

في عدم جواز الاتفاقات المعفية من الضمان العشري

زقان نبيل (1)

(1) أستاذ مساعد قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة مولود معمري، 15000 تيزي وزو، الجزائر.
البريد الإلكتروني: nabil.zeggane@ummo.dz

الملخص:

إذا كانت أحكام الضمان العشري الذي يقع على المهندس المعماري والمقاول وغيرهما من المتدخلين في مجال البناء - عما يظهر في ما شيدوه من مبان ومنشآت ثابتة أخرى من عيب يهدد سلامته أو متانته، أو من تهدم كلي أو جزئي خلال عشرة سنوات من تسليم العمل لصاحبه - من النظام العام، إذ يقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلافها خاصة أن العلاقات التي تحكم المتدخلين في عملية البناء لا تنته بانتهاء العمل المطلوب وإنما تمتد إلى ما بعد ذلك، فإن الأمر يختلف في بعض التشريعات المقارنة كالشريع المصري وكذا التشريع والفقهاء الفرنسيين، حيث تعارضت الآراء بخصوص جواز تعديل أحكام الضمان العشري لفترة طويلة في حالات استثنائية قبل صدور قانون 04 جانفي 1978، بينما بقي المشرع الجزائري على فكرة اعتباره من النظام العام، لا يجوز نقضه أو تعديله أو الإعفاء منه، حماية للمصلحة الخاصة لصاحب العمل بوجه خاص، والمصلحة العامة بوجه عام.

الكلمات المفتاحية:

الضمان العشري، المسؤولية العشرية، الإعفاء من الضمان.

تاريخ إرسال المقال: 2020/02/06، تاريخ قبول المقال: 2020/03/12، تاريخ نشر المقال: 2020/07/31

لتهميش المقال: زقان نبيل، "في عدم جواز الاتفاقات المعفية من الضمان العشري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 01، 2020، ص ص. 370-346.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: زقان نبيل، nabil.zeggane@ummo.dz

The Prevention of agreements exempting from the ten-year guarantee

Abstract:

If the ten-year collateral guarantee which is imposed on the architect, contractor and other interveners in the field of construction - for the defects that threatens the safety or durability of the constructed buildings and other fixed structures they had participated in building, or from total or partial destruction within ten years of the delivery of work to its owner - is derived from the public order. For which any agreement contrary to it is considered invalid; but the situation is different in French legislation and jurisprudence, where views diverged regarding the possibility of amending the provisions of the ten-year collateral guarantee for a long time in exceptional cases before the enactment of the Law of January 04, 1978, while the Algerian legislator remained on the idea of considering it as part of the public order that must not be revoked, amended or exempted for the private interest of the building owner in particular and the public interest in general.

Keywords:

Ten-year collateral guarantee, Ten-year collateral responsibility, Exemption from guarantee.

L'irrecevabilité des accords exonérant de la garantie décennale

Résumé :

Les dispositions de la garantie décennale imposée aux intervenants dans le cadre de la construction -concernant les défauts du bâtiment qu'ils ont construit et des autres installations fixes qui menacent sa sécurité ou sa durabilité, ou d'une destruction totale ou partielle dans les dix ans suivant la remise des travaux à son propriétaire – est d'ordre public ; et tout accord invoquant le contraire est nul et non avenu, d'autant que les relations qui régissent les intervenants dans le processus de construction ne s'achèvent pas avec la fin des travaux requis, mais s'étendent au-delà. La question diffère dans d'autres législations, telles que la législation égyptienne ou la législation et la jurisprudence françaises, quant à la possibilité de modifier les dispositions de la garantie décennale dans des cas exceptionnels avant la promulgation de la loi du 04 janvier 1978, alors que le législateur algérien continue à la considérer d'ordre public ; il n'est pas permis de la réfuter, de la modifier ou de s'en exonérer, afin de protéger l'intérêt personnel du maître de l'ouvrage en particulier, et l'intérêt public en général.

Mots clés :

Garantie décennale, Responsabilité décennale, Exonération de garantie

مقدمة

تخضع مسؤولية المهندس والمقاول وغيرهما من المتدخلين في عملية البناء إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية سواءً العقدية أو التقصيرية، عما ينتج عن ممارستهم لمهنتيهما من أضرار قد تلحق بصاحب العمل، أو الغير الأجنبي عن عمليات البناء.

إضافة إلى ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية، وعلى خلاف باقي العقود فإن العلاقات الناشئة عن عقد مقاوله البناء لا تنته بانتهاء العمل المطلوب إنجازه أو بتسليمه، بل يمتد إلى ما بعد ذلك، حيث تبقى هذه العلاقة خاضعة للضمانات التي تقع على عاتق المتدخلين في عملية البناء لفائدة صاحب والمتمثلة في ضمان حسن الإنجاز، ضمان حسن سير عناصر التجهيز والضمان العشري محل دراستنا.

لذا وضع المشرع الجزائري قواعد قرر من خلالها التزامات خاصة على عاتق المشيدين عن كل عيب أو تصدع أو تهدم جزئي أو كلي يظهر في ما شيده من المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها إلى صاحب العمل، حيث نلمس من خلالها تشدد المشرع الجزائري مع القائمين على عملية البناء وذلك على غرار باقي التشريعات، وهو ما يتجلى في إقرار قواعد خاصة لمسؤولياتهم وتكريس قواعد كفيلة بإصلاح الأضرار وتعويض المتضررين وحث المتدخلين في عمليات التشييد على الدقة وحسن الإنجاز.

تظهر هذه الالتزامات في شكل ضمان خاص أطلق عليه تسمية الضمان العشري، ويتميز هذا الأخير باعتباره مسؤولية قانونية ومفترضة بقواعد خاصة تجعله نظاما قانونيا مختلفا - سواءً من حيث أركان قيامه، أو من حيث نظام الإثبات والتعويض وانقضائه - حرص من خلالها المشرع على حماية رب العمل بصفة خاصة، والمنتهجين من المباني والمنشآت الأخرى بصفة عامة.

لذا قرر جزاء البطلان على كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك طبقا للمادة 556 من القانون المدني¹. كما أكد على أهمية هذا الضمان من خلال قوانين خاصة وسع من خلالها من دائرة الأشخاص الملزمين به، والإلزامية التامين منه، أهمها قانون التأمينات الجزائري وقانون نشاط الترقية العقارية ومختلف النصوص القانونية التي تنظم قطاع البناء في الجزائر.

إلا أن جانبا من الفقه وبعض التشريعات كان لها موقف آخر حيث أجازت الاتفاق على التخفيف الجزئي من المسؤولية، أو الحد من فترة الضمان الخاص، كما اعتبرت بعض التشريعات الأخرى أن التنازل عن الحق في التعويض خروجا عن أحكام الضمان العشري.

من هذا المنطلق وباعتبار أحكام الضمان العشري من النظام العام، هل يجوز للأطراف الخروج عن هذه القاعدة في حالات استثنائية؟

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج . ر، ع 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

تتم دراسة هذا الموضوع من خلال إظهار فكرة ارتباط الضمان العشري بالنظام العام من خلال بيان خصائصه وشروطه، وطبيعة أحكامه والأشخاص الملزمين به (المبحث الأول)، ثم تبيان حدود ارتباط الضمان العشري بالنظام العام، وإمكانية تعديل أحكامه بالنظر إلى موقف كل من المشرعين الجزائري والفرنسي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أحكام الضمان العشري من النظام العام في التشريع الجزائري

تدخل المشرع الجزائري مثله مثل باقي التشريعات الحديثة لينظم أحكام الضمان العشري للمتدخلين في عملية البناء، وذلك بموجب نصوص قانونية متفرقة أهمها ما ورد في التقنين المدني الجزائري الذي أسس لهذه المسؤولية في المواد من 554 إلى 557 منه، حيث ألزم المهندس المعماري والمقاول بضمان ما شيده من مبان خلال عشر سنوات.

هذه النصوص تحكمها قواعد استثنائية وتختص بنوع معين من الأضرار خلافا للأحكام العامة في المسؤولية المدنية، حيث حمل المشرع المتدخلين في عملية البناء مسؤولية خاصة بتوفر شروط معينة يستبعد فيها تطبيق القواعد العامة للمسؤولية العادية².

ونظرا للأهمية البالغة للضمان العشري، يقتضي الأمر إبراز مفهومه (المطلب الأول)، ثم تبيان الشروط الواجب توافرها لإعماله وتحديد المشرع للأشخاص الملزمين به سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة الأخرى التي نظمت هذه المسؤولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الضمان العشري

لبيان الأحكام الخاصة التي ينفرد بها الضمان العشري للمهندس المعماري ومقاول البناء، وغيرهما من المتدخلين في عملية البناء، يقتضي الأمر تعريف الضمان العشري وبيان خصائصه التي تجعل أحكامه من النظام العام من جهة (الفرع الأول)، ثم تحديد التكييف القانوني للمسؤولية التي تقع على عاتق المتدخلين في عملية البناء من جهة أخرى (الفرع الثاني).

² - بلعقون محمد صالح، المسؤولية العشرية للمتدخلين في عملية البناء: أحكامها وإلزامية التأمين منها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص 11

الفرع الأول: تعريف الضمان العشري وخصائصه

إن الخوض في موضوع الضمان العشري يتطلب تعريفه (أولاً)، وبيان الخصائص التي تخرجه عن الأحكام العامة في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية (ثانياً).

