

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الحاج لخضر - باتنة
كلية الحقوق
قسم العلوم القانونية

التنظيم القانوني لعقد المقاولات على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون
فرع قانون عقاري

إشراف الدكتور:
عمار رزيق

إعداد الطالب:
توفيق زيداني

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
د. أحمد بنيني	أستاذ محاضر	باتنة	رئيسا
د. عمار رزيق	أستاذ محاضر	باتنة	مشرفا
د. عمارة بلغيث	أستاذ محاضر	عنابة	عضوا

السنة الجامعية: 2009-2010

شكر و تقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله .. وبعد

يشرفني أن أتوجه بخالص الشكر وعظيم التقدير والامتنان
والعرفان بالجميل إلى أستاذي الفاضل الدكتور عمار رزيق
على تكريمه بالإشراف على مذكرتي، ولما لمست منه من صدر
رحب وتوجيه سديد ونصائح قيمة ومثمرة كان لها أبلغ الأثر
في إنجاز هذا العمل. أسأل الله العلي القدير أن يشيبه خير
الثواب إنه سميع مجيب الدعاء.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل لجميع أساتذتي
الأفاضل الذين نهلت من نبع علمهم طيلة سنوات تكويني في
التدرج وما بعد التدرج.

إهداء

إلى والدي الكريمين

أطال الله في عمرهما

إلى أخي العزيز رفيق، وأخواتي الكريمات

وإلى أستاذي الفاضل

الدكتور عمار رزيق

وكل من مد لي يد العون والمساعدة

أهدي هذا العمل المتواضع

مقدمة

تتعدد حاجات الإنسان التي يسعى إلى إشباعها، حتى يتمكن من العيش على وجه يليق بأدميته، وهو يستمد العناصر اللازمة لذلك من الطبيعة التي تحيط به ومن الأشخاص الذين يعيشون معه، فالطبيعة توفر له المواد الخام لتنفيذ المشاريع التي يحتاجها، والأشخاص يقدمون له الخدمات والأعمال التي لا يستطيع أن يقوم بها بنفسه.

ويعمل القانون على تنظيم حصول الإنسان على هذه الخدمات والأعمال بطريقة تقرب بين الحاجات المتماثلة والمتشابهة وتوفق بين الرغبات المتعارضة، وتمنع من استغلال الإنسان لأخيه الإنسان، وتنمي بين أفراد المجتمع روح الإخاء والتعاون. وتعد العقود بصفة عامة وسيلة ناجعة لتمكين الإنسان من الحصول على احتياجاته، ومن بين هذه العقود نجد أن عقد المقاوله يؤدي دورا كبيرا في هذا الصدد.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام عقد المقاوله في الفصل الأول من الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل، ضمن الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود، وذلك بالمواد من 549 إلى 570 من القانون المدني، وما يلاحظ في هذا الصدد، أن هذه النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاوله، لم يمسها التعديل إلا في عام 2005، حين عدل المشرع الجزائري نصين اثنين منها⁽¹⁾، وذلك بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، الذي يعدل ويتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم⁽²⁾.

الأهمية: يعد عقد المقاوله من أهم الأدوات التي يقدمها القانون للفرد لكي يستغلها للحصول على الأعمال والخدمات، وهذا بالنظر إلى تعدد أشكال وصور هذا العقد وتنوع الأعمال التي يرد عليها.

فقد انبرت معظم التشريعات المدنية، انطلاقا من تأكيدها على الغرض الاجتماعي الذي تهدف إلى إدراكه وهو رعاية مصالح الأفراد والمصلحة العامة، ليكون القانون وسيلة هامة في تطور العلاقات الاقتصادية وحماية النظام الاجتماعي وتحقيق العدالة في العلاقات القانونية، إلى تنظيم هذا العقد تنظيما ملائما في هدي التطور الذي لحقه، وأفردت له نصوص قانونية خاصة به جعلته ينفرد بنظام قانوني مستقل به عن بقية العقود.

(1) يتعلق الأمر بالمادتين 553 و 558 .

(2) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، سنة 2005.

ويكتسب عقد المقاولة أهمية خاصة في مجال إنجاز المباني والمنشآت المعمارية، لما يمثله من مجال حيوي للاستثمار واستغلال الأموال، وهذا في ظل تفاقم أزمة السكن والحاجة المتزايدة إليه، مما قد يدفع القائمين على التشييد والبناء إلى السرعة في إتمام المشاريع، خاصة بعد الاعتماد على الآلة أساسا في عمليات البناء، دون مراعاة المواصفات الفنية والتقنية، مما قد يؤدي إلى تصدع المباني وانهارها، وما يستتبع ذلك من خسارة بشرية ومادية، إذ لا يشكل انهيار المباني وتصدعها تحديا لمشاعر المتطلعين إلى المأوى و الاستقرار فحسب، وإنما يشكل بالتأكيد خسارة للاقتصاد الوطني، وتهديدا خطيرا لأرواح الناس و سلامتهم و سلامة ممتلكاتهم، وقد تشدد المشرع الجزائري مع القائمين على عمليات البناء من مقاولين ومهندسين معماريين، حيث ألزمهم بضمان المنشآت المعمارية التي يقيمونها، وهو التزام قانوني بجانب ما يولده العقد من التزامات على عاتقهم.

الدوافع: إن اختيارنا لموضوع التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مبني على عدة دوافع منها الذاتية (الشخصية) وتكمن في الفضول إلى معرفة جزئيات هذا العقد، خاصة من حيث الوقوف على مفهومه وتحديد كيفية انعقاده والآثار التي يترتبها على طرفيه وكذا الكيفية التي ينتهي بها، سيما في ظل قلة الدراسات والأبحاث القانونية من قبل الباحثين الجزائريين حول هذا العقد المهم للحصول على الخدمات والأعمال.

فضلا عن ذلك فإن موضوع عقد المقاولة كان محل دراسة خلال السنة النظرية، وقد جمعت بشأنه العديد من المراجع العلمية.

أما عن الدوافع العلمية لاختياري هذا الموضوع، فترجع إلى كون أن عقد المقاولة لم يحظ بالدراسة الوافية من قبل الباحثين في الجزائر، إضافة إلى الأهمية البالغة لهذا الموضوع، خصوصا بعد التعديل الذي أحدثه المشرع الجزائري على القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 ، المذكور أعلاه، والذي تضمن تعديل نصين اثنين من النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة.

الإشكالية: تتمحور إشكالية هذا البحث حول كفاية و فعالية النصوص القانونية الحالية المنظمة لعقد المقاولة، في ظل تعدد وتشعب الأعمال التي يرد عليها هذا العقد، سيما بالنسبة لمقاولات إنجاز المباني والمنشآت المعمارية.

فهل كانت الإلتفاتة التي قام بها المشرع الجزائري، من خلال القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني، المذكور أعلاه، كافية لتحسين التنظيم القانوني لعقد المقاوله من النقائص، أم أنه لا يزال يتعين على المشرع الجزائري إعادة النظر فيه ؟

ويندرج تحت هذه الإشكالية عددا من التساؤلات الفرعية حول المقصود بهذا العقد وكيف يتم انعقاده، وما هي الالتزامات التي يترتبها على عاتق طرفيه، وكذا الجزاء المترتب عن الإخلال بها، وما هي الأسباب المؤدية لانتهائه ؟

الأهداف: إن بحثنا لموضوع عقد المقاوله يهدف إلى الوصول في النهاية إلى تحقيق أهداف علمية وأخرى عملية، فعن الأهداف العلمية فإنها تتمثل في المساهمة في فتح المجال للغير من الدارسين والباحثين لإجراء المزيد من البحوث في هذا الموضوع، خصوصا في ظل قلة الدراسات والأبحاث القانونية الجزائرية بشأنه في الوقت الحالي. إضافة إلى ذلك، المساهمة في إثراء المكتبة القانونية بهذا العمل المتواضع، من خلال التطرق إلى بيان أحكام عقد المقاوله وفقا للتشريع الجزائري، وكذا بيان النقائص التي تعترى النصوص القانونية المنظمة لهذا العقد.

أما الأهداف العملية فتتلخص في محاولة إجراء تحليل قانوني للنصوص المنظمة لعقد المقاوله في القانون المدني، للوصول إلى نتائج منطقية، يتم من خلالها تقديم التوصيات المناسبة، والتي يمكن تطبيقها عمليا.

المنهج المتبع: للإجابة على إشكالية البحث وكذا التساؤلات الفرعية المطروحة أعلاه، اعتمدنا على عدد من المناهج العلمية في إطار التكامل المنهجي، إذ اعتمدنا بشكل ضروري على المنهج التحليلي الذي وجد حظه الوافر في هذه الدراسة، ويتجلى ذلك من خلال إخضاع النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاوله، إلى عملية تبسيط وتجزئة، ثم استخلاص لأهم العناصر اللازمة و الضرورية، إلى جانب المنهج الوصفي الذي سيظهر بشكل واضح في وصف كيفية انعقاد المقاوله من حيث شروط وصور إبرامها، كما لم يخل مسار هذا البحث من استعمال المنهج الجدلي في بعض المسائل والنقاط التي يختلف فيها رجال القانون.

كل ذلك بهدف توخي الدقة والتبسيط، ليكون هذا البحث سهلا واضحا لكل مطلع عليه، حتى يأتي بالنتيجة المرجوة.

الدراسات السابقة: لم يحظ عقد المقاوله بالدراسة الكافية من قبل الباحثين في الجزائر، إذ أننا سجلنا أثناء إعدادنا لهذا البحث قلة المراجع العلمية الجزائرية بشأن هذا الموضوع، فلم نجد سوى مؤلفين لباحثين جزائريين تطرقا لموضوع عقد المقاوله، الأول

للأستاذ بجاوي المدني، بعنوان التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة تحليلية ونقدية. والثاني للأستاذ حسين تونسي، بعنوان إنحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، وهو في الأصل مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، سنة 2004.

غير أن المؤلفين المذكورين أعلاه لم يتناولوا عقد المقاولة بصورة معمقة، وإنما اقتصرنا على بعض جوانبه فقط، لذلك سنحاول بحث هذا الموضوع بصورة شاملة ومعمقة، متطرقين إلى أغلب المسائل القانونية المتعلقة به، على ضوء التنظيم القانوني له في القانون المدني.

الصعوبات والعراقيل: أما عن الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد هذا البحث فتتمثل بالدرجة الأولى في قلة المراجع العلمية الجزائرية في هذا المجال، فلم نجد كتباً أو مجلات تخصصت في دراسة هذا الموضوع، كما فعل الفقهاء المصريون والفرنسيون مثلاً، حيث أسهبوا في دراسة هذا الموضوع وتحليل جزئياته. كما شكلت ندرة الاجتهاد القضائي بخصوص عقد المقاولة صعوبة أخرى في إعداد هذا البحث، على اعتبار أن التحليل المنطقي لأية فكرة قانونية يستلزم استظهار معناها وحقيقتها من خلال التطبيق القضائي، فهي تبقى فكرة مجردة، من غير تطبيق حقيقي لها في الحياة العملية.

الخطوة المتبعة: بناء على ما سبق، ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول: مفهوم عقد المقاولة وكيفية انعقاده.

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة.

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة وبيان خصائصه.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد المقاولة.

المطلب الثالث: تمييز عقد المقاولة عن العقود المشابهة له.

المبحث الثاني: كيفية انعقاد المقاولة.

المطلب الأول: أركان عقد المقاولة.

المطلب الثاني: صور إبرام عقد المقاولة.

الفصل الثاني: آثار عقد المقاولة وأسباب انتهائه.

المبحث الأول: آثار عقد المقاولة.

المطلب الأول: الالتزامات العقدية العامة المترتبة عن عقد المقاولة.

المطلب الثاني: الالتزام القانوني للمقاول والمهندس المعماري بضمان المنشآت المعمارية.

المبحث الثاني: أسباب انتهاء عقد المقاولة.

المطلب الأول: الأسباب العامة لانتهاء عقد المقاولة.

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانتهاء عقد المقاولة.

الخاتمة.

ونعرض فيها النتائج والتوصيات المتوصل إليها من خلال هذا البحث.

الفصل الأول

مفهوم عقد المقاولة وكيفية انعقاده

كثيرا ما يعتمد الإنسان في الحصول على الخدمات والأعمال التي يحتاج إليها في حياته، على ما يبرمه من عقود مع غيره، ممن لهم القدرة والكفاءة على توفير هذه المتطلبات، ويعتبر عقد المقاولة من أكثر العقود المعتمد عليها للحصول على هذه الخدمات والأعمال.

وقد نظم المشرع الجزائري عقد المقاولة بمجموعة من النصوص القانونية ضمن أحكام القانون المدني، مما جعله يتميز بنظام قانوني مستقل عن غيره من العقود الأخرى. لكن طالما أن المشرع الجزائري قد خص عقد المقاولة بنظام قانوني مستقل، فما مدى خضوع هذا العقد لأحكام النظرية العامة للعقد، سيما فيما يتعلق بشروط وأركان انعقاده، ثم هل أن المقاولة تعقد دوما في صورة واحدة أو أنها يمكن أن تتخذ شكلا آخر. بناء على ما سبق، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة.

المبحث الثاني: كيفية انعقاد المقاولة.

المبحث الأول

مفهوم عقد المقاولـة

يعتبر عقد المقاولـة من العقود المسماة التي خصّها المشرع الجزائري بتنظيم قانوني مستقل، ضمن أحكام القانون المدني.

وقد ترتّب على ذلك أن أصبح لعقد المقاولـة كيانا قانونيا تميّز به عن غيره من العقود الأخرى.

وبما أن عقد المقاولـة يبرم بين طرفين (المقاول ورب العمل)، إذ يختلف غرض كل منهما من عملية إبرامه، فالمقاول غالبا ما يهدف إلى تحقيق الربح من وراء ذلك، وبالتالي يعتبر تاجرا، بعكس رب العمل الذي يكون في أغلب الأحيان شخصا مدنيا غير تاجر، فهذا يجعلنا نتساءل عن الطبيعة القانونية لعقد المقاولـة.

ولتفصيل أكثر نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتطرق في المطلب الأول إلى تعريف عقد المقاولـة وبيان خصائصه، وفي المطلب الثاني إلى تمييز عقد المقاولـة عن غيره من العقود المشابهة له، أما المطلب الثالث فنخصه لتحديد الطبيعة القانونية لعقد المقاولـة.

المطلب الأول

تعريف عقد المقاولـة وبيان خصائصه

عرّف المشرع الجزائري عقد المقاولـة ضمن التنظيم القانوني الذي خصّ به هذا العقد في القانون المدني⁽¹⁾، وإن كان نادرا ما يلجأ المشرع إلى ذلك، على اعتبار أن مسألة تعريف المصطلحات القانونية هي اختصاص أصيل لفقهاء القانون، وبالتالي يصبح من المشروع أن نتساءل عن دقة التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري.

(1) مرّ عقد المقاولـة بمراحل كثيرة عبر التاريخ، لم يكن خلالها عقدا مستقلا، كما هو معروف به حاليا، فلم يكن عقد المقاولـة معروفا لدى البابليين بهذا الاسم، وإنما كان مختلطا بعقد الإيجار الذي أولاده البابليون عناية خاصة، وكانت مسؤولية المقاول آنذاك مشددة، إذ نجد مثلا أن المادة 229 من قانون حمو رابي قد قررت عقوبة الموت، جزاء لمن تولى تشييد بناء تسبب انهياره في قتل ماله. راجع في ذلك محمود سلام زناني، قانون حمو رابي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، مطبعة عين شمس، مصر، 1971، ص48.

كما أن عقد المقاولـة لم يكن معروفا في القانون الروماني كعقد مستقل، وإنما عرفه مختلطا بعقد الإيجار من جهة وبالعقد الوكالة من جهة أخرى، إذ شبه القانون الروماني عمل الإنسان بالسلعة من حيث إمكان الانتفاع به. راجع في ذلك جعفر الفضيلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع - الإيجار - المقاولـة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، دون سنة طبع، ص366.

وفي فرنسا ظل عقد المقاولـة مختلطا بعقدي الإيجار والعمل، وهو الوضع الذي ورثه المشرع الفرنسي عن القانون الروماني، فقد نظم المشرع الفرنسي كل من عقد المقاولـة وعقد العمل بنصوص مشتركة تحت عنوان: "إيجار العمل و الصنعة" في الفصل الثالث من الباب الثامن الخاص بعقد الإيجار من الكتاب الثالث الخاص بالوسائل المختلفة لاكتساب الملكية. أنظر Le code civil français, Dalloz, 2008.

وبما أن عقد المفاوضة قد حظي بتعريف تشريعي، فضلاً عن تعريف فقهاء القانون له، فما هي الخصائص التي يمكن استخلاصها لهذا العقد، والتي تجعله يتميز عن غيره من العقود.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتطرق في الفرع الأول إلى تعريف عقد المفاوضة، بينما نتطرق في الفرع الثاني إلى بيان خصائصه.

الفرع الأول

تعريف عقد المفاوضة

إن أصل كلمة مفاوضة مأخوذ من فعل: قاول(ه) مفاوضة في الأمر، أي باحثه وجادله⁽¹⁾، ومن هذا المعنى اللغوي اصطلاح على عقد المفاوضة بهذه التسمية، لما يكون من جدال ومباحثه عند إبرام هذا العقد⁽²⁾.

وفيما يلي نتطرق إلى التعريف القانوني الذي وضعه المشرع الجزائري لعقد المفاوضة، مع محاولة إبراز ما يكون قد اعتري هذا التعريف من قصور، وذلك بالاستعانة بتعريف الفقهاء لهذا العقد.

أولاً: التعريف القانوني لعقد المفاوضة.

عرف المشرع الجزائري المفاوضة من خلال المادة 549 من القانون المدني بالنص على أن: «المفاوضة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

وعليه فإن عقد المفاوضة هو اتفاق بين المفاوض ورب العمل على أن يقوم المفاوض بعمل معين لصالح رب العمل، في مقابل أجر يدفعه هذا الأخير للمفاوض، وبالتالي فإن عقد المفاوضة يرد على محل لا يكون موجوداً أثناء التعاقد، وإنما يعمل المفاوض على إيجاده في المستقبل بعد دخول العقد حيز النفاذ بين طرفيه، غير أن عقد المفاوضة بهذا المعنى الذي تضمنته المادة 549 أعلاه، يثير بعض اللبس والغموض، فقد يتبادر إلى ذهن الخلط بينه وبين عقد العمل، إذ أن العامل في عقد العمل يؤدي أيضاً عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وإزاء هذا الوضع فإنه يتعين الرجوع إلى الفقه لمعرفة رأيه في هذا الخصوص.

(1) منجد اللغة والأعلام، الطبعة السادسة والعشرين، دار المشرق، بيروت، لبنان، ص580.

(2) يعرف عند الفقهاء المسلمين بعقد الإستصناع. لتفصيل أكثر راجع في ذلك ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص92 وما يليها.

ثانيا: التعريف الفقهي لعقد المقاولة.

بالرجوع إلى الفقه، نجد أنه قد حاول وضع تعريف جامع مانع لعقد المقاولة، يكون أكثر دقة ووضوح تبرز من خلاله أهم الخصائص التي يتميز بها، ومن بين التعاريف الفقهية التي تناولت عقد المقاولة اخترت تعريفيين لما يتميزان به من دقة ووضوح، فالتعريف الأول هو للأستاذة مازو (هنري، ليون وجون) وجيلار، إذ عرفوا عقد المقاولة بأنه: «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 ودون أن تكون له صفة تمثيلية»⁽¹⁾.

أما التعريف الثاني فهو للأستاذ عبد الرزاق حسين ياسين الذي يذكر فيه أن المقاولة : «عقد يتعهد طرف فيه بصنع شيء أو أداء عمل لحساب الطرف الآخر، مستقلا عن إدارته وإشرافه»⁽²⁾.

فمن خلال هذين التعريفيين يتضح أنهما يتفقان -على خلاف التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري- على أن قيام المقاول بالعمل لصالح رب العمل، يكون بصورة مستقلة ومن دون تبعية أو خضوع لإدارته وإشرافه، وعليه يمكن استخلاص تعريف لعقد المقاولة بأنه عقد يتعهد فيه شخص بأن يقوم بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإدارته وإشرافه.

فهذا التعريف، وإن كان يقترب من التعريف الذي أنت به المادة 549 من القانون المدني الجزائري، إلا أنه يبرز خصيصة أساسية يتميز بها عقد المقاولة، وهي أن من يقوم بالعمل محل المقاولة، إنما يفعل ذلك مستقلا، فلا يخضع لإدارة وإشراف الطرف الآخر، الذي يتم العمل لحسابه أي رب العمل.

بناء على ذلك، نقترح على المشرع الجزائري تعديل المادة نص 549 من القانون المدني بما يفيد قيام المقاول بالعمل محل المقاولة بصورة مستقلة، دون خضوع لإدارة وإشراف رب العمل.

(1) أشار إليه الأستاذ عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المعارف، أسبوط، مصر، 1987، ص84.

(2) المرجع نفسه، ص87.

الفرع الثاني

خصائص عقد المقاولة

يخلص من التعريف الذي وضعه المشرع الجزائري لعقد المقاولة، فضلا عن التعريف الفقهي لهذا العقد، أنه يتميز بمجموعة من الخصائص، فعقد المقاولة عقد رضائي، وهو من عقود المعاوضات، كما أنه عقد ملزم للجانبين، فضلا على أنه ينشئ التزاما شخصيا على عاتق المفاوض بإنجاز العمل محل المقاولة مستقلا ودون تبعية لرب العمل.

أولاً: عقد المقاولة عقد رضائي.

فلا يشترط لانعقاده شكل خاص⁽¹⁾، إذ أنه ينعقد بمجرد تراضي طرفيه على محل المقاولة، فيجوز إبرامه بالكتابة أو مشافهة⁽²⁾، وتبدو هذه الخصيصة واضحة من نص المادة 561 من القانون المدني الجزائري -الآتي بيانه بالتفصيل- الذي لا يجيز للمفاوض أن يطالب بأية زيادة في الأجر، ولو حدث في التصميم المتفق عليه تعديل أو إضافة، إلا إذا اتفق على هذا الأجر، فقد اشترط النص المذكور أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي قد اتفق عليه مشافهة.

والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات المقاولة وليس لانعقادها، حتى ولو سبق إبرام المقاولة إجراء مقايضة لتحديد الأسعار والمواصفات، فليس ذلك ضروريا لإبرامها. ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون عقد المقاولة عقدا شكليا إذا اشترط نص قانوني خاص الكتابة لوجوده، ففي هذا الصدد نشير إلى أن المشرع الفرنسي قد اشترط في بعض الحالات وعلى سبيل الاستثناء أن تبرم المقاولة كتابة، وإلا اعتبر العقد باطلا، وذلك فيما يتعلق بعقود بناء المساكن الفردية، وحدد بيانات إلزامية يتعين ذكرها في هذا العقد، وذلك وفقا لما ورد في المادة 1/131 من قانون البناء والمساكن الفرنسي⁽³⁾، في حين لا يعرف موقف المشرع الجزائري في هذا المجال لغياب نص قانوني خاص ينظم مقاوله إنجاز المباني والمنشآت المعمارية.

(1) الرسمية في عقد المقاولة غير وجوبية، راجع في ذلك، قرار رقم 263265 مؤرخ في 18/06/2002، صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2003، ص 21.

(2) جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص 368.

(3) أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002-2003، ص 4-5.

ثانياً: عقد المقاولة من عقود المعاوضات.

كل من طرفي عقد المقاولة يأخذ مقابلاً لما يعطي، فالمقاول يقوم بالعمل المتفق عليه، وقد يقدم المواد اللازمة لانجاز هذا العمل، مقابل الأجر الذي يحصل عليه من رب العمل⁽¹⁾.

على أنه يتعين أن يؤخذ المقابل بمفهوم واسع، فالدراسة التي يعدها المهندس المعماري على سبيل المثال، قبل إبرام العقد، لا تعتبر من دون مقابل، متى أبرمت المقاولة لاحقاً، ذلك أن المقابل يندرج في هذا العقد الأخير، كما أنه لا يشترط أن يكون المقابل معيناً عند إبرام المقاولة، إذ يكفي أن يكون قابلاً للتقدير وفقاً للقواعد المهنية السارية، والأصل أنه متى كان المتعاقد مهنيًا، فإنه يفترض أن العمل الذي يقوم به له مقابل وليس تبرعاً، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، وهذا ما يتفق في حقيقة الأمر مع الواقع والسير العادي للأمر.

غير أنه إذا أنجز المهني العمل تبرعاً، فالراجح أن ذلك يؤدي إلى تخفيف مسؤوليته، فلا تتعد مسؤوليته في هذه الحالة إلا على أساس الخطأ الواجب الإثبات، ولا يمكن افتراض الخطأ في جانبه، كما في حالة المقاول المهني الذي يتقاضى مقابلاً⁽²⁾.

ثالثاً: عقد المقاولة عقد ملزم للجانبين.

يرتب عقد المقاولة منذ انعقاده التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، أهمها بالنسبة للمقاول، إنجاز العمل المتفق عليه، وبالنسبة لرب العمل، دفع الأجر المستحق للمقاول عن هذا العمل.

ويترتب على هذه الخاصية التبادلية لعقد المقاولة نتائج هامة فيما يتعلق بالفسخ، الدفع بعدم التنفيذ وتبعية الهلاك⁽³⁾، وهو ما سنراه لاحقاً.

رابعاً: إلزام المقاول بالقيام بالعمل محل المقاولة من دون تبعية لرب العمل.

إن الأداء الرئيسي في عقد المقاولة، مطلوب من المقاول، وهو القيام بالعمل المتفق عليه مع رب العمل، ورغم أن هذا العمل يتم بمقابل، وأن هذا الأخير، قد يكون عبارة عن نقل ملكية شيء مثلي أو قيمي إلى المقاول، إلا أنه يعتد في وصف العقد بالأداء الرئيسي (العمل) وليس المقابل، مهما كانت طبيعته⁽⁴⁾.

(1) Jérôme Huet, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, Presse universitaire de France, Paris, 1996, p1122.

(2) أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 8.

(3) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 17.

(4) فتحة قرّة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص 19.

وإن العمل محل المقاولة، الذي يلتزم المقاول بإنجازه، وإن كان في الأصل له طابع مادي، إلا أنه مع التطور، دخل الأداء ذو الطابع المعنوي أو الذهني ضمن الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول، فقد أصبحت عقود الاستشارات الفنية والهندسية أو عقود الخبرة من عقود المقاولات الدراجة، وعلى ذلك فإن جوهر عقد المقاولة يتمثل في أداء أعمال لحساب شخص آخر، مما يجعل عقد المقاولة يجسد نموذجا للعقود التي يتولد عنها التزام بأداء عمل، وإن كان الالتزام بأداء عمل يتجاوز عقود المقاولات ويمتد إلى عقود أخرى⁽¹⁾.

هذا وتفترض المقاولة قدرا من الاستقلال لدى القائم بأداء العمل، فالمقاول إذ يقوم بإنجاز العمل المتفق عليه، إنما يفعل ذلك باسمه الخاص، مستقلا عن أي إدارة أو إشراف من جانب رب العمل، ويقتصر عقد المقاولة على تحديد النتيجة التي يهدف إليها رب العمل، ويترك للمقاول حرية اختيار الوسائل والأدوات التي تكفل تحقيقها، دون أن يكون لرب العمل أن يتدخل لتوجيه هذا الاختيار أو رقابته⁽²⁾.

المطلب الثاني

تمييز عقد المقاولة عن العقود المشابهة له

إن الخصائص التي ذكرناها لعقد المقاولة، لاسيما قيام المقاول بالعمل مستقلا عن رب العمل وكون العمل يتم في مقابل أجر، تجعل هذا العقد يتميز عن غيره من العقود، سواء تلك الواردة على العمل، أو غيرها من العقود الأخرى. وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لتمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الواردة على العمل، في حين نتطرق في الفرع الثاني إلى تمييزه عما يشابهه من عقود أخرى.

الفرع الأول

تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الواردة على العمل

يعتبر كل من عقد العمل، الوكالة والوديعة من بين العقود الواردة على العمل⁽³⁾، التي قد يلتبس بها عقد المقاولة، فكيف يتميز عقد المقاولة عن كل عقد من هذه العقود.

(1) أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 12-13.

(2) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 17.

(3) إن العقود الواردة على العمل هي عقد العمل، عقد المقاولة، عقد التسيير، عقد الوكالة، عقد الوديعة وعقد الحراسة، وقد اختص المشرع الجزائري عقد العمل بقانون خاص هو القانون 11/90 المؤرخ في 21/04/1990، المتضمن علاقات العمل الفردية، أما بقية العقود فقد ذكرها المشرع الجزائري في الباب التاسع من الكتاب الثاني من القانون المدني.

أولاً: تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل.

لم يعرف المشرع الجزائري عقد العمل، على غرار الكثير من تشريعات العمل الأجنبية تاركا المهمة في ذلك إلى رأي الفقه، هذا الأخير تناول عقد العمل بتعريفات مختلفة أرجحها أنه: «عقد يلتزم بمقتضاه العامل بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم، تحت إشرافه وتوجيهه، مقابل أجر محدد، ولمدة محددة أو غير محددة»⁽¹⁾.

وعليه يتفق عقد المقاولة مع عقد العمل في أن الأداء الرئيسي في كل منهما هو القيام بعمل معين، مما قد يؤدي إلى اشتباه العقدين أحدهما بالآخر، بحيث يتعين على القاضي قبل الفصل في أي نزاع يقوم بشأن هذا العمل، أن يحدد ما إذا كان الأمر يتعلق بعقد مقاولة أم بعقد عمل.

وللتفرقة بين العقدين، جرى الأمر قديما على الأخذ بالطريقة التي يقدر الأجر على أساسها، فإن قدر الأجر بحسب الوقت، كل أسبوع أو كل شهر أو بحسب أية وحدة أخرى من الزمن، كان العقد عقد عمل، وإن قدر الأجر بحسب كمية الإنتاج كان العقد عقد مقاولة⁽²⁾.

غير أنه سرعان ما كان هذا المعيار القائم على أساس مقدار الوقت أو كمية الإنتاج معيارا مهجورا إزاء عدم صلاحيته لأن يكون معيارا دقيقا للتمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل، فهو يقيم التمييز بين العقدين على أمر غير جوهري، فليس ثمة فرق أساسي بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت، وآخر يأخذه بحسب كمية الإنتاج، فكلاهما أجير عند رب العمل، يخضع لإدارته وإشرافه، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذله من جهد لإنجازه⁽³⁾.

وقد أضحى الرأي الحديث، ينظر إلى وجود علاقة تبعية بين العامل ورب العمل من عدمها، كمعيار للتمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل⁽⁴⁾.

ففي عقد العمل، نجد أن العامل يخضع لإدارة وإشراف رب العمل، سواء كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج، ولا يعمل مستقلا عن رب العمل، بل يتلقى تعليماته منه وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما، ومن ثمة يعتبر العامل تابعا لرب العمل.

(1) بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل، الطبعة الثانية، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، 2003، ص 57.

(2) جلال علي العدوي وعصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 56.

(3) Louiza Igoudjil, Le Régime des contrats d'entreprise, Mémoire pour le Master recherche droit privé des contrats, Université Versailles saint- Quentin en Yvelines, juin 2006, p 29.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 11.

أما في عقد المقاولة، فإن المقاول يقوم بالعمل المعهود به إليه مستقلا، فلا يخضع في تنفيذه لأي إشراف أو توجيه من قبل رب العمل، فهو الذي يختار وسائل التنفيذ من أدوات ومهمات ومعاونين، وهو الذي يحدد كيفية هذا التنفيذ ووقته، وما دام عمله مطابقا للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، ولما تفرضه عليه الأصول الفنية لمهنته، فلا يجوز لرب العمل أن يتدخل في تنفيذ العمل، ولا يلتزم المقاول بإطاعة أو أمره وتوجيهاته في هذا الشأن.

وعلى ذلك فإن علاقة التبعية بين العامل ورب العمل، هي التي تميز عقد المقاولة عن عقد العمل، فمتى توافرت رابطة التبعية، كان العقد عملا، وإن انتقلت كان العقد مقاولا، فالتمييز بين العقدين يقوم على أساس معيار التبعية وحده، ولا أهمية لغير ذلك من ظروف العمل أو شروط التعاقد.

ويترتب على التفرقة بين عقد المقاولة وعقد العمل عدة آثار قانونية أهمها⁽¹⁾:

- يعتبر العامل تابعا لرب العمل وفقا للمادة 1/136 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، مما يجعل رب العمل مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه العامل بفعله غير المشروع، متى وقع منه في حالة تأدية عمله أو بسببه، في حين أن المقاول يعمل مستقلا دون أن يخضع في تنفيذ عمله لإشراف أو توجيه من قبل رب العمل، وبالتالي لا يسأل رب العمل عن أعماله الضارة.

- إذا كان العمل متعلقا بشيء معين وهلك هذا الشيء بسبب أجنبي، قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بأجره ولا برد نفقاته وفقا للمادة 568 من القانون المدني الجزائري، التي سنتطرق لها بالتفصيل لاحقا، أما بالنسبة للعامل فإنه يستحق أجره بالرغم من هلاك الشيء.

- ينفسخ عقد العمل بوفاة العامل بقوة القانون، وفقا للمادة 9/66 من قانون علاقات العمل الفردية⁽³⁾، بينما لا ينقضي عقد المقاولة من تلقاء نفسه بوفاة المقاول، إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، وفقا للمادة 569 من القانون المدني الجزائري، الآتي بيانها بالتفصيل.

(1) فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص30 وما بعدها . أنظر أيضا محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص31 وما بعدها.

(2) تنص المادة 1/136 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها».

(3) عدلت المادة 9/66 من قانون علاقات العمل الفردية الحالات التي تنتهي بها علاقة العمل الفردية، وذكرت من بينها الوفاة. فنصت على أنه: «تنتهي علاقة العمل في الحالات التالية:
- الوفاة».

- لا يتمتع المقاول بما يتمتع به العامل من الرعاية المقررة في القوانين الخاصة بالتأمينات الاجتماعية ووضع حد أدنى للأجور، وكذا الخضوع لتشريعات العمل المختلفة، لاسيما ما تعلق منها بساعات العمل والعطل وإصابات العمل، وغير ذلك من الميزات التي اقتصرت على العامل دون المقاول.

ثانيا: تمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة.

يقضي نص المادة 571 من القانون المدني الجزائري على أنه: «الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه».

وعليه تتفق المقاولة مع الوكالة في أن محل التزام المدين في كل منهما، هو القيام بعمل لحساب الآخر، ولكن يختلف العقدان في أمرين، أحدهما موضوعي والآخر شخصي⁽¹⁾.

فالعامل الموضوعي يتعلق بالعمل الذي تم العقد من أجله، فبينما يكون عملا ماديا في عقد المقاولة، يكون قانونيا في عقد الوكالة، يجريه الوكيل لحساب موكله. أما المميز الشخصي بين العقدتين، فيظهر في قيام الصفة التمثيلية، بين الموكل ووكيله وانعدامها بين المقاول ورب العمل، فالوكيل إذ يقوم بعمله إنما يفعل ذلك باسم الموكل، بحيث تضاف الأعمال القانونية التي يبرمها إلى الموكل، كما لو كان هو الذي عقدها مباشرة، في حين أن المقاول، فهو وإن عمل لحساب رب العمل، إلا أنه يعمل باسمه الخاص، فهو لا يمثل رب العمل أو ينوب عنه، وبالتالي فإن التصرفات التي يبرمها المقاول بغرض إنجاز الأعمال محل المقاولة، إنما تضاف إليه شخصيا، ولا تنصرف إلى رب العمل.

ولكن قد يحدث أحيانا أن يكلف الشخص بالقيام بأعمال مادية وأخرى قانونية، كما هو الشأن بالنسبة للمهندس المعماري، ففي هذه الحال ليس هناك ما يمنع من اعتبار هذا الشخص وكيلا بالنسبة للأعمال القانونية ومقاولا بالنسبة للأعمال المادية، بحيث تطبق أحكام عقدي الوكالة والمقاولة كل في نطاقه الخاص، إلا إذا اختلطت الأعمال التي يقوم بها هذا الشخص بحيث يتعذر التمييز في شأنها بين نطاق كل من هذين العقدتين، إذ يتم تكييف العقد في هذه الحالة، تكييفاً موحداً وفقاً للصفة الغالبة، فيعتبر العقد وكالة إذا كانت الغلبة للعمل القانوني، ومقاولة إذا كان النشاط المادي هو الغالب⁽²⁾.

(1) عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 98-99.

(2) بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 96.

وتبدو أهمية التمييز بين المقاوله والوكالة في النواحي الآتية⁽¹⁾:

-المقاوله تكون دائما بأجر، ومتى عين الأجر، فإن القاضي لا يستطيع تعديله كقاعدة عامة، أما الوكالة فقد تكون بأجر أو بغير أجر وإن كان الأصل فيها أن تكون بغير أجر، وإذا كانت الوكالة بأجر، كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي الذي له أن يزيده أو ينقص منه وفقا للمادة 581 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

-إن المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل، ومن ثمة لا يكون هذا الأخير مسؤولا عنه مسؤولية المتبوع عن التابع، أما الوكيل فيعمل في كثير من الأحيان بإشراف الموكل، وفي هذه الحالة يكون تابعا له مما يجعل الموكل مسؤولا عنه مسؤولية المتبوع عن التابع.

-المقاول يبتغي الربح من وراء عمله، فهو مضارب، معرض للربح والخسارة، فإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل، تحمله وحده دون أن يكون لرب العمل شأن بذلك، في حين أن الوكيل لا يضارب ولا يعرض نفسه لربح أو خسارة، فهو إما أن يقوم بعمله في مقابل أجر أو أن يقوم به تبرعا، وفي جميع الحالات يكون الموكل مسؤولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا وفقا للمادة 583 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾.

- إذا تعدد الموكلون، كانوا جميعا متضامنين تجاه الوكيل في تنفيذ الوكالة وفقا للمادة 584 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾، أما إذا تعدد أرباب العمل، فلا تضامن بينهم في مواجهة المقاول، إلا إذا اتفق على ذلك.

ثالثا: تمييز عقد المقاوله عن عقد الوديعة.

المقاوله كما رأينا ترد على عمل يقوم به شخص لآخر، في حين أن الوديعة ترد على نوع معين من العمل، وهو حفظ الشيء لمصلحة المودع ورده إليه عينا، وقد نصت

(1) أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، صص 15-16. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، صص 16-17.

(2) تنص المادة 581 من القانون المدني الجزائري على أنه: «الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل».

فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة». (3) تنص المادة 583 من القانون المدني الجزائري على أن: «يكون الموكل مسؤولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا».

(4) تنص المادة 584 من القانون المدني الجزائري على أن: «إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا في عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين تجاه الوكيل في تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك».

المادة 590 من القانون المدني الجزائري على أن: «الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يردده عينا».

والأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر وفقاً للمادة 596 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، وحتى في حالة الاتفاق على الأجر، فإنه يكون في العادة أجراً زهيداً يناسب ما بذله المودع عنده من جهد في حفظ الوديعة، دون أن يهدف إلى تحقيق مكسب من وراء ذلك، فهو ليس بمضارب، أما المقاوله فهي عقد من عقود المضاربة، التي يسعى فيها المقاول إلى الكسب، وبالتالي تكون المقاوله دائماً بأجر، ومن أجل ذلك تكون مسؤولية المودع عنده أخف من مسؤولية المقاول⁽²⁾.

على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاوله إلى حد كبير، وذلك فيما يعرف بعقود الحفظ المهنية، حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له، مما يجعله مضارباً يهدف إلى تحقيق الربح، لكن ورغم ذلك فإن الرأي الراجح في الفقه يكيف عقود الحفظ على أنها عقود وديعة بأجر⁽³⁾.

كما أنه ثمة عقود مقاوله تتضمن الوديعة، كما في الحالة التي يقدم فيها رب العمل للمقاول المادة اللازمة لإنجاز العمل المتفق عليه، إذ جرى القضاء في فرنسا على أن يجتمع في هذه الحالة عقد الوديعة مع عقد المقاوله، وتسري على كل منهما أحكامه، غير أن من الفقهاء من اعتبر أن العقد في هذه الحالة يعتبر مقاوله فقط، ما دام عقد المقاوله في حد ذاته يتضمن التزاماً بحفظ الشيء الذي يتسلمه المقاول من رب العمل⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

تمييز عقد المقاوله عما يشابهه من العقود الأخرى

غير الواردة على العمل

بالإضافة إلى العقود الواردة على العمل، قد يلتبس عقد المقاوله بعقود أخرى في حالات خاصة، ومن أهم هذه العقود التي يمكن أن يلتبس بها عقد المقاوله، نجد عقد البيع، عقد الشركة، عقد الإيجار وعقد الأشغال العامة.

وعلى ذلك سنحاول تمييز عقد المقاوله عن هذه العقود كما يلي :

(1) تنص المادة 596 من القانون المدني الجزائري على أنه: «الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

(2) عدنان إبراهيم السرحان، العقود المسماة في المقاوله - الوكالة - الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص 16.

(3) فتيحة قره، المرجع السابق، ص 65.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 29.

أولاً: تمييز عقد المقاولة عن عقد البيع.

نصت المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن: «البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي». وعليه تتميز المقاولة عن البيع في أن المقاولة ترد على العمل بينما البيع يقع على الملكية، فالمقاول الذي يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاولة، أما إذا شيد المقاول المنزل لحسابه الخاص ثم قام ببيعه، فالعقد يكون بيعا.

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 550 من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع قد جعل للمقاولة صورتين:

الأولى: يقتصر فيها دور المقاول على تقديم عمله فقط.

الثانية: يقدم فيها المقاول إلى جانب عمله، المواد اللازمة لإنجاز هذا العمل.

ولاشك أن العقد في الصورة الأولى، يتمخض عقد مقاولة لا جدال فيه، إلا أن عملية التمييز بين عقد المقاولة والبيع تجد ضرورتها في الصورة الثانية، عندما يقدم المقاول العمل والمواد اللازمة لإنجازه معا، فمن الواضح أن التعاقد في هذه الحالة يقتضي بالضرورة أمران:

الأول: إلزام المقاول بإنجاز العمل المتفق عليه.

الثاني: إنتقال ملكية العمل المنجز إلى رب العمل.

وإذ يترتب على العقد في هذه الحالة ملكية العمل المنجز، فإن ذلك يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة هذا العقد إن كان مقاولة محله إنجاز العمل، أم بيع لشيء مستقبل؟

انقسمت الآراء في هذا الشأن، فذهب رأي إلى أن العقد في هذه الحالة هو مزيج من المقاولة والبيع، على اعتبار أن أحكام كل من هذين العقدين منفردة لا تكفي لمواجهة المسائل التي تثيرها هذه الحالة من التعاقد.

لكن عيب على هذا الرأي، إثارته لصعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع، كما هو الأمر فيما يتعلق بطبيعة العوض وتحديد إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، إذ يتعين حينئذ المفاضلة بين العقدين⁽¹⁾.

وذهب رأي ثان إلى أن العقد في هذه الحالة يكون مقاولة ابتداء وبيعا انتهاء، فهو مقاولة أثناء تنفيذ العمل، فإذا انتهى تنفيذه، وسلم إلى رب العمل، تحول العقد إلى بيع للعمل المنجز.

(1) عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 109-110. أنظر أيضا محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 21-22.

لكن هذا الرأي تعرض للانتقاد على أساس أن تكيف العقد، يتم وقت انعقاده، بصرف النظر عما يترتب عليه بعد ذلك، إذ لا يجوز أن يتغير وصفه وقت تكوينه، عن وصفه بعد تنفيذه، ثم أن المقاول لا تنتهي بمجرد إتمام العمل وتسليمه، إذ يبقى التزام على عاتق المقاول بضمان عمله بعد التسليم⁽¹⁾.

وذهب رأي آخر إلى أن هذا العقد هو بيع لشيء مستقبل، على أساس أن المتعاقدين إنما انصب قصدهما من التعاقد على الحصول على شيء غير موجود عند إبرام العقد، يلتزم المقاول بانجازه في المستقبل، لذلك كان العقد بيعاً لشيء مستقبلي، أما عمل المقاول فقد جاء تبعاً وليس أصلاً.

غير أن هذا الرأي لم يدخل في الاعتبار أن المقاول، إنما تعاقد أصلاً على العمل وكون المادة ضرورة تابعة للعمل⁽²⁾.

والتجأ فريق آخر من الفقه إلى أن العقد يكون مقاولاً أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فإذا كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة اللازمة لإنجازه، فالعقد مقاول، أما إذا كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل، فالعقد بيع⁽³⁾.

ويجد هذا الرأي تطبيقاً له، حسب أنصاره، في حالة تشييد بناء على أرض مملوكة لرب العمل، بمواد يقدمها المقاول، فيعتبرون أن العقد في هذه الحالة مقاول على أساس أن مالك الأرض يمتلك البناء أولاً فأول بالالتصاق، وأن الأرض تعتبر جزءاً من المواد اللازمة للبناء، وبما أن رب العمل هو الذي يقدمها، فإنها تعتبر الأصل والمواد الفرع، مما يجعل العقد مقاولاً لا بيعاً⁽⁴⁾.

غير أن هذا الرأي انتقد على اعتبار أن الأساس الذي يركز عليه غير محدد، إذ ليس من السهل تحديد العنصر الأساسي في العقد، إن كان العمل المتفق عليه أم المواد المستخدمة لإنجازه⁽⁵⁾.

وفي رأي أخير ذهب قائلوه إلى أن العقد في مثل هذه الحالة، هو عقد مقاول يلتزم فيه المقاول بإنجاز العمل المتفق عليه مع رب العمل، ومن دون إنجاز هذا العمل، لا يعتبر المقاول أنه وفى بالتزامه، وإذا كان يترتب على إنجاز هذا العمل أن يمتلكه رب العمل، فهذا لا يعني أن العقد ورد منذ الأصل على الملكية، وأنه بالتالي يعتبر عقد بيع،

(1) فتية قره، المرجع السابق، ص 25.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 25-26. أنظر أيضاً أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 19.

(3) محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع-التأمين(الضمان)-الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 47.

(4) جعفر الفضيلى، المرجع السابق، ص 371.

(5) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 25.

فتملك رب العمل للعمل المنجز من قبل المقاول، ليس إلا نتيجة ضرورية ولازمة لكون المقاول يقوم بتنفيذ العمل لحساب رب العمل⁽¹⁾.

وهو الرأي المتفق مع أحكام القانون المدني الجزائري الذي قرر أن العقد في الصورتين، سواء قدم المقاول مادة العمل أو لم يقدمها، مقاولاً.

