جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص : القانون العقاري و الزراعي

أثر السبب الأجنبي في إنتفاء المسؤولية العشرية

من طرف

مريم لواشني

أمام اللجنة المشكلة من

بلقاسم أحمد	**أستاذ محاضر ، جامعة البليدة**	**رئيسا**
العشاوي عبد العزيز	**أستاذ محاضر ، جامعة البليدة**	**مشرفا و مقررا**
بن رقية بن يوسف	**أستاذ محاضر ، جامعة البليدة**	**عضوا مناقشا**
خليفاتي عبد الرحما ن	**أستاذ مكلف بالدروس، جامعة البليدة**	**عضوا مناقشا**

البليدة ، افريل 2007

ملخص

إن المسـؤولية العشـرية للمقـاول و المهنـدس المعمـاري هـو بقـاء كـل مـن المقـاول و الـــمهندس المعماري ضامنا ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئـي فيما شيداه مـــن مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ، ويشمل الـــضمان ما يوجد في المباني و المنشآت من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته وتبدأ مدة الســـــــنوات العشر من وقت تسلما العمل نهائيا ،

وبهذا تنفرد المسؤولية العشرية عن باقي المسؤولية العقدية – كونها مسؤولية عقدية تنشأ عن عقـــد المقاولة القائم بين رب العمل و كل من المقاول و المهندس المكلفين بالبناء – ببقاء المقاول و الـــمهندس المعماري مسؤولين بعد إنتهاء عقد المقاولة بالتسليم النهائي للأعمال .

و هذه المســؤولية لا سبيل لدرئها (التنصل منها) إلا بوسيلة واحدة وهي إثبات السبب الأجنبي الذي تدخل ، و أحدث العيب في متانة و سلامة هذا الأخير.

و السبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة أو حادث فجائيا و قد يكون خطأ رب العمل نفسه أي المضرور في نفس الوقت و قد يكون خطأ الغير الذي ليس له علاقة بأي من طرفي العقد .
وأيا كانت صورة السبب الأجنبي فإن تدخله يقطع علاقة السببية بين خطأ الـــمقاول أو المهندس المعماري أو كل من شارك في عملية التشييد من مكاتب فنية و إستشارية و مـــــراقبين عقاريين و بين الضرر الناتج ،حيث أنه لايثبت الخطأ من جانب المقاول أو المهندس المعمـاري فلا تثبت المسؤولية في جانبهما .

إذن فإن السبب الأجنبي هو نفي المسؤوليةالعشري في جاب كل من المقاول والمهندس المعماري و بمفهوم المخالفة لا مسؤولية إذ أثبت المقاول أو المهندس المعمـــــاري المـمثلة في إحدى صوره الثلاث.

شكر

شكر خاص للأستاذ العـــيشاوي عـــبد الـــــــعـــــــــزيز الـــذي قـــبل الإشرف على رسالتي وقدم لي الـــتوجيهات للقيام بهذا البـــحث كما أتقدم بالشكر إلى أساتذة كلية الحقوق بجامعة سعد دحلب بالبليدة و كل من قدم لي يد العون لإتمام هذا العمل المتواضع .

الفهرس

ملخص

شكر

الفهرس

مقدمة.....08

1. تحديد المقصود بالمسؤولية العشرية.....11

1.1 . نطاق المسؤولية العشرية 12

1.1.1 الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية ونطاقها الزماني 12

1.1.1.1 . الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية 13

1.1.1.1 . النطاق الزماني 16

2.1.1. خصائص المسؤولية العشرية و أطرافها.....18

1.2.1.1 . خصائص المسؤولية العشرية 19

1.1.2.1.1. المسؤولية العشرية مسؤولية مفترضة بقوة القانون 19

2.1.2.1.1 . مسؤولية العشرية مسؤولية متعلقة بالنظام العام 20

2.2.1.1 . أطراف المسؤولية العشرية 21

1.2.2.1.1 . صاحب الحق في الضمان العشري أو المدعي في المسؤولية العشرية.....21

2.2.2.1.1 . : الملتزم بالضمان أو المدعي عليه في المسؤولية العشرية 22

2.1 . شروط قيام المسؤولية العشرية 25

1.2.1 . وجود عقد مقاولة 26

1.1.2.1 . مفهوم عقد المقاولة 26

1.1.1.2.1 . تعريف عقد المقاولة وتحديد خصائصه 26

2.1.1.2.1 . تمييز عقد المقاولة عن ما يشبهه من العقود 28

2.1.2.1 . محل عقد المقاولة تشييد مباني أو إقامة منشآت ثابتة أخرى.....29

1.2.1.2.1 . تشييد مباني 29
2.2.1.2.1 إقامة المنشآت الثابتة أخرى.....30
2.2.1 . حصول التهدم أو ظهور العيب بعد تسلم العمل من طرف رب العمل و خلال مدة عشر سنوات من تاريخ التسلم 31
1.2.2.1 . حصول التهدم أو ظهور العيب بعد تسلم الأعمال من طرف رب العمل 32
1.1.2.2.1 . : حصول التهدم 32
2.1.2.2.1 . ظهور عيب في البناء يهدد سلامته و متانته 33
2.2.2.1 . حصول التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم الأعمال من طرف رب العمل 34
2. أثر السبب الأجنبي بطبيعته في إنتفاء المسؤولية العشرية 39
1.2 . مفهوم القوة القاهرة أو الحادث الفجائي و تحديد شروط تحققها 40
1.1.2 . مفهوم القوة القاهرة أو الحادث الفجائي 40
1.1.1.2 . تعريف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.....41
1.1.1.1.2 . التعريف التشريعي 41
2.1.1.1.2 . التعريف الفقهي و القضائي.....42
2.1.1.2 . وحدة القوة القاهرة و الحادث الفجائي أو إزدواجهما 43
1.2.1.1.2 . وحدة القوة القاهرة و الحادث الفجائي 43
2.2.1.1.2 . إزدواج القوة القاهرة والحادث الفجائي 43
2.1.2 . شروط تحقق القوة القاهرة 44
1.2.1.2 . إنتفاء الإسناد 45
2.2.1.2 عدم إمكان التوقع و عدم إمكان الدفع 49
1.2.2.1.2 . عدم إمكان التوقع.....49
2.2.2.1.2 .عدم إمكان الدفع 52
2.2. أثر تحقق القوة القاهرة على المسؤولية العشرية و اجبارية التامين ضد الكوارث الطبيعية..... 54
1.2.2 . أثر تحقق القوة القاهرة على المسؤولية العشرية 55
1.1.2.2 القوة القاهرة السبب الوحيد في تهدم البناء أو تعيبه.....56
2.1.2.2 . القوة القاهرة أحد الأسباب المساهمة في تهدم البناء أوتعيبه.....58
2.2.2 . إجبارية التامين ضد الكوارث الطبيعية.....60

1.2.2.2 . ماهية التامين.....61
1.1.2.2.2 . تعريف لتامين.....62
2.1.2.2.2 . عناصر التامين.....64
3.1.2.2.2 أشخاص عقد التامين.....70
4.1.2.2.2 . تقسيمات التامين.....72
2.2.2.2 .التامين ضد الكوارث الطبيعية.....74
1.2.2.2.2 .نطاق التامين على الكوارث الطبيعية من حيث الأشخاص.....75
2.2.2.2.2 .موضوع التامين على الكوارث الطبيعية.....78
3.2.2.2.2 . الصفة الإلزامية للتامين على الكوارث لطبيعية.....79
3 . أثر السبب الأجنبي بالنسبة إلى المقاول أو المهندس المعماري.....83
1.3 . التعريف بالخطأ.....84
1.1.3. تعريف الخطأ وتبيان العناصر التي يقوم عليها.....85
1.1.1.3 . تعريف الخطأ.....86
2.1.1.3. . عناصر الخطأ.....87
1.2.1.1.3 . العنصر المادي.....87
2.2.1.1.3 . العنصر المعنوي.....90
2.1.3 . أنواع الخطأ.....94
1.2.1.3 . الخطأ المقصود و الخطأ غير المقصود.....95
2.2.1.3. الخطأ الجسيم و الخطأ السلبي.....97.
2.3. أثر خطا رب العمل و خطا الغير في إنتفاء المسؤولية العشرية.....98
1.2.3. خطا رب العمل.....99
1.1.2.3 . خطا رب العمل الخبير في فن البناء.....100
2.1.2.3 . خطا رب العمل غير الخبير في فن البناء.....102
2.2.3 . خطا الغير.....104
1.2.2.3 . خطا الغير الأجنبي تماما عن عملية التشييد.....105
2.2.2.3 . خطا الغير المتصل بعملية التشييد.....106

خاتمة.....108
قائمة المراجع.....110

مـقدمــة

منذ عرف الإنسان فن العمران وهو في صـراع مستمر من أجـل تطوير هـذا الفـن والنهوض بمجتمعه إلى أرقى المستويات لا سيما أن الـعمران رمـز الحضارات ، لكـن فـي ظـل أزمـة الإسكان الحالية التي عرفتها البشرية أصبح توفـر المسكـن المستقل من الطموحات التي يسعى إلى تحقيقها كل فرد في المجتـمع ، و استجابـة لمتطـلبات الإنسان المتزايدة والنمو السكاني المستمر إتجه فن العمران إلى ضخامة المباني وسرعة إنـجازها وتداخل تركيبتها وكثافتها ، ممـا يغـري محترفـي عملـية المعمـار مـن مقـاولين ومهندسـين معمـاريين ، علـى سـرعـة إنـجاز المشروعات الموكلة إليهـم للتعاقد على غيرهـا ، وفي بعض الأحيان لا تراعـى الـقواعد والمواصفات الفنيـة التي تفرضـها القوانين الوضعـية، نتيجـة للرغبـة في تحقيق أكبر كسب مـمكن وإستغلالا للحاجـة الملحـة للسكن ، ومثل هذه السـرعة ومـا ينجر عنهـا من قصور وإهـمـال وعـدم مطابقـة المواصفات الفنيـة المعمول بهـا، كثيـرا مـا يـأتي علـى حساب مـتانة وصلابه البـناء وقوة تحملـه للصدمات ، وهذا مـا يسفر في الأخيرعـن العديد من الحوادث و الـمساس بسلامة الأفراد وتعريض أمولهم وأرواحهم للـعديد من المـخاطر والأضـرار ، نـتيجة مـا يظهر فـي البـناء من عيوب أو مايحدث فيهـا من تـهدم ، يخـل بإستقرار السكان وأمـنهم في حين تـعتبر المبانـي و السكنات رمز إستقرار الإنـسان ومرتـع أمـنه، وسكينته ، فالمساس بهذا الرمـز يعتبر مساسا بكيان الإنسان ووجوده وهبوطا بمستوى المجتمع وتـقهقرا في رقيه وتقدمه ، فنحن نلاحظ مـا لفن العمران من رقي بالمجتـمع وتقدمـه وهو بالـمقابل سببا في تدنيه وتخلفه ، وذلك كله تتحكم فيه يد المشيدين ، فعدم الدقة في تنـفيذ الأعمال من جانب المقاول، و الإهمـال في الملاحـظة والإشراف على هذه الأعمـال من جـانب المهندس ، فضلا عن اللجوء للغش من طرف المقاول ، بإستـخدام مواد غير مطابقة للمواصفات الفنية ، أو بتوفير كم لازم من هذه المـواد بغيـة تحقيـق الـمزيد من الربح، بـعلم المـهندس المعمـاري المشرف علـى التنفيذ في بعض الأحيـان أو بإهمالـه في هذا الإشراف في أحـيان أخـرى ، يـؤدي إلـى انـهيار المباني أو تصدعها ، ولا يمثل ذلك تحديا لمـشاعر المتطـلعين إلـى المـأوى و الاستقرار

فحسب وإنما يشكل بالتأكيد خسارة للإقتصاد الوطني وتهديدا خطيرا لأرواح الناس ، وسلامتهم وسلامة ممتلكاتهم.

لهذه النتائج الوخيمة المنجرة عن التشييد أبدت القوانين منذ زمن بعيد التشدد مع القائمين على هذه العملية ، من مقاولين ومهندسين معماريين ، فقد كان قانون حمورابي -على سبيل المثال-يفرض عقوبة الموت جزاء لمن تولى تشييد المبنى الذي إنهار فقتل مالكه ، اما في القانون الروماني فقد كان المهندس المعماري يضمن البناء،وتبقى مسؤوليته عن الخلل الذي يصيبه مدة خمس عشرة سنة وذلك في ما يتعلق بالأشغال العامة ، وقد إمتدت هذه المسؤولية في القانون الفرنسي القديم إلى مجال الأشغال الخاصة ،وشملت كلا من المقاول و المهندس ، و خفضت مدتها إلى عشر سنوات .

ويبدو التشديد بوضوح في الوقت الحاضر ، في إفتراض المسؤولية في جانب المقاولين و المهندسين المعماريين ، وكل من يشارك في عملية التشييد من مكاتب فنية و استشارية ومراقبين عقاريين وغيرهم ، وإمتداد هذه المسؤولية مدة عشر سنوات بعد إنجاز المباني والمنشآت وتسليمها، وضمانهم في نفس الوقت حصول المتضررين على التعويضات اللازمة لجبر الأضرار الناجمة عن تعيب المباني و الإنشاءات .

ولا يمكن للمشيدين التنصل من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، حيث تتدخل في إحداث التهدم أو ظهور العيب في البناء أسباب خارجية لا يد للمشيدين فيها، وتكمن هنا قمة التشدد القانوني إتجاه المسؤولية العشرية حينما لم تدع القوانين الوضعية وسيلة للهروب من المسؤولية سوى وسيلة الدفع بالسبب الأجنبي لنفي هذه المسؤولية ، و يقع عبء إثبات ذلك على عاتق المشيد الذي تفترض مسؤوليته بمجرد حصول التهدم أو ظهور العيب في المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى .

والقاعدة العامة في المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية أو التقصيرية لا سبيل لدفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير، وذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 127 من القانون المدني.

ولا شك في أن هذه القاعدة تنطبق على المسؤولية العشرية للمقاول و المهندس المعماري بإعتبارها نوع خاص منا لمسؤولية المدنية ، كونها مفترضة بقوة القانون تقام بدون إثبات خطأ المهندس المعماري و المقاول ، وهي من النظام العام لايجوز الإتفاق على مخالفتها ، وهي مستمرة مدة عشر سنوات بعد إنقضاء التعهد الأصلي بالتسليم النهائي لأعمال البناء .

وقد إستحدث المشرع الجزائري قانون خاص بإجبارية التأمين ضد الكوارث الطبيعية بالنسبة للعقارات المبنية سواء كانت مدة الضمان العشري سارية أو إنتهت ، ضمانا لحقوق المتضررين وحصولهم على تعويض في حالة ثبوت الكارثة الطبيعية كقوة قاهرة لا يمكن توقعها ولا سبيل لدرئها.

وبالتالي فإن موضوع الدراسة يتمحور حول تبيان أثر كل واحد من الأسباب الأجنبية المبينة أعلاه في إنتفاء المسؤولية العشرية بعد إعطاء حوصلة حول ماهية المسؤولية العشرية ، فلا يجوز معرفة أثر السبب الأجنبي في هذه المسؤولية دون معرفة ماهيتها .

وتبيان قانون إجبارية التأمين ضد الكوارث الطبيعية بالنسبة للعقارات المبنية ، و يكون هذا التحليل تماشيا مع القانون المدني و القوانين و المراسيم اللاحقة له ، متبعين في ذلك الدراسة التحليلية لهذه المفاهيم و مقاصدها القانونية .

الفصل 1

تحديد المقصود بالمسؤولية العشرية

حتى نعرف كيف يستطيع كل من المقاول و المهندس المعماري دفع مسئوليتهما العشرية ، وما هي العلاقة بين السبب الأجنبي و المسؤولية العشرية؟ يجب أن نعرف ما هي هذه المسؤولية لاسيما أن تشريعات تنظيم البناء و العمران بدأت تحتل أهمية خاصة في الأنظمة القانونية الحديثة، فقد اتجه المشرع إلى تنظيم عمليات البناء من خلال التخطيط العمراني و الرقابة على التنفيذ و مدى مطابقته للمواصفات و قواعد السلامة ، وعمل من جانب أخر على وضع قواعد مشددة للمسؤولية من شأنها حث القائمين بأعمال البناء على الدقة و حسن التنفيذ ، وتضمن في نفس الوقت حصول المتضررين على التعويضات اللازمة لجبر الأضرار الناجمة عن تعيب المباني و الإنشاءات، و لعل التشديد يبدو بتحميل المسؤولية المدنية للقائمين على عمليات البناء في حالة حصول تهدم البناءات أو المنشات المقامة من طرفهم أو إصابتها بتصدعات خطيرة تهدد سلامة شاغليها مخضعا كل من القائمين على عمليات البناء مهندسا معماريا كان أو مقاولا إلى نوع خاص من المسؤولية المدنية ميزتها أنها تضامنية و مفترضة بقوة القانون.

وإذا كانت المسؤولية العشرية نوع خاص من أنواع المسؤولية المدنية فهي بدون شك لا سبيل لدفعها إلا بإثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي، وهذا هو موضوع دراستنا نتطرق إليه بعد معرفة المقصود بالمسؤولية العشرية من خلال هذا الفصل الذي نقسمه إلى مبحثين على الشكل التالي:

المبحث الأول : نطاق المسؤولية العشرية

المبحث الثاني : شروط قيام المسؤولية العشرية

1.1. نطاق المسؤولية العشرية

تقوم المسؤولية العشرية للمقاولين و المهندسين المعماريين على ما ترتبه البناءات المقامة من جانبهم من أضرار لمالكي السكنات وشاغليها خلال عشر سنوات من التسليم النهائي لتلك البناءات.

فهي إذن تقوم نتيجة إلتزام سابق وهو ضمان سلامة البناء ، الشيء الذي يجعلها تشترك مع باقي أنواع المسؤولية المدنية في كونها تقوم نتيجة إخلال بإلتزام ما .

وعلى هذا الأساس يتحدد نطاق المسؤولية العشرية من حيث الطبيعة القانونية، و من حيث الزمان ،ومن حيث الخصائص ، و من حيث الأطراف .

وحتى يتسنى لنا معالجة نطاق المسؤولية العشرية نقسم المبحث إلى مطلبين على الوجه التالي :

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية ونطاقها الزماني.

المطلب الثاني : خصائص المسؤولية العشرية و أطرافها .

1.1.1. الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية ونطاقها الزماني

يرتبط المقاول أو المهندس المعماري مع المالك بعقد مقاولة يتعهد بمقتضاه الطرف الأول بإنشاء البناء أو جزء منه مقابل اجر معين يتعهد به الطرف الثاني، يترتب على هذا العقد أن تنشأ التزامات في جانب المقاول و التزامات مقابلة في جانب صاحب العمل.

و من الطبيعي أن أي عقد من العقود، مسماة أو غير مسماة ينقضي بتنفيذ الالتزامات المتولدة عنه من قبل الملتزمين بتنفيذه بموجب العقد ، وعليه فإن الأصل أن ينتهي عقد المقاولة الواردة على إنشاء المباني و المنشآت الثابتة الأخرى بانتهاء العمل وانقضاء

الالـتزامات الناشئة عنـه ،إلا أن الـــمادة 554 من القـانون المدني الجزائـري ، أبقت الـمقاول و المـــــهندس المعماري مسؤولين عن ما يـحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مباني ، و مـا أقـــــاماه من منشـاءات ثابتـة أخـرى حتـى لـو كـان التـهدم ناشـئا عـــن عيـب الأرض ذاتها،خـلال مـــــدة عشر سنوات تبدأ من وقت إتمام العمل و تسليمه،وواضح أن هذا الـنص يعني أن القانون قد مد مسؤولية المقاول و المهندس إلى ما بعد تسلم المـباني على خلاف مـا يقتضيه عقد المقاولة من انقضاء الالتزام فيه بالضمان ، بتسـليم البنـاء مقبـولا بـحالته الظاهرة التي هو عليها .

وعليه ونظرا لإمتداد مســؤولية المـــقاول و المهندس المعماري إلى ما بعد انقضاء عقد المقاولـة ، لابد من معرفة التكييف القانوني لهذه المسؤولية ونطاقها الزماني .

1.1.1.1. الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية

إن كل مسؤولية إنما تنشأ عن إخلال بالتزام سابق فهي تجتمع على تقصيرو ضرر وعلاقة سببية بينهما ، وقد يختلف نوعها بعد ذلك باختلاف مـصدر هـــــــــــذا الإلتزام الســـابق .

فإذا كان مصدره الإرادة فهي مسؤولية عقدية وهي التي تنشأ عن الإخـــلال بما الـتزم به المتعاقد ، و إذا كان مصدره الـقانون فهي مسؤولـيـة غـــــيـر عقـدية أو تقـصيرية [1] ص10.

ويقصد بالمسؤولية المدنية بشــكل عام جزاء الإخلال بالـــتزام سواء كان مـصدره الإرادة أو مصدره الـقانون ويتمثل هذا الجزاء في التعويض المقرر في ذمة المـسؤول ، وبـــهذا قد تكون المسؤولية المدنية عقدية وقد تـكون مسؤولية تقصيرية ، حـيث يتـحكم في نـــــــوع المسؤولية المدنية ،مصدر الالتزام الذي قد يكون عقدا يـربط بين المسـؤول و المتضرر،وبـذلك الالتزامات التعاقدية تختلف باختلاف نوع العقد المبرم بين الطرفين [2] ص10،وقد يكون مصدر الالتزام قانون في صـورة تكاليف عامة يفرضها علـى الكافة بحيث يعتبر المسؤول أجنـبيا عن المتضرر ، وبالتالي الإلتزام القانــوني فيها دائما واحد لا يتغـير هو عدم الإضرار بالغير .

ولقد ثار جدل فقـهي طويل حول مسألة إزدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ، حيث إنقسم الفـقه إلى رأيين أحـدهما يرى عدم التمييز بين المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقـدية و رأي أخر لا يرى محلا للتمييز بينهما.

أي أنه توجد فروق هامة بين المسؤوليتين، و هؤلاء هم أنـصار الإزدواج ، يشـكلون الأغـلبية غـير أن الفريق الأخر لايرى محلا للتمييز بينهما نظرا لانـعدام الإختلاف بينهما من حيث الطـبيعة و النـتيجة و هـؤلاء هم أنصار وحـدة المسؤولية .

و بما أن أنصار الإزدواج يشكلـون الأغلبية فإن الرأي السـائد و الراجح في الفـقه مستقر على التمييز بين المسؤوليتين .

و من نتائج هذا التمييز عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين الذي يتيح الحصول على أكثر من تعويض واحد ، وإنـما يتيح للمتضـرر الخيرة بين المسؤوليتين إذا كـان للخـطأ وجـهان من الإخـلال أي الإخلال بإلـتزام تعاقدي يربط المسؤول بالمتضـرر، والإخـلال بإلتزام قـانوني فرضـه القـانون على الكـافة.

ولهذا التمييز أيضا أهمية من حيث أنه لا يفوت على المتضـرر إستفاء التعويض بحيث إذا إنغلق على العاقد باب المسؤولية العقدية لعدم إعذار مدينه أو نـتيجة تقادم قصير المدة يجد أمـامه طـريق المسؤولية التقصيرية إذا توفرت له شروطها .

وبهذا التمـييز الواضـح المسؤولية المدنية التـي هي جزاء الإخلال بإلتزام سابق ، نوعان مسؤولية عقدية ، ومسؤولية تقصيرية .

ويتـحدد نطاق المـسؤولية العقدية على أساس وجـود عقد يربط بين المـسؤول و المتضرر حيث يخل أحد المتـعاقدين بإلتزاماته التعاقدية ويسبب ذلك ضـررا للغير ، فلا مسؤولية عقدية إن لم يتوفر في العلاقة بين المسؤول و المضرور عقد ، و مـن ثـم يشترط لقيام المسؤولية العقدية شرطان :

- ضرورة وجود عقد صحيح يربط بين المسؤول و المضرور .
- أن يخل أحد الـمتعاقدين بالإلتزامات النـاشئة عن هذا العقد مرتبا هذا الإخلال ضررا للطرف الأخر.

بدون هذين الشرطين لانكون بصدد المسؤولية العقدية و إنما تقوم المسؤولية التقصيرية التي تتحدد عندما لا تنعقد المسؤولية العقدية بسبب إنتفاء أحد شروطها .

بعد أن تطرقنا للمسؤولية المدنية و عرفنا نوعيها ونطاق كل نوع نود معرفة المسؤولية العشرية – موضوع دراستنا – كنوع من أنواع المسؤولية المدنية بصفة عامة و نحدد نطاقها بالنسبة إلى نوعي المسؤولية المدنية بمعنى هل المسؤولية العشـــرية مسؤولـية عقدية أو مسؤولية تقصيرية ؟

فالمسؤولية العشرية تقوم نتيجـة إخـلال كل من المهندس و الـــمقاول بإلتزام وهو إلتزام بـــبقاء البناء الذي شيداه قائمـــا مدة عشـــر سنوات بعد تسليمه .

وهذا الإلتزام هل يكـيف على أساس أنه إلتزام قـــانوني ام إلتزام تـــــعاقدي ناشئ عن عقد المقاولة الذي يربط المقاول برب العـــمل .

ونجد في هذا المجال أن الفقه قد إختلف أيضا في تحديد طبيعة ونطاق المسؤولية العشرية وإنقسم في ذلك إلى إتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى بأن المسؤوليـــة العشرية هي مسؤولية تقصيرية مصدرها المباشر نصوص القانون المنظمة للضمـــان ، على أساس أن إلتزام المـــقاول أو المهـندس المعـــمـــاري الناشئ عـن العقد ينـحصر في تنفـيذ الأعمـــال الإنـشائية وتسليمـــها إلـى رب الـعمـل[3] ص21، و انه بتسلم هذا الأخـير الأعمال ينتهي عقد المقاولة ،

فإذا ما بقى المهنـــدسـون المعماريون أو المـقاولون مسؤولون بعد تسليم الأعمـال فذلك لا يمكن أن يـكون إلا بالإرادة العليا للمشرع لتغدو مسؤوليتهم عندئذ مسؤوليـة قانونية (تقصيرية) [4]. ص273

أنتقد هذا الرأي على أساس أن الإلتزام التعاقدي لا ينتهي بمجرد التسليم و إنما يستمر بعد ذلك لـــضمان العيوب الخفية حسب نـــوع العقد المنشئ للإلتزام .

الإتجاه الثاني: تأسيسا على النقد السابق ذهب الإتجاه الثاني إلى أن مسؤولية مهندس و المقاول مسؤولية عقدية ناشئة عن عقد المقاولة ، و أن تسليم الأعمال لا يمكن أن ينهي وحده هذا العقد[5]ص322، حيث أن الإلتزام ببقاء البناء الذي شيده كل من المقاول و المهندس المعماري متينا قائما لمدة عشر سنوات ، اساسه عقد المقاولة الذي يربطهما برب العمل .

فلولا عقد المقاولة لما تحملا هذا الالتزام ، ولا يمكن أن ينصرف هذا الالتزام إلى الكافة على أساس المسؤولية القانونية (التقصيرية) للأن هذه الأخيرة تقوم على إلتزام واحد غير متغيرهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري. [6]

تقبلها المادة 168 من القانون المدني المصري .

فحسب رأي هذا الاتجاه المقاول و المهندس المعماري مقيدين بالتزامين هما :

- **الالتزام بإقامة البناء**
- **الالتزام بالضمان (ضمان العيوب الخفية)**

وهما التزامين مترابطين تعاقديين بتحقيق نتيجة ، فإن عدم تحقق النتيجة بظهور العيب الذي يهدد سلامة البناء يكفي لقيام مسؤولية المشيد .

ونحن نرى بذلك أن مسؤولية المقاول و المهندس المعماري هي إحدى تطبيقات النظرية العامة للمسؤولية العقدية رغم أن عقد المقاولة ينقضي بمجرد التسليم النهائي للبناء ، ولكن الإلتزام الناشئ عنها يبقى ساريا مدة العشر سنوات التالية للتسليم النهائي للأعمال .

فالمسؤولية العشرية حسب هذا التحليل هي نوع خاص من المسؤولية العقدية لا تقوم إلا إذا اجتمعت الشروط الخاصة بها .

هذا من جانب النطاق الموضوعي أو الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية .

2.1.1.1. النطاق الزماني

تنفرد المسؤولية العشرية للمقاول و المهندس المعماري عن باقي أنواع

المسؤولية العقدية ببقاء المقاول و المـــــــهـندس المعـــــماري مسـؤولين بـــعد إنتـهاء عقد

المقاولة بالتـسليم النـــهائي للأعمـــال ، وذلك لـمدة عـشر ســـــــــنوات كـــــــــــما هـو واضح من تســميتها ، و هذه المـدة تشكل لنا الـنطاق الزمـني الذي يـــــــــــــبدأ من وقت تسلم العمل من قبل رب العمل .

وتـمثل هـذه الفتـــــــرة مـــــــــدة ضـــمان يـبقى خلالـها الملتزم مطالبا بالضـمان إذا ما ثبت العيب في البناء المشيد ، وهذا ما جاء في صـــــريح المادة 554 من القانون المدني الجزائري التي تنــص عـلى أنه:

" يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامنين ما يحـــــــدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابـــــتة أخرى ولو كان التهدم ناشـئا عن عيب في الأرض و يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقــرة السابقة ما يوجد في المباني و المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد مـتانة البـناء و سـلامـته.

وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا .

ولا تسري هذه المـــادة على ما قد يكـون للمقــاول مــن حـــق الرجـوع على المقاوليين الفرعيين ."

وهي أيضا مدة إختبار لمتانة البناء وصلابته وسلامته ، وهـــــي بهذا الوصف تعتبر مدة سـقوط و ليس مدة تقادم و بالتالي لاتكون مدة العشر سنوات عرضة للـــــوقف أو الإنقطاع أين يظل حق المستفيد من الضمان العشري قائما إ غاية مرور هذه المـــدة [1]ص1366.

إن هذه السنوات العشر التي نص عليها القانون ليست من قبـيل أحوال الـــــــــــتقادم، وإنما هي مهلة فرضها المشرع لإنتهاء أجل الضمان .

و يلاحظ أن المشرع الجزائري إعتبر مدة الضمان العشري مدة سقوط لا تقبل الإـــــنقطاع أو الوقف ، وليست مدة تقادم بإعتباره قد نص على التقادم في أحكام القسم الثالث من الفصـــــل الثالث من الباب الخامس من الـكتاب الثاني مـن الـــــــــقانـــــــون المـــدني فـي المواد من 308إلىغاية322 .

فمسؤولية المقاولين والمهندسين المعماريين لها نطاق زماني (10 سنوات) يبدأ من وقت تسلم العمل،وذلك يعني أن رب العمل قد قام بمعاينة المبنى ، وأنه سليم ومطابق لما هو متفق عليه من الأصول الفنية ،أي أن مدة الضمان تكون من تاريخ التسليم النهائي ويكفي لقيام الضمان أن يتحقق العيب خلال مدة الضمان حتى وإن لم تتبين أثاره إلا بعد إنقضائها [3] ص23 ، وإذا رفض رب العمل تسلم العمل فتبدأ مدة العشر سنوات من وقت

إعذاره ، ويقع عبء إثبات التقبل و تاريخه على عاتق رب العمل ، لأنه هو الذي يدعي الضمان الخاص ، ويطلب الإستفادة من تطبيق قواعده فيجب أن يثبت أن سببه قد قام خلال المدة التي قررها القانون للضمان ، ويمكن إثبات التسلم وتاريخه بمحضر تسليم إذا وجد أو بتسوية الحساب بين رب العمل والمقاول إذا وجد مستند يثبت ذلك أو بأية طريقة من طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن لأن التسليم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق [1]ص 1365 .

