جامعة ابن خلدون – تيارت–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

الشعبة: حقوق

تخصص: قانون عقاري

الموضُـــوع:

عقد المقاولة من الباطن في التشريع الجزائري

من إعداد الطالبتين:

–حمداني فاطمة

–مزار سيليا

إشراف الدكتورة:

– مكي خالدية

أعضاء لجنة المناقشة

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة
د.قزولي عبد الرحيم	أستاذ محاضر "ب"	رئيسا
د.مكي خالدية	أستاذة	مشرفا مقررا
د.قديري مُحَّد توفيق	أستاذ محاضر" أ"	عضوا مناقشا
د.طفياني مختارية	أستاذة	مدعو

السنة الجامعية: 2022م/ 2023م

﴿ وفوق كل ذي علم عليم ﴾

صدق الله العظيم

مُقَدِّمَةٌ

إن عقد المقاولة لا طالما كان انشغالا للفقهاء والقانونيين، أولى الفقه اهتماما كبيرا بهذا العقد، لانتشاره محاولين إيجاد مفهوم دقيق له وتحديد صيغته وخصائصه وما يميزه عن العقود الأخرى.

عرفه البعض عقد يتعهد طرفيه بصنع شيء أو أداء عمل لحساب الطرف الآخر لقاء أجر ومستقل عن إدارته، كما اختلف المشرع الجزائري مع الفقه في تعريف عقد المقاولة إذ تناول الإطار القانوني لهذا العقد بين أشخاص القانون الخاص في الكتاب الثاني من القانون المدني.[1] الذي وضع فيه المشرع أحكام الالتزامات والعقود في فصله الأول وأورد العقود الواردة على العمل في المادة 549 إلى المادة 570.

عرف المشرع الجزائري عقد المقاولة في المادة 549 من القانون المدني بأنه: "العقد الذي يتعهد بمقتضاه المتعاقدون أن يصنع شيئا أو ان يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

وعرف المشرع المقاول: في المادة 3 من قانون الترقية العقارية "كل شخص طبيعي او معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية"[2]، لكن فيما يخص المسؤولية المدنية يقتضي الأمر الرجوع إلى الأحكام الواردة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في القانون الخاص.

ويتحدد محل عقد المقاولة بالشيء أو العمل الذي يلتزم بتأديته لمصلحة الطرف الثاني ويتحدد موضوع عقد المقاولة في أشغال التهيئة، والحفر وضع أساسيات البناء والتجهيز التي يلتزم بها المقاول لإنجاز وتنفيذ العقد في الوقت المحدد وبالشكل المحدد في العقد، في حالة استحالة تنفيذ عقد المقاولة الأصلي، أتاح المشرع للمقاول فرصة اللجوء إلى مقاول آخر، يكلفه بإنجاز مشروع كله أو جزءا منه، كما يمكنه التعاقد مع عدة مقاولين يكلف كل واحد منه بإنجاز جزء من العمل حسب تخصصه وخبرته والمهمة المنوطة به، يسمى العقد الثاني بعقد المقاولة من الباطن.

---

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005

[2] قانون الترقية رقم 07/06 المؤرخ في 04 مارس 1986 الذي ألغى بالمرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أو مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري الذي ألغي وصدر قانون 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والسارية المفعول.

إن عقد المقاولة من الباطن ذو أهمية عملية واقتصادية، إلا أن مفهومه القانوني غامض وأي باحث في القانون يلاحظ أن هناك تعدد في المصطلحات المستعملة للدلالة على هذا العقد، سواء لدى الفقهاء أو القانونيين أو الاقتصاديين حتى المشرع الجزائري لم يوحد مصطلح المقاولة من الباطن من خلال الأعمال القانونية التي يصدرها (المناولة الثانوية) في قانون الصفقات العمومية[1]، المقاول الفرعي في القانون المدني[2]، المقاولة من الباطن في قانون الترقية العقارية.[3]

إن هذا التعدد في التسمية صاحبه غموض في تطبيق النصوص القانونية نحاول التعرف أولا على هذا العقد بما أنه من عقود الباطن حاول الفقهاء إيجاد تعريف ولم شتات هذه التسميات، عرفوا عقود الباطن هي تلك العملية العقدية يقوم من خلالها أحد المتعاقدين يسمى المتعاقد المشترك لإبرام عقد مع متعاقد آخر يسمى المتعاقد الفرعي يصبو من خلاله بتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه.[4]

تنشأ عن التعاقد الفرعي ثلاث علاقات، علاقة بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي وهي العلاقة التعاقدية تعرف بعقد المقاولة الأصلي والعقد الثاني يتم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ويسمى العقد الفرعي أو عقد المقاولة من الباطن، ويعتبر هذا العقد من الناحية القانونية عقد عمل عبرة بالأركان وشروط العقد، ومن القواعد القانونية أن الفرع يتبع الأصل توجد علاقة تبعية بين العقد الأصلي والعقد الفرعي طبقا لنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري عقد يتفرع عن عقد أصلي، يتفق ويلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[5].

[1] المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[2] الأمر رقم 75-58 سبق ذكره

[3] القانون 11-04 سبق ذكره

[4] أ.د.بدري جمال، محاضرات في العقود الفرعية الايجار الفرعي، المقاولة الفرعية، الوكالة الفرعية، السنة الجامعية 2018-2019

[5] علي على سليمان النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثامنة 2008 بند 11،ص10.

ويعد عقد المقاول من الباطن عقداً بموجبه يكلف المقاول الأصلي مقاولا آخر يعرف بالمقاول من الباطن بتنفيذ كل العمل محل عقد المقاولة الأصلي أو جزء منه مقابل أجر يلتزم به الطرف الآخر، وتترتب في ذمة الأطراف التزامات تعاقدية، وتترتب عن اخطائهما مسؤولية تقصيرية.

ويلاحظ عدم تخصيص المشرع الجزائري للتعاقد الفرعي نصا تشريعيا مستقلا، بل تناول أحكام عقد المقاولة من الباطن ضمن فصل عقد المقاولة في القانون المدني بالنسبة للعقود الخاصة، وفي تشريع الصفقات العمومية بالنسبة للمقاولات الفرعية في إنجاز المشاريع العامة حيث سماه بالمناولة، وفي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور سابقا، وبما أنه لم يتناول أحكام تخص التعاقد الفرعي، لأنها من العقود الخاصة إذ منع في تشريع الصفقات العمومية شمول التعاقد الفرعي كامل أشغال الصفقة وحصره في جزء منها لا يتجاوز قدر 40 من المبلغ، الإجمالي للصفقة، وأوجب تحديد مجال التعاقد من الباطن في دفتر الشروط للصفقة ذاتها، فلا يكفي رضا المقاول الأصلي عليه يل يجب موافقة الإدارة صاحبة المشروع كما اشترطه المشرع [1].

ولاختلاف النظامين القانونين عن بعضيهما البعض لا يجوز تطبيق أحكام التعاقد الفرعي في الصفقات العامة على التعاقد من الباطن في العقود الخاصة، وإن كان من الناحية العملية كثرة اللجوء إلى أحكام الصفقات العمومية في تحرير عقد المقاولة من الباطن على غرار تحرير العقد الأصلي.

إن المشرع الفرنسي أصاب بتوحيده لأحكام التعاقد الفرعي في العقود الخاصة والعقود العامة بموجب نص تشريعي مستقل بالنظر لأهمية التعاقد من الباطن، في مجال الصناعة والتجارة عامة وفي مجال البناء خاصة، أما المشرع الجزائري لا يزال يفصل بين التعاقد من الباطن في الصفقات العامة وفي العقود الخاصة، فاهتم بتعديل أحكام التعاقد الأول وأغفل أحكام التعاقد الثاني منذ صدور الأمر 1975 م.

[1] نص المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور سابقا.

ولأهمية التعاقد من الباطن وما له من انعكاسات وتأثير على عجلة التنمية الاقتصادية للدول، نحاول الإلمام بالموضوع ودراسة عقد المقاولة من الباطن في القانون المدني الجزائري والذي نظمه المشرع الجزائري فقط في المادتين 564-565، والسؤال المطروح:

ماهية التعاقد من الباطن والمسؤولية عن تنفيذ هذا العقد؟

من أجل مناقشة هذه التساؤلات اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي للإجابة على هذا الاشكال في (الفصل الأول) تناولنا ماهية عقد المقاولة من الباطن ولارتباط العقد بمسؤولية تنفيذه في (الفصل الثاني) تناولنا المسؤولية على تنفيذ عقد المقاولة من الباطن.

واعتمدنا الخطة التالية:

مقدمة

الفصل الأول: ماهية عقد المقاولة من الباطن

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة من الباطن

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة من الباطن

المطلب الثاني: تميز عقد المقاولة من الباطن في القانون المدني وعن الحالات المتشابهة بها

المبحث الثاني: كيفية انعقاد المقاولة من الباطن

المطلب الأول: الشروط الازمة للتعاقد من الباطن

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة لإبرام عقد المقاولة من الباطن

الفصل الثاني: المسؤولية عن تنفيذ عقد المقاولة من الباطن

المبحث الأول: المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن

المطلب الأول: العلاقة القانونية بين المقاول الأصلي والمقاولة من الباطن ورب العمل

المطلب الثاني: أركان المسؤولية العقدية ومسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول في المقاولة من الباطن

المطلب الأول: علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

المطلب الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية والعلاقة القانونية

المطلب الثالث: آثار المسؤولية التقصيرية، الناشئة عن مسؤولية المقاول في المقاولة من الباطن

خاتمة.

الفصل الأول

ماهية عقد المقاولة من الباطن

أفرز التطور الاقتصادي مع بداية القرن العشرين أوضاعا قانونية معقدة استقطبت إهتمام رجال القانون مما أدى إلى ظهور عدة أفكار ومفاهيم قدمت كوسائل قانونية حتى تلائم هذه الأوضاع المستجدة، تعرض جانب منهم للعقد من الباطن من حيث تعريفه وتمييزه عن غيره من العقود المشابهة له وخصائصه وتعريفه ضمن مجموعة من العقود وصول إلى دراسته بالتفصيل باعتباره مفهوما قانونيا[1]. قسمنا الفصل الأول إلى مبحثين (المبحث الأول) مفهوم عقد المقاولة من الباطن، (المبحث الثاني) كيفية انعقاد المقاولة من الباطن.

[1] برجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة، من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق (فرع العقود والمسؤولية)، جامعة يوسف بن خدة، كلية حقوق، 2009، الجزائر، ص16.

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة من الباطن.

تقوم المقاولة من الباطن كلما كنا أمام التزام بعمل يتم تنفيذه ماديا وفعليا ليس عن طريق المدين الأصلي، أي المقاول الأصلي لكن عن طريق الغير فالمقاولة من الباطن هي اتفاق يتعهد بمقتضاه فرد أو شركة (المقاول من الباطن) بتنفيذ عمل حدد لشخص آخر، للقيام بهذا العمل لصالح المقاول الأصلي، وبالتالي فإن عقد المقاولة من الباطن يمثل طريقا لتنفيذ العقد عن طريق الغير.

يمارس المقاول الأصلي نوعاً من الرقابة على المقاول البديل وهذا لا يتعارض مع وجود مقاولة من الباطن طالما أن هذه الرقابة لا تصل إلى حد توجيه أوامر ملزمة إلى المقاول من الباطن بحيث لا تترك له استقلالية في التنفيذ[1].

الإلمام بعقد المقاولة من الباطن يجب تعريفه وبيان خصائصه ومعرفة المركز القانوني للمقاول الفرعي وعلاقته بأطراف العقد الأصلي.

المطلب الأول: تعريف المقاولة من الباطن

عرف المشرع الجزائري عقد المقاولة في المادة 549 ق.م.ج هو ذلك العقد الذي يقوم بمقتضاه المقاول بتنفيذ كل أو جزء من العمل المسند اليه من رب العمل إلى مقاول آخر مقابل أجر دون أن يخضع هذا الأخير لإشراف أو إدارة المقاول الأصلي[2].

بينما عرفه جانب أخر من الفقه عقد المقاولة من الباطن أنه: من يعهد إليه المقاول الأصلي بتنفيذ كل أو جزء من العمل الذي تعاقد هذا الأخير بإنجاز مع رب العمل وذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن[3].

---

[1] غازى خالد أبو عرابي، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والنشرية دراسة مقارنة على الفقه الإسلامي الطبعة الأولى، دار وائل النشر، عمان-الأردن،2009، ص16.

[2] عبد الحميد عثمان الحنفي، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط1، 1991، ص9.

[3] غازي خالد أبو عرابي، نفس المرجع، ص18.

كما تم تعريف عقد المقاولة منه الباطن أيضا بأنه " ذلك العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول الذي اوكل إليه تنفيذ العمل مع مقاول أخر من أجل تنقيذ العمل كله أو جزء منه[1].

يمكن لنا بناءا على ما تقدم تعريف عقد المقاولة من الباطن على أنه "عقد يعهد من خلاله أحد المقاولين إلى مقاول ثاني يسمى المقاول من الباطن وتحت مسؤوليته تنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة المقررة مع صاحب العمل فردا عاديا أو شخصا عاما" [2].

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لعقد المقاولة من الباطن

أولا: التعريف اللغوي لعقد المقاولة من الباطن:

إن أصل كلمة مقاول مأخوذ من فعل: قاول (هـ) مقاولة في الأمر أي باحثه وجادله[3].

ومن هذا المعنى اللغوي اصطلح على عقد المقاولة بهذه التسمية لما يكون من جدال ومباحثه عند إبرام هذا العقد[4].

العقد في اللغة هو الربط والشد والضمان والعهد، يقال عقد الحبل: إذا شده، ويطلق أيضا على جمل بين أطراف الشيء فيقال: عقد الحبل: إذا حكم بين أحد طرفيه إلى الأخر وربط بينهما.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي لعقد المقاولة

عقد المقاولة من الباطن له عدة تعاريف نظرا لأهميته البالغة في مختلف النشاطات من بينهم نجد تعريف الأستاذ مازو يعرفه على أنه " العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص يقال له المقاول أو هو

[1] غازي خالد أبو عرابي المرجع السابق، ص18 .

[2] غازي خالد أبو الى عرابي، المرجع نفسه، ص19.

[3] منجد اللغة والأعلام، الطبعة السادسة والعشرين، دار المشرق، بيروت– لبنان، ص580.

[4] يعرف عند الفقهاء المسلمين بعقد الاستصناع لتفعيل أكثر راجع في ذلك ناصر أحمد ابراهيم النشوى، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص92 وما يليهما.

مؤجر العمل في مواجهة شخص يسمى رب العمل أو العميل بأن ينفذ له عملا مقابل أجر مستقل عنه ودون أن تكون له صفة تمثيلية[1].

وقد ذهب البعض الآخر وعرفه على أنه :ذلك العقد الذي يعهد فيه المقاول إلى شخص أجنبي عن عقد المقاولة يسمى المقاول من الباطن بتنفيذ كل أو بعض الأعمال الموكلة إليه[2].

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقانوني لعقد المقاولة من الباطن.

أولا: التعريف الفقهي لعقد المقاولة من الباطن

يعرف الفقه عقد المقاولة من الباطن، بضرورة بقاء المقاول الأصلي مسؤول عن عمل المقاول من الباطن إتجاه رب العمل باعتباره هذا الشرط من أحكام المقاولة من الباطن.

وبجمع غالبية الفقه على أن وصف المقاولة من الباطن لا يثبت إلا ضمن مجموعة عقدية يضمن عقدين اثنين أو ثلاث أطراف مرتبطين مثنى مثنى، العقد الأول قائم بين رب العمل والمقاول الأصلي والثاني بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

وعرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه "عقد يتعهد طرف فيه بصنع شيء أو أداء عمل لحساب الطرف الاخر لقاء أجر مستقلا من إرادته أو إشرافه[3].

وحسب مُحَمَّد لبيب شنب فإنه" عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته.[4]

---

[1] عبد الرزاق حسين بيس، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول البناء دراسة مقارنة القانون المدني المصري)، دار الفكر العربي الإسكندرية، 1987، ص83.

[2] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع المجلد الأول، العقود الواردة على العمل الطبعة الثانية، دار التراث، لبنان، 1989، ص262 وما بعدها.

[3] الجارحى مصطفى عبد السيد، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي دار النهضة، مصر، الطبعة الأولى 1988، ص 83.

[4] مُحَمَّد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية. القاهرة،1962،ص 11

ويعرفها الفقه عموما بأنها " عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى آخر يسمى المقاول من الباطن بكل أو جزء من محل عقد المقاولة الذي أبرمه المقاول الأصلي مع رب العمل مالم يمنع من ذلك[1].

ثانيا: التعريف القانوني لعقد المقاولة

إن التعاريف القانونية تلعب دورا هاما في تميز عقد المقاولة من الباطن عن سائر التعريفات الفقهية من بين هذه نذكر:

حذا المشرع الجزائري حذوا التشريعات العربية المختلفة في تعريفه القانوني للمقاولة الفرعية حيث اعتبرها تعاقد من الباطن في القانون المدني.

قد نظم المشرع الجزائري أحكامها في المادتين 564 و565 من القانون المدني الواردتين في القسم الثالث تحت عنوان المقاولة الفرعية من الفصل الأول المعنون بعقد المقاولة، ضمن الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل.

