وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة زيان عاشور - الجلفة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري

مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق

تخصص :قانون عقاري

من إعداد الطالب :

لحول حمزة

الأستاذ المشرف

د. بن يحيي أبو بكر الصديق

اعضاء لجنة المناقشة

1- د.أ بن الصادق أحمد رئيسا

2- د.أ بن يحي أبوبكر الصديق مشرفا ومقررا

3- د.أ العروسي سليمان عضوا مناقشا

الموسم الجامعي: 2018/2017

إهـــداء

الى والدي رحمه الله وجعل مثواه الجنة في منزلة النبيين والصديقين والشهداءو حسن اولئك رفيقا.وإلى الوالدة الكريمة الحاجة الزهرة جعلها الله لنا تاجا نفتخر به أطال الله في عمرها.
الى اخوتي:محمد,جمال,مصطفى,براء,زكرياء. وأخواتي الكريمات:أم الخير,أمينة,عفاف

وإلى أستاذي الفاضل الدكتور ابو بكر الصديق بن يحي و كل من مد لي يد العون والمساعدة

أهدي هذا العمل المتواضع

مقدمة

نظرا لتنوع عقود المقاولة وكثرة الاقبال عليها في حياتنا الاجتماعية و الاقتصادية باعتبار ان اغلب معاملاتنا اليومية عبارة عن عقود مقاولة و التي تهدف الى اداء الخدمات . وهذه الخدمات قد تتعلق بشيء مادي مثل قيام المقاول ببناء منزل او قيام الميكانيكي بتصليح سيارة أو قد تتعلق بأداء معنوي مثل قيام المحامي بإعطاء استشارة قانونية أو قيام الطبيب بتشخيص المرض وتحديد العلاج المناسب

فكان لقطاع البناء الحصة الكبرى لهذا النوع من العقود حتى اقترن مصطلح عقد المقاولة بالبناء.

ينشأ عقد المقاولة بتعاقد رب العمل مع المقاول من اجل انجاز العمل المتفق عليه والمتمثل في انجاز العمارات والجسور والأنفاق وهذا على سبيل المثال لا الحصر.وقد يتعاقد المقاول مع مقاولين فرعيين من اجل انجاز العمل المتفق عليه حسب المواصفات والمعايير المتفق عليها مع رب العمل نظرا لما تتطلبه هته الاعمال من خبرة فنية ودقة في الانجاز

أوقد يعهد رب العمل مهمة انجاز هته الأشغال الى المرقي العقاري الذي بدوره يقوم بالتعاقد من الباطن مع المقاول من أجل انجاز هته الأعمال الفنية وأشغال البناء في وقتها المحدد وبالمعايير اللازمة لأصول هته المهنة.

ونظرا لكثرة وانتشار عقود المقاولة الفرعية او التعاقد من الباطن تدخل المشرع الجزائري من اجل تنظيم هته المعاملات بمجموعة من القوانين التنظيمية وذلك من اجل اعطاء استقرار لهته المعاملات وحفظا لحقوق الاطراف المتعاقدة:رب العمل –المقاول الاصلي–المقاول الفرعي , فقد نظمه في القانون المدني وفي قانون الصفقات العمومية وفي قانون التجاري وفي قانون الترقية العقارية

إن أول ما يستوقف عند بداية البحث في هذا الموضوع تعدد المصطلحات المستعملة في النصوص التشريعية فالبعض يستخدم مصطلح "**المقاولة الفرعية**" والبعض يستعمل مصطلح "**المقاولة من الباطن**"، في حين يعتمد قسم ثالث لفظ "**التعامل الثانوي**" وقسم رابع لفظ "**المناولة**" بينما يفضل آخرون لفظ "**التعاقد من الباطن**".

فقد اخد المشرع الجزائري على غرار على العديد من التشريعات العربية بالمفهوم القانوني للمقاولة الفرعية اي باعتبارها تعاقد من الباطن.فخصص لها الكتاب الثاني – الباب التاسع المتعلق بالعقود الواردة على العمل مفردا لها مادتين فقط 564 و 565 حيث تعتبر المادة 564 الاساس القانوني لإبرام عقد المقاولة الفرعية ومن جهة ثانية تعتبر حالة تطبيقية لمفهوم المسؤولية العقدية بين رب العمل والمقاول الاصلي وتحمل المقاول الأصلي مسؤولية المقاول الفرعي أمام رب العمل.

وفي نص المادة 565 اعطى المشرع نوع من الحماية للمقاول الفرعي بالحق في اقامة الدعوى المباشرة ضد مدين مدينهم–رب العمل–لاستفاء حقوقهم والتي هي في ذمة المقاول الأصلي مقابل الأعمال التي أنجزوها وفي حدود قيمة المبالغ المستحقة للمقاول الاصلي لدى رب العمل.وأيضا بإعطاء حق الامتياز للمقاول الفرعي من اجل استحقاق ديونه في حالة توقيع الحجز.

–ان دوافع اختيارنا لموضوع المقاولة الفرعية مبني على عدة اسباب منها:

الدوافع الذاتية :تكمن في الفضول في البحث في حيثيات ومضمون هذا العقد وكيفيات انعقاده وماهي اثار هذا العقد؟ و ماهي الحماية القانونية التي اقرها المشرع الجزائري حماية للمقاول الفرعي ؟

اما عن **الدوافع العلمية** فتتمثل في : قلة الدراسات التي تناولت موضوع عقد المقاولة الفرعية وحتى انها لم تكن دراسة ملمة وشاملة لجميع حيثيات هذا العقد

ومن هذا المنطلق يمكن صياغة الاشكالية التالية : ما هي الطبيعة القانونية لعقد المقاولة الفرعية ؟والتي تندرج تحتها مجموعة من التساؤلات الفرعية :مفهوم عقد المقاولة الفرعية وشروط

انعقاده؟ وما هي مكانة المقاول الفرعي بين اطراف العقد؟ *و ما هي الحقوق والامتيازات التي اقرها المشرع حماية للمقاول الفرعي*

-**ان الهدف من هته الدراسة** لموضوع عقد المقاولة الفرعية اساسه أهداف علمية وعملية , فالأهداف العلمية فإنها تتمثل في المساهمة في فتح المجال للغير من الدارسين والباحثين لإجراء المزيد من البحوث في هذا الموضوع،خصوصا في ظل قلة الدراسات والأبحاث القانونية الجزائرية بشأنه في الوقت الحالي.

أما الأهداف العملية فتتلخص في محاولة إجراء تحليل قانوني للنصوص المنظمة لعقد المقاولة في القانون المدني ، للوصول إلى نتائج منطقية ، يتم من خلالها تقديم التوصيات المناسبة ، والتي يمكن تطبيقها عمليا.

-**منهج البحث** المتبع في هنه الدراسة : للإجابة على إشكالية البحث وكذا التساؤلات الفرعية المطروحة أعلاه، اعتمدنا على عدد من المناهج العلمية في إطار التكامل المنهجي، إذ اعتمدنا بشكل ضروري على المنهج التحليلي الذي وجد حظه الوافر في هذه الدراسة، ويتجلى ذلك من خلال إخضاع النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة الفرعية، إلى عملية تبسيط و تجزئة، ثم استخلاص لأهم العناصر اللازمة و الضرورية و كذلك اعتمدنا على المنهج الوصفي لاعتبارات منها انه: يهتم بوصفها وصفاً دقيقا والتعبير عنهاً كيفيا أوً كميا، إذ التعبير الكيفي يعطيناً وصفا للظاهرةً موضحا خصائصها في حين يعطينا التعبير الكميً وصفا رقمياً موضحا مقدار هذه الظاهرة أو حجمها ودرجات ارتباطها مع الظواهر المختلفة الأخرى.(1)

(1)البحث العلمي مفهومه ادواته اساليبه المؤلفون ذوقان عبيدات عبد الرحمن عدس واخرون.دار مجدلاوي-عمان الاردن-دط

-**الدراسات السابقة:** لم يحظ عقد المقاولة بالدراسة الكافية من قبل الباحثين في الجزائر، إذ أننا سجلنا أثناء إعدادنا لهذا البحث قلة المراجع العلمية الجزائرية بشأن هذا الموضوع ، فلم نجد سوى مؤَلفين لباحثين جزائريين تطرقا لموضوع عقد المقاولة، الأول للأستاذ بجاوي المدني، بعنوان

التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة تحليلية ونقدية. والثاني للأستاذ حسين تونسي، بعنوان إنحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة ، وهو في الأصل مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، سنة 2004.

غير أن المؤَلفين المذكورين أعلاه لم يتناولا عقد المقاولة الفرعية بصورة معمقة، وإنما اقتصرا على بعض جوانبه فقط، لذلك سنحاول بحث هذا الموضوع بصورة شاملة ومعمقة، متطرقين إلى أغلب المسائل القانونية المتعلقة به، على ضوء التنظيم القانوني له في القانون المدني.

-**الصعوبات والعراقيل:** أما عن الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد هذا البحث فتتمثل بالدرجة الأولى في قلة المراجع العلمية الجزائرية في هذا المجال، فلم نجد كتبا أو مجلات تخصصت في دراسة هذا الموضوع، كما فعل الفقهاء المصريون والفرنسيون مثلا، حيث أسهبوا في دراسة هذا الموضوع وتحليل جزئياته .

كما شكلت ندرة الاجتهادات القضائية بخصوص عقد المقاولة الفرعية صعوبة أخرى في إعداد هذا البحث، على اعتبار أن التحليل المنطقي لأية فكرة قانونية يستلزم استظهار معناها وحقيقتها من خلال التطبيق القضائي، فهي تبقى فكرة مجردة، من غير تطبيق حقيقي لها في الحياة العملية .

للإجابة عن هته الاشكالات قررنا ان نتبع الخطة التالية:

الفصل الاول:ماهية عقد المقاولة الفرعية

المبحث الاول:مفهوم عقد المقاولة الفرعية

المطلب الاول:تعريف عقد المقاولة الفرعية

المطلب الثاني:تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة لها

المبحث الثاني :كيفيةانعقاد المقاولة الفرعية

المطلب الاول:الشروط اللازمة للتعاقد الفرعي

المطلب الثاني:الاجراءات المتبعة للتعاقد الفرعي

الفصل الثاني: الحقوق المقررة قانونا للمقاول الفرعي

المبحث الاول: الحق في اقامة الدعوى المباشرة

المطلب الاول: مفهوم الدعوى المباشرة

المطلب الثاني: نتائج الدعوى المباشرة

الفصل الأول

ماهية عقد المقاولة الفرعية

يعتبر عقد المقاولة الفرعية من العقود المسماة.نظمه المشرع الجزائري في القانون المدني وأخضعه لنفس الشروط العامة لقيام اي عقد والمتمثلة في الرضا والمحل والسبب. ولكنه افرده بشروط خاصة ولازمة لصحة هذا العقد والا شابه عيب قد يؤدي الى بطلانه

بناء على ما سبق، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة الفرعية.

المبحث الثاني: كيفية انعقاد المقاولة الفرعية.

المبحث الاول:مفهوم عقد المقاولة

يجمع الفقه على اعتبار المقاولة الفرعية بمفهومها الوارد في القانون المدني صورة تطبيقية لمفهوم العقد من الباطن و بذلك يكون وجود هذا العقد مرتبط بشكل أساسي بوجود عقد مقاولة سابق له ليتبعه من عدة جوانب نظرا لاشتراكهما في محل واحد

ولتفصيل أكثر نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في المطلب الأول إلى تعريف عقد المقاولة وبيان بخصائصه وفي المطلب الثاني إلى تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود المشابهة له .

المطلب الأول : تعريف عقد المقاولة:

عرف المشرع الجزائري عقد المقاولة ضمن التنظيم القانوني الذي خص به هذا العقد في القانون المدني[1]، وإن كان نادرا ما يلجأ المشرع إلى ذلك على اعتبار أن مسألة تعريف المصطلحات القانونية هي اختصاص أصيل لفقهاء القانون وبالتالي يصبح من المشروع أن نتساءل عن دقة التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتطرق في الفرع الأول إلى تعريف عقد المقاولة، بينما نتطرق في الفرع الثاني إلى بيان خصائصه.

