جامعة الدكتور مولاي الطاهر –سعيدة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر– تخصص– القانون الاجتماعي –

إعداد الطالب:

عليلي عبد الكريم

إشراف :

الدكتور: بودواية نور الدين

السنة الجامعية: 2014–2015

جامعة الدكتور مولاي الطاهر –سعيدة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر– تخصص– القانون الاجتماعي –

إعداد الطالب:

عليلي عبد الكريم

إشراف:

الدكتور: بودواية نور الدين

اللجنة المناقشة:

* د. أو أ/ ..... مشرفـــا مقـــررا
* د. أو أ/ .....

رئيســــــــــا

* د. أو أ/ ..... عضوا مناقشـــا

لسنة الجامعية: 2015/2014

عقد المقاولة الفرعية
في القانون المدني الجزائري

الإهـــــداء

تبارك الذي أهدانا نعمة العقل و أنار سبيلنا بنور العلم و مهد لنا طريق النجاح بكل تقدير و عرفان.

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أعز ما أملك و ما لدي في الوجود

و أقرب الناس إلى قلبي أطال الله في عمرهما أبي و أمي

*إلى إخوتي و أختي

*إلى كل من شجعني و لو بكلمة طيبة

*إلى كل الأهل و أقارب و الأصدقاء

جزا كـم الله خيـــرا

شكر و عرفان

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"من لم يشكر الناس لم يشكر الله، ومن أسدى إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تستطيعوا فأدعو له"

نشكر الله ونحمده حمدا كثيرا مباركا على هذه النعمة الطيبة والنافعة، نعمة العلم والبصيرة.

يشرفنا أن نتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذنا الفاضل المشرف على هذا العمل الأستاذ".بودواية نور الدين" على المجهودات التي بذلها والتوجيهات التي قدمها والثقة التي وضعها فينا لإتمام هذا العمل المتواضع.

ولا يفوتني أن أقدم الشكر إلى جميع أساتذة كلية العلوم القانونية و الإدارية و خاصة أساتذة

قسم الماستر قانون الاجتماعي وإلى جميع الإداريين بالكلية.

وكذا زملائي في الدراسة طور الماستر قانون الاجتماعي.

كما أشكر الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتكرمهم بتخصيص جزء من وقتهم لقراءة ومناقشة هذا العمل. "

و إلى أستاذي الفاضل المحضر القضائي السيد بن نعوم عبد القادر،أطال الله في عمره و إلى الآنسة بن نعوم فاطمة.

كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساهم من قريب أو بعيد إلى إنجاح هذه الدراسة و حفزنا على إتمام هذا العمل.

المقدمة

مقـــــــــــــدمـــــــــــــة

يكتسب عقد المقاولة أهمية خاصة في العصر الحاضر، لما يمثّله من مجال حيوي للاستثمار واستغلال الأموال،و إطلاق العنان لأصحاب الخبرات و التخصص في مجال البناء و الحرف من اللجوء إلى المقاولة الفرعية القائمة عن ثكاتف و مشاركة مجموعة من الحرفين و المقاولين في القيام بالأعمال و الأشغال،و ذلك كل حسب اختصاصه و كفائته.

و عليه تعدد أشكال المقاولة و صورها و كثرة اللجوء و الإقبال عليها،مما كان لها أثر واضح في اقتصاد البلاد،مما اوجب تنظيم عقد المقاولة في قوانين المدنية المعاصرة.

فكانت عقد المقاولة الفرعية من أحد صور المقاولة في انجاز الأعمال،تتم بين المقاول و مقاول آخر يسمى بالمقاول الفرعي.

قد أخذ المشرع الجزائري على غرار عديد من التشريعات العربية بالمفهوم القانوني للمقاولة الفرعية، أي باعتبارها تعاقد من الباطن في القانون المدني فخصص لها في الأول القسم الثالث من الفصل الأول المتعلق بالمقاولة وهذا ضمن الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل، مفردا لها مادتين فقط 564)و(565 ، حيث تعتبر الأولى الأساس القانوني لجواز إبرام عقد المقاولة الفرعية من جهة، و من جهة ثانية حالة تطبيقية لمفهوم المسؤولية العقدية عن الغير بعدما قررت بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن أعمال المقاول الفرعي اتجاه رب العمل.

في حين أقررت المادة 565 حماية قانونية للمقاولين الفرعيين، منحها لهم حق إقامة دعوى مباشرة ضد مدين مدينهم لاستفاء مقابل الأعمال التي أنجزوها لصالحه، كما أعطت لهم حق الامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي لدى رب العمل في حالة توقيع الحجز.

إن اختيارنا لموضوع عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري مبني على عدة دوافع منها الذاتية تكمن في الفضول إلى معرفة جزئيات هذا العقد، خاصة من حيث الوقوف على مفهومه وتحديد كيفية انعقاده و الآثار التي يرتبها سواء بالنسبة للالتزامات القائمة بين أطرافه و كذا الحماية القانونية التي أقرها المشرع الجزائري للمقاول الفرعي وعماله،إضافة إلى قلة الدراسات والأبحاث القانونية من قبل الباحثين الجزائريين حول هذا العقد المهم.

فضلا عن ذلك فإن موضوع عقد المقاولة الفرعية كان محل دراسة خلال السنة النظرية في طور الماستر،إضافة إلى كون عقد المقاولة الفرعية كان موضوع بحثي في مقياس القانون المدني، وقد جمعت بشأنه العديد من المراجع العلمية.

أما عن الدوافع العلمية لاختياري هذا الموضوع، فترجع إلى كون أن عقد المقاولة الفرعية لم يحظ بالدراسة الوافية من قبل الباحثين في الجزائر، إضافة إلى الأهمية البالغة لهذا الموضوع،في الحياة اليومية،القائمة على انجاز الأشغال و الأعمال عن طريق المقاولة.و خصوصا المقاولة الفرعية القائمة عنصر التخصص و الخبرة في القيام بالاشغال،كل حسب اختصاصه.

إن بحثنا لموضوع عقد المقاولة الفرعية يهدف إلى الوصول في النهاية إلى تحقيق أهداف علمية فالأهداف العلمية فإنها تتمثل في المساهمة في فتح المجال للغير من الدارسين والباحثين لإجراء المزيد من البحوث في هذا الموضوع، خصوصا في ظل قلة الدراسات والأبحاث القانونية الجزائرية بشأنه في الوقت الحالي.

إضافة إلى ذلك، المساهمة في إثراء المكتبة القانونية بهذا العمل المتواضع، من خلال التطرق إلى بيان أحكام عقد المقاولة الفرعية وفقا للتشريع الجزائري، وكذا الطبيعة القانونية لهذا العقد

إن الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد هذا البحث فتتمثل بالدرجة الأولى في قلة المراجع العلمية الجزائرية في هذا المجال، فلم نجد كتبا أو مجلات تخصصت في دراسة هذا الموضوع، عكس الفقهاء المصريون والفرنسيون

حيث أننا سجلنا أثناء إعدادنا لهذا البحث قلة المراجع العلمية الجزائرية بشأن هذا الموضوع، فلم نجد سوى مؤَلفين لباحثين جزائريين تطرقا لموضوع عقد المقاولة، الأول للأستاذ بجاوي المدني،والثاني للأستاذ حسين تونسي

غير أن المؤَلفين المذكورين أعلاه تناولا عقد المقاولة بصورة عامة، و أن كانا قد اقتصرا على بعض جوانبه فقط، أما بالنسبة لعقد المقاولة الفرعية،فبالكاد قد تحدثا عنها لذلك سنحاول بحث هذا الموضوع بصورة شاملة ومعمقة قدر الإمكان.

لقد اعتمدنا خلال دراسة بحثنا هذا على عدد من المناهج العلمية في إطار التكامل المنهجي، إذ اعتمدنا بشكل ضروري على المنهج التحليلي الذي وجد حظه الوافر في هذه الدراسة، ويتجلى ذلك من خلال إخضاع النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة، إلى عملية تبسيط و تحليل، ثم استخلاص لأهم العناصر اللازمة و الضرورية للحماية التي أقرها المشرع الجزائري للمقاول الفرعي، إلى جانب المنهج الوصفي الذي سيظهر بشكل واضح في وصف كيفية انعقاد المقاولة من حيث شروط العامة و الخاصة و كذا خصائص هذا العقد.كل ذلك بهدف توخي الدقة والتبسيط، ليكون هذا البحث سهلا واضحا لكل مطلع عليه.

تتمحور الإشكالية المطروحة في هذا الموضوع حول نقطة أساسية و هي تحديد الطبيعة القانونية لعقد المقاولة الفرعية والتي تقتضي حتما البحث كذلك في الآثار المترتبة عن قيام عقد المقاولة الفرعية.

يندرج تحت هذه الإشكالية عددا من التساؤلات الفرعية حول مفهوم هذا العقد و الشرط الخاصة لانعقاده، وما هي الالتزامات التي يرتبها على عاتق طرفيه، وكذا الجزاء المترتّب عن الإخلال بها، وما هي الحماية التي أقرها المشرع الجزائري للمقاول الفرعي في حالة افلاس المقاول الاصلي ؟

لمعالجة هاته الأشكالات إرتاينا أن نتناول هذا الموضوع حسب الخطة التالية،التي قسمناها في فصلين و ذلك على النحو التالي:

خطـــــــــــــــــة البحـــــــــــــــــث

مقدمـــــــــــــــــة

الفصل الأول: ماهيـــــــــة عقـــــــــــد المقاولـــــــة الفرعيـــــــــة

المبحث الأول: مفهـــوم عقـــــــد المقاولـــــــــة الفرعيـــــــــة

المطلـــب الأول: تعريـــــــف عقـــــد المقـاولـــــة الفرعيـــــة و خصائصـــــه

الفرع الأول: التعريف القانوني لعقد المقاولة الفرعية

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لعقد المقاولة الفرعية

الفرع الثالث: خصائـــــــــــــــــص عقد المقاولة الفرعية

المطلب الثاني: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابقة لها

الفرع الأول: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن التنازل عن العقد

الفرع الثاني: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن المقاولة المشتركة

الفرع الثالث: تمييز عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني عنها في قانون الصفقات العمومية

المطـــلب الثالث: المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته بأطراف العقد الأصلي

الفرع الأول: المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته برب العمل

الفرع الثاني: المركز القانوني للمقاوال الفرعي في علاقته بالمقاول الأصلي

المبحث الثاني: شـــروط العامة و الخاصـــة لإنعقاد عقـــد المقاولـــــة الفرعيـــة

المطلب الأول: الشروط العامة لعقد المقاولة الفرعية

الفرع الأول: التراضي في عقد المقاولة الفرعية

الفرع الثاني: المحل في عقد المقاولة الفرعية

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لعقد المقاولة الفرعية

الفرع الأول: اشتراط وجود عقد مقاولة سابق

الفرع الثاني: قبول رب العمل للمقاولة الفرعية و عدم وجود الشرط المانع

الفصل الثاني: آثار عقـــد المقــاولـــــــــة الفرعيـــــــــــــــــة

المبحث الأول: التزامات اطراف العقد و جزاء اخلال المقاول الفرعي بالتزاماته

المطلب الأول: التزامات المقاول الفرعي و المقاول الأصلي

الفرع الأول: إلتزامات المقاول الفرعي

الفرع الثاني: إلتزامات المقاول الأصلي

المطلب الثاني:جزاء إخلال المقاول الفرعي بإلتزاماته و قيام مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول الفرعي

الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية عن فعل الغير

الفرع الثاني: شروط مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول الفرعي

الفرع الثالث: دعوى رجوع المقاول الأصلي على المقاول الفرعي كأثر لهذه المسؤولية

المبحث الثاني: الحقوق المقررة قانونا للمقاول الفرعي

المطلـــب الثاني: حق المقاول الفرعـــــي في إقامة الدعـــــــوى المباشـــــــرة

الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة و خصائصها

الفرع الثاني: شروط الدعوى المباشرة

الفرع الثالث: نتائج الدعوى المياشرة

المطلـــب الثالث: حق الإمتياز للمقاول الفرعي في حالة توقيـــع الحجز

الفرع الأول: أصحاب حق الامتياز

الفرع الثاني: موضوع حق الامتياز

الفرع الثالث: نتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز

الخاتمـــــــــــــــــــــة

الفصل الأول
ماهية عقد المقاولة الفرعية

الفصل الأول: ماهية عقـــــــد المقاولـــــــة الفرعيـــــــة

إن عقد المقاولة الفرعية حتى و إن كانت عقدا من الباطن تبقى عقد مقاولة تحكمه مبدئيا القواعد التي أقرها المشرع بخصوص هذا النوع من العقود.

فقد ٌأقر له المشرع تعريفا في القانون المدني،كما أنه يتميز بنفس خصائص عقد المقاولة الأصلي بلعتباره عقد ملزم لجانبين و عقد معاوضة.

غير أنه لقيام عقد المقاولة الفرعية أضاف المشرع الجزائري شروط خاصة لقيـام هـــذا العقد و يتمثل في ذلك في شرطين هامين و هما وجود عقد مقاولة سابق و موافقة رب العمل لعقد المقاولة الفرعيـــــة.

و من هذا المنطلق سيتم عرض هذا الفصل في مبحثين أتطرق في الأول إلى ماهية عقد المقاولة الفرعية

و أتناول في المبحث الثاني الشرط العامة و الخاصة لانعقاد عقد المقاولة الفرعية.

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة الفرعية

تحتل المقاولة الفرعية أهمية خاصة، فهي تعتبر إحدى وسائل التعاون بين المشروعات، لاسيما في مجال المنشآت المعمارية، وبالتالي يمكن النظر إليها على أنها وسيلة من وسائل التنمية الاقتصادية.

من خلالها يقوم المقاول الأصلي المتعاقد مع رب العمل، إلى الاتفاق مع مقاول آخر يدعى المقاول الفرعي، للقيام إما بكل العمل الذي التزم بانجازه أو بجزء منه، ويحدث ذلك على وجه الخصوص، إذ كانت هناك جوانب فنية في العمل محل التعاقد، تحتاج إلى خبرات عديدة وجهود كبيرة، لا يطيق المقاول الأصلي القيام بها لوحده.

و بهذا الوصف، قد تتشابه المقاولة الفرعية ببعض الحالات المشابهة لها في تنفيذ العقد عن طريق الغير أو عن طريق طرف ثالث.

كما ينشأ عن المقاولة الفرعية مركز قانوني خاص للمقاول الفرعي في علاقته بأطراف العقد الأصلي لاسيما المقاول الأصلي و رب العمل.

ومن أجل تفصيل أكثر، نتناول في هذا المبحث الأمور و المسائل أساسية و ذلك من خلال تقسيمها إلى ثلاث مطالب و هي كالتالي:

المطلب الأول: نتطرق فيه إلى تعريف المقاولة الفرعية من الناحية القانونية و الفقهية و كذا تبيان خصائصها.

المطلب الثاني: نتطرق فيه إلى تمييز المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة لها.

المطلب الثالث: نتطرق فيه إلى تحديد المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته بأطراف العقد الأصلي.

المطلب الأول: تعريف المقاولـــة الفرعية

الفرع الأول: التعريف القانوني:

تنص المادة 564 من القانون المدني الجزائري على أنه يجوز للمقاول أن يوكـل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية.(1)

فالمقاولة الفرعية تفترض وجود عقدين متتابعين، لهما طبيعة قانونية واحدة،هي المقاولة يربط العقد الأول رب العمل مع المقاول الأصلي، بينما يربط العقد الثانـي المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي أو المقاول من الباطن.

و بناء على ذلك عرفت المقاولة الفرعية على أنها عقد يعهد من خلاله أحد المقاولين إلى مقاول آخر،وتحت مسؤوليته،تنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة المبرم مع رب العمل صاحـب المشروع.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي:

هي إنابة الغير في تنفيذ الأعمال، مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة في ذلك تتم بواسطة عقد بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي ، والذي بموجبه يعهد الأول بجزء من نشاطه و عمله للثانـي، نظرا لما يتمتع به هذا الأخير من مهارات فنيـــة و تقنيـــة.(2)

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

و يزيد جانب آخر من الفقه على ذلك" بضرورة بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن عمل المقاول الفرعي اتجاه رب العمل باعتبار هذا الشرط من الأحكام الرئيسية للمقاولة الفرعية.

و يجمع غالبية الفقه على أن وصف المقاولة الفرعية لا يثبت إلا ضمن مجموعة عقدية تضم عقدين اثنين و ثلاثة أطراف مرتبطين مثنى مثنى، العقد الأول قائم بين رب العمـــل والمقاول الأصلي، والعقد الثاني قائم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي.(3)

لهذا السبب إذا تعاقد المقاول الفرعي الأول مع مقاول آخر من الباطن، أصبح عقد المقاولة الفرعية الأول عقدا

---

(1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني،الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1995 معدل و متمم بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2007 جريدة الرسمية عدد 44،23 يوليو 2005.

(2) Georges Valentin. Les contrats de sous-traitance, mantpellier, édition 1979. P : 02

(3) المستشار أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الإسكندرية ، منشأة المعارف، 2003 ص105

أصليا فيستخدم لفظ" رب العمل الحقيقي "للدلالة على رب العمل الأول، و لفظ"المقاول الأول " للدلالة على كل مقاول أول متعاقد مباشرة مع رب العمل الأول، أما لفظ" المقاول الأصلي " فيراد به كل مقاول آخر تعاقد من الباطن، ويطلق عليه أيضا مصطلح" رب عمل عرضي."

الفرع الثالث: خصائص عقد المقاولة الفرعية

يتطلب وجود عقد المقاولة الفرعية كذلك وجود عقد من باطن يبرمه المقاول الأصلي مع مقاول آخر ينطبق عليه التعريف الخاص بالمقاولة و يتصف بنفس خصائص هذا العقد التي من أهمها أداء المقاول الفرعي للعمل بصفة مستقلة، مقابل أجر يتقاضاه عن هذا الأداء. يستنتج هذا الشرط أيضا من النص المادة 564 من القانون المدني، و من التطبيقات القضائية أيضا، فكليهما يعتبران أن المقاول في علاقته مع المقاول الفرعي يأخذ مركز رب العمل(1)

أولا – عقد مقاولة الفرعية عقد رضائي

يتضح من خلال المادتين 564 و 565 من القانون المدني أن عقد المقاولة الفرعية هو عقد رضائي، أي أنه ينعقد بمجرد تبادل التراضي بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي دون حاجة إلى شكل معين، فيكفي لقيام هذا العقد تقابل إرادتين متطابقتين سواء تم ذلك شفاهة أو كتابة أو حتى بالإشارة الدالة على المعنى المقصود.(2)

مع ذلك يجوز لطرفي عقد المقاولة الفرعية الاتفاق على إفراغ محتواه في وثيقة يحررانها مثلما هو الحال في عقود المقاولات الكبرى أو تلك المتضمنة لأعمال معقدة، فالعقد في هذه الحالة لا يتم إلا في الشكل المتفق عليه.

