جامعة قسنطينة1 الإخوة منتوري
كلية الحقوق
قسم القانون العام

رقم الترتيب: 54/DS/2024
الرقم التسلسلي: 05/PU/2024

عقد المقاولة من الباطن
في القانونين الجزائري والفرنسي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم
شعبة: الحقوق، تخصص: قانون التنظيم الاقتصادي

من إعداد الطالبة:
نهلة بوالبردعة

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د. يوسف معلم	رئيسا	أستاذ التعليم العالي	جامعة– قسنطينة1
أ.د. عبد الرزاق بوبندير	مشرفا ومقررا	أستاذ التعليم العالي	جامعة– قسنطينة3
أ.د.حمزة وهاب	عضوا مناقشا	أستاذ التعليم العالي	جامعة – أم البواقي
أ.د.آمال بوهنتالة	عضوا مناقشا	أستاذ التعليم العالي	جامعة–باتنة1
أ.د.موسى مرمون	عضوا مناقشا	أستاذ التعليم العالي	جامعة– قسنطينة1
أ.د.سليم بودليو	عضوا مناقشا	أستاذ التعليم العالي	جامعة– قسنطينة1

تاريخ المناقشة: 2024/10/31

شكر وتقدير

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴿١٩﴾﴾

"**النمل: 19**".

بعد أن أنهيت أطروحتي بفضل من الله ، أتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور: **عبد الرزاق بوبندير**، الذي تفضل مشكورا بالإشراف على هذه الأطروحة، والذي لم يبخل علي بتوجيهاته القيمة وآرائه السديدة، راجية له دوام التوفيق ، جزاه الله خير الجزاء.

كما أتوجه بوافر الشكر والتقدير إلى كل أعضاء لجنة المناقشة الموقرة لتحملهم عناء قراءة الرسالة وتصويبها.

و أشكر من فيض أعماقي كل من ساندني في إنجاز هذه الأطروحة ولو بدعوة.

شكرا جزيلا لكم

نهلة

إهداء

إلى

من أوصى الله بهما

مسكني، جنتي، روحي و اطمئناني

من دعاؤها سر نجاحي و رضائها سر سعادتي

أمي

مأمني وأماني ،من ألهم حب العلم لفؤادي

أجمل أقداري السعيدة

أبي

من أشد بهم أزري، سندي في الحياة

إخوتي

رفيق دربي وحياتي

زوجي

أغلى ما وهبني المولى عز وجل

فرحة عمري

ابني

أهدي ثمرة جهدي

نهلة

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة..... 1

الباب الأول

الإطار القانوني لعقد المقاولة من الباطن

الفصل الأول

أساسيات عقد المقاولة من الباطن

المبحث الأول: ماهية عقد المقاولة من الباطن..... 9

المطلب الأول: مفهوم عقد المقاولة من الباطن..... 9

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة من الباطن..... 9

الفرع الثاني: خصائص عقد المقاولة من الباطن..... 25

الفرع الثالث: أنواع عقود المقاولة من الباطن..... 35

المطلب الثاني: عقد المقاولة من الباطن والعقود المشابهة له..... 40

الفرع الأول: عقد المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد..... 40

الفرع الثاني: عقد المقاولة من الباطن وتعدد العقود والتجمع الاقتصادي..... 46

الفرع الثالث: عقد المقاولة من الباطن والعقود المتتابعة والعقود المكملة..... 54

المبحث الثاني: الأساس القانوني لتطبيق عقد المقاولة من الباطن..... 58

المطلب الأول: مدى جواز تطبيق عقد المقاولة من الباطن..... 58

الفرع الأول: مشروعية عقد المقاولة من الباطن..... 58

الفرع الثاني: شرط منع التعاقد من الباطن..... 70

المطلب الثاني: شروط تطبيق عقد المقاولة من الباطن..... 79

الفرع الأول: أسبقية العقد الأصلي لعقد المقاولة من الباطن وقابليته للتعاقد من الباطن.... 80

الفرع الثاني: تبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلي..... 82

الفرع الثالث: انتفاء العلاقة العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن..... 86

الفصل الثاني

تكوين عقد المقاولة من الباطن وإنقضائه

المبحث الأول: تكوين عقد المقاولة من الباطن..... 90

المطلب الأول: أركان عقد المقاولة من الباطن..... 91

الفرع الأول: الرضا في عقد المقاولة من الباطن..... 93

الفرع الثاني: المحل في عقد المقاولة من الباطن 124

الفرع الثالث: السبب في عقد المقاولة من الباطن..... 135

المطلب الثاني: أطراف عقد المقاولة من الباطن وطرق إبرامه..... 139

الفرع الأول: أطراف عقد المقاولة من الباطن..... 139

الفرع الثاني: طرق إبرام عقود المقاولة من الباطن..... 145

المبحث الثاني: انقضاء عقد المقاولة من الباطن..... 153

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد المقاولة من الباطن..... 153

الفرع الأول: انقضاء عقد المقاولة من الباطن بتنفيذه وانتهاء مدته..... 153

الفرع الثاني: انقضاء عقد المقاولة من الباطن قبل تنفيذه..... 155

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد المقاولة من الباطن..... 160

الفرع الأول: انقضاء عقد المقاولة من الباطن لأسباب تعود إلى المقاول الأصلي.... 161

الفرع الثاني: انقضاء عقد المقاولة من الباطن لأسباب تعود إلى المقاول من الباطن. 167

خلاصة الباب الأول 170

الباب الثاني

الآثار القانونية لعقد المقاولة من الباطن

الفصل الأول

العلاقات القانونية الناشئة عن إبرام عقد المقاولة من الباطن

المبحث الأول: العلاقات التعاقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ورب العمل 174

المطلب الأول: العلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن..... 174

الفرع الأول: التزامات المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي..... 175

الفرع الثاني: التزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن..... 191

المطلب الثاني: العلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي ورب العمل..... 212

الفرع الأول: تنفيذ عقد المقاولة الأصلي..... 213

الفرع الثاني: مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن أمام رب العمل... 214

المبحث الثاني: العلاقة غير التعاقدية بين المقاول من الباطن ورب العمل..... 226

المطلب الأول: انتفاء الرابطة العقدية بين المقاول من الباطن ورب العمل..... 226

الفرع الأول: تحديد العلاقة بين المقاول من الباطن ورب العمل..... 226

الفرع الثاني: حقوق المقاول من الباطن ورب العمل في الدعوى غير المباشرة..... 227

المطلب الثاني: حقوق المقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن..... 229

الفرع الأول: الحقوق الخاصة للمقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن..... 229

الفرع الثاني: الحقوق العامة المقررة للمقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن العامة 238

الفصل الثاني

المسؤولية المترتبة عن عقد المقاولة من الباطن

المبحث الأول: المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن..... 244

المطلب الأول: المقصود بالمسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن..... 244

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن..... 244

الفرع الثاني: أركان المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن..... 256

الفرع الثالث: أسباب الإعفاء من المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن..... 264

المطلب الثاني: المسؤولية العقدية لأطراف عقد المقاولة من الباطن..... 266

الفرع الأول: المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن..... 266

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي..... 268

الفرع الثالث: المسؤولية العقدية لرب العمل..... 271

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن..... 272

المطلب الأول: المقصود بالمسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن..... 273

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن..... 273

الفرع الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن..... 283

الفرع الثالث: شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن.... 287

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية لأطراف عقد المقاولة من الباطن..... 288

الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن..... 288

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول الأصلي..... 290

الفرع الثالث: المسؤولية التقصيرية لرب العمل..... 292

خاتمة..... 296
قائمة المصادر والمراجع 301

الملخص

الملخص:

يعالج هذا البحث عقد المقاولة من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي كأسلوب فني للتعاقد يؤطر التعاون بين المشروعات لتنفيذ مختلف الأعمال، وقد نظم المشرع الجزائري هذا العقد في نصوص متفرقة بين القانون المدني وقانون الصفقات العمومية ودعمه من خلال القانون التوجيهي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، في حين أولاه المشرع الفرنسي أهمية كبيرة ونظمه في القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، الذي ضبط من خلاله كل صغيرة وكبيرة تخص هذا النوع من التعاقد في المجال العام والخاص، مع إدراج بعض تفاصيل تطبيقه في الإطار العام من خلال قانون الطلب العمومي، وأجاز كل من المشرع الجزائري والفرنسي التعامل بهذا العقد وفق شروط معينة لا يمكن إغفالها وموانع يتوجب تفاديها مع تسجيل بعض الاختلافات في ذلك بين القانونين.

ويتفق المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي على أنه ينشأ عن إبرام عقد المقاولة من الباطن نوعين من العلاقات القانونية، تعاقدية تتمثل في علاقة المقاول الأصلي بكل من رب العمل والمقاول من الباطن، وغير تعاقدية تتجسد في علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن، كما أن عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن أو تنفيذه المعيب، يرتب في ذمة من تسبب في ذلك من أطرافه مسؤولية عقدية في إطار علاقاتهم التعاقدية ومسؤولية تقصيرية خارج روابطهم التعاقدية، وإبرام المقاول الأصلي لعقد المقاولة من الباطن لا يعفيه من المسؤولية اتجاه رب العمل عن تنفيذ التزاماته الناتجة عن عقد المقاولة الأصلي، بل وتمتد مسؤوليته إلى أعمال المقاول من الباطن الذي أوكله تنفيذ جل أو جزء من التزاماته المترتبة عن عقد المقاولة الأصلي المبرم مع رب العمل مسؤولية عقدية عن فعل الغير، والتي استثنى منها المشرع الفرنسي بعد التعديلات التي أدخلها على القانون المدني المسؤولية العشرية، أين جعل المقاول من الباطن مسؤولا عشريا في حين جعله المشرع الجزائري مسؤولا عشريا استثناء في عقود الترقية العقارية.

الكلمات المفتاحية: عقد، المقاولة من الباطن، القانون الجزائري، القانون الفرنسي.

Résumé :

Cette recherche porte sur le contrat de sous-traitance dans le droit algérien et français, comme mode technique de contracter qui encadre la coopération entre les projets pour la réalisation de divers travaux. Le législateur algérien a organisé ce contrat dans des textes dispersés entre le droit civil et le droit des marchés publics et l'a soutenu par la loi directive pour les petites et moyennes entreprise, alors que le législateur français lui a attribué une grande importance et l'a réglementé dans la loi n 75-1334 relative à la sous-traitance, par laquelle elle contrôlait toutes les petites et grandes questions liées à ce type de contrat dans le secteur public et privé, avec l'inclusion de certains détails pour son application dans le cadre général à travers la loi de la demande public. Les législateurs algérien et français ont permis de traiter ce contrat selon certaines conditions qui ne peuvent être négligées et des interdictions qui doivent être évitées, tout en constatant quelques différences entre les deux lois.

Les législateurs algérien et français s'accordent sur le fait que deux types de relations juridiques naissent de la conclusion d'un contrat de sous-traitance : contractuelle, qui est représenté par la relation de l'entrepreneur principal avec à la fois le maitre d'ouvrage et le sous- traitant, et non contractuelle, qui se concrétise dans la relation du maitre d'ouvrage avec le sous-traitant. En outre, l'inexécution du contrat de sous-traitance ou sa mise en œuvre défectueuse entraine la responsabilité contractuelle de celles de ses parties qui l'ont provoqués dans le cadre de leurs relations contractuelles et la responsabilité délictuelle en dehors de leurs liens contractuels, et la conclusion d'un contrat de sous-traitance par l'entrepreneur principal ne l'exonère pas de sa responsabilité envers le maitre d' ouvrage pour l'exécution de ses obligations résultant du contrat principal, mais sa responsabilité s'étend au contraire au travail du sous-traitant qui lui a confié l' exécution de la plupart ou d'une partie de ses obligations résultants du contrat principal conclu avec le maitre d'ouvrage pour le fait d'autrui, dont le législateur français a exclu après les modifications qu'il a apporté au code civil la responsabilité décennale, en rendant le sous-traitant responsable décennalement , quand le législateur algérien l'a nommé fonctionnaire décennal, une exception dans les contrats de promotion immobilière.

Mots clés : Contrat, Sous-traitance, Droit algérien, Droit français.

Abstract:

This research discusses the subcontracting contract in both the Algerian and French laws as one technical styles of contracting which helps cooperation between projects to perform different works. The Algerian legislator regulated this contract in dispersed texts between the civil code and the public procurement law and enhanced it through the guiding law for small and medium enterprises, however the French legislator gave it a huge significance and regulated it in the law 75-1334 which is related to subcontracting, through which it regulated every small and large detail that is concerned this sort of contracting in the both public and private fields, with the addition of some details in applying it generally through the public order law. Both of the Algerian and French legislators have given the permission to deal with this contract according to specific conditions that cannot be ignored and obstacles that must be avoided, with registering some differences in this between the two laws.

Also, the Algerian and French legislators concur that two sorts of legal relationships appear from the conclusion of a subcontracting contract, which are, the contractual that is represented in the relationship of the original contractor with both the employer and the subcontractor, and the non-contractual, which is embodied in the employer's relationship with the subcontractor, as well as the non-implementation of the subcontracting contract or its defective implementation entails contractual liability for those of its parties who caused it in the field of their contractual relationships and tort liability outside their contractual ties. Also, the the original contractor's conclusion of a subcontracting contract does not exempt him from responsibility towards the employer for implementing his obligations resulting from the original contracting contract. Rather, his responsibility extends to the work of the subcontractor who fulfilled all or part of his obligations resulting from the original contracting contract concluded with the employer. Contractual for the actions of others, from which the French legislator, after the amendments that are introduced to the civil code, excluded ten-year liability, making the subcontractor ten-yearly responsible, while the Algerian legislator made him ten-yearly responsible as an exception in real estate promotion contracts.

Keywords: Contract, subcontracting, Algerian law, French law.

مقدمة

إن التطورات التي شهدتها المجتمعات المعاصرة من تقسيم في العمل والتخصص فيه، أفرزت عن تشارك أكثر من متخصص في عمل واحد والواقع العملي يبين ذلك، وبموجب التخصص في العمل وتقسيمه، فرضت عقود المقاولة من الباطن وجودها كأحد وسائل التعاون الفني بين المشروعات الكبيرة والصغيرة لتنفيذ مختلف الأعمال، خاصة وأنه يستعصي حاليا على كل مؤسسة تنفيذ مشاريعها الكبيرة دون الاعتماد على قدرات متخصصة لتنفيذ بعض المهام المطلوبة منها، الأمر الذي ساهم في انتشار وتطور هذا النوع من التعاقد، حيث أصبح موضع تشجيع مختلف الدول بغرض تحفيز المؤسسات الناشئة والصغيرة والمتوسطة للنهوض باقتصاداتها الوطنية[1].

ولذلك أخذت مختلف التشريعات بما في ذلك التشريع الجزائري والفرنسي زمام المبادرة بوضع أطر قانونية تتلاءم مع الدور المهم الذي تلعبه عقود المقاولة من الباطن، والمتمثل في تمكين المؤسسات الناشئة والصغيرة والمتوسطة من الاستخدام الامثل للموارد المتاحة، تحسين كفاءتها لاستقطاب المؤسسات الأكبر حجما، تشجيعها للضفر بأجزاء من الصفقات العمومية، وكل هذا يحفز الاقتصاد ويخلق فرص عمل، ويرفع مستويات الدخل، ويحسن القدرات التنافسية لهذه المؤسسات ويزيد من مساهمتها في الناتج المحلي[2].

وتحقق عقود المقاولة من الباطن مصلحة جميع أطرافها، فقد يكون اللجوء إليها راجع إلى رغبة المقاول الأصلي في زيادة ربحه المالي، الذي يتحقق عند تنفيذ الاعمال بالنيابة عنه من قبل المقاول من الباطن بتكلفة أقل من المتفق عليها مع رب العمل، كما قد يكون الدافع وراء ذلك هو حصول المقاول الأصلي على خبرة وكفاءة المقاول من الباطن الفنية الاستثنائية اللازمة لتنفيذ الاعمال محل عقد المقاولة الأصلي، وهي بذلك تسهل على المقاول الأصلي تنفيذ التزاماته التعاقدية بكفاءة وسرعة أكبر، في حين تريح المقاول من الباطن من تحمل مسؤولية الأعمال الكبيرة وتسمح له باكتساب مؤهلات عالية في فترات وجيزة مع تحسين قدراته المالية، كما تسمح لصاحب العمل بتنفيذ مشاريعه بطريقة احترافية دون الحاجة إلى الدخول في علاقات تعاقدية مع المقاولين من الباطن[3].

---

[1] غازي خالد أبو عرابي، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، 2009، ص 11.

[2] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري، الطبعة الاولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، ص–ص، 10، 12.

[3] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص– ص، 11، 12.

وتتبع أهمية الدراسة في إبراز الأحكام المتعلقة بعقود المقاولة من الباطن في القانون الجزائري التي جاءت متفرقة، تمت الإشارة لجزء منها بمنسابة الحديث عن عقد المقاولة في القانون المدني، مع وجود أحكام أخرى لها في عدة قوانين منها قانون الصفقات العمومية دون أن يكون لها نص عام يسري على كافة أنواعها، ومحاولة مقارنتها مع ما حظي به هذا النوع من العقود من أحكام في القانون الفرنسي، الذي كان سباقا في جمع أحكام المقاولة من الباطن في نص قانوني واحد متعلق بالمقاولة من الباطن ، يطبق على كل أنواع عقود المقاولة من الباطن لمعرفة مواقع الاختلاف بين التشريعين والاستفادة منها.

مبررات اختيار الموضوع

اختيار الموضوع كان لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

الأسباب الذاتية

-دافع التخصص باعتبارنا متخصصين في قانون التنظيم الاقتصادي.

-رغبتنا في معالجة الموضوع خاصة في ظل التوجهات الجديدة لمختلف الدول وعلى رأسها الجزائر المشجعة لهذا النوع من التعاقد.

الأسباب الموضوعية

-الانتشار الواسع لعقود المقاولة من الباطن والأهمية الكبيرة التي تحظى بها هذه العقود من الجانب التطبيقي.

-تنظيم أحكام المقاولة من الباطن في التشريع الجزائري بطريقة متفرقة في عدة نصوص قانونية.

-عدم اهتمام الفقه الجزائري بهذا النوع من العقود مقارنة مع أهميته واهتمام نظيره الفرنسي به.

أهداف الدراسة

جمع الأحكام المتفرقة لعقد المقاولة من الباطن في القانون الجزائري في بحث واحد يعالج جميع إشكالاته القانونية، مع إبراز مواطن التشابه و الاختلاف في معالجة أحكام العقد في القانونين الجزائري والفرنسي للاستفادة، وكل هذا من أجل الوصول إلى تنظيم قانوني متكامل وحديث لهذا النوع من

العقود في القانون الجزائري ،يعالجه ويسمح للحاق بتطوره السريع، خاصة وأنه فرض نفسه على أرض الواقع وأصبح حقيقة قانونية بانتشاره وتعدد صوره وتنوع الأعمال التي ترد عليه.

إشكالية الدراسة

باعتبار أن عقد المقاولة من الباطن هو حقيقة قانونية نصت عليه أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري في المادتين 564، 565 من القانون المدني، والتشريع الفرنسي ضمن القانون رقم 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، كما أنه فرض نفسه على أرض الواقع كخيار استراتيجي يسمح بتطوير البيئة الاقتصادية لمعظم الدول، فأولاه بذلك المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي اهتمام كبير في تنظيم قانون الصفقات العمومية الجزائري وقانون الطلب العمومي الفرنسي، لأن الصفقات العمومية مجال تنفذ من خلاله الدول سياساتها التنموية. ولكن تطرح العلاقات القانونية القائمة بين أطرافه والأطر القانونية التي تمكنهم من حماية حقوقهم والالتزام بواجباتهم العديد من الإشكالات القانونية، ومن أجل كل هذا ارتئينا صياغة الإشكالية الرئيسية التالية:

-كيف عالج المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي عقد المقاولة من الباطن؟

وتتدرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية الآتية:

-ما هو المفهوم القانوني لعقد المقاولة من الباطن؟

-ماهي أركان عقد المقاولة من الباطن؟ وماهي أسباب انقضائه؟

- هل العلاقات القانونية الناشئة عن تنفيذ عقد المقاولة من الباطن تعتبر محفز لنشر هذا الأسلوب الفني للتعاقد أم هي وسيلة كبح له؟

-ماهي المسؤولية التي يخضع لها أطراف العقد من الباطن؟

ولمعالجة هذه الاشكالية اتبعنا منهج تحليل المضمون كأحد المناهج الوصفية، باعتباره الأنسب لوصف عقد المقاولة من الباطن، وتصنيفه، وتحديد مجالاته و العمليات العقدية المشابهة له، وتحليل النصوص القانونية التي تحدد طبيعته القانونية، كما أنه يساعد في الوصف الدقيق والموضوعي، وكذا

التفسير الصريح لمحتوى مادة أو قانون، حيث تم الاعتماد عليه في تحليل مضمون النصوص القانونية التي تنظم عقود المقاولة من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي، وتفسيرها.

والمنهج المقارن لتبيان مراكز التشابه والاختلاف في النصوص القانونية المعالجة لعقد المقاولة من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي.

وللإجابة على الإشكالية والإحاطة بمختلف جوانب موضوع البحث **قسمنا البحث إلى بابين،** خصصنا **الباب الأول** للإطار القانوني لهذا العقد، بتحديد أساسيات عقد المقاولة من الباطن **في فصل أول،** وتكوينه وأسباب انقضائه **في فصل ثان.**

وتناولنا في **الباب الثاني** الآثار القانونية لعقد المقاولة من الباطن في فصلين، تطرقنا للعلاقات القانونية التي تجمع أطراف العقد في **الفصل الأول** ، وحددنا المسؤولية الملقاة على عاتقهم نتيجة عدم تنفيذ العقد أو التنفيذ المعيب له في **فصل ثاني.**

الباب الأول

الإطار القانوني لعقد المقاولة من الباطن

المقاولة من الباطن أسلوب من أساليب الفن التعاقدي التي تؤطر التعاون بين المشروعات الكبيرة والصغيرة لتنفيذ مختلف الأعمال، أجاز كل من المشرع الجزائري والفرنسي للمقاولين الأصليين، الاعتماد عليه في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية المترتبة عن عقد المقاولة الأصلي وفق شروط معينة، وهو بذلك يمثل طريقا لتنفيذ عقد المقاولة الأصلي عن طريق الغير.

و يفترض عقد المقاولة من الباطن وجود عقدين، عقد المقاولة الأصلي الذي يجمع رب العمل بالمقاول الأصلي، يتبعه عقد المقاولة من الباطن الذي يجمع المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، وثلاثة أطراف تعاقدية: رب العمل، مقاول أصلي، ومقاول من الباطن.

ورغم وجود روابط اقتصادية ومالية مشتركة بين عقد المقاول الأصلي وعقد المقاولة من الباطن إلا أنهما يعتبران مستقلان من الناحية القانونية ، سواء من حيث الأطراف أو من حيث الموضوع ، وما ينشأ عنهما من التزامات، لكن تبقى هذه الأخيرة محافظة على طبيعتها القانونية في كلا العقدين.

وسوف نعالج كل هذه المعلومات من خلال هذا الباب ، حيث سنتطرق إلى أساسيات حول عقد المقاولة من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي ، تجعلنا نفهم كل صغيرة وكبيرة تتعلق بهذا العقد وبشروط التعامل به في فصل أول ، مع تحديد كيفية تكوينه وأسباب انقضائه في فصل الثاني.

الفصل الأول

أساسيات عقد المقاولة من الباطن

قد يختلط في بعض الأحيان عقد المقاولة من الباطن مع بعض العمليات العقدية المشابهة له، الأمر الذي يلزمنا الإحاطة به جيدا من خلال هذا الفصل، بتحديد ماهيته في مبحث أول نعالج فيه مفهومه ونميزه عن العمليات العقدية المشابهة له، أما المبحث الثاني فسنخصصه لتحديد مدى جواز تطبيق عقد المقاولة من الباطن مع التعرف على الشروط الضرورية لذلك.

المبحث الأول

ماهية عقد المقاولة من الباطن

إن البحث في ماهية عقد المقاولة من الباطن يستوجب تحديد مفهومه في مطلب أول، وتمييزه عقد المقاولة من الباطن عن العقود المشابهة له في مطلب ثان.

المطلب الأول

مفهوم عقد المقاولة من الباطن

قبل الخوض في تفاصيل عقد المقاولة من الباطن لابد من الوقوف على تحديد مفهومه، الأمر الذي يقتضي بداهة تعريفه أولا ثم بيان خصائصه وأنواعه في فروع.

الفرع الأول

تعريف عقد المقاولة من الباطن

قبل التطرق إلى تحديد مفهوم عقد المقاولة من الباطن بصفة خاصة والخوض في تفاصيله، لابد من تحيد مفهوم العقد بصفة عامة، باعتبار أن المقاولة من الباطن هي أولا وقبل كل شيء عقد.

أولا: تعريف العقد بصفة عامة

تعريف العقد لغة واصطلاحا نعرضهما في الآتي:

1- تعريف العقد لغة:

يوصف العقد في اللغة بمعان كثيرة فهو: «الربط، الشد، والتوثيق، والاحكام، والقوة والجمع بين

الشيئين، وعقدت البناء بالجص، ألزقته. وعقد التاج فوق رأسه واعتقده، عصبه به»[1].

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه رغم تعدد المصطلحات التي تعبر عن معنى العقد في اللغة، إلا أنها تصب كلها في مجرى الجمع بين الأشياء في إطار معين.

ويقال: «عقدت البيع أي: أبرمه ووثقه، وعقد النكاح وعقدته، إحكامه وإبرامه».[2]

يتفق هذا التعريف في معناه مع التعريف الأول بصفة عامة، لكن يراد به بشكل أدق خلق رابطة بين شخصين أو أكثر في مجال معين تنتج آثارا فيما بينهم.

2- تعريف العقد اصطلاحا:

نعرض فيما يلي المعنى الاصطلاحي للعقد في كل من التشريع الجزائري والفرنسي، ثم معناه فقها.

أ- المعنى الاصطلاحي للعقد في التشريع الجزائري:

لقد عرف العقد في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري بأنه: «اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما».[3]

ما يلاحظ على هذا النص أنه ترجمة حرفية للنص الفرنسي قبل التعديل كما سنبين لاحقا، والذي يتبين لنا من خلاله أن العقد عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر يرتب آثار قانونية معينة.

و يستنتج من هذا التعريف أنه للتكلم أو التحدث عن وجود عقد لابد من تحقق شرطين:

<u>الشرط الأول:</u> أن لا يكون مصدر الالتزام إرادة منفردة

لان العقد يفترض توافق إرادتين أو أكثر ودون ذلك يعتبر تصرف قانوني.

---

[1] سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية التربية، جامعة الأزهر غزة، 2013، ص 14. على الموقع: www.alazhar.edu.ps

[2] المرجع نفسه.

[3] المادة 54 من الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

الشرط الثاني: إنشاء التزامات في ذمة الأطراف المتعاقدة

أي أن تتجه العلاقة التعاقدية إلى إنشاء التزامات واجبة التنفيذ في ذمة الأطراف، لأن إلزامية التنفيذ هي التي تحدد ما إذا كان هناك عقد أو اتفاق مجاملات.

و يوجد بين العقد والإتفاقيات ميزات عامة مشتركة تتمثل أساسا في إرادة الأطراف، إذ كثيرا ما يستعملان كمترادفين، لهذا لابد من البحث عن الدور الفعلي للإرادة.[1]

وقد أولى المشرع الجزائري أهمية لطبيعة الأثر القانوني الناتج عن العقد وحصره في إنشاء الالتزام، والذي يمكن أن يوسع كما ناد بعض الفقه إلى نقل الحقوق التي تكون ناتجة أساسا عن انشاء الالتزام أو تعديل الالتزام أو زواله ليصبح اللفظ في معناه ومدلوله مرادفا لمصطلح "الاتفاق"[2]، حيث عرف العقد بقوله: هو اتفاق... وتجاهل تحديد بعض صور الأثر القانوني التي تأطر حسب تعريفه للعقد من خلال اتفاقات تعاقدية ويتعلق الأمر بتعديل الالتزامات، نقل حقوق، زوال التزامات.

ب-المعنى الاصطلاحي للعقد في التشريع الفرنسي:

أما القانون المدني الفرنسي فقد عرف العقد من خلال نص المادة 1101[3] منه، وسنحدد ذلك على مرحلتين:

- **قبل تعديل المادة 1101:** ذهب جانب من الفقه في فرنسا، شراح القانون الفرنسي القديم من بينهم بواتيه -Pothier- ودوما -Domat-، إلى أن هناك فرق بين مصطلحي العقد والاتفاق، ويبررون ذلك بقولهم أن الاتفاق عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء حق، نقله كالحوالة التي ينقل بها الحق من شخص إلى غيره، تعديله كمد الأجل للوفاء بدين ما، زواله كحالة الوفاة التي ينتهي بها حق الدائن، ويرون أن العقد هو جزء من الاتفاق إذ تقتصر توافق الإرادتين فيه على إنشاء الحق فقط. فالعقد عندهم أخص من الاتفاق، وترجم هذا الرأي في تعريف العقد بأنه اتفاق في مجموعة نابوليون المتضمن القانون المدني الفرنسي من خلال نص المادة 1101 منه قبل تعديلها ،حيث جاء

[1] ابراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل، عقد المقاولة فقها وقضاء، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص 10.

[2] المرجع نفسه، ص-ص، 09، 10.

[3] Article 11O1 du code civil français, sur le site: www.legifrance.gov.fr

فيها بأن العقد نوع من الاتفاق مقصور في أثره على إنشاء الالتزام بمنح، فعل أو عدم فعل شيء ما دون اعتبار العقد والاتفاق مترادفين.

وهو التعريف الذي نقله المشرع الجزائري حرفيا كما سبق وتطرقنا، حيث يظهر لنا أن العقد هو تصرف قانوني، لكنه تصرف قانوني من نوع خاص، واتفاق في آن واحد[1]، ويفيد بأن الاتفاقيات بمعنى اتفاق الإرادات هي الكل ويمكن أن تنشأ التزامات، تنقل حقوق، تعدل التزامات سبق وجودها، تنهي التزامات والعقود ماهي إلا أجزاء منها.

إلا أنه حاليا أصبح أغلب الفقهاء –خاصة في مصر–ينادون بعدم التمييز بين هذين المصطلحين.[2]

وهو الأمر ربما الذي جعل المشرع الفرنسي يخطو نحو تعديل المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي.

–**بعد تعديل المادة 1101:** إذ يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه إضافة إلى إعطاء الشيء، القيام بعمل أو الامتناع عنه، قد يكون الغرض من العقد أيضا نقل الحق الذي لا يعتبر إلا نتيجة لإنشاء هذا العقد أي أثر من آثاره، وهو ما جعل فريق منهم يوسع في مفهوم العقد باعتباره اتفاق للإرادة يهدف إلى خلق التزامات أو نقل حقوق مادية أو غير مادية من شخص إلى آخر.

وقد أخذ المشرع الفرنسي أخيرا بهذا التوجه ووسع أكثر في مفهوم العقد حين ضم إلى مفهومه أثر نقل وزوال الالتزامات من خلال تعديل نص المادة 1101[3] من القانون المدني الفرنسي بالأمر 131–2016 المؤرخ في 2016/02/10، أين اعتبر العقد إتفاق إرادات يتضمن إنشاء، تعديل، نقل وإنهاء للالتزامات.

ومن هذا المنطلق نعتبر أن المشرع الفرنسي أصبح لا يميز بين مصطلحي العقد والاتفاق ويعتبرهما مترادفان.

---

[1] Corine Renault-Brahinsky, l'essentiel du droit des contrat, Paris , édition Gualino , 2000, p 10.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، التصرف لقانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، عين مليلة– الجزائر، دار الهدى، 2006–2007، ص–ص، 39، 40.

[3] Article 1101 du code civil français, modifié par l'ordonnance n°131-2016 du 10 /02/2016, sur le site: www.legifrance.gov.fr

ونخلص مما تقدم إلى أن المادة 54 من القانون المدني الجزائري هي ترجمة حرفية لنص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، وأن النصين يحصران أثر العقد في إنشاء الحق فقط ولا يعتبران أن العقد والاتفاق مترادفان، لكن المشرع الفرنسي عدل نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي بالأمر 131-2016 تماشيا مع الرأي الفقهي المنادي بتوسيع أثر العقد ليشمل نقل الحق، تعديله، انهائه ويعتبر بهذا أن كل من العقد والاتفاق مترادفين بمعنى وجهين لعملة واحدة.

ثانيا: تعريف المقاولة من الباطن

إن للمقاولة من الباطن تعريفين، تعريفا لغويا وتعريفا اصطلاحيا نعرضهما في الآتي:

1 –تعريف المقاولة من الباطن لغة:

مصطلح المقاولة من الباطن يتكون من كلمتين هما المقاولة والباطن، لذلك سنعتمد أولا تعريف تفصيلي يعتمد على تحديد مفهوم كل كلمة من المصطلح بصفة منفردة، ثم نتطرق إلى التعريف اللغوي الإجمالي للمصطلح.

يقصد بالمقاولة لغة: «المفاوضة والمجادلة، ومن قولهم: قاوله في الأمر مقاولة إذا فاوضه وجادله، وتقاولوا في الأمر: تفاوضوا، وتطلق أيضا على إعطاء العمل للآخر».[1]

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه مس المعنى الحقيقي للمقاولة في جزئية منح العمل، لأنه حقيقة في عقد المقاولة يعهد رب العمل إلى مقاول تنفيد عمل مقابل أجر.