[1] مر عقد المقاولة بمراحل كثيرة عبر التاريخ ,و لم يكن خلالها عقدا مستقلا ، كما هو معروف به حاليا ، فلم يكن عقد المقاولة معروفا لدى البابليين بهذا الاسم ، وإنما كان مختلطا بعقد الإيجار الذي أولاده البابليون عناية خاصة ، وكانت مسؤولية المقاول آنذاك مشددة ، إذ نجد مثلا أن المادة 229 من قانون حمو رابي قد قررت عقوبة الموت ، جزاء لمن تولى تشييد بناء تسبب انهياره في قتل مالكه. راجع في ذلك محمود سلام زناني ، قانون حمو رابي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، مطبعة عين شمس ، مصر، 1971، ص48.

كما أن عقد المقاولة لم يكن معروفا في القانون الروماني كعقد مستقل ، وإنما عرفه مختلطا بعقد الإيجار من جهة وبعقد الوكالة من جهة أخرى ، إذ شبه القانون الروماني عمل الإنسان بالسلعة من حيث إمكان الانتفاع به. راجع في ذلك جعفر الفضيلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع –الإيجار– المقاولة ، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، دون سنة طبع ، ص366.

وفي فرنسا ظل عقد المقاولة مختلطا بعقدي الإيجار و العمل ، وهو الوضع الذي ورثه المشرع الفرنسي عن القانون الروماني ، فقد نظم المشرع الفرنسي كل من عقد المقاولة وعقد العمل بنصوص مشتركة تحت عنوان : "إيجار العمل والصنعة" في الفصل الثالث من الباب الثامن الخاص بعقد الإيجار من الكتاب الثالث الخاص بالوسائل المختلفة لاكتساب الملكية. أنظر Le code civil français, Dalloz, 2008.

أولا:التعريف اللغوي عقد المقاولة:

إن أصل كلمة مقاولة مأخوذ من فعل: قاول(ه) مقاولة في الأمر أي باحثه وجادله(1)، ومن هذا المعنى اللغوي اصطلح على عقد المقاولة بهذه التسمية لما يكون من جدال ومباحثه عند إبرام هذا العقد.(2)

العقد في اللغة هو الربط والشد والضمان والعهد،يقال عقد الحبل :اذا شده،ويطلق ايضا على الجمع بين اطراف الشيء ،فيقال : عقد الحبل :اذا جمع بين احد طرفيه الى الاخر وربط بينهما.

ثانيا:التعريف الاصطلاحي لعقد المقاولة

اقتصر المشرع الجزائري على اجازة التعاقد الفرعي في عقد المقاولة ,دون ان يعطي تعريفا محددا لهذا النوع من التعاقد,وذلك بمقتضى المادة 564 من القانون المدني بنصها (يجوز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول فرعي اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية.

ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل)

(1)منجد اللغة والأعلام، الطبعة السادسة والعشرين، دار المشرق، بيروت، لبنان، ص580.

(2)يعرف عند الفقهاء المسلمين بعقد الإستصناع. لتفصيل أكثر راجع في ذلك ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقدالإستصناع في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،2005,ص 92 ومايليها.

وفي مجال الصفقات العمومية ,كان المشرع اكثر دقة في تحديد مفهوم التعاقد الفرعي والذي نظمه في القسم السادس من فصل تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية تحت عنوان المناولة في المواد 144 الى 144 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991,المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ،جريدة رسمية العدد 57 صادرة في 13 نوفمبر 1991 .اذ تنص المادة 140 منه على:يمكن التعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة ,حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.ومهما يكن من امر,لا يمكن ان تتجاوز المناولة اربعين في المائة(40 %) من المبلغ الاجمالي للصفقة.(1)

والمقصود هنا بالمناول المقاول من الباطن,اما المصلحة المتعاقدة فهي صاحبة المشروع ,والمتعامل المتعاقد هو المقاول الاصلي

ومقارنة بالمشرع الجزائري ,فان المشرع الفرنسي قد خص التعاقد الفرعي بتشريع خاص مستقل وهو القانون رقم 75 -1334 المؤرخ في 31 ديسمبر 1975 المدل بموجب القانون 2001-1168 المؤرخ في ديسمبر 2001 والأمر رقم 2010-1307 المؤرخ في 28 اكتوبر 2010. (2)

(1)- المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور أعلاه

(2) . L. n° 75-1334 du 31 décembre 1975 *relative à la sous-traitance*, JORF du 3 janvier 1975 p. 148

ومما سبق يمكن تعريف عق المقاولة الفرعية ب:العقد الذي يتفق بمقتضاه مقاول يعرف بالمقاول الأصلي ,في اطار تنفيذه لعقد المقاولة الذي يربطه بصاحب المشروع , وتحت مسؤوليته ,مع مقاول اخر يعرف بالمقاول الفرعي بانجاز كل أعمال البناء موضوع المشروع أو بعضها,مقابل أجر يتفقان عليه,دون أن تنشأ بينهما علاقة تبعية,اذ يتصرف المقاول الفرعي باستقلالية عن المقاول الأصلي.(1)

الفرع الثاني:التعريف الفقهي والقانوني لعقد المقاولة الفرعية

أولا:التعريف الفقهي لعقد المقاولة الفرعية:

هي انابة الغير في تنفيذ الاعمال ,مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة في ذلك تتم بواسطة عقد بين المقاول الاصلي والمقاول الفرعي ,والذي بموجبه يعهد الاول بجزء من نشاطه وعمله للثاني ,نظرا لما يتمتع به هذا الاخير من مهارات فنية و تقنية.(2)

-وعموما يعرفها الفقه ب:عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الاصلي الى اخر يسمى مقاول فرعي ,بكل هو جزء من محل عقد المقاولة الذي ابرمه المقاول الاصلي مع رب العمل ما لم يمنع من ذلك.

ويجمع غالبية الفقه على ان وصف المقاولة الفرعية لا يثبت الا ضمن مجموعة عقدية تضم عقدين اثنين وثلاثة اطراف مرتبطين مثنى مثنى ,العقد الاول قائم بين رب العمل والمقاول الاصلي , والعقد الثاني قائم بين المقاول الاصلي والمقاول الفرعي.(3)

(1)البكري محمد عزمي,موسوعة شرح القانون المدني الجديد,العقود المدنية الصغيرة,عقد المقاولة,المجلد الثالث,دار محمود للنشر والتوزيع,2003.ص(328)

(**2**)Georges Valentin.les contrats de sous- traitance.mantpellier.edition 1979.p 02

(**3**)انور العمروسي.العقود الواردة على العمل في القانون المدني.منشأة المعارف.2003 ص105.

ثانيا:التعريف القانوني لعقد المقاولة الفرعية:

عرّف المشرع الجزائري عقد المقاولة في المادة 549 من القانون المدني بأنّه " *العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر*". والظاهر أن هذا التعريف مستمد من القانون المدني المصري لتطابق النصين (1).وقد اختلف المشرعين في تسمية هذا العقد ، فعلى غرار المشرع الجزائري سمّاه المشرع المصري بعقد المقاولة، مخالفين المشرع الفرنسي الذي سمّاه بعقد إجارة الصنعة " *Contrat de louage d'ouvrage*" واتبعه المشرّع المغربي فسمّاه بذات التسمية .(2)

(1)– عرّف المشرع المصري عقد المقاولة في المادة 346 من التقنين المدني بنصها: " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". أمّا المشرع المغربي فسمّاه بعقد إجارة الصنعة في الفقرة الثانية من الفصل 723 من ظهير الالتزامات والعقود وعرّفه بأنّه " عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له". وقد عرّفه المشرع الفرنسي في المادة 1710 من القانون المدني كما يلي:

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

(2)– حول هذا الموضوع، عبد القادر العرعاري ،*مفهوم عقد المقاولة في القانون المدني، دارسة مقارنة بالفقه الإسلامي*، مجلة الإحياء، اربطة علماء المغرب، الرباط، العدد الرابع ،1994، ص. 53.

الفرع الثالث:خصائص عقد المقاولة الفرعية

أولا:عقد المقاولة الفرعية عقد رضائي :

يعرف الفقه(1) العقد الرضائي بأنه العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي طرفيه,أي ينشأ بمجرد تطابق ارادتيهما,أيا كانت وسيلة التعبير كتابة أو شفاهة أو اشارة(2).فالرضائية هي القاعدة العامة طبقا لما جاء به نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تنص على :(يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية.) ويقصد بعبارة دون الاخلال بالنصوص القانونية امكانية اشتراط المشرع بعض الشروط الخاصة كوجوب الشكلية.

فالتراضي هو كما قدمنا اساس العقد وقوامه , فلا يقوم بغير توافره.ويقصد بالتراضي اتجاه الارادة الى احداث الأثر القانوني المطلوب (3).ويعد عقد المقاولة من العقود الرضائية التي يكفي فيها توافق ارادة صاحب المشروع مع ارادة المقاول,اذ لم يشترط المشرع شكليات لإتمام العقد (4).ولكن نظرا لأهمية تكاليفه قد يتفق المتعاقدان على اخضاعه لشكل معين . وبالتالي لا ضرورة للكتابة إلا لإثبات المقاولة وشروطها لحل المنازعات التي قد تنجم بين أطرافها , فليست الكتابة شرطا لإنشائها , خلافا للصفقات العمومية التي اشترط المشرع انعقادها كتابة .(5)

(1)بلحاج العربي,النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، *التصرف القانوني:العقد والإرادة المنفردة*، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية ،2004 ,ص 45 ومايليها" إذ يميز بين مبدأ سلطان الإ اردة ومبدأ الرضائية الذي لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد، ولا علاقة له بتحديد مضمونه، والمقصود منه أنّ التراضي وحده كاف لإبرا م العقد. أمّا مبدأ سلطان الإ ا ردة فيعني أنّ الإ رادة هي التي تنشئ العقد وتحدد أثاره، ثم يأتي القانون بعد ذلك لتحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإ رادة المشتركة ".

(2)المادة 60 من ق م ج التعبير عن الارادة يكون باللفظ والكتابة,أو بالاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع اي شك في دلالته على مقصود صاحبه.ويجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم يتص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا.

(3)الواضح في شرح القانون المدني.النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام.العقد والارادة المنفردة.دار الهدى2012.ص76

(4)بجاوي المدني,التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة,دراسة تحليلية ونقدية'دار هومة للطباعة,2008 ,ص 96

(5)المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-السالف الذكر

ثانيا: عقد المقاولة الفرعية عقد ملزم لجانبين :

يعد عقد المقاولة الفرعية على غرار عقد المقاولة الاصلي من العقود الملزمة لجانبين اذ تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين,أي يعتبر كل متعاقد بموجبه دائنا ومدينا في ان واحد (1).فيكون محل التزام احد الطرفين سببا لالتزام الطرف الأخر ومحل التزام هذا الاخير سببا لالتزام الطرف الاول,ولذلك اعتبر المشرع العقد ملزما لطرفيه متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا.(2)

وبموجب عقد المقاولة من الباطن ,يلتزم المقاول الفرعي بأداء العمل المتفق عليه ,والذي يتمثل في انجاز الاعمال محل التعاقد وتسليمها في الوقت المحدد حسب الاتفاق.وبالمقابل,يلتزم الطرف الثاني للعقد .وهو المقاول الاصلي,بتمكين المقاول الفرعي من انجاز العمل محل الاتفاق,بتقديم كل ما يلزمه لذلك.ولعل أهم التزام يلتزم به المقاول الأصلي,هو الالتزام بدفع الأجر للمقاول الفرعي متى أنجز الأعمال المتفق عليها .ومن هنا يظهر التزام المقاول الفرعي بأداء العمل هو سبب التزام المقاول الفرعي بدفع الأجر المستحق له فكان العقد ملزما لجانبين .

(1)- بلحاج العربي , *مرجع سابق*, ص. 60.

(2)المادة 55 ق. م. ج.

