وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المرجع:.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

النظام القانوني لعقد المقاولة الفرعية في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة:حقوق

التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب(ة):

لطروش فاطيمة الزهرة

تحت إشراف الأستاذة:

سي فضيل زهية

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة) : كعيبيش بومدين	رئـيسا
الأستاذ(ة) : سي فضيل زهية	مشرفا
الأستاذ(ة) : لطروش أمينة	ممتحننا

السنة الجامعية: 2025/2024

نوقشت في : 2025/06/23

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

كلية الحقوق و العلوم السياسية
مصلحة التربصات

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية في إنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: بطوش فاطيمة الزهرة الصفة: طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 410209630246240007 والصادرة بتاريخ: 2022-07-04

المسجل بكلية: الحقوق و العلوم السياسية قسم: القانون الخاص

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

النظام القانوني للمعاونة الفرعية في التشريع الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2025-06-29

إمضاء المعني

ع/ر . م . ش . ب وبتفويض منه
إمضاء: حيدرة محمد
ملحق الإدارة الإقليمية

* ملحق القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى نفسي... بكل حب اهدي ثمرة نجاحي إلى نفسي العزيزة التي تعبت ،

في المسيرة الدراسية

اهدي هذا العمل إلى اعز ما يملك الإنسان

إلى من سهرت الليالي من أجلي وضحّت براحتها وسعادتها لأجل أن أكون إلى من كانت دعواتها نبراس طريقي ونورها سكن روحي وعلمتني حب العلم والعمل

"أمي الغالية"

أطال الله في عمركِ وبارك لي فيكِ

وإلى السند الذي لا يميل، والمثل الأعلى في العطاء، إلى من علّمني معنى الإصرار، إلى من كان وجوده أماناً، وصوته طمأنينة، وخطاه درباً أتّبع

"أبي الغالي"

أطال الله في عمرك وبارك ليفيكَ

إلى أخواتي"**منار وإكرام**"

إلى أستاذتي الفاضلة

"سي فضيل زهيه"وجميع الأساتذة الذين أضاءوا طريقي بالعلم

والى جميع الزملاء وأصدقاء الدراسة ولكل طالب علم اهدي ثمرة جهدي المتواضع.

الشكر والتقدير:

بداية الشكر لله عز وجل الذي وفقنا لانجاز هذا العمل المتواضع

كما أشكر الأستاذة المؤطرة

"سي فضيل زهية"

والتي ساعدتني كثيرا لإتمام وإعداد مذكرتي جعلها الله في ميزان حسناتها يوم

لاضل إلا ضله

ولا يفوتني أن اشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين

تشرفت بمعرفتهم وتقييمهم لعملي

والشكر الموصول لجميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية عبد الحميد بن باديس جامعة مستغانم

من درسني ومن لم يدرسني

وختاما أشكر كل من ساهم معي وساعدني في إنجاز هذا العمل من بعيد أو قريب ولو بالكلمة الطيبة والدعم المعنوي والدعاء.

المقدمة

تكتسي عقود المقاولة أهمية واسعة في واقعنا المعاصر وذلك نتيجة لتنوع صورها وتشعب مجالات تطبيقها إذ أصبحت تشكل الإطار القانوني الذي تنظم من خلاله أغلب التعاملات اليومية التي تهدف إلى تنفيذ أعمال أو تقديم خدمات وهو ما يعكس الإقبال الكبير على هذا النوع من العقود في مختلف الميادين من بناء وإنشاءات إلى تطوير الخدمات المتنوعة.

نال عقد المقاولة اهتمام واسع في مجال المشاريع العقارية بالتزامن مع تطور ارتفاع تحسين المعيشة للمجتمعات وينشأ عقد المقاولة بتعاقد رب العمل مع المقاول من أجل إنجاز العمل المتفق عليه و قد يتعاقد المقاول مع مقاولين فرعيين بغية تنفيذ وإنجاز الاتفاق.ونتيجة الانتشار الواسع لعقود المقاولة الفرعية تدخل المشرع الجزائري من أجل تنظيمها فخصص لها الكتاب الثاني _الباب التاسع _ من القانون المدني الجزائري المتعلق بالعقود الواردة على العمل وجاءت مذكورة في مادتين فقط 564 و 565، تشكل المادة 564 من القانون أساسا قانونيا لإبرام عقد المقاولة الفرعية كما تعد في ذات الوقت تطبيقا عمليا لمبدأ المسؤولية العقدية بين رب العمل والمقاول الأصلي بحيث تترتب مسؤولية هذا الأخير عن تصرفات المقاول الفرعي تجاه رب العمل، كرس المشرع من خلال نص المادة 565 حماية قانونية للمقاول الفرعي ذلك بمنحه الحق في رفع دعوى مباشرة ضد رب العمل، باعتباره مدينا لمدينه من اجل استيفاء مستحقاته الناتجة عن الأشغال التي قام بها وذلك في حدود المبالغ التي لا تزال في ذمة رب العمل تجاه المقاول الأصلي كما منحه المشرع حق الامتياز بما يمكنه من ضمان استخلاص ديونه في حال توقيع الحجز.

وينشأ عن التعاقد الفرعي علاقة ثلاثية، علاقة بين رب العمل والمقاول الأصلي وهي علاقة تعاقدية تعرف بعقد المقاولة الأصلي، وعلاقة تعاقدية أخر بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي تعرف بعقد المقاولة الفرعي أو عقد المقاولة من الباطن، وعلاقة بين رب العمل والمقاول الفرعي ليست تعاقدية تحكمها شروط خاصة.

أهمية الموضوع كونه موضوع جديد علميا وفئة قليلة باحثة فيه، عكس الجانب العملي فالكثير من الصفقات والمعاملات تتم به وذلك لاحتوائه على أهمية بالغة .

والهدف من دراستنا لعقد المقاولة الفرعية هو تخصيص جزء من التفصيل في بعض من جوانب هذا الموضوع، والقيام بدراسة شاملة لعقد المقاولة الفرعية والنظر في بعدها الدراسي من مفهوم والالتزامات والحماية القانونية للمقاول الفرعي وفتح مجال للباحثين والدارسين بإجراء المزيد من البحوث والتعمق فيه وذلك بسبب قلة الأبحاث القانونية الجزائرية بخصوص عقد المقاولة الفرعية.

دوافع اختيارنا لموضوع المقاولة الفرعية تكمن في الدوافع الذاتية أولا البحث واستنتاج مضمون هذا العقد وماهية المقاولة الفرعية ودراسة التزامات المقاول الفرعي والحماية القانونية التي وضعها المشرع له.

أما الدوافع العلمية فهي إجراء تحليل لما جاء به الباحثين ورجال القانون ضمن هذا العقد المهم واستنتاج النواقص وطرح بعض التوصيات المناسبة.

ومن هذا المنطلق يمكن صياغة الإشكالية التالية:

هل وفق المشرع الجزائري في ضبط أحكام المقاولة الفرعية؟

التي تضم مجموعة أسئلة فرعية، ما هو الإطار المفاهمي لعقد للمقاولة الفرعية؟ وماهي الأثار المترتبة عن عقد المقاولة الفرعية؟

ولقد اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي بينما اعتمدنا على المنهج التحليلي في تحليل مضمون المواد والنصوص القانونية المتعلقة بموضوع بحثنا.

الصعوبات والعراقيل بالدرجة الأولى ندرة المراجع العلمية الجزائرية عكس الفقهاء المصريون والفرنسيون وأغلب الباحثين الجزائريين تطرقوا لموضوع عقد المقاولة بكثرة بالرغم من أن في الواقع العملي نرى بأن الكثير أيضا يلجأ إلى هذا العقد.

وقمنا بتقسيم بحثنا وفق الخطة الثنائية وذلك على النحو التالي

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد المقاولة الفرعية

الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن عقد المقاولة الفرعية.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقد المقاولة الفرعية

نظرا للتطورات التي يشهدها مجال البناء يبحث رب العمل أو صاحب المشروع على مقاولين ذو خبرة واختصاص لتنفيذ عمل موضوع العقد بالشكل المناسب وأحيانا يضطر المقاول الأصلي إلى التعاقد مع أطراف أخرى في العقد فيلجأ إلى المقاولين الفرعيين، وكما يسمى عقد مقاولة من الباطن لتنفيذ جزء من لاتفاق أوكله.

يعتبر عقد المقاولة الفرعية من العقود المسماة له ضمانات للانعقاد خاصة به وشروط خاصة وضعها المشرع الجزائري، ولكن من ناحية شروط الانعقاد العامة تتم مثل كافة العقود الأخرى، وكغيره من العقود الأخرى الملزمة لجانبين ينشأ عنه علاقة متبادلة بين طرفيه تحكم بينهم مجموعة قوانين تحدد عند إبرام العقد.

من خلال الفصل الأول لبحثنا سندرس المفهوم الفقهي والقانوني لعقد المقاولة الفرعية وذكر جميع خصائصه بالتفصيل والتفرقة ما بين هذا العقد والحالات المشابهة لهو علاقة المقاول الفرعي بأطراف العقد وفي آخر الفصل سنبين الشروط اللازمة لانعقاد عقد المقاولة الفرعية.

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة الفرعية

إن عقد المقاولة الفرعية يرتبط بعقد أصلي سابق له ويشتركان في عدة جوانب الرغم من أن الأول تابع للثاني إلا انه يتميز بالاستقلالية وله خصائصه التي ينفرد بها من خلال (المطلب الأول) نتعرف على مفهوم عقد المقاولة الفرعية أما (المطلب الثاني) سندرس فيه خصائص هذا العقد.

المطلب الأول: مفهوم عقد المقاولة الفرعية

تعرف المقاولة الفرعية على أنها عقد يعهد من خلاله أحد المقاولين إلى مقاول آخر (الفرع الأول) تحت مسؤوليته بتنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة المبرم مع رب العمل صاحب المشروع[1] (الفرع الثاني).

الفرع الأول:التعريف الفقهي

اهتم الفقهاء بإيجاد مفهوم دقيق لعقد المقاولة الفرعية، فعرفها على أنها إنابة الغير في تنفيذ الأعمال مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة في ذلك تتم بواسطة عقد بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي.

تعرف المقاولة الفرعية على أنها إنابة الغير في تنفيذ الأعمال مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة في ذلك، تتم بواسطة عقد بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، والذي بموجبه يعهد الأول بجزء من نشاطه وعمله للثاني، نظراً لما يتمتع به هذا الأخير من مهارات فنية وتقنية.[2]

1عليلي عبد الكريم، عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري، القانون الاجتماعي, جامعة مولاي الطاهر، سعيدة 2010-2015 ص15.

2Georges valentinles , contrats de sous traitantes ,.Montpellier edition1979,p02

فيعرفها الفقه عموما على أنها "عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى أخر يدعى مقاولا فرعيا بكل أو جزء من محل عقد المقاولة الذي أبرمه الأول مع رب العمل ما لم يمنع من ذلك".

ويجمع غالبية الفقه 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].

الفرع الثاني: التعريف القانوني

تنص المادة 564 من القانون المدني الجزائري على انه" 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[2]."

وهي نفسها المادة 661 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري التي تنص"يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه المقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرطا في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية" مع استعمال لمصطلح المقاول من الباطن وهو نفسه المصطلح المستعمل من طرف كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني الليبي والقانون المدني السوري.[3]

ويعرف قانون المقاولة الفرعية الفرنسي لسنة 1975 المقاولة الفرعية في مادتها لأولى بأنها تلك العملية التي من خلالها يوكل مقاول رئيسي بموجب عقد مقاولة فرعية وتحت مسؤولية

1أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الإسكندرية، منشأة المعارف 2002 ص105.

2أمر رقم 58 _75مؤرخ في 26 سبتمبر 1976 المتضمن قانون المدني الجريدة الرسمية عدد 78 تاريخ 30 سبتمبر 1995 معدل ومتمم بموجب قانون05 – 10المؤرخ في 20 يونيو 2007 الجريدة الرسمية عدد23 – 44 يونيو2003 .

3عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان2011 ص208.

لشخص آخر يسمى المقاول الفرعي تنفيذ كل عقد المقاولة أو جزء منه أو جزء من صفقة عمومية مبرمة مع رب العمل[1].

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة الفرعية

بأمن عقد المقاولة الفرعية يتبع عقدا أصلي فانه يتبعه في جل خصائصه طبقا لقاعدة "الفرع يتبع الأصل ومن خلال هذا نستنتج الخصائص المميزة له في أنه عقد رضائي (الفرع الأول) عقد ملزم لجانبين (الفرع الثاني) كذلك في كونه من عقود المفاوضة (الفرع الثالث) ومن العقود الواردة على العمل (الفرع الرابع) ونذكر الخصائص مميزة لعقد المقاولة الفرعية (الفرع الخامس).

الفرع الأول:عقد المقاولة الفرعية عقد رضائي

ورد في نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري "أن يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية الأخرى"، [2] والتراضي في عقد المقاولة الفرعية يكفي ارتباط الإيجاب بالقبول، ومن ثم يمكن أن يبرم العقد كتابة أو شفاهة، أو بالإشارة الدالة وفقا للقواعد العامة فلا يحتاج ذلك إلى شكلية خاصة..[3]

لكن اعتبار عقد المقاولة عقدًا رضائيًا، فإن ذلك لا يمنع من القول بجواز لطرفي عقد المقاولة الفرعية أن يتفقا على إفراغ محتواه في قالب رسمي، وذلك بتحرير وثيقة مثلها هو الحال في عقود

1Loi n°75_1334 du 31 décembre 1975 relativeà la sous_traitance ,jorf du 3 janvier 1976 p148 article 1er«Au sens de la présentali ,la sous_tratance est l'opération.

2الامر75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 7 05 المؤرخ 13 ماي 2007.

3بن عزوز بن صابر، الحماية المقررة للعمال الإجراء في إطار المقاولة من الباطن في التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الأول، جامعة مستغانم كلية الحقوق والعلوم السياسية 2016ص48.

المقاولات الكبرى، وتلك المتضمنة لأعمال معقدة فالعقد لا ينعقد إلا عند مراعاة الشكل المتفق عليه لتحريره.[1]

1الفضيلي جعفر، الوجيز في العقود المدنية البيع والإيجار المقاولة دراسة في ضوء التطور القانوني معززة بالقرارات القضائية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن،1997 ص368.

الفرع الثاني: عقد المقاولة الفرعية عقد ملزم لجانبين

تنشأ التزامات الطرف الأول بقيام التزامات الطرف الثاني أي أن يكون نفس الشخص دائنا ومدينا مثلا عندما يلتزم المقاول الفرعي بانجاز العمل المتفق عليه وتسليمه في الوقت المحدد هنا تظهر التزامات المقاول الأصلي بدفع الأجر المستوجب له ويظهر بان التزام المقاول الفرعي بأداء العمل هو سبب التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر المستحق[1]ولذلك اعتبر المشرع في المادة 55 من القانون المدني الجزائري "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما البعض."[2]

الفرع ثالث:عقد المقاولة الفرعية عقد معاوضة

يعرف المشرع الجزائر عقد المعاوضة بموجب نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري على انه "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما[3] "فلا يوجد عقد مقاولة دون عوض أو أن يكون تبرعي ويقصد بها الأخير العقد الذي لا يحصل فيه أحد المتعاقدين على مقابل لما أعطاه، ولا يقدم الأخر مقابل ما يحصل عليه.[4]

1بالحاج العربي, النظرية العامة للالتزام في القانون المدني, التصرف القانوني, العقد والإرادة المنفردة, الجزء الأول, الطبعة الخامسة, ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007 ص60.

2المادة 55 من القانون المدني الجزائري.

3المادة 54 من القانون المدني الجزائري.

4علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص17.

الفرع الرابع: عقد المقاولة الفرعية من العقود الواردة على العمل

وذلك لكون محله ينصب على القيام بعمل، فمع ذلك يوجد بعض الاستثناءات التي تجعل عقد المقاولة من العقود الناقلة للملكية إذا كان المقاول الفرعي قد استعمل المواد اللازمة للعمل من قِبله فعند الانتهاء من عمله يقوم بنقل ملكية الشيء المصنوع أو المنجز للمقاول الأصلي.[1]

إضافة إلى تخصيص المقاولة من ضمن العقود الواردة على العمل من طرف المشرع الجزائري فإن الالتزام الرئيسي في عقد المقاولة أصلية كانت أم فرعية هو أداء عمل مادي وهو صنع شيء أو أداء عمل مقابل أجر وهذا الالتزام لا يرد على العمل في ذاته مثل ما هو الحال في عقد البيع إنما يرد على العمل باعتباره نتيجة[2].

إن الأداء الأساسي المطلوب من المقاول الفرعي هو القيام بعمل معين، غير أن الالتزام الرئيسي لا يرد على العمل في ذاته مثل ما هو الحال في عقد العمل إنما يرد عليك العمل باعتباره نتيجة يؤديه بصفة مستقلة إما بنفسه أو بواسطة غيره عن طريق إبرام عقد مقاولة ثاني من الباطن إذا لم يمنع من ذلك.[3]

1 زواقي مصطفى، منصوري أمبارك، الدراسة القانونية والسياسية المجلة الإفريقية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد6 العدد1، سنة 2022، ص202.

2بن عمار محجوب، المسؤولية العشرية للمتخلين في نشاط الترقية الترفيهية العقارية بخصوص العناصر التجهيزية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق 2014 ص23.

3نعيم مغبغب، عقود البناء والأشغال الخاصة والأشغال العامة، دون ذكر دار النشر، 1997 ص01.

الفرع الخامس: الخصائص المميزة لعقد المقاولة الفرعية

هناك بعض الخصائص التي تميز عقد المقاولة الفرعية عن العقد الأصلي والعقود الأخرى و تتمثل في:

أولا :استقلالية المقاول الفرعي عن المقاول الأصلي

رغم تبعية عقد المقاولة الفرعية للعقد الأصلي إلا أن المقاول الفرعي يعمل بكل استقلالية عن المقاول الأصلي الذي لا يملك حق الإشراف والتوجيه على المقاول الفرعي، وهذا ما يميز عقد المقاولة الفرعية عن عقد العمل إلا أن هذا لا يمنع من تمتع المقاول الأصلي بحق الرقابة على أعمال المقاول الفرعي[1].

ثانيا: نميز عقد المقاولة الفرعية بأنه عقد نبعي للعقد الأصلي

يعتبر عقد المقاولة الفرعية وسيلة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلي، فهو مرتبط به من حيث محلي فلتنفيذ العقد الأصلي لابد من تنفيذ العقد الفرعي وقد نصت المادة 564 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري:

"يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءاته الشخصية."[2]

1زواقي مصطفى، منصوري أمبارك، الدراسة القانونية والسياسية، المرجع السابق، ص202.

2المادة 564 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة له وعلاقة المقاول الفرعي بأطراف العقد

انطلاقا من منظورنا لعقد المقاولة الفرعية نرى بأنه قد يحدث لبس أو تشابه ما بينه وبين الحالات المشابهة له وجب التفرقة بينهم وهذا ما سندرسه في (المطلب الأول) أما (المطلب الثاني) فسنخصصه لمعرفة العلاقة التي تربط المقاول الفرعي بأطراف العقد.

المطلب الأول:تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة له

تنص المادة 545 من القانون المدني الجزائري تجيز صراحة أن تشمل المقاولة الفرعية كل الأعمال المتفق عليها في العقد الأصلي، فلا يشترط أن تكون المقاولة الفرعية جزئية.

وعلى ذلك، فإن إجازة التقاول من الباطن لتنفيذ العقد الأصلي بأكمله تدعو إلى التساؤل عما إذا كنا بصدد مقاولة فرعية أم أن المقاول الأصلي قد تجاوز حدودها وتنازل عن العقد بما فيه من حقوق والتزامات لمتعاقد جديد يُعتبر من الغير بالنسبة إلى رب العمل.[1]

الفرع الأول: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن التنازل عن العقد

التنازل عن العقد يعني نقل مركز أحد المتعاقدين في العقد مع ما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى المتنازل له أو حلول المتنازل له محل المتنازل في الرابطة العقدية التي تربطه بالمتنازل لديه رب العمل بكل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية وبالتالي فإن التنازل عن العقد يتضمن في حقيقة الأمر حوالة حق وحوالة دين إلى المتنازل له وإذا كان يكفي في حوالة الحق، إخطار المدين بذلك فإن حوالة الدين تقتضي موافقة الدائن رب العمل وعليه فإنه يمكن اعتبار

1عليلي عبد الكريم، عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري القانون الاجتماعي جامعة مولاي الطاهر، كلية الحقوق والعلوم السياسية سعيدة 2014-2015 ،ص17.

موافقة رب العمل على التنازل أنه انضمام إلى اتفاق موجود وصحيح ونافذ بين طرفيه المقاول المتنازل والمتنازل إليه والتنازل عن المقاولة[1].

وبالتالي فإن هناك اختلافا في المحل بين الرابطة العقدية الأولى والعقد اللاحق لها، كما أن التنازل عن العقد يمكن المتنازل من الخروج نهائيا من دائرة التعاقد، لتنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل لديه والتنازل له فيصبح هذا الأخير إما دائنا بالالتزام أو مدينا به بحسب مركز المتنازل له في العقد الأول.[2]

لهذا فإن كل من التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد يسمحان بإحلال الغير محل أحد طرفي العقد، كما يشترك هذين النظامين في وجوب أن يتم الإحلال أثناء تنفيذ العقد الأول وليس بعد انتهاء تنفيذه، لهذا فهما يخصان العقود المستمرة فقط.[3]

زيادة على ذلك فإنه يجوز أن يرد كل من التنازل عن العقد والعقد من الباطن على جزء من محل العقد الأول أو كله، كان يتناول المقاول الأجرة لشخص آخر عن طريق حوالة الحق أو يتناول نقل كل عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، كما يجوز للمقاول أن يعهد بكل الأعمال الموكلة إليه بموجب عقد المقاولة الأصلية إلى مقاول فرعي أو جزء من هذه الأعمال فقط إذ لم يمنع من ذلك، ويحق كذلك للمستأجر أن يتنازل إلى الغير عن حق الإيجار كله أو

1مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري الفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة 1978، ص 26 وما بعدها.

2Ph.malauré ،et l aynes . droit civile.les obligation. Tome 5,7éme.1997 cite.N°694.P407.

3 نبيل إبراهيم، التنازل عن العقد نطاق التنازل عن العقد وأحكام التنازل عن العقد الطبعة 2002، منشأة المعارف الإسكندرية، ص85.

بعضه ويتنازل عن العين المؤجرة أو جزء منها وبالنسبة إلى كل مدة الإيجار أو لفترة زمنية أقل، ويجوز أن يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل.[1]

الفرع الثاني:تمييز عقد المقاولة الفرعية عن عقد العمل

عرف الفقه عقد العمل بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الأجير أو العامل بالقيام بنشاط معين لفائدة شخص أخر يكون تابعا له ويسمى رب العمل مقابل عوض نقد يسمى الأجر ويشترك العقدان فيكون كل واحد منهما القيام بعمل مقابل أجر وقد صنف العقدان ضمن العقود الواردة على العمل في القانون المدني الجزائري بينما القانون المدني الفرنسي صنفها ضمن عقود الإيجار متأثرا بذلك بالقانون الروماني الذي كان يعتبر عقد العمل هو عقد إيجار الخدمات بينما عقد المقاولة هو عقد إيجار أرباب الصنائع ويتفقا بعقدان في أنهما يردان على العمل بينما التمييز بينهما يخضع لعدة معايير حسب التفصيل الأتي بيانه وقبل ذلك سنتطرق إلى أهمية التمييز بين العقدين.[2]

يستعين المقاول الأصلي لتنفيذ التزاماته العقدية بمقاولين فرعيين كما يستعين بعمال ولعل التمييز بين العقدين يسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد كما يسمح بتحديد الجهة القضائية المختصة في الفصل في أي نزاع يتعلق بالعقدين سواء من الناحية النوعية أو الإقليمية فإذا كان النزاع متعلقاً بعمل لابد أن يعرض مسبقاً على مكتب المصالحة وهو شرط للجوء إلى الجهة القضائية المختصة للفصل في النزاع كما أن النزاعات المتعلقة بعقود العمل تفصل فيها تشكيلة متكونة من القاضي الذي يساعده ممثل عن العمال وكذا ممثل عن أرباب العمل كما أن التمييز بين العقدين يسمح بتحديد أحكام المسؤولية الواجب تطبيقها والتي تختلف من عقد لآخر،

1عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني وتشريعات الإيجار الأمان، الطبعة العربية الحديثة، الطبعة الثالثة، سنة1996 بند 173 ص654.

2بجاوي المدني ،التفرقة بين عقد المقاولة وعقد العمل، دراسة تحليلية و نقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، سنة 2008.

كما لايخفى بأن تطور قانون العمل أو القانون الاجتماعي ككل جعل عقد العمل من النظام العام حيث أصبحت إرادة المتعاقدين أمراً ثانوياً وذلك حماية لحقوق العمل[1].

الفرع الثالث: التمييز بين عقد المقاولة الفرعية و عقد الوكالة

يعرف القانون المدني الجزائري الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه" كما يعرف القانون المدني الفرنسي الوكالة بأنها عقد يعطي بموجبه شخص آخر السلطة للقيام بشيء لحساب الموكل وباسمه العقد لا ينعقد إلا بقبول الوكيل.[2]

من خلال هذين التعريفين، ومقارنة بتعريف عقد المقاولة يظهر بأن العقدين يتفقان أن كل منهما يرد على العمل بينما نلاحظ وجود تمثيل أحد المتعاقدين بالآخر في عقد الوكالة وهذا ما لا نجده في عقد المقاولة كما نلاحظ وجود عنصر الأجر في عقد المقاولة ولا وجود له في عقد الوكالة.

من المعلوم بأن عقد الوكالة هو من عقود التبرع إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك وهذا خلاف جوهري مع عقد المقاولة الفرعية الذي يعتبر من عقود المعاوضة فلا بد من تحديد مقابل مالي للعمل محل المقاولة الفرعية ومع ذلك فهذا العنصر لا يكفي للتمييز بينهما نظراً لظهور الكثير من المهن التي تعتمد على الوكالة وتتخذها مهنة معتادة لها وتكون بعوض.[3]

في عقود الوكالة يتدخل القاضي في تحديد الأجر إذا كانت الوكالة بعوض ولاحظ بأن الأجر مبلغ فيه، أما بالنسبة لعقد المقاولة الفرعية لم يكن القضاء متدخلاً في تحديد الأجر الذي يتفق

1F.Labarthe,cyril noblot,le contrat d'entreperce LGDJ L'extenso édition,2002,P124

2Art. 1984 du code civil français « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.

3عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص15.