ويترتب على التمييز بين عقدي المقاول والبيع أهمية عملية كبيرة، تبدو من خلال بعض المسائل، أهمها⁽²⁾ :

- لا يشترط عند إبرام المقاول تحديد الأجر، ولا حتى بيان العناصر التي تسمح بتحديدته إذ يتعين حينئذ الرجوع في تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول وفقاً للمادة 562 من القانون المدني الجزائري، الآتي بيانها بالتفصيل لاحقاً، أما في عقد البيع، فلا بد من الاتفاق على الثمن أو على الأقل الأسس التي تسمح بتعيينه في المستقبل، وإلا عد البيع باطلاً.

- يجوز لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاول قبل تمام تنفيذه بإرادته المنفردة وفقاً للمادة 566 من القانون المدني الجزائري، التي سنتطرق إلى تفصيل أحكامها فيما بعد، بينما لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد البيع.

ثانياً: تمييز عقد المقاول عن عقد الشركة.

نصت المادة 416 من القانون المدني الجزائري على أن: «الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج، أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة. كما يتحملون الخسائر التي قد تتجر عن ذلك».

فالشريك قد تكون حصته في رأس المال هي التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة، فيدخل الشريك بهذا العمل بحصة له في الشركة، حيث يتقاضى من أرباحها حصة معينة، وهنا قد تلتبس المقاول بالشركة، فإذا كان الشريك الذي دخل بالعمل كحصة له، يساهم في أرباح الشركة وفي خسائرها، فالعقد شركة، أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجراً (مبلغاً معيناً أو نسبة في أرباح الشركة)، دون أن يشارك في الخسارة، فإن العقد في هذه الحالة يكون مقاولاً⁽³⁾.

(1) المرجع نفسه، ص 27.

(2) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 45-46. أنظر أيضاً فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 23.

(3) قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاول في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 43.

وعلى ذلك يتميز عقد المقاولة عن عقد الشركة في أن الشريك في الشركة، تكون لديه نية الاشتراك في نشاط ينطوي على قدر من المخاطرة، وهو تكوين الشركة، في حين أن المقلول ليست لديه هذه النية، فهو يقوم بإنجاز العمل المتفق عليه، ويتلقى مقابلًا على هذا العمل، دون مساهمة في الأرباح أو الخسائر⁽¹⁾.

وإن الفصل فيما إذا كان العقد مقاولة أم شركة، هو مسألة واقع يستقل قاضي الموضوع بتقديرها على ضوء وجود نية تكوين الشركة من عدمها⁽²⁾.

ثالثًا: تمييز عقد المقاولة عن عقد الإيجار.

عقد المقاولة يرد على العمل، بينما عقد الإيجار يرد على الانتفاع بالعين المؤجرة⁽³⁾، إلا أنه قد يصعب أحيانًا تحديد ما إذا كان العقد مقاولة أم إيجارًا، إذ قد يستخدم المقلول في أداء عمله بعض الأشياء التي ينتفع بها رب العمل بطريق غير مباشر، مما يؤدي إلى تداخل العقدين في كثير من الفروض، كأن يتفق شخص مع مالك البناء على نشر إعلانات على جدران البناء، فإن العقد يعتبر مقاولة إذا التزم صاحب البناء بالقيام بالأعمال اللازمة لإجراء الإعلان، أما إذا اقتصر على تمكين الشخص من إجراء الإعلان، اعتبر العقد إيجارًا⁽⁴⁾.

على أنه إذا اختلط عقد المقاولة مع عقد الإيجار في عملية واحدة، فإنه يتعين أن يأخذ في الاعتبار أمران⁽⁵⁾:

- أولهما: تحري العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد لمعرفة مدى غلبة أحد العقدين على الآخر.

- ثانيهما: تحري التزامات الطرفين التي تؤثر في التكيف القانوني للعقد، إن كان مقاولة انصبت على العمل، أم أنه إيجارًا انصب على الانتفاع بالشئ المؤجر مقابل أجر معين.

رابعًا: تمييز عقد المقاولة عن عقد الأشغال العامة.

تناول الفقه عقد الأشغال العامة بتعاريف كثيرة، فقد عرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه: «عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 30.

(2) المرجع نفسه، ص 30.

(3) François Collart Dutilleul et Philippe Dellebecque, Contrats civils et commerciaux, 3^{ème} édition, Dalloz, p565.

(4) محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دون دار نشر، 1977، ص 21.

(5) فيتحة قره، المرجع السابق، ص 40، أنظر أيضا جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص 373.

أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقا للشروط الواردة بالعقد»⁽¹⁾.

كما عرفه الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه: «اتفاق الإدارة مع متعاقد آخر (المقاول entrepreneur) قصد القيام ببناء (مساكن، سد، طريق...) أو ترميم (جسر قديم، منشآت أثرية...) أو صيانة (دهن مباني إدارية، تنظيف...) منشآت عقارية تابعة لها»⁽²⁾.

وقد عرف الأستاذ أحمد محيو عقود الأشغال العامة كما يلي: «هي العقود التي يلتزم بمقتضاها المقاولون تجاه الإدارة، بتنفيذ الأشغال ذات المصلحة العامة والمتعلقة بالعقارات وبالمقابل تلتزم الإدارة بدفع الثمن المتفق عليه»⁽³⁾.

ومن خلال هذه التعاريف يمكننا أن نستخلص أنه يشترط لكي نكون بصدد "عقد أشغال عامة"، ثلاث شروط:

1- أن يرد العقد على عقار.

2- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام.

3- أن يكون الغرض من الأشغال العامة هو تحقيق منفعة عامة.

وبناء على ما سبق، يمكن القول أن عقد المقاولة يتميز عن عقد الأشغال العامة في كونه عقدا من عقود القانون الخاص، وقد ذكره المشرع الجزائري، ونظم أحكامه ضمن العقود المسماة الواردة على العمل، أما عقد الأشغال العامة فهو عقد إداري من عقود القانون العام.

غير أن التفرقة بين عقد المقاولة وعقد الأشغال العامة قد تصعب في بعض الأحيان، كما لو كان الشخص المعنوي العام غير مالك للعقار محل العقد، كأن يستأجره من أحد الأفراد ويخصه بالمنفعة العامة ثم يتعاقد مع مقاول لإجراء إصلاحات أو تعديلات فيه، فهل يعتبر العقد الوارد على هذا العقار عقد مقاولة أم عقد أشغال عامة. يرى الفقه أن العقد يعتبر عقد أشغال عامة وإن لم يرد على عقار مملوك للشخص المعنوي العام، طالما أن الغرض منه تحقيق منفعة عامة⁽⁴⁾.

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 114.

(2) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 22.

(3) Ahmed Mahiou, Cours d'institutions administratives, troisième semestre de la licence en droit, 3^{ème} édition, Office des publications universitaires, Alger, 1981, p234.

(4) جعفر الفضيلى، المرجع السابق، ص 374.

كما قد يصعب التمييز بين العقدين، إذا كان العمل يتم لحساب شركة مساهمة عامة أو شركة من شركات الاقتصاد المختلط التي تساهم الدولة أو المؤسسات العامة في رأسمالها بنسب مختلفة، فهل يعتبر العقد في هذه الحالة عقد مقاول أم عقد أشغال عامة. يمكن القول أن العقد في هذه الحالة يعتبر مقاول لا عقد أشغال عامة، على أساس أن أهم ما يميز هذا العقد عن عقد المقاول هو صفة رب العمل وكونه شخص معنوي عام، وأن الغرض من إبرامه هو تحقيق منفعة عامة، ويتخلف هذان الشرطان إذا كان رب العمل شركة مساهمة أو من شركات القطاع المختلط لأنها ليست من أشخاص القانون العام وإنما من أشخاص القانون الخاص، فضلا على أن قصدها المضاربة على الربح وليس تحقيق المنفعة العامة، مهما كان نصيب الدولة في أرباحها⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لعقد المقاول

عقد المقاول من عقود القانون الخاص، وهو قد يكون عقدا مدنيا أو تجاريا، إذ أنه يستمد الصفتين من أطرافه، وبالتالي يجب التمييز بين عقد المقاول من جانب رب العمل وكذا من جانب المقاول، لما تشكله مسألة تحديد الصفة المدنية أو التجارية لعقد المقاول من أهمية عملية بالغة، بالنظر لاختلاف الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري عموما.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لعقد المقاول بالنسبة لرب العمل

إن عقد المقاول يكون في العادة عقدا مدنيا بالنسبة لرب العمل، على أساس أن رب العمل يكون في أغلب الأحيان غير تاجر، ومثاله أن يتعاقد شخص مع مقاول لأجل بناء منزل له، فعقد المقاول هنا يعتبر عقدا مدنيا بالنسبة لهذا الشخص، أي رب العمل، سواء قدم المادة اللازمة لإنجاز العمل من عنده أو قدمها المقاول⁽²⁾.

كما أنه إذا كان رب العمل تاجرا، ولكن لم يتعلق عقد المقاول الذي أبرمه بشأن من شؤون تجارته، وإنما كان لغرض تلبية حاجاته الخاصة، فالعقد يكون هنا أيضا مدنيا بالنسبة إليه، بالرغم من أنه تاجر.

أما إذا كان رب العمل التاجر، قد أبرم عقد المقاول لغرض دعم تجارته، بأن كانت تتعلق بشأن من شؤون تجارته، كما لو تعاقد مع مقاول لبناء مصنع له أو لترميم محل

(1) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 18 . أنظر أيضا فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 63-64.

(2) بجاوي المدني، المرجع السابق، ص 93.

تجارته، فإن عقد المقاولة يكون بالنسبة إليه في هذه الحالة عقدا تجاريا طبقا لنص المادة الرابعة من القانون التجاري الجزائري التي نصّت على أنه: «يعد تجاريا بالتبعية: -الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره. -الالتزامات بين التجار».

وينبغي ملاحظة أن رب العمل الذي يتدخل في عمليات البناء والتشييد، بما يساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار، فإنه يكتسب صفة المتعامل في الترقية العقارية، ويعتبر بالتالي تاجرا وفقا للمادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 والمتعلق بالنشاط العقاري⁽¹⁾ التي نصّت على أنه: « يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة 2 أعلاه متعاملا في الترقية العقارية.

ويعد المتعاملون في الترقية العقارية تجارا باستثناء الذين يقومون بعمليات في الترقية العقارية لتلبية حاجاتهم الخاصة أو حاجات المشاركين في ذلك».

وقد نصت المادة 02 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المذكور أعلاه على أنه: «يشمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة. يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية محال ذات الاستعمال السكني أو محال مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري».

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لعقد المقاولة بالنسبة للمقاول

إن عقد المقاولة من جانب المقاول يكون تارة مدنيا وأخرى تجاريا، بحسب العمل الذي يقوم به.

وتعتبر أعمال أصحاب المهن الحرة كالمهندسين المعماريين والفنيين وأصحاب مكاتب الدراسات أعمالا مدنية ولو كانوا يقومون بالعمل على سبيل التكرار وبمساعدة عمال مأجورين، إذ تستبعد الصفة التجارية عن هذه الأعمال، على أساس أنها تتطلب مؤهلات خاصة فيمن يباشرها، وأنها تعتمد على الفكر أكثر مما تعتمد على العمل اليدوي، كما أن العلاقة بين المهني وعميله تقوم على أساس ثقة هذا الأخير فيه، وأن المهني وإن

(1) أنظر الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، سنة 1993.

كان يتقاضى أجرا في مقابل عمله، فإنه يقدم رعاية مصالح عملائه على قصد الربح لديه⁽¹⁾.

غير أنه إذا باشر أصحاب المهن الحرة إلى جانب نشاطهم المهني، أعمالا تجارية، فإنهم يعتبرون تجارا، متى كانت هذه الأعمال من الأهمية بحيث تغطي على النشاط المهني، وعلى ذلك فالمهندس المعماري الذي لا يقتصر دوره على وضع التصميمات والمقاييسات والإشراف على تنفيذها، بل يشارك في عملية التشييد نفسها، فيورد المواد والآلات والأدوات، ويقدم العمال والفنيين اللازمين، يعتبر تاجرا⁽²⁾.

كما أن المَقول الذي يقوم بأعمال تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار، فإنه يكتسب أيضا صفة المتعامل في الترقية العقارية، وبالتالي يعتبر تاجرا وفقا للمادة الثالثة (03) من قانون النشاط العقاري، المذكورة آنفا. هذا وتعتبر الأعمال التي تدخل ضمن البناء والتشييد وتهيئة الأوعية العقارية أعمالا تجارية ويعتبر المتعاملون فيها تجارا وتعد عقودهم تجارية تخضع لأحكام القانون التجاري، وذلك بصريح المادة الرابعة (04) من قانون النشاط العقاري، التي نصت على أنه: «فضلا عن الأعمال التي نصت عليها في هذا المجال المادة 02 من الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري المذكور أعلاه، تعد أعمالا تجارية بحكم غرضها، الأعمال الآتية:

- كل نشاطات الاقتناء والتهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها
- كل النشاطات الوسيطة في الميدان العقاري، لاسيما بيع الأملاك العقارية أو تأجيرها.
- كل نشاطات الإدارة والتسيير العقاري لحساب الغير».

وقد عدت المادة الثانية (02) من القانون التجاري المشار إليها ضمن نص المادة الرابعة (04) من قانون النشاط العقاري أعلاه، الأعمال التي لا تكتسب الصفة التجارية، إلا إذا وقعت على سبيل المَقولة، على أنه ينبغي عدم الخلط بين مفهوم المَقولة التي وردت في القانون التجاري وتلك الواردة في القانون المدني، فالمَقولة في القانون المدني تعد من العقود الواردة على العمل أساسا بحيث يمثل العمل فيها عنصرا جوهريا، بينما يقصد بالمَقولة الواردة في القانون التجاري، تلك المشروعات التي تتطلب قدرا من التنظيم لمباشرة الأنشطة الاقتصادية سواء كانت صناعية أو تجارية أو زراعية أو

(1) فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 73.

(2) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 67.

خدمات، وذلك بتضافر عناصر مادية (رأس المال) وبشرية (العمل)، ويقتضي هذا التنظيم عنصر الاحتراف والمضاربة⁽¹⁾.

المبحث الثاني

كيفية انعقاد المقاولَة

حدد المشرع الجزائري الشروط والأركان التي يقوم عليها العقد بصفة عامة ضمن أحكام القانون المدني⁽²⁾، فما مدى خضوع عقد المقاولَة لهذه الأحكام فيما يتعلق بمسألة انعقاده.

كما أنه باستقراء النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولَة، نجد أنه قد يعقد بصورة مباشرة بين رب العمل والمقاول، حيث يتولى هذا الأخير بنفسه، إنجاز العمل محل المقاولَة، إلا أنه قد يحدث أن يسند المقاول تنفيذ العمل المكلف بانجازه، كله أو في جزء منه، إلى مقاول آخر ليقوم بانجازه، وهو ما يعرف بالمقاولَة الفرعية. وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لدراسة أركان عقد المقاولَة، بينما نخصص المطلب الثاني لبيان طرق إبرام عقد المقاولَة.

المطلب الأول

أركان عقد المقاولَة

يشترط لانعقاد المقاولَة توافر الأركان العامة اللازمة لانعقاد أي عقد رضائي، من تراض ومحل وسبب، وهنا نشير إلى أنه لا يوجد شيء جديد يقال بشأن ركن السبب يختلف عما يقال في النظرية العامة للعقد، فدراسة السبب في هذه النظرية تغني عن دراسته في عقد المقاولَة، وكل ما نقوله عن ركن السبب هو وجوب أن يكون مشروعاً وألا يكون عقد المقاولَة مخالفاً للنظام العام والآداب العامة. وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لركن التراضي في عقد المقاولَة، على أن نتطرق في الفرع الثاني لدراسة ركن المحل.

(1) أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص 69-70. أنظر أيضاً نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 80.

(2) أنظر المواد من 59 إلى 105 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول

التراضي في عقد المقاول

حتى ينعقد عقد المقاول، لابد من توافر الرضا لدى طرفيه، والرضا يستلزم وجود إرادتين متطابقتين، وهو ما يعبر عنه بتطابق الإيجاب والقبول، ولكي ينعقد هذا التراضي صحيحا، يتعين أن تكون إرادة كل من طرفي عقد المقاول خالية من العيوب، ويعد تطابق الإيجاب والقبول شرطا لانعقاد، بينما يعد خلو الإرادة من العيوب شرطا للصحة.

أولا: شروط الانعقاد.

يجب لانعقاد المقاول أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها، فيتم التراضي بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد والعمل الذي يؤديه المقاول لرب العمل والأجر الذي يتقاضاه منه، وهذه هي المسائل الجوهرية في عقد المقاول التي لا يمكن تطابق الإيجاب والقبول فيه دون الاتفاق عليها⁽¹⁾، وقد رأينا أن المادة 549 من القانون المدني الجزائري، وهي التي تعرف المقاول، تذكر هذه العناصر صراحة، ويكون ذلك خاضعا للقواعد العامة في نظرية العقد.

فيجوز التعبير عن التراضي صراحة أو ضمنا، ولا يشترط شكل خاص لأن المقاول من عقود التراضي كما سبق القول، مع ملاحظة أن التراضي وإن كان يصح أن يكون ضمنيا، فليس معنى ذلك أنه يفترض، بل يجب أن يكون موجودا، وعلى من يدعيه عبء إثباته⁽²⁾.

وإذا كان الأصل هو أن وجود التراضي يكفي لانعقاد المقاول، فيجب أن يقوم التراضي فيها على شروط معينة:

1- التراضي على ماهية العقد، فلا تنعقد المقاول إلا إذا تراضى طرفاها على ماهيتها، بأن تتجه إرادة أحدهما إلى أن يقوم بعمل معين لحساب المتعاقد الآخر مستقلا عنه، وتتجه إرادة الطرف الآخر إلى دفع أجر في مقابل هذا العمل، فيجب أن تتجه إرادة الطرفين (المقاول ورب العمل) إلى إبرام عقد مقولة، فلو أن أحد الطرفين أراد إبرام عقد مقولة بينما اتجهت نية الطرف الآخر إلى إبرام عقد وكالة مثلا، فلا يوجد في هذه الحالة عقد مقولة ولا عقد وكالة⁽³⁾، كذلك إذا قصد أحد المتعاقدين أن يقوم بالعمل مستقلا عن أي إشراف أو توجيه، في حين قصد المتعاقد الآخر أن يكون له الإشراف والإدارة الكاملة

(1) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء الحادي عشر، دار الثقافة، بيروت، لبنان، دون سنة طبع، ص155. أنظر أيضا عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص19.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص36-37.

(3) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص20.

لعمل الأول، فإن المقاول لا تتعقد، كما أنه إذا قصد المقاول أن يقوم بالعمل في مقابل أجر في حين اعتقد الطرف الآخر أنه يعرض عليه القيام به مجانا، فلا تتعقد المقاول، وكل ذلك لعدم التراضي على ماهيتها، وهي كونها عقد يقصد به أن يقوم أحد طرفيه وهو المقاول بالعمل مستقلا لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر⁽¹⁾.

2- التراضي على العمل، فلكي تتعقد المقاول، يجب أن يتم التراضي بين المقاول ورب العمل على العمل المطلوب، فإذا أراد أحدهما (رب العمل) إجراء عمل معين كتشييد منزل، وأراد الطرف الآخر (المقاول) القيام بعمل آخر كترميم منزل قائم فعلا، فلا تتعقد المقاول لعدم حصول التراضي على العمل المقصود منها.

والتراضي على العمل يتطلب فيه أن يكون معينا أو على الأقل أن يكون قابلا للتعيين، كما أن يكون هذا العمل ممكنا ومشروعا، وإلا لما انعقد العقد، لأن استحالة العمل تعني انعدام الإرادة الجادة إلى الالتزام، وعدم مشروعيته تفيد أن الباعث عليه كان غير مشروع⁽²⁾.

3- التراضي على الأجر، إذ يلزم أيضا أن يقع التراضي على الأجر، بأن يوافق أحد الطرفين على مقدار الأجر الذي عرضه الطرف الآخر، وبالتالي إذا طلب المقاول أجرا معينا ووافق رب العمل على أجر أقل، لم تتعقد المقاول لعدم تحقق تطابق بين الإيجاب والقبول⁽³⁾.

وعلى ذلك فإنه يشترط أن تتجه إرادة المقاول إلى الحصول على الأجر، مقابل ما يقدمه من عمل، شرط أن تكون إرادة رب العمل قد توجهت إلى الأخرى إلى دفع هذا الأجر، أما إذا انتفى هذا القصد لدى المتعاقدين، وتوجهت إرادتهما إلى مجانية العمل فإن العقد وإن انعقد، إلا أنه لا يكون مقاولا، بل عقدا مجانيا غير مسمى.

وحتى يتم التراضي على هذا الأجر، يتعين أن يكون موجودا، وأن يكون مشروعا، ويكفي فيه ألا يختلف الطرفان بشأن تحديده عند إبرام العقد، إذ أن هذا الاختلاف هو الذي ينفي وجود التراضي عليه، أما إذا غفل الطرفان ولم يتطرقا إلى تحديده، فإن ذلك لا يشكل مانعا من إتمام هذا العقد.

ثانيا: شروط صحة التراضي.

شروط صحة المقاول هي شروط صحة أي عقد آخر، وهي توافر الأهلية في عاقيه وسلامة رضا كل منهما من العيوب.

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 72.

(2) المرجع نفسه، ص 73.

(3) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 20.

1- الأهلية في عقد المقاولة.

حتى تكون إرادة المتعاقد معتبرة، ومنتجة للأثر الذي هدفت إلى إحداثه، فإنه يتعين أن يصدر كل من الإيجاب والقبول ممن هو أهل للتعاقد.

ففيما يتعلق بالمقاول، فإنه يلزم أن تتوافر لديه أهلية التصرف، بأن يكون بالغاً راشداً، على أساس أن المقاول إما أن يقتصر على تقديم عمله فقط، وحتى في هذه الحالة فإنه يعتبر مضارباً بعمله، معرضاً للربح والخسارة، وقد يلحق أضراراً برب العمل، فيصبح مسؤولاً بموجب عقد المقاولة عن تعويضه، وبالتالي فإن عقد المقاولة يكون بالنسبة إليه من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان المقاول ناقص الأهلية وهو الصغير المميز، والمعتوه والسفيه وذو الغفلة، فإن عقد المقاولة الذي يبرمه يكون قابلاً للإبطال لمصلحته⁽¹⁾.

وإذا كان دور المقاول لا يقتصر على تقديم العمل وإنما يشمل المادة والعمل معا فإنه يلزم أن يكون من باب أولى بالغاً سن الرشد، على اعتبار أنه بائع للمادة التي يقدمها ويشترط في البائع أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة، فإذا كان ناقص الأهلية فإن عقده يكون قابلاً للإبطال لمصلحته⁽²⁾.

وفي الأخير نشير إلى أن الصغير المأذون له بالتجارة وفقاً للمادة الخامسة (05) من القانون التجاري الجزائري، فإنه يمكن أن يكون مقاولاً، وعندئذ تكون جميع تصرفاته الداخلة في حدود الإذن كتصرفات البالغ سن الرشد.

أما فيما يتعلق برب العمل فإن المقاولة تعتبر بالنسبة له أيضاً من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، ذلك أنه يلتزم بأن يدفع أجراً للمقاول في مقابل عمله، وبالتالي فإن إبرامه لهذا العقد يعتبر عملاً من أعمال التصرف، والتي يلزم توافر أهلية التصرف فيه، بأن يكون قد بلغ رشده، فإن كان محجوراً لسفه أو غفلة أو كان صغيراً مميزاً كان عقده قابلاً للإبطال موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه⁽³⁾.

غير أن عقد المقاولة قد يكون بالنسبة لرب العمل من أعمال الإدارة كالعقد الذي يبرمه رب العمل مع المقاول لترميم منزله، فهذا العقد يعتبر من أعمال الإدارة، ويكفي فيه أن تتوافر في رب العمل أهلية الإدارة، ومن ثمة يجوز للقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة المأذون له في الإدارة أن يبرم عقد المقاولة في هذه الأعمال بصفته رب عمل.

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 70 .

(2) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص ص 21-22.

(3) قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 53.

أما العقد الذي يكون محله إقامة بناء جديد، فلا يعتبر من أعمال الإدارة، وبالتالي لا يمكن أن يعقده من تقتصر أهليته على سلطة القيام بأعمال الإدارة⁽¹⁾.

2- عيوب الإرادة في عقد المفاوضة.

عيوب الإرادة التي ذكرها المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري هي: الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال⁽²⁾، فإذا شاب إرادة كل من المفاوض ورب العمل عيب من العيوب الثلاثة الأولى، كان العقد موقوفاً على إجازة من تقرر الوقف لمصلحته، فله أن يجيز العقد أو ينقضه خلال خمس (05) سنوات من الوقت الذي يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التدليس أو يرتفع فيه الإكراه - مع ملاحظة أنه لا يجوز التمسك بإبطال عقد المفاوضة لغلط أو تدليس أو إكراه، إذا انقضت عشر (10) سنوات على إبرام العقد - وفقاً للمادة 101 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً.

أما العيب الرابع من عيوب الإرادة وهو الاستغلال، فإنه لا يمنع من نفاذ العقد، ولكنه يجيز للمتعاقد المغبون أن يطالب برفع الغبن عنه إلى الحد المعقول خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد، إعمالاً للمادة 2/90 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾، وليس ما ذكر إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

على أن الغلط في عقد المفاوضة له تطبيقات عملية لا تخلو من الأهمية، سيما الغلط في شخص المفاوض و الغلط في الحساب.

ففيما يتعلق بالغلط في شخص المفاوض، فإن مدى تأثيره على العقد أو عدم لزومه، يتوقف فيه الأمر على ما إذا كانت شخصية المفاوض محل اعتبار في التعاقد أو أنها ليست كذلك⁽⁵⁾.

فإذا كانت شخصية المفاوض محل اعتبار في العقد، لاسيما في مقاولات الإنشاءات المعمارية الكبيرة، حيث يتوخى رب العمل مقاولاً موثقاً به، يعتمد على كفاءته وأمانته،

(1) المرجع نفسه، ص 54.

(2) أنظر المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري.

(3) تنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة سنوات من وقت تمام العقد».

(4) تقضي المادة 2/90 من القانون المدني الجزائري بمايلي: «ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة».

(5) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 24.

ففي مثل هذه الحالة، فإن الغلط في شخص المقاول، يجعل العقد موقوفاً على إجازة رب العمل صاحب المشروع، فله أن يجيز العقد أو يطالب بإبطاله⁽¹⁾.

أما فيما يخص الغلط في الحساب فإنه يعتبر غلطاً مادياً، يستوجب الأمر تصحيحه، دون أن يكون للغلط المذكور من أثر على نفاذ العقد، فيكون عقد المقاوله صحيحاً نافذاً رغم وجود ذلك الغلط في الكتابة أو في الحساب، وذلك تطبيقاً لنص المادة 84 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: «لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط»، فقد ينقل مبلغ معين أو رقم معين في صفحة من صفحات عقد المقاوله إلى صفحة أخرى، كأن يكون ذلك المبلغ مئة ألف دينار (100000 دج)، ثم ينقل باعتباره عشرة آلاف دينار (10000 دج)، حيث يصحح ذلك الغلط ويؤخذ بالمبلغ الصحيح أي مئة ألف دينار، كما قد يحصل أن يقع غلط في حاصل عملية الجمع أو الضرب في المقايضة التي يقدمها المقاول والتي تشتمل على أجزاء العمل المختلفة وأسعار المواد المقدمة، كما لو كان سعر المتر الواحد من البناء خمسين ديناراً (50 دج)، وكان عدد الأمتار من البناء التي يلتزم المقاول بانجازها ثلاثمائة متر (300)، فيكون حاصل الضرب خمسة عشر ألف دينار (15000 دج)، وهو الحاصل الصحيح، بينما يوضع رقم ثلاثة عشر ألف دينار (13000 دج) وهو الحاصل الغلط، مما يستوجب تصحيحه.

الفرع الثاني

المحل في عقد المقاوله

إن المحل في عقد المقاوله، ركن إلى جانب الرضا، وهو ذلك الأداء الذي يجب على المدين القيام به، ويكون في عقد المقاوله مزدوجاً فهو بالنسبة لالتزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته، وهو بالنسبة لالتزامات رب العمل الأجر الذي تعهد بدفعه للمقاول.

أولاً: العمل في عقد المقاوله.

يشترط في العمل ليكون محلاً لعقد المقاوله تطبيق القواعد العامة في شروط المحل وهي أن يكون العمل ممكناً، معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه، أي أن يكون مشروعاً⁽²⁾.

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 72. أنظر أيضاً جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص 378.

(2) معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد السابع (الإيجار-العارية-عقد المقاوله-إلتزام المرافق العامة-عقد العمل-الوكالة)، الطبعة السابعة، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص ص 288-289.

1- فالأصل أنه متى كان محل التزام المدين (المقاول) أساسه القيام بعمل (obligation de faire)، وجب أن يكون هذا العمل ممكنا لأنه لا التزام بمستحيل، وقد نصّت المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: «إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا». وهذا النص يطبق من ضمن ما يطبق على العمل في عقد المقاولة، فيلزم أولا أن يأتي العمل في هذا العقد مما يمكن القيام به، وبالتالي فإذا التزم المقاول بانجاز عمل يستحيل إنجازه، كان العقد باطلا.

ولا يقصد بالاستحالة هنا، الاستحالة النسبية، لأن عقد المقاولة في هذه الحالة ينعقد صحيحا إذا استحال على المقاول نفسه إنجازه لأي سبب، كأن يكون ذلك بسبب نقص الإمكانيات أو الكفاءة لدى المقاول لإنجازه، وإن كان يحق لرب العمل في هذه الحالة مطالبة المقاول بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، إنما العبرة بالاستحالة التي تمنع انعقاد المقاولة، أن تكون مطلقة بحيث لا تقتصر الاستحالة على المقاول نفسه، وإنما يستحيل على أي شخص آخر انجاز العمل⁽¹⁾.

2- أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين، فإذا لم يكن العمل معينا كالاتفاق على إقامة بناء دون تحديد نوعه وأوصافه كان عقد المقاولة باطلا⁽²⁾. ويكون العمل معينا ببيان نوعه و أوصافه، فإذا تم التعاقد على تشييد بناء كان تعيينه عادة بوضع تصميمات له، وهي التي يضعها المهندس المعماري، وبيان نوع المواد المستخدمة وثمان كل نوع منها ومدى إنجاز العمل والجزاءات وغيرها.

كما يكون العمل قابلا للتعيين، متى تضمن العقد ما يساعد على تعيينه، كما لو اتفق الطرفان على بناء مستشفى تحتوي على كذا سرير، وكذا غرفة، مع المرافق اللازمة أو تم الاتفاق على بناء مدرسة تحتوي على عدد معين من الفصول وتسع عددا معينا من الطلبة، مع المرافق اللازمة لمثل هذه المدرسة.

3- كما يجب أخيرا أن يكون العمل محل المقاولة مشروعا، فإذا كان مخالفا للقانون أو النظام العام، كانت المقاولة باطلة، استنادا إلى المادة 93 من القانون المدني الجزائري، سألقة الذكر، فلا يجوز الاتفاق مثلا على تشييد دور للدعارة والقمار⁽³⁾.

(1) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 27.

(2) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 162.

(3) المرجع نفسه، ص 162.

ثانيا: الأجر في عقد المقاولة.

الأجر⁽¹⁾ هو محل التزام رب العمل، و هو العوض الذي يقع على عاتق رب العمل فيلتزم بدفعه للمقاول كمقابل لما قام بإنجازه من عمل، يشترط فيه ما يشترط في أي محل للإلتزام بأن يكون موجودا ومشروعا ومعينا أو قابلا للتعيين.

وعليه لا بد من وجود الأجر في عقد المقاولة، وإلا كان العقد من عقود التبرع، فلا يعتبر مقاوله، ويكون بالتالي عقدا غير مسمى⁽²⁾.

ولكن ينبغي ملاحظة أن العقد لا يعتبر مجانيا من مجرد عدم ذكر أجر المقاول في العقد، ذلك لأنه حتى يعتبر العقد مجانيا، يجب أن تتوافر لدى المقاول نية التبرع، وهذه النية لا تفترض، فالأصل أن الشخص لا يقوم بالعمل مجانا، بل في مقابل أجر، مادام هذا العمل يدخل في مهنته، وما دامت العادة لم تجر بالتبرع بمثل هذا العمل⁽³⁾.

كما يجب أن يكون الأجر مشروعا أو مما يجوز التعامل فيه وفقا لنص المادة 93 مدني جزائري سالفه الذكر، وعليه لا يجوز لرب العمل أن يتعهد بتقديم كمية من المخدرات إلى المقاول كمقابل للعمل الذي ينجزه.

أما فيما يتعلق بتعيين الأجر فإنه لا يتطلب من حيث الأصل أن يكون معينا في العقد، أو على الأقل أن يكون قابلا للتعيين، إذ يكفي فيه ألا يختلف الطرفان بشأن تحديده عند إبرام العقد، فهذا الاختلاف هو الذي يمنع من وجود التراضي عليه، أما إذا غفل الطرفان ولم يتطرقا إلى تحديده فإن ذلك لا يمنع من انعقاد المقاولة، إذ يتكفل القانون بتحديد⁽⁴⁾.

وعلى ذلك فإن الأجر في عقد المقاولة قد يتحدد باتفاق المتعاقدين، وقد يتحدد وفقا للقانون.

1-تحديد الأجر باتفاق المتعاقدين.

للمتعاقدين أن يتفقا على أي أجر يرتضيانه في مقابل العمل محل المقاولة، والأصل أن يكون هذا الأجر مبلغا من النقود يدفعه رب العمل إلى المقاول، ومع ذلك ليس هناك ما يمنع من أن يكون الأجر غير النقود، كأن يكون أسهما أو سندات أو غير ذلك من المال المنقول أو العقار⁽⁵⁾.

(1) يفضل البعض استعمال مصطلح البذل على الأجر، على أساس أن مصطلح البذل يشمل مقابل العمل ومقابل مادة العمل التي يقدمها المقاول في عقد المقاولة، راجع في ذلك عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص29.

(2) فتيحة قره، المرجع السابق، ص101.

(3) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص77.

(4) Jérôme Huet, op.cit, p1184 et S.

(5) عبد الزراق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص57.

ويحدد المتعاقدان الأجر في عقد المقاولة، بحيث يعلم قدره وأوصافه من وقت إبرامه، ويتم ذلك صراحة كما قد يحصل ضمنا، كأن يتبين من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قد نويا اعتماد الأجر المتداول في المهنة، أو الأجر الذي جرى عليه التعامل بينهما، في حالة ما إذا كان المقاول قد سبق وأنجز لرب العمل أعمالا من نفس نوع العمل المتفق عليه⁽¹⁾.

ومهما يكن من الأمر، فإن تحديد الأجر بواسطة المتعاقدين، يتم وفق أسلوبين⁽²⁾:
الأسلوب الأول: وفيه يحدد الأجر إجمالا في مقابل كل الأعمال التي يتعين على المقاول إنجازها، دون تعيين أجر مستقل لكل عمل من الأعمال، كما لو التزم مقاول بتشبيد منزل وفقا لأوصاف معينة في مقابل مليون دينار جزائري، ويطلق على هذا العقد الذي يتحدد فيه الأجر على هذا النحو بالعقد الجراف.

وفي هذا العقد يلتزم رب العمل بدفع الأجر المتفق عليه إلى المقاول دون نقص أو زيادة، وبصرف النظر عن الوقت والجهد الذي بذلها هذا الأخير في القيام بالعمل، دون اعتداد بما يطرأ من حوادث تجعل تنفيذ العقد صعبا أو مرهقا.

وميزة هذا الأسلوب أنه يتيح لرب العمل أن يعرف مقدما، عند إبرام المقاولة، مقدار الأجر الذي يلتزم بسداده للمقاول، ولكن يعيب هذا الأسلوب من التعامل بين رب العمل والمقاول، أن هذا الأخير يسعى جاهدا إلى الاقتصاد في تكاليف الأعمال ليحقق ربحا أكبر، ويكون ذلك عادة على حساب جودة العمل، وقد لا يتمكن المقاول من الاقتصاد في التكاليف، وترتفع الأسعار في أثناء تنفيذ المقاولة أو ترتفع أجور العمال، فيتحمل ذلك لأن أجره قدر إجماليا، مع الأخذ في الاعتبار حالة الظروف الطارئة، عند ذلك تنظر المحكمة في إعادة التوازن الاقتصادي لعقد المقاولة⁽³⁾.

الأسلوب الثاني: وفيه يحدد الأجر بواسطة المتعاقدين على أساس الوحدة ويشمل في الحقيقة هذا الأسلوب في تحديد الأجر صورتين⁽⁴⁾:

فقد يتم إعداد مقايضة مقدما تحتوي على بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها والمواد الواجب استخدامها والأجر الواجب دفعه عن كل عمل وأسعار المواد المستخدمة، فيذكر في المقايضة مثلا أن المطلوب هو كذا متر من المباني، كل متر بسعر كذا.

(1) محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص ص 79-80.

(2) Jérôme Huet, op.cit, pp1189-1190.

(3) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 77.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 57.

وقد يقوم المقاول بجميع الأعمال المطلوبة على أساس فئات الأثمان، فقد جرى العمل في مقاولات المباني على تحديد ثمن لكل نوع من الأعمال اللازمة لإقامة البناء، كسعر المتر الواحد من الحديد أو سعر المتر الواحد من البناء وغيرها، وعندما يتم المقاول هذه الأعمال، تقدر على الطبيعة وتعرف كميات كل منها، ثم يرجع إلى فئات الأثمان المتقدم ذكرها لمعرفة أجر كل عمل ومجموع أجر المقاول.

والظاهر، إن كان تحديد الأجر على أساس المقايضة، يمكن صاحب العمل من معرفة قيمة الأجر قبل إقدام المقاول على تنفيذ العمل محل المقاول، ولو على وجه تقريبي، فإن تقدير الأجر على أساس ثمن القائمة، لا يمكن صاحب العمل من معرفة هذا الأجر، إلا بعد انتهاء المقاول من تنفيذ العمل كاملاً⁽¹⁾.

2- تحديد الأجر بواسطة القانون.

إذا لم يتفق المتعاقدان على الأجر صراحة ولا ضمناً، ولم يتضمن العقد ما يسمح بتحديد هذا الأجر في المستقبل، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد المقاول، حيث يتكفل القانون بتحديد هذه الحالة، فقد قضت المادة 562 من القانون المدني الجزائري بأنه: «إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول».

على أنه تجب الإشارة إلى أن الطرفين اللذين لم يحددا الأجر سلفاً عند إبرام عقد المقاول، فإنه بإمكانهما تحديده بعد ذلك بالاتفاق بينهما، وفي هذه الحالة يلتزم رب العمل بوفاء هذا الأجر كما لو كان قد اتفق عليه وقت التعاقد، أما إذا اختلف المتعاقدان بعد إبرام العقد وإتمام العمل حول الأجر المستحق عنه، فإن لكل منهما أن يلجأ إلى القضاء بطلب تحديد أجر المقاول، والقضاء في تحديده لهذا الأجر يرجع إلى قيمة العمل ونفقات المقاول، وفقاً لنص المادة 562 من القانون المدني الجزائري المذكور أعلاه.

وعلى ذلك يتعين على القاضي في تقديره لأجر المقاول، مراعاة العناصر الآتية⁽²⁾:
- طبيعة العمل من حيث صعوبة تنفيذه والأخطار والمسؤوليات التي يتعرض لها المقاول في القيام به وكذلك مدى الخبرة والمهارة التي يتطلبها.

- الوقت الذي استغرقه تنفيذ العمل.

- مكان العمل ومدى قربيه أو بعده عن العمران والمواصلات.

- أثمان المواد المستخدمة من قبل المقاول في تنفيذ العمل، وكذلك أجور العمال الذين استعان بهم في انجازه.

(1) المرجع نفسه، ص 58.

(2) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 84.

- مؤهلات المقاول وكفاءته وسمعته.

وفيما يتعلق بأجر المهندس المعماري، نصت المادة 563 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال. وتحدد الأجرة وفقا للعقد».

وعليه يحدد أجر المهندس المعماري بناء على الاتفاق مع رب العمل، فيستحق أجرا عن إعداد التصميم والمقايسة وأجرا آخر عن إدارة الأعمال، وليس هناك ما يمنع من أن يحدد الاتفاق أجرا واحدا للعميلين، دون تحديد نصيب كل منهما في الأجر، وذلك في حالة ما إذا عهد إلى المهندس المعماري بالعملين معا⁽¹⁾.

ويلاحظ من خلال المادة 563 من القانون المدني، سالفه الذكر، أن المشرع الجزائري لم يبين الحكم في الحالة التي لا يتطرق فيها رب العمل والمهندس المعماري إلى تحديد مقدار الأجر المستحق لهذا الأخير⁽²⁾.

غير أن المشرع الجزائري تدارك القصور الذي اعترى نص المادة 563 أعلاه، وذلك من خلال المادة 21 من المرسوم التشريعي 07/94 المؤرخ في 18/05/1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري⁽³⁾، حين قضت بأن يحدد قانون الواجبات المهنية القواعد المتعلقة بأتعاب المهندسين المعماريين، والغالب أن تكون أحكام هذا القانون مستمدة من أعراف مهنة الهندسة المعمارية.

ومع ذلك تبقى مسألة تعديل الفقرة الثانية من المادة 563 من القانون المدني الجزائري مطلب مشروع بتضمينها وجوب تقدير أتعاب المهندس المعماري وفقا لقانون الواجبات المهنية لمهنة الهندسة المعمارية، في حالة عدم الاتفاق على هذه الأتعاب عند إبرام العقد.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 177.

(2) بين المشرع المصري بنص المادة 2/1/660 مدني مصري، كيفية تقدير أجر المهندس المعماري عند إغفال الاتفاق عليه، فقضت بما يلي: «يستحق المهندس المعماري أجرا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال. فإذا لم يحدد العقد هذه الأجر، وجب تقديرها وفقا للعرف الجاري».

راجع في ذلك عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع نفسه، ص 174.

(3) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 32، سنة 1994.

المطلب الثاني

صور إبرام عقد المقاولة

قد يبرم عقد المقاولة مباشرة بين المقاول ورب العمل، على أن يقوم المقاول بإنجاز العمل المتفق عليه، بنفسه أو بواسطة عمال يعملون تحت إشرافه وتوجيهه. غير أنه قد يحصل في بعض الحالات، عندما يكون ما التزم به المقاول يقتضي منه إنجاز أعمال متنوعة تحتاج إلى خبرات عديدة وجهود لا يطيق القيام بها لوحده، أن يلجأ إلى الاتفاق مع مقاول آخر، ليقوم هذا الأخير مستقلاً، بعمل معين من الأعمال التي تقتضيها المقاولة أو أن يقوم بكل العمل الذي تعهد المقاول الأول بإنجازه، وهو ما يعرف بالمقاولة من الباطن أو كما يسميها المشرع الجزائري: «المقاولة الفرعية». وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الفرع الأول إلى الصورة التي يبرم فيها عقد المقاولة مباشرة بين رب العمل والمقاول، بينما نعرض في الفرع الثاني، الصورة الثانية لإبرام عقد المقاولة المتمثلة في المقاولة الفرعية.

الفرع الأول

عقد المقاولة مباشرة بين المقاول ورب العمل

يعتبر إبرام عقد المقاولة مباشرة بين المقاول ورب العمل، الصورة الغالبة الوقوع في إبرام عقد المقاولة وتنفيذه، حيث يتم الاتفاق مباشرة بين المقاول المنفذ ورب العمل، على العمل المطلوب من المقاول إنجازه وكذا الأجر المستحق له كمقابل لذلك. ويتم إبرام عقد المقاولة في هذه الحالة بعدة طرق، فقد يتم التعاقد بين المقاول ورب العمل بطريق الممارسة أو عن طريق المسابقة، كما قد يتم ذلك عن طريق طلب تقديم عطاءات أو ما يسمى بالمناقصة. ولتفصيل أكثر، نتناول كل طريقة بالدراسة كما يلي:

أولاً: التعاقد بطريقة الممارسة.

قد تبرم المقاولة بالطريق العادي لإبرام العقد، بأن يطلب رب العمل من مقاول أن يقوم بإنجاز عمل معين لحسابه، فيقبل المقاول ذلك، وقد يكون المقاول هو من بادر بالإيجاب وقبل رب العمل إيجابه، والغالب بالنسبة للمقاولات الهامة أن يسبق إبرام العقد مرحلة يتفاوض فيها الطرفان على شروطه وأوصافه، حتى ما إذا تقابلت إرادتهما، أبرم العقد، ويطلق على هذه الطريقة من طرق إبرام العقود بالتعاقد بالممارسة⁽¹⁾.

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 87.

ولا ترتب المفاوضات التي تتم بين المقاول ورب العمل أي أثر قانوني، من حيث الأصل، فلا يلتزم أي من طرفيها بأن يستمر فيها حتى إبرام العقد، بل يجوز لكل منهما أن يقطعها في أي وقت، وبصرف النظر عن التعاقد مع الطرف الآخر في المفاوضات، دون أن يلتزم بتعويضه⁽¹⁾.

غير أنه قد يحدث خلال التفاوض في مجال مقاولات البناء، أن يقوم المقاول بإعداد مقايضة للبناء المزمع إقامته، تتضمن بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها والأجر الذي يحدد لكل منهما أو الأجر الإجمالي لها.

كما قد يقوم المهندس المعماري بوضع تصميم للبناء، مما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان هذا العمل قد يمس أو يؤثر على حرية رب العمل في قطع المفاوضات، دون أن يلتزم بتعويض المقاول أو المهندس المعماري.

يمكن التأكيد في هذا الصدد على أن قيام المقاول أو المهندس المعماري بالعمل، مبادرة منه ودون طلب من رب العمل، بغية تشجيع هذا الأخير على التعاقد معه، فإن ذلك لا يقيد حرية رب العمل في العدول عن التعاقد دون أن يلتزم بتعويض أي منهما عن الوقت والنفقات التي بذلت منهما في سبيل إعداد المقايضة أو وضع التصميم⁽²⁾.

لكن السؤال يطرح حول حق كل من المقاول والمهندس المعماري في التعويض، متى كان عمل المقايضة أو وضع التصميم قد تم بناء على طلب من رب العمل. ويبدو أن الرأي الغالب يميل إلى التمييز بين مركز مقاول إنجاز المباني والمهندس المعماري.

فبالنسبة لمقاول إنجاز المباني والمنشآت المعمارية، فإنه لا يجوز له أن يطالب بتعويض عن النفقات التي صرفها من أجل إعداد المقايضة، في حالة رفضها من قبل رب العمل، ولو كان هذا الأخير هو من طلب منه إعدادها، وهذا على أساس أن المقاول يعتبر تاجرا وأنه يدخل في حساب نفقاته العامة، مصروفات المقايسات التي يقدمها ولا تنتهي إلى تعاقد، وهذه النفقات العامة يراعيها في التعاقد مع من يتعاقد معه من عملائه⁽³⁾.

على أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن اقتران قطع المفاوضات بخطأ من رب العمل أو تعسفا منه، يجعله مسؤولا تقصيريا عن تعويض المقاول عن الضرر الذي أصابه، وذلك بقدر النفقات التي صرفها، كما أن رفض رب العمل التعاقد مع المقاول

(1) فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 84.

(2) المرجع نفسه، ص 84.

(3) محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص 89.

مع لجوئه إلى استعمال المقايضة التي قدمها المقاول، يعطي الحق لهذا الأخير أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب⁽¹⁾.

أما إذا عهد رب العمل إلى مهندس معماري بوضع تصميم لبناء أو منشأة معمارية معينة، فإنه وإن لم يكن ملزماً بإبرام عقد المقاوله الذي يقوم على هذا التصميم، فإنه ملزم بأن يدفع للمهندس المعماري أجراً على التصميم الذي وضعه، ومرجع ذلك أن التصميم هو في حد ذاته عمل فني ذو قيمة، وأن اتفاق رب العمل مع المهندس المعماري على وضع التصميم هو في حد ذاته عقد مقاوله يرد على التصميم⁽²⁾.

وقد سبق أن رأينا أن المادة 563 من القانون المدني الجزائري، تقضي بأن يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايضة وآخر عن إدارة الأعمال.

وعليه يفهم من مضمون هذه المادة أن المهندس المعماري يستحق الأجر عن وضع التصميم أو عمل المقايضة بغض النظر عن إبرام عقد المقاوله من عدمه.

ثانياً: التعاقد بطريقة المسابقة.

وفيها يدعو رب العمل عن طريق الإعلان، كل من يريد الدخول في المسابقة لوضع تصميم للعمل المطلوب، بحيث يعين هذا العمل تعييناً كافياً، مع تضمين هذا الإعلان الشروط التي يتعين على المقاول التقيد بها عند تنفيذه لعقد المقاوله، على أن توكل مهمة فحص التصميمات المقدمة، إلى لجنة خاصة ليتم اختيار أفضلها، مع تحديد جائزة للمتسابقين، وقد تكون الجائزة هي التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذه، بالشروط التي سبق ذكرها في الإعلان وقد يتحفظ رب العمل على التزامه بإبرام عقد المقاوله مع الفائز من المتسابقين، غير أنه يعين في هذه الحالة جائزة للفائز في المسابقة لمكافأته على ما بذله من جهد في وضع التصميم، أما إذا لم يتحفظ رب العمل على التزامه بالتعاقد مع الفائز فإنه يكون ملزماً بالتعاقد معه⁽³⁾.

ويعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد، أي إيجاب معلق على شرط فوز المتسابق فيها، فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً، وتعين أن يتصل به قبول من جانب رب العمل إلا إذا وجدت أسباب مشروعه تمنعه من التعاقد، فحينئذ يعرض الفائز تعويضاً عادلاً عن جهده ووقته، إذا لم يكن قد نال جائزة طبقاً لشروط المسابقة⁽⁴⁾.

(1) المرجع نفسه، ص 89.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 38.

(3) فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 85.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 39.

أما إذا لم تكن هناك أسباب معقولة لعدم التعاقد، فإنه يجب أن يعرض الفائز تعويضا كاملا عما أصابه من ضرر بسبب ذلك، ويجوز أن يكون التعويض عينيا، فيعتبر القاضي أن عقد المقاولة قد تم⁽¹⁾، وعلى ذلك إذا لم يقيم رب العمل بتنفيذ التزاماته، سرت أحكام المادة 566 من القانون المدني الجزائري، الآتي تفصيلها، فيعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

ثالثا: طلب تقديم عطاءات.

قد يلجأ رب العمل الذي يريد إنجاز عمل كبير القيمة بواسطة الغير، إلى طلب تقديم عطاءات (soumission) إليه أو ما يسمى بالمناقصة، تحدد الأجر الذي يطلبه الغير في مقابل إنجاز هذا العمل ويتم في العادة تقديم هذه العطاءات إما في مناقصة علنية، ترسو على من يقدم علنا أقل عطاء، مع تقديم الضمانات الكافية أو في مظاريف مغلقة ومختومة.

ففيما يتعلق بالمناقصة العلنية، يتقدم كل مقاول بعطاء معين لترسو المناقصة على من يقدم علنا أقل عطاء، وهو ما يعتبر إيجابا، بينما يعتبر إرساء المناقصة على من قدم أقل عطاء قبولا، فيتم حينئذ عقد المقاولة برسو المناقصة، قياسا على ما ورد بنص المادة 69 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، أما بالنسبة للمظاريف المختومة، فإنه يتم فتحها في اليوم المحدد، على أن يكون رسو المناقصة أيضا على من تقدم بأقل عطاء من المتسابقين، طالما قدم التأمينات الكافية طبقا لدفتر الشروط⁽³⁾.

وقد يحتفظ رب العمل (المعلن عن المناقصة) لنفسه صراحة في رفض أي عطاء ولو كان هو الأقل قيمة من بين العطاءات المقدمة، دون أن يكون ملزما بتبرير رفضه، مما يجعله في هذه الحالة، غير ملزم بأن يتعاقد مع مقدم العطاء الأقل قيمة، أما إذا لم يحتفظ رب العمل بهذا الحق، فإن الرأي الغالب في الفقه يذهب إلى القول بأن رب العمل يكون ملزما بالتعاقد مع مقدم العطاء الأقل قيمة، وذلك رغم أن عمل المناقصة لا يعتبر إيجابا بالتعاقد من جانب رب العمل، إذ لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد عن

(1) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 61.

(2) تنص المادة 69 من القانون المدني الجزائري على أنه: «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسم المزداد، ويسقط المزداد بمزاد أعلى ولو كان باطلا».

(3) فتية قررة، المرجع السابق، ص 86. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهاوي، المرجع السابق، ص 40.

طريق التقدم بعتاء، والتقدم بعتاء هو الذي يعتبر إيجاباً، أما القبول فلا يتم إلا بقبول العطاء الأقل قيمة⁽¹⁾.

ويلتزم رب العمل الذي أعلن عن المناقصة بهذا القبول على أساس أنه هو الذي دعا المقاول إلى التقدم بعتائه، فلا يجوز له أن يرفض التعاقد معه، إلا إذا استند في ذلك إلى أسباب مشروعة، فإذا تعسف رب العمل في رفضه، فإنه يلتزم بتعويض المقاول الذي قدم العطاء الأقل قيمة، عما أنفقه من المصروفات وما كان يستطيع كسبه لو أنه قام بإنجاز العمل⁽²⁾.

الفرع الثاني

عقد المقاولة من الباطن

« المقاولة الفرعية »

تكتسي المقاولة الفرعية أهمية خاصة، فهي تعتبر إحدى وسائل التعاون بين المشروعات، لاسيما في مجال المنشآت المعمارية، وبالتالي يمكن النظر إليها على أنها وسيلة من وسائل التنمية الاقتصادية.

فالذي يحصل عادة أن يلجأ المقاول الأصلي المتعاقد مع رب العمل، إلى الاتفاق مع مقاول آخر يدعى المقاول الفرعي، للقيام إما بكل العمل الذي التزم بإنجازه أو بجزء منه، ويحدث ذلك على وجه الخصوص، إذ كانت هناك جوانب فنية في العمل محل التعاقد، تحتاج إلى خبرات عديدة وجهود كبيرة، لا يطيق المقاول الأصلي القيام بها لوحده.

وبهذا المنظور، قد تلبس المقاولة الفرعية ببعض الحالات المشابهة لها في تنفيذ العقد عن طريق الغير.

كما ينشأ عن المقاولة الفرعية، مركز قانوني خاص للمقاول الفرعي في علاقته بأطراف العقد الأصلي .

ومن أجل تفصيل أكثر، نتطرق في هذا الفرع إلى ثلاث مسائل أساسية:

المسألة الأولى: تتعلق بتعريف المقاولة الفرعية، وذلك بالتطرق إلى مختلف الجوانب القانونية التي يقتضيها هذا التعريف.

المسألة الثانية: تمييز المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة لها في تنفيذ المقاولة الأصلية.

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 93.

(2) قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 62.

المسألة الثالثة: تحديد المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته بأطراف العقد الأصلي.

أولاً: تعريف المقاول الفرعية .

تنص المادة 564 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية».

فالمقاول الفرعية تفترض وجود عقدين متتابعين، لهما طبيعة قانونية واحدة، هي المقاول⁽¹⁾، يربط العقد الأول رب العمل مع المقاول الأصلي، بينما يربط العقد الثاني المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي أو المقاول من الباطن.

وبناء على ذلك عرفت المقاول الفرعية على أنها عقد يعهد من خلاله أحد المقاولين إلى مقاول آخر، وتحت مسؤوليته، تنفيذ جزء أو كل عقد المقاول المبرم مع رب العمل صاحب المشروع⁽²⁾.

وتفترض المقاول الفرعية وجود عقود متعاقبة تشكل فيما بينها ترابطاً عقدياً chaîne des contrats ، وإذا كان الغالب أن يكون هذا التعاقب من درجة واحدة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من تعاقب عقود المقاول الفرعية، فقد يلجأ المقاول الفرعي بدوره إلى مقاول آخر لتنفيذ التزاماته، أو جزء منها، فليس هناك قانوناً، ما يمنع من هذا التعاقب أو يحد من تسلسله، غير أننا نكون في جميع المراحل بصدد عقود تتدرج في إطار المقاول⁽³⁾.

ولا يتعارض وجود المقاول الفرعية مع مباشرة المقاول الأصلي نوعاً من الرقابة على المقاول الفرعي، طالما أنها لا تصل إلى درجة توجيه أوامر ملزمة إلى المقاول الفرعي، لا تترك له استقلالاً في تنفيذ العمل المتفق عليه⁽⁴⁾.

وإذا كان يجوز للمقاول أن يقول من الباطن من حيث الأصل فإنه يمنع عليه ذلك في حالتين، أشارت إليهما الفقرة الأولى من المادة 564 من القانون المدني المذكورة أعلاه الحالة الأولى: اتفاق رب العمل مع المقاول على عدم جواز قيام هذا الأخير بأن يعهد بالعمل المكلف به إلى مقاول آخر، وهذا ما يسمى بالشرط المانع الصريح.

(1)Alain Benabent, Louage d'ouvrage et d'industrie, sous traitance, fascicule H-2-8-1990, p16.

(2)Jean-Bernard Auby et Hugues Perinet-Marquet, Droit de l'urbanisme et de la construction, 4^{ème} édition, Montchrestien, 1995, p484.

(3) أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص31.

(4) المرجع نفسه، ص31.

وإذا كان نص المادة 1/564 من القانون المدني الجزائري، قد أشار إلى الحالة التي يكون فيها الشرط المانع واردا في عقد المقاولة، إلا أنه قد يقع المانع بعد إبرام العقد، وذلك باتفاق لاحق بين الطرفين⁽¹⁾.

الحالة الثانية: إذا كانت طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به المقاول بنفسه، بأن يتضح من طبيعة العمل الذي عهد به إلى المقاول، إنما يرجع إلى كفاءته وسمعته، الأمر الذي يستلزم قيام المقاول نفسه بإنجازه، ولا يجوز له بالتالي أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر، ويشكل هذا في حقيقة الأمر شرطا مانعا ضمنيا، يمنع المقاول من التنازل عن الباطن⁽²⁾. ومتى وجد الشرط المانع، فإنه يجوز لرب العمل أن يتنازل عنه صراحة أو ضمنيا، حيث يمكن بعدها للمقاول أن يقاول من الباطن، غير أنه إذا تنازل رب العمل عن الشرط المانع، لم يجز له الرجوع فيه بعد ذلك، سواء حصل التنازل قبل مخالفة المقاول للشرط المانع أو بعد مخالفته له⁽³⁾.

هذا وتتنوع الأسباب التي تدفع المقاول الأصلي باللجوء إلى المقاولة الفرعية لتنفيذ جانب من الأعمال محل المقاولة، التي يلتزم بها في مواجهة رب العمل مالك المشروع. فقد يكون مبعث اللجوء إلى المقاولة الفرعية هو رغبة المقاول الأصلي في تحقيق ربح مالي، وذلك بأن ينفذ الأعمال محل التعاقد بتكلفة أقل مما هو متفق عليه مع رب العمل مالك المشروع.

وقد يكون الدافع إلى اللجوء إلى المقاولة الفرعية، هو كون الأعمال محل عقد المقاولة تتطلب درجة عالية من الخبرة والتخصص الفني، لا تتوفر إلا لدى المقاول الفرعي، وقد يحصل أن يتعدد المقاولون الفرعيون، إلى درجة يقتصر فيها دور المقاول الأصلي على مجرد التنسيق بين المقاولين الفرعيين المشاركين في التنفيذ.

كما قد يكون اللجوء إلى المقاولة الفرعية كوسيلة للتنفيذ، رغبة المقاول الأصلي في تقليل مخاطر المشروع، خاصة إذا كان هذا الأخير ذو تكلفة مرتفعة وتحيطه مخاطر عديدة، فيفضل المقاول الأصلي أن يشرك معه مقاولين آخرين في التنفيذ.

غير أن هذا الجانب الإيجابي للمقاولة الفرعية ينبغي ألا يجعلنا نصرف النظر عما تحمله من مساوئ، تظهر في استغلال المقاول الأصلي لهيئته الاقتصادية والفنية على حساب المقاول الفرعي، مما قد يجعل عقود المقاولة الفرعية تبدو من هذا المنظور وكأنها إحدى وسائل السخرة.

(1) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 93.

(2) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 236. أنظر أيضا معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 337.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 196. أنظر أيضا فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 237.

كما أن هناك العديد من المخاطر التي تهدد المقاول الفرعي، وتحول دون الحصول على مستحقاته من المقاول الأصلي، وخاصة عند إفلاس هذا الأخير أو إعساره، وهنا نشير إلى أن المشرع الفرنسي لجأ إلى وضع تنظيم تشريعي لعقد المقاولة الفرعية من خلال القانون رقم 1334/75 الصادر في 1975/12/31، ضمانا لحقوق المقاول الفرعي واستفائه لمستحقاته، عند إفلاس المقاول الأصلي أو رب العمل، كما يضمن هذا التنظيم رقابة رب العمل على المقاولين الفرعيين، من حيث تأهيلهم وتخصصهم المهني وكذلك إمكانياتهم الفنية والمادية، على تنفيذ المشروع محل عقد المقاولة⁽¹⁾.

ثانيا: تمييز المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة لها.

انطلاقا من مضمون عقد المقاولة الفرعية، فإنها قد تلتبس ببعض الحالات المشابهة في تنفيذ المقاولة عن طريق الغير أهمها حالتي، التنازل عن العقد وكذلك تنفيذ العمل عن طريق مجموعة من المقاولين، فكيف نميز المقاولة الفرعية عن هاتين الحالتين.

1- تمييز المقاولة الفرعية عن التنازل عن العقد.

رأينا أن نص المادة 564 من القانون المدني الجزائري، يجيز صراحة أن تشمل المقاولة الفرعية، كل الأعمال المتفق عليها في العقد الأصلي، فلا يشترط أن تكون المقاولة الفرعية جزئية.

وعلى ذلك، فإن إجازة التقاول من الباطن على تنفيذ العقد الأصلي بأكمله، يدعو إلى التساؤل فيما إذا كنا بصدد مقولة فرعية (مقولة من الباطن)، أم أن المقاول الأصلي قد تجاوز حدودها وتنازل عن العقد بما فيه من حقوق والتزامات، إلى متعاقد جديد، يعتبر من الغير بالنسبة إلى رب العمل.

فالتنازل عن العقد يعني نقل مركز أحد المتعاقدين في العقد مع ما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى المتنازل له، أو حلول المتنازل له محل المتنازل في الرابطة العقدية التي تربطه بالمتنازل لديه (رب العمل)، بكل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية⁽²⁾، وبالتالي فإن التنازل عن العقد يتضمن في حقيقة الأمر، حوالة حق وحوالة دين إلى المتنازل له، وإذا كان يكفي في حوالة الحق، إخطار المدين بذلك، فإن حوالة الدين تقتضي موافقة الدائن (رب العمل)⁽³⁾.

(1) أحمد عبد العال أو قرين، المرجع السابق، ص38.

(2) المرجع نفسه، ص56-57.

(3) مصطفى عبد السيد الجارجي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص26 وما بعدها.

وعليه فإنه يمكن اعتبار موافقة رب العمل على التنازل، أنه انضمام إلى اتفاق موجود وصحيح ونافذ بين طرفيه (المقاول المتنازل والمتنازل إليه)⁽¹⁾.

والتنازل عن المقاول، يعني اتجاه إرادة المقاول المتنازل، لأن يترك المسرح العقدي بسبب أنه فقد كل منفعة شخصية في تنفيذ العقد، أو لم تعد لديه وسائل لتنفيذه، وبالتالي فعند تنازل المقاول عن العقد، فإنه يصبح من الغير، ولا يسأل عما ورد في العقد من التزامات⁽²⁾.

والتنازل عن المقاول -خلافًا للمقاول الفرعية- غير جائز كأصل عام، ما لم يوافق عليه رب العمل مالك المشروع، صراحة أو ضمناً، وإذا لم يتضمن العقد بنداً يسمح به، فإنه يفترض أن رب العمل يرفض التنازل عن العقد⁽³⁾، وهو ما يبرز أوجه الاختلاف بين المقاول الفرعية والتنازل عن العقد، إذ أن المقاول الفرعية، طريقة لتنفيذ العقد، فالمقاول الأصلي لا ينقل التزامه، بل ينفذه عن طريق المقاول الفرعي، كما أن المقاول الفرعية تفترض بقاء العقد الأصلي وتكفل تنفيذه بين طرفيه⁽⁴⁾.

كما تعتبر المقاول الفرعية عقداً مستقلاً يقوم بالتوازي مع العقد الأصلي، وتختلف شروطها عما ورد فيه من وجوه كثيرة، فقد تكون الأجرة في المقاول الفرعية أقل أو أعلى من الأجرة في المقاول الأصلية، وقد لا يوجد الشرط المانع في المقاول الأصلية، ويوجد هذا الشرط في المقاول الفرعية، وقد يضع المقاول الأصلي شرطاً جزائياً في المقاول الفرعية، ولا يوجد هذا الشرط في المقاول الأصلية، وذلك خلافًا للتنازل عن العقد، إذ نكون بصدد عقد واحد تغير أحد طرفيه وهو المقاول الأصلي، بينما تظل شروطه دون تغيير⁽⁵⁾.

2- تمييز المقاول الفرعية عن المقاول المشتركة.

يوجد إلى جانب المقاول الفرعية أو المقاول من الباطن ما يسمى بالمقاول المشتركة (cotraitance)، حيث يلتزم في هذه الحالة مجموعة من المقاولين من تخصصات مهنية مختلفة، بأن ينفذوا سوية، وتحت صفة متساوية نفس العمل،

(1) نبيل سعد، التنازل عن العقد، دار المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع، ص75 وما بعدها.

(2) Laurent Aynes, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, édition Economica, 1984, p106.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص193.

(4) Laurent Aynes, op.cit, p106.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص198.

وبمقتضى عقد واحد مع رب العمل، ويعتبر كل مقاول من المقاولين المشاركين في التنفيذ مقاولا أصليا في علاقته مع رب العمل⁽¹⁾.

ويشكل المتعاقدون في هذه الحالة تجمعا للمصالح الاقتصادية، كما يمكن اعتبارهم من قبيل شركات الواقع التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ونظرا لتعدد المقاولين الملزمين في هذا العقد، فإنهم يعينون واحدا من بينهم لتمثيلهم في علاقتهم برب العمل، يدعى المقاول الرئيسي⁽²⁾.

ويغني تجمع المقاولين، عن اللجوء إلى مقاولين من الباطن أو مقاولين فرعيين، لأن المقاولين في هذا التجمع، يمثلون مختلف التخصصات المهنية اللازمة لإنجاز الأعمال محل التعاقد، على أنه يبقى فارق جوهري بين المقولة المشتركة والمقولة الفرعية، ففي الصورة الأخيرة، لا توجد علاقة عقدية مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي، كما أن هذا الأخير لا يخضع لأحكام الضمان العشري، خلافا لتجمع المقاولين (المقولة المشتركة) الذي يعتبر مقاولا أصليا ويخضع لأحكام الضمان العشري⁽³⁾، وفقا للمادة 554 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا: تحديد المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته مع أطراف العقد الأصلي.

يستتبع وجود المقولة الفرعية قيام علاقات ثلاثية، تبدأ بالعلاقة بين المقاول الأصلي ورب العمل، ثم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، وأخيرا العلاقة بين رب العمل والمقاول الفرعي، وتخرج العلاقة الأولى بين المقاول الأصلي ورب العمل عن نطاق البحث في هذا الصدد، لتعلقها بعقد المقولة الأصلي والتزامات الطرفين (المقاول ورب العمل)، في مواجهة بعضهما البعض، والتي سيأتي بيانها بالتفصيل لاحقا، وعليه نقتصر على دراسة علاقة المقاول الفرعي برب العمل ثم علاقته بالمقاول الأصلي.

1- المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته برب العمل.

الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي، إذ لا يربطهما أي عقد، وبالتالي يعتبر كل منهما غيرا في مواجهة الآخر⁽⁴⁾.

(1) Amor Zahi, Le droit de la responsabilité en matière de construction, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit de Ben Aknoun, université d'Alger, volume 25, édition l'office national des travaux éducatifs, Alger, 1987, p593.

(2) Louiza Igoudjil, op.cit, p 57.

(3) أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص ص 47-48.

(4) Amor Zahi, op.cit, p596.

ولكن على الرغم من ذلك تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول الفرعي، علاقة غير مباشرة يتوسطها المقاول الأصلي، فلا يستطيع كل منهما مطالبة الآخر مباشرة بتنفيذ التزاماته، وإنما يستطيع كل منهما الرجوع على الآخر بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه، المقاول الأصلي⁽¹⁾.

على أن المشرع الجزائري أورد استثناء فيما يتعلق بأجر المقاول الفرعي المستحق له، والمترتب في ذمة المقاول الأصلي، حيث منح المشرع الجزائري للمقاول الفرعي الحق في الرجوع مباشرة على رب العمل، وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل عند التطرق إلى التزام رب العمل بدفع الأجر.

2- المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته بالمقاول الأصلي.

تكون العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، علاقة رب عمل بمقاول، مصدرها عقد المفاوضة الفرعية، وتخضع لما ورد فيه من أحكام، فيكون المقاول الأصلي بالنسبة إلى المقاول الفرعي، رب عمل، عليه جميع التزامات رب العمل، ويكون المقاول الفرعي بالنسبة إلى المقاول الأصلي، مقاولا، تترتب عليه جميع التزامات المقاول⁽²⁾.

ويكون المقاول الأصلي مسؤولا في مواجهة رب العمل عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول الفرعي في التنفيذ⁽³⁾، وهذا ما قرره المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 564 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: «ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل».

وفي الحقيقة فإن تقرير مسؤولية المقاول الأصلي عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول الفرعي في مواجهة رب العمل، يعتبر أحد تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير⁽⁴⁾، فالمستقر عليه فقها أن المسؤولية العقدية عن الغير، تتحقق إذا استخدم المدين (المقاول) أشخاصا غيره في تنفيذ التزامه العقدي، فيكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن خطأهم الذي أضر بالدائن (رب العمل) في الالتزام العقدي، فالمسؤولية العقدية عن الغير تقوم حيث يوجد عقد صحيح بين المسؤول والمضروب وحيث يكون الغير مكلفا بتنفيذ هذا العقد⁽⁵⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 207-208.

(2) جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص 431.

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 114.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 546.

(5) المرجع نفسه، ص 544.

وإذا كان المقاول الأصلي يسأل عن أخطاء المقاول الفرعي في مواجهة رب العمل، فهو يستطيع الرجوع فيما بعد على المقاول الفرعي بدعوى المسؤولية العقدية، غير أنه لا يمكن للمقاول الأصلي أن يرجع دائماً بكل ما دفعه من تعويض لرب العمل، فقد يستخلص القضاء خطأ شخصياً في جانب المقاول الأصلي، كأن ينسب إلى هذا الأخير خطأ شخصياً في الرقابة أو التنسيق أو المساعدة، مما يستوجب تحميله جزء من التعويض المقضي به لرب العمل⁽¹⁾.

(1) أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 89-90.

خلاصة الفصل الأول:

نخلص من خلال الفصل الأول الذي تطرقنا فيه لمفهوم عقد المقاولة وكيفية انعقاده، إلى أن عقد المقاولة هو عقد يتعهد فيه شخص بأن يقوم بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإدارته وإشرافه، وبذلك فإن عقد المقاولة يتميز بمجموعة من الخصائص، فعقد المقاولة عقد رضائي، وهو من عقود المعاوضات، كما أنه عقد ملزم للجانبين، فضلا على أنه ينشئ التزاما شخصيا على عاتق المَقاول بإنجاز العمل محل المقاولة مستقلا ودون تبعية لرب العمل.

وقد كان لهذه الخصائص، سيما قيام المَقاول بالعمل مستقلا عن رب العمل وكون العمل يتم في مقابل أجر، أثر كبير في تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود. كما أن عقد المقاولة قد يكون عقدا مدنيا أو تجاريا، إذ أنه يستمد الصفتين من طرفيه، المَقاول ورب العمل.

على أن عقد المقاولة وإن تميز عن غيره من العقود، إلا أنه يظل خاضعا لأحكام النظرية العامة للعقد، سيما فيما يتعلق بالشروط والأركان التي يقوم عليها. وفي هذا الصدد، فإن عقد المقاولة قد يعقد مباشرة بين رب العمل والمَقاول، ليقوم هذا الأخير بتنفيذ المقاولة بنفسه، إلا أنه قد يحدث أن يعهد هذا المَقاول بإنجاز العمل الذي كلف به، إلى مَقاول آخر لإنجازه، وهو ما يعرف بالمقاولة الفرعية، وفي هذه الحالة يظل المَقاول الأصلي مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها المَقاول الفرعي في التنفيذ، نحو رب العمل.

الفصل الثاني

آثار عقد المقاولة وأسباب انتهائه

بمجرد قيام عقد المقاولة على النحو الذي سبق بيانه، تبدأ آثاره في السريان بالنسبة إلى طرفيه (المقاول و رب العمل)، إذ يتعين على كل منهما تنفيذ التزاماته وفقا لما اتفق عليه، فما هي أهم الالتزامات المترتبة عن عقد المقاولة، وهل أن جميع هذه الالتزامات ناتجة عن إرادة المتعاقدين أم أن منها ما يرجع إلى تدخل المشرع الجزائي؟ وأخيرا فإن مصير عقد المقاولة هو الانتهاء، على غرار غيره من العقود الأخرى، فما هي الأسباب المؤدية لانتهائه، وهل تقتصر على ما هو مقرر في القواعد العامة، أم أن لعقد المقاولة أسباب أخرى خاصة به تؤدي إلى انتهائه؟

بناء على ما سبق، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: آثار عقد المقاولة.

المبحث الثاني: أسباب انتهاء عقد المقاولة.

المبحث الأول

آثار عقد المقاولة

عقد المقاولة من العقود الملزمة للجانبين، لذا فإنه يترتب التزامات في ذمة المقاول والتزامات أخرى في ذمة رب العمل. وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم المقاول والمهندس المعماري، بضمان المنشآت المعمارية التي يقومان بتشييدها، حيث خص هذا الالتزام بأحكام استثنائية، جعلته يتميز عن غيره من الالتزامات العقدية المترتبة عن عقد المقاولة. وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث معرفة الالتزامات العقدية التي يترتبها عقد المقاولة على عاتق طرفيه في مطلب أول، على أن نتطرق في المطلب الثاني إلى بحث الالتزام الذي فرضه المشرع الجزائري على عاتق كل من المقاول والمهندس المعماري بضمان المباني والمنشآت المعمارية التي يشيدانها.

المطلب الأول

الالتزامات العقدية العامة المترتبة عن عقد المقاولة

يرتب عقد المقاولة التزامات متقابلة على عاتق كل من المقاول ورب العمل، يتعين عليهما تنفيذها وبحسن نية، فإذا أخل أحدهما بالتزاماته، تعرض للجزاء المناسب للإخلال الصادر منه.

ولتفصيل أكثر نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتطرق في الأول إلى التزامات المقاول وفي الثاني إلى التزامات رب العمل، في حين نخصص الفرع الثالث لبيان جزاء الإخلال بالالتزامات العقدية المترتبة عن عقد المقاولة.

الفرع الأول

التزامات المقاول

يلتزم المقاول أساساً⁽¹⁾ بإنجاز العمل المتفق عليه، فإذا أنجزه، التزم بتسليمه إلى رب العمل وأخيراً يلتزم المقاول بضمان العمل الذي أنجزه. على أنه ينبغي التنويه إلى أن التزامات المقاول لا تقتصر على ما تقدم، بل قد يلتزم بالتزامات أخرى ينص عليها صراحة في عقد المقاولة، ولا يمكن حصر هذه الالتزامات

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 60. أنظر أيضاً محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 105.

على اعتبار أن مبدأ سلطان الإرادة يجيز للمتعاقدين إنشاء ما يريدان من التزامات، ولا يحد إرادتهما في ذلك سوى عدم مخالفة الالتزامات التي يتفقان عليها للنظام العام.

أولاً: الالتزام بإنجاز العمل المتفق عليه.

إن الالتزام الرئيسي الذي يترتب في ذمة المقاول، هو الالتزام بإنجاز العمل محل المقابلة، ومن أجل أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام، يجب عليه أن ينجز العمل حسب الطريقة المتفق عليها، على أن يبذل في إنجازه العناية اللازمة، سواء قدم مادة العمل من عنده، أو قدمها له رب العمل، كما يتعين عليه أيضاً أن ينجز هذا العمل في المدة المتفق عليها. وعليه فإن التزام المقاول بإنجاز العمل، يتضمن في حقيقة الأمر، مجموعة من الواجبات:

1- طريقة إنجاز العمل.

يجب على المقاول أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقابلة، وطبقاً للشروط الواردة في هذا العقد، وبخاصة طبقاً لدفتر الشروط في مقاولات البناء، إذا وجد هذا الدفتر⁽¹⁾، إذ يتعين على المقاول في هذا الصدد، مراعاة النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في ميدان إنجاز المباني، تحت طائلة التعرض للعقوبات السارية في مجال التعمير والبناء، وبخاصة العقوبات التي تضمنها القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها⁽²⁾. وعموماً، فإنه إذا لم تكن هناك شروطاً متفق عليها، وجب إتباع العرف، خاصة فيما يتعلق بضرورة إعمال أصول الفن الخاصة بالعمل محل المقابلة، إذ أنه لكل عمل أصول وتقاليد يجب على المقاول أن يلتزم بها في تنفيذه للعمل المعهود به إليه⁽³⁾.

(1) Philippe Malinvaud et Philippe Jestaz, Le droit de la promotion immobilière, 5^{ème} édition, Dalloz, 1990, p63.

(2) تنص المادة 76 من هذا القانون على أن: «تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادتين 74 و 75 أعلاه على المقاول الذي أنجز الأشغال والمهندس المعماري والمهندس والطوبغرافي أو كل صاحب دراسة أعطى أوامر تسببت في المخالفة».

وقد نصت المادة 74 من نفس القانون على أن: «يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (02) وبغرامة من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) كل من ينشئ تجزئة أو مجموعة سكنية دون رخصة تجزئة».

وفي حالة العود تضاعف العقوبة» .

أما المادة 75 فقد نصت على أن: «يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) كل من يشيد بناية داخل تجزئة لم يتحصل لها على رخصة تجزئة».

وفي حالة العود تضاعف العقوبة».

(3) إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل، عقد المقابلة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 31 . أنظر أيضاً جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص 386.

وإذا احتاج المقاول إلى آلات وأدوات، لإنجاز العمل محل المقاوله طبقا للشروط المتفق عليها، وجب عليه أن يأتي بها ويكون ذلك على نفقته، بصرف النظر عن ورد المادة اللازمة لإنجاز العمل، فالآلات والأدوات اللازمة لإنجاز العمل تكون على عاتق المقاول، دون حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، وهذا تطبيقا لنص المادة 2/552 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: «وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية ويكون ذلك على نفقته، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك» .

على أن المسألة قد تدق حين يحتاج المقاول في إنجاز عمله للعمل محل المقاوله إلى أيدي عاملة أو أشخاص يعاونونه ويعملون تحت إشرافه، إذ لم يتضمن نص المادة أعلاه ما يفيد تحميل المقاول نفقات ما يحتاجه من أيدي عاملة.

لكن رغم ذلك، يمكن القول بأنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق نفس الحكم على هذه الحالة لعدم وجود مانع قانوني، وإن كان من الأفضل تعديل نص المادة 2/552 من القانون المدني الجزائري بما يفيد صراحة تحميل المقاول نفقات ما قد يحتاجه في إنجاز عمله من آلات وأدوات، وأيدي عاملة تعمل تحت إشرافه.

2- العناية اللازمة في إنجاز العمل.

إن الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقاوله، إما أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو أن يكون التزاما ببذل عناية، فإذا كان التزاما بتحقيق نتيجة كتشييد بناء أو ترميمه أو هدمه، فإن المقاول لا يبرأ من التزامه، إلا إذا تحققت النتيجة وأنجز العمل المطلوب، ما لم يثبت السبب الأجنبي الذي حال دون إنجاز العمل، كالقوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير، بحيث أن انتفاء مسؤوليته في هذه الحالة يرجع إلى نفي علاقة السببية وليس إلى نفي الخطأ، أما إذا كان التزام المقاول التزاما ببذل عناية، فإنه يتعين عليه في هذه الحالة أن يبذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل المعهود به إليه، فيجب مثلا على المهندس الذي يدير عملا أو يشرف على تنفيذ تصميم، أن يبذل عناية من في مستواه من المهندسين في إدارة العمل أو في الإشراف على التنفيذ، وليس عليه أن يحقق الغرض المقصود⁽¹⁾.

هذا ونشير إلى أن تنفيذ العمل محل المقاوله، يحتاج إلى مادة يستعان بها في إنجازها، وهذه المادة إما أن يقدمها المقاول أو أن يقدمها رب العمل، وبالتالي يقتصر دور المقاول على تقديم عمله فقط، وقد نصت في هذا الشأن المادة 550 من القانون المدني

(1) فتية قره، المرجع السابق، ص 109.

الجزائري على أنه: «يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا».

وعليه، فإن دراسة مدى العناية المطلوبة في إنجاز العمل، تقتضي أيضا دراسة مدى العناية التي يجب على المقاول أن يتعامل بها مع مادة العمل، لذلك يجب أن نميز بين الحالتين السابقتين:

الحالة الأولى: إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها.

يقضي نص المادة 551 من القانون المدني الجزائري بما يلي: «إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولا عن جودتها، وعليه ضمانتها لرب العمل». وعليه يتضح من النص المذكور، أن المشرع الجزائري قد جعل المقاول ضامنا للمادة المستخدمة في إنجاز العمل، متى التزم بتقديمها، وهنا يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن المقاول يكون ضامنا لهذه المادة، ضمان البائع للعيوب الخفية، على اعتبار أن المقاول الذي يقدم مادة العمل يعتبر بائعا لها، وإن كان البيع هنا معلق على شرط واقف هو تمام صنع المادة، واكتساب العمل المنجز جميع مقوماته الذاتية، مع ملاحظة أنه يسري في ضمان المقاول للمادة التي يقدمها، أحكام عقد البيع الملائمة لطبيعة عقد المقاولة⁽¹⁾.

بينما ذهب رأي آخر إلى أن مقاول البناء الذي يقدم مواد البناء من عنده، يبرم فقط مجرد عقد مقاولة دون أن يتضمن بيع تلك المواد، على اعتبار أن هذه المواد تصبح ملكا لصاحب الأرض (رب العمل) بالالتصاق⁽²⁾.

ومهما يكن من الأمر، فإن المشرع الجزائري كان واضحا حين اعتبر أن العقد يكون مقولة بصرف النظر عن قدم المادة اللازمة لإنجاز العمل.

وفي اختيار المقاول للمادة التي يقدمها، فإنه يتعين عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها بشأن هذه المادة، فإذا لم تكن هناك شروط أو مواصفات وجب على المقاول أن يأخذ بنظر الاعتبار الغرض الذي أعدت له هذه المادة، بحيث يجهز مادة تصلح لتحقيق ذلك الغرض قياسا على نص المادة 1/379 من القانون المدني

(1) نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، 2001، ص116. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص65.

(2) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص99.

الجزائري⁽¹⁾، أما إذا لم يتفق المفاوض مع رب العمل على درجة جودة المادة التي يلتزم بتقديمها، ولم يتسن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، فإنه يلتزم بتقديم مادة من صنف متوسط قياسا على نص المادة 2/94 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

الحالة الثانية: إذا قدم المفاوض عمله فقط.

أشارت إلى ذلك المادة 1/552 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: «إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المفاوض أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها، وأن يؤدي حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل».

فعلى المفاوض متى سلمت إليه المادة أن يتولى المحافظة عليها وأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد، وإلا كان مسؤولا عن هلاكها أو تلفها أو سرقتها، وإذا احتاج حفظ المادة إلى نفقات، تحملها المفاوض باعتبارها جزء من النفقات العامة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر، ما لم يتفق على غير ذلك.

كما يجب على المفاوض في استخدامه للمادة أن يعمل الأصول الفنية والعرف الجاري في شأنها، فيستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان أو زيادة⁽³⁾.

وقد يكون المفاوض كفؤا، إلا أنه قد يصدر منه إهمالا في استخدام المادة فتصبح غير صالحة للاستعمال كلها أو جزء منها، فعندها يكون المفاوض مسؤولا عن ذلك الإهمال ويلتزم برد قيمة الجزء الذي أصبح غير صالح للاستعمال لرب العمل⁽⁴⁾.

ويمكن أن نتساءل في هذا الصدد عن مدى التزام المفاوض بإخطار رب العمل، حينما يكتشف عيوباً في المادة المقدمة من طرف هذا الأخير.

ويبرز ذلك بصفة خاصة في الوقت الحالي، في ظل انتشار مقاولات البناء التي تبهر دون وجود مهندس معماري يشرف على عمليات الإنجاز ومراقبة المواد المستعملة في البناء.

(1) تنص المادة 1/379 من القانون المدني الجزائري على أن: «يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الإنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها».

(2) تنص المادة 2/94 من القانون المدني الجزائري النص على أنه: «يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط».

(3) وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دون سنة طبع، ص 177. أنظر أيضا إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 32.

(4) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 41.

حقيقة لا يوجد ضمن النصوص المنظمة لعقد المقاولة نص يلزم المقاول بإخطار رب العمل بالعيوب التي يكتشفها في المواد المقدمة إليه، لاستعمالها في انجاز العمل محل المقاولة.

لكن وبالرغم من عدم وجود نص قانوني في هذا الخصوص، إلا أنه يمكن القول أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، يقتضي من المقاول إطلاع رب العمل على هذا العيب دون إبطاء، بل وأن يرفض استخدام المادة المعيبة، إذا كانت تؤدي إلى نتائج وخيمة، حتى ولو طلب منه رب العمل استخدامها.

وعلى ذلك يتعين على الجهات القضائية المختصة، استنادا إلى المادة 107 من القانون المدني الجزائري، أن تلجأ إلى تشديد مسؤولية المتعاقد المهني في العقود التي يبرمها مع غيره ممن لا يتوافر لديهم التخصص المهني، وأن تأخذ في الاعتبار وجود التزام في ذمة المقاول بالإعلام والتوجيه في عقود المقاولة بصفة عامة وفي مقاولات البناء بصفة خاصة، مع مراعاة أن هذا الالتزام، لا يمكن أن يمتد إلى خارج حدود المعرفة المعتادة التي يجب توافرها لدى ذلك الذي يمتن مجال البناء والتشييد من خلال مباشرته لمهنته، كما أن حدود هذا الالتزام تضيق بالقدر الذي يمتلك فيه رب العمل خبرة أو تخصصا في ذات المجال⁽¹⁾.

وإن الالتزام بالإعلام والتوجيه، لاسيما في مقاولات إنجاز المنشآت المعمارية، لا يتقرر في ذمة المتعاقد المهني نحو رب العمل فحسب، وإنما يترتب أيضا في ذمة المهني اتجاه زميله المهني، فينبغي على المقاول أن يلفت انتباه المهندس المعماري إلى الأخطاء الموجودة في التصميم وكذلك إلى الجوانب السلبية في التوجيهات التي يتلقاها منه ومن رب العمل⁽²⁾.

3-عدم التأخر في إنجاز العمل.

يجب على المقاول أن ينجز العمل في المدة المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة، وجب أن ينجزه في مدة معقولة، يراعى في تحديدها طبيعة العمل، وما جرت به العادة، وإمكانيات المقاول المعروفة لرب العمل⁽³⁾.

⁽¹⁾ George liet-Veaux, Responsabilité de droit commun des entrepreneurs, juris- classeur, Responsabilité civile, fascicule 355-2, n°27.

⁽²⁾ Geneviève Viney, Les obligations, La responsabilité (conditions), Traité de droit civil sous la direction de Ghestin (J), Tome IV, L.G.D.J, 1982, p607. voir aussi Hugues Périnet-marquet, La responsabilité des constructeurs, Dalloz, 1996, p10.

⁽³⁾ محمد إبيب شنب، المرجع السابق، ص120.

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في مدة معقولة، التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية⁽¹⁾، فلا يستطيع المقاول، التخلص من المسؤولية عن التأخير في إتمام العمل إلا بإثبات السبب الأجنبي، كقوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ رب العمل⁽²⁾، كما لو تأخر رب العمل في استصدار رخصة البناء، مما أدى إلى تأخر المقاول في الشروع في تشييد البناء، أو كان رب العمل قد تأخر في تسليم المقاول المواد اللازمة لإنجاز العمل، في حالة تعهده بتقديمها.

غير أن مسؤولية المقاول عن التأخير في إنجاز العمل تظل قائمة، ولو أثبت أن المدة المتفق عليها في العقد، لم تكن تكفي لإنجاز العمل، ذلك لأنه كان يتعين عليه ألا يقبل تحديد مدة لا يمكنه إنجاز العمل خلالها⁽³⁾.

ثانيا: الإلتزام بتسليم العمل بعد إنجازه.

يلتزم المقاول بتسليم العمل بعد إنجازه إلى رب مع كافة ما سبق له أن استلمه من هذا الأخير، متعلقا بعقد المقاولة كالتصاميم والرسومات والرخص (رخصة البناء مثلا) ومستندات إثبات الملكية والأدوات وغيرها، لم تعد هناك حاجة لاستبقائها عنده بعد إنجازه للعمل⁽⁴⁾.

ويكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن من الانتفاع به دون مانع، ولا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلا على العمل، مادام أن المقاول قد أعلمه بذلك، فهذا هو التسلم وليس التسليم⁽⁵⁾، وتسلم العمل هو من بين التزامات رب العمل، كما سنرى فيما بعد.

ويتعين على المقاول أن ينفذ التزامه بالتسليم في الموعد المتفق عليه لإنجاز العمل، فإذا لم يكن هناك ميعاد متفق عليه، وجب أن يتم التسليم في موعد معقول، وفقا لطبيعة العمل ولعرف المهنة، وعلى كل حال فإن التسليم يترتب في ذمة المقاول بمجرد إنجاز العمل، ما لم يتفق على ميعاد آخر، وفقا للفقرة الأولى من المادة 281 من القانون المدني الجزائري⁽⁶⁾.

(1) فتية قرّة، المرجع السابق، ص 118.

(2) أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 36.

(3) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 121.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 82. أنظر أيضا نعيم مغرب، المرجع السابق، ص 117.

(5) جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 391.

(6) تنص الفقرة الأولى من المادة 281 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

غير أنه قد تطرأ بعد إبرام العقد ظروف وعوامل تستدعي مد أجل التنفيذ المتفق عليه، وفي هذه الحالات يستحق المقابل مد الأجل المحدد له لإنجاز الأعمال المكلف بها، وعادة ما يتم الاتفاق بين المقابل وصاحب العمل على المدة التي يمتد لها أجل التنفيذ، ومع ذلك فلا شك في استحقاق المقابل لهذه المدة، ومن الظروف التي تستدعي مد أجل التنفيذ، زيادة كمية العمل عن المتفق عليه أو تغيير طبيعته أو إضافة أعمال جديدة، أو أن تطرأ ظروف مناخية استثنائية كعواصف وفيضانات غير عادية، أو أي تأخير أو معوقات من جانب رب العمل⁽¹⁾.

ويتم التسليم في المكان المتفق عليه، فإن لم يتضمن العقد اتفاقاً في هذا الشأن، وجب التسليم في المكان الذي يحدده العرف، فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف، وكان العمل وارداً على عقار، فإن تسليمه يكون في مكان وجوده، أما إذا ورد العمل على منقول، بقي رب العمل حائزاً له، فإن التسليم يكون في مكان وجود المنقول، فإذا انتقلت حيازة المنقول إلى المقابل، كان التسليم في موطن المقابل أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله، باعتبار أنه المدين بالتسليم وأن العمل الذي تم يدخل ضمن هذه الأعمال عادة، وهذا طالما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يخالف ذلك، إعمالاً لنص المادة 282 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

وتكون نفقات التسليم على المقابل، ما لم يوجد اتفاق أو نص خاص ينظم نفقات التسليم والطرف الذي يتحملها، وذلك تطبيقاً لنص المادة 283 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾.

وأخيراً نشير إلى أنه إذا حلّ موعد التسليم، وكان للمقابل أجر مستحق في ذمة رب العمل، فإن له أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه بالتسليم، حتى يستوفي أجره، تطبيقاً لنص المادة 123 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾.

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 134-135.

(2) تنص المادة 282 من القانون المدني الجزائري على أنه: «إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً في وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه المؤسسة».

(3) تنص المادة 283 من القانون المدني الجزائري على أنه: «تكون نفقات الوفاء على المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

(4) تقضي المادة 123 من القانون المدني الجزائري بأنه: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به».

ثالثاً: الالتزام بضمان العمل بعد تسليمه.

سبق أن رأينا أن على المقاول أن ينجز العمل محل المقاولة وفق الشروط و المواصفات المتفق عليها، وطبقاً لأصول الفن الذي يحكم هذا العمل، فمتى جاء العمل مخالفاً لهذه المقاييس، تعين حينئذ على المقاول ضمان العيوب التي لحقت بعمله⁽¹⁾. وعليه فالى أي مدى يتحقق ضمان المقاول، إذا ما تسلم رب العمل ما أنجزه المقاول من أعمال، قبل اكتشاف العيب، ثم تم اكتشافه فيما بعد؟ في الحقيقة فإنه لا مفر من إعمال القواعد العامة في هذا الشأن، وبالتالي يجب التفرقة بين ثلاث حالات.

