جامعة مولود معمري –تيزي وزو–

كلية الحقوق العلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام المقاولة الفرعية في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق.

تخصص: قانون عقاري

من إعداد الطالبتين:

حموني ذهبية

حادري حكيمة

تحت إشراف الأستاذة

أ.د/ اقلولي ولد رابح صافية

لجنة المناقشة

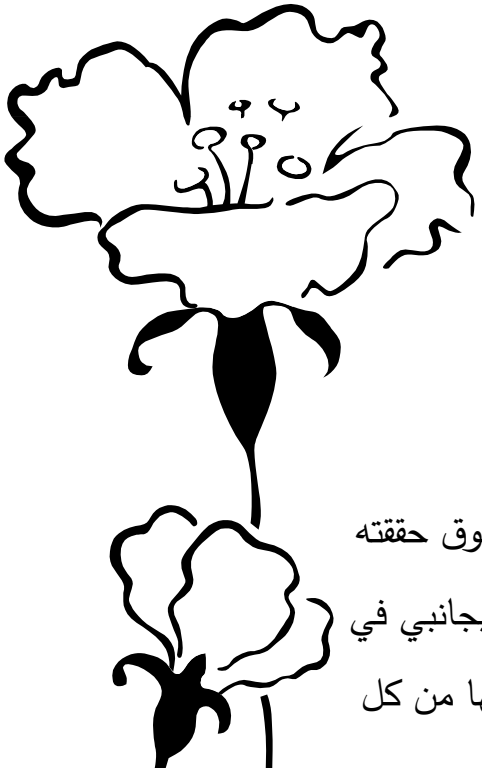
د – قونان كهينة، أستاذة محاضرة "أ" جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا

د– أ.د/ اقلولي ولد رابح صافية ، أستاذة محاضرة "أ" ،جامعة مولود معمري، تيزي وزو...مشرفا ومقررا

د– أوباية مليكة، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2019-2020

بسم الله الرحمن الرحيم



إهداء

إلى أعظم امرأة في حياتي التي كانت وراء كل نجاح وتفوق حققته بفضل دعواتها وتشجيعاتها لي، أمي الغالية التي كانت بجانبي في كل ظروفي، أطلب من الله أن يطيل في عمرها ويحفظها من كل شر.

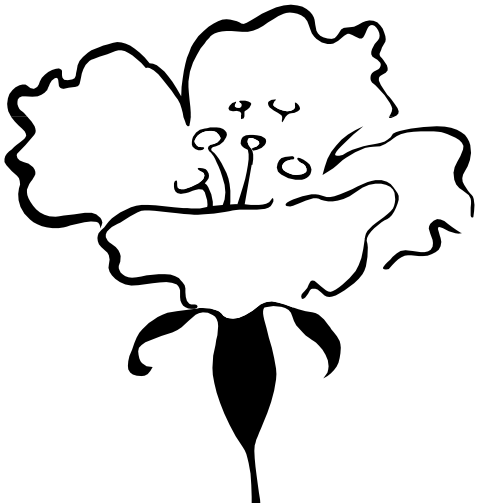
إلى الذي سعى وتعب من أجل تحقيق متطلباتي، أبي، أطال الله في عمره وحفظه من كل شر.

إلى شموع العائلة إخوتي: نادية، احسن، مرزوق، محمد اعراب، إلى كل من زوج أختي طارق حسين وعائلته، وزوجة أخي نورة، وخطيبة أخي سميرة، وكل عائلة عاشوري وخالي يوسف، ودون أن أنسى صغار العائلة ريان، ميساء، ميليسا.

ياسر، وكل من صديقاتي:

ذهبية حسين وزوجها وبنتها، و أوريدة، كاتية، وإلى من شاركتني العمل

حكيمة



إهداء

إلى من حملتني وهنا على وهن والتي أفاضت علي بدعواتها وبركاتها، إلى من جعلت الجنة تحت أقدامها، إلى أمي الغالية.

وإلى والدي العزيز رحمه الله، وجعل مثواه الجنة في منزلة النبيين والصديقين.

وإلى إخوتي كريم وحسين، فبفضلهما وصلت إلى هذا المشوار الدراسي.

إلى أخواتي: فتيحة، نوارة، فريزة، جميلة، سامية، صبيحة، سميرة.

إلى زوجي العزيز رشيد الذي ساعدني على مواصلة هذا العمل، وكل عائلته، وإلى ابنتي الغالية مارية، وإلى صديقتي أوريدة وذهبية التي شاركتني العمل.

ذهبية

شكر وعرفان

نتوجه بداية بالشكر والحمد لله سبحانه وتعالى الذي أعاننا على إتمام هذه المذكرة.

اعترافًا بالفضل والجميل، نتقدم بخالص الشكر والتقدير والامتنان للأستاذة الدكتورة أقلولي أولد رابح صافية، التي أشرفت على هذا العمل، والنصائح والإرشادات التي زودتنا بها والتي ساعدتنا في إنجاز هذه المذكرة، فجزاها الله كل الخير.

كما تتقدم أيضًا بكل الشكر والامتنان إلى عمال وموظفي كلية الحقوق بوخالفة على حرصهم الدائم على خدمة الباحث وراحته.

كما نشكر كل من قدم لنا يد العون من قريب أو بعيد، وساعدنا بأي شكل من الأشكال.

مقدمة

تعتبر المقاولة عقدًا يتم الإقبال عليه بكثرة في حياتنا الاجتماعية والاقتصادية، باعتبار أن أغلب معاملاتنا اليومية تستعين بها من أجل إنجاز خدمات، وهذه الخدمات قد تتعلق بشيء مادي مثل قيام المقاول ببناء منزل أو قيام الميكانيكي بتصليح سيارة، أو قد تتعلق بأداء معنوي مثل قيام المحامي بإعطاء استشارة قانونية أو قيام الطبيب بتشخيص المرض وتحديد العلاج المناسب له.

فعقد المقاولة نشأ حيث يتعاقد رب العمل مع المقاول من أجل إنجاز العمل المتفق عليه، وقد يتعاقد المقاول مع مقاولين فرعيين من أجل إنجاز الأعمال الفنية أو أشغال البناء بالمعايير اللازمة والأصولية لهذه المهمة[1].

فالمقاولة الفرعية اكتسبت مكانة هامة نظرًا لما توفره من مزايا، وقد أكد العديد من رجال الاقتصاد على ضرورة اعتماد المقاولة الفرعية كاستراتيجية اقتصادية في كل القطاعات، خاصة القطاع الصناعي وقطاع المشاريع الإنشائية، نظرًا لدورها المهم باعتبارها المحرك للعلاقات التعاون بين مختلف المؤسسات الاقتصادية، فلقد ساعد هذا الأسلوب على إنشاء مشاريع سكنية في مدة وجيزة بفضل تعاون وجهود كل العاملين في قطاع البناء.

ولقد تدخل المشرع الجزائري من أجل تنظيم هذه المعاملات بمجموعة من القوانين التنظيمية، وذلك من أجل إعطاء استقرار لهذه المعاملات وحفظ حقوق الأطراف المتعاقدة: رب العمل، المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، فقد نظمها في القانون المدني، وفي قانون الصفقات العمومية، وفي القانون التجاري، وفي قانون الترقية العقارية، وأن أول سبب ودافع للبحث عن موضوع المقاولة الفرعية هو تعدد المصطلحات المستعملة في النصوص التشريعية، فالبعض استخدم مصطلح المقاولة الفرعية، والبعض الآخر استعمل مصطلح

1-لحلول حمزة، مذكرة مكملة ضمن متطلبات شهادة الماستر حقوق عند المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري، جامعة زيان عاشور الجلفة 2017-2018

المقاولة من الباطن في حين يعتمد قسم ثالث لفظ التعامل الثانوي، وقسم راجع لفظ المقاولة، بينما يفضل آخرون لفظالتعاقد من الباطن.

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام المقاولة في الفصل الأول من الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل ضمن الكتاب الخاص بالالتزامات والعقود، وذلك بالمواد 549 إلى 570 من القانون المدني الجزائري، حيث المادة 564: 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، لكن يبقى في هذه الحالة مسؤولًا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل.

تعتبر هذه المادة الأساس القانوني لإبرام المقاولة الفرعية وتبين مدى المسؤولية العقدية ما بين رب العمل والمقاول الأصلي، وتحمل مسؤولية المقاول الفرعي أمام رب العمل[1].

أخضع المشرع الجزائري المقاول الأصلي، والمهندس المعماري، ومكتب الدراسات، والمراقب التقني لعدة ضمانات أهمها الضمان العشري، وهو ما يسمى بالضمان المعماري أو المسؤولية العشرية، وألزمهم باكتتاب تأمين يشمل هذا الضمان[2]، بموجبه يضمن الأشخاص المذكورون ما يحدث من تهدم البناء الذي شاركوا في تشييده كليًا أو جزئيًا، ولو كان التهدم بإنشاء عيب في الأرض، ويمتد هذا الضمان مدة عشر سنوات ابتداءً من التسليم النهائي للمشروع إلى صاحبه.

1-برجم صليحة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الحقوق والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 3.

2-المادة 554 ق.م.ج و المادة 178 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية 08 مارس 1995، العدد 13، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية 12 مارس 2006، العدد 15 ص 03.

أما بالنسبة للمقاول الفرعي، بما أنه لا يرتبط بصاحب المشروع بعلاقة تعاقدية، ونظرًا لتعاقده مع شخص مهني وهو المقاول، فلم يخضعه المشرع للضمان العشري، ويكفي خضوعه لأحكام المسؤولية التعاقدية وما ينجم عن عقد المقاولة الفرعية من آثار.

فقد جعل المشرع المقاول الأصلي مسؤولًا عن المقاول الفرعي تجاه صاحب المشروع، طبقًا لنص المادة 564 القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

المسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن مسؤولية شخصية تقوم على خطأ، واجب الإثبات ذلك طبقًا للقاعدة العامة، فهي مسؤولية فردية يتحملها دون مساعدة من شخص آخر، وذلك نتيجة ارتكابه فعلاً مضريًا أو الإخلال بواجبه العام المتمثل في الخلل بحقوق صاحب المشروع التي تنتج عن العقد الأصلي، فإنه يكون مسؤولًا عن هذا الإخلال في نطاق المسؤولية التقصيرية، ويجب على رب العمل إثبات الخطأ التقصيري للمقاول الفرعي.

وللمقاول الفرعي حق في رفع دعوى مباشرة طبقًا لنص المادة 565 من القانون المدني الجزائري، يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاور القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل. ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز، وحقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه تجاه رب العمل. فهذه المادة تعتبر حقًا للمقاول الفرعي في رفع الدعوى المباشرة برب العمل لمطالبته بتسديد ما هو مستحق للمقاول الأصلي، وفي حدود قيمة الدين من أجل استيفاء ديونهم الموجودة على عاتق المقاول الأصلي[1].

1-مازة حنان، أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون الأعمال المقارن، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، جامعة وهران 2015-2016، ص 251.

وهو ما جعلنا نتساءل كيف نظم المشرع الجزائري المقاولة في القانون، وللإجابة على الإشكالية المطروحة، انتهجنا المنهج الاستقرائي لمختلف النصوص القانونية التي عالجت الموضوع، تحليلها ومدى تطبيقها في الواقع.

وقد قمنا بتقسيم الموضوع إلى جزئين، حيث بينا الطبيعة القانونية للمقاولة الفرعية، ثم بحثنا آثار المقاولة الفرعية.

الفصل الأول

الطبيعة القانونية للمقاولة الفرعية.

تعتبر المقاولة الفرعية من العقود المسماة، فقد نظمه المشرع الجزائري في القانون المدني وأخضعه لنفس الشروط العامة كالعقود الأخرى، ولكن لديه شروط خاصة و لازمة لكي لا يكون باطلاً.

وبناءً على ما سبق ذكره سنوضح أكثر بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول مفهوم المقاولة الفرعية، والمبحث الثاني كيفية انعقاد المقاولة الفرعية وأركانها.

المبحث الأول

ماهية المقاولة الفرعية.

اجتمع الفقه على أن المقاولة الفرعية بمفهومها الوارد في القانون المدني صورة تطبيقية لمفهوم العقد من الباطن، وبهذا يكون مرتبطًا بوجود عقد مقاولة سابق يتبعه من كل الجوانب نظرًا لاشتراكها في محل واحد، وللتوضيح أكثر نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول مفهوم المقاولة الفرعية، وهو بدوره قسمناه إلى فرعين: في الفرع الأول تعريف المقاولة الفرعية، وفي الفرع الثاني خصائص المقاولة الفرعية، أما المطلب الثاني فتناول تطبيق المقاولة الفرعية لأحكام وقواعد القانون وتمييزه عن العقود المشابهة له، وهو بدوره قسم إلى فرعين: في الفرع الأول تطبيق المقاولة الفرعية لقواعد القانون الخاص، وفي الفرع الثاني تمييز المقاولة الفرعية عن العقود المشابهة لها.

المطلب الأول

مفهوم المقاولة الفرعية

تعتبر المقاولة الفرعية عقدًا يستند في وجوده وتنفيذه إلى المقاولة الأصلية، فيستحيل وجود المقاولة الفرعية في انعدام هذه الأخيرة، وإنها تبقى من العقود كسائر العقود، لكنها

تتميز بخاصية أنها تخضع للقانون الخاص. وللتوضيح أكثر نبين في هذا المطلب تعريف المقاولة الفرعية وبيان خصائصها.

الفرع الأول

تعريف المقاولة الفرعية

أولاً: التعريف الفقهي

يعرفها الفقه عمومًا عقدًا يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى آخر يدعى مقاولاً فرعياً، بكل أو جزء من محل عقد المقاولة الذي أبرمه الأول مع رب العمل، ما لم يمنع من ذلك.

أما غالبية الفقه يجتمع على أن وصف المقاولة الفرعية لا يثبت إلا ضمن مجموعة عقدية تضم عقدين اثنين وثلاثة أطراف مرتبطين مثنى مثنى: العقد الأول قائم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والعقد الثاني قائم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي[1].

المقاولة الفرعية هي عقد ينفذ بين مقاولين: المقاول من الباطن مع المقاول الأصلي. فالمقاول من الباطن هو الذي يخضع ويقوم ببعض الأعمال الصادرة من المقاول الأصلي بموجب عقد آخر مبرم ثم الاتفاق عليه مسبقًا بين المقاول الأصلي مع رب العمل[2].

ثانياً: التعريف اللغوي:

المقاولة لغة هي أن أصل كلمة "مقاولة" مأخوذ من فعل "قاول مقاولة في الأمر" أي باحثه وجادله[3].

اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين في مدة معينة وأجر محدود.

1-أنور العروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص 105.

2-محمد حسن عبد الرحيم، العلاقة بين مالك المشروع والمقاول المنفذ للمشروع، الطبعة الأولى، دار أسجد، عمان الأردن، 2015، ص 5.

3-منجد اللغة والإعلام، الطبعة السادسة والعشرون، دار المشرق بيروت، لبنان ص 580

ثالثاً: التعريف الاصطلاحي

حدد مفهوم المقاولة الفرعية أو التعاقد الفرعي في القسم الثالث من الفصل الأول المتعلق بالمقاولة، وذلك ضمن الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل.

فلقد اقتصر المشرع ولم يعطي تعريفًا محددًا، وذلك بمقتضى المادة 564 من القانون المدني الجزائري، حيث تعتبر هذه المادة الأساس القانوني لجواز إبرام المقاولة من الباطن، ومن جهة ثانية تعتبر حالة تطبيقية لمفهوم المسؤولية العقدية عن الغير، بعدما قررت بقاء المقاول الأصلي مسؤولًا عن أعمال المقاول الفرعي تجاه رب العمل[1].

أما في قانون الصفقات العمومية، كان المشروع أكثر دقة في تحديد مفهوم التعاقد الفرعي، فقد أورد المرسوم رقم 91-434 من هذا القانون ضمن القسم السادس من الباب الرابع منه تحت تسمية التعامل الثانوي مخصص لها مواد من 94 إلى 97 على أنها تعتبر تعاقد من الباطن.

رابعاً: التعريف القانوني

عرف المشرع الجزائري المقاولة الفرعية في المادة 549 من القانون المدني بأنها "**العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئًا أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر**".[2]

والظاهر أن هذا التعريف مستمد من القانون المصري، أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 171 من القانون المدني كما يلي: "**في الالتزام بعمل قد يكون حكم القاضي**

1-المادة 564 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 أغسطس 1980 المتعلق بالتأمينات؛ القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983؛ القانون رقم 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984 المتضمن قانون المالية 87-19؛ القانون رقم 1987 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية.

2-المادة 549 من نفس الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

بمثابة سند التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام مع مراعاة المقتضيات القانونية والتنظيمية".

«Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles».

الفرع الثاني

تحديد المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته مع أطراف العقد:

أولاً: علاقة المقاول من الباطن بالمقاول الأصلي:

تكون العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن علاقة رب العمل؛ فالمقاول الأصلي يعتبر رب عمل بالنسبة إلى المقاول من الباطن، أما المقاول الفرعي فيعتبر مقاولًا ويترتب عليه التزامات المقاول[1].

فالمقاول الأصلي له مسؤولية في مواجهة رب العمل عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول الفرعي أثناء التنفيذ[2]

وهذا ما قرره المشروع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 564 من القانون المدني الجزائري، التي نصت على أنه "ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولًا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".

فالرغم من إدخال المقاول الأصلي لشخص ثالث (المقاول من الباطن في العملية المسندة إليه)، إلا أنه يبقى ملزمًا نحو رب العمل بتنفيذ المقاولة كأن الشخص الثالث غير موجود.

1-الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على عمل، الجزء الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت لبنان، ص 616-617.

2-محمد حسن منصور، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 1999، ص 114.

إذن المقاول الفرعي ملزم بتنفيذ العمل المسند إليه وفقًا للمقاولة الفرعية وأمام المقاول الأصلي فقط[1].

ثانيًا: علاقة المقاول من الباطن برب العمل

وفقًا لما سبق، تقوم العلاقة العقدية في المقاولة الفرعية بإتمام العلاقة التي تربط بين الأشخاص الثلاثة: المقاول الأصلي ورب العمل والمقاول الفرعي.

الأصل أنه لا وجود لعلاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي، فلا يربطهما أي عقد.

رغم ذلك، تشكل علاقة غير مباشرة بينهما، أي بين المقاول الفرعي ورب العمل توسطهما المقاول الأصلي، فكلا منهما لا يستطيع مطالبة الآخر بطريقة مباشرة. فرجوع كلا الطرفين إلى الطرف الآخر يكون عن طريق دعوى مباشرة، لأن رب العمل ليس طرفًا في العقد[2].

فلقد أورد المشرع الجزائري استثناء يتعلق بأجر المقاول الفرعي المستحق له، حيث منح المشرع الحق في الرجوع مباشرة إلى رب العمل، بذلك منح له حماية قانونية طبقًا للمادة 565 من القانون المدني الجزائري[3].

الفرع الثالث

خصائص المقاولة الفرعية

أولا: المقاولة الفرعية عقد رضائي

يعرف الفقه العقد الرضائي أنه العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي طرفيه فينشأ العقد بمجرد تطابق الإرادتين، فلا تهم وسيلة التعبير شفاهة أو إشارة. فعقد المقاولة الفرعية يقوم

1-برجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر بن خدة، كلية الحقوق، سنة 2008، ص 42-43.

2-الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 616-617

3-المادة 565 من نفس الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري

على مبدأ الرضائية فهو من العقود الرضائية، فيتم انعقاده بمجرد تطابق الإرادتين المتطابقتين، فلا حاجة إلى إفراغ إرادة المتعاقدين في مشكل معين، ووسيلة التعبير قد تكون بالقول أو الإشارة أو الكتابة أو الرسالة أو بالفعل، فالكتابة ليست ضرورية للانعقاد فهي وسيلة للإثبات فقط[1].

فالرضائية هي القاعدة العامة طبقًا لما جاء به نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري، التي تنص: **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.**

فالتراضي كما سبق قوله، هو أساس العقد وقوامه، فلا يقوم بغير توافره، ويقصد بالتراضي اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب[2].

وبعد عقد المقاولة من العقود الرضائية، فيكفي فيها توافق إرادة صاحب المشروع مع إرادة المقاول، إذ لم يشترط المشرع شكليات لإتمام العقد[3].