أولاً- تعريف الضمان العشري: لم يعرف المشرع الجزائري الضمان العشري³، بل اكتفى بالنص عليه في المادة 554 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي في ما شيداه من مبان وأقاماه من منشآت ثابتة ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته".

وقد عرفه البعض⁴ على أنه: "مسؤولية استثنائية مفترضة قانوناً، يسأل فيها المتدخلون في عملية البناء بالتضامن عما يحدث في ما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة من عيوب تهدد متانتها وسلامتها، و/أو تدهم كلي أو جزئي، ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض، خلال عشر سنوات من تاريخ التسلم النهائي للمشروع"

لذلك يعتبر الضمان العشري التزاماً قانونياً يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول وغيرهما من المتدخلين في عملية البناء، يضمن من خلاله ما يحدث من تدهم المباني بمختلف صورته، سواءً كان كلياً أو جزئياً خلال مدة تدوم عشر سنوات من وقت تسلم العمل نهائياً، كما تعتبر مدة العشر سنوات بمثابة مدة اختبار متانة البناء، ومطابقته للشروط المتفق عليها مع رب العمل، وقدرته على أداء الغرض الذي بني من أجله⁵، ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ تسليم الأعمال، سواءً تم ذلك دون تحفظات أو بتحفظ، ولذلك يعتبر التسليم شرطاً أساسياً لإعمال الضمان العشري.

ثانياً- خصائص الضمان العشري: تعتبر المسؤولية المترتبة عن الضمان العشري استثناءً عن القواعد العامة المتعلقة بالمسؤوليتين العقدية والتقصيرية وبالتالي فهي تتميز عنهما بأنها:

1- الضمان العشري يقوم على مسؤولية مفترضة بقوة القانون: حيث أنها مسؤولية خاصة مقررة بنص من القانون، تهدف أساساً إلى حماية رب العمل من أي عيب أو تصدع أو تدهم يظهر في البناء⁶ ولأن التزام المقاول والمهندس المعماري هو التزام بتحقيق نتيجة حيث يثبت إخلالهما بالتزامهما بمجرد إثبات حصول تدهم جزئي أو كلي للبناء أو المنشأة الثابتة ولو كان العيب في الأرض، وطبقاً لذلك لا يلزم المضرور - صاحب

³- يطلق عليه كذلك تسمية الضمان المعماري، المسؤولية العشرية، أو الضمان الخاص.

⁴- بلعقون صالح، مرجع سابق، ص 12

⁵- BARGIBANT. Louise, Construction Immobilière: le point sur la garantie décennale, article publié sur: www.village-justice.com le 31 mars 2018.

⁶- BARGIBANT. Louise, Op.cit

العمل عادة- بإثبات خطأ المهندس أو المقاول، بل يكفي إثبات وجود العيوب الموجبة للضمان حتى تقوم المسؤولية العشرية، ولا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير⁷.

2- الضمان العشري مسؤولية تضامنية⁸ بين المتدخلين في عملية البناء: إذا اشترك في عملية البناء مهندس معماري ومقاول بناء أو أكثر، فإنهم مسؤولون بالتضامن عما قد يصيب المباني أو المنشآت الثابتة، من تدهم، أو من عيوب، تهدد متانتها وسلامتها، خلال عشر سنوات التالية لتسليمها لرب العمل⁹ وهو ما تنص عليه صراحة المادة 554 من القانون المدني التي جاء فيها: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات..."

بناءً على ذلك يمكن لرب العمل الرجوع بكل الضمان على المهندس المعماري أو المقاول، دون الحاجة لإثبات الخطأ في جانبها¹⁰، والتضامن المقرر في هذا الصدد هو تضامن في الضمان وليس في المسؤولية¹¹، نظراً إلى أن هذا الأخير يشترط فيه حصول الخطأ عن كل واحد من المسؤولين المتعددين، وأن يكون هذا الخطأ قد نتج عنه نفس الضرر، وهو أمر متعذر وصعب التقدير، بخلاف التضامن في الضمان فهو أسهل ويمكن التقدير، فضلاً أنه يتوافق مع الهدف من تقرير هذا النوع من الضمان الخاص¹²، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 23 جانفي 1991¹³.

7- تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"

8- تنص المادة 126 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية في ما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض"

Voir plus : ZAMAN. Eva et BUSSCHER Siegfried, L'exclusion contractuelle de la responsabilité décennale in solidum de l'entrepreneur et de l'architecte n'est plus possible, Article publié sur : www.schoups.com, visité le : 15 avril 2019.

9- شيخ نسيم، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، سنة 2016/2015، ص 246

10- كامل فؤاد، المسؤولية المدنية عن تدهم البناء في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2002، ص 153.

11- صبايحي ربيعة، خصوصيات المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول بعد تسليم المباني في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2012، ص 345.

12- حجاري محمد، حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون 04/11 المحدد للقواعد الناظمة لنشاط الترقية العقارية، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 20، مركز جيل البحث العلمي، ديسمبر 2017، تريبولي، لبنان، ص 70

13- قرار م.ع.، غ.م.، ملف رقم: 64748، جاء فيه: "من المقرر قانوناً، أن المهندس المعماري والمقاول يضمنان بالتضامن ما يحدث خلال عشرة سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان وأقمامه من منشآت ثابتة أخرى، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون."

كما تنصّ الفقرة 02 من المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12¹⁴ على أنه: "يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر في حالة سقوط البناية كلياً أو جزئياً بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض"

وتجدر الإشارة إلى أن تضامن المرقى العقاري مع غيره من المتدخلين في المشروع العقاري يتقرر بعد التسليم النهائي للأشغال، أما قبل التسليم فجميع الأضرار تتقرر بشأنها القواعد العامة للمسؤولية العقدية¹⁵.

الفرع الثاني: التكييف القانوني للضمان العشري

باعتبار المسؤولية المترتبة عن ضمان سلامة البناء بعد تشييده وتسليمه مفترضة بنصّ القانون في جانب المقاول والمهندسين، ولأنها أثر من آثار عقد المقاولة، تعددت المذاهب الفقهية في تحديد التكييف القانوني للضمان العشري، حيث اعتبرها البعض مسؤولية عقدية باعتبار أنها امتداد لعقد المقاولة (أولاً)، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول أنها مسؤولية تقصيرية (ثانياً)، في حين ذهب الفقه الحديث إلى اعتبار الضمان العشري مسؤولية موضوعية (ثالثاً).

أولاً- الضمان العشري مسؤولية عقدية: ذهب جانب من الفقه إلى أن الضمان العشري تطبيق للمسؤولية المدنية العقدية التي تقضي بها النظرية العامة للعقد¹⁶، نتيجة لارتباط المقاول والمهندس مع رب العمل بعقد مقاولة يرتب التزامات على عاتق الأطراف، وتتمثل هذه الأخيرة في الالتزام بتشييد بناء أو إقامة منشآت ثابتة، ثم التزام بضمان سلامة البناء من المخاطر التي قد يتعرض لها خلال فترة الضمان الذي يعتبر التزاماً مستقلاً عن الالتزام الأول، كما أن المسؤولية التي يغطيها الضمان عن تدهم أو عيب في البناء ما هي إلا نتيجة لإخلالهما بأحد هذه الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة¹⁷، مبررين ذلك بأن الضمان العشري مقرر بنصوص

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة المجلس بإخراجهم لديوان الترقية والتسيير العقاري من الخصام بالرغم من أنّ الخبرة المنجزة أظهرت أنه ضامن للبناء مع المقاول يكونوا قد أخطؤوا في تطبيق القانون.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، ع 4، سنة 1992.

¹⁴- المرسوم التنفيذي رقم 85-12، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2012، يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، ج.ر ع 11، صادر بتاريخ 26 فبراير 2012.

¹⁵- حجارى محمد، مرجع سابق، ص 70

¹⁶- محمد صادق نزيه المهدي، دور التأمين في مجال عقود وأعمال البناء والتشييد في ظلّ أحدث النظم القانونية والنصوص التشريعية المعاصرة، المؤتمر الثامن عشر لعقود البناء، والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، ص 472.

¹⁷- هشام علي شهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 121.

قانونية ومنها المادة 651 مدني مصري¹⁸، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث عرفت المادة 549 من القانون المدني الجزائري عقد المقاولة على أنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

كما أنهم يبررون موقفهم بأن عملية التسليم لا تنته بها العلاقة بين صاحب العمل والمقاول والمهندس، على اعتبار أن طبيعة العلاقة القائمة بين صاحب العمل وغيره من المتدخلين لا تتأثر بفعل التسليم وإن كانت تترتب عنه نتائج مهمة، حيث يعتبر واقعة وليس تصرفاً قانونياً، كما أن عقد المقاولة يتم تنفيذه على مرحلتين: مرحلة تنفيذ الالتزام ومرحلة الضمان¹⁹، فتسلم الأعمال من قبل صاحب العمل سواءً كان ذلك بتحفظ أو دون تحفظ لا يبرئ ذمة الملزمين بالضمان إلا بالنسبة للعيوب الظاهرة.

