جامعة مولود معمري تيزى وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المركز القانوني للمقاول الفرعي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة:

ساهل نادية

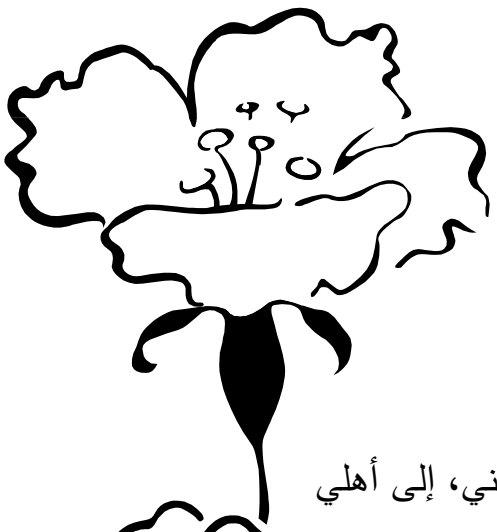
تحت إشراف الأستاذة:

أ.د/قونان كهينة

لجنة المناقشة:

- أمازوز لطيفة، أستاذة محاضرة "أ"..... رئيسا
- أ. د/ قونان كهينة، أستاذ، جامعة مولود معمري.....مشرفا ومقررا
- أ. زقان نبيل أستاذ مساعد ..... ممتحنا

تاريخ المناقشة 09 /10/ 2019



الإهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى أعز الناس عندي، وأحرصهم سؤالا عني، إلى أهلي

أمي قرة عيني أطال الله في عمرها.

إلى سندي إلى من أناروا لي طريقي، إلى من منحوني من الضعف قوة،

ومن اليأس إرادة، إلى من كانوا لي أسباب النجاح وأسرار الصلاح والفلاح،

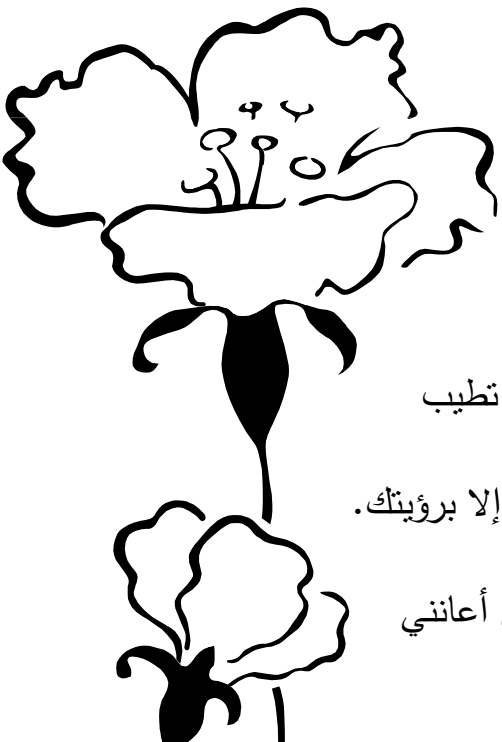
إخواني الأعزة: مجيد، تكفاريناس، مراد

حفظهم الله لي جميعا.

وإلى من كان أقرب الناس في الدنيا بأهليها، عرفت به معنى الأبوة بأسمى

معانيها، وحياتي بشعاعه لازال يضويها، إلى روح والدي الطاهرة. رحمه الله.

***** نادية***



كلمة شكر وعرفان

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك، ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك، ولا تطيب الأخوة إلا بعفوك ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك.

بداية أرفع أسمى آيات الشكر لله سبحانه معترفة بعظيم نعمه الذي أعانني على مواصلة مشوار دراستي وإنجاز هذا العمل المتواضع.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة "**قونان كهينة**" على قبولها الإشراف على هذه المذكرة، كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل وبأسمى عبارات التقدير والإحترام لجميع أسرة المكتبة المركزية بجامعة مولود معمري بباستوس، وكذا جميع أسرة المكتبة الجامعية ببوخالفة وإلى كل أعضاء اللجنة الموقرة.

***** نادية***

قائمة أهم المختصرات:

أولا: باللغة العربية

د.س.ن: دون سنة النشر

د.ب.ن: دون بلد النشر

ص: صفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية

ثانيا: باللغة الفرنسية

Op cit : ouvrage precedemment cite

P : page

ساهم التطور في مختلف المجالات إلى الزيادة في النشاطات والتصرفات القانونية بين الأفراد، بحيث تقوم بين هؤلاء الأشخاص علاقات مختلفة حسب طبيعة العقد.

يعد عقد المقاولة من أهم العقود المسماة التي أقرها لكثرة واختلاف أنواعه، فالمقاولة بتنوع العمل محل العقد، ومن بين أهم أعمال المقاولات في وقتنا الحالي أعمال البناء نظرا لما تجره من أرباح على مستثمري هذا المجال الحيوي.

نظم المشرع الجزائري عقد المقاولة ضمن الفصل الأول من الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل، ضمن الكتاب الثاني من القانون المدني[1] وذلك في المواد من 549 إلى 570، ويلاحظ في هذا الصدد أن النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة لم يمسها أي تعديل إلا في عام 2005، بحيث عدل المشرع الجزائري نصين إثنين منها[2] وذلك بالقانون رقم 05-10[3].

أعطى المشرع الجزائري تعريف لعقد المقاولة بموجب المادة 549 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه:" **عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر**".

يعد عقد المقاولة من قبيل العقود ذات الطبيعة الخاصة بالنظر إلى طبيعة العلاقات فيما بين أطرافه المتمثلة في كل من رب العمل الذي عرفه المشرع الجزائري "**صاحب المشروع**"، وتولى نص المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 94-07[4] بتعريفه بأنه: "**يقصد بصاحب المشروع حسب مفهوم هذا المرسوم التشريعي، كل شخص طبيعي أو معنوي**

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، ج ر ج.ج ،عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975.

2- يتعلق الأمر بالمادتين رقم 553 و558.

3- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن قانون المدني، ج ر ج ج ،عدد 44، صادر في 23 يونيو 2005.

4- مرسوم تشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج رج.ج ،عدد 32 ، الصادر في 25 ماي 1994.

يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف ما ينجز أو يحول البناء ما يقع على قطعة أرضية يكون مالكها أو يكون حائزا حقوق البناء عليها طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بها".

أما الطرف الثاني فهو المقاول الذي عرفه المشرع بموجب المرسوم التشريعي السالف الذكر، من خلال المادة 08 والذي سعي فيه المقاول بصاحب المشروع المنتدب كما يلي: "**يقصد بصاحب المشروع المنتدب بهذا المرسوم التشريعي كل شخص طبيعي أو معنوي يفوضه صاحب المشروع قانونا للقيام بإنجاز بناء ما أو تحويله".**

ويتمثل دوره الأساسي في عملية البناء لتنفيذ محتوى عقد المقاولة طبقا للتصميم الذي يضعه المهندس المعماري المعتمد، وخلال عملية التنفيذ هذه يتعين عليه الالتزام القيام ببعض الواجبات[1].

باعتبار عملية البناء والتشييد من الأعمال المعقدة ذات الاختصاصات المتفرعة التي تحتاج إلى مؤهلات متعددة، والتي تستلزم توفر جملة من المؤهلات العلمية والخبرات الفنية، ويعتبر المقاول ممن يفرض عليه ذلك، لكن في بعض الحالات قد يجد نفسه في حالة ضغط من طرف رب العمل أثناء إنجازه للعمل، وبذلك فكثيرا ما يعجز المقاول عن تنفيذ المشروع بمفرده في الآجال المتفق عليها، نظرا لمحدودية وسائله المادية وإلزامية إتمام الأشغال في مدة زمنية محددة، تحت طائلة فرض غرامات مالية عليه إذا تأخر في تسليم المشروع، فقد أضحى من الصعب في عصرنا الحاضر عليه أن يكتفي بقدراته الخاصة في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية دون الاستعانة بجهود وخبرات الآخرين لاسيما أمام ما تفرضه ظاهرة التخصص المهني والتكنولوجي من حاجة لمهارات فنية وتقنية، قد لا تتوفر لديه مما يتحتم عليه اللجوء إلى أهل الإختصاص والخبرة أثناء عملية التنفيذ، وسواء إنحصر دور هذه الاستعانة في المساعدة التي يتلقاها من طرف أعوانه أو مساعديه الذين يعملون تحت إشرافه وسلطته وفي

1- **بلعقون محمد الصالح**، المسؤولية العشرية للمستخدمين في عملية البناء، أحكامها وإلزامية التأمين منها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص 86.

ظل أوامره وتوجيهاته، والذين تربطهم به في الغالب علاقة عمل، أو إتسع دور الاستعانة إلى إيكال العمل الذي إلتزم به في جملته أو جزء منه إلى الغير، ليتولى هذا الأخير تنفيذه، بصفة مستقلة عنه ويسمى هذا الغير بالمقاول الفرعي، والذي يرتبطه بالمقاول الأصلي علاقة عقدية ينظمها عقد المقاولة الفرعية .

أصبح رجال الاقتصاد يرون المقاولة الفرعية إستراتيجية إقتصادية، بما أنها وسيلة من وسائل التعاون بين المشروعات العاملة في مجال الإنشاءات المعمارية والصناعية، وبالتالي هي وسيلة للتنمية الاقتصادية، وأصبح اللجوء إليها أسلوب يعتمده الكثير من المقاولين لتنفيذ العمليات الضخمة والمعقدة وحتى البسيطة منها لما توفره من مزايا، فقد ساعد هذا الأسلوب على إنشاء مشاريع سكينة في مدة وجيزة بفضل تضافر الجهود وبذلك يمكن القول بأن اللجوء إليها ضرورة يحتمها حجم العمل.

وبالإضافة إلى ذلك نجد أنه كلما إزداد حجم المقاولة محل العقد، تعاظم معها دور المقاول الفرعي بوصفه المنفذ المباشر للعقد، كما قد يلتبس مركزه القانوني مع غيره الأشخاص الذي يستعين بهم المقاول الأصلي.

وباعتبار المقاول الفرعي طرف في عقد المقاولة الفرعية فإنه ملزم بمجموعة من الالتزامات، كما يتمتع بمجموعة من الحقوق، وكذا في حالة إخلاله بإلتزاماته التعاقدية من شأنه أن يترتب على ذلك مسؤولية عقدية كما يترتب في حالات معينة مسؤولية تقصيرية في حالة الإخلال بإلتزام قانوني.

رغم الأهمية التي يكتسيها موضوع المقاولة الفرعية وما ينشأ عنه من علاقات قانونية متشابكة، وعلى الرغم عن الدور الفعال الذي يلعبه المقاول الفرعي في مجال البناء والتعمير، إلا أنه لم يحض هذا الموضوع بالدراسة التحليلية الكافية هذا من جهة بالإضافة إلى قصور النصوص التشريعية المنظمة لهذا الموضوع من جهة أخرى، الأمر الذي دفعني لإختيار هذا الموضوع.

وتتمثل الإشكالية المطروحة لهذا الموضوع: **ما هي الأحكام القانونية المنظمة لنشاط المقاول الفرعي؟**

للإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه ثم تقسيم الموضوع إلى فصلين درسنا في الفصل الأول المقاول احكام التعاقد الفرعي، بينما نخصص الفصل الثاني لدراسة المسؤولية المدنية المهنية للمقاول الفرعي.

الفصل الأول

أحكام التعاقد الفرعي

يمكن للمقاول الأصلي في سبيل إنجازه للعمل الموكول إليه، الإستعانة بجميع الوسائل التي تكفل تجسيده على أرض الواقع، ومن بين هذه الوسائل نجد المقاولة الفرعية التي تعتبر إحدى نتائج التطورات التي تشهدها المجتمعات المعاصرة، لاسيما في مجال البناء إذ في الكثير من الحالات ما يلجأ المقاول الأصلي المتعاقد مع رب العمل إلى مقاول فرعي لتنفيذ كل أو جزء من محل عقد المقاولة الأصلية، لذا تعتبر المقاولة الفرعية وسيلة لتنفيذ عقد المقاولة **(المبحث الأول)**.

تعتبر عقد المقاولة الفرعية من العقود الملزمة للجانبين، لذا ينشأ عنه علاقات متشعبة وإلتزامات متبادلة، لذا كان لابد من تحديد العلاقات الناشئة عن عقد المقاولة الفرعية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

عقد المقاولة الفرعية كوسيلة لتنفيذ عقد المقاولة

يبرم عقد المقاولة في معظم الحالات مباشرة بين المقاول الأصلي ورب العمل، على أن يقوم المقاول بإنجاز العمل المتفق عليه بنفسه ،أو بواسطة عمال يعملون تحت إشرافه وتوجيهه، غير أنه قد يحصل في حالات أخرى عندما يكون ما إلتزم به المقاول الأصلي يقتضي منه إنجاز أعمال متنوعة تحتاج إلى خبرات عديدة، وجهود لا يطبق القيام بها لوحده، أن يلجأ إلى الاتفاق مع مقاول آخر، ليقوم هذا الأخير مستقلا بأعمال معينة تقتضيها المقاولة، أو أن يقوم بكل العمل المعهود للمقاول الأصلي، وهذا ما يعرف في التشريع الجزائري لمصطلح المقاولة الفرعية، وهذا ما يستدعي تحديد مفهومها **(المطلب الأول)**، مع تعريف الطرف الرئيسي فيها **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مفهوم عقد المقاولة الفرعية

يصعب على المقاول التكفل بجميع الأعمال الموكلة إليه، إما نتيجة للحجم الكبير للمشروع محل العقد، أو لقصر إمكانياته أو لغياب تخصص فني في بعض الأعمال، ففي هذه الحالة قد يلجأ إلى التعاقد مع مقاول آخر للتكفل بكل أو جزء من أعمال عقد المقاولة الأصلي، ويسمى المتعاقد معه بالمقاول الفرعي، وفي هذه الحالة نكون أمام عقدي مقاولة، الأول القائم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والثاني القائم بين هذا الأخير والمقاول الفرعي، والذي يتعين تعريفه **(الفرع الأول)** وإبراز الشروط الخاصة به **(الفرع الثاني)**، مع تحديد خصائصه **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

تعريف عقد المقاولة الفرعية

تقتضي المقاولة غالبا القيام بأعمال لها جوانب فنية متعددة، تحتاج إلى خبرات مما يضطر المقاول على اللجوء إلى مقاول آخر، للقيام بهذه الأعمال وهذا ما يصطلح عليه بالمقاولة الفرعية، والتي سيتم التطرق إلى تعريفها قانونا وفقها.

أولا: التعريف بعقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري[1].

لم يعرف المشرع الجزائري عقد المقاولة الفرعية[2] بل أشار إليها بموجب المادة 564 من القانون المدني الجزائري التي تنص مع أنه : " **يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية**".

يفهم من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أجاز المقاولة الفرعية شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات، نظرا لما لهذا النوع من التعاقد كوسيلة تساهم في تسهيل إنجاز المشاريع الضخمة[3] ذات الاختصاصات المتشعبة، وكذا خلق مناصب شغل ، ومن ثم إفادة الاقتصاد الوطني وذلك دون أن يقدم أن تعريف واضح ونافي للجهالة لهذا النوع من التعاقد.

أقر المشرع الجزائري أن الأصل في المقاولة الفرعية هو الجواز، بحيث يجوز للمقاول الأصلي الذي أبرم عقد مقاولة أصلية مع رب العمل، اللجوء إلى تعاقد مع مقاول فرعي لإنجاز كل أو جزء من محل عقد المقاولة الأصلية، أما الاستثناء فهو عدم جواز ذلك في

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

2- إختلفت تسميات المقاولة الفرعية في العقود المدنية والتجارية، فقد استخدم المشرع الجزائري عبارة المقاولة الفرعية عند وضعه لأحكام التعاقد الفرعي في عقد المقاولة، ومصطلح "**التعاقد الفرعي**" في عقد الإيجار المدني، بينما استخدم في القانون التجاري عبارة "**الإيجار من الباطن**" عند تفصيله لأحكام التعاقد الفرعي في إيجار المحل التجاري.

3- **سرايش زكريا**، الوجيز في العقود الخاصة الإيجار –المقاولة– الوكالة– الشركة المدنية، الجزء الأول، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 41.

حالة ما إذا وجد بند في عقد المقاولة الأصلي يتفق بموجبه كل من رب العمل والمقاول الأصلي، على عدم جواز لجوء هذا الأخير إلى الاستعانة بمقاول آخر، لتنفيذ محل التعاقد، كما لا يجوز ذلك، في حالة ما إذا كانت طبيعة الأشغال مرتبطة بالكفاءات الشخصية للمقاول ومؤهلاته، والتي تجعله حائز على ثقة خاصة[1].

ويقصد بالمؤهلات والكفاءات الشخصية، كل صفات المقاول التي تؤثر على حسن سير العمل، فتندرج فيها سمعة المقاول، وشهرته، وكذا كفاءاته المهنية والمالية، وكذا خبرته، وتخصصه، في مثل طبيعة العمل المراد إنجازه[2].

ثانيا: التعريف الفقهي لعقد المقاولة الفرعية

باعتبار أن مهمة الفقه هي إعطاء التعاريف، فقد أبرز هذه المهمة من خلال التعاريف العدة التي قدمها لعقد المقاولة الفرعية والتي نوجزها كالتالي:

عرّف عقد المقاولة الفرعية بأنه ذلك العقد الذي يعهد من خلاله أحد المقاولين إلى مقاول آخر، وتحت مسؤوليته تنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة المبرم بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع[3].

1- بن **عزوز بن صابر**، "**الحماية المقررة للعمال الأجراء في إطار المقاولة من الباطن في التشريع الجزائري**"، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2016، ص 48.

2- **حمادي جازية مجيدة**، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2002-2003، ص 73.

3- **Jean-Bernard Auby et Hugues Perienet-Marquet**, Droit de l'urbanisme et de la construction, 4eme édition, Montchrestien, 1995, p 484.

وقد عرفه الفقه عموما بأنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه شخص، يسمى المقاول الأصلي إلى الآخر يدعى مقاولا فرعيا[1] بكل أو جزء من محل عقد المقاولة الذي أبرمه مع رب العمل ما لم يمنع من ذلك[2].

ويزيد جانب آخر من الفقه على ضرورة إبقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن عمل المقاول الفرعي اتجاه رب العمل، وقد إعتبر هذا الشرط من الأحكام الرئيسية واللازمة لعقد المقاولة الفرعية[3].

يظهر جليا من خلال التعاريف المقدمة أن عقد المقاولة الفرعية هي علاقة تعاقدية بين شخصين، هما المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، يربطهما عقد فرعي مشتق من العقد الأصلي الذي يربط بين المقاول الأصلي ورب العمل، وذلك بغرض تنفيذ المقاول الفرعي كل أو بعض من محل الإلتزام المتضمن في العقد الأصلي، وذلك في حالة ما لم يوجد شرط مانع يمنع من المقاولة الفرعية، وذلك بموجب إتفاق قائم بين رب العمل والمقاول الأصلي على عدم جواز التعاقد الفرعي، أو في حالة ما لم تكن شخصية المقاول الأصلي محل إعتبارفي ابرام عقد المقاولة.

كما أجمع أغلبية الفقهاء على وصف المقاولة الفرعية على أنها لا تثبت إلا ضمن مجموعة عقدية، تتضمن عقدين متتابعين للمقاولة وذات ثلاث أطراف مرتبطين مثنى مثنى[4]، العقد الأول هو العقد الأصلي القائم بين رب العمل والمقاول الأصلي الذي يسمى

1- أطلق عليه في القانون الأردني في المادة 799 " المقاول الثاني"، بينما في القانون العراقي اصطلح بعبارتي "**مقاول المقاول**" و"**المقاول الثاني**"، وفي القانون السوري بـ "**المقاول الثانوي**"، في حين سماه القانون المصري بـ "**المقاول من الباطن**"، **غازي خالد أبو عرابي**، المقاولة من الباطن، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 18.

2- **العمروسي أنور**، العقود الوارد على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 105.

3- **مصطفى عبد السيد الجارحي**، عقد المقاولة من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 83.

4- **المير سميرة**، "**المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي (الباطن)**"، مجلة البدر، العدد 9، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017، ص 94.

بالمتعاقد المشترك لأنه إشترك في العقدين معا، والعقد الثاني وهو العقد الفرعي المبرم بين المقاول الأصلي وبين أجنبي عن العقد الأصلي وهو المقاول الفرعي[1].

الفرع الثاني

شروط عقد المقاولة الفرعية

يقتضي عقد المقاولة الفرعية شروط خاصة به، والمتمثلة في وجود عقد أصلي سابق، وضرورة أن يتبع العقد الفرعي العقد الأصلي، وكذا قبول رب العمل للمقاولة الفرعية.

أولا: وجود عقد أصلي سابق.

لكي يتم إبرام عقد المقاولة الفرعية، فإن ذلك يفرض أولا وقبل كل شيء وجود عقد أصلي سابق يتفرع منه العقد الفرعي، فلا وجود لهذا الأخير في غياب عقد أصلي.

وقد عرف الفقيه السنهوري العقد الأصلي بأنه "**ما كان مستقلا في وجوده غير تابع لعقد آخر**"، أما العقد التبعي فهو" **ما كان تابعا لعقد أصلي وجد قبله**"[2].

وبذلك يجب أن تكون المقاولة الفرعية مسبوقة بعقد مقاولة أصلي مبرم بين رب العمل وبين المتعاقد الأصلي، مع التذكير أن الأسبقية لا تتعلق إلا بتاريخ إبرام العقد، وليس بالتنفيذ فقد يكون هناك تعاصر بينها.

ويضاف إلى هذا، لابد من أن يكون ما إلتزم به المقاول الأصلي، عبارة عن إلتزام عقدي ناشئ عن عقد المقاولة، أما إذا كان مصدره القانون أو اشتراط لمصلحة الغير، فإن

1- **غازي خالد أبو عرابي**، المرجع السابق، ص 17.

2- **السنهوري أحمد عبد الرزاق** ، شرح القانون المدني، النظرية العامة لالتزامات، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص 143

العقد الذي يتم إبرامه فيما بعد، تنفيذا لذلك الالتزام أو اشتراط لمصلحة الغير، هو قصد مقاولة أصلية[1].

ويشترط أن لا يكون التنفيذ قد تم، لأن العقد اللاحق بعد تنفيذ العقد الأول، نكون بصدد عقد أصلي وليس عقد مقاولة فرعية[2]، لذلك يستوجب لوجود عقد المقاولة فرعية شرط أساسي يتمثل في وجود عقد أصلي سابق، وهو عقد المقاولة الأصلي، وإذا تخلف هذا الشرط اعتبر العقد عقدا أصليا وليس عقدا فرعيا[3].

ثانيا: تبعية العقد الفرعي للعقد الأصلي.

ليتحقق التعاقد الفرعي، لابد من أن يكون هذا الأخير تابعا للعقد الأصلي، والتبعية تكون من جانب واحد، أي أن العقد الفرعي، هو الذي يتبع للعقد الأصلي وليس العكس.

يتبع العقد الفرعي العقد الأصلي مبدئيا، من حيث الطبيعة القانونية، وذلك نتيجة وحدة المحل بين العقدين، وتشمل هذه الأخيرة وحدة الالتزام في العقدين ووحدة الشيء إذا ما تعلق محل العقد بشيء معين، ووحدة الشيء المادي ضروري لوجود العقد الفرعي، ولا يمكن استبعاده، لأن إختلاف الشيء الذي يتعلق به المحل، يجعل هذا الأخير مختلف في العقدين، بالتالي لا يكون العقد الثاني عقدا فرعيا[4].

ثالثا: قبول رب العمل للمقاولة الفرعية.

حسب ما أوردته الفقرة الأولى من نص المادة 564 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، أنه يحق للمقاول اللجوء إلى مقاول آخر، لينفذ بدلا عنه كل الالتزامات

1- **عزروق لحسن**، الإطار القانوني لعقد المقاولة البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد إبن باديس، مستغانم،2016، ص 73.

2- **برجم صليحة**، المقاولة الفرعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،الجزائر، 2009، ص 18.

3- **مصطفى عبد سيد الجارحي**، المرجع السابق، ص 37.

4- **برجم صليحة**، المرجع السابق، ص 19.

الناشئة عن عقد المقاولة الأصلية أو جزء منها، دون إشتراط حصوله على موافقة من رب العمل، كما أضاف الفقه، بأن الأصل هو جواز المقاولة الفرعية، اعتمادا على أساس حرية التعاقد باعتباره مبدأ عام لا يجوز الخروج عنه إلا في حالات معينة.

إلا أن اللجوء إلى المقاولة الفرعية ليس حقا مكتسبا للمقاول، إذ يمكن أن يمنع منها كإستثناء من الأصل وهو الجواز، وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: وجود شرط مانع.

