

مسؤولية المقاول في البناء

علي الجلولي أستاذ بكلية الحقوق بصفافس

عميد الكلية سابقا

تعد مسؤولية المقاول في البناء صورة من صور المسؤولية المهنية. ويقصد بالمقاول كل شخص متدخل في عملية بناء مرتبط مع صاحب العمل أو المنشأة بعقد مقاول. فلا يقتصر الأمر على من أنجز البناء أو المنشأة (المقاول بالمعنى العادي للكلمة) بل يشمل من أعد المثل الهندسي للبناء (المهندس المعماري) ومن سير الأشغال (مكتب الدراسات) ومن راقبها (مكتب المراقبة الفنية)¹. فهؤلاء ضامنون لعيوب البناءات التي يشيّدونها والمنشآت الثابتة الأخرى التي يحدثونها. ويعتبر منشأة كل ما أقيم على سبيل القرار باستعمال مواد البناء سواء كان ذلك فوق الأرض أو في مستواها (كالمسبح)² أو في باطنها (مثل النفق) أو فوق الماء.

ولمسؤولية المقاول في البناء بالمعنى الشامل لكلمة المقاول أهمية بالغة على المستويين العملي والنظري.

وتظهر الأهمية على المستوى العملي من التطبيقات القضائية سواء في تونس أو في الخارج.

وعلى المستوى النظري تظهر أهمية الموضوع من تعدد أنواع العيوب فمنها ما هو ظاهر ومنها ما هو خفي ومنها اليسير، ومنها الجسيم والذي يصل إلى انهيار المنشأة، ومنها ما يبرز مدة وجيزة من تمام البناء، ومنها ما يظهر بعد مدة طويلة. وتظهر أهمية الموضوع من تعدد أسباب العيوب. فقد يكون العيب ناتجا عن غلط في التصميم أو عن عيب في مواد البناء أو في كيفية البناء إلى غير ذلك من الأسباب.

ولمسؤولية المقاول في البناء جذور تاريخية. فقد عرف قانون حمورابي هذه المسؤولية في صورة انهيار البناء وأقرّ جزاء يختلف بحسب ما إذا نتج عن الانهيار موت صاحب العمل أو موت ابنه أو إلحاق أضرار مادية.

¹ الفصل الأول من القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/01/31 المتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء الرائد الرسمي للجمهورية التونسية العدد التاسع ص 187. أما المقاول الثاني فهو غير مرتبط مع صاحب العمل أو المنشأة بل مع المقاول الأصلي.

² استئناف تونس ع 42373 في 3/18 - 1998 غير منشور.

كما عرف القانون الروماني مسؤولية المقاول في البناء وحدد مدّتها بعشر سنوات من تاريخ تسلم البناء أو المنشأة.

وفي سنة 1804 كرّس القانون المدني الفرنسي هذه المسؤولية العشرية في صورة تهدم البناء أو تداعيه للسقوط³، تم وقع تكريس هذه المسؤولية في عديد التشريعات، العربية وغيرها.

وفي تونس، تخضع مسؤولية المتدخل في البناء إلى نوعين من القواعد، الأول يتمثّل في قواعد عامّة مماثلة لحد ما لتلك المتعلقة بضمان عيوب المبيع من حيث الشروط الواجبة في العيب الموجب للضمان ومن حيث أجل القيام بالدعوى⁴.

وأما النوع الثاني فيتمثّل في قواعد خاصّة تهم عيوب البناء الظاهرة⁵ وتهم أيضا وبالخصوص المسؤولية عن انهيار البناء وتداعيه للسقوط. وقد شددت هذه الأحكام على مسؤولية المقاول. ويمكن تبرير جسامّة المسؤولية بخطورة الأضرار. وستقتصر هذه الدراسة على مسؤولية المتدخلين في البناء عن العيوب المتمثلة في انهيار المنشأة أو تداعيهما للانهيار أو ظهور مساس واضح بمتانتها.

وقد وقع إقرار هذه المسؤولية منذ 1906 وهو تاريخ إصدار مجلة الالتزامات والعقود، وذلك في الفصل 876⁶.

ثم صدر مرسوم سنة 1986⁷ وشدد هذه المسؤولية من حيث إضافة أضرار لم تكن داخلة من قبل ضمن مسؤولية المقاول، وهي تلك التي تمس أحد عناصر تجهيزات المبنى بصفة تفقده صلاحية ما أعد إليه. كما شدد المسؤولية من حيث المدّة وإقرار التضامن بين مختلف المتدخلين. كما فرض عليهم تأمين مسؤوليتهم المهنية وذلك من أجل حماية أكبر لصاحب العمل أو المنشأة.

