية المستفيدين من ضياح أموالهم، ذلك أن هذا الصندوق يكفل متابعة إتمام إنجاز المشاريع العقارية حالة إفلاس المرقى العقاري أو سحب اعتماده لأي سبب من الأسباب، بحيث يتم إلزام مرق آخر على حساب الأول بإتمام الأشغال في حدود الأموال المدفوعة².

علما أن عدم انتساب المرقى العقاري لهذا الصندوق في أجل أقصاه ستة أشهر التي تلي حصوله على الاعتماد، يؤدي إلى الوقف المؤقت لاعتماده؛ هذا الوقف الذي قد يتحول إلى سحب نهائي للاعتماد حالة عدم تسوية المرقى العقاري لوضعيته تجاه الصندوق، خلال أجل

¹ - المرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 05/06/2014 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 03/11/1997 و المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 19/06/2014.

² - المواد من 54 إلى 59 من القانون 04-11 المشار إليه سابقا والمادة 31 من المرسوم التنفيذي 12-85 المشار إليه سابقا، و المادة 02 من المرسوم التنفيذي 14-180 المشار إليه أعلاه.

أقصاه 03 أشهر طبقا للمادة 04 من المرسوم التنفيذي 14-182 المحدد لشروط و كفيات تسديد الاشتراكات و الدفعات الإلزامية الأخرى من طرف المرقين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية¹. نفس الجزاء مقرر لعدم تسديد المرقى العقاري للاشتراكات السنوية المقررة، بعد إذارين تفصلهما مدة 15 يوما، و ذلك طبقا للمادة 8 من نفس المرسوم أعلاه.

كما يلتزم المرقى العقاري بالتأمين من مسؤوليته المدنية المهنية² العقدية و التقصيرية. و يضاف إليها التأمين من المسؤولية العشرية، كونه أصبح خاضعا لها كمدین أصل بأحكامها في المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85.

ذلك أن هذا النص قضى مبدئيا على الغموض الذي ساد المادة 49 من القانون 11-04 التي جاء فيها: " يجب على المرقى العقاري أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه. ويتعين عليه، بهذه الصفة، مطالبة مكاتب الدراسات و المقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات و التأمينات القانونية المطلوبة".

و الملاحظ في هذه المادة، تردد المشرع في إخضاع المرقى العقاري لأحكام المسؤولية الخاصة في عقد المقولة، بأن جعل المرقى ضامنا احتياطيا كما كان عليه حال المتعامل في الترقية العقارية في المرسوم التشريعي 93-03؛ إلا أنه سرعان ما تراجع عن تردده وأخضعه بشكل مباشر لأحكام المسؤولية العشرية كما نص عليه القانون 12-85، ليعود للخط مرة أخرى في المرسوم 13-431 في البند المتعلق بالضمان العشري في العقد النموذجي للبيع على التصاميم، بأن أعاد نفس صياغة المرسوم التنفيذي 94-58 المؤرخ في 07/03/1994 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية

¹ - المرسوم التنفيذي 14-182 المؤرخ في 05/06/2014 ، يحدد لشروط و كفيات تسديد الاشتراكات و الدفعات الإلزامية الأخرى من طرف المرقين العقاريين المنصوص عليها النظام الداخلي لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 19/06/2014.

² - المادة 47 من القانون 11-04 المشار إليه سابقا.

العقارية¹، بأن جاء فيه: "الضمانات: التأمين العشري: يلتزم البائع، لفائدة المكتب بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري، و يتولى مهمة مراقبة و متابعة الضمان عن طريق التأمين العشري، لكل من المهندسين و المعمارين و المقاولين و العمال القطعيين المدعويين للمشاركة في إنجاز البناية، و يصرح أنه يقبل التصرف بالتضامن معهم تجاه المقتني و الغير إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه".

في حين أن الأصح، كان بصياغة البند و مقتضيات القانون 04-11 و المرسوم 85-12، بأن يشتمل العقد على وجوب الضمان من جميع الملزمين به وفقا للقانون المنظم لهذا النشاط، ونقترح تعديل هذا البند و صياغته على النحو التالي: " يلتزم المرقى العقاري لفائدة المكتب، بمسؤوليته في المجال العقاري، و يلتزم بتأمين مسؤوليته المدنية المهنية لاسيما العشرية، و يتولى مراقبة و متابعة الضمان عن طريق التأمين العشري، لكل من مكاتب الدراسات و المقاولين و الشركاء والمقاولين الفرعيين و أي متدخل آخر في إنجاز البناية".

ثانيا :الخطأ العقدي للمقتني:

المعلوم هو انحصار التزامات المشتري في أمرين، تناولهما القانون المدني الجزائري في المواد من 387 إلى 396 منه، الأول هو الالتزام بدفع الثمن، والثاني هو الالتزام بتسليم المبيع.

و قد نصت المادة 1/387 ق.م.ج على أن يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك؛ أما عن التسليم، فقد جاء في المادة 394 ق.م.ج بقولها: "إن لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع و أن يتسلمه دون

¹ - المرسوم التنفيذي 94-58 المؤرخ في 07/03/1994 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 13 بتاريخ 09 مارس 1994.

تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم". أما عما يهمننا في هذه المرحلة فهو دفع الثمن.

هذا عن القواعد العامة، أما عن القانون 04-11 فجاء في المادتين 52 و 53 منه تحت عنوان التزامات المكتب وصاحب حفظ الحق، بيان لالتزام كل واحد منهما في هذه المرحلة من الأشغال، و عليه يمكن تقسيم التزام المقتنين حسب طبيعة العقد إلى ما يلي:

1- التزامات صاحب حفظ الحق في عقد حفظ الحق:

جاء في نص المادة 52 من القانون 04-11 أنه: "في حالة عقد حفظ الحق لبناية أو جزء من بناية يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري وفقا لأحكام المادة 27 أعلاه، لا يتجاوز عشرين في المائة (20 %) من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه بين الطرفين".

يتضح من نص هذه المادة، أن التزام صاحب حفظ الحق في هذه المرحلة يتمثل في دفع تسبيق و قدره 20 % من السعر التقديري للعقار؛ يودع هذا المبلغ في الحساب الخاص بالمرقي العقاري أو مؤسسة الترقية العقارية، حسب الحال، و المفتوح لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة باسم صاحب حفظ الحق¹.

أما عن الإخلال بهذا الالتزام فله مظهر واحد، هو الامتناع عن دفع التسبيق، الأمر الذي يعطي للمرقي العقاري الحق في فسخ العقد.

2- التزامات المكتب في عقد البيع على التصاميم:

أما عن التزام المكتب في عقد البيع على التصاميم، فمفاده دفع التسديدات طبقا للمادة 1/53 من القانون 04-11، و ليس الأقساط تفاديا للخلط مع البيع بالتقسيط، و قد جاء فيها: "يتعين على المكتب في عقد البيع على التصاميم دفع التسديدات التي تقع على عاتقه في الآجال المنصوص عليها،"

¹ - راجع في ذلك، بند "موضوع العقد" في نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 المشار إليه.

علمنا سابقا بأن خاصية عقد البيع على التصاميم، هي انتقال الملكية تدريجيا إلى المكتب لقاء الأداءات المالية المنتظمة لهذا الأخير. هذه التسديدات التي حددها المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، في المادة 03 منه على النحو التالي:

"أثناء إبرام عقود البيع على التصاميم، يتم تسديد سعر الملك العقاري حسب حالة تقدم أشغال الإنجاز في الحدود التالية:

- عند التوقيع، عشرون بالمائة (20 %) من سعر البيع المتفق عليه.
- عند الانتهاء من الأساسات، خمسة عشر بالمائة (15 %) من سعر البيع المتفق عليه.
- عند الانتهاء من الأشغال الكبرى، بما في ذلك المساكن والأسوار الخارجية و الداخلية خمسة وثلاثون بالمائة (35 %) من سعر البيع المتفق عليه.
- عند الانتهاء من جميع الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرقات و الشبكات المختلفة بالإضافة إلى التهيئات الخارجية، خمسة و عشرون بالمائة (25 %) من سعر البيع المتفق عليه .
- يجب دفع الرصيد المتبقي عند إعداد محضر الحيازة و المقدر بخمسة بالمائة (05 %) من سعر البيع المتفق عليه."

وقد أحسن المشرع في تفصيل كيفيات الدفع، ذلك أنها كانت مبهمة في السابق متروكة لتلاعب المتعاملين العقاريين¹.

غير أنه ثمة سؤال يطرح في هذه الصيغة، وهو حالة الاكتتاب في مشروع عقاري لبنائية أو جزء من بنائية في طور الإنجاز، أي أنها عوينت على التصاميم، و على الواقع

¹ - و هو المتعامل العقاري في القانون 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

جزئياً، حسب مرحلة تقدم الأشغال، فكيف تقسم التسديدات ؟ نقول إجابة على ذلك أن الأصل هو رجوع الأمر لاتفاق الأطراف المتعاقدة .

لكن بما أن كيفية البيع على التصاميم تعد حالة خاصة من أنواع البيوع، فيجب الالتزام بدفع قيمة التسديدات بحسب ما وصلت إليه أشغال الإنجاز؛ مثلاً، إذا تعاقد مكتب مع مرقى عقاري في المرحلة الثالثة من الإنجاز، يتعين على المكتب أن يدفع قيمة 70 % من الأشغال أي (20% + 15 % + 35% = 70%).

و نؤسس اتجاهنا هذا، على أهمية التسديدات في إنجاز المشاريع العقارية، ذلك أنها تعتمد في غالبيتها على المبالغ المقدمة من المستفيدين، وحالة الإخلال بهذا الالتزام، الذي مفاده الانتظام في دفع التسديدات المستحقة، قد تؤدي إلى التأخر في الإنجاز.

كما تجدر الإشارة إلى التزام آخر بهذا الشأن، و هو دفع عقوبة التأخر في الدفع على

المبلغ المستحق حسب كل مرحلة، الذي لم يحدده المشرع وترك تقديره للأطراف بعكس عقوبة التأخير على التأخر في التسليم أو الإنجاز المحددة بموجب المادة 06 من المرسوم نفسه (13-431) و المقدرة بـ: 10 % من سعر البيع المتفق عليه.

إضافة إلى ما سبق، يلتزم صاحب حفظ الحق كما المكتب في عقد البيع على التصاميم بإمضاء العقد لدى الموثق لبدء سريان التزامه بالسداد، كون القانون 04-11 بمراسيمه التنفيذية، يمنع على المرقى تلقي أي مبلغ خارج العقد¹.

في هذا الإطار جرى نقاش في فرنسا حول طبيعة التزام المشتري (المستفيد أو الحاجز لعقار) بالشراء، ذلك أن الحماية المقررة له في القانون الفرنسي، تمنع من سن أي بند ملزم له بإتمام عملية الشراء، هو الأمر الذي أدى إلى محاولة إحداث توازن في التزامات الضمان الأطراف، بتمكين المشتري من التهرب من التزامه بالشراء النهائي، نظير فقدانه لمبلغ

¹ - المادة 19 من المرسوم التنفيذي 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقاري.

المودع من طرفه¹.

المطلب الثاني:

الضرر و علاقة السببية:

يتطلب لقيام المسؤولية العقدية ترتيب نتيجة مفادها وقوع ضرر (الفرع الأول)، و لا بد من وجود علاقة سببية (الفرع الثاني) بين هذا الضرر و الخطأ العقدي المرتكب من طرف أحد أطراف العقد و إلا حرم المتضرر من أعمال قواعد هذه المسؤولية.

الفرع الأول:

الضرر:

لا يكف الإخلال بالالتزام التعاقدي وحده لقيام المسؤولية العقدية، ذلك أن مجرد عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه معيبا قد لا يؤدي إلى إحداث ضرر موجب للتعويض، كما قد لا يؤدي إلى إحداث الضرر أصلا².

ذلك أن انتفاء الضرر يؤدي لا محالة إلى انتفاء المصلحة، فلا دعوى بدون مصلحة³، وعلى من يدعي وقوع الضرر إثباته بكافة طرق الإثبات، بما فيها البينة و القرائن، كونه يعد واقعة مادية.

و الضرر عموما، هو "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة"⁴، فهو نتيجة الإخلال بمصلحة مشروعة، مادية كانت أو أدبية.

¹ - Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 460.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2، ص763. و بهاء بهيج شكري، المرجع السابق، ص62.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص141.

⁴ - المرجع نفسه، ص 143.

لم يفصل المشرع الجزائري في شرط الضرر بالنسبة للمسؤولية العقدية كتفصيله له في أحكام المسؤولية التقصيرية، ويعزى ذلك إلى تعدد العقود و تنوع الأضرار فيها وثبوت مفهوم الضرر و شروطه و أنواعه في كلا النوعين من المسؤولية؛ و عليه، سنتناول أنواع الضرر و شروطه الموجبة للتعويض فيما يلي:

أولاً: أنواع الضرر:

الضرر نوعان، إما مادي و إما معنوي :

1- الضرر المادي:

يقصد بالضرر المادي، الضرر الذي يلحق بالذمة المالية للشخص أو الذي يصيبه في جسمه. و يكون ضرراً مادياً، المساس بالحقوق المالية للأشخاص من حقوق عينية أو شخصية أو فكرية أو صناعية، أو السبب في الانتقاص من مزاياها و فقدان قيمتها¹.

أما عن مظاهر الضرر المادي في مجال الترقية العقارية، فهو كل ضرر مترتب عن الإخلال بالتزام تعاقدى من الالتزامات المبينة سابقاً.

فإخلال رب العمل بالتزامه بتوفير كل ما هو ضروري لإنجاز العمل، من توفير مواد ذات جودة مثلاً و الإخلال بالتزام الامتناع عن التدخل في عملية الانجاز بما يعطله أو يوقفه، قد يؤدي إلى الإضرار بالمقاول المنفذ و بالمقنتين، كما أن عدم التزامه بدفع الأجر في الوقت المحدد في العقد، قد يؤدي إلى إفلاس المقاول.

أما عن إخلال مكاتب الدراسات بالتزاماتها التعاقدية، منذ بداية الدراسة الأولية للمشروع إلى ما قبل تسليمه، قد يتسبب في أضرار مهمة لرب العمل، كالخطأ في التصاميم و المقاييس الذي يؤدي إلى أضرار غير مغطاة بالضمان العشري، أو كأن يعد تصميم لا يتماشى و طبيعة الأرض المقام عليها المشروع، مما يؤدي إلى توقيفه أو إلى إعداد تصاميم جديدة ودراسة ثانية بكلفة جديدة مما يضر بالموقف المالي لرب العمل؛ وكذا عدم دقة

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص146.

المقاييسات، الأمر الذي قد يؤدي إلى مجاوزة جسيمة في التكاليف، تؤدي إلى توقيف المشروع أو تعطيله، و بالتبعية، التأخير في تاريخ التسليم للمستفيدين و تراكم غرامات التأخير على المرقى العقاري.

الإخلال بالتزام المهندس بالنصح و الإرشاد في بداية المشروع و أثناء الأشغال وكذا تواجده المنتظم و مراقبة أعمال المقاولين و حتى المقاولين الفرعيين، مما يؤدي إلى التأخر في اكتشاف الأخطاء التنفيذية للتصاميم، ومنه تحميل المرقى العقاري مصاريف إضافية كالهدم وإعادة التشييد مجدداً.

أما عن المقاول، فإخلاله بالإنجاز المطابق، يؤدي إلى الانتقاص من قيمة المبنى. و تأخره في التنفيذ يؤدي إلى تأخر المرقى العقاري في التسليم، و بالتالي تحمل الغرامات التأخيرية. عدم مراعاة أصول المهنة و النصوص التنظيمية، وعدم احترام المعايير المعمول بها في المواد المستخدمة، سواء كان هو من قدمها أو رب العمل. كلها أخطاء عقدية تؤدي إلى المساس بالذمة المالية للمرقى العقاري، وتؤثر عليه حتى معنوياً، لأن عدم التزامه بشروط العقد مع المستفيدين من مشروعه العقاري، كما ونوعاً وزماناً، يؤثر سلباً على سمعته في السوق العقاري.

2-الضرر المعنوي:

أو ما يصطلح عليه بالضرر الأدبي، و هو الضرر الذي لا يمس بمصلحة مالية للشخص، ولكن يصيبه في سمعته، شرفه، كرامته أو مكانته الاجتماعية أو المهنية. علماً أن الضرر المعنوي قد يقترن بالضرر المادي و يكون أثراً من آثاره. و قد أقر بهذا التعويض كل من القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم، لكن قصره هذا الأخير على المسؤولية التقصيرية دون العقدية؛ غير أنه تراجع عن موقفه و أقر بالتعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن المسؤولية العقدية¹.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2، ص من 981 إلى 983، . و بلحاج العربي، المرجع السابق ص148. و بهاء بهيج شكري، المرجع السابق، ص68.

أما عن المشرع الجزائري، فقد سكت عن النص على وجوب التعويض عن الضرر المعنوي بداية، إلا أنه خرج عن صمته في القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل و المتمم للقانون 75-58 المتضمن القانون المدني بأن حدد صراحة عناصر التعويض المعنوي، بأن نصت المادة 182 مكرر من ق.م.ج على أن يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية و الشرف أو السمعة.

إسقاطا لذلك على مجال الدراسة، يستفيد من تضرر معنويا من الإخلال بالالتزامات التعاقدية من الحق في التعويض، علما و أن هذا الضرر قليل الوقوع في المسؤولية العقدية كون الالتزامات الأساسية تنصب على مصالح مالية متقابلة. غير أنه كما ذكرنا سابقا، قد يؤدي الإخلال بالالتزامات التعاقدية إلى تعطل الحصول على مصلحة أدبية بني عليها العقد، كالسمعة الحسنة و كسب الزبائن، ذلك أن أي تأخر أو إهمال أو تماطل في التنفيذ الجيد للمشروع، يؤدي إلى عزوف الزبائن عن التعاقد مع المرقى العقاري أو المهندس (مكتب الدراسات) أو المقاول، خصوصا و أن الأساس في هذا المجال هو الجودة في التنفيذ و الانضباط في آجال التسليم.

تجدر الإشارة كذلك إلى نوع ثالث من الضرر الذي يتصور وقوعه في مجال الترقية العقارية، وهو الضرر المرتد Dommage ricochet¹، و هو الضرر الذي تمتد آثار لتصيب الغير².

يفترض في هذا النوع من الضرر وجود ضرر سابق انعكس على من له علاقة بالضرر الأصلي³، و يتصور حدوثه عند تضرر رب العمل مثلا من سوء تنفيذ المقاول لأشغال البناء، فيمتد أثر الضرر اللاحق برب العمل من خسائر أو تعطل في التسليم بسبب

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص155.

² - بهاء بهيج شكري، المرجع السابق، ص71.

³ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق الضرر المرتد، دراسة تحليلية لنظرية الضرر المرتد، مدى تأثر المضرور ارتدادا بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي، نظرية الضرر في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية طبعة 2007، ص17.

الإصلاحات إلى المستفيد، الذي قد يتعرض لمراجعة في السعر بسبب ما تكلفه رب العمل من تبعات سوء التنفيذ مع التأخر في الاستفادة من السكن.

نفس الشيء بالنسبة لخطأ المهندس في إعداد مقاييسات مضبوطة، مما يؤدي إلى الزيادة الفاحشة في التكاليف و بالتالي توقيف الأشغال، و يرتد الأثر دائما إلى المستفيد. أما التأخر في دفع الأجرة من رب العمل، فيؤثر على الذمة المالية للمقاول و بالتبعية على المتدخلين معه من عمال و مقاولين فرعيين.

ثانيا: شروط الضرر الموجب للتعويض:

يشترط لاستحقاق التعويض عن الضرر توافر شروط معينة، من مساس بمصلحة مشروعة للمضرور، أن يكون مباشرا، محققا و أن يكون متوقعا.

1- أن يمس الضرر بمصلحة مشروعة للمضرور:

إضافة إلى ما سبق بيانه من وجوب أن يصيب الضرر مصلحة مالية أو شخصية للمضرور، يجب أن يقع على مصلحة مشروعة غير مخالفة للقانون، فحق المقاول في الحصول على الأجرة المستحقة عن عمله حق مكتسب، يستحق التعويض حالة ترتب الضرر على عدم دفعه في الوقت المحدد.

كما أن تضرر المرقى العقاري من التنفيذ المعيب أو المتأخر لالتزامات المتعاقدين معه يؤثر على مركزه المالي، الذي يعد من المنافع المحمية بموجب القانون¹.

وكذلك الحال في عقد البيع، أين يعد الضرر الناتج عن التأخر في التسليم للمستفيد من البناء أو جزء من البناء المنشأة مشروعا، كأن يضطر المستفيد إلى استئجار مسكن بدلا من سكنه الذي لم ينجز بعد أو لم يسلم في وقته، فموضوع الضرر هنا مشروع.

أما عن صور المصلحة غير المشروعة التي لا يحميها القانون، و لو كانت موضوع تضرر من عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، امتناع المقاول عن مواصلة التنفيذ بسبب النوعية

¹ - بهاء بهيج شكري، المرجع السابق، ص 62.

الرديئة للمواد المقدمة من طرف المرقى العقاري، رغم إصرار هذا الأخير على تلکم المواد. فالتوقف عن التنفيذ يضر بالذمة المالية للمرقى العقاري و يؤثر على آجال التسليم و بالتالي على علاقته بالمستفيدين، لكن الضرر يبقى دون تعويض، لأن سبب المطالبة بالتعويض ناتج عن ضرر خلفه إصرار المرقى على مخالفة الأصول الفنية و القواعد التنظيمية لفن البناء و مستلزمات الأشغال، وعليه لا يستحق التعويض عنه كون المصلحة هنا غير مشروعة و مبنية على مخالفة قانونية، و المبدأ في هذا المجال هو أن من لا يملك الحماية القانونية، لا يملك الحماية القضائية.

2- أن يكون الضرر مباشراً:

تنص المادة 182 ق.م.ج، على الضرر المباشر بقولها "... و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ..."، أي أن الضرر الواجب التعويض هو ذاك الناتج مباشرة عن الخطأ العقدي¹، و معيار تقدير الضرر المباشر هو عدم القدرة على تلافيه ببذل عناية الرجل العادي، ذلك أن تضرر المرقى العقاري من عدم التسليم أو استلام المنشأة في الوقت المتفق عليه في العقد بسبب عدم تنفيذ المتدخلين معه لالتزاماتهم، يعد ضرراً مباشراً عن الخطأ العقدي للمدين بالتعويض، فالضرر المباشر "هو ما يكون نتيجة حتمية و طبيعية للفعل الضار، ويرتبط بعلاقة سببية به"². و يرى الأستاذ علي فيلاي، أن تحديد الضرر المباشر و غير المباشر يتم في ضوء العلاقة السببية ما بين الضرر و الخطأ، فمتى كان بينهما علاقة سببية كافية كان الضرر مباشراً³.

و مثال الضرر غير المباشر في مجال الترقية العقارية، الضرر الذي يصيب المرقى العقاري جراء التأخر في التنفيذ نتيجة توقف أشغال البناء لندرة المواد المستخدمة في السوق

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 296.

² - بهاء بهيج شكري، المرجع السابق، ص 70.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 297.

أو ارتفاع أسعارها، خاصة حالة تعهده بتقديم المواد المستخدمة، ذلك أنه كان ينبغي عليه الاحتياط لتقلبات السوق، و بالتالي تخزين المواد بالكمية الكافية لإنهاء الأشغال، أو على الأقل، تحمل مصاريف إضافية لتوفير المواد، ولو بسعر مرتفع.

فالضرر الذي أصابه في هذه الحالة، غير ناتج عن الخطأ العقدي للمقاول، و بالتالي ليس له المطالبة بالتعويض و لا بغرامات التأخير (بل ناتج عن خطأه هو).

و نفس الطرح تناولته المادة 560 ق.م.ج بالنسبة لتضرر المقاول من توقيف رب العمل للأشغال بسبب مجاوزة جسيمة في مقدار المقايضة، ذلك أن لرب العمل في هذه الحالة التحلل من العقد و تمكين المقاول من أجره ما أنجزه من أعمال، دونما استحقاقه (المقاول) للتعويض عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، كون الضرر ناتج عن خطأ المهندس المعد للمقايضة لا عن خطأ المرقى العقاري.

3- أن يكون الضرر متوقعا :

لا يلتزم المدين عادة إلا بالنتائج الناجمة عن عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية و كانت محل توقع أثناء التعاقد أو مقررة بقوة القانون.

نصت المادة 182 ق.م.ج على: "...غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد؛ أي أنه إضافة إلى وجوب أن يكون الضرر مباشرا فلا بد أن يكون متوقعا ذلك أن النص صريح في عدم جواز التعويض عن الضرر غير المتوقع، بعكس المسؤولية التقصيرية التي يعوض فيها حتى عن هذا النوع من الضرر.

و يقصد بالضرر المتوقع، الضرر الذي يكون في حسابان الأطراف عند التعاقد أي من الممكن توقع حصوله أثناء تنفيذ العقد، و يستوي في ذلك أن يكون مقررا بقوة القانون أو مبني على الاتفاق¹.

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 190.

و من ضمن هذه الأضرار الممكن توقعها، توقع تأخر آجال التنفيذ، و هو من دواعي تحديد المشرع لنسبة مبلغ عقوبة التأخير -في رأينا- في المرسوم التنفيذي 431-13 ب 10% في المادة السادسة منه، بأن جاء في الفقرة 02 منها: "لا يمكن أن يتجاوز مبلغ عقوبة التأخير، تحت أي ظرف، عشرة بالمائة (10 %) من سعر البيع المتفق عليه".

و نفس الشيء فيما يخص نسبة الاقتطاع المقدرة بـ 15 % من التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق حالة مبادرته بفسخ العقد طبقا للمادة 32 من القانون 04-11 .

بالإضافة إلى ذلك، يجري الاتفاق عمليا بإيداع مبلغ ضمان من طرف المقاول يقدر بـ 05 % من مبلغ الصفقة لصالح رب العمل، يتحصل عليه عند إخلال المقاول بتنفيذ التزاماته.

في هذا الإطار، يجب التمييز بين توقع الضرر و توقع التعويض، ذلك أن توقع نتائج عدم تنفيذ الالتزام يكون وقت التعاقد، لكن تقدير التعويض، إن لم يكن محددا بنص القانون كما هو الحال في القانون 04-11، و المرسوم التنفيذي 431-13 أو بالاتفاق، فيكون وقت رفع الدعوى، و للقاضي خلالها تقديره حسب الحال و معطيات الملف، فإن لم يتمكن من تحديده نهائيا، له حفظ حق المضرور في المطالبة بالنظر في تقدير التعويض في خلال مدة معينة¹.

علما و أنه يستثنى من شرط التوقع في الضرر الغش أو الخطأ الجسيم للمتسبب في الضرر، هنا يمتد التعويض إلى الضرر غير المتوقع أثناء التعاقد.

و عدم توقع الضرر يقوم على أمرين في المجال المهني مقارنة بالمجال العام، ذلك أنه إلى جانب عدم القدرة على توقي وقوعه ببذل عناية الرجل العادي من طرف المضرور الذي جاء في المادة 182 ق.م.ج، فيتعين إثبات عنصر "عدم التوقع" الذي يقع

¹ - المادة 131 من القانون المدني الجزائري.

على المدين بالتعويض، ذلك أن عنصر الاحتراف في المجال المهني يستوجب التشدد في وضع أحكام الإثبات و النفي للمسؤولية¹.

وعليه، يجب على المهندس أو المقاول إثبات عدم توقع الضرر عند إبرام العقد مع رب العمل (المركي العقاري) حتى من طرف "مهني موضوع و متواجد في نفس الظروف"²، و نفس الشيء ينصرف إلى علاقة المركي و المقتني.

فالمعيار المعتمد، هو معيار الرجل الحريص، الذي يتم إعفاؤه من المسؤولية على أساس أنه لم يتوقع حدوث الضرر باعتباره مهني جيد، لا على أساس جهله بسبب الضرر³.

4- أن يكون الضرر محققا (مؤكدًا):

أو كما يصطلح عليه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بالضرر الحال⁴. و مفاد هذا الشرط، هو وقوع الضرر فعلا عند المطالبة بالتعويض أو أن يكون على الأقل مؤكد الوقوع مستقبلا، و على هذا الأساس يمكن التمييز في هذا الشرط بين كل من الضرر المستقبلي و الاحتمالي، هذا الأخير الذي يخرج عن نطاق الضرر في المسؤولية العقدية.

أما عن الضرر المستقبلي، فيجد له مجالا للتطبيق في مجال الترقية العقارية، ذلك أنه يعرف بالضرر الذي تحققت أسبابه و تراخت آثاره⁵.

و منه، يمكن القول بأن أساس قيام المسؤولية العشرية و الضمانات الخاصة المقررة في القانون 04-11 و النصوص المنظمة لمسؤولية المهنيين المتدخلين في مجال البناء وكذا القانون المدني كأصل عام، هو نظرية الضرر المستقبلي؛ ذلك أن الخطأ العقدي المتمثل في التنفيذ المعيب قائم، أما آثاره فمؤكدة و لو بعد حين، كأن تؤدي خطورة العيب

¹ - فيليب لوتورنو، المرجع السابق، ص 48.

² - المرجع نفسه، ص 49.

³ - المرجع نفسه، ص، 49.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 765.

⁵ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 161.

إلى تهديم المنشأة، و هو الأمر الذي يستعين فيه القاضي بالخبرة لتحديد مدى هذه الخطورة.

و لا يجب الخلط في هذا الشرط بين الضمانات المذكورة أعلاه و الضرر الناجم عن الخطأ العقدي أثناء فترة التنفيذ، ذلك أن هذه الضمانات مقررة بقوة القانون و غير خاضعة لإرادة الأطراف التعاقدية، و لكن يمكن تفسير إقرارها على أساس توقع الضرر المستقبلي، فإن وقع الضرر كان قرينة على الخطأ العقدي، و عليه تبقى تمثل ضمانات خاصة مقررة في حدود ضيقة، سنبينها في موقعها؛ في حين أن الضرر المستقبلي أثناء فترة الانجاز يكون حالة وجوب هدم البناية أو جزء من البناية التي اكتشفت عيوب في تنفيذها في هذه الفترة ، فخطأ المقاول أو المهندس التنفيذي و المشرف سيؤدي لا محالة إلى تحقق الضرر و هو الهدم، و بالتالي تضرر المرقى ماليا و شخصيا.

الفرع الثاني:

علاقة السببية:

لا يكفي وقوع الضرر الناتج عن خطأ عقدي للمطالبة بالتعويض، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في وقوع الضرر، هذا ما يعرف بعلاقة السببية. لقي هذا الركن من أركان المسؤولية العقدية جدلا واسعا من حيث تحديد السبب الموجب لاستحقاق التعويض، فثمة من بناء على نظرية تكافؤ الأسباب، التي أساسها اعتبار السبب مهما كان قريبا أو بعيدا، مباشرا أو غير مباشر سببا لوقوع الضرر¹. و ثمة من اعتمد نظرية السبب المنتج، أين يتم التمييز بين السبب العارض و السبب المباشر في وقوع الضرر². و منه سنحاول بيان أي هذه الأسباب اعتمدها المشرع الجزائري.

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص171 و ما بعدها.

² - علي فيلاي، المرجع السابق ص312.

أولاً: تعريف علاقة السببية:

يقصد بعلاقة السببية الصلة المباشرة الموجودة بين الخطأ العقدي، أي الإخلال بالالتزام التعاقدية، و الضرر اللاحق بالضرر. و لابد من التأكد من هذه العلاقة قبل تقرير التعويض، ذلك أن الضرر قد يقع من دون إخلال بالالتزام فتتعدم بذلك علاقة السببية و بالتالي لا يستحق التعويض، و يستوي في هذا الطرح أن يقع الإخلال بالالتزام دونما إحداث للضرر¹.

ثانياً: علاقة السببية في التشريع الجزائري:

اعتمد المشرع الجزائري السبب المنتج في تقدير علاقة السببية، و تناولها في القانون المدني في المادتين 124 و 125 من حيث وجوب توافرها، و في المادتين 127 و 176 من حيث كيفية دفعها؛ و رغم تعلق أغلب هذه النصوص بالمسؤولية التقصيرية، إلا أن علاقة السببية تعتبر نفسها في المسؤولية العقدية، و بذلك لن نتناولها بالدراسة من حيث الجدل الفقهي الذي جرى بشأن تقرير أي الأسباب تبني عليه هذه العلاقة، و لكن من حيث تطبيقها في مجال الترقية العقارية.

عموماً، يجب أن يكون إخلال أحد أطراف عقد المفاوضة أو عقد البيع هو السبب المباشر في الضرر الحاصل للضرر؛ غير أن تعدد المتدخلين في عملية البناء و تشابك مراحلها، وكذا تتابع عقدي المفاوضة والبيع، أو بالأحرى تزامنها، يؤدي إلى صعوبة إثبات علاقة السببية.

و مثال ذلك، ما ذكرناه من آثار تأخر آجال التسليم للمشروع العقاري في العلاقة بين المرقى العقاري و المفاوض و مكاتب الدراسات المنفذة و غيرهم من المتدخلين الآخرين بما يؤدي إلى تحمل المرقى العقاري لغرامات التأخير عن التسليم في علاقته مع المستفيدين. في هذه الحالة، من هو المتسبب الأول و المباشر في هذا الضرر اللاحق بالمرقى العقاري؟.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 775.

في هذا الإطار، يجب تحديد السبب المباشر في وقوع الضرر، ذلك أن السبب قد يكون خطأ منتجا للضرر، وقد يكون منتجا له و لكن غير مباشرا فيه¹.

إسقاطا لذلك على المثال السابق، فإذا أعد المهندس تصميمًا معيبًا لم يتمكن المَقاول من كشفه رغم ما بذله من عناية في ذلك، و بالتالي نفذه كما هو، بعد فترة ظهر العيب جليًا، مما استوجب معه هدم الجزء المبني و بالتالي تعطل الأشغال، استتبعه تأخر في التسليم تحمل جراه المرقى العقاري غرامات التأخير في التسليم لصالح المقتني، إضافة إلى مصاريف الهدم و شراء المواد المستخدمة من جديد.

هنا، السبب المباشر و المنتج واضح، و المتسبب فيه هو المهندس من خلال إخلاله بالتزامين، الأول بإعداد تصاميم غير مطابقة لأصول الفن و المهنة، و الثاني بإخلاله بالتزام الإدارة و الرقابة (الإشراف على التنفيذ)، أين كان من الممكن كشف عيوب التصاميم هذا إن كان المصمم هو نفسه المشرف على التنفيذ.

لكن الصعوبة لا تكون هنا، و لكن تكمن في تعدد الأطراف، مصمم أعد تصميمًا معيبًا، مهندسًا تنفيذاً أخل بواجب التأكد من سلامة التصاميم، ثم مقاول محترف لا يخفى عيب مماثل على من هو في درجة احترافه و في ظروفه، و ما يزيد التعقيد هو حرفية المرقى العقاري المشروطة في القانون 11-04².

على ضوء ما تناولناه عند دراسة التزامات مكاتب الدراسات و المهندس التنفيذي خصوصا، يمكن القول بأن الخطأ المباشر المتسبب في الضرر هو خطأ المهندس التنفيذي الملزم بمراجعة التصاميم قبل و وضعها موضع التنفيذ، ذلك أن التصاميم في ذاتها لا تشكل خطرا إذا لم تنفذ معيبة، هذا في فترة الإنجاز، ذلك أن حدوث نفس الملاحظات بعد التسليم لها أحكام خاصة.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2، ص992.

² - المادة 12 من القانون 11-04 المشار إليه سابقا.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، هو خصوصية مقاولات البناء التي تستوجب خصوصية أحكامها من جهة، و من جهة أخرى، لابد للمتعاقدین في عقد المقاوله من توقع هذه الأضرار، بالتالي تضمينها في العقد و تحديد مدى التعويض عنها، و لم لا، الاتفاق على جعل المسؤولية متضامنة بين الأطراف كما هو الحال في المثال أعلاه، ذلك أن خطأ المقاول المحترف في عدم اتخاذ العناية اللازمة في اكتشاف عيب التصميم و تنفيذه معيباً رغم إمكانية كشفه، و كذا خطأ المرقى العقاري في إهماله لواجبه بالتنسيق في عملية تنفيذ الأشغال كونه محترفاً في مجاله، لا يقلان خطراً عن خطأ المهندس التنفيذي.

المبحث الثالث:

النظام القانوني للمسؤولية العقدية :

بعد تحديد أساس و شروط قيام المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية، لا بد من بيان نظامها القانوني من حيث إثباتها و تعديل قواعدها (المطلب الأول) و آثارها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

إثبات المسؤولية العقدية و تعديل قواعدها:

لا بد للمضروب من الخطأ العقدي من إثبات توافر شروط المسؤولية العقدية ، غير أن نتيجة إثبات تحقق تلكم الشروط محكوم بمدى الاتفاق المبرم بين الأطراف بشأن تعديل قواعدها، و منه سنتناول كيفية إثبات المسؤولية العقدية (الفرع الأول) ثم نبين إلى أي مدى يمكن الاتفاق على تعديل قواعدها (الفرع الثاني)

الفرع الأول:

إثبات المسؤولية العقدية:

يجب لقيام المسؤولية العقدية إثبات توافر أركانها (شروطها) و أساسها، و تمر عملية الإثبات بثلاثة مراحل نبينها فيما يلي:

أولاً: إثبات الخطأ العقدي:

و ذلك من خلال إثبات وجود الالتزام بداية، ثم إثبات عدم تنفيذه، و في ما يلي بيانهما:

1- إثبات الالتزام:

أي لا بد من إثبات قيام التزام عقدي في حق المدين به، و بما أن القانون لم يحدد شكلاً معيناً لعقد المقاول لا في القانون المدني و لا في القانون التجاري، و باعتبار عقد

المقولة في مجال الترقية عقدا تجاريا قائما بين تاجرين، كان قابلا للإثبات بكافة الطرق عدا حالة قيام الترقية العقارية أو المقولة في شكل شركة، هنا تشترط الكتابة لإثبات العقد بين الطرفين.

في هذا الإطار و تطبيقا لأحكام المادة 323 ق.م.ج، على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه.

و عليه، إذا كان، مثلا، التزام المهندس ينحصر في إعداد التصاميم و المقاييس فقط دون متابعة الإشراف، و ادعى عليه المرقى العقاري بدعوى تعويض أو عدم التنفيذ يتوجب على المرقى العقاري حينها إثبات الالتزام، و على المهندس المصمم إثبات حدود علاقته التعاقدية في التزامه بوضع التصاميم فقط. و رغم عدم تحديد شكل معين لعقد المقولة، إلا أن الواقع درج على إبرام عقد مكتوب بين المرقى العقاري و مكاتب الدراسات. و بالتالي، متى وجد عقد صحيح، مكتوبا كان أو شفويا محدد الشروط أصبح واجب التنفيذ¹، و يقع عبء إثبات الخطأ العقدي على عاتق المدعي به، إن كان المرقى العقاري مكتب الدراسات، المقاول، المكاتب أو صاحب عقد حفظ الحق.

لا بد من إثارة نقطة هامة بالنسبة لإثبات العلاقة بين أطراف عقد البيع، ذلك أن العقد واقع على عقار في كلا العقدين، غير أن موضوع الالتزام، يختلف في عقد البيع على التصاميم عنه في عقد حفظ الحق؛ ذلك أن عقد البيع على التصاميم، كما ذكرنا سابقا ينصب على نقل ملكية العقار على مراحل، في مقابل تسديد الدفعات، و عليه لا يتحقق الالتزام بنقل الحق العيني، أي نقل الملكية، إلا بالرسمية و الشهر باعتبارهما ركنا شكليا في البيوع العقارية طبقا للمادة 792 ق.م.ج و كذا المواد 25 و 35 من القانون 11-04. و عليه، فإثبات الالتزام بنقل الملكية العقارية يستوجب إثبات وجود عقد بيع على التصاميم مشهر لدى المحافظة العقارية.

¹ - نعيم مغرب، المرجع السابق، ص 349.

أما عن عقد حفظ الحق، فمحلّه ليس نقل ملكية عقارية و إنما حجز من أجل إنجاز عقار (بناية أو جزء من بناية) بناء على تسبيق، و لا يستوجب في هذه الحالة عقد بيع مشهر، و لكن عقد رسمي محرر على يد موثق طبقاً للمرسوم 13-431.

2- إثبات عدم التنفيذ العيني للالتزام:

يتعين على المدعي بعدم التنفيذ العيني للالتزام المقابل لإثبات ذلك، كأن يثبت المرقى العقاري عدم قيام المقاول بإنجاز الأشغال المكلف بها، و ينبغي على المقاول إثبات تنفيذه لالتزامه.

و إثبات عدم التنفيذ لا يكون فقط بإثبات عدم القيام الكلي أو الجزئي بالالتزامات و لكن حتى بالتنفيذ المعيب أو المخالف لمقتضيات العقد، و مفاد ذلك أنه إذا كان محل الالتزام تحقيق نتيجة و جب إثبات عدم تحققها، و هو الغالب في عقود مقاولات البناء و الثابت في عقد البيع.

أما إذا كان محل الالتزام بذل عناية، و جب إثبات الإهمال و عدم الاحتياط و أنه لم تبذل عناية الرجل العادي عند تنفيذ الالتزام، و هو ما نلمسه في مهمة مكتب الدراسات التنفيذي في الرقابة على سير عمل المقاول، أين اعتبره فريق من الفقه التزام ببذل عناية قبل الاستلام¹.

و غالباً ما يصعب إثبات الإهمال و قلة الاحتياط، ذلك أنه يبقى نسبي و يخضع لمعايير الاحتراف و الظروف الملائمة للخطأ العقدي تحت هذا العنوان، كونه ينطوي على إثبات انحراف المدين عن أصول الفن و الصناعة².

إضافة إلى ما سبق، يمكن القول بأن إثبات المرقى لعدم تنفيذ الالتزام الكلي أو الجزئي من طرف المقاول يعد باليسر بما كان من إثباته للتنفيذ المعيب، كون أن ما يترتب عليه في الفرض الأول هو إثبات تصرف سلبي منذ البداية، في حين يتوجب عليه

¹ - Voir en ce sens, Albert Caston, op.cit. p 39.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 741.

إثبات تصرف إيجابي و هو العمل المعيب في الثاني. و عليه، فالخطأ العقدي هو نفسه واقعة الإخلال المتمثلة في عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه مخالفا لمقتضيات العقد باعتباره واقعة مادية في أغلب الحالات، فهي قابلة للإثبات بكافة الطرق¹.

كما أن الخطأ العقدي لا يقوم فقط حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، و لكن ينصرف إلى الإخلال بمستلزمات تنفيذها²، و هو ما تنص عليه صراحة المادة 107 من القانون المدني المذكورة سابقا.

ثانيا: إثبات الضرر:

يقع عبء إثبات الضرر على عاتق من يدعيه، أي الدائن³ المضرور من الخطأ العقدي، ذلك أنه سبق بيان وجوب ترتب ضرر عن عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه معيبا. وضعت المادة 184 ق.م.ج استثناء على هذا الأصل بأن جاء فيها: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلقه أي ضرر"، أي حالة الشرط الجزائي، ذلك أن تحديده في العقد و الاتفاق على أحكامه لا يغني عن إثبات الضرر، لكنه ينقل عبء إثباته إلى المدين⁴ بدلا من الدائن، كون الضرر هنا مفترض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع.

و يمكن استنتاج أن الضرر مفترضا حالة إثبات عدم القيام بالالتزام في مجال الترقية العقارية، ذلك أن السوق المعمارية معرضة لتقلبات أسعار المواد و العقار، إضافة إلى ارتباط كل أطرافها بآجال إما قانونية و إما اتفاقية، مما يجعل من الضرر نتيجة حتمية لعدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة في عقدي المقاول و البيع.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2، ص 764.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 26.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2، ص 763.

⁴ - المرجع نفسه، ص 764.

غير أنه، كما سنرى لاحقاً في حالة المطالبة بالتنفيذ بمقابل، فالضرر واجب الإثبات من طرف الدائن.

ثالثاً: إثبات علاقة السببية:

لا نكون هنا بصدد إثبات علاقة السببية و لكن بصدد نفيها، فعبء الإثبات ينتقل في علاقة السببية من الدائن إلى المدين، ذلك أن الفقه استقر على أنها مفترضة¹، لا يكلف الدائن بإثباتها، و لكن يجب على المدين نفيها، أي أن ينفي علاقة خطئه العقدي بالضرر اللاحق بالدائن، "فهو علاقة مثبتة ضمناً"².

و تظهر أهمية إثبات علاقة السببية في مجال الترقية العقارية، نظراً لتعدد الأطراف الذي يؤدي إلى تعدد الأخطاء، و منه ضرورة البحث عن السبب المنتج و المباشر في وقوع الضرر، لأن الوصول إلى قطع الصلة بين الخطأ و الضرر سواء للمقاول المخطئ أو المهندس المخل بالتزاماته، ينقل عبء نفي علاقة السببية إلى الطرف الآخر. هذه العلاقة التي لا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي من قوة قاهرة، خطأ المضرور أو خطأ الغير، التي نحيل في شرحها على الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الثاني:

تعديل قواعد المسؤولية العقدية:

العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، و للأسباب التي يقرها القانون، هذا ما نصت عليه المادة 106 ق.م.ج.

بناء على هذا النص، يلتزم المتعاقدان بكل شروط و بنود العقد كونها خضعت لإرادتهما الحرة، و حالة وجود اتفاق عقدي على الإعفاء من المسؤولية العقدية التزم به الأطراف، ما لم ينص القانون على عدم جواز اتفاق مماثل.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2، ص 774.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 230.

و تجدر الإشارة إلى أن المسؤولية العقدية ليست من النظام العام بعكس المسؤولية التقصيرية، و منه يجوز للأطراف تعديل أحكامها وفقا لما تقضيه مصالحهم المتبادلة.