يقصد بالشرط المانع من المقاولة الفرعية إتفاق رب العمل والمقاول الأصلي، على عدم جواز التعاقد مع مقاول آخر، لإنجاز العمل المكلف به، وهذا الشرط يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا فلا يتحتم أن يكون مذكور في عقد المقاولة، بل يمكن استخلاصه ضمنيا من الظروف نفسها[1].

وإذا كان النص قد أشار إلى ورود الشرط المانع في العقد الأصلي، فانه قد يقع المنع بعد إبرامه، وذلك بموجب اتفاق لاحق بين الطرفين[2].

كما أنه يجوز لرب العمل التنازل عن الشرط المانع للمقاولة الفرعية فيتحلل منه المقاول، وبالتالي له الحق في اللجوء إلى مقاول فرعي آخر لإنجاز العمل، وإذا تنازل رب العمل عن هذا الشرط، فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك[3].

الحالة الثانية: إذا كانت طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به المقاول بنفسه تتحقق هذه الحالة عندما يتبين أن طبيعة العمل المعهود إلى المقاول، إنما عهد إليه به نتيجة كفاءته وسمعته

1- **العمروسي أنور**، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، الجزء الثالث، مطبعة الرشاد، محرم بك، 1993، ص 98.

2- **عدنان البراهيم السرحان**، العقود المسماة في المقاولة ــ الوكالة- الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 93.

3- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل،المقاولة- الوكالة. ــ الوديعة ــ الحراسة، الجزء السابع،المجلد الأول، د.ب.ن ، د.س.ن، ص 210.

الشخصية، الأمر الذي يستلزم على المقاول القيام به بنفسه، ولا يجوز له بالتالي أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر[1].

فلو تعاقد شخص مع رسام لكي يرسم له لوحة فنية، فإنه يفترض في هذه الحالة بأن قصد صاحب العمل قد إنصرف إلى قيام الرسام بالعمل بنفسه، فلا يجوز لذلك الرسام أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر.

الفرع الثالث

خصائص عقد المقاولة الفرعية

طبقا للقاعدة الفقهية المأثورة " الفرع يتبع الأصل"، فإن عقد المقاولة الفرعية باعتباره عقد فرعي فإنه يتبع عقد المقاولة الأصلية في معظم الخصوصيات، والتي تتجلى في كونه عقد رضائي **(أولا)**، عقد ملزم للجانبين **(ثانيا)** كذلك في كونه من عقود معاوضة **(ثالثا)** ومن العقود الواردة على العمل **(رابعا)** بالإضافة على استقلالية المقاول الفرعي عن المقاول الأصلي **(خامسا)**، بالإضافة إلى تمييزه بخاصية أنه عقد تبعي للعقد الأصلي **(سادسا)**.

أولا: عقد المقاولة الفرعية عقد رضائي

تعتبر الرضائية وفقا للقانون المدني الجزائري القاعدة العامة، وذلك وفقا لنص المادة 59 من نفس القانون التي تنص على أنه: " **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية**".

تعد المقاولة، أصلية كانت، أو فرعية، من العقود الرضائية التي يكفي لإنعقادها مجرد

1- **عدنان إبراهيم السرحان**، المرجع السابق، ص 93.

ارتباط الإيجاب بالقبول[1]، ومن ثم يمكن أن يبرم العقد كتابة، أو شفاهة، أو بالإشارة الدالة وفقا للقواعد العامة، فلا يحتاج ذلك إلى شكلية خاصة[2].

بالتالي يعتبر عقد المقاولة الفرعية عقد رضائي، قائم على توافق إرادة كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي[3]، بحيث ينصب التراضي على الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من طرف المقاول الفرعي، والبدل الذي يلتزم به المقاول الأصلي مقابل أتعاب المقاول الفرعي[4].

لكن اعتبار عقد المقاولة عقد رضائي، فإن ذلك لا يمنع من القول بجواز لطرفي عقد المقاولة الفرعية أن يتفقا على إفراغ محتواه في قالب رسمي، وذلك بتحرير وثيقة مثلها هو الحال في عقود المقاولات الكبرى، وتلك المتضمنة لأعمال معقدة، فالعقد لا ينعقد إلا عند مراعاة الشكل المتفق عليه لتحريره[5].

ثانيا: عقد المقاولة الفرعية عقد معاوضة

يعرف المشرع الجزائري عقد المعاوضة بموجب نص المادة 58 من القانون المدني الجزائري على أنه:" **العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما**".

يعتبر عقد المقاولة الفرعية من عقود المعاوضة ذلك لأن طرفي العقد يتلقى مقابلا لما يقدمه، فالمقاول الفرعي يؤدي العمل المطلوب منه، مقابل أجر يحصل عليه من طرف

1- **بن عمار محجوب**، المسؤولية العشرية للمتخلين في نشاط الترقية العقارية بخصوص العناصر التجهيزية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-،الجزائر، 2014، ص 22.

2- بن **عزوز بن صابر**، المرجع السابق، ص 48.

3- **عزت عبد القادر**، عقد المقاولة، دار الألفي، القاهرة، 2001، ص 12.

4- **غازي خالد أبو عرابي**، المرجع السابق، ص 22.

5- **الفضلي جعفر**، الوجيز في العقود المدنية البيع-الإيجار-المقاولة دراسة في ضوء التطور القانوني معززة بالقرارات القضائية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 368.

المقاول الأصلي[1]، فلا يوجد عقد مقاولة دون عوض أو أن يكون تبرعي ويقصد بها الأخير العقد الذي لا يحصل فيه أحد المتعاقدين على مقابل لما أعطاه، ولا يقدم الآخر مقابلا لما يحصل عليه[2].

ثالثا: عقد المقاولة الفرعية عقد ملزم للجانبين.

يعد عقد المقاولة الفرعية ملزم للجانبين، ويقصد بهذا الأخير العقد الذي ينشأ إلتزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، فيعتبر كل متعاقد بموجبه دائنا ومدينا في آن واحد،**يلتزم بموجبه** المقاول الفرعي إنجاز العمل المعهود له، وفقا للمواصفات المتفق عليها وكذا تسليمه في الوقت المحدد والمتفق عليه، وبالمقابل يلتزم المقاول الأصلي بدفع الأجر المستحق للمقاول الفرعي، متى أنجز الأعمال المتفق عليها، ومن هنا يظهر بأن إلتزام المقاول الفرعي بأداء العمل هو سبب إلتزام المقاول الأصلي بدفع الأجر المستحق له[3]

رابعا: عقد المقاولة الفرعية من العقود الواردة على العمل.

إضافة إلى تخصيص المقاولة من ضمن العقود الواردة على العمل، من طرف المشرع الجزائري، فإن الإلتزام الرئيسي في عقد المقاولة أصلية كانت أم فرعية هو أداء عمل مادي، وهو صنع شيء أو أداء عمل مقابل أجر، وهذا الإلتزام لا يرد على العمل في ذاته، مثل ما هو الحال في عقد البيع، إنما يرد على العمل باعتباره نتيجة[4].

1- **مصطفى عبد السيد الجارحي**، المرجع السابق، ص 32.

2- **علي علي سليمان**، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 17.

3- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ــ التصرف القانوني ــ العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2007، ص 60.

4- **بن عمار محجوب**، المرجع السابق، ص 23.

خامسا: استقلالية المقاول الفرعي عن المقاول الأصلي.

تعتبر هذه الخاصية من أهم الخصائص التي تميز هذا العقد، لدرجة أن بعض التشريعات تشترط ذلك صراحة عند تعريف عقد المقاولة الفرعية، فالمقاول الفرعي وهو يقوم بتنفيذ العمل المعهود له، فهو يمارسه بإسمه الخاص وبصفة مستقلة عن المقاول الأصلي، فهو لا يخضع لإشراف ورقابة هذا الأخير[1]، فيقتصر العقد على تحديد النتيجة التي يهدف إليها المقاول الأصلي، ويترك المقاول الفرعي الحرية في إختيار الوسائل والأدوات التي تكفل تحقيقها[2].

إلا أن ذلك لا يمنع المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول الفرعي، أن يمارس نوعا من الرقابة وإعطاء بعض التعليمات، ولفت إنتباهه بشأن المخالفات التي قد يرتكبها أثناء تنفيذه للعمل، وذلك لحسن سير العمل، طالما أن ذلك لا يصل إلى درجة توجيه الأوامر الملزمة للمقاول الفرعي، وتترك له استقلالية في تنفيذ العمل المتفق عليه[3].

سادسا: عقد المقاولة الفرعية عقد تبعي

يعد عقد المقاولة الفرعي المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، بأنه عقد تبعي للعقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي المشترك، وتتجسد هذه التبعية في تشابه المراكز القانونية لأطراف العقدية، فالالتزامات الملقاة على عاتق طرفي العقد الفرعي مشابهة لإلتزامات طرفي العقد الأصلي، كما ان طبيعة هذه الإلتزامات تتحدد تبعا لطبيعة إلتزامات أطراف العقد الأصلي، فإذا كان إلتزام المتعاقد المشترك أي المقاول الأصلي بتحقيق نتيجة كان إلتزام المتعاقد الفرعي إلتزام بتحقيق نتيجة كذلك[4].

1- **عزروق لحسن**، المرجع السابق، ص 74.

2- **محمد لبيب شنب**،شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 17.

3- **غازي خالد أبو عرابي**، المرجع السابق، ص ص 24-25.

4- **برجم صليحة**، المرجع السابق، ص 33.

كما أن هذه التبعية ينتج عنها إمكانية المقاول الفرعي الاستعانة بمقاول آخر لتنفيذ إلتزاماته كلها أو في جزء منها، فليس هناك قانون ما يمنع التعاقد أو الحد من تسلسله، فكلها عقود تندرج ضمن عقد المقاولة[1].

المطلب الثاني

مفهوم المقاول الفرعي

يعد المقاول الفرعي من أبرز الأشخاص الذين يمكن أن يستعين بهم المقاول الأصلي، لتنفيذ إلتزامه العقدي الأصلي، وذلك بموجب عقد مقاولة فرعية يبرم بينهما، بحيث يقوم المقاول الفرعي بتنفيذ جزء أو كل من محل ما إلتزم به المقاول الرئيسي إتجاه صاحب العمل، وهذا يستدعي تعريفه **(أولا)** وكذا تحديد محل إلتزامه **(ثانيا)** وذكر الفرق بينه وبين غيره من الأشخاص الذين يمكن للمقاول الأصلي الاستعانة بهم **(ثالثا)**.

الفرع الأول

تعريف المقاول الفرعي

يعرف المقاول الفرعي، بأنه ذلك الشخص الذي يعهد إليه المقاول الأصلي تنفيذ كل أو جزء من الصفقة التي أبرمها هذا الأخير مع رب العمل، وذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، وهذا العقد يجب أن تتوفر فيه كافة خصائص عقد المقاولة[2].

ويعرف أيضا بأنه المقاول الثاني الذي يقوم بتنفيذ بعض أعمال مقاول الأصلي بالاتفاق معه، وهو الشخص الذي يتعاقد مع المقاول الأصلي بموجب عقد آخر يتمثل في عقد المقاولة الفرعية[3]، ينشأ في ظل العقد المبرم بين المقاول الأصلي ورب العمل.

1- **Jean-Bernard Auby et Hugues Perienet-Marquet**, OP.CIT P

2- **البكري محمد عزمي**، موسوعة شرح القانون المدني الجديد، العقود المدنية الصغيرة، عقد المقاولة، المجلد الثالث، دار النهضة، دار محمود للنشر والتوزيع، د.ب.ن،2003، ص 328.

3- **محمد حسن عبد الرحيم**، العلاقة بين مالك المشروع والمقاول المنفذ للمشروع، دار المجد للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 18.

كما عرّف أيضا بدفتر الشروط لمقاولات أعمال الهندسة المذنية المعروفة بالفيديك (fidic) حسب ما جاء بالبند 1/1 بأنه: "**أي شخص مسمى في العقد مقاولا من الباطن لجزء من الأعمال، أو أي شخص تم التعاقد معه من الباطن عن جزء من الأعمال بموافقة المهندس وخلفه القانوني في هذه الصفقة**"[1].

فالمقاول الفرعي، هو الشخص المتعهد الذي يلزم بكل أو جزء الأعمال التى إلتزم بها المقاول الرئيسي اتجاه صاحب العمل، ويتم اللجوء إليه لعدة أسباب:

- يشترك المقاول الأصلي مع مقاول أو عدة مقاولين فرعيين لتنفيذ عملية البناء والتشييد، عندما تكون الاعمال المعمارية محل التعاقد تحتاج إلى درجة كبيرة من الخبرة والتخصص الفني، والتي لا تتوفر إلا في المقاول الفرعي، أو عندما يكون المشروع المعماري من العمليات الكبيرة وذات التكاليف الباهضة[2].

- حاجة المقاول الأصلي للإمكانيات الكافية لتنفيذ المشروع نظرا لضخامته وتشعبه، فكثيرا ما يعجز المقاول الأصلي، على تنفيذ المشروع نظرا لمحدودية وسائله المادية، وتنفيذ إلتزامه بإتمام المشروع بمفرده في الآجال المتفق عليها، تحت طائلة فرض غرامات مالية في حالة التأخر في تسليم محل التعاقد[3].

- عدم توفر الوقت الكافي لإنجاز محل التعاقد وتسليمه في المدة المحددة في عقد المقاولة الأصلي، فيتم الاستعانة بالمقاول الفرعي لتنفيذه في الآجال المحددة، وبالتقنيات المطلوبة في إطار التعاقد الفرعي[4]

1- نقلا عن **مروش مسعودة**، نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة الجزائر،الجزائر،2014، ص 48.

2-**مروش مسعودة**، المرجع نفسه، ص 53.

3- **مازة حنان**، المرجع السابق، ص 05.

4- **مازة حنان** ، المرجع نفسه، ص 14.

كما قد يكون مبعث اللجوء إلى المقاول الفرعي، هو رغبة المقاول الأصلي بتحقيق ربح مالي، وذلك بتكلفة أقل مما هو متفق عليه مع صاحب العمل[1].

الفرع الثاني

كيفية اختيار المقاول الفرعي

تتمثل الصورة الغالبة عند تعيين المقاول الفرعي أن يتم إختياره من طرف المقاول الأصلي **(أولا)**، لكن هذا لا يمنع من أن يكون تدخل المقاول الفرعي في إنجاز محل المقاولة بناءا على رغبة رب العمل **(ثانيا)**.

أولا: إختيار المقاول الفرعي من طرف المقاول الأصلي

تجدر الإشارة إلى أنه في سبيل تنفيذ المشروع يمكن لرب العمل أن يبرم عدة عقود مع عدة مقاولين لإنجاز مشروعه[2]، وذلك مثلا بأن يعهد بوضع الأساس، وأعمال البناء الأخرى من أرضيات وحيطان إلى مقاول، والدهن والطلاء على آخر، وأعمال النجارة إلى مقاول آخر، هذا الأمر يكلفه الكثير من الوقت والجهد كما يجد نفسه في مواجهة عدة مسؤوليات مختلفة.

لذا له أن يتعاقد مع مقاول واحد أصلي، يكون مسؤولا أمامه مسؤولية كاملة عن توجيه وتنفيذ المشروع مع منح هذا الأخير الحق في اللجوء إلى التعاقد الفرعي، فيستعين المقاول الأصلي بمقاول فرعي أو عدة مقاولين فرعيين، للقيام بمختلف الأعمال التي تتطلب مهارات وخبرات خاصة[3].

1- **غازي خالد أبو عرابي**، المرجع السابق، ص 03.

2- **إبراهيم يوسف**، "**المسؤولية العشرية للمهندس المعماري ومقاول البناء**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الجزء 33 ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995، ص 687.

3- **برجم صليحة**، المرجع السابق، ص 41.

حتى يتسنى للمقاول الأصلي حسن إختيار المقاول فرعي، يقوم باتخاذ جملة من الإجراءات الاحترازية، حتى لا يتم اختياره بصفة عشوائية، فيكون إختياره بناءا على ما يتمتع به من خبرة فنية ومهنية وإمكانيات مادية، وبالخصوص أن تتوفر فيه خاصية التخصص والتأهيل[1].

تجسيدا لذلك يقوم المقاول الأصلي باشتراط تقديم المقاول الفرعي بعض الوثائق اللازمة لإثبات تلك الخبرة والتخصص، والتأكد من سمعته في سوق المقاولات.

فيلتزم المقاول الفرعي بتقديم هذه الوثائق من بينها، نسخة من السجل التجاري أو نسخة من بطاقة الحرفي، وكذا مستخرج يوضح ويبين وضعيته إتجاه مصلحة الضرائب والضمان الإجتماعي، وكذا قائمة تشتمل مختلف المعدات المتوفرة لديه، بالإضافة إلى بيان مفصل عن مجمل الأعمال والمشاريع التي قام بتنفيذها[2].

تتجسد غاية تقديم هذه الوثائق في معرفة المقاول الأصلي، لمدى مطابقتها من الناحية الفنية والمهنية مع أعمال المشروع المراد إنجازه، وكذا تفاديا لأي تضارب في وجهات النظر، ومنعا لأي خلاف يمكن حدوثه مستقبلا من شأنه أن يتسبب في توقف العمل أو التأخر في إنجازه، مما يلحق ضررا بجميع الأطراف المتعاقدة[3].

ثانيا: إختيار المقاول الفرعي من طرف رب العمل (المقاول الفرعي المسمى).

يعرف المقاول الفرعي المسمى، بأنه ذلك الشخص أو المؤسسة التي يستعين بها صاحب العمل لتنفيذ عمل أو تجهيز مواد أو خدمات، تدفع تكاليفها من المبالغ الإحتياطية للمقاولة، ويعتبر مقاولا ثانويا يعمل بإشراف المقاول[4].

1- **عزت عبد القادر**، المرجع السابق، ص 53.

2- **برجم صليحة**، المرجع السابق، ص 47.

3- **طلبة أنور**، العقود الصغيرة الشركة –المقاولة– الإلتزام بالمرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن، 2004، ص 287.

4- **المهندس عمار الشاهين**، المقاول الثانوي دوره وأهميته في تنفيذ المشاريع، 26 نوفمبر 2013، https://ammaralshaheen.wordpress.com

يظهر جليا أن المقاول الفرعي المسمى، بأنه ذلك الشخص الذي يتم تعيينه واختياره من طرف رب العمل، ويتم ذلك من خلال إدراج بند في العقد الأصلي، والذي بموجبه يحدد مقاولا فرعيا معينا يلجأ إليه المقاول الأصلي في حالة حاجته للدعم، أثناء تنفيذ وإنجاز المشروع، ليقوم بتنفيذ جزء معين من موضوع عقد المقاولة، ويكمن الهدف من هذه الطريقة تفادي الخلافات والنزاعات، التي قد تثور بين رب العمل والمقاول الأصلي، بشأن إدخال المقاول الفرعي في العقد.

الفرع الثالث

محل إلتزام المقاول الفرعي

تفترض المقاولة الفرعية وجود عقدين متتابعين، فيكون العقد الثاني المبرم بين المقاول الأصلي مع المقاول الفرعي، مرتبط بالعقد المبرم بين المقاول الأصلي ورب العمل وجودا وعدما، ويترتب على ذلك ذاتية المحل ووحدته، على أساس ذلك يحدد محل إلتزام المقاول الفرعي **(أولا)** مع ذكر الشروط الواجب توفرها فيه **(ثانيا)**.

أولا: تحديد محل إلتزام المقاول الفرعي

يتمثل محل إلتزام المقاول الفرعي في عقد المقاولة الفرعية في أداء عمل أو صنع شيء، لكن لا يجوز أن يكون إلتزامه يتمثل في إعطاء شيء، كما لا يجوز للمقاول الفرعي أن يتعهد فقط بتقديم مادة العمل، بل يجب أن يكون هذا الأخير إلتزام ثانوي للإلتزام الرئيسي المتمثل في أداء عمل أو صنع شيء[1].

فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأنه لا يكفي أن يبرم المقاول الأصلي عقد مع المقاول آخر، لنقول أن هناك عقد مقاولة فرعية، بل يجب أن يكون هناك اشتراك

1- **برجم صليحة**، المرجع السابق، ص 58.

وتدخل مباشر من طرف المقاول الفرعي في تنفيذ كل أو جزء من الالتزام، الذي عهد به المقاول الأصلي[1].

بالإضافة إلى ذلك لا يجوز أن يكون إلتزام المقاول الفرعي في التعهد على المحافظة على شيء معين، لأن هذا هو موضوع عقد الوديعة[2].

يجمع أغلبية الفقه على جواز أن ترد المقاولة الفرعية على الأعمال المادية والفكرية على حد سواء، لأن التفرقة بين هذين النوعين من الأعمال فكرة ليست معقولة بسبب عدم وجود عمل لا يكون للعقل دور فيه[3].

يضاف ذلك أن محل التزام المقاولة الفرعية يكون باطلا، متى كان محل عقد المقاولة الأصلية باطلا، ولكن العكس غير صحيح في كل حالات، فلا يصح محل المقاولة الفرعية يصح المقاولة الأصلية بالضرورة، لأن المقاول الأصلي قد يتعاقد مع مقاول فرعي لتنفيذ عمل منع صاحب العمل من تنفيذه من الباطن، أو تعد من الأعمال الملزم تنفيذها شخصيا من المقاول، بالنظر إلى مهارته التي لا يملكها مقاول آخر في نظر صاحب العمل[4].

ثانيا: شروط محل إلتزام المقاول الفرعي.

يشترط في العمل الذي يكون محلا لإلتزام المقاول الفرعي، الشروط المقررة في القواعد العامة، وهي أن يكون ممكنا وليس مستحيلا، وأن يكون معينا، أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا.

1- **خولة كاظم محمد المعموري**، "**المسؤولية المقاول والمقاول الفرعي**"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العدد 01،المجلد24 ،كلية تكنولوجيا المعلومات، جامعة بابل، د.ب.ن، 2012، ص 64.

2- تعرف المادة 590 من ق.م.ج عقد الوديعة بأنه :" **عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا**"

3- **محمد عبد الرحيم عنبر المحامي**، عقد المقاولة دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، د.د.ن، القاهرة، 1977، ص 31.

4- **مازة حنان**، المرجع السابق، ص 72.

1- أن يكون محل الالتزام ممكنا:

يشترط في العمل باعتباره محل التزام المقاول الفرعي، أن يكون ممكنا لأنه لا إلتزام بمستحيل، فإذا كان مستحيلا في ذاته وقت العقد كان عقد المقاولة الفرعية باطلا وفقا لنص المادة 93 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " **إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا**".

يقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة، وهي أن يكون العمل مستحيلا في ذاته، بحيث يستحيل على أي شخص القيام به ليس فقط على المقاول[1]، أما الاستحالة النسبية تعني أن يكون العمل مستحيل بالنسبة لبعض الأشخاص فقط، وذلك بسبب نقص الإمكانيات والكفاءات ونقصهم للخبرة [2]، لكن لا يستحيل على شخص من أصحاب الفن والاختصاص، وهذا لا يمنع من إنعقاد العقد[3].

2- أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين:

يجب أن يكون محل إلتزام المقاول الفرعي معينا أو قابلا للتعيين، وذلك عملا لما ورد في مضمون المادة 94 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " **إذا لم يكن محل الإلتزام معين بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان باطلا...**".

ويكون العمل معينا إذا ذكرت طبيعته وأوصافه بكل دقة دون لبس أو غموض[4]، فإذ تم التعاقد على تشييد بناء كان تعيينه عادة بوضع التصميم المناسب له وإعداد المقايسة، والتي يسبق بها المهندس المعماري إنطلاقا من مشروع إبتدائي، وصولا إلى رسومات نهائية

1- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل...، المرجع السابق، ص 56.

2- **عدنان إبراهيم السرحان**، المرجع السابق، ص 27.

3- **إبراهيم شاشو**، "**عقد المقاولة في الفقه الإسلامي**"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 02، المجلد 26، كلية الشريعة، جامعة دمشق، د.ب.ن، 2010، ص 755.

4- **بجاوي المدني**، التفرقة بين عقد البيع وعقد المقاولة، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 104.

وتفصيلية، ويقترن بتلك التصميمات دفتر الشروط لبيان الأعمال المطلوبة وكيفية وشروط تنفيذها، وكذا بيان نوع المواد ومقدارها المعبر عنها بالمقايسات الوصفية[1].

ويكون العمل قابلا للتعيين متى تضمن العقد ما يساعد على تعيينه، كما لو اتفق طرفان على بناء مستشفى تحتوي على كذا سرير، وكذا غرف مع المرافق اللازمة[2].

