

نظام ضمان تمام الانجاز في عقد المقاولة واحكامه
(دراسة مقارنة)

أ.د هادي حسين عبد علي الكعبي

غسان جبر كريم

كلية القانون - جامعة بابل

System to ensure completion in the contracting contract and its provisions
(a comparative study)

Dr. Hadi Hussein Abdul Ali Al Kaabi

Ghassan Jebur Kareem

University of Babylon - College of Law

Ghassan.j.k2014@gmail.com

Abstract

The Completeness Assurance System is considered one of the topics worthy of research due to its great importance. Therefore, before delving into this topic, it is necessary to consider the essence of the research idea, the importance of the topic, the reasons for its selection, the methodology and scope of the research, and then explain the plan in light of which the topic of the Completeness Assurance System will be addressed.

Key words: guarantee, completion, contractor, contracting.

المخلص

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أفضل المرسلين أبي القاسم محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وبعد ...
يعد نظام ضمان تمام الانجاز من الموضوعات الجديرة بالبحث لما يتمتع به من أهمية بالغة، لذلك وقبل الخوض في هذا الموضوع لا بد من الوقوف عند جوهر فكرة البحث وأهمية الموضوع وأسباب اختياره ومنهجية البحث ونطاقه ومن ثم بيان الخطة التي سيتم في ضوئها تناول موضوع نظام ضمان تمام الانجاز.

الكلمات المفتاحية: الضمان، تمام الانجاز، المقاول، المقاولة.

أولاً - جوهر فكرة البحث

بالرجوع إلى القانون المدني العراقي نجد أن مسؤولية المقاول على وفق المادة (870) منه تقتصر فقط على الضمان العشري من دون غيره من الضمانات، إذ يضمن المهندس والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فيما شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وعندما بحثنا في القانون المدني العراقي والمصري لم نجد ثمة نصوص قانونية خاصة بنظام ضمان تمام الانجاز على الرغم من أهميته وإنما تم تركه إلى أحكام القواعد العامة في المسؤولية المدنية عموماً . اما القانون المدني الفرنسي فقد كان سباقاً في استحداث نظام ضمان تمام الانجاز، وكان ذلك بموجب القانون رقم 12 الصادر في 4 يناير 1978 إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (6/1792) من هذا القانون على أن يعتمد ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل والذي بوساطته يكون المقاول مسؤولاً خلال مدة سنة من تسليم الأعمال إلى إصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل سواء بطريق التحفظات التي ذكرها في محضر التسليم أم بطريق الإخطار الكتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة .

في حين ان المشرع الجزائري استلهم نظام ضمان تمام الانجاز من القانون المدني الفرنسي إذ نصت المادة (26) من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في فقرتها الثالثة على أنه "...غير أن الحياة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة".

إن هذا الضمان يسمح لرب العمل بالمطالبة بإزالة النقائص الظاهرة عند تسلم العمل أو التي تظهر بعد سنة من ذلك ، فهو ضمان موجه للاستجابة للتحفظات المعايينة عند الاستلام وتدارك النقائص الظاهرة في السنة الأولى .

ثانياً - أهمية الموضوع وأسباب اختياره

تتجلى أهمية موضوع نظام ضمان تمام الانجاز في أن القواعد التي تنظم مسؤولية المهندس والمقاول عن أعمال البناء والتي تقتصر في القانون المدني العراقي على الضمان العشري فقط لا يمكن أن تحقق الحماية الكافية لرب العمل إلا إذا امتد نطاق هذه القواعد للأضرار الأخرى غير الأضرار التي حددتها المادة (870) من القانون المدني العراقي .

وإن السبب الذي دفعنا لاختيار موضوع نظام ضمان تمام الانجاز في عقد المقاولة هو خلو المكتبة القانونية من مؤلف أو دراسة قانونية تلم شتات هذا الموضوع وتجمع أحكامه في إطار دراسة موحدة يمكن الرجوع إليها في معرفة هذا الضمان والوقوف على أحكامه، والمحاولة في إيجاد الحلول التشريعية في القانون العراقي من خلال الاستعانة بالقوانين المقارنة لاسيما القانون المدني الفرنسي الذي تدخل لتعديل أحكام نظام ضمان تمام الانجاز ليوكب التطور في مجال أعمال البناء، وقانون الترقية العقارية الجزائري، إذ بقي الالتزام بالضمان المقرر بالقانون المدني العراقي كما جاءت به المواد (870-881) من دون تعديل على الرغم من المتغيرات والتطورات الحديثة في مجال البناء .

ثالثاً - منهجية البحث

سوف نتبع في دراستنا لموضوع نظام ضمان تمام الانجاز أسلوب الدراسة التحليلية المقارنة، إذ سنعمد قدر الإمكان إلى تحليل الأفكار والمبادئ القانونية ذات الصلة بالموضوع، وبيان موقف القوانين المقارنة منها، من خلال الرجوع إلى القانون المدني الفرنسي والقانون الجزائري ممثلاً بالقانون المدني الجزائري رقم (85/75) لسنة 1975 وقانون الترقية العقارية رقم 11-04 لسنة 2011 ، إذ يلاحظ القارئ تغليبهم في الدراسة لعدم تنظيم المشرع العراقي والمصري لهذا النوع من الضمان ولكن من دون اغفالهما في ما يتعلق بالقواعد العامة التي بالإمكان تطويعها على هذا الضمان وبكل ما له علاقة بالموضوع محل البحث .

رابعاً - نطاق البحث

تقتصر هذه الدراسة على بيان نظام ضمان تمام الانجاز في نطاق عقد المقاولة وعقد البيع على التصاميم، لعدم النص عليه في القانون المدني العراقي ونظراً لاستحداث هذا الضمان من جانب المشرع الفرنسي والنص عليه في القانون المدني الفرنسي في الباب المخصص لعقد المقاولة واستحداثه من قبل المشرع الجزائري والنص عليه في نطاق عقد البيع على التصاميم الذي قصر هذا الضمان على البيع على التصاميم فقط أو ما يعرف ببيع المباني على قيد الانشاء من دون ان يتعداه لعقد المقاولة، لذلك ارتأينا دراسته دراسة مستفيضة لنبين مدى حاجتنا لتقرير مثله في القانون المدني العراقي .

خامساً - خطة البحث

سوف نتناول موضوع نظام ضمان تمام الانجاز في عقد المقاولة وأحكامه (دراسة مقارنة) من خلال مبحثين، نتناول في المبحث الاول مفهوم ضمان تمام الانجاز في عقد المقاولة ونستعرض في المبحث الثاني أحكام ضمان تمام الانجاز، وإذا ما انتهينا من بحث ذلك نصل الى خاتمة نضمنها أهم النتائج والمقترحات والتوصيات التي سنتوصل اليها من دراسة هذا الموضوع.

المبحث الاول

مفهوم ضمان تمام الانجاز في عقد المقاولة

إن ضمان تمام الإنجاز هو ضمان موضوعي لا يستند إلى فكرة الخطأ كباقي الضمانات التقليدية، بل يدرج في نطاق الالتزام التعاقدية بتحقيق نتيجة، ومن ثم فإن المقتني (رب العمل) مطالب بتعيين العيب الذي يوجد بالعقار المنجز إذا كان العيب ظاهراً أثناء عملية تسليمه وذلك بتدوين التحفظات في محضر التسليم حتى يلتزم المقاول بالإصلاح والترميم، أما إذا ظهر العيب خلال السنة الموالية للتسليم فيتعين على المقتني (رب العمل) أن يوجه إخطار مكتوب للمقاول، وهذا ما جاء في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق

بالمرسوم التنفيذي 13-431 بشأن ضمان تمام الانجاز على ان ((يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية في اجل... (..) يوماً ابتداءً من إخطاره من طرف المکتتب. وإن هذا الضمان صالح لمدة سنة، ابتداء من تاريخ الحيازة كما هو محدد في الإجراء المتعلق بالحيازة المبين أعلاه)). ولأجل هذه الدراسة، سوف نتطرق إلى بيان تعريف ضمان تمام الانجاز في عقد المقاولة واهدافه وظهوره (المطلب الاول) وبيان طبيعته القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الاول

تعريف ضمان تمام الانجاز في عقد المقاولة واهدافه وظهوره

لعدم تنظيم المشرع العراقي والمصري لضمان تمام الانجاز فهما لم يعرفانه، ولكون المشرع الفرنسي والجزائري قد نظما هذا النوع من الضمان الا ان المشرع الجزائري سكت عن تعريف ضمان تمام الانجاز أو بيان عناصره، الأمر الذي يستلزم الرجوع إلى القانون المدني الفرنسي تحديداً كونه الأصل في ظهور هذا الضمان وكذلك الفقه الفرنسي لبيان تعريفه أولاً واهدافه ثانياً وظهوره ثالثاً.

اولاً- تعريف ضمان تمام الانجاز

يعرف الالتزام بضمان تمام الانجاز بأنه ذلك الالتزام القانوني الذي يقع على عاتق المقاول، يلتزم بموجبه بإصلاح كل خلل يحدث في البناية المشيدة، بشرط الإشارة إليه في محضر التسليم، ومن ثم يظل المقاول ضامناً لهذا الخلل لمدة سنة من تاريخ

التسليم⁽¹⁾. كما يعرف بأنه ذلك الضمان الذي يهدف إلى الحصول على الإنجاز الكامل للعمل مطابقاً للالتزام بالتشييد المطابق من طرف المقاولين عند إمضاء الصفحة⁽²⁾. ويعرف أيضاً على أنه الضمان الموضوعي الذي يسمح لرب العمل بالحصول في مدة سنة بعد التسليم، على عمل مطابق وأحسن مما كان أو ما يجب أن يكون عليه في تاريخ التسليم، فهو ضمان موجه للاستجابة للتحفظات المعايينة عند الاستلام وتدارك النقائص الظاهرة في السنة الأولى⁽³⁾. كما يضمن هذا النوع من الضمان لرب العمل، الحصول في خلال سنة على عمل أصح مما كان يجب أن يكون عنه في هذا اليوم⁽⁴⁾. كما يعرف بأنه عبارة عن التزام قانوني بالإصلاح العيني لكل خلل يعين أو يشار إليه من قبل رب العمل، طبقاً للشروط المنصوص عليها قانوناً، وذلك بهدف إعادة العمل مطابقاً للحالة التي كان عليها، أو كان ينبغي ان يكون عليها عند التسليم⁽⁵⁾. ويعرف بأنه الضمان الذي يكون المقاول فيه ملزماً خلال مهلة سنة تُحسب من تاريخ الاستلام، ويمتد حتى اصلاح كل الاضطرابات التي يعينها صاحب العمل اما عن طريق التحفظات المبينة في محضر الاستلام، او عن طريق الابلاغ خطياً للتي تكتشف لاحقاً بعد الاستلام⁽⁶⁾. ويعرف أيضاً ضمان تمام الإنجاز بأنه هو الضمان الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بائع العقار بإصلاح كل عيب في البناء يظهر عند التسليم وكان المقتني قد أشار إليه في محضر التسليم والاستلام الذي يتم بينه وبين المرقى العقاري، أو كل عيب يظهر بعد ذلك في خلال السنة الموالية لحيازة البناية أو جزء من البناية كحد أقصى⁽⁷⁾.