ثانيا: المقاولة الفرعية عقد معاوضة

فهو العقد الذي يجعل كل من الطرفين أو المتعاقدين على أكمل وجه التبادل، فكلاهما يهدفان للحصول على منفعة. فالمقاول الفرعي يؤدي العمل، وبذلك يحصل على مقابل من الطرف الآخر، المقاول الأصلي، فكلا المتعاقدين يحصلان على مقابل ما التزما به[4].

فالشرع الجزائري عرف عقد المعاوضة على أنه ذلك العقد الذي يلزم كل واحد من طرفيه بإعطاء أو فعل شيء ما، وبالمقابل يحصل كل متعاقد على مقابل لما التزم به.

1-عمرو محمد المارية، دراسة مقارنة في التعويض الاتفاقي في عقود المقاولات دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة المتوفية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر 2017، ص 51.

2-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى سنة 2012 ص 76.

3-بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة سنة 2008 ص 52.

4-عمرو محمد المارية، نفس المرجع، ص 51.

فعقد المعاوضة عكس عقد التبرع، ففي عقد التبرع لا يحصل أحد المتعاقدين على مقابل لما قدمه.

فمن خلال المادة 549 من القانون المدني الجزائري، تنص على أن المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

فعقد المقاولة من عقود المعاوضة لأن صاحب المشروع يدفع أجرًا للمقاول مقابل الالتزام أو العمل الذي يقوم به المقاول، فعلى غرار عقد المقاولة الأصلية تعتبر المقاولة الفرعية من عقود المعاوضة، وباعتبار أن المقاول الأصلي التزم بأداء الأجر للمقاول الفرعي مقابل الأعمال التي قام بها، ويعتبر تحديد الأجر في المقاولة الفرعية شرطًا من شروط التعامل.

فليس كل العقود الملزمة الجانبين عقود معاوضة، لأن حتى عقود التبرع يمكن أن تكون ملزمة الجانبين مثل عقد الهبة.

ثالثا: المقاولة الفرعية عقد ملزم لجانبين

عقد المقاولة الفرعية من العقود الملزمة الجانبين، إذ يشترط التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، أي يعتبر كل متعاقد بموجبه دائنًا ومدينًا في آن واحد[1].

فيكون محل التزام أحد الطرفين سببًا لالتزام الطرف الآخر، ومحل التزام هذا الأخير سببًا لالتزام الطرف الأول، ولذلك اعتبر المشرع العقد ملزمًا لطرفيه متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضًا[2].

1-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2004، ص 60.

2-المادة 55 من القانون المدني الجزائري: "يكون العقد ملزمًا للطرفين متى تبادلا المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضًا من نفس الأمر 07-05 من القانون المدني.

فالمقاولة الفرعية عقد تبادلي ينشأ التزامات لكلا الطرفين ملزم الجانبين، فالمقاول الفرعي يلتزم بأداء العمل المتفق عليه، الذي يتمثل في إنجاز الأعمال محل التعاقد وتسليمها في الوقت المحدد حسب الاتفاق، وبالمقابل يلتزم المقاول الأصلي بتقديم كل ما يلزمه للمقاول الفرعي والالتزام بدفع الأجر متى أنجز العمل المتفق عليه، ويكون المقاول الأصلي مسؤولًا في مواجهة رب العمل على الأخطاء التي يرتكبها المقاول الفرعي في التنفيذ.

وهذا ما أقرته المادة 564 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية، ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولًا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل.

رابعا: المقاولة الفرعية من العقود المهنية

يتصف المقاول من الباطن والمقاول الأصلي بصفة المقاول، فإذا كان التعاقد مباشرة مع صاحب المشروع يكون التعاقد أصليًا، أما إذا كان التعاقد مع المقاول الأصلي يكون التعاقد فرعيًا[1].

وقد أورد المشرع تعريفًا للمقاول فاعتبره "**كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفيًا أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية**"[2].

وطبقًا لنص هذه المادة، فلا يمكن القيام بهذه الأعمال إلا بشخص مهني، فالمقاول الفرعي مثل المقاول الأصلي سواء كان الشخص طبيعيًا أو معنويًا، والطابع المهني للمقاولة على الخصوص واضح من خلال توفر بعض الشروط اللازمة لأداء بعض الأعمال، بشرط على المقاول تقديم كل الوثائق التي تثبت تأهله، فيلتزم بتقديم شهادة التأهيل والتصنيف

1-مازة حنان، أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون الأعمال المقارن، التعاقد من الباطن، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية سنة 2015-2016، ص 30.

2-المادة 03 من القانون 11-04 المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية و الساري المفعول.

وشهادة الجودة وكذا الاعتماد ضمن ملف العرض، وهي الشهادات التي تثبت مهنية المقاول[1].

خامسا: المقاولة الفرعية من عقود الاعتبار الشخصي

هذه العقود هي عقود تُبرم بالنظر إلى شخصية المتعاقد، لهذا يعتبر عقد مقاولة البناء من العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقدين محل اعتبار خاص عند المتعاقد الآخر، وبذلك نجد التساؤل عن مدى صلاحية إبرام عقد المقاولة الفرعية مع مقاول فرعي في ظل الاعتبار الشخصي لعقد المقاولة، أي هل للمقاول الأصلي أن يوكل غيره بتنفيذ المشروع عن طريق التعاقد من الباطن.

ونجد في هذا الصدد فريقين من الفقه الفرنسي بحيث يرى الفريق الأول الهدف الذي يسعى إليه المقاول الأصلي هو العبرة من التعاقد الفرعي فكل العقود التي تبرم على أساس الاعتبار الشخصي يضع فيها الدائن ثقته في المدين.

أما الفريق الثاني يرى بأن فكرة التعاقد الفرعي ترفضها عقود الاعتبار الشخصي، لأن الاعتبار الشخصي أصلا مقرر لمصلحة صاحب المشروع. بما أن عقد المقاولة الفرعية من عقود الاعتبار الشخصي ففي حالة وفاة المقاول أو فقدانه لأهليته فإن العقد يفسخ بقوة القانون ولا ينتقل الالتزام إلى ورثته رغم أن لديهم الخبرة في هذا المجال التي هي مهنتهم إلا في حالة رغبة صاحب المشروع باستمرار العمل وهذا وجب عليه إبرام عقد جديد معهم.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده أجاز للمقاول أن يوكل غيره لتنفيذ المشروع بشرط أن تكون طبيعة العمل الذي يلزم به المقاول بتنفيذه لا يتعلق بكفاءات المقاول الشخصية.

1-المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام.

يجوز اللجوء إلى إنجاز المشروع بالتعاقد الفرعي إلا إذا وجد استثناء يمنع ذلك وهذا يتمثل في وجود بند في عقد المقاولة يمنع التعاقد الفرعي أو أن الأشغال مرتبطة بكفاءات شخصية للمقاول وما عدا هذين الاستثناءين يبقى اللجوء إلى التعاقد الفرعي لتنفيذ المشروع.

محل عقد المقاولة جائز[1].

المؤهلات الشخصية هي تلك الصفات والتصرفات التي تؤثر على تنفيذ العمل على الوجه الصحيح، ومن ضمن هذه المؤهلات السمعة والشهرة بالإضافة إلى خبراته المهنية وقدراته المالية في تنفيذ المشروع ولكن ليس بموجب جواز اللجوء إلى المقاولة الفرعية هذا يسمح له بالتعاقد مع أي شخص كان رغم أن الشرط المانع للتعاقد الفرعي غير موجود وعدم تعلق طبيعة العمل بشخصية المقاول فإن المقاول الأصلي يلجأ إلى التعاقد الفرعي لما يتمتع به المقاول الفرعي من كفاءات مهنية وفنية شخصية المادة 564 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل.

المادة 169 القانون المدني الجزائري:"**في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين**".

أما ما يخص الصفقات العمومية الطابع الشخصي للتعاقد الفرعي يظهر جليا وهذا من خلال ما نص عليه المشرع في الموافقة الصريحة المسبقة للمصلحة المتعاقدة على التعاقد الفرعي وهذا بعد التأكد من المؤهلات والمواصفات والوسائل البشرية والمادية للمقاول الفرعي فلا يحق على المقاول الفرعي أن يسلم الأشغال التي كلف بها من أجل الإنجاز إلى مقاول آخر وهذا تحت مسؤولية المقاول الأصلي[2].

1-مازة حنان، نفس المرجع، ص 33

2-المادة 169 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري

المطلب الثاني

تطبيق المقاولة الفرعية لأحكام قواعد القانون الخاص وتمييزه عن العقود المستخدمة في إنجاز المشاريع

المقاولة الفرعية تتميز ببعض الخصائص الثانوية التي تسمح له بإدراجه ضمن تصنيف معايير لتصنيف المقاولة الأصلية، فيكون لكل عقد الطبيعة القانونية الخاصة كما أن للمقاولة الفرعية خصوصيات في تنفيذ الالتزامات، وللتوضيح أكثر سنتطرق في هذا المطلب إلى تطبيق أحكام وقواعد الخاصة بالمقاولة الفرعية في الفرع الأول وخصوصيات أساسية لتنفيذ التزاماته.

الفرع الأول

تطبيق المقاولة الفرعية لأحكام قواعد القانون الخاص:

أولا: المقاولة الفرعية صفة مدنية

توصف المقاولة الفرعية بأنها عقد مدني تحكمه القواعد الواردة في القانون المدني، فهو الأصل العام ويتحقق هذا الوصف عندما يكون كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي ليس بتاجرين ولم يقوما بعمل يعتبره القانون التجاري من أعمال التجار، ويرتبط على عقد المقاولة الفرعية عقدا مدنيا، أن يقوم الدائن وقبل لجوئه إلى القضاء بأعذار مدنية عند تأخره في تنفيذ التزامه[1].

المقاولة التجارية

يمكن للمقاولة الفرعية أن تكتسب طابع تجاري بالنسبة للطرفين، ولكن يمكن حدوث ذلك التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني تكون أهمية كبيرة بالنسبة له وضعية في نفس الوقت، لأن التعدد القانوني للأعمال التجارية قد ورد على سبيل المثال على الحصر،

1-برجم صليحة، المرجع السابق، ص 65-66.

فالأعمال التجارية في تطور وتزايد مستمر، فليس للمشرع الجزائري القدرة على الإلمام بها وحصرها.

فهذا ما أدى بالفقه في البحث عن معايير التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية، فاقترحت ثلاث معايير تعرف بالعمل التجاري.

فالمعيار الأول يتمثل في معيار المضاربة، وهدفه أن العمل التجاري هو كل عمل أنجز غرضه أو هدفه تحقيق الربح، لكن هذا المعيار لم يسلم من الانتقاد، واقترح معيار الثاني الذي يتمثل في معيار تداول الأموال، بمعنى أن يعد عملا تجاريا كل عمل يدخل فيه تداول الأعمال، أي عمليات الوساطة والإنتاج والاستهلاك النهائي لمنتوج ما، ونجد أيضا هذا المعيار تم انتقاده. أخيرا تم تقديم معيار المقاولة، أي كما يعرف في بعض التشريعات بالمشروع، وهو استعمال وسائل الإنتاج في منظمة دائمة أسست على منشأة مادية، ورغم هذه الدراسات الفقهية، لكن بالعودة إلى أحكام القانون التجاري نجد نوعين من الأعمال التجارية:

النوع الأول: أعمال تجارية موضوعية

وهي أعمال تجارية بذاتها، وتوصف بالنظر إلى طبيعتها الخاصة أو لخصائصها الجوهرية أو لغرضها، وقد عددت المادة (2) القانون التجاري مثل مقاولة البناء أو الحفر، ومقاولة صنع أو شراء أو بيع أو إعادة البيع مثل بيع السفن للملاحة البحرية، وكذلك الأعمال التجارية توصف بحسب شكلها دون النظر إلى صفة الذي يقوم بها، مثل ما هو الحال لعمل وكالات ومكاتب الأعمال[1].

1-برجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر بن خدة، كلية الحقوق سنة 2008-2009، ص 67-66.

النوع الثاني: الأعمال التجارية التبعية

أي أن العمل يكتسب صفة تجارية إذا مارسه التجار أو أمر يتعلق بممارسة تجارية ولحاجات متجرة، فتكون تابعة لهذين العنصرين.

ويرى الفقه أن تطبيق أحكام خاصة على العمل التجاري والتجار تختلف عن التي تسري على العمل المدني وعلى غير التجار، وفيه حماية للدائن ومنحه ضمانات من جهة وتبسيط المعاملات التجارية وسرعة إنجازها.

ومن نتائج اعتبار عقد المقاولة الفرعية عقد تجاري، خضوعه إلى القواعد القانون التجاري، فإن لم يقم بحل أو حكم على مسألة معينة، يجب الرجوع إلى القانون المدني وأعراف المهنة، كذلك اكتساب الشخص المحترف للعمل التجاري صفة التاجر.

وفي حالة توقف عن عدم دفع الديون يطبق عليهما نظام الإفلاس والتسوية القضائية، ويلزم كلا الطرفين بالقيد في السجل التجاري ومسك دفاتر تجارية.

الضمان الجوهري للدائن حتى يتمكن من مطالبة أي واحد منهم بالدين المشترك كاملا، وذلك باعتبار العرف المدنيين بدين تجاري متضامنين، كما أن العرف التجاري يقر أنه لا حاجة لتوجيه أعذار للمدين المختلف عن دفع ديونه، فهذه الأخيرة مستعجلة بمجرد حلول الأجل، لكن إذا تم هذا الأعذار، يجوز توجيهه شفويا أو بمجرد خطاب عادي، وليس من الضروري القيام بمحضر قضائي لأن التجارة تتطلب السرعة في التعامل.

والأكيد أنه عند عدم امتثال المدين، حق للدائن المتحصل على رهن كضمان لهذا الدين التجاري، والتنفيذ على الشيء المرهون بيعه بالمزاد العلني دون حاجة إلى حكم نهائي أو إذن القضاء.

أما في خلاف ذلك، يجب على الدائن اللجوء إلى القضاء، فما هي الجهة القضائية المختصة بذلك أي الدعوى التجارية؟[1]

1-برجم صليحة، المرجع السابق، ص 67-68.

تجد في الاختصاص المحلي أن المشرع أعطى الخيار بين ثلاثة محاكم، فيمكنه اللجوء إلى المحكمة الواقعة في دائرة إبرام العقد، أو المحكمة التي تم الوفاء في دائرة اختصاصها، أو محكمة موطن المدعى عليه.

أما **الاختصاص النوعي:** النظام القضائي الجزائري يقوم على وحدة المحاكم والمجالس القضائية، فالمحكمة هي أول درجة للتقاضي تختص بالفصل في كل النزاعات سواء كانت مدنية أو تجارية، رغم أن في داخلها فروع وأقسام كالقسم المدني والتجاري والعقاري، لكنها ليست لها كيان مستقل، ولكن تم إنشاؤها من أجل تقسيم العمل بين القضاة. فمثلا إذا عرضت على القاضي المدني دعوى تجارية، فلا يمكنه الفصل فيها من تلقاء نفسه لأنه ليس له حق الاختصاص النوعي، وإنما يختار بين إحالتها أمام القسم التجاري، وأما الفصل فيها، فيكون حكمه صحيحا على اعتبار أن المحاكم هي جهات قضائية لها الولاية العامة مع إلزام المدعي بدفع باقي رسوم التسجيل.

ومتى انعقدت الخصومة، جاز للطرفين إثبات ادعاءاتهما مهما كانت قيمتها بكل طرق الإثبات كالبيئة والدفاتر التجارية والفواتير وغيرها من الوثائق، وهذا تطبيقا لمبدأ حرية إثبات المعاملات التجارية المكرس قانونا، والذي تقتضيه الثقة والائتمان من جهة وتأمين السرعة في هذه المعاملات وتبسيط إجراءاتها من جهة أخرى، والنتيجة يجوز إثبات ما يخالف أو ما يجاوز المكتوب بديل غير كتابي، كما يجوز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على غير المتعاقدين دون اشتراط وجود مبدأ ثبوت بالكتابة. إضافة إلى ذلك، إدراج المشرع الجزائري للدفاتر التجارية ضمن وسائل الإثبات فيه الخروج عن القواعد العامة.

باعتماده يكون التاجر صنع دليلاً لنفسه، كما يمكن لخصمه أن يلزمه بتقديم هذه الدفاتر ليأخذ منها دليلاً لمصلحته، من ثم يكون التاجر قد قدم دليلاً ضد نفسه[1].

1-برجم صليحة، المرجع السابق ص 69

عقد المقاولة عقد مختلط

يمكن أن يكتسب عقد المقاولة الفرعية طابع مختلط، وذلك عندما يختلط العمل التجاري بالعمل المدني، فيكون عقد تجاري من طرف المقاول الأصلي وعقد مدني من طرف المقاول الفرعي.

وتشكل هذه الحالة إشكاليات تتعلق بالاختصاص القضائي وقواعد الإثبات، فيجب معرفة الجهة القضائية التي تختص بالفصل في النزاع الخاص بالمقاولة الفرعية المختلط رغم أن النظام القانوني القضائي الجزائري واحد.

ومن أجل تحديد جهة أو القسم المختص في الفصل في هذا النزاع يجب النظر إلى طبيعة عمل المدعى عليه في القضية، فإذا كان العمل تجارياً عليه الاختيار بين القسم المدني أو التجاري، أما إذا كان العمل مدني فليس لديه خيار، فيرفع الدعوى أمام القسم المدني.

أما إذا كان عقد المقاولة الفرعية عقد تجاري بالنسبة للمقاول الأصلي ومدني بالنسبة للمقاول الفرعي، وثار نزاع بينهما، في هذه الحالة يمكن للمقاول الفرعي مقاضاة المقاول الأصلي، فكان يمكنه الخياريين رفع الدعوى أمام القسم المدني أو التجاري.

أما إذا كان المقاول الأصلي هو الذي يقوم برفع الدعوى، فيكون ملزماً بعرضها على القسم المدني التابع للمحكمة المختصة.

ففكرة الاختيار بين القسم المدني أو القسم التجاري ليست من النظام العام، ويجوز للطرفين الاتفاق على طرح أي نزاع بخصوص عقد المقاولة الفرعية إلى أحد القسمين عن طريق إدراج شرط الاختصاص القضائي، فهو جائز قانونياً ومعمول به قضائياً[1].

لكن إذا كان من حق الطرفين تجاوز قواعد الاختصاص، فهل يمكن لهما مخالفة قواعد الإثبات؟

1- برجم صليحة، المرجع السابق، ص 69-70

فهناك قاعدتان أساسيتان للإثبات: ففي المعاملات التجارية يكون حراماً، والمسائل المدنية تكون مقيدة.

بالنسبة للأعمال المختلطة، فالطرف الذي يعتبر العمل تجارياً يجب عليه التقيد بقواعد الإثبات الواردة في القانون المدني، أما الذي يعتبر العمل مدنيًا فيجب له الإثبات ادعاءاته بكل الطرق.

يشترط أن تكون ادعاءات مقبولة تجارياً، بغض النظر عن القسم المطروح أمامه النزاع، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، على اعتبار أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام.

الفرع الثاني

تمييز المقاولة الفرعية عن العقود الأخرى

تعقد المقاولة خصوصيات أساسية، منها خاصية امتلاك عدة طرق لتنفيذ التزاماته، فيتعاقد المقاول مع شخص آخر من الباطن وهو المقاول الفرعي لتنفيذ التزاماته، كما يمكن للمقاول التعاقد مع أشخاص آخرين لتنفيذ التعهدات في إطار الإنابة أو التوكيل.

أولاً: تمييز المقاولة الفرعية عن عقد عمل:

يبرم المقاول عدة عقود في آن واحد لتنفيذ التزاماته، وهما عقد المقاولة الفرعية وعقد العمل، فما هو معيار التمييز بينهما؟

لقد سبق أن عرفنا المقاولة الفرعية في نص المادة 564 من القانون المدني الجزائري على أنه « **يجوز للمقاول أن يوكل بموجبه المقاول إلى مقاول فرعي لتنفيذ العمل في جملته أو جزء منه، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في عقد المقاولة، أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية، مع بقائه مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل ...**»[1]

1-المادة 564 من نفس الأمر رقم 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة لعقد العمل، فلم يعرفه المشرع الجزائري، حيث نصت عليه المادة الثامنة من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل[1].

تم تعديله على أنه « **تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي، وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما، وتنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم وفق ما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقات الجامعية أو الاتفاقيات الجماعية وعقد العمل** »[2].

