

المسؤولية الخاصة في ميدان البعث العقاري في التشريع التونسي

من إعداد الطالب في الدكتوراه

زيتوني زكريا

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة المنار، تونس

تحت إشراف

الدكتور محمد سعيد

أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة المنار، تونس

المسؤولية الخاصة في ميدان البعث العقاري في التشريع التونسي

من إعداد الطالب في الدكتوراه زيتوني زكريا

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة المنار، تونس

تحت إشراف الدكتور محمد سعيد

أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة المنار، تونس

ملخص :

اهتمت هذه الدراسة حول تحديد الآليات التي وضعها المشرع التونسي لتنظيم المسؤوليات الخاصة في ميدان البعث العقاري.

فقد عرف نظام المسؤولية في ميدان البناء عدة مراحل، فقد كان هذا النظام في بادئ الأمر خاضعا للمادة **876** من مجلة الالتزامات والعقود، والذي كان يتمثل في النص العام، ثم الغية هذه المادة بموجب المرسوم رقم **04** لسنة **86**، المؤرخ في **10 أكتوبر 1986**، **المتعلق** بالمسؤولية والتأمين في ميدان البناء، والذي يحمل المتدخلين أو المتعهدين في ميدان البناء بمسؤولية مفترضة اتجاه صاحب المبنى، أو تمس من عناصر تجهيزه أو تكوينه، ويحملهم تأمينا إجباريا للمسؤولية.

ولكن نظرا لغموض المفاهيم، وقابليتها لتأويلات عديدة، أدى إلى عزوف من قبل شركات التأمين، ورفضها تأمين مخاطر تهدد وضعها الاقتصادي، فصدر القانون رقم **09** المؤرخ في **31 جانفي 1994** **المتعلق** بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء، والذي احتفظ بالمسؤولية من حيث المبدأ، وألغى نظامها القانوني وأحدث نظام قانوني جديد وضع قرينة المسؤولية على كاهل كل المتدخلين في العمل بمجرد حدوث الضرر، دون حاجة لإثبات الخطأ.

Résume :

Cette étude considère l'identification des mécanismes établis par le législateur tunisien pour organiser la responsabilité particulière dans le domaine de promoteur immobilier.

L'organisation de la responsabilité dans le domaine de la construction a connu plusieurs étapes. Ce système a été soumis à l'article 876 de la revue des obligations et des contrats, initialement, sous forme d'un texte général mais qui a été annulé par le décret N° 04, le 10 octobre 1986, celui-ci concerne la responsabilité et l'assurance dans le domaine de la construction. Il dit que les intervenants et les entrepreneurs dans le domaine de la construction sont responsable envers le propriétaire de l'immeuble ou qui affecte les éléments de sa composition ou ses équipements et les faire assumer une assurance obligatoire de la responsabilité.

Toutefois, l'ambiguïté de concepts et la possibilité de plusieurs interprétations ont conduit à une réticence de la part des compagnies d'assurance qui refusent d'assurer les risques qui menacent leur situation économique. Par conséquent la loi 09 a été décrétée le 31 janvier 1994 qui concernait la responsabilité et la surveillance technique dans le domaine de la construction et qui a conservé la responsabilité comme un principe et a annulé son système juridique et qui a créé un nouveau système qui fait assurer tout les intervenants la responsabilité

une fois les dégâts ont lieu sans le besoin de démonter l'erreur.

مقدمة :

أمام التضخم السكاني وتفاقم أزمة السكن، والتي باتت تشكل هاجسا حقيقيا من جميع النواحي، والتي زادت حدتها باتساع المتاجرة في السكنات دون مراعات للمقاييس اللازمة من ناحية الجودة، أو من الناحية الجمالية، إلى جانب دخول أساليب ومواد حديثة في البناء تجعل العديد من الأطراف على صلة بانجاز المنشآت، وبالتبعية يتحملون جزء من المسؤولية في حالة وجود أي ضرر نتيجة ما ساهموا به، إضافة إلى هذا فقد أصبح المجال العقاري ميدانا خصبا للاغتناء، والمتاجرة والمضاربة في الأسعار على حساب النوعية والمواصفات القانونية خاصة وان مهنة الباعث العقاري باتت ذات طابع تجاري بمقتضى القوانين والتعديلات، إلى جانب عمل المقاول الذي يكتسي طابعا ماديا، ويعد تاجرا أيضا، على خلاف المهندس الذي يقوم بعمل ذو طابع فكري، ذهني وفني.

وعليه لكل طرف دور وجزء ومرحلة يتكفل بانجازها على المنشأة، وعلى هذا الأساس كرس المشرع التونسي المسؤولية العشرية بموجب المرسوم رقم 04 لسنة 1986 المتعلق بالمسؤولية والتأمين في ميدان البناء، والذي يحمل الباعث العقاري والمتدخلين في البناء مسؤولية عن الأضرار التي تمس بمتانة المبنى، أو بأحد عناصر تكوينه، وتحملهم تأمينا إجباريا، ولكن نظرا لغموض المفاهيم وقابليتها لتأويلات عديدة أدى إلى عزوف من قبل شركات التأمين، ورفضها تأمين مخاطر تهدد وضعها الاقتصادي فصدر القانون رقم 09 المؤرخ في 31 جانفي 1994 جريدة رسمية رقم 09 المؤرخة في 01 فيفري 1994، والذي احتفظ بالمسؤولية من حيث المبدأ وألغى نظامها القانوني وحدث نظام قانوني جديد وضع المسؤولية على كاهل كل المتدخلين في عملية البناء بمجرد حدوث أي ضرر.