ثالثا: عقد المقاولة الفرعية عقد معاوضة :

عقد المقاولة الفرعية هو العقد الذي يحصل فيه كل من العاقدين على مقابل ما يقدمه(1).فالمقاول الفرعي يؤدي العمل المطلوب منه مقابل الأجر الذي يحصل عليه من المقاول الأصلي

رابعا: عقد المقاولة الفرعية من العقود التي ترد على العمل :

ان الاداء الاساسي المطلوب من المقاول الفرعي هو القيام بعمل معين,غير أن هذا الالتزام الرئيسي لا يرد على العمل في ذاته مثل ما هو الحال في عقد العمل انما يرد على العمل باعتباره نتيجة,يؤديه بصفة مستقلة اما بنفسه أو بواسطة غيره عن طريق ابرام عقد مقاولة ثاني من الباطن اذا لم يمنع من ذلك.(2)

الفرع الرابع: المركز القانوني للمقاول الفرعي وعلاقته بأطراف العقد الأصلي

يتطلب وجود المقاولة الفرعية قيام علاقات ثلاثية تبدأ بالعلاقة بين المقاول الاصلي ورب العمل ثم العلاقة بين المقاول الاصلي والمقاول الفرعي وتخرج العلاقة الاولى بين المقاول الاصلي ورب العمل عن نطاق البحث في هدا الصدد لتعلقها بعقد المقاولة الاصلي والتزامات الطرفين المقاول ورب العمل في مواجهة بعضهما البعض والتي سنأتي بيانها بالتفصيل لاحقا وعليه تقتصر على دراسة علاقة المقاول الفرعي برب العمل ثم علاقته بالمقاول الاصلي

(1)بلحاج العربي,المرجع السابق ص49

(2) أ نعيم مغبغب ، عقود البناء و الأشغال الخاصة و الأشغال العامة، دون ذكر دار النشر، سنة 1997، ص 1

أولا:المركز القانوني للمقاول الفرعي وعلاقته برب العمل :

الاصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي اذ لا بربطهما اي عقد وبالتالي يعتبر كل منهما غيرا في مواجهة الاخر(1).ولكن على الرغم من ذلك تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول الفرعي علاقة غير مباشرة يتوسطها المقاول الاصلي ,فلا يستطيع كل منهما مطالبة الاخر مباشرة بتنفيذ التزاماته (2) ,وإنما يستطيع كل منهما الرجوع على الاخر بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه–المقاول الاصلي.(3)

ثانيا:المركز القانزني للمقاول الفرعي وعلاقته بالمقاول الأصلي :

تكون العلاقة بين المقاول الاصلي والمقاول الفرعي ,علاقة رب العمل بالمقاول مصدرها عقد المقاولة الفرعية,وتخضع لما ورد فيها من احكام ,فيكون المقاول الاصلي بالنسبة للمقاول الفرعي رب عمل,عليه جميع التزامات رب العمل,ويكون المقاول الفرعي بالنسبة للمقاول الاصلي مقاولا,تترتب عليه جميع التزامات المقاول(4).ويكون المقاول الاصلي مسؤولا في مواجهة رب العمل عن الاخطاء التي يرتكبها المقاول الفرعي في التنفيذ.

هذا ما قرره المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 564 ق.م.ج,ولكن يبقى مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل. (5)

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

(2) AMOR ZAHI.Ibid,Idm

(3) السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام،الجزء الأول، الإسكندرية, منشأة المعارف، ،2003ص 207

(4) الفضيلي جعفر، الوجيز في العقود المدنية، البيع–الإيجار–المقاولة، دراسة في ضوءالتطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، عمان ،الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون سنة طبع. ص431

(5)محمد حسين منصور,المسؤولية المعمارية,الطبعة الاولى,دار الجامعة الجديدة للنشر,الاسكندرية,1999,ص 114

المطلب الثاني:تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة لها

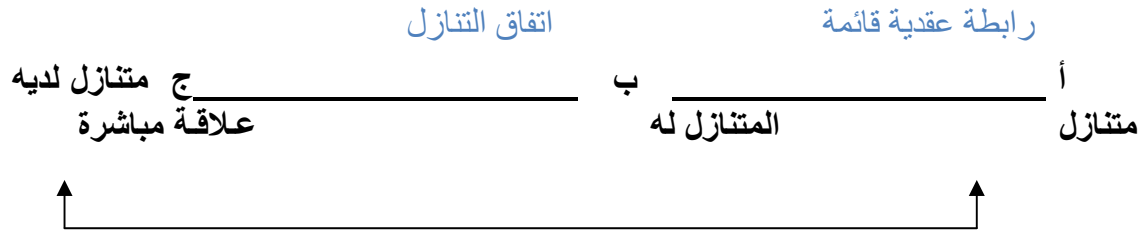
انطلاقا من مضمون عقد المقاولة الفرعية, *فإنها قد* تلتبس ببعض الحالات المشابهة,مثل التنازل عن العقد.أو كما هو الحال في عقود العمل , المقاولة , التسيير, الوكالة , الوديعة والحراسة أين يلتزم فيها أحد المتعاقدين بالقيام بعمل مقابل أجر يتعهد به الطرف الأخر أو مجانا لكونها تشترك في أن محلها يتمثل في الالتزام بتأدية عمل

الفرع الاول تمييز عقد المقاولة الفرعية عن التنازل عن العقد:

فالتنازل عن العقد يعني نقل مركز أحد المتعاقدين في العقد مع ما يتضمنه من حقوق والتزامات الى المتنازل له أو حلول المتنازل له محل المتنازل في الرابطة العقدية التي تربطه بالمتنازل لديه رب العمل بكل ما يترتب على دلك من اثار قانونية, وبالتالي فالتنازل عن العقد يتضمن في حقيقة الامر حوالة حق و حوالة دين الى المتنازل له. واذا كان يكفي في حوالة الحق اخطار المدين بدلك فان حوالة الدين تقتضي موافقة الدائن–رب العمل–, وعليه فانه يمكن اعتبار موافقة رب العمل على التنازل انه انضمام الى اتفاق موجود وصحيح ونافد بين طرفيه المقاول المتنازل والمتنازل اليه والتنازل عن المقاولة(1) يعني اتجاه ارادة المقاول المتنازل لان يترك المسرح العقدي بسبب انه فقد كل منفعة شخصية في تنفيد العقد او لم تعد لديه وسائل لتنفيد وبالتالي فعند تنازل المقاول عن العقد فانه يصبح من الغير ولا يسال عما ورد في العقد من التزامات.(2)

(1)مصطفى عبد السيد الجارحي,عقد المقاولة من الباطن,دراسة مقارنة بين القانونين المدني المصري والفرنسي,الطبعة الاولى القاهرة,دار النهظة العربية, ,1978,ص26 ومابعدها

(2)Laurent Aynes.la cession de contrat et les operations juridiques à trois personnes.édition Economica.1984.p106.



والتنازل عن المقاولة–خلافا للمقاولة الفرعية– غير جائز كاصل عام مالم يوافق عليه رب العمل مالك المشروع صراحة او صمتا واذا لم يتضمن العقد بندا يسمح به فانه يفترض ان رب العمل يرفض التنازل عن العقد اذ ان المقاولة الفرعية طريقة لتنفيد العقد فالمقاول الاصلي لاينقل التزامه بل ينفذه عن طريق المقاول الفرعي كما ان المقاولة الفرعية تفترض بقاء العقد الاصلي وتكفل تنفيذه بين طرفيه. (1)

كما تعتبر المقاولة الفرعية عقد انتقال يقوم بالتوازي مع العقد الاصلي وتختلف شروطها عما ورد فيه من وجوه كثيرة فقد تكون الاجرة في المقاولة الفرعية اقل او اعلى من الاجرة في المقاولة الاصلية ,ويوجد هذا الشرط في المقاولة الفرعية وقد يضع المقاول الاصلي شرطا جزائيا في المقاولة الاصلية, وذلك خلافا للتنازل عن العقد ان نكون بصدد عقد واحد تغير احد طرفيه وهو المقاول الاصلي بينما تظل شروطه دون تغيير.(2)

(1)Laurent Aynes.op.cit.p106

(2)عبد الرزاق احمد السنهوري ,مرجع سابق ,ص198

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

اما عن المرسوم رقم 434/91 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم فقد اورد المقاولة الفرعية ضمن القسم السادس من الباب الرابع منه تحت تسمية التعامل الثانوي مخصصا لها المواد من 94 الى 97 على اعتبار انها تعاقد من الباطن تتم بين المتعامل الاصلي والمتعامل الثانوي اللدان يعملان معا على تنفيد الصفقة لفائدة المصلحة المتعاقدة.(1)

فبموجب المادة 94 اجاز المشرع صراحة للمتعاقد مع الهيئة العمومية اللجوء الى المقاولة من الباطن لتنفيد جزء من موضوع الصفقة فقط عكس ماهو عليه الحال في القانون من الباطن لتنفيد جزء من موضوع الصفقة فقط عكس ماهو عليه الحال في القانون المدني الدي اجاز امتداد المقاولة الفرعية الى جميع الاعمال المتعاقد بشانها في عقد المقاولة الاصلية.

اما المادة 95 فابقت المتعاقد الاصلي المسؤول الوحيد اتجاه المصلحة المتعاقدة عن الاضرار التي يمكن ان تلحق بها جراء التنفيد المعيب للاعمال من قبل المتعاقد الثانوي وهو نفس المبا المقرر في المادة 564 من القانون المدني .(2)

وأوضح المشرع في المادة 96 الشروط الواجب مراعاتها قبل اللجوء الى المقاولة من الباطن من وجوب تحديد الاعمال المزمع اسنادها الى المتعامل الثانوي بصفة صريحة في الصفقة وضرورة الحصول على الموافقة المسبقة للمصلحة بالمتعامل الثانوي خلافا القانون المدني الذي لم يشترط موافقة رب العمل على المقاولة من الباطن الا في حالات خاصة.

(1)احمد عبد العال ابو قرين,الاحكام العامة لعقد المقاولة,الطبعة الاولى,دار النهظة العربية,القاهرة,2002–ص47

(2) المرسوم التنفيذي رقم 91–434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991,المتضمن تنظيم الصفقات العمومية جريدة رسمية رقم57 الصادرة في 13 نوفمبر 1991

الحقيقة ان الغاية من سرد الاحكام الاساسية للمقاولة الفرعية في القانون المدني والقانون الصفقات العمومية ماهي الا محاولة لتبيان بعض نقاط التشابه والاختلاف بين احكام المقاولة الفرعية في مجال المعاملات الخاصة وتلك في مجال المعاملات العمومية

المبحث الثانـي: كيفية انعقاد المقاولـة الفرعيـة

بالرغم من اعتبار المقاولة من الباطن عقدا يتفّرّع عن عقد أصلي وهو عقد المقاولة ،إلا أن عقد المقاولة الفرعية,يعد من الناحية القانونية ، عقدا كسائر العقود. وبذلك ، فهو يخضع لأحكام نظرية التعاقد الواردة في الشريعة العامة ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمقاولات من الباطن ، سواء المنصوص عليها في القانون المدني ضمن فصل عقد المقاولة ، بالنسبة لمشاريع البناء الخاصة ، أو المنصوص عليها في تشريع الصفقات العمومية ، متى تعلّق الأمر بمشروع بناء عام ، أي صفقة عمومية. وبما أن عقد المقاولة الفرعي يستلزم وجود سابق لعقد المقاولة الأصلي ، يجب دراسة مدى اشتراط موافقة صاحب المشروع على التعاقد الفرعي من عدمه.

وعليه ، يقتضي الأمر تبيان الشروط اللازمة للتعاقد الفرعي في المطلب الأول ، ثم الإجراءات المتبعة لذلك في المطلب الثاني

المطلب الأول: الشروط اللازمة لصّحّة التعاقد الفرعي

بما أن المقاولة من الباطن تنشأ عن تعاقد بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي ،فإنها تخضع في صحتها لضرورة توافر شروط انعقادها. وتشترك في صحة انعقادها مع كافة العقود فيما يتعلّق بالشروط العامة، وتختص بشروط خاصة بها، يستلزم توافرها حتى يكون التعاقد الفرعي صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية.وبذلك ، يستلزم الأمر تحديد الشروط العامة لإبرام عقد المقاولة من الباطن (الفرع الأول) ، ثم الشروط الخاصة بـه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط العامة لصّحّة عقد المقاولة من الباطن

أجازت القواعد العامة التعاقد الفرعي في العديد من العقود الخاصة(1), وان كان ناشئا عن عقد سابق ، إلا أنه في الحقيقة يعتبر بدوره عقد لابد من أن تتوافر فيه الشروط العامة لانعقاده كونه يربط شخصين بعلاقة تعاقدية.