إذا كان المقاول الفرعي حرفياً، فيكون العقد ذات طبيعة مختلطة وقد يختص بالنزاع القسم المدني للمحكمة، ولكنه لا يطرح إشكال الاختصاص النوعي بين هذه الأقسام، بينما المنازعات الناجمة عن تنفيذ عقد العمل فهي من اختصاص مانع النظر في المنازعات الاجتماعية عامة والمنازعات العمالية خاصة.[3]

ثانياً: تمييز المقاولة الفرعية عن عقد الوكالة:

عرف المشرع الجزائري عقد الوكالة بموجب المادة 571 من القانون المدني الجزائري كما يلي: « **الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل شيء الحساب الموكل وباسمه، لا ينشأ العقد إلا بقبول الوكيل** »[4].

فيجوز للمتعاقد الأصلي أن ينيب غيره في تنفيذ العمل الموكل له، فيختار وكيلاً فرعياً في تنفيذ محل الوكالة الأصلية، ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على إجازة الوكالة الفرعية خلافاً للتعاقد الذي أجازه صراحة.[5]

1-الجريدة الرسمية 2 ماي 1990، العدد 07، ص 562

2-عدل القانون رقم 90-11، لاسيما بالقانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، بالمرسوم التشريعي رقم 94-09 المؤرخ في 26 مايو 1994، بالأمر رقم 96-21 المؤرخ في 09 يوليو1996.

3-المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4-المادة 571 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

5-القسم الثالث من الفصل الأول المتعلق بعقد المقاولة من باب العقود الواردة على العمل للكتاب الثاني من القانون المدني.

ثالثاً: تمييز المقاولة الفرعية عن عقد البيع:

تتميز المقاولة الفرعية عن عقد البيع في أن موضوع المقاولة الفرعية يتمثل في إنجاز عمل معين يتعهد به المقاول مقابل أجر محدد، فقد يتعهد بتقديم العمل و مادته معاً في آن واحد، حيث نصت المادة 550 من القانون المدني الجزائري « **يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً**»[1].

أما عقد البيع فهو عقد يبرم بين البائع والمشتري بنقل الملكية مقابل أجر أو ثمن نقدي، طبقاً لنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن: « **البيع عقد يبرم بمقتضاه البائع أن ينقل المشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي**»[2].

يجوز لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاولة قبل تمام تنفيذه بإرادته المنفردة وفقاً للمادة 566 القانون المدني الجزائري، أما في عقد البيع فلا يجوز للمتعاقدين أن يتحلل بإرادته المنفردة[3].

رابعاً: تمييز المقاولة الفرعية عن عقد الإيجار:

عقد المقاولة يرد على العمل، أما عقد الإيجار يرد على الانتفاع بالشيء المؤجر، ففي كثير من الأحيان يصعب أن نميز بين عقد المقاولة وعقد الإيجار، فيمكن للمقاول في بعض الأحيان أن يستخدم في أداء عمله أشياء ينتفع بها رب العمل بطريقة غير مباشرة، وهذا ما يؤدي إلى تداخل العقدين في كثير من القروض، مثال اتفاق شخص مع مالك البناء بنشر إعلانات على جدران البناء، فهو يعتبر عقد مقاولة إذا التزم صاحب البناء بالقيام بالأعمال اللازمة لإجراء الإعلان، أما إذا اقتصر على تمكين الشخص من إجراء الإعلان اعتبر العقد إيجار.

1-المادة 550 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري المرجع السابق.

2-المادة 351 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري المرجع السابق.

3-المادة 566 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري المرجع السابق.

أما إذا اختلط عقد المقاولة بعقد الإيجار في عملية واحدة يجب في هذه الحالة الأخذ بالأمرين.

الأمر الأول: تحرّي العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد لمعرفة مدى غلبة أحد العقدين على الآخر.

الأمر الثاني: تحرّي التزامات الطرفين التي تؤثر في التكييف القانوني للعقد، إن كان مقاولة انصبت على العمل، أم أنه إيجار انصب على الانتفاع بالشيء المؤجر مقابل أجر معين.

الفرع الثالث

تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة:

من خلال تعريف المقاولة الفرعية قد تلتبس ببعض الحالات المشابهة مثل التنازل عن العقد، مثل عقود العمل، المقاولة، التسيير، الوديعة، الحراسة، بحيث يلتزم طرف بتنفيذ التزام وطرف آخر بدفع الأجر، وهذا ما يتبين لنا فيما يلي[1]:

أولا: تمييز عقد المقاولة عن التنازل عن العقد

التنازل عن العقد هو نقل مركز أحد المتعاقدين في العقد مع ما يمتلكه من حقوق والتزامات إلى الشخص الذي يُتنازل له، فالتنازل عن العقد في حقيقته يتضمن حوالة حق وحوالة دين إلى الذي يُتنازل له، فيمكن أن تكتفي حوالة الحق لكنه يجب إخبار رب العمل، فإذا وافق رب العمل على التنازل فهو انضمام إلى الاتفاق الصحيح والنافذ الموجود بين طرفي المقاول المتنازل والمتنازل إليه عن المقاولة. وهذا يعني أن المقاول المتنازل يترك المسرح العقدي، وهذا بسبب ما فقده من منفعة شخصية في العقد أو بسبب عدم توفر وسائل التنفيذ، بالتالي عند التنازل المقاول عن العقد يصبح من الغير ولا يُسأل عن الالتزامات الواردة في العقد.

1-لحلول حمزة، المرجع السابق، ص 19-20.

التنازل عن المقاولة خلافا للمقاولة الفرعية وكأصل عام ليس جائزًا ما لم يوافق عليه رب العمل، وذلك إما صراحة أو ضمنًا، وإذا لم يكن في العقد شرط يسمح به ففي هذه الحالة يجب على رب العمل أن يرفض التنازل عن العقد لأن المقاولة الفرعية تُستعمل كوسيلة لتنفيذ العقد. المقاول الأصلي ينفذ التزامه عن طريق المقاول الفرعي، والمقاولة الفرعية تفترض بقاء العقد الأصلي وهي تتكفل بتنفيذه بين طرفيه.

يعتبر عقد المقاولة عقد انتقال، ويمكن أن تختلف الشروط، فمثلًا يمكن أن تكون الأجرة في المقاولة الفرعية أقل أو أعلى من الأجرة في المقاولة الأصلية، وهذا الشرط موجود في المقاولة الفرعية، كما أن في المقاولة الأصلية للمقاول الأصلي الحق في وضع شرط جزائي، وذلك خلافًا للتنازل عن العقد الذي يجب أن يكون في عقد واحد وتغيير أحد طرفيه وهو المقاول الأصلي دون أن تتغير شروطه.

ثانيا: تمييز عقد المقاولة في القانون المدني عنها في قانون الصفقات العمومية

لقد وردت المقاولة الفرعية في المرسوم رقم 91-434 المتعلق بالصفقات العمومية في القسم السادس من الباب الرابع منه تحت تسمية التعامل الثانوي، خُصّصت المواد 94 إلى 97، بحيث يقوم التعاقد من الباطن بين المتعامل الأصلي والمتعامل الثانوي، ويقومان بتنفيذ الصفقة من أجل فائدة المصلحة المتعاقدة. نجد نص المادة 94 أجاز فيها المشرع اللجوء للمقاولة الفرعية لتنفيذ جزء من الصفقة فقط، عكس القانون المدني الذي أجاز امتداد المقاولة الفرعية إلى جميع الأعمال المتعاقد بشأنها في عقد المقاولة الفرعية.

أما المادة 95 فالمسؤول الوحيد أمام المصلحة المتعاقدة هو المتعاقد الأصلي عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بها أثناء التنفيذ المعيب للأعمال من قبل المتعاقد الثانوي، وهذا ما نصت عليه المادة 564 من القانون المدني الجزائري:

المادة 564: "**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، ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل"[1].

إضافة للمادة 96 من نفس المرسوم التي تناولت الشروط التي يجب التقيد بها قبل اللجوء للمقاولة الفرعية، كتحديد الأعمال التي تُسند إلى المتعامل الثانوي بصفة صريحة في الصفقة، ويجب أن تتوفر موافقة مسبقة بأن هناك مصلحة للمتعامل الثانوي، على عكس القانون المدني الجزائري الذي لم يشترط موافقة رب العمل على المقاولة الفرعية إلا في حالات خاصة.

فنجد كلًّا من القانون المدني وقانون الصفقات العمومية ذكر فيها أحكام أساسية للمقاولة الفرعية، وهذا من أجل بيان بعض نقاط التشابه والاختلاف بين أحكام المقاولة الفرعية في كل المعاملات سواء كانت عامة أو خاصة[2].

المبحث الثاني

كيفية إبرام المقاولة الفرعية وشروطها:

لا تختلف طرق إبرام المقاولة الفرعية عن تلك المنتهجة لإبرام عقد المقاولات ككل، إلا أن الأمر لا يخرج عن اتباع أحد الأسلوبين، إما التعاقد عن طريق الممارسة أو عن طريق المسابقة. وأن المقاول الأصلي لا يقدم على المقاولة الفرعية إلا بعد أن يتخذ جملة من الإجراءات الاحترازية حتى يتمكن من اختيار المقاول المناسب لأداء العمل المطلوب، ويستلزم في المقاولة الفرعية أركان معينة تتوفر لتكون صحيحة. ومن أجل التوضيح أكثر سنتطرق في هذا المبحث إلى كيفية إبرام المقاولة الفرعية، وقسمنا المبحث إلى مطلبين: في المطلب الأول الطرق المتبعة في إبرام المقاولة الفرعية وقسمنا المطلب إلى فرعين: في الفرع الأول التعاقد بطريقة الممارسة والمسابقة، وفي الفرع الثاني كيفية اختيار المقاول الفرعي. أما

1-المادة 564 من الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

2-لحلول حمزة، المرجع السابق، ص 19-20.

المطلب الثاني شروط إبرام المقاولة الفرعية، وهو بدوره قسمناه إلى فرعين: الفرع الأول الشروط العامة لصحة عقد المقاولة الفرعية، والفرع الثاني الشروط الخاصة لصحة عقد المقاولة الفرعية.

المطلب الأول

الطرق المتبعة في إبرام المقاولة الفرعية

المقاولة الفرعية تُبرم بنفس الطريقة المنتهجة في عقود المقاولات، وبطريقة بسيطة دون اتباع إجراءات معقدة، وذلك بمجرد اتفاق بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، أي يكون التعاقد عن طريق أسلوبين.

الفرع الأول

التعاقد بطريقة الممارسة والمسابقة

أولا: طريقة الممارسة

يتم التعاقد من الباطن عن طريق التراضي، فيكون بعرض من أحد طرفي العقد وقبول من الطرف الآخر، كأن يتقدم المقاول الأصلي من المقاول الفرعي ويطلب منه تنفيذ عمل معين أو يسبقه المقاول الفرعي بهذا العرض، وذلك بعد التفاوض على المسائل الجوهرية وتوافق إرادتهما، فيتم في النهاية إبرام المقاولة الفرعية كعقد. ويعتبر إبرام العقد عن طريق الممارسة الأسلوب الأكثر استعمالًا في المعاملات، إذ يتصل الطرفان مباشرة قصد إنجاز مشروع معين، سواء تعلق الأمر بعقود بسيطة لا تتطلب أموالًا كثيرة أو اتفاقات مباشرة بعد استشارة مثل ما هو الحال في عقود الاستثمار أو المنشآت الضخمة.

ومن الأسباب التي تجعل أحد الطرفين يفضل اللجوء إلى هذا الأسلوب وجود تعامل سابق بينهما أو الرغبة في سرعة الإنجاز أو كان المقاول الفرعي محتكرا لطريقة الصنع والحفاظ على سرية المشروع[1].

ثانيا: طريقة المسابقة

يلجأ المقاول في بعض الحالات إلى طريقة المسابقة بدلًا من استعانته بمقاول من الباطن أثناء إبرام المقاولة الفرعية، فحتى ينفذ المقاول الأصلي المشروع، يبادر إلى طرح مناقصة في وسائل الإعلام ويطلب من المقاولين تقديم عروضهم حول هذا المشروع ويحددون مقابلا للأعمال المراد تنفيذها[2]، فتكون بينهم نوع من المناقصة حتى يسعى كل واحد منهم إلى تقديم عرض مقبول ومطابق للشروط والمواصفات الموضوعة من قبل مقترح المناقصة، ويُشترط في المناقصة أن يكون وصفًا دقيقًا للمشروع من كل النواحي الاقتصادية والفنية، حتى يتمكنوا من تقديم عطاءات واضحة وملائمة.

وتكون المناقصة علنية يتقدم إليها المتسابقون ويقدمون عطاءاتهم علنًا، فترسو المناقصة على من يقدم أقل عطاء مرفق بالتأمينات الكافية ليبرم العقد وفقا للقانون المدني.

وإما أن تكون المناقصة سرية، فتقدم العطاءات ضمن أظرفة مختومة، ويتم فتحها في يوم محدد، على أن يرسو العطاء على من يتقدم بأقل عطاء من المترشحين، ويكون العطاء المقدم هو إيجاب المقاول الفرعي الذي يعرضه لتنفيذ العمل استجابة لدعوة المقاول الأصلي. غير أن هذا الأخير لا يكون ملزمًا بإتمام العقد مع المقاول الذي رست عليه المناقصة إذا ما احتفظ في الإعلان بحق الرفض، فإذا لم يحتفظ بهذا الحق كان ملزمًا بإتمام العقد مع المقاول الفرعي وإلا كان ملزمًا بتعويض هذا الأخير عما أنفقه من مصاريف وما كان يستطيع كسبه لو قام بتنفيذ العمل تطبيقًا للقواعد العامة[3].

1-عزت عبد القادر، عقد المقاولة، القاهرة، دار الألفي، سنة 2001، ص 51.

2-برجم صليحة، المرجع السابق، ص 46.

3-برجم صليحة، المرجع السابق، ص 46.

الفرع الثاني

كيفية اختيار المقاول الفرعي

أ- اختيار المقاول الفرعي من قبل المقاول الأصلي:

يقوم المقاول الأصلي عند اختياره للمقاول الفرعي بالتأكد من هذا الشخص الذي يبرم معه شخص يثق فيه ويرى بأنه قادر على تنفيذ ما طُلب منه، لهذا فالاختيار لا يكون عشوائيًا وإنما يتم بناءً على ما يتمتع به من خبرة فنية ومهنية وما له من إمكانيات مادية، يد عاملة مؤهلة ومتخصصة، فالمقاول الأصلي عند لجوئه للمقاولة الفرعية يتخذ مجموعة من الإجراءات الاحترازية من أجل اختياره للمقاول المناسب لأداء العمل المطلوب.

كما على المقاول الفرعي تقديم بعض الوثائق من بينها نسخة من السجل التجاري أو بطاقة حرفي، وعلى المقاول الفرعي تبيان وضعيته بالإضافة إلى بيان مجمل الأعمال التي قام بها، بالإضافة إلى التأكد من سمعته في سوق المقاولات[1].

ب- المقاول الفرعي المسمى:

في الأصل أن المقاول الأصلي يختار المقاول الفرعي الذي يرتبط معه ويقوم بتنفيذ عقد المقاولة الفرعية، إلى جانب ذلك نجد طريقة أخرى يقوم فيها المقاول الفرعي بالتدخل لتنفيذ المقاولة الأصلية، وهذه الطريقة يقوم بها رب العمل، أي هو الذي يقوم بتعيين المقاول الفرعي بدل المقاول الأصلي بحيث يحدد ويعين له جزءًا معينًا ليقوم به في عقد المقاولة[2].

المطلب الثاني

شروط إبرام المقاولة الفرعية:

بما أن المقاولة من الباطن تنشأ عن تعاقد بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي فإنها تخضع في صحتها لضرورة توافر شروط انعقادها، وتشترك في صحة انعقادها مع كافة

1-برجم صليحة، المرجع السابق، ص 47.

2-برجم صليحة، المرجع السابق، ص 47-48.

العقود فيما يتعلق بالشروط العامة، إضافة إلى شروط خاصة بها يستلزم توافرها حتى يكون التعاقد صحيحًا ومنتجًا لآثاره القانونية، ولهذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، ففي الفرع الأول تناولنا الشروط العامة لصحة عقد المقاولة الفرعية، وفي الفرع الثاني الشروط الخاصة لصحة عقد المقاولة الفرعية.

الفرع الأول

الشروط العامة لصحة المقاولة الفرعية:

لقد بيّن المشرع شروط التعاقد في القسم الثاني من الفصل الثاني المخصص للعقد من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود من القانون المدني، ولذلك فهي شروط عامة لإبرام أي عقد ويؤدي تخلف أي شرط إلى بطلان العقد.

أولًا: التراضي:

ينعقد عقد المقاولة الفرعية بمجرد تطابق الإرادتين، والمقصود بتطابق التعبير عن الإرادة هو التراضي الذي يُعرّف بتطابق الإيجاب والقبول[1].

ولصحة المقاولة الفرعية يجب تطابق الإرادتين بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، فلا يشترط رضا رب العمل كونه ليس طرفًا في العقد.[2]

ولتكون الإرادة سليمة خالية من أي عيب، فالتراضي يكون على العناصر الثلاثة وهي: الإرادة، والعمل الذي يؤديه، والأجر الذي يُدفع أي تحديد المقدار.

ويكون التعبير عن الإرادة إما بصفة صريحة سواء كانت كتابة أو لفظًا أو الإشارة الدالة على الموافقة، أو بصفة ضمنية كالشروع في العمل دون تردد أو تأخير، وفقًا للمادة 60 من القانون المدني الجزائري التي تنص على:"**أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ**

1-المادة 59 من الأمر رقم 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

2-محمد حسين عبد الرحيم، العلاقة بين مالك المشروع والمقاول المنفذ للمشروع، الطبعة الأولى، دار أمجد، عمان، الأردن، 2015، ص 70

والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفًا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".[1]

فالإرادة هي قوام العقد، فإن انعدمت أصبح العقد باطلًا وغير موجود، وهذا ما نصت عليه المادة 78 من القانون المدني الجزائري. وباعتبار أن المقاولة عمل تجاري سواء تعلق الأمر بالمقاولات الأصلية أو المقاولات الفرعية، يُشترط في القائم بها الصفة التجارية[2].

ولصحة التراضي يجب توافر الأهلية لكلا الطرفين، فأهلية المقاول الفرعي هي أهلية الأداء والوجوب وهي بلوغ سن 19 سنة، أما أهلية المقاول الأصلي فهي أهلية التصرف.

ثانيًا: المحل

المحل في المقاولة الفرعية فهو كباقي العقود الأخرى، وهو الشيء الذي يلتزم به المدين بالقيام به. فالمقاول الفرعي يلتزم بتقديم العمل إلى المقاول الأصلي وأداء العمل المسند إليه بمقتضى العقد، والذي يقتضي فيه الوجود والتعيين وجواز التعامل فيه، فلا يجوز أن يكون بإعطاء شيء بل يتعهد بالقيام بعمل قد يكون متصلًا بشيء معين وعرضه وإصلاحه أو تحسينه أو صيانته. فحسب المادة 93 من القانون المدني الجزائري، إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلًا بطلانًا مطلقًا.

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن يكون العمل ممكنًا ويجب أن يكون مشروعًا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، مثل بناء منزل لغرض استخدامه لألعاب القمار، ففي هذه الحالة تكون المقاولة الأصلية باطلة.

1- المادة 60 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري

2-المادة 2 من نفس الأمر 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري

إضافة إلى ذلك نجد المادة 94 من القانون المدني الجزائري التي تبرر أنه يشترط أن يكون العمل معينًا بذاته، ولتعيينه يتم وصفه وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه، ولكن يكفي من أجل التعيين أن يكون العمل قابلًا للتعيين[1].

ثالثًا: السبب:

يقصد بالسبب الغاية التي يصل إليها المتعاقد لتحقيق نتيجة من خلال تنفيذ التزاماته، فهناك سببان للالتزام، وهما: الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، وسبب التعاقد فهو الدافع الباعث إلى التعاقد الذي يجعل المتعاقد يقدم على إبرام التصرف، وهو أمر شخصي يختلف من متعاقد إلى آخر[2].

ويخضع سبب التعاقد في المقاولة الفرعية للأحكام العامة للسبب، وأن السبب ركن من أركان العقد، فيجب أن يكون موجودًا وإلا بطل العقد، ولكن لا يشترط التصريح به في العقد[3].