حيث تنص المادة 564 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية "[2] وهذا ما أخذ به المشرع المصري في تعريفه القانوني للمقاولة من الباطن تنص المادة 661 القانون المدني المصري بنصها "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى المقاول من الباطن إذا لم يضعه في ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية.

[1] عن مرجع صليحة، المقاولة الفرعية – مذكرة للحصول على شهادة الماجيستير كلية الحقوق جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2009/2008، ص03.

[2] الامر رقم 75 –58سبق ذكره.

لكنه يبقى في هذه الحالة مسؤول عن المقاول من الباطن قبل رب العمل من خلال نصي المادتين سالفتين الذكر نستنتج أنه يجوز للمقاول الأصلي أن يتعاقد مع المقاول من الباطن ومن ثم إنشاء مقاولة فرعية لإنجاز كل أو أجزاء من الأعمال عند توفر شرطين:

1-إذا لم يتضمن العقد الأصلي الذي تم بين المقاول الأصلي ورب العمل شرط يمنع ذلك.

2-إذا لم تكن طبيعة العمل تفرض الإعتماد على كفاءات المقاول الأصلي الشخصية في هذه الحالة يمنع المقاول الأصلي من ان مقاول من الباطن رب العمل إختاره بدافع قدراته الشخصية التي يتميز بها عن المقاولين الآخرين [1]

فنجد المقاولة من الباطن تفترض وجود عقدين متتابعين لهما طبيعة قانونية واحدة، هي المقاولة يربط العقد الأول رب العمل مع المقاول الأصلي بينما يربط العقد الثاني المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي أو المقاول من الباطن وبناء على ذلك عرفت المقاولة على أنها عقد يعهد من خلاله أحد المقاولين إلى مقاول آخر وتحت مسؤوليته تنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة من الباطن المبرم ؟ مع رب العمل صاحب المشروع[2].

-وعرفته المادة 646 من القانون المدني المصري بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[3].

الفرع الثالث: خصائص عقد المقاولة من الباطن

إن عقد المقاولة من الباطن كغيره من العقود يتميز بخصائص منها:

1-عقد رضائي: بأنه العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي طرفين ينشأ بمجرد تطابق ارادتيهما أيا كانت وسيلة التعبير كتابة أو شفاهة الرضائية هي القاعدة العامة طبقا لنص المادة 59 ق.م.ج.

[1] مالك سعدية عقد المقاولة من الباطن، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2004/2003، ص 139

[2] السرحان عدنان إبراهيم، العقود المسماة في المقاولة الكفالة والوكالة جامعة اليرموك، العراق، الطبعة الاولى الإصدار التلفى، 2001، ص 43.

[3] عبد الحميد الشواربي التعليق الموضوعي على القانون العقود المسماة، دون طبعة، منشأ المعارف الإسكندرية 1997، ص21.

تعتبر كتابة عقد المقاولة من الباطن شرطا لإثبات وليس للانعقاد [1].

فمتى اتفق المتعاقدان على شكل معين يتم إبراء العقد، وينقلب العقد من عقد رضائي إلى شكلي، ولكن الشكلية هنا شكلية اتفاقية، وهذا هو الأفضل، حتى إذا ما حدثت منازعة بين الطرفين أمكن الرجوع إلى الكتابة لإثبات حقوق والتزامات كل طرف من الطرفين.

يجب أن يكون الرضا جدا ومستنيرا، صادرا ممن تتوفر فيهم الأهلية اللازمة لإبرام العقود، كما يجب أن يكون خاليا من عيوب الإرادة ويتم التراضي في عقد المقاولة من الباطن على عنصرين هما كالآتي:

- الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول من الباطن.[2]

– البدل الذي يلتزم به صاحب العمل أي المقاول الأصلي وهو بدل أتعاب المقاول من الباطن.

2–عقد ملزم لجانبين:

عقد المقاولة من الباطن من العقود الملزمة لجانبين، لأنه يرتب التزامات تبادلية أي متقابلة بين الطرفين حيث يتعهد المقاول من الباطن بأن يصنع شيئا أو يقوم بعمل ما مقابل أن يدفع لهذا الأخير بدل العمل أو الخدمة ويلزم المقاول الأصلي دفع بدل الخدمة لقاء قيام الطرف الثاني بالعمل أو الخدمة المطلوبة منه أو المتفق عليها.

في حالة امتناع أحدهم عن تنفيذ التزاماته كلها أو بعضها يحق للطرف الآخر بعد اعذاره المطالبة بفسخ العقد أو الدفع بعدم التنفيذ متى توافرت شروطه[3].

---

[1] جعفر الفضيلي، الوجيز في العقود المدنية البيع، الإيجار، المقاولة دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات الفضائية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 368

[2] غازي خالد ابو عرابي المرجع السابق،ص22

[3] ريمان حسنة، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء قانون 11-04 والمحدد. للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية (تخصص عقود ومسؤولية مدنية)، الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة 2004، ص46

3-عقد معاوضة: المقاولة من الباطن من عقود المعاوضة لأن كل من طرفي العقد يتلقى مقابل لما يقدمه فالمقاول من الباطن يقدم عمله وخدماته، ويتلقى أجرا مقابل ذلك، والمقاول الأصلي يدفع الأجر له مقابل تنفيذ العمل المطلوب منه والمتفق عليه[1].

فقيام الالتزام بالبدل هو الأصل في العلاقة العقدية، فإذا ثبت أن المقاول من الباطن قام بعمله بدون عوض أو بعوض رمزي فنكون أمام خدمة مجانية يسديها لشخص لآخر.

كذلك إذا بدل المقاول الأصلي، وبالتالي كلا من المتصرفين له يخضع لأحكام المقاولة من الباطن[2].

4-عقد تابع لعقد الأصلي:

من خلال تعريف عقد المقاولة من الباطن رأينا أنه يجب أن يكون عقد المقاولة مسبوقاً بعقد مقاولة أصلي، فإذا يكن لم العقد السابق مقاولة فإن العقد اللاحق يعد عقداً أصليا وليس منه الباطن والأسبقية لا تتعلق إلى بتاريخ إبرام العقد، أما التنفيذ فقد يكون هناك تعهد بينهما فإذا اقتصر التزام المدين في العقد الأول على مجرد التعهد بالحصول على موافقة المقاول التعاقد مع رب العمل، فإن نجح في تنفيذ ما التزم به وهو التزام بتحقيق نتيجة، فإن عقد المقاولة التالي الذي يكون عقدا أصليا مع صاحب العمل.

يضاف إلى ما تقدم أنه لابد أن يكون التزام المقاول الأصلي عبارة عن التزام عقدي ناشئ عن عقد المقاولة أما إذا كان مصدره القانون أو اشتراط لمصلحة الغير، فإن العقد الذي يبرمه فيما بعد تنفيذا لذلك الالتزام أو الاشتراط يعتبر عقد مقاولة أصلي وليس عقد مقاولة من الباطن[3].

[1] مصطفى السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، 1988، مصر، ص 32

[2] مصطفى السيد الجارحي، المرجع السابق،ص38.

[3] غازي خالد أبو عرابي المرجع السابق، ص. 24

5-استقلال المقاول من الباطن في تنفيذ عمله:

إن استقلالية المقاول من الباطن في تنفيذ عمله تعد استقلالية غير مطلقة أي نسبية حيث أن استقلال المقاول من الباطن في عمله لا يمنع من أن توجه له بعض الإرشادات والتعليمات من المقاول الأصلي، فهذا الأخير هو الذي قدم للمقاول من الباطن التصميم الذي استلمه من رب العمل لتنفيذه بنفسه أو بواسطة غيره، بذلك يقوم المقاول الأصلي برقابة المقاول من الباطن أثناء التنفيذ دون أن يفقد الاستقلالية في العمل[1].

وللمقاول الأصلي حق الاعتراض على استعمال المواد الغير مطابقة للمواصفات أو استخدام عمال أو فنيين له تتوافر فيهم الخبرة والكفاءة المطلوبة لضمان حسن تنفيذ الأعمال محل المقاولة من الباطن، ومسألة تقدير استقلالية المقاولة من الباطن وتوفرها أو عدمها، من اختصاص قاضي الموضوع من خلال تكييفه للعلاقة العقدية بين الطرفين[2].

6-عقد المقاولة من الباطن من العقود التي ترد على عمل.

نص المشرع الجزائري على المقاولة في الباب التاسع من ق.م.ج تحت عنوان "العقود الواردة على العمل"، يتضح أن المحل في عقد المقاولة هو أن يضع المقاول شيئا أو أن يؤدي عمل، وهو ما نصت عليه المادة 549 من ق.م.ج " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[3].

و هو ما جاءت به كذلك المادة 780 من التقنين المدني الأردني" المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل بتعهد به الطرف الآخر"[4].

---

[1] غازى خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص22.

[2] المرجع نفسه، ص25

[3] أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني

[4] قانون رقم 43 لسنة 1976 المتضمن القانون المدني الاردني

الفرع الرابع: المركز القانوني للمقاول من الباطن وعلاقته بأطراف العقد

تكون العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الباطن، علاقة رب العمل بالمقاول مصدرها عقد المقاولة الفرعية وتخضع لما ورد فيها من أحكام فيكون المقاول الأصلي بالنسبة للمقاول الفرعي رب العمل، عليه جميع التزامات رب العمل، ويكون المقاول الفرعي بالنسبة للمقاول الأصلي مقاول تترتب عليه جميع التزامات المقاول[1].

ويكون المقاول الأصلي مسؤول في مواجهة رب العمل عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول الفرعي في التنفيذ وهذا ما أقره المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 564 ق.م.ج ولكن يبقى مسؤول عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل[2].

المطلب الثالث: تمييز عقد المقاولة من الباطن عن الحالات المشابهة له

باعتبار عقد المقاولة من العقود الواردة على العمل قد يشترك مع مجموعة من العقود في مجموعة من خصائص المقاولة الفرعية كعقد التنازل عن العقد، وتمييزه أيضا في القانون المدني عما ورد في قانون الصفقات العمومية.

الفرع الأول: تمييز عقد المقاولة من الباطن عن التنازل عن العقد:

لم يخص القانون المدني سواء في الجزائر أو مصر أو فرنسا التنازل عن العقد بتنظيم خاص ومستقل، بالرغم من تعرضه لبعض صوره كالتنازل عن الإيجار في المادتين 505 و506 من القانون المدني الجزائري، وكذا إقرار بجواز حوالة الحق وحوالة الدين وتنظيم أحكامه والتي تعتبر وسيلتين كافيتين لتحقيق التنازل عن العقد الملزم لجانب واحد[3].

[1] جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 431

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،1999، ص 114

[3] أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة دار النهضة العربي، مصر، الطبعة الأولى،2002-2003،ص38.

كما أقر الفقه التنازل عن العقد من خلال الاستناد إلى مبدأ حرية التعاقد وكذا النظرية المادية للالتزام باعتباره رابطة بين ذمتين ماليتين مما يجيز تغيير شخص المدين وشخص الدائن [1].

وتتحقق عمليه التنازل عن العقد من خلال عقدين متتاليين العقد المبرم أساسا لإنشاء الالتزام بعمل أو اعطاء شيء والعقد اللاحق له وهو عقد التنازل، والذي يكون محله التنازل عن العقد الأول لفائدة شخص ثالث يسمى المتنازل له ليحل محل المتعاقد المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ناشئة من الرابطة العقدية الأولى[2].

كما يمكن أن يكون حضر التنازل عن عقد أو التعاقد من الباطن في العقد الأصلي ذاته أو في عقد لاحقا يكون ممنوع مطلقا أو مقيدا بموافقة المتعاقد الأصلي الأول[3].

إلا أن قسم آخر من الفقه اقترح معايير عامة وشاملة للتمييز بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد تنطبق على كل صور التطبيقية المتوقعة وهي كما يلي:

- المعيار الأول المقترح هو ارادة المتعاقد في ترك المسرح العقدي أو البقاء فيه، فكيف تصرف متعاقد ما أنه تنازل عن العقد أو تعاقد من الباطن تبعا لموقفه، إما البقاء في دائرة التعاقد أو الخروج منها، فإذا اختار الاحتفاظ بمركزه في العملية العقدية والبقاء ملتزما بالعقد الذي يربطه بالمتعاقد الأصلي الأول اعتبر تصرفه تعاقدا من الباطن أما إذا تم نقل المنفعة المقررة فيه بإحلال الغير احلالاً غير كاملاً في تنفيذ العقد الأصلي أو نقل المنفعة المقررة فيه، لكن إذا فضل التخلي نهائيا عن صفته التعاقدية لصالح شخص آخر والخروج كليا من دائرة التعاقد اعتبر متنازل عن العقد الذي يربطه بالمتعاقد الأول[4].

---

[1] سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الخامسة 2003، ص9

[2] سعد نبيل ابراهيم، التنازل عن العقد، نطاق أحكامه، نشأة المعارف، مصر، الطبعة الثانية، 2000، ص 86

[3] توفيق العطار عبد الناصر، شرح أحكام الإيجاري التقنين المدني والتشريعات ايجار الأماكن. المطبعة العربية الحديثة، مصر، طبعة الثالثة، 1990، ص 654.

[4] برجم صليحة، المرجع السابق، ص25.

أما المعيار الثاني فيكمن في الطبيعة العملية القانونية، ومفاده أن تنازل المتعاقد عن مكزه في الرابطة العقدية يؤدي إلى إنهاء هذه الرابطة وانشاء علاقة مباشرة ومتبادلة بين المتنازل لديه والمتنازل له

فإن وقع تنازل عن عقد المقاولة جميع ما اشتمل عليه من حقوق والتزامات بين المقاول المتنازل والمقاول المتنازل له وأقره رب العمل.

أصبح المقاول المتنازل مدين بجميع التزامات المقاول المتنازل له نحو رب العمل ودائنا في جميع حقوق المقاول المتنازل ليختفي هذا الأخير ولا يعود مسؤول عن المقاول المتنازل له ولا ضامناً له[1].

بحيث أن تعاقد أحد طرفي العقد الأصلي من الباطن مع الغير يؤدي إلى إنشاء علاقة قانونية جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة دون أن تختلط معها أو تدمج فيها بجميع بين المتعاقد الوسيط والغير أي المتعاقد من الباطن ويترتب على ذلك بقاء الطرف المشترك دائنا كان أو مدينا محتفظا بحقوقه ومتحملا للالتزامات ومسئولا عن تنفيذها اتجاه المتعاقد الأصلي الأول، وفي نفس الوقت يكون دائنا أو مدينا في العقد من الباطن[2].

أما المتعاقد من الباطن فيضل من الغير بالنسبة للمتعاقد الأصلي الأول ولا وجود لعلاقة عقدية بينهما ولا يسأل أمامه لهذه الصفة.

ويكون لكل منهما حق اقامته دعوى غير مباشرة ضد الطرف الآخر، بخلاف التنازل عن العقد إذ لا يمكن للمتنازل لديه أو المتنازل أن يباشر دعوى فسخ عقد ليس طرف فيه[3].

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

أما عن المرسوم رقم 434/91 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم فقد أود المشرع المقاولة الفرعية ضمن القسم السادس من الباب الرابع منه تحت تسمية التعامل الثانوي مخصصا لها

[1] احمد السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص885

[2] سعد نبيل ابراهيم، المرجع السابق، ص 82

[3] برجم صليحة، المرجع السابق،ص26.

المواد من 94 إلى 97 اعتبار انها تعاقد من الباطن تتم بين المتعامل الأصلي والمتعامل الثانوي اللذان يعملان معا على تنفيذ الصفقة لفائدة المصلحة المتعاقدة [1].

فبموجب المادة 94 أجاز المشرع صراحة للمتعاقد على الهيئة العمومية اللجوء إلى المقاولة من الباطن لتنفيذ جزء من موضوع الصفقة فقط عكس ما هو عليه الحال في القانون من الباطن لتنفيذ جزء منه موضوع الصفقة فقط عكس ما هو عليه الحال في القانون المدني الذي أجاز إمتداد 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 المقدر في المادة 564 من القانون المدني[2].

و أوضح المشرع في المادة 96 الشروط الواجب مراعاتها قبل اللجوء إلى المقاولة من الباطن من وجوب تحديد الأعمال المزمع اسنادها إلى المتعامل الثانوي بصفة صريحة في الصفقة وضرورة الحصول على الموافقة المسبقة للمصلحة بالمتعامل الثانوي خلافا القانون المدني الذي لم يتشرط موافقة رب العمل على المقاولة من الباطن إلا في حالات خاصة.

[1] أحمد عبد العال أبو قرين الاحكام العامة لعقد المقاولة، الطبعة الأولى. دار النهضة العربية، القاهرة،2002، ص47.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية جريدة رسمية رقم 57 الصادر في 13 نوفمبر، 1991.

المبحث الثاني: كيفية انعقاد المقاولة من الباطن

حدد المشرع الجزائري الشروط التي يقوم عليها العقد بصفة عامة ضمن أحكام القانون المدني حيث نصت المادة 59 منه على "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إدارتهما المتطابقين دون الإخلال بالنصوص القانونية[1].

ولهذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين الشروط اللازمة للتعاقد من الباطن (المطلب الأول)، بينما سندرس الإجراءات المتبعة لإبرام عقد المقاولة من الباطن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط اللازمة للتعاقد من الباطن

يمتاز عقد المقاولة من الباطن ببعض الشروط إرتأينا إلى تناولها في فرعين حيث يتناول الفرع الأول للشروط العامة للتعاقد من الباطن (الفرع1) أما الفرع الثاني فخصصنا للشروط الخاصة لعقد المقاولة من الباطن (الفرع2).