وعلى ضوء ما سبق ذكره نحاول الإجابة على الإشكالية التالية:

ماهية شروط قيام الضمان العشري؟ وماهية الآثار الناجمة عن هذه المسؤولية؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية تم تقسيم الموضوع إلى مبحثين، المبحث الأول يعالج شروط قيام الضمان العشري، والمبحث الثاني تناولنا فيه آثار قيام المسؤولية العشرية.

المبحث الأول : شروط قيام الضمان العشري

يتحمل الباعث العقاري وكل المتدخلين في البناء مسؤولية خلال عشر سنوات من استلام البناية، كانهيار جزئي أو كلي أو ظهور مس بمتانتها، ونصّ على ذلك أحكام الفصل الأول من قانون عدد 9 لسنة 1994. ولئن يقوم الضمان في حالات فأنه ينتفي في أخرى.

المطلب الأول : قيام الضمان

يمكن المطالبة بضمان المسؤولية العشرية إذا كان العيب يمس بمتانة المنشأة، ويتم في مدة معينة .

الفرع الأول : المساس من متانة المنشأة

لقد حدّد المشرّع بالفصل الأول من القانون الحالتين على سبيل الحصر لتحقيق الضمان وهما انهيار المنشأة كلا أو بعض المسّ الواضح بمتانتها.

1- تعلق الضرر بالمنشأة :

بالرجوع للفصل الأول من القانون 31 جانفي 1994 الذي ينصّ على أنّ "المهندس المعماري والمهندس والمقاول ومكتب الدراسات ومكتب المراقبة الفنية وكل شخص مرتبط مع صاحب المنشأة بعقد إجارة على الصنع أو الخدمات مسؤولون قانونا خلال عشر سنوات من استلام المنشأة التي كلفوا بتصورها أو بانجازها أو بتسيير أو مراقبة الأشغال المتعلقة بها وذلك في حالة انهيار المنشأة كلّها أو بعضها أو تداعيتها... وتسحب هذه المسؤولية أيضا على الباعثين العقاريين وكلّ شخص يبيع على سبيل العادة أو الاحتراف مبنى بعد الانتهاء من انجازه تولى تشييده بنفسه أو عن طريق الغير..." ويتضح من خلال هذا الفصل أنّ الضرر الموجب للضمان هو الضرر الواضح الذي يمس بمتانة المنشأة وعرف الفصل 3 من قانون 31 جانفي 1994 المنشأة بأنّها "كل ما أقيم على سبيل القرار باستعمال مواد بناء سواء كان ذلك فوق الأرض أو في مستواها أو في باطنها أو فوق الماء " وهو يعني أنّ الضمان يتعلق بالمباني مهما كان مكانها تحت الأرض أو فوقها¹(الهادي

سعيد، 1996، تطور الملكية العقارية وأثره في تونس، مركز الدراسات القانونية و القضائية بوزارة العدل، قسم ثالث، الملكية الخاصة، ص، 332 وما بعدها) ولكن يشترط أن تكون هذه المباني ثابتة لا يمكن نقلها أو تفكيكها وهو ما عبّر عنه المشرّع "القرار". وقد اعتبر الفقه البناء قارا عندما يكون متصلا بالأرض بحيث لا يمكن نقله وتفكيكه دون تلف، ولا يعتبر قارا مثل الأكشاك والمباني الوقفية والخفيفة والمنازل المتحركة² (مداولات مجلس النواب عدد 29 ، 18 جانفي 1994، مداخل السيد وزير التجهيز والإسكان) ويفهم من الفصل 3 المذكور سابقا أنّ مجال المنشأة يمتدّ فوق الأرض أو في مستواها أو في باطنها أو فوق الماء يعني أنّ المشرّع أعطى مجالا واسعا للمنشأة وذلك تعبيرا عن رغبته في توفير أكبر قدر من الحماية للمشتري وحتى يكرس الرأي السائد فقها وقضاء والقائل بواجب الأخذ بالمفهوم الواسع للمبنى³ (Bernard Boubli, « La responsabilité et l'assurance des architectes entrepreneurs », édition du JNA 19 p. 228.9)، والذي انتهجه أيضا المشرّع الفرنسي حينما استبدل مصطلح "المبنى" الذي أورده قانون 3 جانفي 1967 بمصطلح "المنشأة"⁴ (يرادف بالفرنسية كلمة مبنى « édifice » وكلمة منشأة « ouvrage ») وذلك بمقتضى قانون 4 جانفي 1978.