كما أن دعوى الضمان العشري المقررة في المادة 554 من التقنين المدني الجزائري لصالح صاحب العمل قائمة على مسؤولية عقدية أوجدها القانون لكل عقد مقاولة بناءً، نظمها المشرع بنصوص آمرة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، لذا يرى البعض أنه ليس غريباً أن يتدخل المشرع في المجال العقدي بقواعد آمرة متعلقة بالنظام العام لاعتبارات تتعلق بحماية المصلحة العامة²⁰.

وبالتالي يجمع أغلب الفقه الفرنسي والمصري على أن المسؤولية العشرية مسؤولية عقدية ناشئة عن الإخلال بالالتزام عقدي، ونتيجة لهذا التكييف فإن المهندس والمقاول لا يلتزمان إلا بتعويض الضرر المتوقع عادة ما لم يكن هناك غش أو خطأ جسيم من أحد المتدخلين في عملية البناء وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، ومن هذا المنطلق فإن الضمان العشري لا يمكن أن يقوم من دون عقد المقاولة، والقانون جعل هذا الأخير مصدراً للضمان، إلا أنه تدخل من جهة ثانية لينظم أحكامه بقواعد خاصة ذات طبيعة أخرى، فهو يشبه أحد التطبيقات الخاصة للنظرية العامة للمسؤولية العقدية، أخضعه المشرع لتنظيم خاص.

18- تنص المادة 651 من القانون المدني المصري على أنه:

1- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي في ما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

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

3- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل ولا تسر هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن".

19- المير سميرة، المسؤولية المعمارية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2016، ص 250.

20- صبايحي ربيعة، مرجع سابق، ص 338

ثانياً- الضمان العشري مسؤولية تقصيرية: إذا كانت أغلبية الفقه الحديث ترى أن المسؤولية العشرية هي ذات طبيعة عقدية، فإن جانب آخر من الفقه²¹ ذهب إلى أنه بتنفيذ الأعمال وتسليمها إلى رب العمل وقبوله إياها دون إبداء أي اعتراض أو تحفظ، فإن عقد المقاولة يكون قد انتهى بذلك واستنفذ كل آثاره، بشكل يصبح معه أطراف العقد أجانب عن بعض، وبالتالي إذا قامت أي مسؤولية أو ضمان رغم ذلك في جانب المهندس أو المقاول فإنما يكون ذلك استناداً للإرادة العليا للمشرع²²، ويكون أساسها الخطأ المتمثل في الإخلال بواجب عام وعدم الإضرار بالغير²³، فتكون مسؤوليتهم عندئذ مسؤولية تقصيرية استثنائية تستند إلى نص غير مألوف في القواعد العامة، أو هي على الأقل مسؤولية شبه تقصيرية فرضت على عقد تم تنفيذه وانتهى، لذا يرى البعض أنه يجب إخضاع هذه المسؤولية للتفسير الضيق المستند إلى حرفية النص المنشئ لها وأن لا يمتد خارجه²⁴.

كان هذا الرأي محل انتقاد من عدة نواحي، ومن أهمها أن مسؤولية المتدخلين في عملية البناء تظل قائمة وفقاً للقواعد الخاصة ولو كان سبب التهدم مجهولاً، وذلك لكون هذه المسؤولية مبنية على أساس الخطأ المفترض ولا يمكن للمهندس أو المقاول نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي، بينما المسؤولية التقصيرية قائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات.

انتقد كذلك هذا الرأي على أساس أنه لم يأخذ بعين الاعتبار الالتزامات التعاقدية التي تجعل الالتزام بالضمان ينقسم إلى التزامين: الأول وهو الالتزام بالتنفيذ، والثاني أن يكون هذا التنفيذ محققاً للغرض المتفق عليه وضمن البناء من العيوب الخفية بعد التسليم.

كما أن القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية تقتضي أن الضمان لا يتحقق إلا بوجود العيب قبل التسليم، في حين أن العيب الذي يسأل عنه المهندس المعماري والمقاول وغيرهم من المتدخلين قد يظهر بعد واقعة التسليم والمقدرة بعشر سنوات.

كما أن المادة 554 من التقنين المدني الجزائري والفقرة الأخيرة من المادة 45 من قانون 04-11 تنص على التضامن في المسؤولية العشرية، وحيث أن التضامن في المسؤولية التقصيرية مفترض دون الحاجة إلى نص يقرره، فإنه يستبعد اعتبار الضمان العشري مسؤولية تقصيرية، أضف إلى ذلك أن القضاء الفرنسي عدل من موقفه الذي يعتبر الضمان العشري مسؤولية تقصيرية، متأثراً بالفقه الحديث الذي يقر بأنها مسؤولية ذات طبيعة عقدية ناشئة عن الإخلال بتنفيذ التزامات ناشئة عن عقد المقاولة.

²¹- محمّد صادق نزيه المهدي، مرجع نفسه، ص 472

²²- B.SOINNE, La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, thèse, Paris, L.G.D.J, 1996, p. 31-32

²³- سميرة المير، مرجع سابق، 249

²⁴- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1985، ص274.

ثالثاً- الضمان العشري مسؤولية موضوعية: نستخلص مما تقدم أن كلا التكييفين السابقين لم يعبرا عن التكييف الحقيقي لطبيعة المسؤولية العشرية، لذا ظهر جانب من الفقه يرى أصحابه أن المسؤولية العشرية هي ذات طبيعة خاصة واستثنائية يجب إرجاعها إلى فكرة المسؤولية الموضوعية، فهي تختلف عن المسؤولية العقدية الناتجة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية التي يربتها عقد المقاولة، كما تختلف عن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الإخلال بالتزام قانوني أو عن الفعل غير المشروع طبقاً للقواعد العامة.

يجد هذا التكييف أساسه في فكرة المسؤولية الموضوعية بعيداً عن أنواع المسؤولية التقليدية، حيث يرى جانب من الفقه²⁵ أن فكرة الضمان العشري لا تدخل في نطاق المسؤولية التقليدية، بل هي ذات طبيعة خاصة تستند على تحمل التبعة أو نظرية المخاطر، وهي قيام الضمان على عاتق المهندس المعماري والمقاول وغيرهم من المسؤولين رغم انتهاء العقد وتام التنفيذ الذي يجد أساسه في فكرة المسؤولية الموضوعية والتي تقوم استناداً إلى موضوعها أو محلها، أي بالنظر إلى عنصر الضرر وما يستتبعه هذا الأخير من تعويض دون البحث في المسؤولية العقدية أو التقصيرية وما تستلزمه من وجوب إثبات الخطأ سواءً العقدي أو التقصيري، وتظهر هذه الفكرة أكثر إذا طبقناها على موضوع تغطية الضمان العشري بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية²⁶.

في الأخير يمكن القول أنّ أغلب الفقه الحديث الفرنسي وحتى الجزائري مستقر على اعتبار المسؤولية العشرية الناشئة بعد تسليم الأعمال إلى صاحبها مسؤولية عقدية²⁷، إلا أنه في رأيي تبقى مسؤولية ذات طبيعة خاصة واستثنائية مقررّة لحماية مصلحة صاحب العمل والمصلحة العامة على حد سواء، تنظمها أحكام مختلفة عن تلك المعروفة في المسؤولية العقدية والتقصيرية، من ضمنها تحديد نطاق المسؤولية العشرية، فمن حيث الأشخاص لا يسأل إلا الذين يخالفون الالتزامات الواردة في نصّ المادة 554 من التقنين المدني، أما من حيث الموضوع فلا تقوم المسؤولية العشرية إلا في حالة الأضرار الخطيرة أو الجسيمة التي تهدد متانة البناء وسلامته والتي تظهر خلال العشر سنوات التالية لواقعة التسليم.

المطلب الثاني: شروط الضمان العشري والأشخاص الملزمون به

يتوقف تحقق الضمان العشري على توفر مجموعة من الشروط التي من دونها لا يمكن للمضروب من البناء المعيب أو تدمره كلياً أو جزئياً الرجوع على المسؤول عن الضرر (الفرع الأول)، وباعتبار الضمان العشري مسؤولية استثنائية نجد أن المشرع الجزائري حصر الضمان العشري في مجموعة من الأشخاص الذين ألقى على عاتقهم بهذا الالتزام دون غيرهم سواءً في القانون المدني أو في القوانين الخاصة (الفرع الثاني).

²⁵- محمد صادق نزيه المهدي، مرجع سابق، ص 475.

²⁶- المهدي، المرجع نفسه، ص 475-476.

²⁷- ربيعة صبايحي، مرجع سابق، ص 345.

الفرع الأول: شروط تحقق الضمان العشري

يتوقف تطبيق الضمان العشري للمتدخلين في مجال البناء على توفر عدة شروط تشكل الحد الفاصل والمميز لهذا الضمان عن غيره من المسؤوليات الأخرى، سواءً من حيث الأعمال التي تشكل موضوع الضمان، أو أطرافه، أو من حيث الأضرار التي تقوم عليها المسؤولية، وقد حدد المشرع الجزائري هذه الشروط في المادتين 554 و 557 من القانون المدني الجزائري.