الفرع الأول: الشروط العامة للتعاقد من الباطن

تتمثل شروط عقد المقاولة من الباطن في التراضي المتمثل في وجود ارادتين متطابقين وهو ما يعبر عنه بتطابق الإيجاب والقبول (أول) ومحل العقد المتمثل في العملية القانونية المراد تحقيقها (ثانيا) والسبب الذي يشترط ان يكون موجود ومشروعا وصحيحا (ثالثا).

أول: التراضي في المقاولة من الباطن.

يعد التراضي عنصرا جوهريا في العقد حيث لاوجود للعقد دون الرضا، فعند تطابق إرادتين (الإيجاب والقبول) والتعبير عنها من كل المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يقوم العقد والتراضي في عقد المقاولة من الباطن يتم على عدة نقاط والمتمثلة فيما يلي:

[1] المادة 59، من ق. م.ج: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما متطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية".

1-التراضي على ماهية العقد

يجب أن تتجه إرادة كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن إلى ابرام عقد مقاولة من الباطن وليس عقد مقاولة أصلي أما إذا اتجهت إرادة المقاول الأصلي إلى إبرام عقد مقاولة من الباطن مع مقاول معين في حين اتجهت إرادة هذا الأخير إلى إبرام عقد مقاولة أصلي، فلا تنعقد المقاولة وذلك لاختلاف رضا طرفيها على ماهية العقد التي اتجهت إليه إرادة كل منهما[1].

2-التراضي على العمل المطلوب القيام به:

يجب أن يتراضى طرفي العقد على موضوع العقد، فيتم تعيين العمل المطلوب من المقاول من الباطن تعينا كافيا قدر الإمكان، وإن حاله عدم تحديد أو تعيين هذا العمل يصعب معها التحقق من مطابقة القبول للإيجاب وقد يتطابق هذا العمل مع العمل المطلوب في عقد المقاولة الأصلي، وقد يكون جزء منه، وفي جميع الأحوال ينبغي أن لا يختلف العمل المطلوب تأديته من حيث مضمونه وكيفيته وشروطه مع العمل المطلوب تأديته بموجب عقد المقاولة الأصلي كما يجب أن يكون العمل ممكنا والا لما انعقد العقد لأن استحالة العمل تعني إنعدام الإرادة الجادة إلى الالتزام[2].

3-التراضي على البدل.

يقصد بالتراضي على البدل أن يكون الأجر معين أو قابلا للتعيين، فإذا لم يتم الإتفاق على تعين الأجر مقابل العمل المطلوب فيتم تعيينه حسب العرف وحجم العمل المطلوب من المقاول من الباطن تنفيذه، أما إذا وقع خلاف بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على مقدراً الأجر فهذا يؤدي حتما إلى عدم التراضي على الأجر هذا الأخير يعد بدوره ركنا أساسيا في عقد المقاولة[3]

[1] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص37 .
[2] المرجع نفسه، ص37.
[3] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 37-38

ثانيا: محل عقد المقاولة من الباطن

إن محل عقد المقاولة من الباطن لا بد أن يكون متحدا مع محل عقد المقاولة الأصلي، ففي هذا العقد يكون المتعاقد المشترك (المقاول الاصلي)، مدينا بأداء معين هو القيام بعمل معين لصاحب العمل وينيب المتعاقد المشترك غيره في تقديم هذا العمل عن طريق المقاولة من الباطن[1]

بحيث يمكن القول أنا عقد المقاولة من الباطن لا يستبعد من عقد المقاولة الأصلي محله فقط، بل هدفه أيضا والذي يتمثل في دخول شخص ثالث وهو المقاول من الباطن في العملية العقدية لتنفيذ الالتزامات المفروضة على المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة المبرم مع رب العمل تحقيقا للهدف الاول، فالعقدان يسعيان لتحقيق غرض مشترك وهو تحقيق وانجاز العمل المتفق عليه في عقد المقاولة الأصلي[2].

ثالثا: السبب في المقاولة من الباطن

يعتبر عقد المقاولة الأصلي السبب في وجود عقد المقاولة من الباطن، وانتفاء عقد المقاولة الأصلي يؤدي إلى انتقاء عقد المقاولة من الباطن.

بالرجوع إلى المادة 97 من ق.م.ج " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا" والمادة 98 من ق.م.ج "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما له يقم الدليل على ما يخالف ذلك ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه"

ومنه يشترط أن يكون السبب موجوداً ومشروعا وصحيحا فيعتبر سبب منعدما في عقد المقاولة من الباطن مثلا: عند ابرام العقد بين المقاول بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن للقيام

[1] عدنان السرحان، نوري خاطر (مؤلف مشترك) مصادر الحقوق الشخصية الإلتزامات دارسة مقارنة، دار الثقافة، طبعة 2002، الأردن، ص 162.
[2] حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص65.

بأعمال الصيانة لعمارة معينة تعود لصاحب العمل الذي تعاقد معه ثم يتبين أن هذه العمارة قد هدمت فهنا نستنتج بأن إنتقاء السبب يؤدي إلى اعتبار عقد المقاولة من الباطن غير موجود أصلا وبإمكان المقاول الأصلي أن يسترد ما دفعه مسبقا للمقاول من الباطن.

كما يشترط في سبب العقد أن يكون مشروعا أي غير مخالفا للنظام العام والآداب العامة حيث يكون العقد باطلا إذا كان السبب غير مشروعاً أما السبب الصحيح فهو السبب الذي لا يكون مغلوطا أو صوريا[1].

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بعقد المقاولة من الباطن

ان عقد المقاولة من الباطن يمتاز عن غيره من العقود بمجموعة من الشروط الخاصة التي يجب أن تتوافر فيه حتى يكون صحيحا اًو المتمثلة كالآتي:

أولا: انتفاء الرابطة العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

توجد صلة وثيقة بين عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن فالأول له تأثير على وجود وبقاء وزوال الثاني، وهذا الأخير لاحق للعقد الأول وجوده وانقضاءه مرتبط بالعقد الأول، ورغم هذا فإن العقد من الباطن يبقى عقدا متميزا ومستقلا عن العقد الاصلي، كما نجد أيضا أن المقاول من الباطن لا يلتزم مباشرة بأحكام عقد المقاولة الأصلي، ولا يكون مسؤولا أمام رب العمل عن عدم التنفيد ودلك لانتفاء الرابطة العقدية المباشرة بينهما، وفقا لمبدا نسبية اثار العقود فإن العقود لا تنفع ولا تخسر غير عاقديها، وبالتالي فالمقاول من الباطن يعتبر غيرا بالنسبة لصاحب العمل كما لا يجوز الإحتجاج عليه بما ورد من شروط في عقد المقاولة الاصلي وان هذا العقد لا يمكن ان يكون مصدرا لالتزامات تقع على عاتق المقاول من الباطن فالعقد الاصلي لا يمثل سوى واقعة مادية مستقلة عنه ولا تولد في مواجهته اثارا قانونيا[2].

[1] عدنان السرحان ونوري الخاطر، المرجع السابق، ص190

[2] حسن حسين البراوي، المرجع السابق، ص87

ثانيا: أن يكون عقد المقاولة من الباطن لاحقا لعقد المقاولة الأصلي.

يهدف عقد المقاولة من الباطن في الأساس إلى تنفيذ العمل المحدد بموجب عقد المقاول الأصلي سواء كان المقاول الأصلي قد أوكل المقاول من الباطن كل العمل أو جزء منه، فيعتبر عند المقاولة الأصلي أسبق في وجوده على وجود المقاولة من الباطن فلهذا يعد عقد المقاولة من الباطن لاحقا لعقد المقاولة الأصلي وذلك بسبب وجود علاقة تبعية بين العقدين يتحتم معها أن يكون عقد المقاولة من الباطن لاحقا في تاريخ انعقاده لعقد المقاولة الأصلي[1].

يؤكد الفقه على أنه يتعين وجود عقد المقاولة الأصلي حتى يوجد عقد المقاولة من الباطن[2]، فلا يمكن أن نطلق عليه عقد مقاولة من الباطن إذا كان موجوداً قبل وجود عقد المقاولة الاصلي فلا يضاف إلى أي اتفاق سابق ويصبح عندئذ عقدا مستقلا قائما بذاته.

فقد نجد من الناحية العملية أن يعرض المقاول من الباطن إيجابه المتمثل في استعداده للقيام بالعمل الذي يرغب المقاول الأصلي تكليفه به ويظل هذا الإيجاب الموجه للمقاول الأصلي الذي لم يتعاقد بعد مع رب العمل، فإذا تم التعاقد مع هذا الأخير ثم أبرم بعد ذلك عقد المقاولة من الباطن ففي هذه الحالة ينعقد عقد المقاولة من الباطن بعد إبرام عقد المقاولة الأصلي لأن قبول المقاول الأصلي للعقد من الباطن كان تالياً لانعقاد هذا الأخير، وبالتالي لا توارى مشكلة في تكييف العقد الثاني فهو عقد مقاولة من الباطن انعقد بشكل صحيح[3].

ثالثا: أن يتبع عقد المقاولة عقد المقاولة الأصلي.

يتمثل في اشتراك المقاول من الباطن في تنفيذ العقد الأصلي كلياً أو جزئيا فلا يكفي القول بوجود عقد مقاولة أنا يبرم المقاول الأصلي عقد مقاولة تالي له فتوالي عقود المقاولة لا يعني دائما وجود مقاولة من الباطن، فعن العقد الثاني يعد ملزماً لإرتباطه بالعقد الأصلي.

[1] غازى خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص55

[2] المرجع نفسه، ص 56.

[3] المرجع نفسه، ص 56

فيفترض العقد الأصلي والعقد اللاحق ذاتية المحل ووحدته، فمثلا عند ما تتعلق المقاولة الأصلية بتشييد بناء، فإن ذاتيه المحل تعني أن ترد المقاولة اما على الأرض أو على البناء محل التشييد، حيث يكمل العقد اللاحق – المقاولة من الباطن – العقد الأصلي، الأمر الذي يجسد وحدة العمل الانشائي ووحدة العقد فالمقاولة من الباطن لا تعدو ان تكون فرعا من العقد الاصلي بناءا على ما تم ذكره فان المقاولة من الباطن تتطلب قيام المقاول من الباطن بتنفيذ جزء من الاعمال محل العقد وتحمله المسؤولية عنها،، وبالتالي يخرج عن إطار المقاولة من الباطن لجوء المقاول الأصلي إلى أحد المقاولين لكي يقدم له الأيادي العاملة اللازمة لتنفيذ العقد الأصلي لأن مورد العمال لا يعتبر مقاولة من الباطن[1].

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة في التعاقد لإبرام عقد المقاولة من الباطن

يعتبر عقد المقاولة من الباطن على غرار عقد المقاولة من العقود التي يكتنفها التعقيد، بحيث لا تلائم طريقة التعاقد التقليدية التي تتم بمجرد تبادل إيجاب وقبول المتعاقدين لذلك لا بد لنا من توضيح ثلاث مراحل أساسية التي تبدأ بمرحلة التفاوض قبل إجراء العقد، ثم مرحلة اتفاق الطرفين والتي تنتهي بمرحلة إبرام عقد المقاولة من الباطن.

الفرع الأول: مرحلة التفاوض قبل إجراء عقد المقاول من الباطن.

يقصد بمرحلة التفاوض بالشروع إما بالاتصال المباشر بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي أو بطريقة غير مباشرة بواسطة الوسطاء أو الوكلاء، وذلك بموجب دعوة تكون موجهة غالبا من قبل المقاول الأصلي. فيقوم هذا الأخير بتقديم مقترحات حول الأعمال موضوع التعاقد الفرعي، وطريقة تسديد الأجر والتنسيق والضمانات وغيرها من المسائل ذات الأهمية في مجال البناء وتبدأ مرحلة سير التفاوض بمناقشة شروط العقد المزمع إبرامه، وتفرض هذه المرحلة على الطرفين الإلتزام بمتابعة التفاوض

[1] أحمد عبد العال أبو ثرين، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية في ضوء الفقه وأحكام القضاء والتشريع المقارن، الطبقة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 2001، ص 15.

بحسن النية كالإمتناع عن الإدلاء بمعلومات تحول دون الوصول إلى اتفاق[1] قبل التعاقد لاسيما الالتزام بعدم تسريب معلومات خاصة بالطرف المفاوض.

الإيجاب الذي صدر منه الثمن الذي عينه معلقا على شرط عدم تغير الأسعار وبالتالي إذا خرج الإيجاب من مرحلة التفاوض ولم يكن معلقا على شرط أصبح إيجاباً تاما[2].

وقد تنتهي المفاوضات بصدور ايجاب كامل، أي متضمن لكافة العناصر الاساسية للعقد المراد ابرامه، فيبرم العقد بمجرد اقتران القبول به.

وقد تحدد المدة أثناء المفاوضات من أجل التفكير في مشروع العقد فإذا صدر القبول قبل إنتهاء هذه المدة يبرم العقد، أما إذا صدر الرفض الصريح وانتهت المدة سقط الإيجاب، ويمكن للأطراف عند اتفاقهما على البنود العقد الفرعي الاختياريين عقد المقاولة الفرعي الشفاف الذي يتم من خلاله الإتفاق على إدماج أحكام العقد الأصلي في عقد المقاولة الفرعية، وذلك بالإتفاق على النص في هذا الأخير على علم المقاول الفرعي بكافة الشروط الواردة في العقد الأصلي، كموضوع الأعمال وشروط تنفيذها والاتفاق على نفاذ هذه الشروط الواردة في العقد الأصلي في مواجهة المقاول الفرعي أو يتفق الطرفان على إبرام عقد المقاولة غير الشفاف.

الذي لا يفترض فيه الا علم المقاول الفرعي على بشروط عقده وان تعديل العقد الفرعي أن لا يتم إلا بالشروط الواردة فيه

ويجب الاشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يهتم بمرحلة التفاوض إذ أنه أعفل تنظيم الإلتزام قبل التعاقد في القانون المدني كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد، تاركا الأمر للقضاء الذي يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني[3]

[1] آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المقاولة الباطن الصفقة، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب،2008، ص71.

[2] أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الإلتزام، المرجع سابق، بند102، ص221.

[3] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية. 2011، بند 4، ص13.

وهذا ما أيده الفقه الذي يرى بأن العدول عن المفاوضات لا يرتب مسؤولية على من قطعها الا إذا اقترن العدول بخطأ منه وهي مسؤولية تقصيرية تقوم على الخطأ، والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الذي أصابه الضرر من العدول، فيثبت أنا من قطع المفاوضات لم يكن جادا عند الدخول فيها[1].

الفرع الثاني: مرحلة اتفاق الطرفين.

بما أن التفاوض على العقد ينتهي قانونا في الوقت الذي يصدر فيها الإيجاب إذ في هذه اللحظة تكون المفاوضات قد حققت الغرض الأسمى منها، وهو توصيل الطرفين المتفاوضين إلى الإنفاق على جميع المسائل الأساسية للعقد، الذي يريدان إبرامه وينطوي الإيجاب على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد إقتران القبول به[2].

فيجب أن يكون هذا الإيجاب صادرا عن نية قاطعة وعزم نهائي للتعاقد، فقد تنتهي المفاوضات بصدور إيجاب معلق على شرط كأن يعرض المقاول الأصلي التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقا لتغير الأسعار.

الفرع الثالث: مرحلة إبرام عقد المقاولة من الباطن

بإعتبار العقد توافق لإرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني، وعليه يعتبر العقد التعبير عن الإرادة المشتركة لطرفيه واعمال المبدأ بالسلطات الواردة فإن إرادة المتعاقدين هي التي تنشأ العقد، وهي التي تحدد آثاره ويأتي القانون بعد ذلك ليعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة[3]، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 106 من القانون المدني التي تنص على ما يلي " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقدرها القانون

[1] أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام المجلد الثاني، الجزء الأول الطبقة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، 281.

[2] بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية 2007، بند44، ص69

[3] بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق .بند20، ص 43

فالعقد هو القانون الإتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين وهذا ما اتفقت بشأنه أغلب التشريعات المقارنة.[1]

عندما يتولى الطرفان على بنود العقد تتوقف المفاوضات، ويدخل الطرفان في مرحلة ابرام العقد، فيتم إعداد المشروع النهائي لعقد المقاولة من الباطن.

ويتضمن العقد المبرم اتفاقات تشمل ضمانات التنفيذ التي تتعلق اما بتذليل العقبات التي قد تعترض تنفيذ العقد، شرط الضمان أو شرط التحكيم، أو تعلق هذه الضمانات بحالة عدم تنفيذ العقد من جانب أحد الأطراف، فيدرجون شروطا جزائية، وهي ما تسمى أيضا بالتعويض الإتفاقي أو يدرج المتعاقدان شروط معادلة للمسؤولية التعاقدية.