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

(1) – كعقد الوكالة وعقد الإيجار وعقد المقاولة

أولا: وجود التراضي

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

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

(1)المادة 59 ق. م. ج.

(2)- والمقصود هنا هو التراضي وليس الرضا، لأن هذا الأخير يصدر من جانب واحد، أما التراضي كركن في العقد يصدر من طرفين. أنظر في هذا الموضوع علي سليمان ،*المرجع السالف الذكر*، بند 26، ص. 28

(3)– تعتبر أحكام الأهلية من النظام العام بحيث لا يجوز لأحد التنازل عنها أو تغيير أحكامها ، وهذا ما جاء في المادة 45 من القانون المدني الجزائري. ونقصد هنا أهلية الأداء

(4)– المادة 78 ق. م. ج.

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

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

(1)- المادة 2 ق. ت. ج.

(2) – المادة 40 ق. م. ج.

(3) – المادة 5 ق. ت

(4) - المادتان 49 و50 ق. م. ج.

ولقد أجاز المشرع لمن وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، طلب إبطاله. ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد من إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط(1). ويكون الغلط جوهريا في عقد المقاولة الفرعية، إذا وقع في شخصية المقاول أو في العمل المراد انجازه.أّمّا الغلط المادي أو ما سّمّاه المشرع بالغلط في القلم، أو الغلط في الحساب فلا يؤثر على صحة العقد، غير أن المشرع ألزم بتصحيحه(2) بحيث يكون عقد المقاولة الفرعية صحيحا لازما لطرفيه رغم وجود ذلك الغلط في الكتابة أو في الحساب. ويجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب من القضاء إبطاله. ويقع عبء إثباته وفق اللمبادئ العامة على من يدعيه، فيثبت أن الغلط بجسامته هو الذي دفعه إلى التعاقد، ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن ، غير أنه لا يمكن التمسك بالدفع بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية.(3)

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

(1)- المادتان 81 و82 ق. م. ج

(2)المادة 84 ق. م. ج.

(3)- المادة 85 ق. م. ج

(4)المادتان 86 و87 ق. م. ج.

(5)المادة 88 ق. م. ج.

(6)- المادة 90 ق. م.

ثانيا: المحل أو موضوع التعاقد الفرعي

أ–محل التزام المقاول الفرعي

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

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

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

(1)المادة93 ق.م.ج

وتطبيقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل ، فإن محل عقد المقاولة الفرعية يكون باطلا متى كان محل عقد المقاولة الأصلية باطل. ولكن العكس لا يكون صحيحا في كل الحالات. فلا يصح محل المقاولة الفرعية بصحة محل المقاولة الأصلية، لأن المقاول الأصلي قد يتعاقد من الباطن مع مقاول لتنفيذ أعمال منع صاحب المشروع من تنفيذها من الباطن، أو تعد من الأعمال الملزم تنفيذها شخصيا من المقاول، بالنظر إلى مهارات يدوية، لا يملكها مقاول آخر في نظر صاحب المشروع(1), وهذا ما يعرف في التعاقد الفرعي في مقاولات البناء بالشرط المانع، وهو ما سيتم التعرّض له بالشرح والتحليل في الشروط الخاصة بعقد المقاولةمن الباطن.

ب- محل التزام المقاول الأصلي

الأجر هو المقابل المالي الذي يلتزم المقاول الأصلي بدفعه للمقاول الفرعي مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه والمتفق عليه في العقد.(2)

فالأجر هو محل التزام المقاول الأصلي، وبما أنه كذلك فيخضع لشروط صحة المحل السابق ذكرها. إذ يجب أن يكون معينا وإلاّ اعتبر العقد من عقود التبرع. ويجب أن لا يختلف الطرفان على مقداره، فإذا لم يتفقا عليه كانت المقاولة باطلة لعدم تحديد محل التزام المقاول الأصلي. أمّا سكوت الأطراف على تحديده فعقد المقاولة صحيح، ويتكفل القانون بتحديده.

غير أنّ المشرع الجزائري تطرق إلى مسألة تحديد الأجر بموجب مقايسة على أساس الوحدة ، أو تحديده إجماليا وجزافيا على أساس تصميم متفق عليه.

(1)المادة564 ق.م.ج

(2)احمد السنهوري,مرجع سابق,ص 5

ثالثا: السبب في عقد المقاولة من الباطن

يقصد بالسبب الغرض الذي يهدف المتعاقد الوصول إليه من وارء رضاءه, أو الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه. ويجب التمييز في هذا الصدد بين سبب الالتزام وهو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وارء التزامه. وسبب التعاقد هو الدافع الباعث إلى التعاقد، أي الباعث الذي جعل المتعاقد يقدم على إبرام التصرف، وهو أمر شخصي يختلف من متعاقد إلى آخر.(1)

وباعتبار السبب ركن من أركان العقد، فيجب أن يكون موجود، فإذا انعدم بطل العقد، إلاّ أنه لا يشترط التصريح به في العقد. وقد افترض المشّرّع لكل التزام سببا مشروعا، وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها. ويعد السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي للتعاقد، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. ويقع عبئ إثبات صورية السبب المذكور في العقد على المتعاقد الذي يدعي ذلك.(2)

ويشترط في سبب عقد المقاولة الفرعية، على غرار السبب في جميع العقود ،أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلاّ كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.(3)

(1)بلحاج العربي,مرجع سابق,ص 157

(2)المادة 98 ق.م.ج

(3)المادة97 ق.م.ج

الفرع الثانـي: الشروط الخاصة لصّحّة عقد المقاولة من الباطن

لا يكفي توافر الشروط العامة الكلاسيكية السابقة الذكر لوحدها لصحة عقد المقاولة من الباطن، وإنما يجب توافر شروط خاصة لذلك. فباعتبار عقد المقاولة من العقود الخاصة ،فهو يخضع في صحته لشروط خاصة، ونفس الأمر ينطبق على عقد المقاولة من الباطن باعتباره عقدا يتفّرّع عن عقد المقاولة الأصلي. فيجب اجتماع الشروط العامة مع الشروط الخاصة لصحة التعاقد الفرعي في عقد المقاولة. وتتمثل الشروط الخاصة لصحة عقد المقاولة من الباطن فيما يلي:

أولا: انعدام الشرط المانع من التعاقد الفرعـي في عقدالمقاولة

اعتمادا على مبدأ "*الفرع يتبع الأصل*" فلا يصح عقد المقاولة من الباطن إلاّ بصحة عقد المقاولة الأصلي، ولا يكفي هذا الأمر، وإنّما يجب أن لا ينص عقد المقاولة على شرط يمنع من التعاقد الفرعي. فبالرغم من خضوع عقد المقاولة الفرعية لمبدأ حرية التعاقد وسلطان الإ اردة، فقد قيّد المشرع هذه الحرية بعدم نص العقد الأصلي على بند يمنع اللجوء إلى المقاول الفرعي. فبالرجوع إلى المادة 564 من القانون المدني التي نصت على ما يلي "*يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية.*

ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل". وبذلك، فقد جعل المشّرّع جواز اللجوء إلى التعاقد الفرعي في عقد المقاولة الأصلي، والشرط المانع الاستثناء. ويقصد بالشرط المانع "*حالة اتفاق صاحب العمل والمقاول على عدم جواز قيام الأخير بأن يعهد بالعمل المكلف به إلى مقاول آخر*".

ويرى الفقه أنه لا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوار صراحة في العقد، فقد يكون بموجب اتفاق لاحق. بل ويجوز استخلاصه ضمنيا من ظروف التعاقد. وفي هذه الحالة لابد من وجود دلائل قاطعة تثبتبأن إرادة صاحب المشروع قد اتجهت إلى الموافقة على المقاول الفرعي.واذا قام

شك في أن هناك شرط مانع ضمني، فيعتبر الشك في معنى المنع فيحرم على المقاول التعاقد من الباطن إلا إذا أذن له صاحب المشروع.(1)

ولا يمنع الشرط المانع المقاول من الاستعانة بأشخاص فنيين وتقنيين لإنجازالمشروع، ما دام أنهم ليسوا مقاولين من الباطن بل كانوا عمال عند المقاول بعقد عمل،وليس بعقد مقاولة.(2)

ويجب عدم الخلط بين الشرط المانع للتعاقد الفرعي، وشرط الحصول على موافقة صاحب المشروع. وهذا ما يؤدي إلى ضرورة التمييز بين المشاريع الخاصة والمشاريع العامةأو ما يسّمّى بالصفقات العمومية. ففي المشاريع الخاصة يشترط القانون المدني في مادته 564، السالفة الذكر، انعدام الشرط المانع من التعاقد الفرعي في عقد المقاولة الأصلي، فهذا لا يعني اشتراط موافقة صاحب المشروع على المقاول الفرعي. فلا يكون المقاول ملزما بالحصول على موافقة صاحب المشروع إذا لجأ للتعاقد الفرعي، ما دام أن العقد الأصلي لا يحمل شرطا مانعا، ولم يحصل اتفاق لاحق عن ذلك المنع قبل التعاقد الفرعي، إلاّ إذا اشترط صاحب المشروع موافقته بموجب بند صريح. أّمّا في المشاريع العامة، فقد وضع المشّرّع شروطا خاصة للجوء إلى التعاقد الفرعي، إذ اشترط تحديد مجال اللجوء إلى التعاقد الفرعي في الصفقة وفي دفتر الشروط، ويأتي هذا الشرط كتفسير لاشتراط تشريع الصفقات العمومية التعاقد الفرعي في جزء من الصفقة، ولا يجوز التعاقد فرعيا على كامل الصفقة.(3)

(1) –أحمد السنهوري ،*الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر*، بند 18، ص. 209، سامي محمد ،*المرجع السالف الذكر*، ص. 43 وعدنان إبراهيم السرحان ،*شرح القانون المدني، العقود المسماة: المقاولة، الوكالة، الكفالة*، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2007، ص. 93.

(2) – قدري عبد الفتاح الشهاوي ،*أحكام عقد المقاولة، مناطها، ظوابطها، أطرها في التشريع المصري، العربي ،الأجنبي، دارسة مقارنة*، دار النهضة العربية، القاهرة ،2006، بند 137، ص. 237.

(3)– المادة 140 و143 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، المذكور اعلاه سابقا.

وبذلك، فإن التعاقد الفرعي في المشاريع الخاصة يتمّيّز عن التعاقد الفرعي في المشاريع العامة، في أّنّ الأوّل لا يشترط موافقة صاحب المشروع على المقاول الفرعي، في حين يشترط الثاني ذلك إضافة إلى خلو عقد المقاولة الأصلي أو الصفقة من الشرط المانع.وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي المتعلّق بالتعامل الثانوي، يجب على المقاول الحصول على موافقة صاحب المشروع، عندما يريد اللجوء إلى التعاقد من الباطن (1)، وهو الإجراء الذي أكده قانون الصفقات العمومية(2). وبذلك يضاف إلى ضرورة خلو عقد المقاولةالأصلي من الشرط المانع للتعاقد الفرعي في التشريع المذكور، التزام المقاول أثناء إبرام العقد وخلال فترة سريانه أن يعلم صاحب المشروع عن المقاولين الفرعيين الذين يقاولهم ،ويخضعهم لموافقته. كما تشترط الأحكام المذكورة ضرورة اعتماد شروط الدفع من قبل صاحب المشروع والخاصة بكل عقد مقاولة من الباطن على حدا. بمعنى أّنّ المشرع الفرنسي قد كّرّس مبدأ قبول المقاول الفرعي في مجال الصفقات العامة والصفقات الخاصة،إذ أوجب على كل مقاول يريد تنفيذ عقد أو صفقة باللجوء إلى مقاولين فرعيين أن يجعل كل واحد منهم مقبولا من طرف رب العمل، وموافقا على شروط أداء أجره، وذلك عند إبرام العقد أو الصفقة أو خلال تنفيذهما.

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

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

وتعود المبادرة بطلب قبول المقاول من الباطن واعتماد شروط الدفع إلى المقاول الأصلي، الذي يملك وحده قرار اللجوء إلى المقاولة الفرعية. ولا يملك المقاول الفرعي هذاالحق، أي أن المقاول الأصلي هو الذي يقدم طلب قبول المقاول الفرعي إلى صاحب المشروع. وليس للمقاول الفرعي سوى التأكد من أن طلب قبوله قد قدم لرب العمل في الوقت المناسب. كما يلتزم المقاول الأصلي بتبليغ عقود المقاولة الفرعية لصاحب المشروع متى طلب ذلك.

