مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة
(م.ح.إ.ح.ع)

المجلد: 09 – العدد: .02سنة: 2024
ص: من197 إلى 234.

الالتزام بالتّأمين في عقد مقاولة البناء في التشريع الجزائري-

commitment to insurance in the field of construction contracting in algerian legislation

عزروق لحسن

جامعة عبد الحميد ابن باديس -مستغانم-

lhcen8153@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2024/02/01- تاريخ القبول: 2024/11/23- تاريخ النشر: 2024/12/20

الملخص:

- *يكيّف العقد المبرم بين صاحب المشروع(رب العمل) و المقاول على أنّه عقد مقاولة، و ذلك بالنظر إلى العنصر المادّي الذّي يطغى عليه، بالإضافة إلى الاستقلالية التّي يتمتّع بها المقاول أثناء الإنجاز، وكذا نظرا لأهميّتها المعاصرة في مجال تشييد المباني والمنشآت الثّابتة الأخرى ، و ما قد يترتب عن ذلك من أضرار مادية و معنوية ناتجة عن موضوع العقد سواء كان ذلك قبل أو أثناء أو حتى بعد انقضاء عقد مقاولة البناء بطريقه العادي المتمثل في تسليم المنشأة أو البناية مقابل تسديد الأجر المتفق عليه من طرف المتعاقدين ، و هو ما يرغمنا على دراسة ماهية عقد المقاولة البناء من تعريف و طبيعة قانونية و طرق انعقاد و شروط موضوعية و شكلية ، و بعدها ننتقل إلى دراسة ماهية الالتزام بالتّأمين في مجال ذلك العقد الذّي يقع على عاتق المقاول و بعد نشوء العقد بصورة صحيحة و أهميته القانونية.*

*المؤلف المرسل.

الكلمات المفتاحية: عقد المقاولة؛ المقاول ؛المسؤولية المدنية المهنية؛المسؤولية العشرية؛الضرر.

Abstract:

the contract concluded between the project owner and the contractor is adapted to the fact that it is a contract in view of the maretial element that dominates it ,in addition to the independence enjoyed by the building contractor during the completion. given its contemporary importance in the field of building construction and the material and moral damages that may result from the subject matter of the contract,whether,before,during,or even after the termination of the construction contract by handing over the facility or building in return for paying the agreed fee, this is what made us talk about the pillars of the contracting contract,and then we descuss the nature of insurance in the field of construction contracting and its legal importance.

keyword:*conctacting contract*:*contractor*: *professional civil liability* ؛*decimal responsability*؛*damages..*

مقدمة:

- تعتبر المباني و المنشآت الثّابتة رمزا للاستقرار في حياة الأفراد ، وأنّ بناؤها وتشييدها من قبيل الأعمال المعقّدة التي تحتاج إلى مؤهّلات علمية و خبرات فنية ، و ذلك حتّى لا يشوبها الخلل والعيوب من شأنه تهديد حياتهم وسلامتهم، وهذا ما يستوجب الوقوف عنده بتدخّل القانون الذي أصبح يتشدّد مع مشيّد البناء شخصا طبيعيا كان أم اعتباريا يدعى بالمقاول في مجال البناء، و ذلك من خلال وضع قواعد أمرة و خاصة لمسؤولياتهم و الناظمة لما قد يحدث من خلل وتهدّم فيما شيّدوه من مبان وأقاموه من منشات ، و ذلك مقارنة مع ما يتلقّونه من مقابل في هذا الشّأن والمتمثّل في

الأتعاب والأجور المدفوعة من طرف أرباب العمل(أصحاب المشاريع) وذلك قصد حماية هذا الأخير باعتباره الطرف الضّعيف في العقد.

و لأجل ذلك دعت الضّرورة إلى وضع قواعد خاصّة لإصلاح الأضرار التّي من شأنها إلزام و حثّ المقاولين المحترفين في مجال البناء والتّشييد على الدّقة وحسن التنفيذ، بغرض ضمان المنشات المعمارية التّي شيّدوها و ذلك في إطار الالتزام القانوني الملقى على عاتقهم –والمتمثّل في الالتزام بتأمين أعمالهم المتمثلة في تجسيد مختلف الرسوم و التصاميم التي تؤوّل إلى المقاول من المهندس المعماري .

و انطلاقا من ذلك كله يمكننا التّساؤل حول المقصود بعقد مقاولة البناء و كل ما ينبثق عن ذلك من تحديد مفهومها و تبيان أركانها الواجبة التوفر لإنتاج آثارها القانونية ، و ذلك لكونها محور الدراسة و التي تهدف إلى إبراز و تحديد الإطار العام للتأمين في مجال مقاولات البناء، و كذا حول نطاق التأمين في مجال ذلك العقد من حيث تحديد مجال تدخل شركات التأمين و الآليات القانونية اللازمة لذلك -؟.

و للإجابة عن إشكالية هذه الورقة البحثية، سنحاول ضبط المادّة العلمية المتوفرة لدينا وفقا إطار منهجي يعتمد أساسا على المنهج الوصفي و التحليلي من خلال تحديد مختلف المفاهيم المتعلقة بالدّراسة و تحليل كل البيانات و المعطيات المحيطة بموضوعها.

وتبعا لذلك سنتطرق أوّلا إلى دراسة الإطار العام لعقد مقاولة البناء في التشريع الجزائري من خلال تحديد ماهيته و إبراز أركانه الواجبة التوفر لإنتاج آثاره القانونية و المتمثلة في التراضي و المحل و السبب باعتبارها شروطا موضوعية متعلقة بمقاولة البناء، بالإضافة إلى الشروط الشكلية و المتمثلة في انصراف إرادة المتعاقدين إلى إضفاء القالب الرسمي أو العرفي على العقد المبرم بينهما ، و التي تتفرع إلى شكلية مباشرة و أخرى غير مباشرة ، و بعدها نتطرق إلى دراسة النطاق الموضوعي للتأمين في مجال عقد مقاولة البناء من حيث تحديد كيفية اتصال شركات التأمين بمجال مقاولة البناء و

آليات عملها ، ثم ننتقل بعدها إلى إبراز مجال تدخل تلك الشركات في العقد أو بالأحرى إلى تبيان المجال الفعلي لذلك التدخل تزامنا مع سريان عقد مقاولة البناء منذ إنشائه إلى غاية انتهائه، وذلك وفقا لما يلي:

المبحث الأول - الإطار العام لعقد مقاولة البناء:

- يعتبر عقد مقاولة البناء من أكثر العقود المعتمدة عليها بغرض الحصول على مختلف الخدمات والأعمال التي يحتاج إليها الإنسان في حياته لتجسيد مختلف مشاريعه العقارية، وهذا لما تتوفر عليه من القدرة والكفاءة على توفير هذه المتطلبات، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري شرع تنظيم قانوني ضمن أحكام ق.م.ج بموجب المواد 549 إلى 570، هذا جعله من العقود المستقلة عن غيرها ، و لذلك دعت الضرورة إلى التطرق بالمقصود بهذا العقد و استخلاص الخصائص المحيطة به، و تحديد طبيعته القانونية و كيفية تجسيده من خلال إبراز كيفية انعقاده و ترتيب آثاره القانونية ، بالإضافة إلى وجوب التطرق إلى شروطه الموضوعية المتمثلة في مختلف الأركان التي يستلزمها هذا العقد و الشكلية التي قد يتفق الطرفان على إضفائها في العقد و هو ما عبرنا عليه في هذا الجزء من الدراسة بالإطار العام للعقد.

المطلب الأول - ماهية عقد مقاولة البناء:

- لعقد المقاولة طبيعة قانونية تختلف عن العقود الأخرى، باعتباره عقد خاص، فقد يعتبر من العقود التجاري، أوقد يكون من العقود المدنية، وذلك بالنظر إلى صفة أطراف عقد المقاولة ما إذا كان تاجرا أو غير ذلك، وتجدر الإشارة أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية تؤدي إلى اختلاف آثار العقد بالنسبة للأطراف، ولهذا يتوجّب علينا تحديد مفهوم عقد المقاولة من تعريف و طبيعة أو تكييف قانوني لهذا العقد، وكذلك ضرورة التطرق إلى الصور التي يمكن أن ينعقد بها والمعرفة ذلك

، و هو ما سنتطرق إليه بادئ ذي بدء في هذا الجزء من الدراسة من خلال تحديد الإطار العام لهذا العقد وفقا لما يلي:

الفرع الأول: مفهوم وخصائص عقد المقاولة البناء:

-في هذا الجزء من الدراسة سنعرج على تبيان المقصود بمقاولة البناء و تحديد مفهومها و كنتيجة لذلك بعدها،سنتطرق إلى استخلاص أهم الخصائص المحيطة به و ذلك لتسهيل تمييزه عن مختلف العقود المشابهة له و التي قد تلتبس به تبعا لما يلي:

أولا: مفهوم عقد مقاولة البناء

*- لقد أدرج كل من الفقه والقضاء عمل كل من النحاس، والحائك، والنجار، والحداد والمهندس، والطبيب، والرسام، والحرفي في مفهوم المقاولة ، ونجد أن المشرع الفرنسي لم يستعمل تسمية عقد المقاول (Contract d'entreprise)، بل استعمل تسمية: "عقد إجارة الأعمال (Louage d'ouvrage) فالمشرع الفرنسي كان يخلط عقد المقاولة بعقد الإيجار وبعقد العمل، ويجمع بين العقود الثلاثة تحت اسم "الإيجار"، فيسمي عقد الإيجار : بإجارة الأشياء و عقد العمل بإجارة الأشخاص، وعقد المقاولة" **بإجارة الصنائع**" ، وقد ورث المشرع الفرنسي هذا الخلط من القانون الروماني الأم ، لذلك نرى أن أحكام عق المقاولة تندرج ضمن أحكام عقد الإيجار (1).*

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بتعريف المشرع الفرنسي و ذلك من خلا مضمون لنص المادة 549 من ق.م.ج ، التي تنص على ما يلي : "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" .

[1]- الشهاوي قدري عبد الفتاح، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ص. 7.

و من خلال استقراء هذه المادة، نستنتج أن عقد المقاولة هو ذلك العقد الذي يتعهد به المقاول بانجاز عمل مقابل أجر يدفعه رب العمل". وبالتالي فإنّ عقد المقاولة يرد على محل ليس موجود أثناء التعاقد و إنما يكون في المستقبل قبل دخول العقد حيز النفاذ بين الطرفين، و يتضح أيضا أن المقاول ينجز عمله باستقلالية، فهو ينجز العمل باسمه الخاص دون إشراف وخضوع وتوجيه رب العمل لكن هذه الاستقلالية ليست مطلقة، فيمكن لرب العمل أن يراقب سيره و كيفية تنفيذه و تجسيده فعليا.