ب- الجسامة في حصول الضرر :

يفترض قيام هذه المسؤولية أن يكون الضرر الذي لحق بالمنشأة جسيم وقد حدّد المشرّع حالات الضرر في الفصل الأول من قانون 1994 "وهي انهيار المنشأة والمساس الواضح بمتانتها أو تداعيتها للسقوط ويقصد بانهيارها تدهمها وتفككها وانفصالها عن الأرض سواء كلياً أو جزئياً هذا إضافة إلى الضرر الذي يمسّ بمتانة المبنى على مستوى الأساس والهياكل والسقوط ويجب أن يكون مصدر هذا الضرر ناتج الإخلال بقواعد الفن والصناعة كان يكون نتيجة عن غلط في الحساب أو التصميم أو عيب في المواد أو في كفية البناء أو في الأرض" كأن تكون عبارة عن ربوة أرضيتها متكوّنة من حجارة⁵ (قرار تعقيبي (قرار المحكمة العليا)، عدد 61028 ، بتاريخ 16 جوان 2011 (غير منشور)).

ويعفى المشتري من عبء إثبات تلك المسؤولية بافتراض وجودها فاستعمل المشرع لذلك في الفصل الأول من الفقرة الأولى "مسؤولون" وفي فقرة ثانية من نفس الفصل "تنسحب هذه المسؤولية" فيكفي إذن أن يثبت حصول الضرر الجسيم الذي يؤدي إلى المس بمتانة المنشأة أو انهيارها أو تداعيتها. ويبقى للمحكمة وحدها تقدير جسامه الضرر مستعينة بأهل الخبرة في ذلك.

وفي كل الحالات فإن جسامه الضرر غير كافية لقيام المسؤولية فهي تتوقف على أجل معين لضمان الأضرار.

الفرع الثاني : المدة المعينة

حدّد المشرع بمقتضى الفصل الأول من قانون 31 جانفي 1994 قيام المسؤولية الباعث العقاري وبقية المتدخلين في قطاع البناء ب10 سنوات، وهو ما نصّت عليه عديد التشريعات الأخرى⁶ (ينصّ الفصل 1792 مدني فرنسي "أنّ المهندس المعماري والمقاول يكونان مسؤولين عن خلال 10 سنوات". وكذلك الفصل 651 من المجلة المدنية المصرية "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال 10 سنوات") وتعتبر هذه المدة كافية لاختبار وتجربة صلابه العقار والوقوف على مدى حسن تنفيذ الأعمال المتعلقة بالبناء من عدمها وبالتالي فإنّ ظهور الضرر بعد هذه المدة يعفي الباعث العقاري وكذلك المتدخلين من المسؤولية العشرية. وهذه المدة لا تخضع لما يخضع له التقادم من وقف أو انقطاع⁷ (محمد المرسى زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي، القاهرة سنة 1987، ص 350)، فهذه المدة المحددة هي أجل السقوط، فهي مدة تجربة واختبار لمتانة العقار.

المطلب الثاني : حالات انتفاء المسؤولية

حدّد المشرع الحالات التي تنتفي فيها المسؤولية في ميدان البناء وهي حالة تدخل صاحب المنشأة، أو في حالات أخرى ناجمة عن عوامل خارجية .

الفرع الأول : حالة تدخل صاحب المنشأة

نصّ الفصل الثاني من قانون 31 جانفي 1994 على أنّه "تنتفي هذه المسؤولية في مواجهة كل متدخل يثبت أنّ الأضرار اللاحقة

بالمنشأة ترجع إلى القوّة القاهرة أو خطأ الغير أو إصرار صاحب المنشأة بتطبيق تعليماته القطعية بالرّغم من تحذره من مخاطرها بواسطة عدل منفذ (محضر قضائي).

وهو ما يعني أنّ تدخل صاحب المنشأة في العمل وإصراره بالتقييد بتعليماته لا يكفي وحده لانتفاء مسؤوليّة بل على الباعث العقاري أن يثبت أنّه نَبّهه بواسطة عدل منفذ على تبعات تعليماته⁸ (قرار تعقيبي مدني عدد 61027 بتاريخ 16 جوان 2011 (غير منشور)) وما يمكن أن يتسبّب فيه من مخاطر. وهذا التنبيه يكون حجة للبائع لا يمكن دحضها إلاّ بدعوى الزور على انتفاء مسؤوليته من المخاطر التي قد تتعرض أو تعرضت لها المنشأة. وقد أبرز السيّد وزير التجهيز والإسكان خلال مناقشة المشروع لقانون 94 أنّ اللّجوء إلى محضر عدل تنفيذ للتنبيه على المشتري جاء لمنع المشتري من التفصّي من مسؤوليته بأن يتحجّج بعدم وصول الرسالة المضمونة الوصول إليه أو أنّه غير عنوانه خاصّة أنّ التنبيه بواسطة عدل منفذ يمكن أن يبلغ إلى المشتري في منشأته أو في منزله أو في مقرّ عمله⁹ (مداولات مجلس النواب عدد 29 بتاريخ 18 جانفي 1994 ص 12)

وبالتالي فإنّ الباعث العقاري يبقى ضامنا للأضرار اللاحقة بالمبنى والناجمة عن تدخّل المشتري رغم تحذيره إذا لم يتمّ هذا الأخير بواسطة عدل تنفيذ¹⁰ (B. Boubli, ouvrage précité, p. 88).