³ الفصلان 1792 و 2270

⁴ تعقيب مدني 25374 في 24 12 1992 النشرة ج 2 ص 337 عيوب متمثلة في شقوق بالجدران و اثار رطوبة و تسرب المياه من السطوح

⁵ تعقيب مدني 53246 في 6 5 1997 النشرة ص 103

⁶ اقتضى الفصل 678 ما يلي : المقاول والمهندس المكلف من طرف المالك مسؤولان بمقتضى العرف في الخمس سنين الموالية لإتمام البناء او غيره مما كلفا بإجرائه او بمراقبته عن سقوط بناء كله او بعضه أو تداعيه للسقوط على وجه واضح إن كان ذلك ناشئا عن عيب في المواد أو في كيفية البناء أو في الأرض. لكن المهندس الذي رسم صورة البناء ولم يكلف بمراقبة الأشغال لا يضمن إلا عيوب رسمه. وتحسب الخمس سنين المذكورة من يوم تسلم المصنوع. و القيام بالدعوى المذكورة لا يسمع الا في الثلاثين يوما من يوم السقوط أو ظهور التداعي الذي يترتب عنه الضمان

⁷ المرسوم عدد 4 لسنة 1986 المتعلق بالمسؤولية و بالتأمين في ميدان البناء الرائد الرسمي للجمهورية التونسية سنة 1986 العدد 58 ص 1138 و الذي ألغى ضمنا الفصل 876 المذكور

وفي الوقت الحاضر فإن مسؤولية المتدخلين في البناء ينظمها القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 31 جانفي 1994 المتعلق " بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء. فهذا التشريع الخاص جعل المراقبة الفنية وجوبية في الأحوال التي يلزم فيها القانون تأمين مسؤولية المتدخلين في البناء⁸ بعد أن كانت اختيارية. ثم أنه حصر مسؤولية المقاولين في انهيار المنشأة أو تداعيتها للسقوط أو ظهور مساس واضح بمتانتها على مستوى الأسس أو الهياكل أو السقوف⁹. لكن ضمان المتدخلين في البناء يقوم سواء كان الضرر ناتجا عن عيب في المواد أو في كيفية الحساب أو في الأرض أو عن غلط في الحساب أو في التصميم¹⁰. كما يقوم مهما كانت طريقة تحديد أجر المقاول أو غيره من المتدخلين في البناء.

والإشكالية المطروحة هي : هل أفلح المشرع في إيجاد توازن بين حماية صاحب المنشأة نظرا لجسامة الأضرار التي تخل بمتانة المبني والتي عادة لا تظهر بسرعة بعد إتمام العمل، وحماية كل متدخل في البناء حتى لا يبقى مهددا بالمسؤولية مدة طويلة جدا، وحمايته أيضا إذا كان الضرر غير منسوب إليه.

للإجابة على هذا التساؤل، نعتقد أن القانون عدد 9 لسنة 1994 المنظم لموضوع البحث قد تضمن معادلة بين مصالح أطراف عقد المقولة في البناء. فقد أقر مسؤولية مشددة للمقاول حماية لمصلحة صاحب المنشأة وذلك بالمقارنة مع مسؤوليته عن بقية عيوب البناء. لكن هذه المسؤولية المشددة (I) هي في نفس الوقت مقيدة (II) وذلك لحماية مصالح المقاولين المتدخلين في البناء.

I / المسؤولية المشددة

تعد مسؤولية المتدخلين في البناء جسيمة أو مشددة. ويظهر التشدد من خلال أمرين أولهما هو أنها مفترضة إذ يتحمل المقاول التزاما بتحقيق نتيجة وثانيهما هو أن مدتها أطول من مدة المسؤولية عن عيوب البناء الخفية، الخاضعة للأحكام

⁸ يراجع القانون عدد 10 لسنة 1994 المؤرخ في 31 01 1994 يتعلق بإدراج عنوان ثالث ضمن مجلة التأمين و هذا العنوان هو التأمين في مادة البناء و يتضمن الفصول من 95 إلى 100 من مجلة التأمين الرائد الرسمي للجمهورية التونسية لسنة 1994 العدد التاسع ص 187

⁹ تقدر محاكم الاصل وضوح المساس بمتانة المنشأة من عدمه براجع تعقيب مدني فرنسي القرار الصادر في 27 05 1999 Revue de droit immobilier 1999 p 406

¹⁰ إذا كان الضرر أو العيب ناجما على حريق فلا يضمنه المتدخلون في البناء و لا تضمنه شركة التأمين إلا باكتتاب تأمين على الحريق.