و تشمل عملية تعديل قواعد المسؤولية عدة مسائل تدور بين التشديد و التخفيف هي:

تحمل تبعة الهلاك، الإعفاء التام من مسؤولية عدم التنفيذ حالة حسن النية و كذا الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن غش أو خطأ جسيم لمستخدمي المدين بها في الأصل، و هو ما تناولته المادة 178 ق.م.ج، إضافة إلى تعديل أحكامها عن طريق تأمينها.

أولاً: الاتفاق على تشديد المسؤولية:

يجوز للأطراف المتعاقدة، الاتفاق على تحميل تبعة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة للمدين¹، و هو اتفاق على تشديد المسؤولية بما يجعل المدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي الذي يفترض فيه نفي المسؤولية عنه في الحالات العادية.

و مثاله، اتفاق المرقى العقاري مع المقاول على تحميل هذا الأخير للمسؤولية حالة الفيضانات أو الزلازل، و بالتالي يلتزم بإعادة البناء على حسابه، أو فسخ العقد دون الحق في الحصول على مقابل ما أداه.

و نظرا لدرجة الاحتراف المفترضة في طرفي العقد وفقا للقانون 04-11، على القابل بهذا التشديد لمسؤوليته العقدية الالتزام بتبعاته؛ في حين يختلف الأمر لو لم يكن أحد الطرفين بمستوى الآخر من الناحية الفنية و المهنية، ذلك أننا سنرى في هذا الطرح وجوب تدخل القاضي للحد أو على الأقل للتخفيف من هذا التشديد في أحكام المسؤولية.

خصوصا إذا علمنا، بأن المتعاملين في مجال الترقية هم تجار، قد يؤدي بند مماثل إلى إفلاس المدين؛ رغم أن تصور مثل هكذا مثال شبه منعدم في أيامنا هذه في عقود البناء.

¹- المادة 178 من القانون المدني الجزائري.

ثانياً: الاتفاق على تخفيف المسؤولية:

نصت الفقرة 02 من المادة 178 ق.م.ج، على جواز الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية أو الإعفاء منها. أما عن الإعفاء منها، فهو جواز الاتفاق على أن لا يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ، فلا يحق للدائن في هذه الحالة المطالبة لا بالتنفيذ العيني و لا بالتنفيذ بمقابل و لا بالتعويض، فيعد بذلك متنازلاً عن التنفيذ و عن آثاره من تحقق النتيجة المرجوة من التعاقد، و بذلك لا يكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ الالتزام المعهود إليه، ما لم يثبت خطأه أو غشه، و منه ينقلب التزامه بتحقيق نتيجة إلى مجرد الالتزام ببذل عناية¹.

و تجدر الإشارة إلى أن عدم تنفيذ الالتزام يمتد إلى التنفيذ المعيب للالتزام، ذلك أن التنفيذ في ذلك مقترن بالتزام ضمني، هو التنفيذ الجيد و المطابق لمقتضيات العقد.

كما يمكن الاتفاق على التخفيف دون الإعفاء التام من المسؤولية، بردها إلى حد لا يضر بالمدين، بتحديد مجالها أو تقليص شروطها، أو قصرها على خطأ دون آخر. كما يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من مستخدميه أثناء تنفيذ التزاماته، و في هذه الحالة نكون أمام الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

ثالثاً: حدود تعديل قواعد المسؤولية العقدية:

منح المشرع للأطراف سلطة تحديد بنود العقد و تضمينه ما يروونه من شروط من حيث جواز تعديل قواعد المسؤولية العقدية، لكنه لم يترك هذا الحق على إطلاقه، بل قيده بعدم اقتران الخطأ المرتب للمسؤولية بالغش أو الخطأ الجسيم للمدين فيما يتعلق بأخطائه الشخصية، ذلك أنه حالة إثبات الدائن لارتكاب المدين لغش بمناسبة تنفيذ العقد أو عند الامتناع عن التنفيذ، بطل الشرط و لو تضمنه العقد.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2، ص 758.

مثال ذلك، أن يتفق المرقى مع المقاول على إعفاء هذا الأخير من المسؤولية عن المواد المستخدمة و لو كان هو نفسه -المقاول- موردها، ثم يتبين أنه استخدم مواد معيبة و دون جودة أدت إلى الإضرار بالمنشأة. يتعين على المرقى العقاري في هذه الحالة إثبات غش المقاول و تعمده لارتكاب الخطأ، و منه تقوم مسؤوليته العقدية كاملة.

كما أن الخطأ الجسيم للمدين يبطل البند المعفي أو المخفف من المسؤولية، الأمر الذي يجب معه تحديد معيار لاعتبار الخطأ جسيماً.

و يمكن القول، بأن جسامة الخطأ ترتبط بمدى احتراف المدين و تخصصه في مجاله و بالضرر الذي نجم عن وقوعه. و قد قررت المحكمة العليا في هذا المجال، وجوب تحمل المدين وحده لتبعات الحوادث الاستثنائية العامة الواقعة خارج الأجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام، و لا يمكنه بالتالي المطالبة بتعديل العقد، فإذا طرأت الحوادث خارج الأجل المتفق عليه، فإن المدين يتحمل تلك الظروف، لأن الدائن لم يكن مقصراً في تنفيذ التزاماته¹.

إسقاطاً لما سبق على التعاقد في مجال الترقية العقارية، نلاحظ بأن المشرع لم يضمن القانون 04-11 أي نص مخفف للمسؤولية، على الأقل حالياً، على صعيد التزامات المرقى العقاري في مواجهة المكتتبين و أصحاب حفظ الحق، بل جاءت كل النصوص أمرة، كنص المادة 45 منه، التي تمنع كل محاولة للحد من المسؤولية العقدية باستبعادها أو بحصرها بأن جاء فيها: " دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني، و قانون العقوبات و المتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً و غير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، و تلك المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما، أو تقييد مداها سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري".

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 324034، الصادر في 2007/02/21، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، سنة 2007

منع المشرع بموجب هذا النص، محاولة استبعاد مسؤولية المقاول الفرعي -الثانوي- بأي شكل من الأشكال، هو النص الذي تقرر لحماية المستفيد من المشاريع العقارية، ذلك أن الأصل هو عدم وجود علاقة بين المكتب و المقاول الفرعي، و لا حتى بين هذا الأخير و المرقى العقاري، إلا أن الواقع العملي يفرض سن حماية للمستفيد من أخطاء المقاولين الفرعيين عن عيوب البناء.

رابعاً: تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق التأمين:

بيننا سابقاً أن من بين التزامات أطراف عقد المقولة، اكتتاب تأمين من المسؤولية العشرية لصالح المرقى العقاري باعتباره رب عمل، و من ثم لصالح المستفيدين من المشروع العقاري، و هو ما سيفصل عند تناول التعويض في الضمان العشري.

إلا أن ما يهمننا في الحين، هو التأمين من المسؤولية العقدية¹ أثناء فترة التنفيذ، ذلك أن للمتعاقدین نقل عبء دفع التعويض إلى شركة التأمين بدلا من تحملها شخصياً، و ذلك عن طريق إبرام عقد تأمين من الأخطاء العقدية، مع تحديدها في بوليصة التأمين.

و مثاله، تحمل الشركة تبعات تأخر عملية التسليم، فتدفع بذلك غرامات التأخير للمقنتين في عقد البيع أو للمرقى العقاري في عقد المقولة، بشرط إثبات عدم التعمد في التسبب بالتأخير، و لشركة التأمين إثبات سوء نية المؤمن لديها بكافة طرق الإثبات.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 754.

المطلب الثاني:

آثار المسؤولية العقدية:

بما أن القانون 04-11، لم يحدد بعد أحكاما خاصة بعقد المقاولة، لا من حيث تنظيمه و لا من حيث آثاره؛ وجب الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية، و كذا عقد المقاولة.

و باستقراء المادتين 553 ق.م.ج و 176، يتبين لنا أن أهم آثار المسؤولية العقدية في عقد المقاولة هي الدعوى القضائية، لكن بين أطراف عقد المقاولة (الفرع الأول). أما عن آثار الإخلال بالالتزامات في عقد البيع، فتنقسم بين القانون 04-11 و القواعد العامة كما سنرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

آثار المسؤولية العقدية في عقد المقاولة:

تنص المادة 553 ق.م.ج على أنه: "إذا ثبت أثناء سير العمل أن المَقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المَقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد، و إما أن يعهد إلى مَقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المَقاول الأول طبقا لأحكام المادة 170 أعلاه. غير أنه يجوز فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ مستحيلا".

كما تنص المادة 176 ق.م.ج على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ الالتزام".

من خلال استقراء المادتين السابقتين، يتضح لنا تقرير ثلاث أنواع من الدعاوى القضائية المقررة لرب العمل أثناء فترة التنفيذ، و هي دعوى التنفيذ بمقابل و دعوى فسخ طبقا للمادة 553 من القانون المدني، و دعوى تعويض طبقا للمادة 176 من ق.م.ج، غير أن دعوى الفسخ لا تدخل ضمن آثار المسؤولية العقدية، بل هي في ذاتها جزاء عن الإخلال بالالتزام إلى جانب المسؤولية العقدية للمتضرر من عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ، فإما أن يطالب بالفسخ، أو أن يعمل أحكام المسؤولية العقدية التي لها صورتان، التعويض بالتنفيذ العيني و التعويض النقدي الذي قد يكون اتفاقيا¹، و المتمثل في الشرط الجزائي المنظم في العقد أو قضائيا حالة عدم تحديده في العقد. و مناط التفرقة بين كل من الفسخ و المسؤولية العقدية في رأينا يكون في أمرين: يخص الأول مصير العلاقة التعاقدية، ذلك أن الفسخ يؤدي إلى زوال العقد بحل الرابطة العقدية بين الطرفين و إعادة الوضعية بينهما إلى ما كانت عليها قبل التعاقد، و بالتالي تحل الدائن من التزامه، و يستوي أن يكون بالتعويض أو بغيره؛ إلا حالة السبب الأجنبي الذي يشترك فيه الجزاءين (الفسخ و المسؤولية العقدية) فيكون الانفساخ بقوة القانون²، دون الحاجة إلى رد الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. في حين أن العلاقة التعاقدية تبقى قائمة في المسؤولية العقدية، و يكتفي المضرور بالمطالبة إما بالتعويض النقدي عن الإخلال مع الاستمرار في تنفيذ العقد، أو المطالبة بالتنفيذ بقابل أو ما يصطلح عليه بالتنفيذ عن طريق التعويض.

و يخص الثاني عنصري الضرر و العلاقة السببية، ذلك أن الفسخ لا يستوجب حدوث ضرر و علاقة سببية بين الإخلال بتنفيذ الالتزام و الضرر، بل يكفي إثبات العقد (مصدر الالتزام) و عدم تنفيذه، و لو لم يقع ضرر نتيجة الإخلال؛ في حين يعتبر الضرر و كذا علاقة السببية ركنان من أركان قيام المسؤولية العقدية.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م 2، ص 1092.

² - المرجع نفسه، ص 1092.

و على هذا الأساس، يخرج الفسخ من مجال الدراسة، لأنه يعد أثراً من آثار العقد مثله مثل المسؤولية العقدية، للمتضرر الاختيار في اعتماد إحداها كآلية لمجازاة الطرف المخل بتنفيذ التزامه.

و نضيف إلى ما سبق، حدود دور القاضي في كلا الجزأين، ذلك أن للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، و كان المدين مستعداً له؛ في حين لا يملك إجبار الدائن على التراجع عن دعوى المسؤولية و قبول التنفيذ العيني. و تجدر الإشارة إلى أن دعوى المسؤولية العقدية تختلف عن دعوى المسؤولية التقصيرية من حيث نوعية الطلبات المقدمة من طرف الدائن بالتنفيذ، ذلك أن الأثر الوحيد للمسؤولية التقصيرية هو دعوى التعويض في أغلب الحالات، في حين أن أثر المسؤولية العقدية هو دعوى، لكن لا تنحصر فقط في التعويض النقدي و لكن تتعداه إلى التعويض غير النقدي؛ أما عن التنفيذ العيني، فهو الأصل في تنفيذ العقد، و ما دام تنفيذه ممكناً فلا سبيل لإعمال دعوى المسؤولية العقدية، لأن التنفيذ العيني لا يدع مجالاً لوقوع الضرر، إلا في حالات سببها في محلها. و عليه سنتناول دعاوى المسؤولية العقدية في عقد المقولة فيما يلي:

أولاً: دعوى التعويض بمقابل عيني:

تناولت المادة 553 ق.م.ج حالة التنفيذ المعيب للالتزام، و لم تتناول حالة الامتناع هذا عند القراءة الأولى لنصها، غير أنه في الإحالة على المادة 170 ق.م.ج التي تقضي بأنه في حالة 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، توسع في مجال تطبيق أحكام المادة 553 ق.م.ج إلى حالة عدم التنفيذ، إضافة إلى التنفيذ المعيب.

و يجب التفرقة في هذا المقام بين التنفيذ العيني للالتزام، و التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام بمقابل عيني (التنفيذ عن طريق التعويض)، ذلك أن المنفذ في الطرح الأول هو المدين نفسه، و عند امتناعه عند التنفيذ أو عن إصلاح خطئه العقدي تقوم مسؤوليته

العقدية و يلجأ إلى التنفيذ بمقابل عيني، أين يكون المنفذ فيه شخص آخر غريب عن العقد الأول، لكن يقوم بالتنفيذ على حساب المدين الأصلي، كون هذا الأخير هو السبب في استحالة التنفيذ العيني¹ أو تعييه.

1- أطراف دعوى التعويض العيني:

ترفع الدعوى من المرقى العقاري بصفته رب العمل في عقد المقاولة، كمدعي في النزاع ضد المقاول المنفذ للمشروع العقاري أو مكتب الدراسات المشرف على التنفيذ كمدعى عليه. و لم تشر النصوص المنظمة لعقد المقاولة و لا المقاولة الفرعية لإمكانية رفع الدعوى ضد المقاولين الفرعيين، و مرد ذلك إلى عدم وجود عقد بين المرقى العقاري و المقاولين الفرعيين؛ غير أن للمرقى العقاري أن يرفع دعوى غير مباشرة ضد المقاول الفرعي المنفذ باستعماله لحق المقاول في مساءلة المتعاقدين معه على عدم التنفيذ و التنفيذ المعيب.

2- موضوع دعوى التعويض العيني:

نص المادتين 553 و 170 ق.م.ج واضح، فموضوع الدعوى في هذه الحالة هو المطالبة القضائية بالترخيص للمرقى العقاري بتنفيذ العمل على نفقة المقاول المتعاقد معه أي المدعى عليه.

و الاختلاف الملاحظ بين النصين، هو اقتصار الطلب في المادة 170 ق.م.ج على الترخيص بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، دونما تحديد لصفة المرخص له بالتنفيذ أكان الطالب نفسه أو الغير، و مرد ذلك هو عموم نص المادة 170 ق.م.ج، التي تطبق في كل حالة على حده، بحسب موضوع العقد؛ و في مجال الترقية العقارية، إن لم يكن المرقى العقاري هو نفسه مقاولا، كان لا بد من أن يعهد بتنفيذ العمل إلى مقاول آخر يستطيع إتمام أشغال الإنجاز على نفقة المقاول المخل بالتزامه؛ إلا إذا كان شخص المقاول الأول محل اعتبار في التعاقد، في هذا الحالة للمرقى العقاري اللجوء إلى الإكراه المادي

¹ - و هو المستنتج من نص المادة 170 من القانون المدني الجزائري.

بطلب توقيع الغرامة التهديدية لإجبار المقاول على التنفيذ¹، دون المساس بحقه في التعويض.

3- شروط دعوى التعويض العيني:

يتوجب لرفع دعوى التنفيذ بمقابل توافر شرطين هما:—

3-2- الإنذار:

يجب لقبول الدعوى إنذار المدين (المقاول) بما ثبت في حقه من سوء التنفيذ و المخالفة لشروط العقد.

لم يحدد المشرع طريقا أو شكلا معيناً للإنذار، و منه نرجع إلى نص المادة 180 ق.م.ج التي تحدد صورتين للإعذار، فإما أن يكون عن طريق البريد المضمن و هو الإجراء الذي لا نستسيغه نظرا لما قد يحمله من تحايل من طرف مرسله، ذلك أن البريد المضمن إنما يعد قرينة على وصول الإنذار إلى علم المرسل إليه، رغم ما قد يحتويه مضمونه، فقد تحتوي الرسالة على أي خطاب آخر عدا الإنذار، كما قد تكون فارغة من أي محتوى. و عليه، نرى بأن لا يكون الإعذار منتجا لآثاره إلا إذا تم عن طريق المحضر القضائي، بموجب محضر رسمي، يتلقاه المقاول و هو عالم بمحتواه.

أما عن الصورة الثانية، فهي تحديد أجل اتفاقي يتم التنفيذ خلاله، فإذا انقضى قامت المسؤولية مباشرة دونما الحاجة إلى أي إجراء آخر.

إسقاطا لنص المادة 180 على المادة 553 ق.م.ج، نستنتج بأن المشرع أخذ بالصورة الثانية للإعذار، و هي بتوجيه إنذار تتحدد فيه مدة لإصلاح عيوب التنفيذ تحت طائلة المطالبة القضائية.

و الملاحظ أن نص المادة جاء بالجواز لا بالإجبار، ذلك أن المشرع نص على جواز توجيه رب العمل لإنذار مقترن بمدة زمنية لإصلاح العيوب، بعكس وجوب الإعذار عند

¹ - المادة 174 من القانون المدني الجزائري.

المطالبة بالتعويض، و هو ما نفسه بطبيعة المطالبة القضائية في هذه المرحلة المبنية أساساً على وجوب الالتزام بالتنفيذ المطابق لشروط و مقتضيات العقد، فبمجرد ثبوت الإخلال في حق المقاول تقوم مسؤوليته العقدية و بالتبعية وجوب إصلاح ما نتج عنها. فالمفترض في المقاول علمه بما وقع فيه من خطأ بناء على خبرته و احترافيته، و بالتالي جواز التخلي عن الإعذار المسبق لأن الإخلال قائم.

علماً أن طلب إصلاح عيوب التنفيذ عن طريق الغير و على حساب المقاول الأصلي لا يمنع من المطالبة بالتعويض حالة ثبوت الضرر.

3-3- أن يكون التنفيذ ما زال ممكناً:

و هو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 170 ق.م.ج بقوله: " إذا كان التنفيذ ممكناً"، كما يستنتج هذا الشرط من الفقرة الثانية من المادة 553 ق.م.ج التي جاء فيها: " غير أنه يجوز طلب الفسخ في هذه الحال دون الحاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً".

أي أن استحالة عملية إصلاح العيوب، أو استحالة التنفيذ كلياً حالة عدم التنفيذ بتاتا تؤدي إلى فسخ العقد و المطالبة بالتعويض حالة ثبوت ضرر أو انتفاء العلاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي¹.

و إمكانية التنفيذ من عدمها في المسؤولية العقدية مرتبطة دائماً بخطأ المدين، ذلك أن عدم إمكانية إصلاح عيوب التنفيذ (الانجاز) بسبب لا يد للمقاول فيه تفتح مجالاً للتخفيف من المسؤولية، و ليس الإعفاء منها، بالبحث عن السبب المباشر لاستحالة التنفيذ.

و مثال ذلك، خطأ المقاول في تنفيذ جزء من التصميم، لا يؤدي في العادة إلى تهدم البناية قبل انقضاء الأجل الممنوح له لإصلاح العيوب، غير أنه وقع زلزال أدى إلى تهدمها، في هذه الحالة لا ترجع الاستحالة إلى خطأ المقاول، و منه لا يسأل عن التهدم في

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح النظرية القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني الإثبات و آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 2009، ص 760.

هذه المرحلة لأن العيب لا يؤدي إلى هذا الضرر في الظروف العادية، و في هذه الحالة يفسخ العقد لاستحالة الإصلاح، لأن البناية لم يعد لها وجود و بالتالي فالعيب محل الإصلاح لم يعد موجودا.

4- طبيعة الحكم الفاصل في الدعوى:

الملاحظ في المادتين 170 و 553 ق.م.ج ، أن المشرع لم يحدد كيفية اختيار المقاول الذي سيعهد إليه بتنفيذ الالتزام، هل باقتراح من المدعي، من المدعى عليه بالاتفاق مع رب العمل أم يعينه القاضي؟ و هل يتم الطلب بموجب دعوى قضائية أو بمجرد أمر على عريضة أو في شكل دعوى استعجالية؟.

نقول إجابة على ذلك، أن دعوى المسؤولية العقدية تقوم على إثبات الخطأ و الضرر أما علاقة السببية فمفترضة. و عليه لا يمكن رفع طلب الحال في شكل طلب لاستصدار أمر على عريضة، كون أن الطلب فيه مساس بالموضوع و خاضع لوجوب الإثبات. كما لا يمكن رفعه بموجب دعوى استعجالية، لأن حالة الاستعجال منتفية لإمكانية توقيف المقاول عن مواصلة التنفيذ و التعاقد مع مقاول آخر، و حالة ثبوت خطأ المقاول الأول، يرجع عليه المرقى بما أداه للمقاول البديل.

و منه، يتوجب رفع طلب إسناد العمل موضوع العقد إلى مقاول آخر في شكل دعوى قضائية موضوعية، ليصدر فيها حكم في الموضوع بالترخيص للمرقى العقاري (الدائن بالتنفيذ) لإصلاح العيوب الظاهرة في طريقة التنفيذ على حساب المقاول الأصلي.

أما القاضي، فلا يعين مقاولا آخر، و إنما يرخص فقط للمرقى بتنفيذ الأشغال على حساب المقاول الأصلي، و للمرقى في ذلك تنفيذ الأشغال إما بنفسه، و أما أن يعهد بها إلى مقاول آخر، على أن يرجع بعد ذلك بموجب دعوى ثانية تحت موضوع تصفية تكلفة الإنجاز بناء على الفواتير المثبتة لقيمة الأعمال، للحصول على حكم قضائي يلزم من خلاله المقاول المخل بدفعها للمرقى العقار، و للمقاول أن يثبت مغالاة المرقى فيما ادعاه من مصاريف، و المطالبة برد المبالغ المطالب بها إلى الحد المعقول.

ثانيا: دعوى التعويض النقدي:

تقضي المادة 182 ق.م.ج بأن حق الدائن في المطالبة بالتعويض النقدي عن عدم التنفيذ، أو بالأحرى استحالتة، بسبب يعود إلى المدين (176 ق.م.ج).
و التعويض في هذه الدعوى يكون نقديا، أي مبلغا من المال تقدر قيمته إما قضائيا أو اتفاقيا، و في كلتا الحالتين، لابد من اتخاذ إجراء جوهري قبل رفع الدعوى و هو الاعذار، ثم لابد من توافر شروط لاستحقاق التعويض، و توافر عناصر تقديره الاتفاقية القضائية أو القانونية.

أما عن شروط استحقاق التعويض، فهي نفسها أركان المسؤولية العقدية من خطأ عقدي، ضرر موجب للتعويض و علاقة السببية¹، و عليه نحيل عليها.

1-الإعذار:

لابد لاستحقاق التعويض من توجيه إعذار للمدين بالتنفيذ، و هو ما نصت عليه المادة 180 من ق.م.ج بقولها: "يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار. و يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر"، و قد سبق و أن بينا رأينا بوضوح في شكل الإعذار عند تناولنا لدعوى التعويض العيني. و هو إجراء واجب لاستحقاق التعويض النقدي، بعكس التعويض العيني.

1-1-تعريف الإعذار:

المقصود بالإعذار، هو تنبيه المدين إلى التأخر المسجل من قبله في تنفيذ التزامه أو تنفيذه معيبا أو تراخيه فيه؛ بعبارة أخرى، هو "وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه"².

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص 848.

² - خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 14.

أما عن الحكمة من الإعذار، فتصب في مصلحة المدين كما الدائن، ذلك أن عدم توجيه الإعذار من قبل الدائن إنما يفهم منه قبوله بتصرف المدين¹، ثم إن توجيهه ينبه المدين حسن النية لإخلاله أو تأخره في تنفيذ التزامه، فيتدارك بذلك تراخيه و ينفذ ما عليه على الوجه المطلوب. و يمكن القول في هذا المعنى، أن الإعذار هو مبادرة أخلاقية من الدائن تحمي المدين من نتائج عدم تنفيذه لالتزامه أو التراخي فيه، كما يعد آلية قانونية لحماية الدائن حسن النية.

1-2- معفيات الإعذار:

نصت المادة 181 ق.م.ج على أربع حالات للإعفاء من الإعذار، و هي:

أ- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين، ذلك أن الهدف من الإعذار هو تنبيه المدين إلى تأخره في أداء التزامه، غير أن تدخل المدين بفعله في استحالة التنفيذ لا يدع جدوى للإعذار لعلم المدين مسبقا بهذه الاستحالة². و هو نفس ما جاءت به المادة 553 من ق.م.ج، التي نصت على جواز طلب فسخ العقد دونما حاجة إلى تعيين أجل لإصلاح عيوب إذا أصبح من المستحيل تداركها.

ب- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر، و يدور هذا العذر أساسا حول أحكام المسؤولية التقصيرية، فيسأل المدين بمجرد انحرافه عن سلوك الرجل العادي و إلحاق الأذى بالغير³، ذلك أنه في مثل هذه الحالات يفترض علم المدين بقيام مسؤوليته و التزامه بالتعويض للمضروب بموجب حكم قضائي في غالب الأحيان.

ج- إذا كان محل الالتزام شيء يعلم المدين بأنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق و هو عالم بذلك، ذلك أن علم المدين في هاتين الحالتين يسقط عن الإعذار صبغته الأخلاقية نظرا لتعمد المدين التعامل في ما لا يحق له التعامل فيه قانونيا و أخلاقيا؛ غير أن في هذه الفقرة

¹ عبد الرزاق السنهوري، ج2، ص830. و بالتالي قبوله ضمنا أجل التنفيذ من غير تضرره من ذلك.

² أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 15.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص 838.

نوع من الغموض، إذا لم نقل التناقض، في التبرير القانوني لإثبات طبيعة محل الالتزام في شقه الأول المتعلق بالمسروقات، التي تفترض تدخل النيابة العامة و توجيه الاتهام بإخفاء أشياء مسروقة مما يرتب المسؤولية الجزائية إضافة إلى المدنية.

د- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه، و الكتابة هنا للإثبات لأنها تبين سوء نية المدين، ومنه إعفاء الدائن من اللجوء إلى الإعذار¹.

أما إذا اتفق الطرفان مسبقا على اعتبار حلول تاريخ تسليم جزء من الأشغال، كما هو معمول به في المشاريع العقارية، في حد ذاته إعذار للمقاول، فلا حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر للتنبيه، و هو مفهوم الجزء الثاني من المادة 180 من ق.م.ج .

و بما أن المادة 553 ق.م.ج تناولت حالة التنفيذ المعيب للأشغال، و استحالة الإصلاح التي تعود إلى المقاول، و منه نكون أمام جوازية الإعذار من عدمه.

صحيح أن الفقرة 2 من المادة 553 ق.م.ج تحدثت عن الفسخ، لكن ليس ثمة ما يمنع من توسيع معناها لتشمل التعويض، طالما أن فيها تطابق مع الفقرة الأولى من المادة 181 ق.م.ج.

2- عناصر تقدير التعويض:

يستحق التعويض إما عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه². و قد تناولت المادة 182 ق.م.ج عناصر تقدير التعويض، و المتمثلة في التعويض عما لحق من خسارة و ما فات من كسب. هذا التعويض الذي إن لم يكن محددا بموجب العقد أو في القانون، تدخل القاضي لتقديره من خلال ملابسات الدعوى، بحسب نفس النص.

2-1 دور القاضي في تقدير التعويض:

عند تحقق شروط استحقاق التعويض و توجيه الإعذار للمقاول، يمكن للمركبي العقاري

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص 838.

² - المرجع نفسه، ص 844. و خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 38.

أن يلجأ إلى رفع دعوى قضائية لتحصيل التعويض المستحق له جراء ترتيب المسؤولية العقدية للمقاول أو للمهندس (مكتب الدراسات)، سواء كان التعويض محددًا مسبقًا في العقد أو لم يكن محددًا. ذلك أن دور القاضي يشمل في تقدير التعويض، تعديله بخفضه أو بالإعفاء منه أو رفعه حالة ثبوت الغش أو الخطأ الجسيم للمدين به.

أ- للقاضي أن يقدر التعويض من خلال أوراق الملف إن لم يكن قد سبق تحديده مسبقًا. فيأخذ بعين الاعتبار وجوب ثبوت الخطأ العقدي للمقاول أو المهندس، ثبوت حدوث الضرر الموجب للتعويض و كذا وجود علاقة السببية، و له الاستعانة بالخبرة للوصول إلى التحديد العادل للتعويض، مقدرا لما لحق المرقى من خسارة وما فاتته من كسب.

ب- يجوز للقاضي خفض مبلغ التعويض في حالة تسبب المرقى بخطئه في الضرر اللاحق به أو زيادته، كتقديمه لمواد معيبة إن كان هو المتعهد بتقديمها، التأخر في استخراج التراخيص الإدارية اللازمة، التدخل و التعديل في التصاميم مما يهدر الوقت أو يؤدي إلى التنفيذ المعيب للأشغال¹.

ج- كما يجوز للقاضي أن يخفض قيمة التعويض الاتفاقي (قيمة الشرط الجزائي)، إذا ثبت له من خلال الملاحظات عدم تضرر المرقى العقاري من عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وهو ما لا يتصور في حالة التنفيذ المعيب، الذي يؤدي لا محالة إلى الإضرار بالمصالح المادية للمرقى العقاري. كما يكون للقاضي خفض الشرط الجزائي إذا وجد فيه مبالغة كبيرة².

د- يجوز للقاضي إعفاء المدين من التعويض إذا ثبت له ضلوع الدائن بخطئه في حدوث الضرر، و كان هو السبب المباشر فيه، و هو ما يفهم من المادة 177 ق.م.ج، لأن الصلاحية الممنوحة للقاضي بالتخفيض مردها إلى الدور المساعد للدائن في إحداث الضرر، في حين تعود صلاحيته في الإعفاء منه إلى كون خطأ الدائن هو الأساسي في حدوث الضرر، و هو ما تقتضيه العدالة و أحكام المسؤولية العقدية.

¹ - المادة 177 من القانون المدني الجزائري.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص 871.

في نفس السياق، يجوز للقاضي الإعفاء من التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) إذا أثبت المدين أن الدائن لم يتضرر بتاتا، و هو ما نصت عليه المادة 184 ق.م.ج التي جاء فيها: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

و لا تناقض بين صلاحية الإعفاء و صلاحية الخفض من الشرط الجزائي عند إثبات المدين لعدم تضرر الدائن، ذلك أن مرد الإعفاء إنما يعود إلى عدم وجود الضرر بتاتا، كأن يتأخر المفاوض في تنفيذ قسم من الأشغال لا يؤدي إلى الإضرار بمصلحة المرقى العقاري بأي شكل من الأشكال.

أما التخفيض مع عدم ثبوت الضرر، فهو جزاء مدني للمدين المتراخي أو الممتنع عن التنفيذ، يحكم به للقاضي إذا ثبت له ضلوع المدين بالالتزام في هذا التأخير أو التراخي لكن ليس بالقدر الذي يضر الدائن.

تعد هذه المادة من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها ، أي لا يجوز التشديد من مسؤولية المدين بتحميله للشرط الجزائي حالة انعدام الضرر الموجب للتعويض. هـ- يمنع على القاضي الزيادة في قيمة الشرط الجزائي حالة مجاوزة الضرر لقيمة التعويض الاتفاقي، على اعتبار أن قيمته حددت بناء على اتفاق إرادتين حرتين، فالعقد شريعة المتعاقدين، و ليس للقاضي سلطة القضاء بأكثر مما اتفق عليه¹، كما يعد الاتفاق المسبق على قيمة التعويض بمثابة تعديل لأحكام المسؤولية²، مفاده عدم تحميل المدين لتعويض يفوق الاتفاق، و لو تجاوز الضرر قيمة ما اتفق عليه، عدا حالة الغش أو الخطأ الجسيم من قبل المدين، و هذا طبقا للمادة 185 ق.م.ج.

¹- خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 44.

²- المرجع نفسه، ص 44.

والملاحظ، هو الحد من سلطة القاضي في رفع مبلغ التعويض الاتفاقي، بعكس السلطة الممنوحة له في خفضه أو الإعفاء منه، الأمر الذي يمكن إرجاعه إلى طبيعة أحكام المسؤولية العقدية المبنية على ضرورة وجود الضرر، فإن وجد استحق التعويض و لو كان اتفاقيا و غير متناسب مع الضرر، و إن لم يوجد كانت السلطة للقاضي في تقدير الخطأ العقدي للمدين، لا الضرر، في تخفيض التعويض أو الإعفاء منه.

ي- و للقاضي في كل الأحوال، حالة صعوبة تقدير التعويض بصورة نهائية عند الفصل في الدعوى، حفظ حق المضرور للمطالبة بإعادة النظر في تقديره من جديد خلال مدة معينة، وهو ما سبق الإشارة إليه عند تناولنا للضرر، ذلك أن ثبوت احتمال تفاقم الضرر¹ أو عدم ظهور عناصره بوضوح بتاريخ الحكم يؤثر على التقدير المناسب للتعويض، فإما أن يحكم القاضي بتعويض غير نهائي، أو أن لا يحكم به، أو أن يحفظ الحق في المطالبة به لاحقا، أي عند تبلور شروطه و موجباته في كلتا الحالتين.

2-2- التعويض الاتفاقي:

قضت المادة 183 ق.م.ج بجواز الاتفاق المسبق على قيمة التعويض، إما في العقد نفسه و إما في اتفاق لاحق على العقد، و هو ما يعرف بالشرط الجزائي؛ فهو اتفاق مسبق على تحديد قيمة التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، له نفس شروط التعويض القضائي² من إعدار و شروط المسؤولية العقدية.

و للشرط الجزائي أهمية من حيث نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين، ذلك أن الضرر يكون مفترضا و لا يكلف الدائن بإثباته، بل يقع على المدين إثبات عدم وقوعه، هذا من جهة. و من جهة أخرى، يكون عبء إثبات المغالاة في التعويض الاتفاقي أو عدم تناسبه مع قيمة الضرر على المدين، كون الشرط الجزائي يعد قرينة على صحة تقدير

¹ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، ج 2، طبعة 1، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 1991، 1992، ص 164.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص 855.

الضرر الواقع¹. و قد سبق بيان مواطن الزيادة و التخفيض و الإعفاء من الشرط الجزائي نظرا لتعلقها بالدعوى القضائية و سلطة القاضي فيها.

أما عن اتفاق أطراف عقد مقاوله البناء على قيمة التعويض الاتفاقية، فقد تلقينا من أحد المرقين العقاريين أنه غالبا ما يكون مقدرا بنسبة 05% من قيمة الصفقة، يودع في حساب خاص كضمان Une garantie لاستكمال الأشغال، كما قد يأخذ شكل الاقتطاع من الأجرة، أي الخصم من الأجر المستحق للمقاول أو لمكتب الدراسات التنفيذي.

غير أن استنتاجنا كان بأن نسبة 05% لا تعتبر شرطا جزائيا، بل هي مبلغ ضمان لإكمال الانجاز، و هو ما يصطلح عليه في نص المادة 100 من المرسوم الرئاسي 236-10 المتعلق بالصفقات العمومية الصادر في 20/07/2010² التي تقضي بأن يحدد مبلغ كفالة عن التنفيذ بنسبة تتراوح بين 05% و 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها، على أن لا يتعدى نسبة هذا الضمان 10% و هو ما وجدناه في نماذج عن عقود المقاوله. علما أن هذه النسبة لا تقتصر على تلك العقود المبرمة مع المقاولين بل حتى على تلك المبرمة مع مكاتب الدراسات.

إن اقتصارنا على ذكر مثال إخلال المقاول أو مكتب الدراسات بالتزاماتهم في مواجهة المرقى العقاري، لا تعني عدم وقوع هذا الأخير في أخطاء تعاقدية، إلا أن الغالب في هذه المرحلة هو الأخطاء المتعلقة باحترام آجال التنفيذ و معايير أو شروطه.

أما عن مثال التعويض المستحق للمتدخلين مع المرقى العقاري فيغلب توقعه بمناسبة أداء الدفعة المستحقة من الأجر عن كل مرحلة إنجاز، ذلك أن الغالب في عقد المقاوله كما ذكرنا سابقا، هو الاتفاق على تسوية مستحقات المقاول أو المهندس على دفعات، أما عناصر الأجر، فسنبينها في موقعها عند تناول الالتزام بدفع الأجر المتبقي.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص 875.

² - المرسوم الرئاسي 236-10 المتعلق بالصفقات العمومية، الصادر في 20/07/2010، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2010 الصادرة بتاريخ 2010/10/07.

و في حالة إخلال المرقى بهذا الالتزام، تقوم مسؤوليته العقدية إذا ما نتج عن هذا التأخر في الدفع الإضرار بمستحققيه، مقالولا كان أو مكتب دراسات.

و غالبا ما يتم الاتفاق على نسبة في العقد، و إن لم تحدد فيرجع فيها إلى النصوص المعمول بها، و هي قانون الصفقات العمومية¹ أو القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 04 جويلية 2001 المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك².

3- التعويض عن طريق التأمين من المسؤولية المدنية:

لا يثور الإشكال حول دور تأمين المسؤولية المدنية في التعويض، ولكن يدور حول مدى إمكانية الجمع بين تعويضين؛ حيث نجد أساس الأول في حق المتضرر في التعويض عن الضرر من طرف المسؤول، و الثاني مصدره عقد التأمين المبرم من طرفه مع شركة التأمين تحت موضوع الضرر الذي أصابه³. ومثاله، تضرر رب العمل من تهدم البناية أو جزء من البناية أثناء فترة الانجاز، و هو الضرر المؤمن من قبل هذا الأخير، بسبب التنفيذ المعيب من طرف المقاول أو مكتب الدراسات المؤمن لمسؤوليته العقدية ضد هذه الأخطاء أو العيوب. وعليه، يقوم حق المرقى العقاري -رب العمل- في التعويض إما من طرف الشركة المؤمن لديها من قبله، أو من طرف إما المدين شخصا أو من قبل شركة تأمين المتعاقد معها؛ كما له الحصول على التعويضين معا لتباين مصدرهما⁴.

لا يوجد في القانون المدني الجزائري، ما يمنع من الحصول على تعويضين بعد إلغاء المادة 643⁵. غير أنه رجوعا إلى المادة 33 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات

¹ - للتفصيل أكثر، راجع المادة 89 من القانون 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية و ما يليها.

² - للتفصيل أكثر، راجع المواد من 36 إلى 49 من القرار الوزاري سنة 1988، و انظر كذلك، المادة الأولى من القرار الوزاري لسنة 2001 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 45 سنة 2001 بتاريخ 12 أوت 2001 المعدل للقرار الوزاري المشترك الصادر في 15 ماي 1988.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، م 2، ص 1115.

⁴ - المرجع نفسه، ص 111 إلى 1117.

⁵ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 168.

المعدل و المتمم بالقانون 04-06 ، نجدها تقضي بمنع الجمع بين تعويضين من خلال منع اكتتاب عدة عقود تأمين لنفس الخطر من طرف نفس المؤمن له¹.

إسقاطا لمقتضيات المادة 33 من الأمر 07-95 على المثال السابق، نستنتج أحقية المرقى العقاري في الحصول على تعويضين على نفس الضرر؛ ذلك أن شخص المؤمن و موضوع التأمين مختلف في كلا العقدتين، فالأول مبرم بين المرقى و شركة التأمين لخطر التهدم؛ و الثاني مبرم بين المقاول و الشركة التأمين بمناسبة تأمين مسؤوليته المدنية.

و يبقى التأمين آلية ضمان للمدين كما الدائن ضد الخسائر المالية التي قد يتعرضون لها جراء قيام مسؤوليتهم المدنية.

الفرع الثاني:

آثار المسؤولية في عقد البيع:

عقد البيع في مجال الترقية العقارية منظم بموجب أحكام القانون 04-11، و بالرجوع إلى نصوص هذا القانون، نجدها تناولت آثار عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة أثناء فترة تنفيذ العقد (الإنجاز) بالنسبة للمكتب في عقد البيع على التصاميم ، حالة إخلاله بالتزامه بدفع الدفعات المستحقة في آجالها في المادة 53 منه، أين تعطي للمرقى العقاري الحق في توقيع عقوبة مالية على المبلغ المستحق حالة عدم دفعه من طرف المكتب في الآجال المتفق عليها، دونما تحديد لمبلغ الغرامة أو نسبة الغرامة التأخيرية.

و بما أن موضوع عقد البيع على التصاميم هو نقل ملكية عقارية على مراحل، ينتقل فيها الحق العيني لكل مرحلة أنجزت إلى المكتب، فكان لا بد من تفصيل مراحل قيام المسؤولية العقدية للمرقى العقاري في هذا النوع من العقود، و المتمثلة في مرحلتي الإنجاز و نقل الملكية.

¹- تنص المادة 33 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم بالقانون 04-06 على أنه: "لا يحق أي مؤمن له إلا اكتتاب تأمين واحد و من نفس الطبيعة لنفس الخطر".

أولاً: آثار المسؤولية العقدية في مرحلة الانحاز:

أما عن مرحلة الإنجاز، فقد نص القانون 04-11 في المادة 57 منه على آلية قانونية لضمان مواصلة أشغال البناء، عند عدم تنفيذ المرقى العقاري لالتزاماته التعاقدية المتمثلة في إنجاز المشروع العقاري، حالة سحب اعتماده أو عدم قدرته على إتمام أشغال الانجاز، وهي صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

أستحدث هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 1997/11/03، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 14-180¹. يأخذ هذا الصندوق الطابع التعاوني، يوضع تحت وصاية وزارة السكن و العمران، يتمتع بالشخصية المعنوية و له استقلاله المالي². يضمن هذا الصندوق التسديدات التي يدفعها المقتنون على شكل تسبيقات.

يتوجب على المرقى العقاري الانتساب إلى هذا الصندوق في أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ حصوله على الاعتماد، تحت طائلة سحبه مؤقتا. هذا السحب الذي قد يصبح نهائيا حالة عدم تسوية الوضعية تجاه الصندوق في أجل أقصاه الثلاثة أشهر الموالية لانقضاء الأجل الأول (06 أشهر للانتساب)³؛ و هي نفس العقوبة المقررة حالة عدم تسديد الاشتراكات بعد إذارين تفصلهما مدة 15 يوما⁴.

¹ - المرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 2014/06/05، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 1997/11/03، و المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 2014/06/19.

² - انظر العنوان الالكتروني cmpi.org.dzwww.Fg، تاريخ الاطلاع، 2012/12/10، مقاله تحت عنوان صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

³ - راجع المادة 04 من المرسوم التنفيذي 14-182 المؤرخ في 2014/06/05، يحدد شروط و كفاءات تسديد الاشتراكات و الدفعات الإجبارية الأخرى من طرف المرقين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 2014/06/19.

⁴ - راجع المادة 08 من نفس المرسوم.

يتولى هذا الصندوق الإشراف على إتمام الأشغال حالة توقف المرقى العقاري عن الانجاز في أي مرحلة و لأي سبب، و ذلك بإلزام مرقى آخر بإتمامها على نفقة المرقى العقاري الأصلي، في حدود الأموال المدفوعة¹.

و قد حدد المشرع الجزائري شروط حلول هذا الصندوق محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية و كفياته في المرسوم التنفيذي 14-181².

يعد حلول الصندوق نيابيا، من جهة في تنفيذ التزامات المرقى العقاري بشأن إتمام إنجاز البناءات؛ و من جهة أخرى في تحصيل حقوق المقتنين حالة إفلاس المرقى أو تصفيته، و فيما يتعلق بحقوق المقتنين في متابعة المرقى المخل بالتزاماته قضائيا³.

أما عن كفيات تدخل الصندوق لصالح المقتنين فتتمثل في طريقتين، الأولى عن طريق التنفيذ العيني، بإتمام إنجاز البناءات التي تم إنجاز أساساتها كأدنى حد، شريطة أن تكون مغطاة بضمان إتمام الانجاز⁴، و ذلك عن طريق تكليف مرقى عقاري آخر بمواصلة الأشغال على حساب المرقى المخل بالتزاماته و في حدود دفعات المقتنين⁵.

و يعتبر هذا الإجراء نفسه المتبع في نص المادة 553 من ق.م.ج بمناسبة عقد المقابلة الذي أحال على المادة 170، أي أن التنفيذ بمقابل عيني مكرس في القانون 11-04 من خلال المادة 57 منه، ثم من خلال المرسوم التنفيذي 14-181.

أما عن ثاني طريق لتدخل الصندوق، فيكون بالتعويض عن عدم الانجاز حالة عدم شروع المرقى المخل في عملية البناء تماما، في هذه الحالة يعرض المقتني عن التسديدات

¹ - المادة 57 من القانون 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

² - المرسوم التنفيذي 14-181 المؤرخ في 2014/06/05، يحدد شروط حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية و كفيات ذلك، منشور في الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 2014/06/19.

³ - راجع في ذلك، المادة 02 من المرسوم التنفيذي 14-181 المشار إليه أعلاه.

⁴ - راجع المادة 06 من المرسوم التنفيذي 14-181 المشار إليه سابقا.

⁵ - راجع المادتين 09 و 10 من المرسوم نفسه.

المدفوعة بعنوان عقد البيع على التصاميم¹. و بذلك يحل الصندوق محل المقتني، الذي يتوجب عليه التنازل عن جميع حقوقه المتعلقة بالملك العقاري لصالح الصندوق².