ويقصد بالباطن لغة: «اسم من أسماء الله عز وجل، معناه العالم بالسرائر والخفيات وبواطن الأمور، المحتجب عن أبصار الخلائق وأوهامهم، فلا يدركه بصر ولا يحيط به وهم».[2]

وهذا التعريف مستمد من قوله تعالى: ﴿**هُوَ الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ وَالظَّاهِرُ وَالْبَاطِنُ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**﴾.[3]

والباطن هو كذلك الخفي، لقوله تعالى: ﴿**وَذَرُوا ظَاهِرَ الْإِثْمِ وَبَاطِنَهُ إِنَّ الَّذِينَ يَكْسِبُونَ الْإِثْمَ**

[1] زياد شفيق حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004، ص، ق.

[2] عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن –دراسة مقارنة–، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2013، ص 16.

[3] الآية 3 من سورة الحديد.

سَيُجْزَوْنَ بِمَا كَانُوا يَقْتَرِفُونَ﴾.[1]

من خلال الآيتين الكريمتين يتبين لنا أن الباطن هو عكس الظاهر، أي كل ما لا تلحقه الأنظار. والباطن كذلك هو كل ما يكون جزءا من الشيء أو داخلا فيه.[2]

وهذا التعريف اللغوي الأخير هو ما يفسر فعلا معنى الباطن الموظف في المقاولة من الباطن، لأن المقاول الأصلي يُدخل فعلا المقاول من الباطن لتنفيذ العمل الموكل له أو يعهد له تنفيذ جزء منه.

ويمكن تحديد المعنى الإجمالي لمصطلح المقاولة من الباطن بالاعتماد على مجموعة من المعجمات والقواميس اللغوية، حيث عرفتها قواميس لاروس La Rousse عدة تعاريف مختلفة ومنها أن:

«المقاولة من الباطن اسم مؤنث، جمعه مقاولات من الباطن، تعني التنفيذ من قبل حرفي أو صناعي لعملية إنتاج أو تجهيز لصناعي آخر: التعاقد من الباطن».[3]

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه استبدل مصطلح المقاول من الباطن بالحرفي والصناعي.

كما يعرفها لاروس La Rousse في قاموس آخر على أنها «...اسم مؤنث، جمعه مقاولات من الباطن، تعني تنفيذ العمل من قبل مقاول لحساب مقاول أصلي».[4]

حصر هذا التعريف في تكليف مقاول أصلي مقاول بتنفيذ أعمال لحسابه، ولم يوضح أن المقاول المكلف بالعمل هو مقاول من الباطن.

كما تعرف من قبل Le Petit la Rousse على أنها: «... اسم مؤنث، جمعه مقاولات من الباطن، وتعني: تنفيذ العمل من قبل حرفي أو صناعي لحساب صناعي آخر يسمى العميل الأصلي صاحب الأمر وفقا للمعايير والخطط التي يفرضها هذا الأخير».[5]

ما يلاحظ على هذا العريف أنه جمع بين التعريفين الأول والثاني، حيث استبدل مصطلح المقاول

---

[1] الآية 120 من سورة الأنعام.

[2] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص-ص، 15، 16.

[3] Dictionnaire La rousse du Collège, Paris, édition la rousse, 2013, p1578.

[4] Dictionnaire la rousse (Poche), Paris, édition Dictionnaire la rousse, 2010, p768.

[5] Dictionnaire Le petit La rousse illustré, Paris, édition la rousse, 2007, p 1001.

من الباطن بالحرفي أو الصناعي ولم يحدد أن هذا الأخير يقاول من الباطن.

وفي المجال الاقتصادي يطلق على المقاولة من الباطن اسم المناولة وتعني: «العطاء فهي من المصدر ناول، يناول مناولة، فهو مناول بكسر الواو، والمفعول مناول، فناول الشيء أي أعطاه إياه مادا به يده».[1] من خلال هذا التعريف يتضح أن المناولة هي العطاء من المصدر وهو ما يتفق مع مفهوم المقاولة من الباطن، التي يعطى فيها المقاول الأصلي لمقاول آخر تنفيذ العمل أو جزء منه من المصدر، أي من العمل الذي منح له تنفيذه أصلا من قبل رب العمل.

وتسمية المناولة هو نفس المصطلح الذي أخذ به قاموس المالية وإدارة الأعمال في تحديد مفهوم مصطلح المقاولة من الباطن ،حيث عرفها على أنها: «عملية يتم من خلالها منح أو تفويض عملية أو عمليات أخرى لشركة أجنبية، قصد تنفيذ إنجازات محددة وفق مخططات خاصة تحددها المؤسسة الأصلية محتفظة بمسؤولياتها الاقتصادية».[2]

وهذا التعريف برأينا أدق من كل التعاريف اللغوية التي سبقته لأنه لم يتحدث فقط عن المنح وإنما أضاف مسألة الاحتفاظ بالمسؤولية ، لأن المقاول الأصلي يحتفظ بمسؤولية تنفيذ العمل الممنوح للمقاول من الباطن أمام رب العمل.

بناء على التعاريف السابقة التي حددنا من خلالها مفهوم المقاولة من الباطن لغويا سواء بصفة عامة أو في مجالها الاقتصادي ، نخلص إلى نتيجة ألا وهي أن التعاريف اللغوية السالفة الذكر لم توفق في التحديد الدقيق والمحكم لمفهوم المقاولة من الباطن وذلك لعدة أ سباب نذكر أهمها، أن التعاريف اللغوية تهتم بالتعريف اللغوي للمصطلح دون التعمق في أحكامه ، فهي بذلك لا تهدف لتوضيح أحكام عقد المقاولة من الباطن وإنما لإعطاء معنى فقط للمصطلح ، ما يجعلها بعيدة كل البعد عن التحكم في تعريف المصطلح بأبعاده كلها لأنها تعتمد التركيز على بعد المعنى اللغوي للمصطلح فقط.

[1] صيد أحمد، رقايقية فاطمة الزهراء، المناولة الصناعية كمدخل لتعزيز الميزة التنافسية للمؤسسات، مجلة اقتصاديات المال والأعمال، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف، ميلة/الجزائر، المجلد1 العدد2، الصادر بتاريخ 30 جوان 2017، ص 328.

[2] المرجع نفسه.

2-تعريف المقاولة من الباطن اصطلاحا:

سندرج من خلال هذا التعريف الاصطلاحي، ما اصطلح على مفهوم المقاولة من الباطن في كل من القانون الجزائري بمختلف النصوص التشريعية التي تناولته، وكذا القانون الفرنسي بكافة النصوص التشريعية التي نظمته، ثم نعرج في الأخير على مختلف التعريفات التي خصت هذا المصطلح بما فيها تعريفات المنظمات العالمية وكذا التعريفات الفقهية.

تناول **المشرع الجزائري** هذا النوع من العقود في العديد من النصوص القانونية، إلا أنه لم يضع مفهوما لمصطلح المقاولة من الباطن وإنما اكتفى بإجازتها، تحديد شروط تطبيقها وكذا تبيان أهميتها، مع وجود اختلاف في تسمية العقد من نص تشريعي لآخر، والقانون المدني وهو النص التشريعي الأساسي المنظم لعقد المقاولة من الباطن في القانون الجزائري، حيث تناوله في الفصل الأول من القسم الثالث للباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل تحت عنوان -عقد المقاولة- ، أين أطلق عليه إسم المقاولة الفرعية، ونصت المادة 564 [1]منه على أنه: «يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إن لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل».

ما يلاحظ على هذا النص القانوني وكل القسم الذي تناول العقد ضمن القانون المدني أنه لم يورد تعريف لعقد المقاولة من الباطن، وإنما اكتفى المشرع الجزائري بإجازة التعامل به للمقاول الأصلي إضافة إلى وضع بعض الأحكام التي تضبطه.

أما بالنسبة لقانون الصفقات العمومية ، فقد تناول عقد المقاولة من الباطن في نصوصه القديمة وسارية المفعول ، وعدل المشرع تسمية العقد كلما عدل قانون الصفقات العمومية، فقد أطلق عليه إسم "التعامل الثانوي" في القسم السادس من المرسوم الرئاسي 10-236[2]، ليعدل التسمية عند صدور

[1] المادة 564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 58، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010.

المرسوم الرئاسي 15-247[1] ، الذي ألغى أحكام المرسوم السابق فلقبه في القسم السادس منه بعقد المناولة، ليأتي القانون 23-12[2] أخيرا ويحافظ على تسمية المناولة في القسم الثاني منه ،خاصة وأنه قد ألغى الاحكام المخالفة له فقط من المرسوم السابق مع الإبقاء على تلك التي تدخل في المجال التنظيمي إلى غاية صدور نصوصه التنظيمية، وما يلاحظ على مختلف النصوص التشريعية التي نظمت الصفقات العمومية وعلى رأسها المرسومين الرئاسيين 10-236، 15-247 والقانون 23-12، أن المشرع الجزائري لم يضع مفهوما لهذا النوع من التعاقد، وإنما اكتفى بإجازة التعامل به في إطار الصفقات العمومية مع تحديد كل من أحكام وشروط تطبيقه وحالات اللجوء إليه.

وكذلك بالنسبة للقانون التوجيهي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة فقد تناول هو الآخر عقد المقاولة من الباطن في نصه القديم ويتعلق الأمر ب القانون 01-18[3] ، ونصه الجديد المتمثل في القانون 17-02[4] الذي ألغى أحكام القانون 01-18، حيث عمل على ترقية المناولة وبيّن مكانتها وأهميتها وهي التسمية التي أطلقت على هذا النوع من العقود في كلا النصين، واعتبرها أداة لتكثيف نسيج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، والملاحظ كذلك على هذا القانون أنه لم يدرج تعريفا لهذا النوع من العقود.

من خلال ما سبق فإننا نستنتج أن المشرع الجزائري لم يدرج تعريفا لهذا النوع من العقود في كافة النصوص التشريعية التي تناولته وإنما اكتفى بإجازتها وتحديد أحكام تطبيقها، بالإضافة إلى أنه فرق بين عقود المقاولة من الباطن الخاصة المنصوص عليها في القانون المدني ، الذي يعتبر القانون الأساسي المنظم لهذا النوع من العقود في القانون الجزائري ، وعقود المقاولة من الباطن العامة التي تبرم في إطار تنفيذ الصفقات العمومية ، حيث حصر إبرام هذه الأخيرة في توفر مجموعة من الشروط

---

[1] المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

[2] القانون 23-12، المؤرخ في 05 أوت 2023، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 51، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2023.

[3] القانون 01-18، المؤرخ في المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 77، الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2001.

[4] القانون 17-02، المؤرخ في 10 يناير 2017، المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية العدد 02، الصادرة بتاريخ 11 جانفي2017.

مع وضع بعض الأحكام الخاصة التي ترافق إبرامها في قانون الصفقات العمومية، والتي سيتم الإشارة إليها لاحقا في المبحث الثاني عند التطرق إلى مدى جواز المقاولة من الباطن في القانون.

وبعكس المشرع الجزائري فإن **نظيره الفرنسي** قد نظم عقود المقاولة من الباطن في فحوى نص واحد خاص كمرجع لتطبيقها ويتعلق الأمر بالقانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، الذي حاول من خلاله ضبط أحكام هذا التعامل في المجال العام والخاص، وقد عرف المشرع الفرنسي المقاولة من الباطن من خلال المادة الاولى[1] من هذا القانون ، حيث جاء فيها أنه: «في مفهوم هذا القانون، المقاولة من الباطن هي العملية التي بموجبها يعهد مقاول عن طريق تعاقد من الباطن وتحت مسؤوليته، لشخص آخر يدعى المقاول من الباطن تنفيد كل أو جزء من عقد المقاولة أو جزء من صفقة عمومية مبرمة مع رب العمل».

يلاحظ على هذا النص أن المشرع الفرنسي أعطى تعريفا للمقاولة من الباطن على عكس المشرع الجزائري، يشمل المقاولة من الباطن الخاصة والعامة، مع تحديده لعدم إمكانية شمول عقد المقاولة من الباطن العامة لكامل الصفقة.

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل تعديل هذا النص كان القانون الفرنسي يسمح بالتنفيذ الكلي للصفقة في إطار عقود المقاولة من الباطن، حيث كان ينص على أن هذا العقد يسمح بتنفيذ كل او جزء من عقد المقاولة أو صفقة عمومية المبرمة مع رب العمل، ودليل ذلك أنه بصدور القانون الخاص بالمقاولة من الباطن سنة 1975، كان لا يشترط في نص المادة الاولى[2] منه على جزئية أو كلية التنفيذ ، والتي جاء فيها: «....تنفيذ عقد مقاولة أو صفقة عمومية مبرمة مع رب العمل...»، لكن نجده يشير إلى جزئية التنفيذ بالنسبة للصفقة العمومية في قانون الصفقات العمومية ، وهو برأيينا أمر طبيعي لأن الخاص يقيد العام حتى ولو لم يشر إلى ذلك في القانون الخاص بالمقاولة من الباطن، فنجد مثلا نص المادة الثانية[3] من قانون الصفقات العمومية يجيز التعامل بالمقاولة من الباطن في تنفيذ أجزاء الصفقة فقط.

---

[1] Article1de la loi n75-1334 du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance, modifiée ,Sur le site : www.legifrance.gov.fr

[2] .«.....l 'exécution du contrat d'entreprise ou du marches public conclu avec le maitre de l'ouvrage».
Article 1 de la loi n75-1334 du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance, journal officiel n 2 du 3janvier 1976.

[3] «Le titulaire d'un marché public ayant le caractère de contrat d'entreprise peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marches…».
Article 2 du code des marches publics français , édition 1964, modifie par l'article 1du décret n 88-591 du 6 mai 1988, journal officiel du 8 mai 1988. Sur le site: www.legifrance.gov.fr

ولكن سرعان ما تدارك المشرع الفرنسي هذا الاختلاف بين النصين، أو إن صح التعبير عدم التحديد الموجود في قانون المقاولة من الباطن، وعدل نص المادة الأولى منه ليصبح التنفيذ الجزئي فقط للصفقة العمومية عن طريق عقد المقاولة من الباطن ، وهذا ما تطرقنا إليه من خلال نص التعديل الأخير الخاص بهذا القانون، والذي كان قد تناوله في ظل نصوص قانون الصفقات العمومية القديمة والمعدلة حيث خصه بالفصل الثاني من العنوان الرابع الخاص بتنفيذ الصفقات تحت عنوان الأحكام المتعلقة بالمقاولة من الباطن من المادة 112 إلى المادة 117[1]، إلا أنه لم يعرف هذا العقد من خلال هذه المواد وإنما اكتفى بضبط الأحكام الخاصة بتنفيذ هذا النوع من العقود في إطار صفقة عمومية على غرار المشرع الجزائري، ولكن يجب الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي بعد أن وضع الشروط العامة التي يستوجب احترامها عند تطبيق عقود المقاولة من الباطن في إطار العقود الخاصة والصفقات العمومية في القانون 75-1334 السالف الذكر، ذهب ليفصّل أكثر كيفية تطبيقها على الصفقة العامة نظرا للأهمية الكبيرة التي تحوزها هذه الأخيرة من خلال مختلف نصوص قانون الصفقات العمومية ابتداء من نصوص قانون 1964 السالف الذكر المعدل بالمرسوم 88-591 والتي بقيت حيز التنفيذ إلى غاية صدور المرسوم 2015-899 المؤرخ في 2015/07/23 ودخوله حيز التنفيذ في 2016/09/01، والذي ألغي بدوره فيما بعد بالمرسوم 2018- 1074، الذي عدل أحكام القانون 75-1334.

كما تناولت العديد من المراكز واللجان والمنظمات الدولية مفهوم المقاولة من الباطن، فقد **عرفها المركز الوطني للمقاولة من الباطن (CENAST)** على أنها: «النشاط الذي من خلاله يتم تصنيع منتوج أو عدة مركبات تسمى القطع لحساب المؤسسات التي تعطي الأوامر وحسب الخصائص التقنية التي تحددها تبعا للنتيجة الصناعية المراد الوصول إليها»[2].

هذا التعريف اقتصادي يخص المقاولة من الباطن الصناعية التي تؤسس على علاقة ثنائية بسيطة تربط المؤسسة صاحب الأمر بالمؤسسة المقاولة من الباطن ، من أجل تصنيع شيء ما لصالح المؤسسة الآمرة.

---

[1] Articles 112 au 117 du code des marches publics français, version en vigueur du 01/09/2006 au 01/04/2016, abrogé par l'ordonnance 2015-899 du 23/07/2015, sur le site: www.legifrance.gov.fr

[2] جبار بوكثير، سعيدة حركات، المقاولة من الباطن كخيار استراتيجي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، مجلة التنمية الاقتصادية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، العدد 02، 2016، ص 274.

وعرفتها اللجنة الأوروبية على أنها: «العملية التي بموجبها تعهد مؤسسة وفقا لتعليماتها لمؤسسة أخرى تصنيع المنتوجات، تقديم الخدمات أو تنفيذ الأعمال الموجهة لها من طرفها أو تنفيذها لحسابها»[1] ، يفهم من هذا التعريف الذي أوردته اللجنة الأوروبية أن العلاقة التي تربط صاحب الأمر بالمقاول من الباطن هي علاقة ثنائية.

وعرفها المجلس الاقتصادي والاجتماعي الفرنسي سنة 1973 على أنها: «العملية التي بموجبها أو من خلالها تعهد مؤسسة إلى أخرى مهمة أو رعاية التنفيذ لصالحها ووفقا للمواصفات المحددة سلفا في دفتر الشروط جزء من الأعمال الخاصة بالتصنيع، أو الخدمات التي تحتفظ بالمسؤولية الاقتصادية النهائية عنها».[2]

من خلال هذا التعريف يتبين أن المجلس الاقتصادي والاجتماعي حدد مفهوم للمقاولة من الباطن العامة التي يحكمها دفتر الشروط ، تمنح من خلالها مؤسسة ولحسابها تنفيذ جزء من الصفقة لمؤسسة أخرى، مع تحديد المؤسسة التي تتحمل مسؤولية تنفيذ الأعمال ويتعلق الأمر بالمؤسسة المانحة.

وتعرفها المنظمة العربية للتنمية والصناعة والتعدين على أنها: «جميع الالتزامات في مجالات الإنتاج والخدمات الصناعية من: مكونات منتجات –أكسسوارات –خدمات، التي تنشأ بين مؤسستين أو أكثر طبقا لعقد متفق عليه ويلزم الطرفين بما يضمن استمرار العلاقة وحتمية المنافع المشتركة»[3].

هذا التعريف كذلك اقتصادي يخص المقاولة من الباطن الصناعية التي تؤسس على علاقة ثنائية بسيطة تنشأ التزامات بين طرفين.

وتعرفها جمعية المعايير الفرنسية (AFNOR X50-300) .

على أنها: «جميع العمليات التي تساهم في دورة انتاج محددة في واحدة أو أكثر من العمليات: التصميم، التطوير، التصنيع، التنفيذ أو صيانة المنتج المعني، تقوم مؤسسة والمعروفة باسم صاحب العمل بمنح تنفيذ العمل إلى مؤسسة أخرى تسمى مقاولة من الباطن التي تكون ملزمة للامتثال

[1] Cécilia Clerwall, Aurélie Janot, Anne-Sophie Payen, Khalid Samaka , donneurs d'ordres-sous-traitants Quels enjeux et quels rôles de la fonction RH pour une relation durable et performante, Mémoire d'expertise, Université Paris-Dauphine,28 octobre 2013 ,p 14.

[2] Rapport sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance, Ministère de l'économie de l'industrie et de l'emploie, paris, 3 Juillet 2010, p08.

[3] جبار بوكثير، سعيدة حركات، مرجع سابق، ص–ص، 274، 275.

والتوافق التام مع التوجيهات أو المواصفات الفنية التي وافق عليها المنشئ»[1].

هذا التعريف كذلك اقتصادي، لكن ما يلاحظ عليه أنه بين أن المقاولة من الباطن لا تقتصر على عملية إنتاجية أو خدماتية واحدة فقط بل يمكن أن يعهد إلى مؤسسة أكثر من عملية إذا كانت متخصصة، وقد تتعداها إلى كل العمل في عقود المقاولة من الباطن الخاصة.

أما بالنسبة للتعاريف الفقهية فقد تعددت التعاريف الخاصة بالمقاولة من الباطن حسب ميول الفقهاء ونوع العقد الذي يتجسد في إطار المقاولة من الباطن، وفيما يلي سيتم عرض بعض التعاريف الفقهية التي وردت بخصوص عقد المقاولة من الباطن:

حيث يذكر عدنان ابراهيم السرحان أن: «المقاولة من الباطن تقوم عندما ينفذ المقاول العمل الذي التزم به في مواجهة صاحب العمل بواسطة شخص آخر سواء كان هذا العمل ماديا أم فكريا»[2]. فهو بذلك أعطى تعريفا للعقد عند تبيان الحالة التي يقوم فيها ، واعتبر المقاولة من الباطن هنا كل عقد يتعلق بتنفيذ غير شخصي لالتزامات المقاول اتجاه رب العمل سواء كانت هذه الالتزامات مادية أم معنوية لكنه أهمل مسؤولية المقاول الأصلي على عمل المقاول من الباطن اتجاه رب العمل.

ويعرف العقد أيضا في اطار تحديد مفهوم المقاول الثانوي كما يلي: «المقاول الثانوي هو كل من يوكل إليه المقاول الأصلي تنفيذ العمل الذي التزم به في عقد المقاولة في جملته أو في جزء منه، ويتم هذا الايكال عن طريق إبرام عقد ما بين المقاول الأصلي والمقاول الثانوي يعرف بعقد المقاولة الثانوي أو من الباطن يتضمن إلزام المقاول الثانوي بتنفيذ العمل –كله أ جزء منه –الذي التزم به المقاول الأصلي في مواجهة صاحب العمل»[3].

نستنتج من خلال هذا التعريف أن المقاولة من الباطن هي ذلك العقد الذي يبرم بين المقاول الأصلي والمقاول الثانوي، يتضمن إجبار هذا الأخير بتنفيذ العمل المتفق عليه ، والذي يعد كل أو جزء العمل الذي أوكل للمقاول الأصلي تنفيذه من قبل رب العمل، وهذا التعريف قد أهمل بدوره الأساس الذي يقوم عليه هذا العقد وهو بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن تنفيذ المقاول من الباطن في

[1]Rapport sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance, op cit, p 09.

[2] عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة – المقاولة، الوكالة، الكفالة–، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص–ص، 111، 112.

[3] محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير –دراسة مقارنة–، الطبعة الأولى، طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011، ص–156.

مواجهة رب العمل.

كما يعرف عقد المقاولة من الباطن بأنه: «عقد يوكل فيه المقاول الأصلي تنفيذ العمل الذي التزم به في جملته أو في جزء منه إلى مقاول ثاني».[1]

يفهم من خلال هذا التعريف الفقهي أن عقد المقاولة من الباطن أو المقاولة الثانوي يتجسد في توكيل المقاول الأصلي شخص آخر لتنفيذ التزاماته التعاقدية الناجمة عن عقد المقاولة الأصلي يعرف بالمقاول من الباطن أو المقاول الثانوي، سواء تعلق الأمر بتنفيذ كلي أو جزئي للالتزامات، وقد أهمل هذا التعريف كذلك مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال مقاوله الثانوي.

ويعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: «ذلك العقد الذي يوكل بمقتضاه المقاول تنفيذ كل أو جزء من العمل المسند إليه من رب العمل إلى مقاول آخر في مقابل أجر دون أن يخضع هذا الأخير لإشراف أو إدارة المقاول الأصلي».[2]

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه ركز أو سلط الضوء على استقلالية المقاول من الباطن في تنفيذ الالتزامات الموكلة له من قبل المقاول الأصلي، حيث جعله لا يخضع لإدارة وإشراف هذا الأخير، لكننا لا نتفق معه تماما في هذه النقطة فبالرغم من أن المقاول الثاني يتمتع بنوع من الاستقلالية عن المقاول الأصلي في تنفيذ ما أوكل إليه من أعمال من قبل هذا الأخير، إلا أنه يمكن أن يخضع لإشرافه على العمل في بعض الأحيان خاصة في إطار الصفقة العامة، كما أن هذا التعريف أهمل جانب آخر مهم جدا وهو مسؤولية المقاول الأصلي على التنفيذ اتجاه رب العمل.

وتعرف عقود المقاولة من الباطن المتعلقة بالصفقات العمومية على أنها: «تلك العقود التي يعهد من خلالها مقاول رئيسي وتحت مسؤوليته لشخص آخر يسمى المقاول من الباطن تنفيذ كل أو جزء من عقد المقاولة الذي قد أبرمه مع رب العمل»[3].

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يخرج عن السياق العام لمفهوم عقود المقاولة من الباطن، سواء تعلق الأمر بعقود مقاولة من الباطن عامة تبرم في إطار صفقات عمومية، أو خاصة تبرم في

---

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 18.

[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 18.

[3] Mathias Avdit , Sylvain Bollée , Pierre Callé ,Droit du commerce international et des investissements étrangers, Domat droit privé ,France, textenso éditions , Décembre 2014 ,p 387.

إطار عقود مقاولة خاصة يحكمها القانون المدني، فالمبدأ واحد في كليهما وهو وجود عقد أصلي يسبق العقد من الباطن يبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، ورب العمل في الصفقات العامة هو الإدارة أي شخص عام، أما في عقود المقاولة فهو صاحب العمل الذي يمثل أشخاص القانون الخاص، لكنه لم يبرز خصوصية هذا التعامل في إطار الصفقات العمومية، والتي تفرض أن يكون الاتفاق بين المقاول الأصلي والمقاول الثانوي على التنفيذ الجزئي فقط للأعمال، في حين يمكن أن يتعدى إلى التنفيذ الكلي في إطار العقود الخاصة، والمشرع الجزائري قد فرق بين هذين النوعين من العقود ، فنظم الأول من خلال قانون الصفقات العمومية أين وضع شروط تضبط التعامل في هذا المجال، ونظم النوع الثاني في القانون المدني، أما المشرع الفرنسي فقد نظم عقد المقاولة من الباطن في قانون خاص يشمل الصنفين مع تخصيص أكثر لبعض الشروط التي تخص عقود المقاولة من الباطن المبرمة في إطار الصفقة العامة من خلال قانون الصفقات العمومية.

3-التعريف الإجرائي لعقد المقاولة من الباطن

مما سبق يمكن تعريف عقد المقاولة من الباطن بأنه: الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه المقاول الأصلي تكليف شخص آخر أجنبي عن عقد المقاولة الذي أبرمه مع رب العمل يدعى المقاول من الباطن، تنفيذ جل أو جزء من التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة الخاصة أو في إطار صفقة عمومية، ما لم يمنعه من ذلك شرط في عقد المقاولة أو كانت شخصيته محل اعتبار في إبرامه، مع بقاء هذا المقاول الأصلي مسؤولا عن المقاول من الباطن في تنفيذ الالتزامات اتجاه رب العمل.

ومن خلال هذا التعريف الجامع يمكن استنتاج النقاط التالية:

- لا وجود لعقد المقاولة من الباطن بدون عقد المقاولة الأصلي، لأن عقد المقاولة من الباطن يستلزم وجود عقدين متتابعين في اتجاه واحد، العقد الأول هو عقد المقاولة وهو العقد الأصلي الذي يبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والعقد الثاني التابع هو عقد المقاول من الباطن الذي يبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وينجم عن تبعية هذين العقدين[1]:

• تبعية في المحل للعقدين، بحيث يجب أن يكون الالتزام الذي أوكل به المقاول من الباطن متجه للتنفيذ الكلي أو الجزئي لعقد المقاولة الأصلي من خلال تنفيذ التزامات المقاول الأصلي الناشئة

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن- دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ص-ص، 3-8.

عنه، وإلا فلا يمكن اعتبار العقد مقاولة من الباطن.

• تبعية من حيث الأطراف إذ ينجم عن عقد المقاولة من الباطن علاقة عقدية ثلاثية الأطراف كما سنفصل لاحقا في الفصل الثاني تشمل كل من: رب العمل، المقاول الأصلي، المقاول من الباطن، توزع بين العقدين بحيث نجد طرفين في العقد الأصلي الذي يجمع رب العمل مع المقاول الأصلي، وطرفين في العقد التابع وهما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، مع بقاء طرف مشترك في العقدين ألا وهو المقاول الأصلي.

•العقد الأصلي هو السبب[1]في وجود العقد من الباطن أي هو سبب مشروعية العقد من الباطن.

• تتابع العقدين يكون بالنسبة للإبرام وفي اتجاه واحد أي أن عقد المقاولة من الباطن هو الذي يكون تابع للعقد الأصلي وليس العكس، بمعنى أنه لابد أن يبرم العقد الأصلي قبل عقد المقاولة من الباطن باعتباره سبب وجوده، وليس التبعية من حيث التنفيذ، حيث لو نفذ عقد المقاولة الأصلي وانقضى لم تعد هناك ضرورة لوجود عقد المقاولة من الباطن، ولو أبرم هذا العقد رغم إنقضاء العقد الأصلي لا نكون في هذه الحالة أمام عقد مقاولة من الباطن ، وإنما يعتبر عقد مقاولة أصلي جديد لا يتبع العقد الأول الذي قد نفذ وانقضى.

_ المقاول من الباطن يعتبر أجنبي عن عقد المقاولة الأصلي ولا تربطه علاقة مباشرة مع رب العمل.

_ لا يمكن للمقاول الأصلي إبرام عقد مقاولة من الباطن مع شخص أجنبي عن عقد المقاولة الأصلي إذا كان هناك شرط يمنع مثل هذا التصرف، اتفق عليه مع رب العمل أو كان مدونا في شروط العقد المبرم بينهما، أو إذا كانت شخصيته محل اعتبار في إبرام العقد كأن يكون رب العمل قد أبرم معه عقد مقاولة بناء باعتباره مهندسا معماريا ذا كفاءة.

_ عقد المقاولة من الباطن يمكن أن يبرم في إطار عقد خاص أو في إطار صفقة عمومية كعقد عام، لكن يجب أن يتقاسم مع عقد المقاولة الأصلي نفس الطبيعة القانونية كما أشرنا سابقا.

_ المقاول الأصلي يبقى مسؤولا عن العمل الذي ينفذ من قبل المقاول من الباطن اتجاه رب العمل وهذا يعني:

[1] السبب هنا نعني به السبب في وجود العقد، وليس السبب كركن من أركان العقد (la cause catégorique). مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 7.

• رب العمل ليس له علاقة مباشرة مع المقاول من الباطن فهو قد أبرم العقد مع المقاول الأصلي وليس له أي علاقة بالمقاول من الباطن.

• المقاول من الباطن يكون مستقلا في تنفيذه للعقد، لكن هذا لا يعني أنه لا يخضع لإشراف وتوجيه المقاول، فيمكن لهذا الأخير أن يوجه المقاول من الباطن بخصوص طريقة التنفيذ أو يشرف عليه وهذا نتيجة للمسؤولية الملقاة عليه أمام رب العمل.

وكل هذه النتائج سيتم التفصيل فيها أثناء تعمقنا في الأطروحة كلما دعت الضرورة ذلك.

الفرع الثاني

خصائص عقد المقاولة من الباطن

يتميز عقد المقاولة من الباطن بمجموعة من الخصائص، منها ما يتقاسمها مع عقد المقاولة باعتبار أن عقد المقاولة من الباطن يستمد طبيعته القانونية من عقد المقاولة الأصلي، ومنها من ينفرد بها عقد المقاولة من الباطن باعتباره عقد من الباطن، والتي سوف نتعرض لها على التوالي من خلال هذا الفرع.

أولا: الخصائص التي يتشارك فيها عقد المقاولة من الباطن مع عقد المقاولة

هناك مجموعة من الخصائص يتشارك فيها عقد المقاولة من الباطن مع عقد المقاولة تتمثل في:

1 – عقد المقاولة من الباطن عقد مسمى:

عقد المقاولة من الباطن من العقود المسماة فهو يحظى بتسمية قانونية لدى كل القوانين التي نظمت هذا النوع من العقود وعلى رأسهم القانونين الجزائري و الفرنسي، فقد خصه المشرع الجزائري بفصل في القسم الثالث من الباب التاسع من القانون المدني تحت إسم المقاولة الفرعية، وقد بين القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد من خلال المادتين 564، 565 [1]منه، إذ يعتبر القانون المدني هو القانون الأساسي المنظم لهذا العقد في القانون الجزائري ، لكن الأمر لا يمنع وجود نصوص قانونية أخرى تنظمه لحكم الخصوصية، حيث نجد أنه سمي بعقد المناولة من خلال القانون 01-18

[1] أنظر المادتين 564، 565 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ،إذ جاء في نص المادة 20[1] منه «تعتبر المناولة الأداة المفضلة لتكثيف نسيج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة...»، وقد ألغيت أحكامه بموجب القانون 17-02 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الذي احتفظ بنفس التسمية للعقد من خلال المادة 1/30[2] منه والتي جاء فيها «تعتبر المناولة الأداة المفضلة لتكثيف نسيج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة...»، و يستخلص من هذين النصين أن المشرع الجزائري خص العقد بتسمية " المناولة " وهي تسمية اقتصادية، تطلق عليه في المجال الاقتصادي.