وبعد أن عرفنا نطاق المسؤولية العشرية من حيث الطبيعة القانونية والزمان نعرج على معرفة خصائصها لحصر معالمها وتمييزها عن غيرها من أنواع المسؤولية المدنية ، وكذلك تحديد من هم أطراف هذه المسؤولية ؟

2.1.1 . خصائص المسؤولية العشرية وأطرافها

إن المسؤولية العشرية للمقاول و المهندس المعماري مسؤولية عقدية ذات طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من أنواع المسؤولية المدنية مميزات هي كونها مسؤولية مفترضة بقوة القانون،ومتعلقة بالنظام العام فلا يجوز الإتفاق على مخالفتها او إستبعادها أو التخفيف منها أو دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي ، و هذه المسؤولية لها أطراف حددهم المشرع على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ، إذ نص على أطراف الضمان العشري التقليديين في أحكام القانون المدني وأضاف أطرافا أخرى في قانون النشاط العقاري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 93 -03 المؤرخ في 01-03-1993 ، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07-03-1994 وكذا قانون التأمين الصادر بالأمر رقم 95-07 ،

وبإســتقراء هذه النصـوص نلاحـظ أن أطراف المســؤولية العشرية صنفان المسؤولون في المسؤولية العشرية و المستفيدون من المسؤولية العشرية .

و سيأتي تبيان ذلك تفصيلا في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : خصائص المسؤولية العشرية .

الفرع الثاني : أطراف المسؤولية العشرية .

1.2.1.1. خصائص المسؤولية العشرية

تعتبر المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري من حيث طبـيعتها القانونية ونطاقها الزمني ذات خصـائـص تميزهـا عـن غيرها من المسؤوليات المدنية بحيث تعتبر المسؤولية العشرية مفترضة بقوة القــانون، ومتعلقة بالـنظام العام فلا يمــكن الإتـفاق على مخالفتها .

بهذا نتناول هاتين الخاصتين من خلال العنصرين التاليين :

1.1.2.1.1 : المسؤولية العشرية مسؤولية مفترضة بقوة القانون

جرت العادة في القواعد العامة على أنه لاتقوم الـمسؤولية العـــــقدية إلا بإثبات الخطأ أو الإخلال بالإلتزام العقدي، أما بالنسبة للمسؤولية العشرية فقد ساير المشـــــــــرع الـــــــجزائري المشرع الفرنسي في نص الـمادة 554 من القانون المـدني الجزائري إقتـداءا بـالـــــــــــــمادة 1792 المعدلة بقانون 04-01-1978 من القانون المدني الفرنســي بحيث إعتبر قـــــــــــرينة مسؤولية المقاول و المهندس المعماري قائمة بقوة القانون لمجرد وقــوع البناء أو تهدم البـناء أو تهديد سلامته دون البحث عن خطأ المقاول أو المهندس المعماري باعتباره مفترض طالـــــــما لم يحقق النتيجة الواردة في العقد و هي بقاء البناء سليما طـوال مـدة الضـمان و هي عشر ســنوات من يوم التسلم ، إذن بمجرد إخلال المقاول أو المهندس بالتزامه بتحقيـق نتيجة – وهـــــــي بقاء البـناء الذي يشيدانه سليما ومتينا لمدة عشـر سنوات بعد تسليمه- تفترض فيهما معا مــسؤوليتهما التضامنية عن الضرر الناتج،فيحق لرب العمل الرجوع على أي منـهم دون الحاجة إلـى إثبات أن العيب راجع إلى خطئهم.

و قرينة المـــــــــــسؤولية العشرية قرينة قاطعة لا تسقط إلا أمام إثبات السبـــــــــــــب الأجنبي [7]ص213 ،و هـــــذا ما أكده المشرع الفرنسي صراحة في المادة 1792 فقرة 2 من الــقانون المدني المـــعدلـة بقانـــون04 -01 -1978 التي تنص:"القرينة المنصوص عليها في هذا الصدد في المـادة 1792 فقرة 1-2-3 لا تسقط إلا بإثبات السبب الأجنبي."

أما المشرع الجزائري فلم بنص على ذلك صـــــــراحة و إنما يشتق ضمنيا من خلال قـراءة المادة 554 من القانون المدني و من خلال حظر الاتـــــــــفاق على تحقيق المسـؤولية العشرية أو استبعادها بين المقاول او المهندس المعماري و رب العـــمل في أحكام المادة 556 من القانون المدني و المادة 18 من قانون النشاط العقاري رقم 93 -03 .

و بالتالي السبيل الوحيد لنفي المسؤولية العشرية هو نفـــــــــي علاقة السبـــبية بين الخطأ المفترض و الضرر و لا يكون ذلك إلا بإثبات السبب الأجـــــــنبي و الذي هو محـور دراستنا.

2.1.2.1.1.المسؤولية العشرية مسؤولية متعلقة بالنظام العام

بالرجوع إلى نص المادة 556 من القانون المدني نجد أنـــها تنص على :" يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري و المقاول من الضمان أو الحد منه" كما تنص المـادة 18 من المرسوم التشريعي رقم 93 -03 المتعلق بالنشاط العقاري على انه " كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنـصوص عليها في المـادتين 11 و 14، و في المواد المنصوص عليها في التشريع الجاري العمل به او تحـديد مداها اما عن طريق إبعاد تضامن المقاولين من الباطن أو تحديده ويعد باطلا و كأنـــه لم يكن و ذلك دون الإخلال بالأحكام المعمول بها في القانون المدني و قانون العقوبات و المتعلقـــة بتطبيق الأحكام التي يتضمنها هذا الفصل." [8]

و من خلال هاتين المادتين يكون المشرع الجزائري متماشيا مع المشرع الفرنـسي الذي ينص على نفس الشيء في المادة 1792 فقرة 5 من التقنين المدني الفرنسي المضافة بمقتضى قانون 4 يناير 1978 و يستخلص من هذه النصوص أن مسؤولية المـقاول و المـهندس المعماري

متعلقة بالنظام العام و بالتالي فالتشريع المقارن يتشدد مع المعماريين فـــيما يخـص المسؤولية عن تهدم البناءات و المنشات التي يشيدونـها أو إصابتها بعيوب تهدد متـــانتـها و سلامتها عكس ما تقضي به القواعد العامة للمسؤولية المدنية التـــــي تجيز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي.

و يعـــتبر تعلق المسؤولية العشرية بالنظام العام حماية للسلامة العامة بصفة عامة كون عيوب البناء و مـا ينـــتج عنها من التهدم في الأبنية و المنشات المعيبة لا تصب فقط علـى رب العمل بالضرر بل غالبا مـــا تؤدي إلى حدوث كوارث تصيب العامة بإضرار فادحة في الأرواح و الأموال.

و كذلك حماية رب الـــــعمل بـصفة خاصة و هو الهدف المقصود من تعلق المسؤولية العشرية بالنظام العام على أساس انـــه الطرف الثاني في عقد المقاولة.

و خلاصة القول ان خـــــصائص المسؤولية العشرية باعتبارها مفترضة بـقوة الـقانون و متعلقة بالنظام العام جاءت كاستثناء و خروجا عن القواعد العامة للمسؤولية المدنـية عقدية كانت أو تقصيرية لتحقيق غاية المشرع في التزام المعماريين بإتقان الأعمال المعمارية لما لهذه الأعمال من تأثير على التطور الاجتماعي من جهة و حماية للسلامة العامـة و رب العمل من جهة أخرى.

2.2.1.1. أطراف المسؤولية العشرية

ترتبط المسؤولية العشرية بعقد مقاولة يرد على مبان أو منشات ثابتة،و من ثم فان أطراف هذا العقد هم أطراف المسؤولية، المهندس المعماري و المقاول من جهة و صاحب العـمل من جهة أخرى.

1.2.2.1.1 . صاحب الحق في الضمان العشري او المدعي في المسؤولية العشرية

1.1.2.2.1.1. رب العمل

الأصل أن رب العمل هو صاحب الحق في الضمان العـــــشري باعتباره طـرفا في عقد المقاولـة مع المقاول و المهندس المعماري،و يقصد برب العمل علـــــــى هذا الأســاس هو ذلك

الشخص الذي يشيد البناء أو يقام المـــنشأ الثابت لحسابه، سواء كان هذا الشخص شخصا طبيعيا أو مـــعنويا خاصا أو عاما [9]ص574، و يستوي أن يكون قد ابرم عقد المقاولة بنفسه أو بواســـطة من يـــنوب عنه أو يمثله [10]ص82.

فيعتبر رب العمل المستفيد الأول بأحكام المسؤولية العشرية بل أن هذه الأخيرة وجـدت أصلا لحمايته كما رأينا سلفا، و غالبا ما يكون رب العـــــمل هو المالك للمبنـــى أو المـــنشأ و فـــي هذه الحالة لا أشكال و يبقى دوما هو المستفيد من هذه المسؤولية لكن الأمر يختلـف في حالة ما اذا كان رب العمل قد تصرف في المبنى بأحد التـــــصرفات القانونية كالبيع أو الهبة أو التـنازل هنا يثار تساؤل حول صاحب الحق في ممارسته دعوى الضمان.

وتعتبر دعوى الضمان اثر من أثار عقد المقاولة الوارد على البناء،و عـــلى هذا فهي تخص رب العمل الذي يكون طرفا في هذا العقد،و تعد تلك الدعوى من مستلزمات البناء لان من شانها تقويته و من ثم فهي ترتبط به و تنتقل إلى المالك بانتقال ملكيته.

و بهذا يكون لرب العمل الاستفادة من احكام المسؤولية العشرية قبل تسليم البناء للمستفيد منه مشتريا كان او موهوبا له.اما بعد التسليم فيكون الحق للمستفيد يمارسـه بنفسه او بالرجوع الى رب العمل الذي يمكنه اختصام المقاول او المهندس المعماري[11]ص165 .

.

2.1.2.2.1.1. مشتري العقار

حيـــــــث ان مشتري العقار يستفيد من الضمان العشري بقوة القانون إذ نص المشـرع الجزائري على ذلك في نصـــين اثنين الاول منصوص عليه في احكام المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 94 -58 المتعلق بنموذج عقد البيع بناءا على التصاميم[12]،
و الثاني منصوص علـيه في احكام المادة 178 من الامر 95 -07 المتعلق بقانون التامين. [13]
و كـذلك الحـال بالنسـبة الـى مشتري العقار قبل الانجاز و بناءا على التصاميم.

3.1.2.2.1.1 . الخلف العام للمالك

قد ينتقل الـــــعقار الى الخلف العام للمالك او رب العمل،ففي هذه الحـالة ينتقل الحق في الضمان العشري الــيهم سواءا كان الخلف العام الورثة او الدائنون الذين يستطيعون ممارسة هذا الحق من خلال الدعـــوى غير المباشرة لانه ذا طبيعة مالية و لا يتعلق بشخص المدين.

2.2.2.1.1 . الملتزم بالضمان او المدعى عليه في المسؤولية العشرية

تلقي المادة 554 عبء الضـــــــمان على كل من المقاول و المهندس المعماري و تكون المسؤولية بينهما بالتضامن[6] .

و بصدور المرسوم التشريعي 93 -03 فتح المشرع مجال الترقية العقارية مما اصبح يتدخل في عملية البناء عدة اشخاص كالمرقي العقاري و المكاتب الفنية و التقنية و الاستشارية[8] .مما ادى الى توسيع دائرة المسؤولية العشرية الى غير المسؤولين التقليديين المنصوص عليهم في الــقانون المدني ، و لاشك في اهمية هذا التوسع حيث يدعم الضمان المعـماري من جهة ويضمن جدية عمليات البناء من جهة اخرى.

من المتفق عليه ان كل من يرتبط مع المالك بعقد مقاولة للقيام بعمل المــهندس المعماري او المقاول بخصوص منشات ثابتة يلتزم بالضمان ،و يكفي القيام بمهمة المقاول او المـــــــــــهندس المعماري و لا يشترط مؤهلات علمية[10] ص87،و كذلك التوســـيع الحـــديث الذي واكبـه المشرع الجزائري.

فبالنسبة إلى المقــاول هو الذي يتعهد بالاتفاق مع المالك أو رب العمل لقاء أجـر معين على القيام بعمل معين يتعلق بالــبناء أو الإنشاءات كإقامته أو تعديله أو توسيعه أو ترمــيمه أو هدمه.

و الـمقاول الذي يقصده المشرع في نص الـــــمادة 554 هو المقاول الذي يقوم بعملـية البناء أو التشيد أما المقاول الذي يقوم بعمليات الحدادة أو النجارة أو أعمال الصحة فلا تناط بــهم المسؤولية العشرية،و يظلون مسؤولين لمدة سنة من يوم تسليم البناء.

و قد يعهد المقاول الأصلي إلى مقاول من الباطن بتنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة الذي يربطـه برب العمل و ذلك بمقتضى عقد مقاولة ففي هذه الحالة من يكون الملتزم منـهما ؟

المشرع الجزائري مثل المشرع الفرنسي و المـــصري يعتبر أحكام المسؤولية العشرية لا تنصرف إلى المقاول من الباطن و ذلك بصريح الفقرة الـثالثة من القانون المدني الـتي تنص على انه : "و لا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حـق الرجوع إلى المـقاولين الفرعيين" و بهذا فالمقاول من الباطن لم يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولــة مما يخرجه من دائرة المسؤولية العشرية التي تقع على عاتق المقاول الأصلي حتى و إن لم يكن هو الذي قام بعملية التشييد البناء المهدم و له الرجوع بعد ذلك إلى المقاول من الباطن باعتباره رب العمل بالنسبة إلى هذا الأخير.

أما بالنسبة للمهندس المعماري ومن هم في حكمه وهم المراقبيـــن الفنيين و الاستشاريين كملتزم ثان بالضمان العشري،إذ يعتبر المهندس المعماري ذلك المـــــهندس الذي تـــــتوافر فيه المؤهلات العلمية و شروط ممارسة المهنة حسبما هو منصوص عليه في أحـــــكام المرســـوم التشريعي رقم 94 -07 المؤرخ في 18 -05 -1994 المتعلق بشروط الإنتاج المـعـــــماري و ممارسه مهنة المهندس المعماري .

و إذا تعهد رب العمل إلى عدة مهندسين للقيام بأعمال التصميم و الإنشاء و الرســـــــوم و القياسات كانوا جميعا مسؤولين مدة العشر سنوات عما يحدث بالبناء من تهدم أو تصـدع خطير.

و كل من المقاول و المهندس المعماري يعد مسـؤولا بالتضامن عـما قد يصيب البـناء من تهدم أو عيوب تهدد سلامته خلال العشر سـنوات التالية لتسليمه و ذلك حسب ما تنص علـــــيه الـفقرة الأولى من المادة 554 من القانون المدني.

و التضامن في الضمان العشري لا يفترض و إنما يكون بناءا على اتفاق او على نص قانون، أي أن المهندسين المعماريين و المقاولين الذين شاركوا في عملية البناء يضمنونه لمدة عشر سنوات، و على هذا يمكن الرجوع عليهم جميعا أو إلى احد منهم بمجرد حدوث الضرر.

حيث يلتزم المقاول و المهندس المعماري متضامنين بالضمان قبل رب العمل،و لكن فيـــما بينهم يوزع التعويض بنسبة خطا كل منهم،و تنظم العلاقة فيما بينهم طبقا للقواعد العامــة في المسؤولية التقصيرية ، نظرا لعدم وجود علاقة تعاقدية تربطهم و من ثم يقوم كل منهم بإثبات خطأ الأخر وفقا لتلك القواعد[10]ص98 ، و يعتبر من المدعى عليهم في المسؤولية العشرية المرقي العقاري، فبالنسبة إلى هذا الأخير نجد ان المشرع نص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 94 -58 المؤرخ في 07 /03 /1994 المتعلق بنموذج البيع بناءا على التصاميم، حيث الزم المرقي العقاري في بيع العقار بناءا على التصاميم بالضمان العشري باتجاه مشتري العقار و ذلك بصريح المادة 08 من هذا المرسوم و التي تنص على انه:"يتكفل المتعامل في الترقية العـــقارية بمراقبة الضمان و متابعته في طريق الـتامين العشري لكل مـن المهندسين المعمـــاريين و الـــــمقاولين و العمال القطعيين المدعوين للمشاركة في إنجاز البناية.

و يصرح انه يقبل التـــــصرف بالضمان معهم إزاء المشتري و الأطراف الأخرى إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه[12]."

كما انه طـــبقا لأحكام المادة 178 من الأمر رقم 95 -07 يكون للملاك المتتاليين حق رفع دعـــــــــوى الضمان العشري على البائع سواء بالنسبة إلى البيع على أساس التصاميم أو التام الإنجاز[13]

.

و بهذا الاستحداث في المعاملات العقارية نجد انه لم يعد الضمان العشري منوطا بالمقاول أو المهندس المعماري، و من هم في حكمه بل امتد ليشمل المرقي العقاري كشخص طبيـعي أو معنوي يتدخل بأي شكل، و بأية طريقة في النشاط العقاري.

و بعد أن عرفنا أطراف المسؤولية العشرية يجدر بنا معرفة شروط قيام هذه المسؤولية باعتبارها ذات خصائص تميزها عن أنواع المسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية او عقدية.

2.1 . شروط قيام المسؤولية العشرية

إن مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري عن ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما يشيدانه من مباني وما يقيمانه من منشات ثابتة أخرى و ما يظهر فيها من عيوب بعد الإنجاز و التسليم ، تقتضي لقيامها شروطا لابد من توافرها حتى يمكن مسائلة المهندس المعماري و المقاول عن التهدم أو العيب[15] ص127.

و حيث انه لإعمال مقتضى المسؤولية العشرية لابد من إثبات وجود علاقة تربط المقاول و المهندس المعماري برب العمل، و هذه العلاقة تكون بإثبات العقد الذي يربط الطرفين كما انه من مقتضيات قيام هذه المسؤولية هو حصول تهدم في البناء أو ظهور عيب فيه بعد تسلم رب العمل لهذا البناء و خلال المدة المحددة قانونا .

فيكون بذلك لقيام المسؤولية العشرية شرطين أساسين يتفرع أحدهما إلى عنصرين نتناولهما بالدراسة من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : وجود عقد مقاولة.

المطلب الثاني : حصول التهدم أو ظهور العيب بعد تسلم العمل من طرف رب العمل و خلال مدة عشر سنوات من تاريخ هذا التسلم.

1.2.1. وجود عقد مقاولة

حتى تثبت في جانب المقاول و المهندس المعماري المسؤولية عن ما يحدث من تهدم أو ما يظهرمن عيب في المباني التي يشيدانها أو المنشآت الثابتة التي يقيمانها بعد الإنجاز و التسليم، لابد من وجود علاقة سابقة بين المقاول و المهندس المعماري من جهة وبين رب العمل من جهة ثانية ، هي عقد محله إقامة مباني أو منشآت ثابتة أخرى، فليس أي عقد مقاولة مهما كان محل قيامه مناطا للمسؤولية العشرية للمقاول و المهندس المعماري بل هو عقد مقاولة محدد بالذات متعلق بعملية التشييد.

لذلك سنتناول من خلال هذا المطلب فرعين كالآتي:

الفرع الأول : مفهوم عقد المقاولة .

الفرع الثاني : محل عقد المقاولة تشييد مباني أو إقامة منشآت ثابتة أخرى.

1.1.2.1. مفهوم عقد المقاولة

إن إقامة المباني و المنشآت الثابتة الأخرى تقتضـــــــي وجود عقد مقاولة بـــين المقاول و المهندس المعماري من جهة وبين رب العمل من جهة أخرى ، فما هو المقصود بعقد المقاولة في هذه العلاقة ؟ هذا ما سنتناوله في الآتي:

1.1.1.2.1 . تعريف عقد المقاولة و تحديد خصائصه

عقد المقاولة كغيره من العقود له تعريف يميزه عن غيره مـــــــن العقود، و خصائص تحدد معالمه كعقد قائم بذاته ، فما هو التعريف الجامع والمانع لهذا العقد ؟ و مـــا هي خصائصه ؟
هذا ما نتناوله في النقطتين التاليتين إجابة على هذين السؤالين:

1.1.1.1.2.1 . تعريف عقد المقاولة

لقد عرف المشرع الجزائري عقد المقاولة في أحكام المادة 594 من القانون المدني على انه: " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المـــــــــــتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل اجر"[6]
وهـــذا ما نصت عليه المادة 864 من القانون المدني العـراقي والـمادة 646 من القانون المدني المصري و المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي، بحيث نجد مجمل هذه النصوص تتفق على أن يكون هذا العقد بمقابل يلتزم رب العمل بدفعه للمقاول و المهندس المعماري لقاء قيامهما بالعمل المعهود به إليهما، في حين لم تشر هذه النصوص التشريعية إلى خاصية استقلال المهندس المعماري و المقاول في تنفيذ عقد المقاولة دون تـــوجيه أو إشراف من قبل رب العمل ، فهذه الخاصية هي التي تميز عقد المقاولة عن عقد العمل الذي يخضع فيه العامل لإشراف رب العمل و توجيهه.
ويكون بالتالي التعريف الأقرب لعقد المقاولة هو الذي يشتمل على الخاصيتين معا حتى لا يدع مجالا للخلط بين عقد المقاولة و عقود أخرى تشبهه.

و هذا التعريف هو أن عقد المقاولة :"العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص يقال له المـقاول أو مؤجر العمل في مواجهة شخص آخر يقال له رب العمل أو العميل ،بان ينفذ له عملا مقابل اجر مستقلا عنـه و دون أن تكون له صفة تمثيلية[9] ص83.

2.1.1.1.2.1 . خصائص عقد المقاولة

من خلال التعريف المتوصل إليه يلاحظ أن لعقد المقاولة خصائص تميزه عن العقود الأخرى المشابهة له و هذه الخصائص هي على التوالي :

ـ عقد المقاولة عقد رضائي.

عقد المقاولة لا يشترط في انعقاده شكل معين بل يمكن أن يكون كتابة أو شفاهة بإعـتبار ان الكتابة ليست شرطا لانعقاده بل وسيلة لإثباته فقط.

ـ عقد المقاولة عقد تبادلي

من خلال استقراء تعريف عقد المقاولة يتضح لنا انه عقد ملزم لجانبين بصفة تبادلية بين أطرافه فهو يرتب على عاتق المقاول أو المهندس المعماري أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مـا و يرتب على عاتق الطرف الأخر و هو رب العمل ان يدفع أجرا لقاء العمل المقدم له .

ـ عقد المقاولة عقد معاوضة .

و هذه الخاصية التي وجدنا النصوص التشريعية قد إتفقت على احتوائها بالتعريف، فالعمل يكون لقاء اجر معين مما يبعده عن التبرع.

ـ عقد المقاولة يرد على العمل

عقد المقاولة عقد ينصب على عمل مادي و هو صنع شيء أو أداء عمل سواء بالصورة الأصلية أو بالصورة التبعية للعمل المادي كالقـيام بأعمال ذهنية أو استشارية فعقد المقاولة من عقود العمل ـ عقد المقاولة يستقل فيه المقاول عن رب العمل.

حتى يمكن اعتبار العقد عقد مقاولة لابد من توافر خاصية تعـتبر من أهـــم الخصائص و هي أن يكون المقاول أو المهندس المعماري مستقلا في تنفيذه للعقد دون ما تدخل او توجيه من قبل رب العمل ،و إلا صار العقد عقد عمل، و هذا ما يجري عليه القضاء الفرنسي و تؤيده طائفة كبيرة من الفقهاء[16] ص11 .

2.1.1.2.1 . تمييز عقد المقاولة عن ما يشبهه من العقود

بعد ان عرفنا خصائص عقد المقاولة يجدر بنا ان نميزه عن باقي العقود المشابهة له و التي تتداخل معه في بعض الخصائص و هذه العقود نلخصها في اثنين،عقد العمل و عقد الوكالة.

1.2.1.1.2.1 . تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل

مناط الشبه الذي يجمع بينهما هو كون كل منهما يقع على عمل،أما وجه الاختلاف يبدو من خلال فكرة التبعية القانونية حسب ما استقر عليه الفقه الحديث، فعقد المقاولة كما رأينا من خلال خصائصه هو ذلك العقد الذي يستقل فيه المقاول او المهندس المعماري عن رب العمل في تنفيذه للعمل في حين يكون العامل تابعا للعميل أي خاضعا لإشرافه و توجيهه في العمل.

2.2.1.1.2.1 . تمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة

يلتقي عقد المقاولة مع عقد الوكالة في أن كلاهما ينصب على عمل يقوم به كل من المقاول و الوكيل لمصلحة الغير، رب العمل و الوكيل على التوالي، أما أوجه الاختلاف فيمكن إجمالها فيما يلي :

- العمل في عقد المقاولة عمل مادي في حين في عقد الوكالة هو تصرف قانوني.
- عدم خضوع المقاول لإشراف رب العمل فهو يعمل مستقلا عنه بينما الوكيل في معظم الأحيان يكون عمله تحت إشراف الموكل.
- لا تنتهي المقاولة بموت المقاول أو رب العمل إلا إذا كانت شخصيته محل إعتبار،بينما تنتهي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل للاعتبارات الشخصية التي تحكم عقد الوكالة .
- عقد المقاولة يكون دائما مأجور و ذلك ما نستشفه في صميم المادة 594 من القانون المدني الجزائري ، أماعقد الوكالة قد يكون مأجورا أو بغير اجر حسب الاتفاق الذي يكون بين الوكيل و الموكل.

2.1.2.1 . محل عقد المقاولة تشييد مباني أو إقامة منشات ثابتة أخرى

من الشروط ا لواجب توفرها لقيام المسؤولية العشرية أن يكون العقد الذي إرتبط به المقاول أو المهندس المعماري مع رب العمل محله تشييد مباني أو منشآت ثابتة أخرى.
فمحل العقد بذلك يتجزأ إلى عنصرين هما كالأتي :

1.2.1.2.1 . تشييد مباني

ويقصد بهذه العملية هي كل ما شيدته يد الإنسان بمواد إنشائية و الحديد و الخشب وما شاكل ذلك ليتصل بالأرض اتصال قرار يستوفي في ي ذلك ان يكون معدا للسكنى أو لإيواء الحيوان أو لخزن أشياء أو لغير ذلك من الأغراض [15] ص128 .
ومن أمثلة المباني ، المنازل و العمارات و المدارس و المستشفيات و المستوصفات و المصحات و المسارح ودور السينما والمصانع و المتاجر و المخازن و المساجد و الكنائس و المعابد[16] 108 ، فهذه تعد كلها مباني يمكن ان تحقق مسؤولية المهندس و المقاول عن الخلل الذي يصيبها أو العيوب التي تظهر فيها بعد الإنجاز والتسليم.
فالأبنيه إذن هي كل مالا يقبل النقل بدون هدم سواء بالفك أو التركيب أو بدونهما أي متصلة بالأرض اتصال قرا ر.

و هنا يثار تساءل بالنسبة للأبنية المتحركة التي لا تتصل بالأرض اتصال قرار و التي يمكن بناؤها بالخشب و بذلك يمكن نقلها أو فكها و تركيبها وكذلك مثل العوامات المتخذة كمنازل كما هو الحال في مصر، حيث تكثر العوامات التي تستقر على شواطئ النيل لغرض اتخاذها دور سكن ، فانه لا يمكن اعتبارها من قبيل المنشآت الثابتة لأنها من المنقولات ، فليس لها مستقر ثابت كما أن نقلها و تحويلها يمكن دون تلف ، وبالتالي فإنها لا تعتبر عقارا[16] ص108، لذلك لا تقوم المسؤولية العشرية عم يعتريها من عيب او يظهر فيها بعد الإنجاز و التسليم، و الجدير بالذكر انه يعتبر من المباني كل ما لحق به وصار جزءا منه كالشرفة و الأغطية المركبة على الفتحات بالمنازل وبوابة الدار و غيرها و تتحقق المسؤولية العشرية إذا ما أصاب هذه الملحقات عيب أو ظهر فيها بعد الإنجاز و التسليم.
هذا بالنسبة للجزء الأول من محل عقد المقاولة .

2.2.1.2.1 . إقامة منشآت ثابتة أخرى

وهي الأشياء الثابتة المرتبطة بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالأرض سواء كانت بناء أو مرتبطة بطريقة اصطناعية، ومن أمثلتها الجسور والقناطر والسدود والخزانات و البوابـــــــات و الأنفاق و المقابر و السكك الحديدية وأجهزة التكيف المركزية والمداخن وغيرها ، وهذه المنشآت الثابتة تتحقق في بنائها مسؤولية المقاول و المهندس المعماري عما يحدث فيـــها من تهدم وما يظهر فيها من عيوب بعد إنجاز بنائها و تسليمها لرب العمل .

أما الأبنية و المنشآت التي تشيد تحت سطح الأرض فيمكن تصنيفها إلى صنفين أيضا:
أولها : الأبنية التي يمكن تشييدها أو المنشآت التي تقام تحت سطح الأرض كمباني محطات سكك الحديد الموجودة في كثير من الدول الغربية و مباني الملاجئ وغيرها من الأبنية وكذلك المنشآت الثابتة الأخرى كالبناء الذي يحيط بجدران الأنفاق[15] ص134، و فيها جميعا يمكن أن تتحقق المسؤولية العشرية للمقاول و المهندس المعماري عن الخلل الذي يصيبها أو العيوب التي تظهر فيها بعد إنجازها و تسليمها إلى رب العمل .

ثانيها: يقصد به حفر الآبار و المصارف و القنوات ورصف الطرق ، وقد اختلف الرأي بصدد مسؤولية المقاول أو المهندس عن الخلل الذي يصيبها أو العيوب التي تـــــظهر فيها بعد الإنــجاز و التسليم لرب العمل.

فذهب رأي إلى القول أن هذه الأعمال وان كانت ليست بمباني إلا انه يمكن اعتبارها منشات الثابتة[16] ص108 .
وإتجه رأي آخر إلى عدم اعتبار هذه الأعمال من قبيل تشييد المباني أو المنشآت الثابتة[15] ص134، هذا بالنسبة للشرط الأول لتحقق المسؤولية العشرية و هو ضرورة وجود عقد مقاولة وأن يكون هذا العقد محل تشييد مباني أو إقامة منشآت ثابتة أخرى . ونتناول بذلك المطلب الثاني الذي يتضمن الشرط الثاني الذي إذا تحقق قامت المسؤولية العشرية في جـــانب المقاول و المهندس المعماري.

2.2.1 . حصول التهدم أو ظهور العيب بعد تسلم العمل مـــــن طرف رب العمل و خلال مدة عشـر سنـوات مـن تـــاريـخ هذا الـتسلـم

إن المسؤولية العشرية تتحقق على عاتق المقاول و المهندس المعـــــــــماري لضمان
ما يحدث في المباني التي يشيدانها و المنشآت الثابتة التي يقيمانها من تهدم كلي أو جزئي بعد التسلم العمل المعماري من طرف رب العمل ،و ذلك خلال الفترة المحددة قانونا ،بعد الإنجاز والتسليم فتعتبر واقعة تسلم الأعمال شرطا لقيام المسؤولية العشرية إذا ما حصل التهدم أو ظهر عيب بعد وقوعها ،إذ يعتبر تسلم الأعمال التزاما يقع على عاتق رب العمل حسب نص المادة 556 من القانون المدني الجزائري.
و لا يكفي لتحقق المسؤولية العشرية مجرد حصول التهدم أو ظهور العيب الذي من شأنه تهديد سلامة و متانة ما شيد من أبنية في فترة بعد تسلم الأبنية من طرف رب العمل ، ولكن لابد من حصول ذلك خلال مدة عشرة سنوات من تاريخ التسلم الأعمال و هذا أيضـــا شرط يجب توافره و ملازم لشرط حصول التهدم أو ظهور العيب بعد تسلم الأعمال، فالمشرع فرض زمنا معينا لتحقق المسؤولية العشرية كما هو واضح من تسميتها.