أما إذا لم يبين الطرفين هل الشكل المتفق عليه للانعقاد أو للإثبات، فإن الفقه يجمع على اعتبار الشكل مطلوب للإثبات و ليس الانعقاد اعتمادا على أن الأصل في هذا العقد أنه عقد رضائي.

ثانيا – عقد المقاولة الفرعية من العقود الملزمة للجانبين

يصنف عقد المقاولة الفرعية ضمن العقود الملزمة للجانبين إذ ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين، فيلتزم المقاول الفرعي بانجاز العمل المطلوب منه بينهما يلتزم المقاول الأصلي بدفع الأجر المستحق عن هذا العمل، فيكون التراضي على عنصرين أساسين : العمل المطلوب من المقاول الفرعي تأدية و الأجر الذي يتعهد المقاول الأصلي بدفعه للطرف الآخر

فالتزامات في عقد المقاولة الفرعية تتقابل و يتوقف كل منهما على الآخر، لهذا يترتب على . هذه الخاصية التبادلية نتائج هامة فيما يتعلق بالفسخ و الدفع بعدم التنفيذ و تبعة الهلاك (3)

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشأة المعارف، . الإسكندرية، 2003 ، ص232

(2) أ .عزت عبد القادر، عقد المقاولة،طبعة 2001 ، دار الألفي ، ص12

ثالثا –استقلالية المقاول الفرعي عن المقاول الأصلي

تعتبر هذه الخاصية من أهم الخصائص التي تميز عقد المقاولة سواء كان أصليا أو فرعيا لدرجة أن بعض تشريعات تشترط ذلك صراحة عند تعريفها لهذا العقد. فالمقاول الفرعي و هو ينفذ العمل إنما يفعل ذلك باسمه الخاص و مستقلا غير خاضع لإشراف إداري أو فني للمقاول الأصلي أو رب العمل الحقيقي.

غير أن هذه الاستقلالية المقاول الفرعي في أداء عمله لا تمنع أن تعطى له بعض التعليمات فهو ينفذ العمل وفق التصميم المقدم له، كما أنه من حق المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول الفرعي مراقبة حسن سير العمل و لفت انتباهه إلى أي مخالفة يسجلها في طريقة التنفيذ.

و تقدير مدى توافر هذه الاستقلالية من عدمها هي مسألة واقع يختص قاضي الموضوع بتقديرها، فإن ثبت لديه وجود تبعية في أداء المقاول الفرعي للعمل كيف العقد القائم على أنه عقد عمل و ليس عقد مقاولة، لأن الفرق بين هذين العقدين يكمن في كيفية أداء العمل.

رابعا –عقد المقاولة الفرعية عقد معاوضة

يوصف عقد المقاولة الفرعية بأنه من عقود المعاوضة إذ يأخذ فيه كل طرف مقابلا لما أعطاه فالمقاول الفرعي يؤدي العمل المطلوب منه مقابل الأجر الذي يحصل عليه من المقاول، فلا وجود لعقد مقاولة بدون عوض أو تبرعي، فالالتزام المالي للمقاول الأصلي عنصر إلى جانب العناصر الأخرى التي تميز عقد المقاولة عن غيره في العقود و تحدد طبيعته بحيث يسمح بإضفاء صفة المعارضة على هذا العقد التي لا يقوم بدونها.

خامسا – عقد المقاولة الفرعية من العقود التي ترد على العمل

إن الأداء الأساسي المطلوب من المقاول الفرعي هو القيام بعمل معين، غير أن هذا الالتزام الرئيسي لا يرد على العمل في ذاته مثل ما هو الحال في عقد العمل إنما يرد على العمل باعتباره نتيجة، يؤديه بصفة مستقلة إما بنفسه أو بواسطة غيره عن طريق إبرام عقد مقاولة ثاني من الباطن إذا لم يمنع من ذلك(2).

المطلب الثاني: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة لها

انطلاقا من مضمون عقد المقاولة الفرعية، فإنها قد تلتبس ببعض الحالات المشابهة في تنفيذ المقاولة عن طريق الغير أهمها حالتي، التنازل عن العقد وكذلك تنفيذ العمل عن طريق مجموعة من المقاولين، فكيف نميز المقاولة الفرعية عن هاتين الحالتين رأينا أن نص المادة

---

(1)أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص15

(2)أ .نعيم مغبغب ، عقود البناء و الأشغال الخاصة و الأشغال العامة، دون ذكر دار النشر، سنة 1997 ، ص1

564من القانون المدني الجزائري، يجيز صراحة أن تشمل المقاولة الفرعية كل الأعمـال المتفق عليها في العقد الأصلي، فلا يشترط أن تكون المقاولة الفرعية جزئية.

وعلى ذلك فإن إجازة التقاول من الباطن على تنفيذ العقد الأصلـي بأكمله، يدعـو إلى التساؤل فيما إذا كنا بصدد مقاولة فرعية .

مقاولة من الباطن أم أن المقاول الأصلي قد تجاوز حدودها وتنازل عن العقد بما فيه من حقوق والتزامات، إلى متعاقد جديد،يعتبر من الغير بالنسبة إلى رب العمل.

الفرع الأول: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن التنازل عن العقد

فالتنازل عن العقد يعني نقل مركز أحد المتعاقدين في العقد مع ما يتضمنه من حقوق و التزامات إلى المتنازل له، أو حلول المتنازل له محل المتنازل في الرابطة العقدية التـي تربطه بالمتنازل لديه رب العمل بكل ما يترَتب على ذلك من آثار قانونيـة، وبالتالـي فـإن فالتنازل عن العقد يتضمن في حقيقة الأمر حوالة حق و حوالة دين إلى المتنازل له وإذا كان يكفي في حوالة الحق، إخطار المدين بذلك فإن حوالة الدين تقتضي موافقة الدائن رب العمل

و عليه فإنه يمكن اعتبار موافقة رب العمل على التنازل، أنه انضمام إلى اتفاق موجـود وصحيح ونافذ بين طرفيه المقاول المتنازل والمتنازل إليه والتنازل عن المقاولة.(1)

يعني اتجاه إرادة المقاول المتنازل، لأن يترك المسرح العقدي بسبب أنه فـقد كـل منفعـة شخصية في تنفيذ العقد، أو لم تعد لديه وسائل لتنفيذ. وبالتالي فعند تنازل المقاول عن العـقد فإنه يصبح من الغير، ولا يسأل عما ورد في العقد من التزامات.(2)

و التنازل عن المقاولة– خلافا للمقاولة الفرعية–غير جائز كأصل عام، ما لـم يوافـق عليه رب العمل مالك المشروع صراحة أو ضمنا وإذا لم يتضمن العقد بندا يسمح به، فإنـه يفترض أن رب العمل يرفض التنازل عن العقد.وهو ما يبرز أوجه الاختلاف بين المقاولـة الفرعية والتنازل عن العقد، إذ أن المقاولة الفرعية، طريقة لتنفيذ العقد، فالمقاول الأصـــلي لا ينقل التزامه، بل ينفذه عن طريق المقاول الفرع ي، كما أن المقاولة الفرعية تفترض بقاء العقد الأصلي وتكفل تنفيذه بين طرفيه.(3)

كما تعتبر المقاولة الفرعية عقدا مستقلا يقوم بالتو ازي مع العقد الأصلي،و تختلف شروطها عما ورد فيه من وجوه كثيرة، فقد تكون الأجرة في المقاولة الفرعية أقل أو أعـلى من الأجرة في المقاولة الأصلية، وقد لا يوجد الشرط المانع في المقاولة الأصلية، ويوجد هذا الشرط في المقاولة الفرعية وقد يضع المقاول الأصلي شرطا جزائيا في المقاولة الفرعيـــة

---

(1)مصطفى عبد السيد الجارجي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978 ، ص 26 وما بعدها.

(2) Laurent Aynes, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, édition Economica, 1984, p106.

(3) Laurent Aynes, op.cit, p106.

ولا يوجد هذا الشرط في المقاولة الأصلية، وذلك خلافا للتنازل عن العقد،إذ نكون بصدد عقد واحد تغير أحد طرفيه وهو المقاول الأصلي، بينما تظل شروطه دون تغيير.(1)

الفرع الثاني: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن المقاولة المشتركة

يوجد إلى جانب المقاولة الفرعية ما يسمى بالمقاولة المشتركة: حيث يلتزم في هذه الحالة مجموعة من المقاولين من تخصصات مهنية مختلفة، بأن ينفذوا سوية، وتحت صفة متساوية نفس العمل، وبمقتضى عقد واحد مع رب العمل،ويعتبر كل مقاول من المقاولين المشاركين في التنفيذ مقاولا أصليا في علاقته مع رب العمل.

و يشكل المتعاقدون في هذه الحالة تجمعا للمصالح الاقتصادية، كما يمكن اعتبارهم من قبيل شركات الواقع التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ونظرا لتعدد المقاولين الملتزمين في هذا العقد، فإنهم يعينون واحدا من بينهم لتمثيلهم في علاقتهم برب العمل، يدعى المقاول الرئيسي ويغني تجمع المقاولين، عن اللجوء إلى مقاولين من الباطن أو مقاولين فرعيين، لأن المقاولين في هذا التجمع، يمثلون مختلف التخصصات المهنية اللازمة لإنجاز الأعمال محل التعاقد، على أنه يبقى فارق جوهري بين المقاولة المشتركة والمقاولة الفرعية، ففي الصورة الأخيرة، لا توجد علاقة عقدية مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي، كما أن هذا الأخير لا يخضع لأحكام الضمان العشري،(2)

خلافا لتجمع المقاولي(المقاولة المشتركة) الذي يعتبر مقاولا أصليا ويخضع لأحكام الضمان العشري، وفقا للمادة554من القانون المدني الجزائري.

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

أما عن المرسوم رقم91 /434 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 إلى97 على اعتبار أنها تعاقد من الباطن. تتم بين المتعامل الأصلي والمتعامل الثانوي اللذان يعملان معا على تنفيذ الصفقة لفائدة المصلحة المتعاقدة.(3) فبموجب المادة 94 أجاز المشرع صراحة للمتعاقد مع الهيئة العمومية اللجوء إلى المقاولة من الباطن لتنفيذ جزء من موضوع الصفقة فقط، عكس ما هو عليه الحال في القانون

---

(1)عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص198

(2) Amor Zahi, 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, p593. (2) Louiza Igoudjil, op.cit, p 57.

(3)أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية القاهرة،2002-2003، ص 47.

من الباطن لتنفيذ جزء من موضوع الصفقة فقط، عكس ما هو عليه الحال في القانون المدني الذي أجاز امتداد المقاولة الفرعية إلى جميع الأعمال المتعاقد بشأنها في عقد المقاولة الأصلية.

أما المادة 95 فأبقت 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(1).

و أوضح 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 بالمتعامل الثانوي خلافا القانون المدني الذي لم يشترط موافقة رب العمل على المقاولة من الباطن إلا في حالات خاصة.

الملاحظ أن المرسوم الرئاسي الصادر في يوليو 2002 جاء بفكرة جديدة وهامة لم تكن موجودة في المرسوم السابق له،وردت بالفقرة الأخيرة من المادة 96 وهي إمكانية استيفاء المتعامل الثانوي لمستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة متى كانت الخدمات التي نفذها منصوص عليها في الصفقة.

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

الحقيقة أن الغاية من سرد الأحكام الأساسية للمقاولة الفرعية في القانون المدني وقانون الصفقات العمومية، ما هي إلا محاولة لتبيان بعض نقاط التشابه والاختلاف بين أحكام المقاولة الفرعية في مجال المعاملات الخاصة وتلك في مجال المعاملات العمومية.

المطلب الثالث:المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته بأطراف العقد الأصلي

يستتبع وجود المقاولة الفرعية قيام علاقات ثلاثية، تبدأ بالعلاقة بين المقاول الأصلي و رب العمل، ثم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، وأخيرا العلاقة بين رب العمل والمقاول الفرعي، وتخرج العلاقة الأولى بين المقاول الأصلي ورب العمل عن نطاق البحث في هذا الصدد، لتعُلقها بعقد المقاولة الأصلي والتزاما ت الطرفين المقاول و رب العمل(، في مواجهة بعضهما البعض، والتي سيأتي بيانها بالتفصيل لاحقا، وعليه نقتصر على دراسة علاقة المقاول الفرعي برب العمل ثم علاقته بالمقاول الأصلي.

الفرع الأول: المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته برب العمل

الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي، إذ لا يربطهما أي عقد وبالتالي يعتبر كل منهما غيرا في مواجهة الآخر(2)

---

(1) المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية جريدة رسمية العدد 57 صادرة في 13 نوفمبر 1991 معدل و المتمم بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 يوليو 2002.

(2) Amor Zahi, op.cit, p596.

و لكن 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(1) التزاماته وإنما يستطيع كل منهما الرجوع على الآخر بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه، المقاول الأصلي(2)

غير أن المشرع الجزائري أورد استثناء فيما يتعلق بأجر المقاول الفرعي المستحق له و المترتب في ذمة المقاول الأصلي، حيث منح المشرع الجزائري للمقاول الفرعي الحق في الرجوع مباشرة على رب العمل، وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل عند التطرق إلى التزام رب العمل بدفع الأجر.

الفرع الثاني: المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته بالمقاول الأصلي

تكون العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقـاول الفرعـي، علاقة رب عـمل بمـقاول مصدرها عقد المقاولة الفرعية، وتخضع لمـا ورد فيه من أحكام، فيكون المقـاول الأصلي بالنسبة إلى المقاول الفرعي، رب عمل، عليه جميع التزامات رب العمل، ويكـون المقاول) الفرعي بالنسبة إلى المقاول الأصلي، مقاولا، تترتب عليه جميع التزامات المقاول.(3)

و يكون المقاول الأصلي مسؤولا في مواجهة رب العـمل عن الأخطـاء التي يرتكبـها المقاول الفرعي في التنفيذ.

هذا ما قرره المشرع الجزائـري في الفقرة الثانية ولكن يبقى في هذه : « من المـادة 564من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن » الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل.(4)

في الحقيقة فإن تقرير مسؤولية المقاول الأصلي عن الأخطاء التـي يرتكبـها المقاول الفرعي في مواجهة رب العمل، يعتبر أحد تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير.(5)

فالمستقر عليه فقها أن المسؤولية العقدية عن الغير، تتحقق إذا استخدم المدين المقاول أشخاصا غيره في تنفيذ التزامه العقدي، فيكون مسؤولا مسؤوليـة عقدية عن خطـأهم 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.

و إذا كان المقاول الأصلي يسأل عن أخطاء المقاول الفرعي في مواجهة رب العمـل فهو يستطيع الرجوع فيما بعد على المقاول الفرعي بدعوى المسؤولية العقديـة، غيـر أنه لا يمكن للمقاول الأصلي أن يرجع دائما بكل ما دفعه من تعويض لرب العمل.

---

(1)Amor Zahi, op.cit, p596.

(2)عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص207

(3)جعفر الفضيلي، المرجع السابق، ص431

(4)محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،1999 ص114

(5)عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص546

فقد يستخلص القضاء خطأ شخصيا في جانب المقاول الأصلي، كأن ينسب إلى هذا الأخير خطأ شخصيا في الرقابة أو التنسيق أو المساعدة، مما يستوجب تحميله جزء من التعويض المقضي به لرب العمل(1)

(1)عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص546

المبحث الثاني: الشروط العامة و الخاصة لانعقاد عقد المقاولة

المقاولة الفرعية هي عقد مقاولة قائم بذاته تحكمه عموما القواعد المقررة لهذا العقد و الواردة في المادة 549 و ما يليها من القانون المدني، ما لم يرد استثناء عن ذلك.

على اعتبار أن هذه المواد لم تتناول شروط انعقاد عقد المقاولة وجب الرجوع إلى القواعد العامة بشأن إبرام العقود، فيكون عقد المقاولة الفرعية مثله مثل أي عقد يخضع لأحكامها سواء من حيث انعقاده أو تنفيذه.

من هذا المنطلق لا بد أن تتوفر في عقد المقاولة الفرعية الأركان الثلاثة الرضى والمحل و السبب أما الشكلية فليست ركنا لانعقاده لأنه وفقا لنص أعلاه يندرج هذا العقد ضمن العقود الرضائية كونها لم تأت بحكم خاص بشكل العقد، ومن ثمة جاز إبرامه كتابة أو شفاهة.

فوفقا للقواعد العامة يشترط لانعقاد عقد المقاولة الفرعية توفر رضا صحيح صادر عن إرادة خالية من العيوب، و وجود محل و سبب مشروعين.

وهو ما سيتم التعرض له بحسب ما يقتضيه كل عنصر بإيجاز طالما أن الأمر ليس سوى إعادة لما هو وارد في القواعد العامة ضمن فرعين تخصص الأولى للرضى و الثانية للمحل أما ركن السبب فلا جديد يثار بشأنه في عقد المقاولة الفرعية يختلف عما سبق دراسته في النظرية العامة للالتزامات.

في حين سنتناول في المطلب الثاني ما أورده المشرع الجزائري من شروط خاصة لانعقاد عقد المقاولة الفرعية و يتمثلان في وجود عقد مقاولة سابق و موافقة رب العمل بالمقاولة الفرعية أو عدم وجود شرط مانع، و يكون ذلك في ما يلي:

المطلب الأول: الشروط العامة لعقد المقاولة الفرعية

فوفقا للقواعد العامة يشترط لانعقاد عقد المقاولة الفرعية توفر رضا صحيح صـادر عن إرادة خالية من العيوب، و وجود محل و سبـب مشروعين. وهو ما سيتم التعـرض له بحسب ما يقتضيـه كل عنصر بإيجـاز طالما أن الأمر ليس سوى إعادة لمـا هو وارد في القواعد العامة ضمن فقرتين تخصص الأولى للرضى و الثانية للمحل.

أما ركن السبب فلا جديد يثار بشأنه في عقد المقاولة الفرعية يختلف عما سبق دراسته في النظرية العامة للالتزامات و يكون ذلك في ما يلي:

الفرع الأول:التراضي في عقد المقاولة الفرعية

إن عقد المقاولة الفرعية كغيره من العمليات العقدية لا يتم إلا بوجود إرادتين متطابقتين وهو ما يعبر عنه بتطابق الإيجاب مع القبول والذي يعتبر شرطا لانعقاد العقد، كما لا يـقوم الرضا صحيحا إلا إذا كانت إرادة طرفيه حرة سليمة لا يشوبها عيب.