3- أن يكون العمل مشروعا:

يجب أن يكون العمل مشروعا ومما أباحه الشارع، فإذا تبين أن سبب التزام غير مشروع كانت المقاولة باطلة، وهو الحكم المعتمد من طرف المشرع الجزائري عملا بأحكام المادة 97 من ق.م.ج والتي وضعت قاعدة إلزامية لمشروعية محل العقود بوجه عام بحيث تنص على أنه: " **إذا إلتزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا**"، ويتضح من هذا النص بأنه يلزم توفر شرط المشروعية في محل الإلتزام، بمعنى أن يكون مباحا قانونا، فإذا كان المحل غير مشروع لا يقوم الالتزام ويبطل العقد لإنتفاء محله[3].

الفرع الرابع

الفرق بين المقاول الفرعي وبين مستخدمي المقاول الأصلي

يترتب على شروع المقاول الأصلي في إنجاز العمل المكلف به أن تبدأ حاجاته لأشخاص آخرين لمساعدته في إتمام المشروع في المدة المحددة ووفق الشروط والمواصفات المتفق عليها، هذا ما يضطره للبحث عن أشخاص آخرين ذات مؤهلات متخصصة،

1- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل ...، المرجع السابق، ص 56.

2- **زيداني توفيق**، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010، ص 32.

3- **عزروق لحسن**، المرجع السابق، ص 55.

فبالإضافة إلى المقاول الفرعي، يمكن له أن يتعاقد مع العامل **(أولا)** أو الوكيل **(ثانيا)** أو أن يتنازل عن المقاولة إلى شخص آخر **(ثالثا)** لتنفيذ محل المقاولة الأصلية فكيف يتم التفريق بين هؤولاء الآخرين عن المقاول الفرعي؟

أولا: الفرق بين المقاول الفرعي والعامل

حقيقة الأمر أن المقاول الأصلي في سبيل تنفيذ إلتزاماته الناجمة عن عقد المقاولة، يملك عدة خيارات فقد يؤدي العمل المعهود له عن طريق عمال، تابعين له ذلك بموجب عقود عمل، أو عن طريق التعاقد الفرعي مع مقاول أو عدة مقاولين فرعيين، بواسطة عقد مقاولة فرعية، أو الجمع بين الطريقتين فيتم تنفيذ جزء من محل المشروع بواسطة العمال التابعين له بموجب عقود العمل، ويعهد لمقاول أو عدة مقاولين تنفيذ الجزء المتبقي من العمل في إطار التعاقد الفرعي.

قبل التطرق إلى عرض الفرق الجوهري الموجود بين المقاول الفرعي والعامل سنبين أولا التعريف الفقهي المقدم للعامل، بحيث تم تعريفه بأنه: "**كل شخص طبيعي يؤدي عملا عقليا أو يدويا لحساب شخص آخر طبيعي أو اعتباري تتوفر فيه صفة صاحب العمل ويتم هذا الأداء تحت إشراف وإدارة هذا الأخير مقابل أجر يحصل عليه**"[1].

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف العامل الأجير بموجب المادة 02 من قانون رقم 90-11 [2] على انه: " **يعتبر عمالا أجراء في مفهوم هذا القانون كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا، وفكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص، يدعى المستخدم**".

1- **علي عوض حسن**، الوجيز في شرح قانون العمل، الطبعة 2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص ص 43-47

2- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر ج ج، عدد 17، الصادر في 25 أفريل 1990.

يظهر جليا أن هناك اتفاق في الالتزام الرئيسي لكل من المقاول الفرعي والعامل، والذي يتمثل في أداء عمل معين لصالح شخص آخر مقابل أجر.

يشكل وجود أو عدم وجود رابطة التبعية عنصرا جوهريا للتفريق بين المقاول الفرعي والعامل، بحيث نجد أن العامل الذي يتعاقد مع المقاول الأصلي بموجب عقد عمل، والذي يعتبر رب عمل بالنسبة للعامل، فإنه يؤدي إلتزاماته في ظل تبعية قانونية والتي تم تعريفها في هذا المجال بأنها: " حالة قانونية يكون فيها أحد أطراف رابطة العمل وهو العامل في مركز قانوني معين، ينشئ على عاتقه إلتزاما بإطاعة الطرف الآخر وهو صاحب العمل، فيما يتعلق بتنفيذ محل المشروع، بحيث يقابل هذا الالتزام حق الأخير في توجيه العامل والإشراف عليه وما يترتب على ذلك من سلطة إنزال العقاب التأديبي وذلك في حالة مخالفة تنفيذ الأوامر أو أخل بتنفيذها"[1].

بالتالي فالعامل أثناء إنجازه للعمل المعهود له، فإنه يقوم بذلك تحت إشراف وإدارة رب العمل (المقاول الأصلي)، سواء كان يؤجر بمقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج[2]، فلا يعمل مستقلا عنه، بل يتلقى تعليمات منه، وعليه بتنفيذها وذلك في حدود العقد المبرم بينهما[3]، ومن ثم يكون العامل تابعا لرب العمل، ويكون هذا الأخير مسؤولا مسؤولية المتبوع عن التابع[4]، مما يجعل رب العمل (المقاول الأصلي) مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه العامل بفعله غير المشروع .

أما بالنسبة للمقاول الفرعي عند تنفيذه لإلتزاماته المترتبة عن عقد المقاولة الفرعية المبرم بينه وبين المقاول الأصلي، فإنه لا يخضع لإدارة وإشراف هذا الأخير، فهو الذي

1- **علي عوض حسن**، المرجع السابق، ص 278.

2- **زيداني توفيق**، المرجع السابق، ص 13.

3- **المير سميرة**، المسؤولية المدنية المعمارية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياس، سيدي بلعباس، 2016، ص 20.

4- **مصطفى عبد السيد الجارحي**، المرجع السابق، ص 11.

يختار وسائل التنفيذ، وهو الذي يحدد كيفية هذا التنفيذ، ووقته، وذلك بصفة مستقلة طبقا لشروط العقد المبرم بينهما، مادام عمله مطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد[1]، ومن ثم لا يكون المقاول الأصلي مسؤولا عن المقاول الفرعي مسؤولة المتبوع عن تابعه.

ثانيا: الفرق بين المقاول الفرعي والوكيل

يتفق محل إلتزام كل من المقاول الفرعي والوكيل في القيام بعمل معين لحساب شخص آخر، لكن طبيعة العمل تختلف، فبالنسبة للمقاول الفرعي فإن عمله يتمثل في القيام بأعمال مادية كإنجاز البنايات والهدم والتهيئة وغيرها من أشغال البناء[2]، أما بالنسبة للوكيل الذي يعرف بأنه ذلك الشخص الذي يسعى في تنفيذ عمل غيره وينوب عنه فيه، فيتعلق عمله في القيام بتصرفات قانونية يجريها لحساب موكله[3]،حيث تنصرف أثر هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل و لا شيء منها تنصرف إلى الوكيل ، ويكون الوكيل في هذه الحالة تابعا، ويكمن الموكل مسؤولا عنه مسؤولية المتبوع عن التابع[4].

غير أن الفقه حديثا ذهب إلى القول بإمكانية قيام الوكيل بأعمال مادية تابعة للأعمال القانونية، كالتعاقد مع المحامي، فيقع خليط من العمال المادية والتصرفات القانونية، فبالنسبة للأولى يعتبر مقاولا عند القيام بالاستشارة والمرافعة وتحرير المذكرات والعقود والمستندات، أما الثانية فيعتبر وكيلا عند القيام بإبرام الاتفاقيات نيابة عن عميله[5]، ورفع الدعوى بإسمه وتقديم الطلبات والدفوع والطعن وغيرها، فإنه يعتبر بالنسبة لهذه التصرفات القانونية وكيلا

1- **زيداني توفيق**، المرجع السابق، ص 14.

2- **العمروسي أنور**، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل.....، المرجع السابق، ص 316.

3- **بوعبد الله رمضان**، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 05.

4- مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، دون سنة مناقشة، ص23.

5- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني،العقود الواردة على العمل....، المرجع السابق، ص ص14-15.

عن عميله وتسري عليه أحكام الوكالة[1] أعمال المقاول الفرعي تكون أعمال مادية يقوم بها بصفة مستقلة عن المقاول الأصلي، فيقوم بها بإسمه الخاص وبالتالي فإن التصرفات التي يقوم بها تضاف إليه شخصيا، ولا تتصرف للمقاول الأصلي دون أن تكون هناك أية نيابة[2] فهو لا يمثل المقاول الأصلي ولا ينوب عنه، إذ أن القاعدة أن المقاول سواء كان أصليا أو فرعيا، ليس له صفة تمثيل رب العمل ما لم يجر الاتفاق أو العرف بغير ذلك[3].

ثالثا: الفرق بين المقاول الفرعي و المتعاقد المتنازل له

يعرف التنازل بأنه إتفاق بموجبه يتنازل المتنازل إلى المتنازل له عن مركزه التعاقدي، بكل ما يترتب على ذلك من حقوق والتزامات وكافة الآثار القانونية[4].

تتحقق عملية التنازل عن العقد من خلال وجود عقدين متتاليين، أولها العقد الذي يبرم من أجل إنشاء إلتزام بعمل وإعطاء شيء، والثاني يتمثل في عقد التنازل الذي يقوم به أحد أطراف العقد الأول، مع متعاقد ثالث يسمى المتنازل له يحل محل المتعاقد المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من إلتزامات ناتجة عن الرابطة العقدية الأولى[5].

يتضح من خلال هذا أن التنازل عن العقد يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية المباشرة بين المتعاقد المتنازل (المقاول الأصلي) مع رب العمل، وإنشاء علاقة مباشرة بين كل من المتنازل لديه (رب العمل) والمتنازل له.

كما تنتقل كافة إلتزامات وحقوق المقاول الأصلي المتنازل عن عقد المقاولة إلى المتنازل له، وبذلك يصبح هذا الأخير دائنا بجميع الحقوق، ومدينا بجميع إلتزامات المتعاقدة

1- طلبة أنور، الوسيط في لقانون المدني الايجار-العارية-المقاولة-التزام المرافق العامة – الوكالة-الوديعة-الحراسة-المقامرة والرهان لمدى الحياة-التأمين-الكفالة ، الجزء4، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة،2001، ص 829.

2- **قرة فتيحة**، عقد المقاولة في ضوء الفقه و القضاء،الطبعة3،منشأة المعارف،الاسكندرية،2004،ص ص41-42.

3- **المير سميرة**، المسؤولية المدنية المعمارية ....، المرجع السابق، ص21.

2- **المير سميرة**، المسؤولية المدنية المعمارية ....،المرجع نفسه، ص21.

5- **عزروق لحسن**، المرجع السابق، ص 76.

المتنازل، وينتج عن ذلك أن لا يعد المقاول المتنازل مسؤولا ولا ضامنا عن المقاول المتنازل له إتجاه صاحب العمل، وذلك راجع لإنقطاع العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه، وبذلك يصبح من الغير ولا يسأل عما ورد في العقد من إلتزامات[1].

بينما المقاول الفرعي تظل علاقته مع رب العمل علاقة غير مباشرة يتوسطها المقاول الأصلي، كما أن عقد المقاولة الفرعية لا يؤدي إلى إنهاء العلاقة العقدية القائمة بين رب العمل والمقاول الأصلي، وبالتالي فإن هذا الأخير يبقى مسؤولا عن أعمال المقاول الفرعي اتجاه رب العمل، وذلك بسبب عدم انقطاع العلاقة بين هاذين الأخيرين[2].

كما أن المقاول الفرعي له حقوق والتزامات خاصة به، ناتجة عن عقد المقاولة الفرعية، فلا تنتقل إليه التزامات وحقوق المقاول الأصلي[3].

المبحث الثاني

العلاقات الناشئة عن عقد المقاولة الفرعية

يترتب على عقد المقاولة الفرعية قيام علاقات ثلاثية، تبدأ أساسا في علاقة كل من المقاول الفرعي بالمقاول الأصلي، والتي ينظمها عقد المقاولة الفرعية المبرم بينهما، وتكون علاقتهما علاقة رب العمل بمقاول **(المطلب الأول)** أما العلاقة الثانية فهي العلاقة القائمة بين المقاول الفرعي ورب العمل وكثير ما يقال عنها أنها علاقة غير مباشرة باعتبار أنهما أجنبيان عن بعض، وذلك لإنعدام العلاقة التعاقدية بينهما **(المطلب الثاني)**، أما العلاقة

1- **Laurent AYNES**, la cession de contrat et les opération juridique à trois personnes, édition économica, 1984, p 106.

2- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل...، المرجع السابق، ص 208.

3- **Laurent AYNES**, op.cit, p 106.

الثالثة والأخيرة فهي علاقة رب العمل والمقاول الأصلي وهي خارج مجال دراستنا لأنها متعلقة بعقد المقاولة الأصلي.

المطلب الأول

علاقة المقاول الفرعي بالمقاول الأصلي

تكون العلاقة ما بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي علاقة رب العمل بمقاول، ينظمها عقد المقاولة الفرعية المبرم بينهما، أي يكون المقاول الأصلي بالنسبة إلى المقاول الفرعي رب عمل، وعليه جميع إلتزامات الملقاة على عاتق رب العمل **(الفرع الأول)**، وبالمقابل يكون المقاول الفرعي بالنسبة إلى المقاول الأصلي مقاولا، وعليه جميع إلتزامات المقاول عدا إلتزام بالضمان الخاص في المباني والمنشآت **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

إلتزامات المقاول الأصلي إتجاه المقاول الفرعي

تكون العلاقة القائمة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، علاقة رب عمل بمقاول، فإن المقاول الأصلي، يلتزم بجميع إلتزامات رب العمل، المتمثلة في تمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل **(أولا)**، وتسلم العمل بعد إنجازه **(ثانيا)**، بالإضافة إلى دفع الأجرة مقابل العمل المنجز **(ثالثا)**.

أولا: تمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل

يلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل، فإذا كان المقاول الفرعي بحاجة إلى أدوات ومواد يستلزمها محل المقاولة الفرعية، فيجب على المقاول الأصلي في هذه الحالة تقديمها له، وأن يقدم له المواصفات والرسوم إذا كان العمل

يتطلبها[1]، وعلى المقاول الأصلي، أيضا أن يقوم بتنسيق الأعمال ما بين كل من عماله والمقاول الفرعي، أو ما بين المقاولين الفرعيين في حالة تعددهم[2].

يترتب عل إخلال المقاول الأصلي بالتزامه بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل، أن لهذا الأخير خيارين، أوله أن يبقى العقد، على أن يتم التنفيذ العيني للإلتزام، وذلك على أن يحضر مثلا على نفقة المقاول الأصلي المواد والآلات اللازمة بترخيص من القضاء، ولو عن طريق التهديد المالي أو الغرامة التهديدية، وله أن يطلب فسخ عقد المقاولة الفرعية، مع التعويض في الحالتين عن الضرر الذي أصابه جراء عدم قيام المقاول الأصلي بتنفيذ الإلتزام الملقى على عاتقه بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل، أو من جراء التأخر في القيام به[3].

ثانيا: تسلم المقاول الأصلي للعمل بعد إنجازه

تنص المادة 558 من القانون المدني الجزائري[4] على أنه:" **عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا إمتنع دون سبب مشروع من التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي إعتبر أن العمل قد سلم إليه ويتحمل كل ما يترتب عن ذلك من آثار**".

نلاحظ من استقراء المادة أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا للتسلم، وإكتفى بالإلزام به، على أساس ذلك فإن المقاول الأصلي يلتزم بتسلم العمل المنجز من طرف المقاول

1- **طلبة أنور**، الوسيط في القانون المدني ....، المرجع السابق، ص 829.

2- **الشواربي عبد الحميد**، التعليق الموضوعي على القانون المدني، العقود المسماة(المقاولة- الوكالة- الوديعة- الحراسة- عقود الغرر، المقامرة والرهان المرتب لمدى الحياة، التأمين- الكفالة)، الجزء السابع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 185.

3- **عكو فاطمة الزهراء**، إلتزامات العمل في عقد مقاولة البناء مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،الجزائر، 2005، ص 151.

4- المعدلة والمتممة بموجب المادة 50 من القانون رقم 05-10 السالف الذكر.

الفرعي، بحيث يتوجب عليه المبادرة إلى معاينته في أقرب وقت مستطاع تبعا للمألوف في التعامل، وأن يتسلمه في مدة وجيزة، وإذا إمتنع عن ذلك بدون سبب مشروع بعد إعذاره عن تسلم العمل، اعتبر أنه قد تسلمه[1]. وفي حالة ما اذا أتلف الشيء أو لحق به عيب وهو في يد المقاول الفرعي دون أن يكون لهذا الأخير أي دخل في ذلك، تحمل المقاول الأصلي تبعة هلاك الشيء أو تعيبه[2].

إخلال المقاول الأصلي بهذا الإلتزام كأن يرفض تسلم العمل في الميعاد القانوني جاز للمقاول الفرعي، وفقا للقواعد العامة أن يطالبه بالتنفيذ العيني عن طريق استصدار حكم قضائي، يجبر للمقاول الأصلي بتسلم الأعمال المنجزة تحت غرامة تهديدية، فإذا أصر المقاول الأصلي على إمتناعه عن تسلم العمل جاز للمقاول الفرعي إتخاذ إجراءات العرض الحقيقي أو المطالبة بفسخ العقد مع التعويض[3].

ثالثا: دفع الأجر (البدل).

يعد الأجر عنصر جوهري سواءا في عقد المقاولة الأصلية أو الفرعية، وقد نصت المادة 559 من القانون المدني الجزائري على أنه: "**تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا إقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك**".

يتمثل الأجر في علاقات العمل عموما في القيمة المالية التي يلتزم المستخدم بدفعها للعامل مقابل الجهد أو العمل الذي يقدمه[4].

1- **الشواربي عبد الحميد**، المرجع السابق، ص 174.

2- **برجم صليحة**، المرجع السابق، ص 91.

3-**السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في الشرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل...، المرجع السابق، ص 214.

4- **بجاوي المدني**، المرجع السابق، ص 115.

فيلتزم المقاول الأصلي بدفع الأجر لصالح المقاول الفرعي بالقيمة المتفق عليها وإذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر، وجب الرجوع في تحديد مقداره إلى قيمة العمل الذي تكفل المقاول الفرعي بإنجازه، بالإضافة إلى النفقات التي صرفها من إنجازه[1].

بالرجوع إلى نص المادة المذكورة، نجد أنه يجب على المقاول الأصلي أن يدفع اجر العمل المنجز للمقاول الفرعي كمبدأ عام وقت تسلمه إياه، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

أما بالنسبة لمكان دفع الأجر فإنه وفقا للقواعد العامة نجد المادة 282 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه:" **إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليم في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة**".

يستخلص من نص المادة أنه عندما يكون الأجر الذي تم الاتفاق عليه باذن كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي شيئا معينا بالذات، فإن المقاول الأصلي يتوجب عليه أن يدفع ذلك الأجر في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، أما عندما يكون الأجر المتفق عليه شيئا معينا بالنوع (النقود)، فإن الدفع يكون في موطن المقاول الأصلي المدين بالأجر، أو في المكان الذي يتواجد فيه مركز أعماله[2].

غير أن هذا ليس من النظام العام، إذ يجوز لكل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي الاتفاق على مكان آخر لدفع الأجر، بالتالي يجوز الاتفاق على أن يكون الدفع في

1- **الشواربي عبد الحميد**، المرجع السابق، ص 175.

2- **عكو فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، ص 25.

موطن المقاول الفرعي، أو مركز أعماله وفي مكان آخر كمكان تسليم العمل للمقاول الأصلي[1].

الفرع الثاني

إلتزامات المقاول الفرعي إتجاه المقاول الأصلي

يأخذ المقاول الفرعي مركز المقاول في علاقة مع المقاول الأصلي، الذي يعتبر بالنسبة له رب العمل، فإنه يلتزم بمعظم إلتزامات المقاول الأصلي كالالتزام بإنجاز العمل **(أولا)**، الالتزام بتسليمه **(ثانيا)**، بالإضافة إلى الالتزام بالضمان **(ثالثا)**

أولا: الالتزام بإنجاز العمل.

يقوم المقاول الفرعي بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل، وذلك بأن ينجزه بالطريقة المتفق عليها، وأن يبذل في إنجاز العناية اللازمة، أخيرا عليه أن ينجزه في المدة المتفق عليها.

1- طريقة إنجاز العمل:

يجب على المقاول الفرعي أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها، وطبقا لبنود عقد المقاولة الفرعية، بحيث يلتزم ابان تنفيذه الأشغال المتعلقة بالعمل الوارد عليه عقد المقاولة الفرعية أن يتقيد جزئيا بالشروط المدرجة فيه، وفي حالة عدم إدراج هذه الشروط وجب إتباع العرف الخاص بأصول الصناعة[2]، بحيث لكل عمل تقاليد وأصول، ومخالفتها خطأ يرتب مسؤولية، ويرى الأستاذ السنهوري أنه:" **في هذه الحالة وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن (الفرعي)**"[3].

1- **عدنان إبراهيم السرحان**، المرجع السابق، ص 79.

2- **طلبة أنور**، الوسيط في شرح القانون المدني....، المرجع السابق، ص 829.

3- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في الشرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل...، المرجع السابق، ص 217.

وإذا تبين للمقاول الأصلي أن المقاول الفرعي يؤدي العمل المعهود إليه بطريقة معيبة أو منافية للشروط المتفق عليها، حق له بوصفه رب عمل حسب نص المادة 553 من القانون المدني الجزائري أن ينبهه للمخالفات المرتكبة، وينذره إذا ما رأى أن إمكانية إصلاح العيوب ممكنة، وذلك بوجوب تصحيح طريقة التنفيذ خلال أجل محدد، بحيث نصت المادة على أنه: "**إذا تبين أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد، وإما أن يعهد إلى المقاول آخر انجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقا لأحكام المادة 180**".

كما تنص المادة 2/552 من القانون المدني الجزائري على أنه: "**وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية ويكون ذلك على نفقته، ما لم يقضي الإتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك**".

وبمفهوم المادة أنه إذا إحتاج المقاول الفرعي في انجازه عمله محل الفرعية إلى المادة وذلك طبقا للشروط المتفق عليها، وجب عليه تقديمها، وذلك في حالة ما إذا لم يتعهد المقاول الأصلي بتقديمها، وعلى المقاول الفرعي في حالة تقديمه للمادة أن يكون مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها للمقاول الأصلي وذلك بمفهوم نص المادة 551 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " **إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أ بعضها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل**" وعليه متى التزم المقاول الفرعي بتقديم المادة يتعين عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها، وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات متفق عليها، وجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار الغرض الذي أعدت له هذه المادة، كما يجب عليه تقديم مادة من صنف متوسط وذلك في حالة عدم الاتفاق على

جودتها، ولم يتسنى استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر[1] تبعا لنص المادة 2/94 من القانون المدني الجزائري[2].

وتضيف المادة 1/552 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " **إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها ويرعى أصول الفن في استخدامه لها، وأن يؤدي حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل**".

بمفهوم المادة إذا قدم المقاول الأصلي تلك المادة، على المقاول الفرعي أن يتولى المحافظة عليها وذلك ببذل عناية الرجل المعتاد، وإذا أصبح شيء منها غير صالح للإستعمال، كان مسؤولا عن هلاكها أو إتلافها والتزم في هذه الحالة برد قيمة الشيء[3].

2- العناية اللازمة في إنجاز العمل:

الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقاولة الفرعية، اما أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو أن يكون التزاما ببذل عناية.

إذا كان الالتزام هو تحقيق غاية أو نتيجة كإقامة بناء أو تعديله فلا تبرء ذمة المقاول إلا إذا تحققت الغاية وأنجز العمل المطلوب، وإذا لم تتحقق هذه النتيجة إعتبر المقاول مخطئا، ولا يستطيع نفي الخطأ بالقول أنه قام ببذل العناية اللازمة، بل له فقط إثبات السبب الأجنبي لدفع مسؤوليته[4]على أن إنتفاء مسؤولية المقاول، أو المقاول الفرعي، في هذه الحالة

1- **الشواربي عبد الحميد**، المرجع السابق، ص 187.

2- تنص المادة 2/94 من ق.م.ج، على أنه: " **ويكفي أن يكون المحل معين بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقدار. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولا يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، إلتزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط.**"

3- **طلبة أنور**، الوسيط في القانون المدني...، المرجع السابق، ص 830.

4- **مدوري زايدي**، المرجع السابق، ص 79.