[1] المادة 147 من القانون المدني المصري مطابقة للمادة 106 ق.م.ج

الفصل الثاني

المسؤولية عن التنفيذ في عقد المقاولة من الباطن

يترتب على إبرام أي عقد بصفة عامة، إنشاء التزامات تقع على عاتق كل طرف من طرفي العقد إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته التعاقدية، يمكن أن يجبره الطرف الآخر على التنفيذ ومن ضمن هذه الإلتزامات إنجاز العمل ودفع أجر العمل، توفير وسائل وتجهيزات العمل هذه الإلتزامات إما تقع على عاتق المقاول من الباطن أو المقاول الأصلي الذي يصبح بمثابة رب العمل، وينتج أثره كأي عقد من العقود الواردة على العمل، وتعد مسؤوليتهما اتجاه بعضهما مسؤولية عقدية محصنة لدراسة هذه المسؤولية قسمنا هذا الفصل الى مبحثين (المبحث الاول) المسؤولية العقدية و(المبحث الثاني) المسؤولية التقصيرية.

المبحث الأول: المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن

إن إقرار المسؤولية العقدية في نطاق عقد المقاولة الفرعية ناتج عن وجود علاقة تعاقدية بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع من جهة، وعلاقة تعاقدية بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي من جهة أخرى.

إن الحديث عن عقد المقاولة من الباطن والمسؤولية العقدية يكون في مطلبين (المطلب الأول) العلاقة القانونية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ورب العمل (المطلب الثاني): أركان وآثار المسؤولية العقدية.

المطلب الأول: العلاقة القانونية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ورب العمل

تنشأ العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن علاقة جراء العمل المتصل بينهما والاتفاق الذي تم بينهم من خلال شروط العقد، إذ يترتب الالتزام وتنشأ عليه أحكام[1] نذكر كل التزام على حدى.

الفرع الأول: التزام المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي

يلتزم المقاول من الباطن اتجاه المقاول الاصلي بصفته صاحب العمل في عقد المقاولة في الباطن بما يلتزم المقاول الأصلي في مواجهة صاحب العمل في عقد المقاولة الاصلي[2]

أولا: الإلتزام بإنجاز العمل المتفق عليه:

الالتزام المشترك بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي هو انجاز العمل المتفق عليه، في عقد المقاولة الأصلية أو كان جزءا من هذا العمل، وفقا للشروط الواردة في العقد، والا اعتبر المقاول من الباطن مسؤولا اتجاه المقاول الاصلي مسؤولية عقدية [3].

---

[1] بالهادي مُحَّد، مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية، تخصص قانون اعمال مذكرة لنيل شهادة الماستر. جامعة الوادي، 2018/2017 ص03.

[2] حشاش حليمه، العوادي حنان عقد المقاولة من الباطن تخصص عقود ومسؤولية، رسالة ماستر، جامعة البويرة 2016/2015، ص43

[3] السنهوري عبد الرزاق أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 218

إن عدم الإتفاق على طريقة معينة لإنجاز العمل لا تعفي المقاول من الباطن من التزاماته أو ينجز العمل كيفما يشاء بل يجب عليه أن يتبع عرف المهنة وبخاصة أصول الصناعة والفن في العمل طبقا لنص المادة 552-ق.م.ج.[1] فإن خالفها المقاول من الباطن كان مسؤولا اتجاه المقاول الأصلي مسؤولية عقدية[2].

حيث تنص المادة 553 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا ثبت أثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب او مناف لشروط العقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب المعمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهده إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول".

غير أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون الحاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ مستحيلا[3].

نصت المادة 551 من القانون المدني الجزائري على: "إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل" وإذا كان المقاول من الباطن هو الذي تعهد بتقديم المواد اللازمة للعمل كالأخشاب والبلاط والابواب والشبابيك والأدوات الصحية كان مسؤولا عن جودتها وصنفها ويلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها، في اختياره للمواد[4].

وطبقا لنص المادة 552 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري "فعلى المقاول الأصلي والذي يعتبر في هذه الحالة رب العمل تقديم المادة فعلى المقاول من الباطن أن يحرص عليها ويراعي أصول

[1] نص المادة 53 ق م ج: "إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن في استخدامه لها وأن يؤدي حساب رب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للإستعمال بسبب اهماله أو قصور كفايتة الفنية فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء العمل.

[2] العايز سالمة مذكرة ماستر تطبيق الظروف الطارئة في مجال العقود المقاولات نوقشت وأجيزت بتاريخ 2014/2013 ص16

[3] قانون المدني الجزائري، مرجع سابق

[4] حشاش حليمة العوادي حنان، عقد المقاولة من الباطن مرجع سابق، ص44.

الفن في استخدامه لها وأن يحافظ عليها ويبذل عناية الرجل الحريص وإلا اعتبر مسؤولا عن هلاكها أو إتلافها أو سرقتها كما يتحمل نفقات حفظها[1] وأن يستخدم القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقص أو زيادة[2].

ويحق للمقاول الأصلي أن يطلب فسخ العقد بعد تقديم انذار مسبق، اذا تأخر المقاول من الباطن في تنفيذ ما اتفق عليه لإنجاز العمل، مالم يكن سبب عدم اتمام العمل أو التأخر في التسليم خطأ المقاول الأصلي أو من صاحب العمل[3].

ثانيا: التزام المقاول من الباطن بتسليم العمل

من ضمن التزامات المقاول من الباطن بعد الإنتهاء من العمل، تسليمه العمل المطلوب منه للمقاول الأصلي يتم بوضع العمل المنجز تحت تصرف الأجير[4] في الميعاد المتفق عليه، وإذا لم يكن قد حدد ميعاد ملائم وفقا لطبيعة العمل والعرف المهني[5] بوصف المقاول من الباطن أجنبي عن عقد المقاولة الأصلي لذلك لا يكون التسليم منتجا لأثاره[6] وقت التنفيذ، أما نفقات التسليم فتكون على عاتق المقاول الأصلي مالم يوجد اتفاق أو نص يخالف ذلك وهذا تطبيقا لنص المادة 283 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: "تكون نفقات الوفاء على المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك "[7] فإذا لم يتفق المقاول الاصلي مع رب العمل على درجة جودة المادة التي يلتزم بتقديمها ولم يستخلص ذلك من العرف، فإنه يلتزم بتقديم مادة من صنف متوسط تبعا لنص للمادة 2/94 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " يكفي أن يكون المحل معين بنوعه فقط إذا

[1] حشاش حليمة العوادي حنان، مرجع سابق، ص44.

[2] سالمة العايز، المرجع السابق، ص17-18

[3] نصيف الياس موسوعة العقود المدينة والتجارية المبحث الرابع العقود المسماة التي تقع على العمل، مجلة انواع خاصة من عقود المقاولة الجزء 19 الطبعة الأولى منشورات الحلبي 2011،ص23

[4] بالهادي محمد، مرجع السابق ص 03.

[5] العمروسي أنور – المرجع السابق ص30.

[6] بالهادي محمد، مرجع السابق ص 04.

[7] العايز سالمة، المرجع السابق، ص18

تضمن العقد ما يستطاع به تعين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولا يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي طرف آخر التزام المدين بتسليم شيء من صنف متوسط[1].

نصت المادة 568 قانون مدنى جزائري الفقرة 1على: " إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا يرد نفقاته ويكون هلاك المادة على من قام بتوليها من الطرفين"

إن المشرع الجزائري في هذه المادة المذكورة أعلاه ذكر الحالات والهلاك ومن يقع عليه عبء الهلاك أثناء التسليم.

ثالثا: الإلتزام بضمان سلامة العمل

يلتزم المقاول من الباطن بضمان العمل [2]، وهذا الالتزام متعلق بمدى حرص المقاول على إنجاز العمل وفق الشروط والمواصفات، إذا أنجزه بطريقة تخالف أصول الفن والصناعة كان مخلا بالتزامه ووجب ضمان العيوب التي لحقت بعمله [3]، وإذا كان المقاول من الباطن مقدم المادة فإنه يكون مسؤولا عن جودتها، يعفى من ضمان العيوب الخفية في حالة قدمت المادة من قبل المقاول الأصلي أو رب العمل إذا اكتشف المقاول من الباطن العيوب الخفية في المادة أثناء تنفيذ عمله وجب عليه اخطار المقاول الأصلي فوراً بذلك وإلا كان مسؤولا [4].

لكن إذا كان العيب في صفة العمل المنجز واضحاً يمكن للمقاول الأصلي اكتشافه بسهولة، إلا اذا تسلم العمل وتقبله من دون أن يعترض فيعتبر تصرفه هذا بمثابة تقبل للعمل ولو معيبا، وتنازل عن حقه في الرجوع على المقاول من الباطن[5] وبالتالي يبقى المقاول الاصلي هذه الحالة هو المسؤول في

[1] الحشاش حليمة العوادي حنان، مرجع سابق، ص47

[2] محاضرات،ص 36

[3] غازي خالد أبو عرابي، المقاولة من الباطن، مرجع سبق ذكره ص 78

[4] بالهادي مُحَّد، مرجع سابق، ص4

[5] حشاش حليمة العوادي حنان، مرجع سابق، ص 48

مواجهة صاحب العمل مما يعني أن ضمان المقاول من الباطن ينقضي بمجرد تسلم المقاول الأساسي للعمل وقبوله له[1].

إنه يمكن للمقاول الأصلي أن يتحفظ عند تسلم العمل، ويقرر أن التسلم لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول من الباطن إذا وجد في العمل عيباً، وفي هذه الحالة يكون له الرجوع بضمان العيب في المدة التي يتفق عليها مع المقاول من الباطن، وإن لم يكن هناك اتفاق ففي مدة قصيرة حسب ما يقتضي به عرف المهنة[2].

إذا اخفى المقاول من الباطن العيب في العمل وتسلمه رب العمل دون أن يكشفه وقت تسلم الشيء، وتقبل العمل بمجرد اكتشافه للعيب له الحق في الرجوع على المقاول من الباطن، وفق قواعد المسؤولية التقصيرية[3].

لم يتطرق المشرع الجزائري عند تنظيمه لعقد المقاولة في القانون المدني لضمان الإتمام الكامل للأشغال[4] يضل المقاول من الباطن مسؤولا وضامن لعيوب البناء في حدود القواعد العامة، وهذا ما ورد في نص المادة 554 قانون المدني الجزائري الاكل قانون مدني جزائري، كذلك في قانون الترقية العقارية، كثيرا ما يتفق صاحب المشروع ومقاول البناء في عقد المقاولة على ضمان المقاول إتمام الأشغال، وحسن التنفيذ لتسري لمدة سنة، تسري لمدة سنة ابتداءاً من التسلم المؤقت للمشروع، وبالتالي إن هذه المهلة تشكل المرحلة التي يلتزم فيهما لمقاول بإصلاح العيوب، ورفع التحفظات التي أبداها صاحب المشروع قبل أن يتسلمه نهائيا للمشروع ولهذا قنن المشرع هذه المعاملة في القانون رقم 04/11 السالف الذكر عند تعريفه للإتمام الكامل للأشغال في المادة 03 منه بأنه "رفع التحفظات

[1] مغبغب نعيم عقود المقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة – دراسة في القانون المقارن الطبعة الثالثة دار النشر 2001.ص 284.

[2] السنهوري عبد الرزاق احمد، المرجع السابق، ص219.

[3] أنور العمروسي، المرجع السابق، ص108.

[4] لقد نص المشرع بموجب المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم03.03 الملغى صراحة على ضمان حسن الإنجاز عن تطرقه للمسؤولية المدنية للمتعامل في الترقية العقارية في إطار عقد البيع البناء على التصاميم بما يلي:" لا تتم حيازة ملكية بناية أو جزء من بناية من المشتري، إلا بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون 29/90 غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة ولا من ضمان حسن إنجاز المنشأة التى يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال سنة واحدة".

التي تم إبداءها على إثر الإستلام المؤقت للأشغال وإصلاح عيوب البناء الملاحظة قبل الإستلام النهائي للمشروع العقاري[1] كلما عرف الإستلام المؤقت، المادة 3 الفقرة 15 من نفس القانون بأنه محضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال اما بالنسبة للمسؤولية العقدية بالنسبة للمرقي العقاري والمدخلين في العمل من مقاول اصلي ومقاولين فرعيين نعود الى الاحكام العامة فيما يخص المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية في القانون المدني.

الفرع الثاني: التزام المقاول الأصلي اتجاه المقاول في الباطن.

يعتبر عقد المقاولة من الباطن من العقود التبادلية، تنشأ عنه التزامات تقع على عاتق كل طرف من أطراف العقد ويمكن حصر بعض الإلتزامات:

أولاً: تمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل

إن المقاول الأصلي بمثابة رب العمل في هذا العقد، يقوم بالإلتزامات الضرورية لتنفيذ وإنجاز العمل، لتسليم العمل بعد انجازه، ودفع الأجر[2].

يلتزم المقاول الأصلي بتقديم الأدوات ليباشر المقاول من الباطن عمله في الوقت المتفق عليه أو خلال وقت معقول ومناسب[3].

إذا تعلق العمل بالخرسانة وجب على المقاول الأصلي أن يقدم مواصفات ورسوم ونماذج لكي يتمكن المقاول من الباطن من إنجار العمل، وعلى المقاول الأصلي أن يقوم بتنسيق الأعمال ما بين عماله والمقاول من الباطن ولو تعدد المقاولين من الباطن العمل نفسه، بحيث لا يحول أحد دون تمكين الآخرين من تنفيذ أعمالهم[4].

[1] قانون الترقية 04-11 مرجع سبق ذكره

[2] السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص213.

[3] ناصيف إلياس، المرجع السابق ص 02.

[4] السنهوري عبد الرزاق احمد، المرجع السابق ص 213

إذ تأخر المقاول الأصلي من تقديم الأدوات والمواد، والمهام يمنح للمقاول من الباطن حق تطبيق القواعد العامة، أن يطلب التنفيذ العيني مع فرض غرامة تهديدية عن التأخير، كما له أن يطلب التعويض في هذه الحالة إن اقتضى الأمر[1].

ثانيا: دفع الأجر البدل:

يلتزم المقاول الأصلي بدفع الأجر أو البدل بموجب عقد المقاولة من الباطن، مقابل قيام الأجير بالعمل المعهود به إليه، ويعد الأجر عنصراً جوهريا في عقد المقاولة لا يتم العقد بدونه[2].

إذا أنجز المقاول من الباطن العمل المطلوب منه يستحق أجره المحدد في عقد المقاولة من الباطن لا عقد المقاولة الأصلي[3].

إذا أغفل المتعاقدان مقدار الأجر وقت ابرام العقد، يتم تمديد هذا المقدار إلى قيمة العمل الذي قام به المقاول من الباطن والنفقات التي صرفها في إنجازه، وإذا تم الاتفاق على الأجر بمقتضى المقايسة[4] على أساس الوحدة وتبين أثناء العمل، أن تنفيذ التصميم المتفق عليه تطلب مصاريف وتكلفة تجاوزت المقاييس بنسبة محسوسة، وجب على المقاول من الباطن أن يخطر في الحال المقاول الأصلي لزيادة في الأجر، فإن لم يفعل يسقط حقه ويكون الدفع في المكان المتفق عليه[5] وهذا طبقا لما نص عليه القانون المدني الجزائري في القسم الثاني من التزامات رب العمل – المادتين 560- 561[6].

[1] الفضلي جعفر، الوجيز العقود المدنية (البيع، الإيجار المقاولة)،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثالثة، 2018،ص 411، 412.

[2] بالهادي مُحَّد، مرجع سابق، ص6

[3] غازي أبو عرابي، مرجع سبق ذكره، ص111

[4] بالهادي مُحَّد، ص6

[5] بجاوي المدني، التفرقة بين عقد المقاولة وعقد العمل دار النشر الاسكندرية طبعة 2009، ص142

[6] نصت المادتين560-561 من القانون المدني الجزائرية

أما إذا كانت الزيادة في الأجر جسيمة جاز للمقاول الأصلي أن يوقف تنفيذ العمل، وأن يتحلل من العقد على أن يكون ذلك دون إبطاء مع الوفاء للمقاول من الباطن قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد.[1]

أما إذا اتفقا على أجر إجمالي جزافي على تصميم معين فليس للمقاول من الباطن أن يطالب بزيادة في الأجر ولو حصل في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من المقاول الأصلي أو أن يكون مأذونا به منه [2]

وفي حالة ما إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية أو أجور اليد العاملة أو غيرها من التكاليف طبقا لنص المادة 561 ق.م.ج، إلى غير ذلك من الحالات جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو يفسخ العقد.

وقد يمتنع المقاول الأصلي عن دفع الأجر وعندها يحق للمقاول من الباطن أن يمتنع عن تسليم العمل إلى أن يدفع المقاول الأصلي الأجرة، وذلك استنادا إلى قاعدة الدفع لعدم التنفيذ والحق في الحبس كما له أن يطالب بالتعويض ويخضع للسلطة التقديرية للمحكمة[3]

الفرع الثالث: علاقة المقاول الاصلي برب العمل

إن العقد الفرعي المبرم بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي لا يعتبر من حيث الإلزام ذو علاقة برب العمل، فهذا العقد لا يكسبه حقا ولا يرتب في ذمته إلتزاما، لا يمكن رجوع المقاول الاصلي على رب العمل الا فيما نص عليه القانون (الأجرة). ويعتبر هذا العقد ملزما للمقاول الأصلي والمقاول من الباطن اذ يبقى مستقلا هذا الأخير اثناء انجاز العمل الا ما اتفق عليه في العقد

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص 215

[2] المرجع نفسه، ص215

[3] الفضلي جعفر، مرجع سابق، ص 412.