عليه طرفي العقد بكل حرية إلا أنه مع توسع المجالات التي يشملها عقد المقاولة أصبح القضاء يتدخل في تحديد الأجر إذا رأى بأنه مبالغ فيه أو غير متفق عليه.[1]

الفرع الرابع: تمييز عقد المقاولة الفرعية قفي القانون المدني عن عقد المقاولة الفرعية في قانون الصفقات العمومية

أما عن المرسوم رقم 434/91 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم فقد أورد المقاولة الفرعية ضمن القسم السادس من الباب الرابع منه تحت تسمية "التعامل الثانوي" مخصصا لها المواد من 94 إلى 97 على اعتبار أنها تعاقد من الباطن يتم بين المتعامل الأصلي والمتعامل الثانوي اللذان يعملان معا على تنفيذ الصفقة لفائدة المصلحة المتعاقدة.[2]

فبموجب المادة 94 أجاز المشرع صراحة للمتعاقد مع الهيئة العمومية اللجوء إلى المقاولة من الباطن لتنفيذ جزء من موضوع الصفقة فقط عاكس ما هو عليه الحال في القانون المدني الذي أجاز امتداد المقاولة الفرعية إلى جميع الأعمال المتعاقد بشأنها في عقد المقاولة الأصلية.[3]

أما المادة 95 فتبقي المتعاقد الأصلي المسؤول الوحيد اتجاه المصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بها جراء التنفيذ المعيب للأعمال من قبل المتعاقد الثانوي وهو نفس المبدأ المقرر في المادة 564 من القانون المدني.[4]

وأوضح المشرع في المادة 96 الشروط الواجب مراعاتها قبل اللجوء إلى المقاولة من الباطن من وجوب تحديد الأعمال المزمع إسنادها إلى المتعامل الثانوي بصفة صريحة في الصفقة وضرورة الحصول على الموافقة المسبقة للمصلحة المتعاقدة خلافا للقانون المدني الذي لم يشترط موافقة المتعاقد على المقاولة من الباطن إن تعلق الأمر بظروف خاصة.

1عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق، ص14.

2أحمد أبو العال أبو، قرين الأحكام العامة لعقد المقاولة الطبعة الأولى دار النهضة العربية القاهرة، 2003 2002 ص47.

3عليلي عبد الكريم، المرجع السابق، ص19.

4المرسوم التنفيذي رقم 91-43 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية العدد 57 الصادر في 1991.

كما ألزمت نفس المادة المتعامل الثانوي بالعمل على تنفيذ الأعمال محل المقاولة من الباطن وفقا لقواعد الصفقة الأصلية وهو ما يكرس مبدأ الامتداد الذي لم يكن موجودا قبل صدور المرسوم الرئاسي المؤرخ في 2002 حيث كانت المادة 96 بنصها القديم تسمح بإبرام صفقات مناولة بدون التقيد بشروط المادة 96 وهو ما استفاد منه المتعامل الثانوي استثناء من المصلحة المتعاقدة متى كانت الخدمات التي يؤديها منصوص عليها في الصفقة.

في حين أقر المشرع في المادة 97 حق الامتياز للمتعامل الثانوي المعتمد من قبل المصلحة المتعاقدة في حالة الرهن الحيازي.

ويتضح مما سبق أن أحكام المقاولة الأساسية للمقاولة الفرعية في القانون المدني وقانون الصفقات العمومية لا محالة تبين بعض نقاط التشابه والاختلاف بين أحكامها وهو ما سنتناوله بالتحليل في العناصر الخاصة بذلك في مجال المعاملات العمومية.[1]

المطلب الثاني: علاقة المقاول الفرعي بأطراف العقد

يستلزم في عقد المقاولة وجود علاقة متعددة الأطراف وتكون بين رب العمل والمقاول الأصلي وبين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي ولكن الرابطة الأولى تقع خارج إطار دراستنا والتي تنحصر في العلاقة الثنائية بين المقاول الفرعي ورب العمل والمقاول الفرعي بالمقاول الأصلي.

الفرع الأول: العلاقة بين المقاول الفرعي ورب العمل

1عليلي عبد الكريم، المرجع السابق، ص20.

الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي إذ لا يربطهما أي عقد وبالتالي يعتبر كل منهما غير مواجه للأخر.[1]

ولكن على الرغم من ذلك تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول الفرعي علاقة غير مباشرة يتوسطها المقاول الأصلي فلا يستطيع كل منهما مطالبة الآخر مباشرة بتنفيذ[2]التزاماته وإنما يستطيع كل منهما الرجوع على الآخر بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه المقاول الأصلي.[3]

غير أن المشرع الجزائري أورد استثناء فيما يتعلق بأجر المقاول الفرعي المستحق له والمترتب في ذمة المقاول الأصلي، حيث منح المشرع الجزائري للمقاول الفرعي الحق في الرجوع مباشرة على رب العمل.

الفرع الثاني:علاقة المقاول الفرعي بالمقاول الأصلي

تكون العلاقة بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي علاقة رب عمل بالمقاول مصدرها عقد المقاولة الفرعية وتخضع لما ورد فيه من أحكام فيكون المقاول الأصلي بالنسبة للمقاول رب عمل عليه جميع التزامات رب العمل ويكون المقاول الفرعي بالنسبة للمقاول الأصلي مقاولا تترتب عليه جميع التزامات المقاول.[4]

و يكون المقاول الأصلي مسؤولا في مواجهة رب العمل عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول الفرعي في التنفيذ.

1 Zahi Amor, Le droit de la responsabilité en matière de construction, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit de Ben Aknoun, université d'Alger, volume 25, édition l'office national des travaux éducatifs, Alger, 1987.P596.

2Zahi amor.Op cite,P596.

3عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص431.

4جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص431.

هذا ما قرره المشرع الجزائري في الفقرة الثانية ولكن يبقى في هذه : « من المادة 564 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن » الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل.[1]

في الحقيقة فإن تقرير مسؤولية المقاول الأصلي عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول الفرعي في مواجهة رب العمل، يعتبر أحد تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير.[2]

فالمستقر عليه فقها أن المسؤولية العقدية عن الغير تتحقق إذا استخدم المدين المقاول أشخاصا غيره في تنفيذ التزامه العقدي فيكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن خطأهم الذي أضر بالدائن رب العمل في الالتزام العقدي فالمسؤولية العقدية عن الغير تقوم حيث يوجد عقد صحيح بين المسؤول والمضرور وحيث يكون الغير مكلفا بتنفيذ هذا العقد.

وإذا كان المقاول الأصلي يسأل عن أخطاء المقاول الفرعي في مواجهة رب العمل فهو يستطيع الرجوع فيما بعد على المقاول الفرعي بدعوى المسؤولية العقدية، غير أنه لا يمكن للمقاول الأصلي أن يرجع دائما بكل ما دفعه من تعويض لرب العمل.[3]

المبحث الثالث: كيفية انعقاد عقد المقاولة الفرعية

بما أن المقاولة الفرعية عقد مقاولة التي جاءت قواعده في المادة 549 وما يليها من القانون المدني الجزائري، لهذا فيكون تابع له تحكمه نفس شروط انعقاد عقد المقاولة.

إلا أنها لم تذكر شروط الانعقاد لذا يتعين علينا الرجوع إلى القواعد العامة الخاصة بإبرام العقود وينعقد مثل كافة العقود الأخرى لذا لانعقاد المقاولة الفرعية يشترط وجود الأركان الثلاثة تتمثل

1محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 1999 ص114.
2عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص446.
3عليلي عبد الكريم، المرجع السابق، ص21.

في الرضا والمحل والسبب، كونه من العقود الرضائية وفقا لما رأيناه سابقا فان الشكلية ليست ركنا لانعقاده، وعليه يصح إبرامه كتابة أو شفاهة.

ووفقا للأصول القواعد العامة يجب أن يكون الرضا صحيح والمحل والسبب مشروعين، ولكون المقاولة الفرعية عقد قائم بذاته يشمل شروط خاصة به هذا ما سنتطرق إليه (المطلب الأول).

كما ينبغي لانعقاد المقاولة الفرعية إتباع مجموعة الإجراءات دون الإخلال بها وتتمثل في ثلاثة مراحل، مرحلة المفاوضات ومرحلة صدور الإيجاب ومرحلة إبرام العقد وسنتعرف عليهم من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط اللازمة للتعاقد الفرعي

من أجل انعقاد المقاولة الفرعية بشكل صحيح يجب أن تتوافر على الشروط العامة مثل كافة العقود (الفرع الأول) وجب تحديد الشروط الخاصة بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:الشروط العامة لانعقاد المقاولة الفرعية

وفقا لما جاءت به القواعد العامة في انعقاد العقود ومهما يكن حتى ولو كان ضمن العقود الخاصة أو التابعة يجب أن يشمل الشروط الثلاثة الرضا، المحل والسبب.

بين المشرع شروط التعاقد في القسم الثاني من الفصل الثاني المخصص للعقد من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود من القانون المدني ولذلك فهي شروط عامة تشترط لإبرام أي عقد سواء كان عقدا أصليا أم عقدا فرعيا ويؤدي تخلّف شرط من هذه الشروط إلى بطلان العقد قد يكون بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا ومن ثم لا يصح عقد المقاولة الفرعية إلا بتوافر هذه الشروط، وهي ما تسمّى بشروط صحة التعاقد وتتحدد هذه الشروط في الرضا، المحل والسبب.[1]

1كعقد الوكالة و الإيجار و المقاولة.

أولا:تحقق التراضي

يشترط لانعقاد المقاولة الفرعية توفر رضا لدى طرفين والمقصود بالطرفين هما المقاول الأصلي والمقاول الفرعي لكن لا يشترط رضا رب العمل مونه ليس طرفا في العقد إنما موافقته على المقاولة الفرعية شرطا لنفاذها في حقه.

ينعقد العقد عموم بمجرد تطابق التعبير عن الإرادة الصادر عن طرفاه إلا إذا اشترط القانون شكلا معينا لتمام العقد فلا يتم إلا بعد استفاء هذا الشكل[1] والمقصود بتطابق التعبير عن الإرادة هو التراضي والذي يعرف بتطابق القبول مع الإيجاب الموجه إليه بقصد إحداث أثر قانوني[2]تطبيقا لذلك فإنه لانعقاد المقاولة يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول بين صاحب المشروع والمقاول ليتم التراضي على العمل موضوع العقد ويتم التراضي في المقاولة الفرعية بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي على ماهية العقد إذ يستلزم أن يكون العقد عقدا فرعيا وليس عقدا مكملا والعمل الذي يؤديه المقاول الفرعي للمقاول الأصلي والأجر الذي سيتقاضاه منه وعليه فإن أطراف عقد المقاولة الفرعية يتحدّدان في المقاول الأصلي من جهة والمقاول الفرعي من جهة ثانية أما صاحب المشروع فلا يعد طرفا في العقد.

وكما قدمنا فإن الإرادة هي قوام العقد فإن انعدمت أصبح العقد باطلا وغير موجود وقد تكون الإرادة موجودة ولكنها معيبة بعيب من العيوب ففي هذه الحالة يكون العقد قابلا للإبطال وعليه لابد أن يكون التراضي صحيحا وذلك بأن يكون صادرا من ذي أهلية [3] فكل شخص مكتمل الأهلية يكون أهلا للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون .[4]

1المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

2وهنا التراضي يعني الصدور من الجانبين عكس الرضا و يمثل طرفا واحدا.

3المادة 45 من القانون المدني الجزائري، ونقصد بها هنا أهلية الأداء.

4المادة 78 من القانون المدني الجزائري.

وباعتبار أن المقاولة عملا تجاريا سواء تعلق الأمر بالمقاولات الأصلية أو المقاولات الفرعية يشترط في القائم بها الصفة التجارية [1] فإذا كان المقاول شخصا طبيعيا يتوجب بلوغه سن الرشد الذي يتحدد باكتمال الشخص تسعة عشر سنة وتمتعه بجميع قواه العقلية وألا يكون محجورا عليه [2] أما إذا كان قاصرا فلا يكون مؤهلا لإبرام هذا العقد إلا إذا توافرت فيه شروط الترشيد لممارسة الأعمال التجارية المنصوص عليها قانون [3] والتي تتلخص في تمام القاصر سن ثمانية عشرة سنة أو الحصول على إذن وليه الشرعي المتمثل في الأب وفي حالة سقوط الولاية عنه فالأم أو مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة مع إلزامية قيد هذا الإذن في السجل التجاري غير أنه ونظرا للخطورة التي تحيط بنشاط المقاولات قد لا يرخص القاضي للقاصر إنشاء مقاولة ويكون من الحكمة انتظار بلوغه سن الرشد القانوني المذكور أعلاه.

أما إذا كان المتعاقد شخصا معنويا فيشترط أن يكون مؤهلا قانونا للقيام بالتصرفات التجارية وذلك متى اعترف له المشرع بالشخصية القانونية وفي هذه الحالة يتولى فعليا إبرام العقد ممثله القانوني الذي يتصرف باسم الشخص المعنوي ولحسابه[4] ولا يكفي حتى يكون التراضي صحيحا أن تتوافر في الأطراف الأهلية اللازمة لإبرام العقد الفرعي بل يجب أن تكون إرادة كل منهما خالية من العيوب والتي تتمثل في الغلط التدليس، الإكراه والغبن.

1المادة 2 من القانون التجاري الجزائري

2المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

3المادة 5 من القانون التجاري الجزائري.

4المادتان 49 و50 من القانون المدني الجزائر.

ولقد أجاز المشرع لمن وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد طلب إبطاله ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد من إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. [1]

ويكون الغلط جوهريا في عقد المقاولة الفرعية إذا وقع في شخصية المقاول أو في العمل المراد انجازه أما الغلط المادي أو ما سماه المشرع بالغلط في القلم، أو الغلط في الحساب فلا يؤثر على صحة العقد، غير أن المشرع ألزم بتصحيحه [2] بحيث يكون عقد المقاولة الفرعية صحيحا لازما لطرفيه رغم وجود ذلك الغلط في الكتابة أو في الحساب ويجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب من القضاء إبطاله ويقع عبء إثباته وفق المبادئ العامة على من يدعيه، فيثبت أن الغلط بجسامته هو الذي دفعه إلى التعاقد، ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن غير أنه لا يمكن التمسك بالدفع بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية. [3]

وتقضي نفس الأحكام بأنه يجوز إبطال العقد إذا شابت إرادة أحد المتعاقدين تدليسا باستعمال طرق وحيل تجعل المتعاقد الآخر يبرم العقد [4] أو تعاقد المقاول بطريق الإكراه، أي إجبار المقاول بغير حق على القيام بعمل دون رضاه [5] أو إذا تبث في عقد المقاولة من الباطن أن هذا العقد تم نتيجة غبن من أحد المتعاقدين كان للمقاول المغبون المطالبة بإبطال العقد [6]غير أنه من المستبعد حصول هذه العيوب في عقد المقاولة من الباطن نظرا لتمتع طرفيه بالمهنية والخبرة بصفتهما يتصفان بشخصية المقاول.

1 المادتان 81 و 82 من القانون المدني الجزائري.

2المادة 84 من القانون المدني الجزائري.

3المادة 85 من القانون المدني الجزائري.

4المادتان 86 و 87 من القانون المدني الجزائري .

5المادة 88 من القانون المدني الجزائري.

6المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: المحل في التعاقد الفرعي

أ_محل التزام المقاول الفرعي

لا يكفي لإبرام العقد الفرعي وجود عقد أصلي سابقا له، بل يتعين اتحاد العقدين الفرعي والأصل في المحل ولتحقق الوحدة في المحل بين العقدين لابد وأن يرد محل التزام المتعاقد الفرعي على كل أو بعض الالتزام المحدد في العقد الأصلي

ويخضع العمل محل عقد المقاولة للشروط العامة التي يخضع لها محل أي عقد فلا بد أن يكون ممكنا لا مستحيلا فإذا كان كذلك أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا [1].

كما يجب أن يكون العمل موضوع التعاقد الفرعي معينا أو قابلا للتعيين. ويكون العمل معينا إذا ذكرت طبيعته وأوصافه فإذا كان التعاقد على بناء كان تعيينه بوضع تصميمات له وهي الرسوم التي يضعها المهندس المعماري المقترنة بدفتر الشروط لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها، وكذا المقايسة التي تظهر مقامات البناء ومقدار المواد وصفاتها وثمنها كان العمل معينا [2].

وتطبيقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل، فإن محل عقد المقاولة الفرعية يكون باطلا متى كان محل عقد المقاولة الأصلية باطل، ولكن العكس لا يكون صحيحا في كل الحالات فلا يصح محل المقاولة الفرعية بصحة محل المقاولة الأصلية لأن المقاول الأصلي قد يتعاقد من الباطن مع مقاول لتنفيذ أعمال من صاحب المشروع من تنفيذها من الباطن أو تعد من الأعمال الملزم تنفيذها شخصيا من المقاول بالنظر إلى مهارات يدوية لا يملكها مقاول آخر في نظر صاحب

1المادة 93 من القانون المدني الجزائري.

2 لحول حمزة ،عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني للجزائري، شهادة ماستر، قانون عقاري، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق و العلوم السياسية 2017-2018ص27.

المشروع[1] وهذا ما يعرف في التعاقد الفرعي في مقاولات البناء بالشرط المانع، وهو ما سيتم التعرض له بالشرح والتحليل في الشروط الخاصة بعقد المقاولة من الباطن

ثانيا : محل التزام المقاول الأصلي

يشترط حتى تنعقد المقاولة الفرعية أن تتجه إرادة المقاول الفرعي إلى تقاضي أجرا مقابل العمل المؤدى و إرادة المقاول الأصلي إلى دفع هذا الأجر، وبالتالي فإنه من اللازم تحديد الأجر باعتباره الجانب الثاني لركن المحل في عقد المقولة الفرعية والالتزام الرئيسي للمقاول الأصلي اتجاه المقاول الفرعي، وبيان الشروط الواجب توافرها فيه، وهذا ما يكون في الآتي:

أ – الأجر في عقد المقاولة الفرعية

إن كانت المادة 556 من القانون المدني استعملت مصطلح "الأجر"، فإن بعض التشريعات فضلت استعمال مصطلح "البدل"[2] وأخرى أوردت مصطلح "العوض"[3]

والحقيقة أن المصطلحين الأخيرين أشمل من الأول إذ يمكن أن يكون المقابل عن العمل المؤدى مبلغا من النقود وهو الغالب كما يمكن أن يكون حقا عينا أو منفعة أو أي حق مالي آخر.

كما يصح أن يكون هذا البدل قيام بعمل أو الامتناع عن عمل بالإضافة إلى ذلك فإن البدل يشمل مقابل العمل المؤدي ومقابل المادة المستعملة التي يقدمها المقاول الفرعي.

1المادة 564 من القانون المدني الجزائري.

2عرف القانون المدني الأردني المقاولة في المادة 78 منه بأنها: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر.

3عرفت المادة 78 من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة المقاولة بأنها عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يودي عملا للطرف الآخر مقابل عوض دون أن يكون تابعا له أو نائبا عنه.

فحبذا لو تدارك المشرع الجزائري هذا الأمر واستعمل مصطلح "البدل" كونه يدل أكثر على المعنى المقصود.

ب_ وجود الأجر

بناءا على اعتبار عقد المقاولة الفرعية عقد مقاولة وإدراجه ضمن عقود المعاوضة التي تقتضي حتما أن يدفع فيها رب العمل وفي حالتنا هذه المقاول الأصلي مقابلا لما يقدمه المقاول الفرعي من عمل، فإن الأجر باعتباره الالتزام الرئيسي للمقاول الأصلي اتجاه المقاول الفرعي يعد ركنا لا بد من وجود في عقد المقاولة الفرعية، فإن أدى المقاول الفرعي عمله مجانا كيف العقد عندئذ بأنه عقد غير مسمى و ليس بعقد مقاولة.

واشتراط وجود الأجر في عقد المقاولة الفرعية لا يقتضي بالضرورة اشتراك عقدي المقاولة الأصلية والفرعية فيه إنما يستقل كل عقد بتحديد المقابل، كأن يكون المطلوب في عقد المقاولة الفرعية أداء المقاول الأصلي لعمل معين لفائدة المقاول الفرعي بينما يكون المقابل في عقد المقاولة الأصلية مبلغا من النقود يدفعه رب العمل للمقاول الأصلي أو يكون الأجر جزافيا في عقد المقاولة الفرعية بينما يكون في عقد المقاولة الأصلية محددا على أساس سعر الوحدة القياسية [1].

لكن شرط وجود الأجر أو البدل في عقد المقاولة الفرعية يقتضي أن يكون موجودا وقت التعاقد أو سوف يوجد حتما في المستقبل.

فإن كان البدل شيئا معدوما كأن يكون ما تحمله الفرس في بطنها من حمل لاحتمال ولايته ميتا كان العقد باطلا.

1Alain Benalent ,droit de constitution ,Dallos 2000.P1478.

أما إذا كان البدل عبارة عن شيء محقق الوجود في المستقبل كأن يكون ثمار موجودة لكن لم يكتمل نضوجها تماما صح أن يكون هذا البدل محلا لعقد المقاولة الفرعية لأن التعامل في الأشياء المستقبلية ممكنة الوجود جائز بنص المادة 192 من القانون المدني.[1]

ج_ تعيين الأجر ومشروعيته

ثاني شرط يجب توفره في محل التزام المقاول الأصلي، هو أن يكون الأجر معينا عند إبرام العقد أو على الأقل قابلا للتعيين.

وتعيين الأجر يتم باتفاق الطرفين على تحديده في العقد، فيبينا قيمته إذا كان مبلغا من النقود، وتكون لهما كامل الحرية في تقديره كأن يتفقا مثلا على بناء منزل بمواصفات معينة مقابل أجر إجمالي أو على أساس الوحدة القياسية أو يتفقا على أي طريقة أخرى من طرق تحديد الأجر.

لكن ما هو مصير عقد المقاولة الفرعية إذا لم يتضمن تعيين الأجر المستحق للمقاول الفرعي؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل جاءت بها المادة 562 من القانون المدني، حيث أوجبت الرجوع في تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات التي تكبدها المقاول.

و بناء عليه فإن التشريع الجزائري كغيره من التشريعات العربية لم يرتب على تخلف تحديد الأجر سلفا في العقد بطلانه كون حل الإشكال القائم حول هذه المسالة ممكن، خاصة وأن عقد المقاولة هو من عقود المضاربة التي لا يتفاوت الأجر فيها تفاوتا يعتد به من عقد الآخر.

لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري باعتماده على قيمة العمل ونفقات المقاول كأسس لتحديد الأجر يكون قد تبنى معيارا شخصيا، فكل شخص يمكن أن يقدر قيمة عمله بما يختلف عن تقدير غيره النفس العمل.

1برجم صليحة، المقاولة الفرعية،مذكرة ماجستير، العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق 2008-2009ص61.

عكس الحال بالنسبة لبعض التشريعات التي اعتمدت في هذا التحديد معيارا موضوعيا يتمثل في استحقاق المقاول لأجر المثل وقت إبرام العقد مضاف له قيمة المواد[1].

ثالثا:السبب في عقد المقاولة الفرعية

يقصد بالسبب الغرض الذي يهدف المتعاقد الوصول إليه من وراء رضاءه أو الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه ويجب التمييز في هذا الصدد بين سبب الالتزام وهو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه وسبب التعاقد هو الدافع الباعث إلى التعاقد، أي الباعث الذي يجعل المتعاقد يقدم على إبرام التصرف وهو أمر شخصي يختلف من متعاقد إلى أخر.[2]

وباعتبار السبب ركن من أركان العقد، فيجبان يكون موجود فإذا انعدم بطل العقد إلا أنه لا يشترط التصريح به في العقد وقد افترض المشرع لكل التزام سببا مشروعا وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، ويعد السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي للتعاقد مالم يقم الدليل على خلاف ذلك ويقع عبئ إثبات صورية السبب المذكور في العقد على المتعاقد الذي يدعي ذلك.[3]

ويشترط في سبب عقد المقاولة الفرعية، على غرار السبب في جميع العقود أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا. [4]

الفرع الثاني: الشروط الخاصة لانعقاد المقاولة الفرعية

1برجم صليحة، المرجع السابق، ص62.

2بالحاج العربي، المرجع السابق، ص157.

3المادة 98 من القانون المدني الجزائري.

4المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

لا تكفي الشروط العامة لوحدها ضمان صحة عقد المقاولة من الباطن، بل ينبغي أن تتوفر أيضًا شروط خاصة وبما أن عقد المقاولة يُعد من العقود ذات الطبيعة الخاصة، لابد من توفر مقتضيات تميزه عن غيره من العقود ولينعقد بشكل صحيح.

أولا:انعدام الشرط المانع في انعقاد عقد المقاولة الفرعية

اعتمادا على مبدأ الفرع يتبع الأصل فلا يصح عقد المقاولة من الباطن إلا بصحة عقد المقاولة الأصلي ولا يكفي هذا الأمر وإنما يجب أن لا ينص عقد المقاولة على شرط يمنع من التعاقد الفرعي فبالرغم من خضوع عقد المقاولة الفرعية لمبدأ حرية التعاقد وسلطان الإرادة، فقد قيد المشرع هذه الحرية بعد من صال عقد الأصلي على بند يمنع اللجوء إلى المقاول الفرعي. فبالرجوع إلى المادة 564 من القانون المدني التي نصت على مايلي " 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 كفاءتها لشخصية.

ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل". وبذلك فقد جعل المشرع جواز اللجوء إلى التعاقد الفرعي في عقد المقاولة الأصلي، والشرط المانع الاستثناء.

ويقصد بالشرط المانع " حالة اتفاق صاحب العمل والمقاول على عدم جواز قيام الأخير بأن يعهد بالعمل المكلف به إلى مقاول آخر ويرى الفقه أنه لا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكورا صراحة في العقد، فقد يكون بموجب اتفاق لاحق بل ويجوز استخلاصه ضمنيا من ظروف التعاقد وفي هذه الحالة لابد من وجود دلائل قاطعة تثبت بأن إرادة صاحب المشروع قد اتجهت إلى الموافقة على المقاول الفرعي وإذا قام شك في أن هناك شرط مانع ضمني، فيعتبر الشك في معنى المنع فيحرم على المقاول التعاقد من الباطن إلا إذا أذن له صاحب المشروع .[1]

1 أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، بند18 ، ص 209، سامي محمد المرجع، ص 43. وعدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة المقاولة، الوكالة، الكفالة، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع،93 عمان،2007 .

ولا يمنع الشرط المانع المقاول من الاستعانة بأشخاص فنيين وتقنيين لإنجاز المشروع ما دام أنهم ليسوا مقاولين من الباطن بل كانوا عمال عند المقاول بعقد عمل وليس بعقد مقاولة. [1]

ويجب عدم الخلط بين الشرط المانع للتعاقد الفرعي وشرط الحصول على موافقة صاحب المشروع وهذا ما يؤدي إلى ضرورة التمييز بين المشاريع الخاصة والمشاريع العامة أو ما يسمى بالصفقات العمومية ففي المشاريع الخاصة يشترط القانون المدني في مادته 564 السالفة الذكر، انعدام الشرط المانع من التعاقد الفرعي في عقد المقاولة الأصلي فهذا لا يعني اشتراط موافقة صاحب المشروع على المقاول الفرعي فلا يكون المقاول ملزما بالحصول على موافقة صاحب المشروع إذا لجأ للتعاقد الفرعي ما دام أن العقد الأصلي لا يحمل شرطا مانعا ولم يحصل اتفاق لاحق عن ذلك المنع قبل التعاقد الفرعي إلا إذا اشترط صاحب المشروع موافقته بموجب بند صريح أما في المشاريع العامة، فقد وضع المشرع شروطا 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 في جزء من الصفقة، ولا يجوز التعاقد فرعيا على كامل الصفقة [2]

إضافة إلى ضرورة خلو الصفقة من الشرط المانع للتعاقد الفرعي وتحديد مجاله فإن تشريع الصفقات العمومية يشترط موافقة صاحب المشروع أي المصلحة المتعاقدة على المقاول الفرعي ولا تمنح هذه الموافقة إلا بعد تأكد المصلحة المتعاقدة من مؤهلات ومواصفات المقاول الفرعي المهنية ووسائله البشرية والمادية ومدى مطابقتها للأعمال محل التعاقد الفرعي كما يشترط كذلك في المتعاقد الفرعي عدم وجوده في حالة من الحالات المقصية من المشاركة في الصفقات

1قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاولة، مناطها، ضوابطها، أطرها في التشريع المصري العربي الأجنبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ،بند137 ،ص 237 .