1- إذا كان العيب في العمل المنجز واضحاً، يستطيع الشخص العادي أن يكشفه إذا عاينه، فإن تسلم رب العمل للعمل المنجز بصورته معيباً دون اعتراض، يعني أنه قبل العمل معيباً ونزل عن حقه في الرجوع على المقاول، ومن ثمة ينقضي ضمان المقاول للعيب في هذه الحالة⁽²⁾.

2- إذا كان العيب ليس من الواضح حتى يتمكن رب العمل من كشفه حال تسلمه للعمل المنجز من قبل المقاول، ولم يكن هذا الأخير قد أخفاه غشا منه عن رب العمل، ففي هذه الحالة يظل المقاول ضامناً للعيب للمدة التي يقضي بها عرف المهنة، باعتبار أن العرف في عقد المقاولة مكمل لنص القانون، ويجوز أن يصل إلى درجة تحديد مدة تتقدم بها دعوى الضمان، وقد يستخلص من سكوت رب العمل بعد اكتشافه العيب، أنه تنازل ضمناً عن دعوى الرجوع على المقاول⁽³⁾.

3- قد يعتمد المقاول على إخفاء العيب أو المخالفة للشروط الواردة في العقد غشاً منه، فلا يتمكن رب العمل من معرفة ذلك العيب أو المخالفة وقت تسلمه للعمل، فإنه يكون لرب العمل في هذه الحالة الرجوع على المقاول بالضمان وفق قواعد المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾.

و في الأخير نشير إلى أن الأحكام المتقدمة ليست من النظام العام⁽⁵⁾، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها، ومن ثمة يجوز الاتفاق على تشديد ضمان المقاول أو تخفيفه أو

(1) يلتزم المقاول بالضمان على أساس أن عقد المقاولة يرد على عمل غير موجود عند إبرام العقد، وهذا الضمان هو ضمان عام ينطبق على جميع المقاولات، وهو يختلف عن الضمان العشري للمباني والمنشآت المعمارية الذي قرره المادة 554 من القانون المدني الجزائري، الآتي بيانها فيما بعد.

(2) فتية قررة، المرجع السابق، ص 146.

(3) نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 284.

(4) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 53.

(5) قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 152.

الإعفاء منه، ولكن يبطل الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الإنقاص منه إذا كان العيب راجعا إلى غش المَقاول، تطبيقا للمادة 384 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التزامات رب العمل

يلتزم رب العمل نحو المَقاول بالتزامين رئيسيين⁽²⁾:

1- دفع الأجر المستحق للمَقاول.

2- تسلم العمل بعد إنجازه.

أولاً: الالتزام بسداد أجر المَقاول.

يعتبر التزام رب العمل بدفع الأجر، أهم التزام يقع على عاتقه، لأنه يمثل المقابل الذي قصد المَقاول الحصول عليه، فيلتزم رب العمل بدفع الأجر المتفق عليه إلى المَقاول دون زيادة أو نقصان.

غير أن المشرع الجزائري، أورد حالات معينة، أجاز فيها تعديل الأجر المتفق عليه بين المتعاقدين.

وعليه سنطرق إلى مسألتين رئيسيتين، تتعلق الأولى بتحديد مضمون الالتزام بدفع الأجر، بينما تتعلق المسألة الثانية ببيان حالات تعديله.

1- مضمون الالتزام بدفع الأجر.

يلتزم رب العمل بدفع الأجر المحدد، سواء باتفاق الطرفين أو عن طريق القانون في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديده، مع ما يلحق به، ويشمل ذلك نفقات دفع الأجر، إذا كان دفعه يقتضي نفقات خاصة⁽³⁾.

ويدفع الأجر إلى المَقاول الذي قام بالعمل أو إلى ورثته أو إلى خلفه الخاص، كما لو حول حقه في الأجر إلى الغير، إذ يجب وفاءه إلى المحال له⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 384 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيذا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعدد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه».

(2) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 74.

يضيف بعض الفقهاء التزاما آخر إلى الالتزامين المذكورين، وهو التزام رب العمل بتمكين المَقاول من إنجاز العمل المتفق عليه، راجع في ذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 136. أنظر أيضا فيتحفة قرة، المرجع السابق، ص 175.

وفي الحقيقة يعتبر هذا الالتزام، مظهرا من مظاهر الالتزام بحسن النية، والتي تعتبر إحدى مقتضيات تنفيذ العقود.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 279.

(4) قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 227.

ولكن إذا كان الأصل هو وفاء الأجر إلى المقاول الذي أنجز العمل، وأنه لا يجوز لدائني هذا المقاول مطالبة رب العمل بدفع هذا الأجر إليهم، إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة، فقد خرج المشرع الجزائري على هذا الأصل، فقرر في الفقرة الأولى من المادة 565 من القانون المدني الجزائري على أن: «يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل».

وعلى ذلك يكون لعمال المقاول الأصلي وللمقاول الفرعي، الحق في تقاضي أجورهم المترتبة في ذمة المقاول الأصلي مباشرة من الأجر الواجب على رب العمل للمقاول الأصلي⁽¹⁾، ولا يشترط في ذلك أن يكون المقاول الأصلي معسرا أو أن يكون دائنوه قد رجعوا عليه أولا⁽²⁾.

وتثبت هذه الدعوى مباشرة كذلك لعمال المقاول الفرعي في مواجهة كل من المقاول الأصلي وهو مدين مدينهم ورب العمل وهو مدين مدين مدينهم، أما إذا كان المقاول الفرعي قد قال هو أيضا من الباطن، فالمقاول الفرعي الثاني يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول الفرعي الأول، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل على اعتبار أن نص المادة 565 من القانون المدني الجزائري، لا تمنح المقاول الفرعي الحق في رفع الدعوى المباشرة إلا على رب العمل الذي قال مقاوله، وهو هنا المقاول الأصلي، وهذا ما سار عليه قضاء المحكمة العليا⁽³⁾، كما أن عمال المقاول الفرعي الثاني يرجعون بالدعوى المباشرة على المقاول الفرعي الأول وهو مدين مدينهم، وعلى المقاول الأصلي وهو مدين مدين مدينهم، ولا يستطيعون الرجوع على رب العمل⁽⁴⁾.

ويترتب على ذلك أنه من وقت إنذار هؤلاء الأشخاص لرب العمل بأن يدفع لهم ما هو مدين به للمقاول الأصلي، لا يجوز له أن يقوم بالوفاء بما في ذمته من حقوق لهذا

(1) قرار رقم 76049، مؤرخ في 1192/10/26، صادر عن الفرقة المدنية للمحكمة العليا، غير منشور، أشار إليه الأستاذ عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2001، ص 205.

(2) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 202.

(3) قرار رقم 30940، مؤرخ في 1983/03/16، صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1990، ص 15.

(4) قدي عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 250.

المقاول بموجب عقد المقابلة، بل يتعين عليه أن يفي لدائنيه مباشرة بقدر حقوقهم، ويرجع فيما بعد على المقاول الأصلي بما دفعه للمقاول الفرعي أو العامل⁽¹⁾.

ويتحدد المبلغ الواجب على رب العمل أن يدفعه إلى دائني المقاول الأصلي، بالقدر الذي يكون مدينا به له وقت رفع الدعوى، وبالتالي إذا كان رب العمل قد وفى جزء من الأجر قبل رفع الدعوى عليه من قبل دائني المقاول الأصلي، فإنه يحتج عليهم بهذا الوفاء، فلا يلزم رب العمل بأن يدفع لهم إلا ما بقي في ذمته⁽²⁾، وهنا إلى أنه وقع خطأ في صياغة المادة 1/565 من القانون المدني الجزائري سألقة الذكر، إذ أن صياغة المادة على ذلك النحو، توحى بأنه يجوز لدائني المقاول الأصلي مطالبة رب العمل بأكثر من القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي.

والحقيقة أن هذا المعنى غير منطقي ولم يقصده المشرع الجزائري، لأن الشخص لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك، وهذا من المبادئ القانونية المستقرة، كما أن الصياغة الفرنسية لنص المادة 1/565 تفيد بأن المشرع الجزائري قصد بأن يرجع دائنو المقاول الأصلي على رب العمل، بالقدر الذي يكون هذا الأخير مدينا به للمقاول الأصلي، وقت رفع الدعوى.

وعلى ذلك يتعين على المشرع الجزائري، تعديل نص المادة 1/565 من القانون المدني، بالنص على أن الرجوع المباشر لدائني المقاول الأصلي على رب العمل، إنما يكون بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي، وقت رفع الدعوى.

ولكن الدعوى المباشرة، تكون غالبا غير مجدية، فهي لا تمنع دائني مدين المدين وهو رب العمل من مزاحمة أصحابها⁽³⁾، ولذلك فقد منح المشرع الجزائري لعمال المقاول وللمقاول الفرعي ولعمال هذا الأخير، امتيازاً على المبالغ التي تكون مستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل، أو المبالغ التي تكون مستحقة للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي، بسبب قيامهم بالعمل محل المقابلة المبرمة بين المقاول الأصلي ورب العمل، وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 565 من القانون المدني الجزائري بقولها: «ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي، امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز، ويكون الإمتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة».

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص202. أنظر أيضا مصطفى عبد السيد الجارجي، المرجع السابق، ص97.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقابلة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص214.

(3) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص203.

ويثبت هذا الإمتياز، وفقا لنص المادة 2/565 أعلاه، في حالة قيام عمال المقاول الأصلي أو المقاول الفرعي أو عماله بتوقيع حجز على المبالغ التي تكون مستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل، أو المبالغ المستحقة للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي⁽¹⁾، وبمقتضى هذا الامتياز يتقدم العمال والمقاولون الفرعيون في استقاء حقوقهم من هذه المبالغ على سائر الدائنين العاديين لرب العمل أو للمقاول الأصلي، فإذا لم تكف المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي والمقاول الفرعي في ذمة رب العمل أو تلك المستحقة للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي للوفاء بحقوق المقاولين الفرعيين أو العمال، قسم هؤلاء الدين بينهم قسمة غرماء، كل بنسبة حقه، ولم يأخذ سائر دائني رب العمل أو المقاول الأصلي شيئا، ولو كانوا قد حجزوا هم أيضا تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي، ويجوز لرب العمل أو المقاول الأصلي أن يؤدي هذه المبالغ مباشرة إلى المقاولين الفرعيين أو العمال دون حاجة لاستصدار أمر من القضاء⁽²⁾.

وقد ينزل المقاول الأصلي عن حقه في ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق، فتسري حينئذ هذه الحوالة في حق المقاول الفرعي أو العامل إذا أصبحت نافذة في حق الغير -بقبول المحال عليه أو بإعلانه- وفقا للمادة 241 من القانون المدني⁽³⁾، قبل إنذار رب العمل بالوفاء في حالة استعمال الدعوى المباشرة، وقبل توقيع الحجز في حالة استعمال حق الامتياز.

غير أن المشرع الجزائري، إمعانا في حماية المقاولين الفرعيين وعمال المقاول الأصلي قرر في الفقرة الثالثة من المادة 565 من القانون المدني أنه: «و**حقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه تجاه رب العمل**».

وفي الحقيقة، رغم عدم وضوح النص، إلا أنه يمكن القول أن هذه الحوالة لا يمكن الاحتجاج بها ضد المقاول الفرعي أو العامل ولو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز، إذ لو كان المقصود من النص عدم نفاذ الحوالة الحاصلة بعد الإنذار أو الحجز، لكان مجرد تطبيق للقواعد العامة، ولما كانت هناك حاجة للنص عليها

(1) ويقول الدكتور شنب بأن حق الامتياز موجود بحكم القانون، فالحجز لا يوجده، ولكن فائدته هي في تحديد محل الامتياز، المرجع نفسه، ص 204.

(2) جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص 436. أنظر أيضا مصطفى عبد السيد الجارجي، المرجع السابق، ص 100.

(3) تنص المادة 241 من القانون المدني الجزائري على أنه: «لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير، إلا إذا رضي بها المدين أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير، إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ».

صرافة، وبالتالي يقدم في جميع الأحوال، حق المقاول الفرعي أو العامل على حق المحال له.

وعليه يتعين على المشرع الجزائري، تعديل الفقرة الثالثة من المادة 565 من القانون المدني ، بما يفيد صراحة عدم جواز الاحتجاج بأي حوالة حق تتم من طرف المقاول ورب العمل ضد المقاول الفرعي أو العامل، ولو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز.

وفي الأخير، نشير إل أن رب العمل ملزم بدفع الأجر عند تسلم العمل، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، تطبيقا للمادة 559 من القانون المدني الجزائري التي قضت بأن: «تدفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك».

وعليه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على دفع الأجر مؤجلا، بعد فترة من تسلم العمل، أو أن يكون دفعه على أقساط دورية...، وإذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين، ولكن وجد عرف يقرر موعدا أو مواعيد معينة لدفع الأجر وجب عندها إعمال هذا العرف⁽¹⁾.

ويجب الوفاء بالأجر في المكان المتفق عليه في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن، وجب دفعه في المكان الذي يقضي به العرف، وقد جرى العرف على أن يكون الدفع في المكان الذي يقوم فيه المقاول بتسليم العمل إلى رب العمل⁽²⁾، فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف وجب تطبيق نص المادة 282 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر، التي تحدد مكان الوفاء بالتزام عموما.

2- حالات تعديل الأجر.

الأصل أنه إذا اتفق طرفا عقد المقاول على الأجر الذي يحصل عليه المقاول من رب العمل، فإن الاتفاق يكون واجب الإلتباع، بحيث لا يجوز لرب العمل أن يدفع أجرا أقل مما اتفق عليه أو أن يطالب المقاول بأجر أكثر من المحدد، وعلى ذلك فإن أي زيادة أو نقص في الأجر المحدد أو أي تخفيض فيه، إنما يلزم أن تتم بالاتفاق بين رب العمل والمقاول، ولا يجوز أن ينفرد أحدهما بتعديله⁽³⁾.

غير أن المشرع الجزائري، وكاستثناء على ذلك، أو رد ثلاث حالات يجوز في بعض صورها تعديل الأجر بالزيادة أو النقص دون حاجة لاتفاق الطرفين.

(1) فتية قره، المرجع السابق، ص228.

(2) المرجع نفسه، ص230.

(3) نعيم مغيب، المرجع السابق، ص90 . أنظر أيضا إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص57.

الحالة الأولى: الاتفاق على الأجر بمقتضى مقايضة على أساس سعر الوحدة.

في هذه الحالة أجاز المشرع الجزائي زيادة الأجر عندما يضطر المقاول إلى مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة، بعد أن يتبين أثناء العمل أنه من الضروري، لتنفيذ التصميم المتفق عليه، مجاوزة المصروفات المقدرة له في المقايضة مجاوزة بينة، وعلى أن تتحقق الشروط التي أوجبها الفقرة الأولى من المادة 560 من القانون المدني الجزائي والتي تنص على أنه: «إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات».

وأقام المشرع الجزائي في حكم الفقرة الثانية من نفس المادة موازنة بين حق المقاول بزيادة الأجر، وفقا لنص الفقرة الأولى، وبين حق رب العمل في التحلل من العقد لذات السبب، فنصت الفقرة الثانية على أنه: «فإذا اقتضت الضرورة مجاوزة المقايضة لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل».

من نص المادة 560 أعلاه، يتضح أنه يشترط لتطبيقها شروطا ثلاثة هي:

الشرط الأول: أن يكون الأجر في المقالة متفقا عليه بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، تعين نوع الأعمال المطلوبة وكميتها وتحدد سعرا لكل نوع من الأعمال، ففي هذه الحالة يكون تحديد كمية الأعمال على وجه التقريب وليس بشكل نهائي، بما يعني أن الأجر المستحق للمقاول يتحدد على أساس كمية الأعمال التي تمت فعلا، وليس على أساس كمية الأعمال المبينة في العقد، وبالتالي لا يمكن تحديد هذا الأجر بشكل بات، إلا عند الانتهاء من العمل⁽¹⁾.

وعليه إذا لم يتفق على مقدار الأجر أصلا، أو تم الاتفاق عليه ولكنه كان أجرا إجماليا على أساس تصميم معين، فإن النص لا يطبق.

الشرط الثاني: مجاوزة المقايضة المقدرة في العقد مجاوزة محسوسة، بمعنى مجاوزة كميات الأعمال المقدرة بالمقايضة لا مجاوزة أسعارها، فإذا ورد في المقايضة مثلا تحديدا للأعمال الخاصة بأساسات البناء، ثم رأى المقاول عند حفر الأساس أنه من

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 211.

الواجب تعميقه أكثر مما ورد في المقايضة، مما يتطلب كميات من العمل، تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد في المقايضة، حينها نكون بصدد مجاوزة محسوسة، وهي المجاوزة المقصودة، أي ضرورية لتنفيذ التصميم المتفق عليه⁽¹⁾.

ولا يكفي أن تكون الزيادة محسوسة، بل يجب أيضا ألا تكون متوقعة في الوقت الذي أبرم فيه عقد المقولة، وعلى ذلك إذا كانت المجاوزة متوقعة عند إبرام عقد المقولة أو كان من الممكن توقعها، زاد الأجر بمقدار هذه المجاوزة ولا خيار لرب العمل⁽²⁾.

الشرط الثالث: أن يخطر الما قول رب العمل بالزيادة المحسوسة في المصاريف حال تبينه لها، مع بيان مقدار ما يتوقعه من الزيادة في الكم، وما يستتبع ذلك من زيادة في الأجر، على أنه إذا اتضح بعد ذلك أن المجاوزة تزيد على ما قدره الما قول، فإن العبرة بمقدار الزيادة التي أوردها في الأخطار، لا بمقدار الزيادة الفعلية⁽³⁾.

فإذا توافرت الشروط الثلاثة على النحو الذي سبق بيانه، فإن هناك فرضين يتعين التمييز بينهما، لأن لكل فرض حكم خاص به، فإما أن تكون المجاوزة المحسوسة غير جسيمة وإما أن تكون هذه المجاوزة جسيمة.

وتقدير ما إذا كانت تلك المجاوزة المحسوسة جسيمة أو غير جسيمة، مسألة واقع يفصل فيها قضاة الموضوع دون رقابة عليهم من المحكمة العليا⁽⁴⁾.

الفرض الأول: المجاوزة غير جسيمة:

لم يتعرض نص المادة 560 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر، لهذا الفرض بشكل صريح، ولكن بمفهوم المخالفة للفقرة الثانية من المادة المذكورة، يمكن القول أن رب العمل لا يستطيع التحلل من عقد المقولة بسبب المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة، وأنه تجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة، سواء وافق رب العمل على ذلك أو لم يوافق.

الفرض الثاني: المجاوزة جسيمة:

إذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، كان لرب العمل أن يختار بين أمرين⁽⁵⁾:

(1) قدرى عبد الفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص 203.

(2) إبراهيم سيد أحمد، موسوعة الدفوع والخصومة المدنية في ضوء الفقه والقضاء الحديث في النقض المدني، الطبعة الأولى، دار العدالة، القاهرة، 2006، ص 496.

(3) قدرى عبد الفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص 204-205.

(4) إبراهيم سيد أحمد، موسوعة الدفوع والخصومة المدنية في ضوء الفقه والقضاء الحديث في النقض المدني، المرجع السابق، ص 496. أنظر أيضا عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 70.

(5) فتحة قرعة، المرجع السابق، ص 200-201.

الأول: أن يبقى مرتبطا بعقد المقولة و أن يدفع إلى المقاول زيادة في الأجر بما يتناسب مع الزيادة في الأعمال التي اقتضتها المجاوزة، ولا يقتضي سلوك هذا الطريق، أن يخطر رب العمل المقاول باختياره الإبقاء على العقد وأن يطلب منه الاستمرار في تنفيذه.

الثاني: أن يتحلل رب العمل من العقد ويطلب من المقاول وقف العمل عند المرحلة التي وصل إليها، ويحصل هذا عادة عندما يرى أن الزيادة الجسيمة في الأجر مرهقة له، وفي هذه الحالة، عليه أن يخطر المقاول دون إبطاء، وذلك بمجرد وصول إخطار المقاول له بضرورة المجاوزة، فإذا تأخر عن ذلك دون مبرر، كان للمقاول أن يمضي في العمل، إذ يفترض حينئذ أن رب العمل قد اختار إبقاء المقولة مع الزيادة في الأجر.

ويتعين على رب العمل الذي يدعي أنه أخطر المقاول بتحلله من العقد وطلب منه وقف تنفيذه، أن يثبت حصول هذا الإخطار الذي لا يشترط فيه شكل خاص⁽¹⁾.

فإذا اختار رب العمل التحلل من العقد، فإنه يلتزم بإيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد، بصرف النظر عن القيمة الفعلية التي أنفقتها المقاول فعلا⁽²⁾.

الحالة الثانية: الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين.

تنص المادة 561 من القانون المدني الجزائري على أنه: «إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره. ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد».

يتضح من نص المادة 561 أعلاه أن له نطاقا خاصا يطبق فيه، بتوفر شروط معينة، فتكون القاعدة العامة في هذا النطاق الخاص هي عدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه، ومع ذلك فإنه يجوز هذا التعديل في فرضين استثنائيين حددهما النص المذكور.

(1) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص206.

(2) المرجع نفسه، ص206.

وعليه يلزم لإعمال نص المادة 561 من القانون المدني الجزائري توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي، ويعتبر كذلك، عندما يتفق الطرفان وقت إبرام عقد المقاولة، على أجر معين يدفعه رب العمل في مقابل كل الأعمال المطلوب من المقاول إنجازها، فيكون بذلك تحديد الأجر نهائياً، غير قابل للتغيير فيما بعد، لأي سبب من الأسباب⁽¹⁾.

وعلى ذلك، لا تطبق المادة 1/561 إذا اتفق المتعاقدان على جواز مراجعة الأجر، إذا ما تبين أن تكاليف العمل أقل أو أكثر مما كان مقدراً عند إبرام عقد المقاولة.

الشرط الثاني: أن يحدد الأجر على أساس تصميم متفق عليه، ولا يقصد بالتصميم هنا مجرد التمثيل بالخطوط والرسومات، بل كل وصف للأعمال المعهود بها إلى المقاول⁽²⁾، وذلك حتى تتبين حدود العمل على وجه كامل، واضح ونهائي.

فيجب أن يكون التصميم كاملاً بأن يتضمن بيان جميع الأعمال المطلوب من المقاول القيام بها، فإن اقتصر على بعضها على أن تستكمل بقيتها فيما بعد، فإن المقاولة لا تعتبر جزائية بالمعنى المقصود في المادة 561 من القانون المدني الجزائري، إذ يجب أن يكون التصميم المتفق عليه كاملاً وقت إبرام المقاولة، وليس في وقت لاحق⁽³⁾.

كذلك يجب أن يكون التصميم واضحاً بأن يتم إعداده بدقة وتفصيل، بحيث يتيح للمقاول بأن يعلم تماماً حدود العمل الذي يلتزم بإنجازه، وعلى ذلك لا يعتبر مثلاً التصميم الذي لا يبين ارتفاع البناء ولا سمك الجدران، تصميمًا واضحاً⁽⁴⁾.

ويجب أخيراً أن يكون هذا التصميم متفقاً عليه بصفة نهائية، ولن يكون كذلك إذا احتفظ أحد الطرفين بحق إجراء تعديل عليه أثناء تنفيذ المقاولة، سواء بالإضافة أو الحذف أو التغيير⁽⁵⁾.

الشرط الثالث: أن يكون عقد المقاولة مبرماً بين رب العمل والمقاول الأصلي، فإذا أبرم عقد مقاولة بين مقاول أصلي ومقاول فرعي، واتفقا على إجراء العمل على أساس تصميم معين متفق عليه، بأجر إجمالي جزافي، فلا يسري بينهما نص المادة 561 من

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 217-218.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 240.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 162.

(4) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 219.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 162-163.

القانون المدني الجزائري، وإنما تسري القواعد العامة في شأنهما، وبالتالي يستطيع المقاول الفرعي أن يعدل في التصميم بعد موافقة المقاول الأصلي ولو موافقة ضمنية، ودون حاجة إلى الاتفاق معه على الأجر الزائد في مقابل هذا التعديل، ومع ذلك يكون له حق الرجوع بالأجر الزائد حسب أهمية التعديل ومداه وطبيعته ونفقاته وتكاليفه⁽¹⁾، والسبب في ذلك أن المادة 561 إنما وردت لحماية رب العمل باعتباره رجل غير فني، قليل الخبرة مقارنة بالمقاول الذي يتمتع بخبرة وتجربة واسعة في مجال عمله، وبالتالي فإن حكمة نص المادة 561 من القانون المدني، غير متوفرة في العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، لأن كل منهما يتمتع بالمعرفة الفنية والخبرة الواسعة، فيكفي تطبيق القواعد العامة في العلاقة بينهما.

وعلى ذلك، فمتى توفرت هذه الشروط، فإن الأجر الإجمالي الجزافي الذي اتفق عليه الطرفان، لا يكون قابلاً للتعديل، وذلك حتى لو تغيرت تكاليف العمل زيادة أو نقصاناً، وليس هذا في الحقيقة إلا تمشياً مع إرادة المتعاقدين، فكل منهما أراد أن يعرف مقدماً وبصفة نهائية، مقدار ما يقدمه وما يأخذه من المقولة، وفي ذلك استقرار لمركزي كل منهما، فلا يستطيع المقاول مطالبة رب العمل بزيادة الأجر، إذا كانت تكاليف العمل الفعلية أكثر من الأجر المتفق عليه، كما لا يستطيع رب العمل أن يرجع على المقاول إذا كانت هذه التكاليف أقل بكثير من الأجر المتفق عليه.

ومع ذلك فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة 561 من القانون المدني الجزائري، في فرضين، زيادة الأجرة الإجمالية للتصميم المعين.

الفرض الأول: أن يكون تعديل التصميم المتفق عليه بسبب خطأ رب العمل أو بناء على اتفاق معه.

إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة، وكان ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل، تحمل هذا الأخير زيادة التكاليف التي يستلزمها هذا التعديل، على الأجر المتفق عليه، ومن أمثلة ذلك أن يقدم رب العمل معلومات خاطئة للمقاول عن القياسات التي يريدها للبناء، أو أن يقدم له أرضاً لا يملكها كلها، فترتب على ذلك تعديل التصميم بهدم جزء من البناء على المساحة التي لا يملكها رب العمل⁽²⁾.

ولا يشترط أن يكون رب العمل سيء النية أو أن يثبت تقصير من جانبه، إذا يكفي أن يكون التعديل في التصميم الذي تسبب في زيادة النفقات هو فعل منسوب إليه، كما ولا يشترط أن يكون هناك تعديل في التصميم أصلاً، طالما أن رب العمل قد تسبب بفعله في

(1) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 210.

(2) جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص 420.

زيادة التكاليف، كأن يتأخر في الحصول على رخصة البناء، فيتأخر المقاول عن الشروع في تنفيذ المقاولة، مما يكبده نفقات زائدة، لاسيما إذا كان قد تعاقد مع عمال أو استأجر آلات، فتكون زيادة نفقات المقاول بسبب خطأ رب العمل مبررا يجوز له طلب زيادة الأجر⁽¹⁾.

كذلك يرجع المقاول بالزيادة في الأجر، إذا كان رب العمل قد أذن له بإحداث تعديل أو إضافة في التصميم، واتفق معه على مقدار الأجر الزائد الذي يترتب على إجراء هذه التعديلات، وعلى ذلك لا يكفي أن يأذن رب العمل بالتعديل أو الإضافة في التصميم، بل يجب الاتفاق بين رب العمل والمقاول على مقدار الزيادة في الأجر الذي سينجم عن التعديل أو الإضافة في التصميم⁽²⁾.

وقد قررّ المشرع الجزائري أن يحصل الاتفاق على أجر التعديل أو الإضافة في التصميم، كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة، وهذا ما نصت عليه المادة 2/561 من القانون المدني الجزائري، وما يؤكدّه قضاء المحكمة العليا⁽³⁾.

وفي الحقيقة فإن نص المادة 2/561 من القانون المدني الجزائري، يعد مجرد تطبيق للقواعد العامة في الإثبات، لأنه إذا كان العقد الأصلي المحدد للأجر قد تم كتابة، فإن الاتفاق على زيادة الأجر يعتبر تصرفا يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة، وبالتالي فإن الكتابة هنا مشترطة للإثبات، ومن ثمة يغني عنها شهادة الشهود والقرائن، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، أو حال مانع مادي أو أدبي دون الحصول على الكتابة، أو فقد المقاول سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه وفقا للمادتين 335 و336 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾.

(1) فتحة قرّة، المرجع السابق، ص210.

(2) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص210.

(3) قرار رقم 1144112، مؤرخ في 18/06/1997، صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1990، ص15.

(4) تنص المادة 335 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة».

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريبا الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة».

أما المادة 336 من القانون ذاته فتتص على أنه: «يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة:

– إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

– إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته».

الفرض الثاني: إنهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول.

إن الفقرة الثالثة من المادة 561 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر، هي تطبيق واضح في عقد المقاولة لنظرية الظروف الطارئة التي تقرر مبدأها العام في المادة 3/107 من ذات القانون⁽¹⁾.

ولكن، إذا كانت شروط نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام تتفق مع شروط النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة، فإن الجزاء يختلف قليلا في التطبيق الخاص عنه في المبدأ العام، ففي المبدأ العام يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ويبطل كل اتفاق يخالف ذلك، أما التطبيق الخاص، فإنه يجيز للقاضي فضلا عن الحكم بزيادة الأجر، أن يحكم بفسخ عقد المقاولة، حيث لا يجوز ذلك في المبدأ العام للنظرية⁽²⁾.

ومهما يكن من الأمر، يتضح من نص المادة 3/561 مدني جزائري، أنه يشترط لجواز زيادة أجر المقاول توافر شرطان:

الأول: أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين، بأن يتداعى الأساس التي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، وأن تجعل هذه الحوادث الطارئة التزام المقاول مرهقا وعسيرا، وتهده بخسارة جسيمة أو فادحة.

وعلى ذلك، إذا كانت الخسارة التي لحقت بالمقاول مألوفة في التعامل، فإنه لا يجوز له التمسك بالمادة 3/561 من القانون المدني الجزائري لزيادة أجره، فالتعامل بطبيعته يتضمن الكسب والخسارة.

وتقدير مدى انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات المتعاقدين، بحيث يصبح المقاول مهددا بخسارة فادحة، مسألة موضوعية، يفصل فيها القضاء مسترشدا بظروف وملابسات كل دعوى، بصرف النظر عن الظروف الخاصة بالمقاول من حيث غناه أو فقره⁽³⁾.

الثاني: أن يكون هذا الانهيار بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان، فلا يكفي أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول، بل يجب أن

(1) تنص الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على مايلي: «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص172.

(3) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص231.

ينشأ هذا الانهيار عن حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، ويتطلب ذلك:

- أن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة، والحادثة الاستثنائية هو الحادث غير المألوف لكونه نادر الوقوع، فهو حادث لا يقع في ظروف عادية، أما الحادث العام فهو الحادث الذي يمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم، وليس خاصا بالمقاول وحده، بل يشمل أي مقاول آخر، يعهد إليه تنفيذ هذه المقاولة، ومن الحوادث الاستثنائية العامة نذكر الحرب، الفيضانات، الزلازل، ... وتؤدي هذه الحوادث إلى زيادة تكاليف العمل.

- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة، غير متوقعة أو لم يكن في الوسع توقعها، ولا عبرة بعد ذلك، إن كان هذا الحادث موجودا عند إبرام العقد أو لم يكن كذلك، فلا فرق بين حادث استثنائي يوجد بعد إبرام المقاولة، وحادث استثنائي موجود وقت إبرامها، متى كان غير ممكن توقعه، فكلاهما من الحوادث الاستثنائية التي لم تكن في الحسبان⁽¹⁾.

ومعيار التوقع معيار موضوعي، لا ينظر فيه إلى ما توقعه أو حسبه المتعاقدان فعلا، بل إلى ما كان يجب أن يتوقعه شخص عادي لو وجد في مثل ظروفهما بحسب المجرى العادي للأمور⁽²⁾.

فإذا توفر الشرطان السابقان، جاز للمقاول أن يطالب رب العمل بزيادة الأجر المتفق عليه، فإن لم يرض رب العمل بهذه الزيادة، كان للمقاول أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بها، وهنا يتعين مراعاة عدم مجاوزة الزيادة في الأجر التي يحكم بها للمقاول، ما هو لازم لرفع الإرهاق عنه، بمعنى أن يتحمل المقاول كل الزيادة المألوفة في التكاليف، لأن هذه الزيادة متوقعة، وتدخل في تقدير المقاول عند إبرام العقد، أما التكاليف غير المألوفة، فتقسم مناصفة بين رب العمل والمقاول، بحيث يتحمل كل منهما نصيبه من هذه الخسارة غير المألوفة⁽³⁾.

وأخيرا نشير إلى أن المشرع الجزائري استعمل عبارة "جاز للقاضي" في المادة 3/561 من القانون المدني، وهي نفس العبارة المستعملة في المادة 3/107 من القانون ذاته، مما قد يؤدي إلى الاعتقاد أن القاضي غير ملزم بمراجعة عقد المقاولة، وهذا تأويل غير صحيح، ويتعارض مع غرض المشرع من استحداث نظرية الظروف الطارئة، وقد قررت المادة 3/107 من القانون المدني بطلان كل اتفاق يخالف أحكامها مما يعني أن مراجعة العقد بسبب حوادث استثنائية يعتبر من النظام العام، ورغم أنه لم يرد ذلك في

(1) جعفر الفضيلى، المرجع السابق، ص423.

(2) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص233.

(3) قدرى عبد الفتاح الشهاوى، المرجع السابق، ص217.

المادة 3/561 من القانون المدني، إلا أنه مادامت هذه المادة ما هي إلا تطبيق للمادة 3/107 ، فإنه يتعين اعتبار أحكام المادة 3/561 من القانون المدني أيضا من النظام العام، وبالتالي فإن القاضي ملزم بمراجعة عقد المكالمة، إذا توافرت الشروط التي سبق ذكرها، إما بزيادة الأجر أو بفسخ عقد المكالمة.

الحالة الثالثة: أجر المهندس المعماري.

يرتبط المهندس المعماري مع رب العمل بمقتضى عقد مكالمة، يلتزم بمقتضاه بإعداد التصاميم والرسوم الهندسية قصد إنجاز مشروع بناء معين، وفقا للشروط والموصفات المدرجة بهذا العقد، وطبقا لقواعد الفن وأصول المهنة وأعرافها، في مقابل أتعاب يتلقاها من رب العمل، وقد سبق بيان كيفية تحديد أجر المهندس المعماري⁽¹⁾. والقاعدة أنه متى حدد أجر المهندس المعماري، فإنه لا يجوز تعديله⁽²⁾، غير أن الفقرة الثالثة من المادة 563 من القانون المدني الجزائري، أوردت استثناء على هذه القاعدة، حين قضت بأنه: «غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل».

يتضح من نص المادة 3/563 من القانون المدني الجزائري، أنه قد يطرأ تعديل على أجر المهندس المعماري، إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي تولى إعداده، بحيث يتم تقدير الأجر الذي يستحقه في هذه الحالة بحسب مقدار الزمن الذي استغرقه في وضع التصميم مع مراعاة كفاءته وسمعته في تقدير أجره بحسب الزمن، وبحسب طبيعة التصميم من حيث الدقة والصعوبة الفنية.

ويغلب أن يؤدي تقدير الأجر على هذا النحو إلى إنقاص الأجر الذي يستحقه المهندس المعماري، ذلك أن عدم تنفيذ العمل بمقتضى التصميم الذي أعدّه، يعني إعفاءه من المسؤولية التي كانت ستترتب عليه لو تم تنفيذ العمل بموجب هذا التصميم، كما أن رب العمل لم يستفد شيئا من التصميم⁽³⁾، غير أن المهندس المعماري لا يستحق أي أجر، إذا كان خطأه هو السبب في عدم تنفيذ العمل وفقا لتصميمه، كما لو كان التصميم معيبا، أو غير متطابق مع ما اتفق عليه⁽⁴⁾.

(1) أنظر الصفحة 36 من هذا البحث.

(2) فتية قرّة، المرجع السابق، ص222.

(3) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص75.

(4) إبراهيم سيد أحمد، موسوعة الدفوع والخصومة المدنية في ضوء الفقه والقضاء الحديث في النقض المدني، المرجع السابق، ص498 . أنظر أيضا قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص224.

ثانيا: الالتزام بتسليم العمل بعد إنجازه.

ألزم المشرع الجزائري رب العمل بأن يتسلم العمل محل المقاوله وذلك مقابلا لاللتزام المقاول بتسليمه لرب العمل بعد إنجازه، فلا يعقل أن يستطيع المقاول تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه بالتسليم طالما لم يكن رب العمل ملزما بالتسليم، بالنظر إلى أن التسليم و التسلم عمليتان متكاملتان.

وفي الحقيقة فإن دراسة التزام رب العمل بتسليم العمل بعد إنجازه، تستدعي التطرق إلى المسائل التالية:

1- مضمون الالتزام بتسليم العمل.

لم يتناول القانون المدني الجزائري فكرة التسلم، إلا بتنظيمها كأحد الالتزامات التي تقع عاتق رب العمل، فقد نصّت المادة 558 من القانون المدني الجزائري على أنه: «عندما يتم المقاول العمل، ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه، ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار»⁽¹⁾.

في حين تصدى القانون الفرنسي، بنص المادة 1792-1/6 من قانون 4 جانفي 1978 لتعريف التسلم بأنه: «العمل الذي عن طريقه يعلن رب العمل قبوله للأعمال المنجزة، سواء بتحفظ أو دون تحفظ»⁽²⁾.

وقد عرف الفقه المصري التسلم بإعطائه معنيين، فهو من جهة يعني الاستيلاء على العمل من قبل رب العمل، بعد أن يضعه المقاول تحت تصرفه، بحيث لا يوجد مانع من الاستيلاء عليه، كما يعني من جهة أخرى تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه⁽³⁾.

(1) عدلت بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 20 جوان 2005، المتضمن تعديل وتنظيم القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

كانت محررة قبل التعديل كمايلي:

«عندما يتم المقاول العمل، ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه».

(2) Art 1792-6/1 (Loi du 04 jan 1978): «La réception est l'acte par lequel, le maitre de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves».

Voir Code civil français, Dllouz, 2008.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص140.

هذا وقد عرفه الأستاذ لابان بأنه :«عملية حضورية، موضوعها التحقق من اكتمال الأعمال، ومن حسن تنفيذها طبقا لاشتراطات الصفة»⁽¹⁾.

كما عرفه الأستاذة ما زو (هنري، ليون، وجون) بأنه :«العمل الذي عن طريقه، يعطي رب العمل موافقته على الأعمال التي تم إنجازها، ويسلم مخالصة بذلك إلى المقاول وإلى المهندس المعماري»⁽²⁾.

بناء على ما سبق، يستخلص أن التسلم يتضمن في حقيقة الأمر إتاحة الفرصة لرب العمل حتى يتمكن من معاينة وفحص العمل المنجز والتأكد من موافقته للشروط والمواصفات المتفق عليها، وهو بذلك يتضمن جانبين، الأول مادي حيث يضع رب العمل يده على العمل المنجز، بحيازته له، والثاني قانوني يقر فيه رب العمل بقبوله للعمل المنجز، وهنا نشير إلى أنه لم يرد في القانون المدني الجزائري، ما يفيد ضرورة معاينة العمل قبل استلامه، إلا أن هذا أمر طبيعي، وتقتضيه طبيعة عقد المقاولة باعتباره يقع على عمل لم يكن موجودا عند إبرامه، وبالتالي يمكن الأخذ به دون حاجة إلى النص عليه.

وعادة ما يقوم رب العمل بتسلم العمل، بما يفيد ذلك فحصه ومعاينته، عند تسليمه له من قبل المقاول، لكن لا يوجد ما يمنع من أن ينفصل التسلم عن التسليم، فيسبق أحدهما الآخر أو يليه، وهو ما يستشف ضمنا من نص المادة 558 من القانون المدني سالف الذكر، حين استعمل المشرع الجزائري عبارة: «... في أقرب وقت ممكن...»، فيسبق التسلم التسليم كما في الحالة التي يبدي فيها رب العمل موافقته على العمل المنجز، دون أن يضع يده عليه، وعلى العكس فقد يتأخر التسلم إلى ما بعد التسليم كأن تستدعي الظروف أن يضع رب العمل يده على ما أتمه المقاول من أعمال، دون أن يقرأها أو يبدي موافقته عليها⁽³⁾.

على أن التزام رب العمل بتسلم العمل محل المقاولة بعد إنجازها، يستوجب أن يكون العمل موافقا للشروط والمواصفات المتفق عليها مسبقا بين المتعاقدين أو طبقا لما

(1) Ibrahim Youcef, La responsabilité des constructeurs dans le cadre du contrat d'entreprise, Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Faculté de droit de Ben aknoun, université d'Alger, volume 42, éditions l'office national des travaux éducatifs, Alger, 2001, p08.

(2) Henri, Léon, et Jean Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle, tome II, 6^{ème} édition, 1970, p84.

(3) Dalila Zennaki, L'impact de la réception de l'ouvrage sur la garantie des constructeurs immobiliers, Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Faculté de droit de Ben aknoun, université d'Alger, volume 42, éditions l'office national des travaux éducatifs, Alger, 2001, p34.

تقضي به الأصول الفنية لهذا العمل، وعلى ذلك يعتبر رفض رب العمل تسلم ما أنجزه المقاول مبررا، إذا جاء العمل معيبا ومخالفا لما تم الاتفاق عليه، أو لما يقضي به عرف المهنة و أصولها⁽¹⁾.

ومع ذلك لا يجوز لرب العمل أن يتعسف في رفض العمل المعيب والامتناع عن تسلمه، إذا كان العيب بسيطا لا يؤثر على الانتفاع به وصلاحيته للغرض المقصود منه، وهذا تطبيقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، طالما أن رب العمل يستطيع كنتيجة للمخالفة البسيطة التي ارتكبها المقاول إما أن يطلب تخفيض قيمة المقولة، بما يتناسب مع ماهية المخالفة وطبيعتها أو طلب تعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب تلك المخالفة⁽²⁾.

ومهما يكن من الأمر، فإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقا أو غير موافق للشروط المتفق عليها، جاز لكل طرف الاستعانة بمحضر قضائي لإثبات الحالة، ورفع الأمر إلى القضاء مع طلب تعيين خبير على نفقة المدعي، لمعاينة العمل المنجز وفحص مدى تحقق الشروط المتفق عليها موضوع عقد المقولة من عدمه، حيث يصدر القاضي حكمه تبعا لتقرير الخبير وظروف الدعوى وملاستها.

2- أشكال تسلم العمل.

عملية التسلم يمكن أن تتخذ أشكالا مختلفة، إذ قد يكون هذا التسلم مؤقتا أو نهائيا، جزئيا أو كليا، حكما أو قضائيا وقد يكون صريحا أو ضمنيا⁽³⁾.

أ/ التسلم المؤقت والتسلم النهائي.

درجت العادة لاسيما في مقاولات البناء، أن تتضمن الصفقة المبرمة بين المقاول ورب العمل شرطا يتم بموجبه تسلم العمل المنجز على مرحلتين، يكون في أولها تسلم مؤقتا، يتضمن مدة ضمان خاص (ضمان حسن الإنجاز) لصالح رب العمل، فتكون فرصة لهذا الأخير حتى يتفحص العمل ويتأكد من تنفيذه وفقا للشروط المتفق عليها⁽⁴⁾. وفي حال اكتشاف رب العمل بعض العيوب والنقائص من خلال استعماله للعمل المنجز، تعين عليه أن يدلي للمقاول بجميع التحفظات عليها، ليقوم المقاول بإصلاحها خلال هذه المدة، ما لم يكن ظهور هذه العيوب راجع إلى إهمال في الصيانة أو إلى سوء في

(1) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 88. أنظر أيضا سميرة محراش، المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري وفقا للقواعد الخاصة (المسؤولية العشرية)، رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2001/2000، ص 53.

(2) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع نفسه، ص 88.

(3) Ibrahim Youcef, op.cit, p7.

(4) محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 158.

الاستعمال من جانب رب العمل، على أن يقيم المقاول الدليل على ذلك⁽¹⁾، ونجد تطبيقاً لما قيل في نص المادة 9/10 من القرار الوزاري الصادر في 15/05/1988، المتضمن كفايات ممارسة الاستشارة الفنية في مجال البناء وأجر ذلك⁽²⁾، وهذا نصها: «مساعدة رب العمل على الاستلام المؤقت مع الإدلاء بالتحفظات الواجب الإشارة إليها وإدراجها في محضر لهذا الغرض، وهذه التحفظات تتعلق خاصة بعيوب في العمل وعدم الإتقان، وكل نقص آخر ملاحظ، وكذلك عدم تنفيذ الخدمات المنصوص عليها في الصيغة».

ليعلن بعدها التسلم النهائي، متى كان المقاول قد أتم الأعمال التي كانت محلاً لتحفظات رب العمل عند التسلم المؤقت، ويشترط في مقاولات البناء أن يتم ذلك بمحضر يوقعه المقاول والمستشار الفني ورب العمل، وهذا تطبيقاً لنص المادة 10/10 من القرار الوزاري المذكور أعلاه، والذي قضى بما يلي: «السهر على رفع التحفظات واقتراح الاستلام النهائي على رب العمل، على أن يتم ذلك بمحضر يوقعه المقاول والمستشار الفني ورب العمل».

ب/التسليم الكلي والتسليم الجزئي.

يحصل التسلم بشكل كلي، متى أتم المقاول العمل المطلوب منه إنجازه، ووضعه تحت تصرف رب العمل⁽³⁾.

ومع ذلك فإنه يجوز تجزئة التسلم فيتم على مراحل، يتسلم خلالها رب العمل جزء من الأعمال⁽⁴⁾، إذ نكون في هذه الحالة بصدد مجموعة من عمليات التسلم، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول جواز الأخذ بالتسليم الجزئي النهائي؟

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى ذلك، لكن بالرجوع إلى الفقه، نجده يقرر في هذه الحالة، أن كل تسلم يترتب آثاره من يوم حصوله بالنسبة للجزء من العمل الذي يتعلق به⁽⁵⁾، وفي مقاولات البناء، فإن الاتفاق بين المقاول ورب العمل على أن يتم التسلم على عدة أجزاء، يجعل بدء سريان آثار التسلم، تختلف بحسب ما إذا كانت المنشآت تقبل التجزئة أم لا، فإذا كانت لا تقبل التجزئة عن بعضها البعض، فإن آثار التسلم لاسيما مدة الضمان العشري تبدأ في السريان من وقت تسلم آخر جزء، أما إذا كانت المنشآت تقبل التجزئة، فإن هذه الآثار تبدأ من وقت تسلم كل جزء بالنسبة لهذا الجزء⁽⁶⁾.