أي لا يعتبر تابعا للمقاول الأصلي، لكن مسؤولية المقاول عقديا تثبت اذا اخل الاشخاص الذين ينفذون العقد بدلا منه في عقد ثاني.[1]

المطلب الثاني: أركان المسؤولية العقدية مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية

تقوم هذه المسؤولية العقدية عن الضرر الذي يلحق المقاول من الباطن بعد تعاقده مع المقاول الأصلي ولهذه المسؤولية أركان تنتج وتتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما

الفرع الأول: أركان المسؤولية العقدية:

تتمثل أركان المسؤولية العقدية فيما يلي:

أولا: خطأ المقاول في المقاولة الفرعية

نحاول أولا تعريف الخطأ: الخطأ العقدي هو بمجرد عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد عن الوجه الوارد فيه سواء، كان عدم التنفيذ كلي أو جزئيا أو معيبا أو متأخرا وبغض النظر عن الدوافع والبواعث والغايات والأسباب التي أحاطه وبعدم التنفيذ ما دام أنه لا يرجع لسبب أجنبي [2]

إن استعان المقاول بشخص يساعده في انجاز العمل أو استخدمه في ذلك تكون مسؤولية المتبوع عن التابع ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تقصيرية بل هي مسؤولية عقدية [3].

نحاول التمييز بين حالتي الخطأ العقدي للمقاول الأصلي عن عمله الشخصي، وحالة الخطأ العقدي المترتب من الغير.

---

[1] نور البردعة نهلة، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، ص ص 31-41 مجلة العلوم الإنسانية، العدد 29 جوان 2018، مجلد ب، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، ص 32.

[2] شريف الطباخ .التعويض في المسؤولية التقصيرية والعقدية في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامعي، ص592.

[3] بلهادي احمد، مرجع سابق، ص08

1-الخطأ العقدي في حالة مسؤولية المقاول المدين عن عمله الشخصي:

إن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين للإلتزام المترتب عن العقد، والذي نشأ في ذمته باعتباره طرفاً من أطراف العقد، طبقاً لنص المادة (106) من القانون المدني جزائري التي تنص على: أن العقد شريعة المتعاقدين والمادة التي تليها 107 والتي تنص على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية والمادة 164 والتي تقضى بأنه "يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين 180-181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ممكنا[1].

إن الركن الأول الخطأ في المسؤولية العقدية راجع إلى عدم التزام المدين بتنفيذ العقد وسببه الإهمال العمدي، ومن هنا تظهر التفرقة بين الخطأ العقدي والذي هو ناتج عن القوة القاهرة لا يد للمدين فيه ولا يكون المدين مسؤولا رغم توافر الخطأ العقدي وذلك لإنتفاء السببية والتي تؤديها الى انعدام المسؤولية ركن من أركانها كما سنرى[2].

نصت المادة 307 من القانون المدني الجزائري على: " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته[3].

إن الالتزام نوعين: الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام يبذل عناية، إن الإلتزام بتحقيق نتيجة تتحقق بتحقق غاية معينة هي محل الإلتزام بنقل حق عيني أي كان حق ملكية، حق ارتفاق حق انتفاع استعمال. .....الخ، والإلتزام بعمل معين هو تسليم عين، أو إقامة مبني، والالتزام بالامتناع عن عمل معين، وهذا المقصود من الالتزام بتحقيق نتيجة معينة فإذا ما لم يقم المتعاقد بتحقيق النتيجة المقصود بها من قيام هذه الإلتزامات سيكون المتعاقد مخلاً بتنفيذ التزامه العقدي وذلك بعدم تنفيذه [4]

---

[1] 106-107-164 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26

[2] خليل احمد حسن، قدادة الوجيز في شرح القانون المدني، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، ص145

[3] المادة 307 من الأمر تم 58/75 المؤرخ في 1975/06/29 المتضمن القانون المدني. المتضمن القانون المدني.

[4] بلهادى محمد، مرجع سبق ذكره، ص09

أما الإلتزام ببذل عناية هي الإلتزام ببذل للجهد للوصول إلى الغاية من العقد وتنفيذ العمل، يجب أن تكون هذه العناية عناية الرجل العادي وطبقا لما قدرته المادة 162 قانون مدني جزائري[1].

على: "في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود وهذا مالم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك" من خلال ما سبق إن الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة معينة يتحقق من تحقق بتنفيذ العمل والإلتزام المرجو من عقد المقاولة.

2-المسؤولية عن خطا الغير:

في الواقع يرد ضمن نصوص القانون المدني الجزائري نص صريح يتناول المسؤولية العقدية إلا بطريقة غير مباشرة في الفقرة الثانية من المادة 178 ق. م.ج التي تنص على:" يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه [2].

يتضح من نص الفقرة من المادة 178 أن المدين في حالة استخدامه أشخاصا كلفهم بتنفيذ التزامه العقدي يجوز له أن يتفق مع الدائن على إعفاءه من المسؤولية أذا ثبت غشهم أو خطأهم الجسيم أثناء تنفيذ الإلتزام.

كما يستطيع أن يستخدم بعض الأشخاص في تنفيذ التزامه العقدي عينوا من قبل الدائن، وهذا يعنى أنه يوجد 03 ثلاثة أطراف في هدم المسؤولية المدين المسؤول الدائن المضرور الغير الذي استخدمه المدين والذي يسأل عن أخطائهم اثناء تنفيذ الالتزام، بشرط أن لا تكون بتدبير المدين

[1] بلهادى محمد، مرجع سبق ذكره، ص6

[2] المادة 178 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975،المتضمن القانون المدن الجزائري.

وتعتبر حيلة قانونية وجدت لحماية مصلحة الدائن في تنفيذ العقد. يمكن القول، ان الذين أدخلهم في تنفيذ العقد يسأل عن أخطائهم كأنها صدرت منه شخصيا [1] كذلك الفقه قسم الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذا التصور:

التابعون: هم الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزاماتهم فهم ينفذون الأعمال وفقاً لأوامره وتوجيهاته وتحت رقابته.

البدائل: هم الأشخاص الذين يلجأ إليهم المدين لينفذوا العقد بدلا عنه ويدخل ضمن هذه الفئة المقاول من الباطن[2].

تضمنت المادة 178 صراحة إجازة الإعفاء الإتفاقي للمدين من المسؤولية الناشئة عن أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وهذا ما يعني ضمنيا أن الأصل هو مسؤولية المدين عن هؤلاء الأشخاص وإلا لما كان هناك وجه للنص على جواز الاعفاء منها [3]

شروط مسؤولية المقاول الأصلي عن عمل المقاول من الباطن

لكي تتحقق مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن اتجاه رب العمل يجب توفر الشروط:

1-وجود عقد صحيح بين المقاول الأصلي ورب العمل شرط أساسي لقيام مسؤولية المقاول الاصلي.

2-أن يلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل.

3-ارتكاب المقاول من الباطن للخطأ العقدي مثلا امتناعه عن التنفيذ كليا أو جزئيا.

لم يتناول المشرع الجزائري تعديل المسؤولية العقدية عن فعل الغير سوى حالة الإعفاء منها،

[1] حشاش حليمة، العوادي حنان، مرجع سابق، ص52.

[2] أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 288.

[3] اعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية رسالة ما جيستير جامعة الجزائر 1984، ص 53.

حيث أجاز في المادة 179 الفقرة 2 من القانون المدني أن يعفى المدين من تحمل مسؤولية الخطأ الجسيم والخطأ العمدي الذي يصدر من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه في حين أن الإعفاء من المسؤولية العقدية في الفعل الشخصي، لا يشمل سوى الخطأ التافه والخطأ اليسير بمعنى إذا لم يثبت أنّ المدين لم ينفذ بدافع الغش أو الخطأ الجسيم كان شرط الاعفاء باطلا وبقيت مسؤولية المدين قائمة[1].

ثانيا: ضرورة إثبات الضرر اللاحق بالمقاول الأصلي

بناءا على مبدأ لا مسؤولية حيث لا ضرر تطبيقه في مجال المسؤولية، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره في المسؤولية التقصيرية أما في المسؤولية العقدية فإن مجرد إخلال المدين بإلتزامه يرتب المسؤولية العقدية[2].

تعريف الضرر: يعد الضرر العنصر الثاني في المسؤولية المدنية سواءاً كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية وقد عرف الضرر[3]: بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أولم تكن، إذ أن الشخص لا يتعاقد إلى لتحقيق مصلحة ويؤدي عدم تنفيذ العقد إلى فوات تلك المصلحة، ولا يشترط في المصلحة أن تكون محمية بنص قانوني، بل يكفي أن تكون مصلحة مشروعة للمضرور[4].

ثالثا العلاقة السببية:

يقع إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر على عاتق المضرور، وبالرجوع إلى نص المادة 176 ق. م. ج تنقضي باستحالة التنفيذ ترجع إلى سلوك المدين فتلزمه بالتعويض مبدئياً إذا أثبت أن استحالة التنفيذ، ووقوع الضرر كان ناتجا عن سبب أجنبي عنه، وهو الذي لابد للمقاول الفرعي

[1] برجم صليحة، المرجع السابق، ص 104-105.

[2] مازة حنان، المرجع السابق ص231

[3] بلحاج العربي – النظرية العامة اللإلتزام المرجع السابق الذكر، ص 284

[4] محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع بإعتباره مصدر للإلتزام للقواعد العامة، القواعد الخاصة دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص97

في حدوثه والذي لا يمكنه دفعه ولا توقعه ويترتب عليه استحالة تنفيذ التزامه كخطأ المقاول الأصلي الذي منع عمال المقاول الفرعي بدخول ورشة العمل[1]

الفرع الثاني: أثار المسؤولية العقدية:

إن عقد المقاولة من الباطن يترتب عليه مسؤولية عقدية والمسؤولية بدورها لها أثار توجب من خلالها على كلا المتعاقدين تحمل تبعات

أولا: الإلتزام بالضمان وانواعه وشروط تحققه:

وضع القانون أحكاما خاصة بضمان المهندس المعماري والمقاول للمنشآت الثابتة التي يقومان بتشييدها إضافة لما ورد في نصوص القانون المدني الجزائري.

1-ضمان المقاول للمادة التي يقدمها:

تنص المادة 551 ق م ج. إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل [2]

2-ضمان إتمام الأعمال على اتم وجه[3]

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الضمان في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري [4] وذلك طبقا لنص المادة 14 منه التي تقضي " لا تتم حيازة ملكية بناية أو جزء من بناية من المشتري إلى بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون 29/90 المؤرخة في 19 ديسمبر 1990 والمذكور أعلاه .غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة

[1] مازة حنان، المرجع السابق، ص235.

[2] نص المادة 551 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/04/26 المتضمن القانون المدني.

[3] الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد رقم 14 سنة1993

[4] مداح وحيد، معيوف سفيان أحكام عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون خاص كلية الحقوق والعلوم السياسية تيارت السنة ج 2016 /2017، ص 52

المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المستحقة ولا من ضمان حسن إنجاز المنشأة التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال سنة واحدة.

إنه بواسطة هذا الضمان يمنح للمقاول مدة للإصلاح العيوب التي كانت محلا للتحفظات فتكون له مدة أولية لإصلاح ما نقص، وهي مدة سنة ليعلن بعدها عن التسليم النهائي والذي من خلاله يبدأ مدة الضمان العشري[1]

3-ضمان العيوب الخفية:

وللمقاول في هذه الحالة ضمان العيوب الخفية التي وردت في المادة التي قدمها، أو عيوب الصنعة والفن أي يجب عليه ضمان جودة العمل طبقا لنص المادة 551 من القانون المدني التي تنص على: " إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل" [2]تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسؤولا عنه فإذا وقع عيب من ذلك وكشفه رب العمل قبل أن يتسلم الشيء أو يتقبل العمل أنه يطالب بالتنفيذ العيني أي إصلاح العيب أو أن يطلب الفسخ[3] طبقا للقواعد العامة الواردة في المواد 379 – 380 -381 من القانون المدني تسقط بالتقادم دعوى لضمان، إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء، إلى رب العمل طبقا لنص المادة 383 من القانون المدني [4]ما لم يلتزم المقاول بالضمان لمدة أطول[5].

[1] هداج وحيد – معيوف سفيان، مرجع سبق ذكره،52

[2] المادة 551 ق.م.ج الأمر 58/75

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص92

[4] نص المادة 383 "تسقط بالتقادم دعوى ا لضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل مالم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول"

[5] المادة384 ق.م.ج:يجوز" للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص ان يزيدا في الضمان او ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع اخفاء العيب في البيع غشا منه."

4-الضمان العشري

وقد خصه المشرع في القانون المدني وذلك بالمواد في 554 إلى 557 منه وهو ما أخذ به القانون المدني الفرنسي في المادة 1792 منه.

بما أن المشرع الجزائري اهتم بهذا النوع من الضمان ويعتبره مسؤولية عقدية، كذلك بعض الآراء الفقهية اعتبروا المسؤولية أو الضمان العشري أثر من آثار المسؤولية العقدية. وأن مصدر هذه المسؤولية هو عقد المقاولة المبرم بين المهندس والمقاول من جهة وبين صاحب العمل من جهة ثانية ولا يتم اقحام المقاول في الباطن في المسؤولية.

لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح الضمان في المادة 554 من القانون المدني الجزائري قاصدا بها تحميل المقاول والمهندس المعماري المسؤولية العشرية على التهدم الكلي أو الجزئي للبناء وعن العيوب المهددة لسلامة البناء، إذ أصبحت تسمية الضمان العشري أو الضمان الخاص أو الضمان المعماري مرادف لما يسمى بالمسؤولية العشرية في مجال مقاولات البناء[1] عالج المشرع مسؤولية المتدخلين في عملية إنجاز البناء بموجب المادة 46 من القانون رقم 04/11 السالف الذكر فقد حملت هذه المادة صراحة كل المتدخلين بشرط وجود عقد أي تطبيقا لنص المادة 554 ق.م.ج. لا يمكن للمقاول الأصلي أن يرجع على المقاول الفرعي وانما يمكنه الرجوع عليه بناءاً على قواعد المسؤولية العقدية على أساس عقد المقاولة الفرعية المبرم بينهما [2].

أي لا يضمن المقاول الفرعي عيوب البناء إلا في حدود قواعد المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية[3]ولم يقحمه المشرع الجزائري في الضمان العشري في قانون الترقية العقارية لأنه ليس من المدخلين في العقد الاصلي للمقاولة ولأنه لا يعد ممن تربطهم بصاحب المشروع علاقة تعاقدية[4].

---

[1] عهود أحمد حسين خليفات باحثه ومحامية الأردن مقال مسؤولية المقاول من الباطن عن الضمان العشري في القانون المدني الأردني ص ص121، 141 المجلد 13 تاريخ النشر 2020/10/30، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الاردن ص134.

[2] المادة 51 ق. م. ج

[3] مازة حنان، مرجع سبق ذكره، ص133

[4] المادة 46 من القانون 04/11

إلا أن نص المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الإلتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري السالف الذكر أخضع المقاول الفرعي للمسؤولية العشرية رغم عدم ارتباطه بصاحب المشروع بعلاقة تعاقدية حيث نصت على ما يلي: «يتعين على المرقي العقاري الاكتتاب في جميع التأمينات والضمانات القانونية المطلوبة، بتحمل المرقي العقاري خلال مدة عشرة سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخلين آخرين في حالة سقوط البناية كليا أو جزئيا بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض"

ثانيا القوة القاهرة:

إن المشرع الجزائري أثقل كاهل المهندس المعماري والمقاول بالضمان المقرر، إذا تبين من الظروف التي أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة قاهرة مثلا: خلل في استقرارا الأرض التي بني عليها المشروع لا يمكن توقعه وقت البناء[1]. ومن مظاهر القوة القاهرة الظواهر الطبيعية كالأعاصير القوية، الزلازل وكل الحوادث التي تعفي من المسؤولية لابد للقائم على المشروع فيما قضت محكمة التميز الأردنية إن إصابة محركات الباخرة الناقلة للبضاعة موضوع العطاء مما اضطر أصحابها إلى قطرها إلى ميناء المصدر، واضطر الحال عليه إلى نقلها على باخرة أخرى هو من قبيل الحادث المفاجئ وتؤكد هنا إن القوة القاهرة لا تؤدي إلى مسؤولية المدعى عليه (المقاول من الباطن) إلا إذا كانت هي السبب الوحيد فإن ساهم معها المدعى عليه وجب على العميل الأخير بالضمان كاملا [2]

ثالثا: التعويض

إن لرب العمل الحق في اختيار فسخ العقد أو تنفيذ العقد كما له الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المقاول بإلتزامه بالتسليم، أو قام بالتسليم ولكن تأخر مما سبب ضرراً يوجب التعويض.

[1] عبد الرزاق الحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره127

[2] غازي خالد أبو عرابي، المقاولة من الباطن مرجع سبق ذكره ص

-في حالة عدم التسليم: الضرر الذي أصاب رب العمل يقدر على أساس الفرق بين الأجر المتفق عليه للمقاول وما يجب عليه دفعه للأجراء العمل المطلوب بواسطة مقال آخر مع مراعاة الزمن الذي استغرقه في العمل والضرر الذي يصيب رب العمل من جراء هذا التأخير [1]،في الحالتين يلزم القاضي المسؤول عن تنفيذ التزامه [2]

-تحديد أجل التنفيذ: بعد ابرام العقد قد تطرأ، ظروف وأسباب تستدعي تمديد الأجل للتنفيذ المتفق عليه.