أولاً- ضرورة وجود عقد مقاوله بناء أو منشآت ثابتة مع رب العمل: يقتضي تحقق هذا الشرط²⁸ توفر أمور ثلاثة تتمثل في: ضرورة وجود عقد مقاوله بين رب العمل والمقاول والمهندس المعماري، محله إنشاء وإقامة بناء أو منشآت ثابتة.

1- ضرورة وجود عقد مقاوله: لا يباشر المقاول والمهندس المعماري عملهم بإقامة منشآت أو تشييد بناء أو جزء من بناية لشخص آخر دون أن يربط بينهما اتفاق مسبق، يتمثل في عقد المقاوله الذي عرفته المادة 549 من القانون المدني الجزائري على أنه: "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". ويكمن جوهر عقد المقاوله في استقلال المقاول في تنفيذه لهذا الأخير عن أي سيطرة أو إشراف أو إدارة من جانب رب العمل، فهو يؤدي عمله دون أي تدخل من هذا الأخير في تحديد كيفية التنفيذ، أو في اختيار الأدوات والوسائل اللازمة للتنفيذ.²⁹

2- ضرورة ارتباط عقد المقاوله بإقامة بناء أو منشآت ثابتة: يجب أن يتعلق الأمر بعملية تشييد أو إقامة منشآت ومبان جديدة، حيث لا يشمل الضمان العشري الترميمات والتوسيعات إلا إذا كانت هذه الأخيرة مهمة كتعلية المباني³⁰، ويقصد بأعمال البناء إنشاء مبان جديدة أو إقامة أعمال أو تدعيمها أو هدمها أو تغطية واجهات المباني القائمة بالبياض وخلافه..³¹

هذا ويعرف البناء أنه كل ما يقام فوق أو تحت سطح الأرض من صنع الإنسان ويتصل بها اتصال قرار بحيث لا يمكن نقله من مكانه بدون إحداث ضرر أو تلف أو تغيير في طبيعته، أيًا كان نوع المواد المستخدمة

²⁸ لمزيد من التفاصيل في شروط تحقق الضمان العشري، أنظر غازي أبو عرابي، الضمان العشري لمهندس ومقاول البناء ومدى خضوع المقاول من الباطن له، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 24، العدد 2، جوان 2008، ص ص 536-540.

²⁹ يس عبد الرزاق حسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة القانون المدني، دون دار النشر، دون بلد النشر، 1987، ص 87

³⁰ إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول طبقاً للمادة (554) من القانون المدني الجزائري، مجلة الفكر البرلماني، العدد التاسع، جويلية 2005، ص 688.

³¹ نزيه محمد صادق المهدي، المرجع سابق، ص 449.

في هذا البناء.³² واستجابة للتطور العمراني الحديث وتعدد العمليات المعمارية وما يصاحبها من صعوبات في التفرقة بين الأنواع بسبب تداخلها وترابطها وسع المشرع الفرنسي من نطاق الضمان واستبدل لفظ (Edifice) بلفظ (Ouvrage) ووضع حدا للتفرقة بين المنشآت الكبيرة والصغيرة، ليشمل بذلك كافة أعمال ومنشآت الهندسة المدنية التي تخضع لها جميع أعمال البناء مهما كانت طبيعتها أو الغرض منها.³³

3- ضرورة إبرام عقد المقاولة بين المقاول والمهندس وصاحب العمل: يقتصر الضمان العشري على عقد المقاولة الذي يربط صاحب العمل بالمهندس أو المقاول، أما ما تعلق بالعلاقة بين المهندس المعماري والمقاول، أو بالمقاولين من الباطن فتطبق القواعد العامة في المسؤولية العقدية، بينما تخضع العلاقة بين رب العمل والمقاولين من الباطن أو العمال و الفنيين التابعين للمقاول أو المهندس للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.³⁴

ثانياً- أن يقع الضرر أو يكتشف العيب خلال عشر سنوات من تاريخ تسليم البناء لصاحب العمل: يشترط كذلك لتطبيق أحكام الضمان العشري أن يحدث تدهم البناء أو أن يكتشف العيب خلال مدة محددة، وأن ترفع دعوى الضمان خلال مدة معينة أيضاً، وفي هذا الصدد تنص المادة 554 على أنه: "يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي في ما شيده من مبان أو أقامه من منشآت...".

ذلك لأنّ المسؤولية العشرية استثنائية كما سبق القول، نظراً لعدم خبرة رب العمل أو المستفيدين الآخرين من البناء مقارنة بالمهندسين والمقاولين وغيرهم من المتدخلين في عملية البناء من جهة، وصعوبة اكتشاف الكثير من العيوب وقت التسليم، وبالتالي فإن العبرة بالضرر الذي يقع بعد التسليم أو العيب الذي يتم اكتشافه خلال مدة العشر سنوات اللاحقة لوقت تسليم البناء، أما العيوب التي يتم اكتشافها قبل ذلك والأضرار التي تلحق بصاحب العمل أو غيره أثناء فترة التشييد فتبقى خاضعة للأحكام العامة أي إما للمسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية حسب نوع الخطأ الذي نجم عنه الضرر.

ثالثاً- أن يكتسي العيب خطورة جسيمة: باستقراء النصوص القانونية التي قررت المسؤولية العشرية نجد أن هذه الأخيرة يمكن إثارتها فقط إذا بلغ العيب في البناء درجة من الجسامة بحيث يؤدي إلى الانهيار الكلي أو

³²- المرجع نفسه، ص 449.

³³- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية - أنواع المسؤولية، جرائم البناء، تعيب المباني، التصدع والانهيار، الحوادث أثناء وبعد التشييد- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 117.

³⁴- المرجع نفسه، ص 118، 119.

الجزئي للبناء، أو تلك العيوب التي تهدد متانته بشكل يجعله غير صالح للغرض الذي شيد من أجله، أو تلك التي تمسّ صلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من البناء.³⁵ رابعا- أن يكون العيب خفيا أثناء التسليم: كلما كان العيب سهل الاكتشاف أو التعرف عليه أثناء التسليم تعذر قيام المسؤولية العشرية، وكلما كان العيب خفيا لا يمكن للأطراف تبينه أو تقدير نتائجه على البناء وقت التسليم قام التزام المهندس والمقاول بالضمان العشري³⁶. ويعتبر العيب الخفي موجبا للضمان العشري إذا كان يهدد صلاحية البناء مما يؤدي إلى انهياره كليا أو جزئيا، أو إذا جعل البناء غير مطابق للغرض الذي أنجز من أجله.

الفرع الثاني: تحديد القانون للأشخاص الملزمين بالضمان العشري

يقصد بتحديد الأشخاص الملزمين بالضمان العشري ضبط قائمة الأشخاص المسؤولين عن تعيب أو تهم البناء أو المنشآت الثابتة خلال المدة القانونية التي حددها المشرع حماية لرب العمل غير الخبير بأعمال البناء.

شهد المشرع الجزائري تطورا في تحديد الأشخاص المسؤولين بالضمان العشري حيث قصر القانون المدني الأمر في البداية على المقاول والمهندس المعماري دون غيرهما (أولا)، بينما توسع في نطاق الملزمين بالضمان في قوانين خاصة متأثرا بالتطورات التي شهدتها مجال البناء والتشييد (ثانيا).

أولا: الأشخاص الملزمون بالضمان العشري في القانون المدني الجزائري: تحكم الضمان العشري قواعد استثنائية خاصة لما له من خصوصيات ينفرد بها عن القواعد التي تنظم المسؤولية بوجه عام سواء العقدية أو التقصيرية تعد خروجاً عن القواعد العامة، ولما كان الأصل في القواعد الاستثنائية أنه لا يقاس عليها ولا يتوسع فيها، لزم تحديد نطاق سريانها تحديدا دقيقا سواء من حيث الأشخاص الملزمين بها، أو من حيث الموضوع الذي تشملته قواعدهما حتى لا يفتح المجال للتوسع في القياس أو في التفسير والخروج به عن الهدف الذي قرره المشرع من أجله.³⁷

وبالرجوع إلى نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري نجد أنه حدد بصفة صريحة وقطعية الأشخاص الذين يخضعون لأحكام الضمان العشري، وهما المهندس المعماري والمقاول فقط لا غير، واعتبر

³⁵- المادة 181 من أمر 95-07 تنص 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 ووضع الأساس والهيكّل والإحاطة والتعليق".

³⁶- العربي بولنوار، الضمانة العشرية في مجال الأشغال العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 22، المغرب، 1998، ص 54

³⁷- عبد الرزاق حسين يس، مرجع سابق، ص 398

أنهما المسؤولان حصرا مسؤولية تضامنية عن أي تدهم كلي أو جزئي، و/أو أي عيب خطير يلحق بالمباني أو المنشآت الثابتة التي شيدها بموجب عقد المقاول.

وقد حذا المشرع الجزائري عند صياغته لهذا النصّ حذو المشرع الفرنسي الذي نصّ في المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الأولى³⁸ سنة 1804، حيث كانت تقصر الضمان العشري على المهندس والمقاول فقط.