ويشترط في السبب لعقد المقاولة الفرعية أن يكون مشروعًا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلًا بطلانًا مطلقًا[4].

الفرع الثاني

الشروط الخاصة لصحة عقد المقاولة من الباطن

أولاً: انعدام الشرط المانع

عقد المقاولة الفرعية يصح بصحة العقد الأصلي، لكن لا يكفي هذا الأمر، بل لا يجب أن يكون هناك نص ينص في عقد المقاولة على شرط يمنع من التعاقد الفرعي، المشرع قيد

1-برجم صليحة، نفس المرجع ص 58

2-بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة 2007، بند 19 ص 41

3-مازة حنان، نفس المرجع ص 75

4-المادة 97 من نفس الأمر 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري.

حرية التعاقد وسلطان الإرادة رغم خضوع المقاولة الفرعية له، وهذا لعدم نص العقد الأصلي على بند يمنع اللجوء إلى المقاول الفرعي. بالرجوع للمادة 564 من القانون المدني الجزائري: "**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**".[1]

لكن يبقى في هذه الحالة مسؤولًا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل، "من خلال المادة جعل المشرع جواز اللجوء إلى التعاقد الفرعي في عقد المقاولة الأصلي والشرط المانع هو الاستثناء، والمقصود بالشرط المانع اتفاق رب العمل والمقاول على عدم تكليف شخص آخر بإنجاز العمل".

الفقه بدوره يرى بأنه لا يشترط أن يكون الشرط المانع مذكورًا في العقد، بل يمكن أن يكون بموجب اتفاق لاحق، ويمكن استخلاصه ضمنيًا من ظروف العقد، وفي هذه الحالة يجب أن تكون هناك أدلة قاطعة تثبت إرادة صاحب المشروع وتدل على عدم الموافقة على المقاول الفرعي. فإذا كان هناك شك في وجود شرط مانع ضمني، فيعتبر الشك في معنى المنع، فيُحرم على المقاول التعاقد من الباطن إلا إذا أذن له صاحب المشروع.

الشرط لا يمنع من الاستعانة بأشخاص فنيين وتقنيين لإنجاز المشروع لأنهم يكونون عمالًا عند المقاول بعقد عمل وليس بعقد مقاولة، فهم ليسوا مقاولين من الباطن.

ونجد فرقًا بين الشرط المانع للتعاقد الفرعي، وشرط الحصول على موافقة صاحب المشروع، وهذا ما يميز بين المشاريع الخاصة والمشاريع العامة أو ما يسمى بالصفقات العمومية.

في المشاريع الخاصة يشترط القانون المدني الجزائري، وفي المادة 564، انعدام الشرط المانع من التعاقد الفرعي في عقد المقاولة الأصلية، وهذا لا يعني وجوب موافقة صاحب

1-المادة 564 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

المشروع على المقاول الفرعي ما دام أن العقد الأصلي لا يحمل شرطًا مانعًا ولم يحصل اتفاق لاحق على ذلك المنع قبل التعاقد الفرعي، إلا إذا اشترط صاحب المشروع موافقته بموجب بند صريح. أما المشاريع العامة فقد وضع المشرع شروطًا خاصة للجوء إلى التعاقد الفرعي، إذ اشترط تحديد مجال اللجوء إلى التعاقد الفرعي في الصفقة وفي دفتر الشروط، ويأتي هذا الشرط كتفسير لاشتراط تشريع الصفقات العمومية.

التعاقد الفرعي يكون في جزء من الصفقة، ولا يجوز التعاقد فرعيًا على كامل الصفقة. ولهذا نجد أن التعاقد الفرعي في المشاريع الخاصة يختلف عن التعاقد الفرعي في المشاريع العامة. ولقد أكد قانون الصفقات العمومية على المقاول الحصول على موافقة صاحب المشروع عندما يريد اللجوء إلى التعاقد من الباطن، إضافة إلى ضرورة خلو عقد المقاولة الأصلي من الشرط المانع للتعاقد الفرعي في التشريع المذكور[1].

ويلتزم المقاول أثناء إبرام العقد وخلال فترة سريانه أن يعلم صاحب المشروع عن المقاولين الفرعيين الذين يقاولهم ويخضعهم لموافقته، كما تشترط الأحكام المذكورة ضرورة اعتماد شروط الدفع من قبل صاحب المشروع والخاصة بكل عقد مقاولة من الباطن على حدة.

المشرع الفرنسي كرس مبدأ قبول المقاول الفرعي في كل من مجال الصفقات العامة والخاصة، إذ من واجب كل مقاول يريد تنفيذ عقد أو صفقة أن يلجأ إلى مقاولين فرعيين، وأن يجعل كل واحد منهم مقبولًا من طرف رب العمل، وذلك موافقًا على شروط أداء أجره، وذلك أثناء إبرام العقد أو الصفقة أو أثناء تنفيذها.

وتعود المبادرة بطلب قبول المقاول من الباطن واعتماد شروط الدفع إلى المقاول الأصلي الذي يملك وحده قرار اللجوء إلى المقاولة الفرعية، ولا يملك المقاول الفرعي هذا الحق، أي أن المقاول الأصلي هو الذي يقدم طلب قبول المقاول الفرعي إلى صاحب

1-لحلول حمزة، نفس المرجع ص 32

المشروع، وليس المقاول الفرعي، سوى التأكد من أن طلب قبوله قد قُدم لرب العمل في الوقت المناسب.

كما يلتزم المقاول الأصلي بتبليغ عقود المقاولة لصاحب المشروع، وهو ما طلبه المشرع الفرنسي[1] بموجب القانون 86-13 المؤرخ في 06 يناير 1986 باستحداث المادة 14-1 في القانون رقم 75-1334، التي طالبت وأوجبت على رب العمل في عقود أشغال البناء والأشغال العمومية، إذا كان في عمله هناك مقاول من الباطن في الورشة، أن يعرضه عليه لقبوله أو يقوم بالاعتماد على الشروط من أجل أداء أجره. ويعذر المقاول الأصلي والفرعي من الدرجة الأولى بتنفيذ هذا الإجراء.

ولقد أكد القضاء الفرنسي ذلك حين رتب مسؤولية صاحب المشروع الذي كان على علم بوجود مقاول فرعي لم يعرض قبوله. وطلب القبول لا يشترط له شكل معين، ويقدم عند تقديم العرض، ويكون الطلب كتابة إما في بند خاص من العقد الأصلي، وهي الحالة التي يكون فيها المقاول قد عين مقاولًا فرعيًا يقوم بتنفيذ الأشغال قبل أن يتم التعاقد النهائي، أو يمكن إدراجه في عقد لاحق. ويمكن تقديم هذا الطلب بعد إبرام الصفقة بين صاحب المشروع والمقاول، ويقوم المقاول الأصلي مباشرة بتنفيذ الأعمال وإنجازه، كما يحق له تقديم عرضه قبل التنفيذ، فمن واجبه أن يقدم لصاحب المشروع رسالة مضمونة مع إشعار بالتسلم والتصريح الخاص بالمقاولة الفرعية مع التزامه بتقديم إثبات عدم وجود حوالة للدين قد تحول دون المباشرة.

والقبول يتم إما صراحة أو ضمنًا، فحسب المادة الثالثة من القانون 75-1334 (التي ذُكرت سابقًا)، من واجب المقاول الفرعي الذي يقوم بتنفيذ المشروع أن يجعل رب العمل موافقًا على المقاولين الفرعيين الذين سيقومون بتقديم الأشغال لإنجاز العمل، ولكن هذا قبل تنفيذها. أما القبول الضمني للمقاول الفرعي، فنجد المادة 144-4 من قانون الصفقات

1-لحلول حمزة، نفس المرجع ص 33.

العمومية، فإذا لم تعلن الإدارة رفضها بقرار مكتوب ومعلل خلال إحدى وعشرين يومًا من تاريخ تسلم التصريح أو طلب القبول والاعتماد، فيعتبر المقاول مقبولًا كليًا للمشروع، في حالة ما إذا قرر المقاول الأصلي تنفيذ الأعمال عن طريق التعاقد الفرعي.

ونجد أن المشرع الجزائري لم ينص على حالة رفض القبول وسكوت صاحب المشروع. أما المشرع المغربي فقد جعل الأصل في رفض قبول المقاول الفرعي يخضع للسلطة التقديرية لصاحب المشروع، غير أنه ملزم بتعليل سبب الرفض.

أما القانون الفرنسي فيخضع قبول المقاول الفرعي للسلطة التقديرية لصاحب المشروع الذي يمكنه رفض القبول استنادًا إلى المعلومات المتوفرة لديه، كما يخضع للسلطة التقديرية لرب العمل ولكن يجب أن يكون معللًا مثل قرار الرفض.

فيترتب على عدم مراعاة المقاول للشرط المانع في العقد خضوعه إلى الجزاء الذي تقضي به الأحكام العامة، فيجوز لصاحب المشروع طلب فسخ عقد المقاولة لعدم تنفيذ المقاول لالتزاماته، أو المطالبة بالتنفيذ العيني للمشروع، وذلك بإلزام المقاول الأصلي، وفي حالة الرفض، يحق له المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض[1].

ثانيًا: اشتراط عدم تعلق أعمال البناء محل عقد المقاولة بكفاءات شخصية للمقاول

الشرط المانع ليس هو السبب الوحيد الذي يمنع المقاول من تكليف مقاول من الباطن بإنجاز العمل الموكل إليه من طرف صاحب المشروع، بل إن طبيعة الأعمال بحد ذاتها تحول دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن، وذلك بسبب خصوصية بعض الأعمال التي تستوجب مؤهلات وكفاءات شخصية لدى مقاول معين[2].

ففي حالة ما إذا كانت طبيعة محل عقد المقاولة تفترض الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية، مثال على ذلك أن يكون العمل فنيًا وتُعاقد من أجل إتمامه نظرًا لما يمتلكه من

1-لحلول حمزة، نفس المرجع ص 35.

2-المادة 564 من نفس الأمر 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري.

كفاءة فنية، ففي هذه الحالة لا يمكن للمقاول التعاقد من أجل تلك الأعمال، وهذا ما جاء في نص المادة 564 من القانون المدني الجزائري التي تعطي الحق في التعاقد في المقاولة الفرعية إذا انعدم الشرط المانع أو لم يتعلق العمل بكفاءات شخصية للمقاول.

ونجد بأن الامتناع عن اللجوء إلى المقاولة من الباطن بسبب يتعلق بكفاءات شخصية لدى المقاول يعتبر شرطًا مانعًا لكنه ضمني، ففي الحالة الأولى يمنع من التعاقد الفرعي ويستوجب وجود شرط مانع مصرح كبند من بنود المقاولة الأصلية. أما الحالة الثانية فتتجه إرادة صاحب المشروع إلى التعاقد مع مقاول على أساس كفاءته، وتعد شرطًا مانعًا في التعاقد في المقاولة وهذا بصفة ضمنية. والحالات التي تجسد الحالة الثانية هي التي يتعلق فيها المشروع بإنجاز أعمال فنية من طرف ذوي الحرفة، ففي هذه الحالة يتعاقد مع مقاول حرفي من أجل إنجاز أعمال ترتبط بمؤهلات شخصية. أما إذا كانت الأعمال ليست ذات طابع يدوي فإن صاحب المشروع يتعاقد مع مقاول، وهذا لا يشترط أن يكون حاملًا لصفة الحرفي، وهذا ما يجيز التعاقد من الباطن.

وباعتبار عقد المقاولة من عقود الاعتبار الشخصي، فإنه يفسخ في حالة موت المقاول أو فقدانه لأهليته، فيصبح العقد المبرم بينه وبين صاحب المشروع مفسوخًا بقوة القانون، ولا ينتقل الالتزام بالتنفيذ إلى ورثته لأن الأعمال التي كُلّف بها تتعلق بمؤهلاته الشخصية.

وفي الأخير، فإن إبرام المقاول للمقاولة الفرعية رغم أعمال المقاولة الأصلية ووجود الشرط المانع صراحة في العقد أو ضمنًا (أي لكون العمل يتعلق بمؤهلاته الشخصية) يعد سببًا كافيًا لبطلان العقد الفرعي، ومن حقوق صاحب المشروع فسخ هذه المقاولة المبرمة بينه وبينه، كما نجد من حقوقه المطالبة بالتعويض[1].

1-المادة 564 من نفس الأمر 05-07 المتضمن القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث

غياب الشروط الشكلية الخاصة بالتعاقد الفرعي في مقاولات البناء

يمكن القول في البداية أن لانعقاد العقد يكفي الرضائية أي تطابق التعبير عن إرادتي طرفيه دون الحاجة إلى شكليات معينة، ولكن يمكن للقانون أن يطلب بصفة استثنائية شكليات معينة لانعقاد بعض العقود وترتيب آثارها، مثال على ذلك الكتابة الرسمية أو الشهر وغيرها من الشكليات، وطبقا لنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

وباعتبار أن المشرع الجزائري في عقد المقاولة الأصلية والفرعية لم يشترط شكليات معينة لانعقاده، فيكفي التراضي والشروط الخاصة بهما، عكس العقود المبرمة في الصفقات العمومية التي تشترط أن تكون مكتوبة، سواء صفقات أشغال أو صفقات الخدمات والدراسات، فالكتابة شرط لانعقادها لا تستعمل كوسيلة إثبات فقط، هذا تطبيقا لمبدأ "الفرع يتبع الأصل[1]".

وجاء في نص المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عندما ألزمت المتعامل المتعاقد بتسليم نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة.

فإذا اكتفى عقد المقاولة الفرعية بالتراضي في المشاريع الخاصة قد يؤدي إلى انعقادها شفاهة، فهنا تثار مشكلة الإثبات إذا ما حدث نزاع ويجب عرضه للقضاء.

وفيما يخص هذه الحالة يمكن أن يعتمد المقاول الفرعي على جميع وسائل الإثبات من كتابة وقرائن وأية وسيلة، وترى المحكمة كيفية الأخذ بها باعتبار أن العقد عند إبرامه تكون صفة المتعاقدين، أي المقاولين، صفة تجارية وهنا يخضع لصفة إثبات العقود التجارية[2].

1-المادة 59 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

2-مازة حنان، نفس المرجع، ص 85.

الفصل الثاني

الآثار القانونية للمقاولة الفرعية.

المبحث الأول

الالتزامات الناتجة عن المقاولة الفرعية للفرض اتجاه الآخر

يلتزم كلا المقاولين بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الباطن، لذلك يعتبر من العقود الملزمة للجانبين، فالمقاول الفرعي لديه التزامات يجب تنفيذها اتجاه المقاول الأصلي، أما المقاول الأصلي لديه التزامات نحو رب العمل ليقوم بتسليم العمل المنجز حسب ما تم الاتفاق عليه أثناء هذا العقد، وهذا ما سنحاول توضيحه أكثر من خلال هذا المبحث معرفة الالتزامات العقدية للطرفين التي فرضها المشرع الجزائري.

المطلب الأول

الالتزامات المترتبة عن المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي

تختلف الأعمال التي يكلف بإنجازها المقاول الفرعي حسب نوع المشروع، فقد يكون فيما يتعلق بأشغال الكهرباء أو أعمال التدفئة، فغالبًا ما تقع تلك الأعمال في مقاولات المباني ونظرًا لتعدد الأعمال، فيقوم المقاول الأصلي بالتنازل عن بعض الأعمال للمقاول من الباطن.

الفرع الأول

الالتزام بإنجاز العمل المتفق عليه

للمقاول الفرعي أعمال ينجزها وذلك بالطريقة المتفق عليها طبقًا للشروط الواردة في ذلك العقد، فعليه مراعاة النصوص التشريعية والتنظيمية.

1- العناية اللازمة في إنجاز العمل:

يلتزم المقاول في تنفيذ أعماله لتحقيق غاية كتشييد بناء أو ترميمه أو تعديله أو هدمه، فإنه لا يبرأ من التزامه حتى يقوم بتحقيق نتيجة وينجز العمل المطلوب منه[1].

ويحتاج المقاول الفرعي في إنجاز العمل المتفق عليه إلى أدوات ومهمات لم يتعهد المقاول الأصلي بتنفيذها، فعليه أن يأتي بها وهذا ما نصت عليه المادة 552 من الفقرة الثانية التي تنص على ما يلي: «**وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية ويكون ذلك على نفقته، هذا ما لم يقضِ الاتفاق أو عرف الحرفة ذلك**».

فيفهم من خلال هذه المادة أنه إذا احتاج المقاول لإنجاز العمل إلى أدوات إضافية لم يتم الاتفاق عليها وجب عليه أن يأتي بها ويكون ذلك على نفقته.

ب- جزاء الإخلال بتنفيذ العمل:

القاعدة الأصلية في إنشاء المقاولة الفرعية كعقد هو التنفيذ لدى جميع أطراف العقد سواء كان المقاول الأصلي أو المقاول الفرعي أو رب العمل وذلك لتحقيق المصالح وضمان الحقوق.

فتطبيق القواعد الخاصة المنظمة لعقد المقاولة، فالإخلال بالتنفيذ عن العمل يؤدي إلى انحلال العقد، وللقاضي أن يجيب رب العمل إلى طلبه، كما أنه أن يمهل المقاول وقتًا لتنفيذ التزامه، ولرب العمل أن يشترط حق فسخ العقد إذا ما رأى أن المقاول متأخر في الإنجاز، ولرب العمل أن يطلب تعويضًا عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال المقاول بتنفيذ التزامه ومن صور التعويض المقترنة بالفسخ حالة ترك رب العمل الشيء المصنوع للمقاول إن أخل بالشروط، فلا يتقبله ولا يعطيه أجرًا عنه، وليس لرب العمل انتظار نهاية المدة.

1-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: العقود الواردة على العمل، المقاولة، الوكالة، الوديعة والحراسة، الجزء السابع، المجلد الأول، الإسكندرية، 2011، ص 48.

فتطبيقًا لهذا المبدأ، لقد أورد القانون المدني الجزائري في نص المادة 553: «**إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو منافٍ للعقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعيّنه له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر للإنجاز**».

فإذا كان التزام المقاول ببذل عناية، فإنه يتعين عليه أن يبذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز عمله ولإنجاز الأعمال المطلوب منه، فيحتاج إلى مادة تستخدم كصيغة يقدمها المقاول أو رب العمل.

حيث تنص المادة 551 من القانون المدني الجزائري: «**إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولًا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل، فالمقاول إذا التزم بتقديم المادة، فلابد عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها بشأن المادة**»[1].

فإذا لم يتفق المقاول مع رب العمل على درجة جودة المادة التي يقدمها ولم يتم الاستخلاص من العرف أو من أي طرف آخر، فإنه يلزم بتقديم مادة من صنف متوسط تبعًا للمادة 2/94 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: «**ويكفي أن يكون المحل معينًا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولا يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم بتسليم شيء من صنف متوسط**»[2].

وفي حالة ما إذا قدم رب العمل المادة فعلى المقاول أن يتولى المحافظة على المادة التي سلمت له وأن يبذل عناية الشخص المعتاد، وإلا كان مسؤولًا عن هلاكها أو إتلافها أو

1-المادة 551 من الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

2-المادة 94 الفقرة 2 من الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

سرقتها، كما أنه يتحمل نفقات حفظها لاعتبارها جزءًا من النفقات العامة، كما يجب على المقاول استخدام المادة بالقدر اللازم لإنجاز العمل دون نقص أو زيادة.

تنص المادة 1/552 من القانون المدني الجزائري: «**إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامها، وأن يؤدي حسابًا لرب العمل عما استعمله منها وبالأصول الفنية والعرف التجاري يرد إليه ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفاءته الفنية فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل على نفقة المقاول الأول**».

مثال: أورد الأستاذ محمد لبيب شنب مثالًا على ذلك: تعاقدت فرقة مسرحية مع صاحب مسرح على تقديم بعض الروايات المسرحية خلال أسبوع معين، وقبل حلوله تعاقدت مع صاحب مسرح آخر على التمثيل خلال الأسبوع نفسه، ففي هذه الحالة يجوز لرب العمل أن يفسخ العقد دون انتظار حلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد، وذلك ليتسنى له التعاقد مع فرقة أخرى، وهو ما يكفل له ألا يبقى مسرحه بلا فرقة وهو ما يحدث لو انتظر حلول موعد التنفيذ الأول[1].