2المادة140 و143من المرسوم رقم275 -15المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الذي تضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 20 سبتمبر2015 العدد 50 ص3.

العمومية فقبل موافقة المصلحة المتعاقدة عليه يتعين عليها التأكد من عدم إقصائه من الصفقات العمومية، وهي الحالات المنصوص عليها في تشريع الصفقات العمومية [1].

يختلف التعاقد الفرعي في المشاريع الخاصة عن نظيره في المشاريع العامة إذ لا يُلزم في الأولى الحصول على موافقة صاحب المشروع على المقاول الفرعي في حين يُشترط ذلك في المشاريع العامة، إلى جانب ضرورة أن يخلو عقد المقاولة الأصلي أو الصفقة من أي بند يمنع اللجوء إلى التعاقد الفرعي.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي المتعلق بالتعامل الثانوي، يجب على المقاول الحصول [2] على موافقة صاحب المشروع عندما يريد اللجوء إلى التعاقد من الباطن وهو الإجراء الذي أكده قانون الصفقات العمومية [3] وبذلك يضاف إلى ضرورة خلو عقد المقاولة الأصلي من الشرط المانع للتعاقد الفرعي في التشريع المذكور التزام 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 حدا بمعنى أن المشرع الفرنسي قد كرس مبدأ قبول المقاول الفرعي في مجال الصفقات العامة والصفقات الخاصة، إذ أوجب على كل مقاول يريد تنفيذ عقد أو صفقة باللجوء

1المادة 75من المرسوم الرئاسي 15-275 السالف الذكر .

2Art. 3, L. N° 75-1334, du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance: « L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maitre de l'ouvrage; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maitre de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ».

3 Art. 112 al. 1 C. Marchés « le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement ».

إلى مقاولين فرعيين أن يجعل كل واحد منهم مقبولا من طرف رب العمل، وموافقا على شروط أداء أجره، وذلك عند إبرام العقد أو الصفقة أو خلال تنفيذهما.

وقد تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 86-13 المؤرخ في 6 يناير 1986، باستحداث المادة 14-1 من القانون رقم 75-1334 ، التي ألزمت رب العمل في عقود.

أشغال البناء والأشغال العمومية إذا علم بوجود مقاول من الباطن في الورشة لم يعرض عليه لقبوله، أو اعتماد شروط أداء أجره بأعذار المقاول الأصلي والمقاول الفرعي من الدرجة الأولى بتنفيذ هذا الأجراء [1] وهذا ما أكده القضاء الفرنسي عندما رتب مسؤولية صاحب المشروع الذي كان يعلم بوجود مقاول فرعي غير مقبول من طرفه ولم يعتمد شروط دفع أجره والذي لم يعذر المقاول الأصلي بتنفيذ التزاماته بهذا الشأن بتحميله صاحب المشروع المسؤولية على أساس علمه بوجود مقاول فرعي في الورشة لم يعرض على قبوله.[2]

وعلى خلاف المشرع الفرنسي، لم ينص المشرع الجزائري 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[3] ويخضع قبول المقاول الفرعي في القانون الفرنسي للسلطة التقديرية لصاحب المشروع الذي

1-Art. 14-1, L. N° 75-1334, du 31 décembre 1975, crée par L. N° 86-13 du 6 janvier 1986, mod. Par L. N° 2001-1168 du 11 décembre 2001 et par art. 186, L. N° 2005-845 du 26 juillet 2005, JORF 27 juillet 2005: « Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics: le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution. Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage ne s'appliquent pas à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint. Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle ».

2Cass. Civ. 3º, 16 décembre 2008, RDC 2009, n° 2, p. 636, note P. PUIG: « Le maître de l'ouvrage, connaissant la présence sur le chantier de la société X en qualité de sous-traitant et ne s'étant pas

3 سميع آمنة، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، 2004-2005ص 100.

يمكنه رفض القبول استنادا إلى المعلومات المتوفرة لديه فإذا رأى أن العقد الفرعي سيبرم بشروط مالية ضخمة، بالمقارنة مع تلك المبرمة في إطارها عقد المقاولة الأصلي حق له الرفض[1] كما يخضع سحب قبول المقاول الفرعي أيضا للسلطة التقديرية لرب العمل ويجب أن يكون معللا مثل قرار الرفض وبالرغم من تمتع صاحب المشروع بحق الرفض فيمنع عليه التعسف في استعمال هذا الحق [2].

إن هدف المشرع من النص على هذا الالتزام هو ضمان حصول المقاول الفرعي على مستحقاته من قبل صاحب المشروع والسماح لهذا الأخير مراقبة والتأكد من المؤهلات المهنية والفنية للمقاول الفرعي، وضمان إتمام المشروع وحسن إنجازه [3].

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

لا يعد الشرط المانع السبب الوحيد الذي يمنع المقاول من تكليف مقاول من الباطن لانجاز العمل الموكل إليه من طرف صاحب المشروع بل أن طبيعة الأعمال في حد ذاتها تحول دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن وذلك بسبب خصوصية بعض الأعمال التي تستوجب مؤهلات وكفاءات شخصية لدى مقاول معين فإذا كانت طبيعة العمل محل عقد المقاولة تفترض الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية، كأن يكون عملا فنيا أو تحسينيا تعاقد من أجل إتمامه صاحب المشروع مع مقاول معين بذاته نظرا لكفاءته الفنية فلا يجوز للمقاول في هذه الحالة التعاقد من الباطن لانجاز تلك الأعمال وهذا ما صرح به المشرع في المادة 564 من القانون المدني التي

1BENABENT(A.), Sous-traitance des marchés des personnes privées, par L. Jobert, Juris-cl. contrats-distribution 2013, fasc. 1450.
2Cass. Civ., 10 février 2009, RDC 2009, nº 3, p. 1132, note P. Puig: «L'abus de droit dans la procédure d'agrément peut être caractérisé par le refus du maître de l'ouvrage d'agréer le sous-traitant au motif exclusif de l'absence de signature par ce dernier d'un document lui faisant renoncer par avance à tout recours à l'encontre du maître d'ouvrage. Cet abus constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil en lien de causalité avec le préjudice subi par le sous-traitant du fait du non-paiement des travaux par l'entrepreneur principal ».
3GASTI, Les contrats spéciaux, Armant colin éd., 1998, p. 167 et A. BENABENT, Sous-traitance des marchés des personnes privées, op. Cit., nº 41, p. 11.

تجيز التعاقد من الباطن في المقاولة إلا إذا وجد شرط مانع أو تعلق العمل بكفاءات شخصية للمقاول.[1]

وحقيقة الأمر أن منع اللجوء إلى المقاولة من الباطن بسبب تعلق العمل بكفاءات شخصية لدى المقاول، ما هو إلا شرطا مانعا من التعاقد الفرعي ولكنه ضمني فعلى خلاف الحالة الأولى التي تمنع من التعاقد الفرعي والتي تفترض وجود شرط مانع مصرح به كبند من بنود عقد المقاولة، فإن الحالة الثانية، أين تتجه إرادة صاحب المشروع إلى التعاقد مع مقاول على أساس كفاءاته الشخصية تعد كذلك شرطا مانعا من التعاقد من الباطن ولكن بصفة ضمنية[2] ولعل الحالات التي تجسد الحالة الثانية هي تلك الحالات التي يتعلق فيها المشروع بإنجاز أعمال فنية من طرف حرفيين فإن صاحب المشروع يتعاقد مع مقاول حرفيا [3] من أجل إنجاز أعمال يدوية مرتبطة بمؤهلاته الشخصية أما إذا لم تكن طبيعة الأعمال يدوية فإن صاحب المشروع يتعاقد مع مقاول لا يشترط حمله الصفة الحرفي مما يجيز التعاقد من الباطن.

ويترتب على كون عقد المقاولة من عقود الاعتبار الشخصي أنه في حالة موت المقاول أو فقدانه لأهليته، فإن العقد المبرم بينه وبين صاحب المشروع يفسخ بقوة القانون ولا ينتقل التزام تنفيذه إلى الورثة لأن الأعمال المكلف بانجازها المقاول تتعلق بمؤهلاته الشخصية تنتفي بانتفاء شخصيته[4]

1مازة حنان، المرجع السابق، ص82.

2أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على العمل، البند118،ص209.

3 بعد المقاول تاجرا يلتزم بالقيد في السجل التجاري، وقد يكون في الأصل حرفيا، مسجلا في سجل الحرف والصناعات التقليدية، فيجمع صفة الحرفي وصفة التاجر معا، مما يؤهله لإنجاز المشاريع الفنية التي تشترط مؤهلات يدوية شخصية في إطار عقد المقاولة. وهذا ما قصده المشرع من وراء تعريفه للمقاول بموجب المادة 12 من المادة 3 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السالف الذكر، بنصها على ما يلي المقاول: كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية .

4Casti (J)les contrats spéciaux ،armant ،colin éd.,1998 P167.

أخيرا فإن إبرام المقاول لعقد المقاولة من الباطن رغم وجود الشرط المانع صراحة في العقد أو ضمنيا أي تعلق الأعمال موضوع المقاولة بمؤهلاته الشخصية يؤدي إلى بطل أن العقد الفرعي، ويحق لصاحب المشروع طلب فسخ عقد المقاولة المبرم بينه وبين المقاول ومطالبته بالتعويض.[1]

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة في عقد المقاولة الفرعية

رأينا في ماسبق أن المقاولة الفرعية على شاكلة المقاولة الأصلية هي عقود رضائية التي يكفي لانعقادها توافق إرادتي الطرفين دون الحاجة إلى شكليات عكس المقاولة الفرعية في الصفقات العمومية حيث تحتاج إلى الكتابة لصحة العقد.

ونظرا لأن عقد المقاولة الفرعية من عقود المقاولة يتسم ببعض التعقيد فانه لا يبرم فقط بمجرد تبادل الإيجاب والقبول كما في الظروف التقليدية لهذا تدخل بعض المراحل والإجراءات لانعقاد هذا العقد.

الفرع الأول : مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد

ينعقد العقد في الكثير من الحالات بناء على دعوة موجهة من أحد الطرفين، تؤدي هذه الدعوة إلى الدخول في مفاوضات (Les pourparlers)، وقد تنتهي هذه المفاوضات إلى مجرد مشروع لا يمكن أن تترتب عليه أية مسؤولية عقدية وقد تنتهي المفاوضات إلى إيجاب يقابله قبول فينعقد العقد. [2]

وترجع أهمية المفاوضات في مجال عقود البناء إلى أهمية وحجم وطبيعة الأشغال موضوع العقد من جهة، ومن جهة أخرى لغياب نصوص تشريعية تنظم إبرام العقد، وتعرف مرحلة التفاوض السابقة للتعاقد بأنها " تلك المرحلة التي تجرى فيها منافسة شروط العقد ودراسة جدواه بهدف

1مازة حنان، المرجع السابق، ص84.

2العربي بالحاج، المرجع السابق، ص68.

التوصل إلى اتفاق بشأنه حيث تتم في هذه المرحلة كل الأعمال المتعلقة بتكوين إيجاب مشترك لعقد معين فيدخل في ذلك الإيجاب كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تحديد ملامح هذا الإيجاب المشترك [1] فيتم في هذه المرحلة إعداد وتحضير العقد وذلك بالبحث في كافة جوانبه الفنية والمالية والقانونية.

ويميز جانب من الفقه [2] بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب كون أن قبول الإيجاب يؤدي إلى انعقاد العقد ولا يمكن اعتبار الدعوة إلى التفاوض سوى وسيلة لحث من وجهت إليه الدعوة، أن يتقدم إلى إبرام العقد كما لا يمكن اعتبارها إيجابا بل تعد عملا ماديا وإن الشخص المكلف بالتفاوض لا يكون نائبا وإنما مجرد وسيط، لأن النيابة تكون في التصرفات القانونية وليس في التصرفات المادية فلا يرتب القانون على المفاوضات أثرا قانونيا، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد لأن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يلزم أحد كما سبق القول. [3]

إن عملية التفاوض بشأن عقد المقاولة الفرعية تمر بثلاثة مراحل، تبدأ بمرحلة انعقاد المفاوضات، ثم مرحلة سيرها، وتنتهي بصدور الإيجاب.

أولا : مرحلة بداية التفاوض وسيره

يقصد بمرحلة بداية التفاوض الشروع في التفاوض، إما باتصال مباشر بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي أو بطريقة غير مباشرة بواسطة الوسطاء أو الوكلاء وذلك بموجب دعوة تكون موجهة غالبا من قبل المقاول الأصلي فيقوم هذا الأخير بتقديم مقترحات حول الأعمال

1أمينة سميع، المرجع السابق، ص 24.

2محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام و الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى الجزائر،سنة 2009.

3احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام بند 100ص 121.

موضوع التعاقد الفرعي، وطريقة تسديد الأجر والتسبيق والضمانات وغيرها من المسائل ذات الأهمية في مجال البناء.

وتبدأ مرحلة سير التفاوض بمناقشة شروط العقد المزمع إبرامه وتفرض هذه المرحلة على الطرفين الالتزام بمتابعة التفاوض بحسن النية كالامتناع عن الإدلاء بمعلومات تحول دون الوصول إلى اتفاق [1] والالتزام بالإعلام القبل التعاقدي ولاسيما الالتزام بعدم تسريب معلومات خاصة بالطرف المفاوض.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، لم يهتم بمرحلة التفاوض إذ أنه أغفل تنظيم الالتزام قبل التعاقدي في القانون المدني كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد تاركا الأمر للقضاء الذي يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم ولا يترتب عليه أي اثر قانوني [2] وهذا ما أيده الفقه [3] الذي يرى بأن العدول عن المفاوضات لا يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه وهي مسؤولية تقصيرية تقوم على الخطأ والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الذي أصابه الضرر من العدول فيثبت أن من قطع المفاوضات لم يكن جاد عند الدخول فيها.

الفرع الثاني: مرحلة صدور الإيجاب ونهاية المفاوضات

إن التفاوض على العقد ينتهي قانونا في الوقت الذي يصدر فيها الإيجاب، إذ في هذه اللحظة تكون المفاوضات قد حققت الغرض الأسمى منها وهو توصيل الطرفين المتفاوضين إلى الاتفاق على جميع المسائل الأساسية للعقد الذي يريدان إبرامه وينطوي الإيجاب على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به [4] ، فيجب أن يكون هذا الإيجاب صادرا عن نية

1أمينة سميع، المرجع السابق، ص71.

2بالحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية 2011، بند 4، ص 13.

3أحمد السنهوري، الوسيط في شرح، مصادر الالتزام، نفس المرجع.

4بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، بند 44 ص69.

قاطعة وعزم نهائي على التعاقد فقد تنتهي المفاوضات بصدور إيجاب معلق على شرط (offre avec reserves)، كأن يعرض المقاول الأصلي التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقا لتغير الأسعار فيكون الإيجاب الذي صدر منه بالثمن الذي عينه معلقا على شرط عدم تغير الأسعار وبالتالي إذا خرج الإيجاب من مرحلة التفاوض ولم يكن معلقا على شرط أصبح إيجابا باتا.

[1]وقد تنتهي المفاوضات بصدور إيجاب كامل أي متضمن لكافة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فيبرم العقد بمجرد اقتران القبول به وقد تحدد مدة أثناء المفاوضات من أجل التفكير في مشروع العقد فإذا صدر القبول قبل انتهاء هذه المدة يبرم العقد أما إذا صدر الرفض الصريح وانتهت المدة يسقط الإيجاب ويمكن للأطراف عند اتفاقهما على بنود العقد الفرعي الاختيار بين عقد المقاولة الفرعي الشفاف (sous-traitance transparente) الذي يتم من خلاله الاتفاق على إدماج أحكام العقد الأصلي في عقد المقاولة الفرعية وذلك بالاتفاق على النص في هذا الأخير على علم المقاول الفرعي بكافة الشروط الواردة في العقد الأصلي كموضوع الأعمال وشروط تنفيذها والاتفاق على نفاذ هذه الشروط الواردة في العقد الأصلي في مواجهة المقاول الفرعي أو يتفق الطرفان على إبرام عقد مقاولة غير شفاف (sous-traitance opaque) الذي لا يفترض فيه إلا علم المقاول الفرعي بشروط عقد هو أن تعديل العقد الفرعي لا يتم إلا بالشروط الواردة فيه [2].

الفرع الثالث: إبرام عقد المقاولة الفرعية

1احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،مصادر الالتزام، المرجع السابق الذكر، بند 102 ص 221.

2A. BENABENT, Sous-traitance des marchés des personnes privée, op. Cit, nº 49, p. 19: «On parle de sous-traitance opaque lorsque les parties font abstraction des conditions contractuelles prévues au marché initial et de sous-traitance transparente lorsque les parties font expressément référence à ce marché initial et D. LEGEAIS, op. Cit., nº 10, p2،44Les parties peuvent désirer que les dispositions du contrat de sous-traitance soient les mêmes que celles du contrat principal. Les parties font alors expressément référence au marché initial. Le choix d'une sous-traitance.

سبق وأن عرفنا العقد بأنه توافق لإرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، وعليه فإن العقد هو تعبير عن الإرادة المشتركة لطرفيه وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة فإن إرادة المتعاقدين هي التي تنشأ العقد، وهي التي (Principe de l'autonomie de la volonté) تحدد آثاره ويأتي القانون بعد ذلك ليعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة [1] وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 106 من القانون المدني التي تنص على ما يلي " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". فالعقد هو القانون الاتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين وهذا ما اتفقت بشأنه أغلب التشريعات المقارنة [2].

فعندما يتوصل الطرفان إلى اتفاق على بنود العقد تتوقف المفاوضات، ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد، فيتم إعداد المشروع النهائي لعقد المقاولة من الباطن ويتضمن العقد المبرم اتفاقات تشمل ضمانات التنفيذ التي تتعلق إما بتدليل العقبات التي قد تعترض تنفيذ العقد كشرط الضمان أو شرط التحكيم أو تتعلق هذه الضمانات بحالة عدم تنفيذ العقد من جانب أحد الأطراف، فيدرجون شروطا جزائية وهي ما تسمى أيضا بالتعويض الإتفاقي أو يدرج المتعاقدان شروط معدلة للمسؤولية التعاقدية.

أولا: شرط الضمان المالي (الكفالة)

بالرجوع إلى النصوص القانونية، نجد أن المشرع قد نص في المادة 188 من القانون المدني الجزائري على أن " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان.

1بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، بند 20 ص43.

2المادة 147 من القانون المصري المطابقة للمادة 106 من القانون المدني الجزائري.

ولكن ونظرا لخصوصية مشاريع البناء وخوفا من تهرب المقاول من التزاماته وإتمام المشروع فغالبا ما يتفق الطرفان على كفالة عادية يقدمها شخص طبيعي أو معنوي لضمان التزام المدين أو كفالة بنكية تقدمها مؤسسة ائتمان لأجل ضمان تنفيذ المقاول لالتزاماته وإنهاء المشروع والكفالة حسب ما نصت عليها المادة 644 من القانون المذكور هي ذلك العقد الذي يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

وتقضي الأحكام القانونية [1] بأن الكفالة لا تثبت إلا كتابة، وإذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب عليه أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، كما تجوز كفالة المدين بغير علمه وحتى رغم معارضته. ولا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، ولا تجوز أيضا في مبلغ أقل أو على شرط أهون على أن كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا لأن هذا الأخير يقوم بتقديم خدمة مجانية للمكفول، وهذا ما يتعارض مع التجارة التي تعتبر أهم ميزة فيها هي المضاربة والسعي إلى تحقيق الربح باستثناء الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية التي تعتبر عملا تجاريا موضوعيا.

1المواد من 645-652 من القانون المدني الجزائري.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الضمان غير إلزامي بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، إلا إذا تم الاتفاق عليه في العقد فيصبح التزاما تعاقديا خلافا لما هو معمول به في علاقة صاحب المشروع بالمقاول الأصلي، حيث جرى العرف على فرض صاحب المشروع ضمانات مالية على المقاول للاطمئنان على حسن إنجاز المشروع وإتمامه.

أما في مجال الصفقات العمومية فقد فرض المشرع العديد من الضمانات على المقاول المتعاقد مع المصلحة صاحبة المشروع، أين يلتزم المقاول المتعهد في الصفقة بدفع كفالة التعهد تفوق واحد في المائة (1) من مبلغ العرض كما يلتزم بأدائه كفالة رد التسبيقات وكفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين واحد في المائة (1) وخمسة في المائة (5)، أو بين خمسة في المائة (5) وعشرة في المائة (10) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها. وبعد التسليم المؤقت للمشروع تتحول كفالة حسن التنفيذ إلى كفالة الضمان [1].

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي [2] ، يلاحظ أنه جعل كل دفع المبلغ معين من المقاول إلى المقاول من الباطن مشروط باكتتاب هذا الأخير لكفالة شخصية وتضامنية محررة المصلحة المقاول من طرف مؤسسة مؤهلة لذلك غير أنه لا تكون الكفالة إلزامية في حالة تفويض المقاول صاحب المشروع في دفع مستحقات المقاول الفرعي [3] وقد ذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من اكتفاءه بإلزام المقاول الفرعي بأداء الكفالة بتقريره بطلان عقد المقاولة من الباطن في حالة عدم تنفيذ الالتزام وكان من الأفضل على المشرع الجزائري ورفعا لأي ليس ولطمأنة المقاول الأصلي وصاحب المشروع، تقنين التزام المقاول الفرعي بأدائه كفالة الإنجاز لمصلحة المقاول الأصلي.

1المادة من 124-134 من المرسوم الرئاسي 15-247السالف الذكر.

2Art. 14 al. Iet 2 L. N° 75-1334, A peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1275 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant V. aussi, Cass. Civ., 19 décembre 2012, JCP G 2013, nº 230, note R. BOFFA.

3 – Sur cette question, M. ROUX, Les cautionnements délivrés au bénéfice des sous-traitants, in La sous-traitance de marchés de travaux et de services, (sous la direction de G. Gavalda), Economica éd., 1978. P. 152 et A. BENABENT, Sous-traitance des marchés des personnes privées, op. Cit., n 50 et s., pp. 19 et s.

ثانيا: شرط التحكيم

لقد أجاز المشرع الجزائري [1] لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ما عدا المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

وبما أن عقد المقاولة وما يتفرع عنه من عقود لا يندرج ضمن المجالات التي يمنع فيها التحكيم، فقد يتفق المقاول الأصلي والمقاول الفرعي على التحكيم كطريقة لحل النزاعات التي قد تنشأ بينهما بل أن طريق التحكيم في حل المنازعات هو المحبذ في مجال إنجاز المشاريع العقارية لأن الأطراف ملزمة بآجال محددة لإنهاء الأشغال وما ينجم عن التأخير من معاقبة المتأخر بغرامات مالية ولذلك، يلجأ أطراف العقد إلى التحكيم لما يتميز به هذا النظام بالسرعة في حل النزاع على خلاف القضاء الذي يتسم بتعقيد الإجراءات وطول أجال الخصومة القضائية.

ويتم اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاع إما بإدراج بند في العقد الذي يربط الطرفين، يتفقان بموجبه على عرض النزاعات التي قد تنشأ بينهما مستقبلا على محكم أو هيئة تحكيمية لحلها، وهو ما يسمى بالشرط التحكيمي (La clause compromissoire)

وقد عرف المشرع شرط التحكيم بأنه ذلك الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بالحقوق المتاحة لهم لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم [2].

وبالتالي يجوز للمتعاقدين أن يتفقا عند التعاقد، وقبل نشوء أي نزاع بينهما على إدراج شرط في العقد يلزم الطرفين بإحالة كلما يثور بينهم منازعات أو خلافات على محكم سواء تعلق الأمر

1تناول المشرع أحكام التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات، بموجب القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من المادة 1007 إلى المادة 1018.

2تقضي الأحكام القانونية المتعلقة بشرط التحكيم على أنه يثبت كتابة ويجب أن يتضمن تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم وإلا كان الشرط باطلا أما إذا اعترضت صعوبة تعيينهم، فيعينوا من قبل رئيس المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها.

بتنفيذ العقد أو تفسيره فإذا ثار نزاع في مرحلة تنفيذ العقد يلجأ المتعاقدين إلى المحكم بدلا من اللجوء مباشرة إلى القضاء الذي قد يؤدي إلى توقيف الأشغال لمدة طويلة.

أما الطريق الثاني لحل النزاع عن طريق التحكيم يتمثل في اتفاق الأطراف على عرض نزاع سابق نشئ في ظل تنفيذ عقد يجمعهما لم يتضمن شرط التحكيم ويمكن الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية وهو ما يسمى (Le compromis d'arbitrage) بالاتفاق التحكيمي ويعرف الاتفاق التحكيمي بأنه الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم ويجب أن يحرر كتابة ويعين فيه موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم [1].

ثالثا: الشرط الجزائي

يمكن للمتعاقدين أن يضعا بندا في العقد يحددان فيه قيمة التعويض الذي يستحق على الممتنع أو المتأخر عن تنفيذ الالتزام وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 183 من القانون المدني التي تنص على ما يلي " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 [2]، وطبقا لهذه الأحكام يمكن القول أنه إذا استحال على المقاول من الباطن تنفيذ التزامه عينا، حكم عليه بالتعويض المتفق عليه، ولا يجوز المطالبة بالبند الجزائي متى كان التنفيذ ممكنا.

ويشترط الفقه [3] لتحقيق البند الجزائي باعتباره جزاء لعدم تنفيذ التزام عقدي وليس مصدرا لالتزام ثلاثة شروط هي:

1ابرابرة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية الإدارية ،الطبعة الثالثة ،منشورات البغدادي 2011ص535.

2 يقابل هذا النص في ظهير الالتزامات والعقود المغربي الفقرة 2 من الفصل 264 التي تنص على أنه :يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه.

3نعيم مغبغب، عقود مقاولات البناء، الأشغال العامة والخاصة ، 1997 ص98.

- وجود الضرر.
- امتناع المدين أو تأخره عن تنفيذ العقد.
- نسبة الضرر إلى خطأ المدين أو فعله.

وتقضي الأحكام العامة أن التعويض المحدد في الاتفاق لا يكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر [1].

وفي حالة ما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في العقد لا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما [2] وتطبق هذه الأحكام في العلاقة الرابطة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي فكثيرا ما يدرج الطرفان الشرط الجزائي في عقد المقاولة الفرعية أو بملحق العقد وبموجبه يلتزم المقاول الفرعي بتعويض المقاول الأصلي في حالة عدم تنفيذ التزاماته ولا يحتاج المقاول الأصلي اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعويض.

1المادة 184 من القانون المدني الجزائري.

2المادة 185 من القانون المدني الجزائري.

الفصل الثاني

الآثار القانونية المترتبة عن عقد المقاولة الفرعية

يُقر للمقاول الأصلي التعاقد مع مقاولين آخرين من أجل أن يوكل لهم جزء من المهام، مع احترام الشروط التي وضعها له العقد وبالرغم من أن العقد الفرعي يكون ناتجا عن عقد أصلي لها لا أنه يضل عقد المقاولة الفرعية مستقلا بذاته له ميزاته وبهذا تتغير صفة كل طرف ليصبح المقاول الأصلي بمثابة رب العمل وصاحب المشروع أما الطرف الثاني فهو المقاول الفرعي فيصبح بصفة المقاول الأصلي لتربطهما علاقة تعاقدية ينظمها عقد المقاولة الفرعية.