و من خلال هذا المفهوم التشريعي الّذي يكتنفه الغموض و اللبس، مما يستوجب منا الرجوع إلى التعريف الفقهي لتوضيح ذلك، فقد عرفه الأساتذة الفقهاء (هنري ليون وحون)، (مازو وجيلار) كالآتي: "العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص يقال له المقاول أو مؤجر العمل في مواجهة شخص آخر يقال له رب العمل أو العمير بأن ينفذ له عملا مقابل أجر مستقل عنه ودون أن تكون له صفة تمثيلية من خلال هذا التعريف المقاول يقوم بعمله باستقلالية دون أية خضوع أو إشراف الرب العمل، وإنما يتم فقط لحساب رب العمل".

ثانيا - خصائص عقد المقاولة:

-من خلال تعريف عقد مقاولة البناء، يمكن استخلاص بعض الميزات و الخصائص التي تمكّن من تمييزه عن غيره من العقود فهو مبدئيا عقد رضائي ، ما لم يقرر الطرفان عكس ذلك من خلال إلزام إضفاء الشكلية عليه عن طريق توثيقه و ما قد يتبع ذلك من إجراءات ،كما أنّه عقد ملزم للجانبين ، و من عقود المعاوضة(التبادلية) .

1-عقد المقاولة عقد رضائي:

- إن عقد المقاولة من العقود الرضائية، أي يتم بمجرد تطابق الإيجاب والقبول بين المقاول ورب العمل، و لا يشترط لانعقاده شكل خاص، فيمكن أن يبرم شفاهة أو كتابة على الرغم من أن المشرع الجزائري ذكر مصطلح الكتابة في المادة 561 فقرة 2 من ق.م.ج و التي جاء في مضمونها ما يلي: ".....ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة". و يفهم من خلال مضمون تلك المادّة أن الكتابة ليست سوى وسيلة للإثبات ولكن يمكن الأطراف العقد الاتفاق على إجراء العقد في قالب رسمي، بحيث لا ينعقد إلا بمراعاة الشكل عند تحريره.(2) هذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في بعض الحالات الاستثنائية، وذلك فيما يخص عقود المساكن الفردية، في حين أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى هذا المجال والتراضي يقع على ثلاث عناصر أساسية، الشيء المطلوب صنعه العمل المطلوب انجازه، ثم أخيرا مقابل العمل الذي يلتزم به رب العمل(3) .

2- عقد المقاولة عقد ملزم للجانبين:

- يعدّ عقد المقاولة أيضا من العقود ملزمة للجانبين، أي يرتب على الأطراف التزامات، فالمقاول يلتزم بانجاز العمل وتسليمه إلى رب العمل ويلتزم بالضمان، أما رب العمل يلتزم بتمكين المقاول من انجاز ما تعهد به بموجب العقد و أيضا يلتزم بتسلم العمل وإعطاء بدل العمل للمقاول . ومعنى أن عقد المقاولة ملزم أي تبادلي تنشأ التزامات للأطراف، بحيث يكون أحدهما دائنا والآخر مدينا ولا يمكن لأحدهما أن يتحلل من العقد كله أو جزئه دون موافقة الطرف الآخر حيث يمكن لأحدهما إجبار الآخر على تنفيذ العقد(4).

2- محمد كمال مرسى باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة عقد العمل، وعقد المقاولة، والتزام المرافق العامة، الجزء الرابع، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005، ص 16.
3- جعفر الفضلي الوجيز في العقود المدنية: البيع الإيجار، المقاولة، دار الثقافة، عمان، سنة 1997 ص 368.
4- محمد كمال مرسى باشا، المرجع نفسه ، ص 17.

3 - عقد المقاولة من عقود المعاوضة:

- يعتبر عقد المقاولة أيضا من عقود المعاوضة، أي أن كلا من الطرفين يأخذ مقابلا مما أعطاءه و منحه ، أي أنّ كل طرف ملتزم بآداء عمل معين . فالمقاول يقوم بالعمل المطلوب، فهو لا يؤدي العمل نية منه بالتبرع بل من أجل اقتضاء الأجر من رب العمل، وهذا الأخير يدفع الأجر مقابل الانتفاع بالعمل.

الفرع الثاني - التكييف القانوني لعقد مقاولة البناء و صور انعقادها:

- و نقصد بذلك تحديد طبيعتها القانونية، و إبراز طرق انعقادها بشكل مباشر فقط بين المقاول و صاحب العمل ، دون التطرق إلى تحديد المقاولة الفرعية أو من الباطن أو المقاولة الغير المباشرة كما يعبر عنها فقها ، على اعتبار أنّ هذه الأخيرة لا تخضع للالتزام بالتأمين بعد انعقاد العقد و تكوينه و ذلك تبعا لما يلي:

أولا - التكييف القانوني لعقد المقاولة:

- إنّ الشريعة العامة المجسدة في القانون المدني تنظم مختلف أصناف العقود على أنها مدنية، ولكن بعض العقود قد تكون تجارية، ويكون العقد تجاريا إذا كان من أبرم العقد له صفة تاجر، كأن يتعاقد هذا الأخير مع مقاول لبناء مصنع ذلك الممارسة عمله التجاري، ويعتبر عمل تجاري تبعيا وفقا لنص المادة 4 من القانون التجاري الجزائري التي تضمنت ما يلي: " يعد عملا تجاريا بالتبعية الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أ وحاجات متجره..... الالتزامات بين التجار [5].

[5]- أمر رقم 75 59 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، ج ر، ع 79 صادر في 1975/09/126 المعدل و متمم. تنص المادّة 02 منه على ما يلي:" ... كل مقاولة للبناء أو حفر أو تتمهيد الأرض كل مقاولة للتوريد أو الخدمات ".

ويفهم من خلال تلك المادّة أنه تعتبر أعمال تجارية بحسب الموضوع كل مقاولة أو حفر أو تمهيد الأرض عقد المقاولة قد يكون عقد مدني أو عقد تجاري حسب طبيعة العمل. و استنادا على ما تقدم يجب علينا التمييز بين المقاولة من جانب رب العمل وعقد المقاولة من جانب المقاول، بحيث سنتطرق إلى تحديد التكييف القانوني لعقد المقاولة بالنسبة لرب العمل ، ثم التكييف القانوني لعقد المقاولة بالنسبة للمقاول .

1- بالنسبة لرب العمل:

- نجد في أغلب الحالات أن رب العمل غير متمتع بصفة تاجر، ومثاله أن يتفق شخص مع مقاول لبناء منزل أ مستودع أو مرأب .....، فيعتبر العقد بالنسبة له عقدا مدنيا سواء قد قدم المواد اللازمة لإنجاز العمل، أو قدمها المقاول نفسه، وكذلك يعتبر عقد مدني بالنسبة له بالرغم من كونه تاجرا إذا كان العقد المبرم يهدف من ورائه تحقيق مصلحة شخصية له؛ كبناء منزل ليسكن فيه ([6]) .

أما إذا كان العقد الذي أبرمه كان من أجل دعم تجارته أو لصالحها، فيعتبر العقد بالنسبة إليه عقد تجاري، كما لو تعلق ببناء مصنع وذلك ما تضمنته المادة 04 من القانون التجاري في فحواها ([7]) .

2 - التكييف القانوني لعقد المقاولة بالنسبة للمقاول:

-في هذه الحالة قد يكون عقد مدني أو عقد تجاري، وهذا بالنظر إلى طبيعة العمل بالنسبة للمهندسين المعماريين والفنيين وأصحاب مكاتب الدراسات حيث تعتبر أعمالهم مدنية لأنها تتضمن

6- توفيق زيداني ، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر سنة 2003، ص18.
7- راجع بالمناسبة نص المادّة السالفة الذّكر.

أفكار ذهنية و أن العمل الفكري أكثر من العمل اليدوي؛ كوضع تصاميم ومقاييس، أما إذا لم يقتصر دورهم على ذلك بحيث تمتد أعمالهم إلى المشاركة في النشاط المهني مثل المهندس الذي لا يعمل فقط على تصميم البنايات، بل بالإضافة إلى ذلك يشارك في عملية تنفيذ المشروع فيعتبر تاجرا([8]).

وقد يكون عقد المقاولة مختلط بين عقد تجاري وعقد مثني سواء قدم رب العمل المادة المستخدمة لإنجاز العمل أو قدمها المقاول، فيكون عقدا مدنيا بالنسبة رب العمل، وتجاريا للمقاول، وفي حالة أما إذا اقتصر عمل المقاول على تقديم خبرات ذهنية على أساس موهبته الشخصية فيعتبر عمله مدني و يخضع للقانون المدني الجزائري . غير أنه لا ينبغي الخلط بين المقاولة الواردة في القانون المدني والمقاولة الواردة في القانون التجاري، حيث أن هذه الأخيرة هي المقاولة التي تكون فيها مشروعات تتطلب قدر معين من التنظيم لبعض الأنشطة الاقتصادية ذات الأهمية، سواء في القطاع الصناعي، الزراعي أو التجاري بحيث يكون فيها عنصري المضاربة و الاحتراف، أما فيما يخص عقد المقاولة الواردة في القانون المدني الجزائري ، فقوامه و أساسه عنصر العمل([9]).

ثانيا: صورانعقاد عقد المقاول البناء:

- قد ينعق عقد مقاولة البناء بصور مختلفة ومن أهمها: إما مباشرة بين المقاول ورب العمل حيث يقوم المقاول بإنجاز العمل المتفق عليه، و بمقابل ذلك يقدم رب العمل له الأجر، وهذا بطرق عديدة منها التعاقد عن طريق المسابقة أو الممارسة، وهذا ما يعرف بالمقاولة الأصلية. وإما أن يبرم عقد

8- أما المقاول الذي يقوم بأعمال الترقية العقارية فيما يخص الإيجار والبيع فيعتبر تاجرا ويخضع لأحكام القانون التجاري . أنظر للتفصيل أكثر توفيق زيداني ، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص19.

9- مروش مسعودة، عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2003. ص20.

المقاولة بصورة المقاولة من الباطن أو ما يسميها المشرع الجزائري المقاولة الفرعية بحيث يعهد المقاول الأصلي إلى مقاول آخر إنجاز العمل، ويسمى المقاول الفرعي؛ حيث أن هذا الأخير ليس له علاقة عقدية مع رب العمل، بل له علاقة مع المقاول الأصلي، و الخارجة عن إطار الدراسة الحالية لعدم ارتباطها بالالتزام بالتأمين.