فيجوز للمقاول الأصلي المطالبة بالتنفيذ العيني، كما يستطيع طلب فسخ المقاولة من الباطن وله أن يطلب التعويض في حالتين:

إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول من الباطن يقوم به على وجه معين أو منافٍ للعقد، جاز للمقاول الأصلي إنذاره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعيّنه له، فإذا انقضى الأجل دون رجوع المقاول من الباطن إلى الطريقة الصحيحة.

جاز للمقاول الأصلي أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول من الباطن[2].

1-الأستاذ حسين تونسي، انحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى 2007، ص 101.

2-عبد الرزاق أحمد المنهوري، نفس المرجع، ص 87

د- استبعاد الضمان العشري عن المقاول الفرعي

يشترط لقيام الضمان العشري في القانون المدني الجزائري أن يحدث تهدم كلي أو جزئي في البناء أو المنشآت الثابتة أو يظهر عيب مؤثر خلال عشر سنوات تحسب من وقت التسليم النهائي للعمل[1].

لقد أورد المشرع في الفقرة الأولى من المادة 554 من القانون المدني الجزائري ضمانًا خاصًا واستثنائيًا يقع على المهندس المعماري والمقاول عن أي تهدم كلي أو جزئي للمباني أو المنشآت التي يشيدها، أو ما يظهر بها من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته خلال 10 سنوات كاملة، ونصت الفقرة الثانية منها على إخراج المقاول الفرعي من نطاق هذا الضمان[2].

فالضمان العشري مناط بالمقاول والمهندس المعماري فقط باعتبارهما يباشران مهام التشييد والبناء، أما المقاول الفرعي فهو مستبعد من نطاق الضمان.

يتحقق الضمان بقيام سببه، وسبب الضمان إما أن يرجع إلى عيب في التصميم، وإما إلى وجود عيب في التنفيذ، أو أن يرجع إلى وجود عيب في الأرض[3].

ويفسر غالبية الفقه موقف المشرع على أنه أراد حماية رب العمل الحقيقي كونه عادة ما يكون شخصًا عاديا تنقصه الخبرة بفن التشييد والبناء، مما قد يعرضه لتلاعب أو لعدم إتقان المتعاملين معه للأعمال المسندة إليهم أو عدم إخلاصهم في اقتناء المواد والأدوات المستخدمة في إنجاز العمل.

1-عبد الناصر توفيق المطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، بيروت، لبنان، بدون سنة، ص 126.

2-برجم صليحة، نفس المرجع، ص 84.

المادة 554 تنص على: يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئًا من عيب في الأرض.

3-عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة في المقاولة، الوكالة، الكفالة، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 30.

بالمقابل، لا يحتاج المقاول الأصلي في علاقته مع المقاول الفرعي إلى هذه الحماية الاستثنائية الخاصة كون الطرفين متساويين من الناحية الفنية[1].

أما المشرع الفرنسي فقد تبنى نفس الموقف سواء في القانون المدني القديم أو الجديد أو في النصوص المتعلقة بالمسؤولية.

الفرع الأول

الالتزام بتسليم العمل النهائي إلى المقاول الأصلي

يعتبر موضوع تسليم العمل من قبل المقاول الفرعي الهدف الذي يسعى إليه من أجل تحقيق نتيجة، ويكون ذلك عن طريق توفر الشروط المتفق عليها في العقد منها الميعاد المتفق عليه.

أولاً: كيفية التسليم.

جعل المشرع الجزائري التسليم في المقاولة الفرعية أثناء العقد مثله مثل التسليم في عقد البيع، نفس الأحكام والقواعد، فالتسليم هو وضع الشيء المتفق على إنجازه في يد أو تحت تصرف المقاول الأصلي ليتمكن من الانتفاع به بدون أي إشكال أو عائق، ولكن تختلف طريقة التسليم وهذا نظرًا لطبيعة العمل منقولاً أو عقارًا.

فمن خلال المادة 283 من القانون المدني الجزائري يتضح لنا بأن نفقات الوفاء يتحملها المدين، فإن المقاول الفرعي يتحمل هذه النفقات وهذا إذا لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، فيمكن للطرفين المقاول الأصلي والفرعي أن يتقاسما أو يدفعها المقاول الأصلي لوحده لهذه النفقات[2].

ويتحقق التسليم بمجرد وضع المقاول العمل تحت تصرف صاحب المشروع، وهذا ما نصت عليه المادة 558 من القانون المدني الجزائري. ويتم التسليم في المقاولة الفرعية

1-برجم صليحة، نفس المرجع، ص 73.

2-برجم صليحة، نفس المرجع، ص 79

المادة 283 تكون نفقات الوفاء على المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

مستقلاً عن تسلم العمل في المقاولة الأصلية، فمتى أتم المقاول الباطن العمل، ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلي فعليه تسليمه في مدة وجيزة، فموضوع التسليم يعتبر الهدف النهائي الذي يسعى إليه الطرفان.

فجزاء إخلال الالتزام بالتسليم هو طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكنًا، فيجبر المقاول من الباطن على التسليم، وإلا على المقاول الأصلي طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن مع التعويض في الحالتين إذا كان مقتضى، وإذا هلك الشيء وهو في يد المقاول من الباطن قبل تسليمه للمقاول الأصلي بسبب حادث مفاجئ، فيتحمل المقاول الفرعي تبعة الهلاك وليس له الحق في طلب الأجل ولا بأن يرد النفقات[1].

ثانيًا: وقت التسليم.

المشرع في هذا الصدد لم يتعرض إلى زمان التسليم بل اكتفى بما يتفق عليه كلا من المتعاقدين أو ما جاءت به القواعد العامة، ولكن يجب تنفيذ الالتزام عند انتهاء الأجل المحدد، فنجد ميعاد التسليم في المقاولة الفرعية مختلفًا عن الميعاد في المقاولة الأصلية، ففي المقاولة الأصلية المقاول الأصلي ملزم بتسليم العمل مطابقًا للمواصفات المتفق عليها وفي الوقت المحدد لرب العمل، لذلك يكون المقاول الفرعي ملزمًا بتسليم العمل قبل الموعد المحدد بين المقاول الأصلي ورب العمل، لكي يقوم المقاول الأصلي بتفحص العمل ويقوم على دراسة وتكملة نقائصه إن وجدت. فإذا لم يقم المقاول الفرعي بالتسليم في الوقت الذي حدد يتعرض للمسؤولية العقدية بسبب إخلاله باتفاقه ولا يمكنه الدفاع عن نفسه إلا بوجود ضرر أجنبي. فإذا لم يكن هناك ميعاد فحسب الوقت المعقول لإنجاز العمل وحسب طبيعة المهنة. كما أن المقاول الفرعي عدم التسليم وفي هذه الحالة إذا لم يحصل على كامل أجره وهذا طبقًا للمادة 123 من القانون المدني الجزائري[2].

1-عبد الرزاق أحمد السنهوري نفس المرجع، ص 204 .

2-مازن حنان نفس المرجع، ص 166

كذا إذا انقضى الأجل من أن يرجع المقاول من الباطن إلى الطريقة الصحيحة جاز للمقاول الأصلي أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول من الباطن، على أن يجوز طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن في الحال دون حاجة لتعيين أجل، وإذا تأخر المقاول من الباطن في أن يبدأ العمل أو في أن ينجزه تأخرًا لا يرجى معه مطلقًا أن يتمكن من القيام بالعمل، كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز للمقاول الأصلي طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن دون انتظار حلول أجل التسليم[1].

المشرع الجزائري في هذا الشأن لم يحدد المكان الذي يتم فيه التسليم، كما نجد أن الأطراف أيضًا لم يتفقوا على هذا الشأن[2]، فلهذا يتم التسليم في مكان تواجد المشروع المنجز، ولهذا بمجرد انتهاء المقاول الفرعي من العمل المكلف بإنجازه عليه إبلاغ المقاول الأصلي بذلك من أجل تفحص واطلاعه على العمل المنجز، فإذا انصب عمل المقاول الفرعي على عقار سلم في موقع العقار، أما إذا تعلق بمنقول وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودًا فيه أثناء نشوء الالتزام، وإذا لم يقم المقاول بتسليم العمل المنجز في الزمان والمكان المحددين تترتب عليه مسؤولية أمام المقاول الأصلي[3]، أو يمكن أن يكون المكان في موطن المقاول من الباطن أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله أو المكان الذي يعينه حرف الحرفة.

المطلب الثاني

التزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن

المقاول الأصلي في عقد المقاولة الفرعية يأخذ مركز صاحب المشروع، فيلتزم اتجاه المقاول الفرعي بكل الالتزامات المترتبة على عاتق رب العمل جراء إبرام المقاولة.

1-عبد الرزاق أحمد السنهوري نفس المرجع، ص 210

2-مازن حنان نفس المرجع، ص 167.

3-برجم صليحة، نفس المرجع، ص 88

فعلى المقاول الأصلي أن يبذل كل ما في وسعه لتمكين المقاول الفرعي من البدء في تنفيذ العمل المتفق عليه عملًا بمبدأ حسن النية والابتعاد عن الغش والاحتيال، وأن يضع وسائل العمل تحت تصرف المقاول الفرعي، والتزامه بإعلام ونصح المقاول الفرعي ومراقبته.

الفرع الأول

التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل

يقوم المقاول الأصلي بإعطاء التوجيهات والمعلومات الضرورية لتنفيذ محل المقاولة على الوجه الصحيح والأكمل ليقوم بتنفيذ التزامه. فإذا تعهد المقاول الأصلي بتقديم المواد والأدوات للمقاول الفرعي، كان ملزمًا بتسليمها وفي الوقت المناسب، ويستوجب اتباع رسوم ونماذج يلزم بتقديمها للمقاول الفرعي لغرض تسهيل العمل.

ويقتضي على المقاول الأصلي أن ينسق بين عماله والمقاول الفرعي أو المقاولين الفرعيين في حالة تعددهم، وإذا أخل المقاول الأصلي بهذا الالتزام، فحق للمقاول الفرعي مطالبته بالتنفيذ العيني ولو عن طريق التهديد المالي فيما يستوجب تدخل المقاول الأصلي، أو طلب فسخ المقاولة الفرعية مع التعويض في الحالتين بما تقتضيه القواعد العامة[1].

الفرع الثاني

زمن دفع الأجر ومكانه

نصت المادة 559 من القانون المدني الجزائري كأصل عام وقت استحقاق المقاول الفرعي للأجر بلحظة تسلم المقاول الأصلي للعمل المنجز، ومن ثمة لا يجوز للمقاول الفرعي المطالبة بالأجر قبل هذا التاريخ، ويمتنع على المقاول الأصلي دفع الأجر ما دام الطرف الآخر لم يسلمه العمل المنجز كاملًا.

1-برجم صليحة، نفس المرجع، ص 88.

والعادة ليست من النظام العام، فقد أجاز للطرفين الاتفاق على ما يخالف حكمه واختيار مواعيد وطرق أخرى للدفع، كأن يكون الدفع مؤجلًا إلى ما بعد التسلم أو يكون في شكل أقساط دورية، أو سبق جزء منه عند إبرام عقد المقاولة والباقي يدفع عند تسليم العمل[1].

وأن حلول أجل دفع الأجر لا يمنع المقاول الأصلي من الدفع بعدم التنفيذ وحبس الأجر طبقًا لأحكام المنصوص عليها بالمواد 123 و200 من القانون المدني الجزائري متى تبين أن العمل المنجز جاء مخالفًا للشروط المتفق عليها أو الأصول الصنع، فيمتنع عن دفع الأجر كله أو الجزء الباقي منه إلى غاية إصلاح العيوب والمخالفات المسجلة[2].

ثانيًا: مكان دفع الأجر.

وجب الرجوع إلى القواعد العامة فيما يخص دفع الأجر نظرًا لغياب نص قانوني، وجب الرجوع إلى القواعد المتعلقة بمكان الوفاء بالالتزام طبقًا لنص المادة 282 ق.م.

ففي حالة ما إذا كان شيئًا معينًا بالذات فيجب تسليمه ودفعه في المكان الذي كان موجودًا فيه وقت إبرام عقد المقاولة الفرعية، أما إذا كان شيئًا معينًا بالنوع فغالبًا ما يكون المبلغ نقودًا وفي موطن المدين.

حالات تعديل الأجر:

الأصل أن يتفق الطرفان على مقدار الأجر الواجب دفعه للمقاول الفرعي، إلا أنه استثناء عن هذه القاعدة، فإنه في مجال المقاولات أجاز المشرع بمقتضى المادتين 560 و561 من القانون المدني الجزائري تعديل الأجر دون الحاجة إلى حصول اتفاق بين المتعاقدين، وهذا في الحالتين:

أولاً: تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة.

فطبقًا لنص المادة 560 من القانون المدني الجزائري ميزت بين حالتين:

1-برجم صليحة، نفس المرجع، ص 96.

2-الأستاذ أنور طلبة، العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، طبعة 2004، المكتب الجامعي الحديث، ص 293.

فإذا تجاوزت المقايسة محسوسًا وضروريًا بتنفيذ التصميم المتفق عليه، فيجب على المقاول الفرعي إخطار المقاول الأصلي بمقدار ما يتوقعه من زيادة في النفقات قبل الاستمرار في التنفيذ.

فإذا واصل التنفيذ دون إبلاغ المقاول الأصلي عن الزيادة المتوقعة سقط حقه في المطالبة بالزيادة في الأجر، وبقي المقاول الأصلي ملزمًا بدفع الأجر المتفق عليه في العقد.

أما إذا كان تجاوز المقاييس الضرورية لتنفيذ التصميم المتفق عليه جسيمًا في آن واحد، خُيِّر المقاول الأصلي بين بقائه مرتبطًا بعقد المقاولة الفرعية والقبول بالزيادة في النفقات وتحمل عندئذ الزيادة في الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة[1]، أو التحلل من المقاولة الفرعية ووفاء المقاول الفرعي قيمة ما أنجزه من أعمال حسب ما اتفق عليه دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه.

ثانيًا: تعديل الأجر المقدر جزافيا.

إذا كان إبرام المقاولة على أساس تصميم متفق عليه مقابل أجر إجمالي جزافي، ثم تبين أن تنفيذ العمل حسب هذا التصميم يقتضي جهدًا إضافيًا أو نفقات إضافية كزيادة في المواد الأولية وأجور يد العاملة، فليس للمقاول الفرعي أن يطالب بأية زيادة في الأجر إلا إذا انهار التوازن بين التزامات الطرفين نتيجة حوادث استثنائية، وهذا طبقًا لنص المادة 561 من القانون المدني الجزائري[2].

المبحث الثاني

جزاء مخالفة أحكام المقاولة الفرعية

ينتج عن الإخلال بالعلاقة التعاقدية الرابطة بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي مسؤولية عقدية تخضع للقواعد العامة، ولأحكام خاصة في مجال البناء. لذلك تقتضي

1-محمد حسن عبد الرحيم، نفس المرجع، ص 22-23.

2-المادة 561 من الأمر 07-105 المتضمن القانون المدني الجزائري.

الدراسة البحث عن طبيعة مسؤولية المقاولين الواجب تطبيقها، ونقوم بالتوضيح أكثر في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن

المسؤولية العقدية في نطاق المقاولة الفرعية ناتجة عن وجود علاقة تعاقدية بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع من جهة، وعلاقة تعاقدية أخرى بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي من جهة ثانية.

الفرع الأول

المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن

يعتبر المقاول الفرعي ضمن فئة الأشخاص الذين يستخدمهم المقاول الأصلي في تنفيذ التزاماته، فله المسؤولية عن أفعاله وأخطائه.

أولاً: الخطأ العقدي

أ- التنفيذ المعيب لأشغال البناء:

ينبغي على المقاول أن ينفذ أوامر وتعليمات المهندس المعماري المتعلقة بالحسابات، وعلى المقاول عليه أن يقوم بتنبيه صاحب المشروع إلى مخاطر المشروع وأن يسدي إليه النصيحة، وعلى المقاول أيضًا أن ينبه المقاول من الباطن ويلزمه بتنفيذ العمل على الوجه الأكمل، ومن حقه أن ينذره أثناء تنفيذ العمل بأن يعدل من طريقة التنفيذ المعيبة.

ب- الخطأ في تنفيذ التصميم:

يقوم المهندس المعماري بوضع التصميمات والمقاسات الخاصة بالمشروع، في حين يقوم المقاول بتنفيذ هذه التصميمات معيبة أو بها بعض الخلل، مما أدى إلى تهدم جزء من العقار أو انهياره كليًا، ويكون المقاول هو المسؤول عن هذه العيوب، ويشترك المقاول من

الباطن إذا اشترط عقد المقاولة وجوده في المسؤولية عن هذه العيوب مع المقاول الأصلي، بالإضافة إلى المهندس المعماري الذي وضع هذه التصميمات.

وعيوب التصميم ترجع إلى عدة أسباب، من بينها عيوب تشكل مخالفة لأصول الهندسة المعمارية، كتصميم أساسات غير صالحة لحمل البناء أو وجود خطأ في القياسات[1].

ج- عيوب التصميم:

تختلف المسؤولية الواقعة على المقاول من الباطن عن مسؤولية كل من المقاول الأصلي والمهندس المعماري اللذين يشتركان معًا في المسؤولية إذا وقع خطأ جسيم في عيوب البناء، أما المقاول من الباطن فلا يشترك معهما في المسؤولية، وإنما تكون مسؤوليته مرتبطة بالعقد المبرم.

ثانيًا: العلاقة السببية من خطأ المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي

لقيام المسؤولية العقدية يجب أن يكون الخطأ هو الذي تسبب في الضرر الذي حصل، فلا يكفي لقيامها أن يقع الخطأ من المقاول الفرعي ويلحق ضرر بالمقاول الأصلي، ويقع على هذا الأخير عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وهو الخطأ العقدي والضرر الذي لحقه جراء ذلك.

وعلى المقاول الفرعي ادعاء عكس ذلك، ويقوم بنفي العلاقة السببية بين الضرر الحاصل وعدم التنفيذ، ولكن يجب أن يثبت السبب الأجنبي، والسبب الأجنبي بمعنى شيء تسبب في حدوث ضرر للمقاول الأصلي دون أي دخل للمقاول الفرعي، ويقوم بإثبات المقاول الفرعي أن كل الظروف والوقائع التي حدثت غير منسوبة إليه وليس لديه أي يد فيها، وأن السبب أجنبي لكلا الطرفين[2].

1-محمد حسن عبد الرحيم، نفس المرجع، ص 22-23.

2-السعيد محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني العقود والإرادة المنفردة، ج1، دار الهدى، 2004، ص 317-318.

فنجد في نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري: «**إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا 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**».

ومن خلال المادة يتضح لنا بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى المدين (المقاول الفرعي)، فيجب عليه التعويض مبدئيًا إلا إذا أثبت بأن عدم تنفيذه لالتزامه ووقوع الضرر كان بسبب أجنبي عنه لا يد له فيه، وهذا ما يقصده المشرع الجزائري بالسبب الأجنبي، فهو لا يستطيع دفعه ولا توقعه.

ومثال ذلك: استحالة تنفيذ عمله بسبب منع المقاول الأصلي دخول عمال المقاول الفرعي إلى ورشة العمل[1].

المشرع الجزائري في نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: «**يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة**». من خلال المادة تبين لنا بأنه يمكن الاتفاق على تحمل المقاول الفرعي نتيجة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، ففي هذه الحالة يلتزم بتعويض الضرر الذي لحق بالمقاول الأصلي جراء القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، لكن نجد الفقه لم يفرق بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة[2].

يمكن أن يتفق في عقد المقاولة الفرعية على الإعفاء أي عدم تحمل المقاول الفرعي لأي ضرر حدث باعتباره مدنياً من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، ولكن يمكنه تحمل نتيجة الضرر رغم أنهما اتفقا على الإعفاء، وهذا إذا كان عدم التنفيذ ناجماً عن غش منه أو خطأ جسيم، في هذه الحالة يتحمل المسؤولية، وكما يمكن ويسمح النص

1-المادة 176 من الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائريفي ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007، مدعم بالاجتهاد القضائي، طبعة 2013-2014.

2-المادة 178 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

القانوني بجواز اشتراط المقاول الفرعي إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن غش أو خطأ جسيم صادر من مستخدميه إلا إذا كان هناك شرط يعفيه من المسؤولية الناجمة عن فعل إجرامي، فهنا يكون باطلا[1].