فيلتزم كل منهم بجميع الالتزامات المترتبة عن عقد المقاولة الفرعية وتتمثل في مجموعة التزامات خاصة لكل طرف.

وحسب الاتفاق أي إخلال من أطراف العقد بالالتزامات الممنوحة له كانت عاقد أخلاقي أو قانوني هو قيام مسؤوليته وتتمثل المسؤولية الأخلاقية عندها يرتكب الطرف تجاوز أحد الآداب العامة أو أخلاقيات المجتمع فتتم محاسبته محاسبة أدبية أما المسؤولية القانونية فهي نوعان إما مسؤولية جزائية تقوم متى تجاوز الشخص واجب قانوني في كون مجرم في نظر القانون وتقوم مسؤوليته الجزائية أما المسؤولية المدنية تتمثل في نوعان أيضا مسؤولية عقدية تقوم عندما يحل المتعاقد بواجب وضعه العقد المبرم عليه بينه وبين شخص آخر ومسؤولية تقصيرية تنجم عن مخالفة شخص واجب قانوني مفروض عليه.

أما المقاول من الباطن، فإنه يتحمل المسؤولية العقدية نتيجة إخلاله بالعقد المبرم مع المقاول الأصلي كما أنه يسأل مسؤولية تقصيرية تجاه صاحب المشروع، باعتباره شخصًا أجنبيًا عنه كما سبق بيانه وتثور الإشكالية حول طبيعة المسؤولية التي تقع على عاتق المقاول الأصلي بسبب الأفعال الصادرة عن المقاول الفرعي، الذي لا تجمعه علاقة مباشرة بصاحب المشروع: فهل تعد مسؤولية عقدية رغم أن الإخلال بالالتزام لا يعود إليه، أم تعتبر مسؤولية تقصيرية لأن الخطأ قد ارتكبه شخص أجنبي عن العقد.

ومن خلال هذا الفصل سنتطرق إلى الآثار الناجمة في حالة عدم تطبيق التزام العقد المقاولة الفرعية والجزاء المترتب عن مخالفة الأحكام الواردة في المقاولة الفرعية.

المبحث الأول:التزامات أطراف عقد المقاولة الفرعية

يتأسس عقد المقاولة الفرعية من عقد مقاولة أصلي وبعد إبرام المقاولة الفرعية بإتباع شروط الإبرام يصبح عقد المقاولة الفرعية ساريا للتطبيق وفي مواجهة طرفيه فيرتب التزامات وجب احترامها وتطبيقها حتى تبلغ الغاية التي انشأ من أجلها العقد وبالتالي يلتزم المقاول الفرعي بتنفيذ الالتزامات والمهام الممنوحة له (المطلب الأول) ونفس الشيء بالنسبة للمقاول الأصلي إتباع الالتزامات التي وضعها له العقد الفرعي(المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزامات المقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي

بعد إبرام عقد المقاولة الفرعية تترتب التزامات رب العمل على المقاول الأصلي ويجبر على إتباعها وتصبح التزامات المقاول الأصلي على عاتق المقاول الفرعي وتتمثل في التزام المقاول الفرعي انجاز العمل بطريقة سليمة (الفرع الأول) والالتزام بانجاز العمل في الأجل المحدد (الفرع الثاني) والالتزام بتسليم العمل محل عقد المقاولة الفرعية إلى المقاول الأصلي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التزام المقاول الفرعي بانجاز العمل بطريقة سليمة

الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقاولة الفرعية أما أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو أن يكون التزاما ببذل عناية إذا كان الالتزام هو تحقيق غاية أو نتيجة كإقامة بناء أو تعديله فلا تبرأ ذمة المقاول إلا إذا تحققت الغاية وأنجز العمل المطلوب وإذا لم تتحقق هذه النتيجة اعتبر المقاول مخطئا، ولا يستطيع نفي الخطأ بالقول أنه قام ببذل العناية اللازمة، بل له فقط إثبات السبب الأجنبي لدفع مسؤوليته [1]على أن انتفاء مسؤولية المقاول أو المقاول الفرعي في هذه الحالة يرجع إلى نفي علاقة السببية لا لنفي الخطأ وإذا أنجز المقاول الفرعي العمل المعهود له من طرف

1مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري كلية الحقوق و العلوم السياسية تيزي وزو، ص79.

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

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري[3] يلاحظ بأن المشرع لم يقصد بإنجاز المقاول للمشروع تنفيذ العمل فحسب، وإنما أيضا إتمامه وعرف المشرع الجزائري عملية إتمام إنجاز البناية إنجاز التام للهيكل والواجهات والشبكات والطرقات على مختلف أنواعها، والهيئات التابعة لها، فإذا كلف المقاول الفرعي بإنجاز كل المشروع فهو ملزم بإتمام كل ما يتعلق بالعمل بما في ذلك الهيكل والواجهات والطرقات كما عرف المشرع الإتمام الكامل للأشغال وقصد به رفع التحفظات التي تم إبداءها على إثر الاستلام المؤقت للأشغال وإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل التسلم النهائي للمشروع [4].

1شيخ نسيمة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري و مقاول البناء، دكتوراه في الحقوق، جامعة وهران 2 كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر 2016، ص23.

2برجم صليحة، المرجع السابق، ص77.

3القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 جويلية 2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، 3 أوت 2008، العدد 44، ص. 19.

4قانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، 6 مارس 2011، العدد 14، ص. 4.

ويدخل التزام المقاول الفرعي بإنجاز العمل العقاري بطريقة سليمة ضمن الالتزام العام بتنفيذ العقود بحسن نية، إذ يلتزم أن يراعي قواعد حسن النية والثقة المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة من أجل إنجاز عمل مطابق لأصول الفن وخال من العيوب، والتزامه في هذا الإطار هو التزام بتحقيق نتيجة [1] جولا يبرأ من التزامه إلا إذا تحققت النتيجة وأنجز العمل المطلوب إلا إذا وجد سبب أجنبي حال دون تحقق إنجاز المشروع كالقوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير على أن التزام المقاول في رقابته لعمل المقاول الفرعي هو التزام ببدل عناية أيضا إذ يتعين عليه بدل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ العمل محل العقد [2].

لقد تطرق المشرع الجزائري لأصول الفن في الفقرة الأولى من المادة 552 من القانون المدني الجزائري، حين أوجب على المقاول أن يراعي أصول الفن في استخدامه لمواد البناء التي يقدمها صاحب المشروع ويقصد بأصول الفن المهارة أو اللباقة المعتادة التي يمكن الصاحب المشروع انتظارها من كل محترف يتدخل في عملية البناء ويستحيل نظرا لكثرتها من تحديدها، فقد تتعلق بطبيعة الأرض، أو خصوصيات التصاميم والحسابات الخاصة بتشييد البناية بطرق التنفيذ التقنية للأشغال وغيرها من المعالم [3].

وقد يحتاج المقاول الفرعي في إنجازه للعمل إلى أيدي عاملة ومساعدين لإنجاز المشروع، إذ لم تتضمن النصوص القانونية ما يفيد تحميل المقاول الأصلي نفقات أجور العمال ويمكن القول في هذا السياق بإمكانية تطبيق الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة 552من القانون المدني، أي تحميل المقاول الفرعي نفقات ما قد يحتاجه في إنجاز عمله من آلات وأدوات وأيدي عاملة باعتباره في مركز مقاول البناء في العقد الأصلي[4].

1الفقرة الأولى المادة 107 من القانون الجزائري التي تنص على ما يلي:"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية "

2أحمد السنهوري ،المرجع السابق، بند 36 ص 65 إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل، عقد المقاولة فقها و قضاء، المكتب الجامعي الحديث 2003ص31.

3حمادي جازيه, عقد المقاولة البناء في القانون الجزائري, مذكرة ماجستير, جامعة تلمسان, كلية الحقوق 2002- 2003.

4على محمد فرحان عزايزة، التزامات المقاول وفق أحكام التشريع المغربي والتشريع الأردني، أطروحة دكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1999 ، ص 249 .

ولكن ما مدى مسؤولية المقاول الفرعي في حالة وفاة المقاول الأصلي أثناء إنجاز العمل تقضي الأحكام القانونية [1] بأن عقد المقاولة ينقضي بوفاة المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار، ولا يجوز لرب العمل فسخ العقد، إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل تبعا لذلك يترتب على وفاة المقاول الأصلي انقضاء عقد المقاولة الأصلية، إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد وهذا ما يتطابق مع أحكام التشريع الفرنسي [2]. وبما أن عقد المقاولة الفرعية يرتبط بعلاقة تبعية بالعقد الأصلي، فإن العقد الفرعي ينقضي بانقضاء العقد الأصلي.

وبالرجوع إلى نص المادة 570 من القانون المدني [3] نجدها تلزم صاحب المشروع إذا انقضى عقد المقاولة بوفاة المقاول بدفع قيمة الأعمال التي أنجزها المقاول إلى ورثته. ويلتزم هؤلاء بالمقابل برد المبالغ المستحقة إلى المقاول الفرعي لأنه قام بهذه الأعمال بسبب عقد المقاولة الفرعية [4].

أما في حالة وفاة المقاول الفرعي، فإن العقد الباطني ينقضي لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي [5] ويجب على المقاول الأصلي أن يدفع لورثة المقاول الفرعي قيمة ما تم إنجازه من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم على أنه لا يترتب على وفاة المقاول الفرعي انقضاء العقد الأصلي المبرم بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع، لأن العقد الفرعي يعتبر تابعا للعقد الأصلي والعكس غير صحيح.

1المادة 569 من القانون المدني الجزائري.

2 Art. 1795 C. civ. fr.: le contrat de l'louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur et art. 1796 c. civ. fr. Mais le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparéës, lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles».

3 المادة 570 القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: "إذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفع للشركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم. وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات. ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسلم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدىء في تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضا عادلا. وتسري هذه الأحكام أيضا إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب خارج عن إرادته .

4محمد حماد،المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن دراسة مقارنة دار النهضة العربية القاهرة، 1995بند 55 ص69.

5المادة 567 من القانون المدني الجزائري" ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه".

وفي حالة وفاة صاحب المشروع فإن العقد الأصلي يستمر لصالح الورثة ويستمر معه العقد الفرعي، لأن موضوع العقد يكمن في تشييد البناء ولا يتعلق برب العمل شخصيا.

الفرع الثاني: التزام المقاول الفرعي بإنجاز العمل في الأجل المحدد

إذا كان المقاول الأصلي ملزما بمقتضى العقد الأصلي بتنفيذ العمل خلال أجل محدد، فإن الأمر ينطبق على المقاول الفرعي تجاه المقاول الأصلي فمن المنطقي أن يرتبط آجال تنفيذ عقد المقاولة الفرعية بآجال تنفيذ العقد الأصلي لذلك يلتزم المقاول من الباطن بتنفيذ العمل الموكول له في الموعد المتفق عليه في العقد، فإن لم يوجد اتفاق على مدة معينة فيكون الانجاز في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه نظر الطبيعة هو مقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف المهنة[1].

ولكن ما الحكم إذا تأخر المقاول الفرعي بإنجاز الأعمال الموكولة إليه، ولم يتمكن من إتمامها في الموعد المتفق عليه، فهل يمكن للمقاول الأصلي أن يتدخل قبل انتهاء المدة أم عليها لانتظار إلى غاية انتهاءها؟

إن تنفيذ الالتزامات العقدية التي يرتبها عقد المقاولة من الباطن يتضمن ضرورة التقيد بالآجال المتفق عليها، والتي تجعل الإنجاز كاملا الأمر الذي يوفر للعقد المبرم النتائج المرجوة منه لذلك يرى الفقه[2] أن التزام المقاول بانجاز المشروع في مدة معقولة هو التزام بتحقيق غاية وليس التزام ببذل عناية فلا يكفي لإعفاء المقاول من المسؤولية عن التأخير أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد بل عليه إثبات أن السبب الأجنبي من قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو فعل الغير هو الذي حال دون إتمام الأشغال في الوقت المتفق عليه.

يعتبر تأخر المقاول في إنجاز المشروع من الأضرار التي تشملها أحكام المسؤولية العقدية، إذ أن مصدر هذه المسؤولية يكمن في عدم تنفيذ العقد أو سوء تنفيذ [3]كما يعد التأخر في الإنجاز إخلالا بالالتزام بتحقيق نتيجة تتمثل في احترام الميعاد التعاقدي والالتزام بإنجاز عمل مطابق

1ابراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص31.

2احمد السنهوري، المرجع السابق، بند 43 ص 77.

3-A. ZAHI, Le droit et la résponsabilité en matière de construction, Rev. Alg. 1987, nº 3, p, 587.

للمواصفات وخال من العيوب إذ يكفي أن لا تتحقق النتيجة المتطلبة حتى تقوم المسؤولية العقدية[1] بيد أنه يمكن للمقاول الفرعي نفي هذه المسؤولية عن نفسه إذا أثبت بأن التأخر ناتج عن تأخر المقاول الأصلي في تسليمه مواد البناء كما قد يواجه المقاول الفرعي عند إنجازه للعمل فعليا ظروف استثنائية غير متوقعة تؤخره عن تسليم المشروع في الوقت المحدد فيضطر إلى تبليغ المقاول الأصلي بذلك من أجل اتخاذ الاحتياطات اللازمة، ومن أجل تمديد أجل التسليم مما يدفع بالمقاول الأصلي إلى طلب أجل إضافي من صاحب المشروع للتسليم فيذهب الأطراف إلى تعديل الاتفاق فيما يخص آجال تسليم المشروع [2] وتتمثل هذه الظروف الاستثنائية كما يلاحظ في الميدان العملي على سبيل المثال في توقف غير متوقع لمصنع الاسمنت بسبب إضراب العمال أو الناقلين أو الموردين أو عطب في الآلات والتجهيزات.

وبالرجوع إلى الأحكام القانونية، تنص الفقرة الأولى من المادة 553 من القانون المدني الجزائري [3] على أنه " إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقا لأحكام المادة 170 أعلاه" وبإسقاط هذا الحكم على عقد المقاولة من الباطن وثبت بأن عمل المقاول الفرعي معيب أو مناف لشروط العقد، فيحق للمقاول الأصلي إنذاره من أجل تصحيح طريقة التنفيذ خلال مهلة معينة يحددها له وبانقضاء المهلة الممنوحة وعدم تصحيح المقاول الفرعي من طريقة عمله خير المشرع المقاول بين أن يكلف إنجاز العمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول

1 لأن عدم الحرص على تطبيق المواصفات المتفق عليها بموجب العقد أو التي يلزمها عرف كل مهنة، كثيرا ما يكون سببا في انحلال العقد. تونسي حسين انحلال العقد دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة الطبعة الأولى، دار الخلدونية الجزائر، 2007، ص 119.

23-H. LÉCUYER, S. DANNA et G. LESAGE, op. Cit., n 57, p. 2824-5: Il est d'usage que le sous-traitant prévoyant un retard en informe le donneur d'ordre pour que celui-ci puisse prendre ses dispositions. Il est également d'usage que le donneur d'ordre accorde un délai supplémentaire en cas de retard dù à une situation imprévisible. Le sous-traitant peut proposer les services d'un de ses confrères pour dépanner le donneur d'ordre ».

3 المعدلة بموجب المادة 49 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، 26 يونيو 2005، عدد 44، ص 17.

الفرعي الأول بعد الحصول على ترخيص قضائي وبين طلب فسخ العقد وللقاضي السلطة التقديرية فيحكم بفسخ العقد إذا رأى بأن الظروف تبرره أو يمنح المقاول أجلا من أجل تنفيذ الالتزام أو يأمر بتنفيذ العقد ولا يستجيب لطلب الفسخ لاسيما إذا ثبت بأن المقاول الفرعي قد نقد جزء مهم من الالتزامات ولم يبق إلا الجزء الأقل أهمية بالنسبة لما نفذ كما يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض فوق الحكم بالفسخ إذا اتضح له أن المقاول قد تعمد عدم التنفيذ، أو أهمل إهمالا كبيرا في ذلك رغم إعذاره [1] .

الفرع الثالث: التزام المقاول الفرعي بتسليم العمل محل عقد المقاولة إلى المقاول الأصلي

يصنع المقاول الفرعي الشيء أو ينجز العمل المطلوب منه، بعد ذلك يقوم بتسليمه للمقاول الأصلي يكفي على المقاول الفرعي تسليم العمل المنجز فقط بل عليه تسليم كل المواد المتبقية من البناء، إذا كانت غير مقدمة من جانب هو كذا التصاميم والرسومات وكلما يتعلق بالبناء من أدوات وممتلكات[2].

أما بالنسبة للزمان ومكان التسليم فإن القاعدة في زمان تسليم العمل أن يكون في الزمان المتفق عليه في العقد وإذا تقدره ذلك فإنه يسلم وفقا لما يقضيه به العرف وطبيعة الحرفة وعلى كل حال يكون التسليم بمجرد انجاز العمل ما يتم الاتفاق على ميعاد آخر .[3]

وبخصوص مكان التسليم فإنه يكون طبقا للقواعد العامة في المكان الذي تم الاتفاق عليه في العقد وفي حالة عدم الاتفاق على مكان محدد فيكون في المكان الذي يقضي به عرف الصنعة،

1المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

2بلجبل عتيقة، الخطأ كشرط لقيام المسؤولية العقدية للمقاول، مجلة الحقوق والحريات عند تجريبي، جامعة محمد خيضر كلية الحقوق و العلوم سياسية، بسكرة ، 2013، ص 559.

3عزروق لحسن، لإطار القانوني لعقد المقاولة البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق, والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم 2016.

أو في موطن المقاول الفرعي أو في مكان مركز أعماله على اعتبار أن المقاول الفرعي هو المدين بالتسليم غير أنه لما كانت أعمال البناء ترد على عقار فإن التسليم يكون في مكان وجوده.[1]

المطلب الثاني: التزامات المقاول الأصلي تجاه المقاول الفرعي

يحل المقاول الأصلي في عقد المقاولة الفرعية محل رب العمل في المقاولة الأصلية مما يترتب عليه تحمل جميع الالتزامات التي تقع على عاتق رب العمل نتيجة إبرام عقد المقاولة وعليه يلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من تنفيذ العمل المتفق عليه (الفرع الأول) أيضا الالتزام بوضع وسائل العمل تحت تصرف المقاول الفرعي (الفرع الثاني) التزام المقاول الأصلي بالإعلام والنصح (الفرع الثالث) كما انه يلتزم بتسلم الأعمال محل العقد (الفرع الرابع).

الفرع الأول: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من تنفيذ العمل المتفق عليه

يأخذ المقاول الأصلي في علاقته مع المقاول الفرعي مركز رب العمل في عقد المقاولة فيكون الشخص الوحيد المطلع على متطلبات وشروط التنفيذ المتفق عليها في عقد المقاولة الأصلية لهذا يلزم بتمكين المقاول الفرعي من انجاز الأعمال المقاول بشأنها من الباطن ويتم تنفيذ هذا الالتزام من خلال مد المقاول الفرعي بالتوجيهات والمعلومات الضرورية لتنفيذ محل المقاولة على الوجه الصحيح والأكمل.

إن كان المقاول الأصلي غير ملزم مبدئيا بتسليم المقاول الفرعي بنسخة من عقد المقاولة الأصلية إلا أنه مجبر على ما هو ضروري لتنفيذ العمل المتفق فإذا تعهد المقاول الأصلي بتقديم المواد والأدوات للمقاول الفرعي كان ملزما بتسليمها له و في الوقت المناسب كذلك الحال عندما يستوجب التنفيذ إتباع رسوم ونماذج حيث يلزم بتقديمها للمقاول الفرعي حتى يسهل عليه الوفاء بالتزامه.

1 مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو, ص88.

و يقتضي هذا الالتزام أيضا من المقاول الأصلي أن ينسق بين عماله والمقاول الفرعي أو بين المقاولين الفرعيين في حالة تعددهم.[1]

الفرع الثاني: الالتزام بوضع و سائل العمل تحت تصرف المقاول الفرعي

الأصل هو أن يتحمل المقاول الأصلي تقديم المواد الأولية إلى المقاول الفرعي مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك وإذا قدم المقاول الأصلي هذه المواد فيتعين على المقاول الفرعي أن يحرص عليها وأن يراعي أصول الفن في استخدامها وأن يقدم للمقاول الأصلي كشف حساب عما استعمله منها ويلتزم برد ما بقي منها إلى المقاول الأصلي وإذا تلفت المادة المستخدمة في إنجاز المشروع، بحيث أصبحت غير صالحة للاستعمال بسبب إهمال المقاول الفرعي التزم برد قيمة هذه المواد إلى المقاول الأصلي.[2]

وهذا ما أكده المشرع الجزائري بموجب المادة 172 من القانون المدني حيث نصت على مايلي " في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفي بالالتزام إذا بدل في تنفيذه من العناية كلما يبدله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أوخطه الجسيم ."والفقرة الأولى من المادة 552 من القانون المذكور التي نصت على مايلي إذا كان رب العمل هو الذي قد مال مادة فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها وأن يؤدي حساب الرب العمل عما استعملها في هو يرد إليه ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل.

1عليلي عبد الكريم، ا لمرجع السابق، ص43.

2مازة حنان، المرجع السابق، ص168.

فإذا كان المقاول الأصلي أو رب العمل هو من قدم المادة فعلى المقاول الفرعي أن يستخدمها بذاتها دون تعديل فيها وأن يحافظ عليها ويبذل في سبيل ذلك عناية الشخص العادي وذلك في فحص المواد وكشف العيب الموجود فيها فهي بمثابة وديعة عنده وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات تحملها المقاول الفرعي، تدرج هذه النفقات ضمن تقدير الأجر [1] وفي هذا السياق يرى الفقه [2] أنه إذا لم يتعهد المقاول الأصلي تجاه رب العمل بتقديم المواد الأولية، فلا يصح للمقاول الفرعي التعهد بذلك في عقد المقاولة الفرعية حيث يلتزم صاحب المشروع بتقديمها إلى المقاول الأصلي الذي يلتزم بدوره بتسليمها إلى المقاول الفرعي.

لذلك، يجب أن تكون المواد التي يقدمها المقاول الأصلي سليمة ومناسبة للغرض الذي يستعملها من أجله، إذ يجب أن تتوفر على الجودة التي تضمن سلامة البناية ومتانتها [3] وتمكنه من تنفيذ التزامه على أتم وجه ويمكن للمقاول الفرعي رد المواد التي يقدمها له رب العمل والتي لا تملي شروط النوعية المتطلبة كأن يلاحظ في المادة عيب لا يصلح للغرض المطلوب كتعييب الخشب المقدم لاستعماله أو تعيب الأرض المراد إقامة البناء عليها فيتوجب عليه إخطار صاحب المشروع فورا وإلا كان مسؤولا نظرا لإهماله [4].

أما إذا تعهد المقاول الفرعي بتقديم المواد المستخدمة في العمل كلها أو بعضها فإنه يكون مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها للمقاول الأصلي [5] وفي جميع الحالات يتعين على المقاول

1آمينة سميع، المرجع السابق، ص189 .

2محمد حماد،المرجع السابق،بند 53ص65.

3 يعرف الفقه الجودة بأنها : " مجموعة الخواص والخصائص الكمية التي يحملها المنتج أو الخدمة والتي تحدد إلى أي مدى تحقق احتياجات ورضا العميل أنظر قلوش الطيب، تقييم المطابقة في التشريع الجزائري، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، العدد 3 2012، ص 104.

4 الأودن سمير عبد السميع، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2000، ص 30 بجاوي المدني، المرجع السابق الذكر، ص 112 ومحمد حسين منصور، المرجع السالف الذكر، ص 104.

5المادة551 من القانون المدني الجزائري.

الفرعي أن يتحقق من جودة المواد المقدمة، وذلك بفحصها لأنه مسؤول عن الأضرار والعيوب التي تنجم عن استعمالها حتى وإن لم يكن من الممكن التفطن إلى تعيبها .

كما يلتزم المقاول الفرعي حتى يتمكن من إنجاز العمل، أن يأتي بما يحتاجه من آلات وأدوات اللازمة لذلك تطبيقا لنص المادة 552 في فقرتها 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 يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك .

الفرع الثالث: التزام المقاول الأصلي بالإعلام و النصح

يعرف الالتزام بالنصح الالتزام الذي يحمل المتعاقد الآخر على إتيان أمر معين أو حمله على الامتناع على إتيانه[1] وبالتالي فإن الالتزام بالنصيحة هو التزام شأنه شأن الالتزام بالإعلام يقع على عاتق كل مهني بإظهار المزايا والعيوب للمتعاقد مما سيمكنه من اتخاذ قرار معين عن بيئة وإدراك وعلى أساس المساعدة التقنية التي تقوم عليها أغلب عقود المقاولة ينبغي على المقاول الأصلي بأن يقدم النصيحة إلى المقاول الفرعي حتى يساعده في تنفيذ مهامه [2]كالالتزام بالتحذير الذي يظهر حينما يكون محل العقد شيئا خطرا حيث يكون على المقاول الأصلي أن يحذر المقاول الفرعي ويلفت انتباهه لخطورة ودقة بعض الأعمال المكلف بها.

ويرى جانب من الفقه [3] بأن المقاول الذي يملك قدر كافي من الخبرة المهنية، يلتزم بإعطاء صاحب المشروع كل المعلومات المهمة والخاصة بالمشروع حتى ينفذ وفقا للشروط المتفق عليها إذ أن أساس التزامه يعود إلى مهنتيه ودرايته بأعمال البناء ولكن في حالة ما إذا كان الطرف الثاني في العقد شخص مهني أيضا كما هو الحال بالنسبة للمقاول من الباطن فلا أهمية للالتزام

1هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009.

2A. Ph.MALAURIE, L. AYNES et P.-Y.GAUTIER, op. Cit., nº 750, p. 424; P. PUIG, op. Cit., nº 825, p. 460: l'entrepreneur est tenu, à titre accessoire, de conseiller son client. Cette obligation puise son origine dans le devoir général d'information dégagé par la jurisprudence et trouve dans le contrat d'entreprise un terrain d'election et D.GIBIRILA, Contrat d'entreprise, op. Cit., nº 63, p. 18.

3425-Ph. DELEBECQUE, Le contrat d'entreprise, Dalloz, éd. 1993, p. 46 et s.: l'obligation de conseil est accessoire à l'obligation principale d'exécuter le travail. La jurisprudence l'a imposée, de

المقاول الأصلي بالنصح، بل يكفي إعلامه بظروف العمل ويرى جانب آخر [1] بأن وجود تعدد المقاولين في تنفيذ نفس المشروع لا ينفي التزام أحدهم بالنصح وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية حين قضت بانتفاء مسؤولية المقاول الذي نفذ المشروع وفقا لتعليمات المقاول الآخر في إطار واجب تبادل المعلومات بين المقاولين المشاركين في إنجاز نفس الأشغال [2].

الفرع الرابع: التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر

يتمثل الأجر في علاقات العمل عموما في القيمة المالية التي يلتزم المستخدم بدفعها للعامل مقابل الجهد أو العمل الذي يقدمه[3] أما في مقاولات البناء فهو المال الذي يلتزم بدفعه رب العمل للمقاول منجز الأعمال محل عقد المقاول وفي مجال التعاقد الفرعي في مثل الأجر المقابل الذي يلتزم المقاول الأصلي بدفعه إلى المقاول من الباطن بسبب تنفيذه للأعمال التي اتفقا على إنجازها بموجب عقد المقاولة الفرعية.