فعقد المقاولة المولد لذلك الالتزام السالف الذّكر ، هو الّذي يولد مباشرة بين المقاول ورب العمل هي الطريقة الكثيرة الوقوع، خاصة في مثل هذا العقد و يكون باتفاق طرفي العقد على العمل المطلوب إنجازه والأجر المستحق بحيث يلزم المقاول بإنجاز العمل وفقا للمواصفات والمقاييسات التي يمليها عليه رب العمل وقد يبرم في هذه الحالة المباشرة بعدة طرق.

وسنعرض تبعا لذلك التعاقد بطريقة الممارسة، ثم ننتقل إلى لإبراز التعاقد بطريق المسابقة، في الأخير نرى التعاقد بطريق تقديم عطاءات وفقا لمايلي:

1 - التعاقد بطريقة الممارسة :

- التعاقد عن طريق الممارسة هي طريقة عادية وشائعة بالنسبة للمقاولين الإبرام عقد المقاولة ومفادها أن يطلب أو يعرض أو يقترح رب العمل من المقاول القيام بعمل معين لحسابه، و يقبل المقاول ذلك، وقد يبادر المقاول بإصدار الإيجاب منه، و هذا ما نجده في المقاولات ذات الأهمية وأن يسبق العقد مرحلة من التفاوض حيث يتفق فيها الطرفان على شروط العمل ومواصفاته، هذا ما يسمى طريقة الممارسة، بحيث التفاوض الذي يجريه الطرفان قبل إبرام العقد لا

يرتب أي أثر قانوني من حيث آثاره، فيمكن للأطراف التحلل من التفاوض دون أي تعويض للطرف الآخر باعتباره غير ملزم(10).

لكن قد يحدث في فترة التفاوض أن يقوم المقاول بإعداد مقاييس للبناء، كما قد يقوم المهندس بإعداد تصميم للبناء، والمقاول الذي بادر بالعمل، قد يكون بغية تشجيع رب العمل للتعاقد معه دون طلب من رب عمله،و في هذه الحالة يمكن لرب العمل التحلل من الاتفاق دون أن يعوض للمقاول عن كل ضرر لحقه من نفقات ومصاريف. كذلك يمكن لرب العمل أن يقطع التفاوض دون أي تعويض، لكن قد يبادر رب العمل هو بنفسه بطلب من المقاول والمهندس المعماري أثناء فترة التفاوض بمباشرة العمل ، و في هذا الصدد سوف نميز بين أمرين: مبادرة المقاول بانجاز العمل ورفض رب العمل ذلك، وأن يبادر المهندس المعماري بوضع التصاميم بطلب من رب العمل.

مبادرة المقاول في إنجاز المباني والمنشآت المعمارية ، ثم بالمقابل رفض رب العمل في هذه الحالة لا يلتزم رب العمل بتعويض المقاول فلا يجوز مطالبته للنفقات والمصاريف في إعداد المشروع؛ لأن هذه النفقات عامة يراعيها المقاول أثناء التعاقد مع زبائنه أو عملائه، لكن من جهة أخرى إذا أدى قطع التفاوض بسبب راجع إلى خطأ رب العمل أو تعسفه فإنه ملزم بالتعويض عما أصابه من ضرر، والمبالغ التي أنفقها من أجل المشروع وذلك بالرجوع إليه بدعوى الإثراء بلا سبب.

أما أن يبادر المهندس المعماري في وضع التصاميم بطلب من رب العمل في هذه الحالة رب العمل ملزم بدفع الأجر لتغطية نفقات التصاميم و المقايسات لأن عمل المهندس هو عمل فني ذو قيمة معنوية و

10- راجع زيداني توفيق، المرجع السابق، ص 38

ذلك وفقا للمادة 563 من ق.م.ج ، و التي تقضي بأن المهندس المعماري يستحق الأجر ولو لم يتم عقد المقاولة(11).

2- التعاقد بطريقة المسابقة:

- و يقصد بها الطريق التي يدعو فيها رب العمل عن طريق إعلان كل شخص يريد المسابقة، بحيث يضع في المسابقة إما عناصر التصاميم اللازمة في العمل المطلوب ولما بوضع الأجر الذي يتقاضاه المقاول مقابل العمل . و بالنسبة لوضع عناصر التصميم في المسابقة، أين يضع رب العمل كل شروط التصميم ومواصفاته، وتعيين العمل تعيينا كافيا12؛ فيعلن مثلا في المسابقة وضع تصميم لبناء برج أو عدة أبراج، كل برج يتكون من عشرة أدوار مع تعيين كل برج مساحته والأرض التي يبنى عليها البرج بعد ذلك يعين رب العمل لجنة فنية مؤهلة يوكل إليها فحص التصاميم لاختيار أفضل منها، يحدد للفائز الجائزة، قد تكون هذه الأخيرة هي التعاقد مع أفضل صاحب التصميم أو تكون فقط مكافئته مقابل الجهد الذي بذله من إنجاز العمل(13) . و قد يتحلل رب العمل عن المسابقة لأن إعلان عن المسابقة مجرد دعوى إلى التعاقد غير ملزم بالتعاقد مع الفائز، وبهذا نجد أن المسابقة مجرد دعوى للتعاقد فهو إيجاب معلق على شرط فوز المتسابق، ففي حالة فوزه يعتبر إيجابا باتا وجب اتصاله بقبول رب العمل، إلا إذا كانت أسباب مشروعة أدت إلى عدم الانعقاد في هذه الحالة وجب على رب العمل تعويض الفائز إذا لم ينل الجائزة طبقا للشروط المنصوص عليها في المسابقة.

أما إذا لم تكن هناك أسباب معقولة أدت إلى عدم التعاقد، فيجب على رب العمل أن يعوض الفائز تعويضا كاملا عما أصابه من ضرر، ويمكن أن يكون التعويض عينيا بحيث يقدره القاضي على أن عقد

11- راجع بالمناسبة نص المادّة السالفة الذّكر.
12- مروش مسعودة، عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص21..
13- توفيق زيداني، المرجع السابق، ص39.

المقاولة قد العقد. وإذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزاماته، فيعوض بذلك المقاول عن كل ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمال من وضع التصاميم وما فاته من كسب، لو أتم العمل الذي من أجله وضع التصاميم.

3- التعاقد عن طريق تقديم عطاءات:

- قد يلجأ رب العمل الذي يريد إنجاز العمل بواسطة الغير إلى طلب تقديم . عطاء، أو ما يسمى بالمناقصة، فيحدد الأجر الذي يطلبه الغير في مقابل إنجاز العمل، مع تقديم ضمانات كافية لذلك و إن طلب تقديم العطاء يتم بطريقة وضع الأجر في المسابقة عن طريق المناقصة وقد تكون علنيا وهو تناقص المتسابقين على تقديم العطاءات، ويعتبر في هذه الحالة إيجابا أما إذا رست المناقصة على أقل عطاء يعتبر قبولا؛ وقد يتم تقديم العطاء عن طريق أظرفة مغلقة الدفتر الشروط مختومة وتفتح في الوقت المحدد، بحيث ترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء وذلك طبقا لدفتر الشروط(14) .

وقد يحتفظ المعلن بالمناقصة لنفسه صراحة في رفض أي عطاء مقدم إليه حتى لو لم يتضمن أقل قيمة من العطاء المقدم، دون أن يبرر سبب ذلك الرفض، مما يجعله في هذه الحالة غير ملزم بالتعاقد مع من قدم أقل عطاء أو الفائز، أما إذا لم يستخدم رب العمل هذا الحق؛ فإن الرأي الغالب من الفقه يرى أن رب العمل ملزم بالتعاقد مع من قدم أقل عطاء رغم أن المناقصة في هذه الحالة لا يعتبر إيجابا من رب العمل، إذ لا يكون تقديم العطاء مجرد دعوى إلى التعاقد وبذلك التقدم بالعطاء هو الذي يعتبر إيجابا(15)، فلا يتم التعاقد إلا مع من قدم أقل عطاء ويلزم رب العمل الذي أعلن عن المناقصة على أساس هو من دعى إلى التعاقد، فلا يجوز له التحلل عن ذلك، وإذا لم يتعاقد معه فإنه ملزم بتعويض

14- مروش مسعودة، المرجع السابق، ص22.
15- توفيق زيداني، المرجع نفسه.

إلى من قدم أقل عطاء ويشمل كل المصروفات والنفقات التي أنفقها من أجل ذلك وكذلك التعويض ما فاته من كسب .

المطلب الثاني- الشروط الموضوعية والشكلية لعقد مقاولة البناء:

- يتعيّن علينا دراسة أركان عقد المقاولة والتّي لو انعدمت فلا وجود للعقد والتّي تعد أساسا لإنشاء العلاقات القانونية بين طرفي العقد في مجال التّشييد، وبالنّتيجة انعدام الآثار القانونية لاسيما منها تحمّل مسؤولية الضّمان المعماري وإلزامية التّأمين عليه محل الدراسة والذّي يقع على عاتق المقاول والذّي بموجبه يمكن إعمال الفرق والتّمييز بين مقاولات البناء وسائر المقاولات الأخرى(16).

الفرع الأوّل- الشروط الموضوعية لعقد مقاولة البناء:

-و من خلال هذا المطلب نتطرق إلى دراسة أركان العقد المتمثلة في التراضي و المحل أم عن السبب، فمقاولة البناء تخضه لأحكام سبب التعاقد المنوه عنه في أحكام المادتين97-98 من ق.م.ج، إذ تنصّ المادّة 97 منه على ما يلي:"إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنّظام العام أو للآداب العامّة كان العقد باطلا" . أمّا المادة 01/98 من ذات القانون، فإنّها تنص على ما يلي:"كلّ التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدّليل على غير ذلك" .

أولا: التراضي في عقد مقاولة البناء:

-يعتبر التّراضي ركن أساسي في العقود بوجه عام، ويعرف بأنّه اتجاه إرادة الشّخص إلى إحداث أثار قانونية، وقد اعتبره المشرّع سببا لنشأة العقد إذ تناوله بموجب أحكام المادّة 59 من ق.م.ج ، والتّي

16-عدنان إبراهيم سرحان،العقود المسماة في المقاولة،الوكالة،الكفالة، الطبعة الأولى، .مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن،1996

تنصّ على ما يلي:"يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التّعبير عن إرادتهما دون الإخلال بالنّصوص القانونية"(17). بالتّالي وممّا لاشك فيه أنّ مقاولة البناء تبرم من خلال توافر رضي الطّرفين، وهما ربّ العمل من جهة والمقاول من جهة أخرى، والّذي يستلزم وجود إرادتين متطابقتين وهو ما يعرف بالإيجاب والقبول من طرفي العقد.