كما أطلق على العقد كذلك مصطلح المناولة من خلال قانون الصفقات العمومية[3]، الذي عالجه في قسم كامل نظرا لأهمية المقاولة من الباطن في إطار الصفقة العامة، وهو ما يوضح أن المشرع الجزائري استعمل التسمية الاقتصادية مرة أخرى في قانون الصفقات العمومية.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد نظم هذا النوع من العقود في قانون خاص وهو القانون 75-1334[4] المتعلق بالمقاولة من الباطن المعدل والمتمم، أين جمع بين عقد المقاولة من الباطن العام في إطار الصفقة العمومية والخاص ، ووضع من خلال هذا القانون كل القواعد التي تحكم السير الحسن لإبرام مثل هذه العقود، كما نظمه في بعض الحالات من خلال القانون المدني، وعالجه كذلك مثل نظيره الجزائري في قانون الصفقات العمومية، وأخيرا في قانون الطلب العمومي[5] ، لكن بنفس التسمية الموجودة في القانون 75-1334 وبالتدقيق أكثر في بعض الحالات.

من خلال التعرف على تسمية العقدين في كل من التشريعين الجزائري والفرنسي بمختلف القوانين التي تناولته خلصنا إلى بعض الملاحظات يمكن تلخيصها فيما يلي:

-المشرع الجزائري نظم العقد في القانون المدني وهو القانون الأساسي الذي يضبط أحكامه تحت تسمية المقاولة الفرعية، وتبنى مصطلح المناولة في بقية القوانين التي نظمته ويتعلق الأمر بكل من

---

[1] المادة 20 من القانون 01-18، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مرجع سابق.

[2] المادة 1/30 من القانون 17-02، المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مرجع سابق.

[3] أنظر المواد 140- 144 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والمرفق العام، مرجع سابق، والمادة 82 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

[4] La loi n°75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

[5] Voir le Code de la commande publique français, sur le site: www.regifrance.fr

القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ومختلف النصوص المنظمة للصفقات العمومية التي تناولته آخرها القانون 23-12، وبرأينا هو اتجاه خاطئ لأنه لو تناولنا العقد في الإطار العام بتسمية وفي الإطار الخاص بتسمية مختلفة قد نقع في إشكالات نتيجة التغليط، لأن العقد في الأصل عقد مقاولة من الباطن أو مقاولة فرعية كما اصطلح عليه المشرع الجزائري له نفس الطبيعة القانونية، فعند تغيير التسمية في كل مرة يتخيل لنا وكأن المشرع ينظم أو يتحدث عن عقد آخر.

-أما المشرع الفرنسي فقد احتفظ بنفس التسمية التي أطلقها على العقد في القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن الذي نظمه وهي -La sous-traitance- ، وكذا في كل القوانين التي عالجت هذا النوع من العقود في التشريع الفرنسي.

- وبرأينا التسمية الصحيحة للعقد هي **المقاولة من الباطن**، وهي التسمية التي أخذت بها أغلب التشريعات وليس المقاولة الفرعية، كما سماه المشرع الجزائري وذلك لعدة أسباب نجملها في الآتي:

• **السبب الأول:** عقد المقاولة من الباطن عقد يأتي من باطن العقد الأصلي باعتبار أن كلا العقدين يشتركان في محل واحد، كما أن عقد المقاولة الأصلي هو السبب الأساسي في وجود عقد المقاولة من الباطن مع وجود طرف مشترك في العقدين، وكذا تبعية العقد الثاني أي العقد من الباطن للعقد الأصلي الأول وهو عقد المقاولة الأصلي تكون دائما في اتجاه واحد، بمعنى أن عقد المقاولة من الباطن داخل في عقد المقاولة الأصلي ولا يتجزأ عنه وهذا ما ينطبق مع مفهوم الباطن لغة كما سبق وذكرنا.

• **السبب الثاني:** لما يصطلح المشرع الجزائري تسمية المقاولة الفرعية لابد أن يكون العقد فرع فقط من المقاولة الأصلية ، في حين أننا نجد نص المادة 564[1] من القانون المدني الجزائري يصرح بإمكانية تنفيد جزء أو كل العمل بواسطة مقاول فرعي إذا لم يكن هناك حائل يمنع ذلك، وبرأينا المقاولة الفرعية تعني المقاولة الجزئية لأن الفرع لا يمكن أن يكون الكل، لكن المشرع الجزائري صرح أنه يجوز أن يوكل المقاول الأصلي تنفيذ كل العمل أو جزء منه إلى مقاول فرعي وهنا يكمن التناقض بين التسمية والنص القانوني.

[1] المادة 564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

• **السبب الثالث:** باعتبار أن القانون الفرنسي يعتبر المصدر التاريخي للقانون الجزائري، وهو أول من نظم عقود المقاولة من الباطن تنظيما حقيقيا في قانون خاص به، كان من المفروض على المشرع الجزائري عند اعتماده على هذا الأخير في ضبط أحكام العقد أن لا يأخذ بالترجمة الحرفية ويطلق عليه إسم **المقاولة الفرعية،** لأنها تشكل خللا مقارنة مع مضمون أحكام العقد، خاصة وأن الترجمة الحرفية في أغلب الأحيان لا توصلنا للمعنى الحقيقي، وكان عليه اعتماد تسمية **المقاولة من الباطن،** التي أخذت بها أغلب التشريعات العربية توافقا مع معنى ومضمون الأحكام المنظمة للعقد.

2-عقد المقاولة من الباطن عقد رضائي:

العقد الرضائي هو ذلك العقد الذي ينعقد بمجرد توافق إرادتين دون اشتراط شكل معين أو فرض إجراءات معينة [1]، وعقد المقاولة من الباطن كعقد المقاولة الأصلي من العقود الرضائية التي لا تشترط الالتزام بإجراءات معينة أو الصب في شكل معين عند الإبرام.

إذ يكفي لانعقاده توافق إرادتي المقاول الأصلي والمقاول من الباطن بأي طريقة توصلهما إلى الاتفاق سواء كان ذلك كتابة، أو شفاهه أو حتى بالإشارة التي تدل على ذلك[2]، بما يفيد أن طرفي عقد المقاولة من الباطن لهما الحرية التامة في اختيار طريقة التعبير عن إرادتهما في التعاقد دون الالتزام بشكل معين. وحتى إذا اختارا الكتابة للتعبير عن ارادتهما في التعاقد لا يمكن اعتبارها هنا شرطا شكليا لانعقاد عقد المقاولة من الباطن وإنما تبقى وسيلة للإثبات فقط بين الطرفين[3].

و تثير رضائية عقد المقاولة من الباطن سؤالين:

السؤال الأول: – كيف نفسر الشكلية الموجودة في عقود المقاولة من الباطن المبرمة في إطار الصفقات العمومية؟

برأينا الشكلية الموجودة في عقود المقاولة من الباطن العامة المبرمة في إطار الصفقات العمومية

---

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص11.

[2] فتيحة قرة، أحكام عقد المقاولة– دراسة فقهية قضائية للعقد في القانونين المدني والتجاري وتطبيقات عملية لأهم عقود المقاولة مدعمة بكافة أحكام محكمة النقض الصادرة في هذا الشأن في 55 عاما–، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1987، ص 18.

[3] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 15..

والمتمثلة في دفتر الشروط وكافة الاجراءات الواجب اتباعها مبررة، باعتبار أن قاعدة الرضائية في ابرام العقود ليست من النظام العام وبالتالي يجوز مخالفتها وإلباس العقد خاصية الشكلية بدلا من الرضائية.

وتجدر الإشارة أنه حتى في إطار عقود المقاولة من الباطن الخاصة يجوز للمقاول الأصلي والمقاول من الباطن الاتفاق على مخالفة الرضائية لأنها ليست من النظام العام وإبرام العقد في شكل معين.[1]

-**السؤال الثاني:** -هل رضا المقاول الأصلي والمقاول من الباطن كافي لإبرام عقد المقاولة من الباطن أم نحتاج إلى رضا رب العمل أيضا؟

إذا وجد نص أو شرط يمنع المقاول الأصلي من أن يقاول من الباطن دون موافقة رب العمل، وجب هنا الحصول على رضا هذا الأخير من أجل أن يكون العقد نافذا في حقه، وإلا فلا حاجة لرضا رب العمل لأنه ليس طرفا في العقد.[2]

ففي عقود المقاولة من الباطن العامة مثلا يجب أن يتم قبول المقاول من الباطن وشروط دفعه من قبل رب العمل لكي يكون العقد نافذا في حق هذا الأخير، ويتمكن المقاول من الباطن من الإستفادة من حق الدفع المباشر وبالتالي فإن رضا رب العمل هنا ضروري.

ولابد أن يكون الرضا غير معيب صادرا من شخص تتوفر فيه الأهلية اللازمة للإبرام مرتبطا بما هو مطلوب تنفيذه من جانب المقاول من الباطن من جهة، والبدل الذي يقدمه المقاول الأصلي من جهة أخرى[3] كما سنوضحه لاحقا.

3-عقد المقاولة من الباطن عقد معاوضة:

عقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يخرج كل طرف فيه بمنفعة منه تعوضه عما قدمه في ذلك العقد المبرم بينهم [4]، وعند إسقاط هذا المفهوم على عقد المقاولة من الباطن نجد أن هذا الأخير هو عقد معاوضة وليس عقد تبرع بحيث يكون لكلا طرفيه منفعة من خلال تنفيذه، فنجد أن الأجر الذي

---

[1] غازي خالد أبوا عرابي، مرجع سابق، ص، 21.

[2] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 22.

[3] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 22.

[4] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 12.

يلتزم المقاول الأصلي بدفعه إلى المقاول من الباطن منفعة هذا الأخير من العقد يعوضه عن الجهد الذي بدله في تنفيذ العمل، وكذا العمل المطلوب تنفيذه من طرف المقاول من الباطن هو منفعة المقاول الأصلي في هذا العقد فتنفيذه يعوض الأجر الذي دفعه لذلك.

4-عقد المقاولة من الباطن عقد تبادلي:

يعتبر العقد تبادليا عندما يكون طرفيه دائنين ومدينين في نفس الوقت وعند الإبرام، بحيث تنشأ في ذمتهما بموجب ابرامه التزامات وحقوق متبادلة[1] .

مخطط يمثل خاصية التبادل في عقد المقاولة من الباطن

مقاول أصلي دائن|.....» مدين مقاول من الباطن

إبرام العقد »{ (أ) •.....• (ب) }

مدين «.....| دائن

المصدر: من إنجاز الباحثة.

وعند إسقاط هذا المفهوم على عقد المقاولة من الباطن نجد أن هذا الأخير هو عقد تبادلي، إبرامه يرتب في ذمة طرفيه: المقاول الأصلي والمقاول من الباطن التزامات وحقوق، فيلتزم المقاول من الباطن عند إبرام العقد بتنفيذ العمل الذي أوكله إياه المقاول الأصلي وهو حق يستفيد منه هذا الأخير، وفي المقابل يلتزم المقاول الأصلي بدفع أجر معين متفق عليه إلى المقاول من الباطن باعتباره حق من حقوقه، جراء تنفيذ العمل الذي أوكل إليه بموجب العقد، والعبرة هنا أن الالتزامات والحقوق المتبادلة لكلا الطرفين تكون وقت الإبرام.

5- عقد المقاولة من الباطن عقد وارد على العمل:

يلتزم المقاول الأصلي في عقد المقاولة بأن يؤدي عمل أو يصنع شيئا لرب العمل مقابل أجر يدفعه هذا الأخير[2]. وإذا كان ما يطلب من المقاول في عقد المقاولة أساسا هو أداء عمل معين، فهذا هو الأمر الذي يعتد به حتى ولو كان ذلك جراء مقابل يلتزم به رب العمل اتجاه المقاول، فهو عقد يرد

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 46.

[2] المادة 549 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

على العمل باعتباره نتيجة حتمية[1]، والذي يمثل محل العقد.

وبما أن عقد المقاولة من الباطن يستعير محله من عقد المقاولة الأصلي –وحدة المحل في كلا العقدين –، وقد تكون هذه الاستعارة كلية أو جزئية، فيكون بذلك محل المقاولة من الباطن هو قيام المقاول من الباطن بعمل معين حتى ولوكان ذلك مقابل أجر يلتزم به المقاول الأصلي.

ثانيا: الخصائص التي ينفرد بها عقد المقاولة من الباطن

ينفرد عقد المقاولة من الباطن ببعض الخصائص التي تميزه كعقد من الباطن تتمثل في:

1- الحق في اللجوء إلى التعاقد من الباطن:

نصت كل من المادة 564[2] من القانون المدني الجزائري ، والمادة الأولى[3] من القانون الفرنسي 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن ، على إمكانية لجوء المقاول الأصلي إلى التعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية الناتجة عن عقد المقاولة الأصلي المبرم مع رب العمل سواء في إطار عقد مقاولة خاصة او عامة.

وهذه الإجازة مقيدة بشروط تحول دون إمكانية استعانة المقاول الأصلي بمقاول من الباطن في تنفيذ التزاماته الناتجة عن عقد المقاولة الأصلي المبرم مع رب العمل، في حالة وجود شرط في هذا العقد الأخير يمنعه من ذلك، أو إذا كانت شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار دفعت رب العمل للتعاقد معه. كما أنها تفيد عدم جواز تناول عقد المقاولة من الباطن تنفيذ كل الصفقة في إطار عقود المقاولة العامة، والتي تفرض كذلك قبول رب العمل للمقاول من الباطن وشروط دفعه مع إمكانية الرفض المعلل.

2-عقد المقاولة من الباطن هو تعاقد من الباطن:

يعتبر عقد المقاولة من الباطن من أهم عقود التعاقد من الباطن ويترتب على هذه الخاصية: [4]

-وجود عقدان متتاليان: ويتعلق الأمر هنا بعقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن على

---

[1] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 19.

[2] المادة 564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1 de la loi 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

[4] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص3 – 8.

التوالي حيث يجب أن يسبق العقد الأول العقد الثاني في تاريخ الانعقاد، فيكون بذلك عقد المقاولة من الباطن تابع لعقد المقاولة الأصلي، غير أنه يجوز البدء في تنفيذ عقد المقاولة الأصلي قبل إبرام عقد المقاولة من الباطن بشرط أن يبقى عقد المقاولة الأصلي قائما عند إبرام العقد الثاني ألا وهو عقد المقاولة من الباطن، وإلا اعتبر هذا الأخير عقدا ثاني غير تبعي للأول ولا يمكن اعتباره عقدا من الباطن.

-**أن يكون العقدان متتابعان:** فلا يمكن اعتبار عقد المقاولة من الباطن عقدا من الباطن إذا لم يكن يتبع العقد الأصلي، بمعنى أن وجود عقد المقاولة من الباطن مرهون بوجود عقد المقاولة الأصلي وهو بذلك عقد تابع له[1]، وتكون هذه التبعية من حيث:

- **المحل:** والمقصود هنا وحدة المحل في كلا العقدين بحيث لابد من أن يستعير عقد المقاولة من الباطن محله من عقد المقاولة الأصلي واختلاف محل العقدين أمرا مستحيلا، فيكون بذلك عقد المقاولة من الباطن وسيلة لتنفيذ العقد الأصلي من خلال تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتق المقاول الأصلي في إطار العقد الأصلي بمقتضى المقاولة من الباطن، سواء كان التنفيذ كلي وتكون بذلك الاستعارة كلية أو أنه نفذ جزء فقط فتعتبر الاستعارة هنا جزئية.

- **السبب:** حيث يكون العقد الأصلي السبب الأساسي لوجود العقد من الباطن ويمثل بذلك سبب مشروعيته، والذي لا يتوافق مع السبب كركن لقيام العقدين، فهذا الأخير يختلف في كل من عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن.

- **وجود طرف مشترك في العقدين:**

يجب ان يكون هناك عقدين: عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، وثلاثة أطراف تعاقدية: رب العمل، المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، بحيث يكون الطرف المشترك بين العقدين المتمثل في المقاول الأصلي في إطار العقد محل دراستنا هو المسؤول عن تنفيذ العقد الأصلي، ولا يمكن أن يرتبط الطرفين المتبقيين بعلاقة مباشرة وإلا أصبحنا أمام حالة تعدد العقود.

[1] كنعان محمد محمود المفرجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، الطبعة الأولى، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2013، ص 111.

وهذا ما يعرف بالعلاقة القانونية المركبة ذات ثلاثة أطراف التي تجمع أطراف عقد المقاولة من الباطن: رب العمل، المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في علاقات قانونية متميزة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة سنفصل فيها لاحقا في الفصل الأول من الباب الثاني، والتي تختلف عن العلاقة القانونية البسيطة الثلاثية التي تلزم ثلاثة أطراف بعلاقة قانونية واحدة كعقد شراكة بين ثلاثة أطراف.[1]

•**لابد أن تكون تبعية العقد في اتجاه واحد:** بحيث يتبع العقد من الباطن العد الأصلي ولا يمكن أن تتجسد الحالة العكسية لان عقد المقاولة الأصلي لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال عقد مقاولة من الباطن.

3- الاعتبار الشخصي:

نظرا لأهمية العقود الإدارية وارتباطها بالمرفق العام فإن كل الإدارات تولي أهمية كبيرة للشخص الذي تتعاقد معه، ومن هذا المنطلق فإن الشخص الذي تبرم الإدارة معه عقدها ملزم كمبدأ عام بالتنفيذ الشخصي للأعمال الموكلة إليه دون تكليف شخص آخر، لكن ضخامة المشاريع في بعض الأحيان وزيادة التخصص فتحت المجال أمام الاستعانة بأشخاص أكثر تخصصا لجعل التنفيذ أكثر جودة وبسهولة وسرعة في تنفيذ بعض أجزاء الصفقة، كل هذا مع الحفاظ على مكانة الاعتبار الشخصي في ابرام العقود العامة، لأن التنفيذ الشخصي لا يعني بالضرورة التنفيذ المادي فقد يستعين المقاول الأصلي بمقاول من الباطن لتنفيذ جزء من الصفقة تحت مسؤوليته الشخصية أمام رب العمل[2]، دون إهمال هذه النقطة بالنسبة للعقود الخاصة والتي تمنع التعاقد من الباطن إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في إبرام عقد المقاولة الأصلي مع رب العمل.[3]

4-إستقلالية المقاول من الباطن في تنفيذ العمل الموكل إليه:

ينفذ المقاول من الباطن العمل الموكل إليه من قبل المقاول الأصلي باستقلالية فلا يكون بذلك تابعا له، حيث نص المادة 564[4] من القانون المدني الجزائري جاء واضحا، فقد أجاز للمقاول أن

---

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 24.

[2] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص-ص، 35، 36.

[3] المادة 564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] المرجع نفسه.

يكلف مقاول فرعي بتنفيذ العمل الموكل إليه من قبل رب العمل سواء كان تكليفا كليا أو جزئيا عندما لا تكون شخصيته محل اعتبار في ابرام العقد مع عدم وجود شرط يحول دون ذلك، لكن يبقى مسؤولا عنه أمام رب العمل.

وهو نفس التوجه الذي أخذ به المشرع الفرنسي من خلال نص المادة الأولى [1]من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن ، حين اعتبر المقاولة من الباطن عملية يعهد من خلالها مقاول وتحت مسؤوليته تنفيذ جزء من عقد المقاولة أو صفقة عمومية لصالح رب العمل.

فالمشرع الجزائري ونظيره الفرنسي هنا لم يشيرا إلى تبعية المقاول من الباطن للمقاول الأصلي ولكن أوضحا أن يبقى المقاول الأصلي في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول من الباطن اتجاه رب العمل، وهذه المسؤولية لا تخوله حق التدخل في عمل المقاول من الباطن ولكن له حق الرقابة عليه والاعتراض إذا قام هذا الأخير مثلا بتجاوزات في التنفيذ ، كاستعمال مواد غير صالحة أو عدم احترام معايير التنفيذ ، ولا يمنع كذلك من أن يقدم له بعض التعليمات والإرشادات الخاصة بالتنفيذ دون الوصول إلى تحقق التبعية والتي تحيلنا إلى عقد عمل، لأن التبعية هي التي تميز عقد العمل عن عقد المقاولة والمقاولة من الباطن بطبيعة الحال، حيث تتوفر التبعية بين العامل وصاحب العمل في عقد العمل إذ يقوم العامل بتأدية أعماله تحت إشرافه وتوجيهه ، بينما لا يتوفر عنصر التبعية في عقد المقاولة لأن المقاول يبقى مستقلا عن رب العمل في تنفيذ مهامه مالم يخرق بنود العقد[2]. وهو ما ينطبق على المقاول من الباطن في تنفيذ مهامه ، فهو يبقى مستقلا عن المقاول الأصلي دون المساس بجوهر وبنود العقد.

وهذه الاستقلالية لا تنفي كما سبق وذكرنا تبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأساسي كإطار عام له، أين لا يجوز ان تنتج عنه حقوق أكثر من الحقوق الممنوحة في عقد المقاولة الأصلي، أو القيام بعمل يتنافى مع أحكام العقد الأصلي، أو الاستمرار في تنفيذه مع انقضاء هذا الأخير. في حين أن عدم وجود استقلالية لعقد المقاولة من الباطن ككيان قانوني منفصل بذاته عن عقد المقاولة الأصلي يمنعنا أصلا عن القول أن هناك عقد مقاولة من الباطن[3].

---

[1] Article 1 de la loi n° 75-1334 relative à la sous-traitance, op cit.

[2] بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاول دراسة تحليلية ونقذيه، الطبعة الثانية، عين مليلة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2014، ص-ص، 94، 95.

[3] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص-ص، 38، 39.

5-وجود علاقة غير تعاقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن:

وجود عقد مقاولة من الباطن يفرض عدم ارتباط المقاول من الباطن بعلاقة عقدية مع رب العمل فهو ليس طرفا في عقد المقاولة الأصلي الذي يربط رب العمل بالمقاول الأصلي، ولا يعد رب العمل طرفا في عقد المقاولة من الباطن الذي يجمع المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن.

لأن وجود علاقة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن يحيلنا إما إلى حالة تعدد المقاولين المرتبطين مع رب العمل خاصة في عقود المقاولات الضخمة والمتشعبة أو إلى عقد مقاولة أصلي ثاني.[1]

6-التعاقد من الباطن يتناول جزء من الصفقة العمومية:

لقد أجاز كل من المشرع الجزائري والفرنسي عقود المقاولة من الباطن كما سبق وبينا، وكانت هذه الإجازة في البداية تسمح بتناول كامل العقد سواء في عقود المقاولات الخاصة أو العامة.

لكن تم تغيير توجه السماح بتناول كامل العقد العام في كلا التشريعين، والذي يحيلنا إلى حالة تنازل عن العقد تفرض انتفاء العلاقة التعاقدية بين رب العمل والمقاول الأصلي في عقود الصفقات العمومية.[2]

ويرجع ذلك حسب رأينا إلى أهمية عقود المقاولة العامة في تسيير المرافق العامة والتي تجعل الإدارة تختار بعناية فائقة الأطراف المتعاقدة معها، فلا يعقل أن تجد التنفيذ في الأخير من الغير حتى ولو كان تحت إشراف ومسؤولية المقاول المتعاقد معها.

الفرع الثالث

أنواع عقود المقاولة من الباطن

يمكن لعقود المقاولة من الباطن أن تأخذ أشكالا متعددة نتيجة السبب الذي أبرمت من أجله، نوع العمل الذي تختص به، نوع العلاقة التي تربط أطرافها، الحدود المكانية التي تطبق فيها العقود، وكذا طريقة ابرامها والقانون الذي ينظم بنودها وفق ما يلي:

---

[1] كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص-ص، 115، 116.

[2] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 48.

أولا: عقود المقاولة من الباطن بحسب طبيعتها

تقسم عقود المقاولة من الباطن على أساس طبيعتها إلى: [1]

1-عقود مقاولة من الباطن على أساس القدرة الانتاجية:

قد تواجه بعض المؤسسات عجز في تلبية طلبات زبائنها المتزايدة، ولتغطية هذه الصعوبات تلجأ إلى إبرام عقد مقاولة من الباطن مع مؤسسة لها سلسلة إنتاجية أكبر في الوقت المناسب.

2-عقود مقاولة من الباطن على أساس التخصص:

في كثير من الأحيان تضطر بعض المؤسسات لخوض تجارب جديدة بالدخول في مجال آخر ليس لديها الخبرة الكافية فيه، كما أنها لا تتحكم في جزئياته باعتبار أنها غير مؤهلة لذلك ، سواء تعلق الأمر بعدم التأهيل الفني كافتقاد اليد العاملة الضرورية لذلك، أو أنها لا تحوز الامكانيات المادية كالمواد والأجهزة الضرورية لا تمام العمل، تلجأ هنا إلى مؤسسة أخرى قادرة على ذلك في إطار المقاولة من الباطن.

ثانيا: عقود المقاولة من الباطن بحسب موضوعها

تقسم عقود المقاولة من الباطن على أساس موضوعها إلى:

1-عقود مقاولة من الباطن خدماتية:

تكون في الحالات التي يعهد فيها إلى مؤسسات تنفيذ التزامات خارجة عن التزامات العقد المبرم أو عن الوظائف الموكلة كخدمات الأمن، صيانة المحلات، صيانة الأجهزة، إطعام المستخدمين، التسيير الالكتروني...، والتي تكون ضرورية لسير أي مؤسسة على أحسن وجه لكنها غير مرتبطة جوهريا بعملها الرئيسي، وأين يكون الأجر غير داخل بصفة مباشرة في تكلفة انتاج الأعمال، صناعة أو خدمات ناتجة عن هذا النشاط.

وبرأينا يدخل ضمنها كذلك عقود المقاولة من الباطن للنقل التي يخرجها بعض الفقهاء كنوع آخر لوحده، لأن عملية النقل في حد ذاتها خدمة، والتي يمكن أن تستعين بها المؤسسات الآمرة في النقل البري للبضائع حيث تسمح لها كمؤسسة صاحبة عمولة او ناقلة، لا تحوز على وسائل التفريغ

[1] Cécilia clerwall , Aurélie Janot , Anne-sophie Payen ,Khalid Samaka , op cit, p 16.

الذاتي للعربات من إنجاز عملية التفريغ مثلا، أو من خلال الاستعانة بشركات تأجير السيارات مع السائق، لتنفيذ جزء معين من عقدها.[1]

2- عقود المقاولة من الباطن صناعية:

المقاولة من الباطن الصناعية هي ذلك التعاون الذي يقوم بين مؤسستين الأولى تكون آمرة وصاحبة العمل والثانية مناولة ، من أجل اتمام مرحلة من مراحل الانتاج تكون هذه الأخيرة متخصصة فيها طبقا لعقد يبرم بين المؤسستين.

ويمكن حصر مفهومها في أنها كل عمليات الانتاج أو الخدمات الصناعية التي تنفذ وفق خصوصية مؤسسة صاحبة الأمر من طرف مؤسسة مناولة ، مع الحفاظ على ملكية هذه الخصائص الفنية للمؤسسة الآمرة ، باعتبارها مسؤولة عن الخلل الذي يمكن أن يحدث في إطار التصور حتى ولو شاركت المؤسسة المناولة في دراسة المنتوج ، مع بقاء هذه المؤسسة الأخيرة مسؤولة على الخلل في الانتاج[2].

من خلال هذا المفهوم يتبين لنا أنه في إطار المقاولة من الباطن الصناعية المؤسسة المناولة تلتزم بالتنفيذ المطابق لتعليمات المؤسسة الآمرة ، وهي غير مسؤولة عن أي خطأ تتضمنه هذه التعليمات في حين تتحمل أي خطأ يتخلل تنفيذ هذه الأوامر.

وبذلك المقاولة من الباطن الصناعية بالمفهوم الصحيح الذي اقترحه لافنور-l`afnor - تعني كل العمليات لاسيما: التصميم، الإعداد، التصنيع، التنفيذ أو الصيانة، عندما تعهد مؤسسة تسمى صاحبة الأمر عمل إلى مؤسسة أخرى تدعى مناولة ، تكون فيه مطالبة بالامتثال للأوامر مع التنفيذ الدقيق باحترام الخصوصية التقنية التي حددتها المؤسسة صاحبة الامر[3].

---

[1] Serge Peyret, Sous-traitance industrielle, guide pratique des relations entre acheteurs et sous-traitants, 1er édition, DELMAS, 2000, p10.

[2] منصوري الزين، آليات دعم ومساندة المشروعات الذاتية والمبادرات لتحقيق التنمية-حالة الجزائر-، مداخلة في الملتقى العلمي الدولي حول المقاولتية: التكوين وفرص الأعمال، 6-8 أفريل 2010، ص 9.

[3] Serge Peyret, op cit, p 10.

ثالثا: عقود المقاولة من الباطن بحسب المدة المستغرقة في تنفيذ العمل

تقسم عقود المقاولة من الباطن على أساس المدة المستغرقة لتنفيذ العمل إلى:[1]

1- عقود مقاولة من الباطن مؤقتة –سببية –:

نجد هذا النوع في الحالات التي تعتاد المؤسسة صاحبة العمل الآمرة تنفيذ أعمالها بواسطة إمكانياتها الذاتية، إلا أنه ولظروف معينة تحول دون التنفيذ الذاتي لأعمالها مؤقتا تلجأ إلى مؤسسات أخرى، ويتعلق الأمر بالمؤسسات المناولة لتنوب عنها في تنفيذ جزء أو جل التزاماتها التعاقدية.

2-عقود مقاولة من الباطن دائمة –هيكلية-:

نجد هذا النوع في الحالات التي تكون فيها الالتزامات التعاقدية للمؤسسة الآمرة صاحبة العمل معقدة تتطلب تخصيص كفاءة في عدة مجالات أو التنفيذ السريع، فتلجأ هذه الأخيرة للاستعانة الدائمة بمؤسسة مقاولة من الباطن متخصصة في بعض مجالات هذه الالتزامات، أو للمساعدة في تسريع وتيرة العمل وفق عقود تنتج علاقات دائمة او طويلة الأجل.

رابعا: عقود المقاولة من الباطن بحسب درجة تعقد العلاقات

تقسم عقود المقاولة من الباطن على أساس درجة تعقد العلاقات بين اطراف العقد إلى[2]:

1-عقود مقاولة من الباطن بسيطة:

تكون عقود المقاولة من الباطن بسيطة إذا كانت تحوز على علاقة مباشرة بين المؤسسة الآمرة صاحبة العمل والمؤسسة المقاولة من الباطن، من أجل تنفيذ جزء أو كل العمل الموكل إلى المؤسسة الآمرة، وهذه الحالة تكون خاصة في الأعمال البسيطة والغير معقدة.

2-عقود مقاولة من الباطن متدرجة:

تكون عقود المقاولة من الباطن متدرجة –مركبة – إذا كانت تحوز على علاقة مركبة تضم المؤسسة صاحبة العمل الآمرة بمجموعة من المؤسسات المقاولة من الباطن، ترتب حسب أهمية وتدرج

[1] فتيحة علال، فاطمة الزهراء عراب، تنشيط المناولة كخيار استراتيجي هام لدعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر، ملتقى وطني حول استراتيجيات التنظيم ومرافقة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، كلية العلوم التجارية، العلوم الاقتصادية، وعلوم التسيير، جامعة ورقلة، ص 6.

[2] جبار بو كثير، سعيدة حركات، مرجع سابق، ص 277.

العمل الموكل إليها.

وبرأينا هذه العلاقة قد تكون علاقة أفقية حين ترتبط المؤسسة الآمرة بمجموعة من المؤسسات المقاولة من الباطن في آن واحد، يرتبون فيها حسب أهمية وزمن العمل ، بحيث يكون انتهاء عمل مؤسسة مقاولة من الباطن يعتبر بداية عمل مؤسسة أخرى، أو عمودية ترتب تدريجيا حسب التخصص في العمل ، إلا أنه قد تجمع المؤسسة الآمرة علاقة أفقية وأخرى عمودية بمؤسسات مقاولة من الباطن في آن واحد ويتعلق الأمر هنا بتنفيذ المشروعات الضخمة التي تتطلب كفاءة وسرعة في التنفيذ.

خامسا: عقود المقاولة من الباطن بحسب محل التطبيق

تقسم عقود المقاولة من الباطن على أساس المحل الذي تطبق في إطاره أو في حدود إمكانياته إلى: [1]

1-عقود المقاولة من الباطن الجهوية:

يكون هذا النوع في الحالات التي تكون فيها المؤسسة صاحبة الامر تنتمي إلى نفس المنطقة الجغرافية التي تنتمي إليها المؤسسة المناولة ، الحائزة على تنفيذ جزء أو كل الالتزامات الموكلة للمؤسسة الآمرة أو تكون قريبة منها.

2-عقود المقاولة من الباطن الوطنية:

يكون هذا النوع من العقود عندما تنتمي كل من المؤسسة الآمرة صاحب العمل والمؤسسة المناولة إلى وطن واحد، ويقومان بتنفيذ العقد الذي يربطهما داخل حدوده الجغرافية.

3-عقود المقاولة من الباطن الدولية:

يكون هذا النوع من العقود عندما تنتمي المؤسسة الآمرة صاحبة العمل والمؤسسة المناولة إلى دولتين مختلفتين، ويمكن أن تكون المؤسسة المناولة فرع تابع للمؤسسة الأم ، والتي تعطي الأوامر من دولة أين يكون مقرها إلى دولة أخرى أي يتواجد فرعها.

[1] فتيحة علال، فاطمة الزهراء عراب، مرجع سابق، ص-ص، 6، 7.