ثانيا: آثار المسؤولية العقدية في مرحلة نقل الملكية:

لم يتضمن القانون 04-11 لنصوص صريحة حول جزاء الإخلال بالالتزام بنقل الملكية. غير أن هذا السكوت التشريعي لا يمنع من الرجوع إلى القواعد العامة و بالتالي إلى نصوص القانون المدني المتعلقة بالتعويض العيني عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

و بذلك، يكون للمكتب اللجوء إلى دعوى قضائية طبقا للمادة 171 من القانون المدني الجزائري، للحصول على حكم قضائي بعنوان نقل الملكية العقارية، يشهر في المحافظة العقارية و يتحول إلى سند ملكية، و المقصود هنا هو الحصول على العقد النهائي، لأن الملكية ثابتة جزئيا للمقتني بمجرد شهر عقد البيع على التصاميم. و العقد النهائي لا يحرر إلا بعد تمام الانجاز المطابق الذي لا يتم إلا بالحصول على شهادة المطابقة، و كذا تحرير محضر الحياة الفعلية للعقار من طرف المقتني، مما يثبت معه انقضاء التزامات المرقى العقاري لهذه المرحلة؛ و كذا رفع يد هذا الأخير على العقار، كونه كان محل رهن رسمي لصالحه في مرحلة الانجاز و قبل تمام دفع التسديدات من طرف المقتني.

أي أن وجود العقد النهائي يعني تمام التنفيذ من طرف المرقى، و تمام السداد لسعر العقار من طرف المقتني، لذلك يجب الحصول هذا العقد و لو قضائيا و عدم الاكتفاء بعقد البيع على التصاميم.

أما عمليا، فلا يتصور اللجوء إلى مثل هذا الإجراء إلا عند الانتهاء الكامل من دفع التسديدات المطلوبة و وجود عقد بيع على التصاميم، ذلك أنه كثيرا ما يحصل و أن يلتزم المكتب بما عليه من التزامات و يبقى دون سند رسمي مثبت لحقه في الملكية، و قد سبق عرض بعض القرارات الملزمة للشهر في عقود البيع على التصاميم، ومنه يصبح المكتب

¹ - راجع المادة 07 من نفس المرسوم.

² - راجع المادة 08 من المرسوم التنفيذي 14-181 المشار إليه سابقا.

فاقدا لصفة التقاضي على أساس الملكية، و لا يملك سوى المطالبة باسترجاع ما دفعه بناء على وصولات التسديد و التعويض، إن صح له ذلك، كونه غير محمي قانونا سوى بقاعدة حسن النية في التعاقد التي لا تمنحه الحق في المطالبة بنقل الملكية العقارية، و لو أن المرسوم 13-431 نص في المادة 11 منه على عدم جواز استغلال المرقى العقاري لحسن نية المقتنين بأي شكل من الأشكال، مما قد يوجب التعويض المعنوي لكل مقتن متضرر.

أما عن عقد حفظ الحق، فهو غير ناقل للملكية، و بذلك لا يتصور قيام المسؤولية العقدية للمرقى عن إخلاله بالالتزام بنقل الملكية في مرحلة ما قبل استلامه المؤقت للمشروع العقاري؛ أما إذا تم ذلك و تم تسديد السعر من طرف في حق صاحب حفظ الحق و المقدّر بثمانين بالمائة (80%) من سعر العقار المنجز، و امتنع المرقى العقاري أو تماطل في تحرير عقد البيع النهائي الأشهر الثلاث الموالية للاستلام المؤقت للبناءية من طرف المرقى العقاري المنصوص عليه في المادة 33 من القانون 11-04 المشار إليها سابقا، فللمكنتب في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتمكينه من عقد نهائي ناقل للملكية استنادا على عقد حفظ الحق الرسمي و وصولات التسديد، ليتم شهر الحكم القاضي بنقل الملكية و يحل بذلك محل العقد النهائي.

و بهذا تكون حدود المسؤولية العقدية عن مرحلة الانجاز قد انتهت، أما بعدم قيامها أساسا بسبب تنفيذ الالتزامات التعاقدية كما ينبغي، أو بثبوتها و ثبوت جزائها.

ملخص الفصل الأول:

تتاولنا في الفصل الأول من هذه الدراسة، أحكام المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية أثناء فترة الإنجاز، من خلال تفصيل عقدي المقاولة و البيع كأساس لقيامها، أين حددنا أطرافهما و طبيعتهما القانونية. ثم انتقلنا إلى تحديد شروط قيام المسؤولية العقدية المتمثلة بداية في الخطأ العقدي للأطراف المتعاقدة ، حيث بيناه من خلال تحديد التزامات المترتبة عن عقدي المقاولة و البيع و صور الإخلال بها؛ ثم تتاولنا شرطي الضرر و علاقة السببية تعريفًا و أنواعًا و شروطًا. لننهي هذا الفصل ببيان النظام القانوني للمسؤولية العقدية، من حيث بيان كيفية إثباتها و تعديل قواعدها، ثم من حيث آثارها في عقدي البيع و المقاولة؛ مبينين لصور التعويض عن الضرر و كيفية استيفائه.

الفصل الثاني:

المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية بعد تمام الإنجاز:

يترتب على إتمام عملية الإنجاز، انقضاء المرحلة الأولى من الالتزامات التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة في عقدي المقاول و البيع، و بالتالي انقضاء مظاهر قيام المسؤولية العقدية المتعلقة بها، غير أنها لن تتوقف عند حد تمام التنفيذ؛ ذلك أن مرحلة ما بعد الانجاز ترتب التزامات جديدة تتناسب و مقتضياتها، يؤدي الإخلال بها إلى إعمال المسؤولية العقدية للمتعاقدين.

هذه المسؤولية التي تجد أساسها في الإخلال بالتزامي التسليم و الاستلام، كما تقوم حالة تحقق شروط ما يعرف بالمسؤولية العشرية، و توفر موجبات الضمانات الخاصة المقررة في القانون 04-11 و الناتجة عن العقد.

و عليه سنتناول في هذا الفصل، أساس قيام المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية بعد إنهاء الإنجاز فنتناول في مبحث أول الإخلال بالتزامي التسليم و الاستلام كأول أساس لقيامها في هذه المرحلة، لنتبعه في مبحث ثان ببيان أحكام المسؤولية العشرية ، ثم الضمانات الخاصة في مبحث ثالث، و في ما يلي تفصيلها تباعا.

المبحث الأول:

الإخلال بالتزامي التسليم و الاستلام

يعد الالتزام بتسليم الأشغال المنجزة آخر التزام متعلق بالتنفيذ يترتب عليه عقد المقاول في ذمة المقاول، و يقابله التزام المرقى العقاري باستلامها في الحين؛ و بالتبعية يتوجب على هذا الأخير تسليمهما للمقتني بموجب إحدى صيغ البيع المقررة و في الآجال المحددة لذلك، على أن يستلهما بدوره بعد أداء ثمنها. إلا أن هذه المرحلة لا تخلو من الأخطاء المرتبة للمسؤولية. لذلك سنتناول بداية بيان مضمون الالتزام بالتسليم و الاستلام (المطلب الأول)، ثم بيان جزاء الإخلال بهاذين الالتزامين (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مضمون الالتزام بالتسليم و الاستلام

تنص المادة 558 ق.م.ج على أنه: " عندما يتم المقاول العمل و يضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن..."، و منه نستنتج بأن الاستلام يختلف عن التسليم من حيث الدائنين و المدينين به، و من حيث الآثار المترتبة على كل منهما، و لتوضيح هذا التباين، لا بد من ضبط مفهومهما (الفرع الأول)، ثم بيان أنواعهما (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مفهوم الالتزام بالتسليم و الاستلام:

بداية، لا بد من تعريف هاذين الالتزامين مع تحديد طبيعة كل منهما، ثم تحديد الفرق

فيما بينهما كما يلي:

أولاً: مفهوم الالتزام بالتسليم:

يتضح من المادة 558 ق.م.ج، أن التسليم التزام عقدي يقع على عاتق المقاول، يلتزم بموجبه بوضع المشروع العقاري المنجز تحت تصرف رب العمل - المرقى العقاري - أو لمن ينوب عنه فور الانتهاء من الأشغال؛ أي أن وجوب تنفيذ الالتزام بالتسليم لا يقوم إلا بتمام الإنجاز، ما لم يكن ثمة اتفاق على خلاف ذلك، و هو ما تنص عليه المادة 1/281 ق.م.ج التي جاء فيها أنه: " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". كما يتم التسليم في الموعد المحدد في العقد. و إن لم يكن محدداً، ففي أجل معقول يقدر بحسب طبيعة العمل كما و نوعاً و بحسب العرف السائد.

تنص المادة 552 ق.م.ج على أنه: " إذا كان رب العمل هو مقدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها... و يرد إليه ما بقي منها...". و منه، يتضمن الالتزام بالتسليم تسليم ما بقي في حوزة المقاول من المواد المستخدمة و الآلات المقدمة له من طرف رب العمل. كما يتضمن تسليم المشروع العقاري كلياً أو جزئياً، حسب الحال و الاتفاق، مع تسليم الملف الإداري الخاص بالمشروع من رخص و مستندات و تصاميم و رسومات¹. كما يتضمن التزام المرقى العقاري بتسليم نظام الملكية المشتركة للمقتنين، شهادة المطابقة و كذا شهادة التأمين من المسؤولية العشرية.

أما عن مكان التسليم، فيكون في مكان تواجد المشروع العقاري، و يكون بإحدى الأشكال المعتمدة لذلك قانوناً أو اتفاقاً كما سيأتي بيانه لاحقاً.

ثانياً: مفهوم الالتزام بالاستلام:

لم يلق التسليم جدلاً فقهيّاً، سواء من حيث تحديد طبيعته القانونية كالتزام مترتب في ذمة المقاول أو من حيث تعريفه؛ بعكس الاستلام، الذي تعددت بشأنه الآراء من حيث تحديد طبيعته القانونية، و تعددت التعاريف المبينة له و التي سنتناولها بإيجاز.

¹ - عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ج7، ص 89.

1- الطبيعة القانونية للالتزام بالاستلام:

عرف هذا الالتزام جدلا فقها كبيرا من حيث تحديد طبيعته القانونية، فيما إن كان واقعة قانونية لا دور للإرادة فيه و بالتالي ينتج آثاره بمجرد وقوعه، ذلك أن المستلم "لا يعبر عن إرادة منشئة، بل يقتصر دوره على أن يسمح للقانون بإنتاج آثاره"¹، عدا حالة رفض الاستلام أو تسجيل تحفظات؛ أم أنه عمل قانوني، تتدخل الإرادة فيه لإحداث آثاره التي لا تقتصر على فعل الاستلام، بل تتعداه إلى الموافقة على العمل و قبوله؛ أو أنه تصرف انفرادي²، صادر من جانب واحد و منتج لآثاره القانونية المختلفة، و هي إرادة المستلم في الاستيلاء المادي على العمل و قبوله أو رفضه من جانبه وحده دونما قيد أو شرط.

هذا الجدل الفقهي الذي انتهى إلى اعتبار الاستلام أو التسلم عبارة عن عمل قانوني بشقيه المادي و المعنوي، من طبيعة تعاقدية لا تظهر فيها الإرادة المنفردة إلا في أذيق الحدود.³

2- تعريف الاستلام:

وردت عدة تعاريف للاستلام، منها القانونية و منها الفقهية، في ما يلي بيانهم:

1-2- التعريف التشريعي للاستلام:

عرف المشرع الجزائري الاستلام المؤقت في القانون 11-04 في الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة على أنه: " محضر يتم إعداده و التوقيع عليه بين المرقى العقاري و المقاول بعد انتهاء الأشغال"، أي أن المشرع لم يعط تعريفا لعملية الاستلام، و لكن اكتفى بتحديد قالب الذي يصب فيه قانونا، أي في محضر، تاركا تحديد بياناته للأطراف الموقعة عليه.

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 159.

² - المرجع نفسه، ص 174.

³ - المرجع نفسه، ص من 153 إلى 180. و Christophe Ponce, op.cit, p 40-41.

أما الاستلام النهائي المقصود في المادة 554 ق.م.ج، فهو تسلم المبنى مقبولا من طرف رب العمل. و إسقاطا لذلك على القانون 11-04، نقول بأن الاستلام في مجال الترقية العقارية و تحديدا في عقود مقاولات البناء، يتعدى الاستيلاء المادي أو الحكمي على العمل، إلى وجوب قبوله من طرف المرقى العقاري بناء على عقد المقاوله، ثم من طرف المشتري بناء على عقد البيع؛ و مرد ذلك إلى الطبيعة الخاصة لهذه العقود التي يكون المحل فيها مستقبليا غير موجود وقت التعاقد، لا يعاين ماديا و فعليا إلا عند الاستلام، أين تتم مراقبة مدى مطابقته للشروط التعاقدية و الأصول الفنية و القوانين التنظيمية.

أما عن المشرع الفرنسي، فعرفه في نص المادة 1792-1/6 على أنه التصرف الذي يعلن من خلاله رب العمل عن قبوله للعمل بتحفظات أو بدونها.¹

و عليه، فالاستلام هو وضع اليد على العمل المنجز مطابقا لمقتضيات العقد و موجبات القانون و أصول الصنعة، يقع على عاتق رب العمل - المرقى العقاري - باعتباره المدين بالاستلام، له في ذلك أن يستلمه شخصيا، أو عن طريق تعيين من ينوبه في ذلك، كأن يكون المهندس المشرف على التنفيذ مثلا، على أن تتصرف آثار هذا الاستلام إلى المرقى العقاري مباشرة طبقا للقواعد العامة للوكالة.²

أما الاستلام في عقد البيع، فهو حيازة البناية أو جزء منها فعليا من طرف المقتني بعد الحصول على شهادة المطابقة و تحرير محضر مثبت لواقعة الحيازة طبقا للمادة 34 من القانون 11-04.

2-2- التعريف الفقهي للاستلام:

يعرف الاستلام فقها، بأنه تلكم العملية التي يتحقق فيها رب العمل من اكتمال الأشغال، حسن تنفيذها و مطابقتها للاشتراطات التعاقدية، فهي العملية التي يغلب عليها

¹ - Art 1792-6/1 c.cv.f. : « La reseption et l'acte par lequel, le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves »

² - محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص 32.

الطابع التقني، الهدف منها هو معاينة مدى قابلية الأشغال للانتفاع بها من طرف رب العمل، مهياة للغرض الذي أنشئ لأجله.¹

كما يعرفه الفقيه مازو على أنه: "العمل الذي بواسطته أو عن طريقه يعطي رب العمل تصديقه للأعمال التي أنجزها و يسلم مخالصة بذلك للمقاول و المهندس المعماري أو بأنه إقرار رب العمل للأعمال التي تم إنجازها لصالحه".²

ثالثا: الفرق بين التسليم و الاستلام:

لاحظنا عند دراستنا لمسألة الاستلام الخلط الواقع بينه و بين التسليم، لذلك كان لا بد من بيان الفرق بينهما و لو بإيجاز.

أما عن التسليم la livraison، فهو كما سبق بيانه أعلاه، التزام يقع في ذمة المقاول يلتزم بموجبه بوضع المنجزات تحت تصرف رب العمل فور إنهاؤها، بحيث يتمكن من الاستيلاء عليها و الانتفاع بها دون عائق، دونما اشتراط لوضع اليد عليها من طرف رب العمل³؛ و الأثر الذي يترتب التسليم هو نقل الحراسة من المقاول إلى رب العمل⁴. و ليس ثمت ما يمنع من قيام التصرفين في آن واحد و في محضر واحد.

و أما عن الاستلام la réception، فهو الالتزام المقابل للتسليم، يترتب في ذمة من كان دائما بالتنفيذ (رب العمل) بأن يضع يده على العمل بتحفظات أو بدونها، مع تنفيذ توابعه من الآثار الآتي بيانها لاحقا.

و عليه، لا يتصور حصول الاستلام من دون التسليم، ذلك أنه يكون دائما لاحقا عليه و مرتبطا به.

¹ - Albert Caston et autres, po.cit,p159.

² - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص149.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 89.

⁴ - Malinvaud(PH) et autres, op.cit, p 80.

الفرع الثاني:

أشكال التسليم و الاستلام

للاستلام كما التسليم أشكال عدة، تعود إما لاتفاق الأطراف أو لظروف الحال أو لطبيعة الأعمال؛ فقد يكون الاستلام في شكل صريح أو ضمني، و قد يكون جزئيا أو كلياً مؤقتاً أو نهائياً؛ كما يغلب أن تتزامن العمليتين في نفس الوقت. و للتوصل إلى تحديد ما اعتمده المشرع الجزائري كنمط لهاتين العمليتين، كان لا بد من عرض وجيز لها مع تحديد موقف المشرع في كل مرة.

أولاً: التسليم والاستلام الصريح و الضمني:

تقضي المادة 68 ق.م.ج بجواز أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل صريح أو ضمني، و منه يمكن أن تتم عمليتي التسليم و الاستلام إما صراحة و إما ضمناً. لم يشترط المشرع الجزائري شكلاً معيناً للتسليم أو الاستلام في عقد المقاول، عدا وجوب إنذار رب العمل بوجوب تسلم العمل المنجز رسمياً حالة امتناعه عن تنفيذ التزامه بالاستلام، لإخلاء ذمة المقاول و بالتالي ترتيب آثار عملية التسليم¹؛ بعكس الاستلام في عقد البيع، أين حدد شكله في القانون 11-04. غير أن مصلحة المدين بالتسليم كما المدين بالاستلام تقتضي تجسيد كلا التصرفين في شكل معين لإثبات التخلص من الالتزام الملقى على عاتقه، و في ما يلي بيان شكلي التسليم و الاستلام الصريح و الضمني مع تحديد موقف المشرع الجزائري.

1- التسليم و الاستلام الصريح:

يكون الاستلام صريحاً، إذا تم بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل به. و يكون إما كتابة أو شفاهة، سواء تزامن مع التسليم أم لا².

¹ - راجع المادة 558 من القانون المدني الجزائري.

² - راجع في هذا المعنى، عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 231.

أي أن الاستلام الصريح يتمثل في اتخاذ موقف مباشر للاستيلاء على العقار، إما بقبوله كتابة أو شفاهة.

أما قانوننا، فقد نصت المادة 9/10 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1988/05/15 عند تناولها لمشتملات مهمة متابعة الأشغال و تنفيذها في مجال البناء على: " السهر على رفع التحفظات، و اقتراح الاستلام النهائي على رب العمل على أن يتم ذلك في محضر يوقعه المقاول و المستشار الفني لرب العمل".

كما عرفت الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون 04-11 الاستلام على أنه محضر يتم إعداده بين المرقى العقاري و مقاول البناء بعد انتهاء الأشغال.

و رجوعا إلى العقد النموذجي للبيع على التصاميم المحدد بملحق المرسوم التنفيذي 431-13، تحديدا في البند المتعلق بكيفيات الحياة، نجده ينص على وجوب أن تتم الحياة بموجب محضر يحضر حضوريا بنفس مكتب الموثق، و يلحق بعقد البيع على التصاميم و هو نفس ما جاءت به المادة 03 من القانون 04-11.

من استقراء النصوص أعلاه، يتبين أن التسليم كما الاستلام، ليتم صريحا، لا بد من تضمينه في محضر واحد حالة تزامن العمليتين، مثبت لحصول التسليم من طرف المقاول و الاستلام من طرف المرقى العقاري، مشيرا فيما إن تم بتحفظات أو بدونها، كما قد يتم في محضرين منفصلين حالة تباعد العمليتين.

و سنرى لاحقا مدى أهمية محضر الاستلام في إبراء ذمة المقاول من التزاماته التعاقدية و الضمانات الخاصة و استحقاقه لأجره، و كذا دوره في إثبات تحفظات المرقى العقاري و وجوب إصلاحها.

2- الاستلام الضمني:

يستخلص الاستلام الضمني للعمل من ملابسات الحال، " باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال معه شكا في أنه يعبر عن إرادة واعية متخذة في تسلم العمل محل التعاقد

و قبوله¹. مشتملا في ذلك على عنصرين، مادي و معنوي؛ أما المادي فمفاده التصرف في ذاته، كوضع اليد على العمل بيعه أو تأجيريه أو شغله؛ كما يستخلص من تقاضي الما قول لمستحقاته من رب العمل²، خصوصا و أن تسديد الأجر هو في ذاته تصرف قانوني بامتياز يستجيب للالتزام بموجب عقد ملزم لجانبين، بإيفاء الأجر لقاء الحصول على العمل و قبوله من دون تحفظات؛ و أما المعنوي، فباتجاه الإرادة المدركة و الواعية إلى إحداث أثر قانوني هو الاستلام³، و بالتالي ترتيب آثاره في مواجهة الأطراف المتعاقدة. و يتصور وقوع الاستلام الضمني و ليس التسليم الضمني، الذي لا يتصور في عقد الما قولة و لا البيع في مجال الترقية العقارية. ذلك أن التسليم يعني طبقا للمادة 558 ق.م.ج، وضع العمل تحت تصرف رب العمل و إنذاره بالاستلام، أي أن التسليم يتم بشكل صريح و مادي، و ليس بشكل ضمني كأن ينسحب الما قول من ورشة العمل، فهذا يعد إخلالا بالالتزام التسليم و ليس كناية على تمامه. خصوصا إذا علمنا بأن للتسليم آثارا معفية من بعض الضمانات الملقاة على عاتق الما قول، مما يجب معه التنفيذ الصريح للالتزام، و نفس الشيء بالنسبة للمرقي العقاري الذي قد يقع تحت طائلة الغرامات التأخيرية لعدم إثبات تسليمه للمشروع. علما أن المشرع الفرنسي كما القضاء لا يقران بالاستلام الضمني، و يوجبان وروده في شكل صريح⁴.

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 231.

² - المرجع نفسه 231 . و محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 152، و كذا

Albert Caston et autres, op.cit, p184

³ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 231.

⁴ - قبل 1978، كانت الحياة المرفوقة برسالة احتجاج، تعد تسلمها ضمنيا، مما أدو إلى خلط كبير، خصوصا في حساب مدد الضمان. الحل كان في قانون التأمينات في المادة 1-1.241 من القانون 78-12 الصادر في 1978/11/17 أين وضع المشرع حدا للتسليم الضمني، الاتجاه الذي كرسه الاجتهاد القضائي باعتماد تسلم وحيد و موحد في قرارها الصادر في 1987/07/16 الذي جاء فيه: "إعمالا لنص المادة 6-1792 من القانون المدني، التسلم هو التصرف الذي من خلاله يعلن رب العمل عن قبوله للعمل..." و أقرت بأن مجرد الحياة وحدها لا تعتبر عن إرادة رب العمل في تقبل الأعمال ضمني و هو المكرس من خلال عدة قرارات حديثة نذكر منها: القرار رقم 15.070،i-11 المؤرخ في =

و هو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادتين 14/3 و 34 من القانون 04-11، بأن أوجب تحرير محضر في كل عملية استلام على اختلاف العقد الذي ينظمها. أما عن استخلاص الاستلام الضمني حالة وقوعه، فيبقى من اختصاص قاضي الموضوع، له استنتاجه من ملابسات الحال و أوراق الملف.

ثانيا: الاستلام الكلي و الجزئي:

الأصل أن يكون الاستلام كليا بوضع كافة الأعمال تحت تصرف رب العمل؛ غير أنه ليس هنالك ما يمنع من التسلم الجزئي للأعمال، حسب طبيعتها أو تبعا لاتفاق الأطراف¹.

1- الاستلام الكلي:

سبق و أن بينا بأن المرقى العقاري في علاقته مع المقاول أو مكتب الدراسات يأخذ مقام رب العمل، و طالما أن المرسوم التنفيذي للمادة 16 من القانون 04-11 لم يصدر بعد، فتكون القواعد العامة لأحكام عقد المقاولة هي محل التطبيق. و يقصد بالاستلام الكلي، وضع اليد على العمل دفعة واحدة، بكامل أجزائه و في وقت واحد من طرف رب العمل شخصا أو ممن ينوبه.

وعليه فالاستلام الكلي للمشروع في هذه المرحلة غير مرتبط بشروط خاصة، عدا تلك المتعارف عليها في عقد المقاولة من تمام الانجاز المطابق للاتفاق؛ بعكس الاستلام الكلي المنصوص عليه في القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 13-431، أين ربطه المشرع بالإتمام الكامل للأشغال و الحصول على شهادة المطابقة التي تعد قرينة على تمام الانجاز وفقا لمقتضيات العقد.

=2012/03/27، القرار رقم 11-12.205، المؤرخ في 2012/04/11 و القرار رقم 11-23.590، المؤرخ في 2012/12/18، للتفصيل أكثر، انظر. Albert Caston, op.cit, p 183 à p 192.

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 163. و ابراهيم يوسف، المسؤولية العشرية، المرجع السابق، ص 683.

و الاستلام الكلي يكون للعمل كله إذا كان المقاول منفردا في التنفيذ، أما حالة تعدد المقاولين، فلا يشترط أن يكون التسليم موحدًا بينهم، فيكون كليا بالنسبة لكل مقاول على حدا في الجزء المكلف به، و بذلك يكون استلام رب العمل للمشروع كليا بالنسبة لكل واحد على حده، جزئيا مقارنة بالمشروع ككل.

2- الاستلام الجزئي:

خلافًا للاستلام الكلي، يكون الاستلام الجزئي على فترات زمنية و على مراحل لكل جزء مكتمل من الأعمال. و هو الغالب في مقاولات البناء و تحديدا في مجال الترقية العقارية، كون أغلب المشاريع متعلقة بتشييد العمارات السكنية، مما يؤدي إلى اختلاف تواريخ الانجاز لكل عمارة عن الأخرى، و من مقاول إلى آخر. و بذلك يستلم رب العمل الجزء المنتهي من الأشغال و يقبلها، و يقوم التزامه بتسديد مستحقات كل جزء استلمه مقبولا و تترتب بذلك آثار الاستلام لذلك الجزء¹.

و إن كان المشرع لم يتناول التسليم الجزئي في مقولة البناء صراحة، إلا أن استنتاجه ممكن بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 13-431، ذلك أن المشرع عمد من خلاله إلى إعمال هذا النوع من التسليم في البند المتعلق بأجل التسليم، بأن قسمه على مراحل محكومة بآجال اتفاقية بين المرقى العقاري و المكتتب، من خلال جدول زمني مقسم إلى أربعة مراحل تحت عنوان "مراحل الأشغال" كما يلي:

- المرحلة الأولى: متعلقة بإتمام الأساسات، مع تحديد الآجال القصوى للتسليم.
- المرحلة الثانية: متعلقة بإتمام الأشغال الكبرى، بما في ذلك المسافة و الجدران الخارجية و الداخلية.
- المرحلة الثالثة: متعلقة بإتمام كافة الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرقات و الشبكات المختلفة و كذا التهيئات الخارجية.

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص، 163.

- المرحلة الرابعة: الإتمام الكلي لبناء.

علما أن هذه الطريقة في التسليم في عقد البيع تعد نتيجة حتمية للتسليم في عقد المقاول، ذلك أن المرقى العقاري يسلم للمقنتي في كل مرحلة ما تسلمه من المقاول. كما رتب المشرع على إنجاز كل مرحلة استحقاق المقاول للأجر، و لو تم التنفيذ أو الإنهاء قبل الأجل المحدد¹، أي أن آثار التنفيذ في كل من العقدين تتصرف إلى الآخر، و هي الخاصية المميزة للتعاقد في مجال الترقية العقارية.

التسليم في عقد البيع يتم صريحا لا ضمنيا، ذلك أن نفس البند المذكور أعلاه يوجب تسليم محضر المعاينة للجزء المنتهي للمقنتي للتوقيع عليه مقابل وصل استلام. و يثور التساؤل في هذا النوع من الاستلام حول بداية حساب مدة الضمانات الخاصة في مجال الترقية العقارية، إن كان من تاريخ استلام آخر جزء من الأشغال، أم تاريخ استلام كل جزء على حده؟ هو السؤال الذي سنجيب عنه في حينه.

ثالثا: الاستلام المؤقت و النهائي:

يبدو للوهلة الأولى أن التسليم المؤقت و النهائي هو نفسه التسليم الكلي و الجزئي. هذا اللبس الذي يزول بمعرفة طبيعة كل منهما، ذلك أن التسليم الجزئي و الكلي مرتبط بكم الأشغال المنجزة، في حين يرتبط الاستلام المؤقت و النهائي بنوعية الأشغال؛ و إن كان لأنواع الأربع من الاستلام علاقة بعنصر الزمن و وقت التسلم.

1- الاستلام المؤقت:

الاستلام المؤقت كالاستلام الضمني، يندرج تحت التزام المرقى العقاري باستلام الأعمال و قبولها، و منه لا يتصور وقوعه في الالتزام بالتسليم، كأن يسلم المقاول الأشغال إلى المرقى مؤقتا، في حين يمكن أن يستلم هذا الأخير للعمل مؤقتا.

¹- راجع البند المتعلق بالتسليم الوارد في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 المشار إليه سابقا.

تناوله المشرع الجزائري بالتعريف في القانون 04-11¹، بأنه محضر يعد و يوقع عليه من طرف المرقى العقاري و المفاوض المنفذ بعد إنهاء الأشغال.

و الاستلام المؤقت هو استيلاء رب العمل على الأعمال المنجزة بتحفظات²، أي أنه يقبل العمل بصفة مؤقتة إلى حين إصلاح العيوب المعاينة من طرفه عند الاستلام، في مدة معينة تكون خاضعة في أغلب الأحيان إلى اتفاق الأطراف. و منه، فالاستلام المؤقت هو فرصة اتفاقية تمنح لرب العمل لتفحص المنجزات و معاينة مدى مطابقتها لشروط العقد³ و كشف ما قد يظهر فيها من عيوب و نقائص، و منح مدة زمنية لإصلاح تلكم العيوب و تدارك تلكم النقائص.

تضمن التحفظات المعاينة من قبل رب العمل في محضر الاستلام المؤقت المنصوص عليه في المادة الثالثة من القانون 04-11، و منه فالاستلام المؤقت في مجال الترقية العقارية هو استلام صريح.

من خلال ما سبق، يمكن القول بأن الاستلام المؤقت المنصوص عليه في القانون 04-11 يتعلق أساس بعقد المقاول المبرم بين المرقى العقاري و المفاوض، فهل يوجد استلام مؤقت في عقد البيع؟

2- الاستلام النهائي:

التسلم النهائي للعمل هو وضع اليد عليه من طرف رب العمل و قبوله من غير تحفظات و يظهر في شكلين:

- قبول العمل من أول مرة بدون تحفظات، فيكون بذلك تسلماً نهائياً مرتباً لكل آثاره.
- قبول العمل بعد رفع التحفظات المدونة في محضر الاستلام المؤقت، بإصلاح العيوب و الأخطاء المعاينة آن ذاك.

¹ - المادة 03 من القانون 04-11 المشار إليهما سابقاً.

² - راجع في هذا المعنى: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 159.

³ - المرجع نفسه، ص 158.

و لا بد من الإشارة إلى تخلي المشرع الفرنسي عن التسليم المزدوج، المؤقت و النهائي من تاريخ سن القانون سبينيّا 78-12 المعدل للقانون المدني¹ نظرا لما أثاره من إشكالات تطبيقية، و اعتمد النظام الموحد للتسلم و هو التسلم النهائي؛ مع اعتماد ضمان ثنائي للأشغال بعد التسلم، مفاده ضمان المقاول لحسن سير التجهيزات لمدة سنتين؛ يبدأ سريانها من تاريخ التسلم النهائي للمنشأة².

إسقاطا لما سبق بيانه أعلاه على مجال الترقية العقارية، يمكن القول بأن التسليم و الاستلام يتم على مرحلتين:

- الأولى تتم بين المرقى العقاري بصفته رب عمل و المقاول، تحكمها القواعد العامة في عمومها، مع انصراف آثار القواعد الخاصة المنظمة بموجب القانون 11-04 إلى بعض وضعياتها، و التي تعد أساسا لتنظيما غير مباشر لأحكام التسليم و الاستلام اعتمده المشرع بموجب هذا القانون. و بيان ذلك يكمن في آثار عملية التسليم و الاستلام في عقد المراقبة على عقد البيع، كأن يلتزم المرقى العقاري بإبرام عقد البيع الرسمي مع صاحب حفظ الحق إثر الاستلام المؤقت للبناء أو لجزء من البناء³ من طرف المقاول.

- أما المرحلة الثانية، فتتم بين المرقى العقاري كبائع و المقتني، و التي خصها المشرع بتنظيم خاص في القانون 11-04.

و في كلتا المرحلتين، اعتمد المشرع، كلا من التسليم الجزئي و الكلي، كما اعتمد التسليم المؤقت و النهائي، و في كل الحالات أوجب وقوع الاستلام في شكل الصريح لا ضمنى.

¹ - Albert Caston et autres, op. cit, p169 . voir aussi : Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p147.

² - Ibidem.

و عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 1020. و كذا: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 161.

³ - المادة 33 من القانون 11-04 المشار إليه سابقا.

المطلب الثاني:

جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم و الالتزام بالاستلام :

يرتب كل من التسليم و الاستلام نتائج عدة بين المتعاقدين في مجال الترقية العقارية تنهي التزامات و تنشئ أخرى. و لما كانت الدراسة تنصب على المسؤولية العقدية، كان لا بد من بيان آثار التنفيذ للوصول إلى آثار عدم التنفيذ أو الإخلال بما يترتب عليه كل من هاذين الالتزامين من التزامات تبعية له. و منه، سنتناول آثار التسليم و الاستلام و جزاء الإخلال بهما في عقد المقاول (الفرع الأول)، ثم في عقد البيع (الفرع الثاني) على التوالي.

الفرع الأول:

جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم و الاستلام في عقد المقاول:

تنفيذ الالتزام بالتسليم في عقد مقاول البناء من شأنه أن يخلص المدين به من تبعات الالتزام الأصلي، و كذلك الشأن بالنسبة للاستلام، و في ما يلي بيان جزاء الإخلال بهاذين الالتزامين على ضوء آثار التنفيذ لكل واحد منهما.

أولاً: جزاء الإخلال بالتسليم في عقد المقاول:

آثار التسليم تصب في مصلحة المدين بتنفيذ المشروع العقاري، نظراً لما يترتب من تحله من بعض القيود التعاقدية و نقل الحراسة إلى رب العمل، و منه انتقال تبعة الهلاك إلى الطرف الآخر، و الإخلال به يبقى على هذه الالتزامات قائمة و بالتالي قيام تبعاتها. و منه سنتناول أثر التسلم متزامناً مع أثر الإخلال به فيما يلي:

1- الإبقاء على بعض الالتزامات التعاقدية قائمة:

يضع التسليم حدا لبعض الالتزامات الملقاة على عاتق المقاول بمناسبة تنفيذ العقد. فبالإضافة إلى التخلص من الالتزام بعمل مفاده تنفيذ أشغال البناء و تبعاتها من الالتزامات

التعاقدية، يتحلل من التزامه بالحراسة¹، ذلك أنه يعد وفقا للقواعد العامة الحارس المسؤول عن موقع البناء و عن البناء في ذاته و عما ما قد يسببه للغير من أضرار أو ما قد تستلزمه المحافظة عليه من مصاريف. الأمر الذي كرسه قضاء المحكمة العليا عندما قرر بأن المقاول مشيد البناء يعد حارسا للمبنى إلى حين تسليمه لصاحب المشروع، و بالتالي لا حق له في مصاريف الحراسة في غياب الاتفاق². هذا الالتزام القانوني (الحراسة) الذي ينتقل إلى رب العمل و من ثمة تثبت سيطرته الفعلية³ على المشروع العقاري بمجرد التسليم فيعتبر حارسا له و لو لم يتسلمه فعليا أو رفض استلامه، و بذلك يتحمل مضاره و منافعها. كما يضع التسليم حدا لالتزام المهندس المكلف بالرقابة و الإدارة⁴، و بالتالي التحلل من الالتزام بالنصح و الإرشاد المتعلق بمرحل الإنجاز، دون التحلل من الالتزام بالمساعدة على تسلم العمل. و تجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالتسليم بالنسبة للمهندس يتم حسب المهمة المسندة إليه في عقد المقاولة، فإن كان التزامه يتوقف عند إعداد التصميم، يتحلل المهندس من التزامه بتسليمها لرب العمل مطابقة للأصول الفنية و القواعد القانونية، هذا في الوضعيات العادية؛ أما في مجال الترقية العقارية، فقد سبق الإشارة إلى التعاقد مع مكاتب الدراسات التي تأخذ موقع المهندس المكلف بمهمة شاملة، فلا تنقض في هذه الحالة التزاماتها بتسليم المهندس المكلف بالتصاميم لعمله، بل تمتد إلى التسليم النهائي للمشروع. و الإخلال بهذا الالتزام يبغي على التزامات المقاول قائمة، هذا من جهة؛ و من جهة أخرى يحق لرب العمل المتضرر من التأخر في عملية التسليم أن يطالب بالتعويض جراء قيام المسؤولية العقدية للمقاول، و هو ما يعرف بالغرامات التأخيرية.

¹ - voir en se sens : Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 81.

² - القرار الصادر عن الغرفة المدنية لدى المحكمة العليا، تحت رقم 591169 ، الصادر بتاريخ 2010/10/21، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2011، ص 112.

³ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 168-169.

⁴ - المرجع نفسه، ص 165.

لم يحدد القانون المدني أو التجاري معادلة لحساب الغرامة التأخيرية، غير أن القانون 04-11 حدد نسبتها كما سنرى لاحقاً. و بما أن تأخر المقاول في التسليم سينصرف أثره لا محالة إلى تاريخ التسليم في عقد البيع، ما لم يضع المرقى العقاري احتمالاً مماثلاً في حسابه عند بيع العقار، فلا بد لهذا الأخير من الرجوع على المقاول المخل بالتزام التسليم في الميعاد المحدد بما أداه للمقتني.

غير أنه برجعنا إلى بعض عقود المقاولات المبرمة مع مكاتب الدراسات المكلفة بمهمة شاملة، و كذا دفاتر الشروط المعتمدة في القطاع العام، وجدنا معادلة معتمدة في حساب غرامة التأخير حالة تسجيله بالنسبة لإيداع ملف المقاييسات و المشروع التمهيدى و النهائي، وكذا التأخر في إيداع ملف المناقصة المتعلق باختيار المقاولين و التأخر في التسليم.

و تتمثل هذه المعادلة المتعلقة بحساب غرامة التأخير اليومية فيما يلي: قسمة قيمة الجزء الثابت للأجر على ضرب 7 في أجل التنفيذ $(P = M \div (7 \times D))^1$. فعلى فرض أن قيمة الوحدة الثابتة تساوي 50000 دج، و مدة الإنجاز مقدرة بـ 15 يوماً، و عليه فحساب الغرامة التأخيرية اليومية يكون كالتالي: $50000 \div (15 \times 7) = 476$ دج لليوم.

أما عن عقد البيع، فقد حددت نسبة غرامة التأخر في التسليم في المرسوم التنفيذي 431-13 بنسبة أقصاها 10% من سعر البيع المتفق عليه؛ و منه يجب أخذ هذه الغرامة بعين الاعتبار عند تحديد التعويض المترتب للمرقى جراء الإخلال بالتزام التسليم في الأجل المتفق عليه من طرف المقاول إذا لم يكن ثمة اتفاق مسبق على تحديده.

2- تحمل تبعة الهلاك:

يجد تحمل تبعة هلاك المبنى أساسه في الحراسة، ذلك أن حارس المبنى أو المشروع العقاري هو المسؤول عن مضاره و عما قد يضر به، فإذا هلك في يد المقاول أثناء فترة ما بعد الإنجاز و قبل التسليم، تحمل تبعاته بفقدان حقه في تلقي الأجر عما أداه من عمل

¹ - P : Pénalité journalière – M : Montant de la partie fixe – D : délai d'exécution.

نظرا لهلاك محله، و يستوي في ذلك أن يكون تمام الأشغال قد تحقق قبل الأجل المتفق عليه. أما إذا سلم المقاول العمل إلى صاحب المشروع، أخليت ذمته و انتقلت تبعة الهلاك مع الحراسة إلى رب العمل.

أما إذا أخل المقاول بالتزامه بالتسليم، تحمل تبعة الهلاك، و هو ما استقر عليه مستشاري المحكمة العليا، أين حملوا المدين وحده بتبعات الحوادث الاستثنائية العامة الواقعة خارج الأجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام، و لا يمكن بالتالي المطالبة بتعديل العقد¹ باعتبار أن المقاول قد أخل بالتزامه بالتسليم في الآجال القانونية و بالتالي استمرار حراسته للبناء إلى حين تسليمه.

إسقاطا لمضمون القرار على الالتزام بالتسليم، يتحمل المقاول تبعه هلاك البناية أو المشروع العقاري إذا هلك في يده، و يفقد بذلك الحق في طلب الزيادة في الأجر بسبب عملية إصلاح ما هلك أو إعادة تشييده. و بما أن الالتزام بالتسليم لا يقوم إلا عند الانتهاء من الأشغال، فقد أكد المشرع على وجوب توجيه المقاول لإنذار لرب العمل، يعلمه فيه بانتهاء الأشغال و بوجوب تسلمها². و لا يضر المقاول عند اتباع هذا الإجراء عدم توجه رب العمل لتسلم الأشغال، بل يعنيه تبرئة ذمته من التزامه بالتسليم و إثباته بموجب ذلك الإنذار.

أما عن مظهر قيام المسؤولية العقدية للمقاول، فتكمن في هلاك العمل في يد المقاول و بخطئه، في هذه الحالة يقع على المقاول التزام بالتعويض عن الضرر الذي لحق رب العمل جراء عدم تسلمه للعمل في وقته و عن هلاكه بخطأ منه (المقاول)، إضافة إلى فقدان حقه في الحصول على مستحقاته.

¹ - القرار الصادر عن الغرفة المدنية لدى المحكمة العليا، تحت رقم 324034 الصادر في 2007/12/21، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2007، ص 211.

² - تنص المادة 558 من القانون المدني على أنه: "...فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر العمل قد سلم إليه ، و يتحمل كل ما ترتب على ذلك من آثار."

ثانيا: جزاء الإخلال بالالتزام بالاستلام في عقد المقاولة:

بداية و قبل التفصيل في تبعات الاستلام تنفيذاً و إخلالاً، لا بد من بيان جزاء الإخلال بالالتزام بالاستلام بذاته.

1- الاستلام الحكمي و القضائي:

تنص المادة 558 ق.م.ج على أنه: "...إذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه، و يتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار". و عليه، قرر المشرع عقوبة مبطنة لرب العمل الممتنع عن الاستلام لسبب غير مشروع، و ذلك باعتباره مستلماً للعمل المنجز من طرف المقاول الذي نفذ التزاميه بالإنجاز و التسليم في الآجال، مع شرط توجيه إنذار رسمي لرب العمل بوجوب الاستلام لإثبات تنفيذ الالتزام بالتسليم من جهة المقاول، فإذا لم يتقدم رب العمل لاستلام العمل في وقت معقول أو في الوقت المحدد في الإنذار، اعتبر بأنه قد استلم العمل، و هو ما يعرف بالاستلام الحكمي¹. تكمن أهمية هذا الإنذار في احتساب مصاريف الحراسة من تاريخه إلى حين انتهاء الأجل الممنوح للاستلام و كذا غرامات التأخير، و انتقال الحراسة و تبعة الهلاك و استحقاق الأجر؛ فالاستلام الحكمي يترتب نفس آثار الاستلام الحقيقي².

أما عن مشروعية السبب المؤدي إلى الامتناع، فيبقى من تقدير قاضي الموضوع. كأن يكون الاستلام معلقاً على تدارك العيوب المسجلة عند الاستلام المؤقت أين يؤجل الاستلام النهائي إلى وقت لاحق. و بما أن لصاحب المصلحة في التسليم التعجيل في حصوله، كان لا بد من إيجاد حل لحمل أرباب العمل على الاستلام، ذلك أن السبب الأساسي بعد عيوب التنفيذ في الامتناع عن الاستلام هو التهرب من دفع الأجر، لذلك أقر

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 153.

² - المرجع نفسه، ص 153.

المشرع بالاستلام الحكمي¹ لضمان أجر المقاول من جهة، و لإخلاء مسؤولية هذا الأخير من جهة أخرى.

أما عن الاستلام القضائي، فيكون عند غياب الاتفاق المسبق على كيفية الاستلام و أجله، خصوصا في العقود الزمنية، مما يؤدي غالبا إلى لجوء صاحب المصلحة إلى القضاء؛ علما أن التسليم كما الاستلام قد لا يحققان إلا قضائيا²، فيصدر حكم إما بإجبار رب العمل على استلام العمل، أو بإجبار المقاول على تسليمه، و منه ترتيب آثاره كاملة مع احتساب المصاريف الإضافية قضائية كانت أو مصاريف حراسة و كذا التعويض المبني على الضرر المحقق للمسؤولية العقدية لرب العمل أو للمتضرر عموما.

2- استحقاق الأجر أو باقي الأجر:

تنص المادة 559 ق.م على أن " : تدفع الأجرة عن تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك". و منه، تعد الأجرة أثرا من آثار استلام العمل مقبولا من قبل رب العمل. سبق و أن أحلنا في دراسة هذا الأثر على هذا الفصل، و منه سنتناوله بالدراسة من حيث مضمونه و مستحقه و بيان لواحقه بإيجاز، ثم نتناول جزاء الإخلال به باعتباره التزاما ممتدا إلى نهاية العمل، أي أن " الالتزام بدفع الأجرة ذاته تأخر حتى تمام التسلم"³. هذا التراخي في الدفع الذي يجد أساسه في العرف القائم في مجال مقاولات البناء، أين يغلب دفع جزء من الأجر كتسبيق في بداية المشروع، و يبقى الباقي معلقا على تسلم العمل بدون تحفظات أو بعد تداركها إن وجدت.