لكنّ السّؤال يبقى قائما حول عدم ذكر الأمر الطّارئ بالفصل الثاني من قانون 31 جانفي 1994 كحالة من حالات انتفاء المسؤوليّة.

يتّضح أنّ المشرّع التونسي أصبح لا يميل للفرقة بين الأمر الطّارئ والقوّة القاهرة وربّما يرجع ذلك إلى أنّه تبنّى الرّأي السّائد فقها وقضاء في عدم الجدوى في التفرقة، ففي هذا الإطار يعتبر الأستاذ محمّد الزّين أنّ القوّة القاهرة والأمر الطّارئ لا يختلف من حيث المفهوم والآثار مستندا إلى ما توصّل إليه الأستاذ محمد الشريف في كون المشرّع تعرّض لهاتين الحالتين في قرابة 30 فصلا من مجلة الالتزامات والعقود دون أن يميّز صراحة أو ضمنا بينهما¹¹ (محمد الزّين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، الطبعة الثانية، تونس، 1997، ص 299. - محمّد الحبيب الشريف، "حول الدفع بالقوّة القاهرة في قضايا حوادث المرور"، مجلة القضاء والتشريع 1992،

عدد 5، ص 29 وما بعدها) ، كذلك على مستوى فقه القضاء اعتبرت محكمة التعقيب بأن كلاهما ينتج نتائج قانونية واحدة بدون ميز أو تفرقة¹² (قرار تعقيبي مدني عدد 7793 في 29 أفريل 1971، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1971، قسم مدني، ص 64).

الفرع الثاني : الحالة الناجمة عن عوامل خارجية

وهي التي نصّ عليها الفصل الثاني من القانون المذكور، هذه الحالة هي الأضرار التي يمكن أن تلحق بالمنشأة من جراء قوة قاهرة أو خطأ الغير ولم يتعرض الفصل المذكور لتعريف القوة القاهرة وبالرجوع إلى النصوص العامة من ذلك الفصل 283 من م.إ.ع الذي يعرف القوة القاهرة بأنها "هي التي لا يتيّسر معها الوفاء بالعقود، هي كل ما لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان الماء وفلة الأمطار وزوابع وحريق وجراد كغزو أجنبي أو فعل الأمير".

وتوفّر القوة القاهرة يؤدي إلى انتفاء المسؤولية و هي كل شيء لا يستطيع الإنسان توقعه واستحالة دفعه أو الاحتراز منه¹³ (قرار تعقيبي مدني عدد 16957 مؤرخ في 25 أفريل 1989 ن م ت. لسنة 1989، القسم المدني، ص 1989). وقد أضاف بعض الفقهاء بعض العناصر للقوة القاهرة وهي أن يكون الحادث خارج عن المنشأة ولاحقا لفترة إنجازها¹⁴ (Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, Droit de la promotion immobilière précis Dalloz., n° 132, p. 120 et 121.ed 1998- B. Boubli, op. cit., n° 335 et 336, p. 205). وحسب هؤلاء فإنّ تسوّس الأخشاب أو تآكل الحديد بسبب بكتيرية لا يمكن كشفها بالوسائل الفنية الحديثة أو تعيب الأرض بشكل يُخفى عن الفحص الدقيق كالتحركات الأرضية تعتبر أيضا بمثابة القوة القاهرة. أما بالنسبة لخطأ الغير فهو الشخص الأجنبي عن عملية البناء فلا يمكن للبائع التقصي من المسؤولية بالاحتجاج بأنّ الأخطاء الصادرة كانت من المهندسين أو المقاولين أو ممن استعان بهم لان الأخطاء الصادرة من قبلهم تعتبر كما لو صدرت منه. وذلك حسب مقتضيات الفصل 245 م.إ.ع، وهذا ما أكّده محكمة التعقيب في قرار لها أنّ استعانة الباعث العقاري بالغير لإنجاز مشاريعه لا يعفيه من واجب ضمان عيوب مبيعاته ولا من واجب الوقوف على سلامة الأشغال ومطابقتها للمواصفات قبل تسليم المبيعات لأصحابها¹⁵ (قرار

تعقيبي مدني عدد 8233 مؤرّخ في 1 فيفري 2005، م.ق.ت. ص (34).

أمّا على مستوى خطأ الغير فيجب أن يكون من الأهمية بمكان مما يجعله يؤثّر على إنجاز الباعث العقاري بشكل لا يمكن معه لهذا الأخير تجاوزه وتقادي الآثار الناشئة عنه مثلما يجب أن يكون غير متوقّع الحدوث وإلاّ فإنّ الباعث يسأل عن الأضرار الناتجة عنه¹⁶ (سامية الدّنداني بن سالم، عقد البعث العقاري، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، سنة 1995، ص 134). ويعتبر من قبيل خطأ الغير قيام أحد الأجوار بحفريات أدّت لتصدع أو المسّ من متانة المبنى أو قيام مستأجر بتغييرات في العقار من شأنها أن تسبب عيوب تهدّد متانته وخطأ الغير يعفي الباعث العقاري من المسؤولية ولا يُبقى للمشتري سوى القيام على الجار بمطالبتة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به. وأمّا الحالة الثالثة فتتمثل في تدخل صاحب المنشأة.