سادسا: عقود المقاولة من الباطن بحسب طريقة الإبرام والقانون المنظم للعقد

تقسم عقود المقاولة من الباطن على أساس طريقة الابرام والقانون الذي يحكم العقد إلى:

1-عقود المقاولة من الباطن العامة:

وهي العقود التي تمنح المؤسسة الحائزة على الصفقة العمومية المبرمة مع صاحب العمل الحق في تكليف مؤسسة مقاولة من الباطن تنفيذ جزء من التزاماتها التعاقدية الناتجة عنها، وينظم أحكام هذا العقد قوانين الصفقات العمومية.[1]

2-عقود المقاولة من الباطن الخاصة:

ويتعلق الأمر بعقود المقاولة من الباطن التي تبرم في المجال الخاص ، أين لا يكون أحد أطرافها شخص عام يدخل ضمن المعيار العضوي لإبرام الصفقات العمومية، وغالبا ما تكون خدماتية ويطبق على هذا النوع من العقود أحكام القانون الخاص في القانون الجزائري ، أي القانون المدني الجزائري وما جاء في نصوصه من مواد تنظم هذا النوع من العقود، وأحكام القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن المنظم لهذا العقد في القانون الفرنسي كما سبق وذكرنا، وفي كلتا الحالتين نبتعد عن تطبيق أحكام قوانين الصفقات العمومية.

المطلب الثاني

عقد المقاولة من الباطن والعقود المشابهة له

بعد التطرق إلى مفهوم المقاولة من الباطن سنقوم من خلال هذا المطلب بالتعرف على مفاهيم العمليات العقدية المشابهة لها، مع تحديد ما تتشابه فيه معها وما تختلف فيه عنها في الفروع التالية:

الفرع الأول

عقد المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد

قبل التطرق إلى التمييز بين هذين النوعين من العمليات العقدية، لابد من أن نتعرف أو نوضح أولا مفهوم التنازل عن المقاولة الذي يمثل في طبيعته القانونية تنازل عن العقد، لننتقل فيما بعد إلى تحديد الاختلاف بينهما، وبما أن المشرعين الجزائري والفرنسي لم ينظما موضوع التنازل عن المقاولة،

[1]Serge Peyret , op cit , p 10.

الأمر الذي يحيلنا إلى تطبيق القواعد العامة في هذا المجال وبصفة أدق القواعد الخاصة بحوالة الحق وحوالة الدين في هذا الإطار وهو ما سنوضحه لاحقا.

أولا: مفهوم التنازل عن العقد

التنازل عن العقد هو تصرف قانوني يجعل المتنازل له في مركز المتنازل في العقد، بما يفيد نقل أحد المتعاقدين لمركزه التعاقدي إلى شخص آخر يعتبر غير عن العقد.[1]

أي انتقال المركز القانوني للمتنازل في العقد إلى المتنازل له من خلال تحمل كل الآثار القانونية المترتبة عنه بما في ذلك الحقوق والالتزامات.

ويقول الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أن التنازل عن المقاولة باعتباره تنازل عن العقد يتخذ صورتين تتمثل في: [2]

الصورة الاولى: تنازل المقاول عن المقابل المالي لشخص ثالث وفق حوالة الحق.

تتجسد في تنازل المقاول عن المقابل المالي لشخص آخر يعتبر غيرا عن العقد، ويلجأ المقاول إلى هذه الصورة عندما يكون بحاجة إلى أموال لتنفيذ عقد المقاولة، الأمر الذي يدفعه إلى رهن مقابله المالي في المقاولة مثلا أو أجرة تنفيذه لدى ممول مقابل حصوله على المبلغ المستحق، فيصبحوا بذلك أصحاب الحق في الأجر بدلا عن المقاول، وتطبق هنا أحكام حوالة الحق.

ويتحقق التنازل في هذه الصورة باتفاق المحيل الذي يمثل المقاول والمحال له الطرف الغير عن العقد الذي يمثل الممول، ويكون نافذا في حق رب العمل بمجرد اعلامه به، وهنا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك في وجه المتنازل له بجميع الدفوع التي كان من الممكن أن يتمسك بها اتجاه المقاول المتنازل عن المقاولة، إضافة إلى تلك الدفوع الناجمة عن حوالة الحق طبقا للقواعد العامة التي تحكمها.

واستنادا لهذا نخلص إلى أن المقاول المتنازل من خلال هذه الصورة يبقى مسؤولا عن تنفيذ كل الالتزامات الناجمة عن العقد ومستفيدا من كل الحقوق المنبثقة عنه إلا ما تعلق بالمقابل المالي الذي

---

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ، ص- ص، 27، 28.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص- ص، 207، 208.

يصبح حق من حقوق المتنازل له.

أما الصورة الثانية: تنازل المقاول عن عقد المقاولة للغير.

هذه الصورة أقل شيوعا من الناحية العملية مقارنة بالصورة الأولى، تتجسد عند تنازل المقاول عن كافة العقد بما في ذلك كل الحقوق والالتزامات لشخص يكون أجنبي عن العقد، فيحل بذلك هذا الأخير محل المقاول المتنازل في العقد، وتطبق هنا أحكام حوالة الحق فيما يتعلق بنقل الحقوق، وأحكام حوالة الدين في نقل الالتزامات. ويتم التنازل باتفاق المقاول المتنازل والغير المتنازل له الذي يمثل الطرف الأجنبي عن عقد المقاولة المبرم مع رب العمل، لكنه لا يسري في حق رب العمل إلا بعد إقراره له باعتبار أن نقل الالتزامات تتطلب إقرارا وفقا لقواعد حوالة الدين.

ولا يشترط أن يكون ذلك الاقرار أثناء التنازل عن العقد، فقد يكون قبل ذلك كأن يتجسد ذلك القبول بالتنازل في متن العقد، وقد جعلت محكمة النقض الفرنسية قبول رب العمل مطلوب لصحة التنازل عن العقد حتى يكون نافذا في مواجهته، لكن لا يشترط أن يكون ذلك في وقت التنازل عن العقد فقد يكون سابقا للعقد، ضمنه أو لاحقا له[1].

ونخلص من كل هذا إلى أن عملية التنازل الكلي عن عقد المقاولة تنقل الغير المتنازل له إلى مركز المقاول في العقد، الذي يصبح دائن بجميع الحقوق ومدينا بجميع الالتزامات الناتجة عن العقد مع رب العمل، وتنهي العلاقة التعاقدية التي كانت تجمع رب العمل بالمقاول المتنازل فيصبح بذلك أجنبيا عن العقد ولا يكون مسؤولا عن المتنازل له ولا حتى ضامنا له.

إلا أن هذه الصورة الثانية التي تحدث عنها الأستاذ السنهوري والعديد من الفقهاء قد تعرضت إلى النقض من جانب الفقه الحديث الفرنسي والسبب في ذلك أن القانون الفرنسي لا يعترف بحوالة الدين، أين اعتبروا أن التنازل عن العقد بما فيه التنازل عن المقاولة باعتبارها عقد هو نقل للمركز التعاقدي للمقاول المتنازل كله كما هو إلى الشخص المتنازل له بكل ما يتضمنه من حقوق والتزامات[2].

ونحن من وجهة نظرنا نؤيد رأي الفقهاء ليس تدعيما لأحكام حوالة الدين وإنما لسبب آخر، وهو أن الفقه اعتبروا أنه عند التنازل عن العقد فإن الغير عن العقد الذي يمثل المتنازل له يحل محل

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص-ص، 29، 30.

[2] المرجع نفسه، ص 28.

المقاول المتنازل في العقد ، وبذلك تصبح له حقوق المقاول الأصلي في العقد ويتحمل التزاماته كذلك، فهو ينقل له مركزه التعاقدي كله، وهذا هو معنى الحلول الحقيقي أين لا يبقى المقاول الأصلي جزءا من العقد ويؤطر هذا التنازل وفق أحكام حوالة الحق وحوالة الدين، في حين لو تنازل فقط عن مقابله المالي فهو يبقى جزءا في العقد ينفذ ما عليه من التزامات ، وبالتالي لا يمكن تكييف هذا التصرف كتنازل عن العقد فهو لم يتنازل عن العقد حقيقة.

وهذه الخاصية التي تفيد خروج المقاول الاصلي من العقد من أهم النقاط التي يمكن أن نميز بها التنازل عن العقد والمقاولة من الباطن والتي يمكن تفصيلها فيما بعد.

و إذا تحدثنا هنا عن التنازل عن المقاولة باعتباره تنازل عن العقد فيجب الاشارة إلى ان المشرع الجزائري لم يتطرق للتنازل عن المقاولة في القسم الخاص بالمقاولة الفرعية في القانون المدني، عكس التنازل عن الايجار الذي نظمه مع الايجار الفرعي[1]، كما أن المشرع الفرنسي لم يخصه بالذكر في القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، لكن كلا التشريعين نظمه من خلال قوانين الصفقات العمومية.

ثانيا: التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد

من الضروري عدم الخلط بين المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد، حتى وإن كان:

- التنازل عن العقد مثل المقاولة من الباطن يدخل ضمن فئة سلسلة العقود التي تنطوي تحت ستار تعاقب العقود مع مرور الوقت، أي أن التعاقد من الباطن سواء كان جزئي أو كلي، والتنازل عن العقد يلزمان فعل التعاقد الذي يسبق فعل التعاقد من الباطن أو فعل التنازل.

بمعنى آخر من أجل الوصول إلى المقاولة من الباطن يجب أن يكون التعاقد من الباطن يلي وجود عقد أصلي يسمى بعقد المقاولة ، ومن أجل تجسيد تنازل عن العقد يجب أن يكون هناك عقد قد أبرم ، يسمح بوجود هذا النوع من الاتفاق ألا وهو التنازل عن العقد.

- التنازل عن العقد مثل التعاقد من الباطن يحافظ على نفس المحل، والذي يقصد به أن محل المقاولة من الباطن يستمد محله من عقد المقاولة، وكذلك فإن اتفاق التنازل يستمد محله من العقد الأصلي المتنازل عنه.

[1] راجع المادة 505 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

– كما أن التنازل عن المقاولة مثله مثل التنازل عن العقد ، هو اتفاق كأي اتفاق آخر يتطلب شروط عامة تطبق على كل الاتفاقيات بالإضافة إلى شروط خاصة لهذا النوع من الاتفاق يشترك فيها مع المقاولة من الباطن، تنطوي على أن لا يكون العقد قائما على الاعتبار الشخصي ، أي أنه لا تكون شخصية المقاول الذي يريد التنازل محل اعتبار في العقد، كأن يكون رب العمل قد تعاقد معه بسبب كفاءته وسمعته في السوق ، فهو هنا مجبرا على تنفيذ العقد بنفسه ولا يجوز له التنازل عنه دون موافقة رب العمل، مع بقاء العقد قائما أي أنه لم يتم تنفيذه بعد فلو ان المقاول قام بتنفيذ العمل فلا صحة للتنازل هنا، لأن غايته مقضية وهي حلول المتنازل له مكان المتنازل في التنفيذ[1].

ولكن وراء هذا التشابه ومن خلال كل ما سبق ذكره في تحديد مفهومي المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد، من الضروري تسليط الضوء على الاختلافات التي تفصل بين هذين الصنفين من العقود ، اللذان يدخلان ضمن فئة سلسلة العقود[2] التي تتمثل في:

–في المقاولة من الباطن الحقوق والالتزامات تحدد بين أطراف العقد: المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ، شريطة أن لا تختلف عن شروط العقد الأصلي أو تجاوزه وهو عقد المقاولة، بينما في التنازل عن العقد لا يوجد أي تحديد للحقوق والالتزامات بين المتنازل والمتنازل له، إذ تكون محددة سابقا في العقد المتنازل عنه[3].

– في عقد المقاولة من الباطن المقاول الأصلي يبقى مرتبطا بعلاقة عقدية مع رب العمل تستمد من مسؤوليته اتجاه هذا الاخير لتنفيذ العقد، أما في التنازل عن العقد فإن المقاول الأصلي يتحرر من التزاماته التعاقدية التي تنتقل بالضرورة إلى المتنازل له.

إذ يبحث مجلس الشورى الفرنسي للفصل في ما إذا كان العقد مقاولة من الباطن أو تنازل عن العقد، بالنظر إلى مدى تلقي الطرف الثالث للتعليمات والتوجيهات من المتعاقد الأساسي فنكون أمام عقد مقاولة من الباطن، أو من طرف رب العمل فتتحقق حالة التنازل عن العقد بما في ذلك التنازل عن المقاولة.[4]

---

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص –ص 28، 29.

[2] Franck Moderne, la sous-traitances des marchés publics ,Paris, édition Dalloz, 1995, p 20.

[3] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 31.

[4] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 65.

– في المقاولة من الباطن فإن المقاول من الباطن لا يمكنه أن يصبح طرفا متعاقدا في العقد الأصلي، وإنما يرتبط بعلاقة تعاقدية فقط مع المقاول الأصلي في إطار المقاولة من الباطن ولا تربطه أي علاقة تعاقدية مباشرة مع رب العمل، بينما في التنازل عن العقد هناك تعاقب للمقاولين والذي يترتب عنه أن المتنازل له عن العقد يصبح دائما طرفا متعاقد في العقد، ويحل محل المتنازل عن العقد شريطة استفاء شروط التنازل.

فيمكن مثلا أن يصبح المتنازل له مقاولا يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة محل المقاول المتنازل الذي ينهي بذلك علاقته التعاقدية مع رب العمل، فتنتقل إليه الحقوق وفق أحكام حوالة الحق والالتزامات بناء على أحكام حوالة الدين، شريطة استفاء قبول رب العمل.[1]

_ المقاولة من الباطن تتميز بتعاقب للعقود، عقد أصلي يربط رب العمل مع المقاول الأصلي وهو عقد المقاولة الأصلي الذي لا يزال قائما، وعقد من الباطن يربط المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن والذي يطعم ويزرع فيه مع إمكانية التعديل في مضمونه، بينما التنازل عن العقد يتضمن تعاقب للمقاولين في إطار نفس الموضوع التعاقدي الذي يحافظ على آثاره ويغير أطراف علاقته التعاقدية.[2]

_وأخيرا ومن بين الفروق الجوهرية والتي تعتمد إلزاما في تمييز هذين النوعين من العقود، نجد أنه في عقد المقاولة من الباطن فإن الحائز أو صاحب العقد الأصلي بصفته منفذا لهذا الأخير يبقى موجودا في العقد من الباطن ، ومسؤولا عن تنفيذ العقد وعن ما يقوم به المقاول من الباطن اتجاه رب العمل[3]، وقد سبق بينا ذلك من خلال النصوص القانونية التي تنظم المقاولة من الباطن سواء في القانون الجزائري ، من خلال المادة 2/564[4] من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها «....ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل»، كما أكد ذلك القانون الفرنسي من خلال الفقرة الأولى من المادة الأولى[5] من القانون 75–1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن والتي تنص على أنه «المقاولة الفرعية في مفهوم هذا القانون، هي العملية التي بموجبها يعهد المقاول وتحت

[1] عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة، المقاولة والوكالة، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2015، ص 259.

[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 31.

[3] Franck Moderne, op cit, p 20.

[4] المادة 2/564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[5] Article1 /1 de la lois 75-1334 relative à la sous-traitance, op cit.

مسؤوليته...»، ويعني كل هذا أن المقاول الاصلي عند ابرامه لعقد المقاولة من الباطن لا ينوي الخروج والتملص نهائيا من هذه العلاقة التعاقدية، فهو يبقى موجودا فيها بأقل قدر مراقبا ومسؤولا عن تنفيذها، بينما في التنازل عن العقد يفترض أن المتنازل يريد ترك المهمة أي العلاقة التعاقدية والتملص منها ، بما فيها من حقوق والتزامات إلى المتنازل له بموجب اتفاق بينهما وهذه هي أهم نقطة يبحث فيها في التمييز بين هذين الصنفين.

الفرع الثاني

عقد المقاولة من الباطن وتعدد العقود والتجمع الاقتصادي

سنقوم من خلال هذا الفرع بتمييز عقد المقاولة من الباطن عن كل من تعدد العقود والتجمعات.

أولا: الفرق بين المقاولة من الباطن وتعدد العقود

يمكن لرب العمل أن يتعاقد مع عدة مقاولين من أجل تنفيذ عمل معين، أين يجزأ التنفيذ على هؤلاء المقاولين نظرا لضخامة المشروع، فيلزم مثلا أحد المقاولين بالبناء وآخر بتنفيذ أعمال الكهرباء وثالث بتهيئة المشروع...إلى غير ذلك من الأعمال، وكل هذا لهدف واحد وهو تنفيذ المشروع في جملته وتسليمه في التاريخ المحدد، فيكون لرب العمل بذلك علاقة مباشرة مع كل مقاول على حدى في إطار ما يسمى بتعدد العقود أو المقاولة الإقترانية[1].

ويرى الفقه الفرنسي أن تعدد العقود لم يحظى بنفس اهتمام عقود المقاولة من الباطن، نظرا لاستخداماتها الواسعة في مجال البناء بصفة عامة وصفقات الأشغال بصفة خاصة، أين تتلقى تشجيعات كبيرة من السلطات العامة بدليل ترجيح دخول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الصفقات العمومية تحت غطاء هذا النوع من التعاقد، عندما تفوق العروض القدرات التقنية أو المالية للمتعاقد الواحد، كما تلقى نفس الاهتمام على الصعيد الدولي إذ تسمح لمؤسسات وطنية أخذ صفقات ضخمة[2].

وهو الطريق الذي انتهجه المشرع الجزائري مؤخرا من خلال قوانين الصفقات العمومية، مفاده تشجيع قيام عقود المناولة، حيث جاء القسم السادس من الفصل الرابع للمرسوم الرئاسي 15-247 تحت عنوان المناولة، أين أكدت المادة 140 منه على إمكانية منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 34.

[2] Frank moderne ,op cit, p-p ,9, 10.

بواسطة عقد مناولة من طرف المتعامل المتعاقد الذي يمثل المقاول الأصلي في عقود المقاولة من الباطن، في حدود 40% من الصفقة[1]، وهذا ما تم تأكيده مؤخرا بنص المادة 1/82 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذا المادة 60 منه، التي أعطت الأولوية لاندماج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والمؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة في الاقتصاد الوطني وأهمية أكثر للمنتجات والحصص التي تكون محل مناولة.[2]

وقد تم معالجة تعدد العقود في القانون الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية ،أين يتفق مع نظيره الفرنسي الذي سبقه في تحديد هذا النوع من العقود كما سنبين لاحقا، حيث جاء في نص المادة 37[3] من المرسوم 15-247 ، أن المتعامل المتعاقد الملتزم في الصفقة قد يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين او معنويين تقدمه يكون فردي أو في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، وهذا ما أكده نص المادة 2/44[4] من القانون 23-12 عندما بين أنه يمكن أن يكون تقدم المتعهد بمفرده أو في إطار تجمع مؤسسات.

وهذا يعني أن المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في إطار الصفقة يمكن أن يكون:

-شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع المصلحة المتعاقدة لتنفيذ العقد.

-عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يتعاقدون مع المصلحة المتعاقدة في إطار فردي أو في شكل تجمع مؤقت لتنفيذ الصفقة.

ليأتي نص المادة 81 [5]من الأمر 15-247 فيما بعد ويبين لنا الحالات التي يتعاقد فيها المتعاملين في شكل تجمع والتي تعكس لنا صور تعدد العقود، حيث أكدت الفقرة الأولى منها أنه ينبغي على المؤسسات التي تختار شكل التجمع المؤقت احترام قواعد المنافسة، بما يفيد أن التجمعات المؤقتة تخص المؤسسات فقط وهو ما يتطابق مع القانون الفرنسي كما سنبين لاحقا، في حين حالة تعدد العقود للأشخاص الطبيعية لا تأخذ شكل التجمع وإنما تقدم عروضهم فرادى.

---

[1] المادة 140من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[2] المادة 1/82 والمادة 60 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

[3] المادة37 من المرسوم الرئاسي15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[4] المادة 2/44 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

[5] المادة 81 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

ثم يأتي نص الفقرة الثانية من نفس المادة ليبين لنا الأشكال القانونية للتجمعات المؤقتة في إطار ما يسمى بتعدد العقود والتي قد تكون تجمعات تشاركية أو تجمعات تضامنية.

وحسب الفقرة الرابعة من نفس المادة نكون أما حالة تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة، عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة، بما يفيد أن كل مؤسسة عضو في التجمع المؤقت التضامني مسؤولة بصفة تضامنية أمام المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ كل الصفقة، وبالتالي المسؤولية العقدية لكل مؤسسة مرتبطة بكل الصفقة وليس بالجزء الذي نفذته فقط.

وتوضح لنا الفقرة الخامسة أنه عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمات التي وضعت على عاتقه نكون أمام حالة تجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة، بما يفيد أن كل عضو في إطار التجمع المؤقت التشاركي يكون مسؤولا عن تنفيذ الجزء الذي كلف به في إطار الصفقة، ولا تمتد مسؤوليته إلى تنفيذ أعمال بقية الأعضاء في التجمع ، وبالتالي مسؤوليته العقدية تتعلق بالجزء الذي نفذه فقط. وتنص الفقرة السادسة من نفس المادة على أنه يكون وجوبا وكيل التجمع المؤقت لمؤسسات مشاركة متضامنا في تنفيذ الصفقة مع كل عضو في التجمع بشأن التزاماتهم التعاقدية في مواجهة المصلحة المتعاقدة، بما يفيد أن يكون وكيل التجمع مسؤولا عن كل عضو في هذا التجمع بصفة تضامنية في إطار تنفيذ الصفقة أمام المصلحة المتعاقدة، وهي الحالة التي تتشابه كثيرا مع مسؤولية المقاول عن المقاول من الباطن أمام رب العمل.

في حين اكتفى نص المادة 55 من القانون 23-12 بالتأكيد على ضرورة احترام قواعد المنافسة إذا ما اختار المتعهدين تقديم عروضهم في شكل تجمع مؤقت لمؤسسات، مع إبراز الشكل القانوني الذي يمكن أن تتخذه هذه التجمعات، حيث يمكن أن تكون تجمعات مؤقتة لمؤسسات متضامنة أو تجمعات مؤقتة لمؤسسات متشاركة دون الخوض في تفاصيل أخرى ، بما في ذلك ضبط أحكام كل شكل الأمر الذي يحيلنا حسب المادة 112 من هذا القانون إلى مضمون نص المادة 81 من المرسوم 15-247.[1]

أما القانون الفرنسي فقد حدد من خلال المرسوم 87-76 المؤرخ في 76/01/21 المعدل والمتضمن البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للبناء شكلين أساسيين لتعدد العقود، حيث ذكر أنه هناك نوعين من المقاولات المجمعة، المقاولات المجمعة المتضامنة والمقاولات المجمعة المتشاركة، فتكون متضامنة عندما تكون كل مقاولة منهم ملزمة بكل الصفقة أو العقد، في حين تعتبر متشاركة عندما تقسم

[1] المادة 55، المادة 112 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

الصفقة إلى وحدات وتكون كل مقاولة منهم مسؤولة عن الجزء المحدد لها في العقد[1].

يفهم من ذلك أن تعدد العقود في القانون الفرنسي كذلك يمكن أن يأخذ شكلين أساسيين وهما:

تعدد العقود بين مقاولات تدعى متشاركة وتعدد العقود بين مقاولات متضامنة، وهو ما تبعه المشرع الجزائري كما بينا سابقا، وكمثال حي عن ذلك نأخذ حالة عقود مقاولات البناء حيث تكون متشاركة عندما يتعاقد رب العمل مع عدة مقاولين بصفة أفقية في آن واحد ويكون لكل مقاول جزء يتحمله في الآجال المحددة ، كأن يتعاقد مع مقاول للبناء وآخر للطلاء وثالث للكهرباء...، وتكون تضامنية عندما يتحمل هؤلاء المقاولين تنفيذ العقد في جملته، كما بينا سابقا ويكونوا مسؤولين مسؤولية تضامنية أمام رب العمل عن تنفيذ العمل ككل، وليس كما في التجمعات التشاركية يكون كل واحد مسؤول عن الجزء المكلف به فقط.

ويمكن في هذا الإطار أن نعين أحد منهم كوكيل عنهم، مثلا المقاول الذي كلف بالعمل الرئيسي في مقاولات البناء المتمثل في عملية التشييد يكون مسؤولا عن بقية المقاولين اللذين كلفوا بأعمال ثانوية كأعمال الكهرباء والطلاء أمام رب العمل.

ليأتي فيما بعد ويعترف صراحة وبصفة رسمية بتعدد العقود من خلال المرسوم 92-1310 المؤرخ في 92/12/15 المبسط لقانون الصفقات العمومية، حيث سمح في نص المادة 1/46 منه للمؤسسات من أن تقدم عروضها تحت غطاء هذا النوع من العقود وفق الشروط والأشكال المبينة في قانون لوائح البناء[2].

وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد اعترف من خلال هذا المرسوم بوجود هذا النوع من العقود في شكل العروض المجمعة في مجال البناء، حيث جاء في النص أنه يمكن للمؤسسات تقديم عروضها أو عروضها المجمعة ، والذي يفهم منه أنه هناك وجود لعدة مؤسسات تكون عروضها مجمعة أي عروض متشاركة على مستوى أفقي عند التعاقد مع رب العمل أو صاحب المشروع، وأرجع شروط وأشكال تطبيق ذلك إلى قانون لوائح البناء الذي حددها من قبل.

وبعد توضيح مفهوم العقدين في التشريعين الجزائري والفرنسي، ورغم التشابه الكبير بينهما نتيجة وجود أكثر من عقد واختلاف أطراف هذه العقود مع إمكانية اشتراكها في أهداف واحدة، ومع ذلك توجد اختلافات جوهرية بينهما تتجلى في الآتي:

[1] Franck moderne, op cit, p 11.
[2] Ibid.

1-العلاقات الناشئة عن إبرام العقد:

في عقد المقاولة من الباطن لا توجد علاقة مباشرة تجمع رب العمل بالمقاول من الباطن، لأن هذا الأخير غريب عن العقد الأصلي الذي يجمع رب العمل بالمقاول الأصلي ، وإنما يرتبط المقاول من الباطن فقط مع المقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة من الباطن ، بحيث يحل محل هذا الأخير في تنفيذ كل أو جزء ما أوكل للمقاول الأصلي تنفيذه في إطار عقد المقاولة الأصلي، بينما في المقاولة الاقترائية أو التجمعات المؤقتة التي تضم عدة عقود فإن المقاولين المتشاركين أو المتضامنين جميعهم يرتبطون داخل ذلك التجمع بعقد مع رب العمل سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية، أين يكون كل مقاول مسؤول عن تنفيد كل أو جزء من العقد حسب نوع التجمع، ولا يمكن لأحدهم أن يحل محل مقاول آخر في التنفيذ[1].

2-البناء التعاقدي:

ابرام عقد المقاولة من الباطن يكون في شكل عمودي بحيث يسبق العقد الأصلي العقد من الباطن في إطار سلسلة عقدية ،تخرج هذا الأخير من باطنه، في حين أن المقاولة الاقترانية تبرم في شكل أفقي ،يسمح لرب العمل بالتعاقد مع عدة مقاولين بصفة انفرادية عن طريق تشكيل تجمعات مؤقتة تشاركية أو تضامنية، أين تكون كل العقود منفصلة وأصلية[2].

3-تزامن إبرام العقد وزواله:

إبرام عقد المقاولة من الباطن يتبع إبرام عقد المقاولة الأصلي ويستمد وجوده منه، أما بالنسبة لتعدد العقود فهي غالبا ما تبرم في آن واحد ولا يرتبط أحدها بإبرام الآخر ولا يستمد وجوده منه.[3] كما أن زوال عقد المقاولة الأصلي يؤدي قانونيا إلى زوال عقد المقاولة من الباطن ، لأن هذا الأخير مستمدا منه، أما في عقود المقاولة الاقترائية فإن زوال أحد العقود لا يؤدي بالضرورة إلى زوال العقود الأخرى، لان كل عقد منفصل عن الآخر.

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص-ص، 72، 73.

[2] كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص 120.

[3] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 73.

ثانيا: التميز بين عقد المقاولة من الباطن والتجمع الاقتصادي

تناول المشرع الجزائري التجمعات في القانون التجاري، حيث صرح في نص المادة 796[1] منه أنه يمكن تأسيس تجمعا بين شخصين معنويين أو أكثر، يكون مكتوبا ولفترة محدودة بغرض تسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائه، تحسين نتائجه وتنميته أو تطويره.

يفهم من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد نظم التجمعات على غرار المقاولة من الباطن دون تحديد تعريف لها، إلا أنه وضع بعض الحدود لقيام التجمعات، حيث اقتصرت على الأشخاص المعنوية إذ لم يشير إلى إمكانية قيامها من طرف أشخاص طبيعية، وجعلها مؤقتة ومكتوبة، هدفها تسهيل وتطوير النشاط الاقتصادي للأشخاص المتجمعة وتحسين مردودية نتائجها.

ليأتي فيما بعد ويحدد طبيعة علاقة هذه الأشخاص المعنوية فيما بينها في إطار التجمع من خلال نص المادة 799 مكرر 1[2]، فقد جعلها تقوم على المسؤولية التضامنية في تسديد ديون التجمع وإن لزم الأمر من أموالهم الخاصة ،إلا إذا وجد اتفاق يخالف ذلك، وفرض توجيه الإنذار غير القضائي للتجمع ككيان قانوني واحد ، من أجل متابعتهم لتسديد الديون من قبل دائني التجمع.

وفي إطار تسيير التجمع فإنه يجوز أن يسير شؤونه شخص أو أكثر ينتمي إلى أحد الأشخاص المعنوية أعضاء التجمع، أو شخص معنوي عضو في التجمع مع تعيين ممثل عنه في هذه الحالة ، يتحمل كل المسؤوليات المدنية والجزائية في إطار إدارة التجمع كما لو كان يديره باسمه الخاص[3]. أما المشرع الفرنسي فقد سمى هذا النوع من التجمعات بالتجمعات ذات المنفعة الاقتصادية، تم تنظيمها لأول مرة بموجب الأمر 67-821[4] المعدل بالقانون رقم 89-377 المؤرخ في 13 جوان 1989، المتعلق بالتجمعات الاقتصادية الأوروبية وقد تم إلغائهما بموجب الأمر 2000-912 المتعلق بالجزء التشريعي للقانون التجاري، من خلال نص المادة 14[5] منه لتدون في متن القانون

---

[1] المادة 796من الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية العدد 101، الصادرة بتاريخ 1975/12/19، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي 93-08، المؤرخ في 25 أبريل 1993.

[2] المادة 799 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق.

[3] المادة 799 مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق.

[4] Voir ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967, sur les groupements d'intérêt économique ,modifié par la loi n 89-377 du 13 juin 1989 relative au groupement Européens d'intérêt économiques, journal officiel du 15 juin 1989.

[5] Article 14 de l'Ordonnance n 2000-912 du 18/09/2000 relative à la partie législative du code de commerce, sur le site: www.legifrance.gov.fr.

التجاري الفرنسي ضمن عنوانه السابع: التجمعات ذات المنفعة الاقتصادية، حيث سمي فصله الأول ب: التجمع ذات المنفعة الاقتصادية للقانون الفرنسي وحددت المادة L 251-1[1] منه على أنه يمكن لشخصين أو أكثر سواء كانت أشخاص طبيعية أو معنوية تشكيل فيما بينها ولمدة زمنية محددة تجمع ذات منفعة اقتصادية، يهدف هذا الأخير إلى تسهيل أو تطوير النشاط الاقتصادي لأعضائه وتحسين نتائجه، بعيدا عن السعي وراء تحقيق أرباح لحسابه الخاص.

ولم يتحدث المشرع الفرنسي من خلال هذا النص عن شرط الكتابة لكنه أورده ضمنيا في نص المادة L251-4، حين تحدث عن تسجيله في السجل التجاري، وفرض المسؤولية التضامنية لأعضائه في سداد ديونه الذي يمكن أن يمتد إلى أموالهم الخاصة من خلال نص المادة L251-6 .[2]

من خلال مضمون هذه المواد نجد أن المشرع الفرنسي حدد الإطار القانوني الذي يحكم التجمعات ذات المنفعة الاقتصادية، دون وضع تعريف لها، بالإضافة إلى أنه فرض عدم خروج نشاط التجمع عن دائرة النشاطات الممارسة من قبل أعضائه، لأنه برأينا هو الدافع الأساسي وراء قيام مثل هذه التجمعات أو بعبارة أخرى جواز المرور لإنشائها.

بعد تحديد الإطار القانوني لهذا النوع من العقود في التشريع الفرنسي يمكن استخلاص مجموعة من المميزات تتصف بها هذه التجمعات تتمثل في[3]:

-يضم التجمع عضوين على الأقل سواء تعلق الامر بأشخاص طبيعية أو معنوية.

-يتمتع التجمع بالشخصية المعنوية.

-له نشاط اقتصادي غير مربح هدفه مساعدة أعضائه.

-تمويل النشاط يكون بوجود أو دون رأس مال.

-يكون أعضائه مسؤولين مسؤولية تضامنية على ديونه إلا في حالة وجود اتفاق يحول دون ذلك.

-يكون التجمع لمدة زمنية محددة.

ومن خلال التعرض إلى ما جاء بخصوص التجمعات الاقتصادية في القانونين الجزائري والفرنسي نجد أن:

---

[1] Article L 251-1 du code de commerce français, sur le site: www.legifrance.gov.fr

[2] Articles L251-4, L251-6 du code de commerce français ,op cit.