-غرامة التأخير أو الشرط الجزائي: إذا تأخر المقاول عن إنجاز العمل المكلف به، ولم يثبت أن السبب في التأخر اجنبيا أو القوة القاهرة تثبت مسؤولية في التعويض عن الأضرار التي أصابت رب العمل، وقد ترد هذه المسؤولية عبارة عن بند أو نص في العقد أي يتفق الطرفان مقدما على قيمة لتعويض[3].

1-التعويض دون اشتراط غرامة تأخير:

يكون التعويض في هذه الحالة إذا تم اعذار المقاول، ولم يسلم العمل في الموعد المتفق عليه تثبت مسؤوليته بالتعويض بدافع التأخر[4].

هناك مسؤولية أخرى وهي سلامة البناء: لا تقوم اثناء تنفيذ عقد المقاولة، وإنما بعد التسليم وهي غالبا ما تعتبر مسؤولية عن العيوب الخفية التي لا يستطيع رب العمل اكتشافها أثناء التنفيذ وهي كذلك مسؤولية عقدية توجب التعويض إذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها، وإذا كان قد بلغ العيب حدا من الجسامة إذا أعلم به رب العمل من قبل أو من بعد في كلتا الحالتين يطلب التعويض[5].

---

[1] مازة حنان مرجع سبق ذكره ص133

[2] حسين على الدنون المبسوط في شرح القانون المدني، دار الوائل للنشر الأردن، ص366.

[3] بلهادي محمد، ص18.

[4] محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد المقاولة، مرجع سبق ذكره ص136- 137.

[5] ابراهيم السيد أحمد، العقود الواردة على العمل دار النشر المعارف الإسكندرية.2004

إن المشرع الجزائري في القسم الرابع من القانون المدني الجزائري انقضاء عقد المقاولة في المادة568.[1] واستناداً للقواعد العامة يحق لرب العمل أن يطالب بالتنفيذ العيني مع التعويض أو أن يطالب بفسخ العقد مع التعويض.

يجوز لرب العمل أن يقدم امام المحكمة المختصة دعوى للمطالبة بإلزام المقاول والمهندس بالتنفيذ العيني او التنفيذ بمقابل إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا أو كان فيه إرهاق للمقاول، والمهندس كأن يكلف بإعادة البناء وبما أن النفقات جسيمة يبقى رب العمل طلب التعويض وللقاضي السلطة التقديرية بالتنفيذ العيني أو الحكم بالتعويض[2].

[1] نص المادة 568 ق.م.ج." إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ، قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك، المادة عليمن قام بتوريدها من الطرفين أما إذا كان المقاول قد أعذر بتسليم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعا إلى خطئه وجب عليه أن يعوض رب العمل."

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري، دار النشر، الإسكندرية، ص 248.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول في المقاولة في الباطن

ان العلاقة بين المقاول في الباطن وصاحب المشروع ليست علاقة تعاقدية على خلاف علاقته بالمقاول الأصلي، لهذا يعتبر المقاول الفرعي من الغير بالنسبة لرب لعمل هل تقع مسؤولية المقاول الفرعي إذا أخل بهذا الواجب؟[1] من خلال هذا المبحث نحاول الإجابة من خلال ثلاث 3 مطالب (المطلب الأول) علاقه رب العمل بالمقاول من الباطن (المطلب الثاني) أركان المسؤولية التقصيرية والعلاقة القانونية (المطلب الثالث) أثار المسؤولية التقصيرية الناشئة عن مسؤولية المقاول في المقاولة من الباطن.

المطلب الأول: علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

الأصل ان لا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، إذ لا يربطهما أي تعاقد، إنما العلاقة التعاقدية موجودة بين المقاول الأصلي ورب العمل، في حين المقاول في الباطن

علاقته غير مباشرة برب العمل، إذ يتوسطهما[2] المقاول الأصلي، إن عقد المقاولة من الباطن هو العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول الذي عهد إليه بتنفيذ عمل مع مقاول آخر من أجل تنفيذ هذا العمل كله أو جزء منه.

الفرع الأول: العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة

إن العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلي يحكمها عقدا المقاولة الأصلي لا شأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن [3]

عقد المقاولة الأصلي هو الذي يحدد الإلتزامات المتبادلة بين طرفي العقد يلزم رب العمل بتمكين المقاول من إنجاز العمل، كذلك الالتزام بتسلم العمل ودفع الأجر للمقاول الأصلي مباشرة

[1] مازة حنان مذكرة دكتوراه، مرجع سابق، ص250

[2] نوالي حياة مخلوفي ليندة، عقد المقاولة في عقد القانون المدني مذكرة لنيل شهادة الماستر،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود تيزي وزو 2017، ص 51

[3] جعفر الفضلي الوجيز في العقود المدنية مرجع سابق، ص 433

ويلتزم المقاول بإنجاز العمل وتسليمه بما في ذلك الذي ينجزه المقاول من الباطن ويلتزم بضمان العمل، وضمان التهدم والعيوب في البناء والمنشآت الثابتة خلال 10 سنوات عكس المقاول من الباطن الذي لا يضمن التهدم والعيب في البناء إلا في حدود القواعد العامة [1].

الفرع الثاني: لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته

والتزامات المقاول من الباطن الثلاثة يطالب بها مباشرة المقاول الأصلي، بموجب عقد ثان بحكم التعاقد من الباطن لا دخل لرب العمل فيه ولا يعد طرفا في العقد الثاني لا يستطيع رب العمل أن يطالب مباشرة المقاول من الباطن، لا بموجب عقد المقاولة الأصلي ولا بموجب عقد المقاولة من الباطن وإنما يستطيع أن يرفع دعوى غير مباشرة باسم مدينه المقاول الأصلي لتسليم العمل، أو حق الضمان.

الفرع الثالث: لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته

المقاول من الباطن لا يستطيع أن يطالب رب العمل مباشرة بالتزاماته، وانما يستطيع أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلي[2] يرجع على رب العمل بطريق الدعوى الغير مباشرة وفي حالة تأخره في دفع الأجرة يجوز ان يستعمل الدعوى الغير مباشرة [3] لكن القانون الجزائري أورد استثناءا سنتطرق له في الفرع الرابع.

الفرع الرابع: جواز مطالبة المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي لرب العمل بالأجرة مباشرة

إن المشرع الجزائري أورد استثناء فيما يتعلق بأجر المقاول الفرعي المستحق له والمترتب في ذمة المقاول الأصلي حيث منح المقاول الفرعي حق الرجوع مباشرة على رب العمل، وذلك طبقا لمقتضى نص المادة 565 الفترة 01 من القانون المدني الجزائري:"يكون للمقاولين الفرعين والعمال الذين

[1] جعفر الفضلي الوجيز في العقود المدنية مرجع سابق، ص 433.

[2] نوالي حياة،مخلوفي ليندة مرجع سابق، ص52.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 225

يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة لما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق اتجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل"[1].

ومزاحمة دائنة لهذا السبب تعتبر هذه الدعوى استنادا لمبدأ نسبية العقد ومبدأ المساواة بين الدائنين[2].

كما نجد ان المشرع الجزائري لم يخص الدعوى المباشرة بنص عام مثل ما هو الحال بالنسبة للدعوى الغير المباشرة الواردة في المادة قبل المادة 565. النسبة للمادة 189 من القانون المدني الجزائري المشرع ساير الكثير من التشريعات العربية وهو سبب انحصار الدعوى المباشرة في مجال عقد المقاولة الفرعية.

وتعتبر الدعوى المباشرة من النظام العام وليس لها أثر انقضائي بمعنى لا ينقضي حق المقاول من الباطن من ذمة المقاول الأصلي فحقه في الأجر لا ينقضي إلا اذا استوفى حقه كاملا، كما لا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلي عدم رجوع المقاول من الباطن أو عماله عليه بالدعوى المباشرة، إذ حصل مثل هذا الإتفاق فإنه يكون عديم الأثر ولا يمس حقوق المقاول من الباطن لأنه ليس طرف فيه وحقه في إقامة الدعوى المباشرة مستمد من نص القانون[3]

يكون للمقاولين من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة، ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحديد من يتم توقيع الحجز عليه رب العمل او المقاول الاصلي، يكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه يجوز أداء هذه المبالغ إليه مباشرة حقوق المقاولين من الباطن والعمال[4].

---

[1] لمادة 565 من ق م ج المرجع السابق

[2] فيلالي علي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موقع للنشر2001، الجزائر، ص 344.

[3] عبد الرزاق أحمد سنهوري، ص229.

[4] الفقرة الثانية من المادة 565 قانون مدني جزائري: المهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ماتحت يدرب العمل أو المقاول الأصلي، امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو المقاول الفرعي وقت توقيع الجزء، ويكون الامتياز لكم منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم المباشرة

يجوز للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة، لا يجاوز القدر الذي سيكون مدينا به للمقاول الأصلي وللمقاول من الباطن حق التقدم أمام دائني المقاول الأصلي والعمال بحكم القانون كفل لهم حق المطالبة بالأجر المحدد في العقد الأصلي. كما يمكن من جهة أخرى لرب العمل بمجرد توقيع هذا الحجز مباشرة على الدائن الحاجز أصحاب الإمتياز دون الحصول على إذن من القضاء وهذا الإمتياز في حالة تعدد الحاجزين يقسمون المبالغ قسمة غرماء[1].

تعتبر الدعوى المباشرة وسيلة تمكن الدائن المباشر من الوصول مباشرة إلى ذمة مدين مدينه بغية الاستئثار بحقوق مدينه لدى الغير كما تمكنه من الاستفادة من بعض مظاهر القوة الملزمة للعقد القائم بين المدين ومدين المدين رغم أن هذا الأخير من الغير بالنسبة له، إن تلك الدعوى تمنحه نوع من الإمتياز تجنبه عسر مدينه بحسب حق واحد منهم[2].

المطلب الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية والعلاقة القانونية:

ان المقاول من الباطن قد يرتكب أخطاء ليس لها صلة بعقد المقاولة من الباطن عندئذ يسأل بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية في مواجهة الغير المضرور من هذا الخطأ.[3]

وقد تطرقنا إلى تحليل هذه الأركان وفق الفروع التالية :

[1] الجارحي مصطفى عبد السيد عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي الطبعة الأولى دار النهضة العربية القاهرة 1988

[2] د أسامة محمد طه ابراهيم النظرية العامة لعقود الباطن القاهرة، 2008، ص288.

[3] مصطفى ابو بكر المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري الجامعة الجديدة الإسكندرية 2015 دار الجامعة الجديدة ص، 72

الفرع الأول: أركان المسؤولية التقصيرية

أولا: الخطأ:

1-تعريف الخطأ: هو الإخلال بواجب قانوني عام وله عنصرا أولهما مادي والثاني معنوي أو نفسي وهو التمييز والإدراك وله تعدده إهمالا أو عمدا[1] من خلال في تحليلنا علاقته بالمقاول.

2-الخطأ في المسؤولية التقصيرية: يختلف الخطأ في المسؤولية العقدية عن الخطافي المسؤولية التقصيرية إذا يقتصر الخطأ في المسؤولية العقدية على الإخلال بالتزام عقدي، إن القانون الأردني يقيم المسؤولية عن الفعل الضار على أساس الضرر لا الخطأ، ويترتب على ذلك ان كل الأضرار يحق للمقاول الأصلي خارج إطار عقد المقاولة من الباطن، أن يسأل عنها المقاول من الباطن ويؤكد القضاء على أنه متى ما ثبت أن المقاول من الباطن قد أدى العمل للمقاول الأصلي بالمجاني، فإن الخطأ الذي يصدر منه في تنفيذه للعمل لا يعد خطأ عقديا، فلا يوجد بينه وبين المقاول الأصلي عقد ومن ثم فإن الخطأ يعد خطأ تقصيريا على عاتق مرتكبه مسؤولية تقصيرية.[2]

ان جسامة الخطأ لا يكفي فيها التقييم المادي مستقلة عن العناصر الأخرى للتعويض، للقضاء ان يقيم جسامة الخطأ وحدها وقد تؤدي إلى تجاوز التعويض حجم الضرر، كما أنه يتنافى مع القاعدة الأخلاقية أن يتقاضى المضرور من المسؤول ثمن جسامة الخطأ مستقلا عن الضرر[3].

ثانيا: الضرر

ويعتبر الضرر من المسؤوليات التي تقع على عاتق المرء نتيجة الخطأ الذي ارتكبه ويقوم على عاتق المرء نتيجة الخطأ الذي ارتكبه ويقوم في ذمته سنتطرق إلى:

---

[1] شريف الطباخ، التعويض في المسؤولية التقصيرية والعقدية في ضوء الفقه والفضاء دار الفكر الجامعي، ص09

[2] غازي أبو خالد أبو عرابي، مرجع سبق ذكره، ص153.

[3] بالهادي محمد، مرجع سابق، ص 26.

1-تعريف الضرر: هو إخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية، شرط أن يكون هذا الإخلال محقق يكفي أن يكون محتملا[1]، والضرر هو الذي يصيب الجسم كالجرح[2].

2-أنواع الضرر: يعتبر الضرر الركن الثاني في المسؤولية التقصيرية، لا يكفي الخطأ لتوفر هذا الركن، لكن يجب توفر ضرر مرافق للخطأ يصيب أحد الأشخاص في جسمه أو في ماله وهذا ما يسمى الضرر المادي، أما إذا وقع الضرر على شعور الشخص أو عاطفته أو كرامته أو لشرفه كان هذا الضرر أدبيا.

أ-الضرر المادي

عبارة عن اخلال محقق بمصلحة أحد الأشخاص دات قيمة مالية، إن الضرر المادي الأول: يتمثل في وقوع إخلال بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور، والثاني: ان يكون الإخلال بالمصلحة محققا وليس محتمل [3].

الشرط الأول:

أن يخل بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور، وقد تتمثل هذه المصلحة بحق المضرور، وقد تتمثل بمجرد مصلحة مالية له، فعندما يقع تعدي على حياة أحد الأشخاص يكون هناك إخلال بحق سلامة الشخص في حياته وسلامته في جسمه، وقد يقع الضرر في مجرد مصلحة مالية لأحد الأشخاص لا يحق له، كأن يصاب عامل فيستحق معاشا عند رب العمل فيكون المسؤول عن إصابة العمل قد أصاب رب العمل في مصلحة ماليه له إذ جعله مسؤولا عن معاش العامل أقل، ويراعى في ذلك، أن تكون المصلحة مشروعة[4].

[1] شريف الطباخ، مرجع سبق ذكره، ص 92.

[2] حسن على الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، كلية الحقوق، دار وائل للنشر، الأردن، ص279.

[3] بلهادي محمد، مرجع سبق ذكره، ص27.

[4] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ص249

للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ فورا أو يأجل إلى أجل مسمى ولها أن تقضي بالتعويض في كل حال ان كان له مقتضي[1].

الشرط الثاني:

أن يكون الإخلال بمصلحة محققة أي وقع الضرر فعلا، أي انه سيقع على وجه التأكيد ولا يكفي أن يكون محتمل الوقوع، كأن يقع الضرر في دار شخص فلصاحب الدار أن يطالب بالتعويض عن التلف الذي أصاب الدار، لا يجوز له مطالبة الشخص المسؤول الذي وقع منه الضرر بإعادة بناء الدار، فله أن يطلب من المسؤول التعويض، والضرر الاحتمالي يختلف عن الضرر الذي يقع على وجه التأكيد في المستقبل.

ورب العمل إن لاحظ أن المقاول وهو بصدد تشييد البناء، وقد أخل آخر المقاول من الباطن ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها، إذ يترتب عليها عدم إستحالة الإصلاح فتلزم عليه عمله المنافي لشروطه[2].

ثانيا الضرر الأدبي:

هو ضرر يصيب بمصلحة غير مالية لأحد الأشخاص، والذي يصيب الشخص في شرفه، وسمعته من قذف وسب وإيذاء السمعة.

ثالثا: العلاقة السببية فما يخص مسؤولية المقاول:

إن الأخطاء تنتج عنها أضرار تعود على المقاول من الباطن سواءاً قام بها أو ارتكبها أحد تابعيه، تترتب مسؤولية على عاتقه ومثال ذلك منها إذا كانت هناك مواد بناء تعود ملكيتها للمقاول

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص182.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري، دار النشر الإسكندرية، ص114.

الأصلي، وموجودة بالقرب من مكان العمل ولا علاقة بمحل العقد المبرم بينها فإنه سيسأل على هذا الضرر تقصيريا [1]

الفرع الثاني: العلاقة السببية في المسؤولية التقصيرية:

إن العلاقة السببية هي الركن الثالث لقيام المسؤولية، وهي كن مستقل عن كن الخطأ، إذ قد توجد ولا يوجد أخطاء إذا ترتب ضرر عن فعل أحدثه شخص[2]. لا يكفى لقيام المسؤولية أن يقع فعل ضار من شخص ويلحق الضرر شخصا آخر بل يكون لهذا الضرر نتيجة مباشرة، أي رابطة السببية بين الفعل والضرر مباشرة السببية في الفقه الإسلامي والتفكير الفقهي هي إقامة المسؤولية وتحديد مداها ودرجتها أما السببية في المفهوم الفلسفي فالهدف منها هو تفسير الظواهر والكشف عن العوامل المؤثرة فيها وتفسير الوجه نفسه[3].