كما أنّ الشّكلية والتّي تمثّل الثّوب أو اللّباس الخارجي لأيّ تصّرف قانوني والتّي تعرف بأنّها مجموعة الإجراءات الواجبة الإتّباع لصحّة العمل القانوني، و من ثمّ يتوجّب علينا التطرّق إليها بخصوص مقاولة البناء(18)، وإن كان العقد يبرم من حيث المبدأ بمجرّد حصول الاتّفاق بين الإرادتين، فإنّ الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون و بصورة استثنائية توفّر كلّ شكل من أشكال الرّسمية، كما أنّه قد يطالب أحد المتعاقدين بها أو كلاهما قصد إضفاء حماية مصالحهما و توفير الإثبات المادي أحيانا. وعليه يستخلص بأنّه لوجود التّراضي، يشترط وجود إيجاب وقبول من الجانبين وتطابقهما لإنتاج الآثار القانونية بالإضافة إلى اشتراط الإرادة السّليمة والخالية من كافة العيوب التّي قد تشوبها ويعدّ تطابق الإيجاب والقبول شروطا للانعقاد، بينما يعدّ وجود الإرادتين الصّحيحتين شروطا للصّحة، كما أنّه قد يستعان لانعقاد المقاولة بشكل عام بأساليب عديدة يلجأ إليها رب العمل ، و ذلك استنادا إلى طبيعة المشروع المزمع تجسيده وبالنّظر إلى أهميته وحجمه، و هي الأساليب التي تمّ التطرق إليها أعلاه ، إذ قد يعتمد على طريقة الممارسة أو المسابقة أو تقديم عطاءات و هي كلها أساليب مولدة لركن التراضي في العقد.

ثانيا -المحل في عقد مقاولة البناء

17- محمد صبري السّعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، النّظرية العامّة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، طبعة2004.ص 231.
18- علي فيلالي، الالتزامات، النّظرية العامّة للعقد، طبعة2013، موفق للنّشر.ص36.

- كما جاء في تقديم هذا المبحث فإنّ مقاولة البناء و باعتبارها من العقود الواردة على العمل، فإنّها تستلزم محلّا لصحّتها، و الّذي يتمثّل في العمل المقدّم من جانب المقاول و الأجر الملقى على عاتق رب العمل فلذلك يتّصف بالازدواجية، و تستمدّ المقاولة هذا الصّفة لكونها من عقود المعاوضات[19] أي من العقود التّبادلية، فهو بالنّسبة للمقاول يتمثّل في الإنجاز أو التّشييد . أمّا من جهة صاحب المشروع فهو الأجر الذي يلتزم و يتعهّد بدفعه نظير الإنجاز، لذلك فإنّ المحلّ في العقد، هو ذلك الأداء الّذي يجب على كل مدين(طرف في العقد) القيام به.تبعا لذلك نتطرق إلى تفصيل ماهية محل المقاولة وفقا لما يلي:

1-العمل(الإنجازوالبناء):

- طالما أنّ محلّ العقد هو محلّ الالتزام الّذي ينشئه، ولذلك نجد بأنّه يتعدّد بتعدّد الالتزامات النّاتجة عنه كما هو الحال في العقد موضوع الدّراسة، وإذا كان محل الالتزام هو الشّيء الّذي يلتزم المدين بإعطائه أو بالقيام به(القيام بالعمل) أو الامتناع عنه ورجوعا إلى مقاولة البناء، فإنّه يستخلص بأنّ العمل من جانب المقاول يمثّل الالتزام بالقيام بالعمل(obligation de faire). بالتّالي وجب أن يكون هذا العمل ممكنا لأنّه لا التزام بمستحيل وهذا ما تبنّاه المشرّع الجزائري بموجب المادة 93 من ق.م.ج والتّي تنصّ على ما يلي:"إذا كان محلّ الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنّظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا". و يشترط في العمل حتّى يكون محلاّ في مقاولة البناء تطبيق الأحكام والقواعد العامة بخصوص الشّروط المطبّقة على المحل والتي تتمثّل على وجه الخصوص في مايلي:

19- معنى ذلك أنّ كل من طرف عقد المقاولة يأخذ مقابلا لما يعطي، فالمقاول يقوم بالعمل المتّفق عليه، وقد يقدّم المواد اللاّزمة لإنجاز هذا العمل، مقابل الأجر الذّي يحصل عليه من رب العمل. محمد السّعدي صبري، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السّابق ص356.

**- أن يكون العمل ممكنا:

**- أن يكون العمل معينّا أو قابلا للتّعيين:

**- أن يكون العمل مشروعا:

2-الأجر:

- يمثّل الأجر[20] محلّ التزام رب العمل و يعرف بأنّه العوض الّذي يقع على عاتق صاحب المشروع(رب العمل)،إ ذ أنّه يلتزم بدفعه للمقاول الّذي قام بالتّشييد و البناء و لفائدته.ويشترط فيه ما يشترط في أيّ محلّ للالتزام بأن يكون ممكنا ومعّينا أو قابلا للتعيين و أن يكون مشروع. وتجدر الإشارة إلى أنّه يجب توافر ووجود الأجر في عقد مقاولة البناء، وإلاّ كان العقد من عقود التبرّع. بالتالي لا يعدّ مقاولة ويصبح عقدا غير مسمّى، بالإضافة إلى أنّه -مبدئيا- فإنّ المتعاقدان هما اللّذان يتكفّلان بتحديد الأجر،و إذا تعذّر ذلك فإن القانون يتدخّل لتحديده. و يشترط في الأجر نفس الشروط الواجبة التوفّر في أي محل للتّعاقد و ذلك وفقا للنّظرية العامّة للعقد، والتّي تتمثّل فيما يلي[21]:

**-أن يكون الأجر موجودا.

** - أن يكون الأجر مشروعا:

**-أن يكون الأجر معيّنا أو قابلا للتّعيين:

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

21- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السّابق، ص30.- إلى أنّه ينبغي الملاحظة أنّ العقد لا يعد مجانيا من عدم ذكر أجر المقاول في العقد ذلك ، لأنّه حتّى يعد العقد مجانيا يجب أن تتوافر لدى المتعاقد مع رب العمل نيّة التبرّع ، و هذه الأخيرة لا تفترض لكون أنّ الأصل أنّ الشّخص لا يقوم بالعمل مجانا ، بل بمقابل و خصوصا المقاول و الذّي يكتسب صفة التّاجر بقوّة القانون ، ذلك لكونه يسعى إلى تحقيق الرّبح. و بالتّالي لا يعقل أن يلتزم المقاول في مجال البناء مجانًا.بجاوي المدني، المرجع و الموضع السّابقين، ص135.

أما فيما يتعلّق بتقدير الأجر، فإنّ القاعدة أنّه يتمّ من طرف المتعاقدين، فيكفي فيه أن لا يختلفان من أجله وذلك لأنّه من شأن هذا الاختلاف أن يعرقل انعقاد العقد لانعدام التّراضي على ماهية العقد. فعملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين،فإنّ طرفي العقد هما اللّذان يحدّدان الأجر مسبقا، و ذلك بالاعتماد على المقايسة المنجزة مسبقا على أساس الوحدة،أو على أساس التّحديد الإجمالي بناءا على التّصميم المتّفق عليه.فتحديد الأجر على أساس الوحدة، يقتضي عمل مقايسة والتّي تتحدّد فيها الأعمال المطلوب إنجازها بالتفصيل والمواد المراد استعمالها و سعرها و أجر وحدة العمل. وفي هذه الحالة، يصحّ لرب العمل وبموجب هذه الطريقة، أن يزيد في مقدار الأعمال المطلوبة أو أن ينقص منها، و يجوز على أن تكون الزيادة أو النقص إلا بنسبة معينة. وهذه الطريقة فعّالة و مفيدة للطرفين، ذلك لأنّ رب العمل يدفع الأجر الإجمالي و المحدّد بموجب المقايسة، كما أنّ المقاول يتقاضاه حسب المقدار ما قد تم فعلا[22].

الفرع الثاني-الشروط الشكلية في عقد مقاولة البناء:

- يبدو أنّ اشتراط ركن الشّكلية في العقود هو حالة استثنائية، نتيجة أخذ المشرّع الجزائري بمبدأ الرّضائية في العقود –بوجه عام، - كما يتجلى ذلك من خلال المادّة 59 من ق.م.ج المعدّل والمتمّم، والتّي تنصّ على ما يلي:" يتمّ العقد بمجرّد أن يتبادل الطّرفان التّعبير عن إرادتهما القانونية دون الإخلال بالنّصوص القانونية". من ثمّ فإنّ الرضاء هو الّذي يلزم المتعاقد وليس الشّكل، ويبرّر ذلك الجانب الاقتصادي من خلال التّكاثر والتّزايد المستمر في المعاملات الّذي يقتضي البساطة والسّرعة وقلّة التّكاليف في إبرام العقود(و منها مقاولة البناء)، ممّا يستدعي استبعاد الشّكلية[23] *التي قد تتجسد في شكلية مباشرة و أخرى غير مباشرة و هو ما سيتم التطرق إليه أدناه.*

أوّلا-الشّكلية المباشرة:

1- هذه الطريقة هي التّي تسمىّ بالمقاولة على أساس الوحدة القياس (marché a l'unité de mesure). فيذكر مثلا أن المطلوب في البناء هو كذا مترا من المباني، و كل متر بسعر معيّن، و عدد الأمتار الخاصة بالنّجارة و سعرها إضافة إلى الإسمنت و الحديد و إلى غير ذلك من المواد المراد استعمالها. محمد لبيب شنب.المرجع السّابق، ص77.

23-زواوي محمود، الشّكلية للصحّة في التّصرّفات المدنية، دار الجديدة للنّشر، 1987، ص15.

- و هي التّي تكون ركنا جوهريا في العقد وعندئذ يصبح هذا الأخير من العقود الشّكلية، والتّي يشترط فيها توافر هذه الشكلية، بالإضافة إلى المحل والتّراضي والسّبب وإن كانت مقاولة البناء من العقود الرّضائية التّي تنشأ من خلال الاتّفاق على بنودها وشروطها، إلاّ أنّها قد تخضع لهذه الشّكلية من خلال التزام المتعاقدين على انتهاج أشكال وإجراءات معيّنة، كما لو تعلّق الأمر بضرورة إضفاء طابع الرّسمية على العقد المبرم بينهما، بعد إفراغ مضمونه في عقد رسمي أمام الموثّق أو ضابط عمومي طبقا لمقتضيات المادة 324 من ق.م.ج.