وللإلمام بهذا الشرط المركب نقسم موضوعه إلى فرعين:
الفرع الأول : حصول التهدم أو ظهور العيب بعد تسلم الأعمال من طرف رب العمل.
الفرع الثاني : حصول التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تاريخ تسلم الأعمال.

1.2.2.1 . حصول التهدم أو ظهور العيب بعد تسلم الأعمال من طرف رب العمل

إن تسلم العمل المعماري بالإضافة إلى اعتباره التزاما قانونيا يقع على رب العمل ، فانه اللحظة الزمنية التي يبدأ فيها حساب مدة الضمان العشري، وشرطا جوهريا لقيام المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و المقاول عن كل تهدم أو تعيب في البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى أو تهديد متانته و سلامته التي تقع خلال عشر سنوات من تاريخ التسلم[17] ص39 ، ولابد أن يكون هذا التسلم في صورة التسلم النهائي للأعمال.

ولما كان هذا الشرط يشمل على عنصرين أحدهما واقعة قانونية ، و هي عملية تسلم الأعمال والثاني مادي يتمثل في حصول التهدم أو ظهور العيب بعد تلك الواقعة القانونية فلولا حصول هذه الواقعة المادية ما أثيرت المسؤولية العشرية ولا كنا بصدد إثباتها ، لذلك سنحاول دراسة هذه الواقعة المادية من خلال تقسيمها إلى فقرتين :

1.1.2.2.1 . حصول التهدم

تقضي المادة 554من القانون المدني الجزائري ، وهي تقابل المادة 651 من القانون المدني المصري ، و المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بقانون رقم 78-12 المؤرخ في -04-01-1978 بان المقاول و المهندس المعماري مسؤولان بالتضامن عن ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي مما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، مما يعني أن الضرر الموجب للمسؤولية العشرية هو التهدم الكلي أو الجزئي للبـــــــناء و المشرع الجزائري كغيره من المشرعين المصري و الفرنسي لم يعطي مفهوما للتهدم المنشئ للمسؤولية العشرية ، فان المراد بالتهدم هو انهيار البناء كليا أو انهيار جزء منه فتنفصل عنه بعض أجزائه التي كانت متصلة به.

و لا يهم انحلال الرابطة التي تربط أجزائه و انفصالها أن تكون بسبب عيب في عملية التشييد أو البناء نفسه الراجع إلى الخلل في عملية ربط أجزاء البناء و مكوناته ، أو كان بسبب عيب في الأرض أدى إلى تعيب البناء و تهديده بالسقوط ،أو كان العيب راجع إلى تلف المـــواد أو سوء استعمالها بطريق يخالف أصول العمل المعماري.

كما انه لا يهم أن يكون سبب التهدم راجـــع إلى الخطأ في التصميم بعدم مراعاة الأصول الفنية و العلمية للهندسة المعمارية ، أو الخطأ في الإشراف و التنفيذ بعدم إتباع المـــشرف و المنفذ للمشروع للأصول الفنية[17] ص74.

ولواقعة التهدم صورتين ، تهدم كلي و تهدم جزئي .

- فالتهدم الكلي هو سقوط كل البناء أو المنشاة الثابتة أو الجزء الكبير منه بحيث لا يصبح صالح للغرض المؤدى له.

- أما التهدم الجزئي فيقصد به انفصال جزء معين دون غيره من أجزاء البناية أو المنشاة الثابتة،

و مسألة مدى جسامة التهدم مسألة فنية يستدعي البحث فيها تعيين خبير و يخضع لتقدير قاضي الموضوع.

2.1.2.2.1 . ظهور عيب في البناء يهدد سلامته و متانته

إن مناط تحقق المسؤولية ليس حصول التهدم فعلا ، فليس ضروريا أن يتهدم البناء كليا أو جزئيا ، وإنما يكفي لقيام المسؤولية إن يظهر عيب فيما يشيده المقاول أو المهندس المعماري من أبنية وما يقيمانه من منشآت ثابتة أخرى ، بشرط أن يكون من شان هذا العيب تهديد متانة البناء و سلامته[15] ص150 ، و على هذا نصت المادة 554 من القانون المدني الجزائري على انه "ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني و المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء و سلامته" وأمام خلو النصوص التشريعية من إعطاء تعريف جامع مانع للعيب الموجب للمسؤولية العشرية فقد تصدى الفقه و القضاء إلى ذلك بحيث عرفه الدكتور محمد ناجي ياقوت بأنه " الخلل الذي يحدث بالمبنى أو المنشأ الثابت الآخر و الذي تقضي أصول الصفقة و قواعد الفن خلوه منه"[7] ص97 .

كما عرفه العديد من الفقهاء تعريفات لا تختلف في مضمونها عن التعريف المقترح أنفا ، و العيوب التي تؤدي إلى قيام المسؤولية العشرية و يكون مرجعها البناء نفسه تتعدد أسبابها ، وتنسب إما إلى المواد التي استعملت في البناء أو إلى الصنعة نفسها أو إلى الأرض التي أقيم عليها البناء أو تصميم البناء ،ولابد من توفر شروط في هذه العيوب الموجبة للمسؤولية ،وهي:

- **أن تكون على درجة من الخطورة بحيث يترتب عليه تهديد متانة البناء و سلامته أن تكون أيضا خفية من الظهور بحيث لا يستطيع رب العمل كشفها لو بذل في فحص البناء عناية الرجل المعتاد [17] ص76 .**

2.2.2.1 . حصول التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تاريخ تسلم الأعمال من طرف رب العمل

سبق أن بينا أن مسؤولية المقاول و المهندس المعماري لا يكفي لتحققها مجرد حصول التهدم أو ظهور العيب الذي من شانه تهديد متانة وسلامة ما ينشآنه من أبنية و ما يقومـان به من منشآت ثابتة أخرى ، وإنما لابد ان يكون هناك عقد مقاولة محله هذه الأبنية و المنشآت الثابتة الأخرى ، إلا أن ذلك لا يكفي ليرتب المسؤولية على عاتق المقاول أو المهندس و إنما يجب أن يكون حصول التهدم أو العيب خلال المدة المحددة قانونا وهذا بعد تسلم العـمل من طرف رب العمل.

و هذه المدة حددها المشرع الجزائري بعشر سنوات حسب ما جـاء في المادة 554 من القانون المدني وهذا ما اخذ به المشرع المصري في المـادة 651 من القانون المدني المصري ، وكذا القانون المدني الإيطالي في المادة 1639 منه ،و القانون المدني الأسباني في المادة 1531 منه ، في حين جعلت بعض التشريعات المدة خمس سنـوات ،على نحو ما أخذ به القانون المدني البرتغالي في المادة 1399 ، وتقنين الالتزامات السويسري في المادة 371، و التقنين التونسي في المـادة 876 و تقنين الموجـبات و العقود اللبناني في المادة 668.
وهي المدة التي يبقى خلالها المقاول و المهندس المعماري ضامنان كل ما يصيـب البناء من تهدم أو عيب في سلامته و متانته وقد اشرنا الى تحليل هذه المدة عندما تطرقنا لعنصر النطاق الزماني للمسؤولية العشرية .

لقد توصلنا من خلال هذا الفصل إلى إعطاء صورة مجملة حول المسؤولية العشرية كتمهيد قبل التطرق إلى أثر السبب الأجنبي في إنتفاء هذه الأخيرة ،وذلك من خلال تبيان الطبيعة القانونية لها ،إذ تعتبر مسؤولية عقدية رغم خروجها عن المألوف وهو بقاء المتعاقد مسؤولا إلى غاية انتهاء العقد ، فحين هذه المسؤولية تبقى قائمة مدة عشر سنوات بعد ذلك .

وكذلك عرفنا من خلال هذا الفصل أطراف هذه المسؤولية وان هذه المسؤولية تتميز بكونها مسؤولية مفترضة بقوة القانون فبمجرد وقوع تهدم البناء او ظهور عيب يهدد سلامته تقوم مسؤولية المقاول و المهندس المعماري ، دون البحث عن الخطأ في جانبهما باعتباره مفترض طالما لم تتحقق النتيجة الواردة في عقد المقاولة و هي بقاء البناء سليما خلال مدة عشر سنوات من تسليم الأعمال إلى رب العمل ، و هي أيضا متعلقة بالنظام العام أي لا يجوز الاتفاق

على مخالفتها و ذلك تحقيقا لحماية السلامة العامة من جهة ،و حماية رب العــمل من جهة ثانية .

كما رأينا إن هذه المسؤولية تقوم على شروط خاصة وهي :

- وجود عقد مقاولة بين المقاول أو المهندس المعماري و رب العمل
– حصول تهدم أو ظهور عيب في البناء بعد تسلم الأعمال من طرف رب العمل و ذلك خلال مدة عشر سنوات .

فمجرد تحقق هذه الشروط يفترض قيام المسؤولية العشرية في جانب المقاول او المهندس المعماري، ما لم يثبت هذين الأخيرين أن الأضرار ترجع إلى سبب أجنبي لا دخل لهما فيه ،وذلك بنفي علاقة السببية بين الضرر الذي لحق رب العمل وبين خطأ المقاول او المهندس المعماري ،ولكون المسؤولية العشرية مفترضة فلا يكلف رب العمل بإثبات الخطأ في جانب المقاول أو المهندس المعماري .

ولكن ذلك لا يعني أنهما لا يستطيعان دفع المسؤولية، لأن في وسعهما نفي علاقة السببية بين الضرر الذي أصاب رب العمل من جراء تهدم مــبناه أو ظهور العيب فيه وبين مجهودهما في تشييد المبنى و إقامة المنشأ الثابت ،ونفي علاقة السببية يتم عن طريق إثبات أن حصول التهدم أو ظهور العيب نشأ عن سبب أجنبي لا يد للمقاول أو المهندس المعماري فيه ،فما هو السبب الأجنبي ، وما هي شروطه ؟

يمكن التوصل إلى تعريف السبب الأجنبي بإتباع إحدى الطريقتين:
الطريقة الأولى هي طريقة تعداد صوره و الطريقة الثانية هي أن يعرف بمفهوم عام ينطبق على كل صوره.
و نجد أن النصوص التشريعية لم تعرف السبب الأجنبي مفضلة ترك هذه المهمة للقــضاء و الفقه ، فالمشرع الفرنسي لم يتعرض للسبب الأجنبي المعفي من المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المواد من 1382 إلى 1386 ،وإنما تعرض له بصدد المسؤولية العقدية في المادتين 1147و1148 فالمادة 1147 تكلمت عن السبب الأجنبي المعفي من هذه المسوؤلية مكتفيه بقولها انه هو الذي لا ينسب إلى المدين ،والمادة 1148 ذكرت أن السبب الأجنــبي هو

القـــوه القاهرة و الحادث الفجائي ،ولقد مد الفقه والقضاء الفرنسيان السبب الأجنبي المـعفي من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية و ألحقا بالقوة القاهرة و الحادث الفجائي خطأ المضرور، و خطأ الغير.

أما المشرع الجزائري فقد تناول السبب الأجنبي في المادة 127 من القانون المدني التي تنص " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر عن المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك" وهذه المادة تتفق حرفيا مع المـــادة 165 من القانون المدني المصري و المادة 166 من القانون المدني السوري و المادة 168 القـــــــانون المدني الليبي و المادة211 من القانون المدني العراقي[18] ص59 .

و حسب هذا النص فإن المشرع اخذ بتعريف السبب الأجنبي حسب طريـقة تعداد صوره.

أما عن المقصود بالسبب الأجنبي من الناحية الفقهية فهو .
كل أمر غير منسوب إلى المدين يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام أو إلى حدوث ضرر بالدائن.

كما أن الأستاذ زروتي الطيب يقترح تعريف للسبب الأجنبي على انه : السبب الأجنبي هو كل حادثة لا يد للمدين أو المسؤول فيها تجعل تنفيذ الالتزام آو منع وقوع الفعل الضار مستحيلا[2] ص40.

فالسبب الأجنبي من خلال هذه التعاريف له خصائص :
- **لايكون للمدين شان في حدوثه فلا يسند إلى خطئه أو خطا من يسال عنهم أي ان السبب الأجنبي ينفي علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام و الضرر الذي لحق الطرف الأخر .**

- **من حيث نتائجه فهو يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ،وهو مستحيل التوقع مستحيل الدفع**

وعلى هذا الأساس فان صور السبب الأجنبي تتمثل في القوه القاهرة أو الحادث الفجائيـــي و خطأ امضرور(رب العمل) و خطأ الغير.

وبما ان محور دراستنا حول اثر السبب الأجنبي في انتفاء المسؤولية العشرية فإن ذلك يعني ان المسؤولية العشرية تنتفي بتوافر احد صور السبب الأجنبي ،أي إما بالقوة القاهرة او الحادث الفجائي وإما خطا رب العمل أو خطأ الغير الخارج عن عملية البناء أي أن المقاول او المهندس المعماري في حالة ثبوت صورة من هذه الصور يصبح غير مسؤول عم يحدث من تهــدم او تعيب في البناء يكون مضرا بالغير او رب العمل أي يهدد السلامة العامة.

لذلك نخصص لدراسة كيفية إنتفاء أو انعدام أو سقوط المسؤولية العشرية بتوفر احد صور السبب الأجنبي الثلاث السابق ذكرها والتي لا تعتبر محددة على سبيل الحصر بل على سبيل المثال ،الفصلين التاليين نخصص الفصل الثاني للسبب الأجنبي بطبيعته ،و المتمثل في القوة القـاهرة او الحادث الفجائي .

ونخصص الفصل الثالث للسبب الأجنبي بالنسبة إلى المدين في العلاقة التعاقدية والذي يمثل في هذه الحالة المقاول أو المهندس المعماري (و ذلك كما سيأتي بيانه) و المتمثل في خطأ الدائن (رب العمل) اوخطا الغير.

الفصل 2

أثر السبب الأجـنبي بطبيعته في إنتفاء المسؤولية العشرية

(القوة القاهرة أو الحادث الفجائي)

نقصد بالسبـب الأجنبي بطبيعته القوة القاهرة او الحادث الفجائي ،حيث ان قيام هذا السبب الاجنبي يعفي من المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية ، أي المباني و المنشآت الثابتة الأخرى ،إذ أن كل أمر يؤدي إلى تهدم المباني و المنشآت الثابتة لايمكن تلافـيه و لا يـــمكن توقعه ،ولا دخل لإرادة المقاول أو المهندس المعماري في حدوثه و يجعل أمر تنـفيذ الالتزام مســـتحيلا ،ولا دخل لرب العمل او الغير في حدوثه يمثل قوة قاهرة تنفي المسؤولـية العشرية في جانب المقاول او المهندس المعماري .

إن توافرالشروط السابقة الذكر لقيام المـــــسؤولية العشرية و المتـمثلة في وجود عقد مقاولة بين رب العمل و بين المقاول و المهندس المـعمــاري المكلفين بإقامة المباني أو المــنشآت الثابتة و ايضا حصول تهدم او ظهور عيب في هــذه المباني او المنشآت بعد تـــــــسليمها لرب الــعمل و خلال مدة عشر سنوات من تاريخ التسليم، فــإن إجتـمعت هذه الشــروط فإن مســؤولية المقاول و المهندس المعماري لايمكن دحضها الا بإثبات السبب الاجنبي و الـذي قد يمــتـــــــمثل في القوة القاهرة او الحادث الفجائي .

- فماهو المقصود بالقوة القاهرة او الحادث الفجائي كسبب اجنبي بطبيعته ؟
- ما هو اثر ثبوت القوة القاهرة او الحادث الفجائي على المسؤولية العشرية ؟
- ما هو مضمون قانون إجبارية تأمين العقارات المبنية ضد الكوارث الطبيعية ؟

للإجابة على هذه الاسئلة إرتأينا أن نقسم الفصل الى مبحثين نتناول فيهما :

المبحث الاول :مفهوم القوة القاهرة أو الحادث الفجائي و تحديد شروط تحققها .

المبحث الثاني: اثر تحقق القوة القاهرة على المسؤولية العشرية وإجبارية التأمين ضد الكوارث الطبيعية .

1.2 . مفهوم القوة القاهرة او الحادث الفجائي و تحديد شروط تحققها

إن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي تعتبر من الأسباب الأجنبية و الأســاسية لقطع علاقة السبـــــــبية بين الخطأ و الضرر،فإذا أدت الى تهدم البناء أو تعيبه تعيبا جسيما مــهددا لسلامته و متانته خـــــــلال مدة الضمان العشري،،فان مسؤولية المقاول و المهندس المعــماري تـرفع باعتبارالقوة القاهرة سببا أجنبيا لا يمكن إسناده إلى خطأ أحدهما.

لـــهذا نرى من الأجدر التطرق إلى مفهوم القوة القاهرة أو الحــادث الفجائي التي تعفي المقاول و المــهندس المعماري من المسؤولية العشرية، وتحديد شروط قيامها تبعا لذلك.

و يتسنى لنا ذلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : مفهوم القوة القاهرة او الحادث الفجائي.
المطلب الثاني :شروط تحقق حالة القوة القاهرة.

1.1.2 . مفهوم القوة القاهرة او الحادث الفجائي

لقد سبق و أن عرفنا أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي صورة من صور الـــسبب الأجنبي المعفي من المسؤولية المدنية بصفة عامة سواء كانت عقدية أو تقصيرية بـــما في ذلك المسؤولية العشرية التي تعتبر نوعا خاصا من المسؤولية الـعقدية و التي هي مـــــــــــسؤولية مفترضة بقوة القانون،فلا يقع على الدائن (رب العمل) عبء إثبات الخـــــــــطأ في جانب المقاول أو المهندس المعماري و لكن على هاذين الأخيرين عبء إثبـــت أن الخطأ لا يد لهم فيـــه و ذلك بإثبات السبب الأجنبي و الذي قد يكون قوة قاهرة أو حادث فجائي.

فما هو تعريف القوة القاهرة او الحادث الفجائي؟
و هل القوة القاهرة أو الحاث الفجائي تعبيران لمعنى واحد ام لكل منهما مدلوله الخاص ؟

للإجابة على هذه التساؤلات نخصص الفرعين التاليين على النحو التالي :

الفرع الأول : تعريف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.
الفرع الثاني : وحدة القوة القاهرة و الحادث الفجائي او إزدواجهما.

1.1.1.2 . تعريف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

سنحاول من خلال هذا الفرع تعريف القوة القاهرة او الحادث الفجائي في التشريع و الفقه.

1.1.1.1.2 .التعريف التشريعي.

إذا رجعنا إلى المشرع الجزائري وجدنا انه لم يتعرض إلى تعريف القـوة الـــــــقاهرة أو الحادث الفجائي،مسايرة في ذلك للمشرع المصري و الفرنسي مكـتـفين بالنص عليها في القواعد العامة للمسؤولية المدنية،و في بعض أنواع العقود ، على عكس ذلـك نجد بعض القوانين الأخرى عرفت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فنجد مثلا قانون الالتزامات و العقود المغربي يعرف القوة القاهرة في المادة 269 منه بقوله :"هي كل أمر لا يستطيع الإنسان توقعه كالـــــــــــظواهر الطبيعية،الفيضان،الجفاف،الحرائق و غارات العدو و فعل السلـطة ، و يكـون من شانه أن يجعل تنفذ الالتزام عملا مستحيلا و لا يعتبر من القوة القاهرة الأمر الذي كـان من الممكن دفـعه،ما لم يقم الدليل على انه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه،و كذلك لا يعـتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين"و قريب من هذا التـعريف تعريف مـجلة الالتزامات التونسية في المادة 283[2] ص42 .

و نجد ان المشرع الفرنسي أشار إلى القوة ال قاهرة أو الحادث الفجائي دون تعريف لها و ذلك من خلال المادة 1148 مدني فرنسي حيث قررت :"لا ي كون هناك محل للتعويـــض و الفوائد إذا منع المدين من الإعطاء أو بالقيام بما هو مكلف بعمله،أو من عمل ما هو محـــــظور عليه،بـفعل قوة قاهرة أو حادث جبري."

و لعل هذه التشريعات التي لم تعرف القوة القاهرة اعتبرت وضع التعاريف للمفاهيم القانونـية من اختصاص الفقه و القضاء.

2.1.1.1.2 . التعريف الفقهي و القضائي.

يقترح الفقهاء للقوة القاهرة أو الحادث الفجائي تعاريف مختلفة و متعددة حسـب إخـتلاف الزاوية التي ينطلق منها كل فقيه.

فيعرفها الفقيه "تونك" [2] ص44 على أنها : "ما لا يســـتطيع قهره الرجل العادي ،او هي الحواجز عير المتوقعة،التي لا يمكن تلافيها و التي تعترض إرادة المدين "و هناك تـــعريف فقهي ثان و هو أن القوة القاهرة :"حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه و لا يستطاع دفعه ،يترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا."

هذا بالنسبة إلى الفقه أما بالنسبة إلى القضاء، فان محكمة النقض الفرنسية قد عرفت القوة القاهرة او الحادث الفجائي في حكم قديم على أنها :"حادثة مستقلة عن الإرادة الإنسانية،لا تستطيع هذه الإرادة لا توقعها و لا دفعها."

كما عرفتها محكمة استئناف مصر في 28 /03 /1948 بأنها :"هي الأمر الذي لم يكن ممكنا توقعه و لا تلافيه و يجعل الوفاء بالتعهد مستحيلا."

بعد أن أعطينا هذه الجملة من التعاريف ،نلاحظ أنها تجتمع في مضمونها على ثلاث نقاط رئيسية و هي :

أن القوة القاهرة حادثة كانت أو أمرا أو حاجز تكون :

- غير ممكنة التوقع.
- غير ممكنة الدفع أو التلافي.
- لا يد للمدين فيها.

و هذه النقاط الأساسية التي ترتكز عليها القوة القاهرة و هي ما يمثل لنا شروط قيامها كما سيأتي تبيانه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

2.1.1.1 . وحدة القوة القاهرة و الحادث الفجائي أو إزدواجها.

القوة القاهرة و الحادث الفجائي تمثلان صورة من صور السبب الأجنبي،و لقد ثار جدل فقهي حول التفرقة بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي أو عدم ذلك ،و انقسم الفقه بذلك إلى فريقين فريق يذهب إلى وحدة القوة القاهرة و الحادث الفجائي،و فريق ثان يرى أن القوة القاهرة و الحادث الفجائي معنيين مختلفين كل عبارة تدل على مفهوم مختلف ،و سنرى فيما يأتي حجة كل فريق في ذلك.

1.2.1.1.1 . وحدة القوة القاهرة و الحادث الفجائي.

يرى اصحاب هذه النظرية ان القوة القاهرة و الحادث الفجائي معنى واحد أي سببا خارجا عن إرادة المدين حال دون قيامه بالوفاء بتعهده الذي التزم بوفائه، و يستندون إلى إن المشرع يستعمل العبارتين في كثير من مواده بمعنى واحد وفوق ذلك فان النتيجة

القانـونية للعبارتين واحدة وهي براءة ذمة المدين [19] ص169 ،و هذا هو الرأي الغالب في الفقه.

و كذلك يستخدم القضاء سواء في الجزائر أو في مصر أو في فرنسا عبارات القوة القـاهرة و الحادث الفجائي كمترادفات[2]ص63 .
هذا بالنسبة إلى أصحاب فكرة الوحدة بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي.

2.2.1.1.2 . ازدواج القوة القاهرة و الحادث الفجائي.

ذهب فريق من الفقه إلى أن القوة القاهرة تفيد أن الحادث الذي حال دون التنفيذ يرجع لـقوة أجنبية عن المدين أما الحالة الجبرية(الحادث الفجائي) ترجع لسبب داخـــلي – obstacle interne أي راجع لحالة العمل الذي يقوم به المدين و لظروفه أي لسبب يرجع للشخص ذاته[19] ص170.
و يرى آخرون أن الازدواج بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي يكمن في شرطين هما :
- شدة الحادثة و شهرتها.
- خارجية الحادثة.

فبالنسبة إلى الشرط الأول لا تعتبر كل الحوادث التي تعترض المدين من قبيل القوى القاهرة لان هناك حوادث محتملة الوقوع في المجرى العادي للأمور.
أما بالنسبة إلى الشرط الثاني أن تكون قد حصلت نتيجة من الخـــــــــــــارج كما رأينا ذلـــك من قبل،فالقوة القاهرة بهذا هي الاستحالة المطلقة أما الحادث الفجائي فيمكن تفاديه لو تم بذل عناية أكثر من عناية الرجل العادي.
و نرى بذلك أن معيار الخارجية هو المعيار الذي يرتكز عليه أصـــــــــحاب هذا الفريـق و ان انقسموا بذلك إلى نظريات مختلفة[2] ص47.
و الذي يلاحظ من خلال ما تقدم أن القوة القـاهرة و الحادث الفـــــجائي يعفـــــيان المديـــن من المسؤولية ايا كانت هذه المسؤولية تقصيرية أو عقدية بما فيها المـــــسؤولية العشرية، لـذلك فالتفرقة بين الاثنين تفرقة لا مبرر لها من حيث النتائج القانونية أما في عـــدم التفرقة أي الوحدة بينهما تماشيا مع المنطق و العدالة ،فلا يمكن مطالبة الرجل باكثر مما يطالب بـــه الرجـل العـادي.

فالرأي الغالب في الفقه و القضاء و حتى التشريع يأخذ بفكـــرة الوحـدة بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي،و يكاد ينعقد الإجماع على أنهما اسمان لمسمـى واحد،و إن كاـــــنت بعض التشريعات الاستثنائية قد فرقت بينهما و قد اخذ القانون المدني الجزائري بعدم التفـــــرقة بين الاثنين[18] ص55.

هذا بالنسبة إلى مضمون القوة القاهرة أو الحادث الفـــــجائي و نظريات التفرقة أو عدم التـفرقة بينهما ،و بـــعد أن عرفنا أنهما مسميان لمعنى واحد فيجدر بنا استعمال إحدى الاسمان فيما يكون لاحـقا من الدراسـة على أن يكون هذا الاسم كما جـــرت العادة هو القوة القاهرة.

2.1.2 . شروط تحقق القوة القاهرة

إن شروط تحقق القوة القاهرة هي نفسها شروط تحقق السبب الأجنبي بصفة عامة، و يقصد بشروط تحقق القوة القاهرة الـــــــعناصر الـــتي إذا ما توافرت يمـــكن للمدين ان يدفع المسؤوليـــة عن نفسه،حيث انه في خلال النصف الثاني مـــــن القرن الثامن عشر،أرست محاكم العدالة في بريطانيا مبدأ هاما و شهيرا في سابقة "ديرنج ضـــد ايرل و نشلزى" " ،و يقـضي هذا المبدأ بان من يلتمس الحكم له في محاكم العدالة،ينبغي أن يـجيئ إليها نظيف اليدين و يعني هذا المبدأ ان من يسعى إلى التخفيف من الأوضاع المجحفة بالالتـــــجاء إلى قواعد العدالة ، يجب ألا يكون هو نفسه قد ارتكب خطأ أو تقصيرا مـــــــن جانبه[20]ص380 ،نفهم من ذلك انه لدفع المسؤولية لابد من إثبات إحدى صور السبب الأجنبي و المـتمثلة في القوة القاهرة، ولكي يتسنى ذلك لابد من تـوافر عناصر أو مقومات القوة القاهرة والتي تتـــــمثل قي عنصر أو شرط انتفاء الإسناد أي لا يسند الحادث إلى المدين أي خارج عن إرادته ،و شرط عـــدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفـــع .

وسنعالج هذين الشرطين في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : انتفاء الإسناد

الفرع الثاني :عدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع

1.2.1.2 . إنــتـفاء الإســنــاد

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 176 من القانون المدني كما يلي " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا ،حكم عليه بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ إلتزامه" وقد نص المشرع المصري على نفس الشيء في المادة 215 مدنـي مصري ،وحسب هذا النص حتىيتسنى للمدين التجرد من المسؤولية الملقاة على عاتقه يجب ان يثبت عدم إسناد الحادثة إليه و بعبارة النص جاءت (سبب لا يد له فيه) أي خارج عـن إرادة المدين ،ونجد ان المشرع الفرنسي تضمن الإشارة بصفة صريحة إلى شرط انتفاء الإســناد في المادة 1147 ويمكن تعريف انتفاء الإسناد في المسؤولية العقدية ،بأنه انقطاع الصلة بين القوة القاهرة و سلوك المدين ،بالا يكون قد تسبب فيها بصفة مباشرة أو غير مبـــاشرة[2] ص70

و تكمن أهمية شرط انتفاء الإسناد ،أو شرط الخارجية وفقا لتعبير القضاء الفرنسي في سد الطريق أمام المتعاقد سيء النية قي حين ثار تقصيره ، فعدم تطلب هذا الشرط قد يدفـــع بالمتعاقدين في فروض غبر قليلة إلى تسبب الحوادث بطريق عمدي تحاشيا لتنفيذ الالتـزام [20] ص383،

ويرى أنصار الفقه المؤيد لشرط انتفاء الإسناد أن الدفع بالسبب الأجنبي يــتوافر باجتماع عنصرين ،هما السببية وعدم الإسناد وبذلك لم يذكر هذا الفقه عنصري عدم إمكان التوقـع ،وعدم إمكان الدفع من يبن مقومات السبب الأجنبي ،على أننا بتتبع شرط عدم الإسناد نجد أن المقصود منه هو عدم إمكان إسناد النتيجة كأثر سلبي محدث للضرر و يرى هذا الفقــه أن الوصول إلى هذا الهدف – هو عدم الإسناد –يوجب توافر عنصري الخارجية extériorité وعدم امــكان التوقع و الدفع ،فعدم الإسناد بالنسبة لهذا الفقه يتضمن بالتبعية عدم امكان التوقع و الدفـع و من ناحية أخرى يقرر هذا الفقه ،أن شرط السببية يقصد به أن تكون هناك واقعــة محددة و أجنبية عن محدث الضرر، تكون هي الســبب الحقيقي و الفعال في إحداث الضرر أي أن يكون الشخص المدعى عليه استحال عليه التصرف بصورة تمكنه من دفع الضرر بسبب كون الحادث مما لا يمكن مقاومته أو التغلب عليه [20] ص386.

فالـــحادث الذي يتمسك به المقاول أو المهندس المعماري باعتباره قـوة قاهرة او حادثا فجائيا لا يكفي فـــيه أن يجعل الوفاء بالتعهد مستحيلا، والتعهد في هذه الحالة يتمثل في بقاء البناء سليما غير معيب مدة عشر سنوات من تسليم الأعمال إلى رب العـــمل بل لا بد أيضا أن يكـــون خارجيا عن إرادة الـــــمدين و لا يمكن إســـناده إليه وهو ما يعبر عنه بشرط الخارجية أو عـدم الصلـة، ففي كل مرة يلمـــس فيه القضاء صلة بين المدعى عليه (المقاول أو المهندس المعماري) و القوة القـــاهرة التي يدعيها ،فانه يرفض إعفاء المدعي عليه من المسؤو لية.

ونلاحـــــــظ أن المشرع الجزائري نص على شرط انتفاء الإسناد في المادة 176 من القانون المدني وهذا بالنسبة للمسؤولية العقدية و هو ما ينطبق بدون أدنى شك على المسؤولية العشـــرية باعتبارها نوع خاص من المسؤولية العقدية .

و شرط إنتفاء الإسناد حتى يتحقق يجب ألا يكون لأحد المتعاقدين دور في حدوثه و تؤكد محكمة النقض بان توافر القوة القاهرة ينقضي بها إلـتزام المديـــن من المسؤولية العقدية وتنتفي بها علاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المسؤولية التـقصيرية فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين[21] ص110.
و لا يعتبر الأمر قوة قاهرة إذا سبقه أو قارنه خطأ المشيد كإهمال أو عدم مراعاته للأصول الفنية في البناء.