يرجع إلى نفي علاقة السببية لا لنفي الخطأ، وإذا أنجز المقاول الفرعي العمل المعهود له من طرف المقاول الأصلي، وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها في عقد المقاولة الفرعية أو طبقا لأصول الفن برئت ذمته، [1]. أما إذا كان التزام المقاول الفرعي إنجاز العمل إلتزاما يبذل عناية كما لو عهد له بترميم بعض الأبنية الثرية، ففي هذه الحالة لا يلتزم بتحقيق نتيجة، إنما يتوجب عليه بذل العناية اللازمة لإتمام العمل، وجعله مشابها قدر المستطاع لما كان عليه في السابق، والعناية المطلوبة منه هي عناية الشخص العادي، ويعتبر قد وفى بالتزامه عند بذل هذه العناية ولو لم يتحقق الغرض المقصود[2]، ونجد هذا المعنى مجسد في المادة 172 من القانون المدني الجزائري التي على أنه: "**في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، وأن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو التفاق على خلاف ذلك.**

وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه، أو خطئه الجسيم"

3- عدم التأخير في التنفيذ:

يجب على المقاول الفرعي انجازه العمل المعهود له في مدة المتفق عليها، إذا لم يكن هناك اتفاق على المدة، وجب أن ينجزه في مدة معقولة يراعي تحديدها طبيعة العمل وما جرت به العادة، وإلا جاز للمقاول الأصلي طلب التنفيذ العيني، والفسخ مع التعويض في الحالتين[3].

1- **شيخ نسيمة**، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر،2016، ص 23.

2- **برجم صليحة**، المرجع السابق، ص 77.

3- **طلبة أنور**، الوسيط في القانون المدني...، المرجع السابق، ص 830.

ثانيا: إلتزام المقاول الفرعي بتسليم العمل المنجز

يصنع المقاول الفرعي الشيء أو ينجز العمل المطلوب منه، بعد ذلك يقوم بتسليمه للمقاول الأصلي، ولا يكفي على المقاول الفرعي تسليم العمل المنجز فقط بل عليه تسليم كل المواد المتبقية من البناء، إذا كانت غير مقدمة من جانبه وكذا التصاميم والرسومات وكل ما يتعلق بالبناء من أدوات وممتلكات[1].

أما بالنسبة للزمان ومكان التسليم فإن القاعدة في زمان تسليم العمل أن يكون في الزمان المتفق عليه في العقد وإذا تقدره ذلك، فإنه يسلم وفقا لما يقضيه به العرف وطبيعة الحرفة، وعلى كل حال يكون التسليم بمجرد انجاز العمل ما يتم الاتفاق على ميعاد آخر[2].

وبخصوص مكان التسليم فإنه يكون طبقا للقواعد العامة في المكان الذي تم الاتفاق عليه في العقد، وفي حالة عدم الاتفاق على مكان محدد فيكون في المكان الذي يقضي به عرف الصنعة، أو في موطن المقاول الفرعي، أو في مكان مركز أعماله، على اعتبار أن المقاول الفرعي هو المدين بالتسليم، غير أنه لما كانت أعمال البناء ترد على عقار ، فإن التسليم يكون في مكان وجوده[3].

ثالثا: التزام المقاول الفرعي بالضمان

بموجب عقد المقاولة الفرعية فإن للمقاول الفرعي يلتزم بالضمان، والذي يتمثل في ضمانه للمادة المستعملة في البناء، إضافة إلى ضمانه للعيوب التي قد تلحق بالصنعة التي تقدم بها، أما بالنسبة للضمان العشري فسندرس ما إذا كان المقاول الفرعي يخضع لهذا النوع من الضمان. أولا.

1- **بلجبل عتيقة**، "**الخطأ كشرط لقيام المسؤولية العقدية للمقاول**"، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2013، ص 559.

2- **عزروق لحسن**، المرجع السابق، ص 152.

3- **مدوري زايدي**، المرجع السابق، ص 88.

1- الضمان العام:

يشمل ضمان المادة المستعملة من طرف المقاول الفرعي في انجازه للعمل المعهود إليه أ، كما يتعداه إلى ضمانه للعيوب الخفية في الصنعة ب.

أ- ضمان المادة المستعملة:

يقتضي انجاز المقاول الفرعي للعمل وفقا للشروط والواصفات المتفق عليها، وأصول الصنعة، فإن ذلك يقتضي سلامة المواد المستعملة في إنجازه، فإذا قدم المقاول الفرعي مواد العمل وجب عليه ضمان سلامتها وصلاحيتها للغرض الذي خصصت له، وإذا ثبت أن تضرر العمل يعود سببه إلى وجود عيوب في المادة المستخدمة، تحمل المقاول الفرعي مسؤولية ذلك[1].

أما إذا قدم رب العمل الفعلي أو المقاول الأصلي المادة، فإن المقاول الفرعي لا يكون ضامنا لعيوبها الخفية، لأنه ليس هو الذي تكفل بتقديمها، ولكن إذا ما كشف أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعا لمستواه عيوب في المادة، وجب عليه إخطار المقاول الأصلي بذلك، وإلا كان مسؤولا عن ما يترتب على إهماله من نتائج[2].

ب- ضمان المقاول الفرعي للعيب الخفي في الصنعة:

يلتزم المقاول الفرعي بضمان العيوب الخفية في الصنعة ، أي تلك العيوب التي تظهر في العمل الذي تعهد بإنجازه وتشمل تلك العيوب الناتجة عن تنفيذ الأعمال بطريقة تخالف قواعد الفن والحرفة، والناجمة عن إهمال أو تقصير للعمل الذي لم يتم إنجازه وفقا لقواعد وأصول الفن[3].

1- **عزت عبد القادر**، المرجع السابق، ص 131.

2- **بلجبل عتيقة**، المرجع السابق، ص 560.

3- **عزروق لحسن**، المرجع السابق، ص 157.

وإذا كان العيب في الصنعة واضحا ويقصد به ذلك العيب الذي يمكن للشخص العادي إكتشافه بمجرد المعاينة[1]، وبذلك يمكن للمقاول الأصلي إكتشافه، وتسلمه للعمل وتقبله دون اعتراض، ذلك يوحي بأنه قبل العمل معيبا ونزل عن حقه في الرجوع على المقاول الفرعي، ويبقى مسؤولا عن العيب إتجاه رب العمل، ومن ثم ينقضي ضمان المقاول الفرعي للعيب الواضح بمجرد تسلم المقاول الأصلي للعمل المنجز[2]، أما إن كان العيب ليس من الوضوح حتى يتمكن المقاول الأصلي من كشفه حال تسلمه للعمل المنجز من قبل المقاول الفرعي، ولم يكن هذا الأخير قد أخفاه غشا منه على المقاول الأصلي، ففي هذه الحالة يظل المقاول الفرعي ضامنا للعيب للمدة التي يقضي بها عرف المهنة، لكن إذا ما أقدم المقاول الفرعي على إخفاء العيب باللجوء إلى الغش والخداع، فتعذر على المقاول الأصلي اكتشافه وقت التسليم، كان للمقاول الأصلي الحق في الرجوع عليه بالضمان من تاريخ اكتشاف العيب[3].

2- الضمان الخاص (الضمان العشري):

يلتزم المقاول الفرعي في علاقته بالمقاول الأصلي بكل التزامات هذا الأخير اتجاه رب العمل ، غير أن أهم التزام يثير التساؤل عما إذا كان من الأشخاص الملزمين بالضمان العشري.

يعرف الضمان العشري بأنه مسؤولية استثنائية مفترضة قانونا، متعلقة بالنظام العام، يسأل فيها المتدخلون في عملية البناء الذين تشملهم أحكامها بالتضامن عما يحدث فيها شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة من عيوب تهدد متانتها وسلامتها و/أو تهدم

1- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في الشرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل...، المرجع السابق، ص 219.

2- **الشواربي عبد الحميد**، المرجع السابق، ص 180.

3- **زيداني توفيق**، المرجع السابق، ص 59.

كلي أو جزئي يصيبها، متى ولو كان ناشئا عن عيب في الأرض، وذلك خلال عشر سنوات تسري من تاريخ التسلم النهائي للمشروع[1].

تناول المشرع الجزائري لهذا النوع من الضمان بموجب نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " **يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.**

وتبدأ مدة السنوات (10) العشر من وقت تسلم العمل نهائيا ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين".

استبعد المشرع الجزائري وفقا للفقرة الثالثة من مضمون المادة أعلاه ، المقاول الفرعي من نطاق الضمان العشري، بالرغم من أنه المنفذ لجزء أو كل أعمال المقاولة، والتساؤل الذي يطرح لماذا لم يخضع المشرع المقاول الفرعي، لأحكام المسؤولية العشرية أو ليس هو من ينفذ العمل أو جزء منه تنفيذا فعليا؟ .

تدارك المشرع الجزائري هذا التوجه بعد صدور قانون رقم 11-04 السالف الذكر، أين أضاف إلى حلقة الضمان العشري أشخاص تعهد إليهم غالبا القيام بمعظم عمليات البناء منهم المقاول الفرعي، وذلك من خلال نص المادة 45 منه التي تنص على أنه:" **دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلا وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، ذلك المنصوص**

1- **بلعقون محمد الصالح**، المرجع السابق، ص 12.

عليها في التشريع والتنظيم المعمول بها وتقييد مداها سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقي العقاري"

المطلب الثاني

علاقة المقاول الفرعي برب العمل

يترتب عن إستقلالية عقدي المقاولة، عقد المقاولة الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، وعقد المقاولة الفرعية المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، عدأن لا تنشأ علاقة تعاقدية مباشرة بين كل من المقاول الفرعي و رب العمل **(الفرع الأول)** هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد تدخل المشرع لحماية المقاول الفرعي فأقر له بعض الحقوق من أجل حصوله على كافة مستحقاته منه بالرغم من انعدام العلاقة التعاقدية بينهما**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

انعدام العلاقة التعاقدية المباشرة بين المقاول الفرعي ورب العمل

تنعدم العلاقة التعاقدية بين كل من رب العمل والمقاول الفرعي لإنتفاء التعاقد بينهما، إلا أنه تنشأ علاقة غير مباشرة بينهما يتوسطها المقاول الأصلي (أولا)، فيترتب عن ذلك عدة نتائج (ثانيا).

أولا: علاقة المقاول الفرعي برب العمل علاقة غير مباشرة.

يفترض عقد المقاولة الفرعية توافر عقدين أولهما عقد المقاولة الأصلي الذي يربط بين المقاول الأصلي ورب العمل، وفي هذا العقد يكون المقاول الفرعي من الغير أو أجنبيا عنه، لا يكتسب حقا من الحقوق، ولا يتحمل أي من الإلتزامات، أما العقد الثاني فهو عقد المقاولة الفرعية الذي يربط بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي وينظم العلاقة التعاقدية

القائمة بينهما، بحيث تحمل في طياتها مجموعة من الإلتزامات المتبادلة بينهما الناشئة بموجب هذا العقد، والذي لا شأن لرب العمل فيه، لذلك فحسب الأصل تنعدم العلاقة التعاقدية بين المقاول الفرعي ورب العمل، وذلك راجع لإنتفاء التعاقد بينهما، ولكن تنشأ علاقة غير مباشرة بينهما، يرجع أساسها إلى علاقة كل منهما بالمقاول الأصلي، وعلى أساس ذلك لا يستطيع كل منهما مطالبة الآخر بتنفيذ إلتزاماته وذلك بصفة مباشرة، إنما يستطيع كل طرف الرجوع على الآخر بالدعوى غير المباشرة، يستعمل فيها حق مدينه وهو المقاول الأصلي[1].

ثانيا: النتائج المترتبة عن إنعدام العلاقة التعاقدية بين المقاول الفرعي ورب العمل

يترتب على إنعدام العلاقة التعاقدية بين المقاول الفرعي ورب العمل نتائج متعددة منها:

- **لا يطالب رب العمل المقاول الفرعي مباشرة بالتزاماته**

لا يملك رب العمل الحق في مطالبة المقاول الفرعي مباشرة ، تنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات اتجاه المقاول الأصلي، والتي تتعلق بتنفيذ العمل محل المقاولة، وبناء على ذلك لا يملك رب العمل أن يطالب المقاول الفرعي، بانجاز العمل محل المقاولة لا بمقتضى عقد المقاولة الأصلي، لأن المقاول الفرعي ليس طرف فيه، ولا بمقتضى عقد المقاولة الفرعية لأن رب العمل لم يكن طرفا في هذا العقد[2].

- **لا يطالب المقاول الفرعي رب العمل مباشرة بالتزاماته**

بالمقابل لا يستطيع كذلك المقاول الفرعي مطالبة رب العمل مباشرة بالالتزامات الملقاة على عاتقه، بل يطالب بها بصفة مباشرة المقاول الأصلي، كالإلتزام بتمكين المقاول

1- **زيداني توفيق**، المرجع السابق، ص 47.

2- **مدحت مرعبي 3**، المقاولة والمقاول من الباطن، منتدى المحامين العرب، 10 أفريل 2003، ص 02.

من إنجاز العمل فإن المقاول الفرعي لا يطالب به مباشرة رب العمل[1]، إنما يستطيع ذلك بموجب الدعوى غير المباشرة التي يستعمل فيها حق مدينه المقاول الأصلي، وكذلك نفس الشيء يقال عن دفع الأجر لكن المشرع الجزائري أورد هنا استثناء بحيث يمكن للمقاول الفرعي مطالبة رب العمل بالأجر مباشرة وهذا ما سيتم دراسته في **الفرع الثاني**.

يترتب أيضا عن انعدام العلاقة التعاقدية عدم قيام المسؤولية التعاقدية بين رب العمل والمقاول الفرعي، فهذه الأخيرة تقوم نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزام يفرضه عليه العقد المبرم بينهما، ولأن رب العمل لا يرتبط مع المقاول الفرعي بعقد، فلا تتحقق المسؤولية التعاقدية لأحدهما اتجاه الآخر[2].

الفرع الثاني

الحقوق المقررة قانونا للمقاول الفرعي اتجاه رب العمل

يحق للمقاول الفرعي طبقا للقواعد العامة باعتباره دائنا للمقاول الأصلي، أن يستعمل حق هذا الأخير في الرجوع على رب العمل، من خلال منحه حق مطالبة رب العمل بصفة مباشرة من خلال الدعوى المباشرة **(أولا)**، كما منح له حق الامتياز في حالة توقيع الحجز **(ثانيا)**.

أولا: الحق في إقامة الدعوى المباشرة.

نصت الفقرة الأولى من نص المادة 565 من القانون المدني الجزائري على أنه: "**يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذي يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع**

1- **مروش مسعودة**، المرجع السابق، ص 57.

2- **مروش مسعودة**، المرجع نفسه، ص 57.

الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق اتجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل".

بمفهوم نص المادة نجد أن المشرع قد منح للمقاول الفرعي الحق في إقامة الدعوى المباشرة من أجل حصوله على أجره المستحق له على ذمة المقاول الأصلي، وذلك دون مزاحمته من طرف باقي الدائنين، فيلتزم رب العمل بعد ذلك بأدائه للمقاول الفرعي أجره المستحق على المقاول الأصلي مباشرة، وذلك دون ضمه إلى ذمة هذا الأخير، لكي لا يكون محلا للتزاحم عليه، كما يكون له في حدود الأجر المستحق له، وتوابع الأجر من نفقات وثمن المواد أن يطالب رب العمل بالقدر الذي يكون هذا الأخير مدينا للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى[1].

1- تعريف الدعوى المباشرة:

تعرف الدعوى المباشرة بأنها حق الدائن في استيفاء حقوقه مباشرة من مدين مدينه الأصلي، دون مزاحمة مع باقي دائني هذا الأخير ويقيمها باسمه الشخصي ولحسابه الخاص، كما أنها تعطي نوعا من الامتياز للدائن إذ تجنبه عسر مدينه ومزاحمة دائنيه[2].

2- شروط مباشرة الدعوى المباشرة من طرف المقاول الفرعي

يحق للمقاول الفرعي مباشرة الدعوى المباشرة ،عند توفر الشروط التالية:

أ- يجب أن تكون المقاولة الفرعية قانونية يقصد بذلك أن لا يتضمن العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي شرطا مانعا للتعاقد الفرعي، أو تكون طبيعة للعمل لا تعتمد على كفاءة المقاول الأصلي الشخصية،[3].

1- **مازة حنان**، المرجع السابق، ص 126.

2- **المير سميرة**، المسؤولية المدنية المعمارية ...، المرجع السابق، ص 199.

3- **عكو فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، ص 52.

ب- يجب أن يكون حق المقاول الفرعي مستحق الأداء ومعلوم المقدار، فيجب أن يكون الأجر الذي يطالب به الأشخاص المخول لهم الحق في رفع الدعوى المباشرة مستحق الأداء وغير معلق على شرط، أو مقترف بأجل كما يجب أن يكون حقهم موجود وغير متنازع فيه[1].

ج- إثبات المقاول الفرعي تخلف المقاول الأصلي عن دفع الأجر، و ذلك بأن يثبت أن له حق لدى المقاول الأصلي، وأن هذا الحق قد حان أجله ولم يقم هذا الأخير بالوفاء به، ولم يشترط المشرع في هذا الصدد أن يثبت المقاول الفرعي إعسار المقاول الأصلي أو عجزه عن الوفاء أو إهماله في استعمال حقوقه، كما لم يشترط أن يوجه له إنذار بالدفع، فبمجرد عدم وفاء المقاول الأصلي بالدين يكون المقاول الفرعي أن يباشر الدعوى المباشرة دون حاجة إلى إدخاله في الخصومة، ذلك على أساس أن هذه الدعوى مقررة قانونا لمصلحته[2].

د- يتعين على المقاول الفرعي توجيه إنذار لرب العمل مباشرة، بحيث يلزمه بالوفاء بالأجر مقابل الأعمال التي أنجزها لصالحه، حتى يقيد حرية المقاول الأصلي في التصرف في أمواله منذ ذلك التاريخ، بالرغم من أن هذا الإنذار غير موجه له، لهذا من الضروري أن يتدخل المشرع بإقرار نص يتضمن فيه ضرورة إرسال هذا الإنذار إلى المقاول الأصلي كذلك[3].

3- نتائج الدعوى المباشرة:

يترتب عن مباشرة الدعوى المباشرة عدة نتائج في مواجهة كل من المقاول الأصلي **(أ)** ورب العمل **(ب)**.

1- **عكو فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، ص 53.

2- **برحم صليحة**، المرجع السابق، ص 124.

3- **برجم صليحة**، المرجع نفسه، ص 124.

أ- **نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي:** ينتج عن ممارسة المقاول الفرعي للدعوى المباشرة أنه إذا ما وفى رب العمل للمقاول الفرعي بالدين الذي في ذمته للمقاول الأصلي، وكان هذا الدين أقل مما للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي، كان للمقاول الفرعي الحق في الرجوع على المقاول الأصلي بباقي الدين، كما يبقى المقاول الأصلي دائنا لرب العمل، لكن بالرغم من ذلك لا يستطيع استيفاء حقه منه بعد رفع الدعوى المباشرة، أو بعد توجيه الإنذار بالدفع لرب العمل، بحيث يمتنع من التصرف في حقه، ويكون مركزه أشبه بمركز المدين المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير[1].

كما أنه في حالة ما اذا قاول المقاول الفرعي مقاول آخر، واسند اليه تنفيذ محل عقد المقاولة الأصلية، فان المقاول الفرعي الثاني يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول الفرعي الأول،و لكن لا يرجع بهذه الدعوى على رب العمل الفعلي ،اذ أن نص المادة السالفة الذكر،لا تعطي الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي الا على رب العمل الذي قاول مقاولة و هو هنا المقاول الأصلي، و عمال المقاول الفرعي الثاني يرجعون بالدعوى المباشرة على المقاول الفرعي الأول، وعلى المقاول الأصلي وهو مدين مدينهم، دون رب العمل، و يساير القضاء الفقه في ذلك، حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16مارس1983 أنه:"**من المتفق عليه فقها و قضاء اذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضا بدوره من الباطن،فان للمقاول الثاني له الحق في رفع الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول، غير أنه لا يجوز له أن يرفع تلك الدعوى المباشرة على رب العمل**"[1].

ب- نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل:

يترتب على مباشرة المقاول الفرعي للدعوى المباشرة ضد رب العمل تجميد الدين الذي عليه لصالح المقاول الأصلي من وقت ممارستها، ليخصص فقط للوفاء بحقوق رافعها، فلا

1- **المير سميرة**، المسؤولية المدنية المعمارية...، المرجع السابق، ص 201.

يجوز لرب العمل أن يقوم بالوفاء بما في ذمته من حقوق للمقاول الأصلي، بموجب عقد المقاولة، بل يتعين عليه أن يفي لدائنيه مباشرة بقدر حقوقهم، وفيما بعد يرجع على المقاول الأصلي بما دفعه المقاول الفرعي[1]

فقبل إقامة الدعوى المباشرة أو توجيه إنذار لرب العمل، يستطيع هذا الأخير أن يتصرف بكل حرية في هذا الدين، فيجوز له أن يوفي للمقاول الأصلي الدين كله أو بعضه، وحتى لدائني المقاول الأصلي، وبذلك تبرأ ذمته[2].

إما بعد إقامة الدعوى المباشرة أو توجيه الإنذار له، يمنع عليه التصرف في الدين ويمنع من الوفاء به للمقاول الأصلي، بل عليه أن يقوم بالوفاء للمقاول الفرعي فقط، متى كان دين معلق على شرط أو مقترن بأجل ، فيكون ملزم بالوفاء بالدين للمقاول الفرعي بعد أن يتحقق الشرط، وبعد أن يحل الأجل[3].

ثانيا: حق الامتياز للمقاول الفرعي عند توقيع الحجز.

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 2/565 من القانون المدني الجزائري على أنه:" **ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي إمتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.**

وحقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه تجاه رب العمل".

1- قرار المحكمة العليا رقم 30952/30940، مؤرخ في 16 مارس1983، صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، منشور بالمجلة القضائية، العدد الأول، صادر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، سنة 1990، ص 15.

2- **المير سميرة**، المسؤولية المدنية المعمارية...، المرجع السابق، ص 201.

3- **مدحت مرعبي**، المرجع السابق، ص 4

قرر المشرع من خلال هذه المادة للمقاولين الفرعيين والعمال، إمتياز آخر يجعلهم منفصلين في استيفاء حقهم على الدائنين العاديين للمقاول الأصلي و رب العمل، وذلك حالة توقيعهم لحجز على المبالغ التي تكون مستحقه للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل، أو المبالغ المستحقة للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي، وفي حالة عدم كفاية المبالغ المستحقة إقتسم هؤلاء الدين بينهم قسمة غرماء[1].

1- شروط حق الامتياز:

ويشترط للإحتجاج بهذا الامتياز توقيع الحجز أولا من طرف الأشخاص المخول لهم ممارسة الدعوى المباشرة ومتمثلون في المقاول الفرعي وعماله، وعمال المقاول الأصلي[2].

كما يشترط أيضا ما يشترط في الدعوى المباشرة بأن لا يجاوز الدائن عند توقيع الحجز القدر الذي يكون رب العمل مدينا به ومستحق له في ذمة المقاول الأصلي، بالإضافة على اشتراط، أن يكون حق الدائن موجودا وغير متنازع فيه، وأن يكون مستحق الأداء بسبب تنفيذ عقد المقاولة.

2- نتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز:

قبل توقيع الحجز من طرف المقاول الفرعي ضد رب العمل ، يستطيع هذا الأخير أن يوفي للمقاول الأصلي بكل الدين، لكن من وقت توقيع الحجز بين يدي رب العمل، يجوز لهذا الأخير أن يؤدي المبالغ المستحقة مباشرة للمقاول الفرعي، مقدما إياه على سائر دائني المقاول الأصلي، وذلك دون استصدار أمر من قاضي التنفيذ، ويعد هذا الوفاء مبرئا لذمته إتجاه المقاول الأصلي[3].

1- **عزروق لحسن**، المرجع السابق، ص 115.

2- **عكو فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، 56.

3- **طلبة أنور**، الوسيط في القانون المدني...، المرجع السابق، ص 833.

وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة من نفس المادة 565 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، نجد أن المشرع أضفى حماية أخرى بالنسبة للمقاول الفرعي إذ منع أن تسري الحوالة في حق المقاول الفرعي، ولو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز وذلك في حالة ما إذا وجد المقاول الفرعي نفسه أثناء مباشرة إجراءات الحجز للمال بين يدي رب العمل أمام دائن تنازل له المقاول الأصلي عن حقه لدى رب العمل[1].