[3] Revue de la fédération des entreprises publics locales, collection mode d'emploi, Mars 2013, p-p, 06-09. Sur le site: www.esp.Fr

-المشرع الجزائري سماها بالتجمعات فقط إلا أنه أوردها ضمن نصوص القانون التجاري ، وهذا دليل على أنها اقتصادية دون ذكر ذلك، أما المشرع الفرنسي فقد أطلق عليها صراحة اسم التجمعات ذات المنفعة الاقتصادية.

-الأمر الثاني المشرع الجزائري انفرد بالأشخاص المعنوية فقط لتشكيل التجمعات دون السماح للأشخاص الطبيعية بذلك في إطار القانون التجاري، على عكس المشرع الفرنسي الذي صرح بإمكانية تشكيل تجمعات ذات منفعة اقتصادية من قبل أشخاص طبيعية أو معنوية.

وبعد التطرق لمفهومي عقد المقاولة من الباطن والتجمعات الاقتصادية يمكن التمييز بينهما في الآتي:

-عقد المقاولة من الباطن مستمد من عقد المقاولة الأصلي وله نفس محله ويليه في الإبرام، أي أن العقد مستمد من عقد يسبقه، في حين أن التجمع الاقتصادي لا يسبقه عقد، وإنما هو مجموعة من العقود تتجمع تحت سقف التجمع الذي يتمتع بالشخصية المعنوية من أجل أهداف اقتصادية.

-لا تضامن ولا تعاون في المقاولة من الباطن، المقاول من الباطن مسؤول عن الجزء أو الكل المخول له تنفيذه عن طريق العقد، في حين أنه في إطار التجمع تكون مجموعة من المؤسسات أو المقاولين متضامنين ومتعاونين في إنجاز صفقة معينة كل حسب اختصاصه.

وفي الأخير نقول أن المقاولة من الباطن تختلف عن كل من المقاولة الافترائية، تعدد العقود وكذا التجمعات الاقتصادية، وتجدر بنا الإشارة إلى تبيان الفرق بين تعدد العقود في حالة التجمعات والتجمعات ذات المنفعة الاقتصادية، وهو فرق جوهري يكمن في أنه في إطار التجمعات ذات النفع الاقتصادي المنصوص عليها في القانونين التجاريين الجزائري والفرنسي ، نجد أن التجمع يتمتع بالشخصية المعنوية أي في شكل شخص معنوي، بينما التجمع في إطار المقاولة الافترائية يكون من دون شخص معنوي وإنما تعاقد بالشراكة أو التضامن، كما جاء في قانون الصفقات العمومية الجزائري وكذا قانون 92-1310 الفرنسي السالف الذكر.

الفرع الثالث

عقد المقاولة من الباطن والعقود المتتابعة والعقود المكملة

نعرض فيما يلي التمييز بين عقد المقاولة من الباطن والعقود المتتابعة ثم التمييز بين عقد المقاولة من الباطن والعقود المكملة.

أولا: المقاولة من الباطن والعقود المتتابعة

بالإضافة إلى تقسيمات العقود التي اعتمدها القانون المدني فقد قام الفقه بوضع تقسيمات أخرى لم تتناولها التشريعات، آخذين في ذلك اعتبار للتطور الذي مس الممارسات التعاقدية ومن بين هذه التقسيمات نجد تقسيم العقود إلى عقود فورية وعقود ذات التنفيذ المتتابع، هذه الأخيرة هي التي تهمنا في دراستنا، والتي تعرف على أنها عقود تفترض وجود تنفيذ متتابع يتسلسل مع مرور الوقت [1]، بما يفيد أن تنفيذ العقد الثاني يتبع تنفيذ العقد الأول لأن هذا الأخير هو السبب في وجود العقد الثاني وهكذا، الأمر الذي يشكل سلسلة عقدية مع مرور الوقت.

وفي العقود المتتابعة تنفيذ الخدمات يكون مع مرور الوقت[2] وافتراض تسلسل العقود.

من خلال هذين المفهومين فإننا نفسر افتراض تنفيذ متتابع مع مرور الوقت بوجود عدة عقود تكون متتابعة، وكل عقد ينفذ جزء معين من الخدمات، أي أن الخدمات تنفذ جزئيا مع مرور الوقت، وتتعاقب العقود التي تشكل فيما بعد سلسلة عقدية.

والعقود المتتابعة هي عبارة عن عقود منفصلة تتشارك في الطبيعة القانونية والمحل، تتابع في تاريخ نشوئها بحيث يعتبر العقد الأول سبب وجود العقد الثاني ، ولا يبرم العقد الثاني إلا بانتهاء العقد الأول، والعقد الثاني هو سبب وجود العقد الثالث ولا ينشأ العقد الثالث إلا بعد زوال العقد الثاني وهكذا[3].

وبمقارنة مفهوم العقود المتتابعة مع مفهوم عقود المقاولات بصفة عامة والمقاولات من الباطن بصفة خاصة ، فإننا نجد أنها تتشابه مع عقد المقاولة في إمكانية إبرام عقود متتابعة في إطار عقد مقاولة ضخم، مثلا عقد مقاولة بناء ضخم فيمكن لصاحب العمل هنا أن يتعاقد مع مقاول أول لتشييد

---

[1] Corine Renult-Brahinsky, l'essentiel du droit des contrats, op cit, p22.
[2] Michèle Muller , Droit civil, 2 ème édition, Paris, édition Foucher , 2006, Mise à jour juillet 2007, p 109.
[3] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص-ص، 75، 76.

البناء ثم مقاول ثاني للكهرباء وثالث لأعمال الطلاء...إلى غير ذلك من الأعمال هذا في إطار المقاولة، وكذلك نفس الشيء بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن أين يتعاقد رب العمل أولا مع المقاول الأصلي لتنفيذ أعمال تلك المقاولة الضخمة، ليتعاقد هذا الأخير تبعا مع مقاولين من الباطن أين يكلف الأول مثلا بالبناء، الثاني بأعمال الكهرباء، والثالث بالطلاء...، وهذه العقود هنا تتشارك كلها في تنفيذ عقد المقاولة الضخم.

ومن هنا تأتي ضرورة التمييز بين كل من المقاولة من الباطن وتعدد العقود لأن كل منهم مرتبط بوجود عقد يسبقه، وفي كلتا الحالتين يكون لتلك العقود نفس المحل وتكون متتابعة إلا أن الفرق الجوهري بينها يكمن في هذه النقاط: [1]

-في العقود المتتابعة العقد الثاني يكون لاحقا في الإبرام والتنفيذ، بينما عقد المقاولة من الباطن يبرم فعلا بعد إبرام عقد المقاولة الأصلي لأنه يستمد منه وجوده، لكن تنفيذهما يمكن أن يكون في نفس الوقت، لأن تنفيذ عقد المقاولة من الباطن هو في الأصل تنفيذ لعقد المقاولة الأصلي.

- في عقد المقاول من الباطن العقد الأصلي الذي يبرم بين المقاول الأصلي ورب العمل والذي يعتبر السبب في وجود عقد المقاولة من الباطن يبقى قائما عند إبرام هذا الاخير، أما في العقود المتتابعة ينتهي العقد الاول بمجرد إبرام العقد الثاني وهكذا، حتى وإن كان هو السبب في وجوده أو بعبارة أخرى عند اختفاء العقد الأول يبدأ العقد الثاني.

-كما أنه لا يمكن فصل عقد المقاولة من الباطن عن العقد الأصلي لأنهما مرتبطان ببعضهما البعض في حين يمكن فصل العقود المتتابعة عن بعضها البعض.

في الأخير وبعد معالجتنا لمفهومي العقد من الباطن والعقود المتتالية أو المتتابعة نخلص إلى أن عقد المقاولة من الباطن هو نوع خاص من أنواع العقود المتتابعة.

ثانيا: عقد المقاولة من الباطن والعقود المكملة

العقود المكملة هي تلك العقود التي تكمل عقود أخرى تسبقها أين يكون لهذه الأخيرة دورا أساسيا في إنشائها، ولا يمكن للعقد المكمل أن يوجد دون وجود العقد الاساسي الاول.[2]

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 76.

[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 35.

وسبب وجود العقود المكملة هو تسهيل وضبط تنفيذ العقود الأصلية الأساسية، ويكمن التشابه بين عقود المقاولة من الباطن والعقود المكملة في:

– وجود عقد يسبقهما حيث أنه في عقود المقاولة من الباطن يسبق العقد الأصلي العقد من الباطن ويكون سبب لوجوده، وكذلك في العقود المكملة يسبق العقد الأساسي العقد المكمل له ويكون شرط لوجوده.[1]

إلا أنه هناك فروق جوهرية بين العقدين يمكن استخلاصها من طبيعة العقد وأطرافه حسب التفصيل الآتي[2]:

–بالنسبة لموضوع العقد: موضوع العقد المكمل يختلف عن موضوع العقد الأساسي وعلى عكس ذلك فإن الطبيعة القانونية لعقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن هي نفسها، مثلا قد يبرم رب العمل عقد عمل مع شخص ثم يبرم معه عقد تكميلي يتمثل في عقد ايجار نتيجة تواجد العامل دائما في محل العمل، فالعقد الثاني هنا أساسه عقد العمل الموجود بينهما والثاني هو مسهل لتنفيذ الأول، وبذلك هو يكمله وأطراف العقد الأول هم نفسهم أطراف العقد الثاني، لكن طبيعة العقد الاول تختلف تماما عن طبيعة العقد الثاني، فالأول عقد عمل اما الثاني فهو عقد ايجار، في حين لا يمكن أن تختلف طبيعة عقد المقاولة عن طبيعة عقد المقاولة من الباطن لان هذا الأخير يستمد محله من العقد الأصلي.

–بالنسبة لأطراف العقد:

في العقود المكملة أطراف العقد المكمل يمكن أن تكون هي نفسها أطراف العقد الأساسي، بعكس المقاولة من الباطن دائما يتدخل شخص ثالث غير أطراف العقد الأصلي، ويكون محور العقد من الباطن، وهناك طرف مشترك بين العقد الأصلي والعقد من الباطن ألا وهو المقاول الأصلي، ويبقى رب العمل أجنبي عن العقد من الباطن.

وتجدر الإشارة إلى أنه في العقود المكملة يمكن أن تختلف أطراف العقد الأساسي عن أطراف العقد المكمل، أين يبرم العقد المكمل بين أحد أطراف العقد الأساسي وطرف آخر أجنبي عنه، وهي الحالة التي تشتبه بها العقود المكملة أكثر بعقود المقاولة من الباطن ، كأن يتعاقد شخص مع مقاول

[1] مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، 2016/2015، ص 62.

[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص–ص 36، 37.

في إطار العقد الأساسي ليتعاقد المقاول فيما بعد مع مجموعة من العمال لمساعدته في تنفيذ بعض أعمال العقد، فاختلاف الطبيعة القانونية للعقدين هي التي تفصل هنا في التشابه، لأن العقد الأساسي الذي أبرمه رب العمل مع المقاول هو عقد مقاولة، في حين العقود التي أبرمها المقاول فيما بعد مع مجموعة العمال هي عقود عمل مكملة للعقد الأساسي، الأمر الذي لا نجده في عقود المقاولة من الباطن لأن العقد الأصلي والعقد من الباطن دائما من نفس الطبيعة القانونية.

وفي الأخير نستنتج أن الطبيعة القانونية للعقدين، هي التي تمكننا من التمييز بين عقود المقاولة من الباطن والعقود المكملة، فإذا بقيت نفس الطبيعة القانونية بين العقد الأصلي والعقد الذي يليه، نكون أمام عقد من الباطن، أما إذا اختلفت الطبيعة القانونية للعقد الأصلي عن العقد الذي يليه، فنكون أمام عقد مكمل، لأن أطراف العقد يمكن أن تختلف في العقد المكمل كاختلافها في العقد من الباطن.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لتطبيق عقد المقاولة من الباطن

يكون المقاول ملزما بتنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة المبرم بينه وبين رب العمل، إلا أن هذا التنفيذ قد لا يكون شخصيا حيث يعتمد المقاول على شخص أو أكثر يدعون مقاولين من الباطن في إطار عقود المقاولة من الباطن، من أجل تنفيذ كل أو جزء من العمل الموكل إليه، وسنعرض فيما يلي مدى جواز تطبيق عقد المقاولة من الباطن وشروط تطبيقه، كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

مدى جواز تطبيق عقد المقاولة من الباطن

يثير مدى جواز لجوء المقاول للمقاولة من الباطن في إطار تنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة تساؤلات بخصوص مشروعية عقد المقاولة من الباطن وشرط منع التعاقد من الباطن، نعرضها فيما يلي كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

مشروعية عقد المقاولة من الباطن

يتوجب لبحث مشروعية عقد المقاولة من الباطن بيان إباحة التعاقد من الباطن وأساسها القانوني.

أولا: إباحة التعاقد من الباطن –الأصل–

إن معالجة إباحة التعاقد من الباطن للمقاول أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية في إطار عقد المقاولة تقتضي البحث فيما إذا كان اللجوء إلى عقد المقاولة من الباطن حق، ومدى إمكانية أن يعهد المقاول بتنفيذ العمل المكلف به كليا إلى المقاول من الباطن، ومدى جواز ممارسة عقد المقاولة من الباطن في إطار سلسلة من العقود، حسب التفصيل الآتي[1]:

[1] Franck Moderne, op cit, p 44.

1-اللجوء إلى عقد المقاولة من الباطن حق:

الحق في اللجوء إلى عقود المقاولة من الباطن يكون بالنسبة للعقود الغير مستبعدة من نطاق التعاقد من الباطن فهي تتيح هذا النوع من التعاقد، والتعاقد من الباطن كمبدأ جائز دون شروط أو إجراءات معينة ، فهو لا يتطلب موافقة مسبقة يحصل عليها مثلا المقاول الأصلي من قبل رب العمل قبل اللجوء إلى المقاولة من الباطن ، أو إقرار لاحق لرب العمل على العقد، وهذا هو التأسيس المعتمد كأصل عام في حالة عدم وجود نص صريح يمنعه من ذلك[1].

وبرأينا فإن الحظر الضمني الذي يمكن أن يتخذ عدة صور يشكل كذلك حائلا دون الاعتماد على الأصل العام ألا وهو الإباحة.

وقد وضع فقه القانون المدني مجموعة من الحجج والأسانيد لتبرير ما تقدم ذكره ويتعلق الامر ب[2]:

أ- إمكانية التصرف في الحقوق الشخصية-المالية-، سواء بنقلها أو استغلالها وفقا لمبدأ حرية التداول متى كانت قابلة لذلك.

فعقد المقاولة يعتبر عقدا ماليا وبذلك يجوز للمقاول أن يكلف مقاول من الباطن تنفيذ كل أو جزء ما أوكل إليه من أعمال من قبل رب العمل، باعتبار أنه كأصل عام لا يعتد بشخصيته في التعاقد أي أن العقد لا يقوم هنا على الاعتبار الشخصي.

ب-إمكانية الوفاء بالالتزام من غير المدين وهو المقاول الأصلي في العقد محل دراستنا، وفي هذه الحالة ليس للدائن أي رب العمل الحق في الاعتراض على ذلك إلا في حالتين وهما:

-إذا كانت طبيعة الدين تستوجب أن يكون الوفاء من المقاول الأصلي، كالحالة التي تكون فيها شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار جعلت رب العمل يبرم معه قصدا العقد.

-أو إذا كان هناك نص في العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي يفيد أن لا يكون التنفيذ إلا من قبل المقاول الأصلي.

---

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص-ص، 13، 14.

[2] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص-ص، 31-33.

وفي هاتين الحالتين نجد أن نص المادة 169[1] من القانون المدني الجزائري واضحة في ذلك، حيث أكدت أنه في حالة الالتزام بعمل يمكن للدائن رفض الوفاء من غير مدينه بشرط أن يوجد نص يفيد الاتفاق حول ذلك، أو إذا كانت طبيعة الدين في حد ذاتها لا تقبل التنفيذ من غير المدين، وهو نفس توجه المشرع الفرنسي.

وفي غير هتان الحالتين لا يمكن الاعتراض على الوفاء من غير المدين، ففي إطار تنفيذ العقود من الغير باعتبار عقد المقاولة من الباطن عقد، والمقاول من الباطن بهذا العقد يحل محل المقاول في تنفيذ التزاماته المترتبة عن عقد المقاولة الذي يعتبر غير بالنسبة له، نجد أن المشرع الفرنسي واضح في هذا التوجه، حيث اعتبر في نص المادة 1194[2] من القانون المدني الفرنسي أنه في العقود لا يلتزم فقط بما تم التعبير عنه فيها، بل يمتد إلى كل عواقب العقد من حقوق ملكية، استخدام أو ما ينص القانون، وبرأينا عقد المقاولة يستخدم عقد المقاولة من الباطن أين تحل إمكانية تنفيذ عقد المقاولة من غير المقاول الأصلي وهو أيضا أمر قانوني.

وفي هذا السياق نجد أنه من حق المدين الذي يمثل المقاول الأصلي أيضا أن ينفذ التزاماته بأي طريقة كانت، والمقاولة من الباطن ليست إلا وسيلة لتنفيذ التزاماته الناتجة عن عقد المقاولة الأصلي الذي أبرمه مع رب العمل.[3]

ج-جواز استعانة المقاول بالبدلاء مثل استعانته بالمستخدمين، فاستعانة المتعاقد المشترك الذي يمثل المقاول الأصلي في عقد المقاولة بالبدلاء[4]، وصورة البدلاء في عقد المقاولة من الباطن تتجلى في المقاول من الباطن ، وهو الأمر الذي يختلف عن استعانته بأشخاص يعاونونه في تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاه رب العمل وهو ما يعرف بالأعوان[5]، ولكنه يبقى مسؤولا عن الفئتين، سواء تعلق الأمر بالبدلاء

---

[1] المادة 169 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1194 du code civil français, sur le site: www.legifrance.fr

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 14.

[4] «البدلاء هم الاشخاص المستقلون الذين كلفهم المدين بتنفيذ العقد كله أو بعضه من دون أن يقصد من عملية التكليف هذه اخراج نفسه من العلاقة العقدية التي تربطه بالدائن واحلال شخص البديل محله».
محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 150.

[5] «الأعوان هم كل من يلجأ إليه المدين لغرض مساعدته في تنفيذ الالتزام العقدي الملقى على عاتقه، كالعمال والمستخدمين والموظفين وكل من يربطه بالمدين علاقة التابع بالمتبوع أثناء قيامه بتنفيذ التزامه العقدي».
محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 165.

حيث يكون مسؤولا عنهم مسؤولية عقدية عن فعل الغير كما سنوضح لاحقا، أو الأعوان الذين يكون مسؤولا عنهم عقديا مسؤولية المتبوع عن التابع[1] أمام الدائن عن تنفيذ العقد الأصلي.

وعليه فإن المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن يبقى مسؤولا عن المقاول من الباطن كبديل عنه وعن كل المستخدمين الذين استعان بهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية باعتباره مدين لرب العمل بالتنفيذ.

د- الاستناد إلى النصوص التشريعية التي تبيح التعاقد من الباطن بصفة عامة والمقاولة من الباطن بصفة خاصة، وتبريرنا التشريعي سوف يعتمد على التشريع الجزائري والفرنسي باعتبارهما محل دراستنا في إطار عقود المقاولة من الباطن:

-فبالنسبة للتشريع الجزائري نجد أن القانون المدني قد نظم أحكام هذا النوع من العقود في القسم الثالث من الفصل الأول من الباب التاسع الخاص بعقد المقاولة، في إطار العقود الواردة على العمل حيث جاء القسم بعنوان المقاولة الفرعية، أين أجازت المادة 564 [2] منه للمقاول التعامل بهذا النوع من العقود في إطار تنفيذ التزاماته التعاقدية مع رب العمل ، في حالة عدم وجود نص يمنع ذلك في العقد المبرم بينهم وهو عقد المقاولة الأصلي، وكذا في الحالة التي لا تكون شخصية المقاول محل اعتبار في إبرام العقد أين لا يبرم رب العمل العقد معه على أساس كفايته الشخصية، على أن يبقى المقاول الأصلي مسؤولا اتجاه رب العمل عن أعمال المقاول من الباطن.

كما نجد إقرار خاص بحق اللجوء إلى هذا النوع من العقود كذلك في قانون الصفقات العمومية، من خلال نص المادة 140[3] من المرسوم الرئاسي 15-247 ، التي اعتبرت لجوء المتعامل المتعاقد إلى عقود المناولة في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية مع المصلحة المتعاقدة حق، لكن بشروط جاءت ضمن نص المادة حيث فرضت الفقرة الأولى منها أن يكون التنفيذ جزئي للصفقة وليس كلي، لتحدد بعدها صراحة في فقرتها الثانية النسبة القصوى القابلة للتعاقد من الباطن وهي 40 % ، ثم تختم هذه المادة بفقرتها الثالثة التي تفيد أنه لا يمكن للصفقات التي يكون موضوعها لوازم عادية أن تكون محل مناولة، ويقصد باللوازم العادية تلك المتوفرة في السوق والتي لا تكون مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خاصة أعدتها المصلحة المتعاقدة.

---

[1] أنور طلبة، العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص 204.

[2] المادة 564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] المادة 140 من المرسوم الرئاسي15 -247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

وبإضافة هذه الفقرة يكون المشرع قد قيد أكثر اللجوء إلى عقود المناولة في إطار الصفقات العمومية التي تعتبر في الأصل العام حق، حيث منع عقود اللوازم العادية بالتفصيل الذي جاء في نص المادة 3/140 من أن تكون محل عقود مناولة وهي في الأساس جزئية في حدود 40% من المبلغ الاجمالي للعقد مع الالتزام بالنصوص الموجودة في هذا المرسوم.

و هذا ما تم تأكيده مؤخرا بنص المادة 1/82 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، حين أجازت للمتعامل المتعاقد اللجوء للمناولة في تنفيذ الصفقة في حدود 40 % منها، دون ذكر شروط أخرى.[1]

وبعد الاطلاع على ما جاء في المرسوم الرئاسي15 -247، وبالرجوع إلى المادة 112 من القانون 23-12 التي تحلينا إلى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 التي تدخل في المجال التنظيمي إلى غاية صدور النصوص التنظيمية الجديدة المتخذة تطبيقا لأحكام هذا القانون، نجد أن شروط منح المتعامل المتعاقد تنفيذ جزء من الصفقة في إطار عقود المناولة لصالح المصلحة المتعاقدة تتمثل في[2]:

-تحديد مجال تدخل المناول في التنفيذ مع مراعاة المهام الأساسية التي لا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يتنازل عنها حسب دفتر الشروط الخاص بالصفقة.

- اختيار المناول وشروط دفعه التي يضعها المتعامل المتعاقد، تحظى بالضرورة على ترخيص المصلحة المتعاقدة التي تفيد موافقة رب العمل مسبقا وكتابيا، بعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية في تنفيذ الجزء الموكل إليه.

- تسليم المتعامل المتعاقد وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة.

- تحديد مبلغ حصة المتعهد القابلة للتحويل في إطار الخدمات التي تقدمها المؤسسات المناولة الخاضعة للقانون الجزائري وجوبا في عرضه.

---

[1] المادة 1/82 والمادة 60 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

[2] المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

والمادة 112 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد اعتبر عقد المقاولة من الباطن من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، ورغم ذلك جرت العادة على جواز التعامل بهذه العقود قبل صدور القانون 75-1334، وبصدوره تأكدت شرعية التعامل بهذا النوع من العقود[1]، أين أصبح هذا الأخير هو القانون الأساسي المنظم لعقود المقاولة من الباطن الشامل لعقودها العامة في إطار الصفقات العمومية والخاصة في إطار عقود المقاولة، بالإضافة إلى قانون الصفقات العمومية الذي ينظم هذه العقود في إطار الصفقات العمومية ، لكن يبقى القانون 75-1334 هو القانون الأساسي المنظم لهذا النوع من العقود، وقد عرف القانون 75-1334 عقد المقاولة من الباطن بنص المادة الأولى منه كما تطرقنا له سابقا ونظم أحكام التعامل بهذا العقد، ووضع شروطا لذلك، منها ما يفيد في نص المادة 3 منه ضرورة حصول المقاول الأصلي على موافقة رب العمل على العقد أو عقود المقاولة من الباطن التي ينفذها وعلى شروط الدفع الواردة في كل عقد في نهاية تلك العقود وخلال كل فترة تنفيذها ،كما أنه ملزم بتقديم عقد أو عقود المقاولة من الباطن إلى رب العمل إذا طلب ذلك، وهذا ما أكدته المادة 112 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي الملغاة فيما بعد بالأمر 2015-899 المؤرخ في 23 جويلية 2015 [2] ، والمدونة حاليا بأكثر دقة وتفصيل من المادة R1-2193 إلى المادة R22-2193[3] في الفصل المخصص للمقاولة من الباطن في جزء الصفقات العمومية في قانون الطلب العمومي الفرنسي.

ومن خلال كل هذا نجد أن إجبارية حصول المقاول الأصلي على قبول المقاول من الباطن من طرف رب العمل ، وكذا شروط الدفع الخاصة بكل عقد منه ، تقصي عقود المقاولة من الباطن من أن تكون حقا مطلقا للمقاول الأصلي وغير مقيد بشروط.

فهي واقفة إذن على قبول رب العمل، فإذا كان قبوله جزئيا كقبول العقد من الباطن دون ترخيص أو قبول شروط الدفع الخاصة بالعقد، هنا يصبح اللجوء إلى استخدام عقود المقاولة من الباطن غير قانوني[4].

ومن أجل التوضيح أكثر لما سبق ذكره في الفقرة السابقة فإننا نعتمد الحكم الصادر عن مجلس

---

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 32.

[2] Article3 de la loi 75-1334 relative à la sous-traitance, op cit. et l'Article112 relative au marches publics français, abrogé par l'ordonnance n 2015-899 du 23/07/2015, sur le site: www.legifrance.fr

[3] Articles R2191-1-R2191-22 du code de la commande publique français, sur le site: www.legifrance.fr

[4] CE 13 juin 1986 OPLF du Pas-de calais, Rec. CE, p 722.

الدولة الفرنسي، وسنفسر أكثر اتجاه هذا الحكم من خلال ما يلي[1]:

–في حالة عدم قبول رب العمل المقاول من الباطن أو شروط دفعه، أين يمكن أن يقبل المقاول من الباطن ولا يقبل شروط دفعه يعني حالة قبول جزئي هنا، كما يمكن له رفض المقاول من الباطن وشروط دفعه معا، فإن عقد المقاولة من الباطن هنا لا يكون نافذا في حق رب العمل.

في حالة القبول الجزئي أو الرفض الكلي، التي لا يكون فيها عقد المقاولة من الباطن نافذا في حق رب العمل كما وضحنا أعلاه فإن العقد لا يقع باطلا، إذ يمكن للمقاول من الباطن التمسك به في مواجهة المقاول الأصلي الذي يبقى ملتزما بهذا العقد أمامه، أما هذا الأخير أي المقاول الأصلي لا يمكنه التمسك بالعقد من الباطن في مواجهة رب العمل لأن العقد ليس نافذا في حقه، باعتبار أنه لم يقبل المقاول من الباطن أو قبله ورفض شروط دفعه ، وهذا ما تؤكده المادة 2/3 من القانون 75–1344، وموافقة رب العمل على المقاول من الباطن أو شروط الدفع المتعلقة بالعقد من الباطن لا تعتبر شرطا لانعقاده لأن تلك الموافقة يمكن أن تأتي أثناء الانعقاد أو بعده وهذا ما أكدته المادة 1/3 من القانون 75–1334.[2]

مما سبق نخلص إلى أن كل من المشرع الجزائري والفرنسي أقرا مشروعية التعامل بعقود المقاولة من الباطن في إطار القانون الخاص والقانون العام، أي في إطار عقود مقاولة من الباطن الخاصة أو ضمن صفقات عمومية، إلا أنه يوجد بعض الاختلاف في هذا الإقرار ، حيث أن المشرع الجزائري اعتبرها في الأصل حق في القانون الخاص يمكن التعامل بها بصفة كلية أو جزئية في تنفيذ العقد الأصلي، ولم يضع شروط للتعامل بها غير أن لا يقوم العقد على الاعتبار الشخصي أو لا يكون نص في عقد المقاولة الأصلي يمنع ذلك، إلا أنه فرض أن تكون جزئية في عقود المقاولة من الباطن العامة من خلال قانون الصفقات العمومية، حيث اشترط حدا معينا للتعامل بها قدر ب 40 % بالإضافة إلى ضرورة قبول المناول وشروط دفعه من قبل رب العمل الذي يمثل المصلحة المتعاقدة، مع العلم أن النص الأساسي المنظم لهذا النوع من العقود في القانون الجزائري هو القانون المدني.

أما المشرع الفرنسي فإنه أجاز التعامل بهذا العقد كأصل عام في عقود المقاولة من الباطن الخاصة أو في إطار الصفقات العمومية ، وهذا ما جاء النص عليه في القانون 75–1334 المنظم

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص–ص، 32، 33.

[2] Article 3 /2 et l'Article3/ 1de la loi n 75-1334 relative à la sous-traitance, op cit.

لعقود المقاولة من الباطن الخاصة والعامة، لكنه جعل التعامل بها في العقود الخاصة يمكن أن يكون كليا أو جزئيا، أما في العقود العامة ففرض التعامل الجزئي فقط وأخضع العقد في هذه الصورة إلى شرط قبول رب العمل للمقاول ولشروط دفعه وهو ما أكده قانون الطلب العمومي الفرنسي.

وبذلك فإن كل هذه الشروط في القانونين الجزائري والفرنسي، تجعل التعامل بعقود المقاولة من الباطن حقا مقيدا بشروط يفرض احترامها.

2- المقاولة من الباطن كلية أم جزئية

لا بد أن نميز بين عقود المقاولة من الباطن الخاصة والعامة بالنسبة للقانونين الجزائري والفرنسي.

فبالنسبة للقانون الجزائري فإن نص الفقرة الاولى من المادة 564[1] من القانون المدني الجزائري الذي يعتبر المصدر الأساسي في تنظيم هذا النوع من العقود، صريحا في منح إمكانية لاستعانة المقاول الأصلي بمقاول من الباطن في تنفيذ كل العقد الموكل له أو في جزء منه فقط ويتعلق الأمر هنا بعقود المقاولة الخاصة.

وبالنسبة لعقود المقاولات العامة التي ينظمها قانون الصفقات العمومية باعتبار أن الخاص يقيد العام ، فقد أجبر المشرع الجزائري المقاول الأصلي في هذا الإطار وفقا لما جاء في نص المادة 1/140من المرسوم 15-247 ، والمادة 1/82 من القانون 23-12[2] أن لا يتجاوز حدود 40% في استعانته بعقود المقاولة من الباطن، بالإضافة إلى شروط أخرى سبق التطرق إليها من قبل، وبذلك فإن عقود المقاولة من الباطن في إطار الصفقات العمومية لا يمكن أن تكون كلية.

أما القانون الفرنسي فقد خص هو الآخر عقود المقاولة من الباطن العامة بشروط لا توجد في عقود المقاولة من الباطن الخاصة لكنه دونها مبدئيا أو بتدارك التعديلات في القانون 75-1334 باعتباره المرجع الأساسي لتنظيم عقود المقاولة من الباطن العامة والخاصة، فنجد مثلا أن نص المادة

[1] المادة 1/564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المادة 1/140 من المرسوم الرئاسي15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق. والمادة 1/82 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

الأولى[1] منه بعد التعديل، جاء صريحا في فرض التعامل الجزئي فقط بالمقاولة من الباطن في الصفقات العمومية بينما يمكن أن يكون كليا في عقود المقاولة من الباطن الخاصة، والتخصيص الجزئي للتعامل بالمقاولة من الباطن في إطار الصفقة العمومية ،نصت عليه كذلك المادة 112[2] من قانون الصفقات العمومية الفرنسي قبل إلغائها بالأمر 2015-899، ويرجع السبب في ذلك حسب رأينا أنه تم تدوين هذا الشرط في القانون 75-1334 المنظم لعقود المقاولة من الباطن.

من خلال ما سبق نجد أن كل من المشرع الجزائري والفرنسي يتفقا في إمكانية أن تكون عقود المقاولة من الباطن ذات تنفيذ كلي لكن في العقود الخاصة فقط، أما بالنسبة لعقود المقاولة من الباطن العامة فإن قانون الصفقات العمومية الجزائري والقانون 75-1334 الفرنسي المتعلق بالمقاولة من الباطن كانا واضحين في ذلك ، حيث فرضا التعامل الجزئي فقط مع هذه العقود في تنفيذ الصفقات ، مع الإشارة إلى حدود جزئية التنفيذ في قانون الصفقات العمومية الجزائري بنسبة لا تتجاوز 40 % من مبلغ الصفقة ، في حين لم يتطرق القانون 75-1334 الفرنسي المتعلق بالمقاولة من الباطن إلى ذلك، فلا يمكن أن يمنح للمقاول من الباطن تنفيذ كل الصفقة العمومية.