ثانيا: الأشخاص الملزمون بالضمان العشري في القوانين الخاصة: ألقى المشرع بالضمان العشري لمدة طويلة على عاتق المهندس المعماري والمقاول دون غيرها بموجب القانون المدني الجزائري كما سبق القول، إلا أنّ ما شهده مجال البناء من تطورات سريعة في جميع جوانبه، وتدخل أطراف جدد بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في تنفيذ عمليات البناء، أدى إلى توسع المشرع الجزائري في النطاق الشخصي للمسؤولين عن تدهم المباني أو تعييبها، وإدخال متدخلين آخرين في دائرة الضمان العشري بموجب قوانين خاصة متفرقة.

1- الأشخاص الملزمون بالضمان العشري بموجب قانون التأمينات الجزائري: وسع المشرع الجزائري من دائرة الملزمين بالضمان العشري بموجب الأمر **07-95** المتعلق بالتأمينات³⁹ المعدل والمتمم، الذي أضاف أشخاصا آخرين إلى جانب المقاول والمهندس المعماري، حيث شمل المراقبين التقنيين للبناء بأحكام هذا الضمان إذا نجد المادة 178 منه تنصّ: "يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني..."

³⁸- Article 1792 du code civil français, version du 07 mars 1804 : « Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans »

<https://www.lemoniteur.fr/article/bicentenaire-du-code-civil-articles-1792-et-suivants-responsabilite-des-constructeurs-1re-partie-responsabilites-decennale-et-biennale.382674>

- توسع المشرع الفرنسي في نطاق المتدخلين الملزمين بالضمان العشري حيث عدّل المادة 1792 بموجب قانون 03 فبراير 1967 حين أضاف كل من يربطهم برب العمل عقد ايجار عمل (مقاول)، بينما توسع أكثر في ذلك بموجب قانون 04 يناير 1978 الذي حمل هذا الضمان أشخاص غير فنيين لا يساهمون بالضرورة في عمليات البناء بشكل مباشر وذلك باستبداله الصياغات السابقة بلفظ المشيد الذي يشمل جميع المتدخلين في عملية البناء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، أنظر المواد 1792-1 إلى 1792-5 من القانون المدني الفرنسي.

Article 1792 du code civil français : « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination ». Modifié par [Loi n°78-12 du 4 janvier 1978 - art. 1 JORF 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979.](#)

<https://www.legifrance.gouv.fr>

Voir plus: BARGIBANT, Louise, Op.Cit.

³⁹- أمر رقم 07-95 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات 1995، معدل ومتمم ج. ر، ع 13، صادر بتاريخ 08 مارس 1995.

ألزمت هذه المادة المراقبين التقنيين، دون النصّ على باقي المتدخلين في عملية البناء، إلا أن ذلك يعكس بداية توجه جديد من قبل المشرع الجزائري لتوسيع دائرة الأشخاص الملزمين بالضمان العشري مساهمة للتطور التشريعي والفقهيين الفرنسيين وحماية لمصالح رب العمل⁴⁰.

تتمثل مهمة المراقب التقني⁴¹ في الوقاية من المخاطر التي تهدد عمليات البناء سواءً في مرحلة التصميم أو مرحلة التنفيذ، ولا يجوز له مباشرة الأعمال المتعلقة بالتصميم الهندسي أو تنفيذ الأعمال المعمارية، أو القيام بأعمال الخبرة، إذ تعتبر مثل هذه الأعمال متعارضة مع وظيفته، ويخضع المراقب الفني في حدود ما يعهد إليه من مهام لأحكام الضمان العشري الوارد في (178) من قانون التأمينات.

2- الأشخاص الملزمون بالضمان العشري بموجب قانون نشاط الترقية العقارية: لم يمسّ التعديل⁴² الأخير للقانون المدني الجزائري النصوص المتعلقة بالضمان العشري والأشخاص الملزمين به، لذا تدخل المشرع الجزائري بمقتضى القانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁴³ الذي وسع بدوره من دائرة الملزمين بالضمان العشري، حيث أصبح المرقى العقاري ملزماً بالضمان العشري وهو ما يستشف من نصّ المادة 3/26 الذي جاء فيه: " غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تغنيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري...". كما ألزمت المادة 46 من القانون نفسه مكاتب الدراسات وكل متدخل أو مشارك في المشروع العقاري إلى جانب المقاولين الذين يربطهم برب العمل عقد مقاول⁴⁴، وبهذه الطريقة تكون هذه المادة قد شملت كافة المتدخلين في عملية البناء، وما يعاب على المشرع الجزائري في هذا الصدد أنه لم يحدد بصراحة من هم هؤلاء المتدخلون الآخرون في عملية البناء، وما هي طبيعة العقد الذي يربطهم برب العمل.

40- صباحي ربيعة، مرجع سابق، ص 345

41- نظمت الرقابة الفنية في مجال البناء، لأول مرة بمقتضى الأمر رقم 71-85، المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، والمتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي، ج.ر، ع 4، صادر بتاريخ 14 يناير 1972، ثم بموجب المرسوم رقم 86-205 المؤرخ في 19 أوت 1986 والمتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، ج.ر، ع 34، صادر بتاريخ 20 أوت 1986.

42- عدل الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري السالف الذكر بالقانون 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر، ع 44، الصادر بتاريخ 26 جوان 2005، ثم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر، ع 31، صادر بتاريخ: 13 ماي 2007.

43- قانون رقم 11-04 مؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر، ع 14، صادر بتاريخ 06 مارس 2011.

44- تنصّ المادة 46 من قانون 11-04 المتضمن تنظيم نشاط الترقية العقارية على أنه: " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حال زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس."

أما المادة 2/30 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري فقد أكدت على التزام المرقي العقاري بصريح العبارة بالضمان العشري، كما ألزمت أطرافاً أخرى وهم المقاولون الفرعيون وشركاء المرقي العقاري وأي متدخل آخر في مشروع البناء حيث تنصّ على أنه: " ... يتحمل المرقي العقاري خلال مدة عشرة (10) سنوات، مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر، في حال سقوط البنائة كلياً أو جزئياً...".

المبحث الثاني: حدود ارتباط الضمان العشري بالنظام العام

إذا كانت القاعدة العامة في مجال العقود وفقاً للقانون المدني الجزائري⁴⁵ أنّ الضمان فيها لا يعتبر من النظام العام، بحيث سوغ للأطراف المتعاقدة الاتفاق على مخالفتها سواءً بالتشديد أو التخفيف منها، حتى أنّ الأمر في بعض الأحوال يؤدي إلى الإعفاء من أي مسؤولية تترتب على عدم قيامهم بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية باتفاق خاص، إلا أنّ لهذه القاعدة بعض الاستثناءات التي نصّ عليها المشرع في بعض الدول والتي خرج فيها عن هذا الأصل، أين يكون للضمان فيها علاقة بالنظام العام ومن بينها الضمان العشري للمتدخلين في عملية البناء، فهو ضمان خاص لا يشمل المبدأ العام.

إلا أنّ جانباً من الفقه اتخذ رأياً مخالفاً يجيز فيه الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها، وليبيان مدى إمكانية اتفاق الأطراف على تعديل أحكام الضمان العشري يقتضي الأمر توضيح أهمية ارتباط الضمان العشري بالنظام العام (المطلب الأول)، ثم بيان مدى إمكانية مخالفة أحكام هذا الضمان من حيث جواز التشديد أو التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبررات ارتباط أحكام الضمان العشري بالنظام العام

بالرجوع إلى طبيعة القاعدة القانونية بوجه عام، نجدتها تنقسم إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة، وتعرف القواعد الأمرة أنها تلك التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها تحت طائلة البطلان، حيث أنّ الغرض منها إقامة النظام العام في المجتمع والحفاظ عليه، و نظراً لأهمية أحكام الضمان العشري منع المشرع الأطراف المتعاقدة من الخروج عنها بحيث جعلها من النظام العام بشكل يجعل كل الأحكام والاتفاقات التعاقدية والشروط التي ترد في العقد والتي من شأنها الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها كأنها غير مكتوبة⁴⁶، ومن ثم يقتضي الأمر منا

⁴⁵ - تنصّ المادة 1/178 من القانون المدني الجزائري على أنه: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشّه، أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغشّ، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

⁴⁶ - Sabine BERTOLASO, Emmanuelle MENARD, La responsabilité des constructeurs, L'Harmattan, S.A, Paris, p18.

أن نحدد مفهوم فكرة النّظام العام (الفرع الأول)، ثم نبين مبررات ارتباط أحكام الضّمان العشري بالنّظام العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم فكرة النّظام العام في الضّمان العشري

لتوضيح مفهوم فكرة النّظام العام في الضّمان العشري باعتباره خروجاً عن القواعد العامة في التعاقد يقتضي الأمر تعريف فكرة النّظام العام (أولاً)، ثم بيان الحكمة من جعل أحكام الضّمان العشري مرتبطة بالنّظام العام (ثانياً).

أولاً- تعريف فكرة النّظام العام: حاول الفقه إيجاد تعريف جامع ومانع لفكرة النّظام العام، إلا أن المسألة ليست بالسهلة، لذا تعددت التعاريف بشأنه، مما دفع الفقهاء إلى الاكتفاء بتعريف يقرب الفكرة إلى الأذهان بقولهم: "إن النّظام العام هو الأساس السياسي، والاجتماعي، والاقتصادي، والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة، كما ترسمه القوانين النّافذة، أو بعبارة أخرى " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهتم المجتمع مباشرة أكثر مما تهتم الأفراد، سواءً أكانت تلك المصالح سياسية، أم اجتماعية أم اقتصادية أم خلقية"⁴⁷.