2-1- مضمون الأجر و مستحقه:

يدفع الأجر وفقا للمادة 559 ق.م.ج عند الانتهاء من أشغال الانجاز، عدا حالة الاتفاق المسبق على استحقاقه قبل التسليم، و قد يكون مرة واحدة كما قد يكون على دفعات

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 164.

² - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 221.

³ - موهبي فتيحة، المرجع السابق، ص 84.

و قد ورد تعريف أنواع السداد في المادة 74 من القانون 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية كما يلي:

- **التسبيق:** هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة.

- **الدفعة على الحساب:** هي كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة.

- **التسوية على رصيد الحساب:** هي الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ المرضي لموضوعها.

يدفع الأجر إلى المقاول أو إلى ورثته، أو إلى خلفه الخاص كحالة تحويل أجره للغير¹ كأن يكون للمقاول الفرعي مثلاً، و هو ما نصت عليه المادة 565 ق.م.ج صراحة إذ جاء فيها: " يكون للمقاولين الفرعيين و العمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، و يكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي و رب العمل".

كما يدفع أجر المهندس المعماري أو مكتب الدراسات طبقاً لما اتفق عليه، علماً أن أساس تحديد أجر المهندس المعماري بالنسبة للمتعاملين مع الجهات العمومية هو القرار الوزاري المشترك الصادر في 15 ماي 1988 المشار إليه سابقاً و المعدل بالقرار الصادر في 04 جويلية 2001، بوضع جدول محدد لأجر كل صنف من أصناف القائمين على عملية تنفيذ الأشغال.

و قد نصت المادة 562 ق.م.ج على استقلالية أجر وضع التصميم عن أجر الرقابة و إدارة الأعمال. و قد حرص المشرع على حماية أجر المهندس بأن ضمن له الحصول على مقابل

¹ - قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 227.

التصاميم التي لم يتم العمل بها، جاعلا عنصر الزمن المستغرق لإنجازه كمعيار لتحديدته. أما عن الملتمزم بدفع الأجر فهو المرقى العقاري، إلا حالة تعاقد المهندس أو مكتب الدراسات مباشرة مع المقاول، الذي يكون بذلك هو الملتمزم بدفع الأجر كون العلاقة تأخذ شكل المقاول الفرعية¹، و بالتالي لا يمكن للمهندس الرجوع على رب العمل في هذه الحالة إلا بموجب الدعوى غير المباشرة لتحصيله.

و يقدر الأجر عموما بالاتفاق، كأن يكون على أساس الوحدة بمقتضى المقايضة المعدة من طرف المهندس، و هو ما يستنتج من نص المادة 560 ق.م.ج، أو جزافا على أساس التصميم بمفهوم المخالفة لنص المادة 561 ق.م.ج. أما حالة عدم الاتفاق المسبق على تحديده، كان المعيار في تقديره هو قيمة العمل و نفقات المقاول و ذلك طبقا للمادة 562 ق.م.ج.

2-2 لوائح الأجر:

يراعى عند تسديد باقي الأجر، حالة انهيار التوازن الاقتصادي للعقد بين رب العمل و المقاول، و هو ما نصت عليه المادة 561 ق.م.ج بقولها: "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد"، و تعد هذه المادة تطبيقا عمليا للمادة 3/107² منه و المتعلقة بالظروف الطارئة. و عليه، نستنتج عناصر الزيادة في الأجر عند سدادها كما يلي:

أ- أن يكون سبب انهيار التوازن الاقتصادي للعقد وقوع حادث استثنائي عام؛ أي أن لا

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص 195. و محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 201.

² - تنص المادة 3/107 على أنه: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام العقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يكون خاصا بالمقابل وحده، لكن يكون عاما على كافة كالحرب و الكوارث الطبيعية و انخفاض قيمة العملة، و ندرة المواد مما يضطر المقابل إلى شرائها من السوق السوداء بأسعار مضاعفة¹. و في هذا السياق، يرى الدكتور السنهوري بأن معيار الإرهاق في عقد المقابلة هو معيار موضوعي يقاس بالنسبة للصفقة المبرمة، لا ذاتي يقاس بالنسبة للشخص المقابل؛ ذلك أنه إذا خزن المقابل المواد قبل ارتفاع أسعارها في السوق ثم احتج بارتفاع ثمنها للمطالبة بزيادة أجره، فذلك جائز، لأن طلبه مؤسس على سعر شرائها وقت العمل لا قبله²، كما لا يؤخذ في عين الاعتبار حالته المادية خارج العقد، أي أن يسره المادي خارج الصفقة لا وزن له في تقدير إرهاقه من عدمه، فالمعيار هو اختلال التوازن بالنسبة للصفقة لا بالنسبة للوضع المالي العام للمقابل.

ب- أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع وقت التعاقد، فإذا كان متوقعا لا يعد من قبيل الظروف الاستثنائية، و المثال المؤلف في هذا الإطار، هو طبيعة الأرض المزمع إقامة المشروع العقاري عليها، كأن تكون أطلالا لمدينة أثرية أو مجرى مياه جوفية، و تؤيد رأي الدكتور محمد لبيب شنب عند إخراج هذه الوضعيات من دائرة الحوادث الاستثنائية، كون تحديد طبيعة الأرضية و خفاياها بات من اليسر بما كان مقارنة بالسابق، نظرا للتطور العلمي الجيولوجي الكبير الذي يندر معه الوقوع في الخطأ عند تحديد مكونات الأرض. و يؤسسها نفس الرأي على الخطأ الجوهري الذي يصح معه طلب فسخ العقد³.

ج- أن تكون الخسارة فادحة، ذلك أن هامش الخسارة المألوفة غالبا ما يكون متوقعا، و حالة ثبوت حدوث ضرر مالي معتبر يقدر وفقا لمعيار موضوعي، يرجع فيه إلى معيار الرجل

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص 184. فتية قرّة، المرجع السابق، ص 113.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص 184. و محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 231.

³ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 233.

العادي الموجود في ظروف مماثلة و تبعا لمجرى الأمور¹، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار عند دفع ما بقي من مستحقات المقاول.

2-3 جزاء الإخلال بالالتزام بدفع الأجر:

تترتب المسؤولية العقدية حالة الإخلال بدفع الأجر المستحق أو باقي الأجر عن العمل المستلم حالة تضرر المقاول أو المهندس المنفذ منه. و منه يكون للمتضرر اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالأجر و بالتعويض عما لحقه من ضرر و ما فاتته من كسب مع الحق في احتساب الغرامات التأخيرية على الأجر، التي تحتسب اعتمادا على قاعدة قانونية محددة في الأمر الرئاسي 10-236 المعمول بها في الصفقات عند احتساب غرامات التأخير في دفع مستحقات المقاولين، و المعمول بها حتى بين الخواص.

و قد نصت المادة 89 من ذات المرسوم، على أن أساس حساب فوائد التأخير المحسوبة يكون على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض القصيرة المدى تحتسب ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية الأجل الممنوح لدفع مستحقات المتعامل المتعاقد، و المحددة بشهرين كآخر أجل من تاريخ إيداع الفواتير، حتى اليوم الخامس عشر (15) الذي يلي صرف الدفعات على الحساب؛ و حالة عدم تسديد فوائد التأخير مع مبلغ الدفعات، تسجل نسبة زيادة مقدرة ب 2% من فوائد التأخير على كل شهر تأخير.

كما وضع المشرع ضمانات لتحصيل الأجر المستحق للمقاول و المهندس المعماري من خلال تقرير حق امتياز على المنشآت المشيدة من طرفهما في المادة 1000 ق.م.ج التي نصت على أن: "المبالغ المستحقة للمقاولين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت، لكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه. و يجب أن يقيد الامتياز، و تكون مرتبته من وقت القيد."

¹ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 233.

يعد هذا الإجراء من قبيل التعويض بمقابل، بترتيب حق ممتاز على المباني المنشأة لصالح المشيدين، يستوي أن يكون مصدره عقد المقاولة المكتوبة أو حكم قضائي نهائياً¹. بما للمعنيين من مستحقات في ذمة رب العمل. مع شرط قيده ليرتب آثاره. إضافة إلى ضمان ثان هو الحق في الحبس، أي حبس المبنى المشيد من طرف المقاول إلى حين تمكينه من الأجر المستحق، و هذا الإجراء يتصور في مرحلة ما قبل تسلم العمل من صاحبه إذا كان الاتفاق على تسديد الأجر قبل الاستلام و لا يتصور بعده لأن وضع يد رب العمل على المبنى يرفع يد المقاول عنه.

3- الإعفاء من العيوب الظاهرة:

لم يتناول القانون المدني و لا القانون 04-11 هذا الأثر، لا في أحكام عقد المقاولة و لا في عقد البيع، إلا أن العرف جرى على إعماله. ذلك أن قبول العمل من طرف المرقى العقاري دونما تحفظات، يعد تنازلاً ضمناً منه عن العيوب الظاهرة إن وجدت، و ذلك لظهورها و بالتالي إمكانية معاينتها، خصوصاً مع الخبرة المفترضة في المرقى، و طالما لم يبد أي تحفظات في محضر الاستلام المؤقت، لم يكن له أن يحتج بها تجاه المقاول أو المهندس. و يقتصر هذا الأثر على العيوب الظاهرة فقط. و الاستلام في هذه الحالة ليس معفياً من العيوب الظاهرة في ذاته، و لكن سكوت المرقى عنها هو المعفي منها². و منه يمكن القول بأن الاستلام لا يعد قبولاً إلا في حدود ما تم استلامه و على قدر ما علم وقته.

و جزاء عدم الاستلام بغير سبب مقنع اعتبار الاستلام قد تم، و هو الاستلام الحكمي المشار إليه سابقاً، و منه تحلل المقاول من المسؤولية عن العيوب الظاهرة رغم عدم

¹ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 236. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 233، و كذا: توفيق زيدان، المرجع السابق، ص 87.

² - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 166. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 185 و كذا Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 80.

معابنتها على الواقع.

4- فقدان الحق في الرجوع على المَقاول وفقا لأحكام المسؤولية الخاصة:

إذا كان أهم أثر يترتب تنفيذاً بالالتزام بالاستلام، هو أحقية رب العمل في الرجوع على المَقاول و المهندس بأحكام المسؤولية الخاصة المقررة في عقد مقاوله البناء طبقاً للمادة 554 ق.م.ج، فالإخلال به يؤدي إلى حرمانه من هذا الحق كون بدئ سريان هذا الضمان لا يكون إلا من تاريخ الاستلام النهائي كما سيأتي تفصيله لاحقاً.

الفرع الثاني:

جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم و الاستلام في عقد البيع:

نظم المشرع الجزائري كميّات البيع و آثار الاستلام و جزاء التأخر في التسليم بموجب القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 13-431، و عليه سنركز على ما جاءت به هذه النصوص من آثار و جزاءات.

أولاً: آثار الالتزام بالتسليم في عقد البيع:

تختلف آثار التسليم في عقد البيع في مجال الترقية العقارية عن آثار التسليم في عقد المقاوله، و لا نقول عن آثار البيع العادي؛ و مرد ذلك إلى الدور الإيجابي الذي يلعبه المرقى العقاري في عملية التشييد مقارنة بالبائع في البيوع العادية و ما يترتب عنها من ضمانات خاصة سيأتي بيانها لاحقاً، و الأثر المترتب في هذه المرحلة هو دفع سعر العقار المقتنى، إضافة إلى الآثار المشار إليها فيما يخص عقد المقاوله، و عليه سنفصل في أثر دفع السعر فقط.

1- وجوب دفع باقي السعر:

تشكيلة السعر في عقد البيع على التصميم تختلف عنه في عقد حفظ الحق، ذلك أن الدفع يتم على عدة تسديدات موازاة مع المرحلة المنتهية من الأشغال، مما يجعل من الثمن

كامل السداد عند استلام البناية أو جزء من البناية محل البيع على التصاميم¹، و بالتالي انتقال ملكية آخر جزء بمجرد الانتهاء من الأشغال و قبل الاستلام؛ في حين يتراخى الالتزام بتسديد باقي الثمن في عقد حفظ الحق إلى تاريخ الاستلام المؤقت للمشروع من طرف المرقى العقاري، ذلك أن أول دفعة تكون على شكل ضمان بقيمة 20% من السعر التقديري و الباقي عند تحرير عقد البيع النهائي².

كما يتوجب على المقتني دفع الزيادة المشار إليها في المادة 38 من القانون 04-11³ حالة مراجعة السعر، ذلك أن المشرع منح للمرقى صلاحية الزيادة في السعر بشرط أن لا تزيد نسبتها عن 20% من السعر المتفق عليه بداية. و تؤسس هذه المراجعة على تغيرات سعر التكلفة و أسعار مواد البناء و اليد العاملة و كذا الظروف الطارئة و الاستثنائية، مع وجوب تبرير أسبابها في العقد.

و قد أحسن المشرع بتحديد سعر المراجعة، ذلك أنها كانت قبلا خاضعة لتقدير المرقين العقاريين، و كانت سببا في العديد من النزاعات القضائية خصوصا مع المرقين العموميين. ذلك أن طول فترة الانجاز تؤدي إلى احتمال تعاقب العديد من الظروف الاستثنائية التي تؤدي بالتبعية إلى وجوب مراجعة السعر، و التي كانت خاضعة في تقديرها للقائم بالتشييد.

و قد طرح نزاع على الغرفة المدنية لدى المحكمة العليا بشأن مراجعة فاقت 10% بل و وصلت إلى 50% من السعر التقديري، بحيث كان حكم قاضي الدرجة الأولى برفض المراجعة التي تفوق النسبة المتفق عليها في العقد، التي كانت مقدرة بـ 10% رغم ما طرأ

¹ راجع المادة 28 من القانون 04-11 المشار إليه سابقا.

² راجع المادة 33 من نفس القانون.

³ تنص المادة 38 من القانون 04-11 على أنه: " يجب أن تركز صيغة مراجعة الأشغال على عناصر تغيرات سعر التكلفة و تعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد و العتاد و اليد العاملة، باستثناء الظروف الطارئة التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، و لا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة (20%) حد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية."

من ظروف جعلت من قيمة السعر الإجمالي تساوي نصف القيمة الحقيقية للسكن. و على هذا الأساس كانت المطالبة برفع السعر إلى النصف. و كان هذا الحكم محل مصادقة من طرف المجلس. إلا أن قضاة المحكمة العليا قرروا نقض القرار. و قد جاء في مبدئه أن: "المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما قرروا زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد و توازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة 3/107 من القانون المدني إذا طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام و غير متوقع من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 من القانون المدني. مما يستوجب نقضه"¹.

أما عن السؤال المطروح عن السعر في مجال الترقية العقارية ففيه شقان، الأول حول ما إن كان صافيا أم مشتملا على جميع الرسوم؟ و الثاني حول قصد المشرع من السعر التقديري.

أما عن السعر التقديري للبيع، فقراءة نص المادة توحى بوجود سعرين، الأول تقديري و الثاني نهائي يدفع مع انتقال الملكية، ذلك أن الإشكال لا يقوم في تقدير نسبة المراجعة في عقد البيع على التصاميم لأن السعر محدد مسبقا، بعكس عقد حفظ الحق الذي يبنى التسبيق فيه على السعر التقديري.

هذا اللبس الذي زال مع صدور نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالرسوم 13-431. ذلك أن البند المتعلق بالسعر التقديري للبيع عرفه كما يلي: "إن السعر التقديري لبيع الملك موضوع عقد حفظ الحق يقدر ب: (بالأرقام و بالحروف....دينار جزائري باحتساب جميع الرسوم. هذا السعر هو المبلغ الذي يلتزم صاحب حفظ الحق بتسديد للمركي العقاري، مقابل تسليم البناية أو جزء من البناية التي تم إتمامها موضوع عقد حفظ الحق هذا". و في هذا

¹ - القرار الصادر عن الغرفة المدنية لدى المحكمة العليا، رقم 191705، الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1999، منشور في المجلة القضائية عدد 2 لسنة 1999، ص 94.

البند جواب على التساؤلين أعلاه، فسعر البيع مشتمل على جميع الرسوم بما فيها الرسم على القيمة المضافة (TVA). أما عن مصاريف التوثيق و مصاريف الشهر لدى المحافظة العقارية المقدرة بنسبة 01% من السعر المعلن في العقد فتبقى على عاتق المقتني.

كما تجدر الإشارة إلى أن مشاريع الترقية العقارية تحت عنوان البيع، معفاة من رسم التسجيل لدى مفتشية الضرائب و المقدر في البيوع العادية بنسبة 2,5% من السعر.

أما عن جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فنستنتج من خلال نص المادة 33 من القانون 04-11، بأن إبرام العقد النهائي يتوقف على السداد الكلي لسعر البيع، أي عدم التسديد يعني الحرمان من عقد رسمي ناقل للملكية، هذا في حالة البيع عن طرق عقد حفظ الحق كون هذا العقد غير ناقل للملكية.

أما في البيع على التصاميم، فالملكية ثابتة للمقتني منذ أول يوم، و تمتد في كل مرة لتشمل الجزء المنتهية أشغاله، و على هذا الأساس قرر المشرع حقا للمرقي العقاري بتوقيع عقوبة تأخير على المبلغ المستحق عن كل مرحلة¹، لكن دون تحديد نسبتها، مما يتوجب معه تحديد نسبة و كيفية لحساب الغرامة التأخيرية حتى لا تترك لتلاعب المرقين العقاريين.

و الملاحظ في هذه الكيفية من البيع، انصراف أثر التسليم في عقد المقولة إلى تسديد السعر، ذلك أن البند المتعلق بأجل التسليم في عقد البيع على التصاميم المشار إليه سابقا، يبين أن استحقاق المقاول لأجره مرتبط بتسليمه للمرحلة المنجزة للمرقي العقاري صاحب المشروع و البائع في نفس الوقت، الذي يسوي مصروفاتها و يبلغ محضر معاينة تلك المرحلة من الأشغال إلى المقتني ليوقع عليه مقابل وصل استلام، و منه استحقاق المرقى العقاري للدفعة المترتبة في ذمة المقتني.

و السؤال الذي يطرح في هذه المرحلة، هل أن تسليم المرقى العقاري للمرحلة المكتملة و سداد سعرها بالمقابل، يعد كناية عن استلام المقتني للعمل مقبولا؟ أم أنه يتراخى

¹ - المادة 53 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

إلى غاية تسلم العقار مكتملا؟ سنجيب على هذا السؤال في حينه.

2- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم في الآجال المحددة في العقد:

نص المرسوم التنفيذي 13-431 على جزاء التأخير في عملية التسليم الفعلي للملك العقاري و المتمثل في فرض عقوبة التأخير¹، أي غرامة مالية عن كل يوم يتأخر فيه المرقى العقاري في عملية تسليمه ، على أن لا تتجاوز نسبة 10% كأقصى حد.

لم يترك المشرع للمقتني الحرية في إثبات الإخلال بالتزام التسليم في الآجال المتفق عليها، و لكن حمّله عبئ إثباته عن طريق إجراء معاينة له من طرف محضر قضائي و إعداد محضر رسمي بذلك².

إضافة إلى الجزاء المالي المقرر في القانون 11-04، يمكن تطبيق القواعد العامة خصوصا في عقد البيع على التصاميم أين يكون المقتني مالكا للعقار المشيد، فيكفل له القانون الحق في إجبار المرقى العقاري على تسليم العقار حتى تحت طائلة الغرامة التهديدية³، خصوصا إذا كان إلى جانب صفته كمالك كان منتظما في تسديد الدفعات المستحقة للمرقى العقاري.

ثانيا: آثار الاستلام و جزاء الإخلال به:

لنتناول جزاء الاستلام في عقد البيع، لا بد من بيان أثره عليه قبلا، ذلك أن استلام المرقى العقاري للمشروع العقاري يؤثر مباشرة على عقد البيع.

تنص المادة 33 من القانون 11-04 على أنه: "يتعين على المرقى العقاري، بعد ثلاثة (3) أشهر كحد أقصى على إثر الاستلام المؤقت للبناء أو لجزء منها، بإعداد عقد بيع للبناء أو جزء من البناء المحفوظة، أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق".

¹ - المادتين 04 و 05 من المرسوم التنفيذي 13-431 المشار إليه سابقا.

² - المادة 05 من نفس المرسوم.

³ - المادة 174 من القانون المدني الجزائري..

سبق و أن بينا بأن من التزامات المرقى العقاري نقل ملكية العقار إلى صاحب حفظ الحق في إثر السداد الكلي لسعر البيع، لكن متى يتم ذلك؟ باستقراء المادة 33 أعلاه، يتضح أن نقل الملكية الذي يقابله تسديد السعر يكون في أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ الاستلام المؤقت؛ و عند الرجوع لتعريف المشرع للاستلام المذكور في الفقرة الأخيرة من المادة 3 من القانون 04-11، يتبين أن الاستلام المقصود هو استلام المرقى للمشروع العقاري من المقاول، مما يعني قبوله له و لو بتحفظات، و بالتالي لا مانع من إبرام العقد النهائي مع صاحب حفظ الحق.

غير أن هذه المادة قد تحتل تفسيراً آخر، مفاده وجوب إبرام العقد بعد استلام صاحب حفظ الحق للبناءية أو لجزء منها استلاماً مؤقتاً، و بالتالي معاينتها و أخذ قرار بعقد البيع النهائي و منه تسديد السعر الكامل لها، و في هذه الحالة يفتح أجل (3) أشهر لإعداد العقد النهائي أو التراجع عنه ، بفسخ العقد من طرف صاحب حفظ الحق مع اقتطاع نسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع¹.

يمكن القول في هذا الإطار، أن المرجعية في تفسير نص المادة 33 من القانون 04-11 هو القانون الذي تضمنها، من خلال تعريف الاستلام المؤقت² الواضح و المباشر. و منه فالاستلام المقصود هو استلام المرقى للمشروع من المقاول. غير أن النقاش يبقى مفتوحاً حالة المرقى العقاري القائم بالأشغال بنفسه لا عن طريق مقاول آخر فما هو مصير هذا النص؟

أما عن أثر الاستلام بين المرقى و المقتني، فيتمثل بداية في قيام حق هذا الأخير في حيازة الملك و الانتفاع به، و ذلك بعد الحصول على شهادة المطابقة و تحرير محضر الاستلام الفعلي، و منه تحرير العقد النهائي للملكية في عقد البيع بنوعيه. كما يبدأ سريان مدة المسؤولية و الضمانات الخاصة المقررة لفائدة المقتني في القانون 04-11 بأنواعها

¹ - طبقاً لأحكام المادة 3/32 من القانون 04-11 المشار إليه سابقاً.

² - في المادة 03 من نفس القانون.

الثلاث، تحت طائلة فقدان الحق في المطالبة بتطبيق أحكام هذه الأخيرة حالة الامتناع عن الاستلام دون مبرر شرعي.

أما عن الالتزام التبعية للاستلام، فنصت عليه المادة 50 من القانون 11-04 و المتمثل في وجوب احترام نظام الملكية المشتركة، أين يتعين على المقتني بموجبه تسديد المساهمات التي تقع على عاتقه بعنوان التسيير و الحفاظ على العقار الذي يملكه.

هذا عن الالتزام بالتسليم و الاستلام و آثار الإخلال بهما، و مواطن قيام المسؤولية العقدية للطرف المخل بالتزامه، باعتبارهما التزامين أصيلين في كل من عقد المقاولة و عقد البيع، ينتهي بموجبها تنفيذ موجبات العقد في الحالات العادية. غير أن عقود مقاولات البناء و عقود الترقية العقارية تكتسي نوعا من الخصوصية بما يمدد الالتزامات التعاقدية إلى ما بعد تنفيذ الالتزام بالتسليم و الاستلام.

المبحث الثاني:

المسؤولية العشرية:

تقضي القواعد العامة بانقضاء الالتزام بمجرد التنفيذ الكامل لمقتضيات العقد من الطرفين أو من أطرافه؛ إلا أن خصوصية الالتزامات في مجال الترقية العقارية تجعلها تتجاوز القواعد العامة من حيث النطاق الزمني للمسؤولية، ذلك أنها تمتد إلى التزام إضافي لما بعد التسليم، مفاده سلامة البناء لمدة عشر سنوات، و هو ما يعرف بالمسؤولية العشرية. و عليه، سنتناول هذه المسؤولية الخاصة بالدراسة من حيث نطاقها الشخصي و الموضوعي (المطلب الأول)، ثم من حيث أحكامها و نظامها القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

نطاق المسؤولية العشرية:

لابد لبيان مواطن تطبيق أحكام المسؤولية العشرية من ضبط نطاقها الشخصي و الموضوعي، ذلك أن القانون قصرها على فئة معينة من الأشخاص، سواء كانوا مساءلين بها أو مستفيدين من أحكامها، كما حدد شروطها الموضوعية بدقة. و عليه سنتناول كل من النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية (الفرع الأول) و النطاق الشخصي (الفرع الثاني) فيما يلي:

الفرع الأول:

النطاق الشخصي للمسؤولية العشرية:

عرف النطاق الشخصي للمسؤولية العشرية تطورا ملحوظا في القانون 04-11 مقارنة بالقانون المدني و النصوص السابقة المنظمة للترقية العقارية، و سنبين هذا التطور من خلال تحديد الملزمين به و المستفيدين منه قبل و بعد القانون 04-11.

أولاً: الملزومون بأحكام المسؤولية العشرية:

حدد المشرع الجزائري في المادة 554 ق.م.ج، النطاق الشخصي للمساءلين بأحكام المسؤولية العشرية، بأن جاء فيها: "يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت... ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين".

و نصت كذلك المادة 46 من القانون 04-11 على أنه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

أما المادة 30 من المرسوم التنفيذي 85-12 فجاء فيها: "يتعين على المرقى العقاري الاكتتاب في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة، يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات و المقاولين و الشركاء و المقاولين الفرعيين و أي متدخل آخر، في حالة سقوط البناء كلياً أو جزئياً بسبب عيوب البناء بما في ذلك، رداءة الأرض".

كما نصت المادة 175 من الأمر 07-95، القانون المتعلق بالتأمينات¹، على أن: "على كل مهندس معماري و مقاول و مراقب تقني، و أي متدخل، شخصا طبيعيا كان أو معنوياً، أن يكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء و تجديد البنايات أو ترميمها".

من خلال استقراء النصوص أعلاه، يتضح لنا انتهاج المشرع الجزائري لنهج نظيره الفرنسي، في توسيع النطاق الشخصي للمدينين بأحكام المسؤولية العشرية منذ سنه للقانون

¹ - المعدل و المتمم بالقانون رقم 04-06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة في 12 مارس 2006.

11-04، و عليه سنتناول هذه الجزئية على مرحلتين، ما قبل صدوره و ما بعده.

1-المساءلون بأحكام المسؤولية العشرية قبل القانون 11-04:

و هم كل من المقاول و المهندس المعماري، إضافة إلى المراقبين التقنيين بشكل خاص- و المتدخلين الآخرين¹.

و قد سبق لنا و أن تطرقنا إلى التزامات كل طرف من أطراف عقد المقاولة في مواجهة الآخر في فترة الانجاز؛ أما عن الالتزام الذي يترتب في ذمة كل واحد منهم بعد إنهاء الأشغال، فهو التزام بالضمان، أي ضمان الأعمال من كل عيب منتج لضرر حدده القانون و رتب على أساسه قيام المسؤولية العشرية.

رجوعا إلى نصوص القانون المدني، نجدها رتبت هذا الالتزام بالضمان في ذمة كل من المقاول و المهندس المعماري متضامنين في التعويض، مع التزام كل طرف في حدود دوره في الأضرار التي تصيب البناء، فكل ضامن لعمله.

هذا الضمان الذي قد يتجاوز إلى ضمان كل منهما لأعمال الآخر، حالة الإخلال بالتزام الإعلام و الإخطار(النصح و الإرشاد). و في ما يلي بيان حدود مسؤولية كل طرف مساءل بموجب أحكام المسؤولية العشرية .

1-1-المهندس المعماري:

سبق و أن عرفنا المهندس المعماري عند تناولنا لمكاتب الدراسات كطرف متعاقد مع المرقى العقاري في عقد المقاولة؛ غير أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار، هو اختلاف التعريف الفقهي المتعلق بالمهندس المعماري في إطار علاقة تعاقدية عادية عنه في المسؤولية العشرية، ذلك أن كل من اتخذ لنفسه هذه الصفة، بأدائه لعمل المهندس المعماري من إعداد للتصميمات و المقاييسات، يعد مهندسا معماريا بغض النظر عن مؤهله

¹ - راجع المادتين 554 من القانون المدني الجزائري و المادة 175 من القانون 95-07 التعلق بالتأمينات المشار إليهما سابقا.

العلمي أو احترافه أو مدى كفاءته المهنية¹. و هو ما استقر عليه القضاء الفرنسي، و تلاه في ذلك التشريع عندما وسع من النطاق الشخصي لمسؤولية المهندس المعماري، بأن اعتمد مصطلح مهندس فقط، ليشمل بذلك الفنيين (Techniciens)، المهندسين المدنيين واضعي التصميم أو القائمين بمتابعة الأعمال، مهندسي الديكور، و غيرهم². كما أيد الفقه في مصر الرأي الفرنسي، ومثاله ما جاء به الدكتورين محمد ناجي ياقوت و عبد الرزاق السنهوري، اللذين يريان عدم وجوب توافر مؤهل علمي متخصص في فن الهندسة المعمارية³.

وعليه، فكل من اتخذ له كدور في عملية البناء مهمة وضع التصميم و المقاييس ومتابعة التنفيذ و الإشراف عليه، يعد مهندساً معمارياً في مفهوم المسؤولية العشرية، ويلتزم بضمان ما كان المهندس المصمم أو المشرف (التنفيذي) ليضمنه من عيوب البناء. ومثال ذلك، تولي رب العمل بنفسه لعملية وضع التصميم و المقاييس و الإشراف على التنفيذ أو قيام المقاول بتصميم البناء و تنفيذه.

أما المشرع الجزائري، فقد حدد بوضوح وجوب توافر المهندس المعماري على الصفة القانونية و المؤهل العلمي و المهني لممارسة هذه المهنة⁴، ذلك أنه يشترط لممارستها الحصول على شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة⁵.

ومنه، فالمخاطب بأحكام المسؤولية العشرية، هو كل مهندس معماري قائم بالتصميم أو بالإدارة و الرقابة على التنفيذ، أو بهما معاً، حسب طبيعة المهام المسندة إليه من خلال

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 25.

² - كامل فؤاد، المرجع السابق، ص 109 - 110.

³ - محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 39. و عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 109.

⁴ - المادة 09 من القانون 94-07 المتضمن تنظيم مهنة المهندس المعماري المشار إليه سابقاً.

⁵ - 1/17 من المرسوم التشريعي 94-07 التي جاء فيها: "يسجل الأشخاص الذين يتمتعون بحقوقهم المدنية في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين ...- أن يكون الأشخاص ذو الجنسية الجزائرية، حائزين شهادة مهندس معماري معترف بها من الدولة".

عقد المقاول، و هو ما أكدته المادة 14 من المرسوم التشريعي 94-07 بقولها: "يعد صاحب العمل عند انجاز مهمته و طبقا لأحكام المادة 554 من القانون المدني المدافع عن مصالح صاحب المشروع، و يتحمل مسؤولية جميع الأعمال المنوطة به".

أما حالة اقتصار مهمة المهندس على وضع التصاميم فقط، دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، قامت مسؤوليته في حدود هذه المهمة¹، أي عن التصاميم المعيبة التي أدت إلى ضرر من الأضرار المشمولة بالمسؤولية العشرية؛ بعكس المهندس التنفيذي أو ما يصطلح عليه بالمهندس المكلف بمهمة شاملة (أي مكتب الدراسات حاليا)، الذي يبقى مسؤولا عن عيوب التصميم لقيام التزامه بمراجعتها. وتبقى مسؤوليته قائمة بشأن عيوب التربة، و حتى عن أخطاء المقاول المنفذ؛ و هو أساس جعل المسؤولية العشرية تضامنية لتعدد المتدخلين في عملية البناء و تداخل مهامهم.

تجدر الإشارة إلى أن القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988، يمنع إسناد مهمتي وضع التصاميم و متابعة التنفيذ إلى مهندس واحد إذا كان تابعا للمقاول المكلف بالانجاز، أين يتعين على رب العمل في هذه الحالة إسناد مهمة الرقابة و المتابعة إلى مهندس معماري آخر، و ذلك سعيا من المشرع لبسط الرقابة المتبادلة بين المهندسين المعماريين و على المقاولين المنفذين أثناء فترة الانجاز². و مرد ذلك، إلى التبعية المفترضة في المهندس المعماري للمقاول في حالة عمل الأول لحساب الثاني، و منه تعطيل آلية رقابة المهندس على عمل المقاول، و رقابة هذا الأخير على الأول.

1-2-المقاول:

نفس الشيء بالنسبة للمقاول، فقد حمّله المشرع الجزائري التزاما إضافيا إلى التزاماته السابقة، و هو الالتزام بضمان أعماله على اعتبار أنه المنفذ للتصور الهندسي المجسد في

¹ راجع المادة 555 من ق.م.ج "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم".

² -توفيق زيدان، المرجع السابق، ص91.

التصميمات و الرسومات الهندسية.

و الملاحظ هو عدم تناول مقاول البناء بتنظيم خاص يتناسب و خصوصية المهمة المكلف بها، و قد سبقت الإشارة إلى توجه إرادة المشرع الجزائري إلى سن مرسوم تنفيذي يختص بتنظيم أحكام عقد مقاوله البناء¹.

أما عن مسؤولية المقاول في هذه المرحلة، فنتيجة عن كل خطأ عقدي أدى إلى إحداث عيب مؤثر في البناء بما يرتب أحكام المسؤولية العشرية. علما أن أحكام الضمان العشري قبل القانون 04-11، كانت مقتصرة على المقاول المتعاقد مع رب العمل فقط، دون امتداد هذا الضمان إلى المقاولين الفرعيين، رغم الدور المحوري لهؤلاء المتدخلين في عملية البناء.

و صور الأخطاء المؤدية إلى الضرر الموجب للضمان، هي تلك المتعلقة بجودة المواد، سواء كان المقاول مقدما لها أو رب العمل، كما تظهر في الخطأ في تنفيذ التصاميم بما يؤدي إلى تهدم البناء، سوء الصنعة سواء لعدم كفايته المهنية و الفنية، أو لإهماله في اتخاذ العناية اللازمة وفقا لأعراف المهنة و أصولها.

1-3- المراقب التقني:

نصت المادة 178 من القانون 07-95 على إلزام المراقب التقني بتأمين مسؤوليته العشرية، أي أن المشرع الجزائري جعله مسؤولا متضامنا إلى جانب المدينين التقليديين بها. وسنتناوله بالتعريف و ببيان دوره وحدود مسؤوليته في عملية البناء.

أ- تعريف المراقب التقني:

يعرف المراقب التقني، بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بدرجة عالية من الكفاءة الفنية، يتولى بمقتضى عقد المقاوله المبرم مع رب العمل، فحص المسائل ذات

¹ - راجع المادة 16 من القانون 04-11 المشار إليه سابقا.

الطابع الفني في عملية التشييد التي يرى رب العمل تكليفه بفحصها.¹

ب- مهنة المراقب التقني:

تعد مهنة المراقب التقني من أحدث المهن على صعيد النشاط المعماري، من الناحية التشريعية، ذلك أنها لم تكن محل تنظيم بموجب نص في فرنسا إلا بعد تعديل القانون المدني سنة 1978، رغم أن بداية ظهورها كانت في بدايات القرن العشرين (1929) أين تبلورت في شكل منظمات فنية تعمل على إعلام المؤمنين عن البيانات المراد تأمينها.² و منه، فالمراقب التقني كان مجرد معاين يعمل لصالح هيئات التأمين، و لم يكن مصنفا في خانة المشيدين؛ كان خاضعا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، مسئولا في حدود المهمة الموكلة إليه في العقد³، الأمر الذي أدى إلى بروز عدة إشكالات من حيث تحديد مسؤولياته بدقة، خصوصا أن هيئات الرقابة كانت تتهرب من مسؤولياتها باعتبارها تعمل لصالح الشركات التأمينية لا لصالح أرباب العمل، و حتى عند التعاقد مع هذه الفئة الأخيرة كان شرط الإعفاء من أحكام المسؤولية العشرية في العقد صريحا⁴.

ج- موقف المشرع الجزائري:

أما عن المشرع الجزائري، فسبق نظيره الفرنسي، بأن نظم عملية الرقابة التقنية للمباني بموجب الأمر رقم 71-85 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، المتضمن إحداث هيئة الرقابة التقنية للبناء و تحديد قانونها الأساسي⁵، ثم بالمرسوم التنفيذي 86-205 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية⁶. يعود سبب إنشاء هذه الهيئة إلى توسع

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 470. زهرة عبد القادر ، نطاق المسؤولية العشرية للمشيدين، المرجع السابق، ص 171.

² - Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 162.

³ - Ibidem. 471 و عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 471.

⁴ - Malinvaud et autres, op.cit, p 163.

⁵ - الأمر 71-85 ، منشور في الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 1972، الصادرة في 14 جانفي 1971.

⁶ - المرسوم التنفيذي 86-205 ، منشور في الجريدة الرسمية عدد 34 لسنة 1986، الصادرة في 20 أوت 1986.

النشاط العمراني و ما يستتبعه من مخاطر لا تتحصر في مرحلة الانجاز و لا تنتهي بالاستلام.

و سعيا من المشرع إلى توسيع الحماية المقررة لأرباب العمل و المستفيدين من المشاريع العقارية، أنشأ خمس وحدات تقنية على مستوى من الكفاءة و الاختصاص لمعينة المنشآت العمرانية هي: وحدات الشرق، الغرب، الجنوب، الوسط و أضيفت إليها وحدة الشلف نظرا لطابعها الجيولوجي و كونها منطقة زلزالية¹.

د - دور المراقب التقني و حدود مسؤوليته:

يتدخل المراقب التقني طبقا للفقرتين الأولى و الثانية من المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 86-205 في مرحلتين هما: مرحلة المشروع التمهيدي، التي يقوم فيها المراقب التقني بدراسة إنتقادية لكل الترتيبات التقنية على تصميم الأعمال، حتى يتأكد من مطابقتها لقواعد البناء، حسب ما تضمنته المادة 2/3 من المرسوم أعلاه التي تنص على أنه: " وتتمثل هذه المهمة في دراسة جميع الترتيبات التقنية التي تتضمنها المشاريع دراسة نقدية، لاسيما رقابة تصميم الأعمال الكبرى، والعناصر التي ترتبها للتأكد من مطابقتها لقواعد البناء ومقاييسه". ثم مرحلة الإنجاز، أين يراقب مدى احترام مخططات الانجاز و كفاءات التنفيذ. يدخل في هذه المرحلة التزامه بمراقبة كل أنواع البنيات، للتأكد من ثبات بنائها و أسسها و صلاحية كل ما له تأثير في ثباتها و هيكلها و جدران محيطها و أسقفها، بغية التقليل من العيوب في هذا المجال، و المساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الانجاز².

كما يتوجب على المراقب التقني مراقبة جودة مواد البناء³، و تسليم شهادة المراقبة

¹ - عمراوي فاطمة، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مالك البناء، المهندس المعماري و المقاول، مذكرو ماجستير كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص 80. و الموقع الإلكتروني www.c tc.dz

² - المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي 86-205.

³ - المادة 7/3 من نفس المرسوم.

للمقاولين المكلفين بالإنجاز لتمكينهم من إبرام عقود التأمين ضد العواقب المالية المترتبة عن المسؤولية العشرية¹.

أما عن كيفية تدخله في المشروع العقاري، فمن خلال تعاقد مع رب العمل بموجب عقد المقاولة، وبالتالي يكون خاضعا للمسؤولية العشرية في حدود المرحلة التي تدخل فيها بموجب العقد، فإذا اقتصر دوره على المرحلة التمهيدية و وقع التهدم لسبب لا يعود إلى الخطأ في رقابة التصاميم و المخططات، انتفت مسؤوليته العشرية. أما إذا امتد دوره إلى مرحلة التنفيذ، قامت مسؤوليته مثله مثل المتدخلين الآخرين.

كما يمكن أن يتم تدخله بناء على طلب المقاول أو المهندس المعماري، أين لا يكون مسؤولا عشريا لانعدام صلته التعاقدية برب العمل.

2- الملزمون بأحكام المسؤولية العشرية بموجب القانون 11-04:

حدد القانون 11-04 المساعدين بأحكام المسؤولية العشرية في المادة 46 منه، و هم كل من مكاتب الدراسات، المقاولين و المتدخلين الآخرين المرتبطين مع صاحب المشروع بعقد. و تنص المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85 على التزام كل من المرقى العقاري و المقاول الفرعي بالضمان.

2-1- المرقى العقاري:

يلتزم المرقى العقاري بضمان المشروع العقاري لمدة عشر سنوات، مثله مثل المهندس و المقاول، ما يدل على توجه المشرع الجزائري إلى التوسع في النطاق الشخصي للمسؤولية العشرية، و الرجوع بذلك إلى أحكام القانون 86-07، أين كان المكتتب (المرقى العقاري حاليا) ملزما بالضمان العشري بموجب المادة 41 منه.

هذا التوجه الذي نؤديه، نظرا لما يمثله دور المرقى العقاري في عملية الإنجاز، ذلك أن الجانب العملي يؤكد الدور الإيجابي له، ليس فقط في عملية التمويل و التنسيق، بل

¹ - المادة 1/4 من نفس المرسوم. و عبد القادر زهرة، الضمان العشري للمشيدين في التشريع الجزائري، المرجع السابق ص33.

و في عملية البناء، ذلك أن نسبة كبيرة من المرقين العقاريين هم مقولون في الأصل و بالتالي القائمين بتنفيذ المشاريع العقارية على أرض الواقع.

و بذلك، أصبح المرقى العقاري ضامنا أصليا في المسؤولية العشرية، بعد أن كان ضامنا احتياطيا في المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، أين كانت حدود مسؤوليته الخاصة منحصرة في حالة تقصيره في مراقبة الضمان عن طريق تتبعه لمدى التزام المقاول و المهندس به و تبليغها للمقتنين¹؛ فإذا لم يثبت تأمين هاذين المتدخلين لمسؤوليتهما العشرية و لم يبلغ هذا التأمين للمقتني، و حدث عيب من العيوب المرتبة للضمان العشري، قامت مسؤوليته و ألزم بالتعويض. وقد صدر قرار بهذا الصدد جاء فيه ما يلي: " يتحمل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية المدنية العشرية، في حالة عدم تبليغ شهادة التأمين إلى المشتري يوم حيازة ملكية البناء كحد أقصى"².

إضافة إلى أن الخبرة التي لم تكن سابقا شرطا لممارسة مهنة المتعامل في الترقية العقارية، أصبحت تلعب دورا في أعمال مسؤولية المرقى العقاري، كون المؤهل العلمي المطلوب لممارسة هذه المهنة المنصوص عليه في المادة 06 من المرسوم 12-84³ يجعل من المرقى خبيرا و محترفا في مجال البناء، كما قد يكون هو نفسه واضع التصاميم و المشرف على التنفيذ. و بما أن القانون لم يمنعه من ممارسة حرفة المقاول، إلا في حدود أهمية المشروع التي جاءت على إطلاقها، دونما تحديد لمعيار تقدير هذه الأهمية، و بذلك تختصر جميع مراحل الإنجاز في شخص المرقى العقاري كمصمم، كمشرف و كمنفذ. في هذه الحالة، يكون المرقى مسؤولا وحده عن الزوال الكلي أو الجزئي للبناء.

¹ - المادة 08 من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري المشار إليه سابقا.

² - القرار صادر عن الغرفة المدنية لدى المحكمة العليا في الملف رقم 509321، الصادر بتاريخ 2009/12/17 منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد 01 لسنة 2010.

³ - المرسوم التنفيذي 12-84 المؤرخ في 20 فيفري 2012 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري و كذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين المشار إليه سابقا.

أما عن الهدف من تحميل المرقى بالمسؤولية العشرية كضامن أصيل، هو العلاقة المباشرة بينه و بين المقتني، بعكس المهندس و المقاول اللذين يعدان الغريبان عن عقد البيع، و بالتالي يصعب على المضرور الوصول إليهما؛ و بذلك يكون للمقتني الرجوع مباشرة على المرقى العقاري بأحكام المسؤولية العشرية، و يكون للأخير الرجوع على المتدخلين الآخرين بما أداه متضامنين فيه.

و الملاحظ هو أن المشرع قرر في البند المتعلق بالضمان العشري¹، أن المرقى البائع ملزم بالضمان متضامنا مع المتدخلين الآخرين، إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه مما يطرح التساؤل حول طبيعة التضامن بالنسبة للمرقى العقاري؟.

2-2- مكاتب الدراسات:

نص المشرع الجزائري على المسؤولية العشرية لمكاتب الدراسات في كل النصوص المقررة لها في القانون 04-11، هذه المكاتب التي قد تتصرف إلى النشاط الهندسي أو التقني. لن نفصل في مجال مسؤوليتها لأنها مقترنة أساسا بالمهندس المعماري، و لكن سنتناولها من ناحية تحديد المسؤول عشريا؛ ذلك أن كثرة المتدخلين في مكتب الدراسات تثير إشكالا، ليس من ناحية مدى مسؤولية المكتب تجاه الدائن بالضمان، لأن هذا الأخير سيطلب الأول مباشرة بغض النظر عن صفة القائم بالأعمال أو مرحلتها؛ و لكن يثور من ناحية مدى خضوعها لنظام المقاول الفرعية. فقد يحصل و يعهد المرقى العقاري إلى مكتب الدراسات بإعداد كل ما يلزم لإنجاز المشروع العقاري من التصاميم إلى الإشراف، في حين أن هذا المكتب هو في الأصل مكتب هندسة مدنية، مما يضطره إلى اللجوء إلى مكاتب الهندسة المعمارية لتنفيذ التزامه. فما هو موقع هذه الأخيرة من المسؤولية العشرية كونها ليست متعاقدة مع المرقى العقاري كرب عمل؟.