ويترتّب على تخلّف الشّكلية آنذاك انعدام العقد، فالفرق بين التصرّف الشّكلي و الرّضائي لا يقتصر فقط على كون التّعبير عن الإرادة مقيّد بشكل معيّن بالنّسبة للتصرّف الأوّل وحرّا بالنّسبة للتصرّف الثّاني، بل أنّ العقد الرّضائي له ثلاثة أركان(الرضّا-المحل-السّبب)، أمّا العقد الشّكلي فإضافة إلى تلك الأركان تضاف أيضا الشّكلية. ومن ثمّ فإذا لم يتّفق طرفيها على ضرورة إضفاء شكليات معيّنة، فإنّها تبقى محافظة على طابعها الرّضائي، أمّا إذا تراضى طرفيها على ضرورة اتّباع شكلية معيّنة تصبح مقاولة البناء عندئذ عقدا شكلي[24]. وللشّكلية المباشرة صورتان: الكتابة و التي قد تكون رسمية أو عرفية و التي نص عليها المشرع الجزائري في نص المواد 323 مكرّر-324-326-327 من ق.م.ج.

ثانيا-الشّكلية الغير المباشرة:

- تتمثّل هذه الشّكلية في مختلف الإجراءات التّي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة. وقد سمّيت هذه الإجراءات بالشّكلية غير المباشرة، لأنّها لا تتّصل مباشرة بالتّصرّف القانوني، فهي لا تؤثّر مبدئيا على صحّته، ولكنّها تحدّ-في جميع الحالات- من فعاليته ونفاذه و نفاذ أثاره القانونية، وتتعلّق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها الإشهار و الإجراءات الإدارية و الجبائية الأخرى لاسيما منها إجراء تسجيل العقد الذّي يكون بعد الاتفاق على خطوطه و بنوده الأساسية و إفراغها في عقد رسمي أمام الموثّق، و من ثمّ يلتزم هذا الأخير بتسجيله لدى إدارة الضّرائب كالتزام يقع على عاتقه بموجب القانون رقم 06-02 الذّي ينظّم مهنة التّوثيق-السّالف الذّكر-كما قد

24-علي فيلالي، المرجع السّابق، ص304..

تحرّر في عقد عرفي، و هذا الأخير حتّى يكون حجة على الغير، فإنّه يتوجّب تسجيله لدى نفس الإدارة عملا بمقتضيات المادّة328 من ق.م.ج و طبقا للأمر رقم 76-105 و المؤرخ في 09-12-1976، و المتضمّن قانون التّسجيل(25).

***- المبحث الثاني: ماهية التأمين في عقد مقاولة البناء:**

- بتفحص الإطار القانوني الناظم لعقد التأمين لاسيما منه الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات السالف الذّكر المعدّل و المتمم، نجد أنّ هذا الأخير يتجسّد نطاقه الموضوعي في التزام المقاول المعماري بوجوب الاستعانة بخدمات شركات التّأمين، وذلك بهدف إبرام عقود تأمين ، والتّي تندرج في إطار تغطية وضمان تحمّلهم للمسؤولية الكاملة في تجسيد وبناء المشاريع العقارية منذ إنشاء العقد إلى غاية الانتهاء منه عن طريق تسليم ما عهد إليه إنشاؤه ، و هو ما يجعل التأمين في هذا المجال متنوع و متعدد.

و تبعا لذلك نجد التّأمين بضمان المسؤولية المدنية المهنية(La responsabilit civile professionnelles) أو بضمان المقاول المسؤولية العشرية(La responsabilité décennale)(26). بالإضافة إلى ذلك و في حالة الإضرار بصاحب العمل و المتعاقد مع المقاول ، فإنّ ذلك يخوله الحق في الحصول على تعويض من جانب المسؤول المدني شركة التأمين استنادا إلى بنود عقد التأمين المبرم .

المطلب الأوّل -دور شركات التّأمين في عقد مقاولة البناء و مجال تدخلها:

- إنّ تدخّل شركات التّأمين في مجال البناء والتّشييد مسألة وجوبية وأساسية ذلك لأنّ هذا الأخير بحاجة ماسّة إلى كافة الضّمانات المكرّسة قانونا، و بالنّظر إلى التّعقيدات والعراقيل التّي تسود عملية

25-الأمر رقم 76-105، المؤرخ في 09-12-1976، والمتضمّن قانون التّسجيل،الجريدة الرسمية عدد 49، سنة 1976والمعدّل والمتمّم.
26-جديدي معراج، محاضرات في قانون التّأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص32.

البناء و التشييد و نظرا لكثرة المتدخّلين فيها.(27) وهذا التدخل باعتباره ضرورة مقرّر بموجب نصوص قانونية صريحة وواضحة ويمكن استخلاصها من نصوص النّاظمة للتّأمين، ويتعلّق الأمر بالأمر رقم 95-07 السّالف الذكر.

- الفرع الأوّل: : الأساس القانوني لدور شركات التأمين في عقد مقاولة البناء :

- نقصد بذلك القواعد الناظمة للإطار القانون الّتي يحكم تدخل شركات التأمين في هذا المجال و التي تتمثل في الأمر رقم 95-07(28) الذّي تمّ تخصيص القسم الثالث منه بعنوان التّأمين في مجال البناء، والذّي يندرج ضمن الكتاب الثّاني والمعنون بعنوان" التّأمينات الإلزامية" ، إذ تمّ التّأكيد على مسؤولية المقاول- وبجانبه كلّ متدخّل في مجال البناء-على ضمان الإنهاء التّام والكامل للأشغال المتعلّقة بالإنجاز وكذلك حسن الإنجاز، وسير عناصر تجهيزاتها خلال المدّة المحدّدة من التّسليم النّهائي للمشروع المعماري.

إضافة إلى ذلك فهناك القانون المتعلّق بالتّأمينات ضد الكوارث الطّبيعية(29) والذّي يعرف باختصار(CAT/NAT)، بحيث تنصّ المادّة 02/01 منه على إلزامية قيام كلّ شخص طبيعي أو معنوي

27- إرزيل الكاهنة، شركات التّأمين في مواجهة نشاط التّرقية العقّارية، مجلة الحقوق و الحرّيات، العدد02 ،جامعة مولود معمري تيزي وزو سنة 2013، ص103.

28- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات الجريدة الرسمية العدد 13 سنة 1995 و المعدّل و المتمم بموجب القانون رقم 06-04 العدد 15 سنة 2006 صفحة 03 .

29-القانون رقم03-12 المؤرّخ في26 أوت2003، و المتعلّق بإلزامية التأمين على الكوارث الطّبيعية و بتعويض الضّحايا الجريدة الرسمية العدد 05 ، ص12.

يقوم بنشاط صناعي أو تجاري بالتّأمين على المنشات الصّناعية والتّجارية من أخطار الكوارث الطّبيعية وفقا لما يلي:" يتعين على كل مالك لملك عقاري مبني يقع في الجزائر ، شخصا طبيعيا كان أم معنويا ما عدا الدولة ن أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن هذا الملك من الكوارث الطبيعية" .

كما تنص المادّة 02 منه على ما يلي:"يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا تجاريا/أو صناعيا أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن المنشآت الصناعية و /أو التجارية و محتواها من آثار الكوارث الطبيعية (30)، و على اعتبار أنّ مقاول البناء يندرج ضمن خانة الأشخاص التّي تقوم بالنّشاطات التّجارية عملا بأحكام المادة02 من القانون المدني التجاري، وكذا المادّتان 14 و19 من الأمر اللّتان تقرّران طبيعة النّشاط السّائد في المجال المعماري، ومن ثمّ فهم ملزمون باكتتاب وثيقة التّأمين ضد الكوارث الطّبيعية.

الفرع الثاني: آليات دور شركات التأمين بمجال البناء المقاولاتي :

- بالنّظر إلى طبيعة تدخّل شركات التّأمين في مجال التّشييد و البناء و كذا التّرقية العقّارية بصورة عامة، بحيث تتجّلى بوضوح أهمية تدخلّها، والذّي يظهر أكثر من خلال الآليات التّي تستخدمها من حيث طبيعة الضّمان، و كذا طبيعة التّعويض الذّي تقترحه شركة التّأمين.

أوّلا-إبرام عقود التّأمين:

- يعرف التّأمين بشكل عام بأنّه ألية تغطية ما قد يصيب المؤمن له من أضرار و يختلف باختلاف موضوعه و نطاقه ، و يحتوي في شقّه الأوّل على العلاقة القانونية في شكل عقد يتّم بين الطّرفين، بحيث يطلق على أحدهما المؤمّن والذّي يتمثّل في شركة التّأمين، والطّرف الآخر الذّي يسمّى بالمؤمن له(المقاول-و المهندس بجانبه-)، والذّي يتمّ لفائدة شخص ثالث يسمّى بالمستفيد من التّامين(رب

30- عبد القادر مسلم، نطاق التّأمين المعماري، دراسة مقارنة بين التّشريعين الجزائري و الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة2010 ص31 .

العمل أو من يخلفه) و كل ذلك تطبيقا لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير التي تجد أساسها القانوني في المادّة 113 من ق.م.ج.

وبموجب هذا العقد يلتزم كلّ واحد منهما بالتزاماته المقرّرة في العقد(التزامات متبادلة)، أمّا في شقّها الثّاني فتتضمّن التّعاون و التّضامن في شكل متبادل بين المؤمّن لهم(المقاول-المهندس)من طرف المؤمّن، الّذي يعتمد في ذلك على حساب الاحتمالات وقانون الأعداد الكبيرة وتجميع الأخطار وإجراء المقاصّة بينهما، و بذلك فإنّ تدخّل شركات التّأمين يكون بموجب عقود التّأمين البناء والمسؤولية المدنية(31) ، و الّذي يتجلى هدف تغطية أعمال البناء والّتشييد التّي تكون موضوع مقاولة البناء المبرمة بين رب العمل و المقاول، وكذا على المسؤولية المهنية من التّأمينات الإلزامية الملقاة على عاتق المقاول – وإلى جانبه المهندس-وهذا ما تضمّنته المادة 175 من الأمر رقم 95-07 السّالفة الذّكر و التي تنص على ما يلي: "على كل مهندس معماري والمقاول و المراقب التقني و أيّ متدخل شخصا طبيعيا كان أو معنويا، أن يكتتب تأمينا لتغطيته مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء و تجديد البناءات أو ترميمها".

و تمارس شركات التّأمين من النّاحية العملية نشاط التّأمين على البناء و تشييد المنشآت الثابتة، تطبيقا لأحكام المرسوم التّنفيذي رقم 95-338(32)، و الّذي تمّ تعديله بموجب المرسوم التّنفيذي(33) رقم 02-293 و المؤرخ في10-09-2002 في مادّته01/02 و03 الخاص بالتّأمينات في مجال البناء، و الّذي جاء تطبيقا للأمر رقم 95-07 و بالضبط تأمين على المتدخّلين خلال عملية البناء من المسؤولية المدنية والتّأمينات على المسؤولية العشرية للمقاول -والمهندس بجنبه-. ويبدأ سريان التّأمين-كما هو متّفق عليه فقها- من يوم مباشرة الأشغال فعليّا بالنّسبة لأعمال البناء وتستمرّ إلى غاية

31- عبد القادر مسلم، نطاق التّأمين المعماري،المرجع السّابق، ص35.