فبالنسبة لعـــــــيوب الأرض لا يمكن كقاعدة عامة طبقا لصريح نص المادة 554 من القـانون المدني الجزائري و الـــــتي تقابلها المادة 651 من القانون المدني المصري ،و المـــادة 1792 من القانون المدني الفرنـــــسي أن يحتج بها المهندسالمعماري أو المقاول لدفع المسؤوليـة ،وذلك لان من صميم واجبات المهـندس المعماري أو المقاول التي يملـــيها الفن المعماري، القيام بفحص الأرض وعمل الاخـــــــــــتبارات اللازمه عليها للتأكد من صلاحيتها لعمـــــلية البناء
قبل الشروع فيـه و ينبغي أن يكون البناء و أساساته مقاما بالتنسيق مع ظـــروف الأرض وطبيعة تربتها ،وقـد قضى تطبيقا لذلك بان هبوط الأرض المقام عليها البناء نـتيـــجة للانجراف الحـــادث

عن مياه الأمطار ،لا يعتبر قوة قاهرة ولو كانت هذه الأمطار استثنائية ،طالما من الممكن تجنب مثل هذا الهبوط باتخاذ إجراءات فنية معينة[21] ص111.

أما فيما يتعلق بتعيب مواد البناء ،فان القضاء مستقر على أن عيوب البناء لا تعتبر من قبيل القوة القاهرة التي بها يستطيع المقاول او المهندس المعماري أن ينفي مسؤوليته ،اذ يقع على المقاول الالتزام بحسن اختيار المواد وفحصها و التحقق من صلاحيتها و خلوها من العيوب وهذا الالتزام يقع على عاتق المقاول وكذا المهندس المعماري الذي ينبغي عليه مراقبة التنفيذ و مطابقة المواد المستعملة للمواصفات، بمقتضى عقد المقاولة ذاته ،الالتزام بفحص المواد وعليه فحصها و التحقق من صلاحيتها للغرض المعدة له ومن خلوها من العيوب ، إذ يسأل عن عيوبها كأن تكون غير صالحة أو تكون مخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها ،كأن تكون من نوع رديء لا تسمح به أصول الصنعة[16] ص114، وهذا الالتزام يقع على عاتق المقاول وكذا المهندس الذي ينبغي عليه مراقبة تنفيذ و مطابقة المواد للمواصفات.

ولهذا جرى القضاء المقارن على الحكم بان إثبات عدم صلاحية المواد للغرض المعدة له أو كونها من نوع رديء ،لا يعتبر في حكم القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء الذي ينفي به مسؤوليتة المقاول أو المهندس المعماري من الضمان العشري،لان جودة المواد أو صلاحيتها أومطابقتها للمواصفات الفنية من الأمور الداخلية التي يسألان عليها بمقتضى العقد ،ولقد قضى في فرنسا بان : "تلف الخشب المستخدم في أرضية البناء نتيجة تعرضه لنوعية ضارة من الحشرات لا يعتبر حادثا خارجيا مكونا للقوة القاهرة، التي تنتفى بها مسؤولية المهندس المعماري و المقاول من الضمان العشري لمتانة البناء ،طالما أن صنف الخشب المستعمل معروف بقابليته للتعرض لمثل هذا التلف، وكان من الممكن تجنب حدوثه بمعالجة الخشب معالجة خاصة تعفيه من التعرض لهذا الخطر.[7] ص223".

وبالنسبة لحالة تعيب التعليات بسبب عيوب الأبنية القديمة ، فإن القضاء يقيسها على حالة تعيب البناء بسبب عيب في الأرض ومن ثم لا تعتبر من قبيل القوة القاهرة إذ ينبغي على المهندس او المقاول القيام باختبار سلامة المبنى القديم و متانته قبل تشييد التعليات .

وتطبيقا لذلك قضى بأنه إذا كان المهندس المعماري مسؤولا عن التهدم الناشئ عن عيوب التربة ،فإنه يكون مسؤولا من باب أولى عن عيوب المباني القديمة المتخذة كدعامة لأعمال التعلية ،إذ هو لم يقوي هذه المباني و لم يواجه في مشروعه الإصلاحات اللازمة لإزالة هذه العيوب[21] ص113.

كانت هذه من التطبيقات العملية التي تقرر أمام القضاء بمناسبة انتفاء الإسناد بين القوة القاهرة و سلوك المقاول أو المهندس المعماري و التي يمكن بها دفع مسؤوليته العشرية ،وذلك في حالة تعيب الأرض أو التربة أوتعيب مواد البناء أووتعيب المباني القديمة كسبب لتعيب التعليات، ورأينا في كل حالة من هذه الحالات أن للمقاول آو المهندس يد في ذلك فلا ينتفي بذلك إسناد الضرر إلى الخطأ المفترض في جانب المقاول أو المهندس ،لأنها تعتبر من صميم الصنعة والتزام بموجب عقد المقاولة ذاته.

وكما سبق أن اشرنا إنتفاء الإسناد أو شرط الخارجية لا يتوفر إلا إذا كانت إرادة المقاول أو المهندس خارجة كليا عن الضرر الذي تسببه القوة القاهرة.

ولكي ينتفي الإسناد إلى المقاول أو المهندس المعماري ، يجب أن تتصف القوة القاهرة بالصفتين التاليتين :

- أن تكون غير ممكن توقعها
-أن تكون غير ممكن دفعها وتلافي نتائجها .

2.2.1.2 .عدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع

يشترط في القوة القاهرة او الحادث الفجائي الذي يترتب عليه استحالة التنفيذ وينقضي به الالتزام عدم إمكان توقعه، واستحالة دفعه ،وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير تملكه محكمة الموضوع بشرط أن تلتزم هذه الأسس القانونية وان تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله.

ونلاحظ أن هذا الشرط ينقسم إلى عنصرين هما :

– عدم إمكان التوقع .

- عدم إمكان الدفع .

لذلك سوف نتناول بالتفصيل كل عنصر على حدة مع أنهما جزئين مترابطين .

1.2.2.1.2 . عدم إمكان التوقع

يعد التنبؤ و التـــــصور المسبق من خصائص الإنسان ، فالإنسان مولع منـذ أن وجد على ظهر الأرض باكتشاف الـــــــــعيب ومعرفة ما يخفيه له من أحداث ، و التاريخ العلمـــي زاخر بأحداث كبيرة تدل على أن التنبؤ و التــصور من خصائص الإنسان وفي الواقع يجـب أن يمارس الإنسان قدرا من التنبؤ بالظروف ، بما يســـــــــــمح له من ممارسة قـدر من توقـع الأحـداث في المستقبل، ومن المنطقي التأكيد على انه ينبغي علـى الإنسان أن يكون مسؤولا في حدود قدرته على التنبؤ و التوقع.

فإذا انتقلـــــنا إلى دائرة القانون فلا يمكن إنكار ما لشرط عدم التوقعimprévisibilité من أهميـــة، وخاصة في نطاق السبب الأجنبي مرجع ذلك أن الفاصل الدقيق بين توقع الحادث أو عدم توقعه يمثل الفاصل بـــــين وصف الحادث بأنه أجنبي أو بأنه غير ذلك ،فهذا الشرط يعني استبعاد كافـة الظروف و الأحداث الـتي تدخل في علم الفرد وإدراكه و توقعه العقلي من دائـرة الأسـباب الأجنبية فتوقع الحادث أو عدم توقـعه ،هو إذا الفاصل بين قدرة الفـــرد على تحاشي وقوع الحادث بالاستعداد السابق له إذا كان يتوقعه ،وعدم قدرته على ذلك إذا اخذ بوقوعه على غرة إذا لم يكن يتوقعه.

يعتبر مجلس الدولة الفرنسي من اسبق النظم القضائية التي توفرت على إظهار و تأكيد مضمون عنـصر عدم التوقع في نطاق السبب الأجنبي و كان ذلك في حكم شهير له صـــدر بتاريخ1916/03/30 في قضية شهيرة ،عرفت بقضية الشركة العامة للإضاءة بمدينـة بوردو ،وقد لقي هذا الحكم الكثير من الصيت و الشهرة لتضمنه كما هائلا من القواعد والمبـــادئ الرئيسية في عدد من المسائل القانونية يهمنا منـها ما تضمنه في خصوص عنصر عدم توقـع السبب الأجنبي ،فقد أعلن مجلس الدولة الفرنسي أن ارتفاع السعر بعكس ما كان محسوبا بحيث

يتجاوز بشكل يقيني الحدود القصوى لزيادات السعر التي كان باستطاعة المتعاقدين توقعها وقت إبرام العقد ،هو ما يشكل جوهر عنصر عدم التوقع[20] ص393.

لا شك أن توقع الحادث المتولد عن القوة القاهرة ،هو العلم الراجح او المحتمل بان واقعة معينة ستحدث أو أنها لن تحدث في وقت ما،بحيث يكون معلوما أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سيترتب عليه وقوع الضرر كأثر سلبي للسلوك في نطاق المسؤولية التقصيرية،أو خلق استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام العقدي في إطار المسؤولية العقدية.

و بناءا على هذا يمكن التأكيد على أن الحادث المتولد عن السبب الأجنبي بما فيه القوة القاهرة، يعد من الأمور النسبية التي تختلف من شخص إلى آخر ،و من إقليم الى إقليم، بل و من مهنة إلى أخرى، فمن الناحية الشخصية ،يلاحظ أن القدرة على التوقع تتأثر إلى حد كبير بالظروف الشخصية للفرد و ملكاته و تصوره و ثقافته العامة ،فما يستطيع توقعه عالم فذ لا يتوقعه ريفي ساذج،و ما يستطيع أن يتوقعه رجل أعمال متمرس لا يتوقعه بائع بسيط، يتجول بسلعته بين الأحياء.

و تطبيقا لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في السابع من مارس سنة1968 ، وجهة نظر قضاة الموضوع الذين رأوا عدم كفاية المهندس الفنية ،ما يمكن أن يعتبر سببا أجنبيا بإعفاء المقاول من مسؤوليته عن تأخير تنفيذ الأعمال في مواجهة رب العمل و اشترطت لاعتباره كذلك ،ألا يكون بإمكان المقاول أن يتوقع عدم الكفاية هذه و ما يمكن أن يترتب عليه،دون تعطيل لتنفيذ التزاماته [20] ص396 .

و من ناحية الإقليم نلاحظ تأثر عنصر عدم التوقع بالظروف البيئية و الطبيعة الجغرافية للإقليم ، و تطبيقا لذلك ،رفض القضاء الفرنسي ان يعتبر من قبيل السبب الأجنبي الريح البالغة الشدة و التي عصفت بسرعة 72 كلم/سا و وصلت شدتها الى 126 كلم/سا مما أطاح بسقف المبنى لان هذه العاصفة بالشدة التي كانت عليها لم تشكل في الإقليم الذي وقعت فيه حادثا غير ممكن التوقع و لا مستحيل الدفع،و على عكس القضاء السابق ،أيدت محكمة النقض الفرنسية ،حكم محكمة الاستئناف في دعوى تتعلق بسقوط سقف مبنى مستعمل كمخزن و صالة عرض،على اثر تساقط غزير للبرد،حيث أعفت المقاول و المهندس كلية من المسؤولية

ما دام أن هذه الظاهرة الجوية -التي يتعين أن ينسب إليها الضرر- ترقى إلى مستوى الكارثة الحقيقية التي لم يرصد مثلها من قبل و التي بلغت من العنف ان استدعت من السلطات العامة تطبيق الأحكام الخاصة بالإغاثة ،و التي تنص عليها قوانين الطوارىء، بحيث انه "ما كان بإمكان المقاول أو المهندس أن يتوقع أن يصاحب الريح تساقط للبرد بمثل هذا العنف [20] ص398." و من ثم فان الظاهرة الجوية تتوافر لديها خاصية السبب الأجنبي الموجب لعدم انعقاد مسؤولية المشيدين.

و بما أن عنصر التوقع من العناصر ذات الطابع الشخصي التي تختلف فيها قدرة الأفراد من حيث إمكان التوقع و حدوده، ذهب الفقه و القضاء إلى إيجاد معيار عام يمكن من خلاله قياس درجة التوقع،و انقسموا بذلك إلى اتجاه يرى بالمعيار الشخصي لتقدير التوقع الذي يقوم على الشخص ذاته و ظروفه الخاصة في البيئة الاجتماعية ،و درجة ثقافته و قدرته العقلية

و إدراكه على وجه العموم و هذا المعيار يؤدي إلى تنوع الحلول و اختلاف الآراء لكونه يقوم على عوامل نفسية و ذهنية لا يسهل تقصيها.

و لهذا ظهر اتجاه أخر يرى بالمعيار الموضوعي لتقدير التوقع و في هذا الإتجاه يرى تقدير هذا التوقع بالنظر إلى المسلك المألوف للشخص المعتاد،و هاذ المعيار قد يؤدي إلى إهدار شخص المدعى عليه و مسلكه الذاتي لان الشخص المعتاد ليس حقيقة ماثلة ،و إنما هو مجرد تصور قصد به الحفاظ على استقرار المجتمع.

لهذا هناك ضرورة لوجود معيار وسط،يكون جامعا لكل الميزات الموجودة من المعيارين السابقين و مانعا لكل العيوب التي تشوبهما على أن هذا المعيار هو معيار الشخص المعتاد بين نظرائه و وفقا لهذا المعيار المقترح،فإننا نجري قياس توقع المدعى عليه ليس بالنظر إلى شخص المدعى عليه نفسه،و لكن على ضوء ما يتوقعه شخص آخر،يكون من مستواه أو نظيرا له ،من حيث الثقافة و القدرة العقلية و الإدراك و الظروف الاجتماعية المحيطة به.

فإذا كان المـــــــدعى عليه مقاولا محترفا ، يقيم منشات فإننا لن نطبق عليه معيار الشـخص المعتاد،و إنما نطبق عليه معيار الشخص النـــــــظير أي الشخص الذي يكون مقاولا مـحتـرفا مثله،فإذا إتضح لنا أن هذا الشخص النظير كان بإســتطاعته أن يتوقع الحادث ،بما يــتوافق مع الظروف الجديدة ،في الوقت الذي تعذر على المدعى عـــــــليه ان يتوقعه،قضينا بمسـؤوليته،

و لا عذر عليه في تقصيره ما دام نظراؤه يستطيعون توقعه.

و يبدو ان هذا المعيار هو المعيار المناسب لتقدير التوقع و حــتى يمكن اعتبار الـحادث قـوة قاهرة أيا كانت طبيعية و غير طبيعيه يجب أن يتوفر فيها شرط عدم إمكانية توقعها.

2.2.2.1.2 . عدم إمكان الدفع

إلى جانب عدم إمكان التوقع هناك عنصر آخر هو عدم امـــــــــكان الدفع و المقصود بهذا العنصر هو تبيان الصفة القهرية للحادثة المستند اليها لدفع المـــــسؤولية،أي أنها حـادثة لا يمكن التـغلب عليها باستعمال الوسائل المعقولة لمتانة البناء و صلابته،فـــهي قهرية من حيث مصدرها لأنـــها لا ترتبط بإرادة و مشيئة المقاول أو المهندس المعماري لكونها واقعة لا محـالة و قـــهرية من حيث أثارها و نتائجها،بحيث لا يمكن تلافيها مهما كانت الاحتياطيات و الأسلحة .

فليس يكفي لاسباغ وصف السبب الأجنبي الذي من صوره القوة القاهرة على الواقعة التي ينشأ عليها الضرر أن يكتفى فيها بتوافر عنصر عدم التوقع،و إنما يجب فضلا علـــى ذلك أن تكون هذه الواقعة مما لا يستطيع الشخص تحاشيها أو التغلب عليها-irrésistible- فعدم القـدرة على الدفع أو استحالة الدفع كعنصر من عناصر السبب الأجنبي يعـــد الترجمة القانونية لـفـقـد الـقدرة على التصرف في مواجهة القوة الضاغطة لواقعة ذات تـأثير فعـــال على سلوك الإنسان،فانـعدام القدرة على الدفع نتيجة لما يمثله تحقق السبب الأجنبي من إكراه يؤدي قانونا إلى انعدام الإرادة أو في تعبير دقيق إلى فقد القدرة على التصرف[20] ص416.

و في الواقع فان عدم القدرة علـــــى دفع القوة القاهرة بصفة خاصة أو السبب الأجنبي بصفة عامة،يحول دون انعقاد المسؤولية المدنية بما فـــيها المسؤولية العشرية،نتيجة تأثيره على الإرادة تأثيرا يبلغ درجة من الفعالية بحيث يفقد من يتمسك به قدرته على التصرف.

و يقصد القانونيين بعبارة "غير ممكن تلافي القوة القاهرة" معنيين :

أحداهـــــــما هو استحالة دفع القوة القاهرة أو منعها من الحدوث فيكون الزلزال و الفيـــضان و العاصفة و صدور قانون مستحيلي الدفع لأنها حـوادث تتسم بالطابع القهري في ذاتها و تقع رغم إرادتنا و لا شان لنا في تحققها.

و المعنى الثاني هو كون القـــــوة القاهرة لا تغلب و لا يمـكن درء نتائجها و بهذا المعنى ينظر بخصوصها إلى الآثار المترتبة عليها التي لا يمكن درء أثارها أو نتائجها[2] ص84.

و قد اظهر القضاء الفرنسي تشددا كبـــــــيرا حيال قبول فكـرة الدفع في خصوص مسؤولية المشيدين و ذلك أمر طبيعي لان سلامة المباني امر يتصل بالـــصالح العام،و من اجل ذلك لم يقبل القضاء الفرنسي على سبيل المثال كقوة قاهرة رجوع التلـــف الذي أصـاب السقف الخشبي للمبنى إلى مهاجمة الحشرات المسببة للتسوس له،حيث كان ينبغي على المقاول معالجة هـذه الأخشاب قبل استخدامها في البناء بالمواد الواقية من مثل هذا الـــنوع من الآفات،كـما انه لا يمكن للمهندس أو المقاول أن يتمسك بعيب التربة بحسبانه من قبيل القوة القاهرة و لـو كان هو السبب الفعلي لتهدم البناء أو تعيبه تعيبا جسيما مهددا بسقوطه لأنه كان علـــيهما أن يدرسـا طبيعة التربة و الأرضية التي سيقام عليها البناء قبل البدا بتنفيذ الأعمال و من ثم فان مثل هذا السبب يفتقر إلى خاصية عدم
إمكان التوقع وخاصية استحالة الدفع[17]ص148، فكان من الممكن الإحتياط مـن عدم وقوع ذلك لاحقا بإتباع الأصول الفنية اللازمة عند بدأ عملية التشييد.

و الـــمعيار الذي ينبغي أن تقاس به درجة الجهد المبذول في عملية الدفع أو التـــــوخي هو المعيار الموضـــوعي الذي يعتد فيه بمسلك الرجـل العادي،كـقـاعدة عـامة و لـكن نسـتعين إلى جواره بالمعيار الشخصي في الحالات التي يصعب فيها تطبيق المـعيار الـموضوعي مباشرة.

إن القـضاء المقارن و خاصة الفرنسي قد اتبع معيارا موضوعيا قائما على عـناصر مادية ثابـتة للقـــوة القاهرة،الا انه حدد هذا المعيار في نظام مسؤولية المشيدين في إدخاله لعـنصري الزمـــان و المـــكان فإذا أمكن توقع الظاهرة الطبيعية رغم شدتها بالنسبة إلى الزمان و الـمكان فهي تـــــخرج عن نطاق القوة القاهرة،و بالتالي يجب مراعاتها عند تنفيذ و تصميم البناء[4] ص335.

لهذا حتـى يمكن القول بان حادثا معينا تشكل قوة قاهرة يمكن الدفع بها فيما يخص مسؤولية المشيدين لابد من توافرها على العناصر الثلاثة السـالفة التفصيل بحيث ينتفي فيها الإسناد بين خطأ المشيد و الضـــرر و تكون غير ممكنة التوقع و مـستحيلة الدفع ،و فيما عدا ذلك لا يمكن اعتبارها قوة قاهرة تنتفي بها المسؤولية العشرية.

2.2. اثر تحقق القوة القاهرة على المسؤولية العشرية و إجبارية التامين ضد الكوارث الطبيعية

بـــــعد أن عرفنا في المبحث السابق ماهية القوة القاهرة و شروط تحققها نأتي لنتناول في هذا المبحث اثر هـــــذه الأخيرة على المسؤولية العشرية، فتطبيقا للقـواعد الـعامة يعفى المهندس المعماري أو المقاول من المـــــــسؤولية كأي مدين متعاقد،إذا استطاع أن يقدم الدليل على أن تهدم البناء أو العيب الذي ظهر فيه،إنـــــــما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه،كقوة قـاهرة(أو حادث مفاجئ)،أو خطأ من صاحب البناء، أو من جانـــب الغير[4] ص329 ،و بديهي انه اذا ما كان الضرر الذي أصاب المبنى يرجع كلية إلى مثل هـــــــذا السبب الأجنبي،فانه لا مسؤولـية على المـقاول أو المهندس المعماري ، تختلف الآثار القانونية للـقوة القاهرة حسب الحالة التي تـــكون عليها،منفردة أو مختلطة بعوامل أخرى،و لقد استحدث المشـرع الجزائري قانونا جديدا ينص فيه على إلزامية التامين ضد الكوارث الطبيعية كنوع من

أنواع القـــوة القاهرة،و قد صدر هذا القانون بعد زلزال 21 ماي 2003 بمدينة بومرداس بالجزائر،على اعتـــبار ان الأخطاء الناجمة عن هذه الكوارث غير مغطاة بوثيقة التامين العشري حيث الزم المشرع الجـــــزائري المـقاول بضرورة التامين عن الأضرار المترتبة عن الإنجاز و ذلك بصريح المـادة 08 مـن المرسوم التشريعي رقم 93 -03 المتعلق بالنشاط العقاري،و طبقا للقانون المتعلق بالتأميـــنات رقم 80 -07 المؤرخ في 09 -08 -1980 لاسيما مواده من 94 الى99 ،لذلك فرض الـمشـرع آلية للتامين ضد الكوارث الطبيعية ليوفى المضرور حقه في أي حالة كانت.

لمعالجة هاذين العناصر نقسم المبحث إلى مطلبين :
المطلب الأول :اثر تحقق القوة القاهرة على المسؤولية العشرية.
المطلب الثاني :إجبارية التامين على الكوارث الطبيعية.

1.2.2. اثر تحقق القوة القاهرة على المسؤولية العشرية

يمكن القول-بوجه عام- أن القضاء يواجه الدفع بالقوة القاهرة في خـــــــصوص المشيديـن بالرفض أساسا ،و لا يؤخذ إلا في حالات استثنائية نـــادرة،تتركز اغلبها في الظواهر الطبيعية، كالأعاصير أو الأمطار،ما دامـت هذه الظـواهر كانت من العنـــــــــــف بما لا يمكن دفعه
و من الاستثنائية أو الندرة أيضا بما لا يمكن توقعه.

نظرا لهذا التشدد بالأخذ بالقوة القاهرة كسبب لنفي المسؤولية العشرية من قبل القـضاء يجدر بنا التطرق إلى اثـــــر القـــــوة القاهرة من حيث اعتبارها السبب الوحـيد في تهـدم البـنـاء أو تعيبه،و من حيث اعتبارها احد الأسباب المساهمة في التهدم من خلال الفرعين التاليين :
الفرع الأول :القوة القاهرة السبب الوحيد في تهدم البناء أو تعيبه.
الفرع الثاني :القوة القاهرة احد الأسباب المساهمة في تهدم البناء أو تعيبه.

1.1.2.2 . القوة القاهرة السبب الوحيد في تهدم البناء أو تعيبه

إذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر ، إنعدمت علاقة السببية ولا تتحقق المسؤولية[16] ص880 ، فمتى تحققت شروط تطبيق القوة القاهرة فإن حارس الشيء يعفى من المسؤولية عن الضرر الناتج عن الشيء الذي أحدث الضرر [22] ص186 .

لذلك قيام القوة القاهرة ينفي مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري عن ما يحدث في المباني التي ينشآنها أو المنشآت الثابتة التي يقيمانها من تهدم كلي أو جزئي وما يظهر فيها من عيوب تهدد متانتها وسلامتها ، فإذا أثبت المقاول أو المهندس قيام القوة القاهرة إنقطعت العلاقة السببية بين نشاطهما و بين الضرر اللاحق برب العمل وبالتالي تنتفي مسؤوليتهما القانونية لتعويض الضرر الذي أصاب رب العمل من جراء التهدم أو ظهور العيب .

وإثبات القوة القاهرة لا ينفي خطأ المقاول أو المهندس المعماري وإنما تنفي مسؤوليتهما بسبب قطع العلاقة السببية ما بين نشاطهما وبين الضرر اللاحق برب العمل طبقا لما تقضي به القواعد العامة ويتجه إليه الفقه الفرنسي في هذا الشأن وتأخذ به محكمة النقض الفرنسية[15] ص258 ،لكن يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المبنى يرجع كلية إلى القوة القاهرة ، بمعنا أن تكون القوة القاهرة هي السبب الوحيد والمنتج للإحداث الضرر بحيث لم يتدخل معها سبب آخر أو ساعد في تفاقم الأضرار حتى يقبل القضاء الدفع بالقوة القاهرة للنفي المسؤولية العشرية على إعتبار أن هذا السبب الأجنبي قد حدث خلال مدة عشر السنوات التي يكون فيها المقاول و المهندس المعماري مسؤولا عن ما يصيب البناء من عيب ، فالقضاء يظهر تشديدا في قبول الدفع بالقوة القاهرة في خصوص مسؤولية المشيدين ، لأن سلامة المباني و المنشآت أمر يتصل بالصالح العام فإذا كان في البناء عيب ثم تهدم هذا البناء بقوة قاهرة دون أن يكون عيب البناء سبب في تهدمه فلا يجوز لرب العمل رفع دعوى

على المقاول أو المهـندس المـــــــعماري عن الأضرار التي أصابته من جراء التهدم ، لأن العيب في البنــاء لم يشارك القوة الـــــقاهرة فـــي إحداث التهدم ، فالبناء كان سينهدم بفعل القوة القاهرة حتـى ولو لم يكن فـــــيه عيب في الأصل ، تعتبر بذلك القوة القاهرة السبـــــــب المنتج في هذه الحالة لذلك تنتفي مسؤولية كل من المقاول و المهندس المعماري.

وقـد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص في المادة 899 منه على مايلي :

" يسقط عن المهندس المعماري و المقاول الضمان المقرر في المادتين الـسابقتين إذا تبين من الظروف التي أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة قاهرة كما لو حصل خلل في استقرار الأرض ، التي أقيم عليها البناء إذا كان الخلل قد نـشأ لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجة لم يكن بالإمكان توقـعه وقت البناء "

ويستند قضاء المحاكم المصرية على مبدأين أساسيين :

1- الخلل في البناء إذا حصل في خلال عشر سنوات لا يكفي وحده لتقرير مسؤولية المقاول ، إذا كان من الثابت أن هذا الخلل لا يرجع لخطئه

2- تهدم البناء الذي لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع في الصنعة يسأل عـنه المقاول[15] ص259.

يتضح من النص الوارد في المشروع التـــمهيدي للقانون المدني المصري وما ورد في شأنه في المذكرة الإيضاحية الخاصة به أنه قصر قبول الـــــقوة القاهرة باعتبارها سببا من أسباب سقوط المسؤولية على الحالة التي تثبت فيها ثبوتا قاطعا دون تدخـــــل أهل الخبرة مخافة مـحاباة أبناء مهنتهم فتفوت الحماية التي قصدها المشروع من وراء وضع النـــص ،و يتضح منه أنه يشترط لاعتبار سبب تهدم أو ظهور العيب قوة قاهرة ، أن لا يكون راجع إلى المـــــــقاول أو المهندس المعماري .

ولذلك إستبعدت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر مسؤولية المقاول المكلف بتـــغطية الطريق بالإسفلت لأن الضرر لم يكن راجعا إلى موقع الأرض أو حركيتها الذاتـــية ، وقد إعـــــــتبرت المحكمة ذلك قوة قاهرة تنفي مسؤولية المقاول عن هذا العيب ، وأعتبر العـــيب في الأرض الذي يستحيل كشفه وفقا لقواعد الفن يكون في حكم القوة القاهرة ولا يكون المهنـد س المعماري مسؤولا عنه .

وخلاصة القول أنه إذا كانت القوة القاهرة هي السبب الوحيد و المنتج كانت سببا أجنبيا لإنتفاء المسؤولية العشرية وبالتالي تخلص المقاول أو المهندس المعماري من الالتزام بالضمان المترتب على عاتقهما مدة العشر سنوات التالية للتسليم النهائي للأعمال .

ويبقى التساؤل مطروحا في حالة ما إذا إشتركت القوة القاهرة مع أسباب أخرى في إحداث التهدم أو ظهور العيب، فما مدى مسؤولية المقاول و المهندس المعماري في هذه الحالة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الثاني .

2.1.2.2 . القوة القاهرة أحد الأسباب المساهمة في تهدم البناء أو تعيبه

قد تتدخل القوة القاهرة كأحد العوامل المساهمة في تهدم البناء أو ظهور العيب فيه ، بحيث لا تكون هي السبب الوحيد و المنتج في حدوث ذلك ، إذ يكون خطأ أحد المشيدين مساهما في حدوث الضرر المشار إليه وقد اتجه القضاء المدني الفرنسي في وقت من الأوقات إلى أن القوة القاهرة تستبعد المسؤولية حينما يكون مرجع الضررالذي يطلب تعويضه إلى هذه الحادثة وحدها ، أما إذا كان الذي يدفع بالقوة القاهرة قد ارتكب هو نفسه خطأ ساهم في وقوع الحادث أو في تشديد عواقبه فإن مسؤوليته تخفض ومن ثم التعويض الذي يتعين عليه دفعه .

لكن القضاء المدني المصري ما لبث أن عدل عن هذا الاتجاه ، ومن ثم لم يعد هناك حل وسط، وظهر إتجاه يتماشى ونظرية السبب المنتج .

فإذا كانت القوة القاهرة هي السبب الفعال في إنهيار المبنى فإن مسؤولية المقاول و المهندس المعماري تنتفي ، أما إذا كان خطأ أحد المشيدين هو الفعال رغم وجود قوة قاهرة فإن المسؤولية تثبت في جانب المرتكب للخطأ ، وعدل بذلك الفقه و القضاء تقريبا في كل من فرنسا ومصر عن نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب[4]ص336 .

ومحصل نظرية السبب المنتج أنه إذا كانت الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر أكثر من سبب واحد وكان كل منها قد تدخل في إحداث الضرر فإن المعول عليه في هذه الحالة هو السبب المنتج دون السبب العارض ،وإن كان كل منهما قد تدخل في إحداث الضرر فإن السبب المنتج هو السبب المباشر الذي يحدـ الضرر بخلاف السبب العارض الذي يحدث عادة هذا الضرر[1] ص190هذا ما أخذ به القضاء المصري عندما جعل من الزلزال الذي ضرب

جمـــــهورية مصر العربية بتاريخ 12 -10-1992 سببا عارضا وأرجع السبب المنتج إلى خطأ المشـــيدين في ســـوء التصميم وسوء التـنفيذ ، حيث أن هذا الزلـزال أدى إلى إنهيار كلي لعمارة شـاهقة حديـــــثة البناء مؤلفة من عـدة طوابق بمدينة مصر الجديدة بالـقاهرة ، رغم أن قوة هذا الزلزال كانـــــت تقدر ب5.9 درجة على سلم رشتر، إذ صاغت محكمة أمـــن الدولة العلـــيا في مصر في حكمـــــــــــــها الـــمؤرخ في 12-08-1993 نظرية متكاملة حول أثر تداخـل خطأ المـــشيدين مقاولين كانوا أو مـــهـــــــندسين معماريين مع القوة القاهرة في حدوث تهدم البناء أو تصـــدعه تـصدعا جســـــــــيما قد يـــــؤدي إلى انهياره ، إذ قررت أنه:" لا يمكن الإعـــتداد بالقوة القاهرة لانقطاع رابطة السببية فـــي جريـــــــمة عدم مراعاة الأصول الفنية في البناء إذ أن إنهيار البناء كان راجعا إلى سوء التصمـــــيم وسوء التـــنفيذ وأن البـناء كان في حالة إتزان وأنه كان محكوم عليه بالسقوط والإنهيار في أية لحظة ، وأن الـــــــزلزال لم يـكن المتسبب في سقوطه وإنما كان كاشفا للعيوب التي شابت هذا المنشأ ، والتي أدت وحـــــــــدها إلى سـقوطه ،وأن هذه العيوب كانت موجودة قبل حدوث الزلزال."