و على هذا الأساس تقسم هذا الفرع إلى قسمين يخصـص الأول لشروط الانعقـاد و الثاني لشروط الصحة.(1)

أولا :شروط الانعقاد

يشترط لانعقاد المقاولة الفرعية توفر رضـا لدى طرفيـا، والمقصود بالطرفيـن هما المقاول الأصلي و المقاول الفرعي لكن لا يشترط رضا رب العمل كونه ليس طرفا في العقد إنما موافقته على المقاولة الفرعية شرطا لنفاذها في حقه.

و الرضا يستلزم وجود إرادتين متطابقتين، و يتحقق ذلك عند تطابق الإيجـاب بالقبول على عناصر المقاولة، فيتم التراضي بين المقاول الأصـلي و المقاول الفرعـي على ماهية العقد حيث تتجه إرادة كل منهما إلى إبرام عقد المقاولة دون غيره من العقود.

ثم يكون التراضي على العمل الذي يؤديه المقاول الفرعي للمقاول الأصلي و على الأجر الذي يدفعه هذا الأخير للمقاول الفرعي، فإن لم يتحقق هذا التطابق على هذه العناصر الثلاثة انعدمت المقاولة(2)

لا يختلف التعبير عن الإرادة في عقود مقاولات الفرعية عن ما يكون عليه في العقود الأخرى،

فيتـم التعبير عن الإرادة أو الموافقة إما بصفة صريحة، سواء كانـت في شكـل كتابة أو لفظ أو الإشارة الدالة على الموفقة، و إما بصفة ضمنية حسب الأشكال المتعارف عليـها كالشروع في العمل دون تردد أو تأخير أو كل ما يمكن أن يؤدي إلى استخلاصـها بمختلف الوسائل والطرق المتعارف عليها وفقا للمادة 60 من القانون المدني.

---

(1)عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص546

(2)أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص:25

ثانيا :شروط الصحة

إن شروط صحة عقد المقاولة الفرعية هي نفسها شروط صحة أي عقد آخر و تتمثل في توفر الأهلية في عاقديه وسلامة رضا كل منهما من العيوب، وهو ما سوف يشرح في الآتي:

أ –الأهلية في عقد المقاولة الفرعية

لكي تكون إرادة المتعاقدين معتبرة ومرتبة للأثر الذي سعت إلى تحقيقه، يجب أن يصدر الإيجاب و القبول ممن هو أهل للتعاقد، و يقتضي بحث موضوع الأهليـــة في عقد المقاولة الفرعية التعرض لأهلية المقاول الأصلي و المقاول الفرعي.

أهلية المقاول الفرعي

الأهلية هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق و صلاحيته لاستعمالها و تنقسم إلى أهلية وجوب و أهلية أداء و نظرا لكون آثار عقد المقاولة الفرعية تتراوح بين النفع و الضرر بالنسبة للمقاول الفرعي لما تتضمنه من حقوق و التزامات، فإن الأهلية التي يجب أن تتوفر فيه هي أهلية الأداء التي تمكنه من القيام بجميع التصرفات و الأعمال القانونية و المحددة ببلوغ الشخص سن الرشد أي 19 سنة و أن يكون عاقلا غير محجورا عليه.

يفرق في هذا الصدد بين ما إذا كان المقاول الفرعي ملزم بتقديم عمل فقط، فيكون في هذه الحالة مضارب به أي معرض للربح أو الخسارة و حتى مسؤولا عن تعويض المقاول الأصلي عما أصابه من ضرر، و بالتالي تعد المقاولة الفرعية بالنسبة له من الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر لهذا يشترط لإبرام هذا العقد بلوغه سن الرشد.

أما المقاول الفرعي ناقص الأهلية أي الصغير المميز أو ذي الغفلة فعقد المقاولة الذي يبرمه يكون موقوفا على إيجازه وليه أو وصيه.

أما إذا كان المقاول الفرعي ملزم بتقديم العمل و المادة اعتبر بائعا لهذه المادة لهذا يشترط فيه أن يكون كامل الأهليـة، فإن كان ناقصا للأهلية كان العقد موقوفـــا على إجازة وليه أو وصيه.

في حالة ما إذا كان صغيرا مأذونا له بالتجارة أعتبر عقد المقاولة من ضمن التصرفات المأذون له القيام بها و كأنها تصرفات صادرة عن شخص راشد.أما إذا كان المقاول الفرعي عديم الأهلية، انعدمت إرادته و كان عقده باطلا بطلانا مطلقا(1)

2 –أهلية المقاول الأصلي

تعتبر المقاولة الفرعية بالنسبة للمقاول الأصلي من أعمال التصرف،لأنه من بين التزاماته دفع الأجر لهذا يشترط توفره على أهلية التصرف.فإن كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو كان صغيرا مميزا، كان عقده موقوفا على إجازة وليه أو وصيه إجازة صريحة أو ضمنية.

---

(1)د .عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة والوكالة و الكفالة الطبعة الأولى، الإصدار الثاني 2001 ،دار الثقافة للنشر و التوزيع، ص 19 و20

ينطبق هذا الكلام إذا ما كان طرفي عقد المقاولة الفرعية أشخاص طبيعية،أما كان شخصين معنويين أو كان أحدهما شخصا معنويا فإن الأهلية يقابلها الاختصاص،إذ تحدد القوانين النظم الخاصة بالمؤسسات سواء كانت عمومية أو خاصة و سواء كانت شركات أموال أو شركات أشخاص الجهات أو المصالح أو الأشخاص الذين لهم حق إبرام و توقيع العقود. يترتب على هذا التحديد منع أي جهة أو مصلحة أخرى ممارسة هذا الاختصاص.

إن أي عقد مقاولة فرعية تبرمه جهات غير تلك المحددة قانونا لا يكون لازما للشخص المعنوي و يعتبر عقدا باطلا لعدم الاختصاص(1)

ب –خلو الإرادة من العيوب

تقتضي صحة التراضي زيادة على وجوب توفر الأهلية في كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، أن تكون إرادة كل منهما خالية من العيوب.

العيوب التي قد تمس عقد المقاولة الفرعية هي نفسها تلك التي قد تمس العقود عموما و الواردة في الاحكام العامة في القانون المدني، فإن صدر رضى أحد الطرفين أو كليهما مشوبا بعيب الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال كانت الإرادة موجودة لكنها معيبة.

لهذا يكون عقد المقاولة الفرعية الصادر عن إرادة المقاول الأصلي و المقاول الفرعي صحيحا، لكنه قابلا للإبطال ممن كانت إرادته معيبة، فإن أجازه الطرف الذي لحقت إرادته هذا العيب أصبح هذ العقد نافذا في حقه من وقت صدوره سواء كانت إجازة صريحة أو ضمنية، أما إذا تمسك بهذا العيب و رفض العقد حكم ببطلانه.

الملاحظ في هذه المسألة أنه بالرغم من الحرية التي يتمتع بها المقاول الفرعي من الناحية المبدئية والقانونية في إبرام عقود تناسب رغباته و إمكانياته،إلا إن الإكراه و الضغط في عقود مقاولات الفرعية يأخذ شكلا آخر انطلاقا من خلفيات و اعتبارات اقتصادية.

فمن الناحية العملية يكون عقد المقاولة الفرعية أحيانا من اقتراح إرادة تتمتع بنوع من السلطة أو أنها توجد في مركز يسمح لها بفرض شروطها و تضييق السبل على المقاول الفرعي حتى لا يناقش هذه الشروط،خاصة في ظل سوق تفوق فيها العروض المقدمة الطلبات عن العمل.

فالمقاول الفرعي أمام هذه الوضعية الصعبة ليس له سوى القبول بالتعامل مع هذا النوع من أرباب العمل، أو انتظار فرص عمل أخرى أكثر عدالة وما ينجر عن ذلك ما تبعات و إما الانسحاب نهائيا من السوق.

من أجل حماية أكثر للمقاول الفرعي تدخل المشرع للحد من الإفراط في استعمال مبدأ سلطان الإرادة بوضع حدودا قانونية لا يمكن لأرباب العمل تجاوزها، حيث جعلها أحكاما آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

---

(1)أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص32

الفرع الثاني: المحل في عقد المقاولة الفرعية

المحل عموما هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، أما في عقد المقاولة الفرعية فيتحدد بالنظر إلى طرفيه، فبالنسبة للمقاول الفرعي فيتمثل في العمل الملزم بتقديمه للمقاول الأصلي و يتمثل بالنسبة لهذا الأخير في الأجر الذي يقدمه للمقاول الفرعي عن العمل المؤدى.

و بالتالي فإن محل التزام المقاول الفرعي هو نفسه سبب التزام المقاول الأصلي و العكس صحيح،من ثمة وجب التعرض لجانبي المحل في عقد المقاولة الفرعية و شروطهما فيما يلي

أولا –محل التزام المقاول الفرعي

إن الالتزام الأساسي للمقاول الفرعي هو أداء العمل المسند إليه بمقتضى عقد المقاولة الفرعية و الذي يقتضي حتما الوجود و التعيين و جواز التعامل فيه،حسبما سيتبين من الأتي:

أ –تحديد محل إلترام المقاول الفرعي

على ضوء النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة سواء كان عقدا أصليا أو عقدا فرعيا فإن محل التزام المقاول لفرعي في عقد المقاولة الفرعية هو أداء عمل أو صنع شيء لكن لا يجوز أن يكون الالتزام بإعطاء شيء.

لهذا يعتبر القضاء الفرنسي المجهز الذي تقتصر مهمته على تسليم شيء للمقاول أو صاحب العمل دون أن يمارس عملا إنتاجيا بائعا لهذا الشيء و ليس مقاولا فرعيا.

كما لا يجوز أن يقتصر تعهد المقاول على تقديم المواد، إنما يجب أن يكون هذا التعهد التزاما ثانويا للالتزام الرئيسي بأداء عمل أو صنع شيء، فيلتزم عندئذ المقاول الفرعي بتقديم العمل و المادة معا.(1)

بالإضافة إلى ذلك لا يجوز أن يقتصر تعهد المتعاقد على المحافظة على شيء لأن هذا هو موضوع عقد الوديعة و تعهد المقاول الفرعي بالقيام بعمل قد يكون متصل بشيء معين يتم بغرض إصلاحه أو تحسينه أو صيانته كعمل ميكانيكي مثلا، و أحيانا يكون هذا الشيء غير موجود و المقصود من عقد المقاولة الأصلية إيجاده بمادة يوردها رب العمل أو المقاول الأصلي أو المقاول الفرعي كعمل الخياط، و في أحيان أخرى يكون العمل غير متصل بشيء معين بل مجرد عمل كنقل أشخاص أو بضائع أو طبع مؤلف.

يجمع الفقه على جواز أن يرد المقاولة الفرعية على الأعمال المادية و الفكرية على حد سواء لأن التفرقة بين هذين النوعين من الأعمال لم تعد مقبولة و لا مستساغة، بسبب عدم وجود عمل لا يكون للعقل دور فيه، حيث يجوز للطبيب أو المهندس أن يقاول من الباطن على عمله الفكري ما لم يمنع من ذلك.(2)

---

(1)أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص35

(2)أ .محمد عبد الرحيم عنبر المحامي، عقد المقاولة دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية 1977 ، ص31

يثير موضوع تحديد المحل في عقد المقاولة الفرعية تساءلا يتعلق بما مدى جواز الاتفاق على تامين اليد العاملة ؟ يفرق الفقه والقضاء الفرنسيين في هذا الصدد بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يقتصر موضوع الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين على توريد يد عاملة مقابل مبلغ مالي حيث يضع المقاول الفرعي عددا من العمال تحت تصرف المقاول الأصلي ليؤدوا لصالحه أعمالا معينة و يشتغلوا وفقا لتوجيهات المقاول الفرعي و يقبضون أجورهم

فالغرض الوحيد من هذه المقاولات هو المضاربة على عمل هؤلاء العمال، إذ يتقاضى المقاول الفرعي مبلغا معينا من المقاول الأصلي ليدفع منه أجور هؤلاء العمال و يحتفظ بالباقي كربح له و منعا لاستغلال العمال، فإن أغلب التشريعات العمالية تمنع هذا النوع من المقاولات الفرعية كالتشريع الجزائري الذي يحظر هذه التعاملات حسبما أوردته المادة 62من القانون الأساسي31المؤرخ في 29 افريل – 1975 العام للعمال صادر في 05 أوت 1978 و المادة 14 من أمر 7511 المؤرخ في – 21 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص إن كان القانون90 افريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل لم يتضمن هذا الحضر(1).

الحالة الثانية:تخص الاتفاق الذي يكون موضوعه قيام المقاول الفرعي بأداء عمل لصالح المقاول الأصلي إلى جانب إحضاره لليد عاملة لتتولى انجاز العمل تحت إشراف و توجيه المقاول.

فهذا العقد جائز إلا إذا ثبت أن هناك marchandage الفرعي و هو ما يعرف في القانون الفرنسي استغلال للعمال من جانب المقاول الفرعي الأمر الذي يعرضه إلى عقوبات جزائية

ب –شروط محل التزام المقاول الفرعي

يشترط في العمل باعتباره محل التزام المقاول الفرعي أن يكون ممكنا، فإن كان مستحيلا في ذاته وقت العقد كان عقد المقاولة الفرعية باطلا وفقا لنص المادة 93 من القانون المدني والاستحالة التي تمنع انعقاد العقد هي الاستحالة المطلقة سواء كانت الاستحالة فعلية أو قانونية بمعنى أنه يستحيل على أي شخص انجاز العمل،ولا عبرة إن اقتصرت الاستحالة على المقاول الفرعي نفسه.

زيادة على ذلك يشترط أن يكون العمل معينا تعينا نافيا للجهالة، و يستفاد هذا الشرط من المادة 94 من القانون المدني .و تعيين العمل يتم من خلال وصفه و بيان نوعه و قدره و طريقة أداءه وكل ما يمكن من إزالة الجهالة و تفادي نشوب أي نزاع بين الطرفين مستقبلا مثلا إن كان العمل المطلوب بناء منزل فيجب تحديد مساحته و أوصافه و عدد الطوابق به و المواد المستخدمة فيه الى غير ذلك من الأمور التفصيلية.

---

(1)القانون 90-11 المؤرخ في 21 افريل 1990 ج.ر عدد 17 المؤرخة في 1990/04/24 ص:592

(2)أ .محمد عبد الرحيم عنبر المحامي، مرجع سابق، ص36

لكن يكفي لتحقيق شرط التعيين أن يكـون العمل قابلا لتعيين، فتنعقد به المقاولـة الفرعيـة متى تضمن العقد الخطوط التي تساعد على تعيينه(1)

يضاف إلى الشرطين السابقين أن يكون العمل مشروعا وفقا لنص المادة 96 من القانون المدني فلا يجوز أن يكون العمل الملتزم به مخالفا للنظـام العام و للآداب العامـة كتهريب بضائع أو مخدرات أو بناء منزل بغرض استخدامـه في الألعاب القمار أو ما شابه ذلك من أعمال المحظورة قانونا،فإن كان العمل غير مشروع كانت المقاولة الفرعيةو الأصلية باطلة.

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 و بالتالي فإنه من اللازم تحديـد الأجر باعتباره الجانب الثاني لركن المحل في عقد المقولة الفرعية و الالتزام الرئيسي مقاول الأصلي اتجاه المقاول الفرعي،و بيان الشروط الواجب توافرها فيه وهذا ما يكون كالآتي:

أ –الأجر في عقد المقاولة الفرعية

إن كانت المادة 556 من القانون المدني استعملت مصطلح" الأجر"فإن بعض التشريعات فضلت استعمال مصطلح "البدل "و أخرى أوردت مصطلح" العوض "الحقيقة أن مصطلـحين الأخيرين أشمل من الأول، إذ يمكن أن يكون المقابل عن العمل المؤدى مبلـغا من الـنقود و هو الغالب كما يمكن أن يكون حقا عينا أو منفعة أو أي حق مالي آخر.كما يصـــح أن يكون هذا البدل قيام بعمل أو الامتناع عن عمل، بالإضافة إلى ذلك فإن البدل يشمل مقابـل العمل المؤدي ومقابل المادة المستعملة التي يقدمها المقاول الفرعي فحبذا لو تدارك المشرع الجزائري هذا الأمر و استعمل مصطلح" البدل "كونه يدل أكثر على المعنى المقصود.

ب –شروط الأجر

لم تتضمن أحكام عقد المقاولة الشروط الواجب توفرها في الأجر إلا أنها تعتبره ركنا لابد من وجوده في هذا النوع من العقود، مما يحتم الرجوع للقواعد العامة لتحديد هذه الشروط وهو ما سيتم في الأتي:

1-وجود الأجر وجديته

بناء على اعتبار عقد المقاولة الفرعية عقد مقاولة و إدراجه ضمن عقود المعاوضـة التي تقتضي حتما أن يدفع فيها رب العمل و في 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 عـمله مجانا كيف العقد عندئذ بأنه عقد غير مسمى و ليس بعقد مقاولة.

---

(1) أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص 40 :و ما بعدها.

و اشتراط وجود الأجر في عقد المقاولة الفرعية لا يقتضي بالضرورة اشتراك عقدي المقاولة الأصلية و الفرعية 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 ولادته ميتا كان العقد باطلا.

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.

و من شروط البدل كذلك أن يكون جديا، و يتحقق ذلك إذا ما اتجهت إرادة المقاول الأصلي إلى دفعه وإرادة المقاول الفرعي لاستيفائه.

فإن كان الأجر صوريا بطل العقد بين الطرفين باعتباره عقد مقاولة، ونفس الحكم يلحقه إذا كان الأجر تافها، حيث يكون من غير المعقول أن يكون مقابلا للعمل المقدم(2)

لكن لا يشترط في الأجر أن يكون مساويا لقيمة العمل، فالمقاولة الفرعية تنعقد بالأجر البخس طالما اتجهت نية المقاول الأصلي إلى دفعه و قبل المقاول الفرعي قبضه منه و إذا ادعى هذا الأخير أنه لحقه غبن فاحش نتيجة لاستغلاله حق له اللجوء إلى القضاء و الطعن في عقد المقاولة الفرعية من هذا الوجه و المطالبة بتكملة الأجر.

2-تعيين الأجر و مشروعيته

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

و تعيين الأجر يتم باتفاق الطرفين على تحديده في العقد، فيبينا قيمته إذا كان مبلغا من النقود و تكون 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 لمستحق للمقاول الفرعي؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل جاءت بها المادة 562 من القانون المدني، حيث أوجبت الرجوع

---

(1)-Alain Benabent, op. cit., p : 1478

(2)د .عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق،ص:30

في تحديد الأجر إلى قيمة العمل و نفقات 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،خاصـة و أن عقد المقاولة هو من عقود المضاربة التي لا يتفاوت الأجر فيها تفاوتا يعتد به من عقد لآخر.

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

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.