32-المرسوم التّنفيذي رقم95-338، و المؤرخ في31 أكتوبر1995، الجريدة الرسمية العدد 65 و الذّي جاء تطبيقا للأمر رقم 95-07.

33- المرسوم التّنفيذي رقم 02- 293 و المؤرّخ في 10-09-2002،الجريدة الرسمية العدد 06 بتاريخ2002/09/11.

يوم تسليمها نهائيا بالنّسبة للضّمان العشري، و الّذي يكون بتحرير محضر التّسليم النّهائي والتّي قد تقبلها شركات التّأمين من خلال توافر ثلاثة شروط هي:

-ضرورة وجود عقد مقاولة مبان أو منشآت أخرى، يربط المقاول من جهة و ربّ العمل من جهة أخرى.

-تسليم الإنجاز إلى ربّ العمل أو من يقوم مقامه في مقاولة البناء.

-حصول التّهدم أو ظهور عيب خلال عشر(10)سنوات من تاريخ التّسليم النّهائي للمشروع.

ثانيا: الحصول على التّعويض:

- إنّ دفع التّعويض من طرف شركات التّأمين، يعدّ الالتزام الأساسي لها، و يعرف بأنّه الفائدة أو المصلحة التّي ينتظرها المؤمّن له في حالة تحقّق الأخطار موضوع الضّمان. و يعرف التّعويض على أنّه المقابل المالي و الحقيقي لإرجاع المؤمّن له إلى حالته المالية و التّي كان عليها قبل وقوع الخسارة و التّي تكبّدها، و ذلك بسبب خطر المؤمّن منه بوثيقة التّأمين. و يتمثّل –على وجه التّحديد- في القيمة أو المبلغ الماليين و التّي تدفعهما شركات التّأمين للمؤمّن له، و ذلك في حالة تحقّق الأخطار بعد الآجال المعيّنة من وقوع الخسارة، و يعبر عنه أيضا" عهدة التّأمين"(34).

و بالنّسبة للتّأمين على المسؤولية العشرية، فإنّ التّعويض يكون بحسب قيمة تكلفة الإنجاز لأشغال الإصلاح التّي خلّفتها الأضرار، و التّي يتمّ تقديرها من طرف الخبير معيّن.وفي عقود التأمين يسمى التّعويض بمقدار الضمان"(quantité de garantie)، وتمثّل النّسبة التّي تعوّضها شركة التّأمين للمقاول-أو المهندس-.

أ-شروط تحقّق التّعويض:

34-العنكبي هشام أحمد جاسم،المباديء العامّة للتأمين، المصطلحات الأساسية-عقد التّأمين-مذكّرة التّغطية المؤقّتة-وثيقة التّأمين-أنواع هيئات التّأمين، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر،سنة 2005، ص16.

- للاستفادة من التّعويض اللاّزم من طرف شركات التّأمين، لابدّ من تحقّق الخطر موضوع التّأمين و دفع القسط، فشركات التّأمين تجعل من دفع هذا التّعويض موازيا لوقوع الخطر من خلال جعله شرطا أساسيا. إذ أنّ عدم توافر هذا الشّرط يجعل الشّركة لا توافق على إبرام عقد التّأمين، ولا تسمح للمقاولين(بوصفهم المؤمّن لهم) باللّجوء إليها ما دام يعلم بأنّه سوف لن يتحصّل على التّعويض في حالة تحقّق الخطر. غير أنّ ذلك متوقّف على قيام المقاول بدفع الأجر(قسط التّأمين) كونه التزام يقع على عاتقه بموجب التّأمين، وهذا فيما يتعلّق بتأمين مدّة حسن الإنجاز للأشغال، والمحدّدة بحسب مدّة المشروع.

و إضافة إلى الالتزام بالوفاء بقسط التّأمين، يشترط قصد قيام شركة التّأمين بالوفاء بالتعويض، يجب أن يكون عقد التّأمين ساريا خلال وقوع الضّرر أو اكتشاف العيب الموجب لقيام المسؤولية. وعندما يتعلّق الأمر بالمسؤولية العشرية و بمجرّد قيام المسؤولية، تلتزم شركة التّأمين بالتّعويض طبقا لما تقضي به القواعد العامة والخّاصة لعقد التأمين. وهي تعويض عن كلّ ضرر مادّي أو جسماني في حالة وقوع الأخطار المؤمّن عليها. إضافة إلى تعويض المبالغ المدفوعة لآجال إنجاز البناء وذلك في حالة تهدّمه خلال عشر سنوات، تسري إبتداءا من تاريخ تحرير المحضر النّهائي بالتّسليم، وهي مدّة سريان عقد التّأمين(35).

ب-الأخطار المستثناة من التّأمين:

- إنّ التّأمين لا يشمل- من حيث التغطية - كلّ أنواع المخاطر التّي قد يتعرّض لها المقاول – والمهندس-وكل متدخّل في التّشييد والبناء. فهناك أخطار تخرج عن نطاق التّأمين والاستفادة من الضّمان، والتّي تتضمّنها وثيقة التّأمين الإلزامية والمعمول بها لدى شركات التّأمين. ويمكن تلخيصها عموما في حالات انزلاق التّربة التّي تمّ إقامة المشروع عليها وكذا الانفجارات أو الحريق، إذا لم يكن مؤمّن عليها.

35-عبد القادر مسلم، المرجع السّابق، ص43.

وكذلك تخرج من نطاق التّأمين أيضا الأضرار التّي تحدث قبل اكتتاب عقد التّأمين إضافة إلى الكوارث الطّبيعية بصورة عامة والتّي أصبح التّأمين عليها إلزاميا و مستقلّا. كما أنّ التّأمين لا يمتدّ إلى حالات عدم الاستقرار السّياسي بالحروب الأجنبية أو الأهلية و الثّورات، والتي تسمّى من النّاحية الفقهية" بالأخطار السّياسية" بالنّسبة للتّأمين على المسؤولية العشرية، فإنّ التّعويض يكون بحسب قيمة تكلفة الإنجاز لأشغال الإصلاح التّي خلّفتها الأضرار، و التّي يتمّ تقديرها من طرف الخبير معيّن. وفي عقود التأمين يسمى التّعويض بمقدار الضمان"(quantité de garantie)، وتمثّل النّسبة التّي تعوّضها شركة التّأمين للمقاول-أو المهندس-.

ج- مقدار التّعويض:

- إنّ قيمة التّعويض الذّي تلتزم بدفعه شركة التّأمين، تكون بحسب قيمة تكلفة الإنجاز والأعمال والمقابلة لإصلاح الأضرار التّي خلّفها التهدّم أو العيب المكتشف والتّي يتمّ تحديدها من خلال اللّجوء إلى الخبرة طالما أنّها مسألة فنّية محضة. و من ثمّ فإنّ تلك الخبرة المنجزة يجب أن تبلّغ إلى الخصم بعد أن يتمم الخبير المعيّن بتراضي الطّرفين تقدير مختلف الأضرار اللاّحقة بالمشروع أو تجهيزاته.

كما قد يمكن اللّجوء إلى الخبرة المضادّة بطلب من أحد الطّرفين سواء كان ذلك قبل التّنازع أو بطريق ودّي. ويتمّ دفع التّعويض خلال ثلاثة (03) أشهر في حالة الاتفاق ودّيا بين شركة التّأمين والمستفيد من التّأمين، وذلك بعد المعاينة عملا بأحكام المادّة183 من ذات الأمر رقم 95-07، والتّي تنصّ على ما يلي: "يجب على المؤمّن قبل البحث في المسؤولية، أن يعوّض صاحب المشروع المؤمّن عليه أو من يكتسبه في حدود تكلفة إنجاز الأشغال الإصلاح التّي خلّفتها الأضرار المحدّدة و المقدّرة من قبل الخبير. و يجب على المؤمّن أن يعيّن الخبير في ظرف سبعة07 أيّام ابتداءا من تاريخ التّصريح بالحادث".

أمّا في حالة عدم الاتفاق بين الطّرفين، فإنّه يتمّ اللّجوء إلى القضاء للاختصام وتحديد قيمة ومقدار التّعويض من طرف المحكمة، وذلك بناءا على خبرة منجزة والمعيّنة من طرف المحكمة، كما قد يمكن اللّجوء إلى الخبرة المضادة بناءا على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة، إلى أن يتمّ صياغة الحكم القاضي بالتّعويض، واستيفاء إجراءات التنفيذ المحدّدة قانونا.

المطلب الثاني: --مجال تدخّل شركات التّأمين في عقد مقاولة البناء:

- بتفحصّ النّصوص القانونية -السّالفة الذّكر- وتفسيرها، يتبيّن بوضوح المجالات التّي يمكن لشركات التّأمين التدخّل لضمانها في مجال التّشييد والبناءات وكذا نشاط التّرقية العقّارية، والتّي تتعلّق بالتدخّل في مجال إنجاز المشاريع العقّارية. وعليه فإنّ المقاول مجبر على تأمين مسؤوليته المدنية المتعلّقة بالإنجاز (والتّي تشمل تغطية مختلف الأضرار الجسمانية والمادّية التّي قد تلحق بالغير) قبل فتح الورشة، وذلك بموجب المادّة175 وكذا المادّة 176من الأمر رقم 95-07. إضافة إلى ذلك بإمكان المقاول إبرام عقد تأمين اختياري لضمان الورشات وحسن إنجازها طيلة مدّة الأشغال إلى غاية تسليمها، عملا بأحكام المادّة177 من ذات الأمر (ص[36]).

الفرع الأوّل-تغطية المسؤولية المهنية المدنية:

- إنّ الهدف من وراء لجوء مقاول البناء إلى تأمين مسؤوليته المدنية، هو تغطية مختلف الأضرار التّي قد تؤثّر سلبا على ذمّته المالية ، من خلال وجوب تغطية تلك الأفعال التّي من شأنها أن تلحق الأضرار سواء بالنّسبة للمشروع –في حدّ ذاته-أو لصاحبه أو حتّى الغير. وهذه التّغطية تجد أساسها القانوني من خلال نصوص المواد النّاظمة لمجال المسؤولية سواء الشّخصية، والتّي تعدّ الأصل أو تلك الناشئة عن فعل الغير أو حتّى الأشياء، و التّي تكفّل المشرّع الجزائري بتأطيرها في ق.م.ج ونقصد بذلك على وجه التّخصيص- على وجه الخصوص-المواد 124-126-130-136-138-140من ق.م.ج ، بالإضافة إلى المواد549إلى568 من ذات القانون والّناظمة للمقاولة بوجه عام ،و كذا نصوص المواد175إلى 179

[36]- عبد القادر مسلم، المرجع السّابق، ص 44.