ولكي يُعفى المقاول الفرعي من مسؤوليته عن عدم التنفيذ يشترط أن يكون السبب الأجنبي فيه الشروط الثلاثة الآتية:

أ- يجب أن يكون السبب أجنبياً عن المقاول الفرعي.

في نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري نص المشرع الجزائري على عبارة: "لا يد له"، ففي هذه الحالة لا يجوز للمقاول الفرعي أن يكون قد ساهم بإرادته في وقوع هذا السبب، أما إذا كان قد ساهم في حدوثه فليس له أي مجال للتمسك بالسبب الأجنبي لنفي المسؤولية عن نفسه، بل يتحمل التعويض بقدر ما تسبب حدوث خطئه[2].

ب- يجب أن يكون السبب غير ممكن توقعه.

في هذه الحالة يجب أن يكون السبب غير ممكن التوقع، فإذا كان المقاول الفرعي أو المقاول الأصلي يمكنهم التوقع، فليس من حقهم التمسك بالسبب الأجنبي لدفع المسؤولية. فالمقاول الفرعي باعتباره من الأشخاص الفنيين، فهو لا يعامل كالشخص العادي فيما يخص معيار تحديد درجة التوقع، بل يجب أن يُحتكم إلى معيار أكثر موضوعية وقسوة، وهذا قياساً على أشد الأشخاص يقظة وتبصراً بالأمور، بالإضافة إلى استخدام المعيار المهني الذي ينظر للظروف المحيطة بالمقاول الفرعي[3].

1-السعدي محمد صبري، نفس المرجع، ص 318-319.

2-المادة 176 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

3-مازة حنان، المرجع السابق، ص 237-238.

ج- يجب أن يكون السبب غير ممكن دفعه.

على المقاول الفرعي أن يثبت عدم إمكانيته دفع السبب الذي وقع لكي لا تقع عليه المسؤولية، فإذا أثبت أثناء تنفيذه لالتزامه لا يجوز له التمسك به، لأن السبب الذي لا يمكن دفعه يقطع علاقة السببية بين الفعل المرتكب والضرر اللاحق بالمقاول الأصلي.

وإذا كان المقاول الأصلي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر، في هذه الحالة يكون المقاول من الباطن غير مسؤول عن الأضرار الناتجة، بمعنى أن الخطأ الذي قام به المقاول الأصلي ليس لديه أي رابطة بالسببية بين ما أصابه من ضرر وما قام به المقاول الفرعي، وهذا ما ينفي عنه المسؤولية، فالضرر حدث بسبب أجنبي عن المقاول الفرعي ولا يد له فيه، وما دام أنه أكمل جزءًا أو كل العمل المكلف به وهذا طبقاً لأصول عمله وخبرته في المجال.

كما يمكن أن يكون خطأ الغير سبباً أجنبياً يقطع العلاقة السببية بين عمل المقاول الفرعي والضرر الذي حصل للمقاول الأصلي، ويجب على المقاول الفرعي إثبات خطأ الغير، ويتمكن من إثباته بعض من المسؤولية سواء كان فعل الغير أو تدخله خاطئاً أو غير خاطئ.

ونجد أن المقاول الفرعي إذا استطاع أن يثبت السبب الأجنبي من قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، فهذا سبب في قطع السببية بين ما يقوم به من أعمال وما يلحق بالمقاول الأصلي من أضرار، وبالتالي تنتفي مسؤوليته.

ثالثاً: إثبات الضرر اللاحق بالمقاول الأصلي.

يعتبر الضرر في المسؤولية التقصيرية هو الأساس في تقدير مقدار التعويض، بخلاف المسؤولية العقدية فإن مجرد إخلال المدين بالتزامه يرتب المسؤولية العقدية وهذا حتماً يؤدي إلى حصول ضرر ولو كان معنوياً.

فالضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو لا، إذ أن الأشخاص يتعاقدون من أجل المصلحة وإذا لم يتم تنفيذ العقد تزول تلك المصلحة، فليس شرطاً أن تكون المصلحة محمية قانوناً بل يمكن أن تكون مصلحة مشروعة للمضرور.

ولقيام المسؤولية العقدية يجب أن يقوم المقاول من الباطن بخطأ وهذا الخطأ يسبب ضرراً للمقاول الأصلي، وهذا نتيجة عدم تنفيذ المقاول من الباطن لالتزامه التعاقدي، وللمقاول الأصلي في هذه الحالة الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه، لكن الضرر يجب أن يكون مباشراً ومتوقعاً، فليس شرطاً أن يقع حالاً، يمكن أن يقع في المستقبل. وللضرر أنواع، يمكن أن يكون ضرراً مادياً، ويمكن أن يكون ضرراً معنوياً، ويمكن أن يتجسد في فوات فرصة المقاول الأصلي.

أولاً: الضرر المادي.

هو ما يصيب المقاول الأصلي في ماله نتيجة عمل المقاول من الباطن أو أي مصلحة مشروعة ذات قيمة مالية، والضرر يجب أن يكون محققاً، أي وقع فعلاً أو سيقع مستقبلاً حتى يُحدث التعويض. مثال: ظهور تشققات في جدران المبنى وهذا ينبئ بانهياره[1]. أما الضرر الاحتمالي فلا يعوض عنه إلا إذا وقع، لأنه ضرر قد يحدث وقد لا يحدث، ويجب أيضاً أن يكون الضرر المادي مباشراً، أي أن يكون نتيجة مباشرة لإخلال المقاول الفرعي بالتزاماته التعاقدية[2].

ثانياً: الضرر المعنوي.

هو ضرر لا يصيب الشخص في ماله أو حقوقه المالية بل يصيبه في حريته أو شرفه. وبالنسبة للمهنيين كالمقاول، فالضرر المعنوي يصيبه في سمعته، وهذا الضرر

1-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 984.

2-عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 984.

من هذا القبيل يقع في المسؤولية التقصيرية، على خلاف حدوثه في المسؤولية العقدية، لأن طبيعة عقد المقاولة تقتضي أن يكون إبرامه على شيء ذا قيمة مالية، كما هو الحال في عقد المقاولة من الباطن، ويمكن أن تكون للمقاول الأصلي مصلحة أدبية، وإذا أخل المقاول الفرعي بالتزامه يؤدي إلى الضرر الأدبي للمقاول الأصلي، مثال: إثارة شكوك حول قدراته المهنية أو إفشاء أسراره المتعلقة بمهاراته الفنية، فهذه الأعمال تسمى أضراراً معنوية تضر سمعة المقاول الأصلي، ونظراً لصعوبة تقدير هذا الضرر، فالقضاء استقر على جواز التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، إذ أن التعويض عن الضرر المعنوي لا يمكن محوه أو إزالته لأن الخسارة لا تمحى ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها[1].

ثالثاً: فوات الفرصة.

يرى الفقه أن فوات الفرصة هو تفويت الفرصة على المتعامل الاقتصادي في حصوله على منفعة تعود عليه بالفائدة والربح، ويجب أن تكون الفرصة حقيقية وصادقة، ومن خلالها يحقق كسباً معيناً، ويجب أن يكون تفويت الفرصة نهائياً، أي لا يوجد أي أمل في تحقيق الكسب وفقدان كل وسيلة إلى ذلك. وفي هذه الحالة التعويض لا ينصب على الفرصة ذاتها لأنه أمر احتمالي، وإنما يكون عن تفويت فرصة إبرام عقد معين مثلاً، باعتباره ضرراً تحقق يجب التعويض عنه، وهذا ما أقرت به المحكمة العليا باعتمادها على التعويض عن تفويت فرصة على شكل عام، رغم أن الفرصة تكون أمراً محتملاً إلا أن تفويتها يشكل نوعاً من أنواع الضرر الذي يصيب الطرف الآخر، والذي يأخذه القاضي في الحسبان عند الحكم بالتعويض وهذا وفقاً لظروف كل قضية، ورغم صعوبة تقدير الفرصة كقيمة مالية.

1-مازة حنان، نفس المرجع ، ص 234-235

الفرع الثاني

المسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن.

أولاً: المسؤولية الشخصية.

تعتبر المسؤولية الشخصية تلك التي يقوم بها المسؤول نفسه، وهي تقوم على خطأ واجب الإثبات، فيجب على المتضرر إثبات أن الضرر ناتج عن خطأ المسؤول، فهو خطأ غير مفترض وهذا طبقاً للقاعدة العامة المعمول بها في المسؤولية التقصيرية.

فالمسؤولية الشخصية للمقاول الفرعي أو الفردية عبارة عن تلك المسؤولية التي يتحملها المقاول من الباطن بمفرده دون مساعدة من أي طرف آخر، وهذا نتيجة لارتكاب المقاول من الباطن فعلاً مضراً، أي أن المقاول من الباطن لا يسأل عن الأخطاء التي ترتكب في المقاولة الفرعية الأصلية، أي بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع، وعند إخلاله بالواجب العام المتمثل في الإخلال بحقوق صاحب المشروع التي تنتج عن العقد الأصلي فإنه يكون مسؤولًا عن هذا الإخلال في نطاق المسؤولية التقصيرية، ويجب على رب العمل عبء إثبات الخطأ التقصيري للمقاول الفرعي، كاختيار مواد بناء ذات نوعية رديئة، فلهذا نبحث عن العيوب التي تظهر بعد التسليم والتي ترتب مسؤولية تقصيرية للمقاول من الباطن تجاه رب العمل[1].

المقاول الفرعي ليس بأحكام المسؤولية العشرية عن الأضرار والعيوب التي تحدث على البناء بعد التسليم، وبالتالي يمكن أن يسأل على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية التي تمتد مدة تقادمها إلى خمس عشرة سنة تطبيقًا للقواعد العامة، وتبدأ من يوم وقوع الضرر.

1-مازة حنان، المرجع السابق، من 251-252.

ولتطبيق ذلك يجوز لصاحب المشروع أن يرجع مباشرة على المقاول الفرعي بدعوى المسؤولية التقصيرية[1].

كما في حالة انقضاء دعوى الضمان العشري تجاه المقاول الأصلي التي تتقادم بمضي 03 سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب، وهذا طبقًا لنص المادة 557 القانون المدني الجزائري، ولم يعد له الحق في طلب التعويض، وكونه المتسبب بالخطأ التقصيري فيحق له الرجوع مباشرة على المقاول الفرعي بالمسؤولية التقصيرية.

ثانيًا: المسؤولية التضامنية.

تقوم المسؤولية التضامنية للمقاول من الباطن في حالة تعدد المقاولين الفرعيين المرتبطين مباشرة بعقد المقاولة الأصلية واشتراكهم في نفس المشروع، وطبقًا للمادة 126 القانون المدني الجزائري التي تنص على: «**إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض**»، فالمشرع اعتبر المشتركين في إحداث الضرر بخطئهم مسؤولين عن فعلهم الضار وألزمهم بالتعويض على سبيل التضامن فيما بينهم.

أما الفقه فيرى بأن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ واستطاع المضرور أن يثبت خطأ كل منهم من أجل قيام التضامن بين المسؤولين المتعددين عن الفعل الضار، أما إذا لم يستطع إثبات خطأ أحدهم أو أكثر فإنه لا يكون مسؤولًا وبالتالي لا يكون متضامنًا في التعويض، ويشترط كذلك الفقه أن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سببًا في إحداث الضرر وأن يكون ذلك الضرر الذي وقع ضررًا موحّدًا، فإذا كانت كل الشروط متوافرة، فيكون كل المسؤولين المتعددين مسؤولين بالتضامن عن كامل

1-مازة حنان نفس المرجع، ص 251-252

التعويض، فبالتالييمكن للمضرور الرجوع على المسؤولين المتضامنين، وتكون المسؤولية متساوية كقاعدة عامة، بخلاف إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم من التعويض[1].

مسؤولية المقاول الفرعي تجاه رب العمل هي مسؤولية تقصيرية، وتضامن المسؤولين في هذه المسؤولية يكون بموجب حكم عام، وهذا ما نصت عليه المادة 126 القانون المدني الجزائري، أما في المسؤولية العقدية فالتضامن في علاقة المقاول الأصلي بمقاوليه الفرعيين تجاه رب العمل فهو ليس مفترضًا، بل يجب الاتفاق عليه أو النص عليه، وهذا طبقًا لنص المادة 217 القانون المدني الجزائري التي تنص على: «**التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون**»[2].

وكذلك نجد المشرع الجزائري نصّ على تضامن المقاول والمهندس المعماري في المسؤولية تجاه رب العمل، إضافة إلى المادة 554 القانون المدني الجزائري لأنهم مسؤولون مسؤولية عقدية تجاهه، أما تجاه الغير فمسؤوليتهم تقصيرية، وتضامن المسؤولين عن الضرر هو بموجب حكم عام[3].

ونجد في القانون رقم 11-04 المتعلق بالترقية العقارية المادة 45 منه، فهي تنص على مبدأ تضامن المقاولين الفرعيين التي تنص على: «**دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني والقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلًا وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، أو تقييد مداها سواء باستبعاد أو بحصر تضامن (المقاولين الفرعيين) مع المرقي العقاري**».

1-مازة حنان، نفس المرجع، ص 252-253

2-المادة 217 من نفس الأمر 07-06 المتضمن القانون المدني الجزائري

3-المادة 554 من نفس الأمر 07-05 المتضمن القانون المدني الجزائري

وهذا النص يقصد منه تضامن المقاولين الفرعيين فيما بينهم وليس مع المرقي العقاري، لأنهم مسؤولون تجاه المقاول الأصلي ولا توجد أي علاقة لهم مع المرقي العقاري.

وفي نص المادة 16 من نفس القانون ما يدل على ذلك، إذ تقوم بإلزام المرقي العقاري بإبرام العقد مع مقاول البناء الذي يقوم بالتعاقد مع المقاولين الفرعيين من أجل مساعدته في إنجاز المشروع، بحيث نصت على ما يلي:«**كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونًا حسب أهمية المشروع العقاري، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاولة يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم**»[1]

فبالتالي المقاولون الثانويون يكونون مسؤولين بالتضامن تجاه المقاول الأصلي وليس تجاه المرقي العقاري، لأن هذا الأخير هو في مركز صاحب المشروع في المسؤولية العقدية، ومنطقيًا لا يمكن أن يتضامن المقاولون الفرعيون معه في التعويض.

فالمشرع الجزائري في المادة 181 من الأمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم نص على ما يلي: «**يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضًا الأضرار المخلة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما، عندما تكون هذه العناصر جزءًا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية، تعتبر جزءًا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد الإنجاز**»، الضمان الذي يلتزم به كل من المقاول والمهندس المعماري والمراقب التقني.

1-مازة حنان نفس المرجع، ص 253

الأعمال التي تشكل محل ضمان كفاءة الأداء والتي يسأل المقاول الفرعي الصانع عنها بالتضامن مع المقاول الأصلي هي عناصر التجهيز أو الإعداد بالمبنى والتي تكون قابلة للانفصال عن البناء دون تلف[1].

ثالثًا: المسؤولية التضاممية للمقاول الفرعي والأصلي تجاه صاحب المشروع.

أي يقصد بالالتزام التضاممي ذلك الذي يقوم على تعدد المدينين مع التزام كل مدين أمام الدائن بالدين كله، وبما أنها تتعدد مصادرها، فتكون الديون متميزة عن بعضها البعض رغم أنها تمثل في أداءات متماثلة بحيث يكون غرضها الوحيد إشباع حاجة الدائن، ويمكن أن يحدث ذلك بالصدفة أو لظروف لا دخل للدائن بها.

ومن أجل قيام المسؤولية التضاممية يجب مشاركة عدة مسؤولين في إحداث ضرر واحد للمتضرر، ويمكن رفع دعوى على كل من أسهم في إحداث الضرر، وذلك من أجل الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه ودون تقسيم المسؤولية بينهم، إذ لا يمكن للمضرور أن يرفع دعوى ضد جميع المسؤولين بل على أحد المتسببين في الضرر فقط. فيسأل المقاول الفرعي والمقاول الأصلي على أساس المسؤولية التضاممية تجاه صاحب المشروع عن تعويض الضرر الذي يصيبه جراء عدم تنفيذ العمل، على أنه يمكن أن يكون طرف مسؤولًا مسؤولية عقدية تجاه رب العمل، كما هو حال المقاول الأصلي، والآخر مسؤول تقصيريًا كما هو حال المقاول الفرعي.

فإن المسؤولية التضاممية للمقاول الفرعي والمقاول الأصلي تقوم على وجود مدينين أحدهما مسؤول عقديًا والآخر مسؤول تقصيريًا، والذي يكون شارك في عدم تنفيذ الالتزام العقدي وحصول الضرر بفعله الضار، وفي هذه الحالة يتم التعويض بالنسبة لمرتكب الخطأ

1-مازة حنان نفس المرجع، ص 258-259

العقدي المقاول الأصلي عن الضرر المتوقع. أما مرتكب الخطأ التقصيري المقاول الفرعي فيكون مسؤولًا عن الضرر غير المتوقع ما دام أنه ضررا مباشرا[1].

المسؤولية التضاممية تقوم بين المقاول الأصلي والفرعي فيما يشتركان في التعويض عنه وهو الضرر المتوقع، أما المقاول الفرعي الذي يرتكب الخطأ التقصيري فينفرد بالمسؤولية عن الضرر غير المتوقع، والالتزام التضامني بين المقاول الأصلي ورب العمل لصالح المقاول الفرعي لا يتقرر بقوة القانون، وإنما يختصم المقاول الفرعي في دعواه المباشرة المقاول الأصلي، إضافة إلى صاحب المشروع لكي يصدر الحكم بالتزامهما معا بالتضامن بكل الدين.

فإذن إذا تعددت الأفعال المسؤولة عن إحداث الضرر، يكون هناك خطأ تعاقدي مع خطأ تقصيري، كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية المقاول الأصلي التي تكون مسؤولية عقدية اتجاه رب العمل، ومسؤولية المقاول من الباطن تكون مسؤولية تقصيرية[2].

الفرع الثالث

مسؤولية المقاول من الباطن عن الأضرار التي تلحق بصاحب المشروع

أولاً: مسؤولية على أساس الخطأ.

تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري: «**كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**».

تقوم مسؤولية المقاول من الباطن عن أفعاله الشخصية الخاطئة، وهذا تطبيقا للقواعد العامة نتيجة إهماله لتنفيذ العقد، وخاصة عن عدم اتخاذ التدابير اللازمة في ورشة البناء. ومن أجل قيام هذه المسؤولية يجب توفر شروط، وهو وقوع الخطأ الذي يسبب حدوث

1-مازة حنان المرجع السابق، ص 259

2-مازة حنان، نفس المرجع، ص 260

ضرر، وتقوم هذه المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات، إذ يجب على رب العمل أو المتضرر إثبات وجود الخطأ التقصيري في حقه من أجل حصوله على التعويض.

فكيفما كان المتضرر فلا يحق له مساءلة المقاول الأصلي على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن أخطاء قام بها المقاول الفرعي، فيبقى هذا الأخير مسؤولا مسؤولية شخصية اتجاه الغير في حالة ارتكابه خطأ تقصيريا سبب لهم ضررا، ولا يمكن قيام مسؤولية المقاول الأصلي لأنه لم يرتكب أي خطأ ولا يساهم بأفعاله أو بأفعال غيره من العمال في إحداث الضرر الذي لحق بالغير.

وتطبيقا للقواعد العامة تنتفي مسؤولية المقاول من الباطن التقصيرية إذا نشأ الضرر عن قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ أو خطأ من رب العمل أو خطأ الغير، فإذا أثبت المقاول الفرعي أن الضرر المدعى به هو من فعل صاحب المشروع أو بفعل غيره، فلا تترتب مسؤولية على عاتقه[1].

ثانيا: مسؤولية باعتباره متبوعا.

بواسطة عقود عمل يمكن للمقاول الفرعي أن يتعاقد مع أشخاص آخرين من أجل القيام بأعمال البناء، فيكونون تابعين له ويكون هو المسؤول عن أخطائهم التي تحدث أثناء تأديتهم لأعمالهم، وهذا تطبيقا لنص المادة 136 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: **«يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، وكان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها، وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع».**

ومن أجل قيام مسؤولية المقاول الفرعي باعتباره متبوعا، يجب توفر شروط مسؤولية المتبوع وفقا للقواعد العامة، والتي تتمثل في: ثبوت علاقة التبعية، وخطأ التابع في تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

1-مازة حنان، نفس المرجع، ص 261-262

تقوم علاقة التبعية على عنصرين: عنصر السلطة الفعلية التي تكون للمتبوع على التابع أساسها عقد العمل، وعنصر الرقابة والتوجيه المخول للمقاول الفرعي باعتباره رب العمل. كما أن الرقابة تقوم على نوعين: رقابة عامة تقتصر على تنفيذ شروط العقد ومراعاة الأصول الفنية، ورقابة تمتد إلى التدخل في وسائل تنفيذ العمل وطريقة أدائه، فهي بمثابة توجيه للعمل لا رقابة عليه، وتتحقق معها التبعية. ولقيام المسؤولية على المقاول الفرعي يجب أن يكون العمال الذين تسببوا في الضرر تابعين له أو يعملون لحسابه.