العامّة الواردة في مجلّة الالتزامات والعقود(م.إ.ع.). وبالتالي سنبين في أول الأمر التشدد بوضع قرينة مسؤولية ثم التشدد من خلال إطالة مدّة المسؤولية.

أ. التشدد وقرينة المسؤولية

مسؤولية المتدخلين في البناء التي ينظمها القانون عدد 9 لسنة 1994 هي مسؤولية مفترضة وموضوعيّة لذلك تعرف باسم الضمان.

فيتحمل المتدخلون في البناء التزاما بتحقيق نتيجة¹¹. فهم مسؤولون دون اشتراط لإثبات خطأ ما في جانبهم، لأن هذه المسؤولية لا تقوم على فكرة الخطأ.

والمقاولون في البناء مسؤولون بحكم القانون أو "قانونا" كما ورد في الفصل الأوّل من القانون المذكور. وهم مسؤولون ولو لم يتضمّن عقد المقاولة بندا حول الضمان. وهم مسؤولون ولو لم يوجد عرف في هذا المعنى. وقد ورد في النص القديم حول المسؤولية موضوع البحث أن المقاول والمهندس المكلف من طرف المالك مسؤولان "بمقتضى العرف". أما الفصل الأوّل من القانون عدد 9 المذكور فإنه ينص على مسؤولية المقاول بحكم القانون. وهذا من شأنه أن يعفي صاحب العمل من إقامة الدليل على وجود العرف (الفصل 544 م.إ.ع.).

وتتعلق مسؤولية المقاولين بالنظام العام. فهم ضامنون تجاه صاحب العمل أو المنشأة ولو وجد شرط من شأنه إعفاؤهم من الضمان (الفصل 9 من قانون 1994).

ويرى البعض أن سبب بطلان شرط الإعفاء من الضمان هو أن مسؤولية المقاول هي قانونية وليست عقدية¹². لكن هذا الرأي قابل للنقد لأن التزام المقاول بضمان العيوب الخفية هو التزام قانوني¹³ ومع ذلك يمكن إقصاؤه أو التخفيف منه إلا إذا تعدد المقاول إخفاء العيب أو كان ناشئا عن تقصير فاحش. (الفصل 879 م.إ.ع.).

والنظام العام له مصلحة بأن تكون البناءات ذات متانة لا تتعرض للانحيار أو التصدع. لذا أجمع الفقه والقضاء على مبدأ إقصاء بند عدم الضمان الوارد

¹¹ يراجع Nabila MEZGHANI, le statut juridique de l'architecte en Tunisie, Rev. Tun.Dr 1986, p.358.
Ph. le Tourneau et Loic Cadiet, Droit de la responsabilité civile Dalloz Delta, 1997, n°2251, p.533

¹² بلانيل وريبار
زهدي يكن المرجع السابق § 669 ص.218-219.
¹³ يراجع الفصل 630 م.إ.ع.

صلب عقد مقولة على البناء . فتهدم البناء لا يصيب صاحب العمل وحده بالضرر، بل يؤدي إلى مخاطر تصيب الغير في الأموال و الأرواح¹⁴.

ولا عمل كذلك على شرط الحد من الضمان أي التخفيف منه (الفصل 9 من قانون 1994) . وعلى ذلك يقع باطلا اشتراط إثبات الخطأ لقيام مسؤولية المتدخل في البناء، نظرا لوجود قرينة مسؤولية و لان التزام المتدخل هو التزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة المبنى أو المنشأة من كل ما يمكن أن يؤدي إلى المساس بمتانته على مستوى الأسس أو الهياكل أو السقوف.

كما يبطل الاتفاق على أن ضمان المقاول يقتصر على التهدم الكلي دون التهدم الجزئي أو المساس بمتانة المنشأة.

و لا عمل أيضا على الشرط الذي يتعهد بمقتضاه المقاول برفع العيوب في حدود مبلغ معين يطرح من الحساب الجملي¹⁵.

ولم يكتف مرسوم 1986 الذي شدد في مسؤولية المقاولين بأن جعل القرينة تنطبق على من تعاقدوا مع شخص لإقامة منشأة أو تشييد مبنى بل أقر أن هؤلاء متضامنون فيما بينهم (آخر الفصل 3 من المرسوم)¹⁶ لكن القانون عدد 9 لسنة 1994 الذي ألغى ذلك المرسوم تخلص عن التضامن بين المتدخلين في البناء مكتفيا بمبدأ وجوب التأمين لمدة مسؤوليتهم المهنية.