من خلال التعريفات السابقة يتبين بأن ضمان تمام الانجاز يتيح بإصلاح كل انواع الاختلالات (عيوب او نقص في المطابقة) وكذلك عيوب الصنع المكتشفة عند الاستلام التي كانت موضع التحفظات وكذلك النواقص المتأتية خلال السنة التي تلي الاستلام والتي كان المقاول قد تبلغها. اي ان ضمان تمام الانجاز يتسع ليشمل اصلاح كل خلل يشير اليه رب العمل دون حاجة الى تحديد اصل هذا الضرر او الاسباب التي ادت الى ظهوره في العمل، كما يتسع مصطلح الخلل ليشمل ايضاً حالة عدم مطابقة العمل للمواصفات بقطع النظر عن اصابة العمل او احد عناصره المكونة بضرر بالمعنى الضيق⁽⁸⁾. ومما هو واضح، ان هذا الضمان لا يمكن استخدامه في اصلاح النواقص المتعلقة بالاستعمال الطبيعي للعقار في السنة الاولى، اي ان تنفيذ الاعمال المطلوبة على سبيل ضمان تمام الانجاز يثبت بانفاق مشترك، والا فقضائياً. ولا يشمل ضمان تمام الانجاز الاعمال الضرورية لمعالجة آثار الاستهلاك الطبيعي او الاستعمال العادي⁽⁹⁾. وللاستفادة منه، يجب ليس فقط ان تبلغ هذه الاختلالات ضمن مهلة السنة الى المقاول، وانما

كذلك يجب وخلال نفس المهلة ان تكون موضع دعوة قضائية، ويقضي ضمان تمام الانجاز بتنفيذ اشغال الاصلاح من المقاول المختص، ضمن مهلة محددة بالتوافق بين الاطراف وهذا ما نصت عليه المادة (1792- 6 الفقرة 3) من القانون المدني الفرنسي وذلك بإعادة صنع ما كان غير جيد الصنع. وهذا هو السبب الذي من اجله لا يفسح ضمان تمام الانجاز، اذا توفرت شروط تطبيقه، مجالاً سوى لإصلاح عيني اي اعادة الصنع⁽¹⁰⁾. وهذا الضمان يستبعد كل تعويض نقدي ويكون بذلك صاحب العمل واثقاً من الحصول على ترضية عينيه. ومرد التبرير لهذه الخصوصيات هو بشكل كبير للرغبة في اعفاء الضامن للتعويض عن (اضرار ، منافع) من عبء الاختلالات التي يسهل اصلاحها⁽¹¹⁾.

ثانياً- اهداف ضمان تمام الانجاز

يهدف هذا النوع من الضمان إلى الإصلاح الفوري والسريع والعيني للخلل المعين في العقار المشيد، سواء عند التسليم أو في السنة التالية عليه. كما يهدف إلى تبسيط اجراءات الرجوع على المدين به حالة وقوع الضرر لرب العمل بأن حصرها في المقاول، ومنه يسهل على رب العمل تحديد المسؤول. ويهدف هذا الضمان كذلك، إلى التخفيف من المبالغ التأمينية الإجبارية، كالضمان العشري والثنائي في فرنسا وذلك لأن هذا الضمان غير خاضع لإجبارية التأمين من عواقبه بحيث تم تقديم الإصلاح العيني للعيوب على التعويض النقدي⁽¹²⁾. ويهدف هذا الضمان أيضاً إلى الوصول إلى إنجاز تام للبناء، بالنظر إلى ما تم الاتفاق عليه عند إبرام الصفقة⁽¹³⁾. وكذلك الهدف من ضمان تمام الإنجاز هو محو عيوب البناء التي تتكشف أثناء الاستلام أو بعده بقليل⁽¹⁴⁾. وكذلك يهدف المشرع الفرنسي من اقرار ضمان تمام الانجاز هو لإصلاح كل خلل يوجد في العقار المشيد مهما كان قدره من الجسامة او الضآلة، وسواء ظهر هذا الخلل عند التسليم، او يظهر خلال السنة التالية له، وتخفيفاً على رب العمل في الرجوع بهذا الضمان وخص المشرع المقاول دون غيره بالخضوع لهذا الضمان⁽¹⁵⁾. كما يهدف المشرع الفرنسي من تقنين ضمان تمام الانجاز ومن جعله اجبارياً، حتى بالنسبة للمقاولات التي لا تتضمن الاتفاق عليه، وتشديد مسؤولية المقاولين من ناحية وخفض تكلفة التأمين من المسؤولية العشرية من ناحية اخرى⁽¹⁶⁾. وكذلك الهدف من هذا الضمان هو لحماية صاحب البناء (رب العمل) او من آلت اليه ملكيته⁽¹⁷⁾.

ثالثاً- ظهور ضمان تمام الانجاز

اعتمد هذا الضمان في عهد سابق في فرنسا تحت تسمية سنة الضمان l'année de la garantie⁽¹⁸⁾، وتحديداً في التعليمية الوزارية رقم P03-001 لسنة 1948 المتعلقة بتنظيم العقود النموذجية⁽¹⁹⁾، حيث جاء في نص المادة 545.1 من هذه التعليمية أن على كل مقاول أن يلتزم في خلال سنة الضمان وعلى حسابه بإصلاح العيوب التي قد تظهر أو قد تُعان بالاستعمال، حتى تلك العيوب المتعلقة بالأعمال الصغيرة. وقد كانت مرحلة التسليم في هذه الفترة تمر في فرنسا بمرحلتين التسليم المؤقت والنهائي أين يلتزم المقاول بتنفيذ الأشغال التي تسمح برفع التحفظات المعينة من طرف رب العمل وكذلك إصلاح العيوب الملاحظة من طرفه إلى حين التسلم النهائي، والمدة الفاصلة بينهما هي سنة. واستمر العمل بهذا الضمان حتى بعد تراجع المشرع الفرنسي عن ازدواجية التسليم في تعديل 1978، وتحديداً في المادة 6/1792 منه تحت تسمية فترة الضمان Période de garantie ثم اصبحت La garantie de parachèvement⁽²⁰⁾. ولقد استوحى واضعوا قانون 4 يناير سنة 1978، فكرة ضمان تمام الانجاز هذه من اللوائح المنظمة لمهنة مقاولي المباني، التي جرى عليها العمل في فرنسا في العقود النموذجية للقانون الخاص. فقد كان من الممكن الزام المقاول، في الماضي، بمثل هذا الضمان، ولكن على شرط النص في العقد على العمل بمقتضى احد العقود النموذجية المشار اليها. اما الان، بعد نفاذ القانون الجديد، في اول يناير 1979، فأن ضمان تمام الانجاز يدخل ضمن قواعد المسؤولية او الضمان الخاص للمعماريين، ومن ثم يعتبر ضماناً اجبارياً قانونياً، يلتزم به كل مقاول، بقطع النظر عن وجود او عدم وجود اتفاق على ذلك⁽²¹⁾. واذا كان هذا الضمان مستحدثاً تشريعياً، الا انه كان موجوداً اصلاً بنفس المدة على الساحة العملية، يأتيه الافراد في معاملتهم طواعية واختياراً، دون اجبار او الزام بنص من القانون⁽²²⁾. وبناء عليه فأن ما فعله قانون 4 يناير سنة 1978 بالنسبة

له، بعد ان استلهم احكامه من الواقع العملي ان اطلق عليه تسميته *la garantie de parfait achèvement* واسبغ على قواعده الصفة الآمرة⁽²³⁾.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لضمان تمام الانجاز

يكاد يجمع الفقه الفرنسي على شدة غموض الطبيعة القانونية لضمان تمام الانجاز⁽²⁴⁾ إلا أن الفقه الغالب يرى بأنه ضمان موضوعي بحت، يعبر عن التزام بنتيجة⁽²⁵⁾. ويستند أنصار هذا الاتجاه في تبرير رأيهم إلى الحجج الآتية:

اولاً- عدم إشارة المشرع في المادة 6/1792-2 من القانون المدني الفرنسي إلى فكرة الخطأ أو المسؤولية وحتى المفترضة منها⁽²⁶⁾. وهذا ما ينطبق أيضاً على نص المادة (3/26) والمادة (44) من قانون 11-04 التي نصت على التزام المرقي العقاري (البائع) بإصلاح ما قد يظهر في البناء من عيوب خلال أجل سنة واحدة دون أي إشارة إلى ما يفيد أنه ضمان مبني على فكرة الخطأ الثابت أو حتى المفترض.

ثانياً- إن هذا الضمان يندرج في نطاق الالتزام التعاقدية المحدد أي الالتزام بنتيجة والقول بغير ذلك يجعل الضمان غير ذي معنى⁽²⁷⁾. حيث نجد أن الملتزم بضمان تمام الإنجاز هو المرقي العقاري في القانون الجزائري، أما القانون الفرنسي فقد الزم المقاول المعني بهذا الضمان، والحكمة من الزام القانون الجزائري للمرقي العقاري دون المقاول هو للتسهيل على المقتني (المشتري) الاستفادة من هذا الضمان، كون أن عقد البيع على التصاميم يربطه بالمرقي العقاري لا بالمقاول، ويستفيد من هذا الضمان المقتني (المشتري) والمالكون المتوالون على البناية⁽²⁸⁾. وعلى ذلك، يلتزم المقاول وفقاً لهذا الضمان بإصلاح خلل البناء الذي يظهر خلال أجل سنة من الاستلام دون حاجة لإثبات رب العمل لأي أمر آخر سوى وجود خلل في البناء⁽²⁹⁾، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد استحدث بالمادة (6/1792) من القانون المدني حالة جديدة من حالات الضمان على حد تعبير جانب من الفقه المصري. ومن ثم، فإن ظهور العيب يعد قرينة قاطعة على خطأ المقاول، إذ لا يعفى هذا الأخير من الضمان إلا بإثبات خطأ رب العمل كإساءة استعماله للبناء مثلاً، كما يجب أن نقرر نفس الحل بالنسبة لفعل الغير أو الحادث الطبيعي متى كانا يشكلان حالة قوة قاهرة⁽³⁰⁾. وفي هذا الصدد يتساءل بعض الشراح عما إذا كان هذا النوع من الضمان يمتد ليشمل عدم مطابقة بعض الأعمال للمواصفات المتفق عليها، والتي يرون أن نص المادة السابقة لم يشير إليها صراحة. وهو تساؤل مفهوم في حقيقة الأمر، لأن نص المادة السابقة قد استخدم في تحديده لما يدخل في إطار هذا الضمان مصطلح *désordres*، وهو في الواقع أضيق نطاقاً من لفظ العيب في العربية، حيث يقترب أكثر من معنى الخلل الذي يقع في إنشاء الأعمال ويرون أن عدم المطابقة هذه، تدخل في إطار هذا الضمان طالما كانت غير ظاهرة عند تسليم الأعمال، وإلا افترض في رب العمل أنه قد تنازل عنها⁽³¹⁾.