كما أضافت المحـــــــــكمة لتبرير عـــدم إمكانـــية الإعتداد بالقوة القاهرة كأحد أسباب إنعدام المسؤولية:

" انه لو كان المتهمون قد راعو الأصـــــول الفنية في البناء وفقا للمواصفات القياسية المصرية، واستخدموا مواد بناء بالقدر المطلوب فـــــي هذه المواصفات، ولم يرتفع بالبناء ستة طوابـق بغير ترخيص مما أضاف أحمالا زائدة على أعـمدة العقار والتي كانت من الضعف بحيث لا تـتحمل هذا الجهد ."

وأكدت المحكمة أنه:" لو تم مراعـــاة هذه الأصول الفنية في ذلك شأن كافة المباني المحـيطة به والتي وقفت صامدة لم تتأثر بالزلزال ، وبالإضـــافة إلى ذلك لو كان الزلزال هو سبب الإنهيار لأدى ذاـــــلك إلى تأثر التربة أسفله و الأساسات التـــي تـعلوا التربة وهذا ما لم يـحدث ، كما أن الزلزال الـــــذي بلغت درجته 5.9 على مقياس رشتر لم يـــكن من القوة بحيث تنهار له الـمباني فكان يجب أن يراعي مهندس التصميم و التنفيذ إمكانـية تصور حدوث الزلزال درجته 06 رشتر حيـــث يلتزم في تصميمه بهذا التوقع. [17] ص152"و إستـــــــــــقر القـضاء الفرنسي على رفـــض الإعتداد بالقوة القاهرة إذا ثبث وجود خطأ سابق على حدوث القـــوة القاهـــرة من جانب المعماريـــين ، وبالتـــالي تثبت مسؤوليتهم و لا يقبل دفعهم بالقوة

القاهرة حتى تنتفي مسؤولتهم إلا إذا أثبتوا أنه لم يكن لهم أي يد في حصول الضرر أو قدرتهم على منعه.

ولاشك أن القـــضاء الجزائري هو الأخر يأخذ بنظرية السبب المنتج في الأخـذ بالقوة القاهرة كسبب لإنتفاء المسؤولية العشرية إذا ساهم في إحداث الضرر خطأ أحد المشيدين .
فبالسبة لزلزال 21-05-2003 الذي ضرب مدينة بومرداس بالجزائر و الذي قدرت درجته 7.8 على سلم رشتر أعتبر هذا الزلزال هو السبب الفعال في إنهيار بعض المباني والعـــمارات رغم صلابتها وقدتها على التحمل في حين عد سببا عارضا بالنسبة للانهيار بعض العـــــــمارات و المنشآت الأخرى لأنه ثبت عدم مطابقتها لمعايير التصميم المعمول بها لأنه بذات المـــــكان لم تسقط بعض البـــــنايات رغم رجوع بنائها إلى عهد الاستعمار الفرنسي ،وتم بـذلك إحالة المشرفين على التصمـــيم والتنفيذ إلى القضاء وهم تحت الرقابة القضائية ووجهت لهم تهم القتل و الغش و التهاون وعدم تطـــبيق القرارات الإدارية و التنظيمات الإجبارية في تشييد البنايات ، من طرف قاضي التحقيق لدى محكمة بومرداس [23] ص6.

2.2.2 . إجبارية التامين ضد الكوارث الطبيعية

يعد نـــــــــظام التامين في العصر الحديث من المقومات الأساسية للنشاط الاقتـــصادي في المجتمع،و دراسة التامين لم تلق حظها من العناية و لم تأخذ مكانها بين الدراسات القانونية إلا في وقت متأخر،حيث لم يبدأ الاهتـمام بهذه الدراســة إلا بعد صدور قانون التامين الفرنسي سنة 1930 ،فقد شـــــــعرت الدول بأهمـــية التامين في العصر الحديث بعد أن تقدمت المدينة،
و اتسعت مجالات النشاط الإنساني لتشمل مختلف نواحي الحـياة ، و بعد أن ظهرت أهمية الدور الكبير الذي تؤديه رؤوس أموال التامين في الاقتصاد القومـــي و مـالها من تأثير فعال في السوق المالية و المحلية و الدولية ، الأمر الذي جعل بعض الدول تصدر تشريعات لتنظيم أحكام التامين ، و لعل المشرع الجزائري هو الأخر أورد تشريعا في مجال التامين و هو قانون التامين الجزائري رقم 07 لسنة 1980 الصادر في09 أوت سنة 1980 و كذلك الأمر 95-07 المؤرخ في 25 جانفي لسنة 1995 و المتعلق بالتأمينات ، و قد استحدث المشرع الجزائري مؤخرا تأمينا

خاصا و هو تامين العقارات المبنية ضد الكوارث الطبـيعية إجبـريا و ذلك في الأمر 12 -03 المؤرخ في 26 أوت 2003 .

و لدراسة محتوى هذا الأمر و ماذا يقصد المشرع بإجبارية التامين ضد الكوارث الطبيعية؟ لابد مـــــن معرفة ماهية التامين قبل ذلك و لكـــــــي يتسنى لنا الإلمام بهذه الدراسـة نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول : مفهوم التامين.

الفرع الثاني :أحكام التامين ضد الكوارث الطبيعية.

1.2.2.2 . مــاهـية التاميـن

يجد الإنســان نفسه معرضا خلال حياته اليومية لكثير من الأخـــــــــطار التـي تهدده سواءا في شخصه أو في ماله ، و تنشأ هذه الأخطار من أسباب لا حصر لها و لا يـــمكن التكهن بها أو بوقت وقوعها أو تقدير مدى الأضرار التي تترتب عليها ، بعض هذه الأخطار ينشأ من أحداث لا دخل لإرادة الإنسان فيها،و بعضها ينشأ بفعل الإنسان سواء كان المـضرور أو شـــــــخـصا غيره،و في حالة نشوء الأخــطار من أحداث خارجة عن إرادة الإنـــــــــسان كالقوة القـاهرة، و الأزمات الاقتصادية،و الأوبئة الفتاكة كلها أخطار يتعرض لها الإنسان في نفسه أو فـي مـــــاله دون أن ينسب وقوعها لأحد،و من ثم لا يجد الإنسان من يمكن الرجوع عليه لتعويض ما لحـــقه من ضرر نتيجة هذه الأخطار.

أما في حالة نشوء هذه الأخطار من فعل الغير ،كما لو احرق شخص أو اتلف أو ســـــرق أموالا مملوكة للآخرين ،أو الحق بهم أضرارا في أبدانهم،ففي مثل هذا الحالات تنـشأ الأخـــــطار بفعل الإنسان غير المضرور يمكن الرجوع عليه بالتعويض إذا كان الفاعل معروفـا و من الـــــــممكن الحصول منه على تعويض الضرر،ذلك ان الخطر قد يقع بفعل شخص يتعذر عـليه التعويـــض كالمجنون أو عديم التمييز الذي لا يوجد من هو مسؤول عنه، فيكون من المـــــــحتـمل في بعض الحالات التي ينشأ الخطر فيها بفعل الغير تعذر أو استـــــحال الحصول على تعويـض الأضرار الناتجة من الخطر الذي سببه.

و قد تنشأ الأخطار من فعل الشخص نفسه من غير عمد كما لو تسبب الإنسان بخطئه أو إهماله في إصابة بدنـــه أو إتلاف ماله و في مثل هذه الحالة يكون المضرور نفسه المسؤول و من ثم لا يكون هناك من يرجع عليه بتعويض الضرر الذي ترتب على وقوع الخطر.

و على هذا النحو يجد الإنسان نفسه معرضا خلال حياته اليومية لبعض الأخطار التي تسبب له ضررا يعجز عن تعويضه،و لذلك رأى انه من الـــــــضروري مواجهة هذه الأخـطار لتفاديها أو التخفيف من أثارها.

و لمواجهة هذه الأخطار يمكن أن يلجا الإنسان الى وسائـــــــــل متـــنوعة،منها الوسائل الوقائية،و منها العون أو المساعدة و هذه الوسائل ليس من شانها منع الأخطار مـــــنعا باتا و غير مأمونة ، لذلك فكر الإنسان في وسيلة أخرى أكثر أمنا و ضمانا من شـــــــــانها أن توفر الأمن و الضمان لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها في شخصه أو في ماله،هذه الوســـيلة هي التامين.

- **فما هو تعريف التامين و ما هي عناصره ؟**
- **و من هم الأشخاص المكونون لعقد التامين ؟**

1.1.2.2.2 . تعريف التامين

هـــــــناك عدة تعريفات أعطيت للتامين تختلف في مــضمونها بحــسب من يعرفها كونه من الاقتصاديين أو رجال التامـــــين أو من فقهاء القانون و بحسب الجانب الذي عرفت منه اهو الجانب الفني أو الجانب القانوني.
و لعل من اشهر و أدق تعريفات التامـــــــــين تعريف الأستاذ " HIMAR[24] ص38 "
حيث جرى تعريــفه على النحو التالي :"التامين عملية يحصل بمـقتضاها احد الطرفين و هو المؤمن له نظير دفع قسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر و هو المؤمن،تعهد بمقتضاه بدفع هذا الأخير أداء معينا عند تحقق خطر معينا ، و ذلك عن طـــريق تجميع مجموعة من الــمخاطر و إجراء المقاصة بينها وفقا لقوانين الإحصاء."
و يلاحظ من التعريف ما يلي :

- إن هذا التـــــعريف ينطبق على كل أنواع التامين المختلفة ، فهو ينطبق عـلى التاميـــن من الأضرار بفرعـــــيه(التامين على الأشياء و التامـــين من المسؤولية) و على التـامـــين على الأشخاص.
- اظهر هذا التعريف العناصر الفنية و القانونية لعـــــملية الـــتامين فقد حدد أطـــــــراف العقد،و الخطر المؤمن منه ،و القسط كما ابرز الناحية الفنية لعملية التامين و الأسس التي تقوم عليها،و هي تجميع المخاطر المتشابهة في الطبيعة و الـنوعية و إجراء المقاصة بينـــها وفقا لقوانين الإحصاء.

أما بالنسبة إلى التعريف التشريعي أو الـــــتعريف الذي ورد في القانون المدني فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 619 من القانون المدني و هو نفس التعـــريف الـذي أورده المشرع المصري في المادة 747 من قانونه المدني ، حيث تقضي هذه المادة بان :
" التامين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو الى المستفيـــد الذي اشترط التامين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عرض مـــالي أخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد و ذلك في مقابل قسط أو أية دفعة مالـــية أخرى يؤديـــها المؤمن له للمؤمن."
و ما يلاحظ على هذا التعريف انه :
- ابرز أشخاص التامين و هم المؤمن و المؤمن له و المستفيد:
- و ابرز عناصر التامين و هي الخطر و القسط و مبلغ التامين.
و لم يشر إلى الصفة التعويضية لعقد التامين كعقد تعويـــــــــضي يقصد به تـعويـض الـخسارة الاحتمالية التي قد تلحق بالمؤمن له، مما يجعل هذا التعريف شاملا لكل أنـــواع التامين،إذ ينطبق على تامين الإضرار و تامين الأشخاص على السواء ،و ما يؤخـــذ على هذا التعريف انه اقتصر على الجانب القانوني و اغفل الجانب الفني للتامين،و ذلك ان المادة 916 قـد عرفت التامين على انه "عقد" و هو يتناول من التامين الجانب القانوني فقط أي العلاقة القانونـية بين المؤمن و المؤمن له مصدرها العقد،غير أن هذا الجانب القانوني للتامين في الحقيقة ليس سوى مظهر خارجي فردي لعملية فنية يقوم عليها التامين، و هي عملية تعاون منظم لتجميع المـــخاطر إجراء المقاصة بينهما وفقا لقوانين الإحصاء.

و هذا ما لاحظنا الفقيه الفرنسي "هيمار" قد تفاده في تعريفه الـسابق ذكره حـيث جمع بين الجانبين الفني و القانوني لتعريفه[25] ص15.
كما يمكن الإشارة إلى أن المشرع في المادة 2 [15]من قانون التأمـــــينات 95 /07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 قد اخذ بالتعريف الوارد في القانون المدني في المادة 619 السابق ذكر نصـها.

هذا فيما يخص تعريف التامين فقد أخذنا بالتعريف الفـقهي الأبرز و الأدق على اعتبار أن هنـــــاك فقهاء مصريين و فرنسيين قد حاولوا تعريف التامين و كان تعريف الفقيه "هيمار" هو المختار بين هذه التعريفات و قد اقتصرنا على ذكره لحصر المعلومات.

2.1.2.2.2 . : عناصر التامين

تتحدد عناصر التامين أو أركانه في ثلاثة :
فهناك الخطر المؤمن منه،و هناك ثانيا القسط،و ثالثا العوض المالي(عوض التامين)،و نتعرض لهذه العناصر الثلاث على التوالي :

1.2.1.2.2.2 .الخطر le risque

اشرنا سابقا إلى أن الغرض من التامين هو دائـما تامين شخص من خطر يتـهدده،و لكن ما هو الخطر ؟

ففي مـجال التامين معنى الخطر يختلف عن المعنى الذي يعطى لها في مجـــال القانون المدني،فإذا كان الخطر في القانون المدني هو ما يتهدد الإنسان من أحداث ضارة غير مرغوب فـــيها،فان الخـطر في مجال التامين لا يقتصر علـى ذلك،بل يشمل أيضا الأحداث المرغوب فيها،كـالزواج أو تامين الأولاد.

و على هذا يمكن تعريف الخطر في مجال التامين بأنه :
" حادث مستقل محتمل الوقوع- أي غير محقق الوقوع- و لا يـتوقف على مـــــحض إرادة احد الطرفين و خصوصا إرادة المؤمن له."

و على ذلك فالخطر في مجال التامين هو سبب الأضرار التي تتجه وثـــيقة التامين إلى تعويض المؤمن له منها[24] ص298.

و من هذا التعريف يمكـــــــن أن نستخلص الشروط الواجب توفرها في الخطر أو الأركان التي يقوم عليها:

- فيجب أن يكون الخطر حادثا مستقبلا .

- و أن يكون محتمل الوقوع(أي غير محقق الوقوع).

- و أن يكون الخـــطر غيـــــر متوقف على إرادة احد الـطرفـين المـؤمن أو المؤمن له[26] ص41.

- و أن يكون الخطر قابلا للتامين أي مشـــــــروعا،غير مخالف للنظام العـام و الآداب كذلك.

يجب أن تتوافر في الخطر أربعة أركان حتـــــى يكون قابلا للتامين نتـناولها فيما يلي :

. أن يكون الخطر مستقبلا

يجب أن يكون الخطر حادثا مستقبلا،فالتامين لا يـــــــــكون إلا على خـطر يحتمل وقوعه في المستقبل،بحيث إذا كان الخطر المراد التامين منه قد تحقق قبل إبرام العقد فلا يجوز إبرام عقد التامين لانتفاء محله و هو الخطر،و على ذلك فان الحادث الذي يتبين وقـت إبرام العقد انه قد وقع من قبل، لا يعد خطرا و لا يرد عليه التامين [27] ص59، و مثال ذلك أن يـــؤمن شخص على منزل من الحـــريق و كان هذا المنزل قد احترق من قبل ، ففي مثل هذه الحالات يقع عقد التامين باطلا بطلانا مطلقا لتخلف محله[26] ص46.

و يتعين على المؤمن أن يرد للمؤمن له ما يكون قد حصل عليه من أقساط و تبرأ ذمة المؤمن له مما بقي منها،و ذلك ما تقضي به القواعد العامة.

غير أن المـــــــشرع الجزائري قد نص في المادة 43 [13]من الأمر 95 -07 المتعلق بالتأمينات على :"إذا تلـف الشيء المؤمن عليه أو أصبح غير معرض للأخطار عند اكتتاب العقد ، يعد هذا الاكتتاب عديم الأثر ويجـب إعادة الأقساط المدفوعة للمؤمن له حسن النية، وفي حالة سوء النية يحتفظ المؤمن بالإقساط المدفوعة".

وتشمل هذه الـــمادة حالة تحقق الخطر من قبل ،ومن ثم لا يكون للمؤمن له أن يســترد أقساط التامين لسوء نيته.

. أن يكون الخطر محتمل الوقوع أي غير محقق الوقوع

يشترط في الخطر أن يكون محتمل الوقوع والاحتمال في الخطر المؤمن منه قد ينصب إذن على وقوع الـــحادث في ذاته (هل سيقع أو لا يقع) كالتامين ضد الحريق والسرقة ،وقد ينصب على تاريخ وقوعه (متى يقع) فالموت خطر في التامين وان كان محقق الوقوع في ذاتــه ومن ذلك جاز التامين على الحياة .

و الاحتمال يـــــتنافى مع الاستحالة ، والاستـــحالة قد تكون مطلقة و قد تكون نسبية و هي بنوعيها مانعة للتامين[24] ص310 ، والاستحالة المطلقة تــتعلق باستحالة الخطر بحكم قوانين الطبيعة، كالتامين ضد سقوط كوكب مثلا فمثل هذا التامين يكون باطلا ، والاستحالة النسبية تقوم حيث يكون الخطر غير مستحيل في ذاته لكن إمكانيـة تحققه تصطدم بظروف خاصة تجعل تحققه مستحيلا[25] ص116، كالـتامين على منزل ضد الحريق فيتهدم المنزل ، فعقد التامين ينفسخ بقوة القانون من تاريخ الإنـــــهدام لاستحالة تحقق الخطر المؤمن منه ،ويكون للمؤمن من الحق ما استحق من أقساط حتى هذا التـــــاريخ دون ما يستحق من أقساط، بعد ذلك إذا كان المؤمن له قد عجل بعض الأقساط مقدما تعين علـــــى المؤمن أن يرد له الأقساط التي دفعت عن المدة التالية لإنفساخ العقد و التي لم يعد الخطر ساريا فيـــــــــها، ذلك إعمالا للـــمادة 42 [13]من الآمر 07/95 التعلق بالتأمينات .

. أن يكون الخطر غير متوقف على إرادة الطرفين

يجب ان يكون الخطر حادثا مستقلا على إرادة المؤمن له، بحيث لا يــتوقف تحققه على إرادة أي منهما،فإذا تـــــعلق الخطر بمحض إرادة الطرفيــن انتــفى ركن الاحتــمال عن الخطر[26] ص49، ولا يعتبر ذلك خطرا تأمينيا .

ذلك انه إذا تعلق وقوع الخطر محض إرادة المؤمن وحده كان في استطاعته أن يمنع تحققه على نحو يصبح الـــحادث مستحيل الوقوع ، فينتفي الاحتمال أما إذا تعلق وقوع الخطر

بمحض إرادة المؤمن له وحده ، كان في إستـــــطاعتة أن يحققه في أي وقت شاء للحصول على مبلغ التامين بحيث يصبح الحادث محقق الوقوع و ينتفي عنه الاحتمال .

وعلى ذلك يجب لكي يتوافر الاحتمال المكون للخطر أن تتوقف إمكانية تـحقق الحادث على عامل أخر غير إرادة الـــمؤمن أو المؤمن له حتى ولو شاركت هذه الإرادة فـي إحداثه ، وترتيبا على ذلك لا يجوز التامين من خطـأ المؤمن له العمدي ،لان الخطأ العمدي الذي يصدر عنه إنما يتعلق بمحض إرادته فالعمد يعدم الخطر لأنه ينافي الاحتمال الذي هو أساس الخطر.

كما أن منع التامين عن الفعل العـــــمدي يتصل في حقيقة الأمر باعتبارات النظام العـــام و الآداب العامة ، فلو أبيح التامين في هذه الـــــــحالة لكان تـشجيعا على الحوادث العمدية[24] ص316 ، أما التأمين عن خطأ المؤمن له غير العـــــمدي فهو جائز أيا كانت درجته ولو كان جسيما طالما لم يصل إلى درجة العمد.

. أن يكون الخطر المؤمن منه مشروعا

يجب لكي يكون الخطر قابلا للتامين ان يكون مشروعا ،ويـقصد بمشروعية الخـطر أن يكون غير مخالف للقوانين أو بصفة عامة غير مخالف للنظام العام و الآداب ، فـلا يصـح التامين ضد نشاط أو أعمال غير مشروعة يقوم بها المؤمن[27] ص73.

هذا وقد رأيـنا انه بالتطبيق لما تقدم لا يجوز للشخص أن يؤمن نفسه من الخطأ العمدي لأن ذلك مخالف للنـــظام العام و الآداب ،وبالتالي ذلك غير مشروع وكذلك لا يـــجوز التامين من الأخطار المترتبة علـى أعمال التهريب فيبطل التامين إذا قصد من ورائه تغطية المخاطر التي تتعرض لها الأموال المهربة.

ولا يجوز التامين من الأخـــطار المترتبة على الاتجار في الممنوعات لأنه مخالف للنظام العام و الآداب.

هذا بالنسبة لأركان الخطر في مجال التامين ، أو ما يمكن تسميته بالشروط القانونية الواجب توافرها في الخطر و لكن بجانب هذه الشروط توجد شروط فنية يلزم تـوافرها في الخطر حتى يكون قابلا للتامين هي :

- أن يكون الخطر متواترا أي قابلا للتحقق بدرجة كافية .
- أن يـــــــكون الخـــطر موزعا ، أي منتشرا على نطاق واسع حـــتى لا يـؤدي إلى كارثة
- أن يكون الخطر متجانسا ، أي من طبـــيعة واحدة حيث لا يمكن اجراء المقاصة بين مخاطر تختلف في طبيعتها.

2.2.1.2.2.2 . القسط la prime

القسط هو المقابل المالي الذي يلتزم المؤمـن له بدفعه لتغطية الـــــخطر الذي يأخذه المؤمن على عاتقه [27] ص81، وهو ثمن الأمان[25] ص150 الذي يحـــصل عليه المؤمن له ، وهذا الـــمقابل هـو الذي يجـعل عقد التامين من عـــقود المعاوضات التي تنشىء التزامات متقابلة في ذمة طرفيها وبما أن القسـط عنصر من عناصر التامين وفي ذات الوقت التزام المؤمن له يجب أن يـتناسب مع الخطـر المؤمن منه ،بمعنى أن تحديد القسط لا يكون إلا تماشيا مع الخطر مـن حيث درجة احتماله و من حيث درجة جسامته، و تعتبر عملية تحديد القسط عـــملية فنية تخضع لقواعد رياضية إحصائية لتحديد القسط الواجب دفعه بالنسبة لكل خطر من نـــفس النوع.

و من نتائج تناسب القسط مع الخطر نذكر .

- إذا لم يوجد الخطر فلا استحقاق للقسط حيث ينتهي التامين باختفاء الخطر.
- إذا زاد احتمال تحقق الخطر بفعل المؤمن له أو بفعل الغير أو بتغير الظروف نفسها وجب تغير القسط بنسبة زيادة الخطر ،وإذا رفض المؤمن له الزيادة حق للـــمؤمن إنهاء العقد، أما إذا نقصت درجة الاحتمال يجب إنقاص القسط تبعا لذلك.

والى جانب الخطر يتوقف تحديد القسط على عوامل أخرى ،هذه العوامل هي المبلغ المؤمن به ،مدة التامين ،سعر الفائدة التي يحصل عليها المؤمن من استثماره للرصيد المتحصل لديه من الأقساط.

- يتوقف تحديد القسط على المقدار المؤمن به، فالقسط يتغير تبعا لتغير المـــبلغ المؤمن به ،ولاشك انه كلما زاد مقدار هذا المبلغ زاد القسط الواجب دفعه .

كذلك يـــــــــــتوقف تحـــــديد القسط على مدة التامين ،ذلك أن عقد التامين من عقود المدة التي تمتد في الزمان ،ومـن ثم فان قسط التامين يجب أن يقاس بوحدة زمنية معينة ،والوحدة الزمنية في هذا الصدد هي مدة سنة كقاعدة عامة و لذلك إذا زادت مدة العقد عن السنة زاد القسط أيضا بمقدار هذه الزيادة[26] ص103.

- يتوقف تحديد مقدار القسط على سعر الفائدة ذلك أن الأقساط تدفع مقدما و تظل مدة من الزمن في يد المؤمن قبل استخدامها في تغطية المخاطر، ولهذا فان المؤمن يستطيع خلال هذه المدة استثمار تلك الأموال فيحصل من ورائها على فائدة تحقق له إيرادا،ومن ثم يكون عليه أن يدخل في الاعتبار عند تحديد القسط ما يحصل عليه من فوائد نظير استثمار ما يجتمع لديه من أقساط ، بحيث يخفض القسط بنية الزيادة التي ينتظر الحصول عليها من الفوائد.
-

2.2.12.2.2 ..عوض التامين أو أداء المؤمن Prestation de l assureur

نصر الثالث من عناصر التامين هو العوض المالي الذي يلتزم المؤمن له على اعتبار أن التامين عقد ملزم لجانبين فالمؤمن له يلتزم بدفع القسط ،أما المؤمن فيلتزم بدفـــع المبلغ الذي يتعهد به إلى المؤمن له أو المستفيد عند تحقق الخطر المؤمن منه [25] ص157 .
ومبلغ التامين على هذا النحو يكون دينا مضافا إلى اجل غير معين وتارة يكون دينا احتماليا بحسب ما إذا كـــان الخـــــطر المـــــؤمن منه محقق الوقوع ولكن لا يـعرف ميعاده ،أو كان غير محقق الوقوع ففي التـــامين على الحـــياة يكون الخطر المؤمن منه هو المـوت وهو أمر محقق الوقوع ولكن لا يعرف ميعاد وقوعه ، فيكـون مبلغ التامين دينا فـــي ذمة المؤمن مضافا إلى اجل غير معين ، وفي التامين من الأضرار سوا كان تأمينا على الأشـــياء كالتامين من الحريق أو كان تأمينا من المسؤولية يكون الخطر المؤمن منه –وهو وقوع الحريق مثلا أو تحقق المسؤولية- أمرا غير محقق الوقوع فيكون مبلغ التامين دينا احتماليا فـــي ذمة المؤمن [16] ص1148، ولكن هل يكون أداء المؤمن في كل الحالات مـبلغا من النقود يدفعها مـباشرة للمؤمن أو المستفيد أم تكون تعهدا بإصلاح الأضرار التي تترتب على تحقق الخطر؟

إن إلتزام المؤمن بطبيعته يعد التزاما ماليا يوفى إلى الـــمؤمن له الذي يكون حرا في التصرف فيه ، إن شاء خصصه لإصلاح ما أفسده الحادث وان شاء لم يستعمله في هذا الغرض ،ولكن قد يحدث أن يحتفظ المؤمن لنفسه بالحق في إصلاح الضرر الذي أصـاب المؤمن له عينا بدلا من دفع العوض المالي.

"فهل في جعل الالتزام المؤمن تخييريا على النحو المتقدم واختياره لطريقة التعويض العيني ما يتنافى مع طبيعة هذه الالتزام ؟ قلنا أن التزام المؤمن يجب ان يكون ماليا و قد يبدو لأول وهلة في اختياره طريقة التعويض العيني ما يتنافى مع طبيعة هذا الالتزام .

ولكن بالتـــعمق قليلا يتبين أن هذه الطريقة تتحلل في النهاية إلى التزام مالي فبدلا من أن يوفي المؤمن بمبلغ التعويض للمؤمن له ،فانه ينفقه في سبيل الإصلاح فهو في كلا الحالتين يخرج من ذمته مبلغا من الـمال للوفاء بالتزامه ،والعبرة فـي تحديد طبيعة التزام معين أن ننظر إليه من ناحية الملتزم لا من ناحـية الدائن، فإحلال التـنفيذ العيني محل التنفيذ النقدي وان عدل من كيفية تنفيذ إلتزام المؤمن ،فانه لا يؤثر في طبيعته ،ولا يفقده الخاصية المالية التي تبقى له على أي حال ." [24] ص357

ويتحدد العوض المالي بطريقة فنية حســب نوع الخطر المؤمن منه وهو يتناسب مع القسط بحيث يزيد هذا الأداء كلما زاد القسط.

3.1.2.2.2 . أشخاص عقد التامين

ســـبق وان عرفنا أن التامين في جانبه القانوني يمثل العلاقة الـقانونية بين المؤمن له و المؤمن وهذه العـلاقة هي عقد التامين لذلك حتى يتسنى لنا التعرف على التامين من كل جوانبه يجدر بنا مـــعرفة أشخاص عقد التامين حتى تسهل علينا دراسة موضوع إجـبارية التامين ضد الكوارث الطبيعية المستحدث مؤخرا .

حـيث أن التامين يبرم عادة بين المؤمن له و المؤمن ،فهذان هما الطـرفين الرئيسيين في عقد التامين ، والذين ينـــصرف اليهما في الأصل الحقوق و الالتزامات النـــاشئة عن هذا العقد، وإذا كانت تلك هي الصورة الغالبة ، فانه توجد حالات نرى فيها أشخاصـــا أخريين لهم صلة بهذا

العقد ، إذ أن عقد التأمين ينعقد بتوافر أركانه شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، وأركان العقد هي الرضا و المحل و السبب ولذلك فان عقد التامين ينعقد بالرضا بين طرفين هما المؤمن له و المؤمن، وان ينصب هذا الرضا على محل هو الخطر المؤمن منه ،وان يكون له سبب هو، المصلحة في التامين ،تلك إذا هي أركان عقد التامين ولذلك فان دراسة الرضا الذي هو احد أركان عقد التامين تقتضي دراسة ألأشخاص الذين يتم بينهم الرضا و هؤلاء هم :

1.3.1.2.2.2 .طالب التامين أو المؤمن له le souscripteur

هو المتعاقد مع المؤمـــــــن و بالتالي يتحمل الالتزامات الناشئة عن الــعقد و المقابلة لالتزامات المؤمن،و هو لهذا يكون طالب التامين و هو ثانيا الشخص المهدد بالخطر المؤمن منه و هو بذلك يعد مؤمنا له،كما أنه هو الــشخص الذي يقبض عوض التامين عند تحقق الخطر[26] ص150 فهو بذلك المستفيد من التامــين في حالة توفر صفتي المؤمن له و المستفيد في نـفس الشخص.و قد يكون طالب التامين (المتـــــــعاقد) شخص والمستفيد شخص آخر[25] ص84 مثال أن يبرم الـمـــــــــــــقاول تأمينا عـــــشريا على مسؤوليته لصالح صاحب البناء، فالمتعاقد هنا و طالب التامين هو المؤمن عن مسؤوليـــته أي المقاول وهو الذي يلتزم بالتزامات العقد أما صاحب البناء فهو المستفيد في حالة تحقق الخطر و هو تهدم البناء حيث يقبض عوض التامين.