¹ - هذا البند مضمن في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 المشار إليه سابقا.

2-3- المقاول الفرعي:

أخضع المشرع الجزائري المقاول الفرعي لأحكام المسؤولية العشرية، إذ أقر صراحة في كل من المادتين 45 من القانون 04-11 و 30 من المرسوم التنفيذي 85-12 بأن يعد المقاول الفرعي ضامنا أصليا لصالح المقتنين؛ على خلاف ما جاء به نظيره الفرنسي الذي لا يزال إلى يومنا هذا يعتبر أن المقاول الفرعي غير مسؤول عشريا عن العيوب المؤدية لهدم أو لتهديد متانة البناء.

و حسنا فعل المشرع الجزائري بإخضاع المقاول الفرعي لأحكام المسؤولية العشرية. ذلك أنه غالبا ما تكون المقاولات الفرعية هي المنفذ الحقيقي للمشاريع العقارية، نظرا لطابعها الاحترافي في مجالها مقارنة مع المقاول الأصلي، الذي قد يكون مجرد مستثمر أموال بعيد عن التخصص الميداني في مجال البناء، و كذلك الحال بالنسبة للمرقي العقاري.

و بإجراء مقارنة بسيطة بين نص المادة 46 من القانون 04-11 التي جاء فيها: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد"، و نص المادة 30 من المرسوم 85-12 التي جاء فيها: "يتعين على المرقى العقاري الاكنتاب في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة، يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات و المقاولين و الشركاء و المقاولين الفرعيين و أي متدخل آخر"، و إعمالا لأحكام المادة 45 من القانون 04-11 التي تنص على أن: "...يعد باطلا و غير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، و تلك المنصوص عليها في التشريع المعمول بهما أن تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري"، يتضح لنا مدى مساءلة المقاول الفرعي وفقا لأحكام المسؤولية العشرية.

أما عن المادة 46 من القانون 04-11، فلم تنص بتاتا على المقاول الفرعي كمسؤول بالضمان، و اكتفت بعبارة " و المتدخلين الآخرين، الذين لهم صلة بصاحب المشروع من

خلال عقد"، و الراجح هو الدلالة على المراقب التقني، لأن المشرع لم يحدد بعد مسؤولية الصانع كما فعل نظيره الفرنسي¹. في حين نصت المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85 على مسؤولية المقاول الفرعي إلى جانب المرقى العقاري، و هو نفس ما جاءت به المادة 45 من القانون 11-04.

و منه، يمكن القول بأن الصياغة الواردة في المادة 46 أعلاه، تخص الضمان المبني على عقد المقولة، أي المقرر لصالح المرقى العقاري بصفته رب العمل في مواجهة المتعاقدين معه بمناسبة أعمال البناء؛ في حين تخص صياغة المادتين 30 و 45 أعلاه الضمان المقرر للمقتني بناء على عقد البيع. و منه، يدخل المرقى العقاري و المقاول الفرعي كمسؤولين متضامين مع المتدخلين الآخرين و التقليديين في عملية البناء تجاه المقتنين للمشاريع العقارية..

أي أن المشرع سعى إلى حماية المقتني الذي لا يعد محترفا، بل هو مجرد متعاقد بحسن نية في مشروع عقاري، بتوسيع نطاق الملزمين بالمسؤولية العشرية، متضامين في التعويض على الضرر، إن كان عينا أو نقدا، و بذلك توسيع فرص تحصيل المتضرر للتعويض عن زوال البناية من أي مشارك في عملية البناء؛ و في ذلك جواب على تساؤلنا المتعلق بمدى مساءلة المتعاملين من الباطن مع مكاتب الدراسات للمسؤولية العشرية. و منه يكون المهندس المشرف على التنفيذ مسؤولا شخصيا عن أخطائه في مواجهة الدائنين بالضمان حالة عدم تأمين مكتب الدراسات لمسؤوليته العشرية.

و تجدر الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية تناول تنظيم كيفية تدخل المقاول الفرعي في المشاريع تحت عنوان " التعامل الثانوي"²، بأن نص في المادة 107 على جواز اللجوء إلى التعامل الثانوي، على أن يشمل جزء من

¹ - Albert Caston et autres, po.cit, p 333 et suiv.

² - المواد من 107 إلى 109 من المرسوم الرئاسي 10 236 المتعلق بالصفقات العمومية المشار إليه سابقا.

الصفة و في إطار التزام تعاقدى يربطه مباشرة بالمتعامل المتعاقد (المفاوض) التابع للمصلحة المتعاقدة.

أما عن المادة 108 منه، فحددت مسؤولية المتعامل المتعاقد عن أعمال المتعامل الثانوي، بأن جعلته المسؤول الوحيد عن تنفيذ الجزء من الصفة المتعامل فيه بصفة ثانوية.

و حددت المادة 109 شروط اللجوء إلى التعامل الثانوي، بوجوب التصريح في الصفة عن المجال الرئيسي للجوء إليه في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك (و هو ما يفسر من جهة القواعد العامة بوجوب تضمين العقد للحق في اللجوء إلى المقابلة الفرعية مسبقاً)، كما أوجب التأكد من مدى مطابقة المؤهلات و المواصفات المهنية و الوسائل و احترام المادة 52 في اختيار المتعامل الثانوي¹.

كما حددت نفس المادة (109) طرق دفع الأجر، بمنح المتعامل الثانوي إمكانية تحصيله مباشرة من طرف المصلحة المتعاقدة.

2-4- الشراء و المتدخلين الآخرين:

أما عن الشركاء²، فهل يقصد بهم المساهمين في شركة ترقية عقارية؟. حتى لو اعتمدنا هذا المعنى، فالمسؤول عشريا في مواجهة المقتني هو الشركة كشخص معنوي ممثلة في شخص مسيرها؛ و لا يساءل كل شريك على حده، إلا إذا قصد المشرع تعزيز الحماية المقررة للمقتني بإمكانية الرجوع على أي شريك في شركة الترقية العقارية، بغض النظر عن صفته و نسبة شراكته فيها؛ أما ما دون ذلك، فالنص فضفاض و بحاجة إلى توضيح تشريعي. و أما عن المتدخلين الآخرين فهم مجهولين، ذلك أن القانون 04-11

¹ - يتعلق نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية، بحالات الإقصاء المؤقت و النهائي للمتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في الصفقات العمومية.

² - ورد ذكرهم في المادة 46 من القانون 04-11 المنظم لنشاط الترقية العقارية و المادة 30 من الرسوم التشريعي 85-12 المحدد للالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقي العقاري و المادة 178 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات.

تركهم دونما تحديد لصفاتهم أو مهامهم، فهل قصد المراقبين التقنيين، الخبراء العقاريين العمال المستخدمين من طرف المقاول، الصانع للبنىات الجاهزة المعدة للتركيب...؟ و عليه، يتعين على المشرع تحديد هذه الفئة لتلافي إخضاع فئات خارجة عن نطاق المقولة للمسؤولية العشرية، خصوصا أن نص المادة 46 من القانون 04-11 لم يحدد طبيعة العقد المبرم مع المساعِل مدنيا، مما يدع المجال مفتوحا للتأويل، كإمكانية مساءلة العمال المتعاقدين بموجب عقد عمل، و الوكيل و غيرهم من المتعاقدين.

ثانيا: المستفيدون من أحكام المسؤولية العشرية:

سبق و أن بينا بأن أحكام المسؤولية في القانون 04-11 فيها شيء من الخصوصية مقارنة مع القانون المدني و بالنصوص السابقة المتعلقة بالترقية العقارية، وتكمن هذه الخصوصية أساسا، في تنظيمه للنطاق الشخصي للمساءلين بالضمان كما للمستفيدين منه فما جديد القانون 04-11 بالنسبة للمستفيدين من أحكام المسؤولية العشرية؟ تنص المادة 46 من القانون 04-11 على أن: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد".

و تنص المادة 49 منه على أن: "... يستفيد من هذه الضمانات المالكون المتتالون على البناية".

يتضح من النصين أعلاه أن المستفيدين من أحكام المسؤولية العشرية، هم كل من صاحب المشروع و الملاك المتتالون على البناية.

1- صاحب المشروع:

عرف صاحب المشروع، في المادة 07 من المرسوم التشريعي 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري كما يلي: " يقصد بـ "صاحب المشروع"، حسب مفهوم هذا المرسوم التشريعي كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه

مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء ما يقع على قطعة أرضية يكون مالكا لها أو يكون حائزا حقوق البناء عليها طبقا للتنظيم و التشريع المعمول بهما".

و عليه، فصاحب المشروع كدائن بأحكام الضمان العشري، هو رب العمل طبقا للقانون المدني، و هو المرقى العقاري تفسيرا للقانون 04-11؛ و هو عموما الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقام المشروع العقاري تحت عنوان البناء لحسابه¹.

و قد ربط المشرع استفادة صاحب المشروع من أحكام الضمان، بوجود عقد مع كل من مكاتب الدراسات و المقاول و المتدخلين الآخرين في المادة 46 من القانون 04-11 دونما اشتراط آخر؛ غير المادة 07 من المرسوم التشريعي 07-94 تقضي، كما الفقه بوجود شرطين آخرين هما:

- ملكية الأرض محل البناء، و إلا فحيازتها حيازة مستوفية الشروط² من هدوء و استمرار.
- أن تكون له سلطة التعاقد مع الغير لإنجاز المشروع، إما شخصا أو بوكالة، نظرا لانصراف آثار هذه الأخيرة إلى صاحب المشروع مباشرة.

علما أن القانون 04-11 لم يشر في أي نص من نصوصه صراحة إلى استفادة المرقى العقاري من أحكام هذه المسؤولية. الأمر الذي نرده إلى التراخي في نص المراسيم التنفيذية لهذا القانون، ذلك أن الهدف هذا القانون هو تنظيم نشاط الترقية العقارية من البداية إلى النهاية، أي من عقد المقولة إلى عقد البيع. غير أن المرحلة المنظمة في نصوص هذا القانون و مراسيمه التنفيذية الصادرة إلى يومنا هذا إنما تخص مرحلة البيع. و التأخر في سن المرسوم التنفيذي للمادة 16 منه، يرجعنا دائما إلى القواعد العامة في تفسير قصد المشرع، رغم أن صدور تنظيم خاص من المفروض أن يحد من مجال تطبيق النص العام إعمالا لقاعدة الخاص يقيد العام.

¹ - المادة 07 من المرسوم التشريعي 07-94 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و بممارسة مهنة المهندس المعماري المشار إليه سابقا.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 273.

و الملاحظ كذلك، هو أن نص المادة 554 ق.م.ج لم يشر صراحة إلى استفادة رب العمل من الضمان العشري؛ غير أن وروده ضمن النصوص المنظمة لعقد المقاولة و إعمالا لنص المادة 07 من المرسوم التشريعي 94-07 و إضافة إلى ما جاء به الفقه و التطبيق القضائي، يقود إلى اعتباره دائما بأحكامه.

و عليه، يمكن القول بأن الحماية التشريعية المقررة لفائدة رب العمل في مواجهة كل من المهندس المعماري و المقاول، جاءت في معنى حماية المستهلك من المتدخل؛ ذلك أن رب العمل يعد مستهلكا للخدمات المقاولاتية المقدمة من قبل المتدخلين في مجال البناء، هذا في الأوضاع العادية. أما في مجال الترقية العقارية، الذي أصبح فيه رب العمل - المرقى العقاري - تاجرا، خاضعا لشرط الحصول على الكفاءة الفنية اللازمة للمبادرة بالمشاريع العقارية، يجعلنا نعيد النظر في فهمنا لمغزى الحماية المقرر لرب عمل بمفهوم المرقى العقاري.

غير أن اقتصار دور المرقى العقاري على التنسيق بين عمليات التمويل و التعبئة و تنفيذ الأشغال، أين يكلف بإقامة بنايات على أرض شخص آخر هو مالك الأرض، يطرح التساؤل حول مفهوم المشرع لصاحب المشروع؛ و كذا في عقد البيع على التصاميم، الذي تنتقل فيه ملكية الأرض إلى المكتب بمجرد توقيع العقد، أين يفقد المرقى صفته كمالك للوعاء العقاري محل البناء. و هو ما قد يفسر اعتماد عبارة "صاحب المشروع"، الدالة على كل من تقام الأشغال لحسابه، مرقيا مالكا، كحالة البيع لعقار مبني، أو مقتنيا. فيكون بذلك المرقى العقاري صاحب المشروع بصفته مالكا لأرضية البناء، صاحب رأس المال و المتعاقد كرب عمل مع المتدخلين في عمليات البناء؛ في حين أن صفته كمرقى عقاري تقوم في مواجهة المقتنين باعتباره بائعا و بانيا، و كمدین بالضمان العشري.

كما تطرح إشكالية الشريك في شركة ترقية عقارية، القائم بدور المقاول في نفس الوقت، أي أن نصيبه في هذه الشركة هو نشاطه المقاولاتي، فما هو السبيل لاستفادته من أحكام المسؤولية العشرية؟ فهل يستفيد من الضمان في حدود الأشغال الخارجة عن

دوره في عملية البناء كـمقاول، أين يعد صاحب مشروع في مواجهة الغير بموجب عقد المقاول، و يعد في نفس الوقت مدينا بالضمان في نشاطه المقاولاتي؟ أم أن طبيعة العقد الذي يربطه مع الشركاء (عقد شركة لا مقاول) يحول دون حرمانه من أحكام الضمان؟

2- الملاك المتتالون على البناية:

الملاك المتتالون على البناية، هم كل من انتقلت إليه ملكية العقار المبني في مدة الضمان العشري المقدرة بعشر سنوات بأي صورة من صور الانتقال القانونية؛ يصطلح عليهم بالخلف العام و الخلف الخاص لصاحب المشروع أو لمالك البناية بموجب عقد البيع.

2-1- الخلف العام لصاحب المشروع:

هذه الصفة لا تختلف باختلاف النصوص القانونية، ذلك أن المادة 108 ق.م.ج تنص على أن "ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص قانوني أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث". فالخلف العام هم كل من انتقلت إليه الملكية عن طريق الوفاة¹، كونها واقعة مادية تنقل الحقوق بمجرد حدوثها، مع وجوب شهر الفريضة الشرعية لتصبح بذلك شهادة توثيقية ناقلة للحقوق الميراثية العينية عدا حالة الاتفاق على خلاف ذلك². غير أن خصوصية أحكام المسؤولية العشرية المجسدة في نص المادة 556 ق.م.ج و المادة 45 من القانون 04-11، تحد من تطبيق الجزء الثاني من المادة 108 ق.م.ج، كون هذه الأحكام تبقى من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو الإعفاء منها سواء للدائنين أو المدينين بها.

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 32. و كذا المادة 15 من الأمر 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري التي جا فيها: "... غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية."

² - المرجع نفسه، ص 32. و طبقا للمادة 91 من القانون 63-76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، التي جاء فيها: "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة... يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة."

و على اعتبار أن المسؤولية العشرية من آثار عقد المفاولة، و كذا من تبعات الملكية، كان لا بد من انتقال هذا الحق إلى ورثة صاحب المشروع باعتباره المالك الأصلي للبناء قبل بيعه، إعمالاً لنظرية الاستخلاف في الحقوق و الواجبات¹. و منه، يحل ورثة صاحب المشروع محله في الاستفادة من أحكام المسؤولية العشرية حالة تحقق شروطها. فإذا توفي المرقى العقاري صاحب المشروع قبل استكمال إجراءات نقل الملكية إلى المقتنين خصوصاً بموجب عقد حفظ الحق، بقي الحق في الضمان مقتصرًا على الورثة إلى حين اتخاذ الإجراءات اللازمة لانتقال الملكية إلى المقتني.

2-2- الخلف الخاص لصاحب المشروع:

الخلف الخاص لصاحب المشروع، هم كل من انتقلت إليه ملكية البناية أو جزء منها عن طريق التنازل، سواء كان بمقابل أو من دون مقابل². و في مجال الترقية العقارية الخلف الخاص هم المقتنون للملك العقاري.

و تؤسس فكرة انتقال الملكية إلى الخلف الخاص على فكرة حوالة الحق³، أين تنتقل الحقوق المتعلقة بملكية البناية مباشرة إلى المشتري عن طريق البيع ضمناً⁴. كما أسست محكمة النقض الفرنسية انتقال الحق في الضمان إلى الخلف الخاص على فكرة " الحماية القانونية المرتبطة بالملكية"⁵، فهو ينتقل بانتقالها و لا يتوقف إلا عند نهاية مدة الضمان.

رجوعاً إلى القواعد العامة، نجد أن المادة 109 ق.م.ج تنص على انتقال الحقوق ما دامت من مستلزمات الشيء المبيع، و بما أن الضمان حق، إن لم نقل امتياز في مقاولات البناء، فيعتبر بالتالي من مستلزمات العقد و ينتقل إلى المشتري مع الملكية.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 111.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 1، م 2، ص 605.

³ - Roger Saint-Alary et Corinne, op.cit , p 165

⁴ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 201.

⁵ - المرجع نفسه، ص 201.

غير أنه ثمة عدة تساؤلات تطرح في هذا المقام. أولاً، السؤال الذي يثور حول مدى استفادة المقتني خارج عقود البيع على التصاميم و عقد حفظ الحق من أحكام المسؤولية العشرية؟ ذلك أن المشرع لم يتناول سوى هاذين العقدين بالتفصيل، ما يفهم منه خضوع المقتنين خارج هاتين الكيفيتين للقواعد العامة و الضمانات العامة لعقد البيع، من ضمان العيوب الخفية السنوي فقط. إجابة على هذا الطرح، يجب الرجوع إلى المادتين 25 و 26 من القانون 11-04، أين نص المشرع على كيفية من كفيات البيع في مجال الترقية العقارية دون أن يفصل أحكامها، و هي بيع العقار المبني الذي ذكر في نص المادة 25 بوصفها نص جامع لكفيات البيع، و خصه بالمادة 26 من حيث مضمونه بقوله: "عقد بيع عقار مبني هو كل عقد رسمي يحول بموجبه المرقى العقاري، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني، الملكية التامة و الكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة."

يحتمل هذا النص تفسيرين، الأول ضيق و الثاني واسع؛ أما التفسير الضيق فيذهب إلى اعتبار ما سيكون عليه العقار بعد تمام الإنجاز، أي أن التعاقد تم على التصاميم إما جزاً أو تملكاً، و منه فمآل البناية التي في طور الانجاز هو التحول إلى عقار مبني حددت كيفية انتقال الملكية فيه بالشهر و سداد السعر. أما المفهوم الواسع، فيكون باعتبار أن البيع يتم على الواقع لا على التصاميم، و لم يكن للمقتني أي وجود خلال مرحلة الإنجاز، أي بيع عادي لعقار جديد.

يمكن القول بأن نية المشرع تتجه إلى إعمال التفسير الواسع لا الضيق، ذلك أن العبرة في هذه المرحلة هي بعقد البيع الناقل للملكية في حدود فترة الضمان، لا بوقت تدخل المقتني مقارنة مع عملية البناء، و منه يستفيد المقتني لعقار مبني بالمفهوم الواسع من أحكام المسؤولية العشرية.

ثاني تساؤل يثور بشأن اعتبار المتعاقدين مع المرقين بموجب عقد البيع الإيجاري من الخلف الخاص له، أين يعد المقتني مستأجراً لا مالكا للمبنى، علماً أن هذا النمط من البيوع مقتصر على المرقين العقاريين العموميين لا الخواص. في هذه الحالة، نقول بثبوت

الحق في الضمان العشري للمرقي البائع، لأن الملكية لم تنتقل إلى غيره بعد، و تبقى العلاقة التي تربطه بالمقتني علاقة إجارية إلى حين سداد السعر كاملا و تحرير عقد الملكية، غير أن المستأجر يستطيع رفع دعوى الضمان باسم المرقي العقاري عن طريق الدعوى غير المباشرة¹. أما إذا سدد جميع الأقساط و انتقلت إليه الملكية، انتقل إليه بالتبعية الحق في الضمان، و العبرة في ذلك عند القضاء الفرنسي هو بسداد القسط الأخير من السعر². غير أن الإشكال لا يثور حول الملكية في هذه الحالة و لكن يثور حول وقت انتقالها، ذلك أن ما يغلب على هذه الصيغة هو امتدادها في الزمن بما يتجاوز مدة العشر سنوات المقررة لقيام الحق في المطالبة بالتعويض حالة تحقق موجباته و بالتالي فقدان هذا الحق.

أما عن ثالث تساؤل، فيدور حول كيفية الاستفادة من أحكام المسؤولية العشرية حالة الملكية المشتركة، التي تعد أساس نشاط الترقية العقارية حاليا.

و مفاد هذا النوع من الملكيات، هو التجمع السكني في شكل عمارات مقسمة إلى شقق (و هو المقصود بجزء من بناية)، نظمها المشرع الجزائري بموجب القانون المدني في المواد من 743 إلى 772 منه، ثم بالقانون 83-666³ المعدل و المتمم بالمواد 24 إلى 26 من المرسوم التشريعي 93-03، و المنظم حاليا بالمرسوم التنفيذي 14-99⁴ تطبيقا للمادتين 38 و 61 من القانون 11-04.

في هذا الصدد حدد المشرع الأجزاء الخاصة و الأجزاء المشتركة للبنائية و تكوينها في الباب الثاني من المرسوم، فقسمها إلى:

¹ - زهرة عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين، المرجع السابق، ص 232.

² - المرجع نفسه، ص 233. و محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 205.

³ - المرسوم التنفيذي 83-666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 المحدد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و البنائيات الجماعية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 47 الصادرة في 15 نوفمبر 1983.

⁴ - المرسوم التنظيمي، 14-99 الصادر في 9 مارس 2014، المحدد للنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية المنشور في الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة بتاريخ 16 مارس 2014.

- أجزاء مشتركة من الصنف الأول (الأرض محل المشروع، شبكات المواسير و قنوات صرف المياه و أنابيب الماء، الكهرباء،...).

- أجزاء مشتركة من الصنف الثاني (مخصصة للاستعمال السكني من أسس و جدران ضخمة خاصة بالواجهة أو بواجهة السقف أو الحائط....).

- أجزاء مشتركة من الصنف الثالث (المصاعد و آلات خاصة بها، أقفاص المصاعد..).
و عليه، يمكن القول بأن تقسيم عناصر الملكية المشتركة هو المعيار في تحديد المستفيد من الضمان الخاص، ذلك نظام الملكية المشتركة يتميز بالازدواجية في حق الملكية، فكل يملك جزءا بالذات منفردا، و جزءا على الشيوع مع الملاك الآخرين في البناية. في هذه الحالة، يستفيد كل مالك من الضمان الخاص منفردا، في حدود الضرر المرتب لأحكامه في الجزء المملوك له¹. أما الجزء المشترك، فيستفيد فيه الملاك مجتمعون ممثلين في جمعية الشركاء في الملك، هذه الجمعية التي تملك حق التقاضي في دعوى المسؤولية العشرية عن الأضرار التي تصيب المبنى جراء عيوب عملية البناء.

و تجدر الإشارة إلى أن انتقال الملكية لا يمنع صاحب المشروع من الرجوع مباشرة على المهندس و المقاول بدعوى الضمان، حالة رجوع المقتني عليه بدعوى العيوب الخفية.²

الفرع الثاني:

النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية:

تنص المادة 46 من القانون 04-11 على أنه: " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 207. و زهرة عبد القادر، المرجع السابق، ص 237.

² - Philippe Le Tourneau, Loiç Cadiet, op.cit,p 529.

و تنص المادة 554 ق.م.ج على أن الضمان يشمل إلى جانب التهدم الكلي أو الجزئي لما تم إنشاؤه من مبان و منشآت ثابتة أخرى، العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء و سلامته.

كما تنص المادة 181 من الأمر 95-07 على أن " يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا، الأضرار المخلّة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة و وضع الأساسات و الهيكل و الإحاطة و التغطية."

و عليه، نقول بأن المشرع الجزائري قرر المسؤولية العشرية لحماية أرباب العمل و المقتنين من عيوب البناء، لكنه لم يتركها على إطلاقها، بل حدد شروطها الموضوعية التي لا بد من توافرها للاستفادة من أحكامها، و تتمحور هذه الشروط حول موضوع العقد المبرم بين الملزمين بها و المستفيدين من أحكامها و كذا حول طبيعة الأضرار الموجبة لها مع بيان النطاق الموضوعي للضمان في كل نص على حده.

أولا: طبيعة العقد المبرم بين الملزمين بالمسؤولية العشرية و المستفيدين من أحكامها:

تمر مرحلة التعاقد في مجال الترقية العقارية بمرحلتين، كما بيناه سابقا، المرحلة الأولى متعلقة بالتعاقد على إنشاء المشروع العقاري بموجب عقد المفاوضة، و المرحلة الثانية متعلقة بنقل الملكية بموجب عقد البيع على اختلاف كميّاته؛ غير أن عقد مفاوضة لا يكون دائما منتجا في أعمال المسؤولية العشرية. و في ما يلي بيان طبيعة الأعمال الموجبة لقيام المسؤولية العشرية في عقد المفاوضة.

1- إلزامية وجود عقد مفاوضة بناء مع رب العمل:

سبق و أن بينا في الفصل الأول من هذه الدراسة تعريف عقد المفاوضة و خصائصه. غير أن الدراسة الحالية ستتضمن شروط عقد المفاوضة المبرم، ذلك أنه ليست كل عقود المفاوضة مرتبة للمسؤولية العشرية.

1-1- أن يكون عقد المقاولة مبرم مع رب العمل:

تقضي المادة 46 من القانون 11-04 المشار إليها سابقاً، بالزامية وجود عقد مبرم بين الملزمين بالضمان و رب العمل، و سككت عن تحديد طبيعته¹؛ غير أنه بالرجوع إلى المادة 16 من نفس القانون، نجد أنها حددت طبيعة العقد المبرم بين المرقى العقاري بصفته رب العمل و المقاول على أنه عقد مقاولة، في حين بقيت علاقته بباقي الأطراف خاضعة لطبيعة العقود المبرمة معها وفقاً للقوانين المنظمة لها، كما هو الحال بالنسبة للمهندس (مكاتب الدراسات). و رغم تعاقب ثلاث نصوص تشريعية على تنظيم نشاط الترقية العقارية، إلا أن المشرع لم يبادر بالنص مباشرة على طبيعة العقد الموجب لقيام أحكام المسؤولية العشرية بعكس المشرع الفرنسي²، الذي ربط الضمان العشري بعقد إجارة العمل. و منه، نرى وجوب النص صراحة على عقد المقاولة كآلية تعاقد بين المساءلين و المستفيدين من أحكام الضمان العشري، مع إلزامية الكتابة فيه لتسهيل عملية الإثبات حالة وقوع نزاع بين الأطراف، ذلك أن عدم القدرة على إثبات طبيعة العقد المبرم بين المرقى العقاري -رب العمل- و المقاول، من شأنه أن يعطل أعمال المسؤولية الخاصة و منه اللجوء إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية³.

يمكن أن يبرم عقد المقاولة مع وكيل رب العمل، بموجب عقد وكالة صريح أو ما يحل محله، ذلك أن آثار العقد في عقد الوكالة تتصرف مباشرة إلى الموكل سلباً و إيجاباً⁴.

و عليه يتضح من خلال نص المادة 46 من القانون 11-04 وجوب وجود عقد بين المرقى العقاري (صاحب المشروع) و المقاول، و لا يؤخذ بالعقد المبرم بين المهندس و المقاول أو العكس لأن صفة صاحب المشروع لا تنطبق عليهما. و السؤال المطروح في

¹ - بعكس القانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية الذي حدد في المادة 41 منه طبيعة العقد الرابط بين الأطراف على أنه عقد إيجار العمل *contrat de louage d'oeuvre*، متبعاً في ذلك القانون الفرنسي في تسميته لعقد المقاولة.

² - Christophe Ponce, op.cit, p 55 et suiv.

³ - محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 29.

⁴ - Albert Caston et autres, op.cit, p 286.

هذا الشرط، هو ما مآل المشاريع التي يكون المرقى العقاري رب العمل و صاحب المشروع هو نفسه القائم بأشغال البناء؟ لأن نص المادة 16 من القانون 04-11 فيها شيء من الغموض، حول وجوب الاستعانة بمقاول مؤهل حسب أهمية المشروع، ذلك أن معيار تحديد الأهمية قد يكون موضوعيا يخضع في تقديره إلى كم و نوعية المشروع، و قد يكون شخصي، يؤخذ فيه بمدى القدرة المالية و الفنية للمرقى العقاري في تنفيذ المشروع بنفسه. و عليه، لا بد من تحديد معيار الأهمية حتى لا تترك هذه المسألة في يد المرقين العقاريين على إطلاقها.

1-2 - أن يكون محل المقابلة بناء أو منشأ ثابت:

ليست كل عقود المقابلة المبرمة بمناسبة عملية البناء مرتبة للمسؤولية العشرية. و لبيان مفاد هذا الشرط، لا بد من التطرق إلى تعريف كل من البناء و المنشأ الثابت قانونا و فقها، و منه تحديد موقف المشرع الجزائري.

أ- التعريف القانوني للبناء:

سنتناوله بتعريف البناء في القانون الجزائري و القانون الفرنسي: ————— ي :

أ-1 تعريف المشرع الجزائري للبناء:

يعرف البناء في المادة 1/03 من القانون 04-11 على أنه: " كل عملية تشييد بناية و/ أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني؛ أي أن المشرع عرف البناء كنشاط في ذاته لا كنتيجة له، ثم وضح أوجه استعمال البناية كنتيجة لعملية البناء.

كما تعرفه المادة 1/02 من القانون 08-15¹ على أن: " البناء: كل بناية أو منشأة يوجه استعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي و التقليدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات. تدخل البنايات و المنشآت و التجهيزات العمومية في إطار

¹ - القانون 08-15 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المحدد لقواعد مطابقة البنايات و إتمام إنجازها، منشور في الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2008 الصادرة بتاريخ 2008/08/05.

تعريف هذه المادة"، و هو التعريف الوظيفي، الذي يعتمد على دور البناء و أوجه استخدامه دون الدلالة عليه ببيان عناصره و مكوناته.

كما تناولت المادة 23 من القرار الوزاري المشترك الصادر في 15/05/1988 تعريفا للمباني المقصودة في المادة 554 ق.م.ج على أنها: "كل أشغال الأساسات و الهياكل الفوقية و الأسوار و الأسقف". و هو التعريف الذي أشار إلى مجموعة المكونات الأساسية لعملية البناء لا للبناء في ذاته، و يعاب عليه تضيق نطاق أشغال البناء فيما ذكر رغم كثرتها و تنوعها، كما يعاب عليه عدم تحديد تعريف واضح و مباشر للبناء.

أ - 2 - تعريف المشرع الفرنسي للبناء:

لا بد من الإشارة بداية إلى التفرقة التي سادت القانون الفرنسي قبل 1978، أين كان يفرق بين الأعمال الكبرى و الأعمال الصغرى، فأخرج الطائفة الأخيرة من الأعمال المشمولة بالضمان العشري في نص المادة 2270 ق.م.ف قديم المتممة لنص المادة 1792 القديمة¹، أين حصر الأعمال المشمولة بالضمان، إضافة إلى عمليات البناء الجديدة في تلك المتعلقة بأعمال الترميم و الإصلاحات الكبرى، دون أن تشمل الأعمال الصغيرة التي أصبحت متصلة بالبناء بحكم وظيفتها².

و تعرف المادة 2/214 من قانون التأمينات الفرنسي الملغاة من طرف مجلس الدولة أعمال البناء les travaux de bâtiment، على أنها تلك التي يكون محلها إنجاز أو تعديل المنشأة المرتفعة عن سطح الأرض، بحيث يكون للإنسان قدرة على الحركة بداخلها و أن يكون من شأنها أن توفر حماية و لو جزئية ضد اعتداءات عوامل الطبيعة الخارجية³.

¹ - أشار إليها: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 217.

² - المرجع نفسه، ص 217. وكذا، Albert Caston et autres, op.cit, p. 444.

³ - « qui considèrerait comme travaux de bâtiment ceux dont l'objet est de réaliser ou de modifier les constructions élevées sur le sol à l'intérieur desquelles l'homme est appelé à se mouvoir est qui offrent une protection au moins partielle contre les agressions des éléments naturels extérieurs », Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 125

و كامل فؤاد، المرجع السابق، ص 128.

علما أن الصلور تعللئة 2005 ؤؤؤ رقل 658-2008 فف 08 ؤوان 2005

عءلؤ مآال ؤطبلق إآبارفة الؤأمفن فف مآال البناء؁ بأن ؤفرؤ مصؤلح البناء "bâtiment" إلى مصؤلح العمل "ouvrage"؁ ؤفؤ أؤبآ الضمان فشمؤل الأؤرار الؤف ؤمس بصلابة عناصر ؤآهفز العمل¹. هؤا المصؤلح الؤف فقلؤ به المشرع الفرنسف: " كل عقال باعؤباره عملا؁ بما فف ذؤل العناصر الؤكوفنفة و العناصر الؤآهفزفة سواء كان هؤا العقال بالمعنف الفنف للؤلمة؁ أو ؤفره من المنشأؤ العقالفة الأؤرف؁ أو للؤالة على ؤرف أو قسم من العقال المشفء؁ أساساؤ؁ هفاكل؁ أسقل؁..."².

كما فعرف على أنه نؤفآة مآموعة أعمال البناء و الهندسة المءنفة الموجه فف ذاءه إلى مهمة اقؤصاءفة أو ؤقنفة³. أف أن المشرع الفرنسي عرف البناء باعؤباره نشاطا و اكؤف للؤالة علىه بؤعففن عناصره الؤكوفنفة و الؤآهفزفة؁ ءون إعطاء ؤعرف صرف للمبنى. و هو نهآ المشرع الآزارف فف عءم ؤءفء معنف واضآ لا فءع مآالا للآءل. ومنه نرف وآوب ؤعرف البناء الخاضع للمسؤولفة الخاصة آارف الؤعرف الوؤففف.

أ- 2 - الؤعرف الفقهف للبناء:

فف ؤفاب ؤعرف قانونف آامع مانع للبناء محل المسؤولية العشرفة؁ كان لا بء من اللآوء إلى الفقه للبان ؤعرفه؁ آصوصا و أن الؤعارفف القانونفة ؤبافف بفن ؤعرف نشاط البناء فف ذاءه و ببان وؤفففه؁ ءونما ؤعرف للمبنى كنؤفآة لنشاط البناء و وؤفلة للاستعمال السكنف و الؤآارف و الصناعف و ؤؤف الآرفف.

و عرفه الفقهف Malinvaud Philippe بأنه كل ما هو موجه لإفواء الإنسان؁ الآفوان

¹ - « ce sont donc les dommage affectant la solidité des éléments d'équipements d'un ouvrage », Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 125.

² - عبء الرزاق آسفن فأسفن؁ المرجع السابق؁ ص 883.

³ - « l'ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique », Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 125.

أو الأشياء، الإسطبلات و العليات كذلك تعد من المباني كالمنازل تماما¹.

كما يعرف المبنى بأنه: " كل عمل أقامته يد الإنسان، ثابتا في حيزه من الأرض متصلا بها اتصالا قرارا عن طريق الربط ربطا غير قابل للفك دون تعيب بين مكوناته من المواد أيا كان نوعها جرت العادة على استعمالها في مثل هذا العمل، طبقا لمقتضيات الزمان و المكان"²، أي أن العبرة أولا بدور الإنسان في صنعه، بغض النظر عن طبيعة المواد التي مزجها للحصول عليه³، أكانت خشبا، طينا، حديدا،... إلخ، و بغض النظر عن الغرض الذي أنشئ لأجله، محلات تجارية، سكنية، مخازن، مصانع، مستشفيات مساجد و كل منشأ ثابت، أكان فوق مستوى الأرض، أو تحته أو في مستواه، كل بناء أجوف تسهل فيه حركة الإنسان. و يخرج من نطاق الضمان العشري الأكشاك و الشاليهات لسهولة تفكيكها و نقلها دونما تعيب؛ فالمعيار المعتمد في تعريفه هو الثبات و الاستقرار⁴ في الأرض الذي ينتج معه استحالة الفك و النقل دون تلف.

أما عن العقار بالتخصيص، فقد لاقى جدلا واسعا حول مدى خضوعه للضمان العشري، ذلك أن البعض رفض إخضاعه لهذا الضمان بحكم فقدان شرط الاستقرار في الأرض؛ في حين ذهب رأي آخر إلى اعتباره من مكونات العقار، كونه متصلا به اتصالا وثيقا يؤدي فكه إلى تهديد متانة البناء أو جعله غير صالح للغرض الذي أنشئ لأجله⁵.

يمكن القول في هذا شأن بوجوب أخذ موقف وسطي، باعتماد معيار عضوي مفاده

¹ -« le bâtiment et tout ce qui est destiné à loger soit hommes, soit bêtes, soit choses ; les écuries, les greniers sont aussi bien des bâtiment que les maisons. », Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 125.

² - عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السابق، ص 659.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 420 - 421.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء 7، ص 107. و زهرة عبد القادر، الضمان العشري للمشيدين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 59. و كذا، كامل فؤاد، المرجع السابق، ص 128.

⁵ - عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السابق، ص من 673 إلى 675.

مدى القدرة على فك و نقل العقار بالتخصيص دونما إحداث تلف في العقار، فإن كانت نسبة تضرر العقار كبيرة، أخضع لأحكام الضمان و بالعكس، إن كان نقله أو فكه لا يضر بالعقار فيخرج من أحكام الضمان.

و عليه، يتبين بعد استعراض التعاريف القانونية و الفقهية للبناء - أو البناية أو جزء من البناية- أنه أولا عقار. و يعرف العقار في القانون المدني الجزائري على أنه كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف¹، و المعيار في هذا التعريف موضوعي لا وظيفي كسابقه من التعاريف؛ و ثانيا، من صنع الإنسان و موجه لأداء مهمة اقتصادية (تجارة، صناعة، حرفة) أو تقنية (مسكن، مخزن، مرفق عمومي...).
بعبارة أخرى، هو كل منتج معماري متصل بالأرض اتصالا قرارا موجه لمختلف استعمالات الإنسان.

نستنتج مما سبق، بأن القانون 04-11 أخرج المنشآت الثابتة المذكورة في المادة 554 ق.م.ج، و كذا عناصر التجهيزات المذكورة في المادة 181 من القانون 07-95 من دائرة المسؤولية العشرية، كونها لم تذكر في نص المادة المنظم لأحكامها؛ غير أن هذا لا يعني أنها مستثناة من نطاق المسؤولية العشرية، لأن المشرع أحال على القانون المدني في تنظيم ما تعلق بتطبيق أحكام الفصل الثالث من القانون 04-11 في المادة 45 منه. ذلك أن ما جاء به المشرع في شأن النطاق الشخصي للمسؤولية العشرية في ذات القانون كما سبق بيانه ، لا يستوي و التضييق الذي يوحى به نص المادة 46 منه؛ و عليه سنتناول باقي مجالات تطبيق المسؤولية العشرية طبقا للقانون المدني و قانون التأمينات.

ب-تعريف المنشآت الثابتة:

نصت المادة 554 ق.م.ج على المنشآت الثابتة كموضوع للمسؤولية العشرية، غير أن المشرع لم يتناولها في القانون 04-11، و لكن لا بد من تعريفها للوصول إلى سبب

¹ - المادة 683 من القانون المدني الجزائري.

عدم تناولها ضمن هذا القانون .

ب-1- التعريف التشريعي للمنشآت الثابتة:

عرف القرار الوزاري المشترك لسنة 1988 المنشآت الثابتة على أنها: " التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشآت التي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال و أن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل"¹، أي أنها كل ما يتصل بالبناء، في مفهوم هذا القانون اتصالا وظيفيا، يعتمد عليه البناء في أداء وظيفته.

ب-2- التعريف الفقهي للمنشآت الثابتة:

عرفها الفقه الفرنسي على أنها: " كل منشأ غير صالح لإيواء الإنسان و الحيوان"². و يعرفها الدكتور عبد الرزاق حسين ياسين بأنها: " كل عمل أقامته يد الإنسان ثابت في حيزه من الأرض، متصلا بها اتصالا قرارا عن طريق الربط بين مجموعة من المواد أيا كان نوعها ربطا غير قابل للفك بحيث ييسر على الإنسان سبيل انتقاله أو سبيل معاشه"³. من خلال التعاريف الفقهية للمنشآت الثابتة، يتضح اتفاق مفهومها مع مفهوم البناء من حيث كونها منتوجا إنسانيا، و من حيث عنصري الثبات و الاتصال بالأرض، مع اختلاف دورها الوظيفي؛ ذلك أن وظيفتها لا تقتصر على إيواء المخلوقات و الأشياء، لكنها تهدف إلى تسهيل حركة الإنسان من و إلى البناء؛ و مثالها، الجسور، الأنفاق، السكك الحديدية، المعابر الكبرى... إلخ. و لا خلاف في المنشآت فوق سطح الأرض أو مع مستوى سطحها، بعكس المنشآت التحتية كالأبار و القنوات و رصف الطرق، ... إلخ، أين ثار جدال بين معارض لاعتبارها من قبيل المنشآت الثابتة، لكونها تقام تحت مستوى سطح الأرض و لا علاقة لها بحركة الإنسان و تنقلاته، كما أن وجودها تحت مستوى سطح الأرض لا يلحق ضررا بالغير؛ و مؤيد لاعتبارها منشآت ثابتة لأنها تبقى من صنع الإنسان

¹ - المادة 23 من القرار الوزاري الصادر في 15 ماي 1988 المشار إليه سابق.

² - أشار إليه عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 679.

³ - المرجع نفسه، ص 682 .

و محاطة بالجدران بالتالي تدخل في نطاقها¹.

و نرى من جهتنا أن التطور الحاصل في مجال الإنشاءات المعمارية ، بنايات و منشآت، يجب أن يخضع للمسؤولية العشرية و لو كانت تحت مستوى سطح الأرض، أين تم صناعة مدن كاملة ببنياتها التحتية و مرافقها، مما لا يبغي مجالا للأخذ بمعيار مستوى سطح الأرض لاعتبار العمل منشأة ثابتة من عدمه.

أما عن الأخذ بالمعيار الوظيفي للمنشآت الثابتة و دوره بالنسبة لاستعمال البناء استعمالا جيدا، فنقول به لأنه أساس التفرقة بين العاملين. هذا عن التعريف الفقهي للمنشآت الثابتة.

أما عن تعريف المنشآت الثابتة الوارد في المادة 23 من القرار الوزاري المذكور أعلاه، فلا بد من بيان الخلط الذي وقع فيه المشرع عند تعريفه لها، ذلك أنه بالرجوع إلى نص المادة 181 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات التي جاء فيها: "يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا، الأضرار المخلّة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة و وضع الأساس و الهيكل و الإحاطة و التغطية، و يعتبر جزءا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو فكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف لمادة من مواد هذا الإنجاز". يتضح قصد المشرع بالمنشآت الثابتة أنها نفسها عناصر التجهيز في البناية. مما يفسر نيته في التوسع في نطاق المسؤولية العشرية إلى ما هو أبعد من البناء في ذاته إلى ما يتصل به من عناصر التجهيز.

و العناصر التجهيزية للمبنى، هي "كل ما يهيئ العقار المشيد لتأدية وظائفه التي أنشئ من أجلها"²، اعتبرها المشرع من ضمن مواضيع المسؤولية العشرية بشرط أن تكون

¹ - للتفصيل أكثر، راجع، المرجع نفسه، ص من 683 إلى 686.

² - زهرة عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين، المرجع السابق، ص 46. و

غير قابلة للانفصال عن المبنى. و معيار تحديد مدى اتصال عناصر التجهيزات بالبناء موضوعي، مفاده عدم القدرة على تغيير أو نزع هذه العناصر دونما إحداث تغيير في البناء ذاته كإزالة مادة تكوينية منه، و هو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في تعريفه لعناصر التجهيز المشمولة بالضمان العشري، إذ جاء في نص المادة 2-1792 ق.م.ف أن يعتبر عنصرا تجهيزيا غير قابل للانفصال، أعمال التهيئة، الأساس، الهياكل، السور و التغطية عندما لا يمكن وضعها، فكها أو تغييرها دون تغيير أو إزالة لمادة هذا العمل¹.

و بما أن معيار تحديد مدى قابلية العنصر التجهيزي للانفصال عن المبنى موضوعي، فهو خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، له الاستعانة بالخبرة في تحديده؛ ذلك أنه قد يكون عنصرا غير قابل للانفصال في موضع دون الآخر، و هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي عندما اعتبر أن غطاء الأرضية (carrelage) القابل للصق باستعمال الغراء لا يعد عنصرا تجهيزيا غير قابل للانفصال و منه لا يخضع للضمان العشري². أضف إلى ذلك قابلية هذه العناصر للدوام لمدة عشر سنوات كاملة، فإن كانت تهلك بطبيعتها قبل هذه المدة، من المفترض أن تخرج من نطاق تطبيق المسؤولية العشرية.

لم نجد مثالا في القضاء الجزائري للدلالة على عناصر التجهيز، الأمر الذي اضطرنا إلى اعتماد أمثلة من القضاء الفرنسي الذي اجتهد في تحديد هذا العناصر كالتدفئة المركزية³ و المداخل⁴ (cheminé).

2- إلزامية وجود عقد بيع بين المرقى العقاري و المقتني:

سبق وبيننا بأن عقد البيع هو الرابطة القانونية بين المرقى العقاري و المقتني قبل نهاية التنفيذ، كما يبقى هذا العقد مصدرا للالتزام المرقى العقاري بموجب أحكام المسؤولية

¹ - Art 1792-2 c.cv.f: « un élément d'équipement est considéré comme formant indissociable corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos et de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage ».