ب. التشدد ومدة المسؤولية

بالنسبة للمسؤولية الخاصة المحمولة على المتدخلين في البناء، فإن مدتها تختلف عن المدة الواردة في الأحكام العامة و التي هي سنة أي ثلاث مائة و خمسة

¹⁴ عدنان إبراهيم السرحان شرح القانون المدني العقود المسماة في المقولة الوكالة الكفالة مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ط 1 عمان 1996 ص 70.

¹⁵ يراجع استئناف تونس 42373 في 1998/03/18 غير منشور وقد جاء فيه ما يلي : "وحيث أن الإنفاق المضمن بالمحضر المحرر في ... والمتعلق بتعهد المستأنف ضدها برفع العيوب في حدود ألفي دينار فقط يقع طرحها من الحساب الجملي لا يسري بين الطرفين ضرورة أن أحكام الضمان تعتبر من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو الحد منها.

¹⁶ يراجع في هذا الاتجاه القانون الأردني (م 788 ق م) والقانون المصري (المادة 651) والقانون الجزائري (م. 554) وقانون كيبك م 2118 م.أ).

و ستون يوماً¹⁷. فقد أطلال المشرع مدّة الضمان ونص سنة 1906 على مدّة خمس سنوات (الفصل 876 م.إ.ع.)¹⁸. وهذه المدّة معمول بها في تشريعات أخرى مثل سويسرا¹⁹ ولبنان²⁰ والكيياك في كندا²¹.

ثم جاء مرسوم 1986 وضاعف مدّة الضمان وهذا ما أقره القانون عدد 9 لسنة 1994. فحسب الفصل الأول من هذا القانون فإن المتدخل في البناء مسؤول "خلال عشر سنوات". كما بين هذا النص بداية المدّة وهي استلام المنشأة التي كلف المهندس المعماري بتصورها أو المقاول بالمعنى الضيق بإنجازها أو مكتب الدراسات بتسيير الأشغال أو مكتب المراقبة الفنيّة بمراقبتها.

والاستلام أو التسلم هو تصرف قانوني انفرادي صادر عن صاحب المنشأة. وهو ضروري لبدء مدّة الضمان العشري. ويتم هذا الإجراء بالتراضي. وقد يكون مع الاحتراز أو بدونه²² ويتم بطلب من أحرص الطرفين. وفي حالة الخلاف بين صاحب المنشأة والمتدخلين في البناء أو أحدهم، يتم الاستلام عن طريق التقاضي أو التحكيم²³. وقد قضت المحاكم بأن المعاينة من طرف عدل منقذ والتي لم تتم بحضور الطرفين لا تعد استلاماً²⁴. وعلى العكس قضت بأن كشف الحساب النهائي يقوم مقام محضر الاستلام الرضائي اعتماداً على غياب تحفظ من جانب صاحب العمل و دفعه الاجر كاملاً²⁵.

ومن الجائز أن يتضمّن عقد المقاوله مدّة ضمان تفوق العشر سنوات²⁶ كان يقع الاتفاق على أن تبقى مدة الضمان خمسة عشر عاماً. لكن المقاولين لا يقبلون مثل هذا البند المشدد أكثر لمسؤوليتهم.

و لا عمل على أي شرط يحدد مدّة ضمان أقل من العشر سنوات. فالمسؤولية العشرية تهم النظام العام (الفصل 9 من قانون 1994)²⁷ وتعد البنود

¹⁷ يراجع الفصلان 878 و 672 من م.إ.ع،

¹⁸ نص مشروع المجلة المدنية والتجارية التونسية على ضمان عشري لفصل 899

¹⁹ المادة 371 من قانون الالتزامات السويسري

Pierre ENGEL, Contrats de Droit suisse Berne 1992, 423 et 424

²⁰ المادة 668 من قانون الوجبات والعقود.

²¹ المادة 2118 من القانون المدني في مقاطعة كيياك.

²² يراجع J. Huet, Traité de Droit civil : Les principaux contrats spéciaux L.G.D.J. n°32435.

²³ آخر الفصل 4 من القانون عدد 9 لسنة 1994.

²⁴ تعقيب مدني فرنسي 3 ماي 1989، (J.C.P. 1989 IV p 249).

²⁵ تعقيب مدني 7217 في 6 12 2004 النشورية ص 151

²⁶ عبد الوهاب الرباعي. الفقرة 672 ص.394. وقد أجازت المادة 788 من القانون المدني الأردني بصفة صريحة أن يتضمن عقد المقاوله مدة أطول من العشر سنوات.