و مما لا شك فيه أن قيمة العمل تختلف عن أجر المثل، الذي يراد به أجر مقاول آخـر في موقع المقاول لو قام بنفس العمل المطلوب انجازه مأخوذا فيه بعين الاعتبار أجر المقاول إن قام بالعمل بنفسه و أجر من قام باستخدامه في انجاز العمل.

إلى جانب هذا الشرط تستوجبه القواعد العامة في الأجر باعتباره محل التزام المقاول الأصلي اتجاه المقاول الفرعي سواء كان شيئا أو عملا أو امتناع عن عمل،أن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة عملا بأحكام المادة 96 من القانون المدنـــي.

فإن كان المقابل الذي يقدمه مقاول الأصلي للمقاول الفرعي عبارة عن كمية من المخدرات أو قطعة أثرية ممنوع التعامل فيها كان عقد المقاولة الفرعية باطلا بطلانا مطلقا.

المطلب الأول: الشروط الخاصة بعقد المقاولة الفرعية

حتى يوصف عقد بأنه من عقود المقاولة الفرعية يجب زيادة على الشروط التي تتطلبها القواعـد العامـة بشأن إبـرام العقود،أن تتوفر في هذا العقد شروط خاصـة باعتباره عقدا من الباطن و التي أبينها كالآتي:

وجود عقدين متتابعين

حسب ما تم توضيحه سابقا فإن العقد من الباطن يستعير محله من العقد الأصلي استعارة كليـة أو جزئيـة،مما يترتب عليه تبعية العقد من الباطـن للعقـد الأصلي من حيث الوجود والنطاق والطبيعة القانونية، وهو نفس الوضع بالنسبة لعقد المقاولة الفرعية. (1)

فباعتباره عقدا من الباطن يستعير بدوره محله من عقد المقاولة الأصلية ليصبحا مشتركين في محل واحد.

يترتب على وحدة المحل بين هذين العقدين وحدة في الطبيعة القانونية،فيكون كلا العقدين عقد مقاولة بمعنى لا يثبت وصف مقاولة فرعية إلا بوجود عقدي مقاولة متتالين بين ثلاثـة أشخاص .فيكون العقد الأصلي عقد مقاولة و يتبعه عقد مقاولة ثاني.

---

(2)د .عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق،ص:31

الفرع الأول :اشتراط وجود عقد مقاولة سابق

أشار المشرع إلى هذا الشرط صراحة في نص المادة 564 من القانـون المدني،حيـث أوجب لتحقق عملية المقاولة الفرعيـة من جهة وجـود عقد سابق مبرم بين المقاول و رب العمل، و من جهة ثانية أن يكون هذا العقد عقد مقاولة.

بناء عليه فإن وجود عقد سابق قائم بين المقاول و رب العمل شرط أساسي لوجود عقد المقاولـة الفرعيـة، فإن تخلف هذا الشرط اعتبر العقد اللاحق عقدا أصليا و لـيس عقـدا من الباطن.(2)

يقتضي وجود عقد المقاولة الفرعية زيادة على وجود عقد سابق له أن يكون هذا العقد عقد مقاولة دون غيره من العقود كذلك يخرج هذا الشرط من مجال المقاولة الفرعية،عمليتين كثيرا ما تحدثان في قطاع البناء،تتعلق الأولى بالترقية العقارية و التي يكيفـها الفقـه عموما بأنها عقد وكالة ذات منفعة مشتركة le promoteur والتي يتعهد بمقتضاها المتعامل بالترقية العقاريةmandat d'intérêt commun صاحب العقار بتنفيذ برنامج تشييد مبانـي معينة مقابل ثمن يتفق عليه، فهذا المتعامل ليس مقاولا و إنما وكيل ينوب رب العمل في إبرام كافة التصرفات القانونيـة و الإداريـة اللازمة لبدء تشييد تلك المنشآت و بيعها كالشراء الأرض و استخراج رخص البناء و اقتراض باسم الموكل و شراء المواد..الخ

و نتيجة لذلك فإن المقاولين الذين يلجأ إليهم المتعامل بالترقية العقارية لتنفيذ مهمته ليسوا مقاولين من الباطن لأنه وفقا للتمثيل الحاصل يفترض أنهم مرتبطون مباشرة بـرب العمل.

الفرع الثاني: قبول رب العمل للمقاولة الفرعية

قبول رب العمل للمقاولة الفرعية شرط يضاف إلى الشروط المبينـة سابقا حتى تتحقق و الحقيقة أن هذا الشرط مرتبط بطبيعة التعامل و الشروط المتفق عليها، و من ثمة فقد يمنع أحد هذين العنصرين أو كليهما إتمام الاتفاق بشأن المقاولة من الباطن.

فحسب ما أودته الفقرة الأولـى من المادة 564 من القانون المدنـي فإنه يجوز للمقاول أن يعهد بالعمل لغيره من المقاولين عن طريق مقاولة من الباطن ما عدا في حالتين اثنتـين. و هذا ما يفيد أن الأصل في نظر المشرع الجزائري هو جواز المقاولة الفرعية أي أنه يحق للمقاول اللجوء إلى مقاول آخر لينفذ بدلا عنه كـل الالتزامات الناشئـة عن عقـد المقاولـة الأصليـة أو جزء منها دون اشتراط حصولـه على موافقة صريحة من رب العمل إن مـا قررته هذه المادة جاء منسجم مع ما هـو وارد في القواعد العامة، فالمادة 169 من القانون المدني تجيـز أن يأتي الوفاء من غيـر المدين و ليس للدائن الاعتراض على ذلك إلا إذا

(1) – Alain Benabent , op.cit , p: 1466

(2)د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص37

إن ما قررته هذه المادة جاء منسجم مع ماهو وارد في القواعد العامة،فالمادة169 من القانون المدني تجيز أن يأتي الوفاء من غير المدين و ليس للدائن الاعتراض ذلك إلا إذا استوجبت طبيعة الالتزامات أو اتفق المتعاقدان على ضرورة أن ينفذ المدين التزامه بنفسه.

يسوق الفقه القائل بأن الأصل هو جواز المقاولة الفرعية عدة مبررات أهمها حرية التعاقد باعتباره مبدأ عام لا يجوز الخروج عنه إلا في حالات معينة،بالإضافة إلى أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار عند رب العمل فالمهم عند هذا الأخير هو العمل المؤدى و أن استعانة المقاول بالبدلاء عنه لا تختلف من وجهة نظر رب العمل عن الاستعانة بعمال أو مساعدين و بغض النظر عن طبيعة العلاقة بينهم و بين المقاول، إذ يبقى هذا الأخير في جميع الحالات مسؤولا أمام رب العمل عن تنفيذ عقد المقاولة الأصلية.(1)

و مع ذلك فإن اللجوء الى المقاولة الفرعية ليس حقا مكتسب للمقاول الفرعي إذ يمنع منها كاستثناء من هذا الأصل في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى :طبيعة العمل تقتضي أن يتم التنفيذ من المقاول شخصيا

تتحقق هذه الحالة عندما يتبين من الاتفاق أن طبيعة العمل المطلوب من المقاول قد عهد إليه بسبب كفاءاته و خبرته و سمعته، فتكون بذلك شخصية المقاول عنصرا جوهريا في عقد المقاولة الأصلية، ليدرج هذا الأخير ضمن العقود القائمةعلى الاعتبار الشخصي بطبيعتها(2)

من ثمة يتحتم على المقاول انجاز العمل بنفسه و لا يجوز له أن يعهد به إلى مقاول آخر و لو لم يرد شرط صريح في عقد المقاولة يمنعه من ذلك، لأن النص أعلاه أورد لفظ" لو " و هو لتخيير، مما يعني أن المشرع لم يشترط سوى أحد السببين ليحقق المنع.

فلو تعاقد شخص مع رسام ليرسم له لوحة فنية، فيفترض في هذه الحالة أن نية المتعاقد انصرفت إلى قيام الرسام بالعمل بنفسه.

بالتالي لا يجوز له أن يعهد بالعمل إلى رسام آخر، كما لا يجوز للطبيب الجراح أن ينيب طبيبا آخر ليتولى إجراء عملية جراحية لمريض دون علم هذا الأخير و رضاه.

عكس الحال عندما يكون العمل المعهود إلى المقاول هو بناء منزل فطبيعة هذا العمل لا تستوجب قيامه بالذات بهذا العمل، بل يستطيع أي مقاول تولي هذه المهمة.

يفترض أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار عند رب العمل،و إذا ادعى خلاف ذلك فعليه عبأ إثبات ما يدعيه،أي يثبت أن شخصية المقاول كانت محل اعتبار عند تعاقده معه.

كما يجب عند بحث الاعتبار الشخصي المانع من الاستعانة بالمقاول الفرعي دراسة كل حالة على حدى واعتماد التفسير الضيق لإرادة المتعاقدين و الأخذ بما هو متعارف عليه في المعاملات.

---

(1)مصطفى عبد السيد الجارحي،نفس المرجع ، ص:14

(2)أ .أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الإسكندرية، منشاة المعارف، 2003 ، ص103

حتى يتبين أن تفضيل رب العمل للمقاول كان بناء على ما يتمتع به مـن صفات شخصـية كالخبرة و الكفاءة و مهارة ينفرد به عن غيره و تجعلـه حائزا على ثقة خاصة .و من ثمة كان اختياره للمقاول بذاته أمرا جوهريا و من غير الجائز لهذا الأخير لجوءه لمقاول فرعي دون رضا رب العمل.

الحالة الثانية :وجود الشرط المانع للمقاولة الفرعية

من البديهي القول بأن المقاولة الفرعية تمنع إذا ما وجود شرط في العقد الأصلي يمنعها الشرط المانع للمقاولة من الباطن.

يقصد بالشرط المانع من المقاولة الفرعية اتفاق رب العمل و المقاول في عقد المقاولة على عدم جواز المقاولة من الباطن.

يأتي الشرط المنع في صورة حضر صريح و أحيانا في صورة تعهد المقاول بتنفيذ التزامه شخصيا، و أحيان أخرى يرد في صورة أخف فيكون مقيدا فقط، كتعليق استعمال هذا الحق على تحقق شرط معين، كالحصول على موافقة كتابية من رب العمل على المقاولة من الباطن أو موافقته على شخص المقاول الفرعي(1).

اتفاق رب العمل و المقاول على هذا الشرط معناه أن نيتهـما اتجهت إلى جعل العقد القائم بينهما عقدا قائما على الاعتبار الشخصي بناءا على إرادة طرفيه.

جزاء الإخلال بالشرط المانع

إذا أوكل المقاول غيره في تنفيذ عقد المقاولة بالرغم من وجود شرط مانع، فإن مخالفة هذا الشرط لا تمنـع من انعقاد عقد المقاولة الفرعية و ترتيب آثـاره بين طرفيه المقـاول الأصلي و المقاول الفرعي غاية ما في الأمـر أن هذا التصرف لا يكون نافذا في حق رب العمل.

فيجوز لهذا الأخير أن لا يعترف بالمقاول الفرعي و أن لا يمكنه من القيام بعمله،عندئذ لا يكون للمقـاول الفرعـي سوى الرجوع على المقـاول الأصلي بتعويض الأضرار التي إصابته جراء عدم تنفيذه لعقد المقاولة الفرعية.

أما بالنسبة للعلاقة بين رب العمل و بين المقاول الأصلي فيعتبر هذا الأخير مخالفا بأحكام عقد المقاولة ومخـلا بالتزامه بالامتناع عن المقاولة من الباطـن مما يستوجب توقيع الجزاء الذي تقضي به القواعد العامة في هذه الحالة.

فيجوز لرب العمل مطالبة المقاول بالتنفيذ الشخصي أو فسـخ عقد المقاولة و إن كانت المحكمة غير ملزمة باستجابة لطلب الفسخ و تكتفي بالأمر بالتنفيذ العيني و في كلتا الحالتين لرب العمل حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه.(2)

---

(1)مصطفى عبد السيد الجارحي،نفس المرجع ، ص:14

(2)أنور طلبة، العقود الصغيرة، الشركة و المقاولة و التزام المرافق العامة، طبعة2004 المكتب الجامعي الحديث، ص297

تميز عقد المقاولة من الباطن بنفس خصائص المقاولة الأصلية

يتطلـب وجود عقد المقاولة الفرعية كذلك وجــود عقد من باطن يبرمه المقـاول الأصـلي مع مقاول آخر ينطبق عليه التعريف الخاص بالمقاولة و يتصف بنفس خصائص هذا العــقد و التي من أهمها أداء المقاول الفرعي للعمل بصفة مستقلة،مقابل أجر يتقاضاه عن هذا الأداء.

و يستنتـج هذا الشرط أيضا من النص المادة 564 من القانون المدني و من التطبيقات القضائية أيضا، فكليهما يعتبران أن علاقته مع المقاول الفرعي يأخذ مركز رب العمل.(1)

(2)أنور طلبة، المرجع السابق، ص297

الفصل الثاني
أثار عقد المقاولة الفرعية

الفصل الثاني: آثار عقـــــد المقـــاولـــــــة الفرعيـــة

إن طبيعــة عقد المقاولة الفرعية تقتضي وجود ثلاثـة أطراف على الأقـل رب العمل و المقاول الأصلي والمقاول الفرعي.

الأمر الذي يجعــل هؤلاء الأطراف مرتبطين فيما بينهــم سواء بمقتضى أحكام عقدية أو نصوص قانونية.

فالمقاولة الفرعية حتى و إن كانت عقدا من الباطن تبقـى عقد مقاولـة تحكمه مبدئيـا القواعد التي أقرها المشرع بخصوص هذا النوع من العقود.

كذلك سبق القول إن وجود عقد المقاولـة الفرعيـة لا يؤثر في عقد المقاولة الأصلية و لا على الالتزامات الملقـاة على عاتق أطرافها، حيث يبقـى المقاول الأصلي موجــودا في العملية العقدية وملزما بتنفيذ التزاماته اتجاه رب العمل و مسؤولا من أي إخلال صادر منه شخصيا أو من أحد تابعيه أو مساعديه بما فيهم المقاول الفرعي.

و مع ذلك فإن العلاقة الواقعية التي تربط بين المقـاول الفرعي و رب العمل جعــلت المشرع يتدخل ليقر حقوقا للمقاول الفرعي يمارسها اتجاه رب العمل و المقاول الأصلي معا.

من هذا المنطلق سيتم عرض هذا الفصل في مبحثين أتطــرق في الأول إلى التزامــات أطراف عقد المقاولة الفرعيـــة و أتناول في المبحث الثاني الحقوق المقررة قانونا للمقاول الفرعي.

المبحث الأول: التزامات أطراف عقد المقاولة الفرعية

يعتبر عقد المقاولة الفرعية عقد مقاولة لهذا السبب يجمع الفقه و القضاء على اعتبار علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي مبدئيا هي علاقة رب العمل بمقاول ينظمها عقد المقاولة الفرعية.

إن أخذ المقاول الأصلي في علاقته بالمقاول الفرعي مركز رب عمل يجعل ملزما بجميع التزامات التي يرتبها عقد المقاولة عموما على رب العمل من تسلم العمل بعد انجازه و دفع الأجر.

كما أن أخذ المقاول الفرعي في علاقته بالمقاول الأصلي مركز المقاول يجعله ملزما بجميع التزامات المقاول في عقد المقاولة من انجاز العمل المتفق عليه و تسليمه للمقاول الأصلي و التزامه بالضمان العام.

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطالبين و ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: التزامات المقاول الأصلي و المقاول الفرعي.

المطلب الثاني: مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن أفعال المقاول الفرعي.

المطلب الأول :التزامات المقاول الفرعي و المقاول الأصلي

إن عقد المقاولة الفرعية من العقود الملزمة للجانبين، فهو يرتب التزامات في ذمة كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي.

للحديث عن التزامات كل طرف،و التي تعتبر في ذات الوقت حقوق الطرف الأخر ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: يخصص للبحث عن التزامات المقاول الفرعي

الفرع الثاني: يخصص للبحث عن االتزامات المقاول الأصلي.

الفرع الأول: الالتزامات المقاول الفرعي

حددت المـواد من 550 إلى 554 من القانون المدني الالتزامات الأساسية للمقـاول و هي نفسها تلك التي تقع على عاتق المقاول الفرعي و المتمثلة في انجاز العمل المتفق عليه و تسليم هذا العمل بعد انجازه و ضمان خلو هذا العمل من عيوب و التي سوف يتم شرحها في الفقرات الثلاث التالية

أولا: التزام المقاول الفرعي بانجاز العمل المتفق عليه

رغم أن المشـرع الجزائري لم يخصص نصا صريحا لالتزام المقاول بانجاز العمـل خلافا لكثير من التشريعات العربية،إلا أنه يبقى أهم التزام يرتبه عقد المقاولة سواء كان عقدا أصليا أو فرعيا على عاتق المقاول.

يظهر للوهلة الأولى أن هذا الالتزام بسيط و واضح، إلا أن دراسته تقتضـي التطـرق لجملة من المسائل كطريقة التنفيذ و وسائله والعناية الواجب بذلها في ذلك و الجزاء المترتب على الإخلال به، هذا ما سيتم توضيحه في الآتي:

من البديهي أن يكون المقاول الفرعي ملزم بإنجاز العمل المعهود إليه حسـب الطريقـة المتفق عليها و طبقا للشروط الواردة في عقد المقاولة الفرعية.لكن ماذا لو لم يتفق الطرفيـن على طريقة معينة للتنفيذ في عقد المقاولة الفرعية ؟

أما و نحن أمام عقدي مقاولة يتبع أحدهما الأخر و يتعلقان بالعمل ذاته سواء في جزءه أو كله فإنه من الضروري الرجوع أولا إلى عقد المقاولة الأصلية ثم بعد ذلك البحـث في الطريقة المتعارف عليها لتنفيذه، لأنه من غير الجائز مخالفة الشروط الرئيسية للعقد الأصلي و لا سيما تلك المتعلقة بطريقة التنفيذ،خاصة إذا اشترط فيه أن يكون تنفيذ العمـل حسـب التصميمات المقدمة من قبل رب العمل أو وفقا لما ارتضاه(1).

الملاحظ أنه في الحياة العملية حتى يتفادى التعارض في كيفية تنفيذ العمل يدرج المقاول الأصلي شرطا في عقد المقاولة الفرعية يلزم بموجبه المقاول الفرعي باحترام العقد الأصلي و بالخصوص في ما جاء به من اشتراطـات حول موضوع التنفيذ،حيث يجعـل هـذا عقد

(1)د .السنهوري ، المرجع السابق ، ص215

المقاولة الأصلية جزء لا يتجزأ من عقد المقاولة الفرعية.