يعتبر النّظام العام فكرة مرنة ومتطورة، يكتنفها الغموض لذا يصعب تحديدها على وجه دقيق، فما قد يعدّ من النّظام العام في مجتمع ما قد لا يعدّ كذلك في مجتمع آخر، وفوق ذلك فما هو من النّظام العام في دولة ما اليوم قد لا يكون كذلك في المستقبل في الدولة ذاتها، إذ يتعلق الأمر بدرجة تدخل هذه الأخيرة في سنّ القوانين الأمّرة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن النّظام العام تسوده فكرتان أساسيتان هما: فكرة أن معيار النّظام العام هو المصلحة العامة، ثم فكرة النسبية: وطبقاً لهذه الأخيرة لا يمكن تحديد دائرة النّظام العام إلا في مجتمع معين وفي زمن معين، وتغير نظام أو معتقدات أي مجتمع عبر الوقت يغير من مفهوم النّظام العام لديه.

ثانياً: الحكمة من ارتباط أحكام الضّمان العشري بالنّظام العام: يرى البعض أن ما دفع المشرع إلى جعل أحكام الضّمان العشري من النّظام العام هو حماية المصلحة العامة وضمان السّكينة والاستقرار في المجتمع، ويرى آخرون أن المشرع أراد أن يحمي مصلحة خاصة وهي مصلحة صاحب العمل والمستفيدين من المنشأة غير الخبراء بأمور البناء الفنية، وفيما سيأتي نوضح أهم الأهداف التي دفعت بالمشرع إلى ربط أحكام المسؤولية العشرية بالنّظام العام.

1- حماية المصلحة العامة: إن تعلق مسؤولية المتدخلين في عملية البناء بالنّظام العام هو ضرورة تقتضيها السّلامة العامة، فعيوب البناء لا تصيب صاحب العمل وحده بالضرر، بل غالباً ما تؤدي إلى حدوث كوارث

⁴⁷ - يونس الصالحي، مقارنة دعوى الضّمان العشري بدعوى ضمان العيوب الخفية وفقاً لعقد البيع في القانون المغربي، مجلة منازعات الأعمال، العدد الخامس، مارس-أبريل 2015، ص 50

تصيب الكثيرين بأضرار فادحة في الأرواح والأموال كسكان العمارة والجيران والمارة في الطريق العام، ولحماية سلامة هؤلاء الناس جميعاً من المخاطر المترتبة على حوادث سقوط المباني وانهايار المنشآت كان من الضروري ألا يسمح للمعماريين باستبعاد مسؤوليتهم عن هذه الحوادث باتفاق خاص، وهذا من شأنه دفعهم إلى تجنب اتباع الطرق الاحتياطية التي تؤدي إلى حدوث الغش المهني والحرص على اتباع الأصول الفنية في عملية البناء⁴⁸.

2- حماية صاحب العمل: يرى البعض أن ارتباط المسؤولية العشرية بالنظام العام ضرورة تفرضها حاجة صاحب العمل غير الخبير بأمر البناء لحماية خاصة، لذلك قرر له المشرع حماية قانونية من خلال تحديد مدة عشر سنوات لاختبار صلابة البناء وسلامته، حرصاً منه على عدم قيام المعماريين بإدخال أو إلغاء بنود في عقد المقاولة من شأنها الإنقاص من هذه الحماية لصاحب العمل⁴⁹ على اعتبار أنه لا يفهم في مسائل البناء، وقد استدلووا في ذلك بأن السلامة العامة تحظى بحماية قانونية كافية في القانون الوضعي، ويتمثل ذلك في المسؤولية التقصيرية، أو المسؤولية الجنائية للمعماريين المهملين، ومن هنا تتضح غاية المشرع من تقرير ودعم هذه الحماية التي منحها لصاحب العمل، فجعل أحكام الضمان من النظام العام.

الفرع الثاني: مظاهر اعتبار أحكام الضمان العشري من النظام العام

من المعروف فقها وقانوناً أن كل ما يتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفته، ويعد باطلاً كل تصرف يقضي بخلاف ذلك، وفي مجال الضمان العشري نجد المادة 556 من القانون المدني الجزائري تؤكد هذه الفكرة حيث تنص على أنه: "يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه"، كما تنص المادة 45 من قانون 11-04 المنظم لنشاط الترقية العقارية على أنه: "... يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في التشريع أو التنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري".

أولاً: بطلان الاتفاق على تخفيف المسؤولية: وضع المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات، أحكاماً خاصة بالمسؤولية المترتبة عن تهم البناء الخاضع للضمان العشري الذي اعتبره من النظام العام كما أكدته

⁴⁸ - محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 1997، ص 253، محمد لبيب شنب، شرح عقد المقاولة في ضوء الفقه والتشريع، ط2، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 185

⁴⁹ - خفير بن زارع العمري، الاتجاهات الحديثة في المسؤولية المدنية الناشئة عن أعمال البناء والتشييد (مع تطبيقات تشريعية حديثة للحد من المسؤولية والتأمين الإيجابي منها) دراسة مقارنة مع النظام السعودي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، جامعة القاهرة، مصر، 2014 ص 404.

المادة 556 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، حيث قرر جزاء البطلان عن إدراج شروط تخفف من الضمان كونه يشكل الحد الأدنى الذي لا يمكن التنازل عنه أو الإنقاص منه.

بالتالي يقع باطلا كل اتفاق يرمي إلى حرمان رب العمل كلياً من الرجوع على المهندس المعماري أو مقاول البناء، في حالة حصول تدهم أو وجود عيب في البناء، كما يبطل كل اتفاق يقضي أن ضمان المهندس المعماري أو مقاول البناء يقتصر على التدهم الكلي دون التدهم الجزئي، أو على وجود العيب، أو أنه لا يحق لرب العمل أن يرجع بالضمان على مقاول البناء دون المهندس المعماري، أو استبعاد التضامن بينهما، ولا يجوز كذلك الاتفاق على إنقاص مدة الضمان بجعلها أقل من عشر سنوات، أو الاتفاق على وجوب إثبات الخطأ في جانب المهندس المعماري، أو مقاول البناء، حتى يمكن الرجوع بالضمان، فكل هذه الاتفاقات المخففة للضمان الخاص، باطلة بطلاناً مطلقاً، لمخالفتها للنظام العام.⁵⁰

بالرجوع إلى نص المادة 45 من قانون 04-11 يمكن أن نفهم أن هذا البطلان لا يقتصر فقط على الضمان العشري، بل وسع المشرع الجزائري من دائرته ليشمل الاتفاقات المخففة التي يتم إبرامها قبل انجاز البناء أو اثنائه على الرغم من خضوع المقاول والمهندس المعماري في هذه الفترة لقواعد المسؤولية العقدية وفقاً للنظرية العامة القائمة على الخطأ الواجب الإثبات هذا من جهة، ومن جهة أخرى وسع من نطاق البطلان من حيث الأشخاص، حيث يشمل كل شرط يخفف من مسؤولية كل من المرقين العقاريين والمقاولين من الباطن، وذلك ربما لخطورة وجسامة الأضرار المادية والبشرية التي تحدث جراء تدهم المباني والمنشآت.

ثانياً: بطلان كل اتفاق يعني من المسؤولية: يقع باطلا كل شرط يقصد به الإعفاء من المسؤولية العشرية للمهندس المعماري ومقاول البناء وغيرهم من المتدخلين في عملية البناء بمقتضى نص المادة 556 مدني جزائري، شأنه في ذلك شأن شرط التخفيف أو الحد من المسؤولية، ومن ثم لا يجوز أن يشترط المهندس المعماري أو مقاول البناء في عقد المقاولة، تبرة ذمتها من المسؤولية عن كل ما قد يلحق المباني من تدهم أو عيب بمجرد تسلم رب العمل للمباني أو المنشآت الثابتة، ذلك أن الضمان الخاص يتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه.⁵¹

وعليه حتى لو تضمن عقد المقاولة شرطاً سابقاً يعفي المهندس المعماري أو مقاول البناء من المسؤولية العشرية، فإنه حال قيام الضرر يجوز لرب العمل الرجوع عليهما بالضمان الخاص، خلال مدة عشر سنوات، بالرغم من كل اتفاق أو شرط مخالف.

هذا وننوه في هذا الصدد، إلى أنه يجب التمييز بين الاتفاقات المعفية للمهندس المعماري من بعض المهام الملقاة على عاتقه بمقتضى طبيعة مهنته وبين الاتفاقات المعفية له من المسؤولية عن الأعمال الواجبة عليه، فالأولى يجوز الاتفاق على الإعفاء منها، ويعتبر كل شرط بخصوصها صحيحاً، كشرط إعفاء المهندس

⁵⁰ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 255.

⁵¹ - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 256.