2.3.1.2.2.2 المؤمن l'assureur

هو الطرف الثاني في عقد التامين ، و المؤمن يكون عادة شركة التامـين التي تستـــقل بشخصيتها عن شخصية المؤمن لهم المـــــتعاقدين معها،و لكن هذا التعاقد يتـم غالبا عن طريق وسطاء تكون لهم سلطة إبرام عقود التامين نيـــــابة عن الشركة و قد تقتصر سلطتهم على مجرد الوساطة بين الشركة المؤمنة و بين المؤمن لهم،و وسـطاء التامين مثل الوكيل المفوض المندوب ذو التوكيل العام،و السمسار غير المفوض تختلف ســـــلطات كل من هؤلاء فـي شان إبرام العقد فالوكيل المفوض هو وسيط له سلطات واسعة في التعاقد عن شركة التامين حيث يكون مفوضا من قبل شركة التامين و التعاقد مباشرة مع المؤمن له دون الرجـوع إلى الشركة،إذ يكون له أن يبرم عقد التامين مع المؤمن له،كما يكون له أن يجري أي تعديل في شـــروط العقد أو أن يمد اجله أو يفسخه،أما المندوب ذو التوكيل العام،فهو وسيط ليست له سلطات واسعة

كالــوكيل المفوض،بل له سلطات محددة و مقيدة بشروط التامين العامة المـألوفة و لذلك فهو يبرم عقد التامين مع المؤمن له دون أن يكون له سلطة تعديل شروطه أو مــد اجله أو فسخه.

أما الســـــــمسار غير المفوض فهو وسيط يقتصر دوره على مجرد جلب العملاء لكن تقوم شركة التامين بالتعاقد معهم مباشرة ،ثم يتولى السمسار بعد ذلك القـــيام بتسليم وثيقة التامين إلى المؤمن له موقعا عليها من المؤمن[27] ص160، و قد تمتد مهمته إلى عمليات التنفيذ كقبض الأقساط أو مبلغ التامين إذا كانت سلطـــته غير واضحة الحدود ،وقد يتخذ المؤمن شكل جمعيات التامين التبادلي التي لا تعمل للربح و العـــــملاء هم المؤمن لهم ، و أعضاء تلك الجمعية يؤمن بعضهم بعضا فلهم صفة مزدوجة مؤمنون و مـــؤمن لهم، و في حالة تحقق الخطر المؤمن ملزم بدفع مبلغ التامين إلى المؤمن لهم.

3.3.1.2.2.2 . المستفيد le bénéficiaire

هو شخص خارج عن العقد أي ليس طرفا في عقد التامين و لكـنه يكتسب من العقد حقا مباشرا قبل المؤمن طـــــــــــــبقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير فهو الذي يشترط المؤمن له التامين لمصلحته،و المؤمن له وحده هو الذي يكون له الحق بتعيين المســتفيد،فإذا لم يعين في عقد التامين مستفيدا غيره يعنى هو المـــستفيد[26] ص158 ، و تعيين المستفيد قد يكون تـعيينا بالاسم وقد يكون تعيينا بالصفة ، حيث يكفي ان يكون المستفيد قابلا للتعيين عند استحقاق مـبلغ التامين،و يتم تعيين المستفيد بالإرادة المنفردة للمؤمن له دون الحاجة إلى قبوله من جانب المستفيد .

وقد يكون المستفيد شخصا أخر غير المؤمن في التامــين على الأشـخاص كالتامين على الحياة لصالح الأولاد ، وقد يكون المستفيد شخصا أخر غير المؤمن كذلك فــي التامين على الأضرار كما في حالة التامين لصالح أصـــــــحاب البناء في تامـــين المسؤولية المدنية للمهندسين و المقاولين عن الأضرار الـتي تلحق الغير بســـبب ما يحدث في المباني و المنشات من تهدم كلي أو جزئي.
هذا بالنسبة إلى أشخاص التامين و هـــــــــم المؤمن و المؤمن له و المستفيد في أحيان معينة.

4.1.2.2.2 . تقسيمات التامين

ينقـــــــــسم التامين من حيث طبيعته إلى تامين بري،و تامين بحري و تامين جوي[25] ص22.

و ينقسم الـــتامين البري- و هو الذي يهم دراستنا- بدوره إلى أقسـام تكون إما من حيث الشـكل و إما من حيث الموضوع.

و بالنســـــــــــبة إلى تقسيم التامين البري من حيث الشكل هناك التامين الخاص و التامين الاجتماعي.

- التامين الخاص ويقصد به التامين الذي يلجأ إليه الشخص توقيا من خطر معين أو حادث يقع له في المستقبل ، فيلجأ إلى إحدى شركات التامين متعاقدا معها دافعا لها قسط التأمـــين مستفيدا من العوض في حالة تحقق الخطر المؤمن عنه.

التامين الاجتماعي هو نظـــــــــــــام قانوني يهدف إلى تـحـــــــــقيق الأمـــــن -لاجتماعي لكل
من يـعتمدون في معاشهم على كسب عملهم من بعض الأخطار التي يتعرضـون لها فتعجزهـم على الـــعمل كالمرض و إصابات العمل و العجز و الشيخـــوخة و الوفاة حيـث يغطي التامين الاجتـــماعي بعض الأخطار التي لا تغطيها شركات التامين التجاريـــة، بل تتولاها هيئات حكومية لا تسعى إلى تحقيق الربح كما يكون الاشـتراك فيها إلزاميا و ليس اختياريا.
كما ينقسم التامين البري من حيث الموضوع إلى تامين الأشخاص و تامين الأضـرار،و هذا التقسيم لا ننظر فيه إلى الغير الذي أصابه الضرر،بل ننظر إلى الضررالحادث لذات المستأمن فإذا امن ضد خسارة تلحق بشخصه أو جسمه كان التأمين تأمينا على الأشخاص أمـا إذا أمن ضد خسارة تلحق ذمته المالية كان التامين تأمينا من الأضرار[24] ص182.

- تامين الأشخاص هو تامين يتعلق بشخص المؤمن له ويقصد به دفع مبلغ من النـقود إذا وقع خطر معين للإنسان يهدد حياته أو سلامة جسمه أو صحته أو قدرته على الـعمل،و رأينا أيضا أن هذا التامين ليست له صفة تعويضية ، فلا يخضع لمبدأ التعويض وحيث يستولي المؤمن له على مبلغ التامين المتفق عليه بكامله إذا تحقق الخطر المؤمن منه دون النظر إلـــى نتيجة الضرر الذي اصابه حتى إذا لم يصب بأي ضرر، ومن أمثلة تامين الأشخاص الـتامين على الحياة.

- التأمين من الأضرار يقصد به ذلك النوع من التامين الذي يهدف إلى تـــعويض المؤمن عن خسارة تلحق بذمته المالية وهو ينقسم إلى نوعين:

التامين على الأشياء .

التامين من المسؤولية[25] ص24 .

- التامين على الأشياء يـراد به تعويض المؤمن له عن الخسارة التي تلحق بأحد أمواله ،وهو بهذه الصورة ليس فيه سوى طرفين، المؤمن (شركة التامين) والمؤمن له وهو المستـــــــــفيد أيضا، و محل التامين قد يـــكون شيئا معينا بالذات وقت العقد كالتامين على المنازل من الحـريق او تأمينها ضد الكوارث الطبيعية ،و قد يكون في حالات أخرى غير معين في هذا الوقت ولكنه قابل للتعيين عند تحقق الكارثة كالتامين على معدات أو بضائع في مخزن معين.

- التامين من المسؤولية يقصد به ضمان المؤمن له من الرجوع الذي قد يتعرض له من جانب الغير بسبب ما أصاب هذا الغير من ضرر يسال عن تعويضه المؤمن له، فالهدف من هـذا التامين ليس إصلاح الضرر الذي لحق بالغير ولكن جبر الضرر الذي يـــلحق بالمؤمن له في ذمته المالية نتيجة اشتغالها بالتعويض الذي يسال عن أدائه المؤمن له قبل الغير[24] ص203 .

ويفترض تامين المسؤولية وجود ثلاثة أشخاص، المؤمن(شركة التامين)المؤمـــــن له (دافع الأقساط) والمصاب أو المضرور وهو الذي سيقبض مبلغ التامين.

و يختلف التامين من المسؤولية في طبيعته عـــن شـرط الإعفاء من المسؤولية ،إذ هو على النقيض من هذا الشرط يؤكد المسؤولية ولا ينفيها ،و الغرض من شرط الإعفاء هو إبعاد المسؤولية عن المسؤول ،ويجعل المضرور هو الذي يتحملها وحده،أما الغرض من التامين فهو استبقاء المسؤولية في ذمة المسؤول وجعل المؤمن هو الذي يتحملها عنه ،مثل التامين العشري فهو تامين المقاول أو المهندس المعماري لمسؤوليتهما عن مـا يصيب البناء من تهدم كلي أو جزئي وجعل المضرور هو المستفيد من هذا التأمين .

2.2.2.2 . التأمين ضد الكوارث الطبيعية

بعد أن عرفنا ما هو نظام التأمين من خلال التعريف به وتحديد أقسامه وعناصره أو الأركان التي يقوم عليها و الأشخاص الذين يقوم بينهم ، نأتي لدراسة أحد تطبيقات التأمين وهو التأمين الإجباري ضد الكوارث الطبيعية ،الذي استحدثه المشرع الجزائري بعد أن قيمت هيئات متخصصة قيمة أو كلفة التعويضات نتيجة الخسائر المترتبة عن فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس بأكثر من 114 [28] ص6 مليار دينار جزائري وذلك من خلال الأمر 2003 -12 المؤرخ في 26 أوت 2003 و المتعلق بإجبارية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا .

و بعد إنتقال الجزائر من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق راحت تنزع عن كاهلها بعض الأعباء التي كانت تتبناها مثل تعويض الأشخاص عم يلحقهم من أضرار نتيجة الزلازل و الفيضانات و غيرها من الكوارث الطبيعية ، وأوكلت ذلك إلى شركات التأمين بوكالاتها المنتشرة عبر كامل التراب الوطني لكن ذلك ليس هبة من طرف شركات التأمين وإنما بمقابل وهو الأقساط التي يدفعها المؤمن له طيلة مدة التأمين وفي حالة تحقق الكارثة الطبيعية يستوفون عوض التأمين كما رأينا في القواعد العامة للتأمين .

ولقد نص المشرع الجزائري في الأمر 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات عن نفس التأمين من خلال المادة 41 منه التي تنص : " يمكن التأمين كليا أو جزئيا على الخسائر و الأضرار الناجمة عن حادث من الحوادث الخاصة بالكوارث الطبيعية مثل الهزات الأرضية ، الفيضان هيجان البحر أو أية كارثة أخرى في إطار عقود تأمين الأضرار مقابل القسط الإضافي .

تحدد عند الاقتضاء شروط و كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم "

ما نلاحظه أن المشرع في هذه المادة قد أشار إلى تأمين الأضرار ضد الكوارث الطبيعية ، وكما سبق وأن رأينا في تقسيمات التأمين من الأضرار قد يكون تأمينا على الأشياء وقد يكون تأمينا من المسؤولية .

وتأمين الأشياء يضم كل أموال المؤمن له ومن بين هذه الأموال العقارات المبنية ، وبهذا الاستقصاء نرى أن المادة تشير إلى تأمين العقارات المبنية ضد الكوارث الطبيعية ولكن هذا التأمين كان اختياريا طبق لقانون التأمينات السالف الذكر حيث استهل المشرع نص المادة 41 بكلمة يمكن ، التي توحي بترك الأمر اختياريا في يد الأشخاص لتأمين أموالهم ضد الكوارث

الطبيعية ولكن بصدور الأمر- 03-12 أصبح التأمين ضد الكوارث الطبيعية فيما يخص العقار المبني إلزاميا ولم يعد اختياريا ، وذلك ما نستشفه من نص المادة الأولى من هذا الأمر التي تستهل بكلمة "يتعين" و الـــتي تدل على إجبارية التـامين على الكوارث الطبيعية بالنسبة لكل مالك لملك عقاري مبني .

وحتى يتسنى لنا دراســة هذا التأمين و الإحاطة بكل جوانبه لابد من معرفة نطاقه وتحديــد موضوع التأمين سواء تعلق الأمر بالمحل الذي يرد عليه أو بالخطر الذي يضمنه وتبيان الصفة الإلزامية لهذا التأمين .

1.2.2.2.2. نطاق التأمين على الكوارث الطبيعية من حيث الأشخاص

كما سبق وأن عرفنا أن أشخاص التـامين هم المؤمن له و المؤمن وفي حالات معينة قد يكون المستفيد المؤمن له .

1.1.2.2.2.2. المؤمن لــه

هو الـملزم بإجراء التـأمين أو بالاكــتاب لدى شركة التأمين حيث هو صـاحب الملك العقاري المبني في الجزائر[29] ص و هذا التأمين يغطي الأخطار التي تنـــجم عن الكوارث الطـبيعية ، فالمالك لملك عقاري هو طالب التأمين والمؤمن له المستفيد فهو يجمع الصفات الثلاث ، حيث يكون طالبا للتـأمين عند توجهه لشركة الـتأمين ويصبح مأمنا له عند اكتتاب عقد التأمين أي أصبح طرفا فيه ويكون مستفيدا عند تحقق الكارثة الطبيعية المأمن منها فيكون له الحق في العوض المالي من طرف شركة الـتامين .

كما أن المؤمن له قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا ، بمعنى أن الشخص المعنوي حسب نص المادة 49 من القانون الــمدني هو الولاية أو البلدية ، والجمعيات و المؤسسات و الدواوين العامة ، والتعاونيات وكـل مجموعة يمنحها القانون شخصية اعتبارية ، إذا كانت مالكا لعقار مبني فهي ملزمة بتأمينه على الكوارث الطبيعية ، ماعدا الدولة التي وإن كانت تمثل شخص معنوي إلا أنها معفاة من إلزامـية التأمين المذكورة سابقا وتأخذ على عاتقها تجاه الأملاك التابعة لها أو التي تشرف على حراستها واجبات المؤمن[29] ، و المؤمن له سواء كان شخص طبيعي أو معنوي لابد أن يكـون مالك للعقار المبني والملكية العقارية قد تكون فردية أي شخص واحدا هو المالك

لـعقار معين بحدوده ومساحته ملكية مفرزة لا يشاركه فيها أحد ، ويحوز على سند قانونـي يحدد ذلك .

وقد تكون ملكية العقار ملكية شائعة إذا ملك اثنان أو أكثر عقارا مـبنيا تكون حصة كل منه فيه غير مفرزة [6] ، ولا إشكال في حالة كون الملكية فردية فـإن الشـخص المالك يكون هو المؤمن له ، ولكن في حالة كون الملكية شائعة من يتولى عملية التأمين ؟

حسب نص المادة 718 من القانون المدني الجزائري فإن لكل شريك على الشيوع الحـق أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء وكان ذلك بغير موافـقة باقي الشركاء و من هذه الوسائل التأمين على الكوارث الطبيعية إذا كـان الشيء عقارا مبنيا حيث يكون للشركاء الحق في التعويض مجتمعين في حالة تحقق الكارثة الطبيعية .

ونكون بصدد التأمين على الكوارث الطبيعية إذا كـان العقار مبني ويقصد بالعقار المبني كل المنشآت التي تخدم الأشخاص في الحياة اليومية سواء كانت سكنات أو عمارات أو مدارس أو مستشفيات أو محلات تجارية أو مصانع وغيرها من العقارات المبنية التي تخرج من نطاق الأملاك الخاضعة لقانون التوجيه العـقاري[30] رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-90 و التي تنص المادة 02 منه على أن " الأملاك العقارية في مفـهوم هذا القانون هي كل الأراضي أو الثروات العقارية الغير المبـنية " بهذا يشترط في التأمين على الكوارث الطـبيعية أن يكون العقار مبني كذلك أن يكون هذا العقار واقعا في الجزائر ، بمعنى أن التأمين علـى الكوارث الطبيعيـة يكون للعقارات المبنية داخل الحدود الجزائرية وهذا يمثل الاختصاص المحلي للـتأمين فـهو لا يمتد إلى الممتلكات العقارية التي تكون للجزائريين خارج الحـدود الوطنية تطبيقا لـقاعدة عدم الامتداد الإقليمي .

كما أن المؤمن له قد يكون شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاط صـناعي و-أو تجاري ففي هذه الحالة يكون ملزم بتأمين هذا النشاط من أثار الكوارث الطبيـعية[29] .

إذن فإن المؤمن له في التأمين على الكوارث الطبيعية يكون :

- شخص طبيعي أو معنوي
- مالك لعقار مبني أو صاحب نشاط صناعي أو تـجاري واقع في الجزائري

ويعتبر المؤمن له في هذه الحالة هو المستفيد من مبلغ التأمين ضـد الكـوارث الطبيـعية .

2.1.2.2.2.2. المؤمن

يمثل المؤمن في حالة التأمين على الكوارث الطبيعية شركـــات التأمين المعتمدة والمؤمن هو الطرف الثاني الملزم بدفع 80 بالمائة من قيمة العقار المصرح بـــــه للمـؤمن لـه ويتعين على شركات التـامين المعتمدة أن تمنح الأشخاص المذكورين في نـص الـــمادة الأولى من الأمر رقم 03-12 المذكور سابقا التغطية من أثارالكوارث الطبيعية المنصوص علـــيها في نفس المادة ، ويجب أن تسدد تعويضات التـامين المستحقة بموجب الضمان من أثار الكوارث الطبيعية في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر إبتداءا من تحديد مبلغ الأضرار الملحـقة عن طريق الخبرة و يجب أن يسلم تقرير الخبرة في أجل أقصاه ثلاثة أشهر إبتداءا من نـــشر النص التنظيمي الذي يعلن حالة الكارثة الطبيعية ، وهذا حسب نص المادة 12 من نفس الأمر وتطبيقا لـــــلبند 06و07 من المادة 02 من المرسوم التنفيذي[31] رقم 04-270 المـــــــؤرخ في 29 أوت 2004 يحدد البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين على أثار الكوارث الطبيعية ، شركات التأمين ملزمة بأن تأسس وتسجل في خصوص حصيلتها السنوية رصـيدا تقنيا قابلا للخصم يسمى رصيد أخطار الكوارث الطبيعية ، ينظم هذه الالتزامات المرسوم التنفيذي[32] رقم 04-272 المؤرخ في 29 أوت 2004 يتعلق بالالتزامات التقنية الناتجة عن تامين أثار الكوارث الطبيعية.

2.2.2.2.2.2. موضوع التأمين على الكوارث الطبيعية

يتحدد موضوع التأمين بالنظر إلى جانبين و هما المحل الذي يرد عليـه التـأمين و الخطر الذي يضمنه هذا التأمين .

1.2.2.2.2.2. المحل الذي يرد عليه التأمين

التأمين على الكوارث الطبيعـية الذي يتضـــــــمنه الأمر 03-12 المذكور سابقا يتعلق بالعقار المبني بمعنى أن موضوعه من حيث المـحل الذي يـــــرد عليه هو العقار المبني ،ويقصد به كل المنشات المقامة والمتصلة بالأرض اتـصال قرار،وهي تتـــــمثل في المباني أي ما يقيمه الإنسان ليتحرك بداخله وتقدم له نوعا من الحماية أو المأوى ، وهذا يشـــمل كل المباني بغض النظر عن الغرض المخصصة له (السكن ، استغلال صناعي أو تجاري) أو المكان الموجودة به (ريف او

مدينة) أو الشكل الذي تتخذه (منازل أو عمارات أو فيلات أسواق مراكز تجارية ...) وأين كانت طبيعتها فوق أو تحت سطح الأرض ولا يهم طبيعة المادة المقام بها البناء (طوب ، خشب ، زجاج ، معادن ، بلاستيك [21] ص120 ...) يجب أن يقع هذا العقار المبني داخل الحدود الجزائرية .

2.2.2.2.2.2 . . الخطر الذي يضمنه التأمين على الكوارث الطبيعية

طبقا لنص المادة الأولى من الأمر03-12 المذكور سابقا: " يتعين على كل مالك لملك عقاري مبني في الجزائر ، شخصا طبيعيا كان أو معنويا ماعدا الدولة ، أن يكتتب عقد التأمين على الأضرار يضمن هذا الملك من أثار الكوارث الطبيعية "

يواجه النص الأضرار التي تصيب الأشخاص المؤمن لهم من أثار الكوارث الطبيعية وهي الأضرار المباشرة التي تلحق بالأملاك جراء وقوع حادث طبيعي ذي شدة عير عادية مثل الزلازل أو الفيضانات أو العواصف أو أية كارثة أخرى[29] ص ، يحدد الحوادث الطبيعية التي يمكن أن تشكل كارثة طبيعية مغطاة بإلزامية التأمين على أثار الكوارث الطبيعية المرسوم التنفيذي رقم 04-268 المؤرخ في 29 أوت 2004 يتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية ، ويحدد كيفيات إعلان حالة الكارثة الطبيعية حيث تنص المادة 02 منه على " تغطي إلزامية التأمين على أثار الكوارث الطبيعية الحوادث الطبيعية الآتية :

- زلازل
- -الفيضانات وسوائل الوحل
- العواصف و الرياح الشديدة
- تحركات قطع الأرض.

ويتم إعلان حالة الكارثة الطبيعية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالجماعات المحلية و الوزير المكلف بالمالية حسب نص المادة 03 من نفس المرسوم[29] ، ويتخذ القرار الوزاري المشترك في أجل أقصاه شهران بعد وقوع الحادث الطبيعي على أساس تقرير مفصل يعده ويرسله إلى الوزير المكلف بالجماعات المحلية والي أو ولاة الولايات المتضررة ، وبعد

رأي المصالح التقنية المختصة حـــسب طبيعة الكارثة ، هذا ما أشارت إليه المادتين 03 و 04 من نفس المرسوم .
جعل المشرع هذا التأمين بخصوص القوة القاهرة الطبيعية أما القوة القاهرة غير الطبيعية فـــلا تكون محلا لهذا التأمين مـثل الحـروب الأهلية و الإضطرابات الشعبية و عـــــمل الإرهاب أو التخريب ، لأن هذه الحوادث تكون محل التأميـن طبقا لنص المادة 40 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات و تحدد عند الاقتضاء شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

3.2.2.2.2 . الصفة الإلزامية للتأمين على الكوارث الطبيعية

تأكد النصوص الطبيعة الإلزامية للتأمـين، لذى فهو يتعـــلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفـاق على إستبعاده أو الحد من أحكامه ، بل أن من يخالف الإلتزام بإجراء التأمين يتـعرض للـــــــعـقوبات المنصوص عليها في المادة 14 مـن الأمر 03-12 الـتي تنص :" يعاقب على كل مخالفة لإلزامية الـتأمين المنصوص عليها فـي المادة الأولى أعـلاه عاينتها سلطة مؤهلة ، بغرامة تساوي مبلـــــغ القسط أو الاشتراك الواجب دفعه مـع الزيادة قدرها 20 بالمائة ."

لا يـــمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي خاضع لأحكام هذا الأمر و لم يمتثل للالتزامات المتضمنة فيه أن يستفيدمن أي تعويض للأضرار التي تلحق بممتلكاته جراء كارثة طبيعية[29] .
هذا فضلا على أن المشرع جعل تقديم وثيقة التـأمين شرط أساسي في كل عملية تنازل على ملك عقاري أو إيجاره[29] ص.
و الطبيعة الإلزامية للـتأمين يمكن أن تفقد قيمتها إذا ما أتيح لأي من الأطراف عقب إجراء التأمين و القيام بعملية التنازل عن ملكه أو إيجاره إمكانية فسخ العقد أو تعديل قيمة التأمين ففي هذه الحالة لا يستفيد من تعويض الأضرار التي تلحق بممتلكاته جراء كارثة طبيعية .

خلصنا في هذا الفصل إلى أن القوة القاهرة كسبب أجنبي بطبيعـته لا يمكن اعتبارها كذلك إلا إذا اجتمعت على شروط وهي :

شرط الخارجية أو إنتفاء الإسناد بمعنى أن لا يكون للمشيدين يد في حدوثها ، وأن تكون غير ممكنة التوقع و غير ممكنة الدفع فلا يكون رغم التطور العلمي و التكنولوجي الكبير في الوقت الراهن بإستطاعة المقاول أو المهندس توقع حدوث هذه القوة القاهرة ولا بإستطاعته درأها أو دفعها .

فإن اجتمعت شروط القوة القاهرة تكون سببا لقطع رابطة السببية بين خطأ المشيدين و التهدم أو العيب الحاصل في البناء و في هذه الحالة يجب أن نفرق بين أمرين حالة إنفراد القوة القاهرة في إحداث الضرر بحيث تكون السبب المنتج و الوحيد في إحداث الضرر ولا يكون هناك إشكال حيث لا يتدخل معها خطأ المشيدين مما يمكن المقاول أو المهندس المعماري من الاحتجاج بالقوة القاهرة لدفع مسؤوليته ، وحالة تداخل القوة القاهرة مع أسباب أخرى في إحداث الضرر فهنا لا بد من الأخذ بنظرية السبب المنتج ، فإذا كانت القوة القاهرة هي السبب المنتج في إحداث التهدم أو ظهور العيب تكون سببا لنفي المسؤولية ويعتبر بذلك خطأ المشيدين سببا عارضا لا يعتد به ويكون مستغرق من طرف القوة القاهرة .

أما إذا كان خطأ المشيدين بالغ الخطورة بحيث لا تكون القوة القاهرة سببا كاشفا لهذا الخطأ فلا تنتفي بذلك مسؤولية المشيدين بل تثبت لكون هذا الخطأ سبب منتج في إحداث التهدم أو ظهور العيب وتعتبر القوة القاهرة سببا عارضا لا يعتد بها في دفع المسؤولية العشرية كما توصلنا من خلال هذا الفصل إلى أن المشرع حماية لملاك العقارات المبنية في حالة كون القوة القاهرة السبب المنتج في إحداث الضرر، فتح سبيلا للحصول على التعويض وذلك من خلال فرض قانون جديد ، وهو إجبارية التأمين على الكوارث الطبيعية بالنسبة لمالكي العقارات المبنية داخل الحدود الجزائرية .

هذا بالنسبة للسبب الأجنبي بطبيعته و هو القوة القاهرة وأثرها في انتفاء المسؤولية ، وسنحاول التطرق في الفصل الثالث إلى السبب الأجنبي بالنسبة للمقاول أو المهندس المعماري وهو خطأ رب العمل أو خطأ الغير باعتبار هذين الأخيرين أجنبيين عن المقاول و المهندس المعماري لذا يعتبر خطأ كل منهما يشكل سببا أجنبيا له أثره في انتفاء المسؤولية العشرية .

الـفـصــل 3

أثر الســبب الأجنبي بالنســـبة إلى المـقاول أو المـهندس المعماري

(خطأ رب العمل و خطأ الغير)

إن مسؤولية المقاول و المهندس المعماري عن تهدم المباني التي شيداها و المنشآت الثابتة التي أقاماها، أو العيوب التي تظهر فيها، قد تسقط بسببين، أو لهما نفي علاقة السببية بين الضرر الذي لحق رب العمل وبين خطأ المقاول أو المهندس و ثانيهما انقضاء المدة المقررة قانونا لقيامها.

لقد رأينا أن المقاول و المهندس مسؤولين عن كل تهدم كلي أو جزئي يصيب ما شـــيداه من مباني

و ما أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، و ما يظهر في هذه المباني و المنشآت الثابتة من عيوب من شأنها تهديد متانة البناء و سلامته، إذا حصل التهدم أو ظهر العيب خلال مدة السنوات العشر المقررة لقيام مسؤوليتهما قانونا اعتبارا من تاريخ تمام العمل و تسليمه لرب العمل، دون أن يكلف رب العمل بإثبات خطأ في جانب أي منهما ، و لكن ذلك لا يعني أنهما لا يستطيعان دفع هذه المسؤولية، ذلك لان في و سعهما نفي علاقة بين الضرر الذي أصاب رب العمل من جراء تهدم مبناه أو ظهور العيب فيه و بين مجهودهما في تشييد المبنى أو إقامة المنشآت الثابتة، و بالتالي لا يمكن لرب العمل مسألتهما عن الأضرار التي أصابته من جراء حصول التهدم أو ظهور العيب.

ونفي علاقة السببية يتم عن طريق إثبات أن حصول التهدم أو ظهور العيب نشأ عن سبب أجنبي لا يد للمقاول أو المهندس فيه ،كأن يثبت المقاول أو المهندس أن حصول التهدم أو ظهور العيب كان نتيجة قوة قاهرة ، كما سبق أن تطرقنا إليه في الفصل الثاني ،أو كان بسبب خطأ رب العمل وحده دون أن يشاركه في هذا الخطأ أي من المقاول أو المهندس، أو يعود السبب إلى خطأ الغير سواء كان متصلا بعملية البناء أو خارجا عنها.

فإذا استطاع المقاول أو المهندس إثبات ذلك انتفت العلاقة ما بين الضرر اللاحق برب العمل و بين نشاط المقاول و المهندس و عندئذ تنتفي مسؤوليتهما، و تنتفي علاقة السببية بين الضرر الذي أصاب رب العمل و بين نشاط المقاول أو المهندس بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد للمقاول أو المهندس في حصوله و حتى و إن كانت القوة القاهرة سبب أجنبي لا يد للمقاول أو المهندس فيه إلا أننا ارتأينا أن نطلق عليها السبب الأجنبي بطبيعته لأن المضرور لا يكون له من يرجع عليه في حالة تحقق القوة القاهرة أو الحادث الفجائي إلا إذا كان مؤمنا على ذلك فانه يستوفي تعويض مالي من المؤمن.

أما في حالة كون السبب الأجنبي بالنسبة إلى المقاول أو المهندس المعماري أي هناك طرف آخر حدث الخطأ من جانبه و المتمثل في رب العمل أو الغير فهنا يكون للمضرور الرجوع على الغير المسؤول عن الضرر ليطالبه بالتعويض اللازم كما انه في حالة خطئه أو خطأ من يسأل عنهم يكون هو المسؤول عن الضرر و المرء لا يستفيد من أخطائه.

لذلك نطلق على السبب الأجنبي في هذا الفصل بالسبب الأجنبي بالنسبة للمقاول أو المهندس المعماري و المتمثل في خطأ صدر من رب العمل أو خطأ صدر من الغير .

ولبيان انتقاء علاقة السببية بين الضرر الذي أصاب رب العمل و بين نشاط المقاول أو المهندس المعماري يجب إثبات خطأ صدر من رب العمل أو من الغير.
نستهل هذه الدراسة بالتعرف على الخطأ بصفة عامة ثم نتناول خطا رب العمل و خطأ الغير كسبب لانتفاء علاقة السببية، وتبعا لذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: التعريف بالخطأ.
المبحث الثاني: أثر خطأ رب العمل و خطأ الغير في انتفاء المسؤولية العشرية.

1.3.التـعريـف بالـخـطأ

حتى ينفي المقاول أو المهندس المعماري المسؤولية العشرية في حالة تحقق التهدم أو ظهور العيب في البناء ان لم تكن هناك قوة قاهرة تقطع علاقة السببية بين الضرر و نشاط المهندس المعماري أو المقاول، له أن يثبت الخطأ في جانب رب العـــــمل أو في جانب الغير، و إثبات الخطأ ليس عسيرا لو تجلى الفعل الضار في مخالفة لأحكام قانونية موضوعية أو لأنظمة مفروضة، إذ أن مخالفة القانون أو الأنظمة تؤلف بذاتها خطأ تقوم به المسؤولية.