ثانيا: التزام المقاول الفرعي بتسليم العمل المنجز

بعد أن يصنـع المقاول الفرعي الشيء أو ينجز العمل حسب المطلوب منه،يلزم بتسليمه للمقاول الأصلي سواء كانت المواد مقدمة من عنده أو من المقاول الأصلي أو من رب العمل

و مما لا شك فيه أن دراسة الالتزام بالتسليم تقتضي تحديد الكيفية التي يتم بها و زمانه و مكانه و ما يترتب عنه من نتائج قانونية ، و ذلك حسب ما هو وارد في عقد المقـــاولة الفرعية إذ قد تختلف هذه المسائل عما هو محـــدد عقد في المقاولة الأصلية،وهو ما سـوف يوضح من خلال النقاط التالية:

لم يتناول المشرع التزام المقاول بتسليم العمل المنجز، جاعلا التسليم في عقد المقاولة يخضع لنفس أحكام التسليم في عقد البيع.بناء عليه يتم التسليم بوضع الشيء تحت تصـرف المقاول الأصلي ليتمكن من الانتفاع بدون أي عائق لكن لا يشترط في التسليم أن يؤدي إلـى استيلاءه الفعلي على الشيء فمثل هذا الشرط قد يضر بالمقاول الفرعي إذا ما رفض المقاول الأصلي أن تنقل الحيازة إليه بدون عذر مقبول.(1)

و تكون طريقة التسليم تبعا لطبيعة العمل، فإن انصبت المقاولة الفرعية على عقار كان تسليمه بوضعه في متناول المقاول الأصلي صالحا لما أعد له كتسليمه المفاتيح مثلا.(2)

أما إذا وردت المقاولة الفرعية على منقـول كإصلاح سيـارة أو طرز قطعة قماش كان تسليمه بنقل الحيازة من المقاول الفرعي إلى المقاول الأصلي، و يتم غالبا عن طريق المناولة اليدوية و يسمى" بالتسليم الفعلي."

و قد يكون التسليم حكميا إذا ما وجه المقاول الفرعي إنذارا إلى المقـاول الأصلي بوجـوب تسلم العمل خلال مدة زمنية معينة و إلا اعتبر متسلما له عند انقضاءها.(3)

يقتضي التسليم أحيانا نفقات الأصل أن يتحملها المدين به حسبما تضمنته القواعد العامة و من ثمة يلزم المقاول الفرعي بالتكفل بهذه النفقات إلا إذا وجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

ثالثا: الالتزام المقاول الفرعي بالضمان

سبق الذكر أن هناك إجماعا فقهيا على اعتبار المقاولة الفرعية عقد مقاولة تحكمه كقـاعدة عامة نصوص المقررة لهذا النوع من القعود إلا إذا استثني من ذلك بموجب نص قانوني و بناء على ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 554 من القانون المدني التي تنـص بـأن "هذه المادة لا تسري على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاوليـــن الفرعيين

---

(1)د .السنهوري ، المرجع السابق ، ص218

(2) أ .نعيم مغبغب ، المرجع السابق ، ص47

(3) أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص130

فإن على تحمل المقاول الأصلي هذه النفقات أو يتفقا على تقاسمها.
فإن المقاول الفرعي في علاقته مع المقاول الأصلي ملزم بضمان العمل الذي تولى القيام به بوجه عام أما الضمان الخاص الواقع على عاتق المقاول و المهندس المعمـــاري عن أي تهدم كلي أو جزئي يحدث للمباني أو المنشآت الثابتة فلا يشمل المقاول الفرعي، و من ثمة وجب البحث هاتين النقطتين و الذي يكون في الآتي:

-الضمان العام و مبادئه

ذكر آنفا أن المقاول الفرعي ملزم بانجاز العمل وفقا للشروط و المواصفات المتفق عليها و أصول الصنعة،فإن جاء عمله مخالفا لهذه المقاييس اعتبر مخـــلا بالتزامـــه و أجبر على ضمان العيوب التي لحقت عمله.

ضمان خلو العمل يقتضي سلامة المواد المستخدمة في انجازه، فإن قدم المقاول الفرعي مواد الصنع اعتبر بمثابة بائع لها و وجب عليه ضمان سلامتها و صلاحيتها للغـــرض الذي أعدت .له، فإن ثبت تضرر العمل بسبب عيوب في المواد المستخدمة تحمل المقاول الفرعي مسؤولية ذلك.(1)

لا يمكـــن للمقاول الفرعي دفع هذه المسؤوليـــة بإثبات أنه بـــذل عناية الرجل العـــادي في التأكد من سلامتها و جودتها، إنما يجوز له ذلك متى أثبت أن العيوب اللاحقة بالمـــــواد مردها لسبب أجنبي عنه أو قبول المقاول الأصلي بها و إجازته استخدام هذه المواد المعيبـــة ففي هذه الحالة يكون خطأ المقاول الأصلي أشد جسامة من خطأ المقاول الفرعي و يستغرقه.

أما إذا قدمت المواد من المقاول الأصلي أو رب العمل فلا يكون المقاول الفرعي ضامنا لما فيها من عيوب.

يخضع ضمان العيوب في عقد المقاولة لنفس القواعد المقـــررة للضمان في عقد البـــيع فيفرق المشرع في هذا الصدد بين ما إذا كان العيب ظاهرا أو خفيا(2)

يشمل العيب الظاهر: العيب الذي علم به المقاول الأصلي عند استلامه للعمل و العيب الذي لم يكتشفه مع أنه كان بإمكانه ذلك لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي(3).

فإن أقر المقاول الأصلي العمل و تسلمه رغم ما وجد به من عيوب،اعتبر متنازلا عن حقه في الرجوع على المقاول الفرعي بطلب إصلاح هذه العيوب، وليس بوسعه حتى مطالبته

---

(1)أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص.131

(2)ورد بالمادة 373 القانون المدني" : يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري،أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسما هو مذكور يعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب و لو لم يكن عالما بوجودها غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيعأو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب و أنه أخفاها غشا عنه

(3) د . مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص57 :

بنفقات الإصلاح التي صرفها، لأن موقفه هذا يفسر إما بأنه إقرار منه أن هذه العيوب بسيطة لا تنقص من قيمة العمل و لا تحيد به عن الغاية المرجوة منه، أو أنه تنازل منه عن حقه في الضمان.

أما إذا لم يتمكن المقاول الأصلي من اكتشاف العيب رغم سهولة ذلك لو أنه فحص العمل بعناية الرجل العادي، اعتبر مهملا و وجب عليه تحمل نتيجة إهماله،فيحرم عندئذ من إمكانية الرجوع على المقاول الفرعي بالضمان و يبقى مسؤولا عن هذا العيب أمام رب العمل(1)

لكن في حالة ما إذا أقدم المقاول الفرعي على إخفاء العيب باللجوء إلى الغش أو الخداع فتعذر على المقاول الأصلي اكتشافه وقت التسليم، حق للمقاول الأصلي الرجوع بالضمان عليه اعتبارا من تاريخ اكتشاف العيب.(2)

العيب الخفي:

هو كل عيب لا يكون ظاهرا، بمعنى أنه عيب لا يمكن اكتشافه بمشاهدة ظاهر الشيء أو ببذل عناية الرجل العادي في فحصه عند تسلمه، أو أنه عيب لا يظهر إلا بتجربة الشيء.

و يكون المقاول الفرعي ضامنا لهذا النوع من العيوب بالقدر و خلال المدة التي تقض بها أعراف الحرفة ، شريطة إخبار المقاول الأصلي له بالعيب وقت اكتشافه،فإن سكت أو تأخر في ذلك و تصرف في الشيء تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب سقط حقه في الضمان، على اعتبار أنه متنازل ضمنيا عن حقه في الرجوع.

استبعاد المقاول الفرعي من نطاق الضمان العشري

أورد المشرع في الفقرة الأولى من المادة 554 من قانون المدني ضمانا خاصا و استثنائيا يقع على المهندس المعماري و المقاول عن أي تهدم كلي أو جزئي يحدث للمباني أو المنشآت التي شيداها أو ما قد يظهر بها من عيوب تهدد متانة البناء و سلامته لمدة 10 سنوات كاملة.

و نص في الفقرة الثانية منها صراحة على إخراج المقاول الفرعي من نطاق هذا الضمان. مما يبين أن الضمان العشري مناط بالمقاول و المهندس المعماري فقط باعتبارهما يباشران مهام التشييد و البناء.أما المقاول الفرعي فهو مستبعد من نطاق هذا الضمان بالرغم أنه المنفذ الحقيقي للعمل كله أو جزءه.(3)

و الأكيد أن هذا الأمر يجر تساؤل أخر، هل حكم المتعلق بعدم خضوع المقاول الفرعي للضمان العشري هو من النظام العام ؟

---

(1) د . الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص213

(2) أ .مغبغب نعيم ،المرجع السابق، ص115

(3)جرى القضاء الفرنسي و المصري على إخضاع الضمان العشري كل شخص يباشر مهام المقاول و المهندس المعماري و لو افتقد هذه الصفة ما دام من يمارس هذا العمل مرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة.

يرى الأستاذ مصطفى عبد السيد الجارحي أن الجواب هو نعم لأن حسب رأيه فـإن الـقول بغير ذلك يفقد النص القانوني الغاية منه و هي التأكيد الصريح على استبعاد المقاول الفرعي من هذا الضمان، و يضيف أنه" لا يظهر من النص ما يدل على أن الحكم مكـــمل لإرادة المتعاقدين فلو أراد المشرع ذلك لكان أولى أن يقول تسري هذه المادة على ما يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك (1) "

الفرع الثاني :التزامـات المقـــاول الأصلـــي

وفقا لما تقدم يلتزم المقاول الأصلي نحو المقاول الفرعي بجمـيع التزامات التي يرتبها عقد المقاولة في ذمة رب العمل ،ابتدءا من تمكين المقاول الفرعي من انجاز العمل، ثم تسلمه منه بعد الانجاز، وصولا إلى دفع الأجر

أولا: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل

يأخذ المقاول الأصلي في علاقته مع المقاول الفرعي مـركز رب العمـل في عقد المقاولـة فيكون الشخص الوحيد المطلع على متطلبات و شروط التنفيذ المتفق عليها في عـقد المقاولة الأصلية. لهذا يلزم بتمكين المقاول الفرعي من انجاز الأعمال المقاول بشأنها من الباطن.

و يتم تنفيذ هذا الالتزام من خلال مد المقاول الفرعي بالتوجيهات و المعلومات الضرورية لتنفيذ محل المقاولة على الوجه الصحيح و الأكمل.

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 فـإذا تعهد المقاول الأصلي بتقديم المواد و الأدوات للمقاول الفرعي، كان ملزما بتسليمها له و في الوقت المناسب، كذلك الحال عندما يستوجب التنفيذ إتباع رسوم و نماذج حيث يلزم بتقديمها للمقاول الفرعـي حتى يسهل عليه الوفاء بالتزامه.

و يقتضـي هذا الالتزام أيضا من المقاول الأصلي أن ينسـق بين عماله والمقـاول الفرعي أو بين المقاولين الفرعيين في حالة تعددهم.

ثانيا: التزام المقاول الأصلي بتسلم العمل

تنص المادة 558 من القانون المدني " عندما يتم المقاول العمل و يضعه تحت تصرف رب العمل وجب على الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقـرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات. فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنـذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه و يتحمل كل ما يترتب على ذلك من أثار "تسري هذه المادة على العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، فيلتزم المقـاول الأصلي بتسـلم العمل بعد انجازه من المقاول 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.

(1)أ .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص46

من ثمة وجب توضيح محتوى هذا الالتزام و الآثار المترتبة عنه في النقطتين التاليتين:

أولا –مقتضيات الالتزام بالتسلم

متى أتم المقاول الفرعي العمل و وضعه تحت تصرف المقاول الأصلي وجب على هذا الأخير القيام بمعاينته في أقرب وقت ممكن وفقا لما هو متعارف عليه في هذه المعاملات و أن يتسلمه في مدة وجيزة و يتم التسليم باستيلاء المقاول الأصلي على الشيء دون أي عائق و يتحدد ذلك بحسب طبيعة العمل أو الشيء المصنوع فيكون تسلم العقار بإخلائه و تسليم مفاتيحه للمقاول الأصلي،أما تسلم المنقول فيتم بقبضه و حيازته و يكون ذلك عادة بالمناولة.

و الملاحظ أن التسلم في حالة المقاولة الفرعية لا يتصور إلا حقيقيا دون التسلم الحكمي كون مقاول الأصلي ملزم هو الأخر بتسليم العمل إلى رب العمل بعدما يتسلمه من المقاول الفرعي

فإذا ما أخل المقاول الأصلي بالتزامه بتسلم العمل كأن 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)

ثالثا: التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر

من خصائص عقد المقاولة الفرعية أنه من العقود المعاوضة التي يأخذ فيها كل طرف مقابل لما يقدمه، فالمقاول الفرعي ينجز عمل لحساب المقاول الأصلي مقابل الأجر الذي يلتزم به هذا الأخير بدفعه.

إن الدائن بالأجر في عقد المقاولة الفرعية هو المقاول الفرعي و ورثته من بعده ذلك أن المقاولة عموما لا تنتهي بوفاة المقاول.(2)

كما يحل أيضا محل المقاول الفرعي في المطالبة بالأجر خلفه الخاص مثل ما هو الحال بالنسبة للمتنازل له عن المقاولة الفرعية أو عن الأجر فيها .(3)

أما المدين بالأجر فهو المقاول الأصلي الذي تعاقد مع المقاول الفرعي حتى و إن كان المستفيد أو المنتفع الحقيقي من الأعمال المنجزة هو رب العمل و إن كان يجوز للمقاول الفرعي مطالبة مباشرة رب العمل بالأجر طبقا للمادة 565 من القانون و في حالة تعدد المقاولين الأصليين، فإن كل واحد منهم ملزم بدفع قسط من الأجر بقدر حصته في العمل.

فإن لم تعين هذه حصة اعتبرت حصصهم متساوية و قسم الأجر بينهم بالتساوي، إلا إذا وجد اتفاق بينهم على التضامن،عندئذ يمكن للمقاول الفرعي مطالبة أي واحد منهم بكامل الأجر.

---

(1)د .السنهوري ، المرجع السابق، ص214 :

(2) د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص71

(3) أ .مغبغب نعيم ،المرجع السابق، ص120

المطلب الثاني : مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول الفرعي (جزاء خلال المقاول الفرعي بالتزاماته)

تشكل الفقرة الثانية من المادة 564 من القانون المدني الأساس القانوني الذي ترتكز عليه مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول الفرعي نحو رب العمل.

فاستناد إليه ـا يمكن لرب العمل مسألـة المقاول الأصـلي بصفة شخصية و أساسـية و مباشرة عن أي ضرر يصيبه جراء عدم تنفيذ عقد المقاولة الأصلية بخطأ من المقـاول الفرعي،و دون أن يكون للمقاول الأصلي دفع هذه المسؤوليـة عن طريـق التمسـك خطأ المقاول الفرعي باعتبـاره المتسبب في الضرر أو بجعل تنفيـذ العقد مستحيـل، لأن تدخل المقاول الفرعي في عملية التنفيذ كان بناءا على رغبة و إرادة المقاول الأصلي.

و أن التنفيذ يتم باسم المقاول الأصلي و لحسابه و بذلك يدخل المقاول الفرعـي ضمن فئـة الأشخاص الذين يستخدمهم المقاول الأصـلي في تنفيذ التزاماته، و يكون مسؤولا عن أفعالهم و أخطائهم كما لو كانت تلك الأفعال أو الأخطاء صادرة عنه شخصيا.

الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية عن فعل الغير

الحقيقة أنه لا يوجد في القانون المدني نصا يتناول بصفة صريحة و مباشرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مثل ما هو الحال بالنسبة للمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير الواردة صراحة في المادة134 .(1)

بناء عليه يقصد بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير " أن يسأل المدين بصدد تنفيذ العقد عن فعل طائفة من الأشخاص كما لو كان فعله، و دون حاجة إلى إثبات أي خطأ أو اتـفاق على تحمل المسؤولية عنهم،و دون أن يتخذ من فعلهم سببا لدفع مسؤوليته،أن ما يصدر منهم كأنه صادر منه فهو ليس أمرا خارجا عنه ، و لو كان غشا أو خطأ جسيما.(2)

تعتبر المسؤولية العقديـة عن فعل الغير مسؤولية استثنائية،فالأصـل في المسؤولية أن تكون شخصية أن الفقرة الثانية من المـادة 564 مدني تقطع الشك باليقين، حيث لا خـلاف حول ثبوت مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول الفرعي اتجاه رب العمل، مما يفتح المجال للتساؤل حول الشروط الواجب توافرها حتى تتحقق هذه المسؤولية ؟.

الفرع الثاني:شروط مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول الفرعي

إن تحقق مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول الفرعي اتجاه رب العمل، يقتضي شروط معينة تتلخص فيما يلي:

---

(1)أعراب بلقاسم ، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير 1984 ، جامعة الجزائر، ص57

(2)مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص78

أولا –وجود عقد صحيح بين المقاول الأصلي و رب العمل

بداية يشترط لقيام مسؤولية المقاول الأصلي اتجاه رب العمل أن يكون بينهما عقد صحيح فإن كان العقد فقط بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي المتسبب في الضرر، خرج الأمر من إطـــار المسؤولية العقدية عن فعل الغير و كنا بصدد نوع أخر من المسؤولية التقصيرية و هي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.(1)

لهذا السبب تعتبر مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي مسؤولية عقديـة ناشئة عن عقد المقاولة الأصلي و قائمة على افتراض أن كل الأعمال و الأخطاء التي تصدر من المقاول الفرعي تعتبر بالنسبة لرب العمل أعمال و أخطاء صدرت من المقاول الأصلي فيكون مسؤولا عنها قبله.(2)

كما أن هذه المسؤولية لا تثور إلا إذا أخل المقاول الأصلي المقاول الفرعي في تنفيذ عقد المقاولة الأصلي أو جزءا منه.

يشترط في هذا الإخلال أن يكون صحيحا في مواجهة رب العمل، ويكون كذلك عندما لا يرفض رب العمل صراحة أو ضمنيا بأن يحل المقاول الأصلي غيره في تنفيذ العقد الأصلي

أما إذا كان هذا الإحلال غير صحيح في مواجهة رب العمل كما لو اشترط هذا الأخـير على المقاول الأصلي أن يتولى تنفيذ العـقد شخصيا،رغم ذلك أقـدم على المقاولة الفرعـية اعتبر في هذه الحالـة مخطأ و مسؤولا عن كل النتائج الضـارة برب العمل،عندئذ تتحـقق مسؤولية العقدية على أساس الخطأ الشخصي و ليس على أساس خطأ الغير.(3)

أمـــا إذا كان الإخلال صحيحا و بموافقة رب العمل،فلا يكون حينئذ المقاول الأصـلي مرتكب لخطأ بسبب هذا الإخلال،لكنه يسأل عقديا أمام رب العمل عن الخطأ الذي ارتـكبه المقاول الفرعي في تنفيذ العقد.