وفي هذا الخصوص ميز الفقه [4] بين فرضين يتمثل الفرض الأول في حالة عدم اتفاق المقاول وصاحب المشروع على الأجر في عقد المقاولة المبرم بينهما وفي هذه الحالة يبطل العقد، باعتبار أن الأجر هو المحل الذي يرد عليه التزام رب العمل وبين حالة عدم الاتفاق على مقدار الأجر إذ تكفل القانون في هذه الحالة بتحديده وذلك بموجب المادة 562 من القانون المدني بنصها على ما يلي " إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول .

1D.Gibirila contrat dentreprise,op.cit n°68p21

2Cass. Civ., 6 décembre 1983, RTD civ. 1984, p. 522, note Ph. REMY: «Il n'est certes pas insolite que les juges découvrent un devoir de renseignement accessoire à l'obligation principale de l'entrepreneur réparateur ou installateur d'appareils techniques; il s'en trouve d'ailleurs très fréquemment dans toutes les variétés de louage d'ouvrage. Il est plus remarquable que ce devoir contractuel d'information soit reconnu, comme en l'espèce, non à l'égard du client lui-même mais à l'égard d'un tiers, proffèssionnel spécialisé de surcroît. Sans doute, la participation des deux entrepreneurs à une même opération techniquement complexe, où les tâches s'imbriquaient, explique, en fait, cette particularité ».

3بجاوي المدني، المرجع السابق، ص115.

4أحمد السنهوري، المرجع السابق، بند 90 رقم 158 .

أما في عقد المقاولة من الباطن، فإذا لم يتفق المتعاقدان على الأجر الواجب دفعه بحيث يكون مجاني كان العقد باطلا باعتباره من الأعمال التجارية التي يشترط أن تتم بمقابل وليس مجانا أما إذا لم يتفق المقاول الأصلي والمقاول الفرعي على مقدار الأجر وخلا العقد الفرعي من اتفاق صريح بشأنه فيمكن تبني نفس الحكم المنصوص عليه في عقد المقاولة وهو حكم المادة 562 من القانون المدني السالفة الذكر فيحدد حسب قيمة العمل المنجز ونفقات المقاول الفرعي.

بالرجوع إلى الأحكام العامة، تنص الفقرة الأولى من المادة 281 من القانون المدني على أنه " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك وبالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بعقد المقاولة تنص المادة 559 من القانون المدني على مايلي" تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك يلاحظ من استقراء النص بأن المشرع قد جعل زمن دفع الأجر فيعقد المقاولة بوقت تسلم العمل من رب العمل وباعتبار تسلم العمل هو بمثابة ترتيب الالتزام بدفع الأجر نهائيا في ذمة صاحب المشروع بصفته المدين وجب عليه الوفاء بالأجر فورا إلا إذا وجد اتفاق أو اقتضى العرف خلاف ذلك.

وبالتالي يلتزم المقاول الأصلي بدفع ثمن العمل محل التعاقد في الوقت المتفق عليه مع المقاول الفرعي [1] وغالبا ما يتحدد هذا التاريخ بوقت إتمام العمل وتسليمه وبذلك يجب على المقاول الأصلي أن يدفع أجر العمل المنجز من قبل المقاول الفرعي كمبدأ عام عند تسلمه ما لم يتفقا على خلاف ذلك. ومما يمكن الاتفاق عليه بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي تأجيل دفع الأجر بعد فترة من تسلم العمل أو إلى ما بعد حصول المقاول الأصلي على أجره من صاحب

1 D. GIBIRILA, op. Cit., nº 88, p. 26 et D. LEGEAIS, op. Cit., nº 19, p. 4: En principe, le sous-traitant reçoit son paiement de l'entrepreneur principal. Le paiement doit intervenir quand les travaux sont effectués sauf clause contraire. Il peut être stipulé que le paiement du sous-traitant ne deviendra exigible que par le paiement de l'entrepreneur lui-même».

المشروع غير أنه جرى العرف على تقديم تسبيقات دورية الصالح المقاول الفرعي حسب نسبة تقدم الأشغال [1].

بالرجوع إلى الأحكام العامة تنص الفقرة الأولى من المادة 281 من القانون المدني على أنه " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك وبالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بعقد المقاولة تنص المادة 559 من القانون المدني على ما يلي "تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك يلاحظ من استقراء النصين بأن المشرع قد جعل زمن دفع الأجر في عقد المقاولة بوقت تسلم العمل من رب العمل وباعتبار تسلم العمل هو بمثابة ترتيب الالتزام بدفع الأجر نهائيا في ذمة صاحب المشروع بصفته المدين وجب عليه الوفاء بالأجر فورا إلا إذا وجد اتفاق أو اقتضى العرف خلاف ذلك.

وبالتالي يلتزم المقاول الأصلي بدفع ثمن العمل محل التعاقد في الوقت المتفق عليه مع المقاول الفرعي [2] وغالبا ما يتحدد هذا التاريخ بوقت إتمام العمل وتسليمه وبذلك يجب على المقاول الأصلي أن يدفع أجر العمل المنجز من قبل المقاول الفرعى كمبدأ عام عند تسلمه ما لم يتفقا على خلاف ذلك ومما يمكن الاتفاق عليه بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي تأجيل دفع الأجر بعد فترة من تسلم العمل أو إلى ما بعد حصول المقاول الأصلي على أجره من صاحب المشروع غير أنه جرى العرف على تقديم تسبيقات دورية الصالح المقاول الفرعي حسب نسبة تقدم الأشغال [3].

1D. MAINGUY, op. Cit., nº 384, p. 305: la date de paiement du prix est généralement fixée à l'achèvement de la préstation et, même, après la réception des travaux par le maître d'ouvrage. Il est cependant, souvent prévu un fractionnement du paiement et B. BOUBLL, Contrat d'entreprise, op. Cit., n° 106, p. 19: Le paiement du prix intervient en principe à la livraison, mais les acomptes. Peuvent être versés en cours d'exécution…».

2. D. GIBIRILA, op. Cit., nº 88, p. 26 et D. LEGEAIS, op. Cit., nº 19, p. 4: En principe, le sous-traitant reçoit son paiement de l'entrepreneur principal. Le paiement doit intervenir quand les travaux sont effectués sauf clause contraire. Il peut être stipulé que le paiement du sous-traitant ne deviendra exigible que par le paiement de l'entrepreneur lui-même».

3D. MAINGUY, op. cit., nº 384, p. 305: la date de paiement du prix est généralement fixée à l'achèvement de la préstation et, même, après la réception des travaux par le maître d'ouvrage. Il est cependant, souvent prévu un fractionnement du paiement et B. BOUBLL, Contrat d'entreprise, op. cit., n° 106, p. 19: Le paiement du prix intervient en principe à la livraison, mais les acomptes. peuvent être versés en cours d'exécution...».

بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحدد مكان الوفاء بالالتزام بوجه عام فإن المادة 282 من القانون المدني نصت على ما يلى " إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة ".

يستخلص من النص القانوني أن وجوب دفع الأجر ليس من النظام العام وعليه يمكن أن يتفق الطرفان على مكان محدد لدفع الأجر وعند غياب اتفاق فيدفع الأجر في موطن المقاول الأصلي وقت استحقاقه ومن الناحية العملية يدفع في مقر مؤسسته على أنه يلتزم المقاول الأصلي بصفة عامة باحترام كيفيات دفع الأجر المتفق عليها في العقد وكقاعدة عامة لا يجوز لرب العمل المقاول الأصلي في العقد من الباطن أن يدفع أجرا أقل مما اتفق عليه لأن أية زيادة أو إنقاص في الأجر المحدد يجب أن يتم بالاتفاق عليها ويجوز للمقاول الفرعي الحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء تأخر المقاول الأصلي بدفع الأجر أو تثبت سوء نيته في ذلك التأخر .[1]

غير أن المشرع الجزائري قد أورد حالات أجاز من خلالها تعديل الأجر بالزيادة أو النقصان دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف.

الفرع الخامس: التزام المقاول الأصلي بتسلم الأعمال محل العقد

تنص المادة 558 من القانون المدني " عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل وجب على الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات. فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار تسري هذه المادة على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي فيلتزم المقاول الأصلي بتسليم العمل بعد انجازه من المقاول

1B.Boubli,contrat d'entreprise préc

الفرعي مقابل التزام هذا الأخير بتسليم العمل أو الشيء الذي تولى صنعه لهذا لا يمكن أن يتم التسليم دون تسلم الأمر الذي يجعل العمليتين متكاملتين.

متى أتم المقاول الفرعي العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلي وجب على هذا الأخير القيام بمعاينته في أقرب وقت ممكن وفقا لما هو متعارف عليه في هذه المعاملات وأن يتسلمه في مدة وجيزة ويتم التسليم باستيلاء المقاول الأصلي على الشيء دون أي عائق ويتحدد ذلك بحسب طبيعة العمل أو الشيء المصنوع في كون تسلم العقار بإخلائه وتسليم مفاتيحه للمقاول الأصلي أما تسلم المنقول في تم بقبضه وحيازته ويكون ذلك عادة بالمناولة والملاحظ أن التسلم في حالة المقاولة الفرعية لايتصور إلا حقيقيا دون التسلم الحكمي كون مقاولا لأصلي ملزم هو الآخر بتسليم العمل إلى رب العمل بعدما يتسلمه من المقاول الفرعي فإذا ما أخل المقاول الأصلي بالتزامه بتسلم العمل كان يرفض تسلم العمل في الميعاد القانوني جاز للمقاول الفرعي وفقا للقواعد العامة أن يطالبه بالتنفيذ العيني عن طريق استصدار حكم قضائي يجبر المقاول الأصلي بتسلم الأعمال المنجزة تحت غرامة تهديدية فإن أصر المقاول الأصلي على امتناعه عن تسلم العمل جاز للمقاول الفرعي اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي أو المطالبة بفسخ العقد مع التعويض .[1]

1احمد السنهوري، المرجع السابق، ص214.

المبحث الثاني: الحقوق المقررة للمقاول الفرعي

كما سبق أن تطرقنا إلى عقد المقاولة الفرعية التي تتمثل أطرافه في المقاول الأصلي والمقاول الفرعي بحث تربطهم علاقة تعاقدية تنتج آثار للطرفين بحيث يكون الأول مدين للثاني والعلاقة الثانية تتمثل في عقد المقاولة الأصلي التي تربط بين رب العمل والمقاول الأصلي في كون المقاول الأصلي دائن لصاحب المشروع.

لاعتبر المقاول الفرعي مسؤولا بوجه عام عن سوء تنفيذ الأشغال أو عدم إتمامها إذ أن المسؤولية العقدية تنحصر تجاه المقاول الأصلي فقط ولا تمتد إلى صاحب المشروع ويظل المقاول الأصلي هو الطرف الوحيد الذي يتحمل تبعات العيوب التي قد تطرأ على موضوع العقد أو التأخير في انجازه.

فتدخل المشرع الجزائري بموجب المادة 565 من القانون المدني ليقرر مجموعة من الحقوق للمقاول الفرعي أن يباشر دعواه مباشرة (المطلب الأول) ضد رب العمل لإستيفاء حقوقه المترتبة بذمة المقاول الأصلي وكذلك منحه حق الامتياز في حالة ما إذا وقع حجز لأموال المقاول الأصلي بين يدي رب العمل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حق المقاول الفرعي في رفع الدعوى المباشرة

لدراسة نظام رفع الدعوى المباشرة يتطلب إدراك مفهومها وخصائصها (الفرع الأول) والانتقال إلى شروط التي وجب حلولها وماهي نتائجها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة وخصائصها

أولا :تعريف الدعوى المباشرة

إن انتقاء علاقة تعاقدية تربط المقاول الفرعي بصاحب المشروع، لا يعني بالضرورة انعدام أية علاقة تجمع بين عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة الفرعي، بل أن العقدين يتحدان في

المحل المتمثل في تنفيذ الأشغال المتفق عليها بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي ويترتب على ذلك أنه في الأصل لا تقوم علاقة تعاقدية مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي إذ لا يربطهما أي عقد بل يعتبر هذا الأخير من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلية [1] وبالتالي لا يحق لصاحب المشروع الرجوع مباشرة على المقاول الفرعي لمطالبته بإصلاح العيوب التي عاينها وقت استلام الأعمال أو بإتمامها أو تعويض الضرر اللاحق به فالمسؤولية العقدية لا تنجم إلا من تنفيذ العلاقة الرابطة بين أطراف العقد الواحد فلا يجوز للغير التمسك بها لأنه أجنبي عن العقد ويمكن القول أن قاعدة انتفاء علاقة قانونية بين صاحب المشروع والمقاول الفرعي، تجد أساسها في مضمون القواعد العامة للعقود التي تخضع القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص إلى مبدأ هام يسمى " بمبدأ نسبية أثر العقد، ومفاده أن أثر العقد يقتصر على طرفيه فلا ينصرف إلى غيرهما كأصل عام وبهذا نصت المادة 106 من القانون المدني بأن " العقد شريعة المتعاقدين" والمادة 113 من نفس القانون على أنه "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا [2]

تأسيسا على ذلك فإن العلاقة بين صاحب المشروع والمقاول من الباطن هي علاقة غير مباشرة، فلا يمكن لرب العمل أن يطالب المقاول الفرعي مباشرة بتنفيذ التزامه بانجاز العمل والتزامه بالتسليم والضمان لا بموجب عقد المقاولة الأصلي لأن المقاول الفرعي ليس طرفا فيه ولا بموجب العقد الفرعي لأن صاحب المشروع ليس طرفا فيه أيضا بل له الرجوع على المقاول الأصلي على

1-F. BALON, Relations entre maître de l'ouvrage et sous-traitant: Aperçu synthétique, in La sous-traitance (sous la direction de F. Balan, B. Louveaux et P. Henry), op. cit., p. 193.

2في تصرف المدين الذي يغش دائنيه، وهذا ما نصت عليه المادة 191 ق. م. ج. لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية". والدعوى الصورية ((action en simulationللتمسك بالعقد الصوري، وهو ما جاءت به المادة 198 ق.م. ج. إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري . أنظر في هذا الموضوع أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مصادر الالتزام المرجع السابق الذكر، الجزء الأول، بند 344 ص 596 وعلى سليمان، المرجع السابق الذكر، بند 72، ص 88 .

أساس أن هذا الأخير مسؤول عن تصرفات وأخطاء المقاول الفرعي تجاه رب العمل[1] ومن ثم رجوع المقاول الأصلي على مقاوله الفرعي بحكم العلاقة التعاقدية التي تربطهما كما لا يمكن للمقاول الفرعي مطالبة رب العمل مباشرة بتنفيذ التزاماته وإنما يقع على عاتق المقاول الأصلي المطالبة بذلك.[2]

بالمقابل، يحق للمقاول الفرعي ممارسة الدعوى غير المباشرة لمطالبة صاحب المشروع بأداء أجره المستحق على مدينه الأصلي أي المقاول الأصلي [3] غير أن ممارسة مثل هذه الدعوى يرتبط بضرورة توافر شروطها من جهة ولا تحقق للمقاول الفرعي الهدف الذي يرجوه وهو حصوله على أجره مباشرة من جهة أخرى كون أن الديون المتحصلة من ممارسة الدعوى غير المباشرة تضم إلى ذمة مدين من باشرها لتشكل الضمان العام لجميع الدائنين [4] ومن ثم حصول المقاول الفرعي على أجره المستحق على المقاول الأصلي من صاحب المشروع عن طريق الدعوى غير المباشرة، لا يحميه من مشاركة باقي الدائنين له فيتزاحم معهم في اقتسام أموال المقاول الأصلي ويتحمل قسمة الغرماء لأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له حق التقدم والأولوية طبقا للقانون فلا يستطيع المقاول الفرعي الاستئثار بحقوق المقاول الأصلي عند صاحب المشروع [5].

1المادة 564 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

2قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق بند 148، ص 246 ومحمد عبد الرحيم عنبر ، عقد المقاولة دراسة بين تشريعات الدول العربية القاهرة 1977ص252.

3المادة 189 من القانون المدني الجزائري.

4سامي محمد، الأسس القانونية لعقود الإيجار، عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن دار الكتاب الحديث 2009 ص296

5أحمد حماد، المرجع السابق، بند193 ص204.

ولذلك ومن أجل ضمان حقه في الحصول على أجره بعيدا عن مزاحمة باقي الدائنين، منح المشرع الجزائري [1] متبعا نظيره المصري [2] للمقاول الفرعي الحق في رفع دعوى مباشرة ضد صاحب المشروع لمطالبته بأجره المستحق له على ذمة المقاول الأصلي [3] ومن ثم يلتزم صاحب المشروع بأدائه للمقاول الفرعي أجره المستحق على المقاول الأصلي مباشرة دون ضمه إلى ذمة المقاول ليتزاحم عليه جميع دائنيه مما يجعل الدعوى المباشرة ذات أفضلية عن الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمقاول الفرعي الذي يمارسها من أجل الحصول على أجره من صاحب المشروع، ما دام أن المشرع منحه هذه السلطة، فهي دعوى تقرر بناء على نص قانوني، ولا دخل إرادة المتعاقدين لممارستها، كونها دعوى استثنائية مقررة بنص القانون [4].

1المادة 565 التي تنص على أنه يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون الحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما) لا (يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون العمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل .ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يدرب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز .ويكون الامتياز لكل من هم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة .وحقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول .

2نص المادة 565 من القانون الجزائري يتطابق مع نص المادة 662 من القانون المصري.

3الفصل 780 من ظهير الالتزامات والعقود التي تنص على ما يلي: " للعمال والصناع المستخدمين في تشييد بناء أو أي عمل آخر يقع بالمقاولة، الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد من أجرى الصنع لصالحه في حدود المبالغ التي يكون ملتزما بها للمقاول عند إجراء أحدهم حجزا صحيحي عليها وما يلتزم به له بعد هذا الحجز. ولهم حق الامتياز على هذه المبالغ بنسبة دين كل واحد منهم. ويجوز لرب العمل أن يدفع لهم هذه المبالغ مباشرة، إذا صدر بذلك حكم القاضي، والمقاولون الفرعيون الذين يستخدمهم المقاول الأصلي ومقدمو المواد الأولية ليست لهم أية دعوى مباشرة ضد رب العمل وليس لهم أن يباشروا إلى دعاوى مدينهم. وبهذا، لم يمنح المشرع المغربي المقاول البناء الفرعي الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد رب العمل، وإنما له حق رفع دعوى غير مباشرة ضده، وهو بذلك لم يمنح المقاول الفرعي الحماية الخاصة التي أولاها لغيره من العمال والصناع والمستخدمين الذين اعترف لهم بالإضافة إلى حق الدعوى المباشرة تجاه من أجري الصنع لفائدته بحق امتياز على المبالغ المتحصل عليها نتيجة حجز قانوني صحيح. أنظر في هذا الموضوع محمد أزهري، عقد المقاولة من الباطن، بحث تأهيلي لنيل دبلوم الدراسات المعمقة، تخصص القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط المغرب، 2006-2007.

4محمد حماد ،المرجع السابق، بند142 ص207.

وتعرف الدعوى المباشرة بأنها الحق المعترف به لشخص في اقتضاء ما هو مستحق له من مدين مدينه، فهي تسمح للدائن برفع الدعوى باسمه شخصيا ولحسابه ضد مدين مدينه بهدف الحصول على حقه مباشرة مما يجب أن يؤديه هذا الأخير لمدينه وتعرف كذلك بأنها الدعوى التي يصبح بموجبها الدائن دائنا مباشرا لمدين مدينه فيحق له بواسطتها مطالبة مدين المدين باسمه هو شخصيا وليس باسم مدينه وذلك بأن يؤدي له ما كان يجب أن يؤديه للمدين في حدود دين الدائن لمدينه [1] وهي وسيلة كفلها القانون الحماية حقوق بعض الدائنين قبل مدينهم بالرجوع المباشر على مدين مدينهم أي يجب وجود نص تشريعي يجيز للدائن الرجوع على مدين مدينه بالدعوى المباشرة وتعد الدعوى المباشرة من الدعاوى الخاصة التي تتعلق بأموال محددة في ذمة صاحب المشروع باعتباره مدينا للمقاول الأصلي ولا تتعلق بكل أمواله أي أنها تنحصر على ما يكون مستحقا للمقاول الأصلي تجاه رب العمل في الأصل وتعد الدعوى المباشرة استثناء عن مبدأ عدم انصراف أثر العقد للغير إذ أنها تخول الدائن المطالبة بحق ناشئ عن عقد لم يكن طرفا فيه وذلك باسمه هو لا باسم مدينه الذي أبرمه العقد وكأن العقد الذي أنشأ حقا للمدين امتد أثره إلى دائنيه فاكتسب حقا مباشرا منه [2].

ثانيا: خصائص الدعوى المباشرة

دعوى المقاول الفرعي المباشرة ضد رب العمل عدة خصائص أشار المشرع إلى بعضها في المادة 565 من القانون المدني، بينما تولى الفقه بيانا لبعض الآخر والتي نذكرها فيما يلي

1) الدعوى المباشرة أصلية اختيارية خاصة:

1ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة موازية الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، بند 717، ص 373 والعربي بالحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 176، ص 234.

2محمد صبري السعدي المرجع السالف الذكر، بند 344، ص 348 وسامي محمد المرجع السالف الذكر، ص 286 ويقول بأنها نعتت بالدعوى المباشرة تمييزا لها عن الدعوى غير المباشرة، إذ أنها تخول للدائن الحق في الرجوع المباشر على مدين المدين، أي أنه يباشر الدعوى باسمه شخصيا وليس باسم مدينه، ويصبح بمقتضاها دائنا شخصيا لمدين مدينه، وله أن يستأثر بالحق الذي في ذمة مدين المدين.

توصف الدعوى المباشرة بأنها دعوى أصلية اختيارية و من ثمة يحق للمقاول الفرعي تبعا لمصلحته أن يختار بين متابعة المقاول الأصلي أي مدينه المباشر على أساس عقد المقاولة القائم بينهما أو مقاضاة رب العمل استنادا لنص المادة 565 أو حتى الجمع بين الدعويين ومقاضاة الاثنين معا فيكونان ملزمين بالتضامن بدفع مستحقاته طالما أن المادة أعلاه لم تشترط صراحة لمباشرة وقبول الدعوى المباشرة ضد رب العمل عجز المقاول الأصلي عن الوفاء.

ونتيجة لذلك إذا أهمل المقاول الفرعي متابعة مدينه المباشر أي المقاول الأصلي لأي سبب من الأسباب فإن ذاك لا يمنعه من مباشرة الدعوى المباشرة ضد رب العمل.

لهذا السبب تعتبر دعوى المقاول الفرعي المباشرة ضد رب العمل دعوى أصلية في القانون المدني الجزائري بينما هي دعوى احتياطية في القانون الفرنسي كونه اشترط لممارستها عجز المقاول الأصلي عن الوفاء للمقاول الفرعي بعد مرور شهر من توجيه إنذار إليه . [1]

2) الدعوى المباشرة غير تامة:

بمعنى أنها دعوى لا تجمد دين المقاول الأصلي بين يدي رب العمل لفائدة المقاول الفرعي إلا من وقت رفعها عكس الحال بالنسبة للدعوى المباشرة التامة التي تقوم بتجميد الدين منذ نشأته، فتكون كل تصرفات المقاول الأصلي في دينه لمدى رب العمل من قبض أو رهن أو تنازل قبل تاريخ رفع الدعوى المباشرة سارية المفعول اتجاه المقاول الفرعي و تشكل دفوعا مقبولة في مواجهته أما بعد هذا التاريخ فلا تكون نافذة في حقه.[2]

وقد أشار المشرع إلى هذه الخاصية عندما أورد عبارة " حق مطالبة رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.....

1 جاك غستان، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد أوآثاره، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى 2000 ،الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بند 787 ص 963 ومابعده1.

2السنهوري، المرجع السابق،هامش 1 ص204.

3) الدعوى المباشرة الخاصة :

فالمقصود منه أنها دعوى لا تسمح للمقاول الفرعي بمقاضاة سوى مدين فرعي معين ومطابقته بأموال محددة في ذمته أي أنه لا يحق للمقاول الفرعي مقاضاة سوى رب العمل الذي استفادة من الأعمال المنجزة ومطالبته بالأموال التي تكون للمقاول الأصلي في ذمته وقت رفعه للدعوى، وبالتالي فهي قاصرة على ما يكون للمقاول الأصلي لدى رب العمل وليس على جميع أموال هذا الأخير، كما يشترط أن يكون الدين مستحقا بسبب تنفيذ عقد المقاولة الفرعية.

الفرع الثاني: شروط ونتائج الدعوى المباشرة

أولا: شروط رفع الدعوى المباشرة

1) أطراف الدعوى:

إن طرفي الدعوى هما المدعي رافع الدعوى والمدعى عليه الشخص المقامة ضده لكن من المهم تحديد الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذا الوصف في عقد المقاولة الفرعية وهو كالآتي:
المدعي في الدعوى المباشرة

بينت المادة 565 من القانون المدني الأشخاص الذين يحق لهم إقامة الدعوى المباشرة

وهم ثلاث فئات:

المقاول الفرعي / عمال المقاول الفرعي / عمال المقاول الأصلي.

ومن ثقة تثبت الدعوى المباشرة كحق لكل مقاولين طبق عليه وصف مقاول فرعي وفقا لما تم بيانه سابقا.

كما تثبت أيضا بصريح النص أعلاه لعمال المقاول الفرعي وعمال المقاول الأصلي، حيث يكون لهم الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد مقاول الأصلي باعتباره رب عمل بالنسبة للمقاول الفرعي، وضد رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلي في نفي في الحالة الأولى بما هو

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

2) المدعى عليه في دعوى المباشرة:

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

لكن إذا فرضنا أن المقاول الفرعي هو الآخر من الباطن و عهد بالأعمال المستمدة إلى إليه من المقاول الأصلي إلى مقاول آخر، فعلى من يعود هذا الأخير بدعواه المباشرة ؟ لم يتناول المشرع هذه الحالة، لكن الفقه يرى قياسا على ما ورد بالمادة 565 من القانون المدني برجوع المقاول الفرعي الثاني المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول الفرعي الأول وليس على رب العمل الحقيقي، لأن هذه المادة مقتصرة على درجة واحدة من المقاولة من الباطن ولا تعطي الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي إلا قبل رب العمل أي مدين مدينه أما عم سال المقاول الفرعي الثاني فيرجعون بهذه الدعوى على المقاول الفرعي الأول باعتباره مدين مدينهم وعلى المقاول الأصلي باعتباره مدين مدين مدينهم[2].

و إذا كان لهذا الرأي ما يبرره من الناحية القانونية، على اعتبار أن دعوى المباشرة تثبت للدائن في مواجهة مدين مدينه و مما لا شك فيه أن إقامة الدعوى المباشرة ضد رب العمل يقتضي حتما أن يكون هذا الأخير مدينا حقيقيا للمدين الأصلي، فإن كان رب العمل قد وفي له بالدين برئت ذمته نحو المقاول الفرعي.

1أحمد السنهوري، المرجع السابق،131 ص228.

2احمد السنهوري، المرجع السابق، ص229.