على اعتبار ان المسؤولية تتركز على ركني الخطأ أو الضرر، أما الركن الثالث فهو وجود علاقة سببية بينهما أي أن ينسب الضرر الحاصل إلى ذلك الخطأ المرتكب من طرف الشخص ،وتبرز الصعوبة في تبيان الخطأ عندما ينجم الضرر عن فعل لا تحكمه نصوص قانونية أو أنظمة مفروضة فلا يؤلف مخالفة لهذه و تلك و هذه الحالة هي التي يبرز فيها تعريف الخطأ، و تبيان العناصر التي يقوم عليها الخطأ و أنواع الخطأ.
و هكذا تتوزع الدراسة التي تلي على المطلبين التاليين:
المطلب الأول: تعريف الخطأ و تبيان العناصر التي يقوم عليها.
المطلب الثاني : أنواع الخطأ

1.1.3. تعريف الخطأ و تبيان العناصر التي يقوم عليها

قد يحصل التهدم في البناء أو التعيب بفعل عمل رب العمل أو المضرور نفسه أو بفعل الغير، فإذا كان هذا العمل حاصل في مدة الضمان العشري بمعنى ان مدة العشر سنوات التالية

للتسليم النهائي للعمل لا تزال قائمة مما يبقي المسؤولية العشرية مفترضة بقوة القانون في جانب المقاول أو المهندس المعماري، في هذه الحالة تقوم مسؤولية رب العمل أو مسؤولية الغير عن عملهما الشخصي طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص"كل عمل أيا كان يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". وهذه المسؤولية هي مسؤولية عن الأعمال الشخصية قوامها إثبات الخطأ في جانب مرتكبها،

و بقيام المسؤولية في جانب رب العمل أوفي جانب الغير تنتفي المسؤولية العشرية في جانب المقاول أو المهندس المعماري ،و ذلك لان الخطأ ثابت في جانب المضرور أو في جانب الغير طبقا لنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري التي تنص:

"إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"[6]

و تقوم بذلك مسؤولية رب العمل(المضرور) أو مسؤولية الغير و ذلك بإثبات الخطأ في جانب واحد منهما الشيء الذي يدفعنا إلى البحث عن تعريف الخطأ و تبيان العناصر التي يقوم عليها.

ولمعالجة فكرة الخطأ نقسم المطلب إلى فرعين كالتالي:

الفرع الأول: تعريف الخطأ

الفرع الثاني : عناصر الخطأ

1.1.1.3 . تعريف الخطأ

لم يرد في الفقه الفرنسي القديم تعريف للخطأ وإنما ظهرت بعض الاستعراضات لمظاهره، وفي القرن التاسع عشر بحث الفقه الفرنسي في الجرم وشبه الجرم لان القانون المدني أفرد لهما عنوانا تناول تحته أحكام المسؤولية الغير العقدية فكان السائد في ذلك الفقه أن المسؤولية عن الجرم وشبه الجرم تشترط لقيامها ثلاثة عناصر الفعل غير المشروع، وثانيها التمييز لدى من أتى الفعل ، وثالثها الضرر الواقع بالغير،وتجب الملاحظة أن عدم مشروعية الفعل كان مما انصب عليه الشرح على اعتباره شرطا لازما للخطأ[33] ص112.

و تبعا لهذا يتبين أن المفهوم التقليدي للخطأ، هو الذي يفترض في الخطأ عنصرا ماديا هو الإخلال بواجب قانوني أو المساس بحق الغير دون وجه حق، و عنصرا معنويا هو إرادة الفعل و ضرره.

و سلم الفقه بفكرة الخطأ أساسا عاما المسؤولية الشخصية و تناول تبعا لذالك العديد من الفقهاء تعريف الخطأ، و انقسموا في هذا الإطار إلى وجهتين تتوحدان في الـــغرض الذي يكمن في إفساح المجال أمام المضرور للحصول على تعويضه .

فالوجهة الأولى تتوقف عند العنصر المعنوي للخطأ لتضيق في مدلوله أو الانـــــــصراف عنه، و الثانية تركز على العنصر المادي في مظاهره حتى يمتد إلى الأعمال الضارة التي تقتضي العدالة ان لا تظل أضرارها دون تعويض عنها.

و عرفه البعض بأنه عمل ضار مخالف للقانون ،و البعض قال أنه إخلال بالتزام قانوني سابق، كما قيل أنه اعتداء على حق و البعض يرى أنه الإخلال بالثقة المشروعة و قيل أيضا أنه انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهك حرمته أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل، كما قيل أنه إخلال بواجب، و التعريف الذي استقر عليه الفقه و القضاء هو انحراف عن سلوك الرجل المعتاد مع إدراك الشخص لذالك، و بمعنى آخر هو الإخلال بالتزام قانوني لعدم الإضرار بالغير من شخص مميز إذ يجب على الشخص أن يلتزم الحيــطة و التبصر في سلوكه نحو غيره حتى لا يضر به، والالتزام هنا ببذل عناية [16] ص1083 .

فإذا انحرف عن السلوك الواجب أعتبر مخطئا و استوجبت مسئوليته ، و قد عرفت محكمة النقض المصرية الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية بأنه : الانحراف عن السلوك العادي المألوف و ما يقتضيه من يقضة و تبصر[34] ص236.

و قد اعتبر المشرع الخطأ ركنا من أركان الخطأ، و إذا كانـــت المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 168 من القانون المدني المصري لم تذكر كلمة (خطأ) إذ تقول : " كل عمل أيا كان يرتكبه المــرء و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " فليس معنى هذا أن الإرادة التشريعية أرادت الوقوف عند ركن الضرر وحده ،و بمعنى آخر قد يفهم أن المسئولية التقصيرية في التقنين المدني الجزائري مسؤولية موضوعية (Responsabilité objective) و هذا غير صحيح و الدليل على ذالك أن النص الفرنسي للمادة المذكورة أورد كـمة بخطئه و ألزم صاحبه بالتعويض عن الضرر حيث ينص " tout fait

quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige par la faute du quel il est arrivé a le reparer"

فالنص العربي أغفل كلمة "بخطئه" و التي محلها :" كل عمل ...و يسبب (بخطئه) ضررا للغير ، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " و النصوص اللاحقة للمادة المذكورة أوردت كلمة (الخطأ) مما يؤكد أن الإرادة التشريعية اعتنقت النظرية الشخصية و هو نفس ما اتجهت إليه النصوص المصرية من المادة 163 إلى المادة 178 من القانون المدني المصري.

2.1.1.3 . عناصر الخطأ

عرفنا أن مسؤولية الشخص عن أي عمل يصدر منه ضررا للغير لا تقوم إلا إذا توافر الخطأ ، و للخطأ عنصران عنصر مادي، و هو الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد و العنصر الثاني معنوي و هو التمييز.

1.2.1.1.3 . : العنصر المادي (التعدي)

بما أن الخطأ هو إخلال بالتزام قانوني ، و هذا يكون بأن ينحرف الشخص في سلوكه و يضر بالغير و بذلك يتحقق التعدي .

و التعدي قد يكون عن عمد ، و في هذه الحالة يشكل الانحراف عن السلوك جريمة مدنية كما قد يكون عن إهمال و تقصير و يسمى في هذه الحالة شبه الجريمة المدنية،
و يترتب على الأخذ بالمعيار الشخصي أن استحقاق المضرور للتعويض يتوقف على معرفة حقيقة الشخص الذي وقع منه الضرر ليتبين درجة يقظته أو إهماله ، و من ثم نحدد أن هناك انحراف في سلوكه أم لا.

و علاوة على ما تقدم فان الوصول إلى معرفة درجة يقظة الشخص و تبصره أمر صعب و لذلك فان هذا المقياس الشخصي لا يكون منضبطا فلا يصلح معيارا يفي بالغرض [35]ص30 ،و لهذا فان النظر إلى الانحراف يكون من الوجهة الموضوعية فيقاس العمل على سلوك الشخص المعتاد و بذلك ركن التعدي يكون متوفرا[16] ص1036، و ينبغي ملاحظة الظروف التي وجد فيها الشخص و التي تؤثر على سلوكه حتى يمكن وصف هذا

السلوك بأنه انحراف فيكون ركن التعدي متوفر أو لا ، و المقصود بالظروف هنا هي الخارجية فهي ليست أمورا شخصية يراد بها الحكم على سلوكه[34] ص238 .

و الخلاصة أن الخطأ التقصيري انحراف في السلوك لا يأتيه الرجل العادي إذا وجد في الظروف التي أحاطت بمن أحدث الضرر.

- حالات انعدام ركن التعدي:

عنى التقنين المدني الجزائري بتنظيم حالات ثلاث لا يعتبر فعل الشخص خطأ بالرغم من أنه ترتب على فعله إحداث ضرر بالغير، ومن ثم لا يستوجب فعله مسؤولية و هذه الحالات هي حالة الدفاع الشرعي نصت عليها المادة 128 مدني جزائري ، حالة تنفيذ أمر الرئيس المادة 129 مدني جزائري ، و حالة الضرورة المادة 130 مدني جزائري ، و يلاحظ أن بعض الفقهاء يعتبرون هذه الحالات الثلاث تجعل التعدي عملا مشروعا[16] ص1094، فحين بعض الفقهاء يرى أن وصف التعدي لا ينطبق على هذه الحالات [34] ص236، إذ أن التعدي هو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، و عليه يعتبر سلوك الشخص في هذه الحالات هو سلوك أي شخص معتاد

و لا يمكن وصف سلوكه " التعدي".

و يمكن إضافة حالة أخرى قياسا على ما يورده قانون العقوبات في هذا الصدد و هي حالة الاستناد إلى رضا المجني عليه كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية.

نفصل قليلا في حالات انعدام ركن التعدي

- حالة الدفاع الشرعي: نصت على هذه الحالة المادة 128 [6] من القانون المدني الجزائري على أنه " من أحدث ضررا و هو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير أو عن ماله ، كان غير مسؤول على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري و عند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي".

فالدفاع الشرعي عن النفس أو المال لا يعتبر خطأ إذ أن السلوك أن يرد الشخص الاعتداء عليه، و لو سببت أعمال الدفاع ضررا للمعتدي و لا يلزم المدافع بالتعويض، و يجب لقيام حالة الدفاع الشرعي أن تتوافر أربعة شروط:

الشرط الأول : أن يكون هناك خطر حال أو وشيك الحلول يهدد نفس أو مال الشخص أو مال أو نفس الغير.

الشرط الثاني: أن الخطر الحال ناتجا عن تعد أي وليد عمل غير مشروع،
الشرط الثالث : ألا يكون بإمكان المدافع درء الخطر إلا بإلحاق الأذى بالمعتدي.
الشرط الرابع: أن يكون دفع الاعتداء في غير إفراط، بل يجب أن يكون بالقدر اللازم لمنع الاعتداء ، و القاضي يقدر التجاوز أو عدم حصوله على أساس مسلك الرجل العادي في الظروف التي وجد فيها.

- حالة تنفيذ أمر الرئيس :نصت على هذه الحالة المادة 129 [6] من القانون المدني الجزائري على أنه لا يكون الموظفون و العمال العامون مسؤولين شخصيا عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت هذه الأوامر واجبة عليهم.
و يتضح من هذا النص أن الموظف و العامل العمومي لا يسأل عن عمله الذي أضر بالغير في حالة تنفيذ أمر صادر إليه من الرئيس، و يجب أن تتوفر شروط لقيام هذه الحالة و هي:
الشرط الأول : أن يكون الفعل قد صدر من موظف أو عامل عمومي، أما الموظف أو العامل غير العموميين فإن رابطتهما برب العمل هي رابطة من روابط القانون الخاص و ليس القانون الإداري.
الشرط الثاني : أن يكون هذا الموظف قد قام بهذا العمل تنفيذا للأمر صادر إليه من رئيس، و لكن رئيسا غير مباشرا و طاعته واجبة.
الشرط الثالث:أن يكون الأمر مشروعا و إن لم تنص عليه المادة و لكن نستشفها من روح المادة.
الشرط الرابع :أن يراعي الموظف في تنفيذ الأمر جانب من الحذر و الحيطة[35] ص34، و هو ما تفرضه طبيعة الأمور و إن لم تنص عليه المادة.

- حالة الضرورة : نصت على هذه الحالة المادة 130 [6] من القانون المدني الجزائري، على أنه "من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره، لا يكون ملزما إلا

بالتعويض يراه القاضي مناسبا" و تقضي حالة الضرورة لتطبيق هذا النص أن تتوافر ثلاث شروط:

الشرط الأول :أن يكون هناك خطر حال، يهدد مرتكب الفعل أو الغير في النفس أو المال.

الشرط الثاني :أن يكون مصدر الخطر أجنبي عن محدث الضرر و عن المضرور فإن كان الخطر راجع إلى فعل أحدهما إنتفت حالة الضرورة.

الشرط الثالث : أن يكون الخطر الذي يراد تفاديه أكبر بكثير من الخطر الذي وقع، فإذا كان مساويا للخطر المراد تفاديه أو أقل منه فإن حالة الضرورة لا تقوم و تقدير هذا الفارق يخضع للقاضي، و هو الذي يقدر التعويض الذي يراه مناسبا.

- رضا المجني عليه : و يكون في هذه الحالة الإعفاء من المسؤولية في الحقوق المالية، دون الحقوق الشخصية، فإذا أتلف شخص مال لأخر بناء على رضاه لا يكون محدث الضرر ملزما بالتعويض و هذا الإعفاء لا يكون إلا بالنسبة للحقوق المالية دون الحقوق الشخصية.

2.2.1.1.3 العنصر المعنوي (الإدراك)

يفترض الخطأ لتكامل مقوماته أن يكون من أتاه مميزا، فلا يكفي أن يرتكب الفاعل العمل الضار الذي يشذ عن سلوك الشخص العادي لعد عمله خطأ، إنما أن يكون عندما ارتكبه قد أدرك تصرفه و توقع نتائجه أو كان له أن يتوقعها[33] ص142.

و التمييز يعني في جوهره:

- **القدرة على تبيين السلـــوك الواجب و على توقع النتائج التي يجر إليها الانحراف عن هذا السلوك أو إمكان توقعها عند الفعل.**
- **القدرة الذهنية لدى الشخص على تفادي الفعل الخاطئ أو نتيجته بتصرف يستطيعه بعد أن وعى فعله أو كان في استطاعته أن يعيه و أن يتفادى تلك النتيجة.**

و التمييز مشروط في الخطأ المقصود و الخطأ الغير المقصود:

فالخطأ غير المقصود يشترط عناصر ثلاثة يتحقق بها ركنه المعنوي أو النفسي، فالعنصر الأول هو اتجاه إرادة الفاعل حرة إلى ارتكاب فعل استهدفه بذاته، و العنصر الثاني هو إرادة النتيجة الضارة ، أي أن الفاعل لم يقصد العمل و حسب و إنما شاء نتيجة يؤدي إليها بالوجه الطبيعي أو طبقا لتقديره، و العنصر الثالث للقصد هو أن يكون الفاعل قد وعى

الصلة السببية بين فعله و بين نتيجة يقود إليها فيكون قد ترقب النتيجة تبعا للترابط السببي بين هذه النتيجة و ذاك الفعل.

و الخطأ الغير المقصود يعرض بوجهين أولهما أن يكون الفاعل قد أتى فعلا أراده من غير أن يقصد النتيجة الضارة، فكان في فعله مظهر خفة و طيش أو رعونة أو عدم تبصر أو قلة دراية و مهارة أو ما يستوي و هذا المظهر الذي ينحرف عن السلوك المألوف من الشخص العادي، و كان في وسع الفاعل أن يعلم بالمظهر الذي يبدو به فعله و أن يتوقع نتيجته و هذا الخطأ يتجلى عادة بتصرف إيجابي نتجت عنه أضرار لم يردها من أتاه.

و الوجه الثاني هو الذي يكون الفاعل فيه قد قصر عن تدابير حيطة كانت واجبة أو أغفل تصرفا كانت تقتضيه منه ظروف أو أوضاع معينة لاتقاء مخاطر محتملة كان له أن يتحسب لها أو يتداركها استباقا، و هذا الوجه يتخذ له في الغالب شكل الإهمال[33] ص146.

و تجدر الإشارة إلى أنه ينبغي أن ينعدم التمييز تماما للقول بانتفاء المسؤولية عن الفعل الضار، فان كان الشخص ذا عته و كان على قدر من التمييز يتيح له تبين التصرف الخاطئ بذاته أو توقع نتيجته المحتملة فانه يسأل عن هذا التصرف، أما العته الذي يذهب الادراك كله وقت الفعل فانه ينزل منزلة الجنون المطبق.
و السفه و الغفلة لا يحرمان شخص من التمييز فتكون المسؤولية محققة على السفيه أو المغفل، إن صدر عنهما الفعل الخاطئ الضار.

و المجنون هو المصاب بعاهة عقلية تفقده التمييز، و الجنون قد يكون دائم الاستمرار أو متقطعا تتخلله فترات إفاقة، فإذا حصل الفعل الضار أثناء هذه الفترات فان الفاعل يسأل عنه
و إذا انعدم التمييز لدى شخص بخطأ منه كأن يكون قد تعاطى المسكر أو المخدر حتى ذهب وعيه فارتكب فعلا ضارا، و هو في هذه الحالة فانه يسأل عن الضرر الناتج عن فعله الضار المتصف بالخطأ في واقعه، إذ يكون بتعاطيه ما يفقده الإدراك قد توقع احتمال صدور فعل ضار عنه فلم يأبه لما توقعه، فإن حصل هذا الفعل فإنه يرتد إلى خطأ أصلي حصل فيسأل عنه فاعله.

أما إذا كان الشخص قد فقد الوعي بسبب عارض لا شأن له به كأن يتناول المسكر عن طريق غلط لا يد لـــه فيه، فانه لا يسأل عن الفعل الضار الذي أتاه بعد أن ثمل و ضاع رشده، و في هذه الحالة يكون على المدعي عليه أن يثبت السبب العارض و إلا بقي مسؤولا[33] ص147.

و الركن المعنوي للخطأ يكون متخلفا إذا حصل الفعل على يد شخص لم يكن حرا في ارتكابه إذ كان تحت وطأة إكراه مادي أو معنوي سلبه كل حريته في التصرف الواعي.

و الولد الصغير السن يعتبر غير مميز طالما أنه لا يقدر السلوك الواجب الذي يؤلف الخروج عنه خطا و لا يتوقع النتائج الضارة لفعله و لم يكن في قدرته و تبعا لمستواه العقلي أن يتوقعها أو يعمل على تداركها و هو لم يكن قد وعاها.

و توافر التمييز لدى الشخص مفترض ما لم يثبت المدعى عليه أنه كان عند وقوع الفعل على يده فاقد الوعي أو التمييز أو غير مالك حرية الإرادة.

و هكذا يكون للمتضرر أن يقاضي من أضر به، و يبقى للمدعي عليه أن يدفع المسؤولية عنه بإقامته الدليل على أنه كان عند الفعل قد طرأ عليه ما ذهب بوعيه أو شل إرادته أو كان أصلا غير مميز، فالتمييز هو الأصل و انعدامه هو الاستثناء.

و الخلاصة أن الشخص عديم التمييز لا يمكن نسبة الخطأ إليه إذ ليس لديه القدرة على التمييز بين الخطأ و الصواب ومن ثم تنتفي المسؤولية عنه لانتقاء ركن الخطأ[16] ص1110.

و الإرادة التشريعية قد ربطت أهلية المسؤولية التقصيرية بالتمييز و يتضح ذلك من نص المادة 125 من القانون المدني الجزائري التي تنص "يكون فاقد الأهلية مسؤولا عن أعماله الضارة متى صدرت منه و هو مميز غير أنه إذا وقع الضرر مـــن شخص غير مميز ، و لم يكن هناك من هو مسؤولا أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر ، بتعويض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم"

و من ثم فلا مسؤولية على الصبي غير المميز و طبقا للقانون الجزائري من هو دون السادسة عشر و كذلك المجنون و المعتوه و لو لم يحجر عليهما و كذلك حال من فقد إدراكه

بسبب عارض كمرض أو سكر، أو تنويم مغناطيسي و ذلك لمدة غيابه عن الوعي[16] ص1109.

و إذا كانت الإرادة التشريعية قد ربطت المسؤولية التقصيرية بالتمييز الا أنها نصت على مسؤولية عديم التمييز في حالة استثنائية وردت في المادة 125 من القانون المدني و قد اقتضت قواعد العدالة النص على هذه الفقرة حتى لا يضيع حق المضرور في التعويض ، فمسؤولية عديم التمييز ليست مبنية على خطأ لعدم توافر ركن الإدراك و لكن تقوم على تحمل التبعة، فالشخص غير المميز يتحمل تبعة ما يحدث من ضرر طبقا للشروط التي وردت في نص المادة 125-2 و لذا نجد مسؤولية عديم التمييز تتميز بأنها موضوعية احتياطية و جوازية و مخففة[35] ص40.

- فهي احتياطية إذ لا يلجأ المضرور إليها إلا في حالة تعذر الحصول على تعويض من الشخص المكلف بالرقابة.
- إنها مسؤولية جوازية ، و معنى ذلك أن للقاضي حرية التقدير، فقد لا يحكم بالتعويض إذ رأى أن الحالة المالية لعديم التمييز لا تتحمل التعويض.
- إنها مسؤولية مخففة فالقاضي لا يحكم بالتعويض كله بل طبقا للنص يحكم بتعويض عادل مراعيا مركز الخصوم في ذلك.
- إنها مسؤولية استثنائية إذ أنها لا تقوم على فكرة الخطأ لأن الركن المعنوي فيه غير متوفر بل تقوم على فكرة العدالة.

أما مسؤولية الشخص المعنوي الذي يمثله أشخاص طبيعيين فهم الذين يقومون بنشاطه، فإذا ارتكب أحد ممثلي الشخص المعنوي خطأ، فان العنصر المعنوي يكون متوفرا فيه و هو التمييز و يكون ممثل الشخص المعنوي مسؤولا مسؤولية شخصية و يسأل الشخص المعنوي تبعيا ،
و بمعنى آخر نكون بصدد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعية، و غير أنه قد يقع الانحراف من الهيئة نفسها.

أي الشخص المعنوي كما إذا صدر قرار من مجلس إدارة شركة أو الجمعية العمومية للمؤسسة، و يكون هذا القرار مكونا للخطأ الذي يوجب المسائلة، و في هذه الحالة لا بد من

نسبة الخطأ إلى الشخص المعنوي ذاته، و لما كان ركن الخطأ يتضمن عنصر التمييز ، و لا تمييز للشخص المعنوي فانه يكتفي بالركن المادي، أو ركن التعدي و هو الانحراف.

و القاعدة أن من يدعي الخطأ، يقع عبء الإثبات عليه و لكن أحيانا يتخذ القانون من عمل معين قرينة على وقوع الخطأ و لذا يعفى من تقوم لمصلحته القرينة من إثبات وقوع الخطأ و في هذه الحالة يقال أن الخطأ مفترض كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية العشرية للمقاول أو المهندس المعماري كما سبق تبيان ذلك ، على أن لمن قامت ضده القرينة أن ينفيها ، لذا فافتراض الخطأ يقبل إثبات العكس.

غير أن هناك حالات استثنائية نص عليها القانون لا يستطيع فيها من قامت القرينة ضده أن ينفيها، و في هذه الحالات لا يكون أمامه لكي يعفى من المسؤولية إلا إثبات سبب أجنبي.

2.1.3 أنواع الخطأ

سبق أن عرفنا أن الخطأ هو الانحراف على السلوك المألوف للشخص العادي، و هذا الخطأ قد يعرض بمظاهر مختلفة و يتوزع بين أنواع متعددة، فمن حيث القصد هناك، الخطأ المقصود و الخطأ غير المقصود و هناك الخطأ الجسيم السلبي أو بالامتناع.

نتناول هذه الأنواع من خلال الفرعين التاليين:
الفرع الأول: الخطأ المقصود و الخطأ غير المقصود.
الفرع الثاني: الخطأ الجسيم و الخطأ السلبي.

1.2.1.3 الخطأ المقصود و الخطأ غير المقصود

الفرق بين الخطأ المقصود و الخطأ غيرالمقصود يكمن في أن الفاعل يكون في الأول قد أراد الفعل و نتيجته معا، بينما في الثاني لا يكون قد شاء الضرر ينتج عن تصرفه غير المشروع و إن أراد الفعل بذاته.

و من المعلوم أن الخطأ المقصود لا يكون محل تأمين يضمن المسؤولية عنه إذ أن التامين ينصب في الأصل على الضرر الناتج عن الخطأ غير المقصود.

و الخطأ المقصود يحجب خطا الضحية لو أن فاعله قد أراد من تصرف طائش لهذه الضحية ، تحقيق ما تعمده من إيقاع الضرر بها، فيسأل عن الضرر كله.

و يبقى الخطأ مقصودا و إن تعددت الأغراض الدافعة إليه ما دام أن من بينها إرادة الإضرار بالغير.

و الخطأ غير المقصود يصدر عن شخص لم يقصد النتيجة الضارة فيؤلف في واقعه إخلالا بواجب الحيطة أو الحذر أو التبصر أو التنبه أو التعقل ، و هذا الواجب يعني في أوجه منه:

- الامتناع عن تصرف يجر الخطر على الغير أو يحتمله .

- التزام الشخص أثناء ممارسته نشاطه، السلوك الذي يجنب الغير خطرا، أو إحاطه هذا النشاط بالتدبير الذي يقي مخاطره.

- التبصر في العمل و نتائجه أو تقدير عواقبه استباقا لتداركها.

و الواجب الذي وصف يفترض سلوكا لا يمس بمصالح و حقوق للغير يكفلها القانون أو ينطوي على حمايتها ، و من الطبيعي أن القانون يتطلب من الشخص أن لا يعـــــــــرض هذه الحقوق و المصالح للخطر في مجتمع يقتضي الاستقرار و انتظام الــعلاقات بين أفراده ليستقيم التعايش بينهم[33] ص186.

والخطأ غير المقصود يشترط عاملا نفسيا يتجلى بصورتين، الأولى منهما هي التي لا يتوقع فيها الفاعل حصول النتيجة الضارة في حين كان في قدرته أو في وسع الشخص العادي أن يتوقعها ليحول دون وقوعها، و لابد من أن تكون هذه النتيجة متوقعة بذاتها و أن يكون بالمستطاع تداركها.

و الصورة الثانية هي التي يكون فيها الفاعل قد توقع النتيجة كأثر محتمل لفعله، إنما لم تنصرف إرادته إليها، بل على العكس كان يأمل أن لا تحدث أو يحسب أن بإمكانه تجنبها أو كان سعى إلى تداركها و لكن دون جدوى.

و من صور الخطأ غير المقصود ،الإهمال، عدم التبصر، الرعونة ،أو قلة الدراية أو المهارة.
و يتجلى الإهمال بإغفال تدبير الحيطة أو الوقاية أو بالإمتناع عن وسائل يقتضيها الحذر، و هي تدابير ووسائل تجب حتى يتجنب بها الشخص مخاطر عمل يقوم به أو نشاط يمارسه .
و قد يرجع الإهمال إلى تقصير في التحسب و التقدير كما ينطوي على تراخ في التنبه فلا يمكن استبعادها بجهد فكري مناسب.
و لا يستطيع الفاعل أن يتذرع بحسن النية ليدفع مسؤوليته لو تجلى فعله بالإهمال الظاهر،
أما عدم التبصر فيحصل في الغالب عند ما يقوم الفاعل بعمل يحتمل خطرا أو ضررا توقعه أو كان بإمكانه أن يتوقعه فلا يحيد عن العمل أو لا يعمد إلى تقويمه أو إلى أحاطته بما يدرأ مخاطره ، فيدلك تصرفه على الطيش أو الخفة أو عدم الاحتراز أو قلته من أمثلته أن يعهد صاحب مشروع أشغال البناء إلى شخص يعلم أنه لا يملك الكفاءة اللازمة للقيام بها،فينتج الضرر عنها.
و يقترب من عدم التبصر الخطأ المتمثل بالرعونة و قلة الدراية أو المهارة و يحصل هذا الخطأ عندما يقدم الفاعل على عمل يعرف أنه لا يملك المهارة الكافية للقيام به و لا العلم الفني لتجنب مخاطر قد تطرأ عليه[33] ص193
و القاضي يقدر ما إذا كان الخطأ عمدي أو غير عمدي، و ذلك بإتباع معيار ذاتي، أي يقدر وصف الخطأ بمعيار شخصي ، أي بنية الشخص محدث الضرر[35] ص41.

2.2.1.3 . الخطأ الجسيم و الخطأ السلبي

الخطأ الجسيم هو الذي يحصل مشكلا إخلالا فاضحا بواجب جوهري ينحرف فيه الشخص المخل عن السلوك المتوقع من الشخص العادي إنحرافا بعيدا متجاوزا الدرجة التي يتصورها الناس بالوجه المعتاد، و قد يفترض في هذا الخطأ سوء نية فاعله دون دليل على ذلك، فيتصف بالجسيم و يتساوى مع الغش و الخداع افتراضا، دون أن ينصهر به كيانا،و الخطأ الجسيم خطأ غير مقصود ، ذلك أن الخطأ المقصود لا تكون له درجات، فحين الخطأ غير المقصود فدرجاته منذ القدم جسيم و يسير (تافه).

و الخطأ الجسيم يشبه الخطأ العمدي ، المادة 172 من القانون المدني الجزائري و أساس ذلك القانون الروماني، إذ يساوي بين الخطأين،فالشخص المتهور ، و هو الذي يرتكب خطأ جسيما، لا يقل خطرا عن الشخص المتعمد و هناك نوع آخر من أنواع الخطأ و هو الخطأ السلبي أو بالإمتناع،عادة يحصل الخطأ بفعل إيجابي، و لكن قد يحصل بفعل سلبي و يتخذ شكل الإمتناع عن عمل كان واجب لدرء نتيجة ضارة، فإن أحجم الشخص عن إتيان عمل كان من الواجب قانونا أن يأتيه في الظروف التي كان فيها فانه يرتكب خطأ يسأل عنه لو جر الضرر على الغير.

والامتناع قد يحصل خلال نشاط معين أو بمناسبة القيام بعمل ،أو يحدث بمعزل عن أي عمل فيكون حدوثه استقلالا عن أي نشاط و الامتناع بمناسبة القيام بعمل أو خلال ممارسة نشاط معين يحصل عندما يقوم الشخص بنشاط من غير أن يحيطه بتدابير يستوجبها لزاما ليحول دون مخاطر تلازمه أو يحتملها ، و هو يشكل إهمال الشخص في عمله.

و هناك الامتناع القائم بذاته أي ليس بمناسبة القيام بعمل إذ يفترض هذا الامتناع واجبا يفرض على الإنسان القيام بعمل محدد فيحجم عن القيام به، فيأتي إحجامه مستقلا عن أي نشاط سبقه أو لازمه مما يتيح للحدث أن يتابع مجراه فيحدث الضرر.

و الواجبات القانونية التي تلزم الشخص بعمل أو بموقف إيجابي هي متعددة المصادر، فمنها ما ينشأ عن أحكام قانونية ملزمة أو أنظمة إدارية متعددة المصادر، و منها ما يرتد بمصدره الملزم إلى ارتباط عقدي أو موجب مهني[33] ص196.

و يجب تقصي الخطأ في حالة الامتناع بالرجوع إلى معيار الشخص العادي الذي وصف ، فان لم يكن لهذا الشخص أن يمتنع عن التدبير الواقي الذي أغفله الفاعل، و هو على بينة منه، فان الإغفال يشكل خطأ ، و إن كان الباعث على التدبير واجب اجتماعي.

هذا بالنسبة لبعض أنواع الخطأ و هناك تطبيقات كثيرة لفكرة الخطأ مثل الخطأ المتمثل في التعدي على حق الإنسان في حياته الخاصة و في حمايته الشخصية، و الخـــــطأ في المراقبة و الأخطاء الطبية في مزاولة مهنة الطب ، و الـــخطأ في مجال النقل ،و مجال الاعتداء على الشرف و السمعة، و مجال الخطبة و غير ذلك من التطبيقات"[35] ص44

و بعد أن عرفنا الخطأ من حيث تعريفه، و الأركـان التي يقوم عليها، و تبـــيان أنواع و مظاهر الخطأ ننتقل بالدراسة إلى تحديد خطأ رب العمل، و خطأ الغير كسببين أجنبيين لدفع المسؤولية العشرية عن المقاول أو المهندس المعماري، و ذلك من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل.