المعماري مثلا من مهمة فحص تربة الأرض، وإسنادها لشخص متخصص في ذلك المجال، أما الثانية - وهي التي تعيننا - فيعتبر كل شرط بخصوصها باطلا وغير مكتوب⁵²، كما سبق بيانه أعلاه.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على خضوع أحكام الضمان العشري للنظام العام

رأينا في المطلب السابق أنه وبمقتضى نص المادة 556 مدني جزائري، والمادة 46 من قانون 04-11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية يقع باطلا كل اتفاق على التخفيف أو الحد أو الإعفاء من الضمان العشري، إلا أنه لا مانع من الاتفاق على تشديد المسؤولية (الفرع الأول)، كذلك فإن بعض الفقه يجيز التخفيف الجزئي والحد من مدة الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالة جواز الاتفاق على تشديد المسؤولية

ليس هناك ما يمنع الأطراف المتعاقدة من الاتفاق على تشديد الضمان العشري، لأن ذلك يعني الزيادة في حجم الضمان القانوني، وهذا النوع من الاتفاقات غالبا ما يكون محكوما بمدى ما يملكه رب العمل من القوة التي تمكنه من فرض مثل هذه الشروط على المهندس أو المقاول وغيرهما من المتدخلين في عملية البناء، فإدراج مثل هذه الشروط يحث الأطراف على بذل مزيد من العناية والحرص، لذلك نلاحظ أن جل التشريعات قد التزمت جانب الصمت تجاه هذا النوع من الشروط وتركتها لمحض اختيار وتراضي الأطراف المعنية⁵³، وعليه يحق لرب العمل أن يضمن عقد المقاولة ضمان العيوب الظاهرة أو تمديد فترة الضمان العشري لأكثر من المدة المحددة لها أو انجاز البناء في تاريخ معين، بالإضافة إلى اشتراط رب العمل على المهندس المعماري ضمان عيوب التصميم متناهية الدقة... الخ

كما أنّ التشديد من المسؤولية عما قرره المشرع، يتفق مع غاية المشرع من جعل أحكام الضمان العشري من النظام العام، وهو دفع المقاولين والمهندسين وغيرهم من المتدخلين في عملية التشييد إلى بذل أقصى عناية ممكنة حتى يكون البناء خاليا من العيوب⁵⁴.

غير أنّ ما يلاحظ عملا هو انعدام هذه الاشتراطات، ويرجع ذلك إلى عجز هذه الفئة على فرض مثل هذه الشروط لضعف المركز الاقتصادي لأحد الأطراف، إلا أنّ المجال الخصب لهذه الشروط هو قطاع

⁵² - يونس الصالحي، مرجع سابق، ص 53 وما بعدها

⁵³ - CASTON Albert, Conventions de responsabilité et garanties décennale, article publié le 04 octobre 2018, sur : www.blogavocat.fr, visité le 05 avril 2019.

⁵⁴ - بلمختار سعاد، المسؤولية المدنية في مجال البناء، -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018، ص 208

الأشغال العمومية أين تملك الإدارة من الإمكانيات والسلطة ما يؤهلها لفرض شروطها على المقاولين والمهندسين وغيرهما، وكل ذلك بغية تحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني: جواز الاتفاق على التخفيف أو الحد من الضمان في التشريعات المقارنة

قد لا يتفق المتعاقدان على تشديد الضمان عما قرره المشرع على عاتق المعمارين وذلك لتفادي الإجحاف في حق هؤلاء، بل ينصب اتفاقهم على الإنقاص أو الحد منه⁵⁵، وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى جواز التخفيف من الضمان العشري لصاحب العمل شرط أن يكون هذا التخفيف جزئياً (أولاً)، كما يرى البعض أنه يمكن الاتفاق على الحد من مدة العشر سنوات المقررة في القانون إذا تم الاتفاق على بقاء البناء لمدة تقل عن عشر سنوات (ثانياً)، وقصر البعض الآخر جواز نزول صاحب العمل عن حقه في التعويض بعد تحقق المسؤولية تعديلاً لأحكام الضمان (ثالثاً).

أولاً- جواز التخفيف الجزئي للضمان: نتطرق لهذا العنصر من خلال توضيح موقف كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي من هذه المسألة.

1- موقف المشرع الجزائري من التخفيف الجزئي للضمان: حسم المشرع الجزائري بشكل كبير هذه المسألة من خلال نص المادة 556 من القانون المدني السالفة الذكر، والتي يستخلص منها أن البطلان يشمل اتفاقات الحد من الضمان أو التخفيف منه، وبطلان الاتفاقات التي تضيق من نطاق تطبيقه⁵⁶، حيث يعتبر باطلاً كل اتفاق من شأنه إنقاص مدة الضمان أو جعله قاصراً على بعض الأعمال أو بعض العيوب دون غيرها، كما يعتبر باطلاً كل اتفاق يقصر الضمان على مهندس دون آخر، أو يستبعد التضامن بين المهندس والمقاول⁵⁷، فكل الشروط التي من شأنها تضيق نطاق الضمان العشري هي شروط باطلة، وبالتالي لرب العمل الحق في الرجوع على المهندس المعماري أو المقاول أو غيرهما من المتدخلين عن كل الأضرار التي تلحق بالبناء خلال مدة العشر سنوات، وعن كل العيوب التي تظهر في البناء خلال هذه المدة بالرغم من كل اتفاق أو شرط يقضي بخلاف ذلك⁵⁸.

2- موقف المشرع الفرنسي من جواز الاتفاق على تخفيف الضمان العشري: إن الاختلاف الواقع في الفقه الفرنسي حول الموضوع كان له أثر على المستوى التشريعي والقضائي رغم تسليم هذا الأخير بتعلق الضمان العشري بالنظام العام، إلا أن المحاكم الفرنسية لم تكن تقضي ببطلان الشروط المخففة من المسؤولية إلا إذا كان

⁵⁵ عمرو، طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد - دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 376.

⁵⁶ بلمختار سعاد، مرجع سابق ص 209

⁵⁷ المرجع نفسه، ص 209

⁵⁸ بلعقون صالح، مرجع سابق، ص 21.

مقتضاها المساس بصفة جوهرية بمبدأ الضمان ذاته، ونميز في هذا الصدد بين مرحلتين: ما قبل صدور قانون 04 جانفي 1978 (قانون سبينيتا **Loi Spinetta**) ومرحلة ما بعد صدور هذا القانون.

أ- مرحلة ما قبل صدور قانون 04 جانفي 1987: قبل سنة 1978 ونتيجة الفراغ التشريعي الحاصل آنذاك في مدونة نابليون لسنة 1804 عانى الفقه والقضاء من متاعب جمة بخصوص مدى مشروعية أو عدم مشروعية الاتفاقات المخففة أو المعفية من مسؤولية المقاول والمهندس المعماري⁵⁹.

انقسم الفقه الفرنسي⁶⁰ في هذا الشأن إلى ثلاث اتجاهات يجد كل منهم أساسه في مدى الاعتراف بتعلق أحكام الضمان بالنظام العام من عدمه⁶¹، فذهب الاتجاه الأول إلى جواز مثل هذه الاتفاقات شريطة أن تكون صادرة عن المقاول والمهندس المعماري بحسن نية، أما إذا تبين أنها نتيجة تدليس أو ترتبت عن خطأ جسيم فإنها تكون باطلة وغير منتجة لآثارها⁶².

بينما رفض اتجاه آخر⁶³ هذه الشروط المخففة أو المعفية، وأيدوا موقفهم بالقول أن هذه الاشتراطات تكون باطلة نظرا لمساسها بفكرة النظام العام لأن السماح للمقاول والمهندس المعماري بإدراج مثل هذه الشروط المنقصة من الضمان العشري في عقد المساومة سيفرغ النصوص القانونية التي قررتها من محتواها، ويمنع تحقيق الغاية التي يهدف إليها المشرع لحماية لصاحب البناء أو مالكيه المتتاليين من الأضرار التي قد تصيب المباني، ودفع المعماريين إلى التفتان في مهنتهم وعدم التقصير فيها، وهو الرأي الراجح في نظرنا لأنه يشكل ضمانا حقيقية لصاحب العمل، وردعا للمهنيين حتى لا يتهربوا من مسؤوليتهم.

إلا أنه ظهر اتجاه ثالث⁶⁴، نادى بالتمييز بين حالة صحة الإعفاء إذا كان جزئيا فيكون صحيحا، وحالة ما إذا كان كليا حيث يقع باطلا وغير منتج لآثاره، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 7 ماي 1971، أما عن صعوبة التمييز بين حالات الإعفاء الجزئي والكلي، فإن محكمة النقض الفرنسية حاولت إيجاد معيار آخر للفرقة بين الحالات الموجبة للبطلان وتلك التي تستوجب الجواز، فظهر معيار الالتزامات الأساسية والثانوية إذ يترتب على خرق الأولى البطلان و على الثانية الجواز⁶⁵ شرط ألا يكون هناك خطأ عمدي أو جسيم.

⁵⁹ - عمرو طه بدوي، مرجع سابق، ص 377، 378.

⁶⁰ - CASTON, Albert, Op.cit.

⁶¹ - راجع في ذلك محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 321، 322.

⁶² - يونس الصالحي، مرجع سابق، ص 55.

⁶³ - أنظر في ذلك: محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 319.

⁶⁴ - المرجع نفسه، ص 320 وما بعدها، عمرو طه بدوي مرجع سابق، ص 372 وما بعدها.

⁶⁵ - يونس الصالحي، مرجع سابق، ص 56.