كذلك إذا انقضى الدين بين المقاول الأصلي ورب العمل قبل توجيه المقاول الفرعي إنذارا لهذا الأخير بأي سبب من أسباب الانقضاء سرى ذلك في حق المقاول الفرعي ولم يعد بإمكانه مقاضاة رب العمل على هذا الأساس لأن رب العمل ملزم المقاول الفرعي بصفته مدين مدينه وليس بصفته مسؤول عن الغير أو كفيل .[1]

3)موضوع الدعوى المباشرة:

حددت المادة 565 من القانون المدني موضوع دعوى المقاول الفرعي ضد رب العمل بعبارة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى والأكيد أن سقوط حرف لا من النص العربي أدى إلى تغير المعنى المقصود وبالتالي يجب على المشرع استدراك ذلك وتصحيح العبارة بجعلها بما " لا يجاوز القدر" كما سبق بيانه فهذه العبارة تؤكد أن دعوى المقاول الفرعي ضد رب العمل هي من الدعاوى المباشرة غير الكاملة فهي لا تشمل جميع أموال رب العمل، وإنما تقتصر على ما يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت مباشرتها وعلى هذا الأساس فموضوع هذه الدعوى المباشرة مقيد بثلاثة قيود هي:

القيد الأول: إن الأجر مقدر حسب ما هو متفق عليه في عقد المقاولة الفرعية كالمقابل الأعمال المتفق بشأنها في هذا العقد، أي على المقاول الفرعي أن يطالب رب العمل فقط بالأجر المستحق له وما يتبعه من نفقات وثمن الأدوات والفوائد وبالتي لا يحق للمقاول الفرعي مثلا مطالبة رب العمل بتعويضه عما أصابه من ضرر سبب المقاول الأصلي .[2]

القيد الثاني: يكون الأجر كمقابل عن الأعمال التي استفاد منها رب العمل فعليا، وبالتالي فإن هذا القيد لا يخرج من نطاق المطالبة المباشرة الأعمال التي لم ينجزها المقاول الفرعي فقط، لكن الأعمال التي أنجزها المقاول الفرعي ولم يستفد منها رب العمل.

1أنور طلبة، العقود الخاصة شركة المقاولة والتزام المرافق العامة, طبعة 2004، المكتب الجامعي الحديث، ص 301.
2احمد السنهوري، المرجع السابق، بند 131 ص227.

القيد الثالث: إن الأجر المطالب به هي المبالغ التي مازالت بذمة رب العمل الصالح المقاول الأصلي.

ثانيا: نتائج الدعوى المباشرة

إن إقامة الدعوى المباشرة ممن له الحق في مباشرتها ينشأ حتما نزاعات بينه وبين كل من له علاقة مديونية مع المقاول الأصلي.

1_نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي:لا تؤثر الدعوى المباشرة في علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي ولا في علاقته برب العمل إذ يبقى المقاول الأصلي مدينا للمقاول الفرعي ويترتب على ذلك نتائج هامة تتلخص فيما يلي:

الأولى : بإمكان المقاول الفرعي أن يستوفي دينه من المقاول الأصلي فتبرأ ذمة رب العمل اتجاه المقاول الفرعي ولا يرجع عليه بشيء.

الثانية : إذا وفى رب العمل للمقاول الفرعي بالدين الذي في ذمته للمقاول الأصلي ولسان هذا الدين أقل مما للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي حق للمقاول الفرعي الرجوع على المقاول الأصلي بما بقي مدينا به أو التقدم في تفليسة حتى يستوفي حقه كاملا من رب العمل والتفليسة.

الثالثة: فيبقى المقاول الأصلي دائنا لرب العمل لكنه لا يستطيع استفاء حقه منه بعد رفع الدعوى المباشرة أو توجه الإنذار بالدفع لرب العمل ويكون مركزه أشبه بمركز المدين المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير فلا تبقى للمقاول الأصلي سلطة التصرف في حقه لدى رب العمل بعد أن يجمد بفعل الإنذار أو رفع الدعوى المباشرة إذ تتقيد حريته بعدما كان بإمكان القيام بجميع أنواع التصرفات من استفاء أو مقاصة أو إبراء و التي تكون سارية المفعول في حق المقاول الفرعي دون قيد أو شرط استيفاء حقه كله أو بعضه.

2_ نتائج الدعوى المباشرة على دائني المقاول الأصلي

لا تقتصر تبعات الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي بل تمتد إلى دائنيه سواء كانوا من أصحاب الدعوى المباشرة أو من الدائنين العاديين و هو ما سيتم شرحه في الآتي:

_حالة النزاع بين حائزي الدعوى المباشرة:

رأينا سابقا أن الدعوى المباشرة حق يملك ممارسته كل من المقاول الفرعي وعماله وعمال المقاول الأصلي لهذا السبب يحدث أن يباشر هؤلاء الدائنين الدعوى المباشرة ضد رب العمل لمطالبته بما في ذمته للمقاول الأصلي في وقت واحد، فكيف يكون الحل القانوني لهذه الوضعية؟

لا إشكال على الإطلاق إن كان الدين الذي في ذمة رب العمل اتجاه المقاول الأصلي يغطي كل المبالغ المستحقة لأصحاب الدعوى المباشرة، إذ يأخذ كل واحد منهم نصيبه.

لكن الإشكال يطرح فعلا عندما لا يكفي هذا الدين للوفاء لهم جميعا، فكيف يحل النزاع القائم بينهم في هذه الحالة ؟

يجمع الفقه على أنه إذا تعدد الدائنون المستفيدون من الدعوى المباشرة ورفعها جميعهم ولم يكن في ذمة رب العمل من أموال المقاول الأصلي ما يفي بجميع حقوقهم، تقاسموا ما يحصلون عليه من رب العمل قسمة الغرماء فيها بينهم كل بنسبة حقه و يتساوى في ذلك تزاحم المقاولون الفرعيين فيما بينهم أو هم وعمال المقاول أو هؤلاء جميعا ومعهم عمال المقاول الفرعي ،فالقانون لم يعطي حق الأفضلية أو حق الامتياز لأحدهم دون الباقين، لهذا ينبغي أن يعاملوا كلهم على قدم المساواة[1] الأكيد أنه حتى يتمكن المقاول الفرعي من تجنب مزاحمة باقي المقاولين الفرعي أو الدائنين الآخرين أن يبادر بالاتخاذ إجراءات سابقة على رفع الدعوى المباشرة و ذلك توجيه إنذار لرب العمل قبل أن يقوم هذا الأخير بالوفاء لأحد المقاولين الفرعيين الآخرين أو حتى عمالهم أو عمال المقاول الأصلي أو قبل صدور حكم قضائي في الدعوى المباشرة المقامة من

1أحمد السنهوري، المرجع السابق، هامش 1 ص232 .

طرف أحد هؤلاء الأشخاص النزاع بين المقاول الفرعي ودائني المقاول الأصلي من غير حائزي الدعوى المباشرة.

قد يضطر المقاول الأصلي إلى البحث عن مصادر مالية لتمويل مشروعه، فيقوم إما برهن المشروع أو التنازل عن حقه لدى رب العمل للغير فمثل هذه التصرفات قد تهدد إمكانية استيفاء المقاول الفرعي لحقه في الأجر مما يولد نزاعات بينهم المقاول الفرعي لحقه في الأجر مما يولد نزاعات بينهم.

طبقا 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 لمدين لدى الغير غير أن توجيه أحد المستفيدين من الدعوى المباشرة إنذار بالدفع الرب العمل أو رفع هذه الدعوى، يمنع على هؤلاء الدائنين سلوك طريق الدعوى غير المباشرة لأن ما يحضر على صاحب الحق المقاول الأصلي يحضر على كل من يحل محله.

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

3_نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل و دائنيه

يتأشر رب العمل بالدعوى المباشرة التي يقيمها ضده المقاول الفرعي، كما تمتد آثارها الدائنيه حتى ولو كانوا من الغير بالنسبة للمقاول الفرعي وهو ما يتضح مما بلي:

1مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص98.

_نتائج الدعوى على رب العمل

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

إن حكم التجميد يسري على المقاول الأصلي و كذلك على رب العمل فيحق لهذا الأخير قبل إقامة الدعوى المباشرة أو توصله بالإنذار من قبل مقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الأصلي التصرف بكل حرية في هذا الدين، فيجوز له أن يوفي للمقاول الأصلي بحقه كله أو بعضه أو لدائنيه فتبرأ ذمته نحو المقاول الفرعي كما له أن يجري مقاصة بين حق المقاول الأصلي الذي في ذمته و حقه لدى المقاول الأصلي .[1]

لكن بعد هذا التاريخ يمنع رب العمل من الوفاء للمقاول الأصلي، بل يجب أن يكون الوفاء للمقاول الفرعي وحده حتى و لو كان دين معلقا على شرط أو مقترنا بأجل فيكون عندئذ ملزما بالوفاء الدين للمقاول الفرعي بعد أن يتحقق الشرط أو يحل الأجل. [2]

أما و إن قام رب العمل بالوفاء للمقاول الأصلي اعتبر مخطأ و كان الوفاء غير ساريا في حق المقاول الفرعي و العمال فيلزم رب العمل بإعطاء هؤلاء حقوقهم في حدود ما يكون للمقاول الأصلي من مال في ذمته ثم يرجع على المقاول الأصلي بما دفعه لهم و ينطبق هذا الحكم حتى إن وقع الوفاء للمقاول الأصلي على حق مستحق الأداء . [3]

_نتائج الدعوى على دائني رب العمل

1السنهوري ، المرجع السابق،هامش 1 ص235

2إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، جزء ثالث تنفيذ العقد 1التنفيذ العيني، دراسة مقارنة، طبعة 1992 ص79.

3السنهوري، المرجع السابق ،فقرة 132ص231.

يحدث أن يكون رب العمل في حالة إعسار و المال الذي في حوزته لا يكفي للوفاء بكل الديون التي عليه، فيجد عندئذ المقاول الفرعي رافع الدعوى المباشرة نفسه أمام دائنين آخرين لرب العمل، فكيف يحل النزاع القائم بينهم ؟

إذا كانت فقرة الثانية من المادة 565 من القانون المدني تجعل رب العمل ملزما 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، فإن هذه المادة لم تتعرض إطلاقا إلى النزاع المحتمل بين دائني رب العمل والمقاول الفرعي في حالة ما إذا لم يكف المال الذي في حوزة رب العمل لإرضائهم جميع الذين يرى بعض المؤلفين أنه لا يمكن في هذه الحالة تفضيل المقاول الفرعي على هؤلاء الدائنين في غياب نص واضح وصريح يمنحه هذا الحق.

أضف إلى ذلك أن الهدف الرئيسي من الدعوى المباشرة هو إزالة العقبة التي يشكلها المقاول الأصلي باعتباره المدين الوسيط ووضع المدين الفرعي أي رب العمل في مواجهة دائنيه الحقيقي حائز الدعوى المباشرة دون أن تتقلص لتصبح وسيلة لتخصيص الدين لصالحه وبالتالي يتقاسم المقاول الفرعي مع دائني رب العمل ما بذمته من أموال قسمة غرماء كل حسب نصيبه.[1]

زيادة على ذلك أن المقاول الفرعي يستأثر وحده بثمار الدعوى المباشرة دون مزاحمة من دائني المقول الأصلي، لأنه يرفع هذه الدعوى بصفته صاحب الدين لا بصفته دائنا لصاحب الدين، لكنه لما يرجع على رب العمل بصفته دائن مباشرا له عليه تحمل مزاحمة دائني هذا الأخير.[2]

المطلب الثاني: حق الامتياز في حالة توقيع الحجز

1جاك غستان، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد أو أثاره ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى 2002 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع فقرة 893 ،ص1006.

2إلياس ناصيف، المرجع السابق،77.

إضافة إلى الدعوى المباشرة المقررة لدائني المقاول الأصلي وعلى رأسهم المقاول الفرعي بالرجوع على صاحب المشروع بالأجر المستحق لهم عليه فقد قررت الفقرة الثانية من المادة 565من القانون المدني ضمانا آخرا، يتمثل في حق امتيازهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما يكون لمدينه لدى الغير من المبالغ المستحقة الأداء وقت توقيع الحجز إذ نصت المادة على ما يلي " 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."

وبذلك، فقد اعتبر المشرع حق المقاول الفرعي مثل حق عمال المقاول الأصلي حق امتياز تقدم به على سائر دائني المقاول الأصلي بما في ذلك الدائنين المرتهنين وبالتالي يثبت هذا الامتياز في حالة قيام عمال المقاول الأصلي أو المقاول الفرعي بتوقيع حجز على ما تحت يد صاحب المشروع فيتقدم المقاول الفرعي بما هو مستحق للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل ويرى جانب من الفقه [1] أن فائدة الحجز تكمن في تحديد محل الامتياز الذي يتمثل في المبالغ المستحقة والتي تكون في ذمة رب العمل وقت الحجز دون ما يكون قد انقضى قبل ذلك من ديونه لأن الامتياز مصدره القانون والحجز هو شرط لتحديد محله.

الفرع الأول: أطراف و موضوع حق الامتياز

أولا: أطراف حق الامتياز

لقد أشارت المادة 565 إلى الأشخاص المستفيدين من حق الامتياز بلفظ" و لهم " هو اللفظ العائد على الأشخاص الواردة أسماؤهم في الفقرة الأولى من ذات المادة.

1أحمد حماد، المرجع السابق، ص233.

بناء عليه فإن حق الامتياز يثبت لنفس الأشخاص المستفيدين من الدعوى المباشرة وهم المقاول الفرعي وعماله وعمال المقاول الأصلي فيستوفي هؤلاء الأشخاص حقوقهم بامتياز متقدمين على باقي دائني المقاول الأصلي.

تجدر الملاحظة هنا أنه إذا كان عمال المقاول الفرعي هم من وقعوا الحجز بين يدي رب العمل فإنهم يكونون قد اتخذوا هذا الإجراء ضد مدين مدين مدينهم وهذا خروجا عما جاءت به القواعد المنظمة لحجز ما للمدين لدى الغير التي تقضي بمتابعة المال بين يدي مدين المدين.

زيادة على ذلك يستخلص من النص أعلاه أنه يجوز أن يوقع الحجز من أحد دائني المقاول الأصلي كالمقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الأصلي أو حتى من دائن أخر ثم ينضم إليه باقي الدائنين، أو يوقع منهم جميعا لأن تقرير الامتياز يقتضي أن نكون أمام حالة تزاحم بين الدائنين ووجود النزاع القائم بينهم، وحلمه يستوجب تقدم كل من المقاول الفرعي وعماله وعمال المقاول الأصلي على باقي الدائنين المشاركين في الحجز على أساس حق الامتياز الممنوح لهم.[1]

ثانيا: موضوع حق الامتياز

بين المشرع في المادة أعلاه كذلك محل الامتياز الممنوح للمقاول الفرعي، وهو المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وقت التوقيع الحجز.

فلا يجوز توقيع الحجز إلا بالقدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز مثل ما هو الحال في الدعوى المباشرة، وفي ذلك كما سبق القول منعا لأي ضرر قد يلحق برب العمل.

و إن كان قصد المشرع في هذه المسألة واضح وصريح، إلا أن بعض المؤلفين أثاروا تساؤلا مفاده هل يثبت للمقاول الفرعي امتياز على العقار الذي شيده أو ساهم في تشييده ؟ تنص

1مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص100.

المادة 1000 من القانون المدني بأن المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عمد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشهيدها أو في ترميمها.

أو صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائد يسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه..

يستخلص من هذا النص أن المشرع قد خص المقاولين و المهندسين المعماريين الذين قاموا بتشييد عقار أو ترميمه أو صيانتها، بامتياز لضمان استفادتهم المبالغ المستحقة لهم بسبب هذه الأعمال.

على اعتبار لأن عمل هؤلاء زاد في قيمة العقار وفي ذمة المالية لصاحبه، فمن العدل إذن أن يتقدموا بدينهم في حدود تلك الزيادة.

يعتبر البعض أن حق الامتياز المقرر في هذه المادة، لا يثبت إلا للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم مالك العقار بأعمال التشييد أو الترميم أو الصيانة، أما من لم يتعاقد معهم مالك الأرض مقام عليها البناء أو مالك البناية محل الترميم أو الصيانة، فلا يثبت لهم هذا الامتياز، ونتيجة لذلك لا يحق للمقاول الفرعي الاستفادة من هذا الامتياز، [1] في حين يرى البعض الآخر أن هذا الرأي يكون المقبول لو أن المشرع أبقى المقاول الفرعي.

ورب العمل أجانب تماما عن بعضها البعض أما وأنه أقر للمقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل مباشرة بما هو مستحق له في ذمة المقاول الأصلي فيكون بالتالي قد أوجد علاقة مديونية مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي.

بالإضافة إلى فأن كل من الدعوى المباشرة وحق الامتياز يهدفان إلى الوصول لرب العمل باعتباره المستفيد الحقيقي من الأعمال، فليس من العدل أن يشرى رب العمل على حساب المقاول

1شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، الطبعة الثالثة، 1955 ص175، الهامش3 أورده مصطفى عبد السيد الجارحي، في مؤلفه السابق.

الفرعي هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن النص أعلاه لم يشترط صراحة أن يكون المستفيدون من هذا الحق هم المتعاقدون مع مالك العقار، بل أورد لفظ " تعهد إليهم " وهو لفظ عام يتسع تفسيره لكل من لهم صفة في أن يعهد بالعمل إليهم، و مما لا شك فيه أن للمقاول الأصلي الصفة في أن يعهد بالعمل للمقاول الفرعي.

وعلى هذا الأساس لا يوجد ما يمنع استفادة المقاول الفرعي من أحكام هذه المادة والامتياز المقرر فيها بقدر الزيادة التي أحدثتها الأعمال التي أنجزها في قيمة العقار يتضح من خلال الحجج التي ساقها مؤيدو الرأي الثاني، أنه رأي جدير الأخذ به لكن قطعا لكل تفسير أو تأويلا للنصوص القانونية، حبذا لو يتدخل المشرع ويمنح صراحة المقاول الفرعي حق الامتياز على العقار الذي ساهم في بناءه أو ترميمه أو صيانته بقدر الزيادة التي يحدثها عمله فقيمة العقار.[1]

الفرع الثاني: نتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز

إن الملاحظ فيما يتعلق بنتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز الممنوح له قانونا أنها تقريبا نفس النتائج المترتبة على ممارسة الدعوى المباشرة، وأن الحلول الموضوعة لفض مختلف النزاعات التي قد تطرأ بين أطراف العملية العقدية ودائنيهم متماثلة، والتي يمكن تلخيصها في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فتخصص المسألة مدى نفاذ الحوالة فيحق المقاول الفرعي موقع الحجز.

أولا: نتائج استعمال حق الامتياز

من المؤكد أنه قبل توقيع المقاول الفرعي الحجز بين يدي رب العمل يستطيع هذا الأخير أن يفي للمقاول الأصلي بما له في ذمته أو لأحد دائنيه.

1عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 101.

لكن من وقت توقيع الحجز بين يدي رب العمل، يجب على هذا الأخير أن يف أولا بحقوق المقاولين الفرعيين و العمال مقدما إياهم على سائر دائني المقاول الأصلي، حتى ولو كان هؤلاء هم من بادروا باتخاذ إجراءات الحجز أولا.

أما فيما بين أصحاب حق الامتياز فلا وجود لأفضلية أحدهم على الآخر إنما يتقسمون المال قسمة الغرماء فيوزع بينهم بحسب نسبة نصيبه في الدين.

فحسب دائما للنص أعلاه إذا لم يف المال الذي في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بكل الديون، فلا يأخذ باقي دائني المقاول الأصلي شيئا حتى ولو كانوا هم أيضا قد ضربوا حجزا بين يدي رب العمل[1].

تقدم القول أن الحجز الواقع بين يدي رب العمل مصحوب بالميزة هامة، هي تلك المقررة في آخر الفقرة بعبارة " يجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة " والمقصود منها أنه بإمكان رب العمل أن يدفع مباشرة للمقاولين الفرعيين وعمالهم وكذلك عمال المقاول الأصلي دون أن يحتاج في ذلك إلى إذن من القاضي فتبرأ عندئذ ذمة رب العمل اتجاه المقاول الأصلي و ذمة هذا الأخير اتجاه دائنيه إذا ما استوفوا حقوقهم كلها.

إن إجازة المشرع لرب العمل بدفع الحقوق المقاولين الفرعيين دون الرجوع إلى القضاء، فيه تقصير للإجراءات لفائدة أصحاب الامتياز، وبالتالي إمكانية حصولهم على حقوقهم في أقل وقت وجهد [2].

ثانيا : عدم نفاذ الحوالة في حق المقاول الفرعي الحاجز

قد يجد المقاول الفرعي و هو يباشر إجراءات الحجز للمال بين يدي رب العمل، نفسه أمام دائن تنازل له المقاول الأصلي عن حقه لدي رب العمل.

1عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص231.

2مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 98.

ليطرح سؤال حول مدى نفاذ هذه الحوالة في حق المقاول الفرعي موقع الحجز؟

ورد في الفقرة الثالثة من المادة 564 من القانون المدني أن حقوق المقاولين الفرعي والعمال المقررة مقدمة على حقوق من تنازل له المقاول عن دينه قبل رب العمل.

بذلك يكون المشرع من خلال هذه الفقرة قد أضفى حماية أخرى على المقاول الفرعي والعمال، إذ منع سريان حوالة الحق ولو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو توقيع الحجز كون النص جاء شاملا للحقين معا الدعوى المباشرة وحق الامتياز في حالة توقيع الحجز و من ثمة فإن الحوالة لا تنفذ في حق رافع الدعوى المباشرة ولو كانت سابقة عليها كما أنها لا تنفذ في مواجهة أصحاب حق الامتياز الموقعين للحجز .[1]

للاستفادة من أحكام هذه المادة، يشترط بالطبع أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلي ناشئ عن عقد المقاولة من جهة، ومن جهة ثانية أن لا يكون الوفاء بهذا الدين قد تم للمحال إليه.

أما وإن كان المحال إليه قد استوفى الدين، فعندئذ يقتضى الأمر التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول الفرعي الحجز بين يدي رب العمل و قبل أن يوجه له إنذار بعدم الوفاء بالدين، في هذه الحالة يكون الوفاء للمحال إليه لذمة رب العمل وساريا في حق المقاول الفرعي.

الحالة الثانية: أن يكون الوفاء لاحقا للحجز أو الإنذار فلا يسري في حق المقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الأصلي ويكون لهم أن يستوفوا حقوقهم من رب العمل بما يكون في ذمته للمقاول الأصلي.[2]

1مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص100.

2أنور طلبة، المرجع السابق، ص101.

سبق القول أنه من الممكن أن يكون الحجز موقعا من قبل دائن أخر غير المقاول الفرعي أو عماله أو عمال مقاول الأصلي ففي هذه الحالة تكون الحوالة نافذة في حق الدائن الحاجز متى كانت مستكملة لشروط نفاذها في مواجهة الغير قبل توقيع الحجز، وإن وقعت بين حجز ين تعامل كحجز ثان و دون أن يكون بالإمكان الاحتجاج بها إذا كان الحجز الثالث مضروبا من دائني أصحاب الدعوى المباشرة.

المبحث الثالث: المسؤولية المدنية للمقاول الفرعي

كما سبق وأن رأينا أنه بعد انعقاد المقاولة الفرعية يترتب مجموعة الالتزامات على الطرفين ويمكن لأحد الأطراف إجبار الطرف الأخر على تنفيذ الالتزام التي تقع على عاتقه ومن هنا يقوم التزام المقاول الفرعي بتنفيذ العمل الموكل له من طرف المقاول الأصلي وفي هذه الحالة يكون المقاول الفرعي مسؤول اتجاه المقاول الأصلي مسؤولية عقدية (المطلب الأول) ويبقى أيضا المقاول الأصلي مسؤولا مسؤولية عقدية أمام رب العمل عن الأخطاء المرتكبة من طرف المقاول الفرعي لأنه يعتبر من الغير بالنسبة لصاحب المشروع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسؤولية المقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي

بعد إبرام العقد الجوهري يصبح تنفيذه هو الأساس وتُثار بذلك مسألة المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي فهذه المسؤولية لا تنبع من العلاقة بينه وبين المقاول الأصلي الذي استعان به لتنفيذ جزء من عقد المقاولة الأصلي بل تنشأ عند عدم تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد، والتي يترتب عليها أضرار تلحق بالمقاول الأصلي في هذه الحالة، يُطرح تساؤل حول مدى إمكانية مساءلة المقاول الفرعي وفقًا لأحكام المسؤولية العقدية تجاه المقاول الأصلي (الفرع الأول) أما فيما يتعلق بمسؤولية المقاول الأصلي عن الأفعال الصادرة من المقاول الفرعي فذلك يُعد تطبيقًا للمسؤولية العقدية الناتجة عن فعل الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالمسؤولية العقدية للمقاول الفرعي

أولا: تعريف المسؤولية العقدية وشروطها

إن إقرار المسؤولية العقدية في نطاق عقد المقاولة الفرعية ناتج عن وجود علاقة تعاقدية بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع من جهة وعلاقة تعاقدية أخرى بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي من جهة ثانية كما أن التعاقد الفرعي وحرية المقاول الأصلي في اختيار شخص آخر من أجل تنفيذ جزء أو كل العمل المكلف به من قبل صاحب المشروع لايعفيه من قيام مسؤوليته العقدية تجاه هذا الأخير إذ يبقى المقاول مسؤولا تجاهه عن مجموع الأعمال المكلف بإنجازها، بموجب عقد المقاولة الأصلي وعن الأعمال التي عهد إلى المقاول من الباطن بتنفيذها، ويتحمل هذا الأخير أيضا المسؤولية تجاه الغير عن هذه الأعمال إذ يسأل عن تقصيره شخصيا [1] بالتالي، فإن الأضرار التي يسببها المقاول من الباطن والتي تصيب المقاول الأصلي تكون ذات مصدر تعاقدي ناتج عن إخلال المقاول الفرعي بالتزاماته العقدية التي يفرضها عليه عقد المقاولة من الباطن [2] وفي هذا السياق يجد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين [3]ميدانا واسعا للتطبيق وأي إخلال بالالتزامات المفروضة على المقاول الفرعي يعرضه الأحكام المسؤولية العقدية.

يعرف الفقه[4] المسؤولية العقدية بأنها " جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها، وهي " التي تترتب على الإخلال بالتزام مترتب عن عقد صحيح" ولا تقوم هذه المسؤولية إلا عند استحالة التنفيذ العيني، ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد

1 J.-P. BABANDO, op. Cit., nº 478, p. 159: Si l'entrepreneur principal est responsable envers le maitre de l'ouvrage au titre du marché, de l'ensemble des travaux, y compris ceux confiés à son sous-traitant, celui-ci assume personnellement sa responsabilité envers les tiers » et J.-P. KARILA, Sous-traitance, Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, Paiement du sous-traitant, Sous-traitance et responsabilités, op. Cit., n 107, p. 36: Le principe de la liberté de faire exécuter tout ou partie des prestations à lui confiées par le maitre de l'ouvrage ne décharge pas l'entrepreneur principal de ses obligations à l'égard de celui-ci.