ثانيا –أن يلتزم المقاول الفرعي بإنجاز عمل

ثاني شرط يجب توفره لقيام هذه المسؤولية هو أن يكلف المقـاول الفرعي من قبـل المقاول الأصلي بتنفيذ الالتزام،و الذي يتحقق بإبرام عقد المقاولة الفرعية فإن انعدم التكليف كان فعل المقاول الفرعي من قبيل السبب الأجنبي.

و الملاحظ في هذا الصدد أنه إذا لم يكن المقاول الفرعي مكلفا بتنفيذ الالتزام العقدي، فإن فعله المؤدي إلى الإخلال بالالتزام قد تترتب عليه مسؤولية المقاول الأصلي و لكنها لن تكون مسؤولية عن فعل الغير، بل تكون مسؤولية مدنية عن فعله الشخصي.

---

(1)أ . ياسين محمد الحبوري، المرجع السابق، بند 317 ، ص335

(2)د. السنهوري ، المرجع السابق ، ص223

(3)Philippe Le Tourneau, op.cit, n : 1358, P : 430.

ثالثا –ارتكاب المقاول الفرعي لخطأ عقدي

من ضروري لقيام مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول الفرعي، لارتكاب هذا الأخير لخطأ عقدي أي إخلاله بالالتزام العقدي الذي كلف به، و يتحقق ذلك عند امتناعه عن التنفيذ أو تأخره فيه أو يكون التنفيذ معيبا أو جزئيا.

فإن كان التزام المقاول الفرعي بانجاز العمـــل التزاما ببذل عناية،فيكون وفاه ببـذل عنايـة الرجل العادي و لو لم يتحقق الغرض المقصود.

إن نازع رب العمل في ذلك فما عليه إلا إثبات أن المقـاول الأصلي كان مهمـــلا في أداء التزامه و أنه لم يسلك سلوك الرجل العادي في بذل العناية المطلوبة أمـــا إذا كان الالتـزام بإنجاز العمل التزاما بتحقيق نتيجة كإقامة بناء أو صنع شيء فلا تبرأ ذمة المقاول الفرعـــي و لا ذمة المقاول الأصلي إلا إذا تحقـقت النتيجة المرجوة و أنجز العمل المطـــلوب وفقـا للشروط و المواصفات المتفق عليها.

فإن لم ينجز العمل أو أنجزه بشكل معيب كان المقاول الأصلي مسؤولا عن ذلك أمـــام رب العمل و لا يمكنه التذرع بخطأ المقاول الفرعي كما لا يمكنه معاملة هذا الخطأ كسبب أجنبي لأن ما يصدر عن المقاول الفرعي من أخطاء تعتبر و كأنها صادرة عن المقاول الأصلي.

نتيجة لذلك متى ثبت اقتراف المقاول الفرعي لخطأ عقدي في تنفيذ عقد المقاولة الفرعية و ترتب عن ذلك ضرر لرب العمل كان المقاول الأصلي مسؤولا عن ذلك أمام رب العمـــل ما لم يثبت وجود السبب الأجنبي الذي حال دون التنفيذ.

تجدر الإشارة إليه أن ارتكاب المقاول الفرعي لأخطاء تخرج عن نطاق الخطأ العقـدي و لو كانت بمناسبة تنفيذ العقد ،فإنه يكون وحده المسؤول عنها و على أساس المسؤولية التقصيرية

و بالطبع لا يكفي وقوع خطأ من جانب المقاول الفرعي حتى تقوم هذه المسؤولية،و إنما يجب كذلك أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب رب العمـــل و يخضـــع الضرر لنفـس الشروط التي تستلزمها المسؤولية العقدية عموما و هي أن يكون محققا و مباشرا و متوقعا.

و بتحقق هذه الشروط يصبح المقاول الأصلي مسؤولا أمام رب العمل عن عدم تنفيذ المقاول الفرعي لالتزام العقدي،و لا يمكنه التخلص من مسؤوليته حتى لو أثبت عدم خطأه في اختيار المقاول الفرعي، أو أنه لم يهمل في إعطاءه التوجيهات اللازمة و الضرورية.

*–و في هذا الصدد يطرح تسأل هام حول مدى جواز إعفاء المقاول الأصلي من مسؤولية عن أعمال المقاول الفرعي ؟

يرى الأستاذ السنهوري أنه " يمكن أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن اللجوء إلى المقاولة الفرعية و لا يكون مسؤولا عن المقاول الفرعي " مستندا في ذلك على أن مسؤولية المقاول الأصلي في هذه الحالة هي مسؤولية عقدية.(1)

---

(1)د .السنهوري، المرجع السابق، هامش1 ، ص223

و من ثمة يمكن طبقا للقواعد العامة الاتفاق على ما يخالفها بالمقابل هناك اتجاه يرفض الأخذ بهذا الرأي و يعتبر أن بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن أعمـال المقاول الفرعي هو من الأحكام الرئيسية للمقاولة الفرعية و لا يجوز استبعاده، و حجتهم في ذلك هي أن المشرع كان حريصـا على تأكيد على هذه المسؤولية إذ خصها بنص واضح و صريح.

أضف إلى ذلك أن المقاول الفرعي يعمل بصفة مستقلة فهو ليس كبقية الأشخاص الذين يستخدمهم المقاول الأصلي في تنفيذ التزامه.

الفرع الثالث: دعوى رجوع المقاول الأصلي على المقاول الفرعي كأثر لهذه المسؤولية

بعدما يقوم المقاول الأصلي بتعويض رب العمل عن ما لحقه من ضرر بسبب إخـلال المقاول الفرعي بالتزاماته التعاقدية،يحق له الرجوع على المقاول الفرعي على أساس عـقد المقاولة القائم بينهما و طبقا للأحكام المسؤولية العقدية،و ذلك عن طريق دعـوى قضائيـة يقيمها ضده ليطالبه بمبلغ التعويض الذي دفعه لرب العمل.

و تؤسس دعوى الرجوع في حال ثبوت مسؤولية المقاول الأصلي عقديا عن فعل المقاول الفرعي على الخطأ العقدي الناشئ عن الإخلال بعقد مقاول،ة الفرعية، بمعنـى أن دعـوى رجوع المقاول الأصلي مرتبطة بوجود خطـأ ارتكبه المقـاول الفرعي،و هو خطـأ واجب الإثبات و إلا كانت دعواه غير مقبولة.(1)

على هذا الأساس تنتفي مسؤولية المقاول الفرعي إذا اثبت أنه نفذ عقد المقاولة الفرعية طبقا لتعليمات و أوامر المقاول الأصلي،أو أن هذا الأخير كان عالـما بالعيب الذي استـوجب ضمان.

الأكيد أن رجوع المقاول الأصلي على المقاول الفرعي يكون ضمن حدود مبلغ التعويض المدفوع لرب العمل، بشرط أن لا يكون التعويض المدفـوع قد نجم عن ضرر كان المقاول الفرعي هو المتسبب فيه.(2)

إن كان للمقاول الأصلي حق المطالبة بكل المبلغ المدفوع لرب العمل، فإن القضاء أحيانا يحكم بمبلغ أقل على أساس وجود خطأ صادر من المقـاول الأصلي يتمثل في عدم المراقبة أو التنسيق أو التعاون.(3)

عدم إمكانية مساءلة رب العمل عقديا للمقاول الفرعي

تطبيقـا للمبادئ العامة لا يلتزم المقـاول الفرعي مباشرة بأحكام عقد المقاولة الأصلية و بالتالي لا يكون مسؤولا أمام رب العمل عن عدم تنفيذ المقاولة الأصلية و لا الوقوع تحت

(1)دمحمد ياسين الجبوري، المرجع السابق، بند 317 ص340

(2)–Jean Néret ,op.cit, n ° 293 p: 218.

(3)JEAN BERNARD AUBY .HUGUES P2RINET .MARQUET .op.cit N° 1135, p 610.

طائلة المسؤولية العقدية، إنما يأخذ كل منهما حكم الغير بالنسبة للآخـر، ليعتبر المقـاول الفرعي مثل أي شخص آخر من الكافة يقع عليه التـزام عام باحتـرام حقوق رب العمـل فإن أخـل بهذا الواجب عد مرتكبـا لخطإ تقصيري و إن كانت صلته بالتنفيذ ساعدت على ارتكابه.و إن كان من غير الممكن مسألة رب العمل للمقاول الفرعي عقديا عن عدم تنفيـذ عقد المقاولة الأصلية فهل الأمر كذلك في حالة عدم تنفيذ هذا الأخير لعقد المقاولة الفرعيـة خاصـة و أن رب العمل هو صاحب المصلحة الأول في تحقق التنفيذ السليم و الكامـل لهذا العقد.

نتائج المبدأ على العلاقة بين رب العمل و المقاول الفرعي

اعتمادا على مبدأ نسبية العقود تنعدم كل علاقة مباشرة بين رب العمل و المقاول الفرعي و بالتالي من غير الجائز مطالبة رب العمل للمقاول الفرعي مباشرة بتنفيذ التزاماته الناشئـة عن عقد المقاولة الفرعية و لا مسألتـه على أساس المسؤولية العقديـة،كما لا تثبت مبدئيـا علاقة مباشرة بين المقاول الفرعي و رب العمل باستثناء ما أوردته المادة 564 من القانون المدني.

بالمقابل تنشأ بين رب العمل و المقاول الفرعـي علاقة غير مباشرة أساسها علاقة كل منهما بالمقاول الأصلي.فيحق لكل منهما إقامة دعـوى غير مباشـرة ضـد الأخر باسـم مدينـه أي المقاول الأصلي لمطالبته بحقوق هذا الأخير الثابتة في ذمة الطرف الأخر.

فعن طريق هذه الدعوى يطالب رب العـمل من المقـاول الفرعي بانجاز العمـل و تسليمه و بالضمان و أيضا يكون للمقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل بتمكينه من العمل و تسلمه و تقبله مستعملا في ذلك حق مدينه .(1)

إذا ما أراد رب العمل الرجوع على المقاول الفرعي بسبب عدم تنفيذ عقد المقاولة الفرعية فلا يمكنـه ذلك إلا من خلال دعوى المسؤولية التقصيريـة و التي يكون فيها ملزما بإثبات الخطأ التقصيري المرتكب من المقاول الفرعي و الضرر اللاحق به جراء ذلك.

و هو الحكم ذاته بالنسبة للمقاول الفرعي في علاقته مع رب العمل ماعدا ما أقررته المـادة 564 فلا يمكنه مسألة رب العمل إلا على الأساس التقصيري دون العقدي.

---

(1)د .السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 128 – 129، ص- 224

المبحث الثاني: حق المقاول الفرعي رفي إقامة الدعوى المباشرة و حق الامتياز في حالة توقيع الحجز

طبقا للقواعد العامة يحق للمقاول الفرعي باعتباره دائنا للمقاول الأصلي، أن يستعمل حق هذا الأخير في الرجوع على رب العمل عن طريق دعوى غير مباشرة يقيمها باسم المقاول الأصلي و لحسابه يطالبه فيها بالأجر المستحق له مقابل الأعمال المنجزة.
لكن هذه الدعوى لا تعطي للمقاول الفرعي أي أفضلية أو حق تتبع و حتى و إن ربحها فإن الحق المتحصل عليه يستقر في ذمة المقاول الأصلي ليدخل في الضمان العام و يستفيد منه كل دائني المقاول الأصلي و يتقاسمه المقاول الفرعي معهم قسمة غرماء، مما يضر حتما به.
كما أن هناك خطر أخر يهدد حصول المقاول الفرعي على مستحقاته، و هو تصرف المقاول الأصلي في حقه لدى رب العمل قبل إقامة المقاول الفرعي للدعوى غير مباشرة أو أثناءها.
لهذه الأسباب رأى المشرع الجزائري على غرار الكثير من التشريعات ضرورة منح المقاول الفرعي حماية قانونية خاصة تمليها اعتبارات إنسانية و العدالة، بسبب تعلق الحق المطالب به بالعمل الذي أنجزه،إذ يعتبر المنفذ الحقيقي لهذا العمل و الطرف الضعيف في العملية ككل

فكان تدخل المشرع بموجب المادة 565 من القانون المدني، ليقرر جملة من الحقوق لمقاول الفرعي تتمثل في منحه حق مطالبة رب العمل مباشرة بماله في ذمة المقاول الأصلي و كذا منحه حق الامتياز في حالة ما إذا وقع حجز لأموال المقاول الأصلي بين يدي رب العمل.
بالإضافة إلى ذلك ما أوردت الفقرة الثالثة من المادة أعلاه حيث جعلت حقوق المقاول الفرعي مقدمة على حقوق من تنازل له المقاول الأصلي عن دينه الثابت في ذمة رب العمل إذ منع سريان حوالة الحق في مواجهته و لو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز.

و نظرا لما تثيره الدعوى المباشرة من مسائل قانونية عديدة يخصص لها المطلب الأول من هذا المبحث الثاني،بينما يتناول المطلب ثاني الحق الامتياز في حالة توقيع الحجز.
وفقا للفقرة الثانية من المادة 565 من القانون المدني، فإذا أسند المقاول الأعمال المعهودة إليه إلى مقاول فرعي،فإنه ثبتت لهذا الأخير دعوى مباشرة قبل رب العمل يستطيع بمقتضاها مطالبته بما هو مستحق له من أجر.

المطلب الأول :التعريف بالدعوى المباشرة

إن التعريف بالدعوى المباشرة يستوجب تحديد معناها بالإضافة أساسها القانوني و تحديد خصائصها وهو ما سيتضح من الآتي:

الفرع الأول: معنى الدعوى المباشرة

يجمع الفقه في تعريفه للدعوى المباشرة على أنها" حق الدائن في استفاء حقوقه مباشرة من مدين مدينه الأصلي دون مزاحمة من باقي دائني هذا الأخير ، يقيمها باسمه و لحسابه الخاص مستأثرا وحده بثمارها."

و من ثمة تعتبر الدعوى المباشرة وسيلة تمكن الدائن من الوصول مباشرة إلى ذمة مدين مدينه دون المرور بذمة مدينه الأصلي،كما تمكنه من الاستفادة من بعض مظاهر القوة الملزمة للعقد القائم بين المدين و مدين المدين رغم اعتبار هذا الأخير من الغير بالنسبة له.

أضف إلى ذلك إن هذه الدعوى تعطي نوعا من الامتياز للدائن إذ تجنبه عسر مدينه و مزاحمة دائنيه لهذا السبب اعتبرت استثناءا لمبدأ نسبية العقد و مبدأ المساواة بين الدائنين(1)

إن الجدير بالذكر أن الدعوى المباشرة اصطلاحا هي الدعوى التي تثبت للدائن في مواجهة مدين مدينه،و بذلك فهي تختلف عن الدعوى التي تثبت للدائن في مواجهة مدينه المرتبط معه مباشرة بالعقد.

كما أن المشرع الجزائري لم يخص الدعوى المباشرة بنص عام مثل ما هو الحال بالنسبة للدعوى الغير المباشرة الواردة في المادة 189 من القانون المدني، مسايرا في ذلك الكثير من التشريعات العربية،و هو سبب انحصار الدعوى المباشرة في حالات معينة قررها القانون على سبيل الحصر.

الأساس القانوني للدعوى المباشرة

تجد الدعوى المباشرة في مجال عقد المقاولة الفرعية أساسها في نص المادة 565من القانون المدني،لتكون الدعوى التي يقيمها المقاول الفرعي مباشرة ضد رب العمل أي مدين مدينه لمطالبته بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.(1)

خصائص الدعوى المباشرة

لدعوى المقاول الفرعي المباشرة ضد رب العمل عدة خصائص، أشار المشرع إلى بعضها في المادة 565 من القانون المدني، بينما تولى الفقه بيان البعض الأخر و التي نذكرها فيما يلي:

---

(1)د .علي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد ، موفر للنشر، سنة 2001 ، ص 344 و كذلك فريدة زواوي ، المرجع السابق ، ص243

(2)د .السنهوري، المرجع السابق ، هامش 1 ص 330

أولا – الدعوى المباشرة أصلية اختيارية خاصة

توصف الدعوى المباشرة بأنها دعوى أصلية اختيارية.و من ثمة يحق للمقاول الفرعـي تبعا لمصلحته أن يختار بين متابعة المقاول الأصلي أي مدينه المباشر على أساس عـقد المقاولة القائم بينهما أو مقاضـاة رب العمل استنادا لنص المادة565 أو حتى الجمع بين الدعويـن و مقاضاة الاثنين معا،فيكونان ملزمين بالتضامن بدفع مستحقاته طالمـا أن المـادة أعلاه لم تشترط صراحة لمباشرة و قبول الدعوى المباشرة ضد رب العمل،عجز المقاول الأصلي عن الوفاء.

و نتيجة 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 عجـز المقاول الأصلي عن الوفاء للمقاول الفرعي بعد مرور شهر من توجيه إنذار إليه.(1)

ثانيا – 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، فتكـون كل تصرفات المقاول الأصلي في دينه لـدى رب العمل من قبض أو رهن أو تنازل قبل تاريخ رفع الدعوى المباشرة سارية المفعول اتجاه المقـاول الفرعي و تشـكل دفوعا مقبولة في مواجهته أما بعد هذا التاريخ فلا تكون نافذة في حقه.(2)

و قـد أشار المشـرع إلى هذه الخاصيـة عندما أورد عبـارة " حق مطالبة رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى "...

ثالثا – الدعوى المباشرة الخاصة

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

---

(1)جاك غستان ، المطول في القانون المدني –مفاعيل العقد أو أثاره، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى 2000 ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بند 787 ص 963 و ما بعده

(2)د .السنهوري، المرجع السابق ، هامش 1 ص 229

رابعا – الدعوى المباشرة من النظام العام و ليس لها أثر انقضائي

إن المقصـود بعبارة أنهـا " دعوى ليس لها أثر انقضائي أنه لا يترتب على تقريرها أو رفعها انقضاء حق المقاول الفرعي لدى المقاول الأصلي، فحقه في الأجر لا ينقض إلا إذا أتت هذه الدعوى ثمارها.

فلـو وفى رب العمل للمقاول الفرعـي بالدين الذي في ذمتـه للمقاول الأصلي،و كان هذا الدين أقل مما هـو مستحق للمقـاول الفرعي في ذمة المـقاول الأصلي، رجع المقاول الفرعي على المقاول الأصلي بما بقي مستحقا له

و يجمع الفقه على اعتبار الدعوى المباشرة حكم يتعلق بالنظام العام فلا يجـوز التنازل عنها مقدمـا في عقد المقاولة الفرعية.كما لا يجوز لرب العمـل أن يشترط على المقـاول الأصلي عدم رجوع المقاول الفرعي أو عماله عليه بالدعوى المباشرة،و إن حصل مثل هذا الاتفاق فإنه يكون عديم الأثر و لا يمس حقوق المقاول الفرعي و العمال، لأنهم ليسوا طرفا فيه و حقهم في إقامة الدعوى المباشرة مستمد من نص القانون.(1)

الفرع الثاني :شروط ممارسة المقاول الفرعي للدعوى المباشرة

إن للدعوى المباشرة شروط يجب أن تستوفيها حتى تقبل و تأتي ثمارها، لهذا من اللازم في البداية تحديد صفة الأشخاص الذين يجوز لهم رفعها و الأشخاص الذين تقام ضدهم من جهة و من جهة ثانية الشروط الواجب توافرها فيهم.