ويجب أن يقع خطأ التابع في حالة تأديته لوظيفته أو بسببها، ويسأل المقاول الفرعي عن الخطأ الذي ارتكبه العامل بسبب الوظيفة، لأن الوظيفة هي التي أدت إلى حدوث الخطأ. ويعتبر الفعل واقعا بسبب الوظيفة إذا كانت هناك علاقة سبب مباشرة بين الفعل الضار والوظيفة، على تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه[1].

المقاول الفرعي يقوم بعمله بكل استقلالية دون الخضوع إلى المقاول الأصلي، فلا يعتبر عاملا لحسابه، وإنما هي مسؤولية عقدية تنشأ عن العقد الأصلي، وكل الأخطاء والأعمال التي تصدر من المقاول الفرعي تعتبر أخطاء وأعمالا صادرة من المقاول الأصلي بالنسبة لصاحب المشروع.

وتقوم مسؤولية المقاول الفرعي باعتباره متبوعا على قرينة قاطعة لا تقبل العكس، فلا يمكنه دفع المسؤولية عن نفسه بأنه لم يقم بارتكاب أي خطأ، بل يقوم بإثبات السبب الأجنبي أو وجود قوة قاهرة حتى يتخلص من المسؤولية، كما له الحق في الرجوع على تابعه في حالة ارتكاب خطأ جسيم.

ثالثا: مسؤولية المقاول من الباطن على أساس حراسة الأشياء.

في مقاولة البناء توجد حراسة مزدوجة للأشياء: فحراسة البناء من جهة، وحراسة الآلات والأدوات التي يستعملها المقاول الفرعي في عملية التنفيذ من جهة أخرى. ومن ثم

1-مازة حنان، نفس المرجع، ص 263-264.

يسأل باعتباره الحارس للآلات والأدوات والمواد المتواجدة في ورشة البناء عن الأضرار الناتجة عنها، ويكون خطؤه مفترضا.

وقد نصت المادة 138 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الأولى: «**كل من تولى حراسة شيء، وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء**»، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي كذلك.

ونجد الفقه بدوره عرف حارس البناء بأنه الشخص الذي له السيطرة الفعلية على البناء، فيكون مكلفا بحفظه وصيانته والاستيقان من أنه ليس قديما ولا معيبا بحيث يهدد الناس بالخطر، كما يعرف أيضا بأنه من كانت له السيطرة الفعلية على البناء ويتصرف لحسابه في شؤون هذا البناء، وبالتالي فالمقاول الفرعي يكون مسؤولا عن كل الضرر الذي يحدث قبل تسليمه للمقاول الأصلي، لأنه يعتبر ممارسا لسلطة التسيير والمراقبة وحتى السيطرة الفعلية على الإنجاز، وكذلك بصفته حارسا لكل شيء يستخدم في إنجاز ذلك العمل. وعند تسلم المقاول الأصلي للعمل تنتقل المسؤولية التقصيرية عن الأضرار الناجمة عنه وتنتقل الحراسة كذلك إليه.

ومن خلال نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري يقرر المشرع أنه لكي تقوم المسؤولية التقصيرية يستلزم على متولي الحراسة عن الضرر الذي يحدثه الشيء موضوع الحراسة شرطين: أولا ثبوت الحراسة، ثانيا القدرة على الاستعمال والتسيير والرقابة.

حراسة البناء تقوم على من لديه السيطرة الفعلية على البناء بحيث يكون مكلفا بحفظه وصيانته، بغض النظر عن شرعية تلك السيطرة الفعلية وأحقيته بها من عدمها[1].

المادة 140 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثانية والثالثة: «**مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه. ويجوز لمن كان مهددا**

1-مازة حنان، نفس المرجع، ص 264-265

بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه».

فإذن المسؤولية التقصيرية عن تهدم البناء تقع على صاحب المشروع بصفته مالكا للبناء.

فالمشرع الجزائري، على غرار المشرع الفرنسي، جعل مالك البناء هو الشخص المسؤول عن كل ضرر ناجم عن انهيار البناء أو تهدمه جزئيا.

ويمكن للمالك أن ينفي المسؤولية إذا أثبت أن التهدم لا يرجع إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه، بعكس المشرع المصري الذي ألقى كل مسؤولية تهدم البناء على عاتق حارسه ولو لم يكن مالكا له.

وترجع المسؤولية التقصيرية عن التهدم على عاتق صاحب المشروع بصفته مالكا للبناء وعلى الملاك اللاحقين له، فيكون المقاول الفرعي والمقاول الأصلي لا يسألان تقصيريا عن الضرر الذي يحدث.

كما يحق لصاحب المشروع ولأي مالك للبناء من بعده، إذا كان التهدم سببه عيبا في البناء، الرجوع على مقاول البناء والمهندس المعماري على أساس الضمانات المقررة لهما قانونا، وعلى أساس الضمان العشري إذا استُلم البناء، وعلى أساس المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، أو على أساس مسؤولية عن أخطاء مقاوله الفرعيين، كما سبق دراسته أعلاه.

وفي الأخير، فإن المقاول الفرعي وإن كان يخضع لأحكام الضمانات المعمارية لاسيما أقوى ضمان وهو المسؤولية العشرية عن تهدم البناء وتعيبه، فإنه يسأل عن أخطائه اتجاه المقاول الأصلي عن طريق المسؤولية العقدية، كما يسأل اتجاه الغير عن الأضرار اللاحقة

بهم على أساس المسؤولية التقصيرية، وكذلك الأضرار اللاحقة بصاحب المشروع باعتباره من الغير بالنسبة للمقاول الفرعي لانتفاء أية علاقة تعاقدية بين الطرفين.

المطلب الثاني

حق المقاول في الدعوى المباشرة

تعتبر الدعوى المباشرة وسيلة تمكن الدائن من الوصول مباشرة إلى ذمة مدينه دون المرور بذمة مدينِه الأصلي، إضافة إلى ذلك فهي تعطي نوعًا من الامتياز للدائن إذ تجنبه عُسر مدينه ومزاحمة دائنيه، ولقد تدخل المشرع بموجب المادة 565 القانون المدني الجزائري ليقرر جملة من الحقوق للمقاول الفرعي ومن أجل التوضيح أكثر سنقوم بالتفصيل أكثر في مطلبنا هذا.

الفرع الأول

شروط الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي

أ- المدعي في الدعوى المباشرة

نص المشرع الجزائري في المادة 565 القانون المدني الجزائري على الأشخاص الذين لهم الحق في إقامة الدعوى المباشرة بحيث حدد ثلاث فئات وهم المقاول الفرعي وعمال المقاول الفرعي، عمال المقاول الأصلي، ثم تمنح الدعوى المباشرة كحق لكل مقاول يَنْطِق عليه وصف المقاول الفرعي لما تم إثباته في المادة السابقة الذكر.

كما تثبت أيضًا في النص لعمال المقاول الفرعي وعمال المقاول الأصلي، حيث لديهم الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد المقاول الأصلي باعتباره رب العمل بالنسبة للمقاول الفرعي وضد رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلي.

ففي الحالة الأولى يرجعون بما هو مستحق في ذمة المقاول الأصلي للمقاول الفرعي بموجب عقد المقاولة الفرعية وقت رفع الدعوى، أما في الحالة الثانية فيرجعون بحقهم في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلية وقت رفع الدعوى[1].

ومن خلال نص المادة التي أوضحت الأشخاص الذين يحق لهم القيام برفع هذه الدعوى نتساءل إذا كانت هذه الدعوى تستفيد منها فقط الأشخاص المذكورون دون غيرهم أم يمكن توسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من هذه الميزة القانونية لتشمل المقاولين الفرعيين مهما كانت درجتهم.

ولكن رغم أن هذا النص لم يذكر هذا الفرض إلا أن الفقه يقر بثبوت الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي مهما كانت درجته ونجد القضاء بدوره يساير الفقه في هذا القرار، وهذا طبقًا للقرار الصادر عن المحكمة العليا 1983/03/16، من المتفق عليه فقها وقضاء إذا كانالمقاول من الباطن قد قاول هو أيضًا بدوره من الباطن، فإن للمقاول الثاني الحق في رفع الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول من الباطن الأول، غير أنه لا يجوز له أن يرفع تلك الدعوى المباشرة على رب العمل.

ومن خلال هذا القرار يتضح لنا أن القضاء الجزائري أجاز للمقاول الفرعي من الدرجة الثانية الاستفادة من أحكام المادة 565 القانون المدني الجزائري وإقامة الدعوى ضد مدينِ مدينه المباشر، مما يثبت أن للمقاول الفرعي مهما كانت درجته الاستفادة من هذه الدعوى.

ونجد أيضًا القضاء الفرنسي أعطى هذا الحق للمقاول الفرعي مهما كانت درجته من أجل استفادة جميع المقاولين الفرعيين من الحماية المقررة لهم، إضافة إلى شرط الصفة الذي يجب أن يتوفر في المقاول الفرعي نجد شروطًا أخرى أهمها أن يكون المقاول الفرعي دائنًا للمقاول الأصلي، فإذا تلقى حقه من هذا الأخير أو كان قد تنازل عنه فليس له الحق في إقامة هذه الدعوى، وعلى المقاول الفرعي إثبات وجود حق له لدى المقاول الأصلي وقد حَلّ

1-لحلول حمزة نفس المرجع، ص 45-46

أجل هذا الحق، ولكن لا يشترط أن يكون بيد المقاول الفرعي سند تنفيذي ولا يكون حقه محدد المقدار بدقة عند إقامة هذه الدعوى[1].

كما أنه لا يَشترط المشرع من المقاول الفرعي إثبات إعسار المقاول أو عجزه عن الوفاء أو إهماله في استعمال حقوقه ولا أن يوجه له إنذارًا بالدفع، فالمقاول الفرعي يباشر الدعوى دون الحاجة إلى مخاصمة المقاول الأصلي أو إدخاله في الخصومة ودون اشتراط إثبات عسره، فالدعوى قررت لمصلحته حتى يستوفي حقه في أقل وقت ممكن.

وعلى المقاول الفرعي توجيه إنذار مباشرة لرب العمل يلزمه بدفع مقابل الأعمال المنجزة لصالحه، حتى يقيد حرية المقاول الأصلي في التصرف في ماله منذ ذلك التاريخ رغم أن الإنذار غير موجه له، لذا يجب على المشرع أن يتدخل بالنص على إرسال نسخة من هذا الإنذار إلى المقاول الأصلي كذلك.

فالمقاول في التشريع الفرنسي لا يسمح بمقاضاة رب العمل إلا بعد إنذاره للمقاول الأصلي، وامتناع هذا الأخير عن الدفع بعد شهر من تاريخ توصله للإنذار مع وجوب توجيه نسخة من هذا الإنذار إلى رب العمل[2].

ب- المدعى عليه في الدعوى المباشرة:

الطرف المقابل في الخصومة التي يقوم بها المقاول الفرعي هو رب العمل باعتباره مدين المدين بما لم يثبت أنه سبق وأن أدى ما عليه للمقاول الأصلي، إذ لا يلزم إلا بدفع دين واحد.

ولكن إذا قاول المقاول من الباطن هو الآخر من الباطن وعهد بالأعمال المسندة إليه من المقاول الأصلي إلى مقاول آخر، فعلى من يعود بالدعوى المباشرة؟

1-لحلول حمزة نفس المرجع، ص 46-48

2-لحلول حمزة نفس المرجع، ص 48

فالتشريع الجزائري لم ينص ولم يتناول هذه الحالة، لكن الفقه يرى ـ استنادًا إلى ما ورد بالمادة 565 القانون المدني الجزائري ـ برجوع المقاول الفرعي الثاني بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول الفرعي الأول وليس على رب العمل الحقيقي، لأن المادة مقتصرة على درجة واحدة من المقاولة من الباطن ولا تُعطى الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي إلا من قبل رب العمل أي مدين مدينه.

أما الذين يعملون لدى المقاول الفرعي الثاني فيرجعون بهذه الدعوى على المقاول الفرعي الأول باعتباره مدينَ مدينِهم وعلى المقاول الأصلي باعتباره مدينَ مدينِهم.

ونفس موقف المحكمة العليا، حيث أعابت على القرار المطعون فيه أنه أعطى للمقاول الفرعي الثاني حق إقامة دعوى مباشرة على رب العمل الحقيقي بدلًا من المقاول الأصلي.

ولكن إذا كان المقاول الأصلي في حالة إفلاس يجب على المقاولين الفرعيين من الدرجة الأولى المطالبة من رب العمل مباشرة، أما المقاولون الفرعيون من الدرجة الثانية فتكون دعاويهم غير مجدية، ومن أجل تفادي الوضعية غير العادلة، نص القانون الفرنسيعلى منح المقاولين الفرعيين مهما كانت درجتهم الحق في متابعة رب العمل الحقيقي مباشرة باعتباره المستفيد الفعلي من الأعمال المنجزة[1].

ويظهر أن الرأي الفرنسي يجب اتباعه لأن هذا هدف المشرع الجزائري أيضًا وهو حماية المقاولين الفرعيين ولا ضرورة للتمييز بينهم.

عند إقامة الدعوى المباشرة ضد رب العمل فحتما يقتضي أن يكون هذا الأخير مدينًا حقيقيًا للمدين الأصلي، فإن أوفى رب العمل بالدين يَتبرّأ نحو المقاول الفرعي.

1–لحلول حمزة، نفس المرجع، ص 48–50

ثانيًا: موضوع الدعوى المباشرة

حدد المشرع في المادة 556 القانون المدني الجزائري موضوع دعوى المقاول الفرعي ضد رب العمل بعبارة: "بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به المقاول الأصلي وقت رفع الدعوى."

وتقتصر الدعوى المباشرة على ما يكون رب العمل مدينًا به للمقاول الأصلي وقت مباشرتها، فهي دعوى غير كاملة ونجدها دعوى مقيدة بثلاث قيود وهي:

القيد الأول: يكون الأجر مقدرًا حسب ما اتفق عليه في عقد المقاولة الفرعية والأعمال المتفق عليها في العقد، فالمقاول الفرعي ليس له إلا الأجر الذي يستحقه وما يتبعه من نفقات وثمن الأدوات والفوائد[1].

القيد الثاني: الأجر يكون مقابل الأعمال التي استفاد منها رب العمل فعليًا.

القيد الثالث: الأجر الذي يُدفع هو من المبالغ التي ما تزال بذمة رب العمل لصالح المقاول الأصلي. ونجد التشريع الفرنسي يشترط احتساب الفوائد من تاريخ الإنذار بالدفع الموجه لرب العمل وليس من بداية تاريخ الإنذار الموجه للمقاول الأصلي.

هي دعوى خاصة:

فهي دعوى لا تسمح للمقاول الفرعي بمقاضاة سوى مدين معين ومطالبته بأموال محددة في ذمته، أي أنه لا يحق للمقاول الفرعي مقاضاة سوى رب العمل الذي استفاد من الأعمال المنجزة ومطالبته بالأموال التي تكون لدى رب العمل وقت رفع الدعوى.

فتقتصر على أموال المقاول الأصلي التي بحوزة رب العمل، وليس على جميع أموال رب العمل، ويجب أن يكون الدين مستحقًا بسبب تنفيذ عقد المقاولة الفرعية[2].

1-عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء 7، المجلد الأول، منشورات الطبيعة، بيروت، لبنان، 1998، ص 131-227

2-برجم صليحة، نفس المرجع ، ص 120-121.

ثانيًا: دعوى مباشرة من النظام العام وليس لها أثر انقضائي

الدعوى ليس لها أثر انقضائي، والمقصود بالعبارة أن حق المقاول الفرعي لا ينقضي إلا بتحقيق المقاول الفرعي لهدفه من الدعوى.

إذا وفى رب العمل بالدين للمقاول الفرعي الذي في ذمته للمقاول الأصلي وكان أقل مما هو مستحق للمقاول الفرعي، يستطيع أن يرجع على المقاول الأصلي بما بقي مستحقًا له.

ونجد الفقه يعتبر أن الدعوى المباشرة حكم يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التنازل عنها في عقد المقاولة الفرعية، كما أن رب العمل ليس له الحق في منع المقاول الفرعي أو عماله من رفع الدعوى المباشرة، وحق المقاول الفرعي وعماله مستمد من نص القانون، ولو حصل الاتفاق فإنه يكون عديم الأثر ولا يمس المقاول الفرعي والعمال لأنهم ليسوا طرفًا فيه.

فالمشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة رغم أهميتها، وعليه أن يتدارك هذا الإهمال، والنص على عدم جواز التنازل عن حق الدعوى المباشرة حماية للمقاولين الفرعيين، وبما أن عقد المقاولة الفرعية عقد تبعي فيمكن أن تقع ضغوطات على المقاول.

الفرع الثاني

خصائص الدعوى المباشرة

أولا: دعوى اختيارية أهلية خاصة غير تامة

الدعوى المباشرة توصف بأنها دعوى أصلية اختيارية لا تنطوي على تحديد لشخص المدين وإنما تمنح للمقاول الفرعي مدينًا آخر، وهذا ما يمنح للمقاول الفرعي الحق بأن يختار بين متابعة المقاول الأصلي أي مدينه المباشر على أساس عقد المقاولة القائم بينهما أو مقاضاة رب العمل حسب المادة 565 القانون المدني الجزائري ويمكنه حتى أن يجمع بين الدعوتين ومقاضاة الاثنين ويجب عليهما أن يتضامنا لدفع مستحقاته، فالمادة 565 القانون

المدني الجزائري لم يشترط صراحة لمباشرة وقبول الدعوى ضد رب العمل إلا إذا عجز المقاول الأصلي عن الوفاء.

وإذا أهمل المقاول الفرعي متابعة المقاول الأصلي لأي سبب، فلا ينزع له حق مباشرة الدعوى ضد رب العمل.

المشرع لم ينص على الدعوى المباشرة بنص عام، وهذا ما حصر الدعوى المباشرة في حالات معينة وقررها القانون ولكنها محصورة[1].

هي دعوى غير تامة:

إنها دعوى غير تامة لأنها دعوى لا تجمد دين المقاول الأصلي بين يدي رب العمل لصالح المقاول الفرعي إلا من وقت رفعها، عكس الدعوى المباشرة التامة التي تجمد الدين منذ نشأته، فتكون كل تصرفات المقاول الأصلي في دينه لدى رب العمل قبل تاريخ رفع الدعوى المباشرة سارية المفعول تجاه المقاول الفرعي وتشكل دفوعًا مقبولة في مواجهته، أما بعد هذا التاريخ فلا تكون نافذة في حقه الفرعى عند إبرامه ويجب أن يتخلى عنها ومثل هذه الشروط تؤدي إلى سلبه الحماية التي أرادها المشرع[2].

الفرع الثالث

نتائج الدعوى المباشرة

أولا: نتائج الدعوى المباشرة على دائن المقاول الأصلي

لا تقتصر الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي فقط بل تمتد إلى دائنيه سواء كانوا من أصحاب الدعوى أو الدائنين العاديين وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

1-لحلول حمزة ، نفس المرجع، ص 41-42

2-برجم صليحة، نفس المرجع، ص 121-122

أ- حالة النزاع بين حائزي الدعوى المباشرة

فيما سبق من حق المقاول الفرعي وعماله وعمال المقاول الأصلي ممارسة الدعوى المباشرة، لهذا يحدث أن يباشر هؤلاء الدائنين الدعوى المباشرة ضد رب العمل لمطالبته بما في ذمته للمقاول الأصلي في نفس الوقت، فما هو الحل القانوني أمام هذه الوضعية؟

فهنا ليس هناك أي مشكلة إذا كان الدين الذي في ذمة رب العمل تجاه المقاول الأصلي يغطي المبالغ المستحقة لأصحاب الدعوى المباشرة، فكل واحد يأخذ نصيبه.