وقد تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 86–13 المؤرخ في 6 يناير 1986،باستحداث المادة 14–1 من القانون رقم 75–1334، التي ألزمت رب العمل في عقود أشغال البناء والأشغال العمومية، إذا علم بوجود مقاول من الباطن في الورشة لم يعرض عليه لقبوله، أو اعتماد شروط أداء أجره ،بإعذار المقاول الأصلي والمقاول الفرعي من الدرجة الأولى بتنفيذ هذا الإجراء(1). وهذا ما أّكّده القضاء الفرنسي، عندما رّتّب مسؤولية صاحب المشروع الذي كان يعلم بوجود مقاول فرعي غير مقبول من طرفه، ولم يعتمد شروط دفع أجره، والذي لم يعذر المقاول الأصلي بتنفيذ التزاماته بهذا الشأن، بتحميله صاحب المشروع المسؤولية، على أساس علمه بوجود مقاول فرعي في الورشة لم يعرض على قبوله.(2)

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

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

ويقدم طلب قبول المقاول الفرعي عند تقديم العرض، على أنه لا يشترط شكل معينل طلب القبول، وعمليا يجرى الطلب كتابة إما في بند خاص من العقد الأصلي، وهي الحالةالتي يكون فيها المقاول قد عين المقاول الفرعي الذي سينفذ الأشغال قبل التعاقد النهائي،وإما يدرج الطلب في عقد لاحق(1). وقد يقدم الطلب بعد إبرام الصفقة بين صاحب المشروع والمقاول وشروع هذا الأخير في مباشرة إنجاز الأعمال، فيمكن للمقاول الأصلي تقديم عرضه، ولكن قبل التنفيذ الكلي للمشروع. فإذا قرر تنفيذ هذه الأعمال عن طريق التعاقد الفرعي، فإنه يصبح ملزما بأن يقدم، لصاحب المشروع رسالة مضمونة مع إشعار بالتسلم، التصريح الخاص بالمقاولة الفرعية مع التزامه بتقديم إثبات عدم وجود حوالة للدين من شأنهما الحلول دون الأداء المباشر.

ويتم القبول إ ّمّا صراحة أو ضمنيا، فألزمت المادة الثالثة من القانون رقم 75 -1334، السالفة الذكر ،على المقاول الذي يعتزم تنفيذ المشروع أن يجعل رب العمل موافقا على المقاولين الفرعيين الذين سيلجأ إليهم من أجل إنجاز العمل وذلك قبل تنفيذها. وبخصوص القبول الضمني للمقاول الفرعي، فإ ّنّ المادة 114 -4° من قانون الصفقات العامة تعتبر المقاول الفرعي مقبولا من قبل الإدارة، إذا لم تعلن هذه الأخيرة رفضها بقرار مكتوب ومعلل خلال إحدى وعشرون يوما من تاريخ تسلم التصريح أو طلب القبول والاعتماد.

وفي هذاوعلى خلاف المشرع الفرنسي، لم ينص المشرع الجزائري على حالة رفض القبول وسكوت صاحب المشروع. أ ّمّا المشرع المغربي فقد جعل الأصل في رفض قبول المقاول الفرعي يخضع للسلطة التقديرية لصاحب المشروع، غير أنه ملزم بتعليل سبب الرفض(2)

(1)F.LEFEBURE.Mémento pratique.droit des affaires.ed2006.p3155

(1)سميع آمنة ،*المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، دارسة مقارنة*، أطروحة دكتواره ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب ،2004- 2005,ص 100

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

ان هدف المشرع من النص على هذا الالتزام، هو ضمان حصول المقاول الفرعي على مستحقاته من قبل صاحب المشروع. والسماح لهذا الأخير بمراقبة والتأكد من المؤهلات المهنية والفنية للمقاول الفرعي، وضمان إتمام المشروع وحسن إنجازه. وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار عدم تنفيذ المقاول الأصلي لالتزاماته بشأن عرض المقاولين الفرعين لقبول صاحب المشروع واعتماد شروط أداء أجورهم، خطأ يسمح لهذا الأخير بفسخ العقدالذي يجمعه بالمقاول

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

(1) A.BENBERT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9ème éd., Montchrestien, 2011.P11.

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

لا يعد الشرط المانع السبب الوحيد الذي يمنع المقاول من تكليف مقاول من الباطن لانجاز العمل الموكل إليه من طرف صاحب المشروع. بل أن طبيعة الأعمال في حد ذاتها تحول دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن. وذلك بسبب خصوصية بعض الأعمال التي تستوجب مؤهلات وكفاءات شخصية لدى مقاول معيّن

المطلب الثانـي: الاجراءات المتبعة للتعاقد الفرعي

أوضحت في ما تقدم أنّ المقاولات الفرعية– على غرار المقاولات الأصلية– هي عقود رضائية التي يكفي لانعقادها تطابق إرادتي أطرفها، دون حاجة إلى إخضاعها لشكليات معينة، باستثناء التعاقد الفرعي في الصفقات العمومية أين تشترط الكتابة لصحته.

ولكن جرت العادة على إتباع طرق وأساليب محددة في إبرام عقود المقاولة من الباطن.

وباعتبار عقد المقاولة من الباطن على غرار عقد المقاولة من العقود التي يكتنفها التعقيد, فلا تلائمه طريقة التعاقد التقليدية التي تتم بمجرد تبادل إيجاب وقبول المتعاقدين. لذلك، لابد من الدخول بشأنه في مفاوضات تسبق إبرام العقد.

الفرع الأ ول: مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد

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

(1) – العربي بلحاج،مرجع *سابق*, ص. 68.

الفرع الثاني:مرحلة صدور الايجاب ونهاية المفاوضات

إن التفاوض على العقد ينتهي قانونا في الوقت الذي يصدر فيها الإيجاب، إذ في هذه اللحظة تكون المفاوضات قد حققت الغرض الأسمى منها، وهو توصيل الطرفين المتفاوضين إلى الاتفاق على جميع المسائل الأساسية للعقد الذي يريدان إبرامه. وينطوي الإيجاب على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به (1)، فيجب أن يكون هذا الإيجاب صادرا عن نية قاطعة وعزم نهائي على التعاقد. فقد تنتهي المفاوضات بصدور إيجاب معلق على شرط, كأن يعرض المقاول الأصلي التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقا لتغير الأسعار. فيكون الإيجاب الذي صدر منه بالثمن الذي عينه معلقا على شرط عدم تغير الأسعار. وبالتالي، إذا خرج الإيجاب من مرحلة التفاوض ولم يكن معلقا على شرط أصبح إيجابا باتا.(2)

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

(1) – العربي بلحاج,مرجع *سابق*, ص.69.

(2) – احمد السنهوؤي,,مرجع *سابق*, ص.221 .

الفرع الثاني:مرحلة إبرام عقد المقاولة الفرعية

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

فعندما يتوصل الطرفان إلى اتفاق على بنود العقد، تتوقف المفاوضات، ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد، فيتم إعداد المشروع النهائي لعقد المقاولة من الباطن.

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

(1) – العربي بلحاج,*مرجع سابق*, ص. 47.

(2)المادة 147 قانون مدني مصري,المطابقة للمادة 106 ق.م.ج

الفصل الثاني:

الحقوق المقررة قانونا للمقاول الفرع

طبقا للقواعد العامة يحق للمقاول الفرعي باعتباره دائنا للمقاول الأصلي، أن يستعمل حق هذا الأخير في الرجوع على رب العمل عن طريق دعوى غير مباشرة يقيمها باسم المقاول الأصلي ويطالبه لحسابه فيها بالأجر المستحق له مقابل الأعمال المنجزة.

لكن هذه الدعوى لا تعطي للمقاول الفرعي أي أفضلية أو حق تتبع ، و حتى و إن ربحها فإن الحق المتحصل عليه يستقر في ذمة المقاول الأصلي ليدخل في الضمان العام و يستفيد منه كل دائني المقاول الأصلي و يتقاسمه المقاول الفرعي معهم قسمة غرماء، مما يضر حتما به.

كما أن هناك خطر أخر يهدد حصول المقاول الفرعي على مستحقاته، و هو تصرف المقاول الأصلي في حقه لدى رب العمل قبل إقامة المقاول الفرعي للدعوى غير مباشرة أو أثناءها.

لهذه الأسباب رأى المشرع الجزائري على غرار الكثير من التشريعات ضرورة منح المقاول الفرعي حماية قانونية خاصة تمليها اعتبارات لتحقيق العدالة، بسبب تعلق الحق المطالب به بالعمل الذي أنجزه، إذ يعتبر المنفذ الحقيقي لهذا العمل و الطرف الضعيف في العملية ككل.

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

و نظرا لما تثيره الدعوى المباشرة من مسائل قانونية عديدة يخصص لها المبحث الأول من هذا الفصل، بينما يتناول المبحث الثاني الحق في الامتياز.

المبحث الاول:الحق في اقامة الدعوى المباشر

وفقا للفقرة الثانية من المادة 565 من القانون المدني، فإذا أسند المقاول الأعمال المعهودة إليه إلى مقاول فرعي، بموجب ذلك يستطيع هذا المقاول الفرعي ان يرفع دعوى مباشرة برب العمل لمطالبته بتسديد ماهو مستحق للمقاول الأصلي وفي حدود قيمة الدين من أجل استيفاء ديونهم الموجودة على عاتق المقاول الأصلي.

و من المهم في البداية, التعريف بالدعوى المباشرة الممنوحة للمقاول الفرعي و بيان خصائصها ثم شروط ممارستها لننتهي إلى النتائج المترتبة عن مباشرتها ضمن مطلبين ، حيث يخصص الأول لمفهوم الدعوة المباشرة ولشروط ممارستها ، بينما يتناول المطلب الثالث النتائج المترتبة عنها بالنسبة للمقاول الأصلي و دائنيه بما فيهم المقاول الفرعي و رب العمل .

المطلب الأول:مفهوم الدعوى المباشرة

يقتضي تحديد مفهوم الدعوى المباشرة التعرض إلى معناها، و الأساس القانوني الذي تقوم عليه من جهة، و من جهة ثانية تناول الخصائص المميزة لها و هو ما سيتم التعرض له في الفقرتين التاليتين:

الفرع الأول:تعريف الدعوى المباشرة واساسها القانوني

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

أولا – معنى الدعوى المباشرة

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

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

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

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

(1)علي فيلالي,الالتزامات,النظرية العامة للعقد,الجزء الأول,موفر للنشر.2001,ص 344.وكذا فريدة زواوي ,مبدأ نسبية العقد,رسالة دكتوراه,كلية الحقوق,جامعة الجزائر,ص243

كما أن المشرع الجزائري لم يخص الدعوى المباشرة بنص عام مثل ما هو الحال بالنسبة للدعوى الغير المباشرة الواردة في المادة **189** من القانون المدني، مسايرا في ذلك الكثير من التشريعات العربية(1)، و هو سبب انحصار الدعوى المباشرة في حالات معينة قررها القانون على سبيل الحصر.

ثانيا- الأساس القانوني للدعوى المباشرة

وجدت فكرة الدعوى المباشرة صعوبة في الدخول إلى النظام القانوني ، نظرا لعدم تقبل الفقه لها كونها تناقض مبدأ المساواة بين الدائنين و مبدأ نسبية العقود ، مما دفع ببعض الدارسين لها تركيز جهودهم على محاولة إيجاد مبرر لوجودها و تفسير الرابطة القانونية بين الدائن و مدين المدين حتى يتم تجاوز العائق الذي يشكله المبدأين السابقين.