2-A. ZAHI, op. Cit., p. 595: «La source de cette responsabilité contractuelle est l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat et B. LOUVEAUX, op. Cit., p. 36: Lorsqu'un sous-traitant commet une faute dans l'exécution de son contrat, il engage uniquement sa responsabilité contractuelle à l'égard de l'entrepreneur»,

3المادة 106التي تنص على مايلي" :العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

4 بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند201 ،ص264، وعلى سليمان المرجع السالف الذكر، بند91 ، ص 113 وصبري السعدي المرجع السالف الذكر، بند 327 ص230

عينا فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات العقدية أو التأخر في تنفيذها وقد عرفت المسؤولية العقدية أيضا بأنها " الجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ المتعاقد لما التزم به، أو هي مجازاة المدين عن عدم تنفيذ التزامه الناشئ عن العقد وهي لا تتضمن إنشاء التزام جديد وإنما هي أثر لالتزام قائم من قبل، فهي لا تزيد على أن تكون تنفيذا بمقابل للالتزام الثابت في ذمة المدين [1] وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالعقد في هذه المسؤولية هو عقد المقاولة من الباطن ولا يلتزم بالضرورة أن يكون الالتزام الذي حصل الإخلال به منصوصا عليه صراحة في العقد، وإنما قد يكون مما تقتضيه العلاقة التعاقدية الرابطة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن كالالتزام بتقديم النصيحة مثلا [2].

يمكن القول بأن تحديد المقصود من المسؤولية العقدية كجزاء لعدم تنفيذ الالتزامات المتفق عليها في العقد يرجع إلى فكرة الضمان إذ يرى جانب من الفقه [3]بأن للمسؤولية المدنية وظيفة مزدوجة، فهي من جهة ترتب الالتزام بالضمان على من أحدث ضررا يمس سلامة الشخص بصفة عامة والمتعاقد بصفة خاصة ومن جهة أخرى ترتب جزاء خاصا بالنسبة إلى من يحدث بخطئه ضررا اقتصاديا أو معنويا، فمتى تبث الخطأ وجب عليه التعويض.

ومما لا شك فيه أن المقاول الفرعي مسؤول تعاقديا تجاه المقاول الأصلي فقط إذ تقوم مسؤوليته عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن وذلك قبل تسليم العمل المتفق عليه إلى المقاول تجاه صاحب المشروع عن عدم أو الأصلي إلى غاية مرحلة تسلم الأشغال يبقى هذا الأخير هو الآخر مسؤول تعاقديا التزامات المقررة بموجب عقد مقاولة البناء.

ثانيا :شروط المسؤولية العقدية

1آمنة سميع، المرجع السابق، ص176.

2عبد القادر العرعاري، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، المرجع السالف الذكر، بند189ص224.

3علي علي سليمان، المرجع السابق، بند 116 ص161.

لا تقوم مسؤولية المقاول من الباطن العقدية إلا إذا توافر ركن الخطأ في جانبه، ونجم عن ذلك الخطأ ضررا أصاب المقاول الأصلي أي قيام العلاقة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الحاصل وبذلك فأركان المسؤولية العقدية كأركان المسؤولية التقصيرية ثلاثة الخطأ والضرر والعلاقة السببية الرابطة بين خطأ المقاول الفرعي والضرر الحاصل للمقاول الأصلي، سأتطرق إليها ركنا بركن:

1_الخطأ العقدي للمقاول من الباطن

يعتبر الخطأ ركنا أساسيا في المسؤولية العقدية وفي المسؤولية عن العمل الشخصي على السواء إذ لا يكفي لقيام المسؤولية وقوع الضرر فحسب بل يجب اتخاذ الفعل المرتكب من قبل الشخص صفة الخطأ وأن يتسبب هذا الخطأ في إحداث الضرر ويقع على عاتق الطرف المضرور حتى يحصل على حقه في التعويض إثبات الضرر وعلاقته بالخطأ المرتكب ولا يقصد الفقه [1] من الخطأ الإخلال بالتزام يربط بين شخصين فحسب بل هو إخلال بأي التزام عام يقع على عاتق كل شخص ولا يحتاج تقريره إلى نص قانوني بل يستنبط من المبادئ القانونية العامة.

2_ضرورة إثبات الضرر اللاحق بالمقاول الأصلي

يجد مبدأ لا مسؤولية حيث لا ضرر "Pas de responsabilité sans prejudice " تطبيقه في مجال المسؤولية، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره في المسؤولية التقصيرية، أما في المسؤولية العقدية فإن مجرد إخلال المدين بالتزامه يرتب المسؤولية العقدية ويؤدي حتما إلى حصول ضرر ولو كان معنويا يعرف الضرر العنصر الثاني في المسؤولية المدنية، سواء كانت مسؤولية عقدية، أو مسؤولية تقصيرية وقد عرف الضررفي المادة 549 بأنه " الأذى الذي يصيب

1حمزة محمود جلال، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام القواعد العامة، القواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985 البندين 61 – 62 ص64– 65.

الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن إذ أن الشخص لا يتعاقد إلا لتحقيق مصلحة ويؤدي عدم تنفيذ العقد إلى فوات تلك المصلحة ولا يشترط في المصلحة أن تكون مما يحميها القانون بل يكفي أن تكون مصلحة مشروعة للمضرور 550.

3_العلاقة السببية بين خطأ المقاول من الباطن والضرر الحاصل للمقاول الأصلي

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يقع الخطأ من المدين المقاول من الباطن وأن يلحق ضررا بالدائن المقاول الأصلي بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر الواقع ويقع على هذا الأخير عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وهو الخطأ العقدي والضرر الذي لحقه جراء ذلك وعلى المقاول الفرعي إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي العلاقة السببية بين الضرر الحاصل وعدم التنفيذ [1] وذلك بإثبات السبب الأجنبي ويقصد بالسبب الأجنبي " كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن" وهو " كل الظروف والوقائع التي يمكن للمدعى عليه أن يستند عليها لإثبات أن الفعل الضار لا ينسب إليه والتي تكون أجنبية عن كل من الطرفين [2].

وبالرجوع إلى نص المادة 176 من القانون المدني السالف الذكر نجدها تفترض أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سلوك المدين فتلزمه بالتعويض مبدئيا إذا أثبت أن استحالة التنفيذ ووقوع الضرر كان ناتجا عن سبب أجنبي عنه.

تطبيقا للنص القانوني يتضح بأن السبب الأجنبي هو السبب الذي لا يد للمقاول الفرعي في حدوثه والذي لا يمكنه دفعه ولا توقعه ويترتب عليه استحالة تنفيذ التزامه كخطأ المقاول الأصلي الذي منع عمال المقاول الفرعي بدخول ورشة العمل [3].

1صبري السعدي، المرجع السابق بند 327ص337.

2محمود جلال حمزة، المرجع السابق بند ،132، ص 126، بالحاج العربي، المرجع السابق، بند 218ص 290.

3المادة 165 من القانون المدني المصري.

ثالثا:أسباب قيام المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي

يمكن حصر أسباب قيام المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي عن إخلاله بالتزاماته العقدية المنصوص عليها في العقد عند التأخر في التنفيذ وعند التنفيذ المعيب للأشغال.

1_التأخر في التنفيذ

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

2_التنفيذ المعيب للأشغال

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

طرف المهندس المعماري فإن المقاول الفرعي يشترك إذا اشترط عقد المقاولة وجوده في المسؤولية عن العيوب الموجودة في التصاميم مع كل من المقاول الأصلي والمهندس المعماري.

أما البعض يرى بأن مسؤولية المقاول الفرعي تختلف عن مسؤولية المقاول الأصلي والمهندس المعماري، اللذان يشتركان معا في المسؤولية إذا وقع خطأ جسيم في عيوب التصميم أما المقاول الفرعي فلا يشترك معهما في المسؤولية، وإنما تكون مسؤولية مرتبطة بالعقد المبرم مع المقاول الأصلي، ويتم محاسبته في حالة ما إذا لم يتمكن من أن يكشف العيب الموجود في التصميم نتيجة إهماله.[1]

الفرع الثاني:حلول المقاول الأصلي محل المقاول الفرعي في المسؤولية اتجاه رب العمل

مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول الفرعي ليست مسؤولية المتبوع عن تابعه لأن المقاول الفرعي يعمل بصفة مستقلة عن المقاول الأصل ولا يعد تابعا له وإنما هي مسؤولية عقدية تنشأ عن العقد الفرعي وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء الصادرة من المقاول الفرعي أثناء انجازه للعمل كأنها صادرة من طرف المقاول الأصلي بالنسبة لرب العمل لذا تعتبر مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي إحدى التطبيقات التشريعية لما يعرف بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير وهذا ما يقتضي التعريف بهذا النوع من المسؤولية وإسقاطها على المقاول الأصلي مع ضرورة ذكر الشروط الواجب توفره قيامها مع ذكر مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي من هذه المسؤولية.[2]

أولا: مضمون المسؤولية العقدية للمقاول عن فعل الغير

يقصد بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير أن يسأل المدين بصدد تنفيذ العقد عن فعل طائفة من الأشخاص كما لو كان فعله ودون حاجة إلى إثبات أي خطأ أو اتفاق على تحمل المسؤولية

1محمد حسن عبد الرحيم، العلاقة بين مالك المشروع و المقاول المنفذ للمشروع، دار أمجد للنشر و التوزيع 2015ص23.
2ساهل نادية، المرجع السابق ، ص62.

عنهم ودون أن يتخذ من فعلهم سببا لدفع مسؤولية لأن ما يصدر منهم ن كأنه صادر منه فهو ليس أمر خارجا عنه ولو كان غشا أو خطأ جسيما.[1]

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

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

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

ومعنى المادة أيضا أن المدين في حالة استخدامه أشخاص يوكل لهم أمر تنفيذ التزامه العقدي، يجوز له أن يتفق مع الدائن على إعفائه من المسؤولية التي قد تنجم عن غشهم والخطأ الجسيم الصادر منهم أثناء تنفيذهم للالتزام فإن وقع من هؤلاء الأشخاص أثناء التنفيذ غش أو خطا جسيما، يكون المدين كقاعدة عامة مسؤولا مسؤولية عقدية في مواجهة الدائن.[3]

1مصطفى عبد السيد الجراحي، المرجع السابق، ص78.

2سامي محمد، المرجع السابق، ص257.

3خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2010 .

تحتل هذه المسؤولية أهمية كبيرة، خاصة أن إنكار هذا النوع من المسؤولية يعطي فرصة للمدين للتملص من التزاماته الناشئة بموجب العقد عن طريق تكليف الغير بتنفيذه.[1]

يقصد بالمسؤولية العقدية للمقاول عن فعل الغير بأن يكون الإخلال الذي تسبب في حدوث الضرر لم يكن إلا نتيجة الفعل الخاطئ الصادر من الشخص الذي استخدمه المقاول لتنفيذ التزامه العقدي وليس نتيجة فعله هو أي يكون أمام ضرر تسبب فيه فعل الغير مما يرتب دعوى المسؤولية التي يوجهها الدائن المضرور ضد المدين المتعاقد معه وليس ضد المسبب المباشر للضرر .[2]

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

وإذا كان مبدأ المسؤولية العقدية مقرر كمبدأ في كل العقود، فإنه يجب أن يقرر أيضا في نطاق المجموعات العقدية وبما أن عقد المقاولة الفرعية يتشكل من عقدين متتابعين أيضمن مجموعة عقدية، فإنه يتعين الاعتراف بهذه المسؤولية في نطاق عقد المقاولة الفرعية بحيث أن هذه الأخير وجدت لتنفيذ عقد المقاولة الأصلي[3] وقد تم الإقرار بمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في نطاق المجموعة العقدية المشكلة من العقد الأصلي والعقد الفرعي من قبل المشرع الجزائري وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 564 من القانون المدني الجزاري التي تنص على أنه: " ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل" وعلى أساس هذه

1ابن حالة حاتم المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر 2018، ص 110.

2 حسن على الذنون، المبسط في شرح القانون المدني المسؤولية عن فعل الغير، دار النشر، الأردن، 2006 ص47 .

3المير سميرة، المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي، ص95 .

المادة نجد أن المشرع الجزائري قد حمل المقاول الأصلي صراحة المسؤولية عن فعل المقاول الفرعي اتجاه رب العمل فبمجرد تضرر هذا الأخير من عدم تنفيذ المقاول الفرعي للعمل المكلف به، أو قد تم تنفيذه بطريقة غير سليمة أو في حالة التأخر في التسليم فله مساءلة المقاول الأصلي الذي تعاقد معه.

تناول المشرع الجزائري أثر هذه الدعوى في المادة 137 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولا عن تعويض الضرر تحميل المدين بموجب المسؤولية عن فعل الغير عن تعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية الذي يرجع إلى فعل الأشخاص الذين استعان بهم لا ينفي أن المسؤول الحقيقي عن هذا الإخلال هو ذلك الشخص الذي تم توكيله لتنفيذ الالتزام فأخل به وهذا ما يخول للمدين الذي تكفل بدفع التعويض للدائن الحق في الرجوع على الغير بالمسؤولية ومطالبته باسترداد ما دفعه للدائن من تعويض .[1]

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

ثانيا:شروط قيام المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن فعل المقاول الأصلي

للمقاول الأصلي مسؤولية عقدية عن فعل المقاول الفرعي اتجاه صاحب المشروع، لابد من توافر الشروط التالية:

_ وجود عقد صحيح بين رب العمل والمقاول الأصلي:

1ابن حالة حاتم، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2018.

يعتبر وجود عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر والمضرور شرط ابدي هي القيام المسؤولية العقدية، بحيث لا يترتب أي أثر قانوني قبل التعاقد أو عن مرحلة التفاوض السابقة للتعاقد.

ولا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد بين المسؤول والمضرور، وإنما يشترط قيام العقد وبقاءه والإخلال به أثناء سريانه، كما يجب أن يكون العقد صحيحا ولا يسقط تحت طائلة البطلان ويبطل العقد إذا تخلف ركن من أركانه أو كان معيبا، فيعتبر في حكم العدم أما إذا كان العقد قابلا للإبطال، فطالما أنه لم يحكم بإبطاله فهو صحيح وإذا أخل أحد المتعاقدين فيه بتنفيذ التزامه كان مسؤولا مسؤولية عقدية ولكن إذا قضى بإبطاله فإنه ينهار، ويعتبر كأن لم يكن والمسؤولية التي تنشأ عنه تكون مسؤولية تقصيرية [1] ويسري البطلان متى حكم به، سواء كان بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا، بأثر رجعي فيمحو كل الآثار الناجمة من انعقاد العقد.

وقد تقوم المسؤولية في حالة عدول أحد المتعاقدين وامتناعه عن إبرام العقد، وذلك إذا اقترن هذا العدول بخطأ قد يلحق ضررا بالطرف الآخر كخسارة في النفقات وقوات و فوات الربح و هذه الحالة تكون المسؤولية تقصيرية أساسها الفعل غير المشروع. ويتحقق الخطأ عن طريق إثبات أن العدول عن التعاقد لم يكن لعلة ظاهرية وجدية، وعندئذ يكون للطرف الآخر.

الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم إتمام التعاقد [2] وفي هذا السياق استبعد الفقه المصري [3] المسؤولية العقدية عن فعل الغير في مجال تقديم خدمات مجانية، لعدم وجود عقد بين المضرور والمدين.

1علي سليمان، المرجع السابق، بند 94 ص121.

2فاطمة متمير، المرجع السالف الذكر، ص33.

3سامي محمد، المرجع السابق، ص261.

وعليه لا يسأل المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي اتجاه صاحب المشروع على أساس المسؤولية العقدية، إلا إذا كان عقد المقاولة الأصلية وعقد المقاولة الفرعية صحيحين ويكون كذلك متى توافرت شروط صحتهما، والمبينة أعلاه.

_ أن يكون سبب الضرر الذي أصاب صاحب المشروع هو خرق التزام تعاقدي

تطبق أحكام الفقرة الثانية من المادة 564 من القانون المدني والمتعلقة بحلول المقاول الأصلي محل المقاول الفرعي في مسؤوليته العقدية اتجاه صاحب المشروع، إذا لحق هذا الأخير ضررا جراء تنفيذ عقد المقاولة كتأخر المقاول الفرعي عن إنجاز العمل أو تعيب العمل المسلم إلى المقاول الأصلي أو ظهور ما يهدد سلامته وتطبق قواعد المسؤولية العقدية أيضا عندما لا يتوافر في الضرر الحاصل الشروط المتطلبة في الأضرار المشمولة بالضمان العشري [1] بمعنى أن المقاول الفرعي غير ملزم بالضمانات التي يخضع لها مؤجرو العمل في عقد مقاولة البناء [2] إذا كان العيب مشمولا بأحكام الضمان المعماري فلا شك في ممارسة رب العمل هذا الضمان لأنه معفى من إثبات الخطأ بل أن أحكام الضمان المعماري تطبق بمجرد حدوث الضرر المتمثل في تهدم البناء أو تعيبه أو تهديد متانته في المدة الزمنية التي يغطيها الضمان.

1قرر المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي مجموعة من الضمانات من أجل التشديد من مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن الأعمال اللذان يقومان بها بمناسبة تنفيذ مقاولات البناء من جهة، وحماية لرب العمل صاحب المشروع الذي قد لا يكون خبيرا بأعمال البناء من جهة أخرى ، ومن بين هذه الضمانات هناك الضمان العشري المنصوص عليه في المادة 554 من القانون المدني التي جعل المشرع بموجبها هؤلاء الأشخاص مسؤولين بالتضامن فيما بينهما عن العيوب التي تمس متانة وصلابة البناء المشيد من قبلهما ، والضمان الثنائي وهو ما يسمى أيضا بضمان كفاءة الأداء الذي يشمل الأضرار التي تمس صلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما أنظر في أنواع الضمان مازة حنان ضمان العيوب في عقد مقاولة البناء، المرجع السالف الذكر، ص. 16 وما يليها.

2J.-P. KARILA, Les responsabilités des constructeurs, op. cit., p. 71: Le sous-traitant n'est pas tenu sous tous les régimes aux garanties légales des locateurs d'ouvrages. Sa responsabilité est donc une responsabilité de droit commun. Cette responsabilité est de nature contractuelle à l'égard de l'entrepreneur principal et J.-P. KARILA, Sous-traitance, paiement du sous traitant, Sous-traitance et responsabilités, op. cit., nº 116, p. 38; le sous-traité est un contrat d'entreprise. La responsabilité du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal sera donc régie par le droit commun du contrat d'entreprise, alors même que le sous-traité aurait pour objet la construction d'un ouvrage immobilier, les garanties légales dérivant des articles 1792 à 1792-6 du code civil n'étant susceptibles d'application que dans les rapports du maitre de l'ouvrage et du locateur d'ouvrage avec lequel il a été lié contractuellement, encore dans les rapports de ce dernier avec l'acquéreur de l'ouvrage et en aucun cas dans les rapports de l'entrepreneur principal et du sous-traitant ».

كما أن مسؤولية المقاول من الباطن هي دائما مسؤولية عقدية تجاه المقاول الأصلي أساسها خرق التزام بتحقيق نتيجة [1] وهذا راجع لمهنية المقاول الفرعي وخبرته في مجال أعمال البناء فلا يمكن أن يكون التزامه إلا التزاما بتحقيق نتيجة [2] لذلك فإن الالتزام بتحقيق النتيجة المفروض على هذا الأخير تجاه المقاول الأصلي لا يمكن إثارته من قبل صاحب المشروع بمعنى أن العيب الذي يطرأ على العمل المصنوع من قبل المقاول الفرعي، لا يعطي الحق لرب العمل بمساءلته لانتفاء أية علاقة تعاقدية بينهما، وإنما يساءل المقاول الأصلي على أساس مسؤوليته عن أفعاله وأفعال مقاوليه الفرعيين، وهي مسؤولية عقدية خاصة قررها المشرع حماية لرب العمل.[3]

– تدخل المقاول الفرعي في تنفيذ عقد المقاولة:

يشترط لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير أن يكلف هذا الغير من قبل المدين في تنفيذ الالتزام العقدي بمعنى أن يتدخل المقاول من الباطن في تنفيذ العقد الأصلي بإرادة المقاول الأصلي المدين إلى رب العمل لأنه وفي غياب إرادة المقاول الأصلي يندرج فعل من قام بالتنفيذ الخاطئ ضمن السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية العقدية.

ويقصد بالغير، كل الأشخاص الذين يمكن اعتبارهم أجانب عن العقد الأصلي كالأشخاص الذين يستعين بهم المدين إلى جانبه في تنفيذ العقد وهم المقاولون الفرعيون الذين سماهم بعض الفقه

1 B. BOUBLL, Contrat d'entreprise, op. Cit., nº 554, p. 79: La responsabilité contractuelle est applicable lorsque le dommage ne relève pas de la garantie décennale ou biennale, soit que l'ouvrage n'est pas un de ceux visés aux articles 1792 et suivants soit que les conditions relatives au désordre garanti ne sont pas réunies. Dans ce dernier cas, elle a un caractère résiduel, le sous-traitant est toujours tenu d'une responsabilité contractuelle de droit commun envers l'entrepreneur, qui est fondée sur la violation d'une obligation de résultat. Le droit commun du contrat d'entreprise met donc à la charge de l'entrepreneur une obligation de résultat, illustrée dans la construction immobilière, par la jurisprudence relative au sous-traitant qui n'est qu'un entrepreneur soumis au droit commun de la responsabilité contractuelle dans ses rapports avec le donneur d'ordres ».

2B. KOHL, op. Cit., p. 92: A l'inverse de la jurisprudence française qui impose au sous-traitant une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer qu'en démontrant l'existence d'une cause étrangère libératoire. La jurisprudence belge ne semble pas soumettre le sous-traitant à un régime qui dérogerait à celui applicable à tout entrepreneur: il leur appartiendra d'exécuter leur mission avec la compétence et la diligence de tout professionnel placé dans de mêmes circonstances. Cependant, dans la mesure où le sous-traitant pourrait apparaitre comme un spécialiste, une obligation de résultat pourrait être mise à sa charge».

3D. GIBIRILA, Contrat d'entreprise, Louage d'ouvrage et d'industrie, op. Cit., nº 58, p. 16: Cependant, le défaut d'une pièce fabriquée par un sous-traitant en exécution d'un contrat conclu par celui-ci avec l'entrepreneur principal, ne confère pas au maitre de l'ouvrage le droit d'agir en résponsabilité délictuelle contre ce sous-traitant, dès lors que cet entrepreneur s'est engagé envers lui à garantir à la fois son fait et celui de ses sous traitants»,

بالمساعدون [1] ويقصد بهم أيضا المعاونون سواء أكانوا تابعين أم غير تابعين والذين يحلون محل المدين في تنفيذ الالتزام العقدي [2].

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

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

الفرع الأول: قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

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

أولا: نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

1عبد السميع الأودن مدى 200عبد السميع الأودن، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجالا لإنشاءات المرجع السالف الذكر،49 .

2ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السالف الذكر، بند 811 ص 407.

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

1_المسؤولية التقصرية للمقاول الفرعي اتجاه رب العمل

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

أ_حالة الغش

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

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

1شيخة نسيمة، المرجع السابق، ص68.

2بالمختار سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص81.

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

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

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

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

2_مسؤولية المقاول الفرعي اتجاه مقاول فرعي أخر :

1بالمختار سعاد، المرجع السابق، ص82.

2محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص114.

عادة ما يفرض محل عقد المقاول أن يلجأ المقاول الأصلي إلى الاستعانة بعدة مقاولين فرعين كل حسب تخصصه مما يجعله يبرم مع كل واحد منهم مقاولة فرعية يكون محله عمل معين وبسعر معين وفي آجال محددة فيكونون بذلك فرقة تعمل في ورشة واحدة.[1]

لكن بالرغم من تواجدهم في ورشة عمل واحدة هذا لا يعفي أنهم مرتبطين بعقد فيما بينهم، فلا يلتزم أي منهم بشيء اتجاه الآخر بالتالي هم بمثابة الغير لبعضهم البعض لذلك إذا ترر أحد منهم بسبب خطأ صادر من مقاول فرعي أخر أثناء عملية التشييد، يمكن للمتضرر متابعة المسؤول عن الفعل الضار بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية.

ثانيا: صور قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

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

1_ المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي عن أفعاله الشخصية.

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

يستخلص من نص المادة أعلاه أنه إذا ما أريد تحريك المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي عن عمله الشخصي، وجب إقامة الدليل على تحقيق أركانها، وهي الخطأ والضرر، والعلاقة السببية.

أ – الخطأ التقصيري :

1حمادي جازية مجيدة، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، ص 151سنة2005 .

تقوم المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي عن فعله الشخصي إذا صدر خطأ من جانبه، لذا يعتبر الركيزة الأساسية لقيامها، وذلك بسبب عدم مراعاته القواعد القانونية التي تمنع القيام بتصرف ما يلحق ضرر بالغير، وبهذا يكون قد وقع في خطأ يسأل عنه مدنيا ويلزمه بالتعويض وهذا حسب نص المادة 124 المذكورة، ويعتبر الخطأ هو الركن الأول وفي نفس الوقت أساس المسؤولية ذلك أنه لا يكفي وقوع الضرر بفعل للشخص المضرور فيلزم المتسبب في ذلك بالتعويض، بل يجب أن يكون هذا الفعل خطأ تقصيريا،[1] وهذا الأخير الذي يقصد به الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع إدراك ذلك.[2]

إذن الخطأ التقصيري هو الإخلال بالالتزام قانوني والالتزام القانوني هو التزام ببذل عناية دائما، فإذا انحرف الشخص عن سلوك اليقظة وعن إدراك، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية للمسؤول، وهو يقوم على تركيب مادي والذي يتمثل في التعدي ومعنوي يتمثل في الإدراك [3]بالتالي تترتب مسؤولية المقاول الفرعي الشخصية وهي تلك المسؤولية التي يتحملها المقاول الفرعي بمفرده دون تدخل أو تضامن مع أي شخص وذلك في حالة ما أذا أخل بواجب قانوني عام المتمثل في المساس بحقوق رب العمل المنبثقة عن العقد الأصلي وباعتبار أن المسؤولية عن الأفعال الشخصية هي مسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات فإنه يتعين على رب العمل أو الغير المتضرر من أفعال المقاول الفرعي إثبات وإقامة الدليل على وجود خطأ تقصيري من جانب المقاول الفرعي، كمخالفة للأصول الفنية في التنفيذ المشروع أو استعمال مواد البناء من نوعية رديئة، وذلك حتى يتمكن من الرجوع على المقاول الفرعي لمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

1المير سميرة، المسؤولية المدنية المعمارية، المرجع السابق ص12.

2 محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية العمل النافع والقانون، الكتاب الثاني، دار الحديث الجزائر، ص 31.

3شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص85.

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

ج- علاقة السببية:

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

1 دهيمي أشواق، أحكام التعويض في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسة ، باتنة 2014.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 81.

3علي علي سليمان، المرجع السابق، ص162.

4 أمير فرح يوسف، المسؤولية المدنية والتعويض عنها طبقا لأحكام القانون المدني وما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني والمبادئ المشفرة لدى محكمة النقض حتى عام 2005، دار المطبوعات الجامعية68 الإسكندرية، 2006.

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

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

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

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

د_ مسؤولية المقاول الفرعي عن فعل الأشياء التي تكون تحت حراسته

يقصد بالمسؤولية المترتبة عن فعل الأشياء فكرة الحراسة التزام الشخص بتعويض ما تحدثه الأشياء التي تكون تحت حراسته من أضرار للغير وأساسه المادة 138 من القانون المدني

1المير سميرة، المرجع السابق، ص173.

2خرشوف عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص69 .

3المير سميرة، المرجع السابق، ص69.

الجزائري التي تنص على أنه كل من تولى حراسة الشيء وكانت له قدرة مسؤولية المقاول الفرعي عن فعل الأشياء التي تكون تحت حراسته.

يقصد بالمسؤولية المترتبة عن فعل الأشياء فكرة الحراسة التزام الشخص بتعويض ما تحدثه الأشياء التي تكون تحت حراسته من أضرار للغير وأساسه المادة 138 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه كل من تولى حراسة الشيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة.