الفرع الثالث : منع الاتفاق على مخالفة الضّمان

لقد منع المشرّع اتفاق الأطراف على مخالفة الضّمان ويعد كل اتفاق موضوعه الإعفاء من الضّمان أو الحدّ منه باطلا مطلقا وذلك حسب ما نصّ عليه أحكام الفصل 9 من قانون عدد 9 لسنة 1994 وهذه الصيغة الأمرة للنصوص تهّم النظام العام فالمشرّع حريصا ليس فقط لحماية المستهلك الضعيف وإنّما توفير حماية قانونية للمباني والمنشآت ضد المخاطر التي يمكن أن تترتّب عن عيوب في البناء وما يمكن أن ينجر عنها من آثار على المستوى الاجتماعي والاقتصادي. لهذا السبب فإن البطلان ينسحب على كل اتّفاق من شأنه التّنقيص من المدة أو التضييق من نطاقها في المقابل فإن الاتفاق الذي من شأنه إعطاء أكثر ضمانات للمشتري من ذلك الزيادة في مدة الضمان لأكثر من 10 سنوات تكون صحيحة ونافذة. أو على تحمل الباعث العقاري تبعة القيام بالإصلاحات الناتجة عن تهمد العقار المبيع جرّاء حادث مفاجئ أو قوّة قاهرة. وبحصول الضرر الموجب للضّمان وثبوت مسؤولية الباعث العقاري تقوم المسؤولية العشرية وتنتج آثارها.

المبحث الثاني : آثار قيام المسؤولية العشرية

تقوم مسؤولية الباعث العقاري بضمان المسؤولية العشرية في أجل سنة من ثبوت انهيار المنشأة أو المس من متانتها، وذلك متى لم يتوقّر سبب من أسباب الإعفاء، فسعى المشرّع لحماية الطرف المتضرّر بإقرار ضمان الوفاء بالية التأمين العشري تتجسد بإتباع جملة من الإجراءات التعويضية.

المطلب الأول : آلية التأمين العشري

لم يكتف المشرّع التونسي بإقرار المسؤولية العشرية ليحمي المتعاقدين من القائم بالبناء والمتدخلين معه ببسط رقابته على كامل عمليات التشييد بل قام بإصدار قانون لا يقل أهمية عن الأول وهو قانون عدد 10 المؤرخ في 31 جانفي 1994 والمتعلّق بإدراج عنوان ثالث بمجلة التأمين¹⁷ (صدرت مجلة التأمين بمقتضى القانون عدد 24 لسنة 1982 المؤرخ في 9 مارس 1992 الرائد الرّسمي عدد 17 ص 315) يسمّى التأمين في ميدان البناء، فالتأمين لم يعد مقتصرًا على حوادث الشغل بل امتد ليشمل عديد المجالات لاسيما البناء فأضحى إجباريًا، وذو صبغة تضامنية.

الفرع الأول : إجبارية التأمين

يعود الأصل في إقرار إجبارية التأمين العشري إلى التشريع الفرنسي من خلال القانون عدد 12 لسنة 1978 الصادر في 4 جانفي 1978، وقد استلم محرّرو المرسوم عدد 4 لسنة 1986 المؤرخ في 10 أكتوبر 1986 جلّ أحكام هذا القانون. وفي هذا نلاحظ أنّ التأمين العشري لم يكن قد وجد فقط كمجرّد تأمين على المسؤولية لتغطية المدينين بالضمان تجاه المشتري المتضرّر بل سعى محرّرو هذا المرسوم إلى إيجاد تأمين مضاعف.

لقد كرّس الفصل 95 من مجلة التأمين وجوبية التأمين إذ نصّ أنّ "على صاحب المنشأة أن يؤمن مسؤولية كل المتدخلين المشار إليهم بالفصل الأول من القانون المتعلّق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء بمقتضى عقد تأمين وحيد لكل حظيرة يبرم قبل افتتاحها مع مؤسسة تأمين ويخصم صاحب المنشأة من اجر كل متدخل في الحظيرة حصته من قسط التأمين بعد تسليمه نسخة من عقد التأمين" وعقد التأمين هذا يبقى قائما طول فترة المسؤولية حسب الفصل 96 من مجلة التأمين

وهو استثناء للمبدأ العام الذي ينظم عقد التأمين والذي يخول الفسخ السنوي للعقد بين المؤمن والمؤمن له حسب الفصل 5 من مجلة التأمين.

غير أنّ هناك استثناءات لمبدأ إجبارية التأمين والتي جاءت بالفصل 99 من مجلة التأمين والذي بمقتضاه استثنى المشرع انطباق التأمين الوجوبي في ميدان البناء على :

"أولا الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية والمنشآت العمومية كما عرفها القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في 1 فيفري 1989.