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي⁶⁶ كان له موقف واحد وهو عدم جواز هذه الاتفاقات سواء كانت مخففة أو معفية من الضمان كلياً أو جزئياً وذلك كله تحقيقاً للمصلحة العامة⁶⁷.

ب- مرحلة ما بعد صدور قانون 04 جانفي 1978: حسم المشرع الفرنسي هذا الأمر بصدور ونفاذ قانون 04 جانفي 1978⁶⁸، الذي يقضى ببطان الاتفاقات المخففة أو المعفية من الضمان بطلاناً مطلقاً، بموجب نصّ المادة 1792/5⁶⁹، التي تنصّ على بطلان كل الشروط المخففة من أحكام الضمان سواء تعلقت بالضمان العشري⁷⁰ أو ضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل، وسواء تعلق الاتفاق بالمدة أو بمقدار التعويض أو ببعض الأعمال واعتبارها كأن لم تكن، كما تبطل أيضاً الاتفاقات المعفية من المسؤولية والشروط المضيقّة من نطاق الضمان سواء من حيث موضوعه أو من حيث الأشخاص الملزمين به لمخالفتها للنظام العام⁷¹.

ثانياً: الاتفاق على بقاء البناء أقل من عشر سنوات: نجد حالة يجوز فيها النزول عن الحد الأدنى المقرر بعشر سنوات⁷²، وهي تلك التي نصّ عليها المشرع المصري في المادة 651 مدني مصري : "... ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات"

ولم نجد نصاً يقابلها في التشريع الجزائري، لا في التقنين المدني ولا في التصوص الخاصة الأخرى، كما أكد القضاء الفرنسي على أن مدة العشر سنوات هي مدة ثابتة، لا يجوز الاتفاق على وقفها أو الإنقاص منها بأي شكل من الأشكال⁷³.

⁶⁶- CE, 29 novembre 1918, ville d'Orléans, Lebon, 831, citée par : L'aménagement contractuel de la garantie décennale : Consécration de la primauté contractuelle sur la loi, publié le : 25/01/2017, sur : www.lepetitjuriste.fr, visité le : 12/04/2019.

⁶⁷- يونس الصالحي، مرجع سابق، ص 56.

⁶⁸ - Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, JORF du 5 janvier 1978 page 188.

⁶⁹ - Article 1792-5 : « Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles [1792](#), [1792-1](#) et [1792-2](#), soit d'exclure les garanties prévues aux articles [1792-3](#) et [1792-6](#) ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article [1792-4](#), est réputée non écrite.», Créé par [Loi n°78-12 du 4 janvier 1978 - art. 2 JORF 5 janvier 1978 en vigueur le 1er janvier 1979](#), Modifié par [Loi n°90-1129 du 19 décembre 1990 - art. 2 JORF 22 décembre 1990 en vigueur le 1er décembre 1991](#).

[Voir plus : SPERONI. Jérôme, Construction : L'étendu de l'assurance de responsabilité décennale obligatoire es d'ordre public, Article publié le 18/02/2016, sur : www.argusdelassurance.com, visité le 05/04/2019.](#)

⁷⁰- Cass. Civ. 3, 15 septembre 2016, n 12-26.985, cité par BRECHET. Aurélie, op.cit.

⁷¹ -LEGUAY Gilbert et DUBOIS Philippe, RDI, 1993, p 523 et suivant.

لمزيد من التفاصيل أنظر عمرو طه بدوي، مرجع سابق، ص 378.

⁷²- عمرو طه بدوي، مرجع سابق، ص 377.

⁷³- Cass. 22 décembre 2006, RW 2006-07, 1439, cité par : ZAMAN. Eva et BUSSCHER Siegfried, Op. cit.

ويرى الفقه في انتقاده للموقف السابق بأن ما أجازته المشرع من الاتفاق على إقامة منشآت معيبة تبقى أقل من عشر سنوات، هو تحلل بشكل غير مباشر من معنى الحد من المسؤولية المعمارية للمشييد⁷⁴، حيث يعتبر متناقضا مع البطلان المقرر بالمادة 653 قانون مدني مصري في صراحة نصّها والتي تقابلها المادة 556 مدني جزائري سالفه الذكر.

وتجدر الإشارة إلى أنّه لا يكف مجرد النصّ في عقد المقاوله على مدة الضمان التي تقل عن العشر سنوات المحددة قانوناً، بل يتعين أن يبين المتعاقدان بأنّ الغرض من إقامة البناء هو أنّ يبقى لمدة تقل عن العشر سنوات⁷⁵.

ثالثاً: جواز نزول صاحب الحق في الضمان عن حقه بعد تحقق المسؤولية: يتضح جلياً من خلال نصّ المادة 556 من القانون المدني الجزائري أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على الإعفاء أو التخفيف من الضمان، سواء عن طريق شرط في العقد أو بشرط مستقل، لتعارضها مع النظام العام، حيث يقتصر البطلان على الاتفاقيات التي تبرم قبل نشوء الحق في التعويض عن الضرر، والبطلان هنا يلحق الشرط الذي يقضي بتخفيف المسؤولية أو الحد منها، وليس بطلان العقد⁷⁶، على خلاف الحال بالنسبة لبطلان الشروط المشددة للمسؤولية.

أما بعد حصول الضرر، فلا مانع من التصالح والاتفاق على التعويض أو قصر المسؤولية على المقاول دون المهندس مثلاً، ذلك أن الحق في التعويض مقرر لحماية رب العمل، ولمصلحته الخاصة ولا يتعلق بالنظام العام⁷⁷، وعليه فعند نشوء الحق يجوز لصاحبه التنازل عنه كاملاً أو جزئياً، بطريقة صريحة أو ضمنية كسكوت رب العمل عن التمسك بالضمان رغم تحقق سببه، فإذا تخلى صاحب العمل مباشرة عن دعواه للمطالبة بالضمان مدة طويلة بعد تحققه بانعقاد المسؤولية، يعد ذلك بمثابة نزول ضمني عن حقه، أو قيام صاحب العمل بدفع الأجر للمقاول أو المهندس أو قام بإصلاح العيب، دون إبداء أي تحفظ، أو مطالبة بالتعويض، أو السعي لإثبات حالة⁷⁸.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة، يتضح أن الاتجاه الغالب في الفقه المعاصر يميل إلى تشديد الضمان متى كان التعامل بين أشخاص محترفين وآخرين ليست لديهم خبرات بأصول الحرفة، وهو الحال بالنسبة لموضوع دراستنا، حيث نجد أن المشرع الجزائري قرر حماية استثنائية لصاحب العمل أو المستفيدين المتتاليين من البناء من

⁷⁴ - خفير بن زارع العمري، مرجع سابق، ص 410.

⁷⁵ - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 186.

⁷⁶ - خفير بن زارع العمري، مرجع سابق، ص 411.

⁷⁷ - شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 257.

⁷⁸ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 171، بلمختار سعاد، مرجع السابق، ص 214.

الأضرار التي قد تلحق بالبناء أو المنشآت الثابتة الأخرى، وجعل أحكامها من النظام العام عندما رتب جزاء البطلان عن كل شرط أو اتفاق يقضي بتخفيف المسؤولية أو الحد من مدة الضمان، أو الإعفاء منها أو التضييق منها بشكل من الأشكال.

بينما يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية كل من المهندس والمقاول وغيرهما من المتدخلين، حيث لا مانع من ذلك مادام أن هذه الشروط تزيد من الضمانات المقررة لصاحب العمل، وتدفع المتدخلين في عملية البناء إلى بذل عناية أكبر، ولا تهدف إلى الانتقاص أو الحد من الضمان، كما أن روح النصوص القانونية المنظمة لمسؤولية المشيدين تؤكد أن نية المشرع تتجه إلى أن تجعل منها الحد الأدنى لما يجب أن تكون عليه مسؤولية المهندس والمقاول وغيرهما من المتدخلين في عملية البناء.

أما بالنسبة للتخفيف الجزئي للضمان فإن المشرع الجزائري حسم هذه المسألة بنص صريح، حيث يقع باطلا كل اتفاق على التخفيف من الضمان، جزئيا كان أو كليا، كما أن تنازل رب العمل عن حقه في التعويض بصفة جزئية أو كلية، صراحة أو ضمنا، لا يمس بفكرة النظام العام ولا يعتبر تعديلا لأحكام الضمان العشري، باعتبار أن الاتفاق الذي يتم بعد تحقق مسؤولية المعمارين يكون محله مبلغ التعويض، وهذا الأخير يعتبر مصلحة شخصية لصاحب العمل له مطلق الحرية في المطالبة به أو التنازل عنه.

إضافة إلى ذلك لا يعتبر الاتفاق على بقاء البناء أقل من عشر سنوات اتفاقا على الحد من مدة الضمان المحددة بعشر سنوات، ما دام أن المشرع لم ينص على هذه الحالة صراحة، كما أن العقد الذي يقضي ببقاء البناء أقل من عشر سنوات، يجعل تطبيق المادة 554 على هذه الحالة مستحيلا بالنظر إلى طبيعة العقد. وعليه تؤكد موقف المشرع الجزائري على أن أحكام الضمان العشري من النظام العام لما يحققه من استقرار للمعاملات بين الأطراف المختلفة من حيث المراكز الاقتصادية والقانونية، وتحقيقا لكل من المصلحة العامة والخاصة.