لا ضمان لدى الفقه الإسلامي في السببية غير المباشرة وفي الفعل الضار مباشرة تظهر بوضوح سببية الفعل للضرر أي أن علاقة السببية واضحة بين الفعل الضار والضرر على عكس الحال في التسبب ولا يشترط في الفعل الاتصال المادي بينه وبين الضرر لإقامة المسؤولية [4].

تعريف المشرع الجزائري للسببية في القانون المدني الجزائري:

علامة السببية "هي علاقة مباشرة تقوم ببين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي لحق المضرور، فلا يكفى لقيام المسؤولية تحقيق الخطأ والضرر بل يجب أن تربط بينهم صلة مباشرة أي الخطأ هو الذي سبب الضرر فتشكل لنا علاقة فعل فاعل ونتيجة[5].

[1] بلهادي مُحَّد، مرجع سابق، ص31.

[2] علي. علي سليمان النظرية العامة الإلتزام 2003.ص99

[3] بلهادي مُحَّد، مرجع سبق ذكره، ص31.

[4] صالح أحمد مُحَّد اللهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ص 68.

[5] سعاد بحوص، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير دراسة مقارنة ماستر في الشريعة والقانون، سنة 2015-2016، ص35.

1-اثبات علاقة السببية في القانون المدني الجزائرية:

يحدث غالبا أن يكون الضرر ناتجاً عن عدة وقائع أو أسباب تشترك في حدوثه فيصعب استبعاد احد الأسباب كذلك قد تتسلسل الأضرار مع تعددها أي تحدث عدة أضرار نتيجة خطأ واحد[1].

2-انعدام السببية في القانون المدني الجزائري: نص المشرع في المادة 127 ق.م. ج "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لابد له فيه حادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك."

يتضح من خلال المادة السابقة الذكر (127) أن السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر يتمثل في القوة القاهرة الحادث الفجائي ثم خطأ المضرور وخطأ الغير [2].

المطلب الثالث: أثار المسؤولية التقصيرية الناشئة عن مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية:

يرتب عقد المقاولة التزامات متبادلة بين المقاول من الباطن ورب العمل والمسؤولية نحو الغير[3] سنتعرض لذلك إلى دراسة الآثار من خلال فرعين: الفرع الأول:دعوى المسؤولية التقصيرية والفرع الثاني الحكم بالتعويض.

الفرع الأول: دعوى المسؤولية التقصيرية:

تنشأ المقاولة وفق ارتباطات إلزامية بين أطرافها وتتضمن مسؤوليات مرتبطة فيما بينها تتحدث أولا على أطراف دعوى المسؤولية.

[1] سعاد بحوص، المرجع السابق، ص40

[2] خليل أحمد حسن قدادة الوجيز، في شرح القانون المدني الجزائري، ط 2010، ديوان المطبوعات الجامعة الجزائرية، ص251.

[3] زغدانة منيرة، المقاولة في التجاري الجزائري، مذكرة تخرج ماستر قانون أعمال كلية الحقوق قسم العلوم القانونية 2015 -2016، ص33

أولا: أطراف دعوى المسؤولية:

1-المدعي:

هو الشخص الذي وقع له الضرر، وبعبارة أخرى المدعي هو الشخص المضرور والذي يثبت الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ولا يشترط أن يرفع شخصه لدعوى قد يطالب التعويض نائب المضرور كأن يكون المضرور شخصا قاصر أو مجنوناً فيكون للوالي الوصي أو القيم أن يرفع دعوى المسؤولية[1]

وقد ترفع الدعوى من المقاولين من الباطن والعمال فلو تعدد هؤلاء ورفعوا جميعهم الدعوى ضد المقاول الأصلي، يحكم القاضي المختص بجميع حقوقهم.

2-المدعى عليه:

هو الشخص المسؤول عن الضرر، وهو من ترفع ضده الدعوى لدفع التعويضات عن الأضرار التي كانت نتيجة مباشرة عن الخطأ الذي وقع منه [2] ومثال عن ذلك إذا قام المقاول بإخفاء غش وعيب في الصنعة، ولم يستطع رب العمل أن يكشفه وبمجرد إكتشاف العيب له الحق في الرجوع على المقاول أي بإصلاح العيب مع التعويض أو الفسخ مع التعويض وتتقادم الدعوى خلال ثلاث سنوات من كشف العيب، لأن المقاول مسؤول مسؤولية تقصيرية[3]

وقد ترفع الدعوى على نائب المدعى عليه إذا كان قاصراً أو مجنونا ترفع الدعوى على الوصي أو الولي أو القيم.[4]

وفي حالة وفاة المدعى عليه يحل محله الورثة (خلف العام) وقد يكون الخلف الخاص (المحال عليه – حوالة الدين) إذا تعدد المدعى عليهم وكانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، بمعنى أنه يجوز

[1] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص259.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري، دار النشر الإسكندرية،ص 254.

[3] زغادنة منيرة المقاولة في القانون التجاري، مذكرة تخرج شهادة ماستر تخصص قانون اعمال، قسم العلوم القانونية، ص 33

[4] بلهادي مُحَّد، مرجع سابق، ص 40.

للمدعي أن يرجع على أحدهم بالتعويض المستحق كله بدلا من الرجوع على كل واحد منهم بالجزء الذي يتحمله من المسؤولية ففي هذه الحالة يسألون جميعها على وجه التضامن في حالة تعدد المسؤولين عن العمل الضار التي نظمها المشرع الجزائري في المادة 126[1].ووضعها مبدئياً عاما يقضي بالتضامن في المسؤولية التقصيرية ومن ثم يعتبر من النظام العام ولا يجوز الإتفاق على ما يخالفه[2].

للمدعي أن يقيم الدعوى عليهم جميعا، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء، ويطالبه بالتعويض كاملاً، التضامن يقتضى بأن كلا منهم يكون مسؤول عن التعويض كله، ثم يرجع من دفع التعويض عن الباقي كل بقدر نصيبه بحسب جسامة الخطأ أو بالتساوي بينهم عند استطاعة تقدير مساهمة كل منهم في إحداث الضرر[3] ولقيام التضامن في تعدد المسؤولية عن الضرر يفترض وجود الشروط الآتية:

1-أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب الخطأ، اذ لا يكون مثلا ورثة المسؤول متضامنين إلا باعتبار أن التركة هي المسؤولية أمامهم فلا تضامن بينهم، لأنه لا أحد من الورثة قد ارتكب هذا الخطأ بل المورث هو الذي صدر منه الخطأ[4].

2-أن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم كان سببا في إحداث الضرر فإن الباقي لا يكونون مسؤولون معه بالتضامن لأن الأخطاء التي وقعت منهم لم تسبب أي ضرر بل لا يكونون مسؤولين أصلا لعدم إحداثهم أي ضرر ما.

[1] المادة 126معدلة "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتفويض".

[2] موليلط بوخاتم المسؤولية التضامنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، قسم قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون، سنة 2017، 2018، ص68

[3] نفس المرجع، ص68.

[4] موليلط بوخاتم، مرجع سبق ذكره،ص69.

3-أن يكون الضرر الذي أحدثة كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون أي أن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد[1].

هذه الشروط الثلاثة إذا توافرت سيكون هناك تضامن في المسؤولية" المتعددين" من توافرت تحقق التضامن دون حاجة لأي أمر آخر[2].

الفرع الثاني: الحكم بالتعويض

إن التعويض المقرر في المسؤولية التقصيرية يتم تقديره قضائيا نتيجة إخلال المسؤول بالتزامه[3] حيث نصت المادة 182ق.م.ج: " إذا لم يكن التعويض مقدار في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره"[4] نحاول التعرف أولا على مفهوم التعويض.

أولا: مفهوم التعويض وطرقه:

1-مفهوم التعويص:

يتطلب الحديث عن مفهوم التعويض الوقوف على تعريفه، لم يقم القانون بإعطاء تعريف واضح للتعويض[5] وإنما اقتصر الأمر على بيان مداه والوسائل التي يمكن للدائن من خلالها مطالبة المدين به وتطبيقا نص المادة 124 ق م " كل فعل أي يرتكبه شخص بخطئه ويسبب ضرارا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

أما الفقه، ذهب إلى أن مفهوم التعويض يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمفهوم الضرر بما أن الفقه أن القضاء هو وسيلة سواء بمحوه أو تخفيف وطأته ويجب أن يتناسب مع حجم الضرر وللقاضي أنا يقدر بحكم أن التعويض يشكل موضوع دعوى المسؤولية الموضوعية، مستعينا بجملة من العناصر

[1] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق ص260.

[2] حسن عامر، عبد الرحيم عامر المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية الطبقة الثانية، دار المعارف الإسكندرية،ص149

[3] بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكره لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015، ص8.

[4]. 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني

[5] المرجع نفسه، ص10

تتضمن المادة 132 من القانون المدني الجزائري بأنه " يعين القاضي طريقة للتعويض طبقا للظروف" ويصبح التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأنه يقدم تأمينات للقاضي السلطة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة، لطبيعية الضرر.

2-طريقة التعويض:

أ-التعويض النقدي: يعتبر التعويض النقدي جزاء للمسؤولية التقصيرية هي الأصل في الأنواع الثلاثة للتعويض، هو عبارة عن مبلغ من النقود معين يسلم دفعة واحدة، لكن إذا ظهرت ظروف، للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض النقدي المقسط أي يعطى على شكل أقساط للشخص المضرور[1].و يستطيع القاضي الحكم بالتعويض النقدي، إذا تطالب التنفيذ العيني[2].

ب-التعويض العيني: بالالتزام عينا وهو أفضل طرق التعويض إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر تماما وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه تماما، وهذا ما قصدته المادة 132 من ق.م.ج يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناءاً على طلب المتضرر أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه[3] أما إذا استحال التعويض العيني أو التنفيذ العيني الرجوع إلى التعويضين وبمقابل وهو ما نص عليه المشرع ج. نص المادة 174 الفقرة من القانون المدني ج، والتي جاء فيها" إذا كان تنفيذ الإلتزام عيبا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام اليه المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلتزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك[4]، وهذا التعويض نادر الوقوع في المسؤولية التقصيرية[5].

ج -التعويض بمقابل: يدخل المسؤول في ذمة المتضرر قيمة معادلة لتلك التي حرم منها، لا يمحو الضرر بل القصد جبر الضرر.

---

[1] ثابت دنيا التوجه الموضوعي للمشرع الجزائري في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، سنة 2021-2022، ص153.

[2] غازي أبو عرابي، المقاولة من الباطن، مرجع سبق ذكره، ص 154.

[3] ثابت دنيا، مرجع سبق ذكره، ص150.

[4] بن عزة أمال، النطاق الموضوعي، للمسؤولية المدنية للمنتج من منتجات المعيبة مقال منشور في مجلة المشكاة في الإقتصاد والتنمية، القانون مج4 ع7، جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت الجزائر، 2018، ص253.

[5] ثابت دنية، المرجع ص150.

قد يكون التعويض نقدي أو غير نقدي لقاضي الموضوع السلطة التقديرية لاختيار من بين هذه الطرق الطريقة الأنسب لإصلاح الضرر اذا كان أدبيا، كأن يحكم القاضي بنشر الحكم الذي قضى بإدانة المدعي عليه في الصحف اذا تعلق الضرر بالوشاية الكاذبة مثلا بمثابة تعويض عن الضرر المعنوي دون الضرر المادي[1].

3-تقدير التعويض:

اجاز المشرع الجزائري لأطراف العلاقة التعاقدية الإتفاق على مقدار التعويض عن الأضرار التي تنجم على تنفيذ التزامات التعويض الإتفاقي، للقاضي أن يقدر قيمة التعويض القضائي أيضا هناك تعويض قانوني[2].

عندما يرفع الدعوى صاحب العمل فإن المقاول من الباطن يستطيع أن يتمسك في مواجهته بكل الدفوع التي يكون له التمسك بها في مواجهة المقاول الأصلي كالمقاصة لكن يلاحظ أنه جسامة لخطأ لا تحدد نسبة التعويض، وإنما جسامة الضرر فقط التي يكون لها الإعتبار في تحديد التعويض، إن القاضي يراعي ظروف الضرر، وما قد يترتب عنه فيما بعد، ليحكم بالتعويض مع الإعتماد على ما قدم أمامه من أدلة مادية وسندات، إلى غير ذلك من وسائل إثبات الضرر.

وفي حالة تأخر المقاول يكون ملزما بأن يدفع للمالك تعويضا يحدد وبصفة مقدمة ونهائيا.[3]

ثانيا: التعويض عن مسؤولية المقاول في المقاولة من الباطن

يلتزم رب العمل بتعويض المقاول عن الأضرار مثلا إذا استخدم رب العمل الأرض أو شغلها خلال مدة حيازة المقاول لها، إذ استخدمها رب العمل يلحق ضررا بلالات والمعدات والمواد الخاصة بالمقاول يمكن لهذا الاخير رفع دعوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تسبب فيها رب العمل، ويلتزم رب العمل اتجاه الغير بتعويضهم عن الأضرار التي كان سببا فيها وقد يكون المقاول من الباطن

[1] بيطار صابرينة، مرجع سابق، ص69.

[2] ثابت دنيا، مرجع سبق ذكره، ص152

[3] قدري عبد الفتاح الشهاوي عقد المقاولة في التشريع المصري دار النشر الإسكندرية، 318.

هو الغير وعماله. والتابعين وأساس رفع دعوى المسؤولية هذا العقد المبرم بمعنى المقاول ورب العمل للمتضررين إثبات عنصر الضرر والخطأ المرتكب والعلاقة السببية بينهما.

1-التعويض في حالة مسؤولية المقاول من الباطن.

إذا أخفى المقاول بطريق الغش عيوب الصنعة ولم يستطع المقاول كشفها، وقد سلم الشيء أو تقبل العمل يبقى المقاول من الباطن مسؤولا عن غشه وبمجرد اكتشاف هذه العيوب من المقاول الأصلي الحق في الرجوع على المقاول من الباطن بالضمان أي بإصلاح العيب مع التعويض خلال 3 سنوات من اكتشاف العيب، لأن المقاول من الباطن سيكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية[1].

تطبيقا لنص المادة 557 ق.م.ج[2] كما يلتزم بتعويض المقاول عن جميع ما أنفق من مصروفات وتعويضه عما كان يستطيع كسبه[3].

2-التعويض في حالة تعدد المقاولين الفرعين:

تقوم المسؤولية التضامنية للمقاول من الباطن في حالة تعدد المقاولين المرتبطين مباشرة بعقد المقاولة الأصلي واشتراكهم في نفس المشروع[4] وذلك تطبيقا لنص المادة 126 من القانون المدني ج "إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار كانوا متضامنين بالتزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذاعين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض" إذ اعتبر المشرع المشتركين في إحداث الضرر بخطئهم، يسألون عن خطئهم عن فعلهم الضار، وملزمون بالتعويض متضامنين فيما بينهم، اشترط الفقه لقيام التضامن بين المسؤولين المتعددين عن الفعل الضار أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ، واستطاع المضرور أن يثبت خطأ كل منهم، فإن لم يستطع إثبات خطأ أحدهم أو

[1] بلهادي محمد، مرجع سبق ذكره، ص46

[2] نص المادة، 557 قانون م.ج.

[3] غراب مباركة، مذكرة تخرج إخلال عقد المقاولة طبقا لأحكام القانون المدني قسم العلوم القانونية، ص63.

[4] مازة حنان، مرجع سابق، ص252.

أكثر، فإنه لا يكون مسؤولا [1]ولا يلزم بالتعويض، وأن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سببا في إحداث الضرر، وأن يكون الضرر الذي أحدثه أحدهم هو نفس الضرر الذي احدثه الآخر، وأن يكون اً موحداً، إذا توفرت هذه الشروط ثبتت المسؤولية التضامنية في تعويض الضرر كامل، وللمضرور كذلك الرجوع على المسؤولين المتضامنين وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي كقاعدة عامة إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض[2]

بمعنى أن مسؤولية المقاول من الباطن اتجاه صاحب العمل هي مسؤولية تقصيرية، وتضامن المسؤولين تقصيريا مقرر بموجب حكم عام هو نص المادة 126 من ق.م.ج السالفة الذكر أما التضامن في المسؤولية العقدية، وعلاقة المقاولين من الباطن بالمقاول الأصلي اتجاه رب العمل فلا يفترض بل لابد الإتفاق أو النص عليه طبقا لنص المادة 217 من ق.م.ج التي تنص على: التضامن من بين الدائنين أو بين المدنين لا يفترض وإنما يكون بناءاً على اتفاق أونص في القانون " لذلك نص المشرع الجزائري صراحة على مسألة تضامن المقاول والمهندس المعماري في مسؤوليتهم أمام رب العمل طبقا لنص المادة 554 ق.م.ج وتعتبر مسؤوليتهم في هذه الحالة عقديه أمام اتجاه الغير مسؤوليتهم تقصيرية وتضامن المسؤولين عن الضرر مقرر بموجب حكم عام[3].