(1) المرجع نفسه، ص 159.

(2) أنظر الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، سنة 1988.

(3) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 162.

(4) Ibrahim Youcef, op.cit, p 8.

(5) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 162.

(6) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 203.

وفي حالة تعاقد رب العمل مع مجموعة من المقاولين بعقود منفصلة، فإنه لا يشترط أن ينفذوا التزامهم بتسليم الأعمال المنوطة بهم بشكل موحد، فيكون لرب العمل أن يتسلم من كل منهم على حدة، ما أتمه من العمل الخاص به⁽¹⁾.

ج/ التسلم الحكمي والتسلم القضائي.

يفترض وفقا للسير العادي للأمر أن يتم التسلم بشكل ودي بين المقاول ورب العمل، غير أن الأمور قد لا تسير دوما على هذا النحو.

والثابت قانونا أنه يتعين على رب العمل أن يبادر إلى تسلم العمل المنجز، الموضوع تحت تصرفه من قبل المقاول، فإن لم يفعل، كان على المقاول أن ينذره رسميا، داعيا إياه إلى تسلم العمل، فإذا أصر رب العمل على امتناعه لسبب غير مشروع، اعتبر أن العمل قد سلم إليه بصفة نهائية، تطبيقا لنص المادة 558 من القانون المدني الجزائري، وهذا هو التسلم الحكمي.

أما بخصوص التسلم القضائي، فلم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة، على خلاف بعض الأنظمة القانونية الأخرى، كالقانون الفرنسي الذي أخذ بالتسلم القضائي بنص المادة 1/1792 من قانون 4 جانفي 1978، حين قرر أنه في حالة امتناع رب العمل عن تسلم العمل بطريقة ودية، يكون على المقاول اللجوء إلى القضاء للحكم له بهذا التسليم⁽²⁾.

ومهما يكن من الأمر، فإن اشتراط المشرع الجزائري ضرورة أن يكون امتناع رب العمل عن التسلم يفتقر إلى السبب المشروع، سوف يؤدي بالطرفين في النهاية إلى ساحة القضاء، عند اختلافهما في وجود هذا السبب، مما يجعلنا نقول أن التسلم القضائي وإن لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة، إلا أننا قد نجد له تطبيقا عمليا، وذلك في حالة النزاع بين رب العمل والمقاول حول مشروعية سبب امتناع رب العمل عن التسلم.

هذا ونشير إلى أن التسلم القضائي يثير تساؤلا حول الوقت الذي تترتب بدءا منه آثاره القانونية، خصوصا إذا كان اللجوء إلى القضاء قد تأخر لبعض الوقت عن إتمام الأعمال، أو كان رب العمل قد تعمّد إطالة مدة النزاع في خصومة التسلم.

وفي هذا الشأن، فإنه لا مناص من القول، أن تقدير المسألة يعود إلى قضاة الموضوع، فلمهم أن يستندوا إلى ظروف الواقع لاعتبار أن التسلم قد تم في تاريخ سابق على رفع الدعوى، متى قدروا أن الأعمال قد تمت قبل تاريخ رفع الدعوى، وكانت مطابقة لما اتفق عليه.

(1) (H.L.j) Mazaud, op.cit, p130.

(2) Hugues Périnet- marquet, op.cit, p24.

د/ التسلم الصريح والتسلم الضمني.

تقتضي مصلحة المقال بأن يكون بين يديه دليلا كتابيا واضحا على أنه قام بالتزامه بتسليم العمل، ويقتضي ذلك لاسيما في مقاولات إنجاز المنشآت المعمارية أن تتم هذه العملية بتحرير محضر، يوقع عليه كل من رب العمل والمقاول والمستشار الفني، وبهذا يكون التسلم قد تم صراحة⁽¹⁾.

غير أن التسلم قد يستخلص ضمنا من بعض الوقائع، متى كانت تكشف بوضوح عن نية رب العمل في قبول الأعمال، وهي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ومن بين الوقائع التي يمكن أن يستخلص منها التسلم الضمني، لجوء رب العمل إلى الحيازة الفعلية للعمل المنجز أو استعماله، بحيث يستمر في وضع يده عليه دون تحفظ⁽²⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه في مقاولات البناء والمنشآت المعمارية، قد يستعجل رب العمل وضع يده على البناء بالرغم من عدم إتمامه، بما قد لا يعني بالضرورة أنه موافق ضمنا عليه، ويتضح هذا خاصة في الوقت الحالي في ظل أزمة السكن الخائفة.

3- آثار تسلم العمل من طرف رب العمل.

يترتب على عملية تسلم العمل المنجز من قبل رب العمل آثارا قانونية هامة، يمكن تلخيصها فيما يلي:

- يترتب على عملية التسلم النهائي، استحقاق المقاول المبالغ المتبقية من الأجر⁽³⁾، كما يسترد ابتداء من هذا الوقت الكفالات التي كانت قد اشترطت عليه في العقد كضمان لحسن تنفيذ الأعمال.

- يضع التسلم حدا للالتزامات التي تفرض -بطبيعتها- أن يكون تنفيذها ممتدا في الزمن، كالتزام المهندس بالإشراف على الأعمال ومراقبة تنفيذها، وكذلك واجب المهندس والمقاول بالإعلام والتوجيه نحو رب العمل وإبداء الرأي والمشورة إليه طيلة مرحلة التنفيذ وعند التسلم⁽⁴⁾.

- يعفي التسلم المهندس المعماري والمقاول من مسؤوليتها عن العيوب الظاهرة بمجرد التسلم النهائي للأعمال من رب العمل.

⁽¹⁾ Hugues Périnet - Marquet, op.cit, p23.

⁽²⁾ محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص151 وما يليها . أنظر أيضا Amor Zahi, op.cit, p601.

⁽³⁾ محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص24.

⁽⁴⁾ محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص125. أنظر أيضا إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر الجزء 03، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1995، ص682.

والأثر المعفي للتسليم قاصر على العيوب الظاهرة دون الخفية⁽¹⁾، ولا يكون للتسليم مثل هذا الأثر، إذا كان رضا رب العمل بالأعمال المنجزة، نتيجة تدليس صدر من المقاول أو المهندس المعماري⁽²⁾.

والقاعدة أن كل عيب يعتبر خفيا وقت التسليم، وكل من يدعي أن العيب كان ظاهرا، يقع عليه عبء إثبات ذلك، سواء كان هذا العيب متعلقا بالعمل أو بالمواد أو بمخالفة القوانين واللوائح، ويتم ذلك طبقا للقواعد العامة في الإثبات⁽³⁾.

يشكل التسليم النهائي بداية سريان مدة الضمان العشري المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني الجزائري، وعليه فإن التسليم النهائي يفصل بين نظامين مختلفين، نظام ما قبل التسليم النهائي أين تتعدّد فيه مسؤولية المقاول والمهندس المعماري طبقا للقواعد العامة في المسؤولية بوجه عام، من عقدية وتقصيرية، ونظام ما بعد التسليم النهائي، وهو نظام خاص يتطلب شروطا معينة⁽⁴⁾، ويتعلق الأمر بتطبيق قواعد الضمان العشري.

الفرع الثالث

جزاء الإخلال بالتزامات العقدية المترتبة عن عقد المقاولة

يتعين على كل من المقاول ورب العمل تنفيذ التزاماته طبقا لما اتفق عليه عند إبرام المقاولة، مع مراعاة حسن النية في تنفيذها، فإذا أخل بها تحمل الجزاء الموافق لذلك.

وتطبق في هذا الصدد القواعد العامة في نظرية العقد وخصوصا القواعد الخاصة بالإخلال بالتزام، في العقود الملزمة للجانبين، وعلى ذلك سنكتفي بالإشارة إليها دون الغوص فيها، مع التركيز على ما جاءت به النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة من جزاءات في حالات خاصة، بالإضافة إلى نصوص قانونية أخرى على علاقة بالمسألة موضوع البحث في هذا الفرع .

أولا: جزاء إخلال المقاول بالتزاماته العقدية.

1- تطبيق القواعد العامة.

إذا أخل المقاول بالتزاماته المترتبة عليه بموجب عقد المقاولة، فإنه يكون مسؤولا عن ذلك الإخلال، ويحق بالتالي لرب العمل، تطبيقا للقواعد العامة، إما أن يطلب التنفيذ

(1) (H.L.j) Mazeaud, op.cit, p131.

(2) Philippe Malinvaud et Philippe Jestaz, op.cit, p66.

(3) Frank Moderne, Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité décennale et responsabilité extra-contractuelle (à propos des travaux public et reconstruction), Recueil Dalloz Sirey, chronique XLI, 1971, p276.

(4) Dalila Zennaki, op.cit, p34.

العيني وإما أن يطلب فسخ المقاولة مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، بشرط أن يعذر رب العمل المقاول بإخلاله بالتزامه، كما تقضي القواعد العامة⁽¹⁾.

فقد يطلب رب العمل التنفيذ العيني، إذا كان ذلك ممكناً، فيلجأ إلى القضاء لإجبار المقاول على إنجاز العمل، وهنا يتعين التمييز بين ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في العقد، فلا يكون هناك مجالاً للتنفيذ إلا عن طريق قيام المحكمة بفرض الغرامات التهديدية على المقاول لإجباره على تنفيذ التزامه، فإذا بقي ممتنعاً، يحكم عندها بفسخ العقد، مع تعويض رب العمل عما لحقه من أضرار نتيجة إخلال المقاول بالتزامه، أما إذا لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في العقد، كأن يتعلق محل المقاولة بإقامة بناء أو ترميم منزل، جاز لرب العمل بعد حصوله على ترخيص من القضاء أن يكلف مقاول آخر بإكمال العمل، في حالة إخلال المقاول بالتزامه بإنجاز العمل أو الحصول على مثل الشيء، في حالة الإخلال بالالتزام بالتسليم، على أن يتم ذلك على حساب المقاول الأول⁽²⁾، تطبيقاً لنص المادة 170 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾.

وهنا نؤكد على ضرورة استصدار رب العمل ترخيصاً من القضاء يجيز إكمال إنجاز العمل من طرف مقاول آخر، فقد قضي بأن لجوء رب العمل إلى مقاول آخر لتنفيذ ما التزم به المقاول الأول المخل بالتزامه، دون أن يلجأ رب العمل إلى القضاء ليطالب ترخيصاً بذلك، فإنه يكون قد خالف حكم المادة 170 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾.

كما يلاحظ أنه لا يجوز لرب العمل في هذه الحالة، إذا كان المقاول المخل بتنفيذ التزامه هو من قدم مادة العمل، أن يجبره على إعطاء المادة إلى المقاول الثاني، لأن المادة المذكورة لا تزال ملكاً للمقاول الأول، طالما لم يتم إنجاز العمل محل المقاولة⁽⁵⁾. وقد يطلب رب العمل فسخ عقد المقاولة لجسامة الإخلال بالالتزام، ويكون طلبه هذا خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي، وفي حالة الحكم بفسخ المقاولة فإن لرب العمل

(1) تنص المادة 1/119 من القانون المدني الجزائري على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك».

(2) جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص 392. أنظر أيضاً قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 109.

(3) تنص المادة 170 من القانون المدني الجزائري على أنه: «في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً».

(4) قرار رقم 152934، مؤرخ في 1998/03/11، صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1998، ص 109.

(5) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 44.

أن يسترد ما كان قد دفعه من أجر للمقاول، كما له أن يطالب بقيمة المادة التي كان قد قدمها للمقاول لإنجاز العمل⁽¹⁾.

وللمقاول أن يتوقَّ النطق ضده بفسخ عقد المقاولة، بأن يظهر استعداداه لتنفيذ التزامه، عندها ينظر القاضي في إمكانية إعطائه فرصة لإتمام عمله فلا يحكم بالفسخ، ولكنه يقضي بالتعويض إن كان له مقتضى⁽²⁾.

وإذا تضمن العقد شرطاً جزائياً⁽³⁾، وهو شرط كثير الورد في عقود المقاولة، سرت أحكامه ويجوز للقاضي تخفيضه إلى مقدار ما تحقق من ضرر، إذا أثبت المقاول أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، كما يجوز الإعفاء منه إذا لم يقع ضرر أصلاً، بحيث يبطل كل اتفاق يخالف ذلك وفقاً للمادة 184 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه متى تمسك رب العمل في مطالبته، بالتنفيذ العيني دون الفسخ، فإنه لا يحق للقاضي الموضوع في حالة عرض النزاع عليه، أن يتدخل لحل الرابطة العقدية، وإلا كان حكمه مخالفاً لأحكام نص المادة 549 من القانون المدني الجزائري، مما يستوجب نقضه⁽⁵⁾.

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو فسخ المقاولة، فإن له أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه بسبب إخلال المقاول بتنفيذ التزامه، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة.

2- سلطة رب العمل في تنبيه المقاول إلى مخالفته لشروط العقد.

إن استعمال رب العمل لحقه في طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين، ليس مرتبطاً بانتهاء المدة المتفق عليها لإنجاز العمل، فمتى رأى رب العمل منذ البداية أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف لشروط العقد، فإن له أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له توقيع الجزاء دون أن ينتظر إلى نهاية المدة.

(1) فتية قرّة، المرجع السابق، ص 121-122.

(2) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 171.

(3) الشرط الجزائي هو مبلغ جزافي، يقدر به المتعاقدان مقدماً، التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته، سواء في العقد أو في اتفاق لاحق.

راجع في ذلك حسن علي الذنون و محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص 200.

(4) تنص المادة 184 من القانون المدني الجزائري على أنه: «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر».

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه».

(5) قرار رقم 61489، مؤرخ في 13/06/1990، صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع، سنة 1991، ص 65.

فقد قضت المادة 553 من القانون المدني الجزائري في هذا الشأن بأنه: «إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول 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 المقاول إلى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة 170 أعلاه.

غير أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً»⁽¹⁾.

وعلى ذلك، فإن لرب العمل أن يتابع العمل وهو في يد المقاول، ليراقب ما إذا كان يجري تنفيذ العمل طبقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها، ومدى مراعاة المقاول لأصول الفن وعرف المهنة، فمثلاً إذا لاحظ رب العمل أن مقاول البناء قد أدخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها أثناء تشييد البناء، بأن لم يدعم الأساس بالحديد والإسمنت المتفق عليهما أو لم يستعمل الأدوات والمواد من الصنف المتفق عليه، فإن له أن يتدخل لمنع المقاول من المضي في عمله المعيب والمنافي لشروط العقد، وهنا يجب التمييز بين فرضيتين:

الفرض الأول: أن يكون إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب ممكناً، كأن يلقي المقاول الأساس على عمق أقل من الواجب⁽²⁾، ففي هذه الحالة، يجب على رب العمل أن يبدأ بإنذار المقاول ليصحح طريقة التنفيذ⁽³⁾، بأن يعمق الأساس أو يجعل الحائط في السمك الواجب، خلال أجل معقول يعينه له.

فإذا امتثل المقاول لما طلب منه في الأجل المعين لذلك، كان بها، أما إن رفض المقاول تصحيح طريقة التنفيذ أو ترك الأجل المعين لذلك يمضي دون أن يرجع إلى

(1) عدلت بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 20 جوان 2005، المتضمن تعديل وتنظيم القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

كانت محررة قبل التعديل كمايلي:

«إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد، وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة 180».

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 77.

(3) لا يشترط في هذا الإنذار شكل خاص، لكن يلاحظ أن إهمال رب العمل في تنبيه المقاول إلى ما في العمل من عيوب أو تعمد السكوت إلى أن يتم العمل معيباً، فإنه يكون قد أدخل بواجبه في التعاون مع المقاول في تنفيذ المقاوله، وفقاً لما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومن ثمة لا يستحق تعويضاً عن الضرر الذي كان يمكن أن يتجنبه لو أنه أخطر المقاول بما في عمله من عيب في الوقت المناسب. راجع في ذلك محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 119.

الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد، ولو كان الموعد المحدد لانتهاء العمل لم يحل بعد، كما يجوز له فضلا عن الفسخ أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء إخلال المقاول، ويشمل هذا التعويض قيمة المواد التي قدمها للمقاول لاستخدامها في إنجاز العمل، وتعذر ردها إليه بالحالة التي سلمت عليها⁽¹⁾.

ويستطيع رب العمل بدلا من طلب الفسخ، أن يطلب من القضاء ترخيصا في إصلاح العيب أو في إنجاز العمل كله على الوجه الصحيح، بواسطة مقاول آخر، على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا ممكنا، تطبيقا لنص المادة 170 من القانون المدني الجزائري، ولرب العمل أن يطلب فضلا عن ذلك، الحكم على المقاول بالتعويض إن كان له مقتضى⁽²⁾.

لكن ما هو الحكم في الحالة التي يكون فيها العمل مستعجلا، لا يحتمل الإبطاء المترتب على رفع الأمر إلى القضاء، كما إذا كان الأمر متعلقا بترميم منزل آيل للسقوط، إذ يلاحظ أن نص المادة 170 المحال إليه في نص المادة 553 من القانون المدني، يشترط الحصول على الترخيص القضائي دون تمييز بين حالة الاستعجال من عدمها. وعليه في ظل هذا الفراغ القانوني، يمكن القول أنه يجوز لرب العمل في حالة الاستعجال أن يلجأ إلى مقاول آخر، يقوم بالعمل على الوجه الصحيح على نفقة المقاول الأول، وذلك دون حاجة إلى الترخيص القضائي، وللقاضي بعد ذلك أن يبت فيما إذا كان رب العمل على حق فيما فعل.

لذلك، نقترح على المشرع الجزائري، سدا لهذا الفراغ القانوني، أن يجيز لرب العمل، في حالة الاستعجال، أن يلجأ إلى مقاول آخر، لإنجاز العمل على الوجه الصحيح، على نفقة المقاول الأول، دون ترخيص من القضاء، وذلك بأن يضيف فقرة ثانية بهذا المعنى، إلى نص المادة 170 من القانون المدني، أو أن يضمّن نص المادة 553 من القانون المدني هذا المعنى.

الفرض الثاني: أن يكون إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا، كأن يقيم المقاول البناء ويعلو بالأدوار الأولى منه على خلاف المواصفات والتصميم الموكول إليه تنفيذه، فعندئذ لا يستطيع تدارك هذا الخطأ، إذ أن الأدوار التالية، ستكون على غرار الأدوار

(1) المرجع نفسه، ص118.

(2) كأن يطلب تحميل المقاول الأول، زيادة النفقات التي يتكلفتها تنفيذ العمل بواسطة شخص غيره، عن النفقات المتفق عليها في العقد المبرم معه. راجع في ذلك فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص126.

الأولى معيبة، فلا سبيل إلى إصلاح طريقة التنفيذ، إلا بهدم البناء كله⁽¹⁾، وفي هذا الفرض يكون لرب العمل أن يطلب الفسخ في الحال دون حاجة إلى الانتظار إلى أن يتم البناء معيبا ثم يطلب الفسخ بعد ذلك، مادام قد ثبت على وجه اليقين أن المقاول لن يستطيع تنفيذ العمل المطلوب وفقا لما هو منصوص عليه في العقد.

وللقاضي حق التقدير، فإذا رأى أن رب العمل على حق فيما يدعيه، حكم بالفسخ وبالتعويض، أما إذا رأى أن العيب يمكن تداركه، فإنه يقضي على المقاول بإصلاح العيب على نفقته⁽²⁾.

على أنه في الأخير لنا أن نتساءل عن الحالة التي يتأخر فيها المقاول تأخرا لا يتوقع معه أبدا أن يستطيع إنجاز العمل في المدة المتفق عليها، سواء كان تأخره في الشروع في العمل أو كان بعد ذلك ؟

في الحقيقة، تقترب هذه الحالة من الحالة التي عرضت لها الفقرة الثانية من المادة 553 من القانون المدني الجزائري، التي تطرقنا إليها قبل قليل، ففي الحالتين يكون المقاول قد ارتكب خطأ لا يمكن تداركه، فهو إما أن يكون قد نفذ العمل تنفيذا معيبا لا يمكن تداركه وإما أن يكون قد تأخر في البدء به أو تأخر في إنجازه، بحيث لا يمكن إنجازه في الميعاد المتفق عليه، فيكون التنفيذ هنا أيضا مشوبا بعيب لا يمكن تداركه، وقد رأينا أن نص المادة 2/553 من القانون المدني الجزائري يجيز لرب العمل أن يطلب الفسخ فورا، فتقاس على هذه الحالة، حالة تأخر المقاول تأخرا لا يرجى تداركه، وتخضع لذات الحكم.

3- تحمل تبعة هلاك العمل.

يتحمل المقاول تبعة هلاك العمل الذي أنجزه، إذا أخل بالتزامه بتسليمه إلى رب العمل، ففي هذا الشأن نصت المادة 568 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى والثانية على أنه: «إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه إلى رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين.

أما إذا كان المقاول قد أعذر بتسليم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعا إلى خطئه، وجب عليه أن يعرض رب العمل».

وعليه فإن هلاك العمل محل المقابلة، قبل تسليمه لرب العمل بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة، يكون على المقاول، وليس له أن يطلب أجرا عن عمله، ولا برد النفقات

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقابلة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 77.

(2) فتحة قرعة، المرجع السابق، ص 125.

التي تكبدها في انجازه، إلا إذا كان المقاول قد أعذر رب العمل بأن يتسلم العمل بعد إنجازه.

وهلاك مادة العمل بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة، يكون على من قام بتوريدها سواء كان المقاول أو رب العمل، وذلك بغض النظر عن طبيعة العمل الذي كلف به المقاول، وعلى ذلك إذا عهد إلى مقاول بتشديد بناء بمواد يقدمها من عنده، وانهار البناء قبل تسليمه إلى رب العمل بسبب أجنبي، تحمل المقاول تبعة هذا التهدم فلا يستطيع مطالبة رب العمل بالأجر المتفق عليه ولا بقيمة المواد التي استخدمت في البناء⁽¹⁾.

وقد يهلك العمل بخطأ المقاول أو ما يعدل الخطأ، بأن يكون قد أعذر من قبل رب العمل بتسليم العمل فلم يفعل، فيكون المقاول حينئذ الطرف الذي يتحمل الخسارة، فيفقد حقه في الأجر ونفقات عمله، ويحق لرب العمل فضلا عن ذلك، أن يطالبه بالتعويض عند الاقتضاء عن كل ضرر آخر أصابه⁽²⁾.

ثانيا: جزاء إخلال رب العمل بالتزاماته العقدية.

1- تطبيق القواعد العامة.

إذا أخل رب العمل بالتزاماته المفروضة عليه بموجب عقد المقاولة، جاز للمقاول أن يطلب إما التنفيذ العيني أو فسخ عقد المقاولة، دون إخلال بحقه في طلب التعويض في الحالتين، بشرط أن يعذر المقاول رب العمل بإخلاله بالتزامه وفقا للقواعد العامة. وما قيل بشأن تطبيق القواعد العامة فيما يتعلق بجزاء إخلال المقاول بالتزاماته العقدية، يطبق هنا أيضا، طالما أن الأمر يتعلق بجزاء الإخلال بالتزام عقدي عموما.

2- التسلم الحكمي للعمل المنجز.

اعتبر المشرع الجزائي أن رب العمل يعد متسلما للعمل محل المقاولة، متى أتمه المقاول وأنذره رسميا بوجوب التسلم عن طريق محضر قضائي، وفقا لما جاء في نص المادة 558 من القانون المدني الجزائري، سألقة الذكر: «... فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلّم إليه، ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار...».

وعليه يتحمل رب العمل تبعة هلاك العمل المنجز وكذا المادة التي قدمها للمقاول من أجل إنجاز العمل المتفق عليه، إذا كان هذا الأخير قد أعذره بتسلم العمل المنجز ولم يفعل، أو كان هلاك العمل راجعا إلى خطأ رب العمل أو عيب في المادة التي قدمها

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 141.

(2) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 50.

للمقاول، وهذا إعمالا لنص المادة 3/568 من القانون المدني الجزائري التي قرّرت مايلي: «فإذا كان رب العمل هو الذي أعذر بأن يتسلم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعا إلى خطأ منه أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجر وفي إصلاح الضرر عند الاقتضاء».

3- امتياز المقاول والمهندس المعماري.

منح المشرع الجزائري للمقاول والمهندس المعماري اللذين عهد إليهما بتشييد بناء أو منشأة معمارية أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها، امتيازاً على هذه المنشآت ضماناً للمبالغ المستحقة لهما في ذمة رب العمل، وذلك بقدر ما زاد في قيمتها بسبب الأعمال التي قاما بها، مع وجوب قيد هذا الامتياز، الذي تكون مرتبة من يوم القيد، و هذا وفقاً للمادة 1000 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

ويتم قيد هذا الامتياز إذا كان عقد المقولة قد أفرغ ابتداء في ورقة رسمية، بموجب هذه الورقة، أما إذا كان المقاول قد حصل على حكم نهائي بما هو مستحق له في ذمة رب العمل، فيتم قيد هذا الحكم.

غير أن هذا الامتياز، قد يصبح بلا فائدة حقيقية إذا لم تبرم المقولة في شكل رسمي، واضطر المقاول إلى رفع دعوى قضائية لاستصدار حكم بالأجر المستحق له، إذ قد يتصرف رب العمل في محل الامتياز للغير، بحيث لا يكون للمقاول تتبعه إذا ما صدر الحكم لصالحه⁽²⁾.

وفي الأخير نشير إلى أنه يتعين على المشرع الجزائري أن يوسع من دائرة المستفيدين من هذا الامتياز، بأن يعدل نص المادة 1000 من القانون المدني ليشمل فضلاً عن المقاول و المهندس المعماري، باقي الأشخاص المتدخلين في عملية التشييد والمرتبطين مع رب العمل بعقد مقولة.

(1) تنص المادة 1000 من القانون المدني الجزائري على أنه: «المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين اللذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه. ويجب أن يقيد الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد».

(2) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص236. أنظر أيضاً فتحة قرّة، المرجع السابق، ص233.

المطلب الثاني

الالتزام القانوني للمقاول والمهندس المعماري بضمان

المنشآت المعمارية (الضمان العشري)

أحاط المشرع الجزائري الأبنية والمنشآت الثابتة الأخرى بأهمية كبيرة، حيث رتب على عاتق المقاول والمهندس المعماري اللذين قاما بتشييدها، التزاما بضمانها لمدة عشر سنوات من وقت تسلمها النهائي من طرف رب العمل، وهو ما يصطلح الفقهاء على تسميته بالضمان العشري.

ولتوضيح أكثر لمضمون هذا الالتزام الهام (الضمان العشري)، سنحاول بحثه ضمن ثلاثة فروع، نخصص الفرع الأول لتحديد نطاق تطبيق أحكامه، على أن نبين خصائصه في الفرع الثاني، أما في الفرع الثالث فسننتقل إلى بيان الجزاء المترتب على تحققه.

الفرع الأول

نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري

يتحدد نطاق تطبيق قواعد الضمان العشري من حيث الأشخاص والموضوع، نظرا لأن هذه القواعد إنما تقررت لحماية فئة لا تتوفر لديها معرفة بفن وأصول البناء والتشييد، فضلا على أنها تقررت على سبيل الاستثناء من القواعد العامة للضمان.

وقد قرّرت المادة 554 من القانون المدني الجزائري في هذا السياق مايلي: «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته...».

وقبل الشروع في دراسة نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري، نشير بداية إلى أن الجزء المذكور من المادة 554 أعلاه، قد اعتراه نقص من الناحية الشكلية، فالمادة 554 تقرر في سياقها: «ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة...»، وليس فيها فقرة سابقة، بل جاء النص مستمرا دون وجود ما يشير إلى تقسيم النص إلى فقرتين، مع أن النص الفرنسي المقابل لذلك قد فصل بين الفقرتين، فكانت إحالته على الفقرة السابقة صحيحة، وعليه نقترح على المشرع الجزائري إعادة صياغة الجزء المنوه عنه أعلاه من المادة 554 من القانون المدني، ببيان تقسيمه إلى فقرتين، على غرار النص الفرنسي المقابل لذلك.

أولاً: أشخاص الضمان العشري.

تتعلق أحكام الضمان العشري بطائفتين من الأشخاص، تشمل الطائفة الأولى الأشخاص الملتزمون أو المسؤولون بأحكامه، بينما تظم الثانية الأشخاص المستفيدين من هذه الأحكام.

1- الأشخاص المسؤولون بمقتضى أحكام الضمان العشري.

إن القانون المدني الجزائري، يقصر نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري على المهندس المعماري ومقاول البناء دون غيرهما من الأشخاص الآخرين الذين يشاركون في عمليات البناء والتشييد، غير أن النطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري عرف توسعا، فلم يعد مقتصرًا على المقاول والمهندس المعماري فحسب، بل امتد ليشمل أشخاصا آخرين يشتغلون في مجال البناء والتشييد، مسايرة للتطور الذي يعرفه هذا المجال، فشمّل هذا التوسع المراقب الفني وكذا المتعامل في الترقية العقارية.

أ/ المهندس المعماري:

أشار المشرع الجزائري ضمن أحكام المادة 554 من القانون المدني المذكورة آنفاً، إلى المهندس المعماري باعتباره أحد أشخاص الضمان العشري، يمارس أدواراً في عملية البناء، حددتها في وضع التصميم، الرقابة على التنفيذ، عمل المقايضة وإدارة الأعمال، دون أن يعرفه لكن بالرجوع إلى المرسوم التشريعي 07/94، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، سالف الذكر، نجد أن المشرع قد أطلق على المهندس المعماري مصطلح صاحب العمل وعرفه من خلال المادة 9 من هذا المرسوم بأنه: «يقصد بـ "صاحب العمل" في الهندسة المعمارية، كل مهندس معماري معتمد يتولى تصور إنجاز البناء ومتابعته».

وممارسة مهنة الهندسة المعمارية في الجزائر تفرض على المهندس المعماري المعتمد، أن يكون مسجلاً في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، مع وجوب توافر شروط معينة، حددتها المادة 17 من المرسوم التشريعي 07/94⁽¹⁾.

(1) تنص المادة 17 من المرسوم التشريعي 07/94 على أن: «يسجل الأشخاص الذين يتمتعون بحقوقهم المدنية بناء على طلبهم في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، والذين يلتزمون بممارسة مهنتهم في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام قانون الالتزامات المهنية، وأن يستوفوا الشروط الآتية:

1- أن يكون الأشخاص ذوو الجنسية الجزائرية، حائزين شهادة مهندس معماري معترف بها من الدولة وأن يكونوا قد قاموا بفترة تدريب.

ويحدد شكل أداء التدريب ومضمونه ومدته وكيفية تنظيمة عن طريق التنظيم.

2- أن يكون الأشخاص ذوو الجنسية الأجنبية، حائزين شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة، وفي هذه الحالة يكون التسجيل مؤقتاً ويمكن إلغاؤه، وتحدد الشروط الخاصة بالتسجيل والإلغاء عن طريق التنظيم».

هذا وتتعارض ممارسة مهنة المهندس المعماري مع جميع الوظائف التي تدرج في إطار الوظيفة العامة، كما تتعارض مع ممارسة المهنة كعامل أو مقاول أو متعامل في الترقية الصناعية أو ممون بمواد أو مستلزمات تستعمل في مجال البناء والتشييد، وفقا للمادة 22 من المرسوم نفسه⁽¹⁾.

ومما سبق، يمكن القول أن المهندس المعماري المخاطب بأحكام الضمان العشري في التشريع الجزائري، هو ذلك الشخص الحائز على شهادة مهندس معماري معترف بها من قبل الدولة، ومسجل في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، ويعهد إليه بوضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف عليه. غير أن هناك اتجاه في الفقه يقول بأن ضرورة الحصول على المؤهل العلمي اللازم، يعتبر من باب التنظيم المهني حتى يسمح للفرد بحمل لقب "المهندس المعماري"، أما في شأن تطبيق أحكام الضمان العشري، فلا عبرة بالحصول على مؤهل دراسي فني في هندسة المعمار، بل يكفي لتطبيق أحكام الضمان العشري، قيام الشخص بمهام المهندس المعماري من وضع التصميم والرسومات وتعيين الأبعاد وخلافه مما يدخل في المهمة الأصلية للمهندس المعماري.

وعلى ذلك يكون ملتزما بالضمان، أي مهندس، مهما كان اختصاصه، مادام قد قام بمهمة المهندس المعماري، بل إن المقاول الذي لا يحمل أي مؤهل، أو أي شخص آخر، إذا وضع التصميم فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعماري، ومن ثمة يكون ملتزما بالضمان⁽²⁾.

وهو الاتجاه الذي استقر عليه القضاء الفرنسي، الذي دعا إلى وجوب استعمال كلمة المهندس المعماري بمفهومها العام أو الشامل الذي يصدق على المهندس واضع التصميم، المهندس المشرف على التنفيذ والمهندس الاستشاري.....الخ. وتطبيقا لذلك تقرر تطبيق أحكام الضمان العشري على جملة من المتدخلين في عملية البناء، مثل مهندس الديكور الذي يمارس مهام المهندس المعماري، الفني الذي يمارس

(1) تنضي المادة 22 من المرسوم التشريعي 07/94 بمايلي: «تتعارض ممارسة مهنة المهندس المعماري بصفة خاصة مع كل الوظائف العمومية غير الانتخابية في مصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية المكلفة بالهندسة المعمارية والتعمير.

كما تتعارض مع ممارسة المهنة كعامل أو مقاول أو متعامل في الترقية الصناعية أو ممون بمواد أو لوازم تستعمل في البناء».

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 101.

مهام مشابهة لمهام المهندس المعماري والمهندس المدني الذي يضع التصميم أو يتولى الإشراف على التنفيذ⁽¹⁾.

وعلى ذلك يجدر بالمشروع الجزائري، وحتى القضاء في حالة التعرض لمثل هذه الحالات التوسع في تفسير مفهوم المهندس المعماري الوارد بالمادة 554 من القانون المدني، لتوفير حماية أكبر في مجال التشييد لرب العمل، باعتباره شخصا غير فني ولا خبيرا بهندسة المعمار من المتعاقد معه وهو شخص فني وخبير، مهندسا كان أو مقاولا أو غير ذلك.

وإن مسؤولية المهندس المعماري وفقا لأحكام الضمان العشري تتحدد بالنظر إلى مدى اتساع المهمة المسندة إليه من طرف رب العمل، فقد تقتصر مهمته على وضع التصميم فقط وقد تمتد إلى الإشراف والرقابة على التنفيذ، أو أن يتولى مهمة الإشراف والرقابة على التنفيذ دون مهمة وضع التصميم.

فإذا اقتصر دور المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالإشراف على تنفيذه، فإنه لا يسأل إلا عن العيوب التي تأتي من التصميم طبقا لما أقرته المادة 555 من القانون المدني الجزائري، حين نصت على أنه: «إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم».

وعليه فإن المهندس المعماري لا يكون مسؤولا عن عيوب تصميم لم يقر بوضعه متى كلف بالإشراف على تنفيذه، وهذا ما يستنتج بمفهوم المخالفة لأحكام المادة 555 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

أما إذا كلف المهندس المعماري بمهمة شاملة⁽²⁾ تشمل وضع الرسوم والتصميم والإشراف على تنفيذها، وهي الوضعية التي أجازها المشروع الجزائري من خلال مقتضيات المادة 9 من المرسوم التشريعي 07/94 سالف الذكر، فإنه يكون مسؤولا عن كل العيوب والأخطاء المترتبة عن هذه المهام.

⁽¹⁾ cass.civ.3, 10/12/1969, cité par George Liet- Veaux, Responsabilité décennale et biennale, juris-classeur, Responsabilité civile, fascicule 355-4-1, 5-1990, n° 227.

⁽²⁾ يحضر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1988/05/15 في المادة 13 منه، إسناد مهمتي وضع التصميم ومتابعة تنفيذ المشروع إلى نفس المهندس المعماري، إذا كان تابعا للمقاول المكلف بإنجاز المشروع، إذ يجب على رب العمل في هذه الحالة تعيين مهندس معماري آخر للقيام بمهمة المتابعة ومراقبة تنفيذ المشروع، وقد جاء هذا الموقف التشريعي ضمنا لحسن تنفيذ المشروع، وتحقيقا للرقابة المتبادلة بين المهندس المعماري والمقاول المنفذ أثناء إنجاز الأعمال.

ب/ المـقـاـول:

لم يعرف المشرع الجزائري المقاول ضمن النصوص القانونية المنظمة لعقد المقولة في القانون المدني، وإن كان قد حدد التزامات هذا الأخير في علاقته برب العمل. لكن بالرجوع إلى المرسوم التشريعي 07/94، نجد أن المشرع الجزائري قد أطلق على المقاول مصطلح "صاحب المشروع المنتدب" وعرفه من خلال المادة 8 من هذا المرسوم بما يلي: «يقصد بصاحب المشروع المنتدب في هذا المرسوم التشريعي، كل شخص طبيعي أو معنوي، يفوضه صاحب المشروع قانونا، للقيام بإنجاز بناء أو تحويله». ويسمى كذلك المنفذ⁽¹⁾، وهو كل شخص طبيعي أو معنوي يرتبط بعقد مقولة مع رب العمل، يتعهد بمقتضاه بتشديد بناء أو منشأة ثابتة أخرى وفقا للتصاميم والنماذج والرسوم المعدة من قبل مهندس معماري معتمد.

وبالمعنى المتقدم، لا يسأل المقاول الفرعي وفقا لأحكام الضمان العشري، لعدم وجود أية رابطة عقدية بينه وبين رب العمل، وإنما تقوم مسؤوليته اتجاه المقاول الأصلي على أساس قواعد المسؤولية العقدية، لقيام رابطة عقدية بينهما تتمثل في عقد المقولة الفرعية، ولا يستطيع المقاول الأصلي الرجوع على المقاول الفرعي وفقا لأحكام الضمان العشري، المقررة لحماية طائفة تجهل أصول البناء وفن المعمار، وهذا ما لا يتوافر في علاقة المقاول الأصلي مع المقاول الفرعي، فكلاهما مهني خبير في مجال البناء والتشييد، فلا يوجد إذن مقتضى لتطبيق قواعد خاصة مشددة فيما بينهما، وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 554 من القانون المدني الجزائري حين نصت على أنه: «ولا تسري هذه المادة على ما يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين».

و بهذا الموقف يكون المشرع الجزائري قد أخرج صراحة المقاول الفرعي من نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري.

ج/ المراقب الفني:

نظمت مهمة الرقابة الفنية في مجال البناء لأول مرة في الجزائر، بمقتضى الأمر 85/71 المؤرخ في 1971/12/29 والمتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي⁽²⁾، ثم بموجب المرسوم التنظيمي رقم 205/86 المؤرخ في 1986/08/19 والمتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء⁽³⁾.

(1) إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص 686.

(2) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 04، سنة 1972.

(3) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 34، سنة 1986.

وإذا كانت مهمة الرقابة الفنية في مجال البناء قد نظمت منذ السبعينيات، إلا أن المراقب الفني لم يخضع لأحكام الضمان العشري إلا بموجب القانون رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات⁽¹⁾، المعدل والمتمم للقانون رقم 07/80 المؤرخ في 09/08/1980 المتضمن قانون التأمين⁽²⁾، إذ قضى في المادة 178 منه بما يلي: «يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين الفنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع» .

وبالرجوع إلى المادة 554 المشار إليها، نجد أن المعنيين بأحكام الضمان العشري، هما فقط المهندس المعماري والمقاول فقط، وبالتالي كان من الأجدر تعديل نص المادة 554 من القانون المدني، ليقضي بإخضاع المراقب الفني لأحكام الضمان العشري ثم إلزامه بالتأمين على المسؤولية المترتبة على ذلك.

ويتم تدخل المراقب الفني، على مرحلتين:

تكون الأولى على مستوى المشروع التمهيدي، إذ يتدخل قبل البدء في إنجاز الأعمال ويجري دراسة انتقادية لمجموع الترتيبات الفنية على تصميم الأعمال الكبيرة، والعناصر التي ترتبط بها ليتأكد من مطابقتها لقواعد البناء.

أما الثانية فتكون على مستوى الإنجاز وتتعلق بتنفيذ الأعمال، أين يسهر على احترام المخططات المعتمدة وكيفية التنفيذ⁽³⁾، استنادا للفقرتين الثانية والثالثة من المادة 3 من المرسوم التنظيمي 205/86، سالف الذكر.

ولم يبين هذا المرسوم الطرف الذي يلتزم بطلب تدخل المراقب الفني، لكن بالرجوع إلى القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 سالف الذكر، نجد أنه يفرض على رب العمل أن يبرم اتفاقية مع الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء، فيما يخص البنايات التي تدخل ضمن اختصاصها، وعلى المهندس المعماري أو مكتب

(1) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 13، سنة 1995.

(2) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 33، سنة 1980.

(3) تنص الفقرة الثانية والثالثة من المادة 3 من المرسوم التنظيمي 205/86 على مايلي: «وتتمثل هذه المهمة في دراسة جميع الترتيبات التقنية التي تتضمنها المشاريع دراسة نقدية، لاسيما رقابة تصميم الأعمال الكبرى والعناصر التي ترتبط بها للتأكد من مطابقتها لقواعد البناء ومقاييسه.

وتتم هذه الرقابة برقابة تنفيذ الأشغال قصد السهر على احترام المخططات المعتمدة وكيفية التنفيذ».

الدراسات أن يقدم يد المساعدة لرب العمل عند إبرام هذه الاتفاقية، وفقا للمادة 18 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988، سالف الذكر⁽¹⁾.

غير أن مجال تطبيق هذا القرار الوزاري، يقتصر فقط على البنايات التي تتم لحساب الإدارات التابعة للدولة والجماعات المحلية والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري، وبالتالي يبقى الأمر غامضا في غير ذلك من القطاعات لغياب النصوص القانونية المنظمة لمسؤولية المراقب الفني، وذلك بالرغم من الدور الكبير والصلاحيات الواسعة التي خولها له المرسوم التنظيمي رقم 205/86.

د/ المتعامل في الترقية العقارية:

تتمثل مهمة المتعامل في الترقية العقارية في القيام بمجموعة الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو لتلبية حاجات خاصة، وفقا لما جاء في نص المادة 2 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري سالف الذكر، وعليه إذا كانت المباني العقارية التي قام بها المتعامل العقاري موجهة للبيع، اعتبر بائعا في علاقته بالمشتري وليس مقاولا، بما يطرح التساؤل عما إذا كان المتعامل في الترقية العقارية يخضع لأحكام الضمان العشري أم لا، ولعل أن ما يطرح هذا التساؤل هو أن نص المادة 8 من المرسوم التشريعي 03/93، والتي تطرقت للضمان العشري، ليس في وضوح المادة 41 من القانون 07/86 المؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية⁽²⁾، التي كانت تحمل المكتتب في الترقية العقارية بالضمان العشري.

وتنص المادة 8 من المرسوم التشريعي 03/93 على أنه: «تظل المعاملات التجارية التي تتعلق ببنية أو جزء من بنايات خاضعة للتشريع المعمول به، ولاسيما أحكام القانون المدني في هذا المجال، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها أدناه والمتعلقة بالبيع اعتمادا على التصاميم.

وقبل أي تسليم بنية إلى المشتري، يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تامين تحملهم المسؤولية

(1) تنضي المادة 18 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 بمايلي: «يجب على صاحب المشروع أن يبرم اتفاقية مع الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء فيما يخص كل البنايات التي تدخل ضمن اختصاصات هذه الهيئة، ويجب أن تبرم هذه الاتفاقية فور توقيع عقد الاستشارة الفنية. وعلى المستشار الفني أن يساعد رب العمل في علاقاته مع الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء عند إعداد الاتفاقية والحصول على التأشيرات التقنية».

(2) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 10، سنة 1986.

وقد ألغي هذا القانون بموجب المرسوم التشريعي 03/93.

المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني، لاسيما المادة 554 منه وطبقا للقانون المتعلق بالتأمينات لاسيما مواده من 94 إلى 99⁽¹⁾.

تبلغ نسخة التأمين المذكورة في الفقرة السابقة إلى المشتريين يوم حيازة ملكية البناية كأقصى أجل.

وإن لم يكن ذلك، يحمل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية المدنية زيادة على الأحكام التي ينص عليها القانون في هذا المجال».

وعليه يتضح من الفقرة الرابعة من المادة 8 أعلاه، أنه إذا كان المتعامل في الترقية العقارية قد كلف مهندسين معماريين ومقاولين بإنجاز مباني، بحيث يكون في علاقته معهم في مركز صاحب العمل، ولم يطلب منهم شهادة تأمين عن مسؤوليتهم، فإنه يكون ملتزما بأحكام الضمان العشري، ومعنى ذلك أنه لو تولى المتعامل في الترقية العقارية إنجاز المباني بنفسه، كما هو الغالب في الحياة العملية، فإنه لا يكون مسؤولا طبقا لأحكام الضمان العشري في مواجهة المشتري، وهذا ما لم يقصده المشرع في رأينا، فالمتعامل العقاري يعتبر مهنيا محترفا يتعامل مع أشخاص يجهلون فن البناء والتشييد وليست لهم خبرة به، وهذه الاعتبارات كافية لاتجاه إرادة المشرع إلى حمايتهم عن طريق استفادتهم من أحكام الضمان العشري .

ولأجل ذلك، وسدا للثغرات وإيعادا لكل غموض، نقترح تعديل المادة 08 أعلاه، بالنص صراحة على خضوع المتعامل في الترقية العقارية لأحكام الضمان العشري سواء قام بإنجاز المباني بنفسه أو كلف مشيدين آخرين بإنجازها، وسواء تم البيع قبل اكتمال البناء، أي البيع بناء على التصاميم، أو تم البيع بعد اكتمال البناء.

2-الأشخاص المستفيدون من أحكام الضمان العشري.

مادامت الحكمة من تقرير قواعد الضمان العشري، تتمثل في حماية رب العمل، الذي يكون في الغالب غير خبير بفن البناء وأصوله، فالمستفيد الأول من قواعد هذا الضمان إذن هو رب العمل، بيد أن حق الرجوع بالضمان العشري، يمكن أن يمتد إلى الخلف العام والخاص وكذا إلى المالكين المشتركين للبناء.

⁽¹⁾ يلاحظ أن المادة 2/8 من المرسوم التشريعي 03/93 ، تحيل إلى القانون 07/80 المؤرخ في 19/07/1980، المتعلق بالتأمينات، بالرغم من أنه ألغي بالأمر 07/95 المؤرخ في 25/01/1995، لذا يتعين على المشرع الجزائي تعديل المادة 2/8 بالإحالة إلى المواد 175 إلى 178 من الأمر 07/95.