أسسف البعض الدعوى المباشرة على فكرة الامتياز، بينما ردها البعض الأخر إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، في حين أرجعها قسم إلى فكرة الإنابة ، و قال أخرون بفكرة الإثراء بلا سبب(2)

غير أن كل هذه النظريات لم تتمكن من تقديم أساس قانوني بعيد عن الإنتقادات، ليبقى الاتفاق على أن هذه الدعوى هي تقنية قانونية تخفف من صلابة مبدأ نسبية العقود و مبدأ المساواة بين الدائنين لا تثبت إلا بنص قانوني خاص، و من ضروري الأخذ بها تحقيقا للعدالة و الإنصاف

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

(1) أورد قانون الموجبات و العقود اللبناني نصا عاما بالدعوى المباشرة في المادة **277** جاء فيه "يكون الأمر على خلاف ما تقدم إذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه استثنائي حق إقامة الدعوى المباشرة فإن نتائجها تعود الى المدعى دون سواه، ولا يلزم ـه أن يقسم الربح بينه و بين سائر الدائنين على أن هذه المعاملة لا يمكن إجراؤها إلا إذا كانت مقررة بنص ص ريح يف سر معناه ـا المحصور

(2) جاك غستان، المرجع السابق، بند713، ص:882

الفرع الثاني:خصائص الدعوى المباشرة

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

أولا – هي دعوى أصلية اختيارية خاصة وغير تامة

توصف الدعوى المباشرة بأنها **دعوى أصلية اختيارية،** فهي لا تنطوي على تجديد لشخص المدين، وإنما تمنح للمقاول الفرعي مدينا إضافيا .

و من ثمة يحق للمقاول الفرعي – تبعا لمصلحته– أن يختار بين متابعة المقاول الأصلي أي مدينه المباشر على أساس عقد المقاولة القائم بينهما ، أو مقاضاة رب العمل استنادا لنص المادة **565**، أو حتى الجمع بين الدعويين و مقاضاة الاثنين معا، فيكونان ملزمين بالتضامن بدفع مستحقاته(1)، طالما أن المادة أعلاه لم تشترط صراحة لمباشرة و قبول الدعوى المباشرة ضد رب العمل ، عجز المقاول الأصلي عن الوفاء.

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

(1) Néret jean, le sous-contrat, L.G .D.J, paris 1979.P32

لهذا السبب تعتبر دعوى المقاول الفرعي المباشرة ضد رب العمل دعوى **أصلية** في القانون المدني الجزائري ، بينما هي دعوى احتياطية في القانون الفرنسي، كونه اشترط لممارسها عجز المقاول الأصلي عن الوفاء للمقاول الفرعي بعد مرور شهر من توجيه إنذار إليه(1)

كما توصف هذه الدعوى بأنها **مباشرة غير تامة** ، بمعنى أنها دعوى لا تجمد دين المقاول الأصلي بين يدي رب العمل لفائدة المقاول الفرعي إلا من وقت رفعها .

عكس الحال بالنسبة للدعوى المباشرة التامة التي تقوم بتجميد الدين منذ نشأته ، فتكون كل تصرفات المقاول الأصلي في دينه لدى رب العمل من قبض أو رهن أو تنازل قبل تاريخ رفع الدعوى المباشرة سارية المفعول اتجاه المقاول الفرعي و تشكل دفوعا مقبولة في مواجهته ، أما بعد هذا التاريخ فلا تكون نافذة في حقه

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

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

(1) جاك غستان، مرجع سابق، بند713، ص:, 963 ومابعدها.

.الفرع الثالث:شروط ممارسة المقاول الفرعي للدعوى المباشرة

إن للدعوى المباشرة شروط يجب أن تستوفيها حتى تقبل و تأتي ثمارها، لهذا من اللازم في البداية تحديد صفة الأشخاص الذين يجوز لهم رفعها و الأشخاص الذين تقام ضدهم من جهة، و من جهة ثانية الشروط الواجب توافرها فيهم و يكون ذلك في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فتخصص للدين و شروطه باعتباره موضوع الدعوى، بينما تتناول الفقرة الثالثة نتائجها على المقاول الأصلي و دائنيه.

أولا: أطراف الدعوى

غني عن البيان أن طرفي الدعوى هما المدعي رافع الدعوى و المدعى عليه الشخص المقامة ضده ، لكن من المهم تحديد الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذا الوصف، وهو ما سيتم في الآتي:

1- المدعي في الدعوى المباشرة

بينت المادة **565** من القانون المدني الأشخاص الذين يحق لهم إقامة الدعوى المباشرة و هم فئات ثلاث التالية: المقاول الفرعي، عمال المقاول الفرعي، عمال المقاول الأصلي.

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

كما تثبت أيضا بصريح النص أعلاه **لعمال المقاول الفرعي** و **عمال المقاول الأصلي**، حيث يكون لهم الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد مقاول الأصلي باعتباره رب عمل بالنسبة للمقاول الفرعي، و ضد رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلي، فيرجون في الحالة الأولى بما هومستحق في ذمة المقاول الأصلي للمقاول الفرعي بموجب عقد المقاولة الفرعية وقت رفع الدعوى، أما في الحالة الثانية فيرجعون بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلية وقت رفع الدعوى.(1)

و الملاحظ أن تحديد المشرع الأشخاص الذين يحق لهم إقامة الدعوى مباشرة يفتح مجال للتساؤل هل تثبت الدعوى المباشرة لصالح فئات المذكورة أعلاه دون غيرهم ؟ أم أن هناك مجال لتوسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من هذه الميزة القانونية لتشمل المقاولين الفرعيين مهما كانت درجتهم , رغم سكوت النص أعلاه على هذا الفرض، يجمع الفقه على ثبوت الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي مهما كانت درجته.(2)

و يساير القضاء الفقه في ذلك حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ **1983/03/16 " من المتفق عليه فقها و قضاء إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضا بدوره من الباطن ، فإن للمقاول الثاني له الحق في رفع الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول من الباطن الأول، غير أنه لا يجوز له أن يرفع تلك الدعوى المباشرة على رب العمل.(3)**

(1)– د. السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة131، ص: 228 .

(2) – د. السنهوري ،نفس المرجع ،بند 131 ص: 229

(3)– قرار محكمة العليا مؤرخ في 16 مارس 1983 ملف 30952/309540 المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الأول، ص15.

و يتضح من حيثيات هذا القرار أن القضاء الجزائري أجاز للمقاول الفرعي من الدرجة الثانية الاستفادة من أحكام المادة **565** من القانون المدني و إقامة دعوى ضد مدين مدينه المباشر، مما يعني ثبوت الدعوى المباشرة لكل مقاول فرعي مهما كانت درجته .

و هو نفس الاتجاه الذي تبناه القضاء الفرنسي حيث أقر صراحة هذا الحق للمقاول الفرعي مهما كانت درجته، حتى يساوي بين جميع المقاولين فرعين في الاستفادة من الحماية المقررة لهم.(1)

و الأكيد أنه إلى جانب شرط الصفة، يجب أن يستوفي المقاول الفرعي بعض الشروط أهمها أن يكون دائنا للمقاول الأصلي، فإن كان قد تلقى حقه من هذا الأخير أو كان قد تنازل له عنه، فلا حق له في إقامة هذه الدعوى .

كما أنه من الضروري أن يثبت المقاول الفرعي وجود حق له لدى المقاول الأصلي, و أن هذا الحق قد حل أجله.

لكن لا يشترط أن يكون بيد المقاول الفرعي سند تنفيذي، و لا أن يكون حقه محدد المقدار بدقة عند إقامة دعوى، و إن كان تعين مقدار الدين أمرا ضروريا متى كانت الدعوى مهنية للفصل فيها.

كما لم يشترط المشرع على المقاول الفرعي إثبات إعسار المقاول أو عجزه عن الوفاء أو إهماله في استعمال حقوقه ولا أن يوجه له إنذارا بالدفع .

(1) -Dominique Rombure, le paiement du sous-traitant, l'action directe contre le maître de l'ouvrage L.G.D.J 1990, p :30 .

و إن كان تغاض المشرع عن هذه الأمور تبرره طبيعة الدعوى المباشرة و ما ينشأ عنها من حق خاص و مباشر و شخصي لصاحبها على الدين الذي في ذمة مدين مدينه ، فالمقاول الفرعي يباشر الدعوى مباشرة دون الحاجة إلى مخاصمة المقاول الأصلي أو إدخاله في الخصومة و دون اشتراط إثبات عسره، فالدعوى قررت لمصلحته حتى يستوفي حقه في أقل وقت ممكن(1)

و يتعين على المقاول الفرعي توجيه إنذار مباشرة لرب العمل، يلزمه فيه بوجوب دفع مقابل الأعمال المنجزة لصالحه، حتى يقيد حرية المقاول الأصلي في التصرف في ماله منذ ذلك التاريخ رغم أن هذه الإنذار غير موجه له ، لهذا من الضروري أن تدخل المشرع بالنص على إرسال نسخة من هذا الإنذار إلى المقاول الأصلي كذلك .

و نشيد في هذا الصدد أن القانون الفرنسي لا يسمح للمقاول الفرعي بمقاضاة رب العمل إلا بعد إنذاره للمقاول الأصلي، و امتناع هذا الأخير عن الدفع بعد شهر من تاريخ توصله بالإنذار، مع اشتراطه توجيه نسخة من هذا الإنذار إلى رب العمل حت ى يجمد الدين بين يديه و يمتنع عن الوفاء للمقاول الأصلي(2)

2- المدعى عليه في دعوى المباشرة

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

(1)- أ. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات,طبعة 1987,الدار الجديدة، فقرة297 ص:317.

(2)أنظر المادة 2 من قانون الفرنسي رقم 75-1334 الصادر في 1975/12/13 و المتعلقة بالمقاولة الفرعية.

لكن إذا فرضنا أن المقاول الفرعي قاول هو الأخر من الباطن و عهد بالأعمال المستمدة إلى إليه من المقاول الأصلي إلى مقاول آخر، **فعلى من يعود هذا الأخير بدعواه المباشرة ؟**

لم يتناول المشرع هذه الحالة، لكن الفقه يرى قياسا على ما ورد بالمادة **565** من القانون المدني برجوع المقاول الفرعي الثاني المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول الفرعي الأول و ليس على رب العمل الحقيقي، لأن هذه المادة مقتصرة على درجة واحدة من المقاولة من الباطن و لا تعطي الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي إلا قبل رب العمل أي مدين مدينه.

أما عمال المقاول الفرعي الثاني فيرجعون بهذه الدعوى على المقاول الفرعي الأول باعتباره مدين مدينهم و على المقاول الأصلي باعتباره مدين مدين مدينهم(1).

وهو نفس الموقف الذي تبنته المحكمة العليا في القرار المشار إليه أنفا، حيث أعابت على القرار المطعون فيه أنه أعطى للمقاول الفرعي الثاني حق إقامة دعوى مباشرة على رب العمل الحقيقي بدلا من المقاول الأصلي .

و إذا كان لهذا الرأي ما يبرره من الناحية القانونية ، على اعتبار أن دعوى المباشرة تثبت للدائن في مواجهة مدين مدينه ، فإن التطبيقات العملية تظهر أن هذا الموقف يتسم أحيانا بنوع من الإجحاف خاصة إذا كان المقاول الأصلي في حالة إفلاس ، حيث يكون من حق المقاولين الفرعيين من الدرجة الأولى مطالبة رب العمل مباشرة ، أما المقاولين الفرعيين من الدرجة الثانية فتكون دعواهم غير مجدية.

(1)– د. السنهوري، مرجع سابق , ص:229

.

و تفاديا لهذه الوضعية الغير عادلة استقر القضاء في فرنسا على منح المقاولين الفرعيين مهما كانت درجتهم الحق في متابعة رب العمل الحقيقي مباشرة باعتباره المستفيد الفعلي من الأعمال المنجزة.

و الظاهر أن هذا الرأي جدير بالإتباع بالنظر للهدف الذي سعى المشرع إلى تحقيقه و هو حماية المقاولين الفرعي و بالتالي لا ضرورة للتمييز بينهم .

و مما لا شك فيه أن إقامة الدعوى المباشرة ضد رب العمل، يقتضي حتما أن يكون هذا الأخير مدينا حقيقيا للمدين الأصلي، فإن كان رب العمل قد وفى له بالدين ، برئت ذمته نحو المقاول الفرعي. .