التي تنص على أمد ضمان أقل من عشر سنوات باطلة من أصلها أو باطلة بطلانا مطلقا. وبالتالي يجوز للمحكمة أن تتمسك بهذا الجزاء من تلقاء نفسها. كما يجوز أن يتمسك به صاحب المنشأة ولو لأول مرة أمام محكمة التعقيب²⁸.

وفي نفس الاتجاه فإن مدة عقد التأمين في ميدان البناء هي عشر سنوات أيضا. ويعد كل عقد تأمين من هذا الصنف متضمنا بندا يقضي ببقاء الضمان أي التأمين مدة المسؤولية وهي العشر سنوات ولو وقع التنصيص على خلاف ذلك²⁹.

وتعد مدة العشر سنوات أمد اختبار متانة البناء أو المنشأة³⁰. لذا تنطبق المدة على دعوى الرجوع بالضمان التي يرفعها صاحب العمل على المقاولين نتيجة قيام مكتسب العقار برفع دعوى ضد صاحب العمل³¹. ويشبه أمد المسؤولية إلى حد ما أجل السقوط، و يعرف أيضا باسم السقوط العشري.

ولا شك أن مدة العشر سنوات ليست مدة تقادم. لذلك لا تتوقف لانعدام أهلية صاحب المنشأة أو لنقصانها³².

ويمكن لمدة الضمان أن تتجاوز العشر سنوات إذا تعمد المقاول ارتكاب خطأ. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية. يبقى المقاول مسؤولا رغم انقضاء مدة الضمان وذلك عندما يخرق التزامه عمدا مع وجود الغش أو التغرير كأن يسلم شهادات كاذبة حول جودة الأسس³³.

وأخيرا تختلف مدة الضمان عن مدة انقضاء الدعوى. و تعتبر هذه المدة مظهرا لتقييد مسؤولية المتدخلين في البناء طبق قانون 1994.

²⁷ Nabila MEZGHANI, Le statut juridique de l'architecte en Tunisie, Rev. tun. Dr. 1986, p.344 et

: spéc. p.352.281

²⁸ يراجع عبد الوهاب الرباعي المرجع السابق الفقرة 672 ص.394.

²⁹ الفصل 96 من مجلة التأمين وهو وارد في العنوان الثالث الذي تم إضافته بمقتضى القانون عدد 10 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/01/31.

³⁰ السنهاوري المرجع سابق الذكر الفقرة 67 ص 122.

³¹ تعقيب مدني فرنسي قراران صادران في 15/02/1989، (2 arrêts)، Bulletin civ. III n°36 p.20

³² السنهاوري § 67 ص.123

³³ تعقيب مدني فرنسي 2001/06/27

D. 2001 JP 2995 concl. Waber note Kavila ; J.C.P. 2001 II 10626 p.2147obs.Ph. Malinvaud ; J.C.P 2002, 1124 Ch. G. Viney, Rev tr.dr. civ. 2001 p.887obs. P. Jourdain; Defrenois 2002, 64, M. Perinet-Marquel.

II / المسؤولية المقيّدة

يجب التذكير بأن المسؤولية الجسيمة والمشددة لا تنطبق على كل عيوب البناء بل تقتصر على عيوب خطيرة وهي الإنهدام أو التداعي له أو ظهور مس واضح بمتانة المنشأة على مستوى الأسس أو الهياكل أو السطوح³⁴. فهي مسؤولية محصورة في هذه الأضرار وذلك لحماية المتدخلين في البناء.

علاوة على ذلك، فإن مسؤولية المقاولين في البناء مقيّدة من ناحيتين تتوقف عندهما. أولاًهما هي وجوب القيام بالدعوى في أجل معين. أما الناحية التالية فهي أن مسؤولية المقاولين المفترضة ليست حتمية إذ يمكن للمقاول المدعى عليه أن يدفع المسؤولية عنه.

أ- وجوب القيام بالدعوى في الأجل

لا تسمع الدعوى أو تنقضي إذا لم ترفع خلال أجل معين. ويتعين بيان مدة الأجل ثم طبيعته.

1. مدة الأجل

حدد المشرع سنة 1906 مدة الأجل بشهر فقط أي ثلاثين يوماً (الفصل 876 م.إ.ع)³⁵ وفي ذلك تقييد مبالغ فيه لمسؤولية مقاولي البناء وعدم انسجام مع أجل القيام بدعوى الضمان من أجل العيوب الخفية الخاضعة للأحكام العامة. فإذا كان محل عقد المقاول من المنقولات فالأجل هو ثلاثون يوماً. وإن كان عقاراً فالأجل هو سنة كاملة أي 365 يوماً من تاريخ التسليم (الفصلان 878 و 672 م.إ.ع).