ثانيا الشخص المادي الذي تقدم ببناء مسكن باللجوء إلى متدخلين أو بدونه وذلك ليشغله شخصا أو ليشغله زوجه أو أصوله أو فروع أو فروع زوجه.

ثالثا الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أصحاب المنشآت التي تضبط قائمة فيها تأمر باقتراح من الوزيرين المكلفين بالمالية وبالتجهيز والإسكان".

إنّ مبدأ وجوبية التأمين تكتسي طابع حمائي للبائع العقاري الذي عادة ما يكون صاحب المنشأة فأصبح المستفيد من التأمين في الرجوع على المتعهدين بالبناء. وكذلك المشتري المتضرر من تصدع أو انهيار عقاره فيكون مستفيدا من التأمين. وما يمكن التأكيد عليه هو أهمية وجوبية التأمين المشتري خاصة من تسهيلات وسرعة في الحصول على التعويض المستحق.

الفرع الثاني : الصبغة التضامنية للتعويض

يقوم الباعث بدفع أقساط التأمين على المسؤولية العشرية باعتباره مدين للمشتري لكنه لا يتحمل لوحده أعباء التعويضات فيساهم في دفعها كلّ المتدخلين في البناء من أجورهم تضامنا مع باقي المتدخلين. وهذا ما نصت عليه أحكام الفصل 95 من مجلة التأمين "يخصم صاحب المنشأة من أجر كل متدخل في الحظيرة حصته من قسط التأمين بعد تسليمه نسخة من عقد التأمين".

ولقد اعتبر الأستاذ محمّد الزّين أنّ اختيار العقد الوحيد للحظيرة الذي يجمع في وثيقة واحدة كل عقود التأمين التي تربط المؤمن بكل متدخل

في ميدان البناء على حده من شأنه أن يساعد على عقلنة قطاع التأمين والتحكم في تكلفته الباهظة لان اختبار عقد وحيد للحظيرة يؤدي إلى تخفيض في تكاليف التصرف وذلك بتفادي تعدد عقود التأمين وتعدد الاختبارات عند حدوث الأضرار ففي هذه الحالة سوف يتم اللجوء إلى خبير وحيد يتكلف بتحديد قيمة الضرر وتمويل إصلاحه ثم بعد ذلك يقسم على كل متدخل قسطه في التعويض¹⁸ (Mohamed Ezzine, « La nouvelle législation en matière d'assurance-construction », p 244

هذه الصبغة التضامنية في التعويض تساهم في تخفيف العبء الذي قد يتحمله طرف واحد كما أنها أيضا تساهم في سرعة تمكين المتضرر من حقوقه الذي يكون في أمس الحاجة إليها.

المطلب الثاني : إجراءات الحصول على تعويض

يقتضي القيام بإجراءات الحصول على تعويض تحديد أطراف الدّعى، وطريقة القيام بهذه الدّعى.

الفرع الأول : أطراف الدّعى

حدّد الفصل الأوّل من قانون 31 جانفي 1994 أطراف الدّعى المتمثلين في الباعث العقاري والمتدخلين معه في البناء والتشييد في مقابل المشتري الذي يصبح الدائن بالتعويض منذ تسلمه للعقار ويصبح من ذالك الوقت مستحق للضمان وبالتالي القيام ضدّ الباعث العقاري ومطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالعقار لكن المشتري لا يقوم بهذه الدّعى ضدّ المتعهدين بالبناء فالمشرّع لازم الصمت في قانون 1994 رغم أن مرسوم 1986 أقرّ إمكانية القيام ضدّ المتدخلين في البناء بالتضامن فيما بينهم وهو ما يعني أنّ كل متدخل في عملية البناء لا يمكنه أن يثبت براءته باعتبار قرينة المسؤولية الموكولة عليهم وهذا من شأنه أن يضرّ بالطرف أو الأطراف الغير مسؤولة حقيقة عن الضرر. وفي كل الأحوال فإنّ غياب التضامن لن يضرّ بالمشتري بما أنّ المشرّع خول له مطالبة شركة التأمين مباشرة بالتعويض. فالباعث العقاري هو المسؤول المباشر أمام المشتري عن الأضرار ويجوز له الرجوع على المتعهدين بالبناء لاستخلاص ما دفعه وذلك تطبيقا للفصل 223 و226 من مجلة الالتزامات والعقود. وإذا انتقلت حقوق المشتري إلى خلفه الخاص أو

العام فإنّ لهم حق الرجوع على الباعث العقاري والخلف الخاصّ هو كل من يخلف السلف في حق عيني على شيء محدّد كالمشتري الذي يخلف البائع في ملكيّته للمبيع أو الموهوب له الذي

وهبه المالك الأصلي هذا الحق¹⁹ (محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، مركز الدراسات والبحوث ص 235).

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، المجلد الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة سنة 1998، ص 603)، وممارسة دعوى الضمان العشري انطلاقاً من أنّ الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل على كل من ترتّب له حقّ منهم عملاً بأحكام الفصل 241 من مجلّة الالتزامات والعقود.