² - jurispr, cass. 3^{eme} civ, 28 octobre 2003, n° 02-14-589, Albert Caston et autres, p 477.

³ - Cass – 3^{eme} civ, 28 octobre 2009, 07-20-89, Ibid, p 470.

⁴ - Cass – 3^{eme} civ, 06 juillet 2010, n° 09-14-328, Ibid, p 472.

العشرية في مواجهة المقتني. و قد نصت المادة 25 من القانون 04-11، على أن محل عقد بيع هو شراء بناية أو جزء من بناية مبنية، مقرر بناؤها أو في طور الانجاز.

كما نصت المادة 46 منه على قيام المسؤولية العشرية حالة زوال بناية أو جزء من بناية، أي أن المشرع ذهب عكس تيار التوسع في مجال المسؤولية العشرية، بأن قصر الضمان على البناية أو جزء من البناية فقط، دون الحديث عن المنشآت الثابتة و عناصر التجهيزات غير القابلة للانفصال؛ و بما أن النص خاص و بالتالي يقيد النص العام من حيث التطبيق، فمجال الضمان العشري ضاق في عقد البيع مقارنة بعقد المقاول. و إذا حاولنا تفسير هذا الموقف من المشرع الجزائري، سنقول بأن أعمال الترقية العقارية منصبة على تشييد البنايات، مما يخرج من نطاقها المنشآت الثابتة الأخرى. و لكن ما مصير الطرقات الرابطة للمشروع العقاري بالطريق العام مثلا، ألا تعد من قبيل المنشأ الثابت؟ ثم ماذا عن عناصر التجهيز للبناية أو لجزء من البناية، من مصاعد و تجهيزات التدفئة المركزية؟. و منه يمكن القول بأن سعي المشرع لضمان متانة المباني أدى به إلى تركيز النص القانوني على أكثر الأخطار المهددة لها؛ و حتى إن كان ثمة إحالة على النصوص المنظمة للمسؤولية العشرية خارج نصوص القانون 04-11، كان لا بد من احترام قواعدها و الإحالة عليها صراحة.

مما سبق، يمكن أن نقترح تعديل نص المادة 46 من القانون 04-11 باستبدال عبارة "في حالة زوال بناية أو جزء من بناية" بعبارة "في حالة زوال المشروع العقاري"¹ لتشمل بذلك جميع نشاطات الترقية العقارية المحددة في المادة 03 من نفس القانون.

ثانيا: طبيعة الأضرار الموجبة للمسؤولية العشرية:

تعد متانة و بقاء البناء التزاما بتحقيق نتيجة بالنسبة للمدينين بالضمان، الذي يقوم بمجرد عدم تحقق نتيجة الدوام للبناء المشيد لأحد الأسباب المحددة في النصوص العامة

¹ - و هو ما اقترحه الدكتور محمد ناجي ياقوت بتعديل عبارة " المباني و المنشآت الثابتة الأخرى " بعبارة " الأعمال العقارية"، راجع في ذلك، محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 91.

أو الخاصة المنظمة لأحكام المسؤولية العشرية.

تنص المادة 46 من القانون 04-11 على قيام المسؤولية العشرية في حق المدينين بها حالة زوال البناية أو جزء من البناية جراء عيوب البناء؛ و بالرجوع إلى المادة 554 ق.م.ج، نجد أنها تنص على التهدم الكلي أو الجزئي للمباني أو المنشآت الثابتة و العيوب المؤدية إلى تهديد متانة البناء و سلامته، و لو كان العيب راجعا إلى عيب في الأرض في كلا النصين. أما المادة 178 من القانون 07-95 فتتص على الأضرار المخلّة بصلاصة العناصر التجهيزية.

و منه نجد إجماع لدى المشرع في مختلف النصوص القانونية على وجوب حدوث ضرر للعقار المبني، مرده إلى عيب في عملية البناء، مع تباين آثار العيب في كل نص بين تهدم كلي أو جزئي، و مساس بصلاصة المبنى أو عناصر التجهيز. و بما أن النص الأساسي في هذه الدراسة هو القانون 04-11، سنبنّي الدراسة على المادة 46 منه أساسا مع مقارنتها بما جاء في النصوص الأخرى.

1-وجود عيب مؤدي إلى زوال البناية أو جزء من البناية:

زوال المبنى يعني تهدمه، إما كلياً أو جزئياً بسبب عيب في تشييده. و التهدم أو الهلاك¹ هو انحلال الرابطة بين أجزاء البناء مما يؤدي إلى انفصال أجزائه عنه، أو هو تآكل المبنى و انفصاله عن الأرض²؛ و لا يشترط أن يكون حالا واقعا، بل يكفي أن يكون محقق الوقوع مستقبلا³، كالتشققات و التصدعات الغائرة في أساس أو جدران المبنى بما سيؤدي إلى وجوب هدمه أو تهدمه. و الزوال قد يكون كلياً للبناية برمتها، أو جزئياً مقتصرًا على قسم منها فقط.

¹ - استخدم المشرع الفرنسي مصطلح الهلاك (périr) بدلا من التهدم. Malinvaud(Ph) et autres, po.cit, p 11

² - محمد حسين منصور، السابق، ص 123.

³ - محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، 119. و محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 108.

أما عن أسبابه، فهي عيوب البناء، التي تعرف حسب المادة 23 من القرار الوزاري المشترك لسنة 1988 كما يلي: "يقصد بالعيوب كل عيب في المواد و المنتوجات أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد فوراً أو بعد مدة استقرار المشروع و عمله في ظروف طبيعية". لم يشر هذا التعريف إلى التهدم، و لكن اعتمد الاستقرار كمعيار لثبات المشروع الذي يقابله الزوال، كما اعتمد المعيار الوظيفي للمبنى. أي أن المشرع اعتمد مفهوماً واسعاً للدلالة على آثار العيب. و لا يشترط لترتيب المسؤولية العشرية بمفهوم هذه المادة حدوث تهدم، بل يكفي ظهور عيب مؤدٍ إلى تعطيل وظيفة العقار.

كما تعرف عيوب البناء بأنها تلك التي تلحقه في مجموعه، بأن تشمل العقار ككل في مجموع أساساته أو في كل الهياكل الحاملة فيه، أو تصدعات في الأسقف و الجدران الداعمة له، الخطأ في تركيب أنابيب التغذية بالمياه و أنابيب الصرف الصحي،... إلخ أو تلك التي تلحقه في أجزائه الرئيسية، في جزء من الأساس أو الهيكل أو بعض الأسقف و الجدران فقط، أو على جزء في المنافع العامة¹.

ترد هذه العيوب إما لقصور في الصنعة، أين يدخل الخطأ في التصميم و الخطأ في عملية التشييد؛ و قد تكون لعيب في المواد المستخدمة أو لرداءة أرضية البناء. كما يوجد من الفقه من توسع تلكم العيوب، ليردها إلى العيوب القانونية التي تؤدي إلى إزالة البناء، كأن يتم تشييده على ملك الغير، أو بالتعدي على ارتفاق ثابت و قديم²؛ غير أن هذا الطرح مستبعد في رأينا، لأن القانون المدني سن ضماناً خاصاً بالتعدي القانوني على الملكية العقارية، و هو ضمان التعرض و الاستحقاق، فالمسؤولية العشرية أسأها الخطأ المادي للمشييد في صنعته، و لا يهدف إلى معالجة وضعية قانونية سابقة على التشييد لا يد للمهندس أو للمقاول فيها، مع احتمال قيامها بالنسبة للمركبي العقاري صاحب المشروع

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 795.

² - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 222.

البائع، لأنه يفترض فيه العلم بالتعرضات القانونية المحتملة و الأكيدة على أرضية المشروع.

و الملاحظ من خلال نص المادة 46 من القانون 04-11، اقتصارها على حالة الزوال اللاحق بالبنائية، أي على واقع محقق لا احتمالي، ذلك أن الصياغة جاءت كالاتي: " في حالة زوال كل البنائية أو جزء منها..."، أي أن الضرر تحقق فعلا و ليس مستقبليا الأمر الذي يضيق من النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية، بعكس المادة 554 ق.م.ج التي تعدت العيب المؤدي للهدم إلى العيب المؤثر على متانة و سلامة البناء. كما أخرجت الماد 46 الأضرار المخلّة بصلابة عناصر التجهيزات من نطاقها، مما يؤكد توجه المشرع إلى تضيق النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية في مشاريع الترقية العقارية باقتصاره على عيوب البناء المؤدية إلى زواله.

أما عن أحكام المسؤولية العشرية بين المرقى العقاري كرب عمل للمهندس و المقاول، فخاضعة للقواعد العامة لعقد المقاولة و النصوص الخاصة بالمنظمة لها، إلى حين صدور المرسوم المنظم لها. و منه، ترتيب أحكامها في حق المساعدين بها حالة التهدم الكلي أو الجزئي للبناء أو المنشأة الثابتة، و كذا بظهور عيب يهدد متانتها و سلامتها طبقا للمادة 554 ق.م.ج، أو حالة وقوع الأضرار المؤثر على صلابة عناصر التجهيز طبقا للمادة 178 من قانون التأمينات.

في هذا السياق، لا بد من وضع احتمال، مفاده توجه نية المشرع الجزائري إلى إفادة المقتني لمشاريع الترقية العقارية بحماية مزدوجة، الأولى تجد مصدرها في القانون 04-11 وفقا لقواعده الخاصة المستمدة لأحكامها من عقد البيع، و الثانية استفادته من خصائص الضمان العشري الممنوح للمرقى العقاري في عقد المقاولة من حيث نطاقه الموضوعي، لأن الضمان كما رأينا، ينتقل مع الملكية.

2- خفاء العيب:

لم ينص المشرع الجزائري في القانون 04-11 على شرط الخفاء في العيب لاعتباره سببا في إعمال الضمان العشري؛ بعكس القانون 07-86 المتعلق بالترقية العقارية، حيث جاء في المادة 41 منه: "يتحمل المكتب بإحدى عمليات الترقية العقارية خلال عشر سنوات ابتداء من تاريخ تسليم شهادة المطابقة العيوب الخفية التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريون أو المقاولون و الأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار عمل...". رغم ذلك فقد استقر الفقه و القضاء على وجوب خفاء العيب ، و هو الأمر الذي تستلزمه مقتضيات العدالة. ذلك أن المشرع قسم الاستلام إلى مؤقت و نهائي، فما ظهر من عيوب كان لابد من اكتشافها في هذه الفترة، أو عند الاستلام النهائي على أقصى تقدير و التحفظ عليها و المطالبة بإصلاحها، و إلا عد ذلك قبولا من المستلم بالعمل على ما هو عليه و التنازل عن إصلاح العيوب الظاهرة ضمنيا.

و يقصد بالعيوب الخفية: " الخلل الذي يصيب البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى و التي كان يفترض أن تكون خالية منه طبقا لأصول الصنعة و قواعد الفن، و لم يكن باستطاعة رب العمل كشفه أو إدراكه وقت الاستلام النهائي للعمل"¹.

كما يعرف بأنه كل خلل يصيب البناء أو المنشأ الثابت الآخر، و تقتضي الفطرة السليمة نقاءه منه بحيث لا يكون مدركا عادة من رب العمل عند التسلم².

أما عن معيار خفاء العيب، فقد اختلف الفقه بشأنه، حيث ذهب فريق منه إلى اعتماد معيار موضوعي، هو معيار الرجل العادي³؛ فالعيب الذي يمكن اكتشافه ببذل عناية الرجل المعتاد في فحص البناء، يسقط الحق في الضمان، ذلك أن العيب يعد خفيا في عين

¹ - محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 105.

² - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 844 و محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 241-242.

³ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 874 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 241.

رب العمل الجاهل بأصول فن البناء، الذي يصبح نبيها عند الاستلام بحرصه في معاينة العمل¹.

و للملاحظة، فإن المشرع الفرنسي تعمد استعمال مصطلح الأضرار Dommage بدلا من مصطلح العيب، فالمفترض في الخفاء أن يكون صفة في العيب لا في الضرر، غير أن المشرع الفرنسي انتقل من فكرة ضمان العيوب إلى فكرة ضمان الأضرار، ذلك أن المقصود في هذا المقام هو الضرر الخفي الذي يصيب المبنى لا الشخص²، و هو ما اعتمده القضاء في فرنسا³. في حين ذهب رأي آخر إلى اعتماد معيار شخصي يعتد بمدى حرفية رب العمل و قدرته على اكتشاف عيوب البناء⁴.

و مسألة تحديد خفاء العيب مسألة واقع، تخضع في تقديرها لسلطة قاضي الموضوع الذي له أن يأمر بالخبرة للتوصل إلى عناصر الخفاء و الخطورة في عيوب البناء. أما عن عبئ الإثبات، فيفترض تحميله لرب العمل أو المقتني الذي عليه إثبات خفاء العيب عند الاستلام، غير أن صعوبة إثبات هذه الواقعة لدقتها، أدت بالمشرع إلى نقل هذا العبء إلى المدين بالضمان، الذي يتعين عليه إثبات ظهور العيب عند الاستلام. لكن ماذا عن بعض العيوب الظاهرة التي لا توحى بخطر كبير و بالتالي يمكن التسامح فيها، ثم تظهر خطورتها مع مرور الزمن، أو أنها لا تكتشف إلا بالاستعمال؟. أوجب القضاء الفرنسي في هذه الحالة، تحميل المدين بالضمان عبئ إثبات ثلاثي من حيث ظهور العيب لرب العمل في ذاته و أسبابه و في نتائجه⁵، ذلك أن الخلل قد يظهر هينا، في حين أن سببه هو عيب خطير قد يؤدي إلى ضرر معتبر.

و نعيب على المشرع الجزائري عدم إدراج شرط خفاء العيب في النصوص المنظمة للمسؤولية العشرية؛ ذلك أنه يتصور قبول رب العمل أو المقتني لعمل معيب و إجازته، إلا

¹ - Christophe Ponce, op.cit, P 58.

² - Malinvaud (PH) et autres, op.cit, p 112.

³ - Ibid, p 115.

⁴ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 847.

⁵ - Malinvaud (PH), op.cit, p 117.

أن هذا لا يعني إبقاء النص على إطلاقه مما قد يؤدي إلى تحميل المدين بالضمان لمسؤولية العيوب الظاهرة، الأمر الذي فيه من التشدد ما يدل على مغالاة المشرع في حماية المستفيد من أحكام الضمان، لذلك نرى إعادة إدراج شرط خفاء العيب في نص المادة 46 من القانون 04-11 على الأقل، كما كان عليه الحال في المادة 41 من القانون 86-07.

المطلب الثاني:

النظام القانوني للمسؤولية العشرية:

للمسؤولية العشرية تنظيماً خاصاً خصوصية أحكامها، ذلك أن المشرع وضع لها نظام إثبات خاص، كما ربطها بمدة معينة و جعلها من النظام العام (الفرع الأول)، و حدد آثارها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

نظام إثبات المسؤولية العشرية و مدة الضمان :

لا بد لقيام المسؤولية العشرية من إثبات موجباتها في المدة المحددة لقيامها . و في ما يلي بيان نظام إثبات المسؤولية العشرية، ثم بيان أحكام مدة الضمان.

أولاً: نظام إثبات المسؤولية العشرية:

خروجاً عن الأحكام العامة في المسؤولية العقدية المبنية على الخطأ الواجب الإثبات من طرف رب العمل¹، يكفي لقيام المسؤولية العشرية تحقق الضرر محل الضمان، كما أنها لا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي.

1- قرينة قيام المسؤولية:

أساس الإثبات في المسؤولية العشرية هو القرينة المفترضة القائمة على نظرية

¹ - محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 176. و Christophe Ponce, op.cit, p 59.

المخاطر، أي أنه مبني على الخطأ المفترض لا على نظرية الخطأ¹. و مرد هذا النظام هو طبيعة المشاريع العقارية، ذلك أن تعدد المتدخلين في مرحلة البناء يصعب من عملية تحديد المسؤول المباشر عن الضرر الحاصل. و على اعتبار طبيعة الالتزامات في مجال البناء المتمثلة في تحقيق نتيجة مفادها قيام البناء و بقاءه قائما لمدة عشر سنوات على الأقل بعد تسلمه²، يجعل من ضمان العقار المبني واجبا في خلال هذه المدة على الأقل.

و منه، بمجرد وقوع الضرر الموجب للضمان، تقوم قرينة المسؤولية بسبب عدم تحقق نتيجة بقاء البناء سليما، دونما حاجة لإثبات خطأ من قام بالتشييد، وهي المسؤولية التي لا تنتفي بدرء المدين بها للخطأ عن نفسه، بل يتوجب عليه إثبات السبب الأجنبي المنتج لعدم تحقيق نتيجة التزامه بتشيد بناء خال من العيوب³.

أما عن مدى هذه القرينة، فلا تطبق على إطلاقها، و إنما مقيدة بالعجز عن نفي صلة المدين بالضمان بالأعمال المعيبة أو المتهمة⁴، ذلك أن إسناد العمل برمته إلى شخص واحد لا يثير إشكالا بالنسبة لتطبيق قرينة المسؤولية، و لكن يثير حالة تعدد المتدخلين، هل يسأل كل متدخل عن نشاطه، أم يتعدى إلى نشاط المتدخلين الآخرين؟.

على هذا الأساس، أقام الفقه و القضاء الفرنسيين فكرة المساءلة " la notion d'imputabilité"⁵، التي يذهب واضعوها إلى القول بعدم إعمال المسؤولية المفترضة إلا على المقاول الذي تعيب الجزء الذي شيده؛ أي لا بد من مساءلة كل متدخل عن الخل

¹ - عايدة مصطفى، الضمان العشري و الضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري و التشريع المقارن مجلة دفاثر السياسة و القانون، العدد السادس، 2012، ص 270.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص 134. و ابراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 87. و كذا محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 193.

³ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 285.

⁴ - محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 208.

⁵ - Cass. Civ.3^e, 16 février 2005, «n'est concerné par la responsabilité de plein droit que l'entrepreneur dont le lot est concerné par la malfaçon», voir, Christophe Ponce, op.cit, p 59.

المؤدي إلى تعيب الجزء المرتبط بنشاطه؛ فيكون للمدين بالضمان أن ينفي عن نفسه قرينة المسؤولية بنفي علاقة السببية بين خطأ المفترض و التهدم اللاحق بالبناء¹.

و منه، نستنتج بأن رب العمل كما المقتني معفى من إثبات خطأ المدين بالضمان كما يعفى من إثبات علاقة السببية بين الخطأ المفترض و الضرر.

علما أن المشرع الجزائري، لم يشر إلى هذه القرينة صراحة في النصوص المنظمة للمسؤولية العشرية، عامة كانت أو خاصة، لأن قرينة المسؤولية تجد أساسها في القواعد العامة، مما يؤدي إلى الإحالة الضمنية عليها دون لزوم النص عليها صراحة.

أما عن المشرع الفرنسي فنص صراحة على قرينة المسؤولية في قانون 1978، و بذلك أصبحت قرينة قانونية بعد أن كانت قضائية²، و نقل بذلك عبئ الإثبات من رب العمل إلى القائمين بالتشييد³.

و بذلك تكون مسؤولية مكاتب الدراسات، المقاولين و المتدخلين الآخرين تجاه المقتني مفترضة في شقيها، من حيث افتراض رجوع التهدم إلى عيب في البناء، ثم من حيث افتراض إسناد العيب إلى خطأ المدينين بها؛ مع جعلها مسؤولية تضامنية عن الضرر الحاصل⁴، بحيث يستطيع المرقى العقاري كرب عمل الرجوع عليهم متضامنين، كما يستطيع المقتني الرجوع مباشرة على المرقى العقاري دون الحاجة لإثبات خطأه أو علاقته السببية بالتهدم الحاصل في البناية، بمعنى آخر، المشرع الجزائري لم يأخذ بفكرة المساءلة، أو كما نجدها عند بعض الدارسين بقرينة "المساهمة أو "الإسناد"⁵.

¹ - محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 195.

² - المرجع نفسه، ص 188.

³ - محمد شكري سرور المرجع السابق، ص 290.

⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 108.

⁵ - زهرة عبد القادر ، الضمان العشري للمشيدين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 101. و كامل فواد، المرجع السابق، ص 157.

1- نفى المسؤولية العشرية:

لم يحدد القانون 04-11 سببا للإعفاء من المسؤولية العشرية، غير أنه باعتبارها مسؤولية مفترضة من جهة، وبما أنها تقوم على الإخلال بالالتزام بتحقيق نتيجة من جهة أخرى، يجعلها خاضعة لأسباب الإعفاء من المسؤولية في القواعد العامة، الذي لا يتحقق إلى إثبات السبب الأجنبي، المتمثل وفقا لنص المادة 127 ق.م.ج في القوة القاهرة، خطأ المضرور، المقصود به رب العمل، و خطأ الغير.

2-1 - القوة القاهرة:

يعفى المدينون بالضمان من المسؤولية العشرية بإثبات القوة القاهرة، التي تعني وقوع حادث لم يكن من الممكن توقعه وقت التعاقد واستحال دفعه¹.

أ- عدم توقع الحادث الفجائي:

يعني شرط عدم التوقع، أن الحادث لم يخطر ببال المشيد و بالتالي لم يحتط لنتائجه. و فكرة توقع الحدث نسبية نوعا ما، ذلك أن ما يعد غير متوقع في منطقة قد لا يعد كذلك في منطقة أخرى. و مثاله، الزلازل و الظواهر الطبيعية المعتاد في منطقة البناء، مما يوجب على المهندس الاحتياط عند وضع التصميم و اعتماد معايير البناء المقاوم للزلازل، كما يتوجب على المقاول استعمال المواد المناسبة لمواجهة المتغيرات الطبيعية. و يخضع هذا الشرط في تقديره لسلطة القاضي، كأن يعفى المقاول من المسؤولية بسبب هبوب ريح عاتية في غير موسمها. و بذلك يؤخذ مكان و زمان وقوع الحادث في عين الاعتبار عند إسناد المسؤولية.

ب- استحالة دفع الحادث الفجائي:

إن عدم القدرة على توقع الحدث، لا تعني عدم القدرة على دفعه، ذلك أنه قد يحصل

¹ - المادة 107 من القانون المدني الجزائري. راجع كذلك، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج1، م2 ص 994.

حادث فجائي لكن يمكن دفعه و لو بصعوبة¹، مما يخرج هذا النوع من الحوادث من دائرة القوة القاهرة. و بالتالي يقع على المهندس إثبات عدم قدرته على تفادي تدهم البناء و لو بوضع تصميم مقاوم للزلازل، لأن قوة الزلزال كانت لتؤدي إلى هذه النتيجة و لو تم اتخاذ جميع الاحتياطات لتفادها.

فإذا لم يتمكن المدين في المسؤولية من إثبات عدم القدرة على التوقع وقت التعاقد و عدم القدرة على الدفع، اعتبر أن الضرر راجعا إلى سوء في صنغته².

إذا كان عدم القدرة على توقع القوة القاهرة أو عدم القدرة على دفعها من المسائل الموضوعية التي يقدرها القاضي، فإن لها حدا علميا ينتفي معه، سواء في التوقع أو في الدفع، و هو مرد جعل العيب في الأرض من أسباب تحميل المهندس و المقاول بالمسؤولية لأن التطور العلمي يمكن من معرفة طبيعة الأرض و مدى صلاحيتها لإقامة المشروع العقاري عليها، و بذلك أصبحت عيوب التربة من الأمور المتوقعة في أيامنا. و بما أن كل متوقع قابل للدفع، إلا ما لم يكن من ممكن دفعه و لو باستخدام الأدوات و وسائل الفحص اللازمة، كان لزاما معه تحمل نتائج العيب المؤدي إلى الضرر، فلا يقبل عذر المقاول أو المرقى العقاري بشأن المواد المستخدمة التي أصبح من السهل التأكد من جودتها و مطابقتها بالفحص الدقيق و المخبري.

2-2- خطأ رب العمل:

الأصل أن خطأ رب العمل يقطع علاقة السببية³ بين الخطأ المفترض للمقاول و تدهم البناء، إلا أن هذا الأصل يبقى نسبيا بحسب مدى دور رب العمل في حدوث هذا الضرر.

¹ - موهبي فتيحة، المرجع السابق، ص 159.

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 109.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 137.

و يتمحور خطأ رب العمل حول التدخل الخاطئ في عملية التشييد¹، إما بإعطاء تعليمات خاطئة، أو بتقديم مواد معيبة، أو بإعداد تصاميم غير مطابقة²، أو بإخفاء معلومة كانت لتغير طريقة العمل أو تلغيه تماما. إلا أن تدخل رب العمل المؤدي إلى تهدم البناء قد لا ينفي المسؤولية عن المقاول و المهندس، و إنما يخففها اعتمادا على مدى تخصص رب العمل في مجال البناء.

رجوعا إلى المادة 554 ق.م.ج، يعد رب العمل هو المستفيد من أحكام المسؤولية الخاصة، كما يعد المقتني هو المستفيد من أحكامها طبقا للمادة 49 من القانون 04-11 و 30 من المرسوم التنفيذي 85-12 باعتبار قلة درايته بالمسائل الفنية في عملية البناء. و منه، يتوجب على المقاول و المهندس المعماري أو مكتب الدراسات المنفذ، أن يرفض تنفيذ الاقتراحات الخاطئة أو استعمال المواد المعيبة المقدمة من طرف رب العمل، إضافة إلى واجب الإرشاد و النصيح في حالة تمسك هذا الأخير برأيه، و إلا برفض تنفيذ كل رأي يؤدي إلى تعريض سلامة البناء للخطر؛ أما في حالة الإخلال بهذه الالتزامات، فيفقد المدين بالضمان للحق في التمسك بخطأ رب العمل للتخلص منه؛ غير أن تقدير مدى أعمال أحكام الضمان يبقى للقاضي، إما بإعمالها كاملة أو بالتخفيف، منها بحسب دور رب العمل في حدوث التهدم، هذا عن القواعد العامة.

أما بالرجوع إلى القانون 04-11، فنجد بأن المشرع الجزائري يستوجب أن تتوافر في المبادر بالمشاريع العقارية الاحتراف و المهارة في هذا المجال. بمعنى آخر، يتوجب على المرقى العقاري أن يكون محترفا في مجال البناء³؛ من هذا المنطلق أصبح هذا الأخير يتحمل نصيبه من المسؤولية، على الأقل في مواجهة المقتنين. ذلك أنه كما سبق بيانه

¹ - زهرة عبد القادر، لضمان العشري للمشيدين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 114.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 138

³ - المادة 12 من القانون 04-11 المشار إليهما سابقا.

أصبح المرقى ضامنا أصيلا لا احتياطيا، أي أن خطأه يكون معفيا للمقاول و المهندس من المسؤولية العشرية إن أثبتنا خطأه و أثبتنا علاقته السببية مع تدهم البناء.

علما أن الفقه في فرنسا يوجب توافر شرطين لنفي المسؤولية العشرية لخطأ رب العمل، هما التدخل الفعلي لرب العمل في أي صورة من صورته، و أن تكن له من الخبرة في مجال البناء ما يجعله يتفوق على المقاول؛ و على هذا الأساس لا يعتبر أن صفة المرقى العقاري كافية لاعتباره متخصصا في مجاله، لذلك "يرى الفقيه مازو أنه ليس كل المرقين محترفي بناء، بل أكثرهم محترفي بيع".¹

كما يمكن التمسك بخطأ رب العمل بعد الاستلام، إذا كان سوء استخدامه للبناء أو كانت التعديلات التي أجراها عليها هي السبب في الضرر، مما يترتب في هذه الحالة إعفاء المدين بالضمان كلياً². وفي هذه الحالة يمكن تصور استلام المقتني للبناء، كدائن بالضمان في عقد البيع لا كرب عمل، ثم العمل على إجراء تعديلات فيها بما يؤدي إلى تدهمها كلياً أو جزئياً، الأمر الذي يعفى المرقى العقاري من المسؤولية العشرية، خصوصا إذا عدنا إلى بند الضمان العشري الوارد في نموذج عقد البيع على التصاميم، الذي جاء فيه إمكانية إعفاء البائع (المرقى العقاري) من المسؤولية إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه.

في هذا الصدد، لا بد من بيان الفارق بين التضامن في الضمان و التضامن في المسؤولية، ذلك أن المشرع الجزائري قرر التضامن في القانون المدني في الضمان لا في المسؤولية، الأمر الذي يجعل من الضرر واحدا و لو تعدد المتسببون فيه، و منه إمكانية رجوع الدائن على أي واحد منهم؛ في حين أن التضامن في المسؤولية يستوجب

¹ - كامل فؤاد، المرجع السابق، ص 167.

² - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 345. و محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 114، و كذا محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 232.

"وحدة الضرر و اشتراك المسؤولين في إحداثه"¹. و منه، لو فرضنا حصول تهم في البناية كان لا بد من إثبات وقوع خطأ مشترك بين المهندس و المقاول لكي يتمكن رب العمل من الرجوع على أحدهما دون الآخر.

أما بالرجوع إلى أحكام القانون 11-04، فنجد نص في المادة 46 منه على المدينين في المسؤولية العشرية دون الإشارة إلى التضامن فيها بينهم، إلا أن المادة 45 منه تنص على عدم جواز إقصاء أو حصر المسؤولية و الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، و تلك المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري. و عند قراءة المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85، نجدها تنص على تحمل المرقى العقاري لمسؤوليته التضامنية مع المدينين الآخرين، ثم البند أعلاه² الذي يفسر بجواز إعفاء المرقى من الضمان حالة عدم ثبوت خطئه؛ الأمر الذي يؤكد بأن المشرع الجزائري أخذ موقفا وسطيا بين تشديد و تخفيف مسؤولية المرقى العقاري، بأن جعلها تضامنية في المسؤولية لا في الضمان في مواجهة المقتنين، بعكس المقاول و المهندس المتضامنين في الضمان في مواجهة الكافة.

2-3- خطأ الغير:

قد يقع التهم في البناء، لكن لسبب غير العيب في صنعة المشيد أو خطأ رب العمل بأن ينتج عن فعل الغير الخارج عن عملية البناء، و مثاله، تسبب الجار بتهم البناية بسبب عمليات الحفر المجاورة لأساسات المبنى³. كما أن سوء استعمال المؤجر للمبنى المؤجر بما يترتب الضرر⁴، يؤدي إلى نفي المسؤولية عن المرقى و المهندس و المقاول و غيرهم من المتدخلين الآخرين.

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 52. موهبي فتيحة، المرجع السابق، ص 126.

² - البند المتعلق بالضمان العشري في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 المشار إليه.

³ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 351.

⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 121.

علما أنه رغم كون كل من المهندس و المقاول غريبا عن الآخر، باعتبار غياب العقد الرابط بينهما، إلا أن الالتزامات المتبادلة بينهما بمناسبة عملية البناء و التزامهما التضامني بالضمان، يحول دون إمكانية دفع أحدهما لمسؤوليته بخطأ الآخر للتحلل منها، لكن يبقى لهما الرجوع على بعضهما كل بما أداه وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية¹.

أما عن المقاولين الفرعيين، فقد سبق بيان خضوعهم للمسؤولية العشرية، أين يمنع الحد أو استبعاد أو حصر مسؤوليتهم مع المرقى العقاري تجاه المقتنين².

ثانيا: مدة الضمان العشري:

مدة الضمان، هي المدة الممنوحة لمتلقي الملك لاختبار صلاية البناء و سلامتها من العيوب التي قد تؤدي إلى تدهمها كلياً أو جزئياً؛ حددها القانون المدني و القانون 04-11 بعشر سنوات، يبدأ سريانها من تاريخ التسليم النهائي للبناء. غير أنه قبل بيان الطبيعة القانونية لمدة الضمان و مدى تعلقها بالنظام، و بيان كيفية حسابها بحسب أشكال التسليم المتوقعة، يتوجب بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية بداية.

1- الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية:

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية، إن كانت مسؤولية عقدية أم أنها مسؤولية قانونية.

أما عن الرأي الغالب، فهو القائل بأن المسؤولية العشرية هي مسؤولية عقدية ذات طبيعة قانونية بحتة، على أساس أن آثار العقد تمتد في عقود مقاولات البناء إلى ما بعد الاستلام، لأن موضوع العقد، كما سبق بيانه، غائب وقت التعاقد لا يمكن التأكد من سلامته من العيوب إلا باستعماله. و عليه، يعد الالتزام بالضمان من ملحقات أو توابع الالتزام بالتنفيذ.

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 362.

² - المادة 45 من القانون 04-11 المشار إليها سابقا.

كما أن المسؤولية العشرية لا تعدو أن تكون تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية العقدية في القواعد العامة، عدا مسألة إخضاعها إلى تنظيم خاص سعياً لضمان أكبر قدر من الحماية للمستفيدين من المنتج المعماري¹. فإن كان محل العقد الموجود وقت التعاقد خاضع لمدة ضمان سنوي للعيوب الخفية، فما بالك بمحل غير موجود عند إبرام العقد.

أما عن الرأي الثاني، فهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسي، الذي اعتبر أن الضمان العشري يجد مصدره في القانون منذ أول ظهور له في 1804²، لأن المشرع نص عليه صراحة ونظم أحكامه لحماية أرباب العمل من سوء صنعة المقاولين و المهندسين؛ إلا أنه بعد جدال فقهي طويل، توصل الفقه كما القضاء إلى اعتبار المسؤولية العشرية من طبيعة عقدية منظمة من قبل القانون³.

و هو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري، بأن جعلها من الضمانات الخاصة في عقد المقاولة و في مجال الترقية العقارية.

و إضافة إلى طابعها العقدي الخاص، فهي من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها بالحد منها أو بحصر مسؤولية المدينين بها بأي شكل من الأشكال، الأمر المكرس في المادة 556 ق.م.ج و المادة 45 من القانون 11-04.

و تعد المسؤولية العشرية بمثابة تأمين من الخطر المتوقع، و جزاء عن الإخلال بالتزام خاص مفاده ضمان سلامة البناء خلال المدة المحددة على الأقل⁴.

2- الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري:

بما أن المشرع الجزائري قرر مدة عشر سنوات للتأكد من متانة البناء، فهل يؤدي تعذر المطالبة بالتعويض خلالها إلى سقوط حق المضرور في المطالبة به؟ بمعنى آخر هل مدة الضمان قابلة للانقطاع مثلها مثل مدة التقادم؟

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 283.

² - Christophe Ponce, op.cit, p 55.

³ - Ibidem.

⁴ - يوسف إبراهيم، المرجع السابق، ص 681.

لهذا السؤال جوابان، الأول فقهي و الثاني قانوني؛ أما الفقهي، فهو اعتبار الفقه بأن مدة الضمان مدة سقوط لا مدة تقادم¹، و بالتالي لا تقبل الوقف و لا الانقطاع مهما كان المانع، كفقدان الأهلية أو الوفاة. مع إقرار الفقه و القضاء الفرنسيين لاستثناءين هما الدعوى الموضوعية المرفوعة من طرف رب العمل، و إقرار المدين بالضمان بحق رب العمل فيه². و هي أسباب قطع التقادم في القانون المدني الجزائري طبقا للمادتين 317 و 318 من القانون المدني.

و أما القانوني، فهو الموقف الذي نهجه المشرع الجزائري في المادة 557 ق.م.ج، بأن فصل المدة العشرية التي يبدأ سريانها من تاريخ الاستلام النهائي التي تعد مدة سقوط و مدة رفع الدعوى المقدرة بثلاث سنوات من تاريخ حصول التهم أو اكتشاف العيب. و بما أن المشرع الجزائري اكتفى في القانون 11-04 بتحديد مدة الضمان و سكت عن تنظيم أحكامها، بل و أحال ضمنا على القانون المدني بموجب المادة 45 منه، و منه تطبق القواعد العامة بشأنها.

3- تعلق مدة الضمان بالنظام العام:

تقضي المادة 45 من القانون 11-04 المشار إليها سابقا، ببطلان كل بند في العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات الخاصة المنصوص عليها في هذا القانون أو في التشريع و التنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها. كما تقضي المادة 556 ق.م.ج ببطلان كل شرط يقصد به إعفاء المهندس و المقاول من الضمان أو الحد منه.

و منه، تعد مدة الضمان في المسؤولية العشرية من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على تعديلها سواء بالحد منها أو بخفضها³. لكن هل يجوز الاتفاق على رفع مدة الضمان؟

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 300 . محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 129.

² - محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 169. عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 302.

³ - محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 263.

صحيح أن المشرع لم يمنع من تشديد المسؤولية العشرية، بعكس سنه على عدم جواز الحد منها، مما يفهم منه جواز الاتفاق على رفع مدة الضمان إلى ما فوق العشر سنوات حسب طبيعة العقار. لكن هذا لا يعني التعسف في استغلال هذا الفراغ التشريعي بشأن إمكانية تشديد أحكام الضمان العشري، فرغم رجوح الرأي عندنا بوجوب رفع مدة الضمان على الأقل إلى مدة التقادم الطويل في القواعد العامة المقدر بخمسة عشر سنوات، لكن مقتضيات العدالة تقتضي تقنين هذا الطرح و عدم تركه لاتفاق الأطراف، مع بسط سلطة القاضي في إرجاعها إلى المدة العشرية بحسب الحال.

4- بدء سريان مدة الضمان:

لم يحدد القانون 04-11 مبدأ حساب المسؤولية العشرية، في حين حددته المادة 554 ق.م.ج بالتسليم النهائي للبناء.

لا يثير الاستلام النهائي الهادئ، إن صح القول، إشكالا بالنسبة لبداية حساب مدة العشر سنوات المقررة للضمان، بتسلم المقتني للعقار مقبولا و تجسيد الاستلام في محضر يتم أمام الموثق بالحيازة الفعلية للعقار، التي لا تتم إلا بالحصول على شهادة المطابقة¹. أي أن بداية سريان المدة، يكون من تاريخ توقيع محضر الاستلام من طرف المقتني. إنما يثور الإشكال بشأن الاستلام الضمني و القضائي و الجزئي، أما المؤقت و النهائي فلا إشكال فيه، ذلك أن العبرة بالتسليم النهائي. و عليه، لابد من بيان كيفية حساب مدة العشر سنوات في مختلف أشكال الاستلام .

3-1- حساب المدة في الاستلام الجزئي:

سبق تعريف الاستلام الجزئي، و بذلك يدور السؤال حول بدء حساب مدة الضمان هل يكون مستقلا لكل جزء عن الآخر، و بالتالي تعدد المدد؟ أم يبدأ سريانها من آخر دفعة مسلمة؟. جاء في هذا الصدد، أن قابلية المشروع للتجزئة دونما عائق مادي أو قانوني تؤدي

¹ - راجع في ذلك البند المتعلق بكيفيات الحيازة في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم 13-431 المشار إليه سابقا.

إلى اعتماد تاريخ تسلم كل جزء كأساس لبداية سريان مدة الضمان العشري¹، وهو رأي غالبية الفقه الفرنسي و المصري. ذلك أن عملية الاستلام تعد نهائية للجزء المقبول من طرف المقتني. و ثمة من يقول بعدم الأخذ إلا بالتسلم النهائي لآخر جزء من المشروع². أما عن موقف المشرع الجزائري، فقد حدده في المادة 554 ق.م.ج بالاستلام النهائي للعمل. أما بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 13-431، فنجدته تناول صيغة التسليم لأجزاء المشروع، لكن دونما بيان لكيفية الاستلام فيها، هذه الأخيرة التي لا تتم إلا بالإنجاز الكامل للأشغال، ذلك أن المحاضر التي كانت محل توقيع من المقتني، كانت محاضر تسليم لإثبات تمام إنجاز الجزء الواجب تصفية مصاريفه، سواء بالنسبة للمرقي في مواجهة المقاول، أو للمقتني تجاه المرقي، و لا تدل على استلام المقتني للعمل مقبولا و هو الأمر الذي يتضح جليا من عبارة أجل التسليم، لا الاستلام.

و بما أن البناية، أو بالأحرى الشقة، جزء لا يتجزأ من المشروع، و بالتالي لا يعقل استلامها قبل تمامه، ففي هذه الحالة يستحيل تجزئة عملية الاستلام، و منه يكون تاريخ بدء سريان مدة العشر سنوات هو تاريخ الاستلام النهائي.

و يجب الإشارة إلى أن تسليم شهادة المطابقة من الهيئة المؤهلة³، ليس سوى شرط لشغل البناية من طرف المقتني و ليس قرينة على تسلمه للعقار مقبولا.

و لابد كذلك من بيان أن المسؤولية العشرية هي أساسا من تبعات عقد المقاوله، عدا حالة اختصار كل المتدخلين في شخص المرقي العقاري، و بذلك نكون أمام طرح مفاده من أي التسليمات النهائية يبدأ سريان مدة الضمان بالنسبة للمقتني، هل من تاريخ استلام المرقي للبناية، أم من تاريخ تسلمه هو للبناء؟.

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 355.

² - المرجع نفسه، ص 356.

³ - راجع البند المتعلق بكيفيات الحياة المنصوص عليه في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-413 المشار إليه سابقا.

ذلك أن احتساب المدة الفاصلة بين الاستلام النهائي من طرف المرقى العقاري و بين ذلك الحاصل من طرف المقتني، فيه إجحاف في حق هذا الأخير، لأنه سيحرم من ذلكم الفاصل الزمني، الذي قد يطول حالة عدم تسليم المرقى العقاري للمشروع في الأجل المحدد. و عليه، لا بد من حساب المدة على الصعيدين الشخصي و الزمني، بأن يستفيد المرقى العقاري من مدة الضمان كاملة في مواجهة المتدخلين لحسابه في عملية البناء، كما يستفيد المقتني من المدة كاملة من يوم تسلمه للبناء في مواجهة المرقى، و لو تجاوزت مدة العشر سنوات القائمة في الاستلام الأول بين المرقى و المقاول.

و تؤسس وجهة النظر هذه، على نية المشرع المتوجهة إلى إحداث حماية مزدوجة للمستفيد من المشاريع العقارية بالدرجة الأولى، و بالتالي تمكين الدائن من الاستفادة من الآجال و المدد المقررة كاملة، و هو النهج المعتمد للمشرع الجزائري بالاحتساب الكامل للآجال القانونية. غير أن استقراء نصوص القانون 04-11، قد تؤدي إلى تفسير آخر مفاده خلق مدة تتوسط التسلم النهائي للمرقى العقاري كما للمقتني، كيف ذلك؟.

نجيب على هذا السؤال من خلال تعريف الاستلام المؤقت، و ذلك بجعل مدة الاستلام المؤقت بالنسبة للمرقى العقاري، هي ذاتها بالنسبة للمقتني، بأن يستلم المرقى البناء، و يعرض استلامها في نفس الوقت على المقتني، بانتهاء هذه المدة يكون تاريخ التسلم النهائي من المرقى هو نفسه التسلم النهائي من المقتني، وهو ما يمكن استنتاجه كذلك من خلال جدول التسليمات المحدد في نموذج البيع على التصاميم. و بذلك تكون علاقة ثلاثية بين المقاول و المقتني يتوسطها المرقى العقاري، و بهذا تكون مدة الضمان هي نفسها للطرفين.

3-2- حساب المدة في الاستلام الضمني و الحكمي و القضائي:

رأينا بأن الاستلام الضمني و الحكمي يعدان جزاءين للإخلال بالالتزام بالاستلام. أما عن الاستلام الضمني، فيثبت بكافة الطرق، و مثاله تسوية المرقى لحساب المقاول، و منه يعد تاريخ هذه التسوية هو تاريخ بداية حساب مدة العشر سنوات، و كذا بوضع اليد على

العقار و شغله أو التصرف فيه للغير¹. و يقع عبء الإثبات على الدائن بالضمان، كونه صاحب الحق و المدعي به و بالتالي عليه إثبات قيام حقه في المدة المقررة له قانوناً²؛ و لا مانع من نقل عبء الإثبات إلى كل من له مصلحة في بداية حساب المدة العشرية، ذلك أن مصلحة الدائن بالضمان في إثبات بداية سريانه لا يقل عن مصلحة المدين به، لأن التسريع في بدء حساب هذه المدة من شأنه أن يعفيه من أحكامه في أقرب الآجال، بعكس المدة المفتوحة و غير المثبتة، أين يبقى المدين معلقاً بإثبات الاستلام الذي قد لا يجد عليه حجة تحدد سريانه بأثر رجعي.

هذا في القواعد العامة، أما في القانون 04-11، فقد أضفى فيه المشرع نوعاً من الحماية، بسنه على محضر الاستلام، كما سبق بيانه، ومنه تستبعد هذه الإشكالية في مجال الترقية العقارية في الوضعيات العادية كون الاستلام فيه صريح.

و أما عن الاستلام الحكمي، فالعبرة بتاريخ الإعذار الموجه من المدين بالاستلام إلى الدائن به حالة امتناع هذا الأخير عن تسلم العمل، كأن يعلم المقاول المرقى بتمام الإنجاز و يرفض المرقى تسلمه و التوقيع على المحضر المثبت لذلك، و كذلك الحال بين المرقى و المقتني، فيكون تاريخ الإعذار الرسمي الموجه للممتنع عن الاستلام هو تاريخ بداية حساب مدة الضمان.

و بالنسبة للاستلام القضائي، فثار حوله جدال حول اعتماد تاريخ صدور الحكم كتاريخ للتسلم على اعتباره عملاً قانونياً، و حول اعتماد تاريخ مغاير يختاره القاضي بحلول إرادته محل إرادة الطرف المتعنت على اعتبار أن التسلم واقعة مادية، ذلك أنه في الحالة الأولى يكون الحكم منشئاً للحق، بينما يكون مقرراً له في الحالة الثانية³.

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 348-349.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص 123.

³ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 226.

غير أن الاستقرار على أن العمل القانوني ينطوي لا محالة على واقعة مادية قابلة للإثبات و المعاينة من طرف قاضي الموضوع حول تسلم العمل المنجز مطابقا لمقتضيات العقد و الأعراف المهنية، أدى بالفقه إلى الأخذ بالحالة الثانية¹، و هو ما نؤيده بدورنا مجازاة للطرف الممتنع في تنفيذ التزامه، ذلك أنه حتى و إن كان رفض المدين بالاستلام للتنفيذ يرجع إلى عيب في البناء، كان يتوجب عليه، إعمالاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، أن يستلم البناء مع تدوين تحفظاته في محضر الاستلام المؤقت.