³⁴ يراجع تعقيب مدني 25374 في 1992/12/24 مشار إليه سابقاً ت.م. 12011 في 2001/10/18 غير منشور ("حيث أن المسؤولية العشرية الوارد بها القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/01/31 لا تكون عاملة إلا في حالات محددة على وجه الحصر وهي انهيار المنشأة كلها أو بعضها أن تداعيا للسقوط على وجه واضح أو ظهور مس واضح بمتانتها على مستوى الأسس أو الهياكل أو السقوف وحيث أن العيوب الحاصلة بمحل سكني المعقب ضدها ليست من الصنف الوارد به القانون عدد 9 المشار إليه ولذلك فهي تبقى خاضعة لأحكام الفصل 647 وما يليه من م.إ.ع. الأمر الذي يستوجب رد هذا المطعن أيضاً. ت.م. 8375 في 2005/05/13 غير منشور. ت.م. 33407 في 2009 04 11 م القضاء و التشريع 2010 1ع ص 133 لكن يراجع ت.م. 4768 في 2000 11 3 النشرة ص 29 ت.م. 2008 11 22.

³⁵ في نفس الاتجاه الفصل 769 فقرة أخيرة من ق.إ.ع المغربي. و المادة 668 فقرة أخيرة من ق.م.ع اللبناني.

وبقي أجل الثلاثين يوما إلى حين بدأ العمل بمرسوم 1986 الذي مد الأجل إلى سنتين إقرارا لما ورد في المشروع التمهيدي وهو الاجل المنصوص عليه في القانون المدني الايطالي القديم³⁶. ومن المعلوم أن هذا المرسوم أتى للتشديد على مسؤولية المقاولين.

وبعد ثماني سنوات رأى المشرع أن مدّة أجل القيام مشطة وخفضها إلى سنة واحدة وذلك صلب الفصل الخامس من القانون عدد 9 لسنة 1994³⁷.

وبذلك فإن أجل القيام بالدعوى من أجل عيوب البناء هو سنة مهما كان نوع هذه العيوب وخطورتها. لكن يوجد فرق حول بدء أجل السنة. إذا تعلق الأمر بعيوب بناء خاضع للأحكام العامة الواردة في مجلة الالتزامات والعقود فإن أجل القيام يبدأ من تاريخ التسليم، أما إذا تعلق الأمر بالعيوب الجسيمة الخاضعة لقانون 1994، فإن أجل السنة يبدأ من يوم حصول الضرر الذي يترتب عليه الضمان أي انهيار المنشأة أو ظهور تداعياتها له أو حصول العلم لصاحب المنشأة بالخلل الذي يهدد بمتانة المبنى أو المنشأة³⁸ مكرر. وبذلك وفق المشرع بين حماية مصالح كل من صاحب العمل والمقاولين في البناء.

2- طبيعة الأجل

قبل سنة 1986 فإن أجل الشهر المنصوص عليه في مجلة الالتزامات والعقود هو أجل سقوط الحق. فقد ورد في آخر الفصل 876 أنّ القيام بدعوى المسؤولية لا يسمع إلا في الثلاثين يوما من يوم وقوع السقوط أو ظهور التداعي الذي يترتب عنه الضمان³⁸. وهذا هو موقف محكمة استئناف سوسة في قرار صادر سنة 1970³⁹. لذا تتمسك المحكمة بالأجل من تلقاء نفسها، ولا يقبل هذا الأخير القطع ولا التعليق. ولا يمكن تقصيره ولا إبطاله شأنه شأن آجال الطعن في الأحكام.

لكن في سنة 1986 ومنذ ذلك التاريخ تغير الأمر من أجل سقوط إلى أجل تقادم. وحسب الفصل الخامس من القانون عدد 9 لسنة 1994 " تسقط دعوى

³⁶ الفصل 1639.

³⁷ يراجع المادة 791 من ق.م.الأردني، وفي تشريعات أخرى فإن الأجل هو ثلاث سنوات م. 883 ق.م.الإماراتي، المادة 654 ق.م. المصري، م. 557 ق.م.الجزائري.