3-عقود المقاولة من الباطن تمارس في إطار سلسلة من العقود:

في القانون الجزائري ورد في نص المادة 565[3] من القانون المدني الجزائري الحديث عن مجموعة من المقاولين من الباطن أو المقاولين الفرعيين ، حيث جاء فيها «يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل...»، وترك الأمر مبهما لم يفسر تعدادهم أكان المقصود به تعداد أفقي، في إطار مقاولة من الباطن أفقية يشتغلون فيها كلهم لحساب مقاول أصلي واحد، أو تعداد عمودي بحيث يصبح المقاول من الباطن من الدرجة الأولى هو المقاول الأصلي بالنسبة للمقاول من الباطن من الدرجة الثانية، وهكذا إلى غاية انتهاء التعداد.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإن نص المادة 2[4] من القانون 75-1334 برأيينا كان واضحا في اعتبار أن ممارسة المقاولة من الباطن في إطار سلسلة من العقود ممكنا حيث جاء فيها أن المقاول من الباطن يعتبر مقاول أصلي بالنسبة لمقاوليه الفرعيين أو من الباطن.

---

[1] Article 1 de la loi n 75-1334 relative à la sous-traitance, op cit.

[2] Article 112 du code des marchés publics, abrogé par l'ordonnance n 2015-899, op cit.

[3] المادة 565 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Article 2 de la loi n 75-13334 relative à la sous-traitance , op cit.

وهو الأمر الذي أكده الفقيه فرانك موديرن بقوله عقود المقاولة من الباطن هي عقود متتالية تتسلسل أو تتابع ابتداء من العقد الأصلي[1].

وهذا ما أجمع عليه الفقه في فرنسا، حيث أجازوا للمقاول من الباطن أن يقاول من الباطن مرة أخرى ،إلا إذا كان هناك شرط يحول دون ذلك منصوص عليه في عقد المقاولة من الباطن الأول، والأصل أن لا يكون مثل هذا الشرط وارد في العقد الأول يمنع المقاولة من الباطن مرة أخرى، ولكن إذا وردت مثل هذه القيود وراعى المقاول ذلك إلا أنه لم يفرضها على المقاول من الباطن، فلهذا الأخير أن يقاول من الباطن مرة أخرى دون مراعاة تلك القيود أو الشروط، ولا يجوز التمسك بحجة أن المقاول الأصلي لا يجوز له أن يمنح أو يرتب حقوقا أكثر مما كان له، حيث أن رب العمل بمجرد موافقته على إتمام عقد المقاولة من الباطن الأول فقد أثبت أن ذلك لا يضر بمصالحه ،وهو الأمر الذي يتيح ان تعاد الكرة مرة أخرى[2].

ونحن نؤيد هذا الرأي وعلى المشرع الجزائري الأخذ به، وتدارك الأمر من خلال ضبط النصوص المنظمة للمقاولة من الباطن أكثر، مع إبراز إمكانية تناول هذا النوع من العقود صراحة في إطار سلسلة متتابعة إن لم يوجد شرط يمنع ذلك.

ثانيا: الأساس القانوني لإباحة التعاقد من الباطن في عقود المقاولة

إذا كان اللجوء إلى عقود المقاولة من الباطن هو حق كأصل عام، فتوجد عقود لا تصلح بطبيعتها أن تكون محل لإبرام عقود المقاولة من الباطن، وسنتعرض فيما يلي إلى العقود المستبعدة من نطاق التعاقد من الباطن بطبيعتها.

1- العقود التي يكون محل التزامها الامتناع عن العمل:

إن العقد الذي يكون محل التزامه الامتناع عن العمل وهو التزام ذات طابع شخصي، يرتبط بشخص معين بالذات ألا وهو المدين في العقد بغية امتناعه أو التزامه بالابتعاد عن فعل عمل معين، لا يجوز فيه التعاقد من الباطن، فإذا التزم طبيب معين مثلا بعدم المنافسة، فلا يمكن لشخص آخر تنفيذ هذا الالتزام محل الطبيب فهو التزام ذو طابع شخصي متعلق بشخص الطبيب، وبذلك لا يقبل

[1] Franck moderne, op cit, p 03.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص33.

فيه التعاقد من الباطن[1].

2- العقود التي يكون محلها إنشاء أو نقل حق عيني:

تستبعد أيضا من نطاق التعاقد من الباطن العقود التي يكون محلها إنشاء الحق العيني أو نقله، باعتبار أنها منقولات معينة بالذات بمجرد إبرام العقد تنتقل الملكية، وذلك لأنه في هذا الصنف من العقود، العقود التي تليها حتى ولو كانت مبنية على العقود السابقة لها لا تكون إلا عقود معيدة لنقل الحق، خاصة أن الحق العيني يخول للمالك سلطة مباشرة دون غيره ،فلا يمكن أن تكون هناك سلطتين لمالكين أحدهما أصلي من العقد الأول وثانيهما من الباطن من العقد اللاحق[2].

وكل التشريعات تعتبر أن عقد البيع هو عقد ناقل للملكية وليس عقد منشئ للالتزام بنقلها، وبذلك فإن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد ، وحتى لو لم يتم التسليم إذا كان المبيع معينا بالذات ومملوكا للبائع ولم تكن هناك شروط تشترط شكلية معينة، وملكية الشيء المبيع الناتج عن إبرام العقد تخول للمشتري المالك حق التصرف فيه حتى قبل استلامه، فإذا أبرم عقد ثان لبيع هذا الأخير انتقلت ملكيته إلى المشتري الثاني بمجرد تمام البيع ، حتى ولو كان المبيع لا يزال بيد البائع الأول ،ولا يمكن اعتبار هذا العقد الثاني عقدا من الباطن ، كما أنه لا يمكن اعتبار البائع الأول رب عمل ولا يمكن اعتبار المشتري الأول مقاول أصلي، كما لا يمكن اعتبار المشتري الثاني مقاول من الباطن ،لأن في التعاقد من الباطن رب العمل والمتعاقد الأصلي يحتفظان بمركزهما الأصلي في العقد ،أما في عقد البيع الثاني فإن البائع الأول يختفي ويصبح المشتري الأول بائعا والمشتري الثاني مشتريا، وعقد البيع الاول ينقضي بمجرد نقل ملكية المبيع إلى المشتري على عكس العقد الأصلي في التعاقد من الباطن لا ينقضي فبدونه لا يكون أي وجود للعقد من الباطن[3].

3- العقود التي تتطلب التنفيذ بمجرد الإبرام:

العقود التي يجب التنفيذ الفوري فيها بمجرد الإبرام ودون إتمام إجراءات أخرى، لا يمكن أن تكون محل تعاقد من الباطن، لأن توفر احتمال التعاقد من الباطن يفترض أن يكون العقد الأصلي منشأ لالتزامات تنفذ عبر الزمن، غير أنه يجوز أن يكون الزمن عنصر في المحل ضابط لكل من

---

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص، 135.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 11.

[3] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص-ص، 132، 133.

التزامات المدين وحقوق الدائن كعقد الإيجار أو وسيلة للتنفيذ عندما يسمح بإعطاء الوقت الازم للمدين من أجل تنفيذ التزاماته كعقد المقاولة[1]، بمعنى أنه لإمكانية التعاقد من الباطن يجب أن لا يكون العقد الأصلي من العقود التي تكون فيها الفورية، إذ بمجرد التنفيذ ينقضي العقد ولا نكون بذلك بحاجة إلى إبرام عقد من الباطن الذي يعتبر وسيلة لتنفيذ العقد الأصلي كما هو الحال في عقد المقاولة.[2]

ونخلص مما سبق إلى أن عقود المقاولة ليست من العقود التي تتطلب التنفيذ الفوري، إنما من العقود التي يكون فيها الزمن عنصرا في المحل، يسمح بإعطاء الوقت الازم للمقاول من أجل تنفيذ التزاماته، الأمر الذي يسمح له بالتفكير في الاستعانة بمقاول من الباطن للتنفيذ، وبذلك ينشأ عقد يتبع العقد الأصلي الذي هو عقد المقاولة ، من أجل تنفيذه ويتعلق الأمر بعقد المقاولة من الباطن أين يحتفظ كل من رب العمل والمقاول الأصلي بمركزهما القانوني، ويبقى العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي قائما ولا ينقضي.

4-العقود التي يكون فيها أحد الأطراف تابعا للمتعاقد الآخر:

إن العقود التي يكون فيها طرفا مشرفا ومراقبا والطرف الآخر تابعا وخاضعا لإشراف ورقابة الطرف الاول، بحيث لا يعمل مستقلا عنه أو بعبارة أخرى العقود التي يكون أطرافها تابع ومتبوع لا يمكن أن تكون محل تعاقد من الباطن، فمثلا نجد ان عقد العمل لا يمكن أن يكون محل تعاقد من الباطن ، نتيجة أن العامل لا يعمل باستقلالية عن صاحب العمل وإنما يخضع لإشرافه ورقابته، بالإضافة إلى أنه قائم على الاعتبار الشخصي كما ذهب إليه البعض[3]، مما يفرض على العامل أن يقوم بتنفيذ التزاماته اتجاه رب العمل بنفسه ولا يجوز أن يوكل غيره في ذلك[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي حدد العقود القابلة للتعاقد من الباطن، أو ضبطها في عقود الايجار Contrats de louages، والتي نظمها في ثلاثة أصناف هي:

- Louage d'ouvrage : والتي تعني عقد المقاولة وسميت في بعض القوانين ب: Contrat d'entreprise.

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 10.

[2] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص-ص، 135، 136.

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 11.

[4] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 134.

-Louage de chose- وتعني إيجار الأشياء.

-Louage de service- : وتعني ايجار الخدمات، ويستعمل الآن بدلا منه مصطلح Contrat de travail نظرا للانتقادات التي وجهت للمصطلح القديم، خاصة أنه لا يجوز تسمية عمل الإنسان بالأشياء ويكون محل للإيجار.

وباستثناء عقد العمل، فإنه يجوز أن تكون عقود الإيجار محل تعاقد من الباطن، وقد اقترح البعض أن يُجمع مصطلح عقد المقاولة بعقد الايجار ليصبح: Contrat de prestation de service-، لكن هذا الأخير موجه للعقود الواردة على العمل في حين أن عقد الإيجار هو من العقود الواردة على المنفعة.[1]

وبأي حال من الأحوال فإن عقد المقاولة مهما كانت تسميته باللغة الفرنسية كما أشرنا أعلاه، يصح فيه التعاقد من الباطن كما ذهب إليه كل من الفقه والتشريع الجزائري ونظيره الفرنسي ،باعتبار أنه من العقود الواردة على العمل التي تدخل ضمن نطاق التعاقد من الباطن.

الفرع الثاني

شرط منع التعاقد من الباطن

من أجل إبرام عقود المقاولة من الباطن يجب أن لا يكون هناك شرط مانع يحول دون إبرامها، وأن لا تكون شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار أثناء إبرام عقد المقاولة الأصلي، السؤال الذي يطرح نفسه هنا: إذا كان هناك شرط في عقد المقاولة الأصلي يمنع المقاول الأصلي من اللجوء إلى المقاولة من الباطن، أو كانت شخصيته محل اعتبار عند إبرام العقد، ومع ذلك تم إبرام عقد مقاولة من الباطن فما هو جزاء الإخلال بالشرط المانع والاعتبار الشخصي عند إبرام عقود المقاولة من الباطن؟.

وسنعرض فيما يلي المقصود بالشرط المانع عند إبرام عقود المقاولة من الباطن مع تبيان حالاته، ثم نتطرق إلى جزاء الإخلال به عند الإبرام، ونعالج في الأخير فكرة الاعتبار الشخصي في إبرام عقود المقاولة، وتأثيرها على حظر إبرام عقود المقاولة من الباطن ، مع إبراز جزاء الإخلال بها في القانونين الجزائري والفرنسي.

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص-ص، 12، 13.

أولا: المقصود بالشرط المانع في إبرام عقود المقاولة من الباطن

المقصود بالشرط المانع في إبرام عقود المقاولة من الباطن، حالة اتفاق تكون في إطار عقد المقاولة المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي ، تفيد أنه لا يمكن لهذا الأخير أن يمنح أو يعهد تنفيذ الالتزام المكلف به في إطار عقد المقاولة أو جزء منه إلى شخص آخر، بمعنى أن يمنعه هذا الاتفاق من أن يعهد منح كل أو جزء من التنفيذ إلى شخص آخر.[1]

وهو الأمر الذي يتوافق مع ما جاء في نص المادة 1/564[2]من القانون المدني الجزائري، التي تفيد أنه يمكن للمقاول الأصلي أن يبرم عقد من الباطن، ما لم يمنعه من ذلك شرط في عقد المقاولة الأصلي الذي يجمعه برب العمل.

في حين لم نرى لهذا الشرط أثر في القانون الفرنسي 75-1334 المنظم للمقاولة من الباطن، مما يفيد أن المشرع الفرنسي لم يشر إلى هذه الحالة – الشرط المانع الاتفاقي- ضمن حالات منع إبرام عقود المقاولة من الباطن، وبذلك فإن القانون الفرنسي لم يتخذ صراحة حالة وجود الشرط المانع، فالرأي السائد هو الإباحة استنادا إلى تقاليد القانون الفرنسي القديم، يبرر ذلك ربما بتوجه جانب من الفقه لمنع المقاولة من الباطن إذا كانت طبيعة العمل لا تتيح ذلك ويبررون اتجاههم في ذلك عن طريق أمثلة، فيرون مثلا أن البناء على أساس التصميم لا يمكن تنفيذه بواسطة مقاول آخر[3]، بمعنى أن الأصل هو الإباحة والمنع تفرضه طبيعة العقد.

ومفاد هذا الشرط وجود مانع اتفاقي بين المقاول الأصلي ورب العمل من خلال إدراج شرط في العقد يمنع المقاول الأصلي من اللجوء إلى المقاولة من الباطن، إذ أنه ورغم أن لجوء المقاول الأصلي إلى المقاولة من الباطن من أجل تنفيذ التزامه التعاقدي الناتج عن عقد المقاولة في مواجهة رب العمل هو حق مشروع، إلا أن هذا الحق لا تفرضه قاعدة آمرة من النظام العام فيجوز إذن الاتفاق على مخالفة ذلك، لأن القاعدة مكملة لإرادة الطرفين تمنحهم حق الاتفاق على مخالفتها، بوضع شرط في العقد الأصلي يمنع المقاول الأصلي من مباشرة عقود المقاولة من الباطن لتنفيذ التزامه الناتج عن عقد

[1] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 115.

[2] المادة 1/564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 237.

المقاولة المبرم بينه وبين رب العمل[1].

وقد يكون هذا الشرط المانع صريحا ، يعنى مذكور بنص صريح في العقد يفيد منع المقاول الأصلي من منح تنفيذ جزء من أو كل التزاماته إلى مقاول من الباطن، كما يمكن أن يكون شرطا مانعا ضمنيا ، يستخلص أو نستنتجه من ظروف إبرام العقد مع المقاول الأصلي، كأن يبرم رب العمل عقدا مع رساما أو طبيبا او مهندسا الأمر الذي يلزمه تنفيذ العقد بنفسه دون اللجوء إلى تكليف مقاول من الباطن، نظرا إلى أن العقد قام على كفاية المقاول الشخصية، حتى وإن لم يمنعه من ذلك نص صريح في العقد، وإذا كان هناك شك حول وجود مانع ضمني فإن الشك يرجح الكفة للمنع إلا إذا أجاز رب العمل ذلك التعامل[2].

وإذا كان الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري يفسر ذلك لصالح المنع فهناك من يخالفه في ذلك، حيث يرى الأستاذ عامر عاشور عبد الله البياتي أن الشك يفسر لصالح الطرف الذي يتضرر من وجود هذا الشرط أو بعبارة أخرى الطرف الضعيف، ألا وهو المقاول الأصلي وبذلك يرجح عدم توافر المنع ويفسر ذلك بأن الشرط المانع الاتفاقي يقع على خلاف الأصل العام الذي يجيز المقاولة من الباطن لذلك لابد أن يكون قاطعا في دلالته واضحا ولا شيء فيه من الغموض [3]، ونحن نتفق مع هذا الاتجاه الذي يرجح الإباحة في حالة الشك في وجود مانع ضمني للمقاولة من الباطن، لأن الأصل هو الإباحة فإن أراد رب العمل مثلا منع المقاول الأصلي من الاستعانة بمقاول من الباطن لتنفيذ التزاماته يجب أن يكون واضحا في ذلك لكي لا يلجأ المقاول الأصلي قطعا إلى المقاولة من الباطن، فإذا لم يكن واضحا في منعه وأوكل المقاول الأصلي جزء من التنفيذ لمقاول من الباطن ، ثم فسرنا بعد ذلك الغموض بالمنع فحتما الطرف الذي سيتضرر من كل هذا هو المقاول الأصلي وهو الحلقة الضعيفة في العقد.

وقد يأتي هذا الشرط المانع الاتفاقي مطلقا بحيث يمنع المقاول الأصلي بصفة مطلقة من التعاقد من الباطن بجميع حالاته وفي كل ظروفه، كما قد يكون مانع بصفة غير مطلقة بطريقة تقيد فيها حرية المقاول الأصلي في التعاقد من الباطن كتحديد مثلا أوصاف الأشخاص الذين يمكن للمقاول

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص-ص، 82، 83.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص-ص209، 210.

[3] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، 84.

الأصلي التعاقد معهم من الباطن[1].

ويرى بعض الفقهاء أن هذا المانع الاتفاقي يمكن أن يكون لاحقا لإبرام العقد، أي أن يرد اتفاق على منع التعاقد من الباطن بين أطراف عقد المقاولة بعد إبرام العقد[2]، إلا ان الأستاذ مصطفى عبد السيد الجارحي يرى أن المنع يجب أن يكون في ذات العقد لا اتفاق لاحق له ، لأنه في هذه الحالة يصبح التزاما بدون سبب ويقع باطلا ،على عكس إذا جاء في متن العقد الأصلي ربما ما كان عقد المقاولة الأصلي أن ينعقد لولا موافقة المقاول الأصلي على شرط رب العمل في منع المقاولة من الباطن[3]، ونحن نؤيده في ذلك لأنه لو انعقد العقد ثم جاء الشرط المانع في اتفاق لاحق له يصبح في هذه الحالة التزاما غير مؤسس على سبب وبالتالي يقع باطلا كأنه لم يكن.

والشرط المانع في العقد أو لاحق له، سواء كان صريحا أو ضمنيا لا يحول دون استعانة المقاول بأشخاص آخرين لا يملكون صفة المقاولين من الباطن، لمساعدة المقاول في إنجاز بعض الأعمال الفنية أو غير الفنية باعتبارهم مستخدمين تابعين له بعقد عمل[4]، وهم من اصطلحنا عليهم سابقا مصطلح الأعوان تربطهم علاقة تابع بالمتبوع مع المقاول الأصلي أثناء تنفيذ التزامه العقدي وليسوا بدلاء عنه في التنفيذ.

وفي حالة وجود الشرط المانع الاتفاقي سواء كان صريحا أو ضمنيا مطلقا أو مقيدا عند الإبرام أو لاحقا له ، فلا يجوز إلا لرب العمل التمسك بالشرط المانع لمنع إبرام عقد المقاولة من الباطن سواء تعلق الأمر بشرط اتفاقي أو قانوني[5].

وإذا كان الشرط المانع يمثل استثناء لقاعدة جواز التعامل بالمقاولة من الباطن في إطار عقود المقاولة، وفي حالة وجود هذا الشرط الاتفاقي المانع عند إبرام العقد أو لا حقا له، ومهما كانت طريقه صريحا أو ضمنيا يجوز لرب العمل وهو الشخص الوحيد المخول له بحق التمسك بهذا المنع أو التنازل عنه، ففي هذه الحالة الأخيرة يحق للمقاول الأصلي التعامل بالمقاولة من الباطن عند تنفيذ التزاماته ، وهذا التنازل قد يكون صريحا وهذا الأمر لا يخلق إشكالا ، وقد يكون ضمنيا كأن يعطي

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 85.

[2] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 115.

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 16.

[4] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص، 237.

[5] بجاوي المدني، مرجع سابق، ص 140.

رب العمل للمقاول الأصلي أجرا بمقدار ما هو مدين به إلى المقاول من الباطن، وبذلك فقد تعامل معه وهو الأمر الذي يفيد تنازله عن الشرط المانع، وعند التنازل لا يجوز لرب العمل الرجوع في هذا الأمر سواء كان ذلك قبل مخالفة المقاول الأصلي للشرط المانع أو بعد مخالفته له[1].

ويجوز أن يرد شرط الحظر بطريقة أخرى أقل ثقل ، كأن يحظر التعاقد من الباطن إلا بموافقة الدائن على العقد، وفي هذه الحالة تكمن المخالفة في الرفض فقط وليس في التعاقد من الباطن في حد ذاته، وهو الأمر الذي لا يتوافق مع ما ورد في المنع المطلق، فيجوز للمقاول الأصلي هنا اللجوء إلى المحكمة للبحث في أسباب الرفض، أين يمكن لهذه الأخيرة بعد تقصي الأسباب والوصول إلى عدم وجود أسباب موضوعية وحقيقية وراء الرفض، أن تعطي إذن بالمقاولة من الباطن للمقاول الأصلي محل رب العمل. وموقف القضاء الفرنسي غير واضح بالنسبة لهذه المسألة فأحيانا نجده لا يقبل أن يكون الرفض مؤسسا على دوافع غير مبررة وجدية، وأحيانا أخرى يعتبر الرفض حقا تقديريا لرب العمل يجوز له استخدامه.[2]

وقد يكون المانع من تعامل المقاول الأصلي بالمقاولة من الباطن ليس مانعا اتفاقيا يفرضه رب العمل ويتضمنه عقد المقاولة المبرم بينهم، وإنما **مانع قانوني** للمقاولة من الباطن في شكل نصوص تشريعية سواء كانت آمرة أو مكملة.

فإذا كان نصا مكملا كان الاتفاق على مخالفته واجبا أن يقع في العقد الأصلي ،حيث يجب أن يستند التعاقد من الباطن إلى إذن سابق فإن لم يوجد هذا الإذن اعتبر النص المكمل جزء من العقد بحكم الشرط المانع[3]، وحسب رأينا فقد أورد المشرع الجزائري ذلك حين قرر أن الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول يعتبر مانع قانوني يحول دون استعانة المقاول الأصلي بمقاول من الباطن في تنفيذ العقد، فيجب في هذه الحالة الحصول على إذن سابق من طرف رب العمل في عقد المقاولة الأصلي، يسمح للمقاول الأصلي باللجوء إلى المقاولة من الباطن لتنفيذ التزاماته إذا كان هناك اعتبار لشخصية المقاول الأصلي في إبرام العقد، وإن لم يوجد هذا الإذن اعتبر نص المادة 564 [4] من القانون المدني الجزائري «... إذا لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية...» جزء من عقد

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص237.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 17.

[3] المرجع نفسه ، ص-ص، 14، 15.

[4] المادة 564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

المقاولة الأصلي ويمثل الشرط المانع من التعاقد من الباطن.

أما إذا كان النص المانع آمرا ، فإن الإذن بالتعاقد من الباطن كله يقع باطلا بما في ذلك الإذن السابق[1]، فمثلا وحسب رأينا فإنه بالرجوع إلى نصوص الصفقات العمومية الجزائري نجد نص المادة 140 من المرسوم 15-147 والمادة 1/82 من القانون 23-12 تخول للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة في حدود 40 % من المبلغ الإجمالي للصفقة[2]، وهذا يعني أن التنفيذ الكلي للصفقة في إطار عقد مناولة غير وارد فهناك مانع قانوني صريح يحول دون ذلك هنا، فإذا كان النص القانوني المانع آمرا كما سبق وذكرنا فإن الإذن بالتعاقد من الباطن هنا يقع باطلا، كأن يحصل المقاول الأصلي على إذن من رب العمل في أن يتعاقد من الباطن لتنفيذ الصفقة المبرمة بينهم في حدود 60 % من المبلغ الإجمالي للصفقة، فهذا الإذن باطلا لأن القانون يسمح بذلك في حدود 40%من المبلغ الإجمالي فقط والنص صريح وواضح.

هذا بالنسبة للقانون الجزائري أما فيما يخص نظيره الفرنسي ، فنجد أن المشرع الفرنسي وضع في القانون المنظم لعقود المقاولة من الباطن مجموعة من الشروط تعتبر موانع قانونية ويتعلق الأمر بالشروط المنصوص عليها في المادة 3[3] منه، بحيث يعتبر إبرام عقد المقاولة من الباطن في حال توفرها عقد غير قانوني أو غير نظامي، كضرورة حصول المقاول الأصلي على موافقة رب العمل على العقد أو عقود المقاولة من الباطن التي ينفذها، وعلى شروط الدفع الواردة في كل عقد في نهاية تلك العقود وخلال كل فترة تنفيذها، والذي يعتبر مانع قانوني في حالة عدم التزام المقاول الأصلي بذلك يحول دون إجازة رب العمل لعقد المقاولة من الباطن ، وبالتالي عدم نفاذ هذا العقد الأخير في مواجهة رب العمل.

ثانيا: جزاء الإخلال بالمانع من التعاقد في عقود المقاولة من الباطن

كما سبق التطرق إليه المانع من التعاقد في عقود المقاولة من الباطن نوعين، مانع اتفاقي وآخر قانوني وفي كلتا الحالتين لابد من الامتثال له من طرف المقاول الأصلي وعدم الإخلال به، وإلا فإن

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 15.

[2] المادة 140 من المرسوم الرئاسي15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق. والمادة 2/82 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

[3] Article 3 de la loi n 75-1334 relative à la sous-traitance, op cit.

هذا الأخير معرض لجزاء مخالفة التزاما عقديا بعدم التعاقد من الباطن، أما بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن فإنه يقع باطلا في حالة مخالفة المقاول الأصلي لنص أو لشرط آمر، في حين إذا كانت المخالفة لنص أو لشرط مكمل يبقى عقد المقاولة من الباطن صحيحا بين طرفيه وهما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن[1].

أما فيما يخص الرابطة العقدية التي تصل المتعاقدين الأصليين: رب العمل والمقاول الأصلي فنطبق هنا القواعد العامة، بحيث يكون لرب العمل في هذه الحالة إما طلب التنفيذ العيني أين يقوم المقاول الأصلي شخصيا بالتنفيذ لالتزاماته التعاقدية ، أو طلب الفسخ بحجة أن المقاول الأصلي لم يقم بتنفيذ التزاماته شخصيا، إلا أنه يمكن للمحكمة عند طلب رب العمل الفسخ الاكتفاء بالزام المقاول الأصلي بتنفيذ التزاماته شخصيا دون فسخ [2]. ولرب العمل في كلتا الحالتين أي في حالة طلب التنفيذ العيني أو في حالة طلب الفسخ أن يصاحبهما بطلب التعويض على ما أصابه من ضرر فيعوضه في هذه الحالة المقاول الأصلي ، وللمقاول من الباطن كذلك أن يرجع بالتعويض على المقاول الأصلي نتيجة الضرر الذي أصابه من مطالبة هذا الأخير بالتنفيذ الشخصي أو الفسخ من قبل رب العمل ونتيجة عدم التزامه بما ورد في العقد من الباطن الذي جمعهما.[3]

وبرأيي فإن هذا التحليل الأخير من طرف الاستاذ قدري عبد الفتاح الشهاوي منطقي، لأن المقاول من الباطن سيتضرر لا محال نتيجة تنفيد المقاول الأصلي شخصيا للعقد ، الذي كان هو معولا على تنفيذه وكسب أموال من وراء ذلك، ومطلبه صحيح خاصة في ظل العقد الذي يجمعه مع المقاول الأصلي، والذي يرتب حقوق والتزامات واجبة التنفيذ، ضف إلى أنه لا دخل له في مخالفة المقاول الأصلي للشرط المانع.

وإذا فسخ العقد أصبح تنفيذ العقد من الباطن مستحيلا، وبالتالي فإن مخالفة المانع من التعاقد من طرف المقاول الأصلي تكلفه فسخ كلا العقدين، فسخ العقد الأصلي يكون بطلب من رب العمل مع المطالبة بالتعويض، وكذا فسخ عقد العقد من الباطن بطلب من المقاول من الباطن مع مطالبة

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 17.

[2] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص–ص 237، 238.

[3] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 237.

المقاول الأصلي كذلك بالتعويض [1].

ويجوز الاتفاق بين أطراف العقد الأصلي على اعتبار العقد مفسوخ في حالة مخالفة الشرط المانع من تلقاء نفسه دون إعذار أو حاجة لحكم قضائي، وتجدر الإشارة إلى أن لرب العمل الحق في طلب الفسخ حتى لو لم يلحقه ضرر من مخالفة المانع، كما يمكن له التنازل عن طلب الفسخ صراحة أو ضمنيا، لكن التنازل عن الفسخ مرة لا يعني السماح للمقاول الأصلي مخالفة المانع في كل مرة ،لأن حق المطالبة بالفسخ تتحدد مع كل مخالفة ، ويختلف الأمر عن التنازل عن الشرط المانع كلية الذي يكون بموافقة طرفي العقد الأصلي ويتعلق الامر برب العمل والمقاول الأصلي[2].

ثالثا: فكرة الاعتبار الشخصي في إبرام عقد المقاولة

نعرض فيما يلي المقصود بالاعتبار الشخصي، ثم الجزاء المقرر في حالة مخالفته كشرط لإبرام عقد المقاولة من الباطن.

1-المقصود بفكرة الاعتبار الشخصي كمانع للتعاقد من الباطن:

أغلب التشريعات المدنية لم تضع تعريفا لفكرة الاعتبار الشخصي الأمر الذي دفع الفقهاء للاهتمام بهذا المفهوم وتحديده، فقد عرف البعض الاعتبار الشخصي أو المؤهلات الشخصية على أنها: «كل صفات المتعاقد الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل المتعاقد عليه فتدخل في المؤهلات الشخصية سمعة المتعاقدين من ناحية الكفاية الفنية والمالية والأمانة والثقة وحسن المعاملة وتخصصه في نوع العمل محل العقد وما يحصل عليه من الشهادات الفنية في هذا التخصص وما قام به قبل ذلك من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه»[3].

نستنتج من هذا التعريف أنه يحصر فكرة الاعتبار الشخصي في صفات المتعاقد الشخصية التي تؤثر في تنفيذ العقد، والتي تجبره على تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه بصفة شخصية، ولا يمكن أن يوكلها كلها أو جزء منها إلى شخص آخر ، فرب العمل قد اختاره للتعاقد معه نظرا لصفاته الشخصية المتميزة.

---

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص-ص، 17، 18.

[2] المرجع نفسه، ص 18.

[3] كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص 44.

ويرى البعض الآخر أنه يقصد بفكرة الاعتبار الشخصي: «أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته عنصرا جوهريا في التعاقد».[1]

يتجه هذا التعريف إلى اعتبار أن فكرة الاعتبار الشخصي تتلخص في الدافع في التعاقد مع الطرف الآخر.

وهو نفس توجه الفقه الفرنسي، والدافع في التعاقد هنا يفيد السبب في التعاقد مع الطرف الآخر، وهو يختلف عن السبب كركن من أركان العقد، لأن الاعتبار الشخصي بمعنى السبب الذي يفسر في دافع رب العمل للتعاقد مع المقاول الأصلي نظرا لشخصيته أو صفة من صفاته، قد يوجد في عقود وينعدم في أخرى، وهذا لا يؤثر على صحة العقد كما هو الحال بالنسبة للعقود التي تقوم على الاعتبار الموضوعي، بينما انعدام السبب كركن من أركان العقد يؤدي إلى انعدام العقد في حد ذاته.[2]

ويرى فريق آخر بأنه يقصد بالاعتبار الشخصي: «شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصرا جوهريا في التعاقد».[3]

يفهم من هذا التعريف أن الاعتبار الشخصي يتلخص في أن شخص أو صفة أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصرا جوهريا في العقد، سواء كانت شخصية المتعاقد أو صفته هي الباعث للتعاقد أم لا.

والمشرع الجزائري قد نص على ذلك في المادة 1/564 [4] من القانون المدني الجزائري، أين جعل اتخاد رب العمل فكرة الاعتبار الشخصي كدافع لإبرام العقد مع المقاول الأصلي مانع من موانع لجوء هذا الأخير إلى المقاولة من الباطن، في حين أن المشرع الفرنسي لم ينص على ذلك صراحة في القانون 75-1334 المنظم للمقاولة من الباطن.

وفي الأخير يمكن القول أنه أولا وقبل كل شيء يجب التعرض إلى نية المتعاقدين وتفسير إرادتهم والأخذ بالعرف عند التطرق إلى فكرة الاعتبار الشخصي كمانع لإبرام عقود المقاولة من الباطن، وفي حالة الشك في تفسير نية وإرادة المتعاقدين، فإن الشك يرجح أو يفسر لصالح الإباحة في التعاقد

---

[1] كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص 45.

[2] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 103.

[3] كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص 45.

[4] المادة 1/564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

ولجوء المقاول الأصلي إلى المقاولة من الباطن لتنفيذ التزاماته التعاقدية في مواجهة رب العمل[1]، لأن الإباحة هي الأصل العام.

2- جزاء التعاقد من الباطن في حالة قيام عقد المقاولة على الاعتبار الشخصي:

بالرجوع إلى القواعد العامة لا يعتد بعقد المقاولة من الباطن في مواجهة رب العمل في حالة قيام عقد المقاولة على الاعتبار الشخصي، وله الحق في عدم الاعتراف به والمطالبة بالتنفيذ العيني من قبل المقاول الأصلي، كما لرب العمل الحق في فسخ العقد بعد إعذار المقاول الأصلي، وللمحكمة السلطة التقديرية في ذلك أي لها أن تحكم بالفسخ أو ترفضه وفي كلتا الحالتين أي الفسخ أو التنفيذ العيني ، يكون لرب العمل الحق في طلب التعويض على ما أصابه من ضرر.