وبالرغم من أن ضمان تمام الإنجاز لا يتقرر إلا بعد عملية التسليم، إلا أنه يجب اعتبار هذا الضمان كامتداد للمسؤولية العقدية وذلك بضمان أو التأكد من أن العمل أنجز طبقاً لمواصفات العقد وأصول فن البناء، والدليل على ذلك أن دفا تر الشروط تدرج هذا الضمان تحت مصطلح "الضمان التعاقدية" ويجب التفرقة في هذا المجال بين المسؤولية العقدية المرتبطة بضمان تمام الإنجاز والمسؤولية العقدية المتعلقة بالتحفظات، فقد تجمع المسؤوليتين معاً في حالة التعويض عن العيوب التي يكشفها رب العمل سواء في محضر التسليم عن طريق التحفظات أو بعد عملية التسليم، وأغلب العيوب التي يتضمنها محضر التسليم تعوض في إطار ضمان تمام الإنجاز، أما العيوب الجديدة أي التي لم تكن محلاً لتحفظات رب العمل وإنما اكتشفت بعد التسليم فهذه لا تدخل إلا في إطار ضمان تمام الإنجاز⁽³²⁾.

ومن جهة أخرى لا يكفي الأجل المحدد في ضمان تمام الإنجاز لإصلاح العيوب المتحفظ بشأنها لذلك يجب تمديد المسؤولية العقدية عن طريق إكمال المسؤولية العقدية المتعلقة بالتحفظات لأنه لا يفترض فيها أجل محدد⁽³³⁾.

هذا هو ما عليه اجماع الشرح الفرنسيين، على الرغم من انهم يرونه على خلاف القياس عندهم، ذلك انهم يرون ان مقتضى قولهم بأن المشرع الفرنسي انما قرر بهذه الاحكام ضماناً موضوعياً انما هو عدم استطاعة المقاول التخلص منه، حتى ولو اثبت ان سبباً اجنبياً قد احدث هذه الخلل او العيوب⁽³⁴⁾. وفي الجزائر، فإن هناك ضماناً مماثلاً من الناحية العملية تواتر استعماله في عقود مقاولات المباني، حيث تم الاتفاق بين رب العمل والمقاول على اقتطاع نسبة (5%) من المشروع على سبيل الضمان بحيث تبقى المبالغ المخصصة في يد رب العمل مدة سنة كاملة من تاريخ التسليم تحسباً لظهور أي خلل في البناء. وقد تم تقنين هذا العرف المهني فيما بعد في المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 وقد عدل قانون الصفقات العمومية بالمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 27 جويلية 2005⁽³⁵⁾.

ويغض النظر عن حقيقة طبيعة ضمان تمام الانجاز، فإن الغرض من استحداثه هو تمكين رب العمل من الحصول في أجل سنة من الاستلام على منشأة مطابقة وتامة على النحو الذي تم استلامها عليه أو على الحال الذي من المفروض أن تكون عليه في ذلك الوقت، إنه يتعلق إذن بضمان شبه الإنجاز موجه لأجل محو التحفظات المعلن عنها أثناء الاستلام، وعلاج النقائص التي ستظهر خلال السنة التالية وهذا ما أدى بجانب من الفقه إلى تحليله إلى تعويض عيني للأضرار الظاهرة أو التي ستظهر سريعاً⁽³⁶⁾. وإن ضمان تمام الإنجاز هو في الأصل التزام قانوني يلقي على عاتق المقاول المعني في القانون الفرنسي، كما ذكر سابقاً، حيث يلزمه القانون تطبيقاً لهذا الالتزام بإصلاح كل خلل يحدث في العقار المشيد، بشرط أن يُشار إلى ذلك في محضر التسليم، أو أن يُبلغ به رب العمل المقاول المعني، ويعد هذا الضمان من النظام العام ذو طابع إلزامي بحيث لا يجوز الاتفاق على تخفيف أحكامه، سواء باستبعاده أو بحصر التضامن فيه، فأحكام هذا الضمان من النظام العام، وهو ما تقضي به المادة (45) من القانون رقم 04/11 حيث تنص على انه ((يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في احكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد او بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرفقي العقاري))⁽³⁷⁾.

المبحث الثاني

احكام ضمان تمام الانجاز

لعدم تنظيم المشرع العراقي والمصري لضمان تمام الانجاز او الضمان السنوي فهما لم يتطرقا الى دراسة نطاق تطبيق احكام هذا الضمان ولكون المشرع الفرنسي والجزائري قد نظما هذا النوع من الضمان الأمر الذي يستلزم الرجوع اليهما . ولأجل هذه الدراسة، يقتضي التعرض إلى نطاق ضمان تمام الانجاز ونظامه القانوني (المطلب الاول) وبيان موضوع ضمان تمام الانجاز (المطلب الثاني).

المطلب الاول

نطاق ضمان تمام الانجاز ونظامه القانوني

ان المشرع الجزائري قد سكت عن تحديد النطاق الموضوعي لضمان تمام الانجاز في حين حدد نطاقه الشخصي، كما لم يحدد له نظاماً قانونياً خاصاً. وسنتناول بيان هذه العناصر على ضوء القانون رقم 04-11، أما ما غاب فيه التنظيم، فسنتناوله على ضوء القانون الفرنسي تحديداً كونه الأصل في ظهور هذا الضمان. لذلك سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق لنطاق ضمان تمام الانجاز (اولاً) وبيان نظامه القانوني (ثانياً).

اولاً- نطاق ضمان تمام الانجاز

سنتناوله من خلال النطاقين الشخصي والموضوعي:

1- النطاق الشخصي لضمان تمام الانجاز

يقوم ضمان تمام الانجاز بين طرفين هما الدائن والمدين، فيما يلي بيانها:

أ- المدين او المسؤول بأحكام ضمان تمام الانجاز

تقرر احكام المادة (3/26) من القانون رقم 11-04 صراحة⁽³⁸⁾ ، على أن المرقي العقاري (البائع) هو المدين بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، دون غيره من المتدخلين في عملية البناء، الأمر الذي نفسره بكون المرقي العقاري (البائع) هو المتعامل المباشر مع المقتني بعكس المقاول، الذي يبقى غريباً عن عقد البيع على التصاميم، ولولا ذلك للقي المقتني المتضرر صعوبة في تحديد المسؤول عن التعويض. أما بالنسبة لضمان حسن سير عناصر التجهيزات، فقد ورد في القانون رقم 11-04 في الفصل الثاني المتعلق بالتزامات المرقي العقاري (البائع)، ومنه وقوع هذا الضمان على عاتقه.

أما في فرنسا، فيختلف الوضع حول النطاق الشخصي للضمان، فإذا كانا بصدد ضمان تمام الانجاز او الضمان السنوي، أسست مسؤولية المرقي العقاري (البائع) في مواجهة المقتني على أساس المواد (1/1642 و 1/1648) من القانون المدني الفرنسي المتعلقة ببيع العقار في طور الإنجاز وعلى أساس المادة (1792) المتعلقة بالمسؤولية العشرية وما بعدها بالنسبة لمسؤولية المقاول، ذلك أن الضمان السنوي في عقود البيع الآجل والمستقبلي في فرنسا ملزم للباقي، في حين تقتصر في عقد المقاولة (أجرة العمل) على المقاول دون غيره من المتدخلين وفقاً لنص المادة (1792-2/6)⁽³⁹⁾ وأن المقاول الفرعي يخضع في القانون الفرنسي لهذا الضمان كمدین به في مواجهة رب العمل، إذا ما ثبتت مسؤوليته عن الأضرار اللاحقة بالمنشأة بعكس الضمان العشري⁽⁴⁰⁾. ولم يخضع المشرع الفرنسي لأحكام ضمان تمام الانجاز هذا كل المعمارين، او مؤجري العمل، وانما قصره فقط على المقاول⁽⁴¹⁾ او المقاول المعني بالأمر⁽⁴²⁾ دون غيره من المعمارين⁽⁴³⁾. أما إن كان موضوع ضمان حسن سير عناصر التجهيز، فينطبق عليها نفس النطاق الشخصي للضمان العشري. والملاحظ من خلال نصوص القانون 11-04 وبالمقارنة مع ما جاء به المشرع الفرنسي، أن المشرع الجزائري قصر هذا الضمان على المرقي العقاري (البائع) كمدین به دون المقاول .

ب- الدائن او المستفيد بأحكام ضمان تمام الانجاز

المستفيد من أحكام ضمان تمام الانجاز، هو المقتني (المشتري) بإحدى صيغ البيع المحددة في المواد 25،26،27،28 من القانون رقم 11-04، أي المشتري للعقار المبني، أو مقرر إنجازه أو في طور الإنجاز. وان موقع المرقي العقاري كمستفيد منه، وذلك ان اعتماد ما جاء به المشرع في القانون رقم 11-04، يقود إلى تأسيس هذا الضمان على عقد البيع لا على عقد المقاولة. فمن جهة نرى إجحاف المشرع في حق المرقي العقاري (البائع)، ومن جهة أخرى نؤيد ما ذهب إليه المشرع من تحميل المرقي العقاري (البائع) بهذا الضمان، لأنه قرر حماية مضاعفة للمقتني، وذلك لأنه في حالة تعدد المقاولين، يصعب تحديد المسؤول المباشر عن سوء التنفيذ بين المقاولين والمقاولين الفرعيين⁽⁴⁴⁾. وعليه يمكن تفسير نص المادة (26) من القانون رقم 11-04 من الناحية التطبيقية الى حين تنظيم علاقة المرقي العقاري بالمقاول بنص خاص، على أنه، إذا ما عابن المقتني (المشتري) أثناء الاستلام أو في حدود السنة الموالية له ظهور خلل أو عيب مما لا يدخل في نطاق الضمان العشري، فله الرجوع على المرقي العقاري لإصلاحها، وهذا الأخير الذي له الرجوع على المقاول بالحلول محل المقتني (المشتري) في حقه بإصلاح عيوب البناء أو الخلل الحاصل في عناصر التجهيزات أو أن يضمن العقد (عقد المقاولة) مدة ضمان خاصة، مفادها الاستلام المؤقت المقنن في القانون رقم 11-04 على ان يشمل مدة الضمان المقررة للمقتني. وقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي مستنداً الى الاختلاف في الصياغة بين كل من الفقرة الاولى من المادة (1792) والفقرتين الثانية والثالثة من المادة (1792-6) من القانون المدني الفرنسي الى ان الدائن او المستفيد بأحكام ضمان تمام الانجاز، هو فقط رب العمل دون غيره⁽⁴⁵⁾. وذلك بالمقابلة للمقاول كطرف مدين، دون غيره بأحكام هذا الضمان. وان المشرع الفرنسي القائل بهذا الرأي لم يرد ان يجعل من متلقي ملكية العقار المشيد عن رب العمل اياً كان سبب تلقيه لها مستفيداً من احكام ضمان تمام الانجاز، كما فعل بالنسبة له في المادة (1792) بمناسبة الضمان او المسؤولية العشرية، واقتصر على ذكر رب العمل وحده⁽⁴⁶⁾، وهذا ما نصت عليه المادة (1792-3/6) على ان ((المهل اللازمة لتنفيذ عمليات الاصلاح تحدد بالاتفاق المشترك بين رب العمل والمقاول المعني))⁽⁴⁷⁾.