³⁸ مكرر تعقيب مدني 7464 في 22 1971 م القضاء و التشريع 1972 ع 2 ص 43. بت م 33407 في 11 ' 2009 م القضاء و التشريع 2010 ع 1 ص 133

³⁸ باللسان الفرنسي: « L'action n'est pas recevable après ce délai »

³⁹ القرار عدد 2485 الصادر في 12/2/1970، مجلة القضاء والتشريع سنة 1970 ص 863 " يتضح أن ميعاد الثلاثين يوما هو ميعاد سقوط الحق نظرا لكون المشرع عبر. بعدم سماع دعوى القيام. وبذلك تعين على الحاكم أن يرد الدعوى ويقضي بعدم سماعها إذا ما وقع القيام بعد مضي الأيام الثلاثين المذكورة"

المسؤولية العشرية بمضي سنة كاملة من يوم ثبوت انهيار المنشأة أو ظهور تداعيتها (للسقوط) أو المس بمتانتها" ويتأكد هذا الرأي بالرجوع إلى النص باللسان الفرنسي و إلى موقف المحاكم⁴⁰ وهو نفس الرأي المعمول به في عديد التشريعات⁴¹.

ولما كان أجل السنة هو أجل تقادم فلا يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها. بل يحتج به المقاول المطلوب و عليه أن يثبت أن القيام قد تم بعد انقضائه⁴². ثم إن هذا الأجل يقبل الوقف والقطع طبق الأحكام العامة. و على سبيل المثال تنقطع المدة إذا قام صاحب المنشأة على المقاول و طالبه بالوفاء⁴³ أو إذا أقر المقاول حق صاحب المنشأة في الضمان

ويمكن الاتفاق على إطالة أجل القيام بالدعوى طبق الأحكام العامة أيضا (الفصل 388 م إ ع) لكن في التطبيق لا يقع مثل هذا الإتفاق لأنّ المقاولين لا يقبلون به.

ولا يمكن الاتفاق على تقصير الأجل وذلك لأنه يترتب عنه تخفيف من الضمان وهو كما سبق بيانه غير جائز قانونا (الفصل 9 من القانون عدد 9 لسنة 1994)⁴⁴.

ويلاحظ أخيرا أنّ القانون الفرنسي يقيد مسؤولية المقاول في البناء أكثر مما هو عليه الأمر في القانون التونسي. وذلك أنّ القانون الفرنسي لا يفرق بين أجل الضمان وأجل القيام بالدعوى وهو عشر سنوات⁴⁶. فلو افترضنا أنّ أحد الأضرار الجسيمة الموجبة للضمان العشري حصل قبل أسبوع من انقضاء العشر سنوات، فإنه على صاحب العمل أن يرفع دعوى الضمان خلال هذا الأسبوع، و إلا فإنّ من حق المقاول المدعى عليه أن يحتج بالتقادم المسقط.

⁴⁰ « L'action en responsabilité décennale se prescrit » dans un délai d'un an...
ت م 33407 في 11 04 2009 م القضاء و التشريع 2010 ع 1 ص 133

⁴¹ في فرنسا ومصر والأردن والإمارات وغيرها

⁴² تعقيب مدني 62418 في 12 02 1999 غير منشور وحيث يؤخذ من هذين النصين الفصلان 396 و 397 م إ ع أن سقوط الدعوى بمرور الزمن يمكن أن ينقطع بقيام الغريم على المدين و باعتراف المدين بحق غريمه....

⁴³ يراجع تعقيب مدني 15722 في 24 03 2008 النشرة ج 1 ص 293

⁴⁴ بالنسبة لضمان عيوب البناء طبق الأحكام العامة يجوز لطرفي عقد المقاولة الاتفاق على إطالة أجل السنة و على تقصيره يراجع الفصلان 788 و 672 م إ ع

(ب) إمكانية الإعفاء من المسؤولية

إذا كان المقاول مسؤولاً قانوناً عن الأضرار الجسيمة المذكورة سابقاً فإن مسؤوليته غير حتمية. فهي تنتفي في مواجهة كل متدخل أثبت أن الضرر اللاحق بالمنشأة غير منسوب إليه. صحيح أنه لا يمكنه أن يتمسك بالعيوب في الأرض لدفع المسؤولية لأن القانون ينصّ على الضمان في هذه الصورة (الفصل الأول من القانون عدد 9) .و لا يمكنه أن يتمسك بعدم ارتكاب خطأ. لكن يمكنه أن يدحض قرينة المسؤولية إذا أثبت أن الضرر راجع لسبب أجنبي أو إلى خطأ صاحب المنشأة أو فعله.

1- السبب الأجنبي

تنتفي مسؤولية المقاول في البناء إذا أثبت أن الضرر راجع إلى قوة قاهرة، كأن ينهار البناء بفعل زلزال أو صاعقة أو عاصفة قوية⁴⁵ أو تساقط ثلوج غير معهود بلغ حدّ الكارثة⁴⁶.