بالرجوع إلى القانون رقم 04/11 المتعلق بالترقية العقارية في مادته 45 تنص على " دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هـ ذا الفصل يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند في العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون. وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، أو تعتبر مداها، بسواءاً باستبعاد أو يحصر تضامن المقاولين الثانويين، (المقصود المقاولين الفرعيين) مع المرقي العقاري".

[1] مازة حنان، مرجع سابق، ص253.
[2] نفس المرجع، ص253.
[3] مازة حنان، نفس المرجع، ص254.

المرقي العقاري بمثابة رب العمل والمقاولين من الباطن متضامنين ومسؤولون بينهم في اتجاه المقاول الأصلي ولا تربطهم أي علاقة تعاقدية مع المرقي طبقا لنص المادة 16 في نفس القانون والتي تنص على "كل شخص طبيعي مع معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار، ملتزم بالإستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانوناً حسب أهمية المشروع العقاري وتؤسس العلاقة بين الطرفين لعقد مقاولة يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"[1] وإن هذه المادة تلزم المرقي العقاري بإبرام عقد مقاولة مع المقاول الأصلي الذي يدور يمكنه أن يتعاقد مع مقاولين من الباطن لإنجاز أي مشروع عقاري في الآجال المحددة ووقف مقاييس التعمير، إن المقاولين من الباطن سيكونون مسؤولون بالتضامن اتجاه المقاول الأصلي وليس اتجاه المرقي العقاري.

3-التعويض في حالة مسؤولية المقاول الفرعي مع المقاول الأصلي اتجاه صاحب المشروع:

يقصد بالالتزام التضامني الإلتزام الذي يقوم على تعدد المدينين، مع التزام كل منهم أمام الدائن بالدين كله، وتتميز ديونهم بتعدد مصادرها، والغرض واحد هو وصولها ليد الدائن.

لكن المسؤولية التضامنية في عقد المقاولة، تكون باشتراك المسؤولين عن الضرر لجبره بالتعويض، دون تقسيم المسؤولية بينهم ما دامت مسؤوليتهم مشتركة لتنفيذ الإلتزام بإنجاز العمل كله أو بعضه ومسؤولية أحدهم عقدية والآخر مسؤولية تقصيرية على عدم تنفيذ الإلتزام العقدي وحصول الضرر، مرتكب الخطأ العقدي (المقاول الأصلي) ومرتكب الخطأ المتوقع والضرر (المقاول الفرعي) تمثل مسؤولية الأول عن تمويل المشروع بالسلع المغشوشة والمقاول الفرعي انجز المشروع بطريقة غير صحيحة[2]. مسؤوليتهما في هذه الحالة لاتقرر بقوة القانون وانما يجب أن يرفع صاحب المشروع مباشرة دعوى مباشرة للاستصدار حكم يقضى بالتزامهما بالتعويض بكل الدين[3].

[1] نص المادة 45 من قانون الترقية ع ج،04/11

[2] امازة حنان، مرجع سالف الذكر، بين 152-260

[3] أحمد حماد، مرجع سالف الذكر، ص223.

خـــاتمة

ان التعاقد من الباطن أصبح طريقا حتميا يلجأ إليه المقاول الأصلي من أجل تنفيذ العقد المبرم بينه وبين رب العمل وتسليم العمل في الآجال وفقا لتقاليد الفن والصنعة.

إن عقد المقاولة من الباطن يحظى بأهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية سواءا في القطاع العام أو الخاص ويتجلى ذلك في المشاريع الكبرى التي كثيرا ما يعجز المقاول الأصلي على إنجازها وإتمامها في الآجال المحددة في العقد الأصلي، يلجأ إلى تخصص ومهارات طرف آخر تضيف إلى المشروع ميزة كما أنه يسلم في الميعاد المحدد والمتفق عليه.

إن عقد المقاولة الفرعي، هو عقد ثان تحكمه بنودها علاقة بالعقد الأصلي لكي لا يتنازل فيه المقاول الأصلي عن العقد، بل تبقى التزاماته اتجاه رب العمل بتسليم العمل مثلما اتفقا عليه، أما عقد التنازل هو أمر ثاني إذ ينقل المقاول الأصلي كافة الحقوق والالتزامات لمقاول آخر، بصفته متنازل له فيحل محله في العلاقة العقدية بينه وبين صاحب المشروع، أما التعاقد الفرعي فلا يؤدي إلى نقل الحقوق والالتزامات ويبقى كل طرف ملتزما بما ينجم عن علاقته التعاقدية.

إنه رغم الأهمية الاقتصادية لعقد المقاولة من الباطن، الا ان المشرع لا يحرك ساكنا واكتفى بمادتين 564-565 من القانون المدني الأمر سنة 1975 لم يعدلهما وترك دائما تبعية هذا العقد إلى عقد المقاولة الأصلي، ووجود بند يقيد العقد الثاني، عقد المقاولة من الباطن رغم الحاجة الملحة التي يبرم من أجلها هذا العقد اللجوء إلى يد مختصة وإتمام المشروع في الآجال.

كان على المشرع أن يتفطن مثلما فعل المشرع الفرنسي ويجمع بين العقدين في نص تشريعي تفاديا لتضارب النصوص القانونية واختلافها، وعدم كفاية النصوص التي تنظم عقد المقاولة من الباطن، أو أن يستقيل عقد المقاولة من الباطن بنص تشريعي، ويوليه المشرع اهتمام بأحكام جديدة من حيث إبرام العقد، والالتزامات المتبادلة بين الأطراف إلى مسؤولية الأطراف عن التنفيذ، والآثار المترتبة عنه ومدى خضوع المقاول من الباطن إلى الضمان العشري ومسؤوليته بما أنه شريك فعال في المشروع ومسؤوليته في مواجهة الغير.

إنه فمن الضروري تدخل المشرع على سبيل الاستعجال من أجل وضع إطار قانوني يحكم العلاقة العقدية بين المقاول من الباطن وصاحب المشروع لأن المادة 565 غير كافية لربط العلاقة بينهما.

سكوت المشرع على تعديل القانون المدني الجزائري أثقل كاهل منظومة القضاء لفصل النزاعات خاصة في المرحلة الأخيرة عيوب كثيرة في عملية تشيد المباني الكبرى، والتي تأخذ قسط كبير من ميزانية الدولة، مع غياب الرقابة القانونية، وانعدام المسؤولية والأجدر أن تمنح أهمية لعقود المقاولة الخاصة ببنود خاصة بها وتشريع مستقل بما انها اصبحت شريك اقتصادي فعال.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر:

القوانين والأوامر والمراسيم:

1.الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

2.قانون الترقية رقم 07/06 المؤرخ في 04 مارس 1986 الذي ألغى بالمرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أو مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري الذي ألغي وصدر قانون 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والسارية المفعول.

3.المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

4.-المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية جريدة رسمية رقم 57 الصادر في 13 نوفمبر، 1991.

ثانيا: المراجع:

أ-الكتب:

1.ابراهيم السيد أحمد، العقود الواردة على العمل دار النشر المعارف الإسكندرية.2004

2.أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام المجلد الثاني، الجزء الأول الطبقة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

3.أحمد عبد العال أبو ثرين، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية في ضوء الفقه وأحكام القضاء والتشريع المقارن، الطبقة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 2001.

4.أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة دار النهضة العربي، مصر، الطبعة الأولى،2002-2003.

5.أسامة مُحَمَّد طه ابراهيم النظرية العامة لعقود الباطن القاهرة، 2008.

6.آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المقاولة الباطن الصفقة، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب،2008.

7.بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية 2007، بند44.

8.بجاوي المدني، التفرقة بين عقد المقاولة وعقد العمل دار النشر الاسكندرية طبعة 2009.

9.بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية. 2011، بند 4.

10. توفيق العطار عبد الناصر، شرح أحكام الإيجاري التقنين المدني والتشريعات ايجار الأماكن. المطبعة العربية الحديثة، مصر، طبعة الثالثة، 1990.

11. الجارحي مصطفى عبد السيد عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي الطبعة الأولى دار النهضة العربية القاهرة 1988

12. جعفر الفضيلي، الوجيز في العقود المدنية البيع، الإيجار، المقاولة دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات الفضائية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

13. حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

14. حسن عامر، عبد الرحيم عامر المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية الطبقة الثانية، دار المعارف الإسكندرية.

15. حسن على الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، كلية الحقوق، دار وائل للنشر، الأردن.

16. حشاش حليمه، العوادي حنان عقد المقاولة من الباطن تخصص عقود ومسؤولية، رسالة ماستر، جامعة البويرة 2016/2015.

17. خليل أحمد حسن قدادة الوجيز، في شرح القانون المدني الجزائري، ط 2010، ديوان المطبوعات الجامعة الجزائرية.

18. السرحان عدنان إبراهيم، العقود المسماة في المقاولة الكفالة والوكالة جامعة اليرموك، العراق، الطبعة الاولى الإصدار التلفى، 2001.

19. سعد نبيل ابراهيم، التنازل عن العقد، نطاق أحكامه، نشأة المعارف، مصر، الطبعة الثانية، 2000.

20. سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الخامسة 2003.

21. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع المجلد الأول، العقود الواردة على العمل الطبعة الثانية، دار التراث، لبنان، 1989.

22. شريف الطباخ، التعويض في المسؤولية التقصيرية والعقدية في ضوء الفقه والفضاء دار الفكر الجامعي.

23. صالح أحمد مُحَّد اللهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.

24. عبد الحميد الشواربي التعليق الموضوعي على القانون العقود المسماة، دون طبعة، منشأ المعارف الإسكندرية 1997.

25. عبد الحميد عثمان الحنفي، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط1، 1991.

26. عبد الرزاق حسين بيس، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول البناء دراسة مقارنة القانون المدني المصري)، دار الفكر العربي الإسكندرية، 1987.

27. عدنان السرحان، نوري خاطر (مؤلف مشترك) مصادر الحقوق الشخصية الإلتزامات دارسة مقارنة، دار الثقافة، طبعة 2002، الأردن.

28. علي على سليمان النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثامنة 2008 بند 11.

29. غازي خالد أبو عرابي، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والنشرية دراسة مقارنة على الفقه الإسلامي الطبعة الأولى، دار وانل النشر، عمان- الأردن،2009.

30. الفضلي جعفر، الوجيز العقود المدنية (البيع، الإيجار المقاولة)،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثالثة، 2018.

31. فيلالي علي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موقع للنشر2001، الجزائر.

32. قدري عبد الفتاح الشهاوي عقد المقاولة في التشريع المصري دار النشر الإسكندرية.

33. مُحَّد جلال حمزة، العمل الغير المشروع باعتباره مصدر للإلتزام القواعد العامة –القواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني والجزائري والفرنسي ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1985.

34. مُحَّد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،1999.

35. مُحَّد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية. القاهرة،1962.

36. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع بإعتباره مصدر للإلتزام للقواعد العامة، القواعد الخاصة دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

37. مصطفى السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، 1988، مصر.

38. مصطفى ابو بكر المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري الجامعة الجديدة الإسكندرية 2015 دار الجامعة الجديدة.

39. مغبغب نعيم عقود المقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة – دراسة في القانون المقارن الطبعة الثالثة دار النشر 2001.

40. نصيف الياس موسوعة العقود المدينة والتجارية المبحث الرابع العقود المسماة التي تقع على العمل، مجلة انواع خاصة من عقود المقاولة الجزء 19 الطبعة الأولى منشورات الحلبي 2011.

ب–المذكرات وأطروحات الدكتوراه:

–دكتوراه:

1. ثابت دنيا التوجه الموضوعي للمشرع الجزائري في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، سنة 2021–2022.

2. مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، دكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق وهران، 2015–2016.

–ماجستير:

1. برجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة، من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق (فرع العقود والمسؤولية)، جامعة يوسف بن خدة، كلية حقوق، 2009، الجزائر.

2. ريمان حسنة، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء قانون 11-04 والمحدد. للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية (تخصص عقود ومسؤولية مدنية)، الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة 2004.

3. مالك سعدية عقد المقاولة من الباطن، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2004/2003.

4. مرجع صليحة، المقاولة الفرعية – مذكرة للحصول على شهادة الماجيستير كلية الحقوق جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة،2009/2008.

5.اعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية رسالة ماجستير جامعة الجزائر 1984.

-ماستر:

1. باالهادي مُحَّد، مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية، تخصص قانون اعمال مذكرة لنيل شهادة الماستر. جامعة الوادي، 2018/2017.

2. بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015.

3. زغادنة منيرة المقاولة في القانون التجاري، مذكرة تخرج شهادة ماستر تخصص قانون اعمال، قسم العلوم القانونية.

4. زغدانة منيرة، المقاولة في التجاري الجزائري، مذكرة تخرج ماستر قانون أعمال كلية الحقوق قسم العلوم القانونية 2015 -2016.

5. سعاد بحوص، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير دراسة مقارنة ماستر في الشريعة والقانون، سنة 2015-2016.

6. العايز سالمة تطبيق الظروف الطارئة في مجال العقود المقاولات نوقشت وأجيزت بتاريخ 2014/2013.

7. غراب مباركة، مذكرة تخرج إخلال عقد المقاولة طبقا لأحكام القانون المدني قسم العلوم القانونية.

8. مداح وحيد، معيوف سفيان أحكام عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون خاص كلية الحقوق والعلوم السياسية تيارت السنة ج 2016 /2017.

9. مولياط بوخاتم المسؤولية التضامنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، قسم قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون، سنة 2017، 2018.

10. نوالي حياة مخلوفي ليندة، عقد المقاولة في عقد القانون المدني مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود تيزي وزو 2017.

ج–مقالات:

1.بن عزة أمال، النطاق الموضوعي، للمسؤولية المدنية للمنتج من منتجات المعيبة مقال منشور في مجلة المشكاة في الإقتصاد والتنمية، القانون مج4ع7، جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت الجزائر، 2018.

2.عهود أحمد حسين خليفات باحثه ومحامية الأردن مقال مسؤولية المقاول من الباطن عن الضمان العشري في القانون المدني الأردني ص ص121، 141 المجلد 13 تاريخ النشر 2020/10/30، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الأردن.

3.نور بردعة نهلة، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، ص ص 31-41، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 29 جوان 2018، مجلد ب، كلية الحقوق جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر.

د- معاجم:

1. منجد اللغة والأعلام، الطبعة السادسة والعشرين، دار المشرق بيروت، لبنان.

فهرس المحتويات

كلمة شكر

إهداء

مقدمة 1

الفصل الأول

ماهية عقد المقاولة من الباطن

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة من الباطن 7

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة من الباطن 7

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لعقد المقاولة 8

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقانوني لعقد المقاولة من الباطن 9

الفرع الثالث: خصائص عقد المقاولة من الباطن 11

الفرع الرابع: المركز القانوني للمقاول من الباطن وعلاقته بأطراف العقد الأصلي. 15

المطلب الثاني: تميز عقد المقاولة من الباطن في القانون المدني وعن الحالات المتشابهة بها.....15

الفرع الأول: تمييز عقد المقاولة من الباطن عن الحالات المشابهة لها 15

الفرع الثاني: تمييز عقد المقاولة من الباطن في القانون المدني 17

المبحث الثاني: كيفية انعقاد المقاولة من الباطن 19

المطلب الأول: الشروط الازمة للتعاقد من الباطن.....19

الفرع الأول: الشروط الخاصة لعقد المقاولة من الباطن 19

الفرع الثاني: الشروط العامة لعقد المقاولة من الباطن. 22

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة لإبرام عقد المقاولة من الباطن.....24

الفرع الأول: مرحلة التفاوض قبل ابرام العقد 25
الفرع الثاني: مرحلة اتفاق الطرفين.....26
الفرع الثالث: مرحلة ابرام عقد المقاولة من الباطن.....27

الفصل الثاني

المسؤولية عن تنفيذ عقد المقاولة من الباطن

المبحث الأول: المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن.....30
المطلب الأول: العلاقة القانونية بين المقاول الأصلي والمقاولة من الباطن ورب العمل 30
الفرع الأول: التزام المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي.....30
الفرع الثاني: التزام المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن.....35
الفرع الثالث: علاقة المقاول الأصل برب العمل.....37
المطلب الثاني: أركان المسؤولية العقدية ومسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية 38
الفرع الأول: أركان المسؤولية العقدية.....38
الفرع الثاني: أثار المسؤولية العقدية 43
المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول في المقاولة من الباطن 49
المطلب الأول: علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن 49
الفرع الأول: العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة.....49
الفرع الثاني: لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته 50
الفرع الثالث: لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته 50
الفرع الرابع: جواز مطالبة المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي لرب العمل بالأجرة مباشرة 50

المطلب الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية والعلاقة القانونية 52
الفرع الأول: أركان المسؤولية التقصيرية 53
الفرع الثاني: العلاقة السببية في المسؤولية التقصيرية. 56
المطلب الثالث: آثار المسؤولية التقصيرية، الناشئة عن مسؤولية المقاول في المقاولة من الباطن. 57
الفرع الأول: دعوى المسؤولية، التقصيرية. 57
الفرع الثاني: الحكم بالتعويض.....60
خاتمة.....68
قائمة المصادر والمراجع 71

فهرس المحتويات