2- النطاق الموضوعي لضمان تمام الانجاز

سكت المشرع عن بيان الأعمال، الأضرار أو العيوب التي تكون محلاً لضمان تمام الانجاز، عكس ما جاء به في تحديد النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية والسكوت في معرض الحاجة بيان. ومنه، ضمان تمام الانجاز يشمل المبنى المشيد في مجموعه⁽⁴⁸⁾ خارج نطاق المسؤولية العشرية. أي أن كل عيب لا يؤدي إلى ازالة البناية أو جزء من البناية يدخل ضمن ضمان تمام الانجاز . ويشمل هذا الضمان عموماً، جميع العيوب المعاينة عند الاستلام، وكذلك تلك الطارئة في السنة الموالية له، وهو ما يفهم من خلال نص المادة (3/26) من القانون رقم 11-04، ورجوعاً إلى المشرع الفرنسي، نجد لم يحدد بدوره العيوب بدقة، ولكن اصطلح عليها تسمية Désordres للدلالة عليها، التي تعني "عدم التنظيم أو عدم التنسيق والترتيب"⁽⁴⁹⁾، أي أنه يعبر عن مظهر ودليل الضرر مستقلاً عن سببه في حين أن مصطلح Vices يضاف على الخطأ الإنساني أو الغلط، وهو سبب الضرر ومصدره. أي أن العبارة الأولى لا تبحث في سبب الضرر، في حين تنسب العبارة الثانية الضرر إلى العمد أو الخطأ البشري.

وعلى هذا الأساس، يكفي لإعمال ضمان تمام الانجاز مظهر الضرر، وهو الخلل بغض النظر عن سببه، أي دون البحث عن مسؤولية المدين بالضمان. ويرد الفقه الفرنسي سبب هذا الضمان لا إلى العيوب ولكن إلى عدم المطابقة.

ويعتبر رأي في الفقه الفرنسي بأن الخلل يختلف عن الضرر لأنه يغطي كذلك نقائص المطابقة، كما لا يشترط في الخلل حتى يشمل الضمان أن يكون على قدر كبير من الخطورة⁽⁵⁰⁾، وإن الفرق بين عدم المطابقة والعيوب، ذلك أن المطابقة مرتبطة في الالتزام بالتسليم في حين يقابل العيب الالتزام بالضمان. فالأول خاضع للقواعد العامة، في حين أن الثاني خاضع للقواعد الخاصة.

وقد أخرج المشرع الفرنسي العيوب الناتجة عن سوء استعمال رب العمل للمنشأة وألقى عبء الإثبات فيها على المقاول، الذي متى أثبت أن العيب ناتج عن سوء استعمال رب العمل للمنشأة، تخلص من الضمان⁽⁵¹⁾. أي يخرج من اطار ضمان تمام الانجاز الاعمال اللازمة لإصلاح ما يترتب على قدم الاعمال او استهلاكها العادي او على استخدام البناء، من آثار. واساس هذا الاستبعاد انه، بالتسليم اصبح البناء تحت حراسة صاحبه، الذي يكون مسؤولاً عن صيانتها، ما دام ان من حقه استخدامه منذ ان وضع يده عليه⁽⁵²⁾. وهذا ما نصت عليه المادة (6/1792) في فقرتها الاخيرة صراحة، على ان ضمان تمام الانجاز لا يشمل ((الاعمال اللازمة لمعالجة الاثار المترتبة على الاستهلاك او الاستعمال العادي))⁽⁵³⁾. أما عن ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، فمن المفروض أن اسمها دال على نطاقها، وهو عناصر تجهيز البناية.

غير أن السؤال المطروح هو، ما المقصود بعناصر التجهيزات المشمولة بضمان تمام الانجاز (الضمان السنوي)؟ ذلك ان نص المادة (181) من الامر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، يعتبر بأن عناصر التجهيز تدخل في نطاق المسؤولية العشرية، رغم أن القانون رقم 11-04 لم يتناولها صراحة ضمن نطاقها.

إجابة على هذا السؤال، يجب الفصل بين عناصر التجهيز غير القابلة للانفصال وتلك القابلة للانفصال. فإن كنا بصدد الأولى خرجنا من ضمان تمام الانجاز (الضمان السنوي)، أما إذا كنا بصدد الثانية، فتدخل في نطاقه. ومثاله، الأدوات الميكانيكية والكهربائية الملحقة بالعقار والأبواب والشبابيك والأحواض والقواطع والفواصل..... إلخ، وهو ما اعتمده القضاء الفرنسي للتفريق بين عناصر التجهيزات المشمولة بالضمان العشري عن غيرها من العناصر التجهيزية للعقار. كما يجب أن يتصل العنصر التجهيزي بالمبنى ذاته، أي بعناصر تجهيز البناية لا بملحقاتها من المنشآت الثابتة الأخرى⁽⁵⁴⁾. أما عن السبب الموجب للضمان، فهو عدم أداء العنصر التجهيزي لوظيفته بكفاءة. علماً أن ضمان حسن سير عناصر التجهيز ثنائي في فرنسا وليس سنوياً.

ثانيا- النظام القانوني لضمان تمام الانجاز

لا بد لقيام ضمان تمام الانجاز توافر بعض الشروط ، فلا بد من الإعلان عن العيب في السنة الموالية للاستلام، وإن كانت عيوباً ظاهرة، فلا بد من تضمينها في محضر الاستلام واثبات الضرر. وفي ما يلي بيان هذه الشروط :

1- مدة ضمان تمام الانجاز

مدة ضمان تمام الانجاز هي سنة من تاريخ استلام المقتني (المشتري) للملك العقاري، له أن يستخدم فيها العقار، ويتأكد من تمام الإنجاز وحسن سير عناصره التجهيزية. والملاحظ من خلال نص المادة (3/26) من القانون رقم 04-11، هو ان مدة الضمان هي نفسها مدة الدعوى بعكس المسؤولية العشرية، التي يمنح بموجبها المشرع مدة ثلاث سنوات لرفع الدعوى. كما أنه ترك تحديد أجل إصلاح العيوب المعايينة لاتفاق الأطراف. ثم لم يحدد ميعاد رفع الدعوى حالة عدم القيام بالإصلاحات اللازمة، ما يفهم منه أن مدة الضمان هي سنة، يجب أن ترفع الدعوى خلالها⁽⁵⁵⁾. فما هو مصير العيوب التي تكتشف في آخر يوم من الضمان؟ ومنه نرى وجوب فصل مدة الضمان عن آجال الدعوى، كما هو الحال في المسؤولية العشرية لضمان تحقيق الحماية المنشودة من سن أحكام هذا الضمان. وطبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة (1792-6) من القانون المدني الفرنسي، تكون مدة ضمان تمام الانجاز سنة كاملة تحسب اعتباراً من تاريخ تسلم الاعمال مقبولة من رب العمل⁽⁵⁶⁾. ومدة السنة التي نص عليها المشرع الفرنسي كمدة لضمان تمام الانجاز، تبدأ في السريان كغيرها من مدد الضمانات الاخرى اعتباراً من تاريخ تسلم العمل، ومدة الضمان هي نفسها مدة الدعوى وتسري اعتبار من تاريخ سريانها⁽⁵⁷⁾. ويتضح من صياغة الفقرة الثانية من المادة (1792-6) سابقة الاشارة ان المشرع الفرنسي قد انشأ حالة جديدة من حالات الضمان، الذي يكون المفاوض مسؤولاً بموجبه، وبطريقة شبه تلقائية، عن اي خلل يحدث في البناء خلال مهلة سنة من تسليمه⁽⁵⁸⁾. بحيث يكون لرب العمل الحق في المطالبة بإصلاح هذا الخلل او بالتعويض عنه، دون ما حاجة لأثبات اي امر اخر غير وجود هذا الخلل⁽⁵⁹⁾.

2- وجوب تضمين العيوب الظاهرة في محضر الاستلام

لم ينظم المشرع الجزائري ضمان تمام الانجاز، واكتفى بالإشارة في المادة (44) من القانون رقم 04-11 الى وجوب تحديد مدة إصلاح العيوب في عقد البيع المبرم بين المرقي العقاري والمقتني⁽⁶⁰⁾. في حين ألزم المشرع الفرنسي وجوب تضمين محضر الاستلام لعيوب المطابقة المعايينة عند الاستلام (العيوب الظاهرة)، تحت طائلة عدم إخضاعها لأحكام ضمان تمام الانجاز (الضمان السنوي)، ذلك أن عدم كتابتها في هذا المحضر يعد تنازلاً ضمناً عنها، وبالتالي إخلاء مسؤولية المفاوض أو المرقي العقاري (البائع) منها. وقد نصت على ذلك صراحة المادة (1792-2/6) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها بأن ضمان تمام الانجاز الذي يلتزم به المفاوض في اجل سنة المحسوبة من الاستلام يجب أن تسجل في محضر التسليم، إذا عوينت إثناءه وأن تبلغ للمفاوض⁽⁶¹⁾. أي أنه حالة معايينة العيب أثناء الاستلام، يحرر محضر بذلك، وحالة المعايينة اللاحقة له على الاستلام، يبلغ المفاوض من طرف رب العمل بموجب رسالة مضمنة بوصول الاستلام. فالكتابة أو العلم الصريح بالعيوب شرط أساسي عند المشرع الفرنسي للاستفادة من ضمان تمام الانجاز (الضمان السنوي). وقد وضع المشرع الفرنسي تنظيمياً خاصاً للعيوب الظاهرة في عقد تملك العقار تحت الانشاء. وفي هذا الصدد تنص المادة (1/1642) من القانون المدني على ان ((بائع العقار تحت الانشاء لا يمكن اعفائه، لا قبل تسلم الاعمال، ولا قبل مضي مدة شهر من وضع يد المكتسب، من عيوب وضع يده التي تكون ظاهرة حينئذ)) . وهذا ما يتضح منه ان المتعاقد المملك يكون ضامناً لعيوب العقار المملك التي تكون ظاهرة. عند تسلمه للعقار المملك او دخوله في حيازته ولا يمكن اعفائه من هذا الضمان الا بعد تسلم المتعاقد المملك للمعقود عليه (بمعنى تقبله له) او بعد مضي شهر على حيازته له⁽⁶²⁾. والسؤال المطروح، هو ما مدى قابلية مدة ضمان تمام الانجاز (الضمان السنوي) للقطع من عدمه، كحالة الإجراءات القضائية المتخذة لإعمالها في مواجهة المدين بها حالة توفر شروطها؟ الأصل، أن الدعوى القضائية تقطع التقادم، ومنه يفتح أجل جديد من تاريخها. وفي حالة انقطاع التقادم، يفتح أمام المستفيد منه تقادم جديد مدته كالأول، كما ينقطع بإقرار المدين بحق الدائن في الحق