أولا: أطراف الدعوى إن طرفي الدعوى هما المدعي رافع الدعوى و المدعى عليه الشخص المقامة ضده لكن من المهم تحديد الأشخـاص الذين ينطبق عليهم هذا الوصف في عقد المقاولة الفرعية وهو كالآتي:

– المدعي في الدعوى المباشرة

بينت المادة 565 من القانون المدنـي الأشخاص الذين يحق لهم إقامة الدعوى المباشرة و هم فئات ثلاث التالية:

المقاول الفرعي/ عمال المقاول الفرعي/ عمال المقاول الأصلي.

و من ثمة تثبت الدعوى المباشرة كحق لكل مقاول ينطبق عليه وصف " مقاول فرعي " وفقا لما تم بيانه سابقا.

كما تثبت أيضا بصريح النص أعلاه لعمال المقاول الفرعي و عمال المقاول الأصلي، حيث يكون لهم الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد مقاول الأصلي باعتباره رب عمل بالنسبة للمقاول الفرعي، و ضد رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلي، فيرجون في الحالة

---

(1)د .علي فيلالي، الالتزامات،المرجع السابق،ص: 350.

(2) 1/ الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني،الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1995 معدل و متمم بموجب قانون 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2007 جريدة الرسمية عدد 44،23 يوليو 2005.

الأولى بما هو مستحق في ذمة المقاول الأصلي للمقاول الفرعي بموجب عقد المقاولة الفرعية وقت رفع الدعـوى، أما في الحالة الثانية فيرجـعون بما هو مستحـق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلية وقـت رفع الدعوى .(1)

ثانيا –المدعى عليه في دعوى المباشرة

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

*/لكن إذا فرضنا أن المقاول الفرعي قاول هو الأخر 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 باعتـباره رب عمل للمقاول الفرعي الأول و ليس على رب العمل الحقيقي،لأن هذه المادة مقتصـرة على درجة واحدة من المقاولة من الباطن و لا تعطي الدعوى المباشـرة للمقاول الفرعـي إلا قبل رب العمل أي مدين مدينه.

أما عمـال المـقاول الفرعي الثاني فيرجعون بهذه الدعـوى على المقاول الفرعي الأول باعتباره مدين مدينهم و على المقاول الأصلي باعتباره مدين مدين مدينهم.(2)

و إذا كان لهذا الرأي ما يبرره من الناحية القانونية،على اعتبار أن دعـوى المباشـرة 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 وفى له بالدين ، برئت ذمته نحو المقاول الفرعي.

كذلك إذا انقضى الدين بين المقاول الأصلي و رب العمل قبل توجيه المقاول الفرعي إنذارا لهذا الأخير بأي سبب من أسباب الانقضاء، سرى ذلك في حق المقـاول الفرعـي و لم يعد بإمكانه مقاضاة رب العمل على هذا الأساس، لأن رب العمل ملزم المقاول الفرعي بصفته مدين مدينه و ليس بصفته مسؤول عن الغير أو كفيل(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"

و الأكيد أن سقوط حرف "لا "من النص العربـي أدى إلى تغير المعنى المقصود و بالتالي

---

(1)د .السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 131 ، ص : 228

(2)د .السنهوري، المرجع السابق،بند 131 ص 229 و كذلك

(3) أ .أنور طلبة، المرجع السابق، ص:301

يجب علـى المشرع استدراك ذلك و تصحيح 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، و إنما تقتصر على ما يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت مباشرتها و على هذا الأساس فموضوع هذه الدعوى المباشرة مقيد بثلاثة قيود هي:

القيد الأول: إن الأجر مقدر حسب ما هو متفق عليه في عقد المقاولـة الفرعية كالمـقابل الأعمال المتفق بشأنها في هذا العقد، أي على المقاول الفرعـي أن يطالب رب العمـل فقط بالأجر المستحق له و ما يتبعه من نفقات و ثمن الأدوات و الفوائد و بالتي لا يحق للمقـاول الفرعي مثلا مطالبة رب العمل بتعويضه عما أصابه من ضرر سبب المقاول الأصلي.(1)

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

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

الفرع الثالث : نتائج الدعوى المباشرة

إن إقامـة الدعوى المباشـرة ممن له الحق في مباشرتها ينشأ حتما نزاعات بينه و بين كل من له علاقة مديونية مع المقاول الأصلي.

أولا : نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي

لا تؤثر الدعوى المباشرة في علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي و لا في علاقته برب العمل،إذ يبقى المقاول الأصلي مدينا للمقاول الفرعي، و يترتب على ذلك نتائج هامة تتلخص فيما يلي:

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

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

الثالثة :يبقى المقاول الأصلي دائنا لرب العمل ، لكنه لا يستطيع استفاء حقه منه بعد رفـع

---

(1)د .السنهوري ، المرجع السابق بند 131 ص227

الدعوى المباشرة أو توجه الإنذار بالدفع لرب العمل، و يكون مركـزه أشبه بمركز المديـن المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير.فلا تبقـى للمقاول الأصلي سـلطة التصـرف في حقه لدى رب العمل بعد أن يجمد بفعل الإنذار أو رفع الدعوى المباشرة إذ تتقـيد 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.

ثانيا : 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

رأينـا سابقا أن الدعوى المباشرة حق يملك ممارسته كل من المقاول الفرعي و عماله و عمال 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 و رفعها جميعهم و لم 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 و عمال المقاول أو هؤلاء جميعا و معهم 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 حتـى يتمكن المقـاول الفرعي من تجنب مزاحمـــة باقي المقاوليـن الفرعي أو الدائنين الآخرين أن يبادر بالاتخاذ إجـــراءات سابقة على رفع الدعوى المباشـرة و ذلك توجيه إنـذار 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 طرف أحد هؤلاء الأشخاص

---

(1)د .السنهوري المرجع السابق ، هامش 1 ص232

النزاع بين المقاول الفرعي ودائني المقاول الأصلي من غير حائزي الدعوى المباشرة

قد يضطر المقـاول الأصلي إلى البحث عن مصادر ماليـة لتمويل مشروعـه، 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.

طبقـا 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 لرب العمل أو رفع هذه الدعوى، يمنع على هؤلاء الدائنين سلوك طريق الدعوى غير المباشرة لأن مـا 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 صـادف و أن تم توقيعـه قبل هذا التاريخ دون أن يصدر حكم قضائي بتثبيته فلا يعود بإمكـان الدائن الحاجز الاستمـرار فيـه، و حتى و إن صدر حكم فيه، فإنه لا يكون نافذا في حق المقاول الفرعي رافع الدعوى المباشرة.

نتيجة لذلك فإن حائـز الدعوى المباشرة يتغلب دائما على الدائن الأخر للمقاول الأصلي سواء باشر الدعوى غير المباشرة أو سلك طريق الحجز ما للمدين لدى الغير.(1)

ثالثا: نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل و دائنيه

يتأثـر رب العمل بالدعوى المباشرة التي يقيمها ضده المقاول الفرعي، كما تمتد آثارها لدائنيه حتى ولو كانوا من الغير بالنسبة للمقاول الفرعي، و هو ما يتضح مما يلي:

نتائج الدعوى على رب العمل

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

إن حكـم التجميد يسري على المقاول الأصلي و كذلك على رب العمـل فيحـق لهـذا الأخير قبل إقامة الدعـوى المباشرة أو توصلـه بالإنذار من قبل مقاول الفرعي أو عمالـه أو عمال المقاول الأصلي التصرف بكل حريـة في هذا الدين،فيجوز له أن يوفي للمقاول الأصلي بحقه كله أو بعضه أو لدائنيـه فتبرأ ذمته نحو المقاول الفرعـي، كما له أن يجري مقاصة بين حق المقاول الأصلي الذي في ذمته و حقه لدى المقاول الأصلي.(2)

---

(1)د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص98

(2)د .السنهوري المرجع السابق ، هامش 1 ص 235

لكن بعد هذا التاريخ يمنع رب العمل من الوفاء للمقاول الأصلي، بل يجـب أن يكون الوفاء للمقاول الفرعي وحده حتى و لو كان دين معلقا على شرط أو مقتـرنا بأجل فيكون عنـدئذ ملزما بالوفاء الدين للمقاول الفرعي بعد أن يتحقق الشرط أو يحل الأجل.(1)

أما و إن قام رب لعمل بالوفاء للمقاول الأصلي، اعتبر مخطأ و كان الوفاء غير ساريا في حق المقاول الفرعي و العمال ، فيلزم رب العمل بإعطاء هؤلاء حقوقهم في حـدود ما يكون للمقـاول الأصلي من مال في ذمتـه ، ثم يرجع على المقـاول الأصلي بما دفعه لهم و ينطبق هذا الحكم حتى إن وقع الوفاء للمقاول الأصلي على حق مستحق الأداء.(2)

نتائج الدعوى على دائني رب العمل

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 و يجمد هذا الدين لصالح المقاول الفرعي و عماله و عمال المقاول الأصلي منذ تاريخ رفع الدعوى على رب العمل ، فإن هذه المادة لم تتعرض إطلاقا إلى النزاع المحتمل بين دائني رب العمل و المقاول الفرعي في حالة ما إذا لم يكف المال الذي في حوزة رب العمل لإرضائهم جميعا.

لدى يرى بعض المؤلفين أنه لا يمكن في هذه الحالة تفضيل المقاول الفرعي على هؤلاء الدائنين في غياب نص واضح و صريح يمنحه هذا الحق.

أضف إلى ذلك أن الهدف الرئيسي من الدعوى المباشرة هو إزالة العقبة التي يشكلها المقاول الأصلي باعتباره المدين الوسيط و وضع المدين الفرعي أي رب العمل في مواجهة دائنه الحقيقي حائز الدعوى المباشرة دون أن تتقلص لتصبح وسيلة لتخصيص الدين لصالحه و بالتالي يتقاسم المقاول الفرعي مع دائني رب العمل ما بذمته من أموال قسمة غرماء كل حسب نصيبه.(3)

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.(4)

---

(1)أ.إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص79

(2) د .السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 132 ص231

(3) جاك غستان ، المرجع السابق ، فقرة 839 ص1006

(4) د .الياس ناصف المرجع السابق ، ص77

كما أن الدعوى المباشرة لا تميز المقاول الفرعي إلا في علاقته مع سائر دائني المقاول الأصلي، من ثمة لا يحتج على دائني رب العمل بالدعوى المباشرة إذا وفى هذا الأخير للمقاول الفرعي وحده دونهم ، فيكون بإمكانهم الطعن في هذا الوفاء طبقا لأحكام المدة 191 من القانون المدني عن طريق إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف(1).

المطلب الثانـــي :حق الامتياز في حالة توقيع الحجز

لم يكتفي المشرع بمنح المقاول الفرعي الحق في إقامة الدعوى المباشرة ضد مدين مدينه و أقر له بالإضافة إلى ذلك حق الامتياز في حالة توقيع الحجز بين يدي رب العمل،الأمـــر الذي يدفع للسـؤال عن الغاية من تقرير حق الامتياز للمقـاول الفرعي إلى جانب الدعـــوى المباشرة و الأشخاص المستفيدين من هذا الحق، بالإضافة إلى ضـرورة توضيح موضـوع هذا الامتياز و النتائج المترتبة على استعماله وهو ما سيتم في الفرعين التاليين:

الفرع الأول :نطاق حق الامتياز

يقتضي بحث حق الامتياز الممنوح للمقاول الفرعي و من في حكمه، بيان الغاية التي أرادها المشرع من هذا المنح ، و تحديد نطاق هذا الحق من خلال تبيان الأشخاص المستفيدين منه إلى جانب توضيح محله وهو ما سيتم في الفقرتين التاليتين:

أولا: الغاية من تقرير حق الامتياز

إن منح المشرع للمقاول الفرعي حق الامتياز إلى جانب الدعوى المباشرة أمـــر يدعـــو للتساؤل عن الغاية التي قصدها من ذلك؟

من البديهي أن في هذا الأمر ضمان أخر للمقاول الفرعي حتى يستوفي حقه مهما كانت الأحوال و النزاعات المحتمل حدوثها، لكن الملاحظ أن هذا الحق جاء مقترنا بحالة الحـــجز بين يدي رب العمل، فما العبرة من ذلك؟

طبقا للقواعد العامة يجوز للمقاول الفرعي باعتباره دائنا للمقاول الأصلي أن يسلك طريق حجز ما للمدين لدى الغير، فيحجز على أموال المقاول الأصلـي بين يدي رب العمـــل حتى يتحصل على حقوقه.(2)

لكن على اعتبار أن حجز ما للمدين لدى الغير طريق عادي للتنفيذ فإنه لا يكسب سالكه مركز مانعا أو مميزا بمعنى أنه يحق لغيره من دائني المقاول الأصلي أن يسلك نفس الطريق و يوقع حجز أخـــر كما أن قيام المقاول الفرعي بالحجز لا يقيه من مزاحمة باقي الدائنين. لهذا السبب يبقى الحجز أقل فعالية من الدعوى المباشرة، كون هذه الأخيرة متى رفعت منعت

---

(1)مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص97

(2)أ.إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص79

البدء في الحجز أو حتى الاستمرار فيه إذا كان سابقا لها.
إن هذا الأمر حتم على المشرع التدخل بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 565 من القانون المدني و جعل هذا الحجز مقترن ميزتان هامتان هما:

الأولى :منح حق الامتياز للمقاول الفرعي في حالة توقيع الحجز على ما للمقاول من أموال لدى رب العمل.

الثانية :أنه بإمكان رب العمل أن يفي مباشرة للدائنين الحاجزين أصحاب الامتياز دون اشتراط تحول هذا الحجز إلى حجز تنفيذي و مباشرة الاجراءات القضائية في هذا الشأن.

فقد قرر المشرع صراحة أنه في حالة توقيع الحجز بين يدي رب العمل، يكون للمقاول الفرعي حق الامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز من جهة و من أخرى على جواز أداء هذه المبالغ إليه مباشرة .

من ثمة فإن توقيع الحجز شرط أساسي للاستفادة المقاول الفرعي من حق الامتياز لكن هذا لا يعني أن مصدر هذا الحق هو الحجز، إنما يبقى مصدره نص المادة أعلاه.(1)

و مما لا شك فيه أن اقتران الحجز بهاتين الميزتين زاد من فعالية هذا الإجراء حتى أن بعض الشراح رأوا فيه المسلك الأفضل للمقاول الفرعي من الدعوى المباشرة لأنه لو فرضنا أن المشرع لم يعطي حق الامتياز للمقاول الفرعي و سبقه دائن أخر للمقاول الأصلي من غير أصحاب هذا الحق و ضرب حجز على ما للمقاول الأصلي لدى رب العمل، ثم وفى له هذا الأخير بما في ذمته قبل أن يقيم المقاول الفرعي دعواه المباشرة ففي هذه الحالة يتشارك المقاول الفرعي مع هذا الدائن و يتقاسما المال بينهما قسمة غرماء ، لكن بتقرير المشرع لحق الامتياز للمقاول الفرعي يكون قد جنبه المزاحمة و مكنه من التقدم على هذا دائن الحاجز(2).

تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع اتبع الدعوى المباشرة بحق الامتياز في حالة توقيع الحجز لأنه من المستبعد أن يتزاحم الدائنون الحاجزون مع دائنين دافعي الدعوى المباشرة و السبب في ذلك أن توجيه المقاول الفرعي لإنذار بالدفع لرب العمل أو إقامته للدعوى مباشرة، يمنع الاستمرار في إجراءات الحجز إذا كان سابقا لها و لم يثبت بعد.

فالحجز في هذه الفترة أي قبل صدور حكم بصحته وتثبيته يكون له أثر تحفظي فقط و يبقى الحق في ذمته صاحبه و مع ذلك لا يحق لهذا الأخير التصرف فيه، في حين لا يمكن الاحتجاج بالأثر التحفظي للحجز على صاحب الدعوى المباشرة طالما أنها حق مستقل و نافذ بقوة القانون .(3)

---

(1)د .السنهوري، المرجع السابق، ص232
(2) د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص99
(3) د .مصطفى عبد السيد الجارحي، نفس المرجع ص100

أما في الحالة التي يضرب فيها الحجز و يصدر حكما قضائيـا بتثبيته، فلا يمكن بعـد ذلك إقامة الدعوى المباشرة على رب العمل، إنمـا يجب على المقاول الفرعي و من في حكمه أن يسلكوا طريق الحجز و الاستفادة من حق الامتياز المقرر لهم قانونا.

الفرع الأول: أصحاب 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.

بناء عليه فإن حق الامتياز يثبت لنفس الأشخاص المستفيدين من الدعوى المباشرة، و هم 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 و هذا خروجا عما جاءت به القواعد المنظمة لحجز ما للمدين لدى الغيـر التي تقضـي بمتابعة المـال 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 تزاحـم بين الدائنيـن و وجود النزاع القائم بينهم،و حلـه يستوجب تقدم كل من المقـاول الفرعـي و عماله و عمال المقاول الأصلي على باقي الدائنين المشاركين في الحجز على أساس حق الامتياز الممنوح لهم (1).

الفرع الثاني : موضوع حق الامتياز

بين المشرع في المادة أعلاه كذلك محل الامتياز الممنوح للمقاول الفرعي، و هو 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 ، و في ذلك كما سبق القول منعا لأي ضرر قد يلحق برب العمل.

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

تنص المادة 1000من القانون المدني بأن المبالغ المستحقة للمقاولين و المهندسين المعماريين الذين عهـد إليهم بتشييد أبنيـة أو منشآت أخـرى أو في إعادة تشيـيدها أو في ترميمـها

(1) د .مصطفى عبد السيد الجارحي، نفس المرجع ص100

أو صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت و لكن 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 و في ذمة المالية لصاحبه، فمن العدل إذن أن يتقدموا بدينهم في حدود تلك الزيادة.