وكذا المواد180إلى185 من الأمر رقم 95-07 المتّعلق بالتّأمينات –السّالف الذّكر[37]. وسواء مسّ الضّرر الأعمال المنجزة من طرف المقاول أو لحقت بربّ العمل أو بالغير وذلك أثناء أو بمناسبة قيامه بإنجاز بالأعمال المسندة إليه بموجب عقد المقاولة، وذلك منذ بداية سريان اليوم الأوّل لافتتاح الورشة وتستمرّ تغطية التّأمين إلى غاية تاريخ التّسليم النّهائي للمشروع. ويتمّ ذلك من خلال قيام المقاول باللّجوء إلى شركات التأمين لاكتتاب وثيقة(أو تسمّى أيضا ببوليصة التّأمين) التأمين على:

*-تنفيذ الأشغال على اختلاف أنواعها، فيما يخصّ صلاحيتها و رسوخها، أو فيما يخصّ أيّ شيء من شأنه أن يعرض المنشأة للخطر، و كذا حراسة البناية التّي يلتزم بتشييدها.

*-المراقبة المستمرّة لنوعية مواد البناء و تنفيذ الأشغال.

و تجدر الإشارة إلى أنّ المرسوم التّنفيذي رقم95-414 الّذي صدر بشأن تطبيق الأمر رقم 95-07 المتعلّق بالتأمينات-المعدّل والمتمّم- ، هو الّذي نظّم مجال المراقبة من خلال تبيان الحيطة والاحتراز الّذي يتوجّب على المقاول التحلّي بها أثناء تنفيذه للأشغال أو بمناسبتها، وذلك لمنع الإضرار بها، أو بربّ العمل أو حتّى بالغير. وتكون مدّة التّأمين والتّغطية مساوية لمدّة الإنجاز والمحدّدة مسبقا بين ربّ العمل والمقاول بموجب مقاولة البناء، والتّي تعدّ في حدّ ذاتها مدّة التّأمين، والتّي من خلالها تضمن شركة التّأمين تغطية مختلف الأضرار السّابقة الذّكر. لذلك فإنّ أيّ تمديد للمدّة المحدّدة مسبقا في العقد المبرم بين المقاول والشّركة يجب أن تخطر به شركة التّأمين، وذلك بهدف الزّيادة من مدّة الضّمان، من خلال تمديد مدّة التّأمين أيضا، وإلاّ سقط الحقّ في الضّمان والّذي يمثّل الالتزام الأصلي لشركة التّأمين.

والأصل في قواعد التّأمين أنّها اختيارية، غير أنّ المشرّع الجزائري تدخّل في مجالات عدّة وفرض التّأمين، وجعله إلزاميا حرصا منه على ضمان حصول بعض الفئات على التّعويض عند الإصابة بأضرار عقب وقوع حادث معين، ويرجع ذلك إلى الرّغبة المتزايدة في الضّمان قصد حماية المضرور إزاء مخاطر

37- راجع بالمناسبة المواد السالفة الذّكر.

الحياة الحديثة(38). ويعدّ البناء من ضمن هذه المجالات، حيث نظّم أمر رقم 95-07 المتعلّق بالتأمينات المعدّل والمتمّم التّأمين في مجال البناء ضمن الكتاب الثاني المتعلّق بالتأمينات الإلزامية، إذ تنصّ المّادة 175 من ذات الأمر على أنّه :"على كلّ مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني وأيّ متدخّل شخصا طبيعيّا كان أو معنويا، أن يكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التّي قد يتعرّض لها بسبب أشغال البناء و تجديد البناءات أو ترميمها....." . وتضيف المادّة 178 من ذات الأمر أنّه: "يجب على المهندسين المعماريّين والمقاولين، وكذا المراقبين التّقنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤولياتهم العشرية المنصوص عليها في المادّة 554 من ق.م.ج، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع" .

الفرع الثاني-تغطية المسؤولية العشرية:

- يتضح من خلال النّصين القانونيين السّابقين الذّكر أنّ المشرّع الجزائري ألزم المقاول بالتّأمين على مسؤولياته العشرية بموجب قواعد آمرة ، ترجمت من خلال الجزاء الجزائي الذي فرضه في المادة 185 من الأمر رقم 07/95 و تكيّف هذه الجريمة على أنّها جنحة عدم الامتثال لهذه الإلزامية والذّي يصل إلى حدّ مائة ألف دينار جزائري (100.000,00 دج) كغرامة مالية ، لذلك فإنّ هذه الإلزامية في التّأمين هي مرتبطة بالنّظام العام، ولذلك لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو الحدّ من أحكامها بل أكثر من ذلك يجوز لربّ العمل أن يشترط على المقاول عند إبرام العقد، اكتتاب تأمينا لتغطية مسؤوليتهم وله أن يتحقّق من ذلك"(39) .

38- عبد القادر مسلم، نطاق التّأمين المعماري، دراسة مقارنة بين التّشريعين الجزائري و الفرنسي، المرجع السّابق، ص32.

39- يوسف فتيحة، التّأمين على تطوّر المسؤولية عن الأشياء غير الحيّة، مجلة الدّراسات القانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية-تلمسان،ع 01، سنة 2004، ص 39.

ويغطّي هذا التّأمين الأضرار المخلّة بمتانة العناصر الخاصّة بتجهيز البناية و المتمثلة في مختلف مواد البناء و ذلك عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزّأ من منجزات التّهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتّغطية. ويبدأ سريان هذا التّأمين من تاريخ الاستلام النّهائي للمشروع على أن يستفيد منه ربّ العمل أو خلفيه الخاص أو العام بحسب الأحوال و الشّروط المبيّنة سالفا، ويهدف التّأمين عن المسؤولية العشرية إلى حماية المقاول-و بجنبه المهندس- من الرّجوع عليهما أو على أحدهما على إثر تحقّق دعوى المسؤولية، ونظرا لتعلّق هذا الضّمان بالمباني والمنشآت وانفرادها به، فإنّ الفقه اقترح تسميته "بالضّمان المعماري.

وبموجب ذلك تحلّ شركة التّأمين محلّ المؤمن له في دفع التّعويض الّذي حدّدته الخبرة الفنّية، سواء الودية و المحدّدة مسبقا قبل نشوب نزاع قضائي، أو تلك التّي قد تلجأ إليها المحكمة، ضمانا لحصول ربّ العمل أو من يقوم مقامه على تعويض عادل عند إصابته بأضرار جرّاء عمليّة البناء و التّشييد. لذلك فإنّ تضامن المقاول يكون في الضّمان وليس المسؤولية([40]).

فالّتضامن في الضّمان أقوى من التّضامن في المسؤولية ذلك أنّ التضامن في المسؤولية يتعلّق بتوافر شروط معيّنة، فهو لا يقوم إلاّ إذا كان كل واحد من المسؤولية قد ارتكب خطأ سبّبّ ضررا، ومن ثمّ يلزم وحده الضّرر واشتراك كلّ المسؤولين في إحداثه. وهذا هو الموقف الّذي انتهجته المحكمة العليا بتاريخ 1991/01/23، عندما قضت بأنّه"(41) :" يضمن المهندس المعماري والمقاول بالتّضامن ما يحدث خلال عشرة سنوات من تهدّم كلّي أو جزئي فيما شيّداه من بناء و أقاماه من منشآت ثابتة. فالأصل أن ترفع دعوى المسئولية من صاحب الحقّ في الضّمان العشري، وهو ربّ العمل أو من يخلفه(باعتباره مدّعيا) ضّد الملتزم به وهو المقاول -والمهندس المعماري-(مدّعى عليهما) وفقا للتّحديد السّابق بيانه.

40- يوسف فتيحة، التّأمين على تطوّر المسؤولية عن الأشياء غير الحيّة، المرجع السابق/ ص 40.

41-قرار رقم54123 صادر عن المحكمة العليا-الغرفة المدنية بتاريخ 1991/01/23 تحت رقم 64748، المجلّة القضائية العدد 04 لسنة 1992، ص 130 وما بعدها و كذا قرار رقم54123 صادر عن المحكمة العليا-الغرفة المدنية بتاريخ 1991/01/23 تحت رقم 64748مجلّة المحكمة العليا سنة2011/ع02.

ويجب رفع هذه الدّعوى خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التهدّم أو انكشاف العيب، وفقا لما أنهت إليه المادّة 557 من ق.م.ج.

فإذا انقضت هذه المدّة دون أن يقوم ربّ العمل برفع دعواه، سقط حقّه في التّعويض نهائيا. وهذه المدّة تختلف عن مدّة الضّمان ذاته. وعلى هذا إذا حدث التّهدم أو ظهر العيب الموجب للضّمان في السّنة العاشرة بعد تسلّم ربّ العمل للبناء كان بوسعه رفع دعوى الضّمان خلال السّنوات الثّلاث التّالية، فكأنّ الضّمان يستمرّ في هذه الحالة مدّة ثلاث عشر سنة تقريبا . وإلزامية التّأمين في مجال البناء و التّشييد ليست قاعدة عامة، وإنّما يستثنى من التّأمين على المسؤوليتين المهنية والعشرية، طبقا لأحكام المادّة182 من الأمر رقم 95-07 الأشخاص التّالية:

*-الدّولة و جماعاتها المحلّية.

*-الأشخاص الطّبيعية، وذلك في حالة بناء سكن عائلي.

الفرع الثالث-تغطية تمام الأشغال و نهايتها الحسنة:

- لقد نصّ المشرّع الجزائري بموجب المادّة 175 من الأمر رقم 95-07 السّالف الذكر على تمام أشغال البناء و التشييد و حسن نهايتها، و التي تضمنت في فحواها ما يلي: "على المتدخلين المشار إليهم بنص المادّة 175 من ذات الأمر إثبات وقت فتح الورشات بأنّهم قد اكتتبوا عقدا لتأمين مسؤوليتهم المدنية المهنية" وذلك بالنّسبة للمقاول و المراقب التقني و المهندس المعماري و كل متدخل آخر في البناء و التشييد'.

بالإضافة إلى المادّة03/26 من الأمر رقم 11-04 (42) المتعلّق بالتّرقية العقّارية و التي ألزمت المرقي العقاري باكتتاب هذا النوع من التأمين بقولها: " غير أنّ الحيازة و شهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري و لا من ضمان حسن الإنهاء الكامل لأشغال

42- القانون رقم 04/11 المتعلق بالترقية العقارية الجريدة الرسمية عدد 14 بتاريخ 2011/03/06.

الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحدة." ومعناه أنّ القائم على الإنجاز يقوم بتغطية كلّ الأخطار التّي قد تنجم عن سوء إدارة المشروع، أو تلك الحوادث التّي قد تقع له، سواء مسّت تلك الحوادث بالغير أو بوسائله المادية، والتّي يستعين بها في تنفيذ المشروع إضافة إلى حسن إتمام الأشغال الموكلة إليه(43).