المطالب به. إسقاطاً لذلك على مدة دعوى ضمان تمام الانجاز (الضمان السنوي)، في حالة ظهور عيب وبلغ به المرقى العقاري، انقطع أجل التقادم من تاريخ هذا التبليغ، فإذا أقر وقام بالإصلاح فلا إشكال، أما إذا تعسف أو تقاعس عن إصلاح العيب، يرفع المقتني (المشتري) دعوى قضائية، وبذلك ينقطع التقادم من تاريخ رفعها. وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادتين (2240-2241) من القانون المدني الفرنسي الجديد. كما أن انقضاء مدة الضمان، لا يعني سقوط الحق في المطالبة بالإصلاح أو التعويض، لأن مدة التقادم في القواعد العامة تفتح أمام الدائن للمطالبة بحقوقه.

3- اثبات الضرر

يتوجب على المقتني (المشتري) إثبات عدم إتمام الإنجاز، وله استخدام كافة الوسائل في ذلك كونها واقعة مادية قابلة للأثبات بكافة الطرق، أفضلها هو الطريق القانوني بإجراء معاينة من طرف محضر قضائي، الذي يحرر العيوب المعاينة في محضر رسمي يبلغ إلى المرقى العقاري (البائع)، الذي يتوجب عليه السعي لإصلاح تلك العيوب في الوقت المتفق عليه. وإن نطاق ضمان تمام الانجاز يتسع لجميع صور العيوب والاضرار، والخلل، التي يمكن ان يشكو منها رب العمل، والتي يتم اخطار المقاول بها في خلال السنة التالية على التقبّل. ولكن اشترط لخضوع الخلل المدعى به في العمل للضمان، ان يتم اخطار المقاول به وفقاً للقواعد المنصوص عليها فيه⁽⁶³⁾. ويقع على المرقى العقاري إثبات السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية، ذلك لأنه لا يكفي للمرقى العقاري أن ينفي الخطأ عن نفسه، لأن قرينة الضمان قاطعة وقائمة بمجرد إثبات المقتني (المشتري) لعدم سير عنصر التجهيز بكفاءة أو عدم إتمام الأشغال⁽⁶⁴⁾. أما عن التعويض، فإنه من جنس العمل، فهو عيني يتمثل في إصلاح العيب المعين. وحالة تعنت المرقى العقاري (البائع)، للمقتني اللجوء إلى القواعد العامة لتنفيذ الإصلاحات على حساب المرقى العقاري (البائع). وما يلاحظ، هو أن المشرع عند اصطلاحه على هذا الضمان بالإنتهاء الكامل لأشغال الانجاز، قصد بذلك حسن الانجاز، وعليه كان الأجدر اعتماد عبارة الإنتهاء الجيد لأشغال الانجاز، أو ضمان تمام الانجاز مباشرة⁽⁶⁵⁾. ذلك أن النص باللغة الفرنسية جاء أكثر دلالة على قصد المشرع، فحسن الانجاز يقابله parfait achèvement في حين يقابل الإنتهاء الكامل للأشغال complet achèvement، فالأول يذهب إلى المعنى النوعي، في حين يدور الثاني حول المعنى الكمي.

المطلب الثاني

موضوع ضمان تمام الانجاز

إن ضمان تمام الإنجاز يرمي إلى علاج مشكل النزاعات الدائمة التي تنشأ بعد انجاز الأشغال بين رب العمل الذي يطالب بالتحسينات والإصلاحات والمقاول الذي يعتبر عمله منتهياً. ولكن هل يشمل هذا الضمان، كل العيوب التي تظهر في المنشأة؟ يمكن تحديد الأضرار بمعنى النقائص أو العيوب التي تثير تطبيق ضمان تمام الإنجاز، وعليه، يمتد ضمان تمام الإنجاز إلى عيوب البناء (أولاً) وحسن سير عناصر تجهيز البناية (ثانياً)، ولكن هل يشمل هذا الضمان عيوب المطابقة (ثالثاً).

أولاً- عيوب البناء

يمكن تحديد المقصود بعيوب البناء بأنها تلك النقائص التي تلحق البناء نتيجة الأخطاء التي تصاحب عادة عملية تنفيذ أشغال إنجازه، سواء كان ذلك راجعاً إلى عدم مراعاة المواصفات التعاقدية أو الأصول الفنية لمهنة البناء أو القوانين واللوائح التي تنظم عمليات تنفيذ أشغال البناء. وليس ثمة فارق في المعنى بين العيبين الظاهر والخفي فالعيب عموماً هو ما ينقص من ثمن الشيء عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال العيب عدمه⁽⁶⁶⁾، غير أن العيب قد يكون ظاهراً عند شخص وخفياً عند آخر والمعياري في ذلك معيار موضوعي يقوم على ما يبذله الشخص المعتاد من عناية لا معيار شخصي يقوم على ما يحوزه الشخص من معلومات خاصة وصفات تؤهله لكشف العيب⁽⁶⁷⁾، فالعيب يكون ظاهراً إذا كان المشتري يعرفه أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه بذل في فحص المبيع العناية المطلوبة من الرجل المعتاد⁽⁶⁸⁾. وعليه فهو يأخذ بالمعيار الشخصي المتمثل في

عناية الرجل العادي، وهو شخص من أوساط الناس ليس أكثرهم حرصاً وليس أقلهم إهمالاً، إلا أن المشتري جاهل للنواحي الفنية، مما قد يجعل العيب خفياً بالنسبة له حسب حدود مهارته ومعلوماته العادية، وعليه فإن كان يستطيع اكتشاف العيب أعتبر عيباً ظاهراً أما إن لم يستطع فيعتبر عيباً خفياً، أما التشريع الفرنسي يعتبر العيب الظاهر كل عيوب البناء التي يسهل على المشتري اكتشافها⁽⁶⁹⁾. بيد أنه يلاحظ أن هناك اتجاهًا يميل إلى التشديد في تقدير الصفة الظاهرة للعيب فأي إمكانية لكشف العيب تكفي للقول بظهوره حتى لو لم يكن الشخص المعتاد يحوز هذه الإمكانية فيجب وفقاً لذلك زيادة العناية الواجبة في فحص المبيع عن عناية الشخص المعتاد لتصل إلى عناية الشخص المتخصص مالك الخبرة، فالعيب لا يكون خفياً إلا إذا فات على هذا الشخص اكتشافه⁽⁷⁰⁾.

وعلى ذلك، يجب عدم الخلط بين عيوب البناء بمعنى النقائص أو العيوب في البناء. وعليه، فعيوب البناء حسب المادة (44) من القانون رقم 11-04 لسنة 2011 هي النتيجة المادية المترتبة على الخطأ التشييدي سواء كان صادراً من المهندس المعماري أو المقاول. حيث أن ضمان تمام الإنجاز، لا يشمل سوى العيوب الظاهرة أثناء الاستلام أو تلك العيوب التي تظهر خلال السنة الموالية له⁽⁷¹⁾، وقد كان المرسوم التشريعي رقم 93-03 يشير صراحة إلى العيوب الظاهرة في المادة (15) منه⁽⁷²⁾، غير أن هذه العبارة لم تكن مصحوبة بكلمة "البناء"، كما أنه لم يوضح وقت ظهور تلك العيوب، هل هو وقت حصول الاستلام أم بعده. ويشترط في العيوب الظاهرة حتى يشملها ضمان تمام الإنجاز، أن يتم التحفظ عليها من طرف رب العمل أثناء الاستلام، وهو ما يعني أن العيوب الظاهرة غير المتحفظ عليها لا يشملها هذا الضمان، إذ أنها تمحى وتزال بمجرد الاستلام⁽⁷³⁾.

ولما كان استلام الأشغال يتم بين رب العمل (المركبي العقاري) من ناحية، والمقاول من ناحية ثانية، وليس بين هذا الأخير والمقنتي (المشتري) الذي يعتبر بالنسبة له من الغير، الأمر الذي جعل المشرع يتكلم في المادة (44) من القانون رقم 11-04 لسنة 2011 عن ضمان عيوب البناء بشكل عام، دون تمييز بين الظاهرة منها والخفية. وإن المشرع الفرنسي لم يترك ضمان بائع عقار تحت الإنشاء للعيوب الظاهرة لحكم القواعد العامة، بل نظم هذا الضمان بأحكام خاصة وهذا ما نصت عليه المادة (1/1642) من القانون المدني الفرنسي على أن ((البائع لعقار تحت الإنشاء لا يستطيع ان يتخلص، قبل قبول الاعمال، او قبل انقضاء مدة شهر من شغلها بواسطة المكتسب، من ضمان عيوب البناء الظاهرة حينئذ)) . وبذلك يلتزم البائع من حيث المبدأ، بضمان العيوب الظاهرة⁽⁷⁴⁾. أما العيوب أو النقائص محل التحفظات يتم إصلاحها في القانون الفرنسي وفقاً لضمان تمام الإنجاز، أما في القانون المدني العراقي والمصري، فإن المقاول يكون مسؤولاً عنها وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية التعاقدية طالما أن الاستلام النهائي لم يحصل بعد، ونفس الحكم يطبق في عقد الأشغال العامة للبناء، نظراً لعدم وجود نص ينظم مثل هذا الضمان الخاص⁽⁷⁵⁾. وأن هذه النقائص لا تستثير الضمان العشري، الذي يشترط لانطباقه استلام المنشأة بصفة نهائية⁽⁷⁶⁾. وعليه، فإن ضمان تمام الإنجاز المنصوص عليه بالمادة (3/26) والمادة (44) من القانون رقم 11-04 لسنة 2011، لا يشمل سوى العيوب التي تلحق البناء خلال السنة التالية للاستلام، ويشترط ان يقوم رب العمل بأخطار المقاول المسؤول به كتابة في اثناء هذه المدة ذاتها، أي خلال مدة سنة من تاريخ التقبل⁽⁷⁷⁾. كما أنه لا يشترط في العيب الذي يظهر في البناء حتى يغطيه ضمان تمام الإنجاز أيضاً، أن يكون قد بلغ درجة معينة من الخطورة، كأن يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته مثلاً، بل يكفي فيه أن تخلو منه الفطرة السليمة للشيء وبالأحرى ألا يوجد في شيء مماثل، كما يظهر من النص المذكور.