أ/ رب العمل:

إن المستفيد الأول من قواعد الضمان العشري هو رب العمل، لأن الضمان العشري مقرر أساسا لمصلحته، فهو المتعاقد مع المشيد مقاولا كان أو مهندسا معماريا⁽¹⁾، ذلك أن رب العمل هو الذي يصاب عادة بالضرر من جراء تدهم المباني أو ظهور عيب فيها يهدد سلامتها أو متانتها، فيرجع بالضمان العشري على المهندس المعماري أو المقاول أو عليهما معا⁽²⁾.

ويستوي في هذا الشأن أن يكون رب العمل شخصا طبيعيا أو اعتباريا، خاصا أو عاما⁽³⁾، وقد أطلق عليه المشرع الجزائري مصطلح "صاحب المشروع" وعرفه من خلال المادة 7 من المرسوم التشريعي 07/94 سالف الذكر بأنه: «كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء يقع على قطعة أرضية يكون مالكا لها أو يكون حائزا لحقوق البناء عليها، طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما».

ولكن رب العمل لا يستفيد من الضمان العشري، إذا كان مقاولا أصليا تعاقد مع مقاول فرعي، ذلك أن قواعد الضمان العشري لا تسري في العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي استنادا إلى الفقرة الثالثة من المادة 554 من القانون المدني الجزائري، سألقة الذكر.

ب/ الخلف العام:

انطلاقا من نص المادة 108 من القانون المدني الجزائري الذي يقضي بانصراف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام⁽⁴⁾، فإن الحقوق التي يربتها عقد المقاول لرب العمل تنتقل بعد وفاته إلى خلفه العام، ومن أهم هذه الحقوق الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري.

والمشرع الجزائري لم يكتف بهذه القاعدة العامة، وأكد مجددا هذا الانتقال في حق مباشرة دعوى الضمان العشري إلى الخلف العام بموجب نص المادة 2/178 من القانون رقم

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص195.

Voir aussi- Philippe le Tourneau, La responsabilité civile, 3^{ème} édition, Dalloz, 1982, p422.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص111.

(3) إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص687.

(4) تنص المادة 108 من القانون المدني الجزائري على أن: «ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث».

07/95 المتعلق بالتأمينات التي نصت على أن: «ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/أو ملاكيه المتتالين، إلى غاية انقضاء أجل الضمان».

ومن ضمن هؤلاء الملاك، نذكر الورثة الذين تنتقل إليهم ملكية البناء محل عقد المقاول بوفاة رب العمل.

وعلى ذلك، فإنه بوفاة رب العمل، يصبح من حق خلفه العام الاستفادة من أحكام الضمان العشري في رجوعهم على المشيد المسؤول بأحكام الضمان العشري، متى تهمم البناء أو ظهر فيه عيب من شأنه تهديد متانته أو سلامته خلال مدة الضمان.

ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على عدم انتقال الحق في الضمان العشري إلى الخلف العام، لتعلق أحكام هذا الضمان بالنظام العام⁽¹⁾.

ج/ الخلف الخاص:

إن انتقال الحق في الضمان إلى الخلف الخاص، يجد سنده القانوني في نص المادة 109 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، إذ بين المشرع الجزائي من خلال النص المذكور، كيفية انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص لكل من المتعاقدين.

كما يمكن أن نستشف انتقال الحق في الضمان العشري إلى الخلف الخاص من خلال المادة 2/178 من القانون 07/95، سالف الذكر.

وعليه فإن الخلف الخاص الذي انتقلت إليه ملكية البناء عن طريق الشراء أو الهبة أو المقايضة، يستفيد من قواعد الضمان العشري في رجوعه على المشيد المسؤول إذا تهمم البناء أو ظهر فيه عيب يهدد متانته أو سلامته خلال مدة الضمان.

وإذا كانت دعوى الضمان العشري تنتقل إلى الخلف الخاص مع انتقال ملكية البناء إليه، فإن ذلك لا يعني فقدان رب العمل إمكانية مباشرة هذه الدعوى، متى كانت له مصلحة مباشرة ومؤكدة من وراء مباشرتها كما في الحالة التي يرفع فيها المشتري ضده دعوى المطالبة بالتعويض استنادا إلى القواعد العامة في ضمان العيب الخفي في عقد البيع⁽³⁾، وفي هذا الصدد فإنه يجوز للمشتري أن يرجع على بائعه (رب العمل) بدعوى ضمان العيب الخفي أو على المقاول أو المهندس المعماري بدعوى الضمان العشري⁽⁴⁾.

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

(2) تنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري على أنه: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».

(3) George Liet-Veaux, Responsabilité de droit commun des architectes, juris-classeur, responsabilité civile, fascicule 355-1, 1984, n° 175.

(4) شعبان عياشي، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 42، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 97.

وينتقل الحق في الضمان العشري إلى الخلف الخاص حتى ولو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على السلف، كالموهوب له الذي ليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب، ذلك أن دعوى الضمان قد انتقلت إلى الموهوب له مع الشيء الموهوب بعقد الهبة⁽¹⁾.

ولا يستطيع الدائن العادي لرب العمل أن يرفع دعوى الضمان العشري ضد المشيدين، وإنما يجوز له المطالبة بالضمان عن طريق الدعوى غير المباشرة⁽²⁾، كما لا يستطيع مستأجر البناء مباشرة دعوى الضمان العشري، لأنه لا يعد صاحب أي حق عيني على العقار المؤجر، ومن ثمة لا يمكنه التمسك ضد المهندس المعماري والمقاول إلا بقواعد المسؤولية التقصيرية⁽³⁾.

د/ المالكون المشتركون للبناء:

نظمت الملكية المشتركة في التشريع الجزائري أول مرة بأحكام القانون المدني، ثم بموجب المرسوم التنظيمي رقم 666/83، المؤرخ في 12/11/1983 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة والبنائات الجماعية⁽⁴⁾، هذا الأخير عدل وتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 59/94 المؤرخ في 07/03/1994 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنائات الجماعية⁽⁵⁾.

والملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية، والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة، وفقا لما جاء في نص المادة 743 من القانون المدني الجزائري.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية المذكورة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري قد سمح للملاك في الملكية المشتركة في العقارات المبنية، أن يكونوا جمعية فيما بينهم تتولى إدارة العقار والمحافظة عليه، وتسيير الأجزاء المشتركة، وفقا للمواد 756 مكرر 2 من

(1) المرجع نفسه، ص 98-99.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 195.

(3) (H.L.j) Mazeaud, op.cit, p68.

(4) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، سنة 1983.

(5) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 13، سنة 1994.

القانون المدني الجزائري والمادتين 15 و 1/16 من المرسوم 666/83 سالف الذكر⁽¹⁾. ويكون للجمعية متصرف يتولى تنفيذ قراراتها ويمثلها لدى القضاء، سواء مدعية أو مدعى عليها، إعمالا للمادة 764 من القانون المدني الجزائري والمادة 42 من المرسوم 666/83 سالف الذكر⁽²⁾.

وعلى ذلك يمكن القول أن دعوى الضمان العشري تثبت للشريك بالنسبة للضرر الذي يصيب الجزء الخاص بملكيته، تأسيسا على ارتباط دعوى الضمان بالملكية، أما إذا كان الضرر قد أصاب الأجزاء المشتركة، فإن الحق في رفع دعوى الضمان العشري تثبت للجمعية ممثلة في المتصرف.

ثانيا: شروط تطبيق أحكام الضمان العشري.

يشترط لتطبيق قواعد وأحكام الضمان العشري، توافر شروط معينة وهذه الشروط على نوعين، شروط موضوعية وأخرى شكلية.

1- الشروط الموضوعية.

يتوقف تطبيق قواعد الضمان العشري على وجود عقد مقاوله بين المقاول أو المهندس المعماري ورب العمل، وأن يكون محل هذا العقد إقامة بناء أو منشأ ثابت، وأن يحدث تدهم كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت أو يظهر فيه عيب مؤثر خلال مدة الضمان العشري.

أ/ضرورة وجود عقد مقاوله:

لا يتبين من نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري، أنها تشترط في الشخص الذي يمكن الرجوع عليه بمقتضى أحكام الضمان العشري أن يكون مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاوله.

(1) تنص المادة 756 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري على أن: «تشكل جماعة الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها جمعية تتمتع بالشخصية المدنية».

تتولى الجمعية إدارة العقار والمحافظة عليه وكذا تسيير الأجزاء المشتركة».

أما المادة 1/15 من المرسوم التنظيمي 666/83 فقد نصت على أن: «تشكل جماعة الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له في شكل جمعية ذات شخصية مدنية».

بينما المادة 1/16 من المرسوم نفسه فقد قضت بأن: «تتمثل صلاحية الجمعية في الحفاظ على العمارة وتسيير أجزائها المشتركة، وهي مسؤولة عن الأضرار التي تلحق بالشركاء و/أو الشاغلين، أو تلحق بالغير بسبب عدم صيانة الأجزاء المشتركة منها».

(2) تنص المادة 1/764 من القانون المدني الجزائري على مايلي: «يعد هذا المتصرف وكيلا للجمعية ويمثلها لدى القضاء».

أما المادة 42 من المرسوم 666/83 فقد نصت على أن: «يمثل المتصرف الجماعة إزاء الغير وجميع الإدارات. ويمثلها في مجال القضاء سواء مدعيا أو مدعى عليها ولو ضد بعض الشاغلين».

غير أن الفقه والقضاء يشترطان في الشخص الذي يمكن الرجوع عليه وفقا لأحكام الضمان العشري، أن يكون مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاول⁽¹⁾ - وهو ما نؤيده- على اعتبار أن إدراج المشرع الجزائري المادة 554 ضمن القسم الأول المعنون بالتزامات المقاول من الفصل الأول تحت عنوان عقد المقاول، من الباب التاسع الذي جاء بأحكام العقود الواردة على العمل، يمكن أن نستخلص منه أن عقد المقاول يعتبر أساسا لوجود وتحقيق الضمان العشري.

وعليه فإنه لا اعتبار متدخل ما في عملية التشييد مسؤولا بناء على أحكام الضمان العشري، يجب أن يكون من حيث المبدأ، مرتبطا فعلا مع رب العمل بعقد مقاول، وبالنتيجة لذلك، فإذا كان العقد المراد الرجوع على أساسه عقد وكالة أو عقد عمل أو عقد بيع⁽²⁾، فلا يجوز الرجوع بمقتضى أحكام الضمان العشري، لأن مثل هذه العقود لا تعطي الحق في الرجوع بناء على هذا الضمان الخاص.

وتطبيقا لهذا الشرط، لا يخضع العمال الذين يستخدمهم رب العمل في عملية التشييد، على أساس عقد عمل، إلى قواعد الضمان العشري، كما لا يخضع المقاولون الفرعيون لهذه القواعد، لعدم وجود أية علاقة عقدية تربطهم برب العمل، وهذا ما يؤكد نص المادة 3/554 سالف الذكر، إذ يتعين على رب العمل إذا أراد الرجوع على المقاولين الفرعيين أن يستند في ذلك إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

ولا يخضع لقواعد الضمان العشري أيضا، المهندس المعماري الذي يستمد تدخله في عملية التشييد من العقد الذي يربطه بالمقاول⁽³⁾.

ب/ يجب أن يكون محل عقد المقاول تشييد بناء أو منشأ ثابت.

يلاحظ من خلال المادة 554 من القانون المدني الجزائري أنها لا تقصر مجال تطبيق قواعد الضمان العشري على المباني بالمعنى الفني للكلمة، وإنما يمتد مجال تطبيق أحكام هذا الضمان إلى المنشآت الثابتة الأخرى.

وقد عرّف المشرع الجزائري البناء من خلال المادة 02 من القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 ، الذي يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها⁽⁴⁾ بأنه:

(1) إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقها وقضاء، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 87.

(2) يلاحظ أن المشرع الجزائري قد خرج بخصوص عقد البيع عن مبدأ ضرورة وجود عقد مقاول يربط المتدخل في عملية التشييد بالمستفيد، حين أخضع المتعامل في الترقية العقارية لأحكام الضمان العشري، بالرغم من أنه يعتبر بائعا وليس مقاولا، وذلك طبقا للمادة 8 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 سالف الذكر.

(3) George Liet-Veaux, Responsabilité décennale et biennale, juris-classeur, Responsabilité civile, op.cit, n° 208.

(4) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، سنة 2008.

«كل بناية أو منشأة يوجه استعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي والتقليدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات».

والملاحظ على هذا التعريف، أن المشرع الجزائري قد عرّف البناء من خلال تعداد استعمالاته ولم يعرّفه بمعناه الفني.

وبالرجوع إلى الفقه، نجد أن البعض قد عرّفه بأنه: «كل عمل أقامته يد الإنسان، ثابت في حيزه من الأرض، متصلا بها اتصال قرار، عن طريق الربط، ربطا غير قابل للفك دون تعيب، بين مجموعة من المواد، أيا كان نوعها، جرت العادة على استعمالها في مثل هذا العمل، طبقا لمقتضيات الزمان والمكان»⁽¹⁾.

كما عرّف بأنه: «كل إنشاء يقيمه الإنسان متصلا بالأرض اتصال قرار، ويعتبر عقارا بطبيعته، فلا يكفي أن يكون عقارا بالتخصيص كالمصاعد إذ تعتبر من الأشياء، ولا عبرة بطبيعة المواد التي استعملت في التشييد أو نوعها، ولا بالغرض من تشييد البناء»⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالمنشآت الثابتة فقد عرّفها المادة 2/23 من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 1988/05/15 سالف الذكر بالنص على: «يقصد بالمنشآت الثابتة، التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشآت، والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال، وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل».

بيد أن المشرع الجزائري لم يوفق في اعتقادنا، في تعريف المنشأ الثابت، إذ يتضح من التعريف السابق أن المقصود بالمنشآت الثابتة تلك العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال عن المنشأة المعمارية، كأجهزة التكييف المركزية، ملطف الهواء، المصاعد الكهربائية وشبكات توزيع الكهرباء والماء.

ومن ثمة فإن الضمان العشري يتعلق بالمباني والمنشآت أيا كانت طبيعتها أو مكانها (فوق أو تحت سطح الأرض) والغرض منها وشكلها والمادة الداخلة في تكوينها، والقيد الوحيد على ذلك هو الثبات، أي يشترط أن تكون ثابتة يتحقق فيها عنصر الاستقرار والدوام، والدوام ليس معناه الأبدية بل يكفي ألا تقل مدة بقاء البناء أو المنشأة عن عشر سنوات، لهذا فإنه يدخل في دائرة الضمان العشري، بالإضافة إلى المباني، كل ما هو من الأعمال ouvrages مثل إقامة الآبار والجسور وأجهزة التكييف المركزية والمداخن

(1) عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 659. ويقترب من هذا التعريف ما جاء به الدكتور العطار الذي عرّف البناء بأنه: «كل شيء من صنع الإنسان، ثابت في حيزه، متصل بالأرض اتصال قرار». أنظر عبد الناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، بيروت، لبنان، دون سنة طبع، ص 123.

(2) أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 11.

وملاعب التنس وساحات الترحلق، وتدخل كذلك عناصر التجهيز سواء بمعناها العام، أي ما يلزم من إنشاءات أولية لتوفير احتياجات الإنسان الأولية كالطرق والقنوات ومجاري المياه، أو بمعناها الخاص في حالة ارتباطها بالبناء نفسه مثل مواسير الصرف والشرب وأنابيب الغاز إلى غير ذلك⁽¹⁾.

ويتعين التحفظ في القول بأن الضمان المعماري يقتصر على العقارات دون المنقولات، نظرا لتداخل مجال كل منهما في العصر الحديث بسبب التطور التقني، ففي مجال البناء أصبح من الممكن إنشاء ونقل المباني والمنشآت دون تلف بالمعنى التقليدي من خلال المباني سابقة التجهيز، كما يتعين التحفظ كذلك في القول باستبعاد العقار بالتخصيص، حيث توجد بعض المنقولات التي ترتبط بالمبنى أو المنشأة وتشكل جزء لا ينفصل عنه، ويمكن أن يؤدي ظهور عيب بها إلى تهديد سلامة البناء كأجهزة التكييف المركزية⁽²⁾.

ولا يقتصر الضمان على الإنشاء construction، أي البدء في تشييد مبنى أو منشأة جديدة، بل الأعمال الأخرى مثل التعلية والزيادة أو الإضافة، وكذلك التعديل من خلال تغيير المعالم أو الغرض وعمليات الترميم والتدعيم كاستبدال وتقوية الأجزاء المتداعية، إذ أن الحكمة من الضمان تكمن في كل تلك العمليات⁽³⁾.

وهو في الحقيقة ما يستفاد من عبارة "فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى..." الواردة ضمن نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري، فالعبارة جاءت بمطلق العموم دون تخصيص، وكما هو معلوم، العام على عمومه حتى يخصص.

كما أنه بالرجوع إلى المادة 52 من القانون 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير⁽⁴⁾، نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط رخصة البناء فيما يخص تشييد البنايات الجديدة ولتمديد البنايات الموجودة، ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحة العمومية، ولإنجاز جدار صلب للتدعيم أو للتسييج.

وفي الأخير نشير إلى أنه يمكن ملاحظة اتجاه المشرع الجزائري نحو توسيع النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري، ويتأكد هذا الاتجاه التوسعي بجلاء من خلال نص المادة 181 من القانون 07/95 المتعلق بالتأمينات التي تنص على أن: «يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا، الأضرار المخلّة بصلابة العناصر

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص119.

(2) المرجع نفسه، صص120-121.

(3) محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع، صص93-94.

(4) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد52، سنة 1990.

الخاصة بتجهيز بناية ما، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية.

يعتبر جزء لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز».

ونستخلص من معاني الكلمات الثلاثة الأخيرة أن العناصر التجهيزية لا ينطبق عليها وصف غير قابلة للانفصال، إذا كان نزعها بسبب تلف أصابها هي في حد ذاتها، مع بقاء البناء مثل ما كان عليه.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري، قد استعمل في النص سالف الذكر، لفظ "أضرار" أو "dommages" في غير محله، والحقيقة أن الأضرار هي في حد ذاتها نتيجة لآبد لها من مسببات، فلا يعقل إذن أن تعرض الأضرار متانة وصلابة العناصر التجهيزية في البناء للخطر، والصواب هو أن الذي يعرض متانة وصلابة العناصر التجهيزية في البناء للخطر هو العيب المؤثر، الذي يلحق هذه العناصر، وليس الأضرار التي هي نتيجة حتمية لوجود هذا العيب، وعليه نقترح على المشرع الجزائري، إعادة صياغة المادة 181 أعلاه، باستبدال لفظ الأضرار بلفظ العيوب.

كما أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا المقصود بالعناصر التجهيزية، كما لم يورد أي مثال عن تلك العناصر، مكتفيا بإعطاء وصف عام وشامل للعنصر التجهيزي.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 181 سالف الذكر، يمكن القول أنه ليس كل عناصر التجهيز بالمبنى تكون محلا لتطبيق قواعد الضمان العشري، إذ اشترط المشرع الجزائري لذلك بعض الشروط، يمكن استخلاصها من النص المذكور أعلاه، تتمثل في وجوب أن يكون العنصر التجهيزي بالمبنى جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة والتغطية ووضع الأساس والهيكل والإحاطة، ويعتبر جزءا لا يتجزأ من الإنجاز بمفهوم النص القانوني المذكور، كل عنصر خاص بالتجهيز، لا يمكن نزعه أو تفكيكه أو استبداله دون تلف أو حذف مادة من مواد الإنجاز، فضلا على أن تلحق بالعنصر التجهيزي عيوب مؤثرة تعرض متانته وصلابته للخطر.

وعلى ذلك فإن المشرع الجزائري، عندما وسّع في النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري من خلال المادة 181 سالف الذكر، ليشمل العناصر التجهيزية للبناء، غير القابلة للانفصال، دون أن يواكب ذلك توسيع النطاق الشخصي لأحكام هذا الضمان الخاص، ليشمل صانع هذه العناصر التجهيزية أيضا، يكون قد أهدر مبدأ المساواة في

المعاملة من حيث المسؤولية المدنية، وحمل المقاول مسؤولية أخطاء قد لا تعود في أسبابها إلى خطئه بل إلى خطأ الصانع.

ومن هنا يمكن أن نستشف أن المشرع الجزائري قد جانب الصواب عندما وسّع النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري، ذلك أن الأمر يقتضي هنا أن يواكب هذا التعديل، تعديلاً آخر، يوسّع في نطاق دائرة الأشخاص الملزمون بمقتضى أحكام الضمان العشري، ليشمل الصانع أيضاً.

ج/ حصول تهم كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت أو ظهور عيب به.

تهدم المباني أو المنشآت كلياً أو جزئياً، يعني انحلال الرابطة التي تربط أجزائها الأساسية بعضها ببعض، وهو أخطر صور الأضرار التي يمكن أن تصيبها على الإطلاق، على إثر خطأ أو إهمال مهني من جانب المشيّد⁽¹⁾.

وتهدم البناء أو المنشأ الثابت قد يكون كلياً بأن يسقط كل البناء أو المنشأة أو في الغالب الأعم منه، بحيث يصبح غير صالح على الإطلاق لتحقيق الغرض الذي وجد من أجله. وقد يكون جزئياً، بأن يكون قاصراً على جزء معين دون غيره من أجزاء العمل المعماري، كسقوط الشرفة أو تهدم جدار، أو انزلاق جزء من الأرض التي يقام عليها المبنى والمؤدي إلى سقوط الجزء الذي يعلو هذه الأرضية.

والتهدم سواء كان كلياً أو جزئياً إما أن يرجع سببه إلى كون المواد المستعملة في تشييده غير صالحة أو ليست بالجودة المطلوبة، أو أن تكون الطريقة التي شيد بها مخالفة لقواعد العمل المعماري أو أن تكون أشغال البناء قد نفذت وفق تصاميم معيبة، كما قد يكون العيب في عملية التشييد والبناء راجعاً إلى عدم مراعاة الترتيب الزمني بين العمليات المختلفة المكونة للبناء أو المنشأ الثابت، بحيث لم تأخذ كل عملية من هذه العمليات حظها الكافي من الوقت كي يتم جفافها وتكتمل صلابتها، حتى تستطيع حمل المراحل التالية عليها.

ويلاحظ أنه لا تأثير لسبب تهم البناء أو المنشأ الثابت، على تطبيق قواعد الضمان العشري، إذ تطبق هذه الأخيرة طالما ثبتت واقعة الانهيار والتهدم⁽²⁾، وهو ما يستفاد من الفقرة الأولى من المادة 554 من القانون المدني سالف الذكر، حين قرر المشرع الجزائري أن تطبق قواعد الضمان العشري ولو كان التهم ناتجاً عن عيب في الأرض.

⁽¹⁾ جلال علي العدوي، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1994، ص 379.

⁽²⁾ Dalila Zennaki, op.cit, p36

ويمتد الضمان العشري المنصوص عليه في المادة 554 من القانون المدني الجزائري، ليشمل بالإضافة إلى التهدم الكلي أو الجزئي، العيوب التي تظهر في البناء أو المنشأ الثابت، على أن يترتب على وجودها تهديد متانة البناء وسلامته.

وبالرجوع إلى القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 المشار إليه سابقا، نجد أن المادة 03/23 منه قد عرّفت العيوب المذكورة بالمادة 554 من القانون المدني الجزائري، والتي تشملها قواعد الضمان العشري بنصها: «يقصد بالعيوب كل عيب في المواد أو المنتجات أو عمل غير متقن، من شأنه أن يهدد فورا أو بعد مدة استقرار المشروع وعمله في ظروف طبيعية».

ويلاحظ أن المشرع الجزائري، قد ساوى بين التهدم الكلي أو الجزئي والعيب الجسيم الذي يظهر في البناء أو المنشأ الثابت، من حيث إخضاع كل منهما إلى أحكام الضمان العشري، وهو اتجاه مبرر في حقيقة الأمر، على أساس أن ظهور عيب مؤثر في البناء أو المنشأ الثابت يكون في الغالب نتيجة مخالفة عمدية للأصول الفنية للبناء من طرف المشيدين، أو نتيجة الأخطاء الجسيمة لهذه الفئة من المهنين، ولحد من هذه الظاهرة السلبية التي أضحت تشكل عائقا أمام تطور هذا المجال من النشاط البشري، ينبغي إعمال قواعد الضمان العشري لمجرد ظهور هذه العيوب، كما أن وجود عيب مؤثر في البناء أو المنشأ الثابت من شأنه أن يعرض متانته وسلامته لخطر الانهيار في أية لحظة، حتى ولو بعد انقضاء مدة الضمان العشري.

غير أن الضمان العشري لا يترتب على كل عيوب البناء أو المنشأ الثابت، بل يلزم توافر شروط معينة:

الشرط الأول: يجب أن يكون من شأن العيب تهديد متانة البناء أو المنشأ الثابت وسلامته، ويصعب حصر العيوب التي يتوافر فيها هذا الوصف، نظرا لتعدد وتداخل العمليات المعمارية في العصر الحديث، لهذا يتعين ترك الأمر لقاضي الموضوع ليقدر طبيعة العيب مستعينا في ذلك بأهل الخبرة، وتلك مسألة واقع لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا طالما بنى حكمه على أسباب سائغة⁽¹⁾.

ويجب ألا يقتصر الأمر على العيوب التي تهدد المتانة *solidité* أو السلامة *sécurité* بالمعنى الضيق، كذلك التي تمس الأساسات والسقف، بل يجب أن يمتد الضمان للعيوب التي تهدد حفظ البناء أو المنشأ الثابت *conservation*، فهذه العيوب، نظرا

(1) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 221.

لتكامل العمل المعماري، وإن لم تهدد البناء مباشرة إلا أنه من شأنها التأثير فيه بطريقة غير مباشر، كالعيوب التي تظهر في توصيلات المياه والصرف.

ولا يشترط بطبيعة الحال أن يهدد العيب البناء بأكمله بل يمكن أن يقتصر الأمر على جزء منه، ويمد القضاء الفرنسي الضمان العشري إلى العيوب التي من شأنها أن تجعل البناء غير صالح للغاية التي أعد من أجلها⁽¹⁾.

أما عدا ذلك من العيوب فلا تدخل في دائرة الضمان العشري كذلك التي تتعلق بدهان الأبواب والنوافذ وأعمال الزينة وورق الحائط إلى غير ذلك، لأن هذه الأعمال ليس من شأنها أن تهدد سلامة أو متانة البناء أو المنشأ الثابت أصلاً، فضلاً عن أنها لا تعد من قبيل أعمال التشييد و البناء⁽²⁾.

و يكفي اكتشاف العيب الذي يهدد متانة وسلامة البناء خلال فترة الضمان ولو لم يؤد ذلك إلى تدهم البناء الكلي أو الجزئي⁽³⁾.

الشرط الثاني: يتعين أن يكون العيب في البناء خفياً، بحيث لا يكون في استطاعة صاحب البناء اكتشافه وقت التسليم، حتى يمكن القول بدخوله ضمن النطاق الموضوعي للضمان العشري⁽⁴⁾، والعيب الخفي المقصود هنا هو كل خلل يصيب البناء أو المنشأ الثابت، تقتضي أصول وقواعد الفن خلوها منه، ويعد من قبيل العيوب الخفية وقت التسليم، وبالتالي يدخل في نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري، كل عيب من الممكن أن يخفى في ذلك الوقت على الشخص العادي غير الملم ببن البناء⁽⁵⁾.

ويقع على رب العمل عبء إثبات عدم تبينه للعيب أو علمه به، ويتساهل القضاء في هذا الإثبات، فمجرد تسلم البناء دون إيداء تحفظات يعتبر قرينة على عدم معرفة العيب، وعلى المهندس المعماري أو المقاول عبء إثبات اكتشاف رب العمل للعيب وقبوله له، وهنا يضيف البعض بأنه يتعين على القاضي عدم الاكتفاء بمجرد العلم بالعيب لسقوط دعوى الضمان، بل يلزم أيضاً العلم بطبيعته وأبعاده وما يمكن أن يترتب عليه من نتائج⁽⁶⁾، وهو ما نؤيده - على، يكون ذلك بالنسبة لرب العمل غير المتخصص في فن البناء والمعمار.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص125

(2) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص95.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص127.

(4) نعيم مغيب، المرجع السابق، ص287.

(5) عبد الناصر توفيق العطار، استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1971، ص51. أنظر أيضاً محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص97.

(6) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص129.

الشرط الثالث: يشمل الضمان العشري العيوب التي توجد قبل تسليم البناء، وتلك التي تطرأ بعد التسليم خلال مدة الضمان، بشرط أن يكون العيب راجعاً إلى البناء ذاته (العمل أو المواد المستعملة) وليس بسبب أجنبي.

وعلى ذلك يكفي وجود العيب أو سببه خلال فترة الضمان حتى لو تكشف أو تفاقم آثاره وبدأت نتائجه بعد تلك الفترة، كما في حالات تسوس الأخشاب وظهور تشققات بالسقف والجدران وتآكل الطبقة الإسمنتية⁽¹⁾.

2- الشروط الشكلية.

ويتعلق الأمر هنا بالمدة الزمنية التي يجب أن يقوم خلالها السبب الموجب للضمان من جهة، وتلك التي يتعين رفع دعوى الضمان خلالها من جهة أخرى.

أ/ مدة الضمان العشري:

يشترط لقيام الضمان العشري في القانون المدني الجزائري، أن يحدث تهديم كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت، أو يظهر به عيب مؤثر، خلال عشر سنوات، تحسب من وقت التسليم النهائي للعمل⁽²⁾، فإن حدث التهديم أو ظهر العيب المؤثر بعد مرور هذه المدة، فلا يسأل عنه المشيّد، وفقاً لأحكام الضمان العشري.

ويقع عبء إثبات حصول التهديم أو ظهور العيب المؤثر في البناء أو المنشأ الثابت خلال مدة الضمان العشري على عاتق المدعي بالضمان.

ومدة الضمان العشري (العشر سنوات) هي مدة قررها القانون للمستفيد من الضمان، لاختبار متانة البناء وسلامته، والتحقق من حسن تنفيذ الأعمال، وبالتالي تعتبر مدة سقوط وليست مدة تقادم، لذلك فإنها لا توقف ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل المطالبة بالضمان، كما أنها لا تقبل الانقطاع الذي يرد على التقادم⁽³⁾.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن مدة الضمان العشري، يرد عليها الانقطاع في حالتين، تتعلق الأولى برفع دعوى في الموضوع من طرف رب العمل على المهندس المعماري والمقاول، بينما تتمثل الثانية في إقرار المقاول أو المهندس المعماري بحق رب العمل في الضمان⁽⁴⁾.

(1) نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 287.

(2) أنظر المادة 3/554 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

(3) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم مفتاح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 142. أنظر أيضاً محراش سميرة، المرجع السابق، ص 95.

(4) Joel Fossereau, Le clair-obscur de la responsabilité des constructeurs, Recueil Dalloz Sirey, chronique III, 1977, p12.

ب/ ميعاد رفع دعوى الضمان العشري:

يجب على رب العمل أن يبادر برفع دعوى الضمان العشري، في خلال ثلاث سنوات، تبدأ في السريان من وقت حصول التّهدّم أو انكشاف العيب المؤثر، تطبيقاً لنص المادة 557 من القانون المدني الجزائري الذي قضى بأن: «تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التّهدّم أو اكتشاف العيب». وعلى ذلك فإن دعوى الضمان العشري تسقط إذا لم ترفع خلال ثلاث سنوات من التاريخ المحدد لرفعها، وهو ما من شأنه أن يبرئ ذمة المدّعى عليه من الالتزام بالتعويض. ويستطيع رب العمل أن يثبت وقت حصول التّهدّم أو انكشاف العيب المؤثر بجميع طرق الإثبات، باعتباره واقعة مادية⁽¹⁾.

هذا وتعتبر مدة الثلاث سنوات المقررة لرفع دعوى الضمان العشري، المنصوص عليها بالمادة 557 من القانون المدني الجزائري، مدة تقادم بخلاف مدة العشر سنوات المقررة للضمان، والتي يجب أن يحصل التّهدّم أو ينكشف العيب المؤثر خلالها⁽²⁾. وفي الأخير نشير إلى أنه رغم اتساع النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام الضمان العشري، إلا أنها لا تستوعب جميع صور الأضرار التي يمكن أن تلحق رب العمل، إذ قد تحدث أضرار لا يمكن التعويض عنها إلا استناداً إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية. وتوجد المسؤولية العقدية قبل تسليم الأعمال الإنشائية وقبولها من رب العمل، كما تستمر بعد ذلك لمواجهة صوراً متميزة من الإخلال بالالتزامات العقدية. ويستقر القضاء الفرنسي على استقلال المسؤولية العقدية عن الضمان العشري⁽³⁾، الذي نظمته المشرع الجزائري في المادة 554 وما بعدها من القانون المدني والتي تقابل الماد 1792 من القانون المدني الفرنسي.

ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي على أساس أن المشرع الجزائري لم يفصح عن إرادته في استبعاد المسؤولية العقدية أو استبدالها بالضمان العشري لأن لكل منهما مجاله الخاص، وأن الضمان العشري لا يستغرق صور المسؤولية العقدية. كما لا يمكن القول بأن المسؤولية العقدية لا تبقى بعد تسليم الأعمال وقبولها من رب العمل، وأن ما يبقى هو النصوص القانونية التي تتبنى الضمان العشري، الذي نظمته

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 209.

(2) عبد الناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، المرجع السابق، ص 126. أنظر أيضاً إبراهيم سيد أحمد، موسوعة الدفوع والخصومة المدنية في ضوء الفقه والقضاء الحديث في النقض المدني، المرجع السابق، ص 494.

(3) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 286 وما بعدها.

المشرع في النصوص المشار إليها، ذلك أن العقد لا يزول إلا بإبطاله أو الحكم بفسخه، فإذا لم يتم ذلك فإن العقد يظل سندا قانونيا لما تم تنفيذه وما تولد عنه من آثار.

كما أن العديد من صور الإخلال بعقود المقاولات المتعلقة بالمنشآت المعمارية، يتبلور في صور تخرج عن الضمان العشري، ولا يعقل أن المشرع أراد بتنظيمه لأحكام العيوب الموجبة للضمان، إعفاء المقاول والمهندس المعماري عما عدا ذلك من أخطاء وعيوب.

وعليه فإن المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة تلعب دورا تكميليا للضمان العشري، إذ أن هناك صوراً من الإخلال بعقد المقولة لا تخضع للمسؤولية العقدية ولا يتصور اللجوء فيها إلى أحكام الضمان العشري، وذلك في حالة ما إذا توقف المقاول عن تنفيذ عقد المقولة وقيامه بهجر موقع العمل لإفلاسه أو لأي سبب آخر، ففي هذه الحالة لا يكون أمام رب العمل إلا الرجوع عليه وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية التي تخوله المطالبة بفسخ العقد أو التنفيذ العيني مع الحق في المطالبة بالتعويض في كلتا الحالتين.

وقد استبعد المشرع الفرنسي مثل هذه الفروض من نطاق المادة 1792 والتي تقابل المادة 554 من القانون المدني الجزائري، إذ أن تطبيق هذه النصوص يفترض متابعة المقاول لتنفيذ أعمال البناء حتى اكتمالها وتسليمها إلى رب العمل⁽¹⁾.

ويؤكد جانب من الفقه الفرنسي على إبقاء المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة بجانب أحكام الضمان العشري، إذ أن القول بقصر مسؤولية المعمارين على الضمان الوارد بالمادة 1792 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة 554 من القانون المدني الجزائري، وعدم مسؤوليتهم عما عدا ذلك، سترتب عليه فراغ قانوني، على اعتبار أنه يمكن أن توجد أضرار متنوعة لا تدخل في نطاق الضمان العشري ولا يمكن التعويض عنها وفقا لأحكامه، وهو ما يتعارض مع الغرض من سن أحكام الضمان العشري وهو حماية رب العمل ومكتسبي ملكية المباني من إهمال وتقصير المعمارين، إذ أن الغاية من هذه الحماية لن تتحقق باستبعاد جانب هام من الحماية تحققة القواعد العامة للقانون، كما يمكن أن يؤدي ذلك إلى أن يغض المعمارون الطرف عن العيوب غير المشمولة بأحكام الضمان العشري.

ويذهب هذا الاتجاه إلى أنه لا يمكن القول بأن المشرع قد استبدل المسؤولية العقدية بالضمان العشري، وأنه بعد الاستلام ينقضي العقد ولا يمكن مساءلة المعمارين إلا على أساس أحكام الضمان العشري، فهذا التحليل غير صحيح لمعنى تسلم العمل وقبوله من

(1) أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 111.

رب العمل، فتسلم العمل وقبوله لا يعني انتهاء عقد المقاولة، وقبول رب العمل للعمل المنجز لا يعدو أن يكون مخالصة أو إعفاء من العيوب الظاهرة، وأن الضمانات الواردة بأحكام الضمان العشري هي جزاءات لعدم تنفيذ العقد، وإذا كان المشرع قد حدد نطاق هذه الجزاءات، فإن ذلك لا يعني أنه خارج هذا الإطار فإن المشرع يجيز الإخلال بالعقد وما تولد عنه من التزامات⁽¹⁾.

بناء على ذلك، فإن إبقاء المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة، يمثل ضرورة يفرضها ضيق نطاق الضمان العشري وفقا لنصوص القانون المدني الجزائري، على اعتبار أنه يقتصر -كما رأينا- على نوع من الأضرار ذات الخطورة الخاصة التي تلحق المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى.

وعلى ذلك يمكن القول أن الإبقاء على المسؤولية العقدية بل وتوسيع نطاقها، هو أمر تتطلبه نصوص القانون الجزائري ومقتضيات حماية المتضررين، ولا يتعارض مع مقاصد المشرع الجزائري.

الفرع الثاني

خصائص أحكام الضمان العشري

شدّد المشرع الجزائري من أحكام الضمان العشري، نظرا لما قد يشكله انهيار المباني والمنشآت المعمارية من خطر على الأرواح والممتلكات، وعلى ذلك نجد أن أحكام الضمان العشري، تتميز بالخصائص الآتية:

أولاً: تعلق أحكام الضمان العشري بالنظام العام.

تنص المادة 556 من القانون المدني الجزائري على أن: «يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه».

وعليه يكون المشرع الجزائري بهذا النص القانوني، قد اعتبر أن قواعد وأحكام الضمان العشري من النظام العام⁽²⁾، مما يستتبع عدم جواز الاتفاق مقدما على الإعفاء منها كأن يشترط المقاول أو المهندس المعماري في عقد المقاولة أنه بمجرد تسلم رب العمل للبناء أو المنشأ الثابت، تبرأ ذمته من جميع العيوب بما فيها العيوب الخفية، وكما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان، كذلك لا يجوز الاتفاق على الحد منه، فلا يجوز مثلاً الاتفاق على إنقاص مدة الضمان لأقل من عشر سنوات، أو الاتفاق على أن يقتصر

(1) المرجع نفسه، ص 111-112.

(2) أشار المشرع الجزائري هنا إلى المهندس المعماري والمقاول فقط، إلا أنه ينبغي تعميم حكم هذه المادة على جميع الأشخاص الذين يسألون وفقا لأحكام الضمان العشري على النحو السابق بيانه.

الضمان على التهدم الكلي دون التهدم الجزئي أو وجود عيب في البناء، فكل هذه اتفاقات باطلة⁽¹⁾.

ولكن لا يوجد ما يمنع من تشديد الضمان، طالما أن من بين مقاصده حماية رب العمل، فيتم الاتفاق على أن يضمن المقاول والمهندس المعماري سلامة البناء لمدة أطول من عشر سنوات أو أن يتحملا تبعة التهدم الناتج عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة⁽²⁾.

وإنّ عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه، إنما هو الاتفاق السابق على تحقق سبب الضمان، أما بعد تحقق سببه، أي بعد حصول التهدم أو وجود العيب، فلرب العمل وقد ثبت حقه في الضمان، أن ينزل عن هذا الحق كله أو بعضه نزولا صريحا أو ضمنيا⁽³⁾، ومن صور النزول الضمني أن يقوم رب العمل بعد علمه بالتهدم بدفع باقي أجر المهندس المعماري أو المقاول دون تحفظ، أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ ودون أن يثبت حالته⁽⁴⁾.

ورغم أن أحكام الضمان العشري تعتبر من النظام العام، فإنه من المسلم به أن القاضي لا يستطيع أن يحكم بانقضاء المدّة من تلقاء نفسه، بل يتعين أن يتمسك المدعى عليه بذلك⁽⁵⁾.

وتبدو الحكمة في جعل قواعد وأحكام الضمان العشري من النظام العام، في أنها لم تتقرر لحماية رب العمل فحسب، وإنما لحماية المصلحة العامة أيضا على اعتبار أن تهدم المباني لا يصيب رب العمل وحده بالضرر، بل يؤدي إلى مخاطر تصيب الغير في الأرواح والأموال.

ثانيا: مبدأ التضامن في الضمان العشري.

يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحصل من تهدم أو عيوب في المباني أو المنشآت الثابتة التي أقامها، وفقا للمادة 554 من القانون المدني الجزائري، سالفة الذكر.

وعلى ذلك يستطيع رب العمل أن يرجع عليهما معا بالمسؤولية، فإذا حكم له بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء التهدم أو العيب، كان له أن يقتضي هذا التعويض منهما معا أو من واحد منهما فقط، كما أن لرب العمل أن يكتفي بالرجوع على المقاول وحده، أو

(1) إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقها وقضاء، المرجع السابق، ص 88. أنظر أيضا محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 178.

(2) أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 65. أنظر أيضا محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 258.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 179.

(4) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 71.

(5) سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 142.

المهندس المعماري وحده، وفي هذه الحالة يحكم على من رجع عليه، بتعويض كل الضرر الذي أصاب رب العمل⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المشرّع الجزائي، قد قرّر التضامن فيما بين المهندس المعماري والمقاول فقط، بالرغم من وجود أشخاص آخرين يسألون وفقاً لأحكام الضمان العشري، وهو ما ينتج عنه عدم المساواة في المسؤولية، وهي من بين الفراغات القانونية الواجب الالتفات إليها في مجال الضمان العشري، والتي تحتاج إلى مراجعة وتعديل للقوانين في هذا الصدد.

وإنّ التضامن بين المهندس المعماري والمقاول، لا يقوم إلا في علاقتهما برّب العمل، بحيث ينتفي هذا التضامن في علاقة الواحد منهما بالآخر، وتقسم المسؤولية عليهما⁽²⁾، فإذا قامت مسؤوليتهما دون أن يثبت خطأ من جانب أيّ منهما، وظل سبب الضرر مجهولاً، قسمت المسؤولية بينهما بالتساوي، فيلتزم كل منهما بنصف التعويض المحكوم به، وعلى كل حال فإن المسؤولية وبالتالي التعويض يوزع بينهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما في إحداث الضرر، وعليه فإن رجوع رب العمل على أحدهما بكل التعويض، يجيز لمن دفعه كاملاً أن يرجع على الآخر بمقدار نسبته في المسؤولية⁽³⁾.

ويعتبر كل من المهندس المعماري والمقاول من الغير في علاقتهما الواحد بالآخر، لعدم وجود عقد يربط بينهما، وبالتالي فإن رجوع الواحد منهما على الآخر، يكون وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، ويحق لمن دفع التعويض لرب العمل أن يرجع أيضاً على المدين المتضامن معه بدعوى الحلول⁽⁴⁾، وفقاً للقواعد العامة.

ثالثاً: افتراض المسؤولية التي ترتبها أحكام الضمان العشري.

ومعنى ذلك أن رب العمل لا يكف بإثبات الخطأ في جانب المهندس المعماري أو المقاول، حتى يمكن الرجوع عليه بأحكام الضمان العشري⁽⁵⁾، ذلك أن التزام المهندس المعماري والمقاول الوارد ضمن نص المادة 554 من القانون المدني الجزائي، هو التزام بتحقيق نتيجة، هي بقاء البناء أو المنشأ الثابت الذي يشيدانه سليماً لمدة عشر سنوات، تسري من تسلمه النهائي من رب العمل، وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد عدم تحقق تلك النتيجة.

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 179.

(2) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 67.

(3) المرجع نفسه، ص 68.

(4) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 183.

(5) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 177.

وكل ما يتعين على رب العمل القيام به، حتى يتمكن من استعمال حقه في الضمان العشري، أن يثبت وجود عقد مقاوله بينه وبين كل منهما، ثم يثبت بعد ذلك حصول التهدم الكلي أو الجزئي أو العيب الذي يهدد سلامة البناء ومتانته⁽¹⁾.

غير أن القول بافتراض مسؤولية المهندس المعماري والمقاول المستندة إلى قواعد الضمان العشري، لا يعني أنهما عدما كل وسيلة للتخلص من هذه المسؤولية، إذ بإمكانهما دفعها بنفي رابطة السببية، وذلك بإثبات أن التهدم أو العيب قد نشأ عن سبب أجنبي، كقوة قاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير، لا يسأل عنه المهندس المعماري ولا المقاول. ففيما يتعلق بالقوة القاهرة، فهي كل حادث أو أمر خارج عن إرادتهما، ولا يمكن توقعه ودفعه، يؤدي إلى حصول التهدم أو العيب، كأن يرجع تهدم البناء أو ظهور عيب به إلى حدوث هزة أرضية أو فيضان⁽²⁾.

وقد حرص المشرع الجزائري في المادة 554 من القانون المدني، على النص صراحة على أن المهندس المعماري والمقاول يسألان ولو كان التهدم أو الخلل ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها، فلا تنتفي مسؤوليتهما لمجرد وجود عيب في الأرض أدى إلى التهدم أو إلى عيب في البناء أو المنشأ الثابت، كما أن من واجبات المهندس المعماري إجراء الاختبارات اللازمة على الأرض التي سيقام عليها البناء أو المنشأ الثابت، لمعرفة طبيعتها وكشف عيوبها.

لكن يمكن اعتبار عيب الأرض من قبيل القوة القاهرة، إذا كان من العيوب غير المتوقعة، وكان من المستحيل على المهندس كشفه بإتباع القواعد الفنية التي يتبعها مهندس حريص، كما في حالة وجود أطلال مباني أثرية تحت الأرض على عمق كبير، في منطقة لم تكتشف بها آثار سابقة، ولم يقل أحد بوجود آثار بها⁽³⁾.

وفيما يتعلق بخطأ رب العمل، فإنه ينفي مسؤولية المهندس المعماري والمقاول، ما لم يثبت خطأ من جانبهما، فإذا ثبت خطأهما أيضا، أعتبر الضرر ناشئا عن خطأ مشترك وبالتالي توزع المسؤولية على الطرفين.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص126.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص160. أنظر أيضا نعيم مغيب، المرجع السابق، ص297.

(3) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص99.

ويتمثل خطأ رب العمل على العموم في تدخله الخاطئ في عملية التشييد، كإعطاء تعليمات خاطئة للمهندس المعماري أو المقاول أو تقديم مواد معيبة أو غير صالحة لاستخدامها في البناء⁽¹⁾.