***-الخاتمة:**

- من خلال الدّراسة التّي قمنا بها والمنصبّة على الإطار القانوني لمقاولة البناء، من خلال تبيان الأركان الواجبة التّوفر فيها لاسيما منها التراضي و المحل ، بالإضافة إلى الالتزام بالتأمين من جانب المقاول و المشرف على الإنشاء و التشييد ، استخلصنا-مبدئيا- أنّ مقاولة البناء تخضع في مجملها لأحكام النّظرية العامّة للعقد بوجه عام، من حيث الأركان و الآثار المشترطة طالما أنّه عقد مسمّى و منظّم في القانون المدني الجزائري ، غير أنّه من جهة أخرى يمكن استنباط القصور والنّقص الذّي يعتريه من جهة، وكذا بعض التّناقض في الأحكام المستصاغة و المطبّقة عليه، وتارة أخرى الفراغ القانوني الذّي يسوده حتّى بالنسبة لبعض الجوانب المحيطة به.بالتّالي -و حسب رأينا- فإنّ الأحكام النّاظمة لمقاولة البناء لم تعد كافية لتنظيم إطارها القانوني، وذلك بالنّظر إلى تعقّد تركيبته من جهة وكثرة المتدخّلين في عملية التّشييد والبناء، وكيفيات إنشاءه سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.لذا فمن الأفضل لو يهتم المشرّع الجزائري حاليا بوضع نظام قانوني خاصّ يحكم مقاولة البناء بصورة خاصةّ لإعادة تنظيم تلك المسائل المحيطة به ، لأنّ النصوص المطبّقة عليها قد وضعت لتنظيم المقاولة بصورة عامة، وقد لا يصلح تطبيقها على مقاولة البناء نظرا لحجمها الاقتصادي وطبيعة العمل الواردة عليه والذّي يتّصف بالدّقة والخطورة وكثرة انتشارها .

- ومن خلال هذه الدّراسة توصّلنا إلى استخلاص جملة من النّتائج والملاحظات والتّوصيات التّالية:

43- دغيس أحمد، الضّمانات في التّرقية العقّارية، بعد الإستيلام النّهائي للمشروع العقّاري، الملتقى الوطني حول التّرقية العقّارية في الجزائر، الواقع و الأفاق، يومي 27 و 28 فبراير2012، كلية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة قاصدي مرباح، سنة 2013 .

*-كان لزوما على المشرّع و بالنظر لأهميتها المعاصرة-باعتبارها آداة حقيقية لتجسيد المشاريع العقارية- تأطير مقاولة البناء، وذلك من خلال ضبط قائمة شروط واجبة التّوفر لمزاولة نشاط البناء و التّشييد يخضع لها المقاول-أصليا كان أم فرعيا-كما لو تعلّق الأمر بتأطير الفّني وبفرض مستوى أكاديمي معيّن، تماشيا مع خطورة المهام المسندة إليهم و تعقّدها.

*- إنّ المشرّع الجزائري ورغم تعديله للقانون المدني الجزائري ، إلاّ أنّه كان من واجبه تعديل مضمون المادّة549 من ذات القانون، و ذلك حتّى يبرز لنا كلّ مظاهر استقلالية المقاول في قيامه بالإنجاز المعهود إليه، والتّي تعدّ أساسا لتمييز المقاولة عن غيرها من العقود الواردة على العمل، وذلك من خلال مجمل الآراء الفقهية الممنوحة بخصوص تعريف المقاولة -بوجه عام-طالما أنّها تنطبق أيضا على مقاولة البناء.

*-رغم كثرة المشاركين في عملية التّشييد والبناء، إلاّ أنّ المشرّع الجزائري لم يضبط قائمة المتحمّلين للضّمان العشري، واكتفى في المادّة554 -السّالفة الذّكر- بذكر المقاول والمهندس، ،وفي ذلك إجحاف في حقّ المقاول على وجه الخصوص، ومن ثمّة يتوجّب على المشرّع الجزائري تعديل مضمون المادة554 من القانون المدني الجزائري ، بما يفيد توسيع دائرة الملتزمين بالضّمان.

*- يتوجّب على المشرع العمل على ضرورة إبراز كلّ مظاهر استقلالية المقاول في قيامه بالإنجاز المعهود إليه، والتّي تعتبر أساس تفرقة المقاولة عن غيرها من العقود الواردة على العمل، وذلك من خلال مجمل الآراء الفقهية الممنوحة بخصوص تعريف المقاولة -بوجه عام-طالما أنّها تنطبق أيضا على مقاولة البناء.

*- يلاحظ غياب التّنظيم الخاص لمهنة مقاول البناء(الأصلي و الفرعي). لذلك يتوجّب لزوما على المشرّع إعادة النّظر بخصوص تلك المهنة من خلال ووضع إطار قانوني خاص بها، كما هو الشّأن لمهنة المهندس المعماري وسائر المهن الأخرى الخاصّة، وضبط قائمة للشّروط الواجبة التّوفر لمزاولتها، وكذا منحهم الحق في إنشاء نقابات تسعى لتمثيلهم وحمايتهم.

*- يتوجّب على المشرّع الجزائري تعديل مضمون المادّة 17 من الأمر رقم 95-07 المتعلّق بالتّأمينات والتّي ألزمت المقاول – والمهندس-باكتتاب وثيقة لتأمين المسؤولية المدنية والعشرية على حد سواء وذلك قصد توسيع دائرة هذا التّأمين ليمتدّ إلى كلّ من يتدخّل في عملية التّشييد والبناء.

**- قائمة المراجع:

أ- بالنسبة للكتب:.

- د/مصطفى مسعودي، أصول المقاولة في التّشريع الجزائري،طبعة 1987 الدار الجامعية.

-د/ مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات ، طبع سنة 1987 الدار الجامعية.

- د/عدنان إبراهيم سرحان،العقود المسماة في المقاولة،الوكالة،الكفالة، الطبعة الأولى مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأردن، س 1996.

د/ جعفر الفضلي الوجيز في العقود المدنية: البيع الإيجار، المقاولة، دار الثقافة، عمان، سنة 1997.

- د/مصطفى محمد جمال، أصول التّأمين(عقد الضّمان)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، س 1999.

- د/ الشهاوي قدري عبد الفتاح، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004 .

- د/محمد صبري السّعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، النّظرية العامّة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، طبعة2004.

-د/ محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقاولة في ضوء الفقه و القضاء، الطّبعة الثّانية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004.

د/ محمد كمال مرسى باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة عقد العمل، وعقد المقاولة، والتزام المرافق العامة، الجزء الرابع، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2005.

- د/جديدي معراج، محاضرات في قانون التّأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.

- د/العنكبي هشام أحمد جاسم،المباديء العامّة للتأمين، المصطلحات الأساسية-عقد التّأمين-مذكّرة التّغطية المؤقّتة-وثيقة التّأمين-أنواع هيئات التّأمين، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر،سنة 2005.

- د/ بجاوي المدني، التّفرقة بين عقد العمل و عقد المقاولة، دار الهومة، الجزائر، سنة2008.

-د/عبد القادر مسلم، نطاق التّأمين المعماري، دراسة مقارنة بين التّشريعين الجزائري و الفرنسي، د.م.ج، سنة2010 .

-د/ زواوي محمود، الشّكلية للصحّة في التّصرّفات المدنية، دار الجديدة للنّشر،سنة 2013.

-د/ على فيلالي الالتزامات، النّظرية العامّة للعقد، طبعة 2013.

ب- النسبة للرسائل والمذكرات:

- مروش مسعودة، عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2003.

- توفيق زيداني،التّنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون العقّاري، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة2004.:

ج- المقالات:

-د/ إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و مقاول البناء، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السّياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التّربوية، ج03، سنة1995.

-د/ يوسف فتيحة، التّأمين على تطوّر المسؤولية عن الأشياء غير الحيّة، مجلة الدّراسات القانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية-تلمسان،ع01، سنة 2004.

- د/ دغيس أحمد الضّمانات في التّرقية العقّارية، بعد الاستلام النّهائي للمشروع العقّاري، الملتقى الوطني حول التّرقية العقّارية في الجزائر، الواقع و الأفاق، يومي 27 و 28 فبراير2012، كلية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة قاصدي مرباح، سنة 2013

- د/إرزيل الكاهنة، شركات التّأمين في مواجهة نشاط التّرقية العقّارية، مجلة الحقوق و الحرّيات، ع02 ،جامعة مولود معمري تيزي وزو سنة 2013.

د- القرارات القضائية:

- قرار رقم54123 صادر عن المحكمة العليا-الغرفة المدنية بتاريخ 1991/01/23 تحت رقم 64748، المجلّة القضائية ع04 لسنة 1992.

- قرار رقم54123 صادر عن المحكمة العليا-الغرفة المدنية بتاريخ 1991/01/23 تحت رقم 64748مجلّة المحكمة العليا سنة2011/ع02.

هـ- القوانين والأوامر :.

-القانون رقم75-58 و المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمّن القانون المدني الجزائري والمعدّل و المتمّم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرّخ في 20جوان 2005، الجريدة الرسمية 44 سنة 2005، و القانون 07-05 المؤرّخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية العدد07، سنة2007.

- أمر رقم 75- 59 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، ج ر، ع 79 صادر في 1975/09/126 المعدل و متمم.

- الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25جانفي 1995 المتعلّق بالتّأمينات و المعدّل و المتمّم بموجب القانون رقم 04-06 المؤرّخ في 20فبراير 2006 ،الجريدة الرسمية رقم 15، سنة 2006

- القانون رقم03-12 المؤرّخ في26 أوت2003، و المتعلّق بإلزامية التأمين على الكوارث الطّبيعية و بتعويض الضّحايا ج الجريدة الرسمية العدد 05، ص12.

- القانون رقم 11-04 و المؤرّخ في 25 فيفري 2011 و الّذي يحدّد القواعد التّي تنظّم نشاط التّرقية العقّارية، الجريدة الرسمية العدد 09، سنة 2011.

و- المراسيم:

- المرسوم التّنفيذي رقم95-338، و المؤرخ في31 أكتوبر1995، الجريدة الرسمية العدد 65 و الّذي جاء تطبيقا للأمر رقم 95-07.

- المرسوم التّنفيذي رقم95-414، الّذي صدر بشأن تطبيق الأمر رقم 95-07 و المتعلّق بالتأمينات-المذكور أعلاه.

- المرسوم التّنفيذي رقم 02- 293 و المؤرّخ في 10-09-2002،الجريدة الرسمية العدد 61 بتاريخ2002/09/11.