ثانياً- حسن سير عناصر تجهيز البناية

أن عناصر تجهيز البناية على نوعين، فهي إما أن تكون قابلة للانفصال أو غير قابلة لذلك، وهذه الأخيرة تكون موضوعاً للضمان العشري أي أنها تثير تطبيق هذا الضمان إذا لحقت تلك العناصر عيوباً جسيمة يترتب عليها تهديد صلابتها⁽⁷⁸⁾، أما العناصر الأخرى القابلة للانفصال، فتخرج من نطاق تطبيق الضمان العشري وكذلك من نطاق ضمان تمام الإنجاز. وقد عرف المشرع عناصر تجهيز البناية في المادة (181) من الامر 95-07 المعدل والمتمم، بأنها تلك العناصر المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمنجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكلة والإحاطة والتغطية⁽⁷⁹⁾. ويعتبر كلاً 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⁽⁸⁰⁾. كما عرفت تلك العناصر من خلال تحديد المقصود بالمنشآت الثابتة، بأنها التجهيزات المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمنشآت والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل. وتخضع عناصر تجهيز البناية لضمان إدارة الأملاك المنجزة، وسير عناصر تجهيزها وهو ذلك الضمان الذي مفاده قيام المرقى العقاري (البائع) بتحمل مسؤوليته القانونية في الالتزام بحسن تنظيم وتسيير الأدوات والأجهزة الضرورية في إدارة الأملاك العقارية وتحمل عبئ نفقات ومصاريف صيانة أي عنصر من عناصر تجهيزات تلك الأملاك والمنشآت العقارية⁽⁸¹⁾، لاسيما تغطية الأضرار التي تمس بالعناصر التجهيزية التي تقبل الانفصال عن البناء، بحيث تبقى صالحة للاستعمال لكل شاغلي أو مقتني كل البناية أو أي جزء منها⁽⁸²⁾.

ويختلف هذا الضمان عن الضمانات الأخرى كونه يقتصر فقط على عناصر التجهيز الموجودة بالبناء في حين نجد أن الضمانات الأخرى قد ارتبطت بالبناء ذاته⁽⁸³⁾.

ويشترط في حسن سير عناصر التجهيز أن يكون العيب الذي أصاب عنصر التجهيز قد جعل من المبنى غير صالح للغرض المخصص له، وأن يكون المقاول قد استعمل هذا العنصر قد جعل من المبنى غير صالح للغرض المخصص له، وأن يكون المقاول قد استعمل هذا العنصر في البناء دون تعديل⁽⁸⁴⁾. وإن هذا الضمان لا يغطي العقار بأكمله ولا العيوب والأضرار، وإنما يغطي الأضرار التي تصيب عناصر التجهيز. لذلك فإن نطاق هذا الضمان ضيق بالنسبة إلى ضمان تمام الانجاز والضمان العشري إذ لا يرد إلا على عناصر التجهيز في البناية والتي تتوفر فيها شروط وهي أن يكون عنصراً تجهيزياً وليس عنصراً تكوينياً أو عملاً إنشائياً، وأن يوجد هذا العنصر في البناية وليس في جزء آخر من العقار، وأن يكون قابلاً للفك عن البناية دون تلف ومن أمثلة هذه العناصر الأبواب والشبابيك وتجهيزات البناية⁽⁸⁵⁾.

وبالرجوع إلى المادة (181) من الأمر رقم 95-07 المتضمن قانون التأمين والتي تنص على ان ((يغطي الضمان العشري أيضاً الأضرار المخلّة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزء لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية)) فعبارة جزء لا يتجزأ تشمل العناصر التكوينية التي يغطيها الضمان العشري، أما ما دونها فتمثل العناصر التجهيزية التي تخضع لضمان حسن سير عناصر التجهيز، بمعنى أن هذه الأخيرة هي التي لا تشكل جسماً واحداً مع أحد الأجزاء⁽⁸⁶⁾. ولكن ما هو الصنف الذي يقصده المشرع في المادة (44) من القانون رقم 11-04 هل هي العناصر القابلة للانفصال أم العناصر الأخرى؟

في الواقع، لم يحدد المشرع بوضوح نوع عناصر تجهيز البناية، ولا طبيعة هذه العناصر، ولكن انطلاقاً من عبارة "حسن سير" يمكن القول، بأنها تلك العناصر غير القابلة للانفصال والتي يسأل المقاول والمهندس المعماري عن الأضرار التي تخل بصلايتها وفقاً للضمان العشري عملاً بأحكام المادة (1/181) من الامر رقم 95-07، أما المرقى العقاري (البائع)، فيسأل فقط عن حسن سيرها أو تشغيلها وذلك وفقاً لضمان تمام الانجاز المنصوص عليه في المادة (3/26) والمادة (44) من القانون رقم 11-04⁽⁸⁷⁾، ولكن، هل يقصد بضمان حسن تشغيل هذه العناصر بالنظر إلى تكوينها الفني أم بالنظر إلى تركيبها أي تثبيتها بالبناية؟

لاشك أن الضمان المنصوص عليه بالمادة (3/26) لا يشمل سوى كيفية تركيب العنصر التجهيزي بالبناية وليس تكوينه الفني⁽⁸⁸⁾، كما لو تعلق الأمر بجودته مثلاً لأنه إذا ما أسيئ تركيب العنصر التجهيزي، فإنه سوف يؤدي إلى إعاقة استعمال البناية استعمالاً مألوفاً، كما لو وضع مصعد كهربائي بطريقة خاطئة مما يؤدي إلى عدم تأدية البناية لوظيفتها المعتادة أو المنتظرة منها.

ولقد ميز المشرع الفرنسي فيما يتعلق بأعمال التجهيزات الداخلة في البناء بين العناصر الإنشائية والعناصر التجهيزية ويقصد بالعناصر الإنشائية أعمال البناء ذاتها والتي لا يمكن نزعها أو فكها أو استبدالها دون تلف فأخضعها للضمان العشري بموجب المادة (2/1792) من القانون المدني الفرنسي أما العناصر التجهيزية فهي عبارة عن أجهزة وأدوات ومواد معدة سلفاً والتي توضع في المبنى منها ما لا يمكن فصله عن المبنى الا بضرر بعد ان اندمج معه فأخضعها للضمان العشري ومنها ما يقبل الفصل عن

جسم المبنى بحيث يمكن نقلها واستبدالها دون ان يصاب المبنى بالضرر وأخضعها لضمان حسن سير عناصر التجهيز بموجب المادة (3/1792) من القانون المدني الفرنسي⁽⁸⁹⁾، والتي عرفها البعض على انها هي " تلك العناصر التجهيزية التي يمكن فصلها أو نقلها أو استبدالها بغيرها دون أن يصاب العمل الذي كانت تتصل به بضرر أو تلف أو رفع جزء من مادته التكوينية "⁽⁹⁰⁾. وعلى ذلك يغطي ضمان حسن سير عناصر التجهيز كل خلل يلحق العنصر التجهيزي في البناء والذي يترتب عليه سوء أداءه لوظيفته وفقاً للمجرى العادي للأمر فليس من الضروري أن يكون من شأن الخلل المدعى به تعريض متانة وسلامة العنصر التجهيزي للخطر بل يكفي عدم صلاحيته لأداء الغرض المعد من اجله⁽⁹¹⁾.

ثالثاً- عيوب المطابقة

مما لا شك فيه أن المادة (44) من القانون رقم 11-04 لم تتكلم الا عن عيوب البناء، وهي تلك النقائص أو الخلال التي تلحق بالبناء، والتي تكون ظاهرة وقت الاستلام أو ستظهر خلال السنة التالية له⁽⁹²⁾. وقبل الإجابة عما إذا كان ضمان تمام الانجاز يشمل عيوب المطابقة أيضاً، يجب تحديد مفهوم هذه الأخيرة أولاً.

يقصد بعيوب المطابقة في مجال البناء معنيان، الأول ضيق، والثاني واسع والمطابقة بالمعنى الضيق تنتج عن عدم مراعاة المواصفات التعاقدية مثل عدم احترام رغبات رب العمل فيما يتعلق بالتقسيم الداخلي للغرف أو مساحة المطبخ أو نوعية الرخام المستعمل... الخ. أما المطابقة بالمعنى الواسع، فهي نتيجة عدم مراعاة الأصول الفنية في تنفيذ أشغال البناء، سواء تعلق الأمر بالأساسات أو الأعمدة الحاملة للبناء أو حجم الجدران أو سعة الأسقف... الخ. وعيوب المطابقة ليست عيوباً بالمعنى الفني، وبالتالي فهي لا تثير مبدئياً المسؤولية العشرية، ومن ثم، فإن عدم المطابقة على هذا النحو، لا يمكن أن يثير سوى المسؤولية العقدية للمشيد، لأن الإخلال في هذه الحالة لا يترتب عليه أي ضرر مادي للمنشأة، وإنما عدم مطابقة الإنجاز لشروط العقد فحسب⁽⁹³⁾. ويلاحظ أن المشكل نفسه قد طرح في مجال البيع، ويوجد في هذا المعنى تقليد فرنسي واضح جداً، وطبقاً له عدم المطابقة هو خرق للالتزام بالتسليم بينما العيب هو خرق للالتزام بالضمان. ولا يكفي التزام البائع بمواصلة الإنجاز واتمامه خلال الأجل المتفق عليه، بل لا بد أن يكون هذا الإنجاز مطابق لقواعد البناء والتعمير والتصميم المبرمج من طرف المهندس المعماري، ولرخصة البناء، فهو ملزم بتحقيق نتيجة، لاسيما وان البناء محل العقد غير موجود وقت العقد، ولهذا وجب عند تواجده أن يكون مطابق لما تعهد به في عقد البيع على التصاميم⁽⁹⁴⁾. وحسب الفقه الفرنسي، فإن ضمان تمام الإنجاز يشمل عدم المطابقة للمواصفات التعاقدية إذا كانت غير ظاهرة أثناء الاستلام⁽⁹⁵⁾. ويمكن تبرير تغطية هذا الضمان لعيوب المطابقة الخفية أيضاً بالنظر إلى مجاله الواسع الذي لا يقتصر على عيوب البناء الجسيمة فقط، بل يشمل كل العيوب التي تظهر في البناء حتى ولو كانت بسيطة، ويمكن استخلاص ذلك من خلال الصياغة العامة لنص المادة (44) من القانون رقم 11-04 التي جاءت عبارتها شاملة لعيوب البناء بصفة عامة الجسيمة منها والبسيطة على حد سواء⁽⁹⁶⁾. وبتعبير آخر، إذا كان ضمان تمام الانجاز يشمل كل عيوب البناء حتى ولو كانت بسيطة، فمن باب أولى أن يشمل عدم المطابقة كذلك خاصة وأنه التزام قانوني يرمي إلى تحقيق مطابقة العقار المشيد لما تم الاتفاق عليه أو للحالة التي يجب أن يكون عليها وقت الاستلام⁽⁹⁷⁾. ومع ذلك، تبقى عيوب المطابقة اليوم مجالاً بالنسبة للقانون العام، مثل تلك الحالة التي لا يسبب فيها نقص المطابقة أضراراً للمنشأة، أو عندما تكون قطعة، تجهيز، مدخل ليس له البعد المنصوص عليه، وكذلك عندما لا يكتسي هذا الضرر الجسامة المطلوبة بالمادة (1792) من القانون المدني الفرنسي⁽⁹⁸⁾ المقابلة للمادة (870) من القانون المدني العراقي والمادة (651) من القانون المدني المصري والمادة (554) من القانون المدني الجزائري. وعند ملاحظة رب العمل بعض الاعمال المنجزة عند التسليم عدم مطابقتها لشروط ومواصفات الصفقة، وذكر ذلك في محضر التسليم والتسلم في شكل تحفظات، او لم يستطع اكتشاف عدم المطابقة هذا عند التسليم، وانما اكتشفه بعد ذلك وفي خلال السنة التالية له، فأخطر بها المقاول المعني بالأمر بمجرد اكتشافها. ففي هذه الحالة يتعين على المقاول المختص القيام بما من شأنه ان يزيل عدم المطابقة هذه، وينفذ تنفيذاً عينياً كل ما تقضي به شروط الصفقة ومواصفاتها، بحيث يأتي العمل متطابقاً تماماً مع تلك الشروط والمواصفات، وذلك طبقاً لقواعد واحكام