وفي حالة فسخ العقد الأصلي بين رب العمل والمقاول الأصلي، الذي ينجر عنه فسخ عقد المقاولة من الباطن، يحق للمقاول من الباطن الرجوع عل المقاول الأصلي ومطالبته بالتعويض على ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد.[2]

المطلب الثاني

شروط تطبيق عقد المقاولة من الباطن

لكي يكون عقد المقاولة من الباطن نافذا لا يكفي أن يكون جائزا قانونا ، بمعنى لا يتضمن مانعا سواء كان مانعا اتفاقيا أو قانونيا، او لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار في إبرام عقد المقاول الأصلي، وإنما لابد من توفر شروط خاصة إلى جانب كل هذا تكون مرتبطة بعقد المقاولة من الباطن تجعله شرعيا ونافذا، وتتمثل هذه الشروط أساسا في أسبقية العقد الأصلي لعقد المقاولة من الباطن وقابليته للتعاقد من الباطن، وتبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي، وانتفاء العلاقة العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، نعرضها في الآتي كل في فرع مستقل.

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 15.

[2] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص-ص، 118، 119.

الفرع الأول

أسبقية العقد الأصلي لعقد المقاولة من الباطن

وقابليته للتعاقد من الباطن

إن عقد المقاولة من الباطن مرهون بوجود عقد المقاولة الأصلي الذي يسبقه في الإبرام، وهذا لا يكفي بل يجب كذلك أن يكون هذا الأخير من العقود القابلة للتعاقد من الباطن حسب التفصيل الآتي:

أولا: وجود عقد المقاولة الأصلي قبل عقد المقاولة من الباطن

وجود عقد المقاولة الاصلي يعتبر شرطا لوجود عقد المقاولة من الباطن وبقائه كذلك، حيث بوجود العقد الأصلي يمكن للعقد من الباطن أن يكون، كما أن هذا الأخير ينقضي بانقضاء العقد الذي كان شرطا لوجوده.[1]

ووجود عقد المقاولة الأصلي لا يكفي لنقول أننا أمام عقد مقاولة من الباطن، إذ يجب أن يسبق وجود عقد المقاولة الأصلي وجود عقد المقاولة من الباطن، وإلا اعتبر هذا الأخير عقد مقاولة أصلي.[2]

فعقد المقاولة من الباطن موجود من أجل تنفيذ العقد الأصلي لذلك لابد أن يبرم العقد الأصلي أولا ليلحقه العقد من الباطن المبرم بغرض تنفيذ العقد الأصلي.

وبناء على ذلك يمكن طرح السؤال التالي:

-هل يعتبر العقد المبرم تحت شرط واقف هو إبرام عقد المقاولة الأصلي عقد مقاولة من الباطن؟

ذكرنا سابقا أنه من الضروري أن يسبق وجود عقد المقاولة الأصلي وجود عقد المقاولة من الباطن، وانعقاد عقد بين المقاول وطرف آخر تحت شرط واقف هو حصول المقاول الأصلي على عمل نتيجة إبرامه لعقد المقاولة الأصلي مع رب العمل لاحقا لا يمكن اعتباره عقد مقاولة من الباطن، إذ حتى لو تحقق الشرط وأبرم العقد فعلا مع رب العمل وحصل المقاول بذلك على عمل نتيجة تنفيذ التزاماته التعاقدية الناتجة عن هذا العقد ، يكون الأثر للشرط الواقف وهو حصول العمل من انعقاد العقد مع رب العمل، و وجود العقد لا يكون من لحظة تحقق الشرط بمعنى أنه كان موجود قبل وجود العقد

[1] عامر عاشوري عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 125.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 37.

الأصلي وبذلك هو لم يسبق وجود العقد المبرم على شرط واقف، وبهذا لا يمكن اعتباره عقد مقاولة من الباطن.[1] إلا أنه لا يعتد بهذا الأمر بالنسبة للتنفيذ فإذا كانت أسبقية العقد الأصلي للعقد من الباطن شرطا لاعتبار العقد الثاني عقدا من الباطن، فإننا لا نلتزم بهذا الأمر بالنسبة لتنفيذ العقد، حيث لا يوجد مانع أن ينفذ العقد من الباطن قبل انتهاء تنفيذ العقد الأصلي، فقد يكون تنفيذ العقد من الباطن جزء يلزم اتمامه لا تمام العقد الأصلي، على أن لا يكون العقد الاصلي قد نفذ قبل تنفيذ العقد من الباطن لأن الغاية من عقد المقاولة من الباطن تنقضي أو تنتفي هنا[2]، فلو كان مثلا عقد المقاولة الأصلي يرتب التزامات على عاتق المقاول الأصلي بتشييد بناية، وعقد المقاولة من الباطن المبرم لاحقا أي بعد إبرام العقد الأصلي يرتب هو الآخر التزامات على عاتق المقاول من الباطن تتمثل في تشييد الهياكل القاعدية لهذه البناية، فإنه من الضروري تشييد هذه الهياكل لتمكين المقاول الأصلي فيما بعد من إتمام تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الأصلي من خلال إتمام التشييد النهائي للبناية.

في الأخير نخلص إلى أنه لا يمكن تصور وجود العقد من الباطن من غير وجود عقد المقاولة الأصلي، فهذا الأخير هو بمثابة السبب[3] للعقد من الباطن وبعبارة أخرى سبب مشروعية العقد من الباطن، وعدم وجود عقد المقاولة الأصلي يعني عدم وجود السبب الشرعي للعقد من الباطن وبالتالي انعدام عقد المقاولة من الباطن[4].

ثانيا: قابلية العقد الأصلي للتعاقد من الباطن

أن يسبق العقد الأصلي وجود العقد من الباطن لا يكفي لمشروعية وجود هذا الأخير، إذ يجب أن يكون عقد المقاولة الأصلي قابلا للتعاقد من الباطن خاصة وأنه توجد بعض العقود يتعارض محلها مع مفهوم التعاقد من الباطن، فبالنسبة لعقد المقاولة لا يوجد أي إشكال باعتبار أنه من العقود القابلة للتعاقد من الباطن بطبيعتها، وذلك لأنه ليس عقدا فوريا ولا ينشئ حقا عينيا ولا ينقله، وفي إطار هذا العقد لا يعتبر المقاول من الباطن تابع للمقاول الأصلي كما ان محل العقد ليس امتناع عن عمل.

---

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 129.

[2] كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص، ص، 112-113.

[3] ويسمى بهذا المعنىcause catégorique الذي يختلف عن السبب كركن من أركان العقد، حيث يستقل كل من العقد الأصلي والعقد من الباطن بالنسبة له.

مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 7.

[4] المرجع نفسه.

الفرع الثاني

تبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلي

يشترط في عقود المقاولة من الباطن تبعية العقد من الباطن لعقد المقاولة الأصلي الذي يستمد منه وجوده واستمراره ، إذ يعتبر العقد من الباطن عقد تبعي، ولهذه التبعية أسباب ونتائج نعرضها في الآتي:

أولا: أسباب تبعية العقد من الباطن لعقد المقاولة الأصلي

إذا كان وجود عقد المقاولة من الباطن مرهون بوجود عقد المقاولة الأصلي، حيث يعتبر عقدا تابعا له، ولا استمرار للعقد من الباطن إلا باستمرار العقد الأصلي،[1] وتتجلى أسباب هذه التبعية في الآتي:

1-وحدة المحل بين العقدين:

وحدة المحل بين العقدين تجعل عقد المقاولة من الباطن عقد تبعي لعقد المقاولة الأصلي حيث تكون استعارة المحل في اتجاه واحد فقط من عقد المقاولة الأصلي إلى عقد المقاولة من الباطن[2]، فلا يمكن للاستعارة أن تتخذ اتجاها معاكسا، لأن عقد المقاولة الأصلي ينشأ بالضرورة قبل عقد المقاولة من الباطن، وبمعنى آخر يلزم أن يقوم عقد المقاولة من الباطن بتنفيذ عقد المقاولة الأصلي، سواء تعلق الأمر بتنفيذ الالتزام الكلي للمقاول الأصلي أو تنفيذه جزئيا فقط، فمثلا يقوم عقد المقاولة من الباطن بتصنيع أجزاء السيارات التي يستخدمها المدين في عقد المقاولة الأصلي وهو المقاول، في تصنيع السيارات محل التزامه اتجاه رب العمل[3].

أي أن عقد المقاولة من الباطن يمكن أن يستمد محل العقد الأصلي كله -وحدة محل كلية-، كأن يلتزم المقاول من الباطن من خلال العقد من الباطن بتنفيذ كل التزام المقاول الأصلي الناتج عن العقد الأصلي، كما يستطيع ان يستمد جزء فقط من محل العقد الأصلي -وحدة محل جزئية- ، أين

---

[1] كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص-ص، 112، 113.

[2] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 139.

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 40.

يقوم بتنفيذ جزء من التزام المقاول الأصلي فقط [1].

وتتحقق وحدة المحل بين العقدين في وحدة الشيء المادي لهذين العقدين ووحدة طبيعتهما القانونية على النحو الآتي: [2]

أ-وحدة الشيء المادي للعقدين:

من أجل تحقيق وحدة الشيء المادي المرتبط بمحل العقد والذي يكون ضروري لتحقق وحدة العقدين من حيث المحل يجب أن يتحد العقدين في الشيء المادي المتعلق بمحل العقد، يعني أن الشيء المادي لمحل العقد الأصلي يكون هو نفسه الشيء المادي لمحل عقد المقاولة من الباطن أو جزء منه.

و منه لو اختلف الشيء المادي محل العقد الأصلي عن الشيء المادي محل عقد المقاولة من الباطن، لا نكون أمام عقد مقاولة من الباطن الذي يعتبر في هذه الحالة عقدا أصليا مستقلا عن عقد المقاولة الأصلي.

ب-وحدة الطبيعة القانونية للعقدين:

إضافة إلى ضرورة وحدة الشيء المادي في العقدين لا بد أن يكون لهما كذلك نفس الطبيعة القانونية من أجل تحقق وحدة المحل، فالنسبة لعقد المقاولة لابد أن يكون العقد التابع له عقد مقاولة أيضا في طبيعته ولو كانت مقاولة من الباطن، فمثلا عندما يعهد المقاول الأصلي تنفيذ كل أو جزء من التزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين رب العمل وهو عقد المقاولة الأصلي إلى مقاول آخر في إطار عقد المقاولة من الباطن، فالطبيعة القانونية للعقدين نفسها ألا وهي عقود مقاولة، واختلاف الطبيعة القانونية للعقدين تؤدي إلى عدم تطابق وحدة المحل بين العقدين.

ويرى الأستاذ مصطفى عبد السيد الجارحي أنه رغم أن وحدة المحل بين العقدين تأتي من أمرين أساسيين ألا وهما وحدة الشيء المادي ووحدة الطبيعة القانونية للعقدين، إلا أنه يجوز تجاوز وحدة الطبيعة القانونية للعقدين في ذلك، بينما لا يمكن تجاوز وحدة الشيء المادي للعقدين.

---

[1] عامر عاشور البياتي، مرجع سابق، ص 140.

[2] المرجع نفسه، ص-ص، 140-144.

بمعنى أنه يمكن أن تبقى وحدة المحل للعقدين رغم اختلاف طبيعتهما القانونية ولكن اختلافهما في وحدة الشيء المادي يؤدي إلى انتفاء وحدة المحل بين العقدين، وأسس ذلك بمثال حيث ذكر أنه مثلا في عقد مقاولة نقل –العقد الأصلي– ، يمكن للمقاول الأصلي أن يقاول من الباطن للشحن والتفريغ، فتختلف هنا طبيعة العقد الأول القانونية ألا وهي عقد نقل الذي يمثل عقد المقاولة الأصلي عن طبيعة العقدين من الباطن وهما عقد الشحن والتفريغ. [1]

ونحن لا نوافق الأستاذ مصطفى عبد السيد الجارحي في هذا الاتجاه الذي اعتبر فيه أن وحدة المحل يمكن أن تكون رغم اختلاف الطبيعة القانونية للعقدين، ونؤيد توجه الأستاذ عامر عاشور عبد الله البياتي في ذلك، والذي يرى أنه لنكون أمام عقد مقاولة من الباطن لابد من أن يتحد العقدين في الموضوع والطبيعة القانونية، أما بالنسبة للمثال الذي وضعه فهو خاطئ برأينا ونؤسس ذلك من خلال هاتين النقطتين:

–بالنسبة لوحدة المحل برأينا لا يمكن أن تكون إلا من خلال توافر عنصرين أساسيين كما ذكرنا سابقا وحدة الشيء المادي ووحدة الطبيعة القانونية، وبغياب أحد العنصرين لا نكون أمام وحدة محل للعقدين.

– المثال الذي أسس عليه الأستاذ مصطفى السيد عبد الجارحي ليس في محله، لأن كل من عقد النقل وعقد الشحن والتفريغ لهم نفس الطبيعة القانونية التي تتمثل في عقود المقاولة: مقاولة نقل، مقاولة تفريغ، فالعقد الأصلي الأول الذي أبرمه رب العمل مع المقاول الأصلي في أغلب الظن كان حسب مثاله عقد مقاولة يضم نقل بضائع معينة وشحنها وتفريغها، فالتزم المقاول الأصلي بالنقل وعهد إلى مقاولين من الباطن مهمة الشحن والتفريغ وهذا جائز قانونا.

أما إذا قصد الأستاذ أن العقد الأصلي كان يضم النقل فقط، فإننا لا نكون أصلا أمام عقد من الباطن ، وليس للمقاول الحق في إبرام عقود مقاولة من الباطن بالنسبة للشحن والتفريغ لأنها ليست من التزاماته التعاقدية.

2–تبعية عقد المقاولة من الباطن للعقد الأصلي

لأن عقد المقاولة الأصلي يمثل سبب مشروعية عقد المقاولة من الباطن، فهو سبب وجوده والذي

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 4.

يختلف عن ركن السبب الذي يستقل فيه العقدين[1]، وتكون تبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلي أيضا بسبب الطرف المشترك في العقدين، ألا وهو المقاول الأصلي فهو طرف في العقد الأصلي بحيث يدين لرب العمل بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه نتيجة لتعاقده مع هذا الأخير، ويبقى موجودا في العقد الثاني ألا وهو عقد المقاولة من الباطن أين يتعاقد مع المقاول من الباطن من أجل تنفيذ جزء أو كل الالتزامات الملقاة على عاتقه نتيجة العقد الأصلي، ويبقى مسؤولا عن المقاول من الباطن أمام رب العمل على تنفيذ العمل.

ولكن وفي كل الأحوال تبعية العقد من حيث الشيء المادي والطبيعة القانونية اللتان تولدان التطابق من حيث المحل، لا تعني التطابق الكلي الفعلي بين العقدين فعقد المقاولة من الباطن عقد مستقل تختلف أحكامه عن أحكام عقد المقاولة الأصلي[2] كما سنوضح لاحقا.

ثانيا: نتائج تبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلي

يترتب عن تبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلي النتائج الآتية:

1- التزامات العقد من الباطن تكون بناء على التزامات عقد المقاولة الأصلي وليس العكس، لأن عقد المقاولة من الباطن هو الذي يستمد التزاماته من العقد الأصلي.[3]

2-لا يمكن للمقاول الأصلي أن يقرر للمقاول من الباطن حقوق أكثر من الحقوق التي تترتب له عن عقد المقاولة الأصلي، فعقد المقاولة من الباطن له حدود يرسمها العقد الأصلي، فقد يأتي مطابقا لهذا الأخير أو أقل نطاقا منه دون أن يتجاوز حدود عقد المقاولة الأصلي ، مثلا من حيث الغرض والمدة، فبالنسبة للمدة حتى ولو العقدين لا يتفقا في المدة فإن عقد المقاولة من الباطن ينقضي فورا بمجرد انقضاء عقد المقاولة الأصلي.

وتبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاول الأصلي تضيف قيدا جديدا، يفرض إضافتة إلى الضوابط العامة والأساسية التي تنظم حرية المتعاقدين، بأن يمثل عقد المقاولة الأصلي الحد الأقصى الذي يمكن أن يتفق عليه أطراف عقد المقاولة من الباطن[4].

---

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص7.

[2] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص-ص، 144، 145.

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 9.

[4] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص-ص، 148، 149.

3-المقاول الأصلي لا يجوز له أن يلتزم في إطار عقد المقاولة من الباطن بالتزامات لا يستطيع تنفيذها، لأنها تتعارض مع أحكام عقد المقاولة الأصلي المبرم بينه وبين رب العمل.[1]

4-إن تشابه مركز أطراف العقد من الباطن مع مركز أطراف عقد المقاولة الأصلي لا يعني أن حقوق والتزامات الطرفين في العقدين متطابقة، حيث يكون ذلك فقط في حالة حوالة الحق، فرغم وحدة المحل إلا أنهما عقدين مستقلين ولأطرافهما حرية تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن كل عقد، فالتزامات المقاول من الباطن الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن اتجاه المقاول الأصلي ، هي تشبه فقط التزامات المقاول الأصلي اتجاه رب العمل الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي كإنجاز العمل وتسليم العمل المنجز[2].

5-إن مصير عقد المقاولة من الباطن يتبع مصير عقد المقاولة الأصلي، ولأن عقد المقاولة من الباطن يستمد وجوده من عقد المقاولة الأصلي فهو ينقضي بانقضاء هذا الأخير حتما، حيث يصبح تنفيذ عقد المقاولة من الباطن مستحيلا في غياب عقد المقاولة الأصلي[3].

أي أنه إذا فسخ عقد المقاولة الأصلي بسبب أجنبي يفسخ عقد المقاولة من الباطن بالضرورة، ففسخ العقد أو بطلانه مهما كانت الأسباب سواء لعدم تنفيذ المقاول الأصلي لالتزاماته التعاقدية الناجمة عن عقد المقاولة المبرم بينه وبين رب العمل، أو لقيام المقاول الأصلي بمخالفة الشرط المانع الاتفاقي الموجود في العقد ،أو مخالفة الشرط المانع القانوني ،وحتى في حال ما إذا كانت شخصيته محل اعتبار في ابرام عقد المقاولة الأصلي، فإن بطلان عقد المقاولة من الباطن أو فسخه يتبع فسخ عقد المقاولة الأصلي، لأن التبعية في اتجاه واحد هي تبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلي[4].

الفرع الثالث

انتفاء العلاقة العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن

يشترط في عقد المقاولة من الباطن عدم وجود علاقة مباشرة تربط رب العمل كطرف في عقد المقاولة الأصلي بالمقاول من الباطن الذي يكون طرفا في عقد المقاولة من الباطن، وسنعرض فيما

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 9.

[2] المرجع نفسه، ص8.

[3] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 147.

[4] المرجع نفسه، ص-ص، 147، 148.

يلي المقصود بانتفاء العلاقة المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن ونتائجها.

أولا: المقصود بانتفاء العلاقة المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن

عقد المقاولة من الباطن يجمع بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، أما عقد المقاولة الأصلي فيربط المقاول الأصلي برب العمل ، وبذلك فإنه لا توجد أي علاقة قانونية في عقد المقاولة من الباطن تربط رب العمل بالمقاول من الباطن، كما يعتبر المقاول من الباطن غير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي[1].

ورغم العلاقة التي تربط العقدين نتيجة أن عقد المقاولة من الباطن يستمد وجوده من عقد المقاولة الأصلي وينقضي بانقضائه، يبقى المقاول من الباطن مستقلا عن عقد المقاولة الأصلي، وهو الشيء الذي ينتج عنه انتفاء الرابطة العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

إلا أن تطبيق هذا المبدأ لا يخدم عقود المقاولات التي تتطلب أن يكون تنسيق بين العقدين في حالة المقاولة من الباطن لحسن التنفيذ، إذ أن عقد المقاولة من الباطن يأتي لتنفيذ كل أو جزء من التزامات عقد المقاولة الأصلي الملقى على عاتق المقاول الأصلي[2].

وقد أسقط المشرع الفرنسي ضرورة هذا التنسيق بين العقدين من خلال نص المادة 2 من القانون 75-1334 ،التي فرض فيها على المقاول الأصلي ضرورة الاخطار بأسماء المقاولين من الباطن ومستحقاتهم المالية وأن يحصل على موافقة رب العمل لشروط الدفع، وهو الأمر الذي نجده في نصوص قانون الطلب العمومي[3]، كما تناول المشرع الجزائري ذلك من خلال نص المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي يحيلنا إليها نص المادة 112 من القانون 23-12[4]، حين فرض مجموعة من الشروط تتعلق بقبول المقاولين من الباطن وشروط دفعهم.

وكل هذا سواء بالنسبة للقانون الجزائري أو الفرنسي هو بغرض السماح لرب العمل بتقييد سلطة المقاول الأصلي في وضع الشروط والالتزامات لعقد المقاولة من الباطن، وكذا التنسيق مع العقد الأصلي والتقيد بحدوده وعدم الخروج منها، نظرا للعلاقة الوطيدة التي تربط العقدين من أجل حسن

---

[1] كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص-ص، 115، 116.

[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 54.

[3] Article 2 de la loi n 75-1334 relative à la sous-traitance ,op cit , et les Articles R2191-1-R2191-22 du code de la commande publique français, op cit.

[4] المادة 112 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، والمادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

تنفيذ عقد المقاولة الأصلي[1].

ثانيا: نتائج انتفاء العلاقة المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن

يترتب على تطبيق شرط انتفاء العلاقة المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن مجموعة من النتائج تتمثل أساسا في الآتي:

1-عدم التزام المقاول من الباطن بعقد المقاولة الأصلي وانتفاء مسؤوليته أمام رب العمل عن عدم تنفيذ هذا العقد، لأن عقد المقاولة الأصلي لا يلزمه بأية مسؤولية أمام رب العمل ، باعتبار أنه ليس طرفا فيه فهو غيرا عن العقد لا تترتب أي التزامات تعاقدية على عاتقه اتجاه رب العمل.

2- يبقى المقاول الأصلي مسؤولا عن المقاول من الباطن أمام رب العمل الذي يمثل الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي الذي يجمعه مع رب العمل.

3- استقلالية العقد من الباطن عن عقد المقاولة الأصلي رغم وجود طرف عقدي مشترك بينهما.

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 55.

الفصل الثاني

تكوين عقد المقاولة من الباطن و انقضائه

عقد المقاولة من الباطن كسائر العقود لا ينعقد صحيحا إلا بتوافر أركانه، لكن لا توجد نصوص في القانون الجزائري أو الفرنسي تنظمها وهو ما ينطبق على عقد المقاولة الأصلي، الأمر الذي يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة في تحديدها.

يبرم هذا العقد وفق صور معينة، كما يفترض وجود عقدين متتاليين ألا وهما عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، تتخللها ثلاثة أطراف عقدية بما فيهم المقاول الأصلي كطرف أساسي مشترك بين العقدين، وينقضي عقد المقاولة من الباطن بتوافر أسباب انقضائه سواء كانت عامة أو خاصة ، وسنتعرض فيما يلي إلى تكوين عقد المقاولة من الباطن في مبحث أول وانقضاء عقد المقاولة من الباطن في مبحث ثان.

المبحث الأول

تكوين عقد المقاولة من الباطن

عقد المقاولة من الباطن له نفس طبيعة عقد المقاولة الأصلي، إلا أنه عقد مستقل بذاته، وقد أجازه كل من المشرع الجزائري والفرنسي، لكنه لم يحظى بأركان خاصة في التشريعين، الأمر الذي يحيلنا للاعتماد على الأحكام والشروط العامة المتعلقة بتكوين العقود بصفة عامة، والإسقاطات المتعلقة بأركان عقد المقاولة الأصلي بصفة خاصة لمعالجة أركان عقد المقاولة من الباطن التي سنتناولها من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسنخصصه لدراسة أطراف هذا العقد وطرق إبرامه.

المطلب الأول

أركان عقد المقاولة من الباطن

العقد عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين، فهو بذلك لا ينعقد إلا بتراضي أطرافه والتراضي هو أهم أركانه، ويجب أن يكون هذا التراضي موجودا فعلا وأن يكون نتيجة لشيء معين بذاته، فالعقد ينشأ التزاما، حقا، أو يعدله و قد ينقله أو يزيله، وكل هذا يفيد وجود محل يرد عليه العقد على أن يكون مطابقا للشروط القانونية، كما يلزم وجود سببا له يعكس إرادة المتعاقدين التي تستهدف تحقيق غاية مشروعة.[1]

وقد جاء الكتاب الثاني للباب الأول من القسم الثاني في القانون المدني الجزائري تحت عنوان شروط العقد، المحددة على التوالي في كل من: 1-الرضا، 2-المحل، 2 مكرر السبب، دون أن تخص مادة قانونية واحدة تبين لنا شروط العقد.[2]

وهذا على عكس ما قرره المشرع الفرنسي حيث تنص المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، على أنه يجب توافر شروط أربعة لصحة العقد: الرضا والأهلية والمحل والسبب.

وتشير المادة 1334 منه على ضرورة أن تكون العقود مكونة بطريقة صحيحة، أي محترمة للشروط الموجودة في نص المادة 1108 من نفس القانون لتكون منتجة لآثارها المنشأة للالتزامات.

و تعتبر الأهلية شرطا ضمنيا في الرضا لا ركن مستقل عنه كما جاء في نص المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي سالفة الذكر، أين اعتبرتها شرطا ثاني لصحة العقد[3].

---

[1] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الجزائر، دار الكتاب الحديث، 2009، ص77.

[2] راجع أحكام القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي أطلقا على الرضا والمحل والسبب مصطلح شروط، وليس أركان، ويرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في هذا الأمر: أولا بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي اعتبر الأهلية شرطا ثاني لصحة العقد، يقول أن الأهلية هي شرطا في الرضا وليس مستقلة عنه، أي أنه لا يمكن اعتبارها شرط آخر لصحة العقد منفصلا عن الرضا، ويضيف أنه من أجل معرفة ما هي هذه الشروط المنصوص عليها كركن للعقد، بما أن الاهلية هي شرطا الرضا وبالتالي ليست ركنا مستقلا عنه ويبقى المحل والسبب فهما ركنان في الالتزام وليسا في العقد، وبالتالي يبقى الرضا فقط ركنا للعقد ولكن المألوف والمتعارف عليه هو أنه يبحث عن كل من المحل والسبب في نظرية العقد، ولا في نظرية الالتزام، إذ لا تظهر أهمية المحل إلا في الالتزامات التعاقدية، والسبب بمعناه القانوني لا يوجد إلا في هذه الالتزامات، وبذلك توخينا للفائدة العملية أن لا ننحرف عن الدقة العلمية، إلا أنه يمكن تبرير ذلك من الناحية المنطقية لأنّ العقد ركنه الرضا وموضوع الرضا التزام متوافر الأركان يشمل المحل والسبب والرضا لا يقوم إذا انعدم من الالتزام أحد أركانه.

عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص147.

ليأتي المشرع الفرنسي من خلال تعديل القانون المدني بالأمر 2016-131 المؤرخ في 10 فيفري 2016، ويصرح في نص المادة 1128[1]من القانون المدني الفرنسي، أنه يعتبر ضروري لصحة العقد كل من:

1-رضا الطرفين.

2-أهليتهم في التعاقد.

3-مضمون محتوى شرعي وأكيد.

ويفهم من خلال هذا النص أن الأهلية شرط لصحة العقد رغم الانتقادات الموجهة له في ذلك، باعتبار أنها شرط في الرضا وليست مستقلة عنه، وأنّه يقصد بمضمون أو محتوى شرعي وأكيد بالمحل وشروطه بما في ذلك السبب ضمنيا، لأنّه يأتي بعد ذلك في القسم الفرعي الثالث من خلال معنى نص المادة 1162[2]، ويفسر أن العقد لا يمكن أن يمس النظام العام لا من خلال أحكامه أو شروطه ولا من قبل هدفه، سواء كان هذا الأخير معروف أو غير معروف لدى الأطراف.

و يضيف من خلال معنى المادة 1163[3]منه، أن محل الالتزام خدمة حالية أو مستقبلية ويجب أن تكون هذه الأخيرة ممكنة غير مستحيلة ومحددة أو قابلة للتعيين.

و تكون الخدمة قابلة للتحديد عندما يمكن استنتاجها من العقد أو بالرجوع إلى الاستخدامات أو العلاقات السابقة للأطراف، دون أن تكون حاجة لموافقة أخرى بين الأطراف.

فالمشرع الفرنسي حدد شروط العقد والتي تعتبر أركانا له في: الرضا، الأهلية، المحل الذي تضمنه تحت اسم المضمون أو المحتوى كما بينا سابقا، ويرجع في ذلك ربما إلى تفسير أن المحل والسبب ركنان في الالتزام لا في العقد، إذ ليس للعقد سبب بهذا المعنى-المعنى المقصود باللفظ-، ويمكن أن يكون للعقد محل فمحله إنشاء التزامات معينة، وكل التزام ينشأ من العقد ضروري أن يقترن بمحل وسبب بحيث يرتبط كل التزام منها بمحل وسبب منفصل، في حين ليس له سبب خارج غطاء المحل[4]، أي أن المشرع الفرنسي اعتبر أن المحل والسبب ركنان في الالتزام لا في العقد، إلا أنه اعتبر أن العقد ضروري أن ينشأ

[1]Article 1128 du code civil Français, op cit.
[2]Article 1162 du code civil Français, op cit.
[3]Article 1163 du code civil Français, op cit.
[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 463.

من التزام وهو محله، والذي جعله ركن في العقد وهذا الالتزام لابد أن يكون له محل وسبب، وبالتالي لا توجد ضرورة لدراسة السبب كركن للعقد.

الفرع الأول

الرضا في عقد المقاولة من الباطن

كل العقود تولد من اتفاق للإرادات المنبثقة من السؤال هل الأطراف أرادوا ذلك فهو الرضا.[1]

الرضا أو التراضي هو أساس العقد وقوامه إذ لا يقوم العقد بدون توافره، لكن وجود الرضا لا يكفي لكي يقوم العقد صحيحا، فلا بد أن يكون خاليا من أي عيب يمكن أن يشوبه، وسنعرض فيما يلي شروط الانعقاد في التراضي ثم شرط صحة التراضي.

أولا: شرط الانعقاد

يفترض لقيام الرضا في العقد تعبير شخص محدد عن إرادة تتجه إلى العالم الخارجي أين تتطابق مع إرادة أخرى لإحداث أثر قانوني معين.[2]

والمقاولة من الباطن عقد يتطلب وجود رضا بين طرفين أي التعبير عن إرادتين متوافقين، وسنعرض فيما يلي التعبير عن الإرادة في عقد المقاولة من الباطن وتوافق الإرادتين في عقد المقاولة من الباطن.

1-التعبير عن الإرادة في عقد المقاولة من الباطن:

ينتج الرضا الذي يكون باتفاق إرادتين مفاعيل قانونية، لا تتحقق إلا بتجسيد إرادتي طرفي العقد والتعبير عنها[3] ، وسنعرض فيما يلي الإرادة ثم مظاهر التعبير عنها.

أ-الإرادة:

يوجد فرق بين الإرادة الكامنة في النفس والتعبير الخارجي للإرادة، فالإرادة هي عبارة عن عمل نفسي، يتجه نحو شيء معين، ويسبق هذا العمل النفسي أي الإرادة عملين كما حدد علماء النفس، الأول هو توجه الفكر الكامن نحو أمر معين وهو ما يعرف بالإدراك[4]، الذي يعتبر أساس الإرادة لدى طرفي

[1] François Terré, Philippe Simler , Yves Lequette , Droit civil, les obligations,8 éme édition, Paris ,Dalloz, 2002, P93.

[2] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص، 81.

[3] جاك غستان، ت:منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الاولى، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000، ص 291.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 149.

العقد حيث يقصد بالإرادة إدراك الشخص لما هو متجه إليه، ومن لا إدراك له فاقد للتمييز حتما ومثال ذلك الصبي غير المميز، المجنون وفاقد الوعي لسكر أو تخدير، أو من انعدمت إرادته الذاتية بسبب التنويم المغناطيسي أو الإيحاء، نتيجة العلاقة القانونية المؤسسة بين عمليتي الإدراك والتمييز[1].

أما العمل الثاني فهو عنصر التدبر ، ومن خلال هذا العمل يقوم الشخص بوزن الأمر ويتدبره جيدّا قبل الإفصاح عن إرادته، لتأتي بعد ذلك إرادة الشخص من خلال إفصاحه على عزيمته في إتمام هذا الأمر، وبعد أن أفصحت الإرادة وانعقدت لم يبقى إلاّ العمل الذي يليها ألا وهو عملية التنفيذ، وهو عمل له مظهر خارجي، بعكس الأعمال الثلاثة الأولى بما فيهم الإرادة المعنية وكذا الإدراك والتدبر اللذان يرتكزان على عنصر التفكير ، فهذه الأعمال الثلاثة هي داخلية نفسية لا تظهر للخارج، أي لا يعلمها إلا صاحبها، ويمكن أن يعلم بها الغير إذا تم الإفصاح عنها بمظهر من مظاهر التعبير عنها[2]، ومن هنا ينبثق هذا السؤال: – ما هي مظاهر التعبير عن الإرادة؟ والذي سنجيب عنه فيما يلي:

ب–مظاهر التعبير عن الإرادة:

القاعدة العامة في التعبير عن الإرادة هو أن الشخص حر في طريقة تعبيره عن إرادته، بحكم أن القانون لا يفرض طريقة معينة وذلك وفقا لمبدأ الرضائية في العقود، إلا أنه توجد استثناءات نص عليها القانون تحدد كيفية التعبير عن إرادة المتعاقد في حالات معينة على سبيل الحصر، كأن تتطلب شكلا معينا مثلا كما هو الحال لعقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري.[3]

إذا كان من الممكن عموما التعبير عن الإرادة بصورة إيجابية سواء كان ذلك صراحة أو دلالة، ولكن هل يمكن التعبير عنها بطريقة سلبية عن طريق السكوت؟

و سنعرض فيما يلي الصورة الإيجابية والصورة السلبية للتعبير عن الإرادة.