و قد استقر القضاء الفرنسي على وجوب توفر هذا القبول المزدوج لمباشرة الدعوى المباشرة ضد رب العمل، حيث قضت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 13 مارس 1981 بأنه" يمكن لرب العمل الاحتجاج ضد المقاول الفرعي عند عدم قبوله به و موافقته على شروط الدفع الواردة في عقد المقاولة الفرعية" ، كما أقرت في حكم أخر " أن الموافقة رب العمل الضمنية أو الصريحة على مقاولة الفرعية شرط ضروري لرفع الدعوى المباشرة ضده.(1)

لكن عدم قبول رب العمل بالمقاولة الفرعية لا يمنع من التفضيل المقاول الفرعي الخفي على باقي دائني المقاول الأصلي في حالة إفلاس هذا الأخير، كون القضاء الفرنسي يرفض تحميل المقاول الفرعي وحده نتائج الخطأ المرتكب من المقاول الأصلي، كونه هو الملزم بالحصول على موافقة رب العمل على المقاولة الفرعية.(2)

(1) زواوي فريدة، المرجع السابق،ص:226 .

8- (2) Jean Bernard Auby – Hugues Périnet – Marquet, droit de l'urbanisme et de la construction, 7 éme édition Montchrestien ,2006 .P581.

ثانيا : موضوع الدعوى المباشرة

حددت المادة **565** من القانون المدني موضوع دعوى المقاول الفرعي ضد رب العمل بعبارة " **بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى** "

و الأكيد أن سقوط حرف" **لا**" من النص العربي أدى إلى تغير المعنى المقصود، و بالتالي يجب على المشرع استدراك ذلك و تصحيح العبارة بجعلها بما " **لا يجاوز القدر** " . كما سبق بيانه فهذه العبارة تؤكد أن دعوى المقاول الفرعي ضد رب العمل هي من الدعاوى المباشرة غير الكاملة، فهي لا تشمل جميع أموال رب العمل، و إنما تقتصر على ما يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت مباشرتها. والدعوى المباشرة مقيد بثلاثة قيود هي:

القيد الأول: إن الأجر مقدر حسب ما هو متفق عليه في عقد المقاولة الفرعية كالمقابل الأعمال المتفق بشأنها في هذا العقد ، أي على المقاول الفرعي أن يطالب رب العمل فقط بالأجر المستحق له و ما يتبعه من نفقات و ثمن الأدوات و الفوائد.(1)

القيد الثاني: يكون الأجر كمقابل عن الأعمال التي استفاد منها رب العمل فعليا

القيد الثالث: إن الأجر المطالب به هي المبالغ التي مازالت بذمة رب العمل لصالح المقاول الأصلي. و حتى الفوائد فإن القضاء الفرنسي يشرط احتسابها من تاريخ الإنذار بالدفع الموجه لرب العمل و ليس من بداية تاريخ الإنذار الموجه للمقاول الأصلي .

(1)السنهوري ، مرجع سابق بند 131 ص: 227.

المطلب الثاني:نتائج الدعوى المباشرة

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

فقد يجد المقاول الفرعي رافعها نفسه في مواجهة دائن أخر من أصحاب الحق فيها أو أي دائن أخر للمقاول الأصلي أو حتى رب العمل و دائنيه، مما ينشأ حتما نزاعات فيما بينهم تقتضى بيان حلولها، لهذا من ضروري تحديد مختلف الحالات الممكنة لهذه النزاعات في الفروع الثلاث التالية.

الفرع الأول: نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي

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

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

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

الثالثة: يبقى المقاول الأصلي دائنا لرب العمل ، لكنه لا يستطيع استفاء حقه منه بعد رفع الدعوى المباشرة أو توجه الإنذار بالدفع لرب العمل، و يكون مركزه أشبه بمركز المدين المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير.

.

الفرع الثاني : نتائج الدعوى المباشرة على دائني المقاول الأصلي

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

أولا- حالة النزاع بين حائزي الدعوى المباشرة

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

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

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

يجمع الفقه على أنه إذا تعدد الدائنون المستفيدون من الدعوى المباشرة و رفعها جميعهم و لم يكن في ذمة رب العمل من أموال المقاول الأصلي ما يفي بجميع حقوقهم ، تقاسموا ما يحصلون عليه من رب العمل قسمة الغرماء فيها بينهم كل بنسبة حقه ، و يتساوى في ذلك تزاحم المقاولون الفرعيين فيما بينهم أو هم و عمال المقاول أو هؤلاء جميعا و معهم عمال المقاول الفرعي ، فالقانون لم يعطي حق الأفضلية أو حق الامتياز لأحدهم دون الباقين ، لهذا ينبغي أن يعاملوا كلهم على قدم المساواة .(1)

(1) السنهوري المرجع السابق ، هامش 1 ص: 232

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

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

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

غير أن توجيه أحد المستفدين من الدعوى المباشرة إنذار بالدفع لرب العمل أو رفع هذه الدعوى، يمنع على هؤلاء الدائنين سلوك طريق الدعوى غير المباشرة لأن ما يحضر على صاحب الحق (المقاول الأصلي) يحضر على كل من يحل محله.

كما يمنع عليهم إجراء حجز ما للمدين لدى الغير، فلا يجوز لهم البدء فيه بعد إنذار رب العمل أو إقامة الدعوى المباشرة ضده ، و إن صادف و أن تم توقيعه قبل هذا التاريخ دون أن يصدر حكم قضائي بتثبيته ، فلا يعود بإمكان الدائن الحاجز الاستمرار فيه، و حتى و إن صدر حكم فيه، فإنه لا يكون نافذا في حق المقاول الفرعي رافع الدعوى المباشرة.

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

(1) .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:98

الفرع الثالث: نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل و دائنيه

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

أولا– نتائج الدعوى على رب العمل

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

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

ثانيا–نتائج الدعوى على دائني رب العمل

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

إذاكانت فقرة الثانية من المادة **565 من القانون المدني** تجعل رب العمل ملزما في حدود ماهو مدين به للمقاول الأصلي و يجمد هذا الدين لصالح المقاول الفرعي و عماله و عمال المقاول الأصلي منذ تاريخ رفع الدعوى على رب العمل ، فإن هذه المادة لم تتعرض إطلاقا إلى النزاع المحتمل بين دائني رب العمل و المقاول الفرعي في حالة ما إذا لم يكف المال الذي في حوزة رب العمل لإرضائهم جميعا. كما أن الدعوى المباشرة لا تميز المقاول الفرعي إلا في علاقته مع سائر دائني المقاول الأصلي، من ثمة لا يحتج على دائني رب العمل بالدعوى المباشرة إذا وفى

هذا الأخير للمقاول الفرعي وحده دونهم ، فيكون بإمكانهم الطعن في هذا الوفاء طبقا لأحكام المدة **191** من القانون المدني عن طريق إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف.(1).

المبحث الثاني:حق الامتياز للمقاول الفرعي في حالة توقيع الحجز

لم يكتف المشرع بمنح المقاول الفرعي الحق في إقامة الدعوى المباشرة ضد مدين مدينه، و أقر له بالإضافة إلى ذلك حق الامتياز في حالة توقيع الحجز بين يديرب العمل، الأمر الذي يدفع للسؤال عن الغاية من تقرير حق الامتياز للمقاولالفرعي إلى جانب الدعوى المباشرة و الأشخاص المستفيدين من هذا الحق،بالإضافة إلى ضرورة توضيح موضوع هذا الإمتياز و النتائج المترتبة على استعماله وهو ما سيتم في المطلبين التاليين :

المطلب الأول:الغاية من تقرير حق الامتياز

إن منح المشرع للمقاول الفرعي حق الامتياز إلى جانب الدعوى المباشرة، أمر يدعو للتساؤل عن الغاية التي قصدها من ذلك؟

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

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

(1) مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص: 97

لكن على اعتبار أن حجز ما للمدين لدى الغير طريق عادي للتنفيذ، فإنه لا يكسب سالكه مركزا مانعا أو مميزا ، بمعنى أنه يحق لغيره من دائني المقاول الأصلي أن يسلك نفس الطريق و يوقع حجز أخر ، كما أن قيام المقاول الفرعي بالحجز لا يقيه من مزاحمة باقي الدائنين.

لهذا السبب يبقى الحجز أقل فعالية من الدعوى المباشرة، كون هذه الأخيرة متى رفعت منعت البدء في الحجز أو حتى الاستمرار فيه إذا كان سابقا لها .

الفرع الأول- أصحاب حق الامتياز

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

و بناء عليه فإن حق الامتياز يثبت لنفس الأشخاص المستفيدين من الدعوى المباشرة، و هم **المقاول الفرعي** و**عماله** و**عمال المقاول الأصلي،** فيستوفي هؤلاء الأشخاص حقوقهم بامتياز متقدمين على باقي دائني المقاول الأصلي.

الفرع الثاني : موضوع حق الامتياز

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

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

تنص المادة 1000 من القانون المدني بأن " المبالغ المستحقة للمقاولين و المهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت و لكن بقدر ما يكون زائد يسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه ..." .

يستخلص من هذا النص أن المشرع قد خص المقاولين و المهندسين المعماريين الذين قاموا بتشييد عقار أو ترميمه أو صيانتها، بامتياز لضمان استفادتهم المبالغ المستحقة لهم بسبب هذه الأعمال. على اعتبار لأن عمل هؤلاء زاد في قيمة العقار و في ذمة المالية لصاحبه، فمن العدل إذن أن يتقدموا بدينهم في حدود تلك الزيادة.

المطلب الثاني:نتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز

إن الملاحظ فيما يتعلق بنتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز الممنوح له قانونا، أنها تقريبا نفس النتائج المترتبة على ممارسة الدعوى المباشرة، و أن الحلول الموضوعة لفض مختلف النزاعات التي قد تطرأ بين أطراف العملية العقدية ودائنيهم متماثلة، و التي يمكن تلخيصها في الفرع الأولى، أما الفرع الثاني فنخصصه لمسألة مدى نفاذ الحوالة في حق المقاول الفرعي موقع الحجز.

الفرع الأول: نتائج استعمال حق الامتياز

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

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

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

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

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

إن اجازة المشرع لرب العمل بدفع الحقوق المقاولين الفرعيين دون الرجوع إلى القضاء، فيها تقصير للإجراءات لفائدة أصحاب الامتياز، و بالتالي إمكانية حصولهم على حقوقهم في أقل وقت وجهد.(2)

(1).عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص: 231.

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

الفرع الثاني: عدم نفاذ الحوالة في حق المقاول الفرعي الحاجز

قد يجد المقاول الفرعي و هو يباشر اجراءت الحجز للمال بين يدي رب العمل، نفسه أمام دائن تنازل له المقاول الأصلي عن حقه لدي رب العمل، ليطرح سؤال حول مدى نفاذ هذه الحوالة في حق المقاول الفرعي موقع الحجز ؟

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

و بذلك يكون المشرع من خلال هذه الفقرة قد أضفى حماية أخرى على المقاول الفرعي و العمال، إذ منع سريان حوالة الحق و لو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو توقيع الحجز.

كون النص جاء شاملا للحقين معا الدعوى المباشرة و حق الامتياز في حالة توقيع الحجز، و من ثمة فإن الحوالة لا تنفذ في حق رافع الدعوى المباشرة و لو كانت سابقة عليها، كما أنها لا تنفذ في مواجهة أصحاب حق الامتياز الموقعين للحجز.

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

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

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

الحالة الثانية: أن يكون الوفاء لاحقا للحجز أو الإنذار فلا يسري في حق المقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الأصلي و يكون لهم أن يستوفوا حقوقهم من رب العمل بما يكون في ذمته للمقاول الأصلي.(1)

سبق القول أنه من الممكن أن يكون الحجز موقعا من قبل دائن أخر غير المقاول الفرعي أوعماله أو عمال مقاول الأصلي ، ففي هذه الحالة تكون الحوالة نافذة في حق الدائن الحاجز متى كانت مستكملة لشروط نفاذها في مواجهة الغير قبل توقيع الحجز، و إن وقعت بين حجزين تعامل كحجز ثان و دون أن يكون بالإمكان الاحتجاج بها.(2)

(1) أنور طلبة، المرجع السابق، ص: 101.

(2)مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:101.

الخاتمة

من خلال بحثنا لعقد المقاولة في القانون المدني الجزائري، اَتضح أنـه يشوبه القصور في بعض المسائل ،حيث توجد بعض النصوص القانونية، من ضمن تلك المنظمة لعقد المقاولـة، يتعين على المشرع تعديلها بسبب القصور الذي اعتراها، إما من حيث الشكل، إذ جاءت صياغتها الحالية غير دقيقة، مما قد يترتب عليه لبس وغموض في المعنى، أو من حيث المضمون، حيث لم تتطرق إلى بعض الجوانب العملية المهمة.