خلافا للقواعد العامة التي تقضي أن الحوالة تسري في حق المقاول الفرعي، إذا صارت نافذة في حق الغير بقبول المحال عليه أو بإعلامه وذلك قبل إنذار رب العمل بالوفاء في حالة إستعمال الدعوى المباشرة، وقبل توقيع الحجز في حالة استعمال حق الامتياز[2]، نجد أن المشرع الجزائري بموجب المادة السالفة الذكر قد قدم حقوق المقاول الفرعي على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول الأصلي عن دينه اتجاه رب العمل، ولم يأخذ المشرع بالتسلسل الزمني بين التنازل والإنذار، إذ أنه حتى إذا تم التنازل قبل الإنذار، فلا يحتج به قبل المقاول الفرعي ويبقى إمتياز قائما، ويتقدم به المقاول الفرعي على حق المحال له في جميع الأحوال[3].

1- **زيداني توفيق**، المرجع السابق، ص 63.

2- **الشواربي عبد الحميد**، المرجع السابق، ص 191.

3- **حمادي جازية مجيدة**، المرجع السابق، ص 115.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية للمقاول الفرعي

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية للمقاول الفرعي

تعرف المسؤولية المدنية بأنها التزام بتعويض الضرر الذي يسببه الشخص للغير سواء في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام الذي حصل الإخلال به قد فرضه العقد، فإذا انعقد العقد صحيحا وجب تنفيذ ما اشتمل عليه مضمونه من التزامات متقابلة بحسن نية، ولكل من طرفيه الحق في استفاء حق عينا كما ورد فيه و هو ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد و هذه هي القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للعقد، بناء علي ذلك إذا لم يقم المقاول الفرعي بتنفيذ ما عليه من التزامات، وألحق ذلك ضررا بالمقاول الأصلي المتعاقد معه يعتبر مسؤولا عن هذا الإخلال مسؤولية عقدية (**المبحث الأول**).

أما إذا كان الإخلال يتعلق بالتزام قانوني عام، الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير، هنا تترتب المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي، والتي يقضي فيها القانون بالتعويض دون وجود علاقة تعاقدية بين المسؤول عن الضرر والطرف المتضرر (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

مسؤولية المقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي

نتيجة العقد الجوهرية بعد إبرامه صحيحا، هو تنفيذه والحديث عن المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي، إنما هي ناشئة عن العقد الفرعي المبرم بينه وبين المقاول الأصلي الذي استعان به لتنفيذ جزء أو كل من محل عقد المقاولة الأصلي، وعدم تنفيذه الالتزامات التي يفرضها عليه هذا العقد والتي تلحق بعد ذلك أضرار تمس المقاول الأصلي، فإنه يكون محل مساءلة وفقا لأحكام المسؤولية العقدية اتجاه المقاول الأصلي**(مطلب الأول)**، أما اتجاه رب العمل فيبقي المقاول الأصلي مسؤول عن الأفعال الصادرة من المقاول الفرعي، واعتبارها حالة تطبيقية للمسؤولية العقدية عن فعل الغير **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي

أساس المسؤولية العقدية هو ما يلحقه المقاول الفرعي، للمقاول الأصلي من ضرر بسبب عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدية، ورجوع هذا الضرر إلى الإخلال بتنفيذ هذا العقد، بالتالي في حالة ما إذا أخل المقاول الفرعي ببند من بنود العقد الفرعي، وذلك أثناء عملية التنفيذ ويترتب عنه ضرر بالمقاول الأصلي كان مسؤولا أمامه مسؤولية عقدية، مما يستدعي تحديد المقصود منها **(الفرع الأول)** مع ذكر الشروط الواجب توفرها لقيام هذا النوع من المسؤولية **(الفرع الثاني)**. والأسباب التي حتمت قيامها **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

المقصود بالمسؤولية العقدية للمقاول الفرعي

يقصد بالمسؤولية العقدية، الجزاء الذي يترتب عن الإخلال بالالتزامات ناشئة عن العقد، أو عدم تنفيذها، أو تأخر فيها، وهذه المسؤولية لا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني، و لم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينا، فيكون المدين مسؤول عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، كما يتعين بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد، ما يبقي التنفيذ العيني بالالتزام المترتب عنه ممكنا، بحيث لا يكون لأيهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بأعمال المسؤولية العقدية إلا إذا استعمل تنفيذ هذا الالتزام نهائيا وبصفة مطلقة[1].

وإقرار المسؤولية العقدية في نطاق عقد المقاولة الفرعية ناتج عن وجود علاقة تعاقدية بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، بالتالي الأضرار التي تصيب المقاول الأصلي، تكون ذات مصدر تعاقدي، وإخلال المقاول الفرعي بها وتعرضه لأحكام المسؤولية العقدية، ولا يستلزم بالضرورة أن يكون الالتزام الذي تم الإخلال به منصوص عليه صراحة في العقد، وإنما قد تقتضيه العلاقة التعاقدية الرابطة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي كالالتزام بتقديم نصيحة مثلا.

ويترتب على أهمية مسؤولية المقاول الفرعي العقدية، أن يلتزم بتعويض الضرر الذي لحق بالمقاول الأصلي، جراء عدم التنفيذ للالتزام، أو التأخر فيه، أو من جراء تنفيذه الجزئي، أو المعيب، وعليه بتعويض المقاول الأصلي عن ما لحقه من خسارة وما أصابه

1-**بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 264.

من ضرر متوقع، شرط أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لعدم وفاء المقاول الفرعي بالتزاماته[1].

الفرع الثاني

شروط المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي

تقوم المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي، بتوفير الخطأ العقدي الصادر منه **(أولا)** ونجم عن ذلك ضرر أصاب المقاول الأصلي**(ثانيا)** بالإضافة إلي ضرورة تواجد علاقة سببية بين خطأ المقاول الفرعي والضرر الحاصل للمقاول الأصلي **(ثالثا)**.

أولا: الخطأ العقدي للمقاول الفرعي.

يتعين لدراسة الخطأ العقدي للمقاول الفرعي، التعرض أولا لتعريف الخطأ العقدي للمقاول الفرعي**(1)** ، للوصول إلى تحديد على من يقع عبئ إثباته **(2)**.

1. تعريف الخطأ العقدي:

يعرف الخطأ العقدي بأنه عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد المبرم بينه وبين الدائن، ويشمل ذلك عدم التنفيذ المطلق سواء لكامل الالتزام، أو جزء منه، أو يتم تنفيذه بشكل معيب أو في حالة التأخر فيه [2].

ويتبين من ذلك أن الخطأ العقدي للمقاول الفرعي، ليس هو إلا عدم قيامه بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه، الناشئة عن عقد المقاولة الفرعية، أيا كان السبب في ذلك، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ نشأ عن إهماله أو عن فعله دون عمد. يفترض أنه

1- **دهيمي أشواق**، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، ص 20.

2- **أحمد سليم فريز نصرة**، الشرط المعدل المسؤولية العقدية في القانون المصري، أطروحة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الناجح الوطنية، فلسطين، 2006، ص7.

بمجرد تعاقد المقاول الفرعي مع المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الفرعية، عليه أن يقوم بتنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد، ومن بين النصوص التي نصت على إلزامية تنفيذ المتعاقد لالتزامه التعاقدية يمكن الذكر المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي نصت على:"**يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية**". فإذا لم يقم المقاول الفرعي بذلك يعد مرتكبا للخطأ العقدي الذي يترتب مسؤولية عقدية في مواجهة المقاول الأصلي[1] والمادة 106 من نفس القانون تنص على أن "**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو الأسباب التي يقررها القانون**".

2. عبء إثبات الخطأ العقدي:

يقصد بإثبات الخطأ العقدي إثبات وقوع إخلال بالعقد، سواء بعدم القيام بالتنفيذ، أو التأخر فيه، أو بتنفيذه بصورة معينة، أو تنفيذه بصورة جزئية.

والقاعدة في هذا المجال أن البينة على من ادعى وقوع الخطأ العقدي، فعلى الدائن المدعي أن يثبت حصول الإخلال بالتزام العقدي، و أن اليمين على من أنكر، فالدائن هو الذي يدعي بوجود عقد صحيح مع حصول الضرر[2]. وذلك ما جاءت به نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "**على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه**". ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يكفي أن يثبت المقاول الأصلي عدم تحقق النتيجة المطلوبة إذ يثبت الخطأ العقدي من جانب المقاول الفرعي، بحيث لا يستطيع نفيه

1- **العوجي مصطفى**، القانون المدني ـ المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص ص 32-33.

2- **منذر الفضل**، النظرية العامة للإلتزامات ـ مصادر الالتزام ـ دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 292.

بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه و لم يستطيع، وذلك بسبب أنه ملزم بتحقيق نتيجة، بالتالي لا يستطيع نفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي[1].

أما إذا كان الالتزام ببذل عناية، وجب عليه إثبات أن المدين لم يبذل عناية التي يبذلها الرجل العادي[2].

ثانيا: الضرر اللاحق بالمقاول الأصلي.

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية العقدية، و هو ركن لا غنى عنه، و ذلك لأنه لا يكفي ارتكاب خطأ حتى تقوم المسؤولية بل يجب حدوث الضرر .

1- **تعريف ضرر:**

نقصد به الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو بماله أو حريته أو شرفه أو اعتباره إلى غير ذلك.

والضرر يعد شرطا ضروريا لقيام المسؤولية العقدية، فلا مسؤولية بغير ضرر، ولا يكفي حصول الإخلال بالالتزام التعاقدي، بل أن يكون قد أحدث ضررا بالدائن، فلا يفترض دائما وجود الضرر لمجرد أن المدين لم ينفذ التزامه العقدي، فقد لا ينفذ المدين التزامه، ومع ذلك لا يلحق الدائن أي ضرر من جراء ذلك[3].

1- **بلمختار سعاد**، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 68.

2- **محمد صبري السعدي**، الواضح في الشرح القانون المدني ــ النظرية العامة للالتزام ــ العقد والإدارة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 314.

3- **شيخ نسيمة**، المرجع السابق، ص45.

2- شروط الضرر:

يشترط في الضرر الحاصل للمدين المضرور (المقاول الأصلي) أن يكون محققا (أ) ، ومباشرا و متوقعا (**ب**):

أ- أن يكون الضرر محققا :

يقصد بهذا الشرط أن الضرر يجب أن يكون ثابت على وجه اليقين، والتأكد من أنه واقعا ولو في المستقبل، أي لا يكون افتراضيا ولا يكون احتماليا، بالتالي يكون ضرر المحقق هو الضرر الذي وقع في الحال، والضرر الذي يقع في المستقبل يقصد بأنه الأذى الذي لم يقع في الحال، وأن وقوعه مؤكد في المستقبل، أما الضرر الحال فهو الضرر الذي وقع فعلا واكتملت كل عناصره نهائيا وأصبح محققا.[1]

ب- أن يكون الضرر مباشرا و متوقعا:

يشترط في الضرر اللاحق بالمقاول الأصلي أن يكون مباشر بحيث يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بإحدى الالتزامات، أو التأخير في الوفاء بها.

كما يشترط أن يكون الضرر متوقعا، و ذلك وقت إبرام العقد وهذا ما جاءت به المادة والمادة 182 من ق.م.ج التي نصت على أنه: "**غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غش أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التقاعد**"

ثالثا: علاقة السببية بين الخطأ المقاول الفرعي والضرر الحاصل للمقاول الأصلي.

قيام المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي لا يكفي فيها ارتكاب الخطأ ووقوع الضرر، بل لابد أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ المرتكب والضرر الحاصل .

1- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ مصادر الالتزام،المجلد الثاني،الجزء الأول، الطبعة3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 756.

1- تعريف علاقة السببية:

تعتبر العلاقة السببية الركن الثالث في المسؤولية العقدية، فلا يكفي وقوع الخطأ وتحقق الضرر للقول بقيام هذه المسؤولية، إنما يجب أن يكون الخطأ المرتكب هو السبب الحقيقي في الضرر الحاصل للمقاول الأصلي[1].

2- إثبات علاقة السببية:

المفروض أن العلاقة السببية مابين الخطأ والضرر قائمة، بحيث لا يكلف الدائن بإثباتها، بل على المدين أن ينفي هذه العلاقة في حالة ما إذا إدعى عدم وجودها، فعبء الإثبات يقع على عاتق المدين، وهو المقاول الفرعي في هذه الحالة وليس على الدائن (المقاول الأصلي)، ولا يستطيع المقاول الفرعي نفها إلا في حالة ما إذا اثبت السبب الأجنبي الذي لا بد له فيه[2].

ولكن هناك من يلقي عبء الإثبات على المقاول الأصلي باعتباره الدائن، بحيث يتوجب عليه إثبات أن ما أصابه من الضرر يكون جزاء عدم تنفيذ المقاول الفرعي لالتزامه، وإذا انتفي الضرر، فلا مسؤولية، علما أن الضرر لا يفترض لمجرد عدم تنفيذ المقاول الفرعي لالتزامه، إذا قد لا يقوم به، ولا يصاب المقاول الأصلي بأي ضرر[3].

الفرع الثالث

أسباب قيام المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي

يمكن حصر أسباب قيام المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي عن إخلاله بالتزاماته العقدية المنصوص عليها في العقد، عند التأخر في التنفيذ **(أولا)** وعند التنفيذ المعيب للأشغال**(ثانيا)**.

1- **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص290.

2- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد...، المرجع السابق ، ص 774.

3- **بلمختار سعاد**، المرجع السابق ، ص 70.

أولا: التأخر في التنفيذ.

يتعين على المقاول الفرعي أن يقوم بإتمام العمل المطلوب منه خلال مدة معينة والمتفق عليها، أما إذا لم يكن هناك اتفاق مسبق على مدة معينة، وجب عليه أن ينجزه في مدة المعقولة يرجع تحديدها الى طبيعة العمل، و ما جرت عليه العادة وإمكانيات المقاول المعروضة لدى المقاول الأصلي[1]، والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في مدة معقولة التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية [2]، كما أنه إذا تم التأخر في توفيره الأدوات اللازمة التي يعتمد عليها المقاول في إنجاز عمله، أو لم يتم الدفع له الأقساط المتفق عليها مسبقا في هذه الحالة يتم إعفاءه من المسؤولية كاملا، كما لا يطالب بالتعويض عن التأخير في تنفيذ العمل، ولذلك لا يستطيع المقاول الفرعي التخلص من المسؤولية إثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو الخطأ المقاول الأصلي.

وقد يرجع سبب التأخر إلي تقصيره الشخصي أو في حالة قيامه ببعض الأعمال الإضافية.

ثانيا: التنفيذ المعيب للأشغال

يتوجب على المقاول الفرعي تنفيذ أعمال المشروع وفقا للشروط و المواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد، وعلى المقاول الأصلي أن ينبه المقاول الفرعي، ويلزمه بتنفيذ العمل على أكمل وجه، و من حقه أيضا أن ينذره أثناء تنفيذ العمل بأن يعدل من طريقة التنفيذ في حالة ما إذا تأكد من أنها معيبة، وذلك بالرغم من استقلالية المقاول الفرعي عنه، ويمكن أن يكون التنفيذ المعيب راجع إلى الخطأ أو عيب في تنفيذ التصميم، فإذا كانت هذه التصميمات الموضوعة من طرف المهندس المعماري فإن المقاول الفرعي يشترك إذا اشترط عقد المقاولة

1- **محمد لبيب شنب**، المرجع السابق، ص120.

2- **قرة فتيحة**، المرجع السابق، ص 118.

وجوده في المسؤولية عن العيوب الموجودة في التصاميم مع كل من المقاول الأصلي و المهندس المعماري [1].

أما البعض يرى بأن مسؤولية المقاول الفرعي تختلف عن مسؤولية المقاول الأصلي والمهندس المعماري، اللذان يشتركان معا في المسؤولية إذا وقع خطأ جسيم في عيوب التصميم، أما المقاول الفرعي فلا يشترك معهما في المسؤولية، وإنما تكون مسؤولية مرتبطة بالعقد المبرم مع المقاول الأصلي، ويتم محاسبته في حالة ما إذا لم يتمكن من أن يكشف العيب الموجود في التصميم نتيجة إهماله[2].

المطلب الثاني

حلول المقاول الأصلي محل المقاول الفرعي في المسؤولية اتجاه رب العمل

مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول الفرعي، ليست مسؤولية المتبوع عن تابعه، لأن المقاول الفرعي يعمل بصفة مستقلة عن المقاول الأصلي، ولا يعد تابعا له، وإنما هي مسؤولية عقدية تنشأ عن العقد الفرعي، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال و الأخطاء الصادرة من المقاول الفرعي أثناء انجازه للعمل، كأنها صادرة من طرف المقاول الأصلي بالنسبة لرب العمل، لذا تعتبر مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي إحدى التطبيقات التشريعية لما يعرف بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير، و هذا ما يقتضي التعريف بهذا النوع من المسؤولية وإسقاطها على المقاول الأصلي (**الفرع الأول)** مع ضرورة ذكر الشروط الواجب توفرها لقيامها **(الفرع الثاني)**، مع ذكر مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي من هذه المسؤولية **(الفرع الثالث)**.

1- **محمد حسن عبد الرحيم**، المرجع السابق، ص22.

2- محمد حسن عبد الرحيم، المرجع نفسه، ص 23.

الفرع الأول

مضمون المسؤولية العقدية للمقاول عن فعل الغير

يقصد بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير أن يسأل المدين بصدد تنفيذ العقد عن عن فعل طائفة من الأشخاص كما لو كان فعله، ودن حاجة إلى إثبات أي خطأ أو اتفاق على تحمل المسؤولية عنهم ودون أن يتخذ من فعلهم سببا لدفع مسؤولية، لأن ما يصدر منهم ن كأنه صادر منه ،فهو ليس أمر خارجا عنه ولو كان غشا أو خطأ جسيما [1].

تعرف أيضا بأنها مسؤولية المدين في التزام عقدي عن فعل الأشخاص الذين يحلهم محله في تنفيذ الالتزام ، الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه(المساعدون) ، فالمدين له أن يستعين بغيره في تنفيذ التزامه سواء كانوا بدلاء أو معاونين[2].

نص المشرع الجزائري صراحة على المسؤولية عن فعل الغير في المجال التقصيري، أما في المجال التعاقدي فقد أشار ضمنيا إلى المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وذلك بمقتضى المادة 178 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " ...، **غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش و الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه**".

تجيز هذه المادة صراحة الاتفاق على إعفاء المدين من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، مما يبين ضمنيا أن الأصل يتمثل في قيام مسؤولية للمدين عن أفعال هؤلاء الأشخاص، وإلا لما كان هناك ضرورة للقول والنص على الإعفاء منها.

ومعنى المادة أيضا أن المدين في حالة استخدامه أشخاص يوكل لهم أمر تنفيذ التزامه العقدي، يجوز له أن يتفق مع الدائن على إعفائه من المسؤولية التي قد تنجم عن

1- **مصطفي عبد السيد الجارحي**، المرجع السابق، ص 78.

2- **سامي محمد**، الأسس القانونية لعقود الإيجار عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، 2009، ص 257.

غشهم والخطأ الجسيم الصادر منهم، أثناء تنفيذهم للالتزام، فإن وقع من هؤلاء الأشخاص أثناء التنفيذ غش أوخطا جسيما، يكون المدين كقاعدة عامة مسؤولا مسؤولية عقدية في مواجهة الدائن[1]

تحتل هذه المسؤولية أهمية كبيرة، خاصة أن إنكار هذا النوع من المسؤولية يعطي فرصة للمدين للتملص من التزاماته الناشئة بموجب العقد عن طريق تكليف الغير بتنفيذه[2].

يقصد بالمسؤولية العقدية للمقاول عن فعل الغير، بأن يكون الإخلال الذي تسبب في حدوث الضرر، لم يكن إلا نتيجة الفعل الخاطئ الصادر من الشخص الذي استخدمه المقاول لتنفيذ التزامه العقدي، وليس نتيجة فعله هو أي يكون أمام ضرر تسبب فيه فعل الغير مما يرتب دعوى المسؤولية التي يوجهها الدائن المضرور ضد المدين المتعاقد معه وليس ضد المسبب المباشر للضرر[3].

ولابد أن تكون هذه الاستعانة ثانوية، من أجل تحريك مسؤولية المقاول العقدية، فيجب أن لا تتضمن بنود العقد شرط ما يمنع المقاول من التعاقد الفرعي، أو أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار عند إبرام العقد، بحيث يستعين به رب العمل على أساس خبرة وكفاءته المهنية والفنية[4].

وإذا كان مبدأ المسؤولية العقدية مقرر كمبدأ في كل العقود، فإنه يجب أن يقرر أيضا في نطاق المجموعات العقدية، وبما أن عقد المقاولة الفرعية يتشكل من عقدين متتابعين أي

1- **خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، 148.

2- **بن حالة حاتم**، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر،2018، ص 10.

3- **حسن على الذنون**، المبسوط في شرح القانون المدني ـ المسؤولية عن فعل الغير، دار النشر، الأردن،2006، ص47.

4- **بوالبردعة نهلة**، "مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الفعل الغير"، مجلة العلوم الانسانية، عدد 49،المجلد ب، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتورى، قسنطينة، 2018، ص 32.

ضمن مجموعة عقدية، فإنه يتعين الاعتراف بهذه المسؤولية في نطاق عقد المقاولة الفرعية بحيث أن هذه الأخير وجدت لتنفيذ عقد المقاولة الأصلي[1]، وقد تم الإقرار بمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في نطاق المجموعة العقدية المشكلة من العقد الأصلي والعقد الفرعي، من قبل المشرع الجزائري وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 564 من ق. م .ج التي تنص على أنه: " **ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل**" وعلى أساس هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد حمل المقاول الأصلي صراحة المسؤولية عن فعل المقاول الفرعي اتجاه رب العمل، فبمجرد تضرر هذا الأخير من عدم تنفيذ المقاول الفرعي للعمل المكلف به، أو قد تم تنفيذه بطريقة غير سليمة او في حالة التأخر في التسليم ، فله مساءلة المقاول الأصلي الذي تعاقد معه.

تناول المشرع الجزائري أثر هذه الدعوى في المادة 137 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "**للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولا عن تعويض الضرر**" تحميل المدين بموجب المسؤولية عن فعل الغير عن تعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية الذي يرجع إلى فعل الأشخاص الذين استعان بهم ،لا ينفي أن المسؤول الحقيقي عن هذا الإخلال هو ذلك الشخص الذي تم توكيله لتنفيذ الالتزام فأخل به وهذا ما يخول للمدين الذي تكفل بدفع التعويض للدائن، الحق في الرجوع على الغير بالمسؤولية ومطالبته باسترداد ما دفعه للدائن من تعويض[2].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة عدّلت بموجب قانون رقم 05-10 بحيث أصبحت تنص على أنه: "**للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما**".

1- **المير سميرة**، المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي الباطن...، المرجع السابق، ص 95.

2- **بن حالة حاتم**، المرجع السابق، ص 74.

وباعتبار أن العلاقة القائمة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي ليست علاقة المتبوع بتابعه، لذلك فهي لا تخدم الموضوع لذلك تم استخدام المادة الخاصة من القانون المدني الجزائري.

وعلى أساس هذه المادة يحق للمقاول الأصلي الذي حل محل الفرعي في المسؤولية اتجاه رب العمل، الذي كان مسؤولا عن التعويض عما لحق به من ضرر جراء إخلال المقاول الفرعي بالتزاماته، له أن يرجع على هذا الأخير بما دفعه لرب العمل لأنه مسؤول عنه وليس مسؤولا معه [1].

والأكيد أن رجوع المقاول الأصلي على المقاول الفرعي يكون ضمن حدود مبلغ التعويض الذي تم دفعه لرب العمل ، وإن كان للمقاول الأصلي حق المطالبة بكل المبلغ المدفوع لرب العمل، وذلك طبقا للعقد المبرم بينهما، أي طبق للقواعد العامة للمسؤولية العقدية فإن القضاء أحيانا يحكم بمبلغ أقل، على أساس الخطأ المرتكب من طرف المقاول الأصلي والذي يتمثل في عدم المراقبة والتنسيق والتعاون[2].

الفرع الثاني

شروط قيام المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي

يقتضي هذا النوع من المسؤولية لقيامها توفر جملة من الشروط، أولها وجود عقد صحيح يربط كل من رب العمل والمقاول الأصلي **(أولا)** واستعانة هذا الأخير بالغير (المقاول الفرعي) لتنفيذ كل أو جزء من محل عقد المقاولة الأصلي **(ثانيا)** بالإضافة إلى تدخل هذا الأخير في التنفيذ **(ثالثا)** وأثناء عملية الإنجاز يدخل بأحد الالتزامات التعاقدية مما يسبب ضررا لرب العمل **(رابعا)**

1- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل...، المرجع السابق، ص 223.