ضمان تمام الانجاز. خصوصاً اذا علمنا ان عيوب عدم المطابقة هذه لا تدخل في نطاق تطبيق اي من الضمانين العشري والثنائي⁽⁹⁹⁾.

الخاتمة

وفي ختام دراسة مفهوم ضمان تمام الانجاز في عقد المقاولة وأحكامه يجدر بنا بيان أهم النتائج التي توصلنا إليها خلال البحث مع التوصيات والمقترحات التي نرى ضرورة الأخذ بها بصدد هذا الضمان.

أولاً- النتائج

- 1- نظم المشرع الفرنسي ضمان تمام الانجاز في المادة (6/1792) من القانون المدني الفرنسي أما المشرع الجزائري فقد نظمه في المادة (3/26) من قانون الترقية العقارية رقم (04/11) لسنة 2011 في حين لم يحظى هذا الضمان بأية معالجة تشريعية على صعيد كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري .
- 2- اختلفت التشريعات المقارنة في الضمانات المترتبة في ذمة المستثمر العقاري (المركبي العقاري) والمتعلقة بحسن انجاز العقار المبيع، فالبعض قد قصرها على ضمانه للعييب الخفي، بينما اتسع نطاق تلك الضمانات في تشريعات اخرى لتضاف لها تلك المترتبة في ذمة المقاول والمهندس المعماري ممثلة بالضمان العشري و ضمان تمام الانجاز .
- 3- يساهم ضمان تمام الانجاز في المشروع بما يمثله من إنجاح للعملية التعاقدية و ضمان استرداد الثمن عند فشل هذه العملية في تفعيل دور عقد البيع على التصاميم لتحقيق الغايات المبتغاة منه ويجعل منه عملية مؤمنة العواقب ووسيلة جذب لعدد كبير من المتعاقدين وبهذه الضمانات يتم إرساء وتقوية دعائم النظام القانوني لهذا العقد .
- 4- أن ضمان تمام الانجاز ضمان واسع النطاق، إذ يمتد موضوعه إلى كل النقائص التي تلحق البناء أو عناصر تجهيز البناء بغض النظر عن درجة جسامه العيب أو خطورته، وبذلك فإنه يشمل عدم المطابقة أيضاً، كما أنه ضمان موضوعي يقوم بمجرد ظهور العيب في البناء خلال أجل الضمان، ولا يعفى المقاول منه إلا بإثبات السبب الأجنبي. وانه ضمان يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على الاعفاء منه.
- 5- يلتزم المهندس المعماري ومقاول البناء بضمان الأعمال المنجزة من طرفهما لمدة عشر سنوات، تبدأ من تاريخ تسلمها نهائياً من قبل رب العمل في القانون المدني العراقي والمصري، في حين يلتزم المقاول المعني بضمان تمام الانجاز لمدة سنة واحدة، تبدأ من تاريخ تسلم الاعمال المنجزة نهائياً من قبل رب العمل في القانون المدني الفرنسي.

ثانياً- التوصيات والمقترحات

- 1- من الضروري اطالة مدة ضمان تمام الإنجاز الذي يتحمل به المقاول فالمدة المقررة حالياً، وهي مدة سنة واحدة، تبدو جداً قصيرة لاسيما ونحن في عصر تشييد المنشآت والبنائات الحديثة التي تتطلب وسائل ومشاريع ضخمة، ناهيك عن حاجة الحياة الحديثة والمعقدة لحسن إنجاز كل عناصر تجهيز البنائية، وصلاحية استعمالها لمدة معتبرة من الزمن لما يوفر الراحة والسلامة لشاغلي الأملاك العقارية المبنية وعليه فإذا كانت مدة الضمان المنصوص عليها في التشريعات الحالية تناسب إقامة البنائات والمنشآت ذات النسق التقليدي القديم، فإن مثل هذا الضمان قد لا يحقق هدفه القانوني، إذا كنا بصدد إقامة منشآت وبنائات ذات طراز حضاري ومتطور على غرار ما تقوم به الدول المتقدمة صناعياً واقتصادياً.
- 2- نقترح على المشرع العراقي النص على ضمان تمام الانجاز ضمن نصوص القانون المدني، والسير قدماً في نفس اتجاه القوانين المقارنة المنظمة لضمان تمام الانجاز، وعلى المشرع العراقي اسناد الأحكام المتعلقة به بالنظام العام شأنه شأن الضمان العشري، وذلك للقضاء على أي محاولة للتملص من الضمان او التخفيف منه من جانب الأشخاص الملتزمين به.

3- ان يتم في إطار ضمان تمام الانجاز تحديد المدة اللازمة لإصلاح العيوب الظاهرة وعناصر التجهيز في العقد ذاته، لان هذه العناصر تختلف عن بعضها البعض، ويترتب عن هذا أن المدة اللازمة لإصلاح عنصر معين تختلف عن المدة اللازمة لإصلاح عنصر آخر، وبالتالي لا يمكن تقدير هذه المدة قبل معرفة نوع العيب أو الخلل الذي يصيب أحد العناصر، ولذلك من المناسب ان يتم تحديد المدة اللازمة للإصلاح بعد ظهور العيب أو الخلل أي وقت التحفظ الذي يبيده رب العمل.

تم بحمد الله وعونه

الهوامش

(1) هادف بشير، الأبعاد التنظيمية للضمانات الخاصة لعقد البيع على التضاميم ، أعمال الملتقى الوطني حول الترقية

(2) La garantie de parfait achèvement à pour but, comme l'annonce son intitulé de parvenir au complet achèvement de l'ouvrage conformément à l'obligation de construction conforme contacté par les entrepreneurs, lors de la signature des marchés, voir :Christophe ponce, op.cit, p 49.

(3) Il s'agit donc d'une garantie de parachèvement destinée à satisfaire aux réserves formulées lors de la première année, Malinvaud (Ph) et autres, op.cit, p99.

(4) Roger Saint-Alary et Corinne, op.cit, p 167.

نقلا عن ريمان حسينة ، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 11- 04(المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية) ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر - باتنة ، السنة الجامعية 2013-2014 ، ص240وص241.

(5) عبد الرزاق حسين ياسين ، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1987، ص1024.

(6) فرنسواز لآبارت - سيريل نوبلوت ، المطول في العقود (عقد المقاولة) ، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2018، ص493.

(7) نوي عقيلة ، التنظيم القانوني لمسؤولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بودواو ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، السنة الجامعية 2017- 2018 ، ص390.

(8) د. ايمان طارق مكي الشكري ، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، العدد الثاني ، المجلد العشرون ، 2012، ص295.

(9) دالوز ، القانون المدني الفرنسي بالعربية ، ط108، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، لبنان ، 2009، ص1770.

(10) يحرم رفض التعويض عيناً على صاحب العمل من فائدة الضمان للإيجاز التام.

(11) فرنسواز لآبارت - سيريل نوبلوت ، مصدر سابق ، ص493 وص494.

(12) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1024وص1025.

- (13) نوي عقيلة ، مصدر سابق ، ص389.
- (14) كامل فؤاد ، ضمانات حسن تنفيذ اعمال البناء في التشريع الجزائري ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية 2016-2017 ، ص407.
- (15) د. عمرو طه بدوي محمد علي ، الالتزام بالضمان في البناء والتشييد (دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص430 و ص431.
- (16) د. محمد ناجي ياقوت ، مسؤولية المماريين بعد اتمام الاعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل ، منشأة المعارف الاسكندرية ، بدون ذكر الطبعة وسنة النشر ، ص141.
- (17) د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى (دراسة مقارنة) في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، بدون ذكر الطبعة وسنة ودار النشر ، ص 173.
- (18) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1020.
- (19) د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص172.
- (20) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1022.
- (21) د. محمد ناجي ياقوت ، مصدر سابق ، ص140 و ص141.
- (22) قبل وضع قانون 4 يناير سنة 1978 ، كان المقاول لا يلتزم بهذا الضمان الا اذا وجد نص صريح في العقد على العمل بمقتضى احد العقود النموذجية، حتى يمكن تطبيق احكام هذا الضمان عليه.
- (23) د. عمرو طه بدوي محمد علي ، مصدر سابق ، ص430.
- (24) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1079.
- (25) د. عمرو طه بدوي محمد علي ، مصدر سابق ، ص453.
- (26) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1080.
- (27) د. عمرو طه بدوي محمد علي ، مصدر سابق ، ص453.
- (28) طيب عائشة ، آليات حماية مقتني العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04 ، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر ، العدد (20) ، 2011 ، ص24.
- (29) د. عمرو طه بدوي محمد علي ، مصدر سابق ، ص449.
- (30) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1081.
- (31) د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص 174.
- (32) عايدة مصطفىاوي ، الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن ، بحث منشور في مجلة السياسة والقانون ، العدد 6 ، 2012 ، ص261 و ص262.
- (33) عايدة مصطفىاوي ، مصدر سابق ، ص262.
- (34) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1082.
- (35) عايدة مصطفىاوي ، مصدر سابق ، ص262.
- (36) كامل فؤاد ، مصدر سابق ، ص409.
- (37) المير سميره ، المسؤولية المدنية المعمارية (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجليلي اليايس سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2015-2016 ، ص306.
- (38) انظر نص المادة (3/26) من القانون رقم 11-04 لسنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