المشكل أنه لا يكفي هذا الدين للوفاء لهم جميعًا، وفي هذه الحالة كيف يتم حل النزاع؟ يرى الفقه أنه في تعدد الدائنين المستفيدين من الدعوى المباشرة ورفعها جميعهم ولم يكن في ذمة رب العمل أموال المقاول الأصلي ما يفي بجميع حقوقهم، يتقاسمون قسمة الغرماء فيما بينهم بنسبة حقه ما تحصلوا عليه من رب العمل، ويتساوى في ذلك تزاحم المقاولين الفرعيين فيما بينهم أو هم وعمال المقاول أو هؤلاء جميعًا ومعهم عمال المقاول الفرعي، فالقانون لم يعطي حق الأفضلية أو حق الامتياز لأحدهم دون الباقين، لهذا ينبغي أن يعاملوا كلهم على قدم المساواة[1].

ب- حالة النزاع بين المقاول الفرعي ودائني المقاول الأصلي من غير حائزي الدعوى المباشرة

المقاول الأصلي يضطر إلى البحث عن مصادر مالية لتمويل مشروعه، فيقوم إما بالرهن أو التنازل عن حقه لدى رب العمل للغير، فهذا التصرف يمكن أن يهدد حق المقاول الفرعي في الأجر وهذا ما يولد نزاعات بينهم.

وتطبيقًا للقواعد العامة يحق لدائني المقاول الأصلي من غير أصحاب الدعوى المباشرة مطالبة رب العمل بما في ذمته لمدينهم، أما عن طريق دعوى غير مباشرة أو بتوقيع حجز ما على مدين لدى الغير.

1-لحلول حمزة، نفس المرجع، ص 53.

لكن إذا قام أحد المستفيدين من الدعوى المباشرة بتوجيه إنذار بالدفع لرب العمل أو رفع هذه الدعوى، يمنع على هؤلاء الدائنين سلوك طريق الدعوى غير المباشرة، لأن ما يحظر على صاحب الحق المقاول الأصلي يحظر على كل من يحل محله.

كما يمنع عليهم إجراء حجز على المدين لدى الغير، فلا يجوز لهم البدء فيه بعد إنذار رب العمل أو إقامة الدعوى المباشرة ضده، وإن صادف وأن تم توقيعه قبل هذا التاريخ دون أن يصدر حكم قضائي يثبته، فلا يعود بإمكان الدائن الحاجز الاستمرار فيه، وحتى وإن صدر حكم فيه، فإنه لا يكون نافذًا في حق المقاول الفرعي رافع الدعوى المباشرة. نتيجة لذلك، فإن حائز الدعوى المباشرة يتغلب دائمًا على الدائن الآخر للمقاول الأصلي سواء باشر الدعوى غير المباشرة أو سلك طريق الحجز على ما للمدين لدى الغير[1].

ثانيا: نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي

الدعوى المباشرة لا تؤثر على علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي ولا في علاقة رب العمل، إذ يبقى المقاول الأصلي مدينًا للمقاول الفرعي، وتترتب نتائج على ذلك:

الأولى: يمكن للمقاول الفرعي استيفاء دينه من المقاول الأصلي، فيتبرأ رب العمل تجاه المقاول الفرعي ولا يرجع عليه بشيء.

الثانية: إذا وفى رب العمل للمقاول الفرعي بالدين في ذمته للمقاول الأصلي وكان هذا الدين أقل مما للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي، فيحق للمقاول الفرعي الرجوع على المقاول الأصلي بما بقي مدينًا به أو التقدم في تفليسة، حتى يستوفى حقه كاملًا من رب العمل والتفليسة.

1-لحلول حمزة نفس المرجع، ص 54

الثالثة: يبقى المقاول الأصلي دائنًا لرب العمل، لكنه لا يستطيع استيفاء حقه منه بعد رفع الدعوى المباشرة أو توجيه إنذار بالدفع لرب العمل، ويكون مركزه أشبه بمركز المدين المحجوز عليه في حجز على المدين لدى الغير[1].

ثالثا: نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل ولدائنيه

أ- نتائج الدعوى على رب العمل

إقامة المقاول الفرعي للدعوى المباشرة تترتب عليها نتائج ضد رب العمل وتجميد الدين الذي عليه لصالح المقاول الأصلي من وقت ممارستها ليخصص للوفاء بحقوق رافعها.

حكم التجميد يسرى على المقاول الأصلي وكذلك رب العمل، ويحق لهما قبل إقامة الدعوى المباشرة أو توصله بالإنذار من قبل المقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الأصلي التعرف بكل حرية في هذا الدين، فيستطيع أن يوفي للمقاول الأصلي بحقه كله أو بعضه أو لدائنيه، فتبرأ ذمته تجاه المقاول الفرعي، كما يمكن أن يجري مقاصة بين حق المقاول الأصلي الذي في ذمته وحقه لدى المقاول الأصلي[2].

أ- نتائج الدعوى المباشرة على دائن رب العمل

يمكن أن يكون رب العمل في حالة إعسار والمال الذي في حوزته لا يستطيع دفع كل الديون التي عليه، فهنا المقاول الفرعي رافع الدعوى المباشرة يجد نفسه أمام دائنين آخرين لرب العمل، فكيف يمكنه إيجاد حل لهذا النزاع؟

ففي هذه الحالة نجد أن رب العمل حسب نص المادة 565 القانون المدني الجزائري يجعله ملزمًا في حدود ما هو مدين به للمقاول الأصلي، ويجمد هذا الدين لصالح المقاول الفرعي وعماله وعمال المقاول الأصلي منذ تاريخ رفع الدعوى على رب العمل.

1-لحلول حمزة المرجع السابق، ص 52

2-لحلول حمزة المرجع نفسه، ص 55

فنص المادة لم يتعرض إطلاقًا إلى النزاع الذي من المحتمل أن يقع بين دائني رب العمل والمقاول الفرعي في حال أن مال رب العمل لم يكف لإتمام دينه جميعًا.

الدعوى المباشرة لا تميز المقاول الفرعي إلا في علاقته مع سائر دائني المقاول الأصلي، من ثَم لا يحتج على دائني رب العمل بالدعوى المباشرة إذا وفى هذا الأخير للمقاول الفرعي وحده دونهم، فيكون بإمكانهم الطعن في هذا الوفاء، وهذا طبقًا لنص المادة 191 القانون المدني الجزائري عن طريق إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف[1].

1-لحلول حمزة، المرجع السابق، ص 55-56

الخاتمة

من خلال بحثنا للمقاولة في القانون المدني الجزائري اتضح أنه يشوبه القصور في بعض المسائل إذ جاءت صياغتها الحالية غير دقيقة مما يترتب عليه لبس وغموض في المعنى أو من حيث المضمون، فلقد أخطأ المشرع في صياغة الفقرة الأولى من المادة 565 من القانون المدني الجزائري: يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون الحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطابة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل، ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي، امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.

إذ أن صياغة المادة توحي أنه يجوز لدائني المقاول الأصلي مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي، وهذا المعنى غير منطقي لأن الشخص لا يستطيع أن يدلي لغيره بأكثر مما يملك.

فيتعين على المشرع الجزائري تعديل الفقرة الأولى من المادة 565 من القانون المدني الجزائري على أن الرجوع المباشر لدائني المقاول الأصلي على رب العمل إنما يكون بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.

وأن الفقرة الثالثة من المادة 565 واضحة حيث قصد المشرع الجزائري بعدم جواز الاحتجاج على المقاولين الفرعيين والعمال بحوالة الحق التي تتم من قبل المقاول لفائدة شخص آخر تجاه رب العمل، ولو كان نفاذها سابقًا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز؛ إذ لو كان المقصود من النص عدم نفاذ الحوالة الحاصلة بعد الإنذار أو الحجز لكان مجرد تطبيق للقواعد العامة ولما كان هناك حاجة للنص عليها صراحة، وبالتالي في

جميع الأحوال حق للمقاول الفرعي أو العامل على حق المحال له. وعليه نقترح على المشرع تعديل الفقرة الثالثة من المادة 565 من القانون المدني الجزائري بما يفيد صراحة عدم جواز الاحتجاج على المقاول الفرعي أو العامل بأي حوالة تتم من قبل المقاول الأصلي لفائدة شخص آخر تجاه رب العمل، ولو كان نفاذها سابقًا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز.

كذلك نلاحظ أن المشرع ركز على ضرورة حماية المقاول الفرعي كونه الطرف الضعيف في العملية ولم يعطي حماية لرب العمل مما قد يلحقه بأضرار مباشرة بسبب إخلال المقاول الفرعي بتنفيذ العقد، مقررا بقاء المقاول الأصلي مسؤولًا عن هذا الإخلال أمام رب العمل.

وعلى حسب رأينا فإن ذلك اجحاف بحق رب العمل، لأنه ما دام أنه قد منح الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي ضد رب العمل حتى يستوفي حقه، يكون من العدل أن يقرر دعوى مباشرة يمارسها رب العمل ضد المقاول الفرعي حتى يسأل مباشرة عما قد يسببه له من أضرار نتيجة إخلاله لالتزامه الناتج عن المقاولة الفرعية، كونه صاحب المصلحة الأولى في ذلك والمتضرر الفعلي، ومن ثمة توحيد نظام المسؤولية داخل سلسلة العقود الفرعية.

أما بالنسبة لموضوع الضمان وإخراج المقاول الفرعي من الضمان العشري على أساس أنه وضع لحماية رب العمل في علاقته مع المقاول الأصلي واستبعاده في العلاقة بين هذا الأخير ومقاوليه الفرعيين، قول لا يتماشى مع الواقع المعاش، حيث في كثير من الأحيان ونظرًا لفكرة تقسيم الأعمال وتزايد أسلوب التخصيص، أصبح المقاول يفتقر إلى الدراية والخبرة.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني في العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

2-بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة، 2008.

3-حسين التونسي، الحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 2007.

4-عمرو محمد المارية، دراسة مقارنة في التعويض الاتفاقي في عقود المقاولات، كلية الحقوق جامعة المنوفية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2017.

5-عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة والوكالة والكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإصدار الثاني، 2001.

6-عبد الناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس المعماري، مطبعة السعادة، بيروت، لبنان، دون سنة النشر.

7-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1991.

8-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة، الوكالة، الوديعة، الحراسة الجزء السابع، المجلد الأول)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

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

10-انور العروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

11-انور طلبة، العقود الصغيرة، الشركة والمقاولة والالتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، 2004.

12-محمد حسن عبد الرحيم، العلاقة بين مالك المشروع والمقاول المنفذ للمشروع، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015

13-محمد حسن منصور، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999

14-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام والإرادة المنفردة، دار الهدى، 2012

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراة.

1- مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2015-2016.

ب/ مذكرات ماجستير

1-برجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2008-2009.

2- زيداني توفيق، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010.

ج/ مذكرات الماستر

1- لحلول حمزة، عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري، مذكرة مكملة ضمن متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017-2018.

ثالثا: النصوص القانونية .

أ-الأوامر والقوانين:

1- 95-07 المؤرخ 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58.

2- رقم 96-21 المؤرخ في 09 يوليو 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 43، 1996.

3- القانون 91-29 المتعلق بعلاقات العمل، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 68، 18 جمادى الثانية عام 1412 هـ.

4- القانون 11-04 المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المؤرخ في 17 فبراير 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، أول ربيع الثاني، عام 1432 هـ.

5- القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007، مدعم بالاجتهاد القضائي، بيرتي للنشر، طبعة جديدة مصححة ومنقحة، 2013-2014.

ب- المراسيم

1- المرسوم التنفيذي 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، رقم 57، الصادر في نوفمبر 1991.

2- المرسوم التشريعي رقم 94-03 المؤرخ في 11 أفريل 1994، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 20، 1994.

3- المرسوم التشريعي 94-109 المؤرخ في 26 ماي 1994، المتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين يفقدون منصب عملهم بصفة لا إرادية، الجريدة الرسمية، رقم 34، صادر في جوان 1994.

4- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد 50، سنة 2015.

الفهرس	
مقدمة	01
الفصل الأول: الطبيعة القانونية للمقاولة الفرعية	05
المبحث الأول: ماهية المقاولة الفرعية	05
المطلب الأول: مفهوم المقاولة الفرعية	05
الفرع الأول: تعريف المقاولة الفرعية	06
أولاً: التعريف الفقهي	06
ثانياً: التعريف اللغوي	06
ثالثاً: التعريف الاصطلاحي	07
رابعاً: التعريف القانوني	07
الفرع الثاني: تحديد المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته مع أطراف العقد	08
الفرع الثالث: خصائص المقاول الفرعي	09
أولاً: المقاولة الفرعية عقد رضائي	09
ثانياً: المقاولة الفرعية عقد معاوضة	10
ثالثاً: المقاولة الفرعية عقد ملزم للجانبين	11
رابعاً: المقاولة الفرعية من العقود المهنية	12
خامساً: المقاولة الفرعية من عقود الاعتبار الشخصي	13
المطلب الثاني: تطبيق المقاولة الفرعية لأحكام قواعد القانون الخاص وتمييزه عن العقود المستخدمة في إنجاز المشاريع	15
الفرع الأول: تطبيق المقاولة الفرعية لأحكام قواعد القانون الخاص	15
أولاً: المقاولة الفرعية صفة مدنية	15
ثانياً: المقاولة الفرعية صفة تجارية	16
ثالثاً: المقاولة الفرعية عقد مختلط	19
الفرع الثاني: تمييز المقاولة الفرعية عن العقود الأخرى	20
أولاً: تمييز المقاولة الفرعية عن عقد العمل	20

ثانياً: تمييز المقاولة الفرعية عن عقد الوكالة	21
ثالثاً: تمييز المقاولة الفرعية عن عقد البيع	22
رابعاً: تمييز المقاولة الفرعية عن عقد الإيجار	22
الفرع الثالث: تمييز المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة	23
أولاً: تمييز عقد المقاولة عن التنازل عن العقد	23
ثانيا: تمييز عقد المقاولة في القانون المدني عن قانون الصفقات العمومية	24
المبحث الثاني: كيفية إبرام المقاولة الفرعية وشروطها	25
المطلب الأول: الطرق المتبعة في إبرام المقاولة الفرعية	26
الفرع الأول: التعاقد بطريقة الممارسة والمسابقة	26
أولاً: طريقة الممارسة	26
ثانياً: طريقة المسابقة	27
الفرع الثاني: كيفية اختيار المقاول الفرعي	28
أولاً: اختيار المقاول الفرعي من قبل المقاول الأصلي	28
ثانياً: المقاول الفرعي المسمى	28
المطلب الثاني: شروط إبرام المقاولة الفرعية	29
الفرع الأول: الشروط العامة لصحة المقاولة الفرعية	29
أولاً: التراضي	29
ثانياً: المحل	30
ثالثاً: السبب	31
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لصحة عقد المقاولة الفرعية	31
أولاً: انعدام الشرط المانع	32
ثانياً: اشتراط عدم تعلق أعمال البناء محل عقد المقاولة بكفاءات شخصية للمقاول	35
الفرع الثالث: غياب شروط شكلية خاصة بالتعاقد الفرعي في مقاولات البناء	37
الفصل الثاني: الآثار القانونية للمقاولة الفرعية	38

المبحث الأول: الالتزامات الناتجة عن المقاولة الفرعية للطرفين اتجاه الآخر	38
المطلب الأول: الالتزامات المترتبة عن المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي	38
الفرع الأول: الالتزام بإنجاز العمل المتفق عليه	39
أولاً: العناية اللازمة في إنجاز العمل	39
ثانياً: جزاء الإخلال بتنفيذ العمل	39
الفرع الثاني: الالتزام بتسليم العمل النهائي إلى رب المقاول الأصلي	43
أولاً: كيفية التسليم	43
ثانياً: وقت التسليم	44
ثالثاً: مكان التسليم	45
المطلب الثاني: التزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن	45
الفرع الأول: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل	46
الفرع الثاني: زمن دفع الأجر ومكانه	46
أولاً: زمن دفع الأجر	46
ثانياً: مكان دفع الأجر	47
الفرع الثالث: حالات تعديل الأجر	47
أولاً: تعديل الأجر	48
ثانياً: تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقاييسه على أساس الوحدة	48
المبحث الثاني: جزاء مخالفة أحكام المقاولة الفرعية	49
المطلب الأول: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن	49
الفرع الأول: المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن	49
أولاً: الخطأ العقدي	49
أ- التنفيذ المعيب لأشغال البناء	49
ب- الخطأ في تنفيذ التصميم	49
ج- عيوب التصميم	50

ثانياً: العلاقة السببية بين خطأ المقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي	50
أ- يجب أن يكون السبب الأجنبي من المقاول الفرعي	52
ب- يجب أن يكون السبب غير ممكن توقعه	52
ج- يجب أن يكون السبب غير ممكن دفعه	53
ثالثاً: إثبات الضرر اللاحق بالمقاول الأصلي	53
أ- الضرر المادي	54
ب- الضرر المعنوي	54
ج- فوات الفرصة	55
الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي	56
أولاً: المسؤولية الشخصية	56
ثانياً: المسؤولية التضامنية	57
ثالثاً: المسؤولية التضامنية للمقاول الفرعي والأصلي تجاه صاحب المشروع	60
الفرع الثالث: مسؤولية المقاول من الباطن عن الأضرار التي تلحق بصاحب المشروع	61
أولاً: مسؤولية على أساس الخطأ	61
ثانياً: مسؤولية باعتباره متبوعاً	62
ثالثاً: مسؤولية المقاول من الباطن على أساس حراسة الأشياء	63
المطلب الثاني: حق المقاول الفرعي في الدعوى المباشرة	66
الفرع الأول: شروط الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي	66
أولاً: أطراف الدعوى	66
أ- المدعي في الدعوى المباشرة	66
ب- المدعى عليه في الدعوى المباشرة	68
ثانياً: موضوع الدعوى المباشرة	70
الفرع الثاني: خصائص الدعوى المباشرة	71
أولاً: دعوى اختيارية أصلية خاصة غير تامة	71

ثانياً: دعوى مباشرة من النظام العام وليس لها أثر انقضائي	71
الفرع الثالث: نتائج الدعوى المباشرة	72
أولاً: نتائج الدعوى المباشرة على دائني المقاول الأصلي	72
أ- حالة النزاع بين حائزي الدعوى المباشرة	73
ب- حالة نزاع بين المقاول الفرعي ودائني المقاول الأصلي من غير حائزي الدعوى المباشرة	73
ثانيا: نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الاصلي	74
ثالثا: نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل و دائني	75
أ- نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل	75
ب- نتائج الدعوى على دائني رب العمل	75
خاتمة	77
قائمة المراجع	79
الفهرس	83

ملخص

يُعد عقد المناولة الفرعية آلية قانونية تمكّن المقاول الأصلي من إسناد جزء من أشغال المشروع أوكلهإلى مقاول آخر يُسمّى بالمقاول الفرعي، وتُضبط هذه العلاقة وفق أحكام العقود العامة مع مراعاة خصوصيتها التقنية والمالية المتفق عليها بين الأطراف، ويهدف هذا النظام إلى تقليل الأعباء على المقاول الأصلي، وتسريع تنفيذ الأشغال، وتحسين مردودية المشروع. غير أنّ اللجوء إلى المناولة قد يطرح جملة من الإشكالات القانونية، خصوصًا ما يتعلق بتحديد المسؤوليات، وتسوية مستحقات الأطراف، وضمان حماية العمال وحقوقهم.

الكلمات المفتاحية : المقاولة الفرعية، المقاول الأصلي، المقاول الفرعي، المسؤولية القانونية.

Résumé

Le contrat de sous-traitance constitue un mécanisme juridique permettant à l'entrepreneur principal de confier une partie des travaux du projet, ou leur totalité, à un autre entrepreneur appelé sous-traitant. Cette relation est régie par les règles générales des contrats, tout en tenant compte de sa nature particulière ainsi que des exigences techniques et financières convenues entre les parties. Ce dispositif vise à alléger la charge pesant sur l'entrepreneur principal, à accélérer la réalisation des travaux et à améliorer l'efficacité du projet. Toutefois, le recours à la sous-traitance peut soulever plusieurs problématiques juridiques,notamment celles liées à la détermination des responsabilités, au règlement des paiements et à la protection des droits des travailleurs.

Mots clés : Sous-traitance, Entrepreneur principal, Sous-traitant, Responsabilité juridique