الفرع الثاني:

آثار المسؤولية العشرية:

حالة تحقق موجبات المسؤولية العشرية، يحق للدائن بها اللجوء إلى دعوى قضائية لجبر الضرر اللاحق به، و هي دعوى الضمان. و منه، سنتناول هذه الدعوى من حيث بيان أطرافها و مواعيد رفعها، ثم نبين كيفية التعويض عن الضرر بموجبها.

أولاً: دعوى الضمان:

تقوم دعوى الضمان على المسؤولية العشرية²، و ترفع من ذي صفة و مصلحة، في الميعاد المقرر بموجب النص. و منه سنبين أطراف الدعوى و ميعاد رفعها.

1- أطراف الدعوى:

يمكن تحديد أطراف دعوى المسؤولية من خلال استقراء المواد 46 من القانون 04-11 و 30 من المرسوم 85-12 و كذا المادة 554 ق.م.ج و 178 من القانون 07-95، بالمستفيدين من الضمان كمدعين، و الملزمين به كمدعى عليهم. ترفع الدعوى بموجب القواعد العامة لعقد المقاولة من طرف المرقى العقاري - رب العمل - ضد كل من مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين، الذي لهم صلة معه من خلال عقد.

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 227.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 132.

كما ترفع من صاحب المشروع الأصلي، إن لم يكن المرقى العقاري هو مالك الأرض كأن يكون مكلفا من طرف الغير بالإشراف على تنفيذ المشروع العقاري، ضد المرقى العقاري الذي يأخذ صفة المنفذ الأصيل للمشروع¹. و يكون بذلك هو الضامن في مواجهة صاحب المشروع. ويبقى السؤال المطروح في هذه الحالة حول القانون الواجب التطبيق: هل القانون المدني أم القانون 04-11؟ ذلك أن تعريف المرقى العقاري يقودنا إلى تطبيق أحكام القانون الأخير؛ غير أن بقاء وضعية مماثلة دون تنظيم تشريعي، يعني تطبيق القانون المدني.

و ترفع هذه الدعوى كذلك من المقتني، سواء بصيغة البيع لعقار مبني، أو عقار في طور الإنجاز أو مقرر الإنجاز، ضد المرقى العقاري مباشرة، أو ضد كل متدخل آخر في عملية البناء سواء مقاولين، مكاتب دراسات مقاولين فرعيين أو مراقبين تقنيين، فكلهم متضامنين في التعويض، بحيث يكفي أن توجه الدعوى ضد واحد منهم لكي يستفي المدعى لحقوقه كاملة.

و الأساس في حق المقتنين في رفع الدعوى ضد المتدخلين الآخرين غير المرقى العقاري، هو صفة الخلف الخاص التي يكتسبونها عن طريق الشراء من مالك للمشروع.

2- ميعاد رفع الدعوى:

لم يحدد القانون 04-11 ميعادا لرفع الدعوى، و منه تطبق القواعد العامة، و تحديدا المادة 557 ق.م.ج، التي تنص على أن دعاوى الضمان المذكور في المادة 554 تنقضي بمرور 3 سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب.

ومنه، يبدأ حساب تقادم دعوى الضمان بـ 3 سنوات من تاريخ الضرر أو العيب المؤدي إليه. و بما أن التهدم واقعة مادية، فيمكن إثباته بكافة طرق الإثبات، و متى أثبت

¹ - علما أن هذا العقد في فرنسا نظم بموجب أحكام القانون المدني الفرنسي ، في المواد 1831 و ما يليها تحت تسمية عقد الترقية العقارية Le contrat de la promotion immobilière.

المدعي الضرر قام حقه في رفع الدعوى. أما حالة عدم رفع المدعى لدعواه في خلال هذه المدة، سقط حقه في رفعها و برأت ذمة المدين بالضمان من التعويض.

و يحتسب هذا الميعاد من يوم وقوع التهدم، و لو كان آخر يوم من الضمان، كأن تكون بداية الضمان في 2014/01/01، في 2024/12/30 وقع التهدم لسبب غير السبب الأجنبي، في هذه الحالة يكون للمضرور رفع دعواه قبل 2027/12/30.

علما أن المشرع الفرنسي وحد بين مدتي الضمان و الدعوى¹، بأن جعل مدة العشر سنوات واحدة لكليهما، فحالة وقوع الضرر محل الضمان في آخر يوم منه، لم يبق أمام المضرور سوى يوم واحد لإقامة الدعوى و إلا سقط حقه².

يبقى بيان مدى قابلية هذه المدة للوقف و الانقطاع؛ فباعتبارها مدة تقام لا سقوط تطبق عليها القواعد العامة بالنسبة لإمكانية قطعها بالدعوى القضائية الموضوعية أو إقرار المدين بالضمان بحق الدائن فيه.

ثانيا: التعويض عن الضرر في دعوى الضمان:

تحقق الضرر الموجب للضمان يوجب بالتبعية تعويض المتضرر منه، هذا التعويض الذي قد يأخذ أحد أشكال التعويض السابقة الذكر عند تناولنا للتعويض عن المسؤولية العقدية ، فيكون إما عينا، بإصلاح ما تهدم، مع الحق في التعويض المادي و حتى المعنوي. ذلك أن الإصلاح في حالة الهدم ليس إصلاحا بالمعنى الشائع، و لكن الأصح هو إعادة التشييد على حساب المرقى العقاري، مع التعويض عن المصاريف التي تكبدها المقتني إذا قام بالأعمال بنفسه، وكذا التعويض المعنوي عن خيبة الأمل في الحصول على بناء مستقر و متين. علما أن التعويض قد يكون مبنيا كذلك على الدعوى المدنية التبعية، حالة الوفاة جراء تهدم البناية، أين يكون المرقى مساءلا جزائيا بجنحة القتل الخطأ.

¹ -Christophe Ponce, op.cit, p137.

² - المعدل بموجب المادة الأولى من القانون 2008-651 المؤرخ في 17 جوان 2008 المادة 3-4-1792 بأن رفع مدة التقادم في أخطاء المقاولين الفرعيين إلى 10 سنوات بعد أن كانت 5 فقط. Ibidem.

ما نود أن نشير إليه في شأن التعويض عن المسؤولية العشرية، هو الدور الذي يلعبه التأمين في جبر الضرر عنها. ذلك أن لشركات التأمين معايير محددة للتعويض عن المسؤولية العشرية، سواء من خلال قسط التأمين أو من خلال مدى التعويض. فبعض الشركات تقصر التعويض على نسبة 50% فقط من قيمة العمل كحد أدنى يقدر بـ 500.000 دج عن كل حادث بالنسبة للمؤمن الواحد¹. و في ما يلي بيان كيفية حساب قسط التأمين:

تخضع عقود التأمين إلى عدة شروط، إن لم نقل معايير، لتحديد قيمة القسط الواجب السداد من قبل المؤمن بحسب جدول خاص وفقا لمايلي:

- طبيعة المشروع: ترميم أو إنجاز، مقاول أو مقاول فرعية.
- قيمة المشروع.
- مدة المشروع².

فرضا بأن قيمة المشروع تساوي 40.000.000,00 دج من الصنف 1 - B الذي يساوي 70% :

العملية (أ): $40.000.000,00 \text{ دج} \times 70\% = 280.000,00 \text{ دج}$.

العملية (ب): $280.000,00 \text{ دج} \times 10\% = 28.000,00 \text{ دج}$.

(أ)+(ب) = 308.000,00 دج و هو القسط الصافي للتأمين.

قسط التأمين الإجمالي = (308.000,00 دج + 500 دج) $\times 17\% = 52.445,00$ دج (TVA).

361.025,00 دج = 308.000,00 دج + 52.445,00 دج + 500 دج + 80 دج

هو القسط الإجمالي للتأمين على المسؤولية العشرية يدفع مرة واحدة في العشر سنوات

¹ - TARIF , Responsabilité Civile Décennale, Société générale d'assurance SAA, imprimerie des assurances, limites de garantie, p 2

² Ibid, p 1.

ثالثا: رجوع الملزمين بالضمان فيما بينهم:

يستخلص مما سبق، أنه إذا اشترك في عملية البناء مهندس منفرد أو مكتب دراسات و مقاول و مقاولين فرعيين، إضافة إلى المرقى العقاري، فإنهم مسؤولون بالتضامن عما قد يصيب البناء من تدهم خلال العشر سنوات التي تلي استلامه. و بالتالي، يكون للدائن بالضمان إقامة دعوى إما عليهم جميعا، أو على أحدهم للمطالبة بالتعويض كاملا. و يستطيع من أقيمت دعوى التعويض ضده أن يرجع على الآخرين كل بحسب نصيبه أو حسب دور خطأ كل منهم بعد إثباته طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، نظرا لعدم وجود علاقة تعاقدية تربطهم، لأن الخطأ ليس مفترضا فيما بينهم؛ فالأصل هو أن تكون المسؤولية بينهم بالتساوي، إلا إذا كيف القاضي نصيب كل منهم في التعويض بحسب جسامه الخطأ المنسوب إليه¹.

كما يستطيع أيضا من دفع التعويض و أراد الرجوع على الآخر، أن يحل محل الدائن الأصلي بالضمان في حقوقه عن طريق دعوى الحلول²، و هو الأيسر و أفضل، ذلك أنه لن يكون ملزما بإثبات خطأ المدعى عليه، بل يكفي أن تثبت الضرر محل الضمان.

1- حالة ثبوت أن الضرر نشأ عن خطأ المهندس أو مكتب الدراسات:

كأن يكون التصميم المعد معيبا عيبا غير ظاهر، مما أدى بالمقاول إلى عدم إمكانية كشفه ببذل عناية المقاول العادي قبل تنفيذه، ففي هذه الحالة يجب على المهندس المصمم كما المشرف إن لم يكن هو نفسه معد التصميم تحمل عبئ المسؤولية كاملا، و بالتالي:

- إذا كان قد دفع كل التعويض المستحق لوحد، لا يجوز له الرجوع على المقاول.
- إذا كان قد دفع نصف التعويض و النصف الآخر دفعه المقاول، جاز لهذا الأخير الرجوع عليه بما دفعه.

¹ - المادة 126 من القانون المدني الجزائري.

² - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 142.

-و إذا كان المقاول هو الذي دفع كل التعويض، جاز له الرجوع على المهندس بكل ما دفعه.

أما عن الرجوع فيما بين مكتب الدراسات و المتدخلين معه من مهندسين و تقنيين فيتم وفقا للقواعد العامة، أي بعد إثبات المكتب لخطأ المسؤول عن الضرر، إن كان في التصميم أو في الإشراف على التنفيذ.

2- حالة ثبوت أن الضرر نشأ عن خطأ المقاول وحده:

إن كان الخطأ الذي ارتكبه المقاول هو السبب الوحيد للضرر، فيتحمل وحده عبئ المسؤولية، كأن يثبت بأن التهمد راجع لاستخدام المقاول لمواد معيبة لم يكن بإمكان المهندس كشفها لخفائها حتى لو بذل العناية اللازمة في فحص المواد و نفذ التزامه في الإشراف على عملية البناء، فيكون الرجوع بنفس الطريقة المبينة أعلاه.

3- حالة ثبوت أن الضرر نشأ عن خطأ كل منهما:

في هذه الحالة تقسم المسؤولية عليهما معا بنسبة خطأ كل منهما في إحداث الضرر الموجب للضمان (كما سبق بيانه) و ذلك سواء كان الخطأ مشتركا بينهما، أو أن كلا منهما ارتكب خطأ مستقلا، كنشوء الضرر عن عيب ظاهر في التصميم، فيكون المهندس المصمم كما المشرف مخطئين، و المقاول الذي قبل تنفيذه كذلك مخطئا.

4- حالة الرجوع بين المرقى العقاري و المتدخلين الآخرين:

حالة رفع دعوى الضمان على المرقى العقاري مباشرة من طرف المقتنين، كان له أن يدفع التعويض ثم يرجع على المتسبب في الضرر، أكان المهندس أو المقاول أو المقاول الفرعي أو المراقب التقني بعد إثبات دوره في وقوع الضرر الموجب للضمان.

كما يكون له أن يدخل المتدخلين الآخرين في الخصومة لإمكانية دفع مسؤوليته العشرية حالة إثباته لعدم ضلوعه في إحداث الضرر محل الضمان¹.

¹ - راجع في ذلك ، البند المتعلق بالضمان العشري المنصوص عليه في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 المشار إليه سابقا.

المبحث الثالث:

الضمانات الخاصة:

لم يكتف المشرع بأحكام المسؤولية العشرية لحماية حقوق المقتنين للمشاريع العقارية. بل سن ضمانات خاصة متعلقة بنوعية الإنجاز، ضمان حسن سير عناصره و إدارته إلى حين الاستقرار الكامل للمقتني فيه.

هذه الضمانات لم تكن نتاج الصدفة أو الاجتهاد التشريعي، و إنما جاءت لحل العديد من الإشكالات العملية و القانونية التي واجهها المقتنون للعقارات المبنية بالصيغ الحديثة.

و على هذا الأساس، سن المشرع الجزائري نوعين من الضمانات هي: ضمان حسن التنفيذ السنوي بنوعيه، الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيزات، ثم ضمان أو الأمر بضمان إدارة الأملاك لمدة سنتين.

و عليه، سنتناول الضمان السنوي بشقيه (المطلب الأول)، ثم الضمان الثنائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

ضمان حسن التنفيذ (الضمان السنوي):

جاء في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 بشأن ضمان حسن التنفيذ أن: " يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، و يلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية في أجل... (..) يوما ابتداء من إخطاره من طرف المكتب.

إن هذا الضمان صالح لمدة ... سنة، ابتداء من تاريخ الحيازة كما هو محدد في الإجراء المتعلق بالحيازة المبين أعلاه...".

و منه، سنتناول هذا الضمان من حيث بيان ماهيته (الفرع الأول) ثم من حيث بيان نطاقه و نظامه القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

ماهية ضمان حسن التنفيذ:

سكت المشرع الجزائري عن تعريف ضمان حسن التنفيذ أو بيان عناصره، الأمر الذي يستلزم الرجوع إلى القانون المقارن الفرنسي تحديدا كونه الأصل في ظهور هذا الضمان و كذا الفقه المقارن لبيان مفهومه و نظامه القانوني و نطاقيه الشخصي و الموضوعي.

أولا: تعريف ضمان حسن التنفيذ:

يعرف الالتزام بضمان حسن التنفيذ، بأنه ذلك الالتزام القانوني الذي يقع على عاتق المقاول، يلتزم بموجبه بإصلاح كل خلل يحدث في البناية المشيدة، بشرط الإشارة إليه في محضر التسليم، و من ثم يظل المقاول ضامنا لهذا الخلل لمدة سنة من تاريخ التسليم¹. كما يعرف بأنه "الضمان الذي يهدف إلى الحصول على الإنجاز الكامل للعمل مطابقا للالتزام بالتشييد المطابق من طرف المقاولين عند إمضاء الصفقة"².

و عرفه الفقيه (Ph) Malinvaud ، على أنه الضمان الموضوعي الذي يسمح لرب العمل بالحصول في مدة سنة بعد التسلم، على عمل مطابق و أحسن مما كان أو ما يجب أن يكون عليه في تاريخ التسلم، فهو ضمان موجه للاستجابة للتحفظات المعاينة عند الاستلام و تدارك النقائص الظاهر في السنة الأولى³.

¹ - هادف بشير، الأبعاد التنظيمية للضمانات الخاصة لعقد البيع على التصاميم، أعمال الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر الواقع و الآفاق، مطبعة جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص311.

² - La garantie de parfait achèvement à pour but, comme l'annonce son intitulé de parvenir au complet achèvement de l'ouvrage conformément à l'obligation de construction conforme contacté par les entrepreneurs, lors de la signature des marchés, voir : Christophe ponce, op.cit, p 49.

³ - « Il s'agit donc d'une garantie de parachèvement destinée à satisfaire aux réserves formulées lors de la première année », Malinvaud (Ph) et autres, op.cit, p99.

"كما يضمن هذا النوع من الضمان لرب العمل، الحصول في خلال سنة على عمل أصح مما كان يجب أن يكون عنه في هذا اليوم"¹.

ثانيا: ظهور ضمان حسن التنفيذ:

اعتمد هذا الضمان في عهد سابق في فرنسا تحت تسمية سنة الضمان l'année de la garantie²، و تحديدا في التعليمات الوزارية رقم P03-001 لسنة 1948³، المتعلقة بتنظيم العقود النموذجية⁴؛ حيث جاء في نص المادة 545.1 من هذه التعليمات أن على كل مقاول أن يلتزم في خلال سنة الضمان و على حسابه بإصلاح العيوب التي قد تظهر أو قد تعانين بالاستعمال، حتى تلك العيوب المتعلقة بالأعمال الصغيرة.....⁵.

و قد كانت مرحلة التسليم في هذه الفترة تمر في فرنسا بمرحلتين التسليم المؤقت و النهائي أين يلتزم المقاول بتنفيذ الأشغال التي تسمح برفع التحفظات المعاينة من طرف رب العمل و كذا إصلاح العيوب الملاحظة من طرفه إلى حين التسلم النهائي، و المدة الفاصلة بينهما هي سنة.

استمر العمل بهذا الضمان حتى بعد تراجع المشرع الفرنسي عن ازدواجية التسليم في تعديل 1978، و تحديدا في المادة 6-1792 منه، تحت تسمية فترة الضمان —————
Période de garantie ثم أصبحت⁶ La garantie de parachèvement.

¹ -Roger Saint-Alary et Corinne, op.cit, p 167.

² - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 1020.

³ - Albert Caston et autres, op.cit, p 265.

⁴ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 172.

⁵ - « Tout entrepreneur était tenu, au cours de cette année de garantie de remédier à ses frais et risques à tout les désordres qui interviendraient, ou seraient constatés à l'usage, même dans les menus travaux », voir Albert Caston et autres, op.cit, p 265.

⁶ - Roger Saint-Alary et Corinne, op.cit, p167

و عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 1022

ثالثا: الطبيعة القانونية لضمان حسن التنفيذ:

الضمان السنوي عبارة عن التزام قانوني ناتج عن علاقة تعاقدية، بالإصلاح العيني للخلل المعاین أو المشار إليه من رب العمل، طبقا للشروط المنصوص عليها قانونا، بهدف إعادة العمل مطابقا للحالة التي كان يجب أن يكون عليها أو ينبغي أن يكون عليها عند التسلم¹. يعد هذا الضمان من النظام العام، ذو طابع إلزامي بحيث لا يجوز الاتفاق على تخفيف أحكامه، سواء باستبعاده أو بحصر التضامن فيه؛ فأحكام هذا الضمان كسابقه (المسؤولية العشرية) من النظام العام، و هو ما تقضي به المادة 45 من القانون 04-11 المشار إليها سابقا.

يأخذ حسن التنفيذ في فرنسا صفة الضمان و ليس المسؤولية، يعد من النظام العام بحيث لا يمكن للأطراف الاتفاق على تعديل أحكامه².

رابعا: أهداف ضمان حسن التنفيذ:

يهدف هذا النوع من الضمان إلى الإصلاح الفوري و السريع و العيني للخلل المعاین في العقار المشيد، سواء عند التسلم أو في السنة التالية عليه. كما يهدف إلى تبسيط إجراءات الرجوع على المدين به حالة وقوع الضرر لرب العمل بأن حصرها في الما قول، و منه يسهل على رب العمل تحديد المسؤول. ويهدف هذا الضمان كذلك، إلى التخفيف من المبالغ التأمينية الإلزامية، كالضمان العشري و الثنائي في فرنسا ذلك أن هذا الضمان غير خاضع لإلزامية التأمين من عواقبه بحيث تم تقديم الإصلاح العيني للعيوب على التعويض النقدي³.

خامسا: أنواع ضمان حسن التنفيذ:

قسم المشرع الجزائري ضمان حسن التنفيذ إلى نوعين، الأول الوارد في المادة 3/26

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع، السابق، ص1024.

² - Christophe ponce, op.cit, p 49.

³ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع، السابق، ص 1024 إلى 1025.

من القانون 04-11 تحت عنوان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز ، التي جاء فيها "غير أن الحياة و شهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، و لا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة".

و الثاني تحت عنوان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، المنصوص عليه في نص المادة 44 من نفس القانون بأن جاء فيها: "تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه". و لولا استخدام المشرع لأداة العطف (و/أو)، لكان ضمان حسن سير التجهيزات من ضمن الإنهاء الكامل للأشغال. لذلك نأخذ على المشرع الجزائري الغموض في سن نصوص هذا الضمان في القانون 04-11، فالأجدر كان بتخصيص نص واحد تجمع فيه أحكام ضمان حسن التنفيذ، كما فعل في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم 431-13، أين أدرج كلا الضمانين تحت عنوان ضمان حسن التنفيذ، خصوصا إذا ذهبنا إلى النص الفرنسي للقانون 04-11، أين يقابل الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

La garantie de parfait achèvement des travaux de réalisation؛ و يقابل

حسن سير عناصر التجهيزات، Le bon fonctionnement des éléments d'équipements du bâtiment.

أما في التشريع الفرنسي. فقد قرر ضمانين، الأول ثنائي Garantie biennale، و الذي سن في فرنسا بعد إلغاء التسليم المؤقت، و هو ضمان حسن سير عناصر التجهيزات¹، أين أصبح التسليم يأخذ شكل تسليم نهائي زائد سنتين؛ و الثاني سنوي هو ضمان حسن تنفيذ الأشغال². أي أن كلا الضمانين منفصلين في فرنسا، سواء من حيث مدتهما، أم من حيث التنظيم القانوني و التشريعي لهما.

¹ - Christophe Ponce, op.cit, p 69 et suiv.

² - Ibid, p 49 et suiv.

الفرع الثاني:

نطاق ضمان حسن التنفيذ و نظامه القانوني:

سكت المشرع الجزائري عن تحديد النطاق الموضوعي لضمان حسن التنفيذ في حين حدد نطاقه الشخصي، كما لم يحدد له نظاما قانونيا خاصا. و سنتناول في ما يلي بيان هذه العناصر على ضوء القانون 04-11، أما ما غاب فيه التنظيم، فسنتناوله على ضوء القانون الفرنسي.

أولا: نطاق تطبيق الضمان السنوي:

سنتناوله من خلال النطاقين الشخصي و الموضوعي:

1- النطاق الشخصي للضمان:

يقوم هذا الضمان بين طرفين هما الدائن و المدين، في ما يلي بيانهم:—

1-1- المدين بضمان حسن التنفيذ:

نصت المادة 3/26 صراحة¹، على أن المرقى العقاري هو المدين بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، دون غيره من المتدخلين في عملية البناء، الأمر الذي نفسره بكون المرقى العقاري هو المتعامل المباشر مع المقتني بعكس المقاول، الذي يبقى غريبا عن عقد البيع، و لولا ذلك للقي المقتني المتضرر صعوبة في تحديد المسؤول عن التعويض.

أما بالنسبة لضمان حسن سير عناصر التجهيزات، فقد ورد في الفصل الثاني من القانون 04-11 المتعلق بالتزامات المرقى العقاري، و منه، وقوع هذا الضمان على عاتقه. أما في فرنسا، فيختلف الوضع حول النطاق الشخصي للضمان، فإذا كانا بصدد الضمان السنوي، أسست مسؤولية المرقى العقاري في مواجهة المقتني على أساس المواد 1642-1 و 1648-1² من القانون المدني المتعلقة ببيع العقار في طور الإنجاز و على أساس المادة 1792 المتعلقة بالمسؤولية العشرية و ما بعدها بالنسبة لمسؤولية المقاول، ذلك

¹ - المادة 3/26 من القانون 04-11 المشار إليه سابقا.

² - Christophe Ponce, op.cit, p 50.

أن الضمان السنوي في عقود البيع الآجل و المستقبلي في فرنسا ملزم للمشيد الباني، في حين تقتصر في عقد المقاولة (إجارة العمل) على المقاول دون غيره من المتدخلين بناء على نص المادة 1792-6/2¹؛ علما أن المقاول الفرعي يخضع في القانون الفرنسي لهذا الضمان كمدین به في مواجهة رب العمل، إذا ما ثبتت مسؤوليته عن الأضرار اللاحقة بالمنشأة² بعكس الضمان العشري.

أما إن كان موضوع الضمان حسن سير عناصر التجهيز، فينطبق عليها نفس النطاق الشخصي للضمان العشري.

و الملاحظ من خلال نصوص القانون 04-11 و بالمقارنة مع ما جاء به المشرع الفرنسي، أن المشرع الجزائري قصر هذا الضمان على المرقى العقاري كمدین به دون المقاول، مما يثير التساؤل حول موقع المرقى من هذا الضمان كمستفيد منه في مواجهة المقاول. بمعنى آخر، هل يقتصر تطبيق أحكام هذا الضمان على أطراف عقد البيع دون أطراف عقد المقاولة؟.

1-2-الدائن بضمان حسن التنفيذ:

المستفيد من أحكام ضمان حسن التنفيذ، هو المقتني بإحدى صيغ البيع المحددة في المواد 25، 26، 27 و 28 من القانون 04-11، أي المشتري للعقار المبنى، أو مقرر إنجاز أو في طور الإنجاز. و نعيد التساؤل عن موقع المرقى العقاري كمستفيد منه، ذلك أن اعتماد ما جاء به المشرع في القانون 04-11، يقودنا إلى تأسيس هذا الضمان على عقد البيع لا على عقد المقاولة.

فمن جهة نرى إجحاف المشرع في حق المرقى العقاري، و من جهة أخرى نؤيد ما ذهب إليه المشرع من تحميل المرقى العقاري بهذا الضمان، لأنه قرر حماية مضاعفة

¹ -Malinvaud (Ph) et autres, op.cit, p99.

² - Malinvaud (PH), Droit de la construction, Dalloz action, 2010-2011, p 1130.

للمقتني؛ ذلك أنه حالة تعدد المقاولين، يصعب تحديد المسؤول المباشر عن سوء التنفيذ بين المقاولين و المقاولين الفرعيين.

و عليه، يمكن تفسير نص المادة 26 من القانون 04-11 من الناحية التطبيقية، إلى حين تنظيم علاقة المرقى بالمقاول بنص خاص، على أنه، إذا ما عاين المقتني أثناء الاستلام أو في حدود السنة الموالية له ظهور خلل أو عيب، مما لا يدخل في نطاق الضمان العشري، فله الرجوع على المرقى العقاري لإصلاحها، هذا الأخير الذي له الرجوع على المقاول بالحلول محل المقتني في حقه بإصلاح عيوب البناء أو الخلل الحاصل في عناصر التجهيزات؛ أو أن يضمن العقد (عقد المقولة) مدة ضمان خاصة، مفادها الاستلام المؤقت المقتن في القانون 04-11 على أن يشمل مدة الضمان المقررة للمقتني.

2- النطاق الموضوعي لضمان حسن التنفيذ:

سكت المشرع الجزائري عن بيان الأعمال، الأضرار أو العيوب التي تكون محلا لضمان حسن التنفيذ، عكس ما جاء به في تحديد النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية و السكوت في معرض الحاجة بيان. و منه، فضمن حسن التنفيذ يشمل المبنى المشيد في مجموعه¹ خارج نطاق المسؤولية العشرية. أي أن كل عيب لا يؤدي إلى إزالة البناية أو جزء من البناية يدخل ضمن ضمان حسن الإنجاز.

و يشمل هذا الضمان عموما، جميع العيوب المعاينة عند الاستلام، و كذا تلك الطارئة في السنة الموالية له، و هو ما يفهم من خلال نص المادة 3/26 من القانون 04-11. و رجوعا دائما إلى المشرع الفرنسي، نجده لم يحدد بدوره العيوب بدقة، و لكن اصطلاح عليها تسمية Désordres للدلالة عليها، التي تعني "عدم التنظيم أو عدم التنسيق و الترتيب"²، أي أنه يعبر عن مظهر و دليل الضرر مستقلا عن سببه؛ في حين أن

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 1038.

² - المرجع نفسه، ص 1050.

مصطلح Vices يضاف على الخطأ الإنساني أو الغلط، و هو سبب الضرر و مصدره¹. أي أن العبارة الأولى لا تبحث في سبب الضرر، في حين تنسب العبارة الثانية الضرر إلى العمد أو الخطأ البشري.

على هذا الأساس، يكفي لإعمال الضمان السنوي مظهر الضرر، و هو الخلل بغض النظر عن سببه، أي دون البحث عن مسؤولية المدين بالضمان. و يرد الفقه الفرنسي سبب هذا الضمان لا إلى العيوب و لكن إلى عدم المطابقة².

تجدر الإشارة في هذه النقطة إلى الفرق بين عدم المطابقة و العيب، ذلك أن المطابقة مرتبطة بالالتزام بالتسليم، في حين يقابل العيب الالتزام بالضمان³. فالأول خاضع للقواعد العامة، في حين أن الثاني خاضع للقواعد الخاصة.

و قد أخرج المشرع الفرنسي العيوب الناتجة عن سوء استعمال رب العمل للمنشأة و ألقى عبء الإثبات فيها على المَقاول، الذي متى أثبت أن العيب ناتج عن سوء استعمال رب العمل للمنشأة، تخلص من الضمان⁴.

أما عن ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، فمن المفروض أن اسمها دال على نطاقها، و هو عناصر تجهيز البناية.

غير أن السؤال المطروح هو، ما المقصود بعناصر التجهيزات المشمولة بالضمان السنوي؟ ذلك أن نص المادة 181 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، يعتبر بأن عناصر التجهيز تدخل في نطاق المسؤولية العشرية، رغم أن القانون 11-04 لم يتناولها صراحة ضمن نطاقها.

إجابة على هذا السؤال، يجب الفصل بين عناصر التجهيز غير القابلة للانفصال و تلك القابلة للانفصال. فإن كنا بصدد الأولى خرجنا من الضمان السنوي؛ أما إن كنا

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 1051.

² - Malinvaud (Ph), Droit de la construction, op.cit, p 1131.

³ - Malinvaud (PH) et autres, le droit de la promotion immobilière, op.cit, p 349

⁴ - Ibidem.

بصدد الثانية، فتدخل في نطاقه. و مثاله، الأدوات الميكانيكية و الكهربائية الملحقة بالعقار الأبواب، الشبابيك، الأحواض، القواطع و الفواصل.....إلخ، و هو ما اعتمده القضاء الفرنسي للتفريق بين عناصر التجهيزات المشمولة بالضمان العشري عن غيرها من العناصر التجهيزية للعقار¹. كما يجب أن يتصل العنصر التجهيزي بالمبنى ذاته، أي بعناصر تجهيز البناية لا بملحقاتها من المنشآت الثابتة الأخرى².

أما عن السبب الموجب للضمان، فهو عدم أداء العنصر التجهيزي لوظيفته بكفاءة³. علما أن ضمان حسن سير عناصر التجهيز ثنائي في فرنسا و ليس سنويا.

ثانيا: النظام القانوني لضمان حسن التنفيذ:

لا بد لقيام ضمان حسن التنفيذ توافر شرطين؛ فلا بد من الإعلان عن العيب في السنة الموالية للاستلام، و إن كانت عيوباً ظاهرة، فلا بد من تضمينها في محضر الاستلام. و في ما يلي بيان هاذين الشرطين:

1-مدة ضمان حسن التنفيذ:

مدة ضمان حسن التنفيذ هي سنة من تاريخ استلام المقتني للملك العقاري، له أن يستخدم فيها العقار، و يتأكد من تمام الإنجاز و حسن سير عناصره التجهيزية. و الملاحظ من خلال نص المادة 3/26 من القانون 04-11، هو أن مدة الضمان هي نفسها مدة الدعوى بعكس المسؤولية العشرية، التي يمنح بموجبها المشرع مدة ثلاث سنوات لرفع الدعوى. كما أنه ترك تحديد أجل إصلاح العيوب المعاينة لاتفاق الأطراف. ثم لم يحدد ميعاد رفع الدعوى حالة عدم القيام بالإصلاحات اللازمة؛ ما يفهم منه أن مدة الضمان هي سنة، يجب أن ترفع الدعوى خلالها. فما هو مصير العيوب التي تكتشف في آخر يوم من الضمان؟

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 992 . و Christophe Ponce, op.cit, p 69

² - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق ، ص 995.

³ - المرجع نفسه، ص 998 إلى 999 . و Christophe Ponce, op.cit, p 70.

و منه نرى وجوب فصل مدة الضمان عن آجال الدعوى، كما هو الحال في المسؤولية العشرية، لضمان تحقيق الحماية المنشودة من سن أحكام هذا الضمان.

2- وجوب تضمين العيوب الظاهرة في محضر الاستلام:

لم ينظم المشرع الجزائري ضمان حسن التنفيذ، و اكتفى بالإشارة في المادة 44 من القانون 04-11 إلى وجوب تحديد مدة إصلاح العيوب في عقد البيع المبرم بين المرقى والمقتني.

في حين ألزم المشرع الفرنسي وجوب تضمين محضر الاستلام لعيوب المطابقة المعاينة عند الاستلام (العيوب الظاهرة)¹، تحت طائلة عدم إخضاعها لأحكام الضمان السنوي (ضمان حسن الإنجاز)²، ذلك أن عدم كتابتها في هذا المحضر يعد تنازلاً ضمناً عنها، وبالتالي إخلاء مسؤولية المقاول أو المرقى البائع منها.

و قد نصت على ذلك صراحة المادة 6/2-1792 ق.م.ف، أين جاء فيها بأن ضمان حسن الإنهاء الذي يلتزم به المقاول في أجل سنة المحسوبة من الاستلام يجب أن تسجل في محضر التسليم، إذا عوبنت أثناءه و أن تبلغ للمقاول³.

أي أنه حالة معاينة العيب أثناء الاستلام، يحرر محضر بذلك، و حالة المعاينة اللاحقة له على الاستلام، يبلغ المقاول من طرف رب العمل بموجب رسالة مضمّنة بوصل الاستلام. فالكتابة أو العلم الصريح بالعيوب شرط أساسي عند المشرع الفرنسي للاستفادة من الضمان السنوي.

و السؤال المطروح، هو ما مدى قابلية مدة الضمان السنوي للقطع من عدمه، كحالة الإجراءات القضائية المتخذة لإعمالها في مواجهة المدين بها حالة توفر شروطها؟.

¹ - Malinvaud (Ph), Droit de la construction, op.cit, p 1131.

² Ibidem.

³ - Art 1792-6/2 : « La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au=procès-verbal de la réception, soit par voie de notification écrite par ceux révélés postérieurement à la réception ».

الأصل، أن الدعوى القضائية تقطع التقادم، و منه يفتح أجل جديد من تاريخها. و هو ما نصت عليه المواد 317 و 1/319 ق.م.ج، أين تقضي المادة 317 ق.م.ج بقطع الدعوى القضائية للتقادم؛ و تقضي المادة 1/319 ق.م.ج أنه حالة انقطاع التقادم، يفتح أمام المستفيد منه تقادم جديد مدته كالأول، كما ينقطع بإقرار المدين بحق الدائن في الحق المطالب به.

إسقاطا لذلك على مدة دعوى الضمان السنوي، نقول بأنه حالة ظهور عيب و بلغ به المرقى العقاري، انقطع أجل التقادم من تاريخ هذا التبليغ، فإذا أقر و قام بالإصلاح فلا إشكال؛ أما إذا تعسف أو تقاعس عن إصلاح العيب، يرفع المقتني دعوى قضائية، و بذلك ينقطع التقادم من تاريخ رفعها. و هو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادتين 2240-2241 من القانون المدني الفرنسي الجديد¹.

كما أن انقضاء مدة الضمان، لا يعني سقوط الحق في المطالبة بالإصلاح أو التعويض، لأن مدة التقادم في القواعد العامة تفتح أمام الدائن للمطالبة بحقوقه².

3-إثبات الضرر:

يتوجب على المقتني إثبات عدم إتمام الإنجاز، و له استخدام كافة الوسائل في ذلك كونها واقعة مادية قابلة للإثبات بكافة الطرق، أفضلها هو الطريق القانوني بإجراء معاينة من طرف محضر قضائي، الذي يحزر العيوب المعاينة في محضر رسمي يبلغ إلى المرقى العقاري، الذي يتوجب عليه السعي لإصلاح تلكم العيوب في الوقت المتفق عليه. و يقع على المرقى العقاري إثبات السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية، ذلك أنه لا يكفي للمرقى أن ينفي الخطأ عن نفسه، لأن قرينة الضمان قاطعة و قائمة بمجرد إثبات المقتني لعدم سير عنصر التجهيز بكفاءة أو عدم إتمام الأشغال³.

¹-Christophe Ponce, op.cit, p 51.

² - Ibidem.

³ - عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 1012.

أما عن التعويض، فقد وضحنا أنه من جنس العمل، فهو عيني يتمثل في إصلاح العيب المعايين. و حالة تعنت المرقى، للمقتني اللجوء إلى القواعد العامة لتنفيذ الإصلاحات على حساب المرقى (170 ق.م.ج).

و ما يلاحظ، هو أن المشرع الجزائري عند اصطلاحه على هذا الضمان بالإنهاء الكامل لأشغال الانجاز، قصد بذلك حسن الانجاز، و عليه كان الأجدر به اعتماد عبارة الإنهاء الجيد لأشغال الانجاز، أو ضمان حسن الانجاز مباشرة¹. ذلك أن النص باللغة الفرنسية جاء أكثر دلالة على قصد المشرع؛ فحسن الانجاز يقابله parfait achèvement في حين يقابل الإنهاء الكامل للأشغال complet achèvement، فالأول يذهب إلى المعنى النوعي، في حين يدور الثاني حول المعنى الكمي.

المطلب الثاني:

ضمان إدارة الأملاك (الضمان الثنائي)

لم يقف المشرع عند أحكام المسؤولية العشرية و الضمان السنوي كالتين لحماية المقتني في عقود البيع في مجال الترقية العقارية، و لكن قرر ضمانا ثالثا، و هو الضمان الثنائي، الموسوم بضمان أو الأمر بضمان إدارة الأملاك، المنصوص عليه في المادة 62 من القانون 04-11، و منه سنتناول أساس هذا الالتزام و نظامه القانوني في ما يلي:

الفرع الأول:

أساس الضمان بإدارة الأملاك العقارية:

يقوم نشاط الترقية في الجزائر أساسا على عمليات البناء بمفهوم المادة 03 من القانون 04-11 (عملية تشييد بناية أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري

¹ - لأن القانون الجزائري يصدر باللغة الفرنسية ثم تتم ترجمته إلى اللغة العربية، فالنص الفرنسي هو الأصل.

أو الحرفي أو المهني)، فهو النشاط الأكثر ممارسة مقارنة مع أعمال الترميم و الإصلاح و التهيئة... إلخ. و مفاد هذا النشاط، هو تشييد التجمعات السكنية المتمثلة في مجموعة من العمارات المكونة من عدة طوابق و من عدة شقق سكنية، أو محلات مهنية، تجارية أو حرفية.

هذه الوضعية التي يقابلها من الناحية القانونية ما يعرف "بالملكية المشتركة"، التي تستوجب لحسن سيرها تنظيمًا خاصًا يضبط قواعدها، بهدف المحافظة على العقار في عناصره التكوينية و التجهيزية، و حماية ملكية الشركاء في الملك العقاري من الاعتداءات القانونية و المادية، و كذا المحافظة على علاقات حسن الجوار.

و منه، يجد ضمان إدارة الأملاك العقارية محل عقد البيع في الترقية العقارية أساسه في نظام الملكية المشتركة ، بالالتزام الملقى على عاتق المرقى العقاري بحسن تسيير المشروع العقاري؛ ذلك أن التزامه السابق بالتنسيق بين جميع عمليات الدراسة و الأبحاث و التمويل و التعبئة و السهر على تنفيذ أشغال إنجاز المشروع العقاري¹، يكمله التزامه بتسيير المشروع العقاري بعد تسليمه إلى المقتنين إلى حين اتخاذ ما يلزم من إجراءات للأخذ بزمam التسيير الذاتي أو الجماعي لمجموعة الشركاء في الملكية.

و بذلك، نصت المادة 62 من القانون 04-11 الواردة في الفصل الخامس منه تحت عنوان "تسيير المشاريع العقارية"، على أن: " يلتزم المرقى العقاري بضمان أو الأمر بضمان إدارة الأملاك لمدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية.

يعمل المرقى العقاري خلال المدة المذكورة أعلاه، على تنظيم تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعيّنين من طرفهم". و عليه، سنعرف بداية الملكية المشتركة، ثم نبين خصائصها.

¹ - المادة 17 من القانون 04-11 و المادة 24 من المرسوم التنفيذي 13-431 المشار إليهم سابقا.

أولاً: تعريف الملكية المشتركة:

عرف المشرع الجزائري الملكية المشتركة في نص المادة 743 من القانون المدني كما يلي: " الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبنى أو مجموعة العقارات المبنية و التي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص و نصيب في الأجزاء المشتركة".

من هذا التعريف، يتضح أن الملكية المشتركة تخص وضعية قانونية لاحقة على عملية البناء، فيخرج منها العقار طور الإنجاز أو المقرر إنجازه، كونها غير مبنية بعد. و منه، فالملكية المشتركة هي نظام قانوني معد لتسيير العقار المشاع في أجزاء منه بين مجموعة الملاك، و الخالص في أجزاء أخرى لكل مالك على حده¹.

ثانياً: خصائص نظام الملكية المشتركة:

يُعنى نظام الملكية المشتركة بتنظيم علاقة الملاك منفردين و مجتمعين، و تنظيم إدارة العقار للمحافظة على سلامته، نظمه المشرع الجزائري طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 99-14 المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية.

و عليه، يتميز هذا النظام بما يلي:

- يختص هذا النظام بتنظيم قواعد تسيير و إدارة البنايات الجماعية قصد توضيح كافة البيانات القانونية و التقنية و المالية المتعلقة بها، و كذا الأعباء و الالتزامات المفروضة على المقتنين أثناء اكتتاب عقد البيع الخاص بأمالكهم العقارية².
- نظام الملكية المشتركة، إلزامي لجميع المالكين.
- يهدف هذا النظام إلى توضيح مآل البناية أو مجموع البنايات من حيث بيان تقسيمها

¹ - زهرة عبد القادر، المرجع السابق، نطاق الضمان العشري للمشيدين، ص 234، و دروازي عمار، آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة و حمايتها في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، دون سنة مناقشة، ص 6.

² - راجع في ذلك، نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية الملحق بالمرسوم التنفيذي 99-14.

إلى أجزاء خاصة و مشتركة، مع بيان شروط الانتفاع بها و تعيين وصف دقيق لكل صنف من أصناف هذه الأجزاء¹.

- لا يتصور ورود هذا النظام على غير الملكيات الجماعية، كونها تتسم بازدواجية الملكية الخاصة و الجماعية².

- المالك في نظام الملكية المشتركة له سلطة الاستعمال و الاستغلال و التصرف في ملكيته الخاصة، مع اقتصار حقه على الاستعمال و الانتفاع فقط في الملكية المشتركة دون الحق بالتصرف بها أو تغيير معالمها إلا باتفاق الشركاء³.

ثالثا: الطبيعة القانونية لنظام الملكية المشتركة:

اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لنظام الملكية المشتركة، فثمة من اعتبره عقدا متبادلا⁴، منهم من اعتبره عقد شراكة، و منهم من يرى أنه عقد إذعان⁵، ذلك أن كل شريك في الملكية مجبر على الانضمام لهذا النظام بمجرد تملكه لجزء في العقار محل الملكية المشتركة.

و بالرجوع إلى المادة 50 من القانون 11-04، نجدها تنص على أنه: "يتعين على المكتتب في مشروع عقاري كما هو منصوص عليه في هذا الفصل، احترام بنود نظام الملكية المشتركة، و تسديد كل المساهمات التي تقع على عاتقه بعنوان التسيير و الحفاظ على العقار الذي يملكه، و تبقى مسؤوليته كاملة تجاه كل شخص يشغل العقار بمحض إرادته". و عليه، فنظام الملكية المشتركة نظام إجباري (إلزامي) في مواجهة المقتنين (عقد

¹ - راجع في ذلك، نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99.

² - زهرة عبد القادر، المرجع السابق، ص 234، و دروازي عمار، المرجع السابق، ص 7.

³ - المادة 13 من المرسوم 83-666 الملغى بالمرسوم 14-99 "لا يجوز إدخال أي تغيير على الأشياء المشتركة و على الخدمات المشتركة، مثل المصاعد و قنوات توزيع المياه و الغاز و الكهرباء إلا بموافقة الشركاء الآخرين"، و هي نفس الصياغة تقريبا للبند 2-2-3 من نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية تحت عنوان استعمال الأجزاء المشتركة.

⁴ - دروازي عمار، المرجع السابق، ص 68.

⁵ - المرجع نفسه، ص 68.

إجباري)، و إعداده و تبليغه للمقتنين هو التزام عقدي تابع للعلاقة التعاقدية الناتجة عن عقد البيع، مفادها تحقيق نتيجة في حق المرقى العقاري.

غير أن ما يهمنا، هو دور المرقى العقاري في هذا النظام، لأن مجال الدراسة لا يدور حول نظام الملكية المشتركة بين الشركاء في الملكية، و لكن هدف الدراسة هو بيانه كأثر من آثار الالتزامات التعاقدية بين المرقى العقاري و المقتنين.

رابعاً: الطبيعة القانونية للالتزام بإدارة الملك العقاري:

يعد التزام المرقى العقاري بإدارة الملك العقارية أو الأمر بضمان إدارتها، إلزاماً عقدياً أساسه عقد البيع المبرم مع المقتني، كما يؤسس على نظام الملكية المشتركة الذي يأخذ فيه المرقى العقاري دور جمعية الشركاء في الملك، إلى حين إنشائها من طرف المقتنين. أما عن طبيعة هذا الالتزام، فهو التزام ببذل عناية في السهر على المحافظة على العقار المبيع.