على أنه يجب التمييز هنا بين ما إذا كان رب العمل متخصصا في البناء من عدمه، فإذا كان غير متخصص في فن البناء، فإن تدخله في عملية التشييد، لا يكون له أي أثر على مسؤولية المهندس المعماري والمقاول، إذ يتعين عليهما في هذه الحالة التصدي لاقتراحاته الخاطئة والامتناع عن تنفيذ العمل، طالما يترتب عليه تهديم البناء أو وجود عيوب تهدد متانته وسلامته، أما إذا كان رب العمل متخصصا في فن البناء⁽²⁾، فإن تدخله الخاطئ في عملية التشييد، يعد سببا لإعفاء المقاول والمهندس المعماري كلياً أو جزئياً من المسؤولية عن الضمان العشري⁽³⁾.

هذا ونشير إلى أنه بإمكان المهندس المعماري أو المقاول أن يتمسك أيضاً بخطأ رب العمل بعد تسلمه البناء أو المنشأ الثابت، إذا كان هذا الخطأ هو السبب الحقيقي للعيوب التي ظهرت به، أو أدى إلى تفاقم عيوب ترجع إلى خطأ المشيدين⁽⁴⁾، ويأخذ خطأ رب العمل عند البعض حكم القوة القاهرة إذا صدر منه بعد تسلمه أو حيازته للبناء أو المنشأ الثابت، كأن يسيء استعماله أو يجري تعديلات معيبة فيه⁽⁵⁾، ويترتب على تدخل رب العمل الخاطئ خلال هذه المرحلة، إعفاء المهندس المعماري والمقاول كلية من الضمان العشري.

وأخيراً قد يرجع التهدم أو الخلل الذي يحدث في البناء أو المنشأ الثابت خلال فترة الضمان العشري إلى خطأ الغير، والغير هنا إما أن يكون أجنبياً عن عملية البناء كالجار والمستأجر، وقد يكون في حالات أخرى ذا صلة بها كما هو الحال بالنسبة للمقاول أو المهندس المعماري.

وإذا كان ينذر أن يكون خطأ الغير الأجنبي تماماً عن عملية التشييد هو السبب في حدوث التهدم أو ظهور العيب، فإن ذلك ليس مستحيلاً، فيمكن تصور ذلك بالنسبة للجار الذي يقوم بعمليات حفر بالقرب من أساسات البناء أو المنشأ الثابت، مما يحدث تشوهات به، فإذا لم يصدر من المشيد أي خطأ في عملية التنفيذ، فإن من شأن هذه الأعمال إعفاؤه كلية من المسؤولية، أما إذا كان قد صدر منه خطأ فني، فإن ذلك يعد سبباً لتحمله جزءاً

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 166.

(2) كالمركبي العقاري مثلاً.

(3) Philippe Le Tourneau, op.cit, p 476.

(4) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 114.

(5) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 232.

من المسؤولية⁽¹⁾، كذلك فإن قيام المستأجر بإجراء تعديلات معيبة في المبنى المؤجر، من شأنها أن تهدد متانته وسلامته، يعد من قبيل خطأ الغير الذي يمكن أن يترتب عليه إعفاء المهندس المعماري أو المقاول من المسؤولية⁽²⁾.

وتجب الإشارة إلى أنه بالرغم من أن المهندس المعماري والمقاول يعتبر كل منهما غيرا في علاقته بالآخر، إلا أن علاقتهما بعملية التشييد ثابتة، وفي هذا الصدد لا يمكن لأي منهما أن يتمسك بخطأ الآخر للتخلص من مسؤوليته عن التهدم أو الخلل الذي يحدث في البناء، لكون مسؤوليتهما عن ذلك مسؤولية تضامنية في القانون المدني الجزائري. وفي الأخير نشير إلى أنه ثار جدل في الفقه حول الطبيعة القانونية للمسؤولية التي ترتبها قواعد وأحكام الضمان العشري.

فاعتبر البعض من الفقهاء بأن المسؤولية العشرية، مسؤولية تقصيرية، تقوم على أساس الفعل الضار المرتكب من قبل المسؤول بالضمان والذي أدى إلى تهدم أو ظهور عيب بالبناء أو المنشأ الثابت، فالمسؤولية هنا بحسب هذا الرأي، ليست مسؤولية تعاقدية، لأن المسؤولية الأخيرة تنتهي بتسليم العمل، بحيث لا يكون المقاول أو المهندس المعماري مسؤولا عن التهدم أو العيب الذي يقع في البناء أو المنشأ الثابت بعد تسلمه من قبل رب العمل، وطالما أن المقاول أو المهندس المعماري يظل مسؤولا عن التهدم أو العيب لمدة زمنية بعد تسلم رب العمل للبناء أو المنشأ الثابت، فإن المسؤولية لا تكون تعاقدية وإنما تكون تقصيرية⁽³⁾.

بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتبار أن مسؤولية المقاول والمهندس من طبيعة عقدية، طالما أنها ناجمة عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية، وأن القول بأن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري التعاقدية تنتهي بتسليم العمل من رب العمل أمر غير مقبول، فكما أن البائع مسؤول عن العيوب الخفية في المبيع، فإن هذه المسؤولية تستمر حتى بعد تسلم المشتري للمبيع، ولا يوجد من يشكك في أن المسؤولية المذكورة، هي مسؤولية تعاقدية⁽⁴⁾.

في حين يذهب اتجاه آخر في الفقه - وهو ما نميل إليه - إلى القول بأن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري وفقا لأحكام الضمان العشري، تبدو وكأنها نظام قانوني مستقل، لا يتبع مباشرة وكلية أية طائفة من الأنظمة القانونية⁽⁵⁾.

(1) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 351.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 121.

(3) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 69 . أنظر أيضا نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 294.

(4) جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 406.

(5) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 282 ومابعداها.

وعليه فإن عقد المقاولة لا يعدو أن يكون عملاً قانونياً شرطياً لتطبيق نظام قانوني مستقل، حدده المشرع مسبقاً و ربط تطبيقه بوجود عقد المقاولة، و لا يمكن رده بأي حال من الأحوال إلى إرادة طرفي عقد المقاولة⁽¹⁾.

وقد قيل بأن القائم بأعمال البناء، في ظل تزايد مسؤوليته واتساع صور العيوب الخاضعة لأحكام الضمان العشري، أصبح يشغل مركزاً لائحياً أكثر منه عقدياً، فمسؤوليته مصدرها القانون، قبل أن يكون مصدرها العقد أو المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

الفرع الثالث

الجزاء المترتب على تحقق الضمان العشري

بتحقق شروط الضمان العشري، يثبت الحق في التعويض لرب العمل، غير أن للتعويض صور يطرح معها التساؤل حول التي يؤخذ بها في تعويض رب العمل. و أمام تعدد الأضرار التي يمكن أن تلحق المبنى، يتعين تحديد تلك التي تستوجب التعويض لرب العمل، وهو ما يشكل محل دراستنا في هذا الفرع من خلال التطرق إلى مسألتين، تتعلق الأولى بصور التعويض المستحق لرب العمل، بينما تتعلق الثانية بحدود هذا التعويض.

أولاً: صور التعويض.

لرب العمل أن يطلب في دعوى الضمان العشري، التعويض العيني، فإذا تهدم البناء أو المنشأ الثابت كلياً أو جزئياً، فإن له أن يطلب ترخيصاً من الجهة القضائية المختصة بإعادة بناء ما انهدم على نفقة المدين بالضمان، كما أن له في حالة حدوث عيب بالبناء أو المنشأ الثابت، و كان في الإمكان إصلاحه عينا، أن يطلب من المسؤول عن ذلك، إجراء هذا الإصلاح، أو أن يجبره هو على نفقة المدين بالضمان، بترخيص من القضاء، وفقاً للمادة 170 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

غير أن الصعوبة في تطبيق التعويض العيني، قد نشور بالنسبة للمهندس المعماري، لأنه لا يقوم بالتشييد بنفسه⁽³⁾، كما أنه يحضر عليه الجمع بين مهنته ومهنة المقاول⁽⁴⁾، ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية لم ترى في هذا الحضر ما يمنع من إلزام المهندس المعماري، أن يقوم بإصلاح العيوب على نفقته عن طريق مقاول آخر

(1) أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص ص 98-99.

(2) François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op.cit, p580.

(3) George Liet-Veaux, Responsabilité de droit commun des architectes, juris -classeur, Responsabilité civile, op.cit, n°204 .

(4) أنظر المادة 2/22 من المرسوم التشريعي رقم 07/94، سالف الذكر.

يختاره هو، لأن الالتزام بالتعويض منفصل عن الالتزام العقدي الذي أدى الإخلال به إلى حدوث الضرر، وأن الحظر المفروض على المهندس المعماري من إبرام صفقات مقاوله، لا يمتد إطلاقاً إلى التعويض⁽¹⁾.

ويحكم قضاء الموضوع في الكثير الغالب على المهندس المعماري بإصلاح العيوب على نفقته، أما القضاء الإداري الفرنسي، فإنه يرفض إدانة المهندس المعماري بإصلاح العيوب بنفسه، حتى ولو كان قد أدين بالتضامن مع المقاول، ويرى أنه لا يمكنه أن يتحمل من المسؤولية سوى دفع المبالغ اللازمة لإصلاح العيوب⁽²⁾.

أما إذا كان التعويض العيني مرهقا للمدين المسؤول بالضمان، جاز للقاضي أن يقتصر على الحكم بتعويض نقدي، استناداً للمادة 176 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾، كما لو كان إصلاح العيب يتطلب هدم جانب كبير من البناء، يكلف نفقات باهظة لا تتناسب مع الضرر الناتج عن العيب.

ثانياً: حدود التعويض المستحق لرب العمل.

يتعين على المقاول أو المهندس المعماري أن يقوم بإصلاح العيب، فضلاً عن الأضرار التي تعتبر نتيجة مباشرة لهذا العيب، أي أن التعويض لا يشمل إلا الأضرار الناجمة مباشرة عن العيب، وتخرج عن دائرته الأضرار غير المباشرة⁽⁴⁾. وفي هذا الصدد يتعين على رب العمل أن يبادر إلى إخطار الشخص المسؤول بالضمان عن العيوب التي ظهرت في البناء، حتى يبادر هذا الأخير إلى إصلاحها درءاً لتفاقمها، كما يتعين عليه أن يبادر إلى رفع دعوى الضمان إن لم يستجب المدين لهذه الأخطار، فإذا كان على العكس قد تراخى في ذلك دون مبرر، معتمداً على ما يتركه له المشرع من مهلة لرفع دعوى الضمان، مما أدى إلى تفاقم العيوب و من ثمة إلى زيادة تكلفة إصلاحها، فإنه بإمكان الشخص المسؤول بالضمان، أن يتمسك بهذا الإهمال، توصلًا إلى إنقاص التعويض الذي يقضى به عليه⁽⁵⁾.

(1) (H.L.j) Mazeaud, op.cit, p128.

(2) Cons d'état, 16 juin 1985, cité par George Liet-Veaux, Responsabilité de droit commun des architectes, juris -classeur, responsabilité civile, op.cit, n°214 .

(3) تنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري على أنه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».

(4) (H.L.j) Mazeaud, op.cit, p130.

(5) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 367-368.

والضمان العشري يشمل بالإضافة إلى الأضرار التي تصيب العمل أو تعييبه، الأضرار المباشرة التي تنتج عن تدمره أو ظهور عيب به، كأن يترتب على تهمد البناء، إتلاف بناء آخر مملوك لرب العمل أو يؤدي إلى إتلاف المنقولات الموجودة بداخله⁽¹⁾.

وبالرغم من أن المادة 544 من القانون المدني الجزائري، قد قصرت الضمان العشري على ما قد يحدث في البناء أو المنشأ الثابت من تهمد كلي أو جزئي أو ما يظهر فيه من عيوب يترتب عليها تهديد متانتته و سلامته، إلا أنه يمكن في نظر البعض-و هو ما نميل إلى الأخذ به- أن يمتد هذا الضمان ليشمل فضلا عن ذلك، الضرر الجسماني الذي يصيب رب العمل، متى كان هذا الضرر يرتبط بعلاقة سببية مباشرة بالعيب الذي أدى إلى حدوثه، كما أن القول بعدم جواز رجوع رب العمل على المسؤول بالضمان، على أساس قواعد الضمان العشري بالنسبة لهذا النوع من الضرر، من شأنه حرمانه من ميزة الاستفادة من القرينة التي يقوم عليها الضمان العشري، و يترتب على ذلك تفويت فرصة حصوله على تعويض عن الضرر الجسماني الذي يلحقه جراء تهمد البناء⁽²⁾.

بالإضافة إلى ما سبق، يشمل التعويض الضرر المتوقع الحصول وقت التعاقد، ما لم يصدر عن الشخص المسؤول بالضمان غش أو خطأ جسيم، وفقا للمادة 2/182 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾، و يأخذ حكم الضرر المتوقع الحصول، التعويض الذي يلتزم المالك بدفعه للغير المضروور بسبب تهمد البناء أو المنشأ الثابت⁽⁴⁾.

كما يستحق رب العمل التعويض عن الضرر المستقبل ما دام مؤكد الوقوع، كأن يكون تهمد البناء في المستقبل أمرا مؤكدا بسبب ما ظهر فيه من عيب جسيم، ففي هذا المثال يكون لرب العمل الحق في الحصول على تعويض عن هذا التهمد قبل وقوعه فعلا، ما دام مؤكد الوقوع⁽⁵⁾.

أما الضرر المستقبل محتمل الوقوع، فإنه لا يصلح أن يكون محلا للتعويض، و عليه لا يكفي مجرد التخوف من احتمال وقوع التهمد أو ظهور العيب⁽⁶⁾.

و يقتصر التعويض على القدر الذي يكفي لإعادة البناء أو إصلاح العيب، و لا يدخل في ذلك ما يرغب رب العمل في إضافته من تعديلات أو تحسينات بمناسبة

(1) شعبان عياشي، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 1989، ص 144.

(2) المرجع نفسه، ص 144.

(3) تنص المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري على الآتي: «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».

(4) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 102.

(5) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 368.

(6) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 151.

القيام بذلك⁽¹⁾، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الحل من خلال المادة 1/183 من القانون رقم 07/95 المتعلق بالتأمين، حين قضى بوجوب تعويض صاحب المشروع المؤمن عليه أو من يكتسبه، من طرف المؤمن في حدود تكلفة إنجاز أشغال الإصلاح. ولكن يجوز الحكم لرب العمل بتعويض إضافي أو تكميلي عن الأضرار التبعية، التي تلحقه بسبب تعطل الانتفاع بالبناء أو المنشأ الثابت خلال أعمال الإصلاح أو إعادة البناء، أو إذا كانت الأعمال التي أجريت لا تصلح العيب إصلاحا كاملا، مما ينقص من قيمة البناء أو المنشأ الثابت أو من ريعه، فيعوض رب العمل عن ذلك⁽²⁾. أما إذا ترتب على عمليات الإصلاح أو إعادة البناء، زيادة قيمته وتجديده، فهنا يجب الأخذ في الاعتبار تلك الزيادة أو التجديد عند تقدير التعويض، و يستطيع المدين بالضمان الرجوع بتلك القيمة على رب العمل استنادا إلى دعوى الإثراء بلا سبب⁽³⁾.

المبحث الثاني

إنهاء عقد المقاولة

ينتهي⁽⁴⁾ عقد المقاولة لأسباب عديدة، فهو قد ينتهي الانتهاء المألوف و المعتاد بتنفيذه، كما قد ينتهي قبل تنفيذه، وفقا للقواعد العامة، وهناك أخيرا سببان لانتهاء عقد المقاولة خاصان به أوردها المشرع الجزائري ضمن النصوص المنظمة لعقد المقاولة في القانون المدني.

بناء على ذلك، ينتهي عقد المقاولة إما بسبب تنفيذ كافة بنوده من خلال تنفيذ كل متعاقد لما رتب عليه العقد من التزامات، أو بسبب انتهاء المدة المحددة للمقاولة. وقد ينتهي عقد المقاولة بسبب استحالة تنفيذه، كما ينتهي بالفسخ أو التقايل، وإن كانت هذه الأسباب تشكل انتهاء غير مألوف لعقد المقاولة، إلا أنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة. كما قد ينتهي عقد المقاولة لسببين خاصين به ذكرهما المشرع الجزائري:

- تحلل رب العمل من العقد بإرادته المنفردة (المادة 566 من القانون المدني).
- موت الموقول (المادة 569 من القانون المدني).

(1) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص369.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص118.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص152.

(4) اخترت مصطلح "انتهاء عقد المقاولة"، باعتباره يشمل جميع الحالات التي يزول بها هذا العقد، بعد انعقاده صحيحا، وهي الانقضاء والانهال، فهو ينقضي بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها، وهذا هو مصيره المألوف، كما أنه قد ينحل قبل تمام تنفيذه، أو قبل البدء في تنفيذه.

و تفصيلا لهذه المسائل كلها، سنعمد إلى عرضها في مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى الأسباب العامة لانتهاء عقد المفاوض، في حين نخصص المطلب الثاني لبحث الأسباب الخاصة التي ينتهي بها هذا العقد.

المطلب الأول

الأسباب العامة لانتهاء عقد المفاوضة

ينتهي عقد المفاوضة بالأسباب التي تنتهي بها العقود عموما، فهو إما أن ينتهي بتنفيذه أو أن ينتهي قبل ذلك.

أما انتهاء عقد المفاوضة بالتنفيذ، فيتضمن قيام كل من رب العمل و المفاوض بما عليهما من التزامات اتجاه بعضهما بموجب عقد المفاوضة، كما يتضمن انتهاء المدة المحددة للمفاوضة مما يستتبع انتهاء العقد.

كذلك قد ينتهي عقد المفاوضة دون تنفيذ، كما لو اتفق طرفاه على إنهائه و هذا هو التقايل من العقد أو إذا أخل احدهما بالتزاماته، فتمسك المتعاقد الآخر بفسخ العقد. وينقضي عقد المفاوضة أيضا دون تنفيذه، متى استحال هذا التنفيذ. وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الأول إلى حالات انتهاء عقد المفاوضة بالتنفيذ، و في الثاني إلى أسباب إنهائه قبل تنفيذه.

الفرع الأول

الانتهاء المعتاد بتنفيذ عقد المفاوضة

- إن تنفيذ عقد المفاوضة يستتبع الانتهاء المعتاد و المألوف منه، و يشمل ذلك حالتين:
- قيام طرفاه بتنفيذ التزاماتهما.
 - انتهاء المدة المحددة للمفاوضة .

أولا: انتهاء عقد المفاوضة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية.

المفاوضة تبرم بهدف معين هو إنجاز العمل الذي التزم به المفاوض، و بالتالي إذا نفذ المفاوض التزاماته بأن أتم إنجاز العمل المتفق عليه و سلمه إلى رب العمل، وقام هذا الأخير من جهته بتنفيذ التزاماته بتسليم العمل بعد إنجازه و سداد الأجر، لم يعد يوجد هناك مسوغ لبقاء عقد المفاوضة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Louiza Igoudjil, op.cit, p54.

غير أن هذا التنفيذ قد لا يقضي على العقد تماما، و ذلك إن كان لرب العمل حق الرجوع على المقاول بالضمان، كما هو الحال في مقاولات البناء والمنشآت المعمارية⁽¹⁾، حيث يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامين ما يحدث في البناء من تدهم كلي أو جزئي أو ما يوجد فيه من عيوب خلال عشر سنوات من وقت التسليم النهائي للعمل⁽²⁾.

ثانيا: انتهاء عقد المقاولة بانقضاء المدة.

ينتهي عقد المقاولة بانقضاء المدة المحددة له، كما لو كان محله القيام بآداءات دورية لمدة محددة، مثلما هو عليه الحال في مقاولات الصيانة، كأن يتعاقد مثلا مالك عمارة مع مقاول من أجل صيانة المصعد الكهربائي كل ثلاث أشهر لمدة أربع سنوات، فيكون الزمن في هذه الحالة عنصر جوهري في عقد المقاولة، ومن ثم ينتهي و يزول بانقضاء مدة الأربع سنوات المتعاقد عليها⁽³⁾.

و يجوز تجديد تلك المدة، سواء صراحة باتفاق الطرفين على الالتزام بالصيانة لفترة أخرى أو ضمنا بأن يستمر المقاول في أداء عمله في مواعيده السابقة، بعلم رب العمل ودون اعتراض منه⁽⁴⁾.

ويلاحظ أنه في حالة التجديد الضمني لعقد المقاولة، فإن التجديد يكون بنفس شروط العقد السابق، و لكن لمدة غير محدودة، و يكون لكل من طرفيه إنهاء المقاولة في أي وقت بعد إخطار يرسل من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر⁽⁵⁾.

الفرع الثاني

إنهاء عقد المقاولة قبل التنفيذ

قد ينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه انتهاء غير مألوف، و لكنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة، و لعل أهم أسباب انتهاء عقد المقاولة قبل تنفيذه وفقا للقواعد العامة هي: التقايل، الفسخ واستحالة التنفيذ.

و لم يعرض القانون المدني لهذه الأسباب مكتفيا بتطبيق القواعد العامة، فيما عدا السبب الأخير منها وهو استحالة التنفيذ، فقد نص عليه نصا صريحا حتى يعرض بعد ذلك، من يتحمل تبعة هلاك الشيء المترتبة على استحالة التنفيذ.

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص227.

(2) أنظر المادة 554 من القانون المدني الجزائري سألغة الذكر، ولتفصيل أكثر راجع الصفحة 88 وما يليها من هذا البحث.

(3) قري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص259.

(4) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص238.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص218.

و لتوضيح هذه الأسباب بدقة، نتناول كل واحد منها على حدة على النحو الآتي:

أولاً: انتهاء عقد المقاولة بالتقاييل.

يعرف التقاييل على أنه اتفاق بين أطراف العقد على إنهائه، وهو يتم بإيجاب و قبول بطريقة صريحة أو ضمنية، ولا يكون للتقاييل أثر رجعي من حيث الأصل، إلا إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون له هذا الأثر⁽¹⁾.

ويلاحظ أنه لم يرد في القانون المدني الجزائري نص حرفي صريح يتحدث عن الإقالة كنظام، وإن كان قد أقره ضمناً، وهذا ما يمكن استخلاصه من مقتضيات المادة 106 من القانون المدني الجزائري، حين نصّت على أن: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون». فيفهم من النص أن العقد يجوز نقضه إما للأسباب التي يقررها القانون، وإما بواسطة اتفاق طرفي العقد على ذلك.

وعليه، قد يتفق المفاوض و رب العمل على أن يتحلل كل واحد منهما من العقد بإرادتهما المشتركة، سواء قبل البدء بتنفيذ العمل محل المقاولة أو بعد البدء بالتنفيذ و قبل الانتهاء منه، فكما انعقدت المقاولة بتراضي الطرفين فإنها تنتهي كذلك بتراضييهما⁽²⁾، وبذلك ينقضي العقد بإرادتهما معاً، لا بإرادة أحدهما فحسب، و يغلب في هذه الحالة أن يسوي الطرفان التزاماتهما، باتفاق ودي بينهما، و يضمناهما إقالة كل منهما الآخر من كافة الإلتزامات أو ما تبقى منها، أما إذا سكت الطرفان عن كيفية تسوية الحسابات، سرت القواعد العامة، لاسيما مبدأ الإثراء بلا سبب⁽³⁾.

ثانياً: انتهاء عقد المقاولة بالفسخ.

لقد نظم المشرع الجزائري نظرية فسخ العقد في المواد 119 وما يليها من القانون المدني، تحت عنوان " انحلال العقد "، و تعد هذه المواد أساسية لتنظيم النظرية العامة لفسخ العقود الملزمة للجانبين و منها عقد المقاولة، أما بقية المواد الواردة في القانون المدني، و التي تقضي بفسخ العقد، فتعد مجرد تطبيق للمبدأ العام و لا تخرج عن نظامه.

(1) رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 274.

(2) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 95.

(3) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 258.

إن فسخ العقد هو حل الرابطة العقدية، متى أخل الطرف الآخر بالتزاماته، فالفسخ جزء إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته ليتحرر المتعاقد الآخر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد⁽¹⁾.

ووفقا للمادتين 119 و120 من القانون المدني الجزائري، فإن الفسخ قد يكون أمام القضاء (الفسخ القضائي)، و قد يكون باتفاق طرفي العقد (الفسخ الاتفاقي).

أ/ الفسخ القضائي:

و يقصد به ضرورة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحل الرابطة التعاقدية من قبل الدائن الملتزم، ولقد قررته المادة 119 من القانون المدني الجزائري، سالفه الذكر. ويجب أن تتوافر في المطالبة الشروط التالية⁽²⁾:

1- أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، و هو الشرط المتحقق بخصوص عقد المقولة .

2- أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، سواء كان ذلك بصورة كلية أو جزئية أو حتى التأخير في التنفيذ، طالما أنه ناتج عن خطأ أو إهمال أحد المتعاقدين.

3- أن يكون طالب الفسخ مستعد للقيام بتنفيذ التزامه.

4- يجب على طالب الفسخ، أن يقوم قبل رفع الدعوى بإعذار المتعاقد الآخر المقصر، مطالبا إياه بتنفيذ التزاماته.

ويخضع طلب الفسخ إلى ما يتمتع به قاضي الموضوع من سلطة تقديرية في هذا المجال، فله أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزاماته، أو أن يرفض طلب الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الالتزامات، وفقا لما جاء في نص المادة 119/2 من القانون المدني الجزائري.

ب- الفسخ الاتفاقي:

و يقصد به اتفاق الطرفين على فسخ العقد، عند حصول إخلال بالتزام عقدي من قبل أحدهما، دون حاجة لحكم قضائي، وقد ورد ذكره في نص المادة 120 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾.

(1) صبري سعي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 1991-1992، ص371.

(2) المرجع نفسه، ص374 . أنظر أيضا رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص281 وما بعدها.

(3) تنص المادة 120 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين».

و يجب في هذه الحالة⁽¹⁾:

1- أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على الفسخ، و يكون المقصود منه استبعاد دور القضاء بشكل قطعي.

2- يجب على طالب الفسخ إظهار المتعاقد معه الذي أخل بالتزامه، مطالبا إياه بتنفيذه. ومع ذلك فإن تدخل القضاء يكون ضروريا في بعض الأحوال، خاصة عند حصول نزاع بين طرفي العقد بشأن الحق في فسخه، إلا أن دور القاضي يقتصر على التحقق من جملة من المسائل أهمها⁽²⁾:

1- التحقق من وجود اتفاق على فسخ العقد، يستبعد تدخل القضاء.

2- التحقق من قيام الدائن بإعذار المدين.

3- التحقق من حصول عدم التنفيذ.

ويكون حكم القاضي في مجال الفسخ الاتفاقي - إذا ما رفع إليه الأمر - حكما كاشفا للفسخ و ليس منشأ له، بخلاف الفسخ القضائي⁽³⁾.

بناء على ذلك، ينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه بالفسخ إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته وفقا للقواعد العامة المقررة في فسخ العقود الملزمة للجانبين، فإذا أخل المفاوض بأحد التزاماته، كأن لم ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها أو التي تقضي بها الأصول الفنية أو تأخر في تسليم العمل أو ظهر في العمل عيب خفي واجب الضمان، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد، و يطبق نفس الحكم إذا ما أخل رب العمل بأحد التزاماته، كأن يمتنع عن تسلم العمل بعد انجازه أو من دفع الأجر، إذ أنه يجوز للمفاوض هو كذلك أن يطلب فسخ العقد.

ثالثا: انتهاء عقد المقاولة لاستحالة تنفيذه.

نصت المادة 567 من القانون المدني الجزائري على أنه: «ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه».

وليس نص المادة 567 من القانون المدني الجزائري، إلا إعمالا للمبدأ العام بشأن انقضاء الالتزام الوارد في نص المادة 307 من ذات القانون، والتي نصّت على أن: «ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته».

(1) حسين تونسي، إنحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص ص 98-99.

(2) المرجع نفسه، ص ص 99-100.

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 297.

وعلى ذلك، إذا أثبت المقاول أن العمل الذي عهد به إليه رب العمل، قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه، كما في حالة نزع ملكية الأرض من رب العمل من أجل المنفعة العامة مما يؤدي إلى استحالة التنفيذ لسبب أجنبي، وينقضي التزام رب العمل المقابل له، وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه تطبيقا لنص المادة 121 من القانون المدني الجزائري الذي يقضي بأنه: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون».

ومتى انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على الوجه المتقدم، استحق المقاول تعويضا بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب، لا بموجب المقاولة كونها قد انتهت⁽¹⁾.

وقد أوضح نص المادة 570 من القانون المدني الجزائري ذلك في خصوص موت المقاول - الذي سيأتي بحثه - بعد أن ألحقت به أن يصبح المقاول عاجزا عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه.

ومن ثمة يستحق المقاول تعويضا من رب العمل أقل القيمتين، قيمة ما أنفقه من ماله ووقته، وقيمة ما استفاد به رب العمل⁽²⁾.

المطلب الثاني

الأسباب الخاصة لانتهاء عقد المقاولة

إضافة إلى الأسباب العامة التي ينتهي بها عقد المقاولة، هناك سببان آخران يمكن أن ينتهي بهما، وهما سببان خاصان به أوردتهما المشرع الجزائري ضمن النصوص القانونية المنظمة لهذا العقد في القانون المدني.

يتعلق السبب الأول بتحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة، وقد ورد بالمادة 566 من القانون المدني الجزائري، بينما يتعلق السبب الثاني بحالة وفاة المقاول، وقد ورد بالمادة 569 من ذات القانون.

وعليه من أجل تفصيل أكثر وأدق، نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نبحث في الفرع الأول حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة، في حين نتطرق في الفرع الثاني لحالة وفاة المقاول.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 219.
(2) المرجع نفسه، ص 220.

الفرع الأول

تحلل رب العمل من المقاوله بإرادته المنفردة

تقضي المادة 566 من القانون المدني الجزائري بأنه: «يمكن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات، وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. غير أنه يجوز للمحكمة أن تخفض مبلغ التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر».

يتضح من الفقرة الأولى من المادة 566 من القانون المدني الجزائري، أنه يجوز لرب العمل أن يرجع عن عقد المقاوله ويتحلل منه بإرادته المنفردة، بشرط تعويض المقاول عما تكلفه من نفقات وما فاتته من كسب، ولا شك في أن ذلك خير لرب العمل، بدلا من الاستمرار في العمل حتى نهايته والإنفاق في غير فائدة⁽¹⁾.

وقد يوحى إعطاء المشرع الجزائري هذه الرخصة لرب العمل، أن في ذلك خروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما أو للأسباب التي يقررها القانون، وفقا للمادة 106 من القانون المدني، ولكن الواقع أن هذا النص يؤول في النهاية إلى أنه تطبيق لهذه القاعدة بما يساير طبيعة عقد المقاوله بالنسبة للمقاول، فإن كان لرب العمل أن يعدل عن تنفيذ عقد المقاوله تنفيذا عينيا، بإتمام العمل محل المقاوله، فهذا لا يعفيه من تنفيذ العقد عن طريق التعويض.

أما بالنسبة للمقاول، فالأمر مختلف، على اعتبار أن له مصلحة محققة في أن يتم العمل، ومن أجل ذلك أبرم عقد المقاوله، ومن ثمة لم يجز القانون للمقاول أن يتحلل من عقد المقاوله بإرادته المنفردة، كما أجاز ذلك لرب العمل، بل جعل لهذا الأخير الحق في إجبار المقاول على التنفيذ العيني، دون أن يقتصر على التنفيذ بطريق التعويض.

أما عن الفقرة الثانية من المادة 566 المذكورة أعلاه، التي تجيز تخفيض التعويض المستحق للمقاول عما فاتته من كسب، بل وتوجب إنقاص هذا التعويض بقدر ما اقتصده المقاول نتيجة عدم إتمام تنفيذ العقد، وما كسبه من استخدام وقته في أمر آخر، فليس هذا

(1) ومن أمثلة ذلك، أن يرى رب العمل بعد البدء أو الشروع في تنفيذ المقاوله، أن من مصلحته العدول عنها، وقد يكون رب العمل قد اعتمد على موارد يدفع منها أجر ومصاريف المقاوله، ثم تنقطع هذه الموارد أو تقصر عن دفع نفقات المقاوله، وقد تلحق رب العمل أثناء تنفيذ المقاوله خسارة مالية تجعله عاجزا عن المضي في تمويل المقاوله... راجع في ذلك قدرتي عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 266.

أيضا إلا تطبيق للقواعد العامة، على اعتبار أنه عند حساب الخسارة التي يتحملها المقاول نتيجة عدم إتمام تنفيذ المقاولة، يجب خصم ما لم يتحمله فعلا من هذه الخسارة، بسبب وقف تنفيذ المقاولة وعدم المضي في إنجاز العمل، كما أنه عند حساب الكسب الذي فات المقاول، يتعين كذلك خصم ما لم يفته فعلا، إذا كان قد استخدم وقته في أمر آخر عاد عليه بكسب معين.

ولتحليل أكثر لمضمون المادة 566 من القانون المدني الجزائري، نرى أن نتناولها بالبحث من خلال التطرق إلى مسألتين أساسيتين، تتعلق الأولى بشروط تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة، أما الثانية فتشمل بيان النتائج المترتبة على ذلك.

أولاً: شروط تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة.

يتبين من نص المادة 566 من القانون المدني الجزائري، أنه يتعين توافر شروطاً أربعة حتى يتمكن رب العمل من التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة.

الشرط الأول: عدم تمام العمل محل المقاولة:

فإذا أتم المقاول العمل المتفق عليه، لم يعد هناك معنى لإعطاء رب العمل حق التحلل من عقد المقاولة، إذ يلتزم رب العمل حينها بدفع الأجر كاملاً كتعويض للمقاول، فأولى أن يدفعه أجراً على عقد تم تنفيذه، ذلك أن الحكمة من تخويل رب العمل سلطة إنهاء المقاولة بإرادته المنفردة، هي منع المقاول من القيام بأعمال أو نفقات يراها رب العمل غير مجدية أو غير نافعة، وقصر ما يجب عليه دفعه للمقاول على النفقات التي صرفها فعلاً، وعلى الربح الذي كان يستحقه لو أنه أتم العمل، وعلى ذلك تنتفي هذه الحكمة إذا كان المقاول قد أتم العمل فعلاً، فعندها سيكون المقاول قد أنفق كل ما هو ضروري لإنجاز العمل محل المقاولة⁽¹⁾.

ويثبت الحق في التحلل من المقاولة منذ إبرام العقد، ولو لم يشرع المقاول في إنجاز العمل المتفق عليه، والتحلل من المقاولة في الحالة الأخيرة يكون أيسر على رب العمل، على اعتبار أن التعويض المستحق للمقاول سيكون أقل.

ويبقى حق رب العمل في التحلل من عقد المقاولة قائماً، حتى بعد شروع المقاول في إنجاز العمل، طالما لم يتمه بعد، فإذا أتمه وأعذر رب العمل أن يتسلمه، فقد رب العمل الحق في التحلل من المقاولة⁽²⁾.

الشرط الثاني: كون الطرف الذي يتحلل من عقد المقاولة هو رب العمل:

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 250. أنظر أيضاً محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 262.

(2) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 268.

إن حق إنهاء عقد المقاولة بالإرادة المنفردة مقرر بنص المادة 566 من القانون المدني الجزائري، لرب العمل، فلا يستطيع المفاوض التحلل من عقد المقاولة، إلا إذا اتفق على ذلك، ولكن إذا عهد المفاوض العمل كلياً أو جزئياً إلى مفاوض فرعي، فإنه يصبح بمثابة رب عمل في علاقته بهذا الأخير، ومن ثمة يكون له الحق في إنهاء عقد المقاولة الفرعية بإرادته المنفردة⁽¹⁾.

ولا يستطيع كذلك دائنو رب العمل طلب إنهاء المقاولة بالنيابة عنه، فهو حق شخصي متروك لمحضر تقديره⁽²⁾.

وينتقل حق رب العمل في إنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة إلى خلفه العام والخاص⁽³⁾، فلورثة رب العمل بعد موته أن يستعملوا هذا الحق، فإذا تعدد الورثة واستمر المفاوض في إنجاز العمل شائعاً لحسابهم، جاز لمن يملك ثلاثة أرباع العمل أن ينهي العقد، على أساس أن ذلك يعتبر تصرفاً في نتيجة العمل، فتملكه الأغلبية المتقدمة وفقاً للمادة 720 من القانون المدني الجزائري، التي تقرر أن: «لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي⁽⁴⁾، قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا». كذلك يجوز للخلف الخاص أن يتحلل من المقاولة، فإذا نزل رب العمل عن حقوقه الناشئة عن المقاولة إلى غيره، كان لهذا الغير أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة.

الشرط الثالث: أن يكون تحلل رب العمل من المقاولة راجعاً إلى إرادته، وليس إلى خطأ المفاوض، فإذا ارتكب المفاوض خطأ، خلا بذلك بالتزاماته التي يفرضها عليه عقد المقاولة، جاز لرب العمل بعد إعدار المفاوض، أن يطلب التنفيذ العيني، بإجبار المفاوض على إصلاح خطئه عيناً، مع المضي في العمل محل المقاولة، أو أن يطلب فسخ عقد المقاولة مع التعويض في الحالتين، إن كان له مقتضى، وفقاً للمادة 1/119 من القانون المدني الجزائري، سألقة الذكر.

(1) فتية قرّة، المرجع السابق، ص 269.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 262.

(3) قدرّي عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 269.

(4) إن عبارة: "عقد غير قضائي" الواردة ضمن نص المادة 720 مدني جزائري، غير دقيقة، لأن مصطلح "عقد" لا يصدق إلا على الاتفاق الذي يكون بين طرفين.

ويلاحظ أنه في حالة ما إذا طلب رب العمل فسخ عقد المقاولة، فإن المقاول لا يرجع عليه بالتعويض الكامل، كما كان له ذلك، لو أن رب العمل تحلل بإرادته المنفردة من المقاولة⁽¹⁾.

الشرط الرابع: ألا يشترط المقاول على رب العمل عدم جواز التحلل من المقاولة: إن حق رب العمل في التحلل من عقد المقاولة بعد تعويض المقاول، ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة⁽²⁾.

فقد يتفق الطرفان على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد، كما قد يتم الاتفاق على أن يكون لرب العمل التحلل من المقاولة دون أن يدفع أي تعويض للمقاول، إلا في حدود ما أثري به على حساب هذا الأخير.

وبناء على ما سبق، فإنه يجوز لرب العمل أن يتحلل من المقاولة متى توافرت الشروط المتقدمة الذكر، وذلك أيا كانت طبيعة العمل محل المقاولة، وبصرف النظر عن الطريقة المتبعة في تحديد أجرها، أي سواء تمت المقاولة بأجر إجمالي، أم تحدد الأجر فيها على أساس مقايضة بسعر الوحدة⁽³⁾.

ويثبت حق الإنهاء لرب العمل، سواء كان هو الذي قدم المواد المستخدمة في العمل، أو كان المقاول هو الذي قدم هذه المواد، لورود نص المادة 566 من القانون المدني الجزائري عاما في هذا الخصوص.

كما يجوز لرب العمل التحلل من المقاولة أيا كانت الأسباب و البواعث التي دفعته إلى ذلك، فهو غير ملزم ببيانها للمقاول، بل ولا معقب عليه في ذلك من القضاء نفسه⁽⁴⁾.

ويقع التحلل من المقاولة بإخطار رب العمل المقاول برغبته في الرجوع في المقاولة، ولم يشترط القانون شكلا خاصا لتمام الرجوع، ولكن عبء إثبات الإخطار، يقع على رب العمل.

ويجوز الرجوع في المقاولة في أي وقت، منذ إبرام العقد إلى ما قبل إعدار المقاول لرب العمل بتسلم العمل⁽⁵⁾، ويتم التحلل من المقاولة بمجرد وصول الإخطار إلى علم المقاول،

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 229.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 262-263.

(3) فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 270.

(4) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 251.

(5) قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 273.

طبقا للقواعد العامة المقررة في إنتاج الإرادة لأثرها، وفقا للمادة 61 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

ثانيا: النتائج المترتبة عن التحلل من المقاولة.

يستتبع إخطار رب العمل للمقاول بالتحلل من عقد المقاولة، النتائج الآتية:

1- انتهاء عقد المقاولة بالرجوع فيه من قبل رب العمل، فيصبح هذا الأخير غير ملزم بدفع الأجر، ولا المقاول ملزم بإنجاز العمل محل المقاولة⁽²⁾.

2- التزام رب العمل بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقته من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، ومصدر هذا الالتزام هو نص المادة 566 من القانون المدني الجزائري، لا عقد المقاولة فقد انتهى، ومن ثمة يلتزم رب العمل بما يلي:

أ/ تعويض المقاول عن جميع المصروفات التي أنفقها في سبيل تنفيذ العمل، ولو لم تعد بأي فائدة على رب العمل، بالإضافة إلى تعويضه عما أنجزه من الأعمال، ويشمل ذلك أجور العمال والنفقات الفعلية التي صرفها في إنجاز الأعمال وأثمان المواد التي قدمها لاستخدامها في العمل، مع ملاحظة أنه يتعين على المقاول أن يسلم لرب العمل ما أنجزه من العمل، بعد أن يتقاضى قيمته، غير أن المقاول لا يجبر على تسليم المواد التي اشتراها لاستخدامها في إنجاز العمل، فله أن يحتفظ بها، على ألا يتقاضى تعويضا عنها⁽³⁾.

ولا يتقاضى المقاول تعويضا إلا عن الأعمال التي يكون قد أنجزها وقت علمه بإخطار رب العمل بالتحلل من المقاولة، فلا يدخل ضمن التعويض المستحق للمقاول، ما يكون قد قام به من أعمال بعد علمه بتحلل رب العمل من المقاولة، ما لم تكن هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما تم من عمل، فإذا كان العمل المعهود به إلى المقاول يتضمن إصلاح أو تغيير شبكة الأسلاك الكهربائية الموجودة بالبناء، وبعد أن كشف المقاول عن هذه الأسلاك، علم بتحلل رب العمل من المقاولة، فعلى المقاول أن يعيد الحال إلى ما كانت عليه، بتغطية هذه الأسلاك، دون الإخلال بحقه في الرجوع على رب العمل بقيمة هذه التغطية، على أساس أن ما قام به، ليس مجرد حق، بل هو واجب عليه⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري على أنه: «ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك».

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، المرجع السابق، ص232.

(3) فتية قررة، المرجع السابق، ص271.

(4) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص253.

ب/ تعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، فإذا كانت المقاوله مقدرة بأجر إجمالي، فإن كسب المقاول يتحدد بالفرق بين قيمة هذا الأجر، وقيمة النفقات اللازمة لإنجاز العمل محل المقاوله، فإذا كان العمل مثلاً تشييد مبنى من أربعة أدوار بأجر إجمالي قدره عشرة ملايين دينار جزائري (10000000 دج)، وتحلل رب العمل من العقد بعد بناء الدور الأول، فإن المقاول يرجع بالنفقات الفعلية التي صرفها في بناء هذا الدور، على الوجه المبين أعلاه ثم يحسب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، فإذا كان مثلاً 10% من الأجر الإجمالي، فإن ما يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، يكون مليون دينار جزائري (1000000 دج) فيرجع أيضاً بهذا المبلغ على رب العمل.

أما إذا كان أجر المقاوله مقدار بسعر الوحدة، فإن كسب المقاول يحدد بالفرق بين أجر كل وحدة من وحدات العمل وقيمة النفقات اللازمة لإنجازه، ويكون مجموع الكسب الذي فاتته هو هذا الفرق مضاعفاً بمقدار عدد وحدات العمل المتفق عليه⁽¹⁾.

3- تخفيض التعويض المستحق للمقاول عما فاتته من كسب، إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً، وفقاً لنص المادة 2/566 سالف الذكر، فإذا اتضح بعد أن أوقف المقاول تنفيذ المقاوله، وحسب الربح الذي فاتته على أساس النفقات الفعلية التي صرفها فيما أتمه من العمل، أنه لو أتم العمل، لكلفه الباقي منه نفقات أكبر، لارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور العمال، فإنه يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يخفض مقدار الربح الذي فات المقاول، بما يتناسب مع ما ظهر من ارتفاع في الأسعار والأجور.

وإذا كان من الجائز تخفيض التعويض في هذه الحالة، فإنه يتعين تخفيضه في حالتين أخريين، تتعلق الأولى بما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد، وترتبط الثانية بما يكون المقاول قد كسبه باستخدام وقته فعلاً في عمل آخر. وفي الحالة الأخيرة، لا يشترط أن يكون المقاول قد استخدم وقته فعلاً في أمر آخر، بل يكفي أن يكون قد أتاحت له فرصة في استخدامه ولم يفعل، فإنه يكون قد أضاع على نفسه هذا الكسب بتقصير منه⁽²⁾.

وفي الأخير نشير إلى وقوع جدل فقهي بشأن إلزام رب العمل بتعويض المقاول عن الضرر الأدبي الذي لحقه بسبب عدم إتمام العمل؟

فقد ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بحق المقاول في التعويض عما يكون قد أصابه من ضرر أدبي من جراء منعه من إتمام العمل، ذلك أن المقاول قد تكون له

(1) المرجع نفسه، ص 254.

(2) فتحة قرّة، المرجع السابق، ص 273.

مصلحة أدبية في إتمام العمل، كأن يكون عملا فنيا يفيد في سمعته، فإذا تحلل مثلا رب العمل من عقده مع المهندس المعماري، فإنه يلتزم فضلا عن دفع أتعابه عن وضع التصميم وعمل المقايضة، بتعويضه عن الضرر المعنوي الذي أصابه في سمعته المهنية⁽¹⁾.

غير أن هذا الرأي انتقد على أساس أن تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة، يعتبر عملا مشروعا في ذاته، فهو مقرر لرب العمل بنص القانون، وبالتالي لا يجوز أن نرتب عليه التزاما بتعويض الضرر الأدبي، إلا إذا كان قد اقترن بخطأ ارتكبه رب العمل⁽²⁾.

الفرع الثاني

موت المقاول

نصت المادة 569 من القانون المدني الجزائري على أن: «ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل».

بينما نصت المادة 570 من القانون ذاته على أنه: «إذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات».

نشير بداية إلى أن الإحالة التي تضمنتها المادة 569 أعلاه، تشير بعض اللبس والغموض، فقد نصت على أنه لا يجوز لرب العمل فسخ عقد المقاولة في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552/2، وواضح أن المشرع الجزائري كان يقصد الإحالة إلى المادة 566/1 من القانون المدني، التي تجيز لرب العمل التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة والتي سبق تفصيلها⁽³⁾، وليس المادة 552/2، على اعتبار أن مضمون المادة 552/2⁽⁴⁾ يختلف تماما عما يمكن أن يقصده المشرع الجزائري بنص المادة 569 من القانون المدني.