2- **برجم صليحة**، المرجع السابق، ص107.

أولا: وجود عقد صحيح بين رب العمل والمقاول الأصلي

يقصد بالعقد الصحيح أن يكون العقد شامل لجميع أركان العقد، والتي تتمثل في المحل، السبب، التراضي والشكلية إذا تطلب الأمر ذلك، بالإضافة إلى شروط الصحة طبقا للقواعد العامة للعقود[1].

فيعتبر وجود عقد صحيح بين رب العمل والمسؤول عن فعل الغير شرط بديهي لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير، بحيث لا يرتب أي أثر قانوني قبل التعاقد، أو عن مرحلة التفاوض السابقة للتعاقد، فإذا كان العقد قائم فقط بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي المتسبب في الضرر خرج الأمر من إطار المسؤولية العقدية عن فعل الغير[2].

بالتالي لما كانت هذه المسؤولية متفرعة عن المسؤولية العقدية عن فعل الشخصي، كان من البديهي وجود رابطة عقدية تجمع الدائن بالمدين لقيامها، فمن دون تحقق هذه الرابطة لا يمكن التحدث عن المسؤولية العقدية أصلا.

بغض النظر عن الأساس الذي تقوم عليه سواء عن الخطأ الشخصي أو عن الغير يضيف علي فيلالي في هذا الصدد بأنه لا مجال للمسؤولية العقدية إلا أن قامت في إطار العلاقة العقدية بعبارة أخرى فإنه لقيام المسؤولية عن فعل من يستعان به لتنفيذ الالتزامات التي تحملها بموجب العقد، لا بد من وجود رابطة عقدية مسبقة تجمع بين المدين المسؤول عن فعل الغير (المقاول الأصلي) و الدائن المتضرر (رب العمل)[3] و لهذ تكون هذه الرابطة العنصر الجوهري للتمييز بين نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير ونطاق المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، فإن هذه الأخيرة تجد السبيل لقيامها بين الشخص المضرور

1- **مازة حنان**، المرجع السابق، ص 244.

2-**مازة حنان**، المرجع نفسه، ص 244.

3- **بن حالة حاتم**، المرجع السابق، ص 25.

والشخص المسؤول عن فعل الغير، دون حاجة لأن تجمع بينهما علاقة عقدية مسبقة، بل تقوم في حالة عدم وجود أي رابطة عقدية بينهما[1].

ثانيا: استعانة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي.

لكي تقوم المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي، يجب أولا أن يقوم المقاول الأصلي بالاستعانة بالمقاول الفرعي، وذلك بشرط عدم وجود بند في العقد الأصلي المبرم بين الأصلي ورب العمل يمنعه من الاستعانة بالمقاول الفرعي، أو تكون شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار، ففي حالة ما إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية، ووكل أمر التنفيذ إلى المقاول الفرعي خرجنا من مجال المسؤولية العقدية عن فعل الغير، إلى مجال المسؤولية العقدية على أساس الخطأ الشخصي[2].

فإذا كانت استعانة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي مخالفا للاتفاق أو ممنوع بنص القانون، فإن المسؤولية عن فعل الإخلال الصادر من الغير، لا تكون مسؤولية عقدية عن فعل الغير، وإنما تكون مسؤولية عقدية قائمة على أساس خطئه الشخصي على اعتبار أن الخطأ العقدي الصادر منه يتمثل في هذه الحالة في مخالفته لشروط العقد الأصلي، الذي أبرمه مع رب العمل[3].

ثالثا: تدخل المقاول الفرعي في تنفيذ عقد المقاولة

يشترط أيضا لقيام هذه المسؤولية أن يكلف المقاول الفرعي في تنفيذ كل أو جزء من محل عقد المقاولة الأصلي[4]، وأن يكون المقاول الفرعي في تنفيذ العقد الأصلي بناء على

1- **محمد حنون جعفر**، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2001، ص 65.
2- **برجم صليحة**، المرجع السابق، ص 101.
3- **بن حالة حاتم**، المرجع السابق، ص 29.
4- **مازة حنان**، المرجع السابق، ص 248.

تكليف ورغبة المقاول الأصلي، إذ من دون أن يعهد المقاول الأصلي إلى المقاول الفرعي، تنفيذ ما التزام به، فلا يمكن الحديث عن هذا النوع من المسؤولية، ذلك أن هذه الأخير إنما تقوم على أساس إدخال المقاول الفرعي في تنفيذ الالتزام، الذي تحمله بموجب العقد الأصلي[1].

أما إذا فُرض المقاول الفرعي على المقاول الأصلي، كأن يكون اختياره من قبل رب العمل أي ادخله في تنفيذ العقد بموجب إرادته المنفردة دون رغبة المقاول الأصلي في ذلك، ففي هذه الحالة لا يكون هذا الأخير مسؤولا عنه وبالتالي لا يسأل عنه، بالتالي يكون رب العمل هو المسؤول عن الإخلال الذي يمكن أن يصدر عنه أثناء التنفيذ[2].

أما اذا كان تدخل المقاول الفرعي من تلقاء نفسه بحيث يتدخل في تنفيذ الالتزام العقدي دون أن تذهب إرادة المقاول الأصلي إلى ذلك، مع عدم وجود أي رابطة قانونية تجمع بينهما، فإن الفعل الضار الصادر عن المقاول الفرعي المتدخل، والذي يؤدى إلى إخلال المقاول الأصلي بتنفيذ التزامه لا يسأل عنه هذا الأخير شخصيا، ولا عن فعل الغير إذا يعتبر أن هذا الفعل من صور السبب الأجنبي، أما إذا ثبت أن المقاول الأصلي لم يقدم أي مجهود لمنعه باعتباره غيرا عن العقد من التدخل في التنفيذ، يكون بذلك مسؤولا شخصية أمام رب العمل وليس مسؤول عن فعل الغير[3]. لذلك لا بد أن تكون هناك علاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي الذي استعانة به لتنفيذ الالتزام، فإذا انتفت هذه العلاقة تنتفي المسؤولية الملقاة على عاتقه، ويعد فعل المقاول الفرعي من قبل السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية[4]، وبالتالي لا يمكن للدائن أو رب العمل مطالبته بالتعويض.

1- **حسن علي الذنون**، المرجع السابق، ص 48.

2- **بوالبردعة نهلة**، المرجع السابق، ص 37.

3- **بوالبردعة نهلة**، المرجع نفسه، ص 37.

4- **سامي مصطفي عمار الفرجاني**، "**المسؤولية العقدية عن فعل الغير**"، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، عدد6، يونيو 2015، ص 42.

رابعا: إخلال المقاول الفرعي بالتزام عقدي.

لكي تكون المسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول الفرعي، لابد أن يكون الضرر الحاصل لرب العمل ناتجا عن فعل المقاول الفرعي الذي أوكله المقاول الأصلي تنفيذ جزء أو كل من محل عقد المقاولة، بحيث يتحقق هذا الخطأ عند امتناعه عن التنفيذ، أو تأخيره، أو عند ما يكون التنفيذ معيبا أو جزئيا، وهذا ما قد يلحق ضررا برب العمل[1] .

بالإضافة إلى أنه لا بد أن المدين أي المقاول الأصلي أن يتجرد هو من هذا الإخلال لأن ارتكابه للخطأ بالرغم من الاشتراك مع الغير فيه، فأن المسؤولية تقوم على أساس المسؤولية الشخصية، وليس على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير[2].

الفرع الثالث

مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي

إذا ما توفرت جميع أركان مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي نحو رب العمل، تقوم مسؤولية بلا شك، غير أن السؤال المطروح في هذا الصدد حول مدى إمكانية الإعفاء من هذه المسؤولية.

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 2/178 السالفة الذكر، على جواز إعفاء المدين من تحمل المسؤولية الناجمة عن الغش و الخطأ الجسيم الذي يصدر من الأشخاص الذين يستفد منهم في تنفيذ التزاماته العقدية .

1- **بن حالة حاتم**، المرجع السابق، ص 30.

2- **سامي مصطفي عمار الفرجاني**، المرجع السابق، ص 43.

ويقصد بالشرط المعفي من المسؤولية بأنه الشرط الذي ترفع بموجبه مسؤولية المدين، كما عرفه أحد الشراح **بأنه " الاتفاق على إعفاء المدين من التزامه بالتعويض عن الفعل الضار و منع مطالبته بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة"** [1].

وعرفه أخر بأنه اتفاق يقصد به تعديل أثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد، أو المتولدة عن إتيان عمل غير مشروع بالإعفاء من المسؤولية عن المدين[2].

ويرى الأستاذ السنهوري أنه يمكن أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاول من الباطن، ولا يكون مسؤولا عن الأخطاء الصادرة منه، مستندا في ذلك على أن مسؤولية المقاول الأصلي، في هذه الحالة مسؤولية عقدية ناتجة عن علاقة عقدية خاضعة لإدارة الأطراف، بالتالي يمكن الاتفاق على ما يخالفها[3].

خلاصة القول أن الري الراجح فقهيا و قانونيا ذهب إلى جواز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية، تترتب على عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية و ذلك في حالة ما اذا استعان بالغير لتنفيذها.

هذه المبادئ المقرر في القواعد العامة، لكن عند إسقاطها في مجال المسؤولية المعمارية، فيرى بعض الفقهاء أن بقاء المقاول الأصلي مسؤول عن الأفعال الصادرة عن المقاول الفرعي هو من الأحكام الإلزامية للمقاولة الفرعية، ولا يجوز استبعادها وحجتهم في ذلك أن المشرع كان حريصا على تأكيد هذه المسؤولية، إذ خصص لها صريح وواضح، وذلك بنص المادة 2/564 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:"**و لكن يبقي في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل**".

1- **مقرس سليمان**، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات و الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الأول، الطبعة5، د.د.ن، القاهرة، 1992، ص 636.

2- **محمود جمال الدين زكي**، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء 2، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1990، ص 10.

3- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد...، المرجع السابق، ص 756.

معني ذلك أنه في حالة ما إذا أخل المقاول الفرعي بإحدى الالتزامات الملقاة على عاتقه، كأن يخالف الشروط والمواصفات المتفق عليها، فإن المقاول الأصلي يكون هو المسؤول عنها اتجاه رب العمل، وبذلك يحق لرب العمل الرجوع على المقاول الأصلي باعتباره المتعاقد معه[1]. و لا يمكن لهذا الأخير أن يدفع هذه المسؤولية عن نفسه بإدعائه خطأ المقاول الفرعي، فما يمكنه فعله هو الرجوع بعد ذلك عليه بما دفعه لرب العمل من تعويضات[2].

وقد أقر الأستاذ محمود جمال الدين زكي في كتابه مشكلات المسؤولية المدنية "... **أما مسؤولية المدين في عدم تنفيذ الالتزام العقدي ولو كان يرجع إلى خطأ من استخدمهم أو استعان بهم في تنفيذ، فهي مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن فعل الغير... بحيث يتساوى في دائرة العلاقة العقدية فعل المدين و فعل من يستخدمهم، فيكون خطأهم في تنفيذ العقد خطأ من المدين ... و تكون مسؤولية المدين عن الإخلال بالالتزامات العقدية في كل الأحوال مسؤولية شخصية، سواء عمد إلى تنفيذها بنفسه أو استعان في تنفيذها بغيره ... ولا توجد تبعا لهذا، مسؤولية عقدية عن فعل الغير**"[3].

كما يضيف جانب من الفقه أن السبب في عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية، هو الدفع بالمقاول الأصلي إلى ممارسة الرقابة على المقاول الفرعي، والحرص على تحقيق النتيجة المرجوة من التعاقد، والسير الحسن للمشروع بالإضافة على تسليمه في الوقت المتفق عليه[4]. بالإضافة إلى أن أشترط مثل هذا الاتفاق يؤدي إلى تحقيق نتائج لا يرضيها الأطرف، فرب العمل لا يمكنه مسألة المقاول الأصلي إعمالا لشرط الإعفاء، كما أنه لا يمكنه مسألة المقاول الفرعي إلا على أساس المسؤولية التقصيرية [5] .

1- **مدوري زايدي**، المرجع السابق، ص116.

2-**حمادي جازية مجيدة**، المرجع السابق، ص 111.

3- **محمود جمال الدين زكي**، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ،1978، ص 42

4- **محمد حسن منصور**، المسؤولية المعمارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية،د.س.ن، ص 115.

5- **المير سميرة**، المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي...، المرجع السابق، ص 96.

المبحث الثاني

المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

رغم ما تقدم من الحديث عن مسؤولية المقاول الفرعي العقدية الذي ينصب بالضرورة في نطاق العقد، فإن الإطار العقدي لا ينفي قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي اتجاه الغير، وإذا كان نطاق المسؤولية العقدية تقوم عند الإخلال بأي التزام أخر غير عقدي، وذلك في حالة الإخلال بواجب عام، وهو عدم الإضرار بالغير، وهذا ما يستدعي ضرورة التطرق إلى دراسة كيفية قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي **(المطلب الأول)** تم دراسة الآثار التي يمكن أن تترتب عنها **(المطلب الثاني)**

المطلب الأول

قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

يمكن للمقاول الفرعي أن يرتكب خطأ ليس له علاقة بعقد المقاولة الفرعي، عندئذ يسأل بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية في مواجهة الغير، لأن المسؤولية التقصيرية تثار عند الإخلال بأي التزام غير عقدي، ولتوضيح هذه النقطة كان من الضروري التحدث على نطاق الشخصي الذي يمكن أن تثار هذه المسؤولية اتجاههم **(الفرع الأول)**، وكذا إبراز الصور التي يمكن أن تقوم عليها هذه المسؤولية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

يمكن إثارة المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي، وذلك من قبل الأطراف الذين يملكون الحق في تحريك دعوى المسؤولية التقصيرية، والمتمثلين في كل من رب العمل **(أولا)**، والغير الأجنبي تمام عن عملية البناء **(ثانيا)**، كما تثار مسؤولية المقاول الفرعي التقصيرية من قبل مقاول فرعي أخر **(ثالثا)**.

أولا: المسؤولية التقصرية للمقاول الفرعي اتجاه رب العمل

يمكن لرب العمل أثارة المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي، وذلك في حالة ما إذا ارتكب غشا(**1**) ، أو في الحالة التي يصاب فيها رب العمل بأضرار في جسمه أوفي أمواله التي لا صلة لها بعملية البناء(**2**).

1- حالة الغش:

يجوز لرب العمل أن يرجع على المقاول الفرعي في حالة ما إذا ارتكب غشا أو استعمل طرق احتياله، أو تعمد عدم تنفيذ التزاماته، بموجب دعوى المسؤولية التقصيرية وذلك حماية لرب العمل الذي يكون غاليا غير خبير بهذا المجال، لذلك يعتبر الغش خطأ خارجيا يترتب بموجبه تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية[1].

عادة من يلجأ المعماري إلى الغش من أجل التقليل من تكاليف المقاولة ،ويتم ذلك عن طريق اختصار الوقت والأيدي العاملة، وتكلفة المواد المستخدمة للبناء، بالإضافة إلى الآلات والأجهزة المستخدمة، فاختصار الوقت يتم باختصار سمك الجدران وعمق الأساس، والاقتصاد في التكاليف على الأيدي العاملة، يتم باستخدام الأيدي العاملة الماهرة ولساعات عمل أكثر، إما بالنسبة لتقليل كلفة المواد المستعملة في البناء فيتم بإضافة مواد أخرى غريبة عن طبيعة المادة الملتزمة للبناء[2].

يكفي لتوفير حالة الغش التي تحيز الرجوع بالمسؤولية التقصيرية، أن يتعمد المعماري (المقاول الفرعي) سوء الصنعة مع علمه بأن ذلك سيؤدي لا محالة إلى إحداث خلل في البناء، ولو لم تكن نيته في ذلك الإضرار بالمالك.

1- **شيخ نسيمة**، المرجع السابق، ص68.

2- **بلمختار سعاد**، المرجع السلبق، ص 81.

2- المسؤولية عن الأضرار التي تصيب رب العمل في أمواله، وفي جسمه التي لا صلة لها بعملية البناء:

يكون رب العمل أحرص الأشخاص على إتمام العمل، وبأحسن الكيفيات، وفي أقرب الآجال، وهذا الحرص قد يجعله رائد الحضور لمكان العمل، وهذا الأخير الذي يفسح المجال لإصابته بأضرار والتي قد تصيب ممتلكاته التي لصالة لها بعملية البناء، كتلف سيارته مثلا، كما يمكن أن يصاب هو شخصيا، وذلك من خلال تعرضه لأضرار جسدية أثناء فترة التنفيذ من جراء سقوط أدوات العمل عليه مثلا ،كما قد يتعرض رب العمل لأضرار بعد تسلم البناء، وذلك نتيجة استخدام المقاول الفرعي مواد خطيرة على الصحة[1].

إصابة رب العمل في جسمه قبل تسليم البناء، هنا لا يكون له إلا سبيل واحد للحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابه وهو إثارة المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي، أما إذا حدث الضرر بعد تسليم البناء نتيجة وجود عيب فيه، فإن رب العمل يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية الخاصة متى تحققت شروطها، وهذا اتجاه المسؤولين بها (المقاول الأصلي) ، أما المقاول الفرعي فهو خارج هذا النطاق، بحيث ينتهي ضمان المقاول الفرعي بمجرد تسليم العمل المنجز للمقاول الأصلي مع تمكينه من فحصها والكشف عما بها من عيوب ،فإذا ظهرت العيوب بعد ذلك لايكون المقاول الفرعي مسؤولا عنها[2] .

ثانيا: مسؤولية المقاول الفرعي اتجاه الغير

المقصود بالغير هنا، كل شخص أجنبي تماما عن عملية البناء، كأن يكون الشخص المضرور أحد المارة **(1)**، أو الجيران**(2)**.

1- **بلمختار سعاد**، المرجع السابق، ص 82.

2- **محمد حسين منصور**، المرجع السابق، ص 114.

1-المضرور أحد المارة:

يمكن أن يصاب أحد المارة من جراء عملية البناء بضرر يصيبه إما في جسمه، أو في ماله أو ممتلكاته فيكون لهذا الأخير الرجوع على رب العمل بوصفته مالك، بمفهوم المادة 2/140 [1] من القانون المدني الجزائري، لذا فقد يلتزم بتعويض المار عن الأضرار التي لحقت به، عوضا عن المسؤول الحقيقي وهو المقاول الفرعي، الذي ينتسب إليه العيب الموجود في البناء، ذلك أن المضرور يفضل الرجوع عادة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه الى المالك على أساس أن مسؤولية هذا الأخير مسؤولية مفترضة بقوة القانون، ولكن هذا لا يمنع رجوع المضرور على المقاول الفرعي الإثبات الخطأ من جانبه، وأن يكون الضرر لحق المضرور قد وضع أثناء عملية التشييد لأن ضمان المقاول الفرعي ينتهي بمجرد تسليمه للعمل المعهود له.

2- المضرور أحد الجيران:

يمكن أن يترتب على عملية البناء، الإضرار بالجيران سواء كان ذلك بالمساس بمصالحهم المادية (كتلف الأموال ،هدم المنازل،إصابات بدنية) أو في مصالحهم الأدبية ما كالإزعاج بسبب الضجيج والأتربة، أو حجب الرؤية إلى غير ذلك، يمكن للجار المتضرر في هذه الحالة إما بالرجوع على القائم بأعمال التشييد مباشرة طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، وذلك بغية إصلاح الأضرار التي لحقت به، وذلك بإثبات الخطأ الصادر من المقاول الفرعي الذي ترتب عنه الضرر، وإما أن يقوم بمقاضاة جاره أي رب العمل بدلا من المقاول الفرعي، فحسن الجوار أصبح من الالتزامات القانونية التي تفرض على حق الملكية، ويترتب الخروج عن هذه الالتزامات مسؤولية الجار قبل جاره[2]، وبذلك يمكن أن يرجع عله بموجب المادة 691 من القانون المدني الجزائري التي تتضمن نظرية

1- تنص المادة2/140 من ق م د ج على أنه:" **مالك البناء مسؤول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر ولو كان إنهدما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه**".

2- **محمد حسين المنصور**، المرجع السابق، ص 53.

مضار الجوار غير الملوكة[1]، وبذلك يتجنب الصعوبات التي تصادفه إذا أسس دعواه على القواعد العامة المسؤولية التقصيرية، بحيث يقع عليه أن يثبت المسؤول عن الضرر وإثبات خطئه، وحتي في حالة ما إذا كان الخطأ مفترض، يصعب عليه تحديد الحارس[2].

ومن أجل إثارة مسؤولية رب العمل، لابد أن تكون، هناك علاقة جوار بين الجار المضرور ورب العمل، و لابد أيضا أن تصيب تلك الأضرار الجار المضرور، فإذا ما أصيب الجار بتلك الأضرار التي يمكن أن يصاب بها شخص أخر سواء كان جار أولا فلا يمكن الاستناد إلى مضار الجوار غير المألوفة، بل له أن يثير مسؤولية التقصيرية المقاول الفرعي أو مسؤولية رب العمل باعتباره مالك البناية[3].

ثالثا- مسؤولية المقاول الفرعي اتجاه مقاول فرعي أخر:

عادة ما يفرض محل عقد المقاولة ،أن يلجأ المقاول الأصلي إلى الاستعانة بعدة مقاولين فرعين كل حسب تخصصه، مما يجعله يبرم مع كل واحد منهم مقاولة فرعية، يكون محله عمل معين وبسعر معين وفي آجال محددة، فيكونون بذلك فرقة تعمل في ورشة واحدة[4].

لكن بالرغم من تواجدهم في ورشة عمل واحدة هذا لا يعفي أنهم مرتبطين بعقد فيما بينهم، فلا يلتزم أي منهم بشيء اتجاه الأخر، بالتالي هم بمثابة الغير لبعضهم البعض، لذلك

1- تنص المادة 691 من ق م ج على أنه "**يجب على المالك ألا يتعسف في أستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الأخرين والعرض الذي خصصت له**".

2- **بلمختار سعاد**، المرجع السابق، ص 86.

3- **حمادي جازية مجيدة**، المرجع السابق، ص 149.

4-حمادي جازية مجيدة، المرجع نفسه، ص 151.

إذا تضرر أحد منهم بسبب خطأ صادر من مقاول فرعي أخر أثناء عملية التشييد، يمكن للمتضرر متابعة المسؤول عن الفعل الضار بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية[1].

الفرع الثاني

صور قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

يمكن إثارة المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي بالاستناد إلى فعله الشخصي، وذلك في حالة ما إذا ارتكب خطأ ليس له صلة بعقد المقاولة الفرعي وسبب ضرر للغير **(أولا)**، أو بالاعتماد على أحكام المسؤولية عن فعل الأشياء التي تكون تحت حراسته **(ثانيا)**.

أولا: المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي عن أفعاله الشخصية.

تنص المادة 124 من القانون المدني على أنه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويتسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"

يستخلص من نص المادة أعلاه أنه إذا ما أريد تحريك المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي عن عمله الشخصي، وجب إقامة الدليل على تحقيق أركانها، وهي الخطأ **(1)** الضرر **(2)** وعلاقة السببية**(3)**.

1- الخطأ التقصيري:

تقوم المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي عن فعله الشخصي، إذا صدر خطأ من جانبه، لذا يعتبر الركيزة الأساسية لقيامها، وذلك بسب عدم مراعاته القواعد القانونية التي تمنع القيام بتصرف ما يلحق ضرر بالغير، وبهذا يكون قد وقع في خطأ يسأل عنه مدنيا ويلزمه بالتعويض، وهذا حسب نص المادة 124 المذكورة، ويعتبر الخطأ هو الركن الأول وفي نفس الوقت أساس المسؤولية ذلك أنه لا يكفي وقوع الضرر بفعل للشخص المضرور

1- **بلمختار سعاد**، المرجع السابق، ص 89.

فيلزم المتسبب في ذلك بالتعويض، بل يجب أن يكون هذا الفعل خطأ تقصيريا[1]، وهذا الأخير الذي يقصد به "**الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع إدراك ذلك**"[2].

إذن الخطأ التقصيري هو الإخلال بالالتزام قانوني والالتزام القانوني هو التزام ببذل عناية دائما، فإذا انحرف الشخص عن سلوك اليقظة وعن إدراك، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية للمسؤول، وهو يقوم على تركيب مادي و الذي يتمثل في التعدي ومعنوي يتمثل في الإدراك[3].