2.3 . أثر خطأ رب العمل و خطأ الغير في انتفاء المسؤولية العشرية

حتى تقوم المسؤولية المدنية في مواجهة شخص، لا بد من وجود ركن مـــستقل عن الخطأ و الضرر، وهذا الركن هو ما يمثل السببية ما بين الخطأ و الضرر و معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين خطأ المسؤول و الضرر الذي أصاب المضرور.

و إذا كانت السببية مستقلة عن الخطأ إلا أن هذا الاستقلال لا يظهر في جلاء عندما يكون الخطأ واجب الإثبات، ذلك أن المضرور عندما يكلف بإثبات الخطأ يلجأ في العادة إلى إثبات خطأ يكون هو السبب في إحداث الضرر، و من ثم فإثبات الخطأ يكون في الغالب إثباتا لعلاقة السببية ، فتستتر السببية وراء الخطأ و لا يتبين في وضوح أنها ركن مستقل، و إنما يتضح استقلالها في الأحوال التي تقوم فيها المسؤولية على خطا مفترض أو خطأ مفروغ من إثباته، ففي هذه الحالة الخطأ مفروغ منه، و لا يكلف المضرور بإثباته ،أما السببية فيمكن نفيها بإثبات الســبب الأجنبي، و من ثم تبرز هي و يدور الإثبات حولها وحدها دون الخطأ[16] ص874،و يكون نفي رابطة السببية بإثبات السبب الأجنبي، و ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 127 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 163 من القانون المدني المصري، و على ذلك فالسبب الأجنبي الذي يترتب عليه انعدام رابطة السببية هو[1] ص224:

- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

- خطا المضرور.

- خطأ الغير

فبالنسبة للقوة القاهرة قد سبق أن تطرقنا إلى أثرها في انتقاء المسؤولية العشرية، و السبب الأجنبي في هذا الفصل متمثل في خطأ المضرور و المتمثل في رب العمل بالـــنسبة لهذه الحالة، و خطأ الغير، و يمكن للمقاول و المهندس –كأي مدين متعاقد- أن ينفي عن نفسه الإخــلال

بتنفيذ التزامه في مواجهة رب العمل إذا اثبت أن عدم تنفيذه لهذا الالتزام أو تأخره في هذا التنفيذ إنما يرجع كلية إلى خطأ رب العمل نفسه، كما يمكنه في سبيل التوصل إلى إعفائه جزئيا من مسؤوليته العقدية أن يثبت أن خطا رب العمل قد ساهم مع خطئه في الإخلال بهذا التنفيذ.

و طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، يمكن أن يعفى الــمهندس أو المقاول من مسؤوليته في مواجهة رب العمل عن عدم تنفيذ الالتزام أو تأخره فيه كأي مدين ، إذا أثبت أن هذا يرجع إلى خطأ الغير الذي لا سلطان له عليه[4] ص350

و نتناول هذين السببين الأجنبيين من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: خطأ رب العمل.

المطلب الثاني: خطا الغير

1.2.3 . خــطأ رب العــمل

يعد خطأ رب العمل من الأســـباب الأجنبية التي تعفي المدعى عليه و الحارس من المسؤولية المدنية، فقد يظهر الواقع تصرفات تصدر عن المضرور منها ما يأخذ شكل السلوك غير المألوف أو الخروج عن قواعد القانون و مخالفتها أو في شكل إهمال و تسرع في غير موضعه، و قبول المخاطرة مع العلم مسبقا بنتائجها المحتملة[22] ص194.

و تستبعد صورة لا محل للكلام فيها لوضوح حكمها، ألا يقع من المدعى عليه (المقاول أو المهندس المعماري) خطأ ما ثابت أو مفروض و يقع الضرر بفعل المضرور نفسه، فقد خرجنا هنا

عن نطاق المسؤولية التقصيرية إذ لا يوجد أمامنا مسؤول، فالمضرور هو الذي ألحق بنفسه الضرر و كان هذا بفعله سواء أكان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ[16] ص881

أما إذا وقع من المدعى عليه خطأ ووقع في الوقت ذاته خطأ من المضرور فإذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر فلا يعتد بالخطأ المستغرق، فإن إستغرق خطا المدعى عليه خطأ المضرور كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة، أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطا المدعى عليه فلا مسؤولية على المدعى عليه لإنعدام رابطة السببية[35] ص117

و لكن يجب لتخلص المقاول أو المهندس من المسؤولية كلية أن يكون خطا رب العمل هو المتسبب الوحيد في إحداث الضرر.

و رب العمل قد يكون خبير في فن البناء و قد يكون غير ذلك لذلك نقسم الدراسة إلى فرعين نتناولها كالآتي:

الفرع الأول: خطأ رب العمل الخبير في فن البناء.

الفرع الثاني: خطا رب العمل غير الخبير في فن البناء.

1.1.2.3. خطأ رب العمل الخبير في فن البناء

قد يتدخل رب العمل في بعض الحالات في عمليات البناء، بحيث تكون له خبرة في فن البناء تفوق خبرة المقاول أو المهندس المعماري، فقد يعطي تعليمات أو أوامر للمكلفين بالعمل مع إصراره على ضرورة تنفيذها ،أو تولي تنفيذ عملية معينة، أو فرض مواصفات معينة، و قد يحضر مواد معينة لاستخدامها في إقامة البناء، فلا يكون هناك إشكال إذا كان ما يقوم به لا يخالف المواصفات المعمول به ، و لا يخلف ضررا لاحقا، لكن السؤال يثور عندما تكون أوامره خاطئة ، و المواصفات التي يفرضها تغاير القوانين المعمول بها ، و المواد التي يحضرها معيبة ، فما اثر خطا رب العمل في هذه الحالة على المسؤولية العشرية؟

و هل بوسع المقاول أو المهندس المعماري دفع المسؤولية العشرية بالاستناد إلى هذا الخطأ؟

الأصل أن المقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل الذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري لا يسأل عن تهدم البناء ، أو عن العيوب التي يـــــــــــترتب عليها تهديد متانة البناء و سلامته إذا كان ذلك ناشئا عن الخطأ في التصميم الذي وضعه رب العمل، فالمقاول لا يسأل إلا عن العيوب الناشئة عن التنفيذ دون تلك الناشئة عن التصميم إذا كان يعمل بإشراف رب العمل

الذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري ، فرب العمل هنا يقوم بمهمتين ، وضع التصميم سواء بوصفه مهندسا معماريا أو جعل نفسه كذلك ، القيام بالأشراف على المقاول.

و هذا الدور الإيجابي لرب العمل يترتب عليه حصر مسؤولية المقاول في التنفيذ يختلف عن مجرد إجازته لإقامة المنشآت المعيبة ، إذ أن هذه الإجـــازة لا تعف المقاول من المسؤولية (المادة 651 مدني مصري) [10] ص172

و هذا المبدأ أرسته محكمة النقض المصرية بقولها "و إن كان غير صحيح علىالإطلاق أن المقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل الذي وضع التصميم و الذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري ، لا يسأل إلا عن العيوب الناشئة عن التنفيذ دون تلك الناشئة عن التصميم، بل الصحيح أن المقاول في هذا الغرض يشترك في المسؤولية مع رب العمل.

إذا كان على علم بالخطأ في التصميم وأقره، او كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب، مع ذلك إذا كان المقاول قد نبه رب العمل إلى ما كشفه من خطأ في التصميم، فأصر على تنفيذ ذالك و كان لرب العمل من الخبرة و التفوق في فن البناء ما يفوق خبرة و فن المقاول، فان إذعان المقاول لتعليمات رب العمل في هذه الحالة لا يجعله مسؤولا عما يحدث في البناء من تهدم نتيجة الخطأ في التصميم ، إذ الضرر يكون راجعا لخطا رب العمل وحده فيتحمل المسؤولية كاملة"[4] ص340.

و بالمقابلة : قضت محكمة النقض في فرنسا ، بأن "إذا كان رب العمـــل- بماله من تخصص فني يسمح له بالاختيار – هو الذي استبعد تصميمات المهندس و اختار – دون أن يستشيره- تصميمات أخرى معيبة فنيا، فان قضاة الموضوع يكونون قد أصابوا الحق إذ رأو أن رب العمل بهذا الشكل قد أحل نفسه محل المهندس، و خفض دور هذا الأخـــير إلى مجرد ملاحظة الأعمال، و أن المهندس يكون قد أوفى بكل التزاماته حينما لفت نظر رب العمل إلى عواقب التصميمات المختارة، بأن وجه إليه تقريرا حول التصدعات الأولية الظاهرة بما يتعين معه إعفاءه من كل مسؤولية[4] ص241.

نظرا للتشديد الذي أقره القضاء المقارن بالنسبة للمـــــــسؤولية العشرية للمقاوليـــــن و المهندسين المعماريين بحيث لا يقبل الدفع بخطأ رب العمل إلا إذا توافرت له شروط القوة القاهرة، بأن يثبت عدم قابلية التوقع و استحالة الدفع و تسبب رب العمل وحده في إحداث الضرر و المسألة تقديرية بالنسبة لقضاء الموضوع.

و هكذا لا يقبل القضاء تمسك المهندس المعماري أو المـقاول بالتدخل الخاطئ من جانب رب العمل كذريعة للتحلل الكامل من المسؤولية عما أصاب الأعمال من عيوب، إلا إذا كان رب العمل ذا خبرة و تفوق فني في مجال التشييد من ناحية و كان المهندس المعماري أو المقاول- من ناحية أخرى- قد أوفى بما يتعين عليه من واجب إبداء الرأي وعمل التحفظات اللازمة، بل و الامتناع كلية عن تنفيذ الأعمال أو مواصلة هذا التنفيذ إذ بدا ذلك ضروريا.

فالتنبيه إلى خطأ التصميم لا يكفي في حالة رب العمل العادي بل ينطبق أيضا في حالة رب العمل الخبير في فن البناء.

بناءا على ذلك تنتفي مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري إذا أثبت خطأ رب العمل الخبير في فن البناء ، بحيث كان من المشهور أن رب العمل خبير في مجال التشييد، و أن يكون المعماري قد نبه رب العمل إلى خطئه و مدى تأثيره على سلامة و متانة البناء إلا أنه أصر على ذلك.

2.1.2.3 خطأ رب العمل غير الخبير في فن البناء

الأصل أن رب العمل ليس خبيرا في فن البناء، فالقاعدة إذن أن تدخل رب العمل أو خطأه أثـناء التنفيذ لا يصلح وسيلة لدفع مسؤولية المهندس المعماري أو المقاول ، و إن كان من الممـكن أن يخفف من هذه المسؤولية في بعض الأحوال ، لأن كلا منهما يعتبر مستقلا في عمله ملما بأصول صنعته على نحو يوجب عليه تبصير رب العمل بوجه الخـــــــطأ و تحذيره بل و الامتناع عن تنفيذ تعليماته الخاطئة أو استعمال مواد بنائه المعيبة.

و هذا ما استقر عليه القضاء في مصر و فرنسا منذ أمد بعيد فقد قضى بان تدخل رب العمل، سواء بتقديم مواد معيبة أو بالموافقة على تصميم معيب أو بفرض مواصفات معيبة لا

يعفى المهندس المعماري أو المقاول من المسؤولية لأنه كان من الواجب أن ينبه رب العمل إلى العيب ، فيقاسم المقاول أو المهندس المعماري رب العمل المسؤولية[10] ص198.

و تثبت مسؤولية المقاول و المهندس المعماري حتى و لو تدخل المالك في العمل و لم ينفذ المقاول إلا ما أمر به المالك ، لأن من واجب المقاول أن يمتنع عن كل عمل يخالف أصول الفن و لو أمر به المالك، و من باب أولى لا يكون وجود رب العمل و إشرافه الفعلي على تنفيذ الأعمال المعيبة في موقع العمل سببا في تخفيف مسؤولية المقاول، لأن المفروض هنا أن رب العمل غير خبير في فن البناء، فلا يعتد بوجوده و إشرافه، و لا يعتبر ذلك منه تدخلا خاطئا[16] ص139 .

و قد يجيز رب العمل إقامة البناء وفقا لمواصفات معيبة يضعها المهندس المعماري أو المقاول، و عندئذ يكون المقاول و المهندس المعماري مسؤولين وحدهما عن الضرر دون رب العمل الذي لم يفعل شيئا غير إجازة الخطأ و إجازته لا يعتد بها لأن المفروض فيه أن يكون غير فني، و ذلك استنادا إلى نص المادة 651 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 870 المعدلة من القانون المدني العراقي[15] ص266 التي لا يقابلها نص في القانون المدني الجزائري.

و إذا كان الأصل أن خطأ رب العمل لا يصلح لدفع مسؤولية المهندس المعماري أو المقاول إلا أن هذا لا يمنع قضاة الموضوع من الاعتداد في بعض الأحيان بهذا الخطأ كسبب للتخفيف من هذه المسؤولية، فقد يحدث أحيانا أن تجتمع في خطأ رب العمل شروط القوة القاهرة ، لا سيما شرط عدم إمكان التوقع ،و شرط استحالة الدفع ، فضلا عن رجوع الحادثة اليه وحده ، فتنتفي به مسؤولية المعماري عن الضمان العشري كلية ، و يتمتع قضاة الموضوع في تقدير ذلك بسلطة تقديرية واسعة، تسمح لهم بقدر كبير من المرونة في الحكم وفقا للظروف المحيطة بكل حادثة على حدة و قد لا تتوافر شروط القوة القاهرة في خطأ رب العمل و يعتد به مع ذلك في تخفيف المسؤولية بينهما بحسب درجة خطأ كل منهما.

و من تط بيقات القضاء الفرنسي لخطا رب العمل الذي يعتبر من قبيل القوة القاهرة تدخله المادي المفاجئ في تنفيذ أعمال رغم جهله بقواعد الفن المعماري، متى كان هذا التدخل غير

متوقع ولا يمكن دفعه عند إبرامه العـــــــقد و كان هو السبب المباشر في حدوث الخلل في البناء[10] ص170.

بناءا على ما تقدم لا يكون خطا رب العمل غير الخبير بفن البناء وسيلة لدفع مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري، إلا إذا توافرت في خطئه شروط القوة القاهرة من عدم إمكان التوقع، و استحالة الدفع أو كان خطأه السبب المباشر في حدوث الخلل في البناء وذلك حماية لرب العمل الجاهل بأمور الفن في البناء.

2.2.3. خـــطأ الـغير

المقصود بالغير هو الشخص الثالث الغريب غير المتضرر الذي ادعى و عن المدعى عليه الذي دعاه المتضرر، فليس من الغير لا هذا الطرف و لا ذاك و لا من يسأل عنه المدعى عليه كالتابع له في الخدمة أو الخاضع لسلطته في ولايته و لا الذي أحله في محله في تنفيذ عقد و ظل مسؤولا عن هذا التنفيذ مدة سريان العقد[15] ص208.

و تقضي القواعد العامة أن خطأ الغير لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية أو يخفف منها إلا إذا اعتبر هذا الفعل خطأ في ذاته و أحدث وحده الضرر أو ساهم فيه، و خطأ الغير يقطع رابطة السببية بين فعل الجاني و النتيجة متى استغرق خطا الجاني و كان كافيا بذاته لإحداث النتيجة أي أن الخطأ الغير الذي يرتب ا الإعفاء من المسؤولية يتمثل في السلوك الشاذ الذي لا يـــتفق مع السير العادي للأمور و لا يمكن للشخص أن يتوقعه أو يدخله في تقديره[10] ص185.

و هذا الأخير قد يكون شخصا أجنبيا تماما عن عملية تشييد المبنى الذي حدث به العيب أو الخلل ، و قد يكون ذا صلة بها.

و لذلك نعالج كل حالة على حدة في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: خطأ الغير الأجنبي تماما عن عملية التشييد.

الفرع الثاني: خطا الغير المتصل بعملية التشييد .

1.2.2.3 . خطا الغير الأجنبي تماما عن عملية التشييد

من النادر جدا أن يـــــكون خطأ الغير الأجنبي تـماما عن عملية تشييد المبني هو السبب في العيب أو الخلل الذي حدث بـــــه ، لكنه بالرغم من هذه الندرة إلا أنه يمكن أن يحدث أن يكون خطأ الغير الأجنبي تماما عن عملية تشـــــييد المبنى سببا في حدوث الخلل و مثال ذلك : قيام هذا الغير بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أساســات المبنى أو استخدام آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة من المـــبنى ، مما يؤدي إلى حدوث تصدع بهن فإذا لم يكن المشيد مقصرا أصلا لأنه أقامه على أساســـات غير كافية مثلا ،فإننا نعتقد أن من شأن هذه الأعمال إعفاءه كلية من المسؤولية، في هذه الـحالة استغرق خطأ الغير خطأ المشيد ، فيعتبر ذلك الخطأ الذي صدر من الغير سببا أجنبيا يعفـــــي المقاول و المهندس من مسؤوليتهما طبقا لنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري.

لذلك قد يقوم أحد المـــستأجرين بإجراء تعديلات معيبة بوحدته السكنية على نحو يصيب المبنى بعيوب تهدد متانته و ســـلامته يعتبر من قبيل خطأ الغير الذي يمكن أن يعفى المهندس أو المقاول من المسؤولية[10] ص175.

أما إذا كان المشيد قد ارتكب خطأ فنيا في عملية التشييد و هو أمـر مفترض أصلا لا يلزم أن يقيم رب العمل الدليل عليه، بما يعني أن هذه الأعمال قد ساهـــمت في إحداث الخـلل بالمبنى أو في تفاقم ما كان به أصلا من العـــــــيوب، فان بإمكان قاضـي الموضوع أن يخفض مقدار التعويض الواجب على المشيد بصاحب البـناء بنسبة مساهمة هــذه الأعمال في إحداث الضرر أو في تشييد آثاره. و يفترض ذلك بطبيعة الـــــحال أن تتصف هذه الأعمال ذاتها بصفة الخطأ[4] ص351.

و المسألة تقديـــرية لقضاة الموضوع بحسب ظروف كل حالة، فهنا يكون قد اشـترك المشيد مع الغير في إحداث الضـــــــــــرر فأصبح المسؤول أكثر من واحد و تكون بصدد حـــالة تعدد المسؤولون ، و قد نصت المـــادة 126 من القانون المـــدني الجزائري" إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متـــضامنين في إلزامهم بتعويض الـــــــضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

فللقاضي حسب هذا النص أن يحدد جسامة كل من الخطأين و يفرض مبلغ التعويض حسب جسامة الخطأ.

نستنتج مما تقدم أنه يمكن للمقاول أو المهندس المعماري أن يدفع مسؤوليته العشرية بإثبات خطا الغير الأجنبي تماما عن عملية التشييد وأن خطأ هذا الأخير كان السبب المباشر و الوحيد في إحداث الضرر الذي يلحق رب العمل.

2.2.2.3 . خطأ الغير المتصل بعملية التشييد

و يقصد بالغير المتصل بعملية التشييد هو العنصر الذي يشارك المقاول أو المهندس المعماري في عملية التشييد و يتمثل هذا الغير في مورد أو منتج المواد المعيبة التي استخدمت في البناء و كذلك الفنيين ومكاتب الاستشارات (الدراسات) الفنية أو الهندسية و كذلك المراقب الفني.

- فبالنسبة للمورد أو منتج المواد المعيبة التي استخدمت في البناء: إذا كان المقاول هو الذي تعهد بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسؤولا عن جودتها ، و عليه ضمانها لرب العمل بما يتفرع عليه أنه لا يستطيع أن يدفع في مواجهة هذا الأخير بخطأ من ورد إليه هذه المواد أو صنعها، لا يستطيع المقاول أو المهندس المعماري التذرع بعيوب المواد التي قدمها المورد لأن من صلاحيتهما التحقق من صلاحيتها قبل استخدامها و إلا كانا مشتركين باجمالهما في الاسباب المؤدية إلى الخلل الذي يقع في الأعمال.

أما بالنسبة لخطا الفنيين و مكاتب استشارات (الدراسات) الفنية : إذا كان المشيد هو الذي لجا مباشرة إلى الاستعانة بخبرة هؤلاء الفنيين و لو بعد أخذ رأي رب العمل فانه يكون مسؤولا في مواجهة هذا الأخير عن ألأخطاء التي يرتكبونها ، فالأمر هنا يتعلق بمقاولة من الباطن و من المبادئ المسلم بها أن المقاول الأصلي يضمن لرب العمل أخطاء مقاوليه من الباطن و يستند نفس الشيء في حالة المشورة الخاطئة التي تدمها مكاتب الاستشارات الفنية أو الهندسية.

و يبدو أن الرأي الراجح في الفقه و القضاء الفرنسيين يتجه كذلك إلى عدم إمكان تمسك المشيد ، و بصفة خاصة المهندس المعماري المكلف بمهمة شاملة أو على اقل بملاحظة الأعمال بخطأ هؤلاء الفنيين و لو كان اختيارهم قد تم من جانب رب اعمل نفسه ، لإعفائه من المسؤولية عن العيوب التي وقعت في الأعمال إلا إذا كان خطأهم تتوفر فيه بالنسبة له، خصائص القوة القاهرة من عدم إمكانية التوقع و استحالة الدفع ،

و للمشيد أن يرجع على الفني المخطئ[4] ص357.

في حالة كون الغير مراقب فني: حيث تتمثل مهمة المراقب الفني في المساهمة في توقي مختلف الاحتمالات الفنية التي يمكن أن تصادف في تنفيذ الأعمال ، و هذه الرقابة إختيارية ، حيث يتدخل بطلب من رب العمل و يمكن تصور أن يكون رأي المراقب الفني خاطئا ،و مع ذلك يستجيب له رب العمل و يفرضه على المهندس او المقاول ،و تكون هنا بصدد حالة تشبه حالة خطأ رب العمل الخبير في فن البناء فيكون للمقاول أو المهندس أن يدفع مسؤوليته إذ الضرر راجع لرب العمل فيتحمل المسؤولية و يرجع على المراقب الفني،

أما إذا كان رب العمل لم يفرض على المشيد هذه المشورة الخاطئة تركها لتقديره فلا نعتقد ان بإمكان المشيد أن يدفع بها و لو جزئيا مسؤوليته العشرية المفترضة، بحسبانها سببا أجنبيا إذ الأمر هنا يتعلق بخطئه هو في التقدير.

مما سبق تقديمه بالنسبة لأثر الغير المتصل بعملية التشييد أنه لا يمكن للمقاول أو المهندس المعماري أن يتنصل من مسؤوليته العشرية بالتذرع بخطا الغير متصل بعملية البناء لأن من صلاحيتهما السهر على عملية البناء من كل جوانبها من حيث المراقبة الدائمة و التتبع المستمر المنوط بهما نظرا لحساسية العمل الذي يقومان به و حماية للمصلحة العامة إلا إذا توفر في خطأ هذا الغير خصائص القوة القاهرة من عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع.

خاتمة

توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن المسؤولية العشرية كباقي أنواع المسؤولية المدنية لا سبيل لدفها إلا بإثبات السبب الأجنبي أي قطع علاقة السببية بين خطأ المقاول أو المهندس المعماري و الضرر الذي أصاب رب العمل الناتج عن تهدم البناء ، ونتيجة للتطور الذي حدث في مجال التعمير و البناء لم يبقى المخاطبون بالمسؤولية العشرية المقاول و المهندس المعماري

فقط بل أصبح كل من يتدخل في عملية التشييد مخاطبا بنصوص المسؤولية العشرية كالمـــرقي العـقاري ، و مـكاتب الدراسات الهندسية و الفنية ، و المراقبون الفنيون
و الاستشاريون ، فلا يمكن لهؤلاء دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي في إحدى صوره الثلاثة القوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير و حتى يأخذ بالسبب الأجنبي لدفع المسؤولية العشرية لا بد من توافر شروط وهي عدم إسناده للمشيد ، وعدم إمكان توقعه ، وعدم إمكان دفعه، و المشرع الجزائري لم يعرف السبب الأجنبي بمعناه وإنما عرفه بتعداد صوره نفس الشيء بالنسبة للقوة القاهرة لم يتناولها بالتعريف مما يدفعنا للقول أنه من الأجدر على المشرع أن يورد تعريف للقوة القاهرة في القانون المدني حتى لا يدع مجال للبس في تحديد الحادث أي يشكل قوة قاهرة أم لا ولا يدع مجالا واسعا للقضاء في تقدير ذلك ، كذلك الشأن في الأخذ بنظرية السبب المنتج في حالة تعدد الأسباب المؤدية إلى الضرر ، حيث أن المشرع لم يبين موقفه صراحة بنص قانوني في الأخذ بنظرية السبب المنتج .

ولقد تبين لنا أن التشريعات القانونية وضعت في يد المشيدين وسيلة لدفع مسؤوليتهم المفترضة بقوة القانون و التي لا يمكن الإتفاق على مخالفتها لأنها من النظام العام ، هذه الوسيلة هي إثبات السبب الأجنبي والذي قد يتمثل في القوة القاهرة أو خطأ رب العمل نفسه أو خطأ الغير .
فإذا كان السبب الأجنبي قوة قاهرة نكون بصدد حالتين : كون القوة القاهرة السبب الوحيد لإحداث الضرر و هنا لا يثار إشكال فالسبب الأجنبي يثبت و المسؤولية العشرية تنتـــفي

أما إذا شارك القوة القاهرة سبب آخر في إحداث الضرر فلا بد من الأخذ بنظرية السبب المنتج لاعتبار القوة القاهرة سببا أجنبيا أو سببا عارضا لا يمكن معه نفي المسؤولية العشرية .
قد يكون السبب الأجنبي خطأ رب العمل ، فإذا كـــان رب العمل خبير بفن البناء وتدخل في الإشراف على البناء فإنه يمكن الإعتداد بخطئه لنفي المسؤولية العشرية عن المشيد الذي يكون

قد نبهه إلى خطئه ، أما إن لم يكن خبيرا بفن البناء فلا يعتد بخطئه لنفي المسؤولية إلا إذا توفرت في خطئه شروط القوة القاهرة من عدم إمكان التوقع و استحالة الدفع .

أما إذا تمثل السبب الأجنبي في خطأ الغير ، فإن هذا الغير قد يكون أجنبي تماما على عملية التشييد ولكن الاعتداد بخطئه لدفع مسؤولية المشيد إذا كان خطؤه السبب المباشر والوحيد في إحداث الضرر ، اما إذا كان الغير متصل بعملية التشييد فلا يمكن الاعتداد بخطئه لنفي المسؤولية إلا إذا توفرت في خطئه خصائص القوة القاهرة من عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع .

لهذا فإنه لا يمكن الأخذ بالسب الأجنبي لدفع المسؤولية العشرية إلا إذا توفرت فيه شروط وهي عدم إمكانية التوقع و عدم إمكانية الدفع .

قائمة المراجع

1. **عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي، "المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء" ، منشئة المعارف في الإسكندرية ، الطبعة الخامسة 1996**

2. زروتي الطيب ، " دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة "، مذكرة ماجستير في القانون ، فرع العقود و المسؤولية ،معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية ، جامعة الجزائر ،سنة 1978 .

3. سمير عبد السميع الأودان ، "ضمان العيوب الخفية" ، مكتبة الإشعاع الفنية ،الإسكندرية طبعة 2000

4. محمد شكري سرور، "مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابـــــتة الأخرى"، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ، مصر 1985 .

5. Caston, la responsabilite des architectes,ed 1979

6 . الأمر رقم 75، 58 مؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني.

7 . محمد ناجي ياقوت ،" مسؤولية المعمارين منشئة المعارف بالإسكندرية،" دون ذكر الطبعة و السنة .

8- . المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993 المتضمن النشاط العقاري

9. عبد الرزاق حسين ياسين ، "المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء"،– الطبعة الأولى ، بدون ذكر دار النشر ،مصر 1987 .

10 . محمد حسين المنصور ، "المسؤولية المعمارية "، دار الجامعة الجديدة للنشر ، دون ذكر رقم الطبعة سنة 2003

11 . BERNARD BOUDIL-contrat d'entreprise –en matière de construction- revue algérienne des sciences juridique économique et politique . volume xxv—n° 3septembre 1987

12. المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07-03-1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناءا على التصاميم .

13 - الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25-01-1995 المتعلق بالتأمينات

14 -رسوم التشريعي رقم 94 -07 المؤرخ في 18-05 -1994 المتضمن شروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري .

15. محمد جابر الدوري ، "مسؤولية المهندس و المقاول في مقاولات البناء و المنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه" ، مطبعة واو فسيت عشتار ، بغداد 1985
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري ،" الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الرابع ،العقود الواردة على العمل ، دار أحياء التراث العربي ،بيروت ، بدون رقم الطبعة ، لبنان 1964
17 . - محراش سميرة ،" المسؤولية المدنية للمقاول و المهندس المعماري وفقا للقواعد الخاصة (المسؤولية العشرية)، مذكرة ماجستير في القانون ، فرع القانون العقاري و الزراعي ، كلية الحقوق ،جامعة سعد دحلب 2001
18. علي علي سليمان ، " السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية"، في القانون الفرنسي و في القانون المدني الجزائري ، مجلة الشرطة ، تصدر عن المديرية العامة للأمن الوطني ، العدد 34 ،جويلية 1987 ،من ص 55 إلى ص60
19 عبد الحكم فودة ، "أثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية" ،بدون ذكر دار النشر ، الطبعة الأولى سنة 1999
.20 . عادل جبري محمد حبيب ،" المفهوم القانوني لرابطة السببية وإنعكاساته في توزيع عبئ المسؤولية المدنية " دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، الطبعة الأولى سنة 2003
21 .محمد حسين منصور، "المسؤولية المعمارية" ، منشئة المعارف بالإسكندرية ، مصر 1984
22 .يحي أحمد الموافي ،" المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه و القضاء" ، منشآت المعارف بالإسكندرية مصر 1992
23 .ع، أحمد، "مقاولون ومسؤولون تحت الرقابة القضائية ببومرداس"،جريد ةالخبر، تصد ر عن شركة الخبر ، العدد 4373 ،19أفريل 2005 ص 06
24 .رمضان أبو السعود ،"أصول التأمين ، الطبعة الثانية "، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية سنة 2000.
25 .أحمد شرف الدين،"أحكام التأمين" ، الطبعة الثالثة ، بدون ذكر دار النشر، سنة 1991
26 . مصطفى محمد الجمال ،" أصول التأمين"، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان سنة 1999
27. إبراهيم أبو النجا ،"التأمين في القانون الجزائري"،الجزء الأول ،الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين الجديد، لطبعة الثانية-ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون،الجزائر، سنة1992

28 . ص-حفيظ ، "تأمين السكن إجباري بداية من أوت"' جريدة الخبر ، تصدر عن شركة الخبر العدد 4134 12 جويلية 2004 ص 03.
29 . الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 26-08-2003 المتعلق بـإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية و تعويض الضحايا .
30 . القانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري
31 . لمرسوم التنفيذي رقم 04 -270 المؤرخ في 29-08-2004 المتعلق بتحديد البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين على أثار الكوارث الطبيعية .

32. المرسوم التنفيذي رقم 04 -268 المؤرخ في 29-08-2004 المتعلق بتشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية ويحدد كيفيات إعلان حالة الكوارث الطبيعية

33 .عاطف النقيب – النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي –الخطأ والضرر- الطبعة الثالثة – دار منشورات عويدات – بيروت سنة 1984
34. عبد الودود يحي ، "الموجز في النظرية العامة للإلتزامات "، القسم الأول ، مصادر الإلتزام ، دون ذكر الطبعة و دار النشر ، سنة 1984 -1985
35. محمد صبري السعدي ، "شرح القانون المدني الجزائري"، الجزء الثاني ، الطبـــعة الأولى ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر سنة 1991 -1992