لكن لا يعد سبباً أجنبياً العيوب في وسائل العزل étanchéité التي استعملها المقاول والمصادق عليها عند الاستعمال من طرف الهيئة المختصة والتي لم تكن معروفة عند الاستعمال⁴⁷ كما لا يعدّ سبباً أجنبياً العيب في إحدى المواد التي اقتناها صاحب المنشأة والذي لم يكن معروفاً أنه من ذوي الاختصاص⁴⁸.

وتنتفي مسؤولية المقاول المدعي عليه إذا أثبت أن الضرر راجع إلى خطأ الغير أو فعله، كان يكون الانهيار أو التصدع أو غيرهما من الأضرار راجعاً إلى فعل عمل مقاومة أو اعتداء أو أن يكون الضرر بالنسبة للمقاول المدعى عليه راجعاً إلى خطأ ارتكبه متدخل آخر في البناء⁴⁹. لذا استبعد المشرع سنة 1994 التضامن بين المقاولين المتدخلين في البناء والذي أقرّه مرسوم 1986 الملغى.

كما يمكن للمقاول أن يدحض قرينة المسؤولية إذا كان الإنهزام أو غيره من الأضرار راجعاً

45

⁴⁶ تعقيب مدني فرنسي 1979/03/7 دلو 1979 IR ص 380 .

⁴⁷ تعقيب مدني فرنسي 1983/05/17 النشرة مدني ج 3 رقم 115 ص 91

⁴⁸ تعقيب مدني فرنسي 1990/03/7 النشرة مدني ج 3 رقم 69 ص 37 .

⁴⁹ يراجع عبد الوهاب الرباعي المرجع السابق الفقرة 680 ص 399 , تعقيب مدني فرنسي 1984/10/16 دلو 1985 ص 431 مع التعليق

ولا يمكن للمقاول أن يتفصى من الضمان إذا أثبت أنّ الضرر راجع إلى فعل المقاول الثاني لأنه مسؤول عنه قبل صاحب المنشأة طبق الأحكام العامة (الفصلان 245 و 845 من م.إ.ع.).

2- خطأ صاحب المنشأة أو فعله

يمكن للمقاول أن يدفع المسؤولية عنه إذا أثبت أنّ الضرر راجع لفعل صاحب المنشأة في وضع الرسم الهندسي أو إدارة عمليات البناء وإصراره على تطبيق تعليماته الصريحة والقطعية بالرغم من تحذيره من مخاطرها (الفصل 2 من القانون عدد 9 لسنة 1994)⁵⁰.

ومن المنطقي أنه إذا كان من شأن تطبيق التعليمات وجود مخاطر جسيمة يتعين إيقاف عملية البناء لأنّ المسألة تتعلق بسلامة الأشخاص.

و نظرا لخطورة المسألة فالتحذير من المخاطر الممكنة لا يكون إلا بواسطة عدل تنفيذ حتى لا يتذرع صاحب المنشأة بعدم وصول رسالة التحذير إليه أو بعدم وصولها أيضا من أجل تغيير مقره. ويبلغ عدل التنفيذ التحذير في أي مكان وجد فيه صاحب المنشأة سواء في مقره الأصلي أو في مقره المهني.

ويلاحظ في خاتمة البحث أنه إذا كان تأمين مسؤولية المتدخلين في البناء وجوبيا، فإنّ المراقبة الفنية كما سبق ذكره تكون بدورها إلزامية (الفصل 6 من القانون عدد 9 لسنة 1994). و يدلي المراقب الفني لبقية المتدخلين في البناء ولصاحب المنشأة ولشركة التأمين برأيه حول المسائل ذات الصبغة الفنية، وخاصة منها المتعلقة بمتانة المنشأة وسلامة الأشخاص. فهو يساهم في الوقاية من مختلف المخاطر الفنية التي يمكن اعتراضها خلال إنجاز المنشأة وبعده (الفصل 7 من القانون عدد 9 لسنة 1994) وهذا تطبيق للقاعدة القائلة بأنّ الوقاية خير من العلاج.

يلاحظ أيضا التشابه الكبير بين مختلف التشريعات و خاصة بين القانونين التونسي و الأردني. فبقدر جسامة الأضرار تكون جسامة المسؤولية ومسؤولية المقاولين في البناء المهنية خاضعة لأحكام خاصة. فهي قانونية وموضوعية ولكنها غير تضامنية وغير حتمية.

Pierre ENGEL op cit p 422

⁵⁰ يراجع في هذا المعنى الفصل 369 من قانون الالتزامات السويسري ويراجع كذلك