بالإضافة إلى ذلك، هناك نصوص قانونية أخرى على صلة بالنصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة، يتعين على المشرع الجزائري تعديلها للسبب ذاته. وقد توصلنا من خلال بحثنا لهذا الموضوع إلى مجموعة من النتائج والتوصيات كمـا يلي:

1-أخطأ المشرع الجزائري في صياغة الفقرة الأولى من المادة 565 من القانون المدني، حين قضت بأنه: (يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذي يشتغلون لحسابالمقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى...),إذ أن صياغة المادة على هذا النحو، توحي بأنه يجوز لدائني المقاول الأصلي مطالبة رب العمل بأكثر من القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي، والحقيقة أن هذا المعنى غير منطقي ولم يقصده المشرع، لأن الشخص لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر ممايملك، وهذا من المبادئ القانونية المستقرة، كما أن الصياغة الفرنسية للنص المذكور تفيد بأن المشرع الجزائري قصد بأن يرجع دائنو المقاول الأصلي على رب العمل بالقدر الذي يكون هوعليه يتعين على المشرع الجزائري تعديل الفقرة الأولى من المادة 565 من المدني، بالنص على أن الرجوع المباشر لدائني المقاول الأصلي على رب العمل، إَنما يكون بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا بـه للمقاول الأصلي، وقت رفع الدعوى.

2-لم تكن الفقرة الثالثة من المادة 565 من القانون المدني، واضحة في الدلالة على قصد المشرع الجزائري بعدم جواز الاحتجاج على المقاولين الفرعيين والعمال بحوالة الحق التي تتم من قبل المقاول لفائدة شخص آخر اتجاه رب العمل، ولو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز ذا الأخير، إذ لو كان المقصود من النص عدم نفاذ الحوالة الحاصلة بعد الإنذار أو الحجز، لكان مجرد تطبيق للقواعد العامة، ولما كانت هناك حاجة للنص عليها صراحة، وبالتالي يقدم في جميع الأحوال، حق المقاول الفرعي أو العامل على حق المحال له.

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

3-وفقا للمادة 1000 من القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري قد منح للمقاول والمهندس المعماري دون غيرهما من المتدخلين في عملية التشييد والبناء، امتيازا على المنشآت المعمارية التي يقومان بتشييدها أو ترميمها أو صيانتها، ضمانا للمبالغ المستحقة لهم في ذمة رب العمل ،وذلك بقدر ما زاد في قيمتها بسبب الأعمال التي قاموا بها. لهذا السبب أود في الأخير إبداء الملاحظات و الاقتراحات التالية:

أولا: الملاحظ أن المشرع اكتفى بتخصيص مادتين فقط ضمن أحكام القانون المدني لتنظيم عقد المقاولة الفرعية، كما أنه اقتصر تنظيمه لهذا العقد على جوانبه المادية، حيث تدخل من هذا الباب ليقدم ضمانات قانونية للمقاول الفرعي حتى يستوفي حقوقه عن طريق منحه حق إقامة دعوى مباشرة ضد رب العمل ليطالبه بما في ذمته للمقاول الأصلي، و كذلك حق الامتياز على أموال المقاول الأصلي المحجوزة بين يدي رب العمل خروجا عما تقضي به القواعد العامة، فإن ذلك غير كاف إذ كان من المناسب لو تعرض بشيء من التفصيل للنتائج المترتبة على اعتبار المقاولة الفرعية عقد من الباطن ، نظرا لأهميتها عند الفصل في النزاعات المطروحة على

القضاء و كذلك للحالات التي يجوز التعاقد فيها من الباطن دون اشتراط الحصول على موافقة المسبقة لرب العمل.

ثانيا: الملاحظ كذلك أن المشرع الجزائري و على غرار الكثير من التشريعات ركز على ضرورة حماية المقاول الفرعي كونه الطرف الضعيف في العملية و قرر منحه الوسيلتين السابق ذكرهما للحصول على حقه، لكنه بالمقابل لم ير ضرورة لتقرير حماية لرب العمل مما قد يلحقه من أضرار مباشرة بسب إخلال المقاول الفرعي بتنفيذ عقد المقاولة الفرعية، مقررا فقط بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن هذا الإخلال أمام رب العمل . و حسب رأي فإن ذلك إجحاف بحق رب العمل، لأنه مدام قد منح الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي ضد رب العمل حتى يستوفي حقه، يكون من العدل أن يقرر كذلك دعوى مباشرة يمارسها رب العمل ضد المقاول الفرعي حتى يسأله مباشرة عما قد يسببه له من أضرار نتيجة إخلاله التزاماته الناتجة عن عقد المقاولة الفرعية، كونه صاحب المصلحة الأول في ذلك و المتضرر الفعلي، و من ثمة توحيد نظام المسؤولية داخل سلسلة العقود الفرعية.

ثالثا: أما بالنسبة لموضوع الضمان و إخراج المقاول الفرعي من الضمان العشري على أساس أنه وضع لحماية رب العمل في علاقته مع المقاول الأصلي و استبعاده في العلاقة بين هذا الأخير و مقاوليه الفرعيين قول لا يتماشى و الواقع المعاش، حيث في كثير من الأحيان و نظرا لفكرة تقسيم الأعمال و تزايد أسلوب التخصص، أضحى المقاول الأصلي يفتقر للدراية و الخبرة المفترضة فيه فحاله حال رب العمل، مما يقتضي إدراج المقاول الفرعي ضمن النطاق الشخصي للضمان و التأمين الإجباري عن المسؤولية.

نأمل في الأخير أن تلق هذه الدراسة المتواضعة لعقد المقاولة الفرعية و ما جاء فيه رضى كل من اطلع عليها و استفادته منها.

-

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية :

1- الكتب:

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

2-الجارجي مصطفى عبد السيد، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة, 1978.

3-السرحان عدنان إبراهيم، العقود المسماة في المقاولة- الوكالة- الكفالة، مكتبة دارالثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ،2007.

4-السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل(المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، منشأةالمعارف، الإسكندرية ،2004.

5- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية ،2003.

6-العمروسي أنور، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الطبعة الأولى ،منشأة المعارف، الإسكندرية ،2003.

7-الفضيلي جعفر، الوجيز في العقود المدنية، البيع-الإيجار-المقاولة، دراسة في ضوءالتطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،الأردن، دون سنة طبع

8- مغبغب نعيم، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دراسة في القانونالمقارن، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، 2001.

9- بلحاج العربي ،*النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني:العقد والإردة المنفردة*، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعان الجامعية ،2004

10-العرعاري عبد القادر ،*المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب*، الطبعة الأولى، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط ،2009.

11-طلبة أنور، *العقود الصغيرة،الشركة والمقاولة والتازم المارفق العامة*، المكتب الجامعي الحديث ،2004.

12-جاك غستان ، المطول في القانون المدني – مفاعيل العقد أو أثاره ، ترجمة من صور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ،2000

13- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد موفم للنشر، طبعة2001.

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

15-مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، طبعة 1987 الدار الجامعية.

16-ناصر ابراهيد النشوي,أحكام عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي,دار الجامعة الجديدة للنشر,الاسكندرية,2005.

17-البكري محمد عزمي,موسوعة شرح القانون المدني الجديد,العقود المدنية الصغيرة,عقد المقاولة,المجلد الثالث,دار محمود للنشر والتوزيع,2003.

18- قدري عبد الفتاح الشهاوي ،*أحكام عقد المقاولة، مناطها، ظوابطها، أطرها في التشريع المصري، العربي ،الأجنبي، دارسة مقارنة*، دار النهضة العربية، القاهرة ،2006

19--منصور محمد حسين، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى ،الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر ،1999.

2-الرسائل والبحوث:

-فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1993.

3- النصوص القانونية:

أ /الأوامر والقوانين

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

ب /المراسيم:

المرسوم التنفيذي رقم 91- 434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، متضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية العدد 57 صادرة في 13 نوفمبر 1991 معدل و المتمم بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ,المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

4-القواميس:

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

ثانيا : باللغة الفرنسية:

1-Aynes Laurent, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, édition Economica, 1984

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

3-BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9ème éd., Montchrestien, 2011

4-FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations, L'acte juridique*, Armand Colin, 10ème éd., .

5- George valentin, les contrats de sous-traitance, paris 1979.

6-Néret jean, le sous-contrat, L.G .D.J, paris 1979

7-Jean Bernard Auby – Hugues Périnet – Marquet, droit de l'urbanisme et de la construction, 7 éme édition Montchrestien ,2006

-

الفهرس:

العنوان	رقم الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الاول:ماهية عقد المقاولة الفرعية	7
المبحث الأول:مفهوم عقد المقاولة الفرعية	8
المطلب الأول:تعريف عقد المقاولة الفرعية	9
الفرع الأول:التعريف اللغوي والاصطلاحي لعقد المقاولة الفرعية	10
الفرع الثاني:التعريف الفقهي والقانوني لعقد المقاولة الفرعية	12
الفرع الثالث:خصائص عقد المقاولة الفرعية	14
أولا:عقد المقاولة الفرعية عقد رضائي	14
ثانيا: عقد المقاولة الفرعية عقد ملزم لجانبين	15
ثالثا: عقد المقاولة الفرعية عقد معاوضة	16
رابعا: عقد المقاولة الفرعية من العقود التي ترد على العمل	16
الفرع الرابع: المركز القانزني للمقاول الفرعي وعلاقته بأطراف العقد الأصلي	16
أولا:المركز القانزني للمقاول الفرعي وعلاقته برب العمل	17
ثانيا:المركز القانزني للمقاول الفرعي وعلاقته بالمقاول الأصلي	17
المطلب الثاني:تمييز عقد المقاولة الفرعية عن الحالات المشابهة لها	18
الفرع الأول:تمييز عقد المقاولة الفرعية عن التنازل عن العقد	18
الفرع الثاني: تمييز عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني عنها في قانون الصفقات العمومية	20
المبحث الثاني:كيفية انعقاد المقاولة الفرعية	21
المطلب الأول:الشروط الازمة للتعاقد الفرعي	21
الفرع الأول:الشروط العامة لعقد المقاولة الفرعية	22

أولا:التراضي	23
ثانيا:المحل	26
ثالثا:السبب	28
الفرع الثاني:الشروط الخاصة لعقد المقاولة الفرعية	29
أولا:انعدام الشرط المانع من التعاقد في عقد المقاولة الفرعية	29
ثانيا:اشتراط عدم تعلق محل المقاولة الفرعية بكفاءات شخصية للمقاول	35
المطلب الثاني:الاجراءات المتبعة للتعاقد الفرعي	35
الفرع الأول:مرحلة المفاوضات السابقة للعقد	35
الفرع الثاني:مرحلة صدور الايجاب ونهاية المفاوضات	36
الفرع الثالث:مرحلة ابرام عقد المقاولة الفرعية	37
الفصل الثاني:الحقوق المقررة قانونا للمقاول الفرعي	38
المبحث الاول:الحق في اقامة الدعوى المباشرة	42
المطلب الأول:مفهوم الدعوى المباشرة	42
الفرع الأول:تعريف الدعوى المباشرة واساسها القانوني	43
الفرع الثاني:خصائص الدعوى المباشرة	45
الفرع الثالث:شروط ممارسة المقاول الفرعي للدعوى المباشرة	47
المطلب الثاني:نتائج الدعوى المباشرة	54
الفرع الأول: نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي	54
الفرع الثاني: نتائج الدعوى المباشرة على دائني المقاول الأصلي	55
الفرع الثالث: نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل ودائنيه	57
المبحث الثاني:حق الامتيازللمقاول الفرعي في حالة توقيع الحجز	58
المطلب الأول:الغاية من تقرير حق الامتياز	58
الفرع الأول: الأشخاص المستفيدون من حق الامتياز و محله	59
الفرع الثاني: محل حق الامتياز	59

-

المطلب الثاني:نتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز	60
الفرع الأول: نتائج استعمال حق الامتياز	60
الفرع الثاني: عدم نفاذ الحوالة في حق المقاول الفرعي الحاجز	61
قائمة المراجع	68
الفهرس	72
الخاتمة	64