بالتالي تترتب مسؤولية المقاول الفرعي الشخصية، وهي تلك المسؤولية التي يتحملها المقاول الفرعي بمفرده دون تدخل أو تضامن مع أي شخص، وذلك في حالة ما أذا أخل بواجب قانوني عام، المتمثل في المساس بحقوق رب العمل المنبثقة عن العقد الأصلي، وباعتبار أن المسؤولية عن الأفعال الشخصية هي مسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات، فإنه يتعين على رب العمل أو الغير المتضرر من أفعال المقاول الفرعي إثبات وإقامة الدليل على وجود خطأ تقصيري من جانب المقاول الفرعي، كمخالفتة[4] للأصول الفنية في التنفيذ المشروع أو استعمال مواد البناء من نوعية رديئة، وذلك حتى يتمكن من الرجوع على المقاول الفرعي لمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

2-الضرر:

يقصد بالضرر بمعناه العام بأنه الأذى الذي يصيب الشخص، نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه[5].

1- **المير سميرة**، المسؤولية المدنية المعمارية...، المرجع السابق، ص 12.

2- **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ـ المسؤولية التقصيريةـ العمل النافع و القانون، الكتاب الثاني، دار الحديث، الجزائر، د.س.ن، ص 31.

3- **شيخ نسيمة**، المرجع السابق، ص85

4- **مازة حنان**، المرجع السابق، ص251.

5- **دهيمي أشواق**، المرجع السابق، ص 46.

وبالتالي لكي تقوم المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي، يجب أن يترتب على الخطأ المرتكب من قبله ضرر يصيب الغير، سواء كان ماديا يصيب المضرور (الغير) في حق من حقوقه التي يحميها القانون، أو في جسمه، أو في ماله، أو تصيبه في مصلحة مادية مشروعة والذي يشترط فيه إن يكون محقق الوقوع فلا يكفي أن يكون محتملا، كما يمكن أن يكون الضرر معنويا يصيب المضرور في مشاعره أو سمعته[1]، ويقع عبء إثبات هذا الضرر على عاتق المضرور بجمع طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية[2] فعلى المضرور أن يثبت أن المقاول الفرعي قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فرتب المسؤولية في ذمته ولكن الإخلال أو الانحراف لابد أن يكون متعلق بالتزام قانوني[3]، وإذا ثبت خطأ المقاول الفرعي، ونجم عن هذا الخطأ ضرر للغير قامت المسؤولية التقصيرية، بغض النظر عن حجمه، فجميع الأضرار مهما صغرت ويمكن أن يفسخ المجال لإعمال المسؤولية التقصيرية، وعلى هذا الأساس ذلك نجد أن الضرر ركن جوهري لا تقوم المسؤولية التقصيرية بدونه، لأن التعويض يقدر بقدر الضرر وانتفائه لا يظل هناك محل للتعويض، والضرر الذي يقبل التعويض عنه هو الضرر المحقق الذي وقع فعلا أو كان وقوعه في المستقبل مؤكدا[4].

3- علاقة السببية:

توفر الخطأ من جانب المقاول الفرعي مع الضرر لا يكفي للقول بقيام مسؤوليته، بل لا بد أن تكون هناك علاقة سببية بين هاذين الأخيرين، والتي يقصد بها في هذه الحالة أن

1- **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للإلتزامات...، المرجع السابق، ص 81.

2- **على على سليمان**، المرجع السابق، ص 162.

3- **أمير فرح يوسف**، المسؤولية المدنية والتعويض عنها طبقا لأحكام القانون المدني وما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني والمبادئ المشفرة لدى محكمة النقض حتى عام 2005، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 68.

4- نقلا عن **خرشوف عبد الحفيظ**، حق ذوى الحقوق في التعويض، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، د.س . ن، ص ص 53-54.

يكون خطأ المقاول الفرعي المدعي عليه هو الذي سبب الضرر الحاصل للغير المدعي في المسؤولية، فإذا انعدمت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا تقوم مسؤولية مرتكب الخطأ حتي ولو كان هذا الأخير بلغ حد كبير من جسامة، فيجب أن يكون الخطأ هو السبب المباشر والناتج للضرر الحاصل، وفي حالة ما إذا أثبت أن الضرر سببه أجنبي عن فعل المقاول الفرعي انعدمت المسؤولية التقصيرية لانعدام العلاقة السببية[1].

لذلك يعتبر هذا الركن الثالث لقيام المسؤولية التقصيرية، و إذا انتفي انعدمت المسؤولية ،وهي تقوم على فكرة مفادها " **لا يمكن مسألة أي شخص قانونا عن الضرر، ما لم يكن قد حرك بفعله المخطئ جملة الوقائع التي أدت مباشرة إلى تحقق الضرر العالم الخارجي**"[2].

ونضيف بأن عبء إثباتها تقع على المدعي المضرور (الغير)، وذلك بجمع طرق الإثبات لكونها تستخلص من الوقائع المادية[3].

تقوم المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي عن فعله الشخصي إذا ما توفرت الأركان الثلاثة، والتي تتمثل في الخطأ التقصيري والضرر بالإضافة للعلاقة السببية القائمة بينهما، إلا أنه يمكن أن ينفي المسؤولية الملقاة على عاتقه عن طريق نفي العلاقة السببية بين خطأ و الضرر الحاصل، وذلك بإثبات السبب الأجنبي المعفي منها.

ثانيا: مسؤولية المقاول الفرعي عن فعل الأشياء التي تكون تحت حراسته

يقصد بالمسؤولية المترتبة عن فعل الأشياء (فكرة الحراسة) التزام الشخص بتعويض ما تحدثه الأشياء التي تكون تحت حراسته من أضرار للغير وأساسه المادة 138 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:" **كل من تولى حراسة الشيء وكانت له قدرة**

1- **المير سميرة**، **المسؤولية المدنية المعمارية**...، المرجع السابق، ص 173.

2- **خرشوف عبد الحفيظ**، المرجع السابق، ص 69.

3- **المير سميرة**، المسؤولية المدنية المعمارية...، المرجع السابق، ص 69.

الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة".

استلزم المشرع الجزائري من خلال هذه المادة شرطان لقيام المسؤولية التقصيرية لمتولي الحراسة عن الأضرار التي تحدثها الأشياء الموضوعة تحت حراسته وهما:

ثبوت الحراسة من جهة و التي يقصد بها السيطرة الفعلية في توجيه ورقابة الشيء والتصرف في أمره، مع القدرة على الاستعمال والتسيير والرقابة، و من جهة أخرى أن يكون الحارس هو صاحب السلطة الفعلية في توجيه ورقابة الشيء الذي يكون تحت حراسته والتصرف في أمره دون أن يخضع في ذلك لأي سلطة من طرف شخص أخر فيما يتعلق باستخدام الشيء محل الحراسة، لأن بذلك يمارس السلطة الفعلية باستقلالية ولحساب نفسه، مما يستنتج إمكانية افتراض الخطأ في الحراسة من جانبه ما يثبت أن الضرر الحاصل قد وقع بفعل هذا الشيء المشمول بحراسته الفعلية[1].

بالتالي فإن المقاول الفرعي يكون مسؤولا عن الأضرر الناجمة عن الأدوات أو المواد التي تكون تحت حراسته للغير باعتبار هو المسيطر الفعلي على الموقع من الناحية المادية، وعلى أساس تمتعه بسلطة الرقابة والسيطرة الفعلية على الانجاز العمل، وبمجرد تسليم المقاول الأصلي للعمل المنجز تنتقل الحراسة إليه[2].

وخلاصة القول أن المقاول الفرعي بالرغم من عدم جعله من الأشخاص المسؤولين عن الضمان العشري، فإنه يسأل بموجب المسؤولية العقدية عن أخطائه اتجاه المقاول الأصلي، وكذا يسأل بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية عن الأضرار اللاحقة بااغير.

1- **أسامة أحمد بدر**، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،2005، ص 33.
2- **مازة حنان**، المرجع السابق، ص265.

المطلب الثاني

أثار قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

تحقق صور المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي الثلاثة، يترتب عنه إلزامية التعويض عن الضرر، أي جبره من خلال رفع دعوى المسؤولية من طرف المضرور **(الفرع الأول)**، و لا يطالب به إلا إذا تحقق الضرر فعلا، وبذلك يكون التعويض أثر للمسؤولية **(الفرع الثاني)** و إذا كان القاضي هو الذي يختص في تقدير التعويض بقدر جسامة الضرر على ضوء الظروف الملابسة للحادث، فإن ذلك قد يكون موضعا مسبق بين الأطراف، وذلك بالاتفاق على تعديل قواعد هذه المسؤولية سواء بالإعفاء أو التخفيض منها أو التشديد فيها **(الفرع الثالث)** مع إمكانية دفع هذه المسؤولية بعد **(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول

دعوى المسؤولية التقصيرية

يترتب على قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي، رفع المضرور لدعوى المسؤولية والتي يقتضي دراستها **(أولا)** مع ذكر أطرافها **(ثانيا)**

أولا: دعوى المسؤولية التقصيرية

يلتزم المقاول الفرعي بالتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه سواء بخطئه الشخصي (المادة124من القانون المدني الجزائري) أو باعتباره متبوعا (المادة 136من القانون المدني الجزائري) أو على أساس حراسة الأشياء (المادة 138من القانون المدني الجزائري). بحيث يكون الغاية منه جبر الضرر الحاصل للغير، ويكون المطالبة به من طرف المضرور بموجب رفع دعوى المسؤولية، والتي يقصدها رفع طلب تعويض عن الأضرار الناجمة عن إخلال بالتزام قانوني، إلى الجهة القضائية المختصة كقاعدة عامة أمام المحاكم المدنية، إلا

أنه إستثناءا من هذه القاعدة. أباح المشرع أن ترفع هذه الدعوى أمام المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى الجنائية، ويتمثل سبب رفعها في إخلال المدعي عليه أي المقاول الفرعي في هذه الحالة بمصلحة مشروعة للمدعي (الغير)، سواء كان الخطأ ثابتا، أو خطأ مفترض يقبل إثبات العكس و لا يقبل ذلك[1].

وتسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل الضار بإنقضاء ثلاث (3) سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور (الغير) بحدوث الضرر من طرف الشخص المسؤول عنه (المقاول الفرعي)، وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار[2].

وهذا ما نصت عليه المادة 133 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "**تسقط دعوى التعويض بإنقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار**" .

ثانيا: أطراف دعوى المسؤولية التقصيرية.

ويتمثل أطراف هذه الدعوى في كل من:

- **المدعي:** وهو الشخص الذي وقع عليه الضرر والذي يثبت له الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر[3] ويتمثل في هذه الحالة في الغير.
- **المدعي عليه:** وهو الشخص المسؤول عن فعله الشخصي الذي ألحق ضررا بالغير[4] ويتمثل في هذه الحالة في المقاول الفرعي الذي تسبب في ضرر للغير سواء كان له صلة بالعقد أو كان أجنبيا تماما عن العقد.

1- **السيد خلف محمد**، دعوى التعويض في المسؤولية التقصيرية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص439.

2-السيد خلف محمد، المرجع نفسه، ص 525.

3- **خليل أحمد حسن قدادة**، المرجع السابق، ص 259.

4- **السيد خلف محمد**، المرجع السابق، ص 431.

في حالة تعدد المسؤولين عن العمل غير المشروع أي تعدد المقاولين الفرعيين، كانوا متضامنين في إلتزامهم بالتعويض عن الضرر، وبذلك يجوز للغير المتضرر بالرجوع على أحدهم لمطالبته بالتعويض عن الضرر كله، بدلا من الرجوع على كل واحد منهم، إلا إذا عين القاضي نصيب كل واحد منهم من التعويض، وذلك ما تقضي به المادة 126 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "**إذ تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض**".

الفرع الثاني

التعويض

يعتبر التعويض أثر للمسؤولية التقصيرية وهذا ما يستدعي التعريف به **(أولا)** مع ذكر أنواعه **(ثانيا)**.

أولا: تعريف التعويض.

يعرف التعويض بأنه وسيلة القضاء لمحو الضرر أو التخفيف من وطأته إذا لم يكن محوه ممكنا، أو الغالب أن يكون هذا التعويض مبلغ من المال يحكم به للمضرور على من أحدث الضرر، ولكن قد يكون شيئا أخر غير المال كالنشر في الصحف والتنويه بحق المدعي في الحكم، كما يعرف أيضا أنه حق مخول للدائن والتزام للمدين يثبتان في ذمتهما عند الإخلال بالالتزام، ويكون إما نقدي إما في شكل ترضيه أخرى مساوية للمنفعة التي كان سينالها الدائن لو لم يتم الإخلال بالالتزام[1].

1- دهيمي **أشوق**، المرجع السابق، ص ص 10-11.

ثانيا: أنواع التعويض.

للتعويض أنواع وهذا ما يتضح من نص المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، وهو ما يتضح من نص المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "**يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيراد مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.**

ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك في سبيل التعويض بأداء بعض الإعلانات تتصل بالفعل غير المشروع".

يتضح من المادة أن التعويض جزاء للمسؤولية التقصيرية يكون تعويضا نقدي، وإن كان يجوز أن يتخذ شكل التعويض العيني، أو التعويض غير النقدي، وسندرس الأنواع الثلاثة تباعا .

1-التعويض النقدي:

وهو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية، و يتمثل في مبلغ ما لي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور[1]، والأصل أن يعطي دفعة واحدة، و لكن إذا اقتضت الظروف غير ذلك، فللقاضي أن يحكم بالتعويض نقدي مقسط أي يعطي على شكل أقساط للشخص المضرور، كما له أن يقرره على أساس إيراد مرتب لمدى حياة الشخص المضرور، ذلك في حالة ما إذا أصيب بعجز كلي أو جزئي دائم، ويضاف إلى ذلك أن

1- **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 266.

القاضي لا يستطيع الحكم بالتعويض النقدي، في حالة ما إذا طالب المضرور بالتعويض العيني[1].

2-التعويض العيني:

يسمي أيضا بالتنفيذ العيني، وهو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المسؤول الخطأ الذي أدي إلى وقوع الضرر، وهذا النوع من التعويض ليس كثير الحصول في إطار المسؤولية التقصيرية كما هو الحال في المسؤولية العقدية، فيلجأ إليه القاضي كلما كان ذلك ممكن فضلا عن ذلك له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لا يتم إزالتها بهذا التعويض[2]، وبالتالي اللجوء إلى عرضه وهو التنفيذ بطرق التعويض إلا أذا استحال التنفيذ العيني أو في حالة اتفاق الدائن والمدين على التعويض صراحة أو ضمنا، فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا، فلا يجوز للدائن رفع هذا العرض[3] وهذا ما نصت عليه المادة 176 من ق م ج: " **إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه**".

3-التعويض غير النقدي:

قد يكون التعويض الذي يحكم به القاضي جبرا لضرر الحاصل المضرور تعويض غير نقدي، لأنه لا يتضمن التزام المدين بأداء مبلغ معين، ولذلك يمكن اعتباره تعويضا من نوع خاص تقتضيه الظروف ويحكم به غالبا في الضرر المعنوي[4].

1- **خليل أحمد حسن قدادة**، المرجع السابق، ص ص 262-263.

2- **بلعقون محمد صالح**، المرجع السابق، ص 53.

3- **السيد عبد الوهاب عرفه**، المرجع السابق، ص 57.

4- دهيمي **أشواق**، المرجع السابق، ص 32 .

في مجال المسؤولية التقصيرية التعويض فيها لا يقتصر على مجرد التعويض العادل بل يتعداه إلى التعويض الكامل، كما يشمل إلى جانب الضرر المتوقع الضرر غير المتوقع[1] بالتالي هذه المسؤولية تسمح للمضرور بالحصول على تعويض كامل إذ يشمل التعويض كل الضرر المباشر سواء كان خسارة لحقت المضرور أو كسبا ضاع عليه، و سواء كان متوقعا أو غير متوقع.

وللقاضي السلطة التقديرية للتعويض الذي يراه الأنسب لجبر الضرر حسب نص المادة 131 المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 التي تنص على أنه: " **يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير**"

فيجب على القاضي أن يقدر التعويض تقدير يكفي لجبر الضرر وإرجاع المصاب إلى مثل حالة قبل وقوع الضار، ويعتمد بذلك بالظروف الشخصية للمضرور، فأساس التعويض يقوم على أساس ذاتي لاعلى أساس موضوعي، فيكون محل لإعتبار حالة المضرور الجسيمة والصحية، كما يقدره من وقت حصول الفعل الضار وليس من وقت رفع الدعوى[2].

الفرع الثالث

إمكانية تعديل قواعد المسؤولية التقصيرية

يمكن اثارة المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي التساؤل حول مدى امكانية تعديل أحكامها سواء بالاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية **(أولا)** أو بالتشديد فيها **(ثانيا)**

1- **السيد عبد الوهاب عرفه**، المرجع السابق، ص 27.

2- **خليل أحمد حسن قدادة**، المرجع السابق ص 267.

أولا : عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية

يكون الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية سواء كان كليا أو جزئيا، حسب التشريع الجزائري باطلا، لأن شرط الإعفاء فيها باطل لمساسه بالنظام العام سواء كانت المسؤولية ناتجة عن خطئه الشخصي للمسؤول، ولو كان يسير أم كانت نتيجة خطأ من يجعله القانون مسؤولا عن أفعالهم، أو ممن يكون تحت رعايته أي كانت نتيجة خطأ[1] هؤلاء سواء كان خطأهم العمدي أو خطأهم الناتج عن الإهمال أو كان جسيما أو يسير، وإن مجرد الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها يشمله القيد الوارد في المادة 178 من الفقرة 03 التي تنص على أنه "**يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي**"

لذلك يعتبر الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ليس كثيرا الحصول عملا كالإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، بسبب عدم إمكانية تعديل أحكامها لأنها من النظام العام، و يأخذ ذات الحكم الإتفاق الذي قد يرمي إلى التخفيف منها بالإعفاء الجزئي، إما بإنقاص مدى التعويض، إما بتقصير المدة التي ترفع فيها دعوى المسؤولية.[2]

ثانيا: الاتفاق على التشديد من المسؤولية التقصيرية

يعرف شرط التشديد من المسؤولية بأنه ذلك الشرط الذي يقضي بمسؤولية المدين في حالة أو الأحوال تكون فيها المسؤولية غير قائمة بموجب القواعد العامة[3].

ويكون ذلك بالاتفاق على أن يتحمل المدين **(المقاول الفرعي)** مسؤولية عدم التنفيذ، ولو كان ذلك يرجع لسبب أجنبي، كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وما يؤيد ذلك المادة 178 من القانون المدني الجزائري التي على أنه " **يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين**

1- **بلمختار سعاد**، المرجع السابق، ص 93.

2- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد...، المرجع السابق، ص 1106.

3- **أحمد سليم فريز نصرة**، المرجع السابق، ص 36.

تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة" ويفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري قد أجاز الاتفاق على التشديد من المسؤولية ، ولا يعتبر ذلك مخالف للنظام العام.

الفرع الرابع

دفع المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على أنه "**إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فله كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطا صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك**"

يثبت من خلال نص المادة أن السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية، إما أن تكون ذات طبيعة موضوعية ليس له علاقة بسلوك الأشخاص، والمتمثل إما في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ **(أولا)** إما أن يكون ذات طبيعة شخصية أي أن يكون سلوك الشخص محل اعتبار ويتمثل في خطأ المتضرر نفسه أو الغير **(ثانيا)**.

أولا: القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

تعتبر القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء وسيلة لدفع المسؤولية، لها تعريف خاص بها **(1)** و **شروط لتطبيقها (2)**.

(1) تعريف القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء:

تعرف القوة القاهرة بأنها حادث غير متوقع ولا يد للشخص فيه. ولا يستطيع دفعه. ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا[1]. مثلها الزلازل البراكين والغارات الجوية، وتعد

1- **عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره**، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني ، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص 87.

من قبيل القوة القاهرة، إلا أن الأمر يختلف بصدد الظواهر الطبيعية كهبوط الأمطار أو حدوث عواصف، فهذه الظواهر يمكن التنبؤ بحدوثها بفضل التقدم العلمي الحديث، و بذلك لا تعتبر قوة قاهرة. إلا إذا خرجت عن التوقع وكان من المستحيل دفعها[1].

وليس هنالك اختلاف بين مصطلحي القوة القاهرة والحادث المفاجئ، فقد جرت التشريعات الوضعية، كما جرى القضاء والفقه على اعتبار أن المصطلحين لهما مدلول واحد، وذلك من حيث الأثر المترتب عنها، والمتمثل في الإعفاء من المسؤولية أو من حيث الشروط الواجب توفرها في كل منها.

ولقد حاول الفقهاء عبثا التمييز بين المصطلحين، فقال بعضهم أن القوة القاهرة هي التي لا يمكن دفعها. أما الحادث المفاجئ هو الذي لا يمكن توقعه، ولكن هنالك شبه اجماع فقها وقضاء، وتشريعا، على ضرورة توفر شرطين فيهما والمتمثلان في عدم إمكانية التوقع وعدم إمكانية الدفع[2].

(2) شروط القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء:

يشترط في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ حتى يمكن اعتبارهما سبب أجنبي تنتفي به العلاقة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الحاصل للمضرور، والتي ترتب دفع المسؤولية عن المقاول الفرعي، عدم امكانية التوقع **(أ)**، **واستحالة الدفع (ب)**،

أ- عدم إمكانية التوقع:

يقصد بذلك عدم توقع توقيت حدوث لقوة القاهرة وليس عدم توقعها، لأن الزلازل والبراكين ظواهر طبيعية ممكنة التوقع في الحياة البشرية إلا أنه لا يمكن معرفة توقيته[3].

1- **بن عمار محجوب**، المرجع السابق، ص 88.

2- **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 195.

3- **بن عمار محجوب**، المرجع السابق، ص 88.

ب- استحالة الدفع:

يقصد بذلك أنها حادثة لا يمكن التغلب أو السيطرة عليها لصفتها القهرية، بحيث أنها لا ترتبط بإرادة المقاول الفرعي، وتجعل من مسألة تنفيذ الالتزام أمر مستحيلا نظرا لعدم إمكانية الدفع [1].

بالتالي متى تحقق في الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة الشرطين المذكورين، انعدمت السببية بين خطأ المقاول الفرعي وضرر الحاصل المضرور، ويترتب عليها إعفاء المقاول الفرعي من مسؤولية التعويض.

ثانيا: خطأ المضرور والغير.

تكون وسائل دفع المسؤولية، ذات طبيعة شخصية، عندما يكون سلوك الشخص محل اعتبار و يتمثل في خطأ المتضرر نفسه(**1**) أو الغير(2) .

1- خطأ المضرور:

إذا وقع الخطأ من الشخص الذي لحق به الضرر، دون أن يكون للمدعي عليه أي المقاول الفرعي قد ارتكب أو وقع منه خطأ ثابت أو مفترض، فإن هذا الأخير لا مسؤولية عليه إذا قام الدليل على أن الضرر الذي وقع للمدعي المضرور ناجم عن خطئه الشخصي، وبالتالي لا يمنح له تعويض كلي، كما قد لا يحكم له به بصراحة المادة 127 السابقة الذكر، وبذلك فإن المقاول الفرعي يعفي من التعريض كليا في حالة ما إذا أثبت أن خطأ المضرور هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، أو إذا أثبت أن خطأ المضرور قد استغرق خطأ المقاول الفرعي[2].

أما في حالة ما إذا اشترك كل من خطأ المقاول الفرعي والمضرور، وكان من الخطأين شأن في إحداث الضرر الذي وقع بالشخص المضرور، ففي هذه الحالة تتوزع

1- **بن عمار محجوب**، المرجع السابق، ص89.

2- **بن عمار محجوب**، المرجع نفسه، ص90.

المسؤولية بينهما بالتساوي حسب جسامة خطأ كل منهما، أما إذا تعذر تقدير الجسامة تتوزع المسؤولية بالتساوي بينهما طبقا لقاعدة تعدد المسؤولين حسب نص المادة 126 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر .

2-خطأ الغير:

يعد من الغير هنا كل شخص أجنبي تماما عن عقد المقاولة، لذا قد يكون هذا الغير هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، فتنتفي به المسؤولية المقاول الفرعي على أن يكون الفعل الصادر من غير متوقعا ولا يمكن دفعه، ولكن إذا كان الفعل الصادر من الغير متوقعا، فإن المقاول الفرعي لا يعفي من المسؤولية، إلا إذا أثبت أنه اتخذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع تأثير هذا افعل على تنفيذ الالتزامات التي ألزم بها[1].

في حالة ما إذا اشترك كل من خطأ المقاول الفرعي وخطأ الغير، في إحداث الضرر، كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير في مسؤولية المقاول الفرعي، فيشترط هنا أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر، فإذا لم يكن فعل الغير خطأ له شأن في إحداث الضرر، و لم يكن له أي تأثير في مسؤولية المقاول الفرعي، فإن هذا الأخير يكون مسؤولا مسؤولية كاملة.