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

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

بالتالي فإن المقاول الفرعي يكون مسؤولا عن الأضرار الناجمة عن الأدوات أو المواد التي تكون تحت حراسته للغير باعتبار هو المسيطر الفعلي على الموقع من الناحية المادية وعلى

1 أسامة أحمد بدر، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2005، ص 33.

أساس تمتعه بسلطة الرقابة والسيطرة الفعلية على الانجاز العمل، وبمجرد تسليم المقاول الأصلي للعمل المنجز تنتقل الحراسة إليه.[1]

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

الفرع الثاني:آثار قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي

تحقق صور المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي الثلاثة، يترتب عنه إلزامية التعويض عن الضرر أي جبره من خلال رفع دعوى المسؤولية من طرف المضرور (أولا) ولا يطالب به إلا إذا تحقق الضرر فعلا وبذلك يكون التعويض أثر للمسؤولية(ثانيا).

أولا: دعوى المسؤولية التقصيرية

يترتب على قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي رفع المضرور لدعوى المسؤولية والتي يقتضي دراستها مع ذكر أطرافها .

1) دعوى المسؤولية التقصيرية

يلتزم المقاول الفرعي بالتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه سواء بخطئه الشخصي المادة 124 من القانون المدني الجزائري أو باعتباره متبوعا المادة 136 من القانون المدني الجزائري أو على أساس حراسة الأشياء المادة 138 من القانون المدني الجزائري، بحيث يكون الغاية منه جبر الضرر الحاصل للغير، ويكون المطالبة به من طرف المضرور بموجب رفع دعوى المسؤولية، والتي يقصدها رفع طلب تعويض عن الأضرار الناجمة عن إخلال بالتزام قانوني إلى الجهة القضائية المختصة كقاعدة عامة أمام المحاكم المدنية إلا أنه استثناءا من هذه القاعدة

1مازة حنان، المرجع السابق، ص265.

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

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

وهذا ما نصت عليه المادة 133 القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: تسقط دعوى التعويض بانقضاء (1) سنة من يوم وقوع الفعل الضار.[1]

2) أطراف دعوى المسؤولية التقصيرية.

ويتمثل أطراف هذه الدعوى في كل من:

المدعي: وهو الشخص الذي وقع عليه الضرر والذي يثبت له الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر ويتمثل في هذه الحالة في الغير.[2]

المدعي عليه: وهو الشخص المسؤول عن فعله الشخصي الذي ألحق ضررا بالغير ويتمثل في هذه الحالة في المقاول الفرعي الذي تسبب في ضرر للغير سواء كان له صلة بالعقد أو كان أجنبيا تماما عن العقد[3]في حالة تعدد المسؤولين عن العمل غير المشروع أي تعدد المقاولين الفرعيين كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض عن الضرر وبذلك يجوز للغير المتضرر بالرجوع على أحدهم لمطالبته بالتعويض عن الضرر كله بدلا من الرجوع على كل واحد منهم إلا إذا عين

1ساهل نادية، المرجع السابق ص 83.

2خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق ، ص259.

3السيد خلف محمد، دعوى التعويض في المسؤولية التقصيرية المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة 2016 ، ص 431.

القاضي نصيب كل واحد منهم من التعويض، وذلك ما تقضي به المادة 126 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "إذ تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض."

ثانيا :التعويض

يعتبر التعويض أثر للمسؤولية التقصيرية وهذا ما يستدعي التعريف به مع ذكر أنواعه .

1) تعريف التعويض:

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

1)أنواع التعويض:

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

1دهيمي أشواق، أحكام التعويض في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2014.

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

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

أ_التعويض النقدي: وهو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية، ويتمثل في مبلغ ما لي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور[1]

وهو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية، ويتمثل في مبلغ ما لي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور[2]، والأصل أن يعطي دفعة واحدة و لكن إذا اقتضت الظروف غير ذلك، فللقاضي أن يحكم بالتعويض نقدي مقسط أي يعطى على شكل أقساط للشخص المضرور كما له أن يقرره على أساس إيراد مرتب لمدى حياة الشخص المضرور، ذلك في حالة ما إذا أصيب بعجز كلي أو جزئي دائم، ويضاف إلى ذلك أن القاضي لا يستطيع الحكم بالتعويض النقدي، في حالة ما إذا طالب المضرور بالتعويض العيني .

ب – التعويض العيني:

يسمى أيضا بالتنفيذ العيني، وهو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المسؤول الخطأ الذي أدي إلى وقوع الضرر، وهذا النوع من التعويض ليس كثير الحصول في إطار المسؤولية التقصيرية كما هو الحال في المسؤولية العقدية، فيلجأ إليه القاضي كلما كان ذلك ممكن فضلا عن ذلك له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لا يتم إزالتها بهذا التعويض، وبالتالي اللجوء إلى عرضه وهو التنفيذ بطرق التعويض إلا أذا استحال التنفيذ العيني أو في حالة

1بالحاج العربي، المرجع السابق، ص266.

2بالحاج العربي، المرجع السابق، ص266.

اتفاق الدائن والمدين على التعويض صراحة أو ضمنا، فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا، فلا يجوز للدائن رفع هذا العرض وهذا ما نصت عليه المادة 176 من القانون المدني الجزائري: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

ج- التعويض غير النقدي :

قد يكون التعويض الذي يحكم به القاضي جبرا لضرر الحاصل المضرور تعويض غير نقدي، لأنه لا يتضمن التزام المدين بأداء مبلغ معين، ولذلك يمكن اعتباره تعويضا من نوع خاص تقتضيه الظروف ويحكم به غالبا في الضرر المعنوي[1]في مجال المسؤولية التقصيرية التعويض فيها لا يقتصر على مجرد التعويض العادل بل يتعداه إلى التعويض الكامل، كما يشمل إلى جانب الضرر المتوقع الضرر غير المتوقع [2]بالتالي هذه المسؤولية تسمح للمضرور بالحصول على تعويض كامل إذ يشمل التعويض كل الضرر المباشر سواء كان خسارة لحقت المضرور أو كسبا ضاع عليه، وسواء كان متوقعا أو غير متوقع.

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

فيجب على القاضي أن يقدر التعويض تقدير يكفي لجبر الضرر وإرجاع المصاب إلى مثل حالة قبل وقوع الضار، ويعتمد بذلك بالظروف الشخصية للمضرور، فأساس التعويض يقوم

1دهيمي أشواق، المرجع السابق، ص32.

2السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية، ص27.

على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي فيكون محل لإعتبار حالة المضرور الجسيمة والصحية، كما يقدره من وقت حصول الفعل الضار وليس من وقت رفع الدعوى .[1]

1خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص267.

خاتمة

من خلال بحثنا في موضوع عقد المقاولة الفرعية ضمن إطار القانون المدني الجزائري، قمنا بتوضيح طبيعته القانونية مع التركيز على المعنى الخاص الذي يتميز به هذا العقد مما استدعى تقديم تعريف شامل بمفهومه، كما أوضحنا بأن عقد المقاولة الفرعية لا يعد نسخة من عقد المقاولة الأصلي بل يُعد عقداً مستقلاً بذاته يكتسب طابعه الخاص من خلال توافر أركانه الأساسية التي تنظمها القواعد العامة للعقود، مما يفرض تناولها إضافة إلى إبراز الخصائص التي تميز هذا النوع من العقود.

وقد تبين أن المشرع لم يفرد عقد المقاولة الفرعية بأحكام خاصة به، بل أدرجه ضمن أحكام القانون المدني العامة التي تنظم العقود، وتطرقنا كذلك إلى خصائص وشروط انعقاد المقاولة الفرعية، يتضح أن هذا العقد يتميّز بطبيعة خاصة تنبع من تبعيته لعقد المقاولة الأصلي وارتباطه الوثيق بتنفيذ جزء من المشروع الأصلي تحت إشراف المقاول الأصلي فهو عقد رضائي في الأصل يقوم على مبدأ استقلالية المقاول الفرعي في تنفيذ المهام المتفق عليها، مع بقاء العلاقة التعاقدية محصورة بينه وبين المقاول الأصلي فقط، دون امتدادها إلى صاحب المشروع إلا في حالات استثنائية يقرّها القانون أو الاتفاق.

أما شروط الانعقاد، إذ يشترط وجود الرضا السليم، والمحل المشروع، والسبب القانوني، مع ضرورة احترام الضوابط القانونية والتنظيمية التي تفرضها طبيعة الأشغال محل العقد، وعليه فإن ضبط خصائص هذا العقد وشروط انعقاده بدقة يُقلّل من المنازعات المحتملة، مما يُعزّز فعالية النظام القانوني المنظم لعلاقات المقاولة الفرعية في إطار التنمية المقاولاتية.

بالإضافة إلى ذلك، أقر المشرع بحق المقاول الفرعي في رفع دعوى مباشرة على رب العمل متى ثبت أن المقاول الأصلي أخل بالتزاماته، وبذلك تُمنح له وسيلة لضمان حقوقه دون الحاجة لمرور دعواه عبر المقاول الأصلي، مما يحقق نوعا من التوازن والعدالة في العلاقة التعاقدية.

ففي حال إخلال المقاول الأصلي بالتزاماته، يمكن للمقاول الفرعي الرجوع على رب العمل بمستحقاته، ضمن شروط معينة حددها القانون خاصة إذا كان العمل قد أُنجز وتم تسليمه وفقاً لما هو متفق عليه، وذلك حماية للطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.

تطرقنا أيضا إلى أن المسؤولية المدنية للمقاول الفرعي تُعد من العناصر الجوهرية التي يجب احترامها لضمان سير العمل بشكل منتظم وضمان حقوق الأطراف المتعاقدة، فالمقاول الفرعي بوصفه منفذًا لجزء من المشروع تحت إشراف المقاول الأصلي يتحمل مسؤولية الالتزام بالتنفيذ الدقيق للأعمال وفق الشروط المتفق عليها ومعايير الاتفاق ويتحمل أيضًا تبعات أي تقصير.

وفي ضوء ذلك، يظهر أن التحكم في نطاق مسؤولية المقاول الفرعي وتحديدها بدقة لا يحفظ فقط حقوق صاحب العمل والمقاول الأصلي، بل يحفز أيضًا على الجودة والالتزام والمعايير المهنية في تنفيذ الأعمال. بالتالي فإن فهم آليات المسؤولية المدنية للمقاول الفرعي يعد خطوة مهمة نحو تحقيق التوازن القانوني والتنظيمي المطلوب في سياق المشاريع المقاولاتية.

رغم أهمية المقاولة الفرعية في الممارسات العملية وخاصة في قطاعات البناء والأشغال العمومية، لم ينص المشرع الجزائري صراحة في القانون المدني على أحكام واضحة ومفصلة تخص المقاولة الفرعية، بل يتم اللجوء إلى أحكام عقد المقاولة العامة والرجوع إلى القواعد العامة في العقود، وهو مايخلق فراغا قانونيا يؤدي إلى تباين في الإجتهاد القضائي.

وتأسيسا على ماسبق فإنه يمكن إدراج باب مستقل في القانون المدني يعالج المقاولة الفرعية كعقد مستقل بذاته، ينظم حقوق المقاول الفرعي تجاه صاحب المشروع ويضمن المساواة التعاقدية والحد من الشروط التعسفية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع و المصادر

أولا:المراجع باللغة العربية

Á المراجع العامة حسب الترتيب الهجائي للمؤلفين

1. أبو قرين أحمد أبو العال، الأحكام العامة لعقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، 2002_2003.
2. أسامة أحمد بدر، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية2005 .
3. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، جزء ثالث، تنفيذ العقد التنفيذ العيني دراسة مقارنة، طبعة1992 .
4. أمير فرح يوسف، المسؤولية المدنية والتعويض عنها طبقا لأحكام القانون المدني وما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني والمبادئ المشفرة لدى محكمة النقض حتى عام 2005، دار المطبوعات الجامعية 68 الإسكندرية، 2006.
5. بالحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007.
6. بجاوي المدني، التفرقة بين عقد المقاولة وعقد العمل، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ،الجزائر، سنة 2008.
7. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، منشورات البغدادي سنة2011 .
8. جاك غستان، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد أو أثاره، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى 2000 ، الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص96.

9. السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية، دون تاريخ نشر، ص27.

10. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الاتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، من منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت1998.

11. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الأول، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000.

12. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام بمصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،الجزائر 1993 .

13. الفضيلي جعفر، الوجيز في العقود المدنية البيع، الإيجار، المقاولة دراسة مقارنة في ضوء التطور القانوني، معززة بالقرارات القضائية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، سنة 1997.

14. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى الجزائر،سنة 2009.

15. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي دار النشر العربية القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1998.

16. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد نطاق التنازل عن العقد وأحكام التنازل عن للإلتزام العقد، الطبعة الثاني2002 ، منشأة المعارف الإسكندرية.

17. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة موازية الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2008 .

Á المراجع الخاصة حسب الترتيب الهجائي للمؤلفين

1. أنور طلبة، العقود الخاصة الشركة المقاولة والتزام المرافق العامة،المكتب الجامعي الحديث، طبعة 2004 .

2. الأودن سمير عبد السميع، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية الإسكندرية، 2000.

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

4. حمزة محمود جلال، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام القواعد العامة، القواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1985.

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

6. سامي محمد، الأسس القانونية لعقود الإيجار، عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن دار الكتاب الحديث 2009.

7. شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، الطبعة الثالثة 1955.

8. عبد القادر العرعاري، المسؤولية العقدية للمقاول و المهندس المعماري بالمغرب بند 189.

9. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني وتشريعات الإيجار الأمان، الطبعة العربية الحديثة، الطبعة الثالثة، سنة1996 بند 173.

10. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاولة، مناطها، ضوابطها، أطرها في التشريع المصري العربي الأجنبي ، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة 2006

11. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر 1999.
12. محمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة.
13. نعيم مغبغب، عقود البناء والأشغال الخاصة والأشغال العامة، دون ذكر دار النشر، طبعة 1997 .
14. هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009.

Á الرسائل والمذكرات الجامعية:

1) مذكرات الماستر والماجستير

1. بالمختار سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2009 .
2. برجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، بن يوسف من خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية 2008 –2009.
3. بن حالة حاتم، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزائر،2018 .
4. بن عمار محجوب، المسؤولية العشرية للمتدخل ينفي نشاط الترقية العقارية، بخصوص العناصر التجهيزية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، سنة 2014.
5. حمادي جازيه، عقد المقاولة البناء في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان كلية الحقوق 2002–2003.
6. خروشوف عبد الحفيظ، حق ذوي الحقوق في التعويض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2.

7. دهيمي أشواق، أحكام التعريض في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضرة باتنة 2014 .
8. عزروق لحسن، الإطار القانوني لعقد المقاولة البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2016 .
9. عليلي عبد الكريم، القانون الاجتماعي عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014 -2015.
10. لحول حمزة، عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني للجزائر، شهادة ماستر، قانون عقاري، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2017-2018
11. مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية تيزي وزو.

2) رسائل الدكتوراه:

1. سميع آمينة، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن دراسة مقارنة، أطروحة دكتورة، تخصص قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، 2004-2005.
2. شيخ نسيمة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء في الحقوق، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران 2 كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر 2016 .
3. علي محمد فرحات، التزامات المقاول وفق أحكام التشريع المغربي والتشريع الأردني، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، الرباط 1999.

4. مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة دكتورة، تخصص قانون الأعمال المقارن، جامعة وهران 2 كلية الحقوق والعلوم السياسية 2015-2016 .

5. متمير فاطمة، المسؤولية المعمارية للمقاول بين أزمة النص ومتطلبات الإصلاح، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق الدار البيضاء،2006-2007.

Á المجلات

1. بن عزوز بن صابر، الحماية المقررة للعمال الأجراء في إطار المقاولة من الباطن في التشريع الجزائري مجلة قانون العمل والتشغيل العدد الأول، جامعة مستغانم كلية الحقوق والعلوم السياسية2016،

2. زواقي مصطفى منصوري أمبارك، الدراسة القانونية والسياسية المجلة الإفريقية جامعة أحمد دراية، أدرار الجزائر المجلد 6، العدد 1 سنة 2022.

3. بلجبل عتيقة، لخطأ كشرط لقيام المسؤولية العقدية للمقاول، مجلة الحقوق والحريات عند تجريبي، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم سياسية، بسكرة ،2013 .

Á النصوص القانونية

القوانين والأوامر

1. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 057 المؤرخ 13 ماي 2007.

2. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1976 المتضمن قانون المدني الجريدة الرسمية عدد 78 تاريخ 30 سبتمبر 1995 معدل ومتمم بموجب قانون 1005 المؤرخ في 20 يونيو 2007 الجريدة الرسمية عدد 23 44 يونيو 2003.

3. القانون رقم 15-08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، أوت2008 العدد 44.

4. القانون رقم 10-05 المعدل والمتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، 26 يوليو2005 ، عدد44 .
5. قانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، 6مارس 2011، العدد 14.
6. المادة 140 و 143 من المرسوم رقم275 - 15المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الذي تضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام 20 سبتمبر 2015 العدد 50.

ثانيا:المراجع باللغة الفرنسية

_Georges valentin.lescontrats de sous traitance.mantpellier edition p02.1979

_Loi n°75, 1334 du 31 décembre 1975 relatives la sous ,traitance jorf du 3 janvier 1976 p148 article ler Au sens de la présentali la sous tratance est l'opération.

_Ph.malauré et l aynes.droit civile.les obligation. Tome 5,7éme ، 1997 cite. N°694.P407

_F.Labarthe, cyril noblot, le contrat d'entrepice LGDJ Lextenso édition, 2002,P124.

_Art. 1984 du code civil français le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire

quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.

_ Zahi Amor, Le droit de la responsabilité en matière de construction, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit de Ben Aknoun, université d'Alger, volume 25, édition l'office national des travaux éducatifs, Alger, 1987 ،P596.

_ Alain Benalent, droit de constitution Dallos 2000 ،P1478.

_Art. 3, L ,N° 75-1334, du 31 décembre 1975.

_Art. 112 al , Marchés le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement».

-Art ,14-1, L. N° 75,1334, du 31 décembre 1975, crée par L ,N° 86-13 du 6 janvier 1986, mod ,Par L ,N° 2001,1168 du 11 décembre 2001 et par art. 186, 1. № 20058,45 du 26 juillet 2005, JORF 27 juillet 2005.

_Cass ,Civ ,3", 16 décembre 2008, RDC 2009, nº 2, p ,636, note P. PUIG: « Le maître de l'ouvrage, connaissant la présence sur le chantier de la société X en qualité de sous-traitant et ne s'étant pas.

_BENABENT(A.). Sous-traitance, Sous-traitance des marchés des personnes privées, par L ,Jobert, Juris,cl ,contrats distribution 2013, fasc. 1450.

_Cass ,Civ, 10 février 2009, RDC 2009, nº 3, p ,1132.

_GASTI, Les contrats spéciaux, Armant colin ed, 1998, p ,167 et A. BENABENT, Sous-traitance des marchés des personnes privées, op. Cit., nº 41, p. 11.

_"A. BENABENT, Sous-traitance des marchés des personnes privée, op. Cit, n" 49, p ,19,D ,LEGEAIS, op. Cit., nº 10, p. 244.

_Art. 14 al ,let 2 L ,N° 75-1334

_Sur cette question, M. ROUX, Les cautionnements délivrés au bénéfice des soustr,aitants, in La soust,raitance de marchés de travaux et de services, (sous la direction de G ,Gavalda), Economica éd, 1978 P ،152 et A. RENABENT, Sous-traitance des marchés des personnes privées, op. Cit., n 50 et s, pp 19.

_ Art. 1795 C. Civ. Fr.: le contrat de l'louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur et art. 1796 c.

_3-H. LECUYER, S. DANNA et G. LESAGE, op. Cit., n 57, p. 2824-5.

_ A. Ph MALAURIE, L AYNES et P-Y GAUTIER, op Cit, n° 750, p 424; P PUIG, op. Cit., n° 825, p. 460،DGIBIRILA, Contrat d'entreprise, op. Cit, n° 63,p 18.

_1425-Ph DELEBECQUE, Le contrat d'entreprise, Dalloz, éd 1993, p. 46 et s: l'obligation de conseil est accessoire àl'obligation principale d'exécuter le travail. La jurisprudence l'a imposée.

_Cass. Civ., 6 décembre 1983, RTD civ. 1984, p. 522, note Ph. REMY.

_ D. GIBIRILLA, op Cit, n° 88, p 26 et D, LEGEAIS, op Cite, n° 19, p. 4.

_ MAINGUY, op. Cite., n° 384, p. 305،B. BOUBLL, Contrat d'entreprise, op, Cite, n° 106, p ,19.

_ D. GIBIRILA, op. Cite., n° 88. P. 26 et D. LEGEAIS, op, Cite, n° 19, p 4.

_T D. MAINGUY, op Cit, n° 384, p 305: B. BOUBLL, Contrat d'entreprise, op. Cite., n° 106. P 19.

_-F. BALON, Relations entre maître de l'ouvrage et sous-traitant: Aperçu synthétique, in La sous-traitance (sous la direction de F ,Balan, B. Louveaux et P ,Henry), op, cite, p, 193.

_J.-P. BABANDO, op, Cite, nº 478, p 159، J-P KARILA, Sous-traitance, Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, Paiement du ,soustraitant, Sous-traitance et responsabilités, op. Cit, n 107, p, 36.

_J.-P. KARILA, Les responsabilités des constructeurs, op. Cite., p. 71.

_ B. BOUBLL, Contrat d'entreprise, op, Cite, nº 554, p ,79.

_B. KOHL, Op Cite, p 92 ,A l'inverse de la jurisprudence française qui impose au sous-traitant une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer qu'en démontrant l'existence d'une cause étrangère libératoire.

_D. GIBIRILA, Contrat d'entreprise, Louage d'ouvrage et d'industrie, op ,Cite, nº 58, p ,16.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة:.....ب

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد المقاولة الفرعية.....7

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة الفرعية.....6

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

الفرع الأول:التعريف الفقهي.....T

الفرع الثاني: عقد المقاولة الفرعية عقد ملزم لجانبين .....M .M

الفرع ثالث:عقد المقاولة الفرعية عقد معاوضة.....M .M

الفرع الرابع: عقد المقاولة الفرعية من العقود الواردة على العمل.....M .H

الفرع الخامس: الخصائص المميزة لعقد المقاولة الفرعية.....M .O

المبحث الثاني: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة له وعلاقة المقاول الفرعي بأطراف العقد.....14

المطلب الأول:تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة له .....M .П

الفرع الأول: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن التنازل عن العقد .....M .П

الفرع الثاني:تمييز عقد المقاولة الفرعية عن عقد العمل.....M .C

الفرع الثالث: التمييز بين عقد المقاولة الفرعية و عقد الوكالة .....M .T

الفرع الرابع: تمييز عقد المقاولة الفرعية قفي القانون المدني عن عقد المقاولة الفرعية في قانون الصفقات العمومية.....M .y

المطلب الثاني: علاقة المقاول الفرعي بأطراف العقد .....M ф

الفرع الأول: العلاقة بين المقاول الفرعي ورب العمل .....
الفرع الثاني:علاقة المقاول الفرعي بالمقاول الأصلي.....
المبحث الثالث: كيفية انعقاد عقد المقاولة الفرعية.....21
المطلب الأول: الشروط اللازمة للتعاقد الفرعي .....
الفرع الأول:الشروط العامة لانعقاد المقاولة الفرعية.....
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لانعقاد المقاولة الفرعية.....
المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة في عقد المقاولة الفرعية .....
الفرع الأول : مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد .....
الفرع الثاني: مرحلة صدور الإيجاب ونهاية المفاوضات .....
الفرع الثالث: إبرام عقد المقاولة الفرعية.....
الفصل الثاني 47
الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن عقد المقاولة الفرعية.....49
المبحث الأول:التزامات أطراف عقد المقاولة الفرعية 49
المطلب الأول: التزامات المقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي .....
الفرع الأول: التزام المقاول الفرعي بانجاز العمل بطريقة سليمة .....
الفرع الثاني: التزام المقاول الفرعي بإنجاز العمل في الأجل المحدد .....
المطلب الثاني: التزامات المقاول الأصلي تجاه المقاول الفرعي.....
الفرع الأول: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من تنفيذ العمل المتفق عليه .....
الفرع الثاني: الالتزام بوضع و سائل العمل تحت تصرف المقاول الفرعي.....

الفرع الثالث: التزام المقاول الأصلي بالإعلام و النصح .....
الفرع الرابع: التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر .....
الفرع الخامس: التزام المقاول الأصلي بتسلم الأعمال محل العقد .....
المبحث الثاني: الحقوق المقررة للمقاول الفرعي 66
المطلب الأول: حق المقاول الفرعي في رفع الدعوى المباشرة .....
الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة وخصائصها .....
الفرع الثاني: شروط ونتائج الدعوى المباشرة .....
المطلب الثاني: حق الامتياز في حالة توقيع الحجز .....
الفرع الأول: أطراف و موضوع حق الامتياز .....
الفرع الثاني: نتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز .....
المبحث الثالث: المسؤولية المدنية للمقاول الفرعي 86
المطلب الأول: مسؤولية المقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي .....
الفرع الأول: المقصود بالمسؤولية العقدية للمقاول الفرعي .....
الفرع الثاني:حلول المقاول الأصلي محل المقاول الفرعي في المسؤولية اتجاه رب العمل .....
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي .....
أولا: نطاق المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي .....
الفرع الثاني:آثار قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي .....
خاتمة: 113
قائمة المصادر والمراجع 116

قائمة المراجع و المصادر 117

فهرس المحتويات..... 128

ملخص البحث 135

ملخص البحث

ملخص مذكرة الماستر

يعد عقد المقاولة الفرعية وسيلة قانونية تتيح للمقاول الأصلي إسناد جزء أو كل الأشغال المتعلقة بالمشروع إلى مقاول آخر يعرف بالمقاول الفرعي وتنظم هذه العلاقة وفقا للقواعد العامة للعقود, مع مراعاة طبيعتها الخاصة وضرورة احترام الشروط التقنية والمالية المتفق عليها بين الأطراف, وتهدف هذه الإلية إلى تخفيف الأعباء عن عاتق المقاول الأصلي وتسريع وتيرة الإنجاز وتحقيق الفعالية في تنفيذ المشروع غير أنها قد تثير العديد من الإشكالات القانونية لاسيما تلك المتعلقة بالمسؤولية والتزامات الدفع وحماية حقوق العمال.

الكلمات المفتاحية:

1) عقد المقاولة الفرعية 2) المقاول الفرعي 3) المقاول الأصلي

4)التشريع الجزائري 5) النظام القانوني 6) رب العمل

Abstrct of the master thesis

The subcontracting agreement is a legal mechanism that allows the main contractor to assign part or all of the project work to another contractor, known as the subcontractor. This relationship is governed by the general rules of contracts, taking into account its specific characteristics and the need to adhere to the agreed technical and financial conditions. This mechanism aims to distribute the workload, accelerate project completion, and enhance efficiency. However, it may give rise to legal issues, particularly those related to liability, payment obligations, and the protection of workers' rights. The Algerian legislator has intervened to regulate subcontracting contracts in a manner that safeguards the rights of all parties involved and ensures legal clarity and contractual balance.

Keywords:

1) Algerian Legislation 2) Employer 3) Legal system

4)Subcontracting Agreement 5)The subcontractor 6)Principal contractor