يعتبر البعض الشراح أن حق الامتياز المقرر في هذه المادة،لا يثبت إلا للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم مالك العقار بأعمال التشـييد أو الترميم أو الصيانـة، أما من لم يتعاقد معهم مالك الأرض مقام عليها البناء أو مالك البناية محل الترميم أو الصيانة، فلا يثبت لهم هذا الامتياز، و نتيجة لذلك لا يحق للمقاول الفرعي الاستفادة من هذا الامتياز.(1)

في حين يرى البعض الأخر أن هذا الرأي يكون المقبول لو أن المشرع أبقى المقاول الفرعي و رب العمل أجانب تماما عن بعضها البعض، أما و أنه أقر للمقاول الفرعـي حق مطـالبة رب العمل مباشرة بما هو مستحق له في ذمة المقاول الأصلي، فيكون بالتالي قد أوجد علاقة مديونية مباشرة بين رب العمل و المقاول الفرعي.

بالإضافة إلى فأن كل من الدعوى المباشرة و حق الامتياز يهدفان إلى الوصول لرب العمل باعتباره المستفيد الحقيقي من الأعمال، فليس من العدل أن يثـرى رب العمل على حسـاب المقاول الفرعي هذا من جهة، و من جهة ثانية فإن النص أعلاه لم يشترط صراحة أن يكون المستفيدون من هذا الحق هم المتعاقدون مع مالك العقار، بل أورد لفظ " تعهد إليهـم " و هو لفظ عام يتسع تفسيره لكل من لهم صفة في أن يعهد بالعمـل إليهم، و مـما لا شك فيـه أن للمقاول الأصلي الصفة في أن يعهد بالعمل للمقاول الفرعي.

و على هذا الأساس لا يوجد ما يمنع استفادة المقاول الفرعي من أحكام هذه المادة و الامتياز المقرر فيها بقدر الزيادة التي أحدثتها الأعمال التي أنجزها في قيمة العقار يتضح من خلال الحجج التي ساقها مؤيدو الرأي الثانـي، أنـه رأي جدير الأخـذ به لكن قطعا لكل تفسـير أو تأويلا للنصوص القانونية ، حبذا لو يتدخل المشرع و يمنح صراحة المقاول الفرعي حق لامتياز على العقار الذي ساهم في بناءه أو ترميمه أو صيانته بقدر الزيادة التي يحدثها عمله فيقيمة العقار.(2)

---

(1)رأي أ .شفيق شحاتته –نظرية العامة للتأمين العيني، الطبعة الثالثة، 1955 ، ص 176 :الهامش .3 أورده مصطفى عبد السيد الجارحي في مؤلفه السابق الذكر.

(2)د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص101

الفرع الثالث :نتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز

إن الملاحظ فيما يتعلق بنتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز الممنوح له قانونـا أنها تقريبا نفس النتائج المترتبة على ممارسة الدعــوى المباشـرة،و أن الحلول الموضوعة لفض مختلف النزاعات التي قد تطرأ بين أطراف العملية العقدية و دائنيهم متماثلـة،و التـي يمكن تلخيصها في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فتخصص لمسألة مدى نفـاذ الحوالـة في حق 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.

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

أما فيما بين أصحــاب حق الامتياز فلا وجود لأفضلية أحدهم على الأخر 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 و لو 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 أخر الفقرة بعبارة " يجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة " و المقصـود منها أنه بإمــكان رب العمل أن يدفع مباشرة للمقاولين الفرعيين و عمالهم و كذلك 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، و بالتالي إمكانية حصولهم على حقوقهم في أقل وقت و جهد.(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.

---

(1)د.عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص231

(2)د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص98

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

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

بذلك يكـون المشرع من خلال هذه الفقرة قد أضفى حماية أخرى على المقاول الفرعي و العمال،إذ منع سريان حوالة الحق و لو كان نفاذها سابقا على الإنـذار بالوفاء أو توقيـع الحجز كـون النص جاء شاملا للحقين معا الدعوى المباشرة و حق الامتياز في حالة توقيع الحجز و من ثمة فإن الحوالة لا تنفذ في حق رافع الدعوى المباشرة و لو كانت سابقة عليها كما أنها لا تنفذ في مواجهة أصحاب حق الامتياز الموقعين للحجز.(1)

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

أما و إن 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 يـدي رب العمل و قبل أن يوجه له إنذار بعدم الوفاء بالدين، في هذه الحالة يكون الوفـاء للمحال إليه مبرئا لذمة رب العمل و ساريا 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 و يكون لهم أن يستوفوا حقوقهم من رب العمل بما يكون في ذمته للمقاول الأصلي.(2)

سبـق القول أنه من الممكن أن يكون الحجز موقعا من قبل دائن أخر غـير 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،و إن وقعت بين حجز ين تعامل كحجز ثان و دون أن يكون بالإمكان الاحتجاج بها إذا كان الحجز الثالث مضروبا من دائني أصحاب الدعوى المباشرة.

---

(1)د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 100

(2) أ .أنور طلبة، المرجع السابق، ص101

الخاتمة

الخاتمـــــة

إن من خلال دراستنـا لموضوع عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري و ذلك بتبيان ماهيته و قد ركزت على المعنى القانوني للمقاولة الفرعـية نظرا لخصوصيته فحاولت قدر المكان إعطاء فكرة عن مفهومه.

و رغم تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية، إلا أنه تبين بقاءه عقدا مستقلا و قائم بذاته من جوانب معينة كوجوب توفره على الأركان الأساسية التي تقتضيها القواعد العامة بشأن العقود، مما حتم التعرض إليها بالإضافة إلى الخصائص المميزة لعقد المقاولة الفرعية.

كما تناولت أثار المترتبة عن عقد المقاولة الفرعية و ما ينشئه من التزامات في ذمة كل طرف من أطرافه و ما يترتب من الإخلال بها،و في هذا الصدد نكون قـد استخلصنـا إلى مايـــــلي:

إن المشرع اكتفى بتخصيص مادتين فقط ضمن أحكام القانون المدني لتنظيـم عقـد المقاولة الفرعية.

كما أنه اقتصر تنظيمه لهذا العقد على جوانبه المادية، حيث تدخل من هذا الباب ليقدم ضمانات قانونية للمقاول الفرعي حتى يستوفي حقوقه عن طريق منحه حق إقامة دعـــوى مباشرة ضد رب العمل ليطالبه بما في ذمته للمقاول الأصلي، و كذلك حـــق الامتياز على أموال المقاول الأصلي المحجوزة بين يدي رب العمل خروجا عما تقضي به القواعد العامة فإن ذلك غير كاف إذ كان من المناسب لو تعرض بشيء من التفصيل للنتائج المترتبة على اعتبار المقاولة الفرعية عقد من الباطن ، نظرا لأهميتها عند الفصل في النزاعات المطروحة على القضاء و كذلك للحالات التي يجوز التعاقد فيها من الباطن دون اشتراط الحصول على موافقة المسبقة لرب العمل.

إن المشرع الجزائري و على غرار الكثير من التشريعات ركز على ضرورة حمايـة المقاول الفرعي كونه الطرف الضعيف في العملية و قرر منحه الوسيلتين السابق ذكرهمـا للحصول على حقه، لكنه بالمقابل لم يرى ضرورة لتقرير حماية لرب العمل مما قد يلحـقه من أضرار مباشرة بسبب إخلال المقاول الفرعي بتنفيذ عقد المقاولة الفرعية، مقررا فقط بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن هذا الإخلال أمام رب العمل.

و حسب رأي فإن ذلك إجحاف بحق رب العمل، لأنه مدام قد منح الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي ضد رب العمل حتى يستوفي حقه، يكون من العدل أن يقرر كذلك دعوى مباشـرة

يمارسها رب العمل ضد المقاول الفرعي حتى يسأله مباشرة عما قد يسببه له من أضـــرار نتيجة إخلاله التزاماته الناتجة عن عقد المقاولة الفرعية، كونـه صاحـب المصلـحة الأول في ذلك و المتضرر الفعلي، و من ثمة توحيد نظام المسؤولية داخل سلسلة العقود الفرعية.

إن موضوع الضمان و إخراج المقاول الفرعي من الضمان العشري على أسـاس أنـه وضع لحماية رب العمل في علاقته مع المقاول الأصلي و استبعاده في العلاقـة بيـن هـذا الأخير و مقاوليه الفرعيين قول لا يتماشى و الواقع المعاش، حيـث في كثـير من الأحيان

و نظرا لفكرة تقسيم الأعمال و تزايد أسلوب التخصص، أضحى المقاول الأصلي يفتقر للدراية و الخبرة المفترضة فيه فحاله حال رب العمل، مما يقتضي إدراج المقاول الفرعي ضمن النطاق الشخصي للضمان و التأمين الإجباري عن المسؤولية.

و في الأخير نأمل أن نكون قد وفقنا في هذه الدراسة المتواضعة.و نكون قد استفدنا منها و افدنا من اطلع عليها و لو بالشيء القليل.

قائمة المراجع

أ : المراجع اللغوية

-قاموس المصطلحات الحقوقية و التجارية لممدوح حقي طبعة الثانية 2001 ، مكتبة لبنان.

ب :المراجع القانونية

أولا :المراجع العامة

1-أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في القانون المدني، الطبعة الأولى 2004 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

2- الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، جزء الثالث :تنفيذ العقد1 التنفيذ العيني، دراسة مقارنة، طبعة 1992 بدون ذكر دار النشر.

3- الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية جزء الخامس، تنفيذ العقد الوسائل الممنوحة للدائن لكي يتمكن من تنفيذ الموجب المستحق له، دراسة مقارنة طبعة 1995 بدون ذكر دار النشر.

4- جاك غستان، المطول في القانون المدني -مفاعيل العقد أو أثاره،ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى 2000 ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع

5-علي علي سليمان النظرية العامة للالتزامات،مصادر الالتزامات في القانون المدني، الطبعة الخامسة 2003 ديوان المطبوعات الجامعية.

6-علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد،طبعة 2001 ، موفق للنشر.

7- نبيل إبراهيم سعد التنازل عن العقد، نطاق التنازل عن العقد و أحكام تنازل عن العقد، الطبعة الثانية 2000 ، منشأة المعارف الإسكندرية.

ثانيا :المراجع الخاصة:

1-أنور طلبة، العقود الصغيرة، الشركة و المقاولة و التزام المرافق العامة، طبعة 2004المكتب الجامعي الحديث.

2- المستشار أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل،طبعة 2003 منشأة المعارف الإسكندرية.

3- أبو قرين أحمد عبد العال،الأحكام العامة لعقد المقاولة،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية القاهرة،2002-2003.

4- المهندس حسين محمد جمعة، انهيار العمارات :الأسباب الهندسية و القانونية، طبعة 1997الدار

للتجهيزات و الطباعة.

5- المدني بجاوي،التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاولة،دراسة تحليلية و نقدية،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر 2008.

6- الفضيلي جعفر، الوجيز في العقود المدنية، البيع–الإيجار-المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،الأردن، دون سنة طبع.

7- شنب محمد لبيب،شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه و القضاء،الطبعة الثانية،منشأة المعارف، الإسكندرية،2004

8- عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء السابع عقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة و الوديعة و الحراسة، دار أحياء التراث العربي بيروت،1964

9- عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة والوكالة و

الكفالة الطبعة الأولى، الإصدار الثاني 2001 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع.

10 - عزت عبد القادر، عقد المقاولة،طبعة 2001 ، دار الألفي.

11- قرة فتيحة،أحكام عقد المقاولة،منشأة المعارف،الاسكندرية،1992.

12- مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين

المصري و الفرنسي، الطبعة الأولى 1998 النشر العربية القاهرة.

13- محمد عبد الرحيم عنبر المحامي، عقد المقاولة دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية1977

14- نعيم مغبغب، عقود البناء و الأشغال الخاصة و العامة،طبعة 1997 بدون ذكر دار النشر.

<u>الرسائـــــــــــــــل</u>

1- أعراب بلقاسم ، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984.

2- برجم صليحة،المقاولة الفرعية،رسالة ماجستير،جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2008-2009.

3- توفيق زيداني،التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانوني المدني الجزائري، رسالة ماجستير ،جامعة الحاج لخضر باتنة،2009-2010.
4- فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر،1993

القوانيـــــــــــــــن

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني،الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1995 معدل و متمم بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2007 جريدة الرسمية عدد 23،44 يوليو 2005.
2-المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية جريدة رسمية العدد 57 صادرة في 13 نوفمبر 1991 معدل و المتمم بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 يوليو 2002.
3- المرسوم التنفيذي رقم 03-188 المؤرخ في 22 افريل 2003 المتضمن تكوين و تنظيم عمل المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة،جريدة الرسمية العدد 29 الصادرة في 23 أفريل 2003.

المراجع باللغة الفرنسية

1- Auby Jean-Bernard et Perinet-Marquet Huges, droit de l'urbanisme et de la construction, 4éme édition, Montchrestien, 1995.
Benabent Alain, Louage d'ouvrage et d'industrie, sous traitance,-2 fascicule.H-2-8-1990.
3- 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
4- Zennaki Dalila, L'impact de la réception de l'ouvrage sur la garantie des constructeurs immobiliers, Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Faculté de droit de Ben aknoun, université d'Alger, volume 42, édition l'office national des travaux éducatifs, Alger, 2001.

الفهرس

الفهرس

مقدمـــــــــــــــة	أ
الفصل الأول: ماهيـــــــــــة عقـــــــد المقاولـــــــــة الفرعيـــــــــــــــــة	01
المبحث الأول: مفهـــــــــــــوم عقـــــــد المقاولـــــــــــة الفرعيـــــــــــــــــة	02
المطلـــب الأول: تعريـــــــــف عقـــــد المقـــــاولـــــة الفرعيـــــــة و خصائصـــــــه	03
الفرع الأول: التعريف القانوني لعقد المقاولة الفرعية	03
الفرع الثاني: التعريف الفقهي لعقد المقاولة الفرعية	03
الفرع الثالث: خصائـــــــــــــــــص عقد المقاولة الفرعية	04
أولا: عقد المقاولة الفرعية عقد رضائي	04
ثانيا: عقد المقاولة الفرعية عقد ملزمة لجانبين	04
ثالثا: عقد المقاولة الفرعية عقد معاوضة	05
رابعا: عقد المقاولة الفرعية من العقود ترد على العمل	05
المطلب الثاني: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة لها	05
الفرع الأول: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن التنازل عن العقد	06
الفرع الثاني: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن المقاولة المشتركة	07
الفرع الثالث: تمييز عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني عنها في قانون الصفقات العمومية	07
المطـــلب الثالث: المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته بأطراف العقد الأصلي	08
الفرع الأول: المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته برب العمل	08
الفرع الثاني: المركز القانوني للمقاول الفرعي في علاقته بالمقاول الأصلي	09
المبحث الثاني: شـــــروط العامة و الخاصـــة لانعقاد عقـــــــد المقاولـــــة الفرعيـــــة	11
المطلب الأول: الشروط العامة لعقد المقاولة الفرعية	12
الفرع الأول: التراضي في عقد المقاولة الفرعية	12
أولا: شروط الانعقاد	12
ثانيا: شروط الصحة	13
ثالثا: أهلية المقاول الفرعي	13
رابعا: أهلية المقاول الأصلي	13
خامسا: خلو الإرادة من العيوب	14
الفرع الثاني: المحل في عقد المقاولة الفرعية	15
أولا: محل التزام المقاول الفرعي	15

– تحديد محل التزام المقاول الفرعي	15
– شروط محل التزام المقاول الفرعي	16
ثانيا: محل التزام المقاول الأصلي	17
–الأجر في عقد المقاولة الفرعية	17
–شروط الأجر	17
–وجود الأجر و جديته	17
–تعيين الأجر و مشروعيته	18
المطلب الثاني: الشروط الخاصة لعقد المقاولة الفرعية	19
الفرع الأول: اشتراط وجود عقد مقاولة سابق	20
الفرع الثاني: قبول رب العمل للمقاولة الفرعية	20
أولا: طبيعة العمل تقتضي أن يتم تنفيذ من المقاول شخصيا	21
ثانيا: وجود الشرط المانع للمقاولة الفرعية	22
ثالثا: جزاء الإخلال بالشرط المانع	22
الفصل الثاني: آثار عقـــد المقـاولـــــــة الفرعيـــــــــــة	24
المبحث الأول: التزامات أطراف العقد و جزاء إخلال المقاول الفرعي بالتزاماته	25
المطلب الأول: التزامات المقاول الفرعي و المقاول الأصلي	26
الفرع الأول: التزامات المقاول الفرعي	26
أولا: التزام المقاول الفرعي بإنجاز العمل المتفق عليه	26
ثانيا: التزام المقاول الفرعي بتسليم العمل المنجز	27
ثالثا: التزام المقاول الفرعي بالضمان	27
–الضمان العام و مبادئه	28
–استبعاد المقاول الفرعي من نطاق الضمان العشري	29
الفرع الثاني: التزامات المقاول الأصلي	30
أولا: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من انجاز العمل	30
ثانيا: التزام المقاول الأصلي بتسلم العمل	30
–مقتضيات الالتزام بتسلم العمل	31
ثالثا: التزام المقاول الأصلي بدفع الأجرة	31
المطلب الثاني:جزاء إخلال المقاول الفرعي بالتزاماته و قيام مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول الفرعي	32
الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية عن فعل الغير	32
الفرع الثاني: شروط مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول الفرعي	32

أولا: وجود عقد صحيح بين المقاول الأصلي و رب العمل	33
ثانيا: أن يلتزم المقاول الفرعي بإنجاز العمل	33
ثالثا: ارتكاب المقاول الفرعي لخطأ عقدي	34
الفرع الثالث: دعوى رجوع المقاول الأصلي على المقاول الفرعي كأثر لهذه المسؤولية	35
أولا: عدم امكانية مساءلة رب العمل عقديا للمقاول الفرعي	35
ثانيا: نتائج مبدأ العلاقة بين رب العمل و المقاول الأصلي	36
المبحث الثاني: الحقوق المقررة قانونا للمقاول الفرعي	37
المطلب الثاني: حق المقاول الفرعي في إقامة الدعوى المباشرة	38
الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة و خصائصها	38
أولا: الأساس القانوني للدعوى المباشرة	38
ثانيا: خصائص الدعوى المباشرة	38
-دعوى أصلية اختيارية خاصة غير تامة	39
-دعوى مباشرة غير تامة	39
-دعوى مباشرة من النظام العام ليس لها أثر انقضائي	40
الفرع الثاني: شروط الدعوى المباشرة	40
أولا: أطراف الدعوى المباشرة	40
-المدعي في الدعوى	40
-المدعى عليه في الدعوى-	41
الفرع الثالث: نتائج الدعوى المباشرة	42
أولا: نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي	42
ثانيا: نتائج الدعوى المباشرة على دائني المقاول الأصلي	43
ثالثا: نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل و دائنيه	44
المطلب الثالث: حق الامتياز للمقاول الفرعي في حالة توقيع الحجز	46
الفرع الأول: أصحاب حق الامتياز	48
الفرع الثاني: موضوع حق الامتياز	48
الفرع الثالث: نتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز	50
الخاتمة	52