- (39) د. عمرو طه بدوي محمد علي ، مصدر سابق ، ص434.
- (40) Malinvaud (Ph), Droit de la construction, Dalloz action, 2010–2011, p 1130.
- (41) تنص المادة (1792- 2/6) من القانون المدني الفرنسي بأن ((ضمان تمام الانجاز او الضمان السنوي الذي يكون المقاول ملتزماً به خلال مدة سنة اعتباراً من تاريخ التسلم يمتد ليشمل اصلاح 00000)).
- (42) تنص المادة (1792- 3/6) من القانون المدني الفرنسي بأن ((المدد اللازمة لتنفيذ اعمال الاصلاح المشار اليها بالفقرة السابقة تحدد بمقتضى اتفاق مشترك بين رب العمل والمقاول المعني بالأمر)).
- (43) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1029.
- (44) ريمان حسينة ، مصدر سابق ، ص245 وص246.
- (45) د. عمرو طه بدوي محمد علي ، مصدر سابق ، ص432.
- (46) د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص173.
- (47) المير سميرة ، مصدر سابق ، ص298.
- (48) د. عمرو طه بدوي محمد علي ، مصدر سابق ، ص436.
- (49) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1050.
- (50) كامل فؤاد ، مصدر سابق ، ص393.
- (51) ريمان حسينة ، مصدر سابق ، ص247.
- (52) د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص175.
- (53) د. محمد ناجي ياقوت ، مصدر سابق ، ص143.
- (54) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص995.
- (55) ريمان حسينة ، مصدر سابق ، ص248.
- (56) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1074.
- (57) د. عمرو طه بدوي محمد علي ، مصدر سابق ، ص451.
- (58) د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص176.
- (59) وتعبيراً عن هذا المعنى يقول مالينفو وجستاز، ان المشرع الفرنسي بهذا النص قد انشأ ((ضماناً محض موضوعي، واجب على المقاول)).
- (60) تنص المادة (44) من القانون رقم 11- 04 لسنة 2011 على ان ((تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/ او حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 اعلاه)).
- . Art 1792-6/2 (61)
- (62) ابراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء في القانونين المصري والفرنسي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، دون ذكر سنة ، ص144.
- (63) د. محمد ناجي ياقوت ، مصدر سابق ، ص142.
- (64) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1012.
- (65) ريمان حسينة ، مصدر سابق ، ص251.
- (66) انظر المادة (2/558) من القانون المدني العراقي .

- (67) د. علاء حسين علي ، عقد بيع المباني تحت الانشاء (دراسة قانونية) ، ط1، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، لبنان ، 2011 ، ص116.
- (68) أشارت المادة (559) من القانون المدني العراقي إلى عبارة بما ينبغي من العناية ويراد بها عناية الشخص المعتاد ، وهو ما صرحت به المادة (2/447) من القانون المدني المصري والمادة (379) من القانون المدني الجزائري.
- (69) مسكر سهام ، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية ، أطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، السنة الجامعية 2015-2016 ، ص325.
- (70) د. علاء حسين علي ، مصدر سابق ، ص117.
- (71) مدة ضمان تمام الإنجاز هي سنة واحدة اعتباراً من حيازة البناء من قبل المقتني (المشتري) حسب المادة (3/26) من القانون رقم 11-04 لسنة 2011 والمادة (1792-2/6) من القانون المدني الفرنسي.
- (72) تنص المادة (15) من المرسوم التشريعي رقم 93-03 على ان ((يحدد العقد المذكور في المادتين 9 و 10 أعلاه، الأجل الضرورية لتنفيذ أشغال إصلاح العيوب الظاهرة و/أو حسن سير عناصر تجهيز البناية)).
- (73) هذا ما يعرف بالأثر المنهني للاستلام الذي يقتصر على الإعفاء من ضمان العيوب الظاهرة بالبناء دون العيوب التي تكون خفية أثناء الاستلام.
- (74) د. محمد المرسي زهرة ، بيع المباني تحت الانشاء (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي) ، الطبعة الأولى ، مطبعة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1987 ، ص264 وص265.
- (75) لقد نص المشرع في المادة (97) من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، على ان كفالة حسن التنفيذ تتحول عند الاستلام المؤقت الى كفالة ضمان في حالة النص في الصيغة على اجل الضمان، وبذلك يكون المشرع قد تصدى في الصيغة العامة للأشغال لمشكلة النقائص والعيوب في تنفيذ المنشأة باستحداثه لهذه الضمانة المالية.
- (76) انظر نص المادة (1/870) من القانون المدني العراقي التي تقابلها المادة (653) من القانون المدني المصري والمادة (556) من القانون المدني الجزائري.
- (77) د. اياد عبد الجبار ملوكي ، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه (الضمان العشري) ، ط1، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2011 ، ص47.
- (78) يغطي هذا الضمان أيضاً، الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءاً لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية.
- (79) انظر الفقرة الاولى من المادة (181) من الامر رقم 95-07.
- (80) انظر الفقرة الثانية من المادة (181) من الامر رقم 95-07.
- (81) رحموني سعديّة - مساهلي شهرزاد ، النظام القانوني للمتعامل العقاري في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2014-2015 ، ص16.
- (82) د. احمد دغيش ، الضمانات في الترقية العقارية بعد الاستلام النهائي للمشروع العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة بشار ، الجزائر ، 2012 ، ص16.
- (83) ميلودي لخضر ، ضمانات المشتري في الترقية العقارية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2013-2014 ، ص83.
- (84) انظر المادة (182) من الأمر رقم 95-07.

- (85) ميلودي لخضر ، مصدر سابق ، ص84.
- (86) بن تريعة مها ، مسؤولية المرقى العقاري في اطار عقد الترقية العقارية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية 2013-2014 ، ص46 وص47.
- (87) فؤاد كامل ، التزام المرقى بضمان كمال انجاز المنشأة العقارية ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد الثالث عشر ، 2015 ، ص214.
- (88) الخلل الفني في العنصر التجهيزي للبناء يسأل عنه الصانع وليس من قام بتركيبه أو تثبيته بالبناء.
- (89) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص985 وص986.
- (90) د. عمرو طه بدوي محمد علي، مصدر سابق ، ص418 وص419.
- (91) د. محمد ناجي ياقوت ، مصدر سابق ، ص 137.
- (92) فؤاد كامل ، مصدر سابق ، ص214.
- (93) د. عمرو طه بدوي محمد علي، مصدر سابق ، ص266. وانظر ايضاً د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص234.
- (94) مسكر سهام ، مصدر سابق ، ص309.
- (95) (Philippe) le tourneau, La responsabilité civile, 3e édition, Dalloz, Paris, 1982, pp. 486, 487.
- (96) فؤاد كامل ، مصدر سابق ، ص215.
- (97)(ph) Malinvaud et (ph) Jestaz, Droit de La promotion, immobilière, 8e éd, Dalloz, 2009, p. 99.
- (98) Ibid, p. 194, marge n 4.
- (99) عبد الرزاق حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص1055.

المصادر

اولا- الكتب القانونية

1. د. اياذ عبد الجبار ملوكي ، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه (الضمان العشري) ، ط1، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2011.
2. د. احمد دغيش ، الضمانات في الترقية العقارية بعد الاستلام النهائي للمشروع العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة بشار ، الجزائر ، 2012.
3. د. علاء حسين علي ، عقد بيع المباني تحت الانشاء (دراسة قانونية) ، ط1، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، لبنان ، 2011 .
4. د. عمرو طه بدوي محمد علي ، الالتزام بالضمان في البناء والتشييد (دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006.
5. د. محمد المرسي زهرة ، بيع المباني تحت الانشاء (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي) ، الطبعة الأولى ، مطبعة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1987.
6. د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى (دراسة مقارنة) في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، بدون ذكر الطبعة وسنة ودار النشر.
7. د. محمد ناجي ياقوت ، مسؤولية المماريين بعد اتمام الاعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل ، منشأة المعارف الاسكندرية ، بدون ذكر الطبعة وسنة النشر.

ثانيا- الاطاريح والرسائل الجامعية

- 1- ابراهيم عثمان بلال ، تملك العقارات تحت الانشاء في القانونين المصري والفرنسي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، دون ذكر سنة.
- 2- المير سميره ، المسؤولية المدنية المعمارية (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجيلالي الياابس سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2015-2016.
- 3- بن تريعة مها ، مسؤولية المرقى العقاري في اطار عقد الترقية العقارية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية 2013-2014 .
- 4- ريمان حسينة ، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، الجزائر ، 2013-2014 .
- 5- رحموني سعدية - مساهلي شهرزاد ، النظام القانوني للمتعاقل العقاري في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2014-2015.
- 6- عبد الرزاق حسين ياسين ، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاوم البناء (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1987.
- 7- كامل فؤاد ، ضمانات حسن تنفيذ اعمال البناء في التشريع الجزائري ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية 2016-2017.
- 8- مسكر سهام ، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية ، أطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة ، السنة الجامعية 2015-2016.
- 9- ميلودي لخضر ، ضمانات المشتري في الترقية العقارية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2013-2014.
- 10- نوي عقيلة ، التنظيم القانوني لمسؤولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بودواو ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، السنة الجامعية 2017-2018 .

ثالثا- البحوث

- 1- د. ايمان طارق مكي الشكري ، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل العلوم الانسانية ، العدد الثاني ، المجلد العشرون ، 2012.
- 2- طيب عائشة ، آليات حماية مقتني العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04 ، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر ، العدد (20) ، 2011.
- 3- عايدة مصطفاوي ، الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن ، بحث منشور في مجلة السياسة والقانون ، العدد 6 ، 2012.
- 4- فؤاد كامل ، التزام المرقى بضمان كمال انجاز المنشأة العقارية ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد الثالث عشر ، 2015.

رابعاً- القوانين والمراسيم

- 1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
- 2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل .
- 3- القانون المدني الفرنسي رقم (12) لسنة 1978 المعدل .
- 4- القانون المدني الجزائري رقم (85/75) لسنة 1975 المعدل .
- 5- قانون الترقية العقارية الجزائري رقم (04/11) لسنة 2011 .
- 6- المرسوم التشريعي رقم 93-03 في مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري الجزائري.

خامساً- المصادر الاجنبية

- 1- دالوز ، القانون المدني الفرنسي بالعربية ، ط108، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، لبنان، 2009.
- 2- فرنسواز لآبارت - سيريل نوبلوت ، المطول في العقود (عقد المقاوله) ، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2018.
- 3- (ph) Malinvaud et (ph) Jestaz, Droit de La promotion, immobilière, 8e éd, Dalloz, 2009.