(1) قذري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 275.

(2) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 256.

(3) راجع تفصيل المادة 566 من القانون المدني الجزائري، الصفحة 126 وما يليها من هذا البحث.

(4) راجع تفصيل المادة 552 من القانون المدني الجزائري، الصفحة 55 وما يليها من هذا البحث.

وعلى ذلك يتعين على المشرع الجزائري تصحيح الخطأ الذي اعترى نص المادة 569 من القانون المدني، بالإحالة إلى المادة 1/566 من القانون المدني، بدلا من المادة 2/552 من ذات القانون.

ومهما يكن من الأمر، يتضح من نص المادتين 569 و 570 أعلاه، أن موت المَقُول ينهي في بعض الحالات عقد المَقَاوِلَة، أما موت رب العمل فلم يعرض له هذين النصين. كما يتضح من النصين المذكورين، أن انتهاء المَقَاوِلَة بموت المَقُول يترتب آثارا قانونية هامة، تمس حقوق ورثة هذا الأخير وكذا رب العمل.

ولتفصيل أكثر لمضمون المادتين 569 و 570 من القانون المدني الجزائري، نتناولها بالدراسة من خلال التطرق إلى مسألتين أساسيتين، تتعلق الأولى بأثر موت أحد طرفي عقد المَقَاوِلَة على استمرار نفاذه، بينما تتعلق الثانية بالآثار المترتبة على انتهاء المَقَاوِلَة بموت المَقُول.

أولاً: أثر موت أحد طرفي عقد المَقَاوِلَة على استمرار نفاذه.

الأصل أن شخصية كل من طرفي عقد المَقَاوِلَة ليست محل اعتبار في التعاقد، وهذا بالنظر إلى أن المَقَاوِلَة عقد من العقود المالية، وينطبق ذلك بصفة مطلقة فيما يتعلق برب العمل فلا أثر لموته على العقد، الذي يبقى نافذا ملزما لورثته، ولو كان العمل الذي عهد به إلى المَقُول لن يفيدهم، أو أنهم لا يستحسنون العمل محل المَقَاوِلَة. ولكن، يجوز لورثة رب العمل ما كان يجوز لمورثهم لو أنه كان حيا، وهو أن يتحللوا من المَقَاوِلَة قبل إتمامها⁽¹⁾، طبقا لأحكام المادة 566 من القانون المدني الجزائري، بشرط أن يعوّضوا المَقُول على النحو الذي سبق بيانه.

أما بالنسبة للمَقُول، فالأصل كذلك أن المَقَاوِلَة لا تنتهي بموته، على اعتبار أن ما يهم رب العمل هو أن ينجز العمل وفقا للمواصفات المتفق عليها، بصرف النظر عن من يقوم بهذا العمل، ولذلك لم تكن شخصية المَقُول محل اعتبار في عقد المَقَاوِلَة بصفة عامة، فإذا توفي وكان له ورثة يستطيعون إنجاز العمل وفقا لما هو متفق عليه مع رب العمل، فلا يكون لهذا الأخير أن يتضرر من عدم تنفيذ العمل بواسطة المَقُول نفسه، أما إذا لم تتوافر في ورثة المَقُول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، سواء في ذلك المؤهلات الفنية والخبرة اللازمة لذلك أو القدرة المالية أو الأمانة، فإنه يكون لرب العمل

(1) فتية قرّة، المرجع السابق، ص 263.

أن يطلب فسخ عقد المقاولة بسبب وفاة المقاول، ويقدر القاضي حينئذ ما إذا كان الورثة لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية، فيحكم بفسخ العقد أو يرفضه⁽¹⁾.

كما يجوز لورثة المقاول من جهتهم أيضا، إذا كانوا لا يحترفون مهنة مورثهم، أن يطلبوا من القضاء فسخ العقد، متى أصر رب العمل على التنفيذ، ويكون للقاضي تقدير هذا الطلب فيحكم به أو يرفضه⁽²⁾.

ولكن إذا كان الأصل هو أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار في العقد، فإنه قد تبرم بعض المقاولات، يكون فيها لمؤهلات المقاول الشخصية الاعتبار الأول في التعاقد، فتكون هذه المؤهلات هي الدافع الأساسي الذي يدفع رب العمل إلى التعاقد معه، وفي هذه الحالة ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول وفقا للمادة 569 من القانون المدني الجزائري. وجدير في هذا الصدد أن نتساءل عن المقصود بالمؤهلات الشخصية للمقاول، على اعتبار أنها تتحكم إلى حد كبير في استمرار نفاذ عقد المقاولة من عدمه، بعد وفاة المقاول. يقصد بالمؤهلات الشخصية للمقاول، جميع صفاته الشخصية التي تكون ذات تأثير فيما يتعلق بحسن تنفيذ العمل وفقا لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة، فيدخل في المؤهلات الشخصية، سمعة المقاول من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة وتخصصه في نوع العمل محل المقاولة وما حصل عليه من الشهادات الفنية في هذا التخصص والأعمال السابقة التي قام بتنفيذها والتي من شأنها أن تكسبه تجربة عملية تدعم خبرته الفنية⁽³⁾.

والبت في ما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد، مسألة موضوعية يفصل فيها القضاء على ضوء الظروف التي لا بست هذا التعاقد، ومن ذلك طبيعة العمل، إن كان عملا فنيا دقيقا، يتطلب مقاولا متخصصا أم أنه عمل عادي بسيط، كما يتعين مراعاة أهمية هذا العمل وقيمه من الناحية المالية. وفي كل ذلك يجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فهي الأساس في تقدير ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد⁽⁴⁾.

فإذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار التعاقد، على النحو السابق ومات المقاول، فإن عقد المقاولة ينتهي من تلقاء نفسه بحكم القانون، دون حاجة لطلب

(1) المرجع نفسه، ص 263.

(2) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 97.

(3) محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 265-266.

(4) فتيحة قره، المرجع السابق، ص 264.

فسخه، لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول⁽¹⁾.

وينطبق هذا الحكم سواء اقتصر المقاول على تقديم عمله، أم التزم فضلا عن ذلك بتوريد الموارد اللازمة لإنجاز العمل، وسواء كانت المقاوله أصلية أو مقاوله فرعية، وسواء كان الأجر جزافا أو بسعر الوحدة، وأيا كان العمل محل المقاوله⁽²⁾.

وإذا كان رب العمل قد عهد إلى مجموعة من المقاولين لتنفيذ العمل متضامنين فيما بينهم، ودون تقسيم للعمل عليهم، فإن موت أحدهم لا ينهي المقاوله إلا بالنسبة له، بما يعني استمرار العقد ملزما للآخرين، ما لم يتضمن شرطاً يقضي باشتراكهم جميعاً في تنفيذ العمل محل المقاوله⁽³⁾.

ثانياً: الآثار المترتبة على انتهاء المقاوله بموت المقاول.

إن انتهاء عقد المقاوله لا يثير أي أشكال، إذا كان المقاول قد توفي قبل أن يبدأ في تنفيذ العمل محل المقاوله، ودون أن يكون قد تعاقد على شراء شيء من الأدوات أو المواد اللازمة لإنجازه، إذ يتحلل منه كل من رب العمل وورثة المقاول دون الحاجة إلى تصفية لمركز كل منهما، فلا يرجع أحد منهما بشيء على الآخر، إلا إذا كان رب العمل قد دفع جزء من الأجر إلى المقاول قبل وفاته، فإن له أن يسترده⁽⁴⁾.

ولكن قد تحدث وفاة المقاول بعد أن يكون قد بدأ في تنفيذ المقاوله، فاشترى المادة اللازمة لاستخدامها في إنجاز العمل، وبدأ العمل فعلاً في هذه المادة أو في المادة التي يكون رب العمل قد قدمها، فأنفق مصروفات وبذل جهداً ووقتاً حتى أنجز جزءاً من العمل أو مهد لإنجازه، فكيف تتم تصفية مراكز كل من المتعاقدين في هذه الحالة ؟

أجابت على ذلك المادة 1/570 من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر، بأنه إذا انقضى العقد بموت المقاول، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال، وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من الأعمال والنفقات. وعلى ذلك، إذا كان رب العمل هو الذي قدم المواد اللازمة لتنفيذ المقاوله، وكان المقاول قد بدأ فعلاً في استخدامها ظلت هذه المواد مملوكة لرب العمل طوال المدة اللازمة للتنفيذ، وبالتالي فإن انقضاء المقاوله قبل تمام تنفيذها، يجيز لرب العمل استرداد تلك المواد، ولكنه يلتزم بأن يدفع لورثة المقاول قيمة العمل الذي قام به قبل وفاته، فإذا لم يكن الأجر

(1) وهو المعنى المستفاد بمفهوم المخالفة لنص المادة 569 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر، حين أشارت إلى أن عقد المقاوله لا ينتهي من تلقاء نفسه، إذا لم تكن مؤهلات المقاول محل اعتبار وقت التعاقد.

(2) جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص 444-445.

(3) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 242.

(4) فتية قره، المرجع السابق، ص 265.

محددا في العقد، قدر القاضي هذه القيمة وفقا للمعايير التي نصت عليها المادة 562 مدني جزائري، أما إذا كان الأجر محددًا في العقد، فإن قيمة ما أنجزه المقاول من عمل تقدر على أساس نسبة ما تم من العمل إلى مجموع الأعمال المكلف بها والمحدد أجرها، فإذا كان الأجر المتفق عليه لمجموع العمل هو ثلاثمائة ألف دينار جزائري (300000 دج) مثلا، وأنجز المقاول قبل موته ثلث العمل، التزم رب العمل بأن يدفع لتركة المقاول مئة ألف دينار جزائري (100000 دج).

كما يلتزم رب العمل بأن يدفع لورثة المقاول قيمة ما أنفقه من مصروفات لازمة لإتمام العمل الذي بدأه، وحالت وفاته دون الانتهاء منه⁽¹⁾.

غير أن التزام رب العمل بأن يدفع لتركة المقاول قيمة ما تم من أعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، مشروط بأن تكون هذه الأعمال والنفقات نافعة له، إذ يتحدد هذا الالتزام بقدر النفع الذي يعود عليه منها، فإذا تعاقد مثلا رب العمل مع مهندس معماري لوضع تصميم معين، ثم مات المهندس قبل أن يقطع شوطا كبيرا في إعداد التصميم، بحيث يكون ما أنجزه منه غير ذي فائدة للمهندس الذي يأتي بعده، ويضطر المهندس الثاني إلى إعادة وضع التصميم كله من جديد، ففي هذه الحالة لا يرجع ورثة المهندس الأول بشيء على رب العمل، لأنه لم يفد من عمل مورثهم شيئا⁽²⁾.

أما إذا كان المقاول هو الذي قدم المواد اللازمة لتنفيذ المقاول، فإن هذه المواد تظل مملوكة له طوال مدة التنفيذ، وتنتقل إلى ورثته بعد وفاته.

فالأصل أن المقاول لا يلزم بتسليم هذه المواد إلى رب العمل، طالما لم ينته من إنجاز العمل محل المقاول، إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذا الأصل بالنسبة للورثة، فقررت الفقرة الثانية من المادة 570 من القانون المدني، بأنه يجوز لرب العمل أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها، على أن يدفع عنها لورثة المقاول تعويضا عادلا.

ويراعى في تقدير هذا التعويض قيمة تلك المواد وفائدتها بالنسبة للورثة أنفسهم، فقد تنعدم هذه الفائدة بالنسبة لهم، فيجد القاضي في ذلك مبررا لأن يكون ما يحكم به من تعويض أقل من القيمة التي تحملها المقاول عند شراء تلك المواد⁽³⁾.

(1) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 243-244. أنظر أيضا إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل عقد المقاول فقها وقضاء، المرجع السابق، ص 72.

(2) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 244.

(3) فتية قره، المرجع السابق، ص 266-267.

وفي الأخير نشير إلى أنه يلحق بموت المقاول، أن يصبح عاجزا عن إتمام العمل بسبب لا يد له فيه، وفقا للمادة 3/570 من القانون المدني الجزائري، سالفه الذكر، كأن يصاب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه، وبالتالي ينتهي عقد المقولة لاستحالة التنفيذ، فإذا حصل عجز المقاول بعد أن بدأ في تنفيذ العمل فعلا، فتصفى مراكز المتعاقدين وفقا للأحكام السابقة التي وضعها المشرع الجزائري في حالة وفاة المقاول، مع مراعاة أن رب العمل سيلتزم بالدفع في مواجهة المقاول وليس ورثته، على اعتبار أنه لا يزال حيا⁽¹⁾.

(1) قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 288 . أنظر أيضا محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 245.

خلاصة الفصل الثاني:

نخلص من خلال تطرقنا في هذا الفصل لآثار عقد المقاولة وأسباب انتهائه، إلى أن عقد المقاولة يرتب آثاره بمجرد انعقاده، فيتعين على كل من المقاول ورب العمل تنفيذ التزاماته العقدية تحت طائلة تحمل مسؤولية الإخلال بذلك.

على أن المشرع الجزائي رتب على عاتق المقاول والمهندس المعماري، التزاما بضمان المنشآت المعمارية التي يقيمانها، لمدة عشر سنوات من وقت تسلمها النهائي من قبل رب العمل، ونظم هذا الالتزام بأحكام استثنائية، جعلته يتميز عن غيره من الالتزامات العقدية المترتبة على عقد المقاولة.

أما فيما يتعلق بانتهاء عقد المقاولة، فقد رأينا أنه يكون لأسباب عديدة، فقد ينتهي بتنفيذه من خلال تنفيذ كل من طرفيه لالتزاماته أو بانتهاء المدة المحددة للمقاولة، كما قد ينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه وفقا للقواعد العامة، سواء بالتقاييل أو الفسخ أو لاستحالة تنفيذه.

إضافة إلى ذلك، جعل المشرع الجزائي عقد المقاولة ينتهي لسببين آخرين، أوردهما ضمن التنظيم القانوني لهذا العقد في القانون المدني، وهما حالة تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة وحالة وفاة المقاول.

الخاتمة

من خلال بحثنا للتنظيم القانوني الجزائري لعقد المقاولة، اتضح أنه يشوبه القصور في بعض المسائل، حيث توجد بعض النصوص القانونية، من ضمن تلك المنظمة لعقد المقاولة، يتعين على المشرع تعديلها بسبب القصور الذي اعتراها، إما من حيث الشكل، إذ جاءت صياغتها الحالية غير دقيقة، مما قد يترتب عليه لبس وغموض في المعنى، أو من حيث المضمون، حيث لم تتطرق إلى بعض الجوانب العملية المهمة. بالإضافة إلى ذلك، هناك نصوص قانونية أخرى على صلة بالنصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة، يتعين على المشرع الجزائري تعديلها للسبب ذاته. وقد توصلنا من خلال بحثنا لهذا الموضوع إلى مجموعة من النتائج والتوصيات كما يلي:

أولاً: فيما يتعلق بالجانب الشكلي.

1- نصت المادة 554 من القانون المدني الجزائري على أن: «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، 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...».

فالمادة 554 من القانون المدني، تقرر في سياقها: «ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة...»، وليس فيها فقرة سابقة، بل جاء النص مستمرا دون وجود ما يشير إلى تقسيم النص إلى فقرتين، مع أن النص الفرنسي المقابل لذلك قد فصل بين الفقرتين، فكانت إحالته على الفقرة السابقة صحيحة.

وعليه نقترح على المشرع الجزائري إعادة صياغة الجزء المنوه عنه أعلاه من المادة 554 من القانون المدني، ببيان تقسيمه إلى فقرتين، على غرار النص الفرنسي المقابل لذلك.

2- أخطأ المشرع الجزائري في صياغة الفقرة الأولى من المادة 565 من القانون المدني، حين قضت بأنه: «يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذي يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى...»

إذ أن صياغة المادة على هذا النحو، توحي بأنه يجوز لدائني المقاول الأصلي مطالبة رب العمل بأكثر من القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي، والحقيقة أن هذا المعنى

غير منطقي ولم يقصده المشرع، لأن الشخص لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك، وهذا من المبادئ القانونية المستقرة، كما أن الصياغة الفرنسية للنص المذكور تفيد بأن المشرع الجزائري قصد بأن يرجع دائنو المقاول الأصلي على رب العمل بالقدر الذي يكون هذا الأخير مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.

وعليه يتعين على المشرع الجزائري تعديل الفقرة الأولى من المادة 565 من المدني، بالنص على أن الرجوع المباشر لدائني المقاول الأصلي على رب العمل، إنما يكون بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي، وقت رفع الدعوى.

3- نصّت المادة 569 من القانون المدني الجزائري على أن: «ينقضي عقد المقاول بموت المقاول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل».

فالمادة 569 من القانون المدني تضمنت إحالة إلى نص قانوني آخر لا يتناسب مع مضمونها، وهو نص المادة 2/552 المتعلقة بإلزام المقاول بأن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات و أدوات إضافية على نفقته، وواضح أن المشرع الجزائري كان يقصد الإحالة إلى المادة 1/566 من القانون المدني، التي تجيز لرب العمل التحلل من عقد المقاول بإرادته المنفردة، وليس المادة 2/552 ، على اعتبار أن مضمون المادة 2/552 يختلف تماما عما يمكن أن يقصده المشرع الجزائري بنص المادة 569 من القانون المدني.

وعلى ذلك يتعين على المشرع الجزائري تصحيح الخطأ الذي اعترى نص المادة 569 من القانون المدني، بالإحالة إلى المادة 1/566 من القانون المدني، بدلا من المادة 2/552 من ذات القانون.

4- أن المادة 2/8 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، تحيل إلى المواد من 94 إلى 99 من القانون 07/80 المؤرخ في 19/07/1980 ، المتعلق بالتأمينات، رغم أنه ألغي بالأمر 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتضمن قانون التأمين.

لذلك يتعين على المشرع الجزائري تعديل المادة 2/8 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 ، بالإحالة إلى المواد من 175 إلى 195 من الأمر 07/95 .

ثانيا: فيما يتعلق بالجانب الموضوعي.

1- لم يوفق المشرع الجزائري في تعريف عقد المقاولة، لأن التعريف الذي وضعه بالمادة 549 من القانون المدني، لم يبرز خصيصة أساسية تميز عقد المقاولة عن غيره من العقود، وهي أن المقاول ينفذ العمل محل المقاولة مستقلا دون أن يخضع لإدارة وإشراف رب العمل .

وعليه نقترح على المشرع الجزائري تعديل المادة 549 من القانون المدني بما يفيد قيام المقاول بالعمل محل المقاولة بصورة مستقلة، دون خضوع لإدارة وإشراف رب العمل.

2- وفقا للمادة 552 من القانون المدني، أجاز المشرع الجزائري للمقاول أن يقدم عمله بالإضافة إلى المادة اللازمة لإنجازه، أو أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب، على أن يقدم رب العمل المادة اللازمة لإنجازه، وألزم المقاول في هذه الحالة بالمحافظة عليها وأن يؤدي حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها، إلا أن المشرع الجزائري لم يشر إلى ما يفيد إلزام المقاول بإخطار رب العمل بالعيوب التي يكتشفها في المواد التي قدمها هذا الأخير لاستعمالها في انجاز العمل، وهذا بالنظر إلى أن جودة المواد المستعملة لانجاز العمل وخلوها من العيوب، تلعب دورا كبيرا في تحقيق سلامته بعد انجازه، خاصة في مجال مقاولات إنجاز المباني والمنشآت المعمارية.

وعلى ذلك يتعين على المشرع الجزائري تعديل المادة 552 من القانون المدني بما يفيد إلزام المقاول بإخطار رب العمل بالعيوب التي يكتشفها في المواد التي يقدمها إليه لاستعمالها في انجاز العمل محل المقاولة، وأن يرفض استخدام المواد المعيبة، إذا كانت تؤدي إلى نتائج وخيمة، حتى ولو طلب منه رب العمل استخدامها.

3- وفقا للمادة 2/552 من القانون المدني، ألزم المشرع الجزائري المقاول بأن يأتي بما يحتاج إليه في انجاز العمل من آلات وأدوات ويكون ذلك على نفقته من حيث الأصل، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك، غير أن المشرع لم يتطرق إلى الحالة التي يحتاج فيها المقاول إلى أيدي عاملة أو أشخاص يعاونوه ويعملون تحت إشرافه.

وعليه يستحسن تعديل نص المادة 2/552 من القانون المدني الجزائري بما يفيد صراحة تحميل المقاول، نفقات ما قد يحتاجه في إنجاز عمله من آلات وأدوات وأيادي عاملة تعمل تحت إشرافه.

4- أجاز المشرع الجزائري لرب العمل من خلال المادة 553 من القانون المدني، أن ينذر المقاول ليصحح من طريقة تنفيذه للعمل، إذا لا حظ أنه قد أخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها أثناء مرحلة التنفيذ، فإذا لم يستجب المقاول واستمر في تنفيذ العمل بطريقة معيبة، فإنه يجوز حينئذ لرب العمل أن يطلب فسخ العقد أو أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول وفقا لما يقرره نص المادة 170 من القانون المدني في هذا المجال، بما يعني أن المشرع الجزائري اشترط على رب العمل الحصول على حكم قضائي يرخص له أن يعهد بإنجاز العمل إلى مقاول آخر.

لكن المشرع الجزائري لم يبيّن الحكم في الحالة التي يكون فيها العمل مستعجلا، لا يحتمل الإبطاء المترتب على رفع الأمر إلى القضاء، على اعتبار أن نص المادة 170 المحال إليه في نص المادة 553 من القانون المدني يشترط الحصول على الترخيص القضائي دون تمييز بين حالة الاستعجال من عدمه.

لذلك نقترح على المشرع الجزائري، سدا لهذا الفراغ القانوني، أن يجيز لرب العمل في حالة الاستعجال، أن يلجأ إلى مقاول آخر لإنجاز العمل على الوجه الصحيح، على نفقة المقاول الأول دون اشتراط حكم من القضاء يرخص له ذلك، بأن يضيف فقرة ثانية بهذا المعنى إلى نص المادة 170 من القانون المدني أو أن يضمن نص المادة 553 من القانون المدني هذا المعنى.

5- أنه بالرغم من التطور الكبير الذي عرفته الجزائر في مجال البناء والتشييد ومشاركة أشخاص آخرين -غير المقاول والمهندس المعماري- فيه، إلا أن دائرة تطبيق أحكام الضمان العشري من حيث أشخاصه، بقيت على حالها منذ صدور القانون المدني سنة 1975 ، فالمادة 554 من القانون المدني، لا تزال تقتصر على ذكر المقاول والمهندس المعماري، دون غيرهما من الأشخاص الآخرين الذي يشاركون في عمليات البناء والتشييد.

وعلى ذلك يتعين على المشرع تعديل نص المادة 554 من القانون المدني، بأن يوسع من نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص المسؤولين بأحكامه، ليشمل بالإضافة إلى المقاول والمهندس المعماري، كل من يساهم في عمليات البناء والتشييد، على النحو السابق بيانه، سيما إذا كان مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاول-ة.

كما يتعين عليه أن يستبدل عبارة "المهندس المعماري" الواردة في المادة 554 من القانون المدني، بعبارة "مهندسي البناء" ، لأن هذه العبارة الأخيرة أوسع من عبارة المهندس المعماري، حيث تشمل المهندس المعماري والمهندس المدني.

وفي هذا الصدد لاحظنا، أنه رغم الدور الكبير الذي يقوم به المراقب الفني والصلاحيات الواسعة التي خولها له المرسوم 204/86 سالف الذكر، ومع ذلك فإن هذا المرسوم لم ينظم مسؤوليته، مما يستدعي إعادة النظر فيه، من خلال النص على أن يكون تدخل المراقب الفني إجباريا بالنسبة لبعض الأعمال التي-بالنظر إلى طبيعتها- تنطوي على أخطار خاصة، وأن يكون تدخل المراقب الفني بناء على طلب رب العمل، وأن يخضع لقرينة الضمان العشري في حدود المهمة التي كلف بها.

أما فيما يتعلق بالمتعامل في الترقية العقارية، فإنه يتضح من المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 ، سالف الذكر، أنه يكون ملزما بأحكام الضمان العشري، إذا كان قد كلف مهندسين معماريين ومقاولين بإنجاز مباني، بحيث يكون في علاقته معهم في مركز رب العمل، ولم يطلب منهم شهادة تأمين عن مسؤوليتهم، بما يعني أنه لو تولى إنجاز المباني بنفسه، كما هو الغالب في الواقع العملي، فإنه لا يكون مسؤولا طبقا لأحكام الضمان العشري في مواجهه المشتري، وهذا ما لم يقصده المشرع الجزائري في رأينا، لأن المتعامل في الترقية العقارية يعتبر مهنيا محترفا يتعامل مع أشخاص يجهلون فن البناء والتشييد وليست لهم خبرة به، وهذه الاعتبارات كافية لاتجاه إرادة المشرع إلى حمايتهم عن طريق استفادتهم من أحكام الضمان العشري.

ولأجل ذلك وسدا للثغرات وإيعادا لكل غموض، نقترح تعديل المادة 08 أعلاه، بالنص صراحة على خضوع المتعامل في الترقية العقارية لأحكام الضمان العشري، سواء قام بإنجاز المباني بنفسه أو كلف مشيدين آخرين بإنجازها.

6- أن المشرع الجزائري حين تطرق لأجر المهندس المعماري من خلال المادة 563 من القانون المدني، لم يبيّن الحكم في الحالة التي لا يتطرق فيها رب العمل والمهندس المعماري إلى تحديد مقدار الأجر المستحق لهذا الأخير، وإن كان قد تدارك هذا النقص في مضمون المادة 563 ، من خلال المادة 21 من المرسوم التشريعي 07/94 سالف الذكر، حين قضت بأن يحدد قانون الواجبات المهنية القواعد المتعلقة بأتعاب المهندسين المعماريين.

ومع ذلك تبقى مسألة تعديل نص المادة 563 من القانون المدني مطلب مشروع، وذلك بالإحالة إلى قانون الواجبات المهنية لمهنة الهندسة المعمارية، بشأن تقدير أتعاب المهندس المعماري، في حالة عدم الاتفاق على هذه الأتعاب عند إبرام العقد.

7- لم تكن الفقرة الثالثة من المادة 565 من القانون المدني، واضحة في الدلالة على قصد المشرع الجزائري بعدم جواز الاحتجاج على المقاولين الفرعيين والعمال

بحوالة الحق التي تتم من قبل المقاول لفائدة شخص آخر اتجاه رب العمل، ولو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز، إذ لو كان المقصود من النص عدم نفاذ الحوالة الحاصلة بعد الإنذار أو الحجز، لكان مجرد تطبيق للقواعد العامة، ولما كانت هناك حاجة للنص عليها صراحة، وبالتالي يقدم في جميع الأحوال، حق المقاول الفرعي أو العامل على حق المحال له.

وعليه نقترح على المشرع الجزائري تعديل الفقرة الثالثة من المادة 565 من القانون المدني، بما يفيد صراحة عدم جواز الاحتجاج على المقاول الفرعي أو العامل بأي حوالة تتم من قبل المقاول الأصلي لفائدة شخص آخر اتجاه رب العمل، ولو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز.

8- وفقا للمادة 1000 من القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري قد منح للمقاول والمهندس المعماري دون غيرهما من المتدخلين في عملية التشييد والبناء، امتيازاً على المنشآت المعمارية التي يقومون بتشبيدها أو ترميمها أو صيانتها، ضماناً للمبالغ المستحقة لهم في ذمة رب العمل، وذلك بقدر ما زاد في قيمتها بسبب الأعمال التي قاما بها.

لكن اتساع دائرة المتدخلين في عمليات التشييد والبناء، يجعل الاقتصار على منح هذا الامتياز للمقاول والمهندس المعماري فقط، أمر مجحف في حق بقية الأشخاص الذين يشاركون في عملية التشييد والبناء، لذا يتعين على المشرع الجزائري تعديل المادة 1000 من القانون المدني، بأن يوسع من دائرة الأشخاص المستفيدين من هذا الامتياز ليشمل فضلا عن المقاول والمهندس المعماري، كل متدخل في عملية التشييد والبناء، طالما ارتبط بعقد مقاوله مع رب العمل.

تم بحمد الله تعالى

ملخص البحث باللغة العربية :

يعتبر عقد المقاولة من أهم العقود التي يعتمد عليها الإنسان للحصول على الخدمات والأعمال، نظرا لتعدد أشكال وصور هذا العقد وتنوع الأعمال التي يرد عليها، وهذا ما جعل عقد المقاولة ينتشر بصورة واسعة في الواقع العملي، من خلال المعاملات اليومية بين الناس، خاصة فيما يتعلق بمجال العمران، الأمر الذي دفع بمعظم التشريعات الحديثة إلى تنظيم هذا العقد بنصوص قانونية خاصة به. وقد سار المشرع الجزائري على هذا النهج، فخص عقد المقاولة بنظام قانوني مستقل، تميز به عن غيره من العقود.

على أن عقد المقاولة، وإن تميز بنظام قانوني مستقل، إلا أنه يظل خاضعا لما تقره النظرية العامة للعقد من أحكام، سيما فيما يتعلق بكيفية انعقاده وشروط ذلك.

وفي هذا السياق، فإن عقد المقاولة قد يعقد مباشرة بين رب العمل والمقاول، ليقوم هذا الأخير بتنفيذ المقاولة بنفسه، إلا أنه قد يحدث أن يعهد المقاول بتنفيذ العمل المكلف بإنجازه، كله أو في جزء منه، إلى مقاول آخر ليتولى إنجازه، وهو ما يعرف بالمقاولة الفرعية، حيث يظل المقاول الأصلي مسؤولا اتجاه رب العمل عن أعمال المقاول الفرعي و كأنها صادرة منه.

وبمجرد انعقاد المقاولة، تبدأ آثارها في السريان بالنسبة لكل من طرفيها، إذ يتعين على كل منهما أن ينقذ التزاماته بموجب عقد المقاولة وبحسن نية .

على أن المشرع الجزائري قد رتب على عاتق المقاول والمهندس المعماري، إلزاما بضمان المنشآت المعمارية التي يشييدها، لمدة عشر سنوات من وقت تسليمها النهائي لرب العمل، و نظم هذا الإلتزام بأحكام استثنائية، مما جعله يتميز عن غيره من الإلتزامات العقدية المترتبة على عقد المقاولة.

و أخيرا ينتهي عقد المقاولة لأسباب عديدة، قد يكون ذلك بصورة مألوفة ومعتادة بتنفيذه، كما قد ينتهي قبل تنفيذه وفقا للقواعد العامة.

على أن هناك سببان لانتهاء عقد المقاولة خاصان به، أوردهما المشرع الجزائري ضمن النصوص القانونية المنظمة لهذا العقد في القانون المدني، ويتعلق الأمر بحالتي، تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة وحالة وفاة المقاول.

Le contrat d'entreprise est considéré comme l'un des contrats les plus importants, par lequel l'homme peut obtenir des services et des activités, en raison de la multiplicité et la diversité de sa forme, c'est ce qui lui rend largement répandu dans la pratique, via les relations quotidiennes entre les gens, notamment en ce qui concerne le domaine de la construction, et pour cela, les différentes législations modernes ont procédé à régir ce contrat par des textes légales qui le concernent, Le législateur algérien a pris également cette procédure et a consacré un système légal pour le contrat d'entreprise, et il l'a fait distingué des autres contrats.

Malgré le contrat d'entreprise est caractérisé par son système légale autonome, il demeure soumis aux dispositions de la théorie générale des contrats, notamment en ce qui concerne ses modalités et ses conditions.

Dans ce contexte, le contrat d'entreprise peut être directement fait entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, ce dernier exécutera lui-même cette entreprise.

Mais il peut se faire que l'entrepreneur confie l'exécution de son activité, soit totalement ou partiellement, à un autre entrepreneur pour qu'il l'accomplissent, ce qui est connu par la sous- traitance, l'entrepreneur principal reste, à l'égard du maître de l'ouvrage, responsable des activités achevées par le sous-traitant, comme s'il était son auteur.

Dés que l'entreprise est contractée, elle prendra ses effets entre les deux contractants. Chacun d'eux est tenu d'exécuter ses obligations conformément au contrat d'entreprise avec de bonne foi.

Le législateur algérien oblige l'entrepreneur et l'architecte à garantir les constructions qu'ils ont édifiées pendant une durée de dix ans à partir de la réception définitive des travaux par le maître de l'ouvrage, il a organisée cette obligation par des dispositions extraordinaires, ce qu'il a fait distinguée des autres obligations contractuelles nées du contrat d'entreprise.

Enfin, le contrat d'entreprise prend fin après sa conclusion, pour plusieurs motifs; ou bien d'une manière d'exécution habituelle, ou avant sa mise en œuvre conformément aux règlements générales.

Il y a deux motifs particuliers où le contrat d'entreprise prend fin, dont le législateur algérien les a annoncés dans les dispositions légales régissant ce contrat dans le code civil ; ces deux cas sont : la dénonciation du maître de l'ouvrage du contrat d'une façon unilatérale ou le décès de l'entrepreneur.

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية :

1- الكتب:

- أبو قرين أحمد عبد العال، الأحكام العامة لعقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002-2003.
- أحمد إبراهيم سيد، العقود الواردة على العمل، عقد المقاولة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- أحمد إبراهيم سيد، موسوعة الدفوع والخصومة المدنية في ضوء الفقه والقضاء الحديث في النقض المدني، الطبعة الأولى، دار العدالة، القاهرة، 2006.
- أحمد إبراهيم سيد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقها وقضاء، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.
- أبو السعود رمضان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- الأودن سمير عبد السميع، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول، في مجال العقود المدنية وعقود تسليم المفتاح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- الجارجي مصطفى عبد السيد، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
- الذنون حسن علي والرحو محمد سعيد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004.
- الزحيلي وهبة، العقود المسماة في قانون المعاملات الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دون سنة طبع.
- السرحان عدنان إبراهيم، العقود المسماة في المقاولة- الوكالة- الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل(المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

- **السنهوري عبد الرزاق أحمد**، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- **الشهاوي قدري عبد الفتاح**، عقد المقاولات في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- **الطماوي سليمان**، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- **العدوي جلال علي**، مصادر الإلتزام (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1994.
- **الطار عبد الناصر توفيق**، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، بيروت، لبنان، دون سنة طبع.
- **العمروسي أنور**، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- **الفضيلي جعفر**، الوجيز في العقود المدنية، البيع-الإيجار-المقاولات، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، دون سنة طبع.
- **المدني بجاوي**، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولات، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- **المعداوي محمد يوسف**، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- **النشوي ناصر أحمد إبراهيم**، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- **بعللي محمد الصغير**، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
- **بن سعيد عمر**، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- **تونسي حسين**، إنحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولات، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- **سرور محمد شكري**، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.

- **سعدى صبري**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، التصرف القانوني- العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 1991-1992.
- **شنب محمد لبيب**، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- **طلبة أنور**، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
- **عبد التواب معوض**، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، المجلد السابع(الإيجار-العارية-عقد المقاولة-إلتزام المرافق العامة-عقد العمل-الوكالة)، الطبعة السابعة، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2004.
- **سعد نبيل**، التنازل عن العقد، دار المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع.
- **عنبر محمد عبد الرحيم**، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دون دار نشر، 1977.
- **فضيل نادية**، القانون التجاري الجزائري(الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- **قاسم محمد حسن**، القانون المدني، العقود المسماة، البيع-التأمين(الضمان)-الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- **قرة فتيحة**، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.
- **محرز أحمد**، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.
- **مغيب نعيم**، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، 2001.
- **منصور محمد حسين**، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- **هدفي بشير**، الوجيز في شرح قانون العمل، الطبعة الثانية، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، 2003.
- **ياسين عبد الرزاق حسين**، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المعارف، أسبوط، مصر، 1987.

- **ياقوت محمد ناجي**، مسؤولية المعماريين، بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع.
- **يكن زهدي**، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء الحادي عشر، دار الثقافة، بيروت، لبنان، دون سنة طبع.

2- الرسائل والبحوث:

- **عياشي شعبان**، الضمان العشري لمهندسي ومقاولي البناء في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 1989.
- **محراش سميرة**، المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري وفقا للقواعد الخاصة (المسؤولية العشرية)، رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2001/2000.

3- المقالات والمجلات:

- **عياشي شعبان**، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 42، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001 .
- **الطار عبد الناصر توفيق**، استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1971.
- **يوسف إبراهيم**، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 03، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1995.
- **زناني محمود سلام**، قانون حمورابي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1971 .
- المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1990.
- المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع، سنة 1991.

- المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1997.
- المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1998.
- المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2003.

4- القواميس:

- منجد اللغة والأعلام، الطبعة السادسة والعشرين، دار المشرق، بيروت، لبنان.

5- النصوص القانونية:

أ/ الأوامر والقوانين :

- الأمر رقم 85/71 المؤرخ في 1971/12/29 ، المتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 07/80 المؤرخ في 1980/08/09 ، المتضمن قانون التأمين، المعدل والمتمم .
- القانون رقم 07/86 المؤرخ في 1986/03/04 ، المتعلق بالترقية العقارية .
- القانون رقم 11/90 المؤرخ في 1990/04/21 ، المتضمن علاقات العمل الفردية.
- القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 ، المتعلق بالتهيئة والتعمير.
- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 ، المتعلق بالتأمينات .
- القانون رقم 10/05، المؤرخ في 2005/06/20 ، الذي يعدل ويتم القانون المدني.
- القانون رقم 15/08 المؤرخ في 2008/07/20 ، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها.

ب/ المراسيم:

- المرسوم التنظيمي رقم 666/83 المؤرخ في 12/11/1983، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة والبنائات الجماعية.
- المرسوم التنظيمي رقم 205/86 المؤرخ في 19/08/1986، المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء.
- المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري.
- المرسوم التنفيذي رقم 59/94 المؤرخ في 07/03/1994، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنائات الجماعية.
- المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في 18/05/1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري .

ج/ القرارات :

- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 ، المتعلق بكيفيات ممارسة وتنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك .

ثانيا : باللغة الفرنسية:

I- Les livres :

- **Auby Jean-Bernard et Perinet-Marquet Huges**, droit de l'urbanisme et de la construction, 4^{ème} édition, Montchrestien, 1995.
- **Aynes Laurent**, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, édition Economica, 1984.
- **Dutilleul François Collart et Dellebecque Philippe**, Contrats civils et commerciaux, 3^{ème} édition, Dalloz, 2000.
- **Huet Jérôme**, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, Presse universitaire de France, Paris, 1996.
- **Le Tourneau Philippe**, La responsabilité civile, 3ème édition, Dalloz, 1982.

- **Mahiou Ahmed**, Cours d'institutions administratives, troisième semestre de la licence en droit, 3^{ème} édition, Office des publications universitaires, Alger, 1981.
- **Malinvaud Philippe et Jestaz Philippe**, Le droit de la promotion immobilière, 5^{ème} édition, Dalloz, 1990.
- **Mazeaud (H.L.J)**, Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle, Tome II, par TUNC(A), 6ème édition, Montchrestien, 1970.
- **Périnet-marquet Hugues**, La responsabilité des constructeurs, Dalloz, 1996.
- **Viney Geneviève**, Les obligations, La responsabilité (conditions), Traité de droit civil sous la direction de Ghestin (J), Tome IV, L.G.D.J, paris, 1982 .

2- Thèses :

- **Igoudjil Louiza**, Le Régime des contrats d'entreprise, Mémoire pour le Master recherche droit privé des contrats, Université Versailles saint- Quentin en Yvelines, juin 2006.

3- Articles et périodiques :

- **Youcef Ibrahim**, La responsabilité des constructeurs dans le cadre du contrat d'entreprise, Revue Algérienne des science juridiques, économique et politique, Faculté de droit de Ben aknoun, université d'Alger, volume 42, édition l'office national des travaux éducatifs, Alger, 2001 .
- **Fossereau Joel**, Le clair-obscur de la responsabilité des constructeurs, Recueil Dalloz Sirey, chronique III, 1977 .
- **Moderne Frank**, Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité décennale et responsabilité extra-contractuelle (à

propos des travaux publics et reconstruction), Recueil Dalloz Sirey, chronique XLI, 1971.

- **Zahi Amor**, Le droit de la responsabilité en matière de construction, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit de Ben Aknoun, université d'Alger, volume 25, édition l'office national des travaux éducatifs, Alger, 1987.
- **Zennaki Dalila**, L'impact de la réception de l'ouvrage sur la garantie des constructeurs immobiliers, Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Faculté de droit de Ben aknoun, université d'Alger, volume 42, édition l'office national des travaux éducatifs, Alger, 2001.
- **Benabent Alain**, Louage d'ouvrage et d'industrie, sous traitance, fascicule.H-2-8-1990.
- **Liet-Veaux George**, Responsabilité de droit commun des architectes, juris- classeur, responsabilité civile, fascicule.355-1, 11-1984 .
- **Liet-Veaux George**, Responsabilité de droit commun des entrepreneurs, juris-classeur, responsabilité civile, fascicule.355-2, 5-1989 .
- **Liet- Veaux George**, Responsablité décennale et biennale, juris-classeur, responsabilité civile, fascicule.355-4-1, 5-1990 .

4- Textes législatifs :

- Code civil français, Dalloz, 2008.

فهرس البحث

العنوان	الصفحة
مقدمة :	01
الفصل الأول	
مفهوم عقد المقاولة وكيفية انعقاده	
المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة	07
المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة وبيان خصائصه	07
الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة	08
أولاً: التعريف القانوني لعقد المقاولة	08
ثانياً: التعريف الفقهي لعقد المقاولة	09
الفرع الثاني: خصائص عقد المقاولة	10
أولاً: عقد المقاولة عقد رضائي	10
ثانياً: عقد المقاولة من عقود المعاوضات	11
ثالثاً: عقد المقاولة عقد ملزم للجانبين	11
رابعاً: التزام المَقُول بالقيام بالعمل محل المقاولة من دون تبعية لرب العمل	11
المطلب الثاني: تمييز عقد المقاولة عن العقود المشابهة له	12
الفرع الأول : تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الواردة على العمل	12
أولاً: تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل	13
ثانياً: تمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة	15
ثالثاً: تمييز عقد المقاولة عن عقد الوديعة	16
الفرع الثاني: تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود الأخرى غير الواردة على العمل	17
أولاً: تمييز عقد المقاولة عن عقد البيع	18
ثانياً: تمييز عقد المقاولة عن عقد الشركة	20
ثالثاً: تمييز عقد المقاولة عن عقد الإيجار	21
رابعاً: تمييز عقد المقاولة عن عقد الأشغال العامة	21
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقد المقاولة	23

23	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد المقاولة بالنسبة لرب العمل
24	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد المقاولة بالنسبة للمقاول
26	المبحث الثاني: كيفية انعقاد المقاولة
26	المطلب الأول: أركان عقد المقاولة
27	الفرع الأول: التراضي في عقد المقاولة
27	أولاً: شروط الانعقاد
28	ثانياً: شروط صحة التراضي
31	الفرع الثاني: المحل في عقد المقاولة
31	أولاً: العمل في عقد المقاولة
33	ثانياً: الأجر في عقد المقاولة
37	المطلب الثاني: صور إبرام عقد المقاولة
37	الفرع الأول: عقد المقاولة مباشرة بين المقاول ورب العمل
37	أولاً: التعاقد بطريقة الممارسة
39	ثانياً: التعاقد بطريقة المسابقة
40	ثالثاً: طلب تقديم عطاءات
41	الفرع الثاني : عقد المقاولة من الباطن «المقاولة الفرعية»
42	أولاً: تعريف المقاولة الفرعية
44	ثانياً: تمييز المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة لها
46	ثالثاً: تحديد المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته مع أطراف العقد الأصلي

الفصل الثاني

آثار عقد المقاولة وأسباب انتهائه

51	المبحث الأول: آثار عقد المقاولة
51	المطلب الأول: الالتزامات العقدية العامة المترتبة عن عقد المقاولة
51	الفرع الأول : التزامات المقاول
52	أولاً: الالتزام بإنجاز العمل المتفق عليه
57	ثانياً: الالتزام بتسليم العمل بعد إنجازه
59	ثالثاً: الالتزام بضمان العمل بعد تسليمه
60	الفرع الثاني : التزامات رب العمل

أولاً: الالتزام بسداد أجر المقاول.....	60
ثانياً: الالتزام بتسليم العمل بعد إنجازه.....	74
الفرع الثالث : جزاء الإخلال بالالتزامات العقدية المترتبة عن عقد المقاولة.....	80
أولاً: جزاء إخلال المقاول بالتزاماته العقدية.....	80
ثانياً: جزاء إخلال رب العمل بالتزاماته العقدية.....	86
المطلب الثاني: الالتزام القانوني للمقاول والمهندس المعماري بضمان المنشآت المعمارية (الضمان العشري).....	88
الفرع الأول: نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري.....	88
أولاً: أشخاص الضمان العشري.....	89
ثانياً: شروط تطبيق أحكام الضمان العشري.....	99
الفرع الثاني: خصائص أحكام الضمان العشري.....	110
أولاً: تعلق أحكام الضمان العشري بالنظام العام.....	110
ثانياً: مبدأ التضامن في الضمان العشري.....	111
ثالثاً: إفتراض المسؤولية التي ترتبها أحكام الضمان العشري.....	112
الفرع الثالث: الجزاء المترتب على تحقق الضمان العشري.....	116
أولاً: صور التعويض.....	116
ثانياً: حدود التعويض المستحق لرب العمل.....	117
المبحث الثاني: انتهاء عقد المقاولة.....	119
المطلب الأول: الأسباب العامة لانتهاء عقد المقاولة.....	120
الفرع الأول: الانتهاء المعتاد بتنفيذ عقد المقاولة.....	120
أولاً: انتهاء عقد المقاولة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية.....	120
ثانياً: انتهاء عقد المقاولة بانقضاء المدة.....	121
الفرع الثاني: انتهاء عقد المقاولة قبل التنفيذ.....	121
أولاً: انتهاء عقد المقاولة بالتقاييل.....	122
ثانياً: انتهاء عقد المقاولة بالفسخ.....	122
ثالثاً: انتهاء عقد المقاولة لاستحالة تنفيذه.....	124
المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانتهاء عقد المقاولة.....	125
الفرع الأول: تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة.....	126

أولاً: شروط تحلل رب العمل من عقد المقاوله بإرادته المنفردة.	127
ثانياً: النتائج المترتبة عن التحلل من المقاوله.....	130
الفرع الثاني: موت المقاول.....	132
أولاً: أثر موت أحد طرفي عقد المقاوله على استمرار نفاذه.....	133
ثانياً: الآثار المترتبة على انتهاء المقاوله بموت المقاول.....	135
الخاتمة.....	139
ملخص البحث باللغة العربية.....	145
ملخص البحث باللغة الفرنسية.....	146
قائمة المراجع.....	147
فهرس البحث.....	155