في حالة ما إذا كان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر، اعتبر الخطأ المستغرق هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، بالتالي إذا استغرق خطأ المقاول الفرعي خطأ الغير كان هو وحده المسئول، و لا أثر لخطأ الغير على مسؤوليته، أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المقاول الفرعي، فإن الغير هو المسؤول مسؤوليته كاملة، ولا أثر لخطأ المقاول الفرعي في هذه المسؤولية، ويستغرق أحد الخطأين الأخر إذا كان خطأ معتمد، وكان هو الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الأخر[2].

1- **العوجي مصطفى**، المرجع السابق، ص 109.

2- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد...، المرجع السابق، ص ص 1017-1018.

تناولت هذه الدراسة المركز القانوني للمقاول الفرعي، والذي يعتبر من أهم المتدخلين في تنفيذ عمليات البناء والفن العمراني، ولعل الصعوبات الكبيرة التي تواجه هذا الموضوع إضافة إلى إنتشار المعاملات بالعقود مع العديد من الأشخاص، عدم تنظيم المشرع الجزائري له بشكل كاف.

حاولت هذه الدراسة معالجة موضوع المركز القانوني المقاول الفرعي في عدة جوانب، بحيث تم التطرق أولا إلى تحديد المفهوم الذي قدم المقاولة الفرعية من خلال تعريفها فقها وقانونا مع تحديد الشروط الخاصة بهذا النوع من العقود، مع ذكر الخصائص التي يتميز بها، ثم التطرق إلى التحديد التعريف المقدم للمقاول الفرعي بإعتبار الطرف الرئيسي في عقد المقاولة الفرعية، وكيفية إختياره، مع تحيد محل إلتزامه إضافة إلى تمييزه عن غيره من الأشخاص الذين يمكن للمقاول الأصلي أن يستعين بهم لتنفيذ محل عقد المقاولة الأصلي المبرم مع رب العمل، وهذا ما يترتب عنه نشوء وتعدد العلاقات القانونية تبعا لأطرافها، بحيث يلزم أطراف كل علاقة بما عليهم من واجبات اتجاه الطرف الآخر لتنفيذ عقد المقاولة الفرعي على أكمل وجه، لأن هذا العقد مكمل لعقد المقاولة الأصلي.

فتنشأ علاقة عقدية بين كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، بموجب عقد المقاولة الفرعية، فيلتزم كل طرف بالتزامات معينة إتجاه الطرف الآخر، وتنشأ علاقة بين كل من المقاول الفرعي ورب العمل، وتكون علاقتهما غير مباشرة يتوسطها المقاول الأصلي، لإنعدام أي تعاقد بينهما.

وبموجب ذلك في حالة عدم وفاء المقاول الأصلي بالتزامه الرئيسي وهو دفع الأجر، فإن المقاول الفرعي قد خولت له بعض الضمانات المقررة قانونا لاستيفاء حقه من طرف رب العمل، بالرغم من إنعدام العلاقة التعاقدية.

كما تم تبيان المسؤولية التي يمكن على أساسها مساءلة الطرف المخل بالتزاماته التعاقدية، حيث تعتبر مسؤولية المقاول الفرعي قائمة في حال ظهور عيوب في البناء تهدد

متانة وسلامة نتيجة لفعله الخاطئ، كما توصل هذا البحث إلى أن مصدر هذه المسؤولية متعدد، فيمكن مساءلة المقاول الفرعي وفقا للمسؤولية العقدية بسبب وجود عقد المقاولة الفرعي المبرم مع المقاول الأصلي، أما في مواجهة رب العمل فإن المقاول الفرعي لا يلتزم مباشرة بأحكام عقد المقاولة الأصلي، بحسبان أنه ليس طرفا فيه، بذلك قد تترتب مسؤولية تقصيرية عل عاتقه في حالة إخلاله بالاتزام القانوني العام وهو الاضرار بالغير، بحيث يعتبر المقاول الفرعي كأي شخص عليه واجب باحترام حقوق رب العمل، ويسأل وفقا لقواعد هذه المسؤولية عن الفعل الضار عن الإخلال الذي يحدثه، إذا ما أصاب رب العمل أي ضرر.

تم التوصل من خلال هذه الدراسة المتواضعة أن المقاولة الفرعية هي أسلوب قانوني يتدخل عن طريق الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين في عملية تنفيذ العقود المبرمة أساسا من أجل أداء أعمال معينة، خاصة ما يتعلق مها بالمقاولات المعمارية، أين يكون التعاقد الفرعي حتمية لابد منها.

بحيث نظمها المشرع الجزائري بموجب مادتين وهما المادة 564 و565 من القانون المدني الجزائري، بحيث جعل من الأولى الأساس القانوني لجواز التعاقد الفرعي مع ضرورة إبقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن المقاول الفرعي إتجاه رب العمل، وجعل من المادة الثانية، فقد أقر فيها الحماية القانونية للمقاولين الفرعيين بحيث منح لهم الحق في إقامة الدعوى المباشرة إضافة على حق الإمتياز.

ففي مجال مقالات البناء يولي المقاول إهتمام كبير بالالتزام الملقى عل عاتقه من تنفيذ المشروع حسب المواصفات المحددة والمتفق عليها، وفي ذات الوقت يعمل كل ما في وسعه حتى يتم التنفيذ بأقل كلفة من السعر المحدد في العقد، لأن الفارق المادي الذي يحققه هو هامش الربح الذي يسعى وراءه، وفي سبيل تحقيق ذلك يقوم بالتعاقد مع مقاول أو عدة مقاولين ليؤدوا بدلا عنه بعض من الأعمال الموكلة إليه، أو حتى كلها، لهذا يمثل المقاول

الفرعي حلا استراتيجيا يلجأ إليه المقاول الأصلي لتنفيذ الأعمال التي تعهد بأدائها لصالح رب العمل مستغلا في ذلك الإمكانيات المادية والفنية المتوفرة لدى المقاول الفرعي.

وأهم التوصيات التي يمكن تقديمها بخصوص أن المشرع الجزائري قد أباح أو أجاز للمقاول الأصلي بأن يكل العمل إلى مقاول ثاني كله أو في جزء منه، باستثناء الأعمال التي تكون فيها شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار فيها، وواضح من منطوق المادة 564 من القانون المدني الجزائري، أن رب العمل عندما يوكل المقاول الأصلي بتنفيذ عملية يعتمد كفايته الشخصية، وبذلك لا يحق له إناطة العمل إلى غيره، وهذا الأخير غير منطقي لأن المقاول الفرعي قد لا يكون لديه نفس مؤهلات المقاول الأصلي، إما في الحالات الاعتيادية، فقد أباح المشرع للمقاولة الفرعية على كل أو جزء من العمل وهذا أمر غير منطقي أيضا، إذ يجب على المشرع أن يحظر التعاقد الفرعي على كل العمل، وبنص صريح وذلك لأن المقاول الأصلي، عندما يقوم بإعطاء المقاولة كلها إلى المقاول الفرعي، فهذا دليل على إنتفاء حاجته لتنفيذ المحل عقد المقاولة، وما كان هناك داعي لإبرامه لعقد المقاولة الأصلي مع رب العمل، وخصوصا لعدم وجود رابطة عقدية بين المقاول الفرعي ورب العمل، كما يجب أن يكون التعاقد الفرعي بشروط وهي وجود الرقابة المباشرة على المقاول الفرعي من قبل رب العمل والمقاول الأصلي، ويجب أن تكون هناك علاقة مباشر بين رب العمل والمقاول الفرعي، وذلك بالرجوع المباشر عليه في حالة إخلاله لالتزاماته، دون حاجة على وساطة المقاول الأصلي، مثلما أعطى المشرع الجزائري الحق للمقاول الفرعي وعماله الرجوع بالدعوى المباشرة على رب العمل للمطالبة بحقوقهم كما منح لهم حق الامتياز في حالة توقيع الحجز، وذلك حتى يحدث نوع من التوازن في العلاقات.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

1) الكتب:

1-**البكري محمد عزمي**، موسوعة شرح القانون المدني الجديد العقود المدنية الصغيرة عقد المقاولة، المجلد الثالث، دار النهضة، دار محمود للنشر والتوزيع، د.ب.ن،2003.

2- **مصطفي العوجي**، القانون المدني المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

3- **العمروسي أنور**، التعليق على النصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، الجزء الثالث، مطبعة الرشاد، محرم بك، 1993.

4-ـــــــــــــ، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

5- **الفضلي جعفر**، الوجيز في العقود المدنية البيع –الإيجار- المقاولة دراسة مقارنة في ضوء التطور القانوني معززة بالقرارات القضائية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ،1997.

6- **الفضل منذر**، النظرية العامة للالتزامات ـ مصادر الالتزام دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.

7- **السيد خلف محمد**، دعوى التعويض في المسؤولية التقصيرية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016

8-**عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، من منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

9-ـــــــــــــــــــــ، الوسيط في الشرح القانون المدني ـ العقود الواردة على العمل المقاولة –الوكالة– الوديعة– الحراسة، المجلد الأول، الجزء السابع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998

10- ـــــــــــــــــــــ، شرح القانون المدني ـ النظرية العامة للالتزام ـ نظرية العقد، دار احياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن

11- **محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام و الارادة المنفردة،الطبعة الرابعة،دار الهدى،الجزائر،2009

12- ـــــــــــــــــــــ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية العمل النافع القانون ،الكتاب الثاني،دار الجديد،الجزائر،د.س.ن.

13- **الشواربي عبد الحميد**، التعليق الموضوعي على القانون المدني العقود المسماة(المقاولة– الوكالة– الوديعة–الحراسة–عقود الضرر المقامرة والرهان– لراتب مدى الحياة– التأمين– الكفالة) الجزء السابع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002

14- **أمير فرج يوسف**، المسؤولية المدنية والتعويض عنها طبقا لأحكام القانون المدني وما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني والمبادئ المشفرة لدى محكمة النقض في عام 2005، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

15- **أسامة أحمد بدر**، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

16- **بجاوي المدني**، التفرقة بين عقد البيع وعقد المقاولة، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

17- **بوعبد الله رمضان**، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائي، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

18- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري التصرف القانوني- العقد والإدارة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

19- **حسن على الذنون**، المبسوط في شرح القانون المدني المسؤولية عن فعل الغير، دار النشر، الأردن، 2006.

20- **طلبة أنور**، الوسيط في القانون المدني، الإيجار- العارية -المقاولة-التزام المرافق العامة: الوكالة -الوديعة-الحراسة-المقامرة والرهان المرتب لمدى الحياة- التأمين- الكفالة، الجزء الرابع، المكتب الجامعي الحديث، الأزارطية، 2001

21- ـــــــــــ، العقود الصغيرة الشركة -المقاولة- الإلتزام بالمرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، 2004.

22- **محمد حنون جعفر**، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2001.

23- **محمد حسين منصور**، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، د.س.ن.

24- **محمد حسن عبد الرحيم**، العلاقة بين مالك المشروع والمقاول المنفذ المشروع، دار امجد للنشر والتوزيع، 2015.

25- **محمد لبيب شنب**، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

26- **محمد عبد الرحيم عنبر المحامي**، عقد المقاولة دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، د.د.ن، القاهرة، 1977.

27- **محمود جمال الدين زكي**، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، مصر ،1978.

28- ـــــــــــــــــــ، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء 2، مطبعة جامعة، القاهرة ، القاهرة،1990 .

29- **مصطفى عبد السيد الجارحي**، عقد المقاولة من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

30- **مقرس سليمان**، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات والفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الأول، الطبعة 5، د.د.ن، القاهرة، 1992.

31- **نبيل إبراهيم سعد**، التنازل عن العقد –نطاقه– أحكامه، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

32- **عدنان إبراهيم السرحان**، العقود المسماة في المقاولة– الوكالة– الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.

33- **عزت عبد القادر**، عقد المقاولة، دار الألفي، القاهرة، 2001.

34- **علي عوض حسن**، الوجيز في شرح قانون العمل، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.

35- **علي علي سليمان،** النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزائر، 1993 .

36- **قرة فتيحة،** عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

37- **سامي محمد،** الأسس القانونية لعقود الإيجار عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، 2009.

38- **سرايش زكريا،** الوجيز في العقود الخاصة الإيجار –المقاولة- الوكالة- الشركة المدنية، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

39- **خليل أحمد حسن قدادة،** الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

40- **غازي خالد أبو عرابي،** المقاولة من الباطن، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

2: الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ. رسائل الدكتوراه:

1- المير سميرة، المسؤولية المدنية المعمارية،دراسة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة الجيلالي الياس، سيدي بلعباس، 2016.

2- مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة لنيل على الشهادة الدكتوراه، كلية والعلوم السياسية، جامعة وهران 2،الجزائر، 2016.

3- مروش مسعودة، نطاق تطبيق الضمان العشري في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014.

4- شيخ نسيمة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر،2016

ب-مذكرات الماجستير:

1-أحمد سلمي فريز نصرة، الشرط المعدل المسؤولية العقدية في القانون المصري، أطروحة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.

2-**بلعقون محمد الصالح،** المسؤولية العشرية للمستخدمين في عملية البناء، أحكامها وإلزامية التأمين منها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2015.

3-**بلمختار سعاد،** المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

4-**بن حالة حاتم،** المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2018 .

5-**بن عمار محجوب،** المسؤولية العشرية للمتدخلين في نشاط الترقية العقارية بخصوص العناصر التجهيزية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1- ،الجزائر،2014.

6-**برجم صليحة،** المقاولة الفرعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،الجزائر، 2009.

7- **دهيمي أشواق**، أحكام التعويض في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014.

8-**زيداني توفيق**، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010.

9-**حمادي جازية مجيدة**،عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003 .

10- **مدوري زايدي**، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، د.س.ن.

11- **عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره**، مسؤولية المقاول و المهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

12- **عزروق لحسن**، الإطار القانوني لعقد المقاولة البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد إبن باديس، مستغانم، 2016.

13- **عكو فاطمة الزهراء**، إلتزامات رب العمل في عقد مقاولة البناء، بحث لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2005.

14- **خروشوف عبد الحفيظ**، حق ذوي الحقوق في التعويض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، د.س.ن.

3: المجلات والمقالات:

1-**ابراهيم يوسف، "المسؤولية العشرية للمهندس المعماري ومقاول البناء"**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1995، ص ص 671-688.

2- **المير سميرة، "المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي (الباطن)"**، مجلة البدر، العدد التاسع، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017، ص ص 63-94.

3- **الحموي أسامة وتحسين بيرقدار، "عقد المقاولة وإجراؤه بطريقة المناقصة في الفقه الإسلامي"**، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ،المجلد9، العدد الثالث، ،2018. ص ص 43-61.

4- **إبراهيم شاشو، "عقد المقاولة في الفقه الإسلامي"**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، ،المجلد26 ،عدد 02، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2010. ص ص 743-768.

5- **المير سميرة، "المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي (الباطن)"**، مجلة البدر، العدد التاسع، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017، ص ص 63-94.

6- **أسامة الحموي وتحسين بيرقدار، "عقد المقاولة وإجراؤه بطريقة المناقصة في الفقه الإسلامي"**، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ،المجلد9، العدد الثالث، ،2018. ص ص 43-61.

7- **بوالبردعة نهلة،** "مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الفعل الغير"، مجلة العلوم الانسانية، المجلد ب، عدد 49، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتورى، قسنطينة، 2018، ص ص 31-41.

8-**بلجبل عتيقة، "الخطأ كشرط لقيام المسؤولية العقدية للمقاول"**، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2013، ص ص 556-567.

9- **بن عزوز بن صابر، "الحماية المقررة للعمال الأجراء في إطار المقاولة من الباطن في التشريع الجزائري"**، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2016، ص ص 42-65.

10- **سامي مصطفي عمار الفرجاني، "المسؤولية العقدية عن فعل الغير"**، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد6، كلية القانون، جامعة الجبل الغربي، يونيو 2015، ص ص 37-62.

11- **خولة كاظم محمد المعموري، "المسؤولية المقاول والمقاول الفرعي"**، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 24، عدد 01، كلية تكنولوجيا المعلومات، جامعة بابل، د.ب.ن،2012، ص ص 01-12.

4: النصوص القانونية:

أ- النصوص التشريعية:

1-أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج.ج، عدد 78 ، الصادر في 30 ديسمبر 1975.

2- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر .ج.ج، عدد17، الصادر في 25 أفريل 1990.

3-مرسوم تشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994، متعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج ر ج ج، عدد 32، صادر في 25 ماي 1994

4-قانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 متضمن القانون لمدني، ج ر ج ج، عدد44، صادر في 23 يونيو 2005.

5-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج.ج. عدد 2، صادر في 23 أفريل 2008.

6-قانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فيفري 2001، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقاري، ج ر.ج.ج، عدد 14 صادر بتاريخ 06 مارس 2011.

ب- النصوص التنظيمية:

1 ـ القرارات:

- قرار المحكمة العليا رقم 30952/30940، مؤرخ في 16 مارس 1983، صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، منشور بالمجلة القضائية، العدد الأول، الصادر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، 1990.

5: الوثائق:

1-**المهندس عمار الشاهين**، المقاول الثانوي ودوره وأهميته في تنفيذ في تنفيذ المشاريع، 26 نوفمبر 2013، https://ammaralshaheen.wordpress.com.

2- **مدحت مرعبي 3**، المقاولة والمقاول من الباطن ، منتدى المحامين العرب، 10 أفريل 2003.

الفهرس

مقدمة.....01

الفصل الأول: أحكام التعاقد الفرعي.....06

المبحث الأول: عقد المقاولة الفرعية كوسيلة لتنفيذ عقد المقاولة.....07

المطلب الأول: مفهوم عقد المقاولة الفرعية.....07

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة الفرعية.....08

أولا: التعريف بعقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري.....08

ثانيا: التعريف الفقهي لعقد المقاولة الفرعية.....09

الفرع الثاني: شروط عقد المقاولة الفرعية.....11

أولا: وجود عقد أصلي سابق.....11

ثانيا: تبعية العقد الفرعي للعقد الأصلي.....12

ثالثا: قبول رب العمل للمقاولة الفرعية.....12

الفرع الثالث: خصائص عقد المقاولة الفرعية.....14

أولا: عقد المقاولة الفرعية عقد رضائي.....14

ثانيا: عقد المقاولة الفرعية عقد معاوضة.....15

ثالثا: عقد المقاولة الفرعية عقد ملزم للجانبين.....16

رابعا: عقد المقاولة الفرعية من العقود الواردة على العمل.....16

خامسا: استقلالية المقاول الفرعي عن المقاول الأصلي.....17

سادسا: عقد المقاولة الفرعية عقد تبعي.....17

المطلب الثاني: مفهوم المقاول الفرعي.....18

الفرع الأول: تعريف المقاول الفرعي.....18

الفرع الثاني: كيفية اختيار المقاول الفرعي.....20

أولا: إختيار المقاول الفرعي من طرف المقاول الأصلي.....20

ثانيا: إختيار المقاول الفرعي من طرف رب العمل (المقاول الفرعي المسمى).....21

الفرع الثالث: محل إلتزام المقاول الفرعي.....22

أولا: تحديد محل إلتزام المقاول الفرعي.....22

ثانيا: شروط محل إلتزام المقاول الفرعي.....23

الفرع الرابع: الفرق بين المقاول الفرعي وبين مستخدمي المقاول الأصلي.....25

أولا: الفرق بين المقاول الفرعي والعامل.....26

ثانيا: الفرق بين المقاول الفرعي والوكيل.....28

ثالثا: الفرق بين المقاول الفرعي و المتعاقد المتنازل له.....29

المبحث الثاني: العلاقة الناشئة عن عقد المقاولة الفرعية.....30

المطلب الأول: علاقة المقاول الفرعي بالمقاول الأصلي.....31

الفرع الأول: إلتزامات المقاول الأصلي إتجاه المقاول الفرعي.....31

أولا: تمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل.....31

ثانيا: تسلم المقاول الأصلي للعمل بعد إنجازه.....32

ثالثا: دفع الأجر (البدل).....33

الفرع الثاني: إلتزامات المقاول الفرعي إتجاه المقاول الأصلي.....35

أولا: الالتزام بإنجاز العمل.....35

ثانيا: إلتزام المقاول الفرعي بتسليم للعمل المنجز.....39

ثالثا: التزام المقاول الفرعي بالضمان.....39

المطلب الثاني: علاقة المقاول الفرعي برب العمل.....43

الفرع الأول: انعدام العلاقة التعاقدية المباشرة بين المقاول الفرعي برب العمل.....43

أولا: علاقة المقاول الفرعي برب العمل علاقة غير مباشرة.....43

ثانيا: النتائج المترتبة عن إنعدام العلاقة التعاقدية بين المقاول الفرعي ورب العمل.....44

الفرع الثاني: الحقوق المقررة قانونا للمقاول الفرعي اتجاه رب العمل.....45

أولا: الحق في إقامة الدعوى المباشرة.....45

ثانيا: حق الامتياز للمقاول الفرعي عند توقيع الحجز.....49

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية للمقاول الفرعي.....53

المبحث الأول: مسؤولية المقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي.....54

المطلب الأول: المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي.....54

الفرع الأول: المقصود بالمسؤولية العقدية للمقاول الفرعي.....55

الفرع الثاني: شروط المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي.....56

أولا: الخطأ العقدي للمقاول الفرعي.....56

ثانيا: الضرر اللاحق بالمقاول الأصلي.....58

ثالثا: علاقة السببية بين الخطأ المقاول الفرعي والضرر الحاصل للمقاول الأصلي.....59

الفرع الثالث: أسباب قيام المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي.....60

أولا: التأخر في التنفيذ.....61

ثانيا: التنفيذ المعيب للأشغال.....61

المطلب الثاني: حلول المقاول الأصلي محل المقاول الفرعي في المسؤولية اتجاه رب العمل.....62

الفرع الأول: مضمون المسؤولية العقدية للمقاول عن فعل الغير.....63

الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي....66

أولا: وجود عقد صحيح بين رب العمل والمقاول الأصلي.....67

ثانيا: استعانة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي.....68

ثالثا: تدخل المقاول الفرعي في تنفيذ عقد المقاولة.....68

رابعا: إخلال المقاول الفرعي بالتزام عقدي.....70

الفرع الثالث: مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي.....70

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي.....73

المطلب الأول: قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي.....73

الفرع الأول: نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي.....73

أولا: المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي اتجاه رب العمل.....74

ثانيا: مسؤولية المقاول الفرعي اتجاه الغير.....75

ثالثا: مسؤولية المقاول الفرعي إتجاه مقاول فرعي آخر.....77

الفرع الثاني: صور قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي.....78

أولا: المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي عن أفعاله الشخصية.....78

ثانيا: مسؤولية المقاول الفرعي عن فعل الأشياء التي تكون تحت حراسته.....81

المطلب الثاني: أثار قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي.....83

الفرع الأول: دعوى المسؤولية التقصيرية.....83

أولا: دعوى المسؤولية التقصيرية.....83

ثانيا: أطراف دعوى المسؤولية التقصيرية.....84

الفرع الثاني: التعويض.....85

أولا: تعريف التعويض.....85

ثانيا: أنواع التعويض.....86

الفرع الثالث: إمكانية تعديل قواعد المسؤولية التقصيرية.....88

أولا : عدم جواز الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية.....89

ثانيا: الاتفاق على التشديد من المسؤولية التقصيرية.....89

الفرع الرابع: دفع المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي.....90

أولا: القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.....90

ثانيا: خطأ المضرور والغير.....92

خاتمة.....94

قائمة المراجع.....97

الفهرس.....107

ملخص:

تستوجب ضخامة المقاولات وتشعبها تعاون عدة مهارات فنية لغرض تنفيذها وإتمام العمل المراد إنجازه في الوقت المحدد، لذا أجاز المشرع في الفقرة الأولى من نص المادة 564 من القانون المدني السالفة الذكر للمقاول أن يعهد تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر، وإذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض نعه الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية.

ومما ينتج عن التعاقد تعدد العلاقات فتبقى علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي علاقة رب عمل بمقاول ينظمها عقد المقاولة الفرعية، أما بالنسبة لعلاقة المقاول الفرعي برب العمل فتبقى علاقة غير مباشرة إذ لا يربطهما.

الكلمات الدالة: المقاولة، عقد المقاولة، المقاولة الفرعية، خصائص عقد المقاولة، استقلالية المقاول الفرعي، الدعوى، المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية، التعويض