الفرع الثاني : القيام بدعوى التعويض

عند حصول الضرر بالمنشأة فإنّ للمشتري المتضرّر أن يقوم مباشرة على الباعث العقاري بدعوى التعويض لكنّه غالباً ما يقوم على مؤسّسة التّأمين لتمكينه من التعويض لتقته في عدم إيسارها عند إذن يتعين عليه أن يعلم مؤسّسة التّأمين بمجرد حصول ضرر في ظرف 5 أيام من تاريخ علمه. عند ذلك يقوم خبير بطلب من مؤسّسة التّأمين لمعاينة الأضرار وتقديرها ويقدم تقريراً أولي يتضمن معلومات عن الظروف التي أدّت لحصول الضرر وتقييمها ويجب أن يقوم بهذا التقرير في أجل 60 يوماً من إعلام بحصول الضرر من طرف المتضرّر على أن يقوم التقرير النهائي للاختبار في أجل مائة وعشرون يوماً من يوم الإعلام. وتقوم عند إذن مؤسّسة التّأمين بتقدير قيمة التعويضات المقترحة وإعلام المشتري بها الذي له أن يقبل أو أن يرفض الاقتراح. في صورة قبول التعويضات المقترحة²⁰ (عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود التي تقع على الملكية- البيع والمقايضة، المجلد الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة سنة 1998، ص 603).

Mohamed Ezzine, Colloque précité, page 246)

من طرف المتضرر فإن مؤسسة التأمين تمكنه من ذلك المبلغ "في أجل مائة يوم من تاريخ معاينة الأضرار من طرف الخبير المنتدب للغرض حسب ما نصّ عليه الفصل 98 من مجلة التأمين.

وفي صورة عدم القبول من أحد الطرفين فإن مؤسسة التأمين تصرف للمتضرر في نفس الأجل 75% من هذا المبلغ على أن يحدّد المبلغ النهائي من طرف المحكمة المختصة.

مؤسسة التأمين لا يمكنها الرجوع على الأطراف المتدخلة في البناء المسببة في الضرر لاسترجاع ما دفعته إلا متى قامت بتنفيذ التزامها بالتعويض للمتضرر ولا يمكنها أن تطالب بأكثر مما دفعته حسب الفصل 98 من مجلة التأمين وعموما فإن آجال القيام بدعوى الضمان تسقط بمرور سنة كاملة من اكتشاف العيب الجسيم للمنشأة أو تهديمها حسب ما نصّ عليه الفصل 5 من قانون 31 جانفي 1994.

ومن أجل القيام بدعوى الضمان يقبل الوقف والتعليق تطبيقا لمقتضيات الفصلين 392 و 393 من مجلة الالتزامات والعقود كما يقبل الانقطاع في صورة إقرار المدين مسؤوليته بضمان الضرر والتعويض للمتضرر ويبدو أنّ أجل العام المحدد يرمي من ورائه المشرع إلى عدم إطالة المطالبة بالحقوق وليمكن المتضرر من الحصول في أقرب الآجال على التعويض، وبصفة سريعة قبل الخوض في تحديد المسؤول عن الضرر²¹ (قرار تعقيبي عدد 61028 مؤرخ في 16 جوان 2011 (غير منشور)).

خاتمة :

يرتب عقد البعث العقاري على أطرافه التزامات إذ ولئن كان التزام المشتري هو تسلم المبيع فإن التزام البائع هو تسليم المبيع وضمان العيوب والأضرار، ففيما يتعلق بضمان العيوب لقد تميز عقد البعث العقاري بضمان العيوب الظاهرة وهي خاصة بالمبيع على مثال على أن تظهر هذه العيوب خلال ثلاثة أشهر الأولى من تاريخ التسليم وهو ما اقره الفصل 16 من قانون عدد 17 لسنة 1990 وكذلك ضمان العيوب الخفية على حد السواء والتي عرفت نوع من التشدد مع البائع زاد في ترسيخه فقه القضاء الذي دأب دائما على إلحاق الباعث العقاري بالباعث المحترف سيء النية.

هذا إضافة لضمان الأضرار وهو واجب محمول على الباعث والذي نظمته المشرع بقانون عدد 9 لسنة 1994 ويقوم الضمان العشري وفقا لأحكام هذا القانون على أساس قرينة المسؤولية والتي لا يمكن دحضها إلا بإثبات تدخل صاحب المنشأة أو القوة القاهرة أو خطأ الغير. ولضمان حق المشتري في تعويض آلي وسريع تم إقرار مبدأ التأمين الوجوبي في ميدان البناء، كل ذلك يرجع لتدعيم الحماية لفائدة الطرف المدعى في هذا العقد لكن رغم هذه المجهودات المبذولة من طرف المشرع فهي تبدو قاصرة على الحماية خاصة وأن الفصل 655 م.ا.ع لم يقبل طلب الحط من الثمن في صورة قبول المشتري للمبيع المعيب.