الفرع الثاني:

الالتزامات المرقى العقاري في تسيير نظام الملكية المشتركة:

تنص المادة 61 من القانون 04-11، على أنه: "يتعين على المرقى العقاري إعداد نظام الملكية المشتركة، و توضيح كل البيانات القانونية و التقنية و المالية الخاصة به. و يجب عليه خصوصاً توضيح الأعباء و الواجبات التي يلتزم بها المقتنون عند الاكتتاب في عقد بيع عقار ما.

كما يجب على المرقى العقاري توقع و إنجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك و مسكن البواب، بعنوان الأجزاء المشتركة. تحدد كليات تطبيق هذه المادة عند الحاجة عن طريق التنظيم".

و تنص المادة 62 المذكورة أعلاه على وجوب ضمان إدارة الأملاك أو الأمر بضمان إدارتها لمدة سنتين، و منه، يترتب في ذمة المرقى العقاري التزامين مرتبطين بعقد بيع عقار

في مجال الترقية العقارية، و هما: الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة و الالتزام بإدارة الأملاك.

أولاً: الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة:

تطبيقاً لنص المادتين 60 و 61 من القانون 04-11، يلتزم المرقى العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة في شكل رسمي، بحيث يحرره الموثق بطلب من المرقى العقاري و بموافقة الممثل المنتخب أو المعين من طرف المقتنين¹، أي أن نظام الملكية المشتركة عقد يبرم بين المرقى العقاري و جمعية الملاك. و يلتزم المرقى العقاري بعدة التزامات بمناسبة إعداد هذا النظام نوردها كما يلي:

تنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 99-14، على أن يلتزم المرقون العقاريون بإعداد نظام الملكية المشتركة على أساس النموذج الملحق بالمرسوم، قصد تحديد كل البيانات القانونية و التقنية و المالية المتعلقة بها، مع بيان الأعباء و الالتزامات المرتبة في ذمة المقتنين عند اكتتاب عقد بيع خاص بأملاكهم العقارية، أي أن هذا النظام عبارة عن جدول حقوق و أعباء تخص المقتنين من حيث الالتزامات القانونية المتعلقة باستعمال الملكية المشتركة، و الأعباء المالية للمحافظة على العقار المبيع، إصلاحاً و ترميماً و تعديلاً.

كما يلتزم المرقى العقاري عند إعداد نظام الملكية المشتركة، بالعمل على توفير مرافق إدارة الأجزاء المشتركة، من محلات ضرورية و مسكن بواب عند الاقتضاء². و يتعين على المرقى إضافة إلى التزامه بإعداد نظام الملكية المشتركة، تبليغه للمقتنين مع عقد الملكية و شهادة المطابقة. و يخضع هذا النظام إلى التسجيل و الشهر لدى المحافظة العقارية.

¹ - المادة 06 من المرسوم التنفيذي 99-14.

² - المادة 04 من المرسوم التنفيذي 99-14: "يتعين على المرقى العقاري أن يوضح أنه خصص و أنجز بعنوان الأجزاء المشتركة، المحلات الضرورية لإدارة الأملاك، و كذا مسكن البواب، عند الاقتضاء".

ثانيا: الالتزام بضمان أو الأمر بضمان الإدارة للأمالك العقارية:

تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 14-99 المتعلق بالملكية المشتركة على أنه: "يتعين على المرقى العقاري، زيادة على ذلك، إعداد و وضع وسائل و أجهزة تسيير الأملاك العقارية المقترحة للتنازل عنها و ضمان أو السعي لضمان إدارة الملك خلال مدة سنتين(02) ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية المعنية، و العمل على تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة التي وضعها أو عينها المقتنون".

يتضح من خلال هذه المادة إضافة إلى المادة 62 من القانون 11-04 المشار إليها سابقا أن المرقى العقاري ملزم بإعداد منظومة قانونية و إدارية لتسيير الملك العقاري، بوضع الركائز الأولية لطرق التسيير و الإدارة من حيث الصيانة و الأعباء، فيتولى بذلك إدارة هذه الوسائل و الأجهزة المعدة لتسيير البناية، إما بنفسه أو بتعيين من ينوبه في ذلك، لمدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية، و ليس من تاريخ الاستلام، فما هو قصد المشرع من هذه العبارة؟.

ذلك أن ترك النص على هذه الصياغة، يؤدي إلى الاعتقاد بأن عملية الإدارة و التسيير تتم قبل تمام الإنجاز، لأن البيع قد يكون على التصاميم، و بذلك يباع آخر جزء عند سداد ثمن آخر دفعة، غير أن تمام الإنجاز لا يعني الاستلام، فقد يتراخى إلى وقت لاحق، كالحصول على شهادة المطابقة و توقيع محضر الاستلام المقترن بالحيازة الفعلية للعقار.

و نية المشرع من ذلك، إعطاء فرصة للمقتنين للإلمام بأساليب إدارة الملك العقاري و تبلور أجهزته الداخلية من جمعية الشركاء في الملكية، و إعداد نظام الملكية المشتركة إلى حين الاستلام الفعلي، أين لا يبقى أمام المرقى العقاري سوى وضع آليات التسيير و الإدارة بين أيدي الملاك.

أي أن المشرع قدم هذا الضمان على عملية الاستلام و جعله ممتدا إلى ما بعدها لضمان حسن تسيير الأملاك العقارية، لأن المرقى هو العالم بكيفية إدارة مشروعه، و عليه

بذلك إطلاع المقتنين على طرق التسيير و الصيانة لضمان سلامة البناء و المحافظة عليه و بالتالي تحله من كل ما قد يصيبه جراء سوء التسيير، سوء الصيانة أو سوء الاستعمال.

كما نجد في صياغة المادة 06 من المرسوم 14-99 ما يؤكد تفسيرنا للمادة الخامسة منه. ذلك أن نظام الملكية المشتركة يعد و يسلم للمقتني عند استلام البناء، و منه القول بوجود موافقة الممثل المنتخب أو المعين من طرف المقتنين عليه، إنما يعود إلى أن المرقى يسعى بمناسبة إدارته للملك العقاري إلى تحويل الإدارة و التسيير إلى الهيئات المنبثقة عن الملاك و يكون بذلك مسيرا انتقاليا للملكية المشتركة إما شخصيا أو عن طريق الغير ممن يكلفهم بذلك، و يلتزم بذلك بكل التزامات الهيئة المعنية من صيانة و تسيير و أعباء، فيقوم مقامها في الحقوق و الواجبات إلى غاية انعقاد أول جمعية عامة لها، الأمر الذي يفهم منه أن تشكيل جمعية الشركاء في الملك المنصوص عليها في نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم 14-99، يضع حدا لالتزامات المرقى العقاري في الإدارة و التسيير.

علما أن دور المرقى في هذه الفترة، قد يصطدم بالتزامه بالضمان العشري، ذلك أنه و قبل اعتماد الجمعية المتمتعة بالشخصية المعنوية، قد يجد نفسه ممثلا للملاك للمطالبة بالتعويض عن الضرر المنتج للمسؤولية العشرية.

أما عن طبيعة التزامه في هذا الضمان، في رأينا، فهو التزام ببذل عناية ، مفاده اتخاذ كل ما يمكن من إجراءات لضمان حسن تسيير الملك العقاري إلى حين تحويل مهام الإدارة إلى مجموعة الشركاء.

و بهذا، يكون المشرع قد أحاط المقتني لمنتوج الترقية العقارية بحماية قانونية من نوع خاص أساسها العقد، و هي المسؤولية العقدية المرتبطة بتنفيذ بنود العقد و بتحقيق الضمانات المقررة بموجبه و المنظمة بالنصوص القانونية الخاصة و العامة، و التي تمتد على مدار فترة التنفيذ إلى ما بعد استلام المشروع العقاري.

ملخص الفصل:

تطرقنا في هذا الفصل إلى بيان أساس المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية بعد تمام تنفيذ أشغال البناء، فكانت البداية ببيان أحكام الاخلال بالتزامي بالتسليم و الاستلام من خلال تحديد مفهومهما، ثم من حيث بيان أشكالهما المتمثلة في التسليم و الاستلام الصريح و الضمني، الجزئي و الكلي، المؤقت و النهائي؛ ثم بينا جزاء الاخلال بهاذين الالتزامين كل على حده في عقدي المقاوله و البيع. لننتقل بعدها إلى بيان أحكام المسؤولية العشرية من حيث نطاقها الشخصي، محددين للملزمين بها و المستفيدين منها؛ من حيث نطاقها الموضوعي، محددين لمواطن الاستفادة منها؛ ثم من حيث نظامها القانوني، إثباتا و نفيًا. كما بينا مدة الضمان العشري و طبيعتها القانونية و كيفية حسابها؛ حددنا أثار المسؤولية العشرية ببيان أحكام دعوى الضمان و كيفية التعويض عنها. و انهينا هذا الفصل بتناول الضمانات الخاصة المنصوص عليها في القانون 11-04، و هما الضمان السنوي أو ضمان حسن التنفيذ، و الضمان الثنائي أو ضمان إدارة الملك العقاري أو الأمر بإدارته من حيث بيان مفهومهما و طبيعتهما القانونية و مدة الضمان فيهما، و نطاقيهما الشخصي و الموضوعي.

الخاتمة

تعد عمليات البناء و البيع النشاط الأكثر تداولاً و حيوية في مجال الترقية العقارية مقارنة بالنشاطات الأخرى التي تتدرج تحته. يجتمع فيها العديد من الفاعلين الاقتصاديين و الحرفيين و المهنيين إلى جانب المقتنين للمنتوج العقاري، مما يفرز بالتبعية تداخلاً من حيث العقود المبرمة و من حيث المسؤوليات المترتبة عن الإخلال بتنفيذ بنودها.

و نظراً لخصوصية عمليات البناء الموجهة إلى البيع من حيث غياب التوازن بين القائمين بها و المستفيدين منها، كون العلاقة التعاقدية المنعقدة بمناسبة هذا النشاط تجمع بين محترفين في مجالهم مع مقتنين مستهلكين للمنتوج العقاري بعيدين عن الاحتراف، سن المشرع الجزائري تنظيماً قانونياً خاصاً يهدف من خلاله إلى حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة، من خلال أحكام القانون 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية و مراسيمه التنفيذية، أين ظهرت نية المشرع بوضوح في مد مجال الحماية القانونية إلى ما بعد مرحلة التنفيذ. فوضع أحكام المسؤولية العشرية و قرر نوعين من الضمانات الخاصة المتعلقة بضمان حسن التنفيذ و ضمان إدارة الأملاك العقارية المنجزة و المباعة.

هذا القانون الذي كان يفترض فيه أن يكون جامعاً لمضامين نشاط البناء و البيع على امتداد مراحله، سواء من حيث تحديد الإطار التعاقدى لهذا النشاط المزدوج أو من حيث تحديد المسؤوليات العقدية المحتملة بمناسبته، و كذا بيان أحكام الضمانات المقررة فيه و بالتالي ضمان نظام حماية متكامل و واضح لجميع الفاعلين و المستفيدين في هذا النشاط.

إلا أن القانون 04-11 لم يكن بمستوى التطلعات المرجوة من سنه، و هو ما توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة. ذلك أن تحليل نصوص القانون 04-11 على ضوء مراسيمه التنفيذية و نصوص القانون المدني و النصوص المنظمة للمسؤولية العقدية في مجالي البناء و البيع، قادنا إلى مجموعة من النتائج المتعلقة بمدى توصل هذا القانون إلى

وضع نظام قانوني متكامل للمسؤولية العقدية، و بمدى فاعلية الضمانات الخاصة المقررة بموجب أحكامه على امتداد مرحلة الإنجاز و ما بعد الاستلام نوردنا متضمنة للاقتراحات في هذا الشأن كما يلي :

أما عن مرحلة الإنجاز، فنورد بمناسبة النتائج التالية:

- عنى المشرع الجزائري بموجب هذا القانون، بتنظيم العلاقة التعاقدية بين المرقى العقاري و المقتني من حيث تحديد إطارها في عقد البيع على اختلاف كميّاته، على حساب تنظيم العلاقة بين المرقى العقاري و المتدخلين معه في مرحلة الإنجاز، التي حدد إطارها بعقد المقولة المنظم لعلاقة المرقى بالمقاول في المادة 16 منه، التي بقيت دون تنظيم تشريعي إلى يومنا هذا. مع إهمال تام لتنظيم علاقة المرقى العقاري بمكاتب الدراسات و المتدخلين الآخرين في مرحلة البناء، مما يعطي انطباعا بغياب هؤلاء المتدخلين و اختصار دورهم في المرقى العقاري.

- و كنتيجة لسابقتها، سادت القواعد العامة لعقد المقولة المنظم بموجب أحكام القانون المدني تسيير مرحلة الإنجاز من حيث تنظيم أحكام المسؤولية العقدية، التي لا تتماشى مع خصوصية المسؤولية المترتبة على النشاط السائد في هذه المرحلة. أي أن القانون 04-11 لم يغط هذه المسؤولية في مرحلة الإنجاز، و بذلك بقيت المسؤولية العقدية بين المرقى العقاري كرب عمل و المتدخلين لصالحه في مرحلة الإنجاز دون تنظيم خاص.

- إن حصر علاقة المرقى العقاري بالمقتني في عقد البيع على اختلاف كميّاته و بالتالي اعتباره أساسا لقيام المسؤولية بينهما، يجعله عاجزا كآلية للتعاقد عن استيعاب جميع نتائج نشاط الترقية العقارية المتعلق بالبناء و البيع، كون هذا العقد يقع على نقل الملكية فقط، و لا يتعدى إلى تنظيم دور المرقى في عملية البناء، مما يبقي حدود مسؤوليته و تنظيمها في إطار تعاقدى محل غموض.

- يعتبر المرقى العقاري مشيدا بئعا للمشاريع العقارية في مواجهة المقتنين، و بالتالي تطبق عليه أحكام القانون 04-11. غير أن ممارسته لنشاط البناء لحساب الغير البائع

أو صاحب المشروع طالب التشييد لاستعماله الشخصي بقي دون تنظيم، ذلك أن المرقى العقاري في هذه الحالة يأخذ صفة المقاول، و بالتالي يكون خاضعا للقواعد العامة لعقد المقولة، و منه حرمان صاحب المشروع من أحكام المسؤولية العشرية و الضمانات الخاصة المقررة في القانون 04-11.

- و كنتيجة لسابقتها، ستتغير مراتب المساءلة القانونية، ذلك أن تحول المرقى العقاري إلى مقاول منفذ، يجعل من المقاول مقاولا فرعيا، كما يجعل من المهندس المعماري أو مكتب الدراسات المتعاقد مع المرقى العقاري - المقاول - مت دخلا فرعيا لا أصيلا، فتتقطع بذلك العلاقة التعاقدية بينهم و بين صاحب المشروع، و بالتالي فقدان حق هذا الأخير في الرجوع عليهم وفقا لأحكام المسؤولية العشرية المنظمة بموجب نصوص القانون المدني الذي لا يخضع المقاول الفرعي لأحكامها كمدین بها بعكس القانون 04-11.

بناء على ما سبق، نقترح مجموعة من الاقتراحات نردها كآلاتي:

- مبدئيا، يجب التعجيل في سن مرسوم تنفيذي للمادة 16 من القانون 04-11، يحدد فيه الإطار التعاقدى للمتدخلين مع المرقى العقاري في مرحلة الإنجاز، من مقاولين و مكاتب دراسات هندسية و تقنية، عمال و صناع و حرفيين، كما يحدد نطاق المسؤولية أثناء هذه الفترة لكل واحد منهم. و بذلك يكون القانون 04-11 هو القانون المنظم لنشاط الترقية العقارية بجميع أنواعه و مراحله.

- اعتماد آلية تعاقدية جديدة لتنظيم علاقة المرقى العقاري بالمقنتين، و لتكن عبارة عن عقد جديد تحت تسمية "عقد الترقية العقارية"، و هو المعمول به في فرنسا. ذلك أن هذا العقد جامع لمضامين نشاط المرقى العقاري كمشيد و كبائع، سواء لحسابه الخاص أو لحساب الغير، و بذلك تستقر المراكز القانونية حالة استقلال شخص صاحب المشروع عن المرقى العقاري.

و أما عن مرحلة ما بعد تمام الإنجاز فيمكن استنتاج ما يلي:

- نظم المشرع، بعكس المرحلة الأولى، المسؤولية العقدية بعد تمام الإنجاز، بأن تناول النطاق الشخصي و الموضوعي للمسؤولية العشرية كأول ضمان مقرر للمقتنين للمشاريع العقارية و كأساس لقيام المسؤولية العقدية في هذه المرحلة؛ أين ظهرت نية المشرع في توفير حماية مضاعفة لهذه الفئة من خلال توسيع نطاقها الشخصي، لتشمل المرقى العقاري و المقاولين الفرعيين و مكاتب الدراسات، مع القول بمسؤولية المتدخلين الآخرين دونما تحديد لهم، مما يفهم منه جواز مساءلة كل متدخل في عملية البناء عشريا، بما في ذلك العمال المستخدمين من طرف المرقى أو المقاولين، و هو الأمر الذي نرى فيه مغالاة من جانب المشرع في حماية المقتنين. و عليه يجب تحديد هؤلاء المتدخلين لتفادي الوقوع في الخلط و المغالاة؛ إلا إن كان قصد المشرع من خلال عبارة "المتدخلين الآخرين" المعنى السائد في قانون حماية المستهلك و المقصود به المحترف، أين يخرج العامل من هذه الدائرة كونه ليس تاجرا.

- في حين نلاحظ غياب المرقى العقاري كمستفيد من أحكام هذه مسؤولية العشرية باعتباره رب عمل، الذي بقي خاضعا للقواعد العامة، و بالتالي حرمانه من الرجوع على المقاولين الفرعيين، ذلك أن القول بحق صاحب المشروع في الرجوع على المدينين بأحكام هذه المسؤولية في المادة 46 من القانون 04-11، قد يعود على المرقى كما قد يعود على من كلف المرقى بعملية البناء.

- قابل هذا التوسع في النطاق الشخصي للمسؤولية العشرية، التضيق غير المبرر في نطاقها الموضوعي، بأن قصر قيامها على حالة الزوال الكلي أو الجزئي للبنية، مستبعدا بذلك العيوب المؤثرة على سلامة و متانة البنية، و كذا تلك المخلة بصلابة عناصر التجهيزات غير القابلة للانفصال المشار إليها في الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات. هذا التضيق الذي يؤخذ على المشرع الجزائري، كون الزوال ليس هو الضرر الوحيد الذي قد يصيب البنية، فالغالب هو ظهور العيوب المؤثرة على متانة البناء لكن دون زواله.

- إضافة إلى أن قصر إعمال أحكام المسؤولية العشرية على نشاط البناء و البيع دون غيره من النشاطات الأخرى للترقية العقارية كالترميم و الإصلاح، التي قد تؤدي إلى نفس النتيجة، أي الزوال، رغم أنها خارج موضوع الدراسة، فيه من القصور ما يوجب التدارك.

- كما أن المشرع أبقى على مدة العشر سنوات كنطاق زمني لتطبيق المسؤولية العشرية رغم أن أغلب العيوب لا تظهر إلا بعد انقضاء هذه المدة.

- سعى المشرع من خلال القانون 04-11 إلى مضاعفة الضمانات المقررة لفائدة المقتنين، و بالتالي ترتيب المسؤولية العقدية للمدين بها حالة عدم تحققها بأن وضع ضمانا سنويا و الموسم بضمن حسن التنفيذ، الذي يشمل ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، و كذا ضمان حسن سير التجهيزات، و هو ما يحسب له. غير أن ما يؤخذ عليه هو تركها دون أدنى تنظيم. فلم يحدد نطاقها الموضوعي، ذلك أن القابلية لتطبيق القواعد العامة بالنسبة لموضوع المسؤولية العشرية، قد يؤدي إلى وقوع تداخل بينها و بين ضمان حسن التنفيذ خارج نطاق الزوال الكلي أو الجزئي للبنية، و كذا بالنسبة لشقه المتعلق بضمن حسن سير عناصر التجهيزات، الذي يدخل في نطاق المسؤولية العشرية طبقا للمادة 178 من القانون 07-95 المتعلق بالتأمينات؛ إلا إذا عد نص المادة 44 من القانون 04-11 ناسخا لنص المادة 178 من القانون 04-95. و مع ذلك، كان الأصح بالقول بإلغاء هذا النص الأخير. أما حالة تطبيق القانون 04-11 حرفيا بشأن النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية، فلا يتصور هذا التداخل.

- لم يشر المشرع الجزائري إلى المرقى العقاري كمستفيد من أحكام ضمان حسن التنفيذ في مواجهة المقاول المنفذ، رغم أن المرقى العقاري قد يبقى مالكا للبنية في حالة بيع العقار المبني خارج عقود البيع على التصاميم.

- كما لم يحدد المشرع الجزائري أجلا لرفع دعوى ضمان حسن التنفيذ بشقيه حالة عدم القيام بإصلاح العيوب الحاصلة، مما يفهم منه أن مدة السنة هي مدة جامعة لسقوط الضمان و لتقادم الدعوى معا.

- يفترض بالقانون 04-11 أنه جاء لتنظيم نشاط الترقية العقارية برمته، من حيث الإطار التعاقدى و من حيث تحديد المسؤوليات الناجمة عن ممارسته، و منه كان الأولى بالمشرع تضمين نصوص هذا القانون كل ما يتعلق بهذا النشاط، باعتباره قانونا خاصا يقيد العام من حيث التطبيق، و دون الحاجة إلى الرجوع إلى النص الموازية لتحديد الأطر العامة للمسؤولية.

- أما عن الضمان الثانى، فهو المستحدث بموجب القانون 04-11 و هو الضمان الثنائى المتعلق بضمان أو الأمر بضمان إدارة الأملاك العقارية، و المنظم عن طريق المرسوم التنفيذي 99-14 المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية. فقد استعمل المشرع في المادة 62 منه عبارة " تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية" كبداية لسريان مدة السنتين؛ و هي العبارة التي تفتح مجالا لعدد التأويلات حول آخر جزء مباع. ذلك أن فترة الإنجاز قد تتجاوز السنتين من تاريخ البيع، و منه تحلل المرقى من هذا الضمان قبل تسليم البناية. فالأولى كان بتقرير تاريخ واحد لبداية سريان الضمانات الخاصة كما هو عليه الحال في المسؤولية العشرية، بالاستلام النهائي للبناية.

أما عن اقتراحاتنا لهذه المرحلة، فهي كالتالى:

- النص صراحة على استفادة المرقى العقارى من أحكام المسؤولية العشرية، بدلا من القول باستفادة صاحب المشروع منها. ذلك أن ترك نص المادة 46 من القانون 04-11 على حاله يفتح مجالات لمختلف التأويلات بشأن صفة صاحب المشروع، و التي تناولناها في متن هذه الدراسة.

- تحديد ماهية المتدخلين الآخرين من جهة، و تحديد العقد المرتب لأحكام المسؤولية العشرية من جهة أخرى، تقاديا لإدخال طائفة العمال و المستخدمين و الوكلاء من نطاقها.

- توسيع النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية، ليشمل المنشآت الثابتة و حالات تهديد متانة و سلامة العقار المبنى، و النص عليها صراحة في القانون 04-11 دونما إحالة على نص عام أو خاص.

- كما يمكن القول بأن عبارة " في حالة زوال بناية أو جزء من بناية" الواردة في المادة 46 من القانون 04-11 بشأن النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية، لا تشمل جميع نشاطات الترقية العقارية المحددة في المادة 03 من نفس القانون. و عليه، نرى ضرورة استبدالها بالعبارة " حالة زوال المشروع العقاري"، لتشمل كل نشاطات الترقية العقارية.

- ثم إن المشرع الجزائري أبقى على مدة العشر سنوات كمدة للضمان العشري، في حين كان الأجدى برفعها لتساوي على الأقل مدة خمسة عشر سنة، مدة التقادم في القواعد العامة.

- كما نقترح إعمال الضمان السنوي في العلاقة بين المرقى العقاري و المقاول، و هو ما تقتضيه قواعد العدالة، ذلك أنه لا يصح تحميل المرقى العقاري، حتى مع احترافه، التزاما لم يستفيد هو منه كحق في مواجهة مدينه. خصوصا حالة بيع العقار المبني، أين تحتل طول المدة بين التشييد و البيع، فيبقى المرقى بذلك مالكا للعقار.

هذه جملة من النتائج و الاقتراحات التي خرجنا بها من خلال هذه الدراسة، التي وجدنا فيها مجالا واسعا لدراسات مستقبلية، سواء من حيث المسؤولية المدنية في مجال الترقية العقارية بصورة عامة، أو من حيث آليات التمويل المستحدثة لدعم نشاط الترقية العقارية، و كذا من حيث دراسة المسؤولية عن النشاطات الأخرى المدرجة تحت المشاريع العقارية و مدى خضوعها للضمانات الخاصة المقررة في هذا القانون، ثم عن تأمين المسؤولية المدنية في هذا المجال. و منه نرجو أن نتمكن من توسيع الدراسة في مناسبات لاحقة لتشمل هذه المواضيع.

قائمة المراجع

1/المصادر:

- القانون 66-15 المؤرخ في 13/01/1966 المتعلق بمهنة المهندس المعماري، المنشور في جريدة الرسمية عدد 5 لسنة 1966 الصادرة بتاريخ 18/01/1966.
- القانون 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة في 13 ماي 2007.
- القانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية المؤرخ في 04/03/1986، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 10، الصادرة في 05/03/1986.
- القانون 91-25، المتضمن قانون المالية لسنة 1992 مؤرخ بتاريخ 16/12/1991 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 65، لصادرة في 18/12/1991.
- القانون 04-05 المؤرخ في 14/08/2004، المعدل و المتمم للقانون 90-29 المؤرخ في 01/12/1990، المتعلق بالتهيئة و التعمير، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 51 الصادرة بتاريخ 15/08/2004.
- القانون 08-15 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 44 للسنة 2008 الصادرة بتاريخ 05/08/2008.
- القانون 11-04 المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 06 مارس 2011.
- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتعلق بالصفقات العمومية المنشور في الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2010 الصادرة بتاريخ 07/10/2010.

- المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري المنشور في الجريدة الرسمية عدد 14.
- المرسوم التشريعي 94-07 المؤرخ في 18/05/1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 32 الصادرة في 25/05/1994، المعدل و المتمم بالقانون 04-06 المتضمن إلغاء المواد من 50 إلى 55 من المرسوم 94-07 المؤرخ في 14/08/2004، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 51 الصادرة في 18/08/2004.
- المرسوم التنفيذي 86-205، المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 34 لسنة 1986 الصادرة في 20 أوت 1986.
- المرسوم التنفيذي 94-58، المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 13 لسنة 1994 الصادرة بتاريخ 09 مارس 1994.
- المرسوم التنفيذي رقم 95-414، المتعلق بالزامية التأمين في مجال البناء و مسؤولية المتدخلين المدنية و المهنية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 76، الصادرة في 10/09/1995.
- المرسوم التنفيذي 12-84 المؤرخ في المؤرخ في 20 فيفري 2012 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري و كذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 11، الصادرة في 26/07/2012.
- المرسوم التنفيذي 12-85، المؤرخ في 20 فيفري 2012، يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 11، الصادرة في 26/07/2012.
- المرسوم التنفيذي 13-431 المؤرخ في 18/12/2013 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأماكن العقارية و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع

عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كفيات دفعها، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 66 الصادرة في 2013/12/25.

- المرسوم التنفيذي 14-99، الصادر في 9 مارس 2014، المحدد للنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 16 مارس 2014.

- المرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 2014/06/05، يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 1997/11/03، و المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 2014/06/19.

- المرسوم التنفيذي 14-181 المؤرخ في 2014/06/05، يحدد شروط حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية و كفيات ذلك، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 2014/06/19.

- المرسوم التنفيذي 14-182 المؤرخ في 2014/06/05، يحدد شروط و كفيات تسديد الاشتراكات و الدفعات الإجبارية الأخرى من طرف المرقين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 2014/06/19.

- الأمر 71-85، المتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء و تحديد قانونها الأساسي منشور في الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 1972، الصادرة في 14 جانفي 1971.

- الأمر 95-07، المؤرخ في 1995/01/25 المعدل و المتمم بالقانون 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالتأمينات، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة في 2006/03/12.

- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 و المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 43 بتاريخ 26 أكتوبر 1988.

- القرار الوزاري المشترك الصادر في 06 ديسمبر 2012 المتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري ، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 2013 الصادرة بتاريخ 13 جانفي 2013.

- المشروع التمهيدي لقانون يحدد القواعد المسيرة للترقية العقارية و إطار ممارستها، وزارة السكن و العمران، نوفمبر 2009.

2/المؤلفات:

2-1- المؤلفات العامة:

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المجلد الأول المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر، 2007.

- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2008.

- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح قانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1992.

- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.

- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول (مجلد 1و2) نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2009.

- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية 2010.

- غازي خالد أبو عربي، المقالة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1991-1992.

- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق الضرر المرتد، دراسة تحليلية لنظرية الضرر المرتد، مدى تأثر المضرور ارتدادا بالخطأ الصادر عن المضرور الأصلي، نظرية الضرر في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007.

2-1- المؤلفات المتخصصة:

- إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل، عقد المقالة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.

- أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب و الصيدلي و المحامي و المهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر طبعة 2010.

- المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي و الفرنسي، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، مصر، 1989.

- بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية و التطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

- بوسنة إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2011.

- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية على ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، طبعة 2001.

- عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز، شرح و تحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، 2011.
- عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء شروطها، نطاق تطبيقها و الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني الطبعة الأولى، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985.
- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل- المقالة و الوكالة و الوديعة و الحراسة، الجزء السابع، الطبعة الثالثة الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- فتيحة قرة، أحكام عقد المقالة، دار المعارف الإسكندرية، مصر، 1992.
- فيليب لوتورنو، المسؤولية المدنية، ترجمة سعادنة العيد، ITCIS EDITION ، الجزائر 2010.
- قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقالة في التشريع المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، أنواع المسؤولية، جرائم البناء، تعيب المباني، التصدع و الانهيار، الحوادث أثناء و بعد التشييد. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2006
- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و القانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1985.
- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقالة في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2004.
- محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال و تسلمها مقبولة من رب العمل، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون طبعة.

- نعيم مغبغب، عقود مقاولات البناء و الأشغال الخاصة و العامة، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، 2001.

3/الرسائل الجامعية:

3-1- رسائل الدكتوراه:

- زهرة عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي، رسالة دكتوراه في العلوم فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق باتنة، الجزائر 2008-2009.

- عياشي شعبان، بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه في العلوم، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر 2012.

3-2- مذكرات الماجستير:

- بطوش كهنية، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، مذكرة ماجستير، فرع قانون المسؤولية المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي و العلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر 2012.

- تواتي نصيرة، نظام المتعامل في الترقية العقارية -المتعامل الخاص- مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون مؤسسات، بن عكنون، الجزائر.

- توفيق زيدان، التنظيم القانوني لعقد المقاول على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقاري، كلية الحقوق، باتنة، الجزائر 2009-2010.

- دروازي عمار، آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة و حمايتها في التشريع الجزائري مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، باتنة، الجزائر 2009-2010.

- عمراوي فاطمة، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مالك البناء، المهندس المعماري والمقاول، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000-2001.

- فاطمة عكو، التزامات رب العمل في عقد مقاوله البناء، مذكرة ماجستير، فرع عقود و مسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2004-2005.
- كامل فؤاد، المسؤولية المدنية عن تهم البناء في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.
- موهبي فتيحة، الضمان العشري للمهندس المعماري و مقاول البناء، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر 2006-2007.

4/مجلات المحكمة العليا:

- المجلة القضائية، العدد 02 لسنة 1999
- مجلة المحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2007.
- مجلة المحكمة العليا، عدد 02 لسنة 2007.
- مجلة المحكمة العليا، عدد 2 سنة 2008.
- مجلة المحكمة العليا، عدد 02 لسنة 2009.
- مجلة المحكمة العليا، عدد 2 لسنة 2011.

5/المقالات:

- عايدة مصطفىوي، الضمان العشري و الضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري و التشريع المقارن، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد السادس، 2012.
- محمد لموسخ، الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم، مجلة المنتدى القانوني جامعة ورقلة، العدد السادس، 2012.
- يوسف إبراهيم، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و المقاول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية 1995.

6/ مداخلات أعمال الملتقى الوطني:

- هادف بشير، الأبعاد التنظيمية للضمانات الخاصة لعقد البيع على التصاميم، أعمال الملتقى الوطني الترقية العقارية في الجزائر، الواقع و الآفاق، ورقلة، الجزائر، 2012 .
- دوة آسيا، عقد حفظ الحق، أعمال الملتقى الوطني الترقية العقارية في الجزائر، الواقع و الآفاق، ورقلة، الجزائر، 2012 .
- وعلي جمال، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري و المقاول عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع - دراسة في القانون الجزائري- أعمال الملتقى الوطني الترقية العقارية في الجزائر، الواقع و الآفاق، ورقلة، الجزائر، 2012 .
- عليان بوزيان، النظام العام العمراني أعمال الملتقى الوطني الترقية العقارية في الجزائر الواقع و الآفاق، ورقلة، الجزائر، 2012 .

7/ Les ouvrages :

- Albert Caston , François-Xavier Ajaccio, Rémi Porte, Mario Tendeiro, traité de la responsabilité des constructeurs, Edition le moniteur, 7^{ième} édition, France 2013.
- Bernart Khol , Droit de la responsabilité et de la promotion immobilière en Europe, Bruy Lont -Bruscelles, L, G, D, J, Paris, France , 2008.
- Christophe Ponce, Droit de l'assurance Construction, 1^{ère} édition, Gualino éditeur, Lextenso éditeur, Paris, France, 2008.
- Philippe Le Tourneau, Loic Cadiet, Droit de la responsabilité, Dalloz, France, 1996.
- Malinvaud Philippe- Jestaz Philippe- Patrice Jourdain- Olivier Tournafon Droit de la promotion immobilière, Dalloz, 8^e édition, Paris, France, 2009.
- Malinvaud Philippe, Droit de la construction, Dalloz action, France , 2010-2011.

- Roger Saint-Alary, Corinne Saint-Alary-Houin, Droit de la construction Mémentos, 8^{ème} édition, Dalloz, Paris, France, 2006.
- George Liet-Veaux, responsabilité contractuelle de droit commun des architectes, Fasc.355-10, 1999.
- George Liet-Veaux, Responsabilité contractuelle de droit commun des architectes, juriss- classeur, Fasc.335-10, 2000.
- George liet-veaux, La responsabilité contractuelle du droit commun de l'entrepreneur, Juris-classeur ,Fasc.355-205,2000
- George Liet-Veaux, « Responsabilité contractuelle de droit commun des entrepreneurs », Juris-Classeur, Resp-Civ.Assu.Fasc 355-20-2-2002.
- TARIF , Responsabilité Civile Décennale, Société générale d'assurance SAA, imprimerie des assurances.

8/العناوين و المواقع الالكترونية:

- العنوان الالكتروني www.Fgcmpi.org.dz.
- الموقع الالكتروني www.wikipedia.com.
- موقع الجريدة الرسمية www.joradp.dz.

الفهرس

1.....	مقدمة.....
8.....	المبحث التمهيدي: ماهية المسؤولية العقدية و الترقية العقارية:.....
9.....	المطلب الأول: تأصيل المسؤولية العقدية.....
9.....	الفرع الأول: مفهوم المسؤولية المدنية.....
10.....	أولاً: تعريف المسؤولية المدنية.....
10.....	ثانياً: الفرق بين المسؤولية المدنية و المسؤولية الجزائية.....
12.....	ثالثاً: نتائج الاختلاف بين المسؤوليتين المدنية و الجزائية.....
14.....	رابعاً: أنواع المسؤولية المدنية.....
15.....	الفرع الثاني: مفهوم المسؤولية العقدية.....
15.....	أولاً: تعريف المسؤولية العقدية.....
15.....	ثانياً: أركان المسؤولية العقدية.....
16.....	ثالثاً: أنواع المسؤولية العقدية.....
18.....	المطلب الثاني: ماهية الترقية العقارية.....
18.....	الفرع الأول: مفهوم الترقية العقارية.....
18.....	أولاً: تعريف الترقية العقارية.....
21.....	ثانياً: الطبيعة القانونية الترقية العقارية.....
24.....	الفرع الثاني: موضوع نشاط الترقية العقارية.....
26.....	ملخص المبحث التمهيدي:
27.....	الفصل الأول: أساس المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية أثناء فترة الإنجاز.....
29.....	المبحث الأول: العقد كأساس لقيام المسؤولية العقدية.....
29.....	المطلب الأول: عقد المقاولة.....
30.....	الفرع الأول: تعريف عقد المقاول و تحديد أطرافه.....
31.....	أولاً: تعريف عقد المقاولة.....

ثانيا: أطراف عقد المقاوله.....	32
الفرع الثاني: خصائص عقد المقاوله و تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له...	45
أولا: خصائص عقد المقاوله.....	45
ثانيا: تمييز عقد المقاوله عن غيره من العقود المشابهة له.....	46
المطلب الثاني: عقد البيع كأساس للمسؤولية العقدية.....	50
الفرع الأول: موضوع عقد البيع في الترقية العقارية و أطرافه.....	50
أولا: موضوع عقد البيع.....	50
ثانيا: أطراف عقد البيع.....	51
الفرع الثاني: كفيات البيع في القانون 11-04.....	53
أولا: عقد حفظ الحق.....	53
ثانيا: عقد البيع على التصاميم.....	59
المبحث الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية.....	67
المطلب الأول: الخطأ العقدي (وقوع إخلال بالتزام عقدي).....	61
الفرع الأول: الخطأ العقدي للمتدخلين في عقد المقاوله.....	67
أولا: الخطأ العقدي للمرقي العقاري رب العمل.....	67
ثانيا: الخطأ العقدي لمكاتب الدراسات.....	70
ثالثا: الخطأ العقدي للمقاول.....	82
الفرع الثاني: بين أطراف عقد البيع.....	95
أولا: الخطأ العقدي للمرقي العقاري باعتباره بائعا.....	95
ثانيا: الخطأ العقدي للمقتني المقتني.....	101
المطلب الثاني: الضرر و علاقة السببية.....	105
الفرع الأول: الضرر.....	105
أولا: أنواع الضرر.....	106
ثانيا: شروط الضرر الموجب للتعويض.....	109
الفرع الثاني: علاقة السببية.....	114
أولا: تعريف علاقة السببية.....	115

115.....	ثانيا: علاقة السببية في التشريع الجزائري
118.....	المبحث الثاني: النظام القانوني للمسؤولية العقدية
118.....	المطلب الأول: إثبات المسؤولية العقدية و تعديل قواعدها
118.....	الفرع الأول: إثبات المسؤولية العقدية
118.....	أولا: إثبات الخطأ العقدي
121.....	ثانيا: إثبات الضرر
122.....	ثالثا: إثبات علاقة السببية
122.....	الفرع الثاني: تعديل قواعد المسؤولية العقدية
123.....	أولا: الاتفاق على تشديد المسؤولية
124.....	ثانيا: الاتفاق عل تخفيف المسؤولية
124.....	ثالثا: حدود تعديل قواعد المسؤولية العقدية
126.....	رابعا: تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق التأمين
127.....	المطلب الثاني: آثار المسؤولية العقدية
127.....	الفرع الأول: آثارها في عقد المقاولة
129.....	أولا: دعوى التعويض بمقابل عيني
134.....	ثانيا: دعوى التعويض النقدي
143.....	الفرع الثاني: آثار المسؤولية في عقد البيع
143.....	أولا: آثار المسؤولية العقدية في مرحلة الانجاز
145.....	ثانيا: آثار المسؤولية العقدية في مرحلة نقل الملكية
147.....	ملخص الفصل
148....	الفصل الثاني: أساس المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية بعد تمام الإنجاز
149.....	المبحث الأول: الإخلال بالتزامي التسليم و الاستلام
149.....	المطلب الأول: مضمون الالتزام بالتسليم و الاستلام
149.....	الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالتسليم و الاستلام
150.....	أولا: مفهوم الالتزام بالتسليم
150	ثانيا: مفهوم الالتزام بالاستلام

153.....	ثالثا: الفرق بين التسليم و الاستلام
154.....	الفرع الثاني: أشكال التسليم و الاستلام
154.....	أولا: التسليم والاستلام الصريح و الضمني
157.....	ثانيا: الاستلام الكلي و الجزئي
159.....	ثالثا: الاستلام المؤقت و النهائي
162.....	المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم و الالتزام بالاستلام
162.....	الفرع الأول: جزاء الإخلال بالتزام بالتسليم و الاستلام في عقد المعاولة
162.....	أولا: جزاء الإخلال بالتسليم في عقد المعاولة
166.....	ثانيا: جزاء الإخلال بالالتزام بالاستلام في عقد المعاولة
173.....	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم و الاستلام في عقد البيع
173.....	أولا: آثار الالتزام بالتسليم في عقد البيع
177.....	ثانيا: آثار الاستلام و جزاء الإخلال به
180.....	المبحث الثاني: المسؤولية العشرية
180.....	المطلب الأول: نطاق المسؤولية العشرية
180.....	الفرع الأول: نطاقها الشخصي
181.....	أولا: الملزمون بأحكام المسؤولية العشرية
194.....	ثانيا: المستفيدون من أحكام المسؤولية العشرية
201.....	الفرع الثاني: النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية
	أولا: طبيعة العقد المبرم بين الملزمين بالمسؤولية العشرية و المستفيدين من أحكامها
202.....	
212.....	ثانيا: طبيعة الأضرار الموجبة للمسؤولية العشرية
218.....	المطلب الثاني: النظام القانوني للمسؤولية العشرية
218.....	الفرع الأول: نظام إثبات المسؤولية العشرية و مدة الضمان
218.....	أولا: نظام إثبات المسؤولية العشرية
226.....	ثانيا: مدة الضمان
233.....	الفرع الثاني: آثار المسؤولية العشرية

أولاً: دعوى الضمان.....	233
ثانياً: التعويض عن الضرر في دعوى الضمان.....	235
ثالثاً: رجوع الملزمين بالضمان فيما بينهم.....	237
المبحث الثالث: الضمانات الخاصة.....	239
المطلب الأول: ضمان حسن التنفيذ (الضمان السنوي).....	239
الفرع الأول: ماهية ضمان حسن التنفيذ.....	240
أولاً: تعريف ضمان حسن التنفيذ.....	240
ثانياً: ظهور ضمان حسن التنفيذ.....	241
ثالثاً: الطبيعة القانونية لضمان حسن التنفيذ.....	242
رابعاً: أهداف ضمان حسن التنفيذ.....	242
خامساً: أنواعه ضمان حسن التنفيذ.....	242
الفرع الثاني: نطاق ضمان حسن التنفيذ و نظامه القانوني.....	243
أولاً: نطاق تطبيق الضمان السنوي.....	244
ثانياً: النظام القانوني لضمان حسن التنفيذ.....	248
المطلب الثاني: ضمان إدارة الأملاك (الضمان الثنائي).....	251
الفرع الأول: أساس الضمان بإدارة الأملاك العقارية.....	251
أولاً: تعريف الملكية المشتركة.....	253
ثانياً: خصائص نظام الملكية المشتركة.....	253
ثالثاً: الطبيعة القانونية لنظام الملكية المشتركة.....	254
الفرع الثاني: التزامات المرقى العقاري في تسيير نظام الملكية المشتركة.....	255
أولاً: الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة.....	256
ثانياً: الالتزام بضمان أو الأمر بضمان الإدارة للأملاك العقارية.....	257
ملخص الفصل.....	259
الخاتمة.....	260
قائمة المراجع.....	266
الفهرس.....	278

ملخص:

تعد الترقية العقارية من أهم آليات الإنتاج المعماري في الجزائر، ذلك أنها تقوم على عمليات البناء الموجهة إلى البيع كأحد أهم نشاطاتها. الأمر الذي يستتبعه قيام العديد من العلاقات التعاقدية بين الفاعلين في مختلف مراحل هذا النشاط، الذي لا يخلو من المخالفات العقدية المنشئة للمسؤولية العقدية للمخيلين بالنظام التعاقدية.

هذه المسؤولية التي قد تقوم أثناء فترة الإنجاز، نتيجة للإخلال بالالتزامات التعاقدية. كما قد تقوم بعد تمامه نتيجة للإخلال بالضمانات المقررة بموجب العقد و الخاضعة في تقرير أحكامها إلى القواعد العامة و الخاصة المنظمة لنشاط الترقية العقارية، سواء من حيث بيان أساسها و شروطها، أو من حيث تحديد نطاقها و نظامها القانوني و طرق استيفاء التعويض عنها.

Résumé :

La promotion immobilière est un mécanisme très important dans la production urbaine en Algérie, parce qu'elle se base sur les opérations de constructions destinées à la vente comme principale activité, ce qui engendre de nombreuses relations contractuelles entre les acteurs dans les différentes étapes de cette activité, d'où la survenue de nombreuses contraventions (erreurs) dans les actes engageant la responsabilité contractuelle de ceux qui ne respectent pas l'organisation contractuelle.

Cette responsabilité créée pendant la période de réalisation pour cause de non respect des engagements contractuels, comme elle peut survenir après, pour non respect des garanties établis dans l'acte, qui sont soumis dans leurs dispositions aux règles générales et spéciales régissant l'activité de la promotion immobilière, que ce soit au sujet de ses fondements et ses conditions ou bien la précision de son domaine, ou son organisation juridique, ou les voies de remboursements.