الهوامش :

- 1 - الهادي سعيد، 1996، تطور الملكية العقارية وأثره في تونس، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، قسم ثالث، الملكية الخاصة، ص، 332 وما بعدها
- 2 - مداولات مجلس النواب عدد 29، 18 جانفي 1994، مداخلة السيد وزير التجهيز والإسكان

- 3 - Bernard Boubli, « La responsabilité et l'assurance des architectes entrepreneurs », 1 p. 228.9édition du JNA 19
- 4 - يرادف بالفرنسية كلمة مبنى « édifice » وكلمة منشأة « ouvrage »
- 5 - قرار تعقيبي (قرار المحكمة العليا)، عدد 61028، بتاريخ 16 جوان 2011 (غير منشور)
- 6 - ينصّ الفصل 1792 مدني فرنسي "أنّ المهندس المعماري والمقاول يكونان مسؤولين عن .. خلال 10 سنوات". وكذلك الفصل 651 من المجلة المدنية المصرية "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال 10 سنوات"
- 7 - محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي، القاهرة سنة 1987، ص 350
- 8 - قرار تعقيبي مدني عدد 61027 بتاريخ 16 جوان 2011 (غير منشور)
- 9 - مداولات مجلس النواب عدد 29 بتاريخ 18 جانفي 1994 ص 12
- 10 - B. Boubli, ouvrage précité, p. 88
- 11 - محمد الزّين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، الطبعة الثانية، تونس، 1997، ص 299. - محمد الحبيب الشريف، "حول الدفع بالقوة القاهرة في قضايا حوادث المرور"، مجلة القضاء والتشريع 1992، عدد 5، ص 29 وما بعدها
- 12 - قرار تعقيبي مدني عدد 7793 في 29 أفريل 1971، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1971، قسم مدني، ص 64
- 13 - قرار تعقيبي مدني عدد 16957 مؤرّخ في 25 أفريل 1989، م.ت. لسنة 1989، القسم المدني، ص 1989
- 14 - Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, Droit de la promotion immobilière précis Dalloz., n° 132, p.

- B. Boubli, op. cit., n° 335 et 120 et 121.ed 1998
336, p. 205
- 15 - قرار تعقيبي مدني عدد 8233 مؤرخ في 1 فيفري 2005،
م.ق.ت. ص 34
- 16 - سامية الدنداني بن سالم، عقد البعث العقاري، مذكرة لنيل شهادة
الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية
بتونس، سنة 1995، ص 134
- 17- صدرت مجلة التأمين بمقتضى القانون عدد 24 لسنة 1982
المؤرخ في 9 مارس 1992 الرائد الرسمي عدد 17 ص 315
- 18 - Mohamed Ezzine, « La nouvelle législation
-construction », p 244 en matière d'assurance
- 19 - محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، كلية
الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، مركز الدراسات والبحوث ص
235.
- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، العقود التي تقع على الملكية -البيع
والمقايضة، المجلد الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان،
الطبعة الثالثة الجديدة سنة 1998، ص 603
- 20 - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، العقود التي تقع على الملكية-البيع
والمقايضة، المجلد الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان،
الطبعة الثالثة الجديدة سنة 1998، ص 603.
- Mohamed Ezzine, Colloque précité, page 246)
- 21 - قرار تعقيبي عدد 61028 مؤرخ في 16 جوان 2011 (غير
منشور)

المراجع :

- الهادي سعيد، 1996، تطور الملكية العقارية وأثره في تونس، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، قسم ثالث، الملكية الخاصة.
- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة-، المجلد الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، سنة 1998.
- محمد الزّين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، الطبعة الثانية، تونس، 1997.
- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي، القاهرة سنة 1987.
- محمّد الحبيب الشريف، "حول الدفع بالقوة القاهرة في قضايا حوادث المرور"، مجلة القضاء والتشريع 1992، عدد 5.
- محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، مركز الدراسات والبحوث.
- سامية الدّنداني بن سالم، عقد البعث العقاري، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، سنة 1995.
- مجلّة التأمين عدد 24 لسنة 1982 المؤرّخ في 9 مارس 1992 الرائد الرّسمي عدد 17.
- قرار تعقيبي مدني عدد 7793 في 29 أفريل 1971، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1971، قسم مدني.
- قرار تعقيبي مدني عدد 16957 مؤرّخ في 25 أفريل 1989، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1989، القسم المدني.
- قرار تعقيبي مدني عدد 8233 مؤرّخ في 1 فيفري 2005، نشرية محكمة التعقيب.
- قرار تعقيبي (قرار المحكمة العليا)، عدد 61028، بتاريخ 16 جوان 2011 (غير منشور).

- مداولات مجلس النواب عدد 29، 18 جانفي 1994، مداخلة السيد وزير التجهيز والإسكان.

- Bernard Boubli, « La responsabilité et l'assurance des architectes entrepreneurs », édition du JNA 1991 p. 228.

- Mohamed Ezzine, « La nouvelle législation en matière d'assurance -construction », p 244

- Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, Droit de la promotion immobilière précis Dalloz., n° 132, p. 120 et 121.ed 1998 - B. Boubli, op. cit., n° 335 et 336, p. 205