–الصورة الإيجابية للتعبير عن الإرادة (التعبير الصريح، التعبير الضمني):

يعتد المشرع الجزائري بالتعبير الصريح عن الإرادة بكل مظاهره سواء كان ذلك لفظا، كتابة أو

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، 2010، ص 77.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص–ص، 149، 150.

[3] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص–ص، 85، 86.

بالإشارة المتداولة، عرفا أو بأي موقف آخر لا يثير أي شك في دلالته على إرادة صاحبه، كما أنه يعتد بالتصريح الضمني إذا لم ينص القانون أو لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.[1]

و المقصود هنا أن هناك بعض الحالات يشترط فيها المشرع أن يكون التعبير عن إرادة الطرفين بطريقة صريحة ، فلا يجوز مخالفة ذلك والتعبير عنها بطريقة ضمنية، مثلا ما جاء في نص المادة 331 من القانون المدني الجزائري ، التي تعتبر الدفاتر المنزلية حجية على من صدرت منه متى ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا، أو إذا كانت المعلومات المدونة في هذه الدفاتر والأوراق المنزلية تفيد صراحة أنها تثبت حقا له، وقد يتطلب أن يكون التعبير عن هذه الإرادة في شكل معين سواء كان رسمي أو عرفي، بنص القانون أو باتفاق الطرفين فلا يصح التعبير هنا إلا بما نص عليه القانون أو بما اتفق عليه الطرفين.[2]

وهو نفس توجه المشرع الفرنسي حيث جاء في معنى نص المادة 2/1113 من القانون المدني الفرنسي أن الإرادة قد تنجم عن تصريح أو سلوك غير مبهم لا لبس فيه من طرف مؤلفها أو مصدرها أو صاحبها، ويفهم من عبارة قد تنجم عن تصريح أو سلوك غير مبهم ولا لبس التعبير الصريح عن الإرادة، إلا أن المشرع الفرنسي سبق العبارة **بقد** أي أنه لم يحصر التعبير عن الإرادة في المظهر الصريح وفتح المجال لإمكانية التعبير المبهم والذي يفيد التعبير غير الصريح الضمني[3].

وهناك حالات يفرض القانون التعبير الصريح عن الإرادة فيها كما سبق الذكر، وفي هذا الصدد قد أجبر المشرع الفرنسي في التضامن الاتفاقي للمدينين الأخذ بالتعبير الصريح عند الاتفاق، كما فرض أن تأطر الكفالة برضا صريح، فلا يجوز في هاتين الحالتين مثلا مخالفة ذلك والأخذ بالتعبير الضمني[4].

ويرجع تعبير المشرع الفرنسي بهذه الطريقة عن صور الإرادة ربما لأنه من الصعب أن نتصور رأي إيجابي أو تعبير عن إرادة ضمنيا فهو غالبا صريح أي معبر عنه، وصريح لا يعني مكتوب يمكن أن تنتج الإرادة من تصريح شفوي وحتى في أشكال بدائية وأكثر بساطة.[5]

---

[1] المادة 60 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 82.

[3] Article 1113/2 du code civil français, op.cit.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 151.

[5] Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 2 éme édition, Paris, édition juridiques associées, 2005, p 231.

فقد يكون شفويا عن طريق ألفاظ دالة بصفة مباشرة وجها لوجه، أو عن طريق مكالمة هاتفية، أو بتسجيل الكلام وقد ترسل عن طريق شخص لا يحوز صفة النيابة.

كما قد يكون التعبير مكتوبا كتابة رسمية أو عرفية، عامة أو خاصة، مكتوبة باليد أو بالكمبيوتر، أصلية أو صورة طبق الأصل، مصنوعة باليد أو مصورة، سواء كان نقل الكتابة مباشرة أو بالطرق الإلكترونية كإرسال بريد الكتروني مثلا، أي التعبير عن ذلك بأي الطرق التي تفيد الكتابة. ويمكن أن يكون بالإشارة كأن يشير شخص إشارة واضحة تعبر عن إرادته تعبيرا صريحا كهز الرأس مثلا عموديا بما يفيد القبول أما أفقيا فهو يرمز للرفض كدلالة واضحة بغض النظر ما إذا كان يتكلم بشكل طبيعي او أخرص[1].

وقد تكون عن طريق عروض موجهة للجمهور بطريقة أو بأخرى، كالتعبير عن إرادة للبيع بوضع المبيع في واجهة دكان، أو أن تكون ميكانيكية أو آلية بحتة مثلا ، كالبيع عن طريق تنصيب آلات التوزيع الأوتوماتيكي في عملية أوتوماتكية محضة[2].

هذا بالنسبة للتعبير الصريح، أما التعبير الضمني فهو ذلك التعبير الذي يتخذ مظهرا غير كاشف للإرادة كأن يتصرف شخص بتغيير في سيارة عرضت عليه للبيع ، فهذا تعبير عن إرادته في قبول وإتمام الشراء [3]، وليس كما قال الأستاذ صبري السعدي التعبير الضمني عن الإرادة يكون «إذا اتخذ صاحبه مظهرا يدل بطريقة غير مباشرة عن مقصوده»[4]، حيث يمكن التعبير بطريقة غير مباشرة عن المقصود ونكون أمام تعبير صريح كما سبق التطرق إليه سابقا مثلا في مثال المرسول أو بنقل الكتابة إلكترونيا.

وبإسقاط كل هذا على عقد المقاولة من الباطن فإن الإرادة في التعاقد قد تكون بمظهر صريح يترجم بطريقة شفوية وجها لوجه، عن طريق تعبير من المقاول الأصلي للمقاول من الباطن مثلا، أو بصفة غير مباشرة عن طريق مكالمة هاتفية أو بتفويض وكيل أو مرسول للوساطة في التعاقد، وقد تترجم هذه الارادة بكتابة في وثيقة رسمية أو عرفية في إطار عقود المقاولة الخاصة تمثل بنود عقد المقاولة من الباطن، أو عن طريق إعلان عادي أو الكتروني في إطار عقود الصفقات العمومية ،يليها تسليم لوثيقة رسمية مكتوبة تملأ وتمضى من طرف المقاول من الباطن الراغب في التعاقد والمتمثلة في دفتر الشروط.

---

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص-ص، 152، 153.

[2] Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, op cit, p231.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 153.

[4] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 87.

و قد تكون الإرادة في التعاقد بمظهر ضمني، كما لو أن المقاول من الباطن أنهى المهام التي أعطاه إياها المقاول ثم يأتيه هذا الأخير بمهام أخرى ويباشر المقاول من الباطن في إتمامها، فهذا دليل إرادة ضمنية للطرفين في التعاقد ، تمثلت في عرض ثاني للمقاول الأصلي وقبول المقاول من الباطن لهذا العرض.

-الصورة السلبية للتعبير عن الإرادة (السكوت وقيمته للتعبير عن الإرادة):

لا يمكن في أي حال من الأحوال اعتبار السكوت تعبيرا عن الإيجاب[1]، لأن طبيعة السكوت تتلخص في موقف سلبي مطلق يمثل العدم لا يمكن أن يترجم في ايجاب، أين يعرض أحد الطرفين التعاقد على الآخر الذي له كامل الحرية في قبول عرضه أو رفضه[2]، ويتضمن الإيجاب مثلا بيان للصفقة أو العقد الخاص بذلك العرض وكافة شروطه، في حين أن السكوت لا يمكن أن يعبر عن شيء وفي هذه الحالة يكون أمر فيه حسم بأن السكوت لا يمكن أن يعبر عن إيجابا.

و إذا كانت القاعدة العامة تفيد أن السكوت لا يعتد به في التعبير عن الإرادة، وبذلك يصبح السكوت لا يصح أن يكون لا إيجابا ولا قبولا، فإنه توجد استثناءات في تطبيق هذه القاعدة[3] ، تختلف من تشريع إلى آخر والتي تخص التعبير عن القبول في الإرادة دون الإيجاب، فالنسبة للقانون الجزائري فإن المشرع نص في المادة 68[4] من القانون المدني الجزائري، على ثلاث حالات يمكن أن يعتبر فيها السكوت قبولا، وتتمثل هذه الحالات في الآتي:

-حالة المعاملة في حد ذاتها: إذا كانت طبيعة العلاقة التي تجمع الطرفين في حد ذاتها تعتبر أن من وجه له الايجاب قابلا إذا لم يقابل العرض الموجه له بالرفض في الآجال المناسبة، أو كان العرف التجاري المعمول به في تلك العلاقات يقر بأن السكوت قبولا، أو وجود ظروف أخرى تسمح باعتبار السكوت قبولا في تلك الرابطة، كأن يدخل مورد بضاعة جديدة لا يشملها الاتفاق الذي جمعه مع الطرف الآخر فيسكت هذا الأخير ويستعملها ولا يردها إلى المورد.

-حالة التعامل السابق بين الطرفين: إذا جمع الطرفين علاقة سابقة ووجه أحدهما إيجاب جديد

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 156.

[2] محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص-ص، 88، 89.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 85.

[4] المادة 68 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

يخص نفس التعامل وقابله الطرف الآخر بالسكوت، فإن سكوت هذا الأخير يعتبر قبولا، كحالة وجود عقد لنقل بضائع يجمع طرفين لمدة زمنية محددة وانتهت مدته ، ثم عرض الناقل على صاحب البضاعة التجديد فقابله هذا الأخير بالسكوت، يعد سكوته هنا قبولا للتجديد.

- **الحالة التي يكون فيها الإيجاب في مصلحة الطرف الساكت:** فإذا سكت طرف في علاقة عن إيجاب كان في مصلحته اعتبر قبولا، وحالة الهبة أهم مثال على ذلك، فإذا قدم شخص إيجاب لشخص آخر يفيد منحه شيئا ما، فإن سكوت الطرف الموجه له الإيجاب يعتبر قبولا لأن ذلك يصب في مصلحته.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإن نص المادة 1120[1] من القانون المدني الفرنسي يفيد أن السكوت لا يعني قبول إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، أو قضى العرف والعلاقات التجارية بذلك أو كانت هناك ظروف خاصة.

وهي تقريبا نفس الحالات التي تناولها المشرع الجزائري في نص المادة 1/68من القانون المدني الجزائري باستثناء نص القانون، ورغم أن المشرع الفرنسي لم يورد بعد التعديل في نص المادة 1120 من القانون المدني الفرنسي الحالات التي حددها المشرع الجزائري في المادة 2/68 من القانون المدني الجزائري، ويتعلق الأمر بحالتي التعامل السابق بين الطرفين والايجاب الذي يكون في مصلحة من وجه إليه فهو توجه صائب برأينا لأن نصوص القانون، الأعراف والعلاقات التجارية تغطي كل تلك الحالات.

وبإسقاط الصورة السلبية للإرادة في التعاقد على عقد المقاولة من الباطن، فإننا نخلص إلى أن السكوت لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال إيجابا للتعاقد، أين لابد أن يعرض في عقود المقاولة من الباطن الخاصة المقاول الأصلي التعاقد على المقاول من الباطن، أو حتى في الحالة العكسية التي يبادر فيها المقاول من الباطن بعرض تجديد العقد، وكذلك في عقود المقاولة من الباطن العامة التي تتضمن الزاما عروضا تبين كافة الشروط، إذ لا يمكن للسكوت التعبير عن شيء من كل هذا.

كما لا يعتد بالسكوت كقبول في عقود المقاولة من الباطن العامة والخاصة كقاعدة عامة، لكن هناك استثناءات يمكن تطبيقها في ذلك واعتبار السكوت فيها قبولا ويتعلق الأمر ب:

- حالة المعاملة التي تجمع الطرفين في حد ذاتها كما سبق وذكرنا، أين يمكن للمقاول من الباطن مثلا الذي استلم تنفيذ أشغال معينة من المقاول الأصلي إضافة أعمالا ذات طابع جمالي لم يتفق عليها في

[1] Article 1120 du code civil français, op cit.

العقد، ويباشر هذه الأعمال فيسكت المقاول الأصلي ولا يقابل العرض الموجه إليه بالرفض، فيعتبر سكوته هنا قبولا.

- حالة التعامل السابق الذي يجمع المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، أين يكون المقاول من الباطن قد أتم التنفيذ، ثم يقوم هذا الأخير بتوجيه إيجاب جديد للمقاول الأصلي للتعاقد مرة أخرى، لإتمام أجزاء العمل المتبقية التي كلف بها المقاول الأصلي من قبل رب العمل مثلا، سكوت المقاول الأصلي هنا يعتبر قبولا لتجديد العقد بينهما.
- الحالة التي يكون الايجاب في مصلحة من وجه إليه، فإذا تعاقد المقاول الأصلي مع مقاول من الباطن من أجل تشييد بناية معينة مثلا، ثم لاحظ هذا الأخير ضرورة إضافة أعمال أخرى لم يتفق عليها في العقد من شأنها أن تجعل البناية أكثر صلابة، فوجه له ملحق بالأعمال الإضافية وباشر تلك الأعمال في حين سكت المقاول الأصلي ولم يعارض، اعتبر سكوته قبولا لضم الملحق في التعاقد لأن ذلك يصب في مصلحة المقاول الأصلي.

2-توافق الإرادتين في عقد المقاولة من الباطن:

لا بد لتوافر ركن الرضا الذي يعتبر أساس العقد وجود إرادة لطرفيه ويصدر التعبير عنها سواء صراحة أو ضمنيا أو بالسكوت المبرر في حالة القبول، إلا أن كل هذا لا يكفي بل لا بد أن تتطابق إرادة الطرفين أي تطابق كل من الإيجاب والقبول، وسنتعرض فيما يلي للإيجاب ثم القبول وأخيرا اقتران الايجاب بالقبول[1].

أ-الإيجاب:

الإيجاب هو الدعوة للدخول في مفاوضات، فهو اقتراح إذا قبله من وجه إليه انعقد العقد، لكنه لا يرتقي إلى درجة الوعد بالتعاقد من جانب واحد[2]، الذي يمهد الواعد من خلاله لإبرام العقد في المستقبل، إذا أظهر الموعود رغبته في التعاقد خلال مدة محددة.

وبعبارة أخرى الإيجاب هو عرض يتقدم به أحد الأشخاص وهو العارض بغية الحصول على قبول لعرضه من طرف شخص آخر يسمى القابل لينعقد العقد ويجمعهما كمتعاقدين، فهو تعبير نهائي عن الإرادة لإبرام العقد في حالة تطابقه مع قبول، ولكن يجب أن يتضمن العرض طبيعة العقد المقصود في

[1] Michèle Muller, droit civil, op cit , p110.
[2] Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Philippe Stoffel-Munk, op cit, 230.

العرض مثلا هو عرض للتعاقد من الباطن ،وكل الشروط الضرورية لإتمامه لكي يعتبر ايجابا[1].

عموما يجب أن يكون الإيجاب صريحا، يعبر عنه لفظا أو بالكتابة أو بطريقة أخزى توصل ذلك فوضع بعض الأشياء على واجهة المحلات يشكل على وجه الخصوص إيجابا، بمهلة محددة، معقولة أو بدون مهلة، عاما مقدما للجمهور في شكل إعلان مثلا يفيد دعوة للدخول في مفاوضات مع صاحب العرض، الذي تكون له كل الحرية في اختيار متعاقده، ولا يضطر للتعاقد مع أول شخص يفاوضه، كما قد يكون الإيجاب خاصا موجه لشخص محدد بالذات[2].

ومما سبق يمكن القول أن عرض التعاقد لابد أن يتميز بمجموعة من العناصر تضبطه وتجعله إيجابا يمكن حصرها فيما يلي[3]:

-يجب أن يكون محددا تحديدا دقيقا بإبراز العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كتحديد القانون لعناصر عقد البيع المتمثلة في الشيء المبيع والأجر.

- يكون واضح غير مبهم، صريح أو ضمني، موجه للجمهور أو إلى شخص أو عدة أشخاص محددة، بمهلة أو بدون مهلة.

-يعبر عنه بعدة وسائل شفوية أو مكتوبة في شكل رسالة، إعلانات، منشورات...، أو حتى بمواقف طبيعية بحتة.

-يجب أن يكون مغلق، يعبر عن رغبة صاحبه الثابتة في الالتزام التي يكفيها القبول ليتم العقد، لكن عندما يرافقه تحفظ يصبح الاقتراح سوى دعوة للدخول في محادثات إلا إذا كانت التحفظات محددة.

المشرع الجزائري لم يتناول الايجاب بالتفصيل الذي تناوله الفقه أو المشرع الفرنسي، ولكن عالج أحكامه ضمنيا في القسم الثاني من الفصل الثاني المتعلق بالعقد تحت عنوان شروط العقد، في إطار معالجة شرط أو ركن الرضا[4].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نظم الإيجاب من خلال القسم الفرعي الثاني المعنون بالإيجاب والقبول، التابع لقسم إبرام العقد تحت غطاء الفصل الثاني الخاص بتكوين العقد التابع للكتاب الثالث

---

[1] محمد صبري السعيدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 103.

[2] Brigitte Hess Fallon, Anne marie Simon ,droit civil, aide-mémoire, 5eme édition, compris Dalloz, paris 199, p173.

[3] Corine Renault-Brahinsky,L'essentiel du droit des contrats, op, cit, p 24.

[4] راجع المواد 59- 71 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

المتضمن مختلف طرق حيازة الممتلكات، حيث صرح في المادة 1113[1] من القانون المدني الفرنسي أن العقد يتشكل بتلاقي الإيجاب غير المبهم لمؤلفه مع قبول من وجه إليه، أين يعبر الأطراف عن إرادتهما الصريحة في التعاقد.

ثم جاء في نص المادة 1114[2] منه ليوضح أكثر أن هذا الإيجاب يمكن أن يكون موجه لشخص محدد ، أو للجمهور يتضمن وجوبا العناصر الأساسية للعقد، يعبر عن إرادة مؤلفه للتعاقد في حالة القبول، ويقصد هنا القبول دون تحفظ لإيجاب العارض المحدد تحديدا دقيقا، وإلا لن يكون هذا الإيجاب إلا دعوة للدخول في مفاوضات فقط.

لتأتي المادة 1115[3] منه فيما بعد وتوضح أنه يمكن للعارض التراجع عن إيجابه متى أراد ذلك طالما أنه لم يصل بعد إلى وجهته.

وبعد التطرق إلى الأمور النظرية الفقهية الخاصة بالإيجاب ، والتعرض إلى ما اتجه إليه المشرع الجزائري وكذا المشرع الفرنسي في ذلك، اللذان لم يخرجا عن سياق الأطر النظرية والفقهية المعالجة، نأتي الآن لمحاولة إسقاط كل هذا على الإيجاب في عقد المقاولة من الباطن، أين يكون الإيجاب من طرف المقاول الأصلي إلى المقاول أو المقاولين من الباطن، يعبر عنه بطريقة صريحة شفوية أو مكتوبة كإعلان في حالة صفقة مثلا أين يوجه للجمهور الذي يتلقى الإعلان، كما يمكن أن يكون موجه إلى شخص محدد أو أشخاص محددة بالذات عندما لا يتطلب الأمر اللجوء إلى صفقة أو تحقق حالة من حالات التراضي البسيط مثلا ، كأن يتجه الايجاب إلى مقاول أو مقاولين من الباطن كان المقاول الأصلي قد سبق التعاقد معهم من قبل، ويمكن كذلك أن يتخذ الصورة الضمنية الغير صريحة أين يقدم المقاول الأصلي عملا جديدا للمقاول من الباطن بعد انتهاء العقد الأول، وقد يكون إيجاب المقاول الأصلي بمهلة محددة في إعلان الصفقات أو بمهلة معقولة أو مفتوح بدون مهلة في العقود الخاصة.

يكون إيجاب المقاول الأصلي وجوبا مغلق وغير مبهم ، يعبر عن رغبته في الالتزام دون تحفظ، وإلا فإنه يعتبر دعوة للمقاول من الباطن أو المقاولين من الباطن للدخول في مفاوضات خاصة إذا كان موجه للجمهور.

[1] Article 1113du code civil français, op cit.
[2] Article 1114 du code civil français, op cit.
[3] Article 1115du code civil français, op cit.

ويمكن للمقاول الأصلي الرجوع عن إيجابه ما دام لم يتلقى قبول من طرف المقاول أو المقاولين من الباطن، شريطة أن يصل تراجعه قبل قبولهم، أو إذا كان عرضه لم يصل أصلا لهم.

ب-القبول:

القبول يعبر عن رضا من وجه إليه الإيجاب اتجاه العرض المقدم له أو بعبارة أخرى رضاه في التعاقد مع من صدر منه الإيجاب، فهو الإرادة الثانية التي غالبا ما تلي الإرادة الأولى أو الإيجاب لتمثل الموافقة على التعاقد[1]، إلا أنه قد يحدث ويصدر الإيجاب والقبول في وقت واحد، ينتج عن ذلك توافق إرادتا الطرفين العارض والقابل فيبرم العقد كأن يتدخل طرف ثالث ليتوسط بين طرفين لم يتفقا على التعاقد ويصدر عرضا اتفاقي لهما فيقبلاه معا في وقت واحد[2].

نخلص من ذلك إلى أن الايجاب يصدر في الأصل قبل القبول، لكن يمكن أن يصدرا في آن واحد، في حين لا يمكن للقبول أن يصدر قبل الإيجاب.

فالقبول بمثابة الاعتماد للإيجاب، يتضمن نفس العناصر الأربعة للإيجاب، يجب أن يكون واضحا غير مبهم، بسيط يعبر عن رغبة صاحبه الكاملة والثابتة في التعاقد صراحة، ضمنيا أو بالسكوت[3]، ومن هنا يمكن القول أن للقبول عدة أشكال تتمثل في[4]:

-**القبول الصريح:** التعبير عن الإرادة بقبول الإيجاب يكون شفوي إيمائي أو مكتوب.

-**القبول الضمني:** أين يترجم التعبير عن الإرادة الضمنية في القبول بموقف بسيط، أي موقف من الشخص الذي وجه له الإيجاب يفيد الرضا في التعاقد.

-**الموقف السلبي (السكوت):** والذي يفيد الغياب التام لأي تعبير يبين إرادة من وجه إليه الإيجاب في التعاقد، بما في ذلك التعبير الضمني.

ويعتبر هنا السكوت عبارة عن قبول كاستثناء عن القاعدة العامة ، التي لا تعترف بذلك إلا في حالات معينة نص عليها كل من المشرع الجزائري في المادة 68 من القانون المدني الجزائري ونظيره الفرنسي في نص المادة 1120 من القانون المدني الفرنسي كما سبق وبيناه أعلاه.

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 109.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 272.

[3] Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munk, op cit, 234

[4] Corine Renault-Brahinsky, L'essentiel du Droit des contrats, op cit, p 28.

و يجب أن يعبر من وجه إليه الإيجاب عن القبول بطريقة بسيطة تفيد قبول العرض الذي وجهه إليه ولا تنقلنا إلى إيجاب جديد[1]، فإذا قبل المقاول من الباطن كل الشروط التي وضعها المقاول الأصلي في المقابل اقترح مبلغا جديدا لأتعابه نكون هنا أمام إيجاب جديد وليس قبول للإيجاب الأول.

فأساس القبول هو التوافق الكلي مع الإيجاب، إذ لا يعتد بالموافقة التي تتضمن التعديل بالزيادة أو النقصان في الإيجاب الموجه كقبول، بل هي رفض له يوجه إيجابا جديدا[2].

ولكي يكون القبول صحيحا لا بد أن تكون إرادة متلقي الإيجاب موجهة من أجل التعاقد على الشروط المقترحة من العارض، والتي تتوافق بالضرورة مع العناصر الأساسية للعقد.[3]

كما يجب أن يتصل القبول بعلم الموجب ليرتب أثره من حيث عدم التراجع والعدول عنه ، وكذلك من حيث انعقاد العقد، ويكون هذا الأمر في غير حالتي القبول عن طريق الصمت (القبول السلبي)، وكذا في الحالة التي يعتبر فيها تنفيذ العقد قبولا أي القبول الضمني[4].

وقد نظم المشرع الجزائري القبول ضمنيا في شروط الرضا كما هو الحال بالنسبة للإيجاب من خلال عدة نصوص ، لكن لم يخصص له عنوانا فرعيا ، فنجد مثلا المادة 64 من القانون المدني الجزائري التي تبين شروط وحالات العدول عن القبول، والمادة 66 منه التي تعتبر القبول الذي يغير في الإيجاب إيجابا جديدا، وكذا المادة 68 منه التي تتضمن الحالة السلبية للقبول[5].

على عكس المشرع الفرنسي الذي خص القبول بنصوص قانونية تنظمه مثله مثل الإيجاب، وحدد مفهومه في نص المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي أين اعتبر القبول مظهر من مظاهر إرادة من وجه له الايجاب للالتزام في إطار شروط العرض، وحدد في فقرتها الثانية شروط العدول عنه، أين اعتبر القبول الذي لم يستلمه صاحب العرض قابل للتراجع بكل حرية شريطة أن يصل التراجع إلى العارض قبل القبول، وتختم في فقرتها الثالثة والأخيرة باعتبار أن القبول غير المتطابق مع الإيجاب بدون أثر إلا إذا كان يشكلا عرضا جديدا[6].

---

[1] Brigitte Hess Fallon, Anne marie Simon, op cit, p 174.

[2] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 119.

[3] Corine Renault-Brahinsky, L'essentiel du Droit des contrats, op cit, p28.

[4] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص111.

[5] المواد 64، 66، 68 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[6] Article 1118 du code civil français, op cit.

وبإسقاط عملية القبول على العقد محل دراستنا فإننا نخلص إلى أن القبول هو مظهر التعبير عن الإرادة الذي يفيد التزام المقاول من الباطن بالتعاقد مع المقاول الأصلي ، سواء كان ذلك صريحا بإجابة شفوية، كتابية، إيمائية، أو ضمنيا كمواصلة العمل معه والبدء في التنفيذ دون إجابة، أو بمظهر سلبي صامت كاستثناء إذا ما كان القانون والأعراف التجارية تنظم ذلك، أو كان هناك تعاقد سابق بينهما أو حتى في حالة العرض الذي يكون في مصلحة المقاول من الباطن كما سبق وتطرقنا.

ولا يمكن للمقاول الأصلي الرجوع عن إيجابه إذا كان القبول محدد بمهلة كإعلان صفقة عمومية مثلا، كما لا يعتبر إيجاب المقاول من الباطن بعرض جديد قبولا ، كأن يعرض المقاول الأصلي على المقاول من الباطن أشغال معينة بسعر معين فيقبل المقاول من الباطن لكن بسعر أعلى فلا يعتبر هذا قبولا وإنما إيجابا جديدا للتعاقد، إذ يجب أن يقع القبول من المقاول من الباطن على العناصر الأساسية للعقد المعروض من المقاول الأصلي ويتطابق معها فلا ينقص ولا يزيد ولا يعدل فيها.

ج-اقتران الإيجاب بالقبول:

إن توافق الإرادتين هو أولا وفي الأساس عملية فكرية وتصرف داخلي للمتعاقدين، يقررا من خلالها الالتزام من عدمه بعد ترجيح كل منهما لإيجابيات أو سلبيات التعاقد، وباختصار توافق الإرادتين هو إرادة مسبوقة وردة فعل، أو هو القدرة على الفهم وحسن اتخاذ القرار بمعني الإرادة[1].

وجاء في نص المادة 59[2] من القانون المدني الجزائري ، أن العقد يتم بتطابق الإرادتين بعد إفصاح كل طرف عن إرادته دون الإخلال بالنصوص القانونية ، وهو يقصد هنا توافق الإرادتين بكل تفاصيلها الواردة في النصوص القانونية المنظمة لها.

أما المشرع الفرنسي فقد صرح في نص المادة ق 1121[3] من القانون المدني الفرنسي ،أن العقد يتم بمجرد وصول القبول إلى العارض، والذي يترجم في تلاقي الإيجاب والقبول اللذان من خلالهما يعبر الطرفان عن إرادتهما أي عن رغبتهم في الالتزام.

حيث أنه إذا وصل القبول المطابق للإيجاب إلى العارض انعقد العقد بين الطرفين[4]، والذي يعني علم

---

[1] François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette , op cit, p 106.

[2] المادة 59 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1121 du code civil français, op cit.

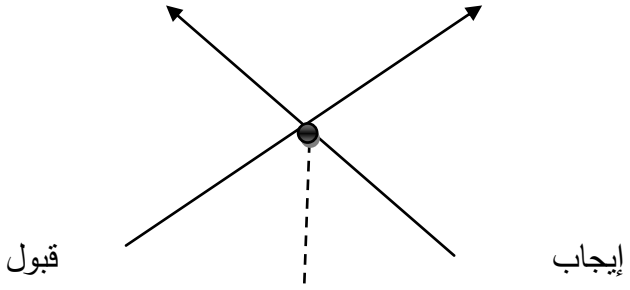
[4] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني لجزائري، مرجع سابق، ص 111.

علم الموجب بالموافقة على عرضه دون زيادة أو نقصان.

أما إذا سقط الإيجاب بسبب رفضه من قبل الشخص الموجه له، انتهاء المدة المحددة لقيامه أو بعدول الموجب عنه إن لم يكن ملزما، فإنه لا يعتد بأي قبول يصدر له بعد ذلك في إتمام العقد[1].

والحديث عن مفهوم توافق الإرادة ومدلوله في المسائل التعاقدية يقودنا للحديث عن قبول مزدوج، سنوضحه من خلال المخطط التالي:

مخطط يبين توافق الإرادتين بين طرفي العقد



المصدر: Brigitte Hess Fallon, Anne marie Simon, op cit, p 173.

من خلال هذا المخطط يمكن القول أن العقد لا يتم إلا بتطابق إرادة الموجب الصريحة التي لا لبس فيها والتي لم تسقط بعد، مع القبول الواضح والصريح لمن وجه له على عناصر العقد الأساسية ، دون زيادة ولا نقصان، ولتوافق الإرادتين صورتان أساسيتان هما:

-تطابق الإرادتين في مجلس العقد أو التعاقد الحضوري: مجلس العقد هو المصطلح الذي يفيد التعاقد الحضوري الذي يتم عند اقتران التعبير عن الإيجاب مع التعبير عن القبول، مع العلم به في نفس الوقت نظرا للتواجد الحضوري للمتعاقدين في مجلس واحد. والتعاقد عبر الهاتف يعتبر تعاقد بين حاضرين بالنسبة لوقت صدور القبول والعلم به، أماعن مكانه فيعتبر بمثابة العقد الذي يكون بين غائبين نظرا لعدم التواجد

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص-ص، 273، 274.

الحضوري للمتعاقدين وقت علم صاحب العرض بالقبول[1]. وقد عالج المشرع الجزائري توافق الإرادتين في مجلس العقد في نص المادة 64[2] من القانون المدني الجزائري، والتي تفيد أنه إذا وجه إيجاب لشخص حاضر أو بعبارة أخرى في مجلس العقد دون تحديد أجل للقبول، جاز لصاحب العرض العدول عنه إن لم يصدر القبول فورا، وهو ما ينطبق عن الإيجاب عبر الهاتف أو بطريقة مماثلة له، وينعقد العقد أيضا إذا كان القبول غير فوري، لكنه صادر قبل انقضاء مجلس العقد وتحلل العارض عن ايجابه.

في حين أن المشرع الفرنسي ينص في المادة 1121[3] من القانون المدني الفرنسي، أن العقد يبرم بمجرّد وصول القبول للموجب، والذي يكون في مكان صدور القبول أو بمعنى آخر مجلس العقد الواحد.

-**وعدم اجتماع المتعاقدين في مجلس وواحد:** والذي يفرض وجود فترة زمنية بين صدور الإيجاب وتلقي القبول، أين يكون التعاقد بينهما عن طريق رسول، برقيات، مراسلات، أو إعلانات، وعقود المقاولات من الباطن العامة في إطار الصفقات العمومية كما هو الحال في التعاقد بين غائبين، يصدر فيها الإيجاب عن طريق الإعلان عن الصفقة في حين تلقي القبول وتوافق الإرادتين بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها يستغرق فترة زمنية[4].

و قد أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول وفقا لنص المادة 67[5] من القانون المدني الجزائري، والتي تفيد أن العقد يتم في مكان وزمان علم من قدم العرض بالقبول، أي مكان وزمان علم الموجب بالقبول، مالم يوجد إتفاق أون نص قانوني يفيد غير ذلك.

و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذين وصل إليه فيهما القبول.

أما المشرع الفرنسي فلم ينظم ذلك في نص قانوني، وقد انقسم القضاء في اعتماد مكان وزمان انعقاد العقد بين غائبين على نظريتي[6] إعلان القبول والعلم بالقبول، في حين اعتمدت محكمة النقض الفرنسية

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص، 112.

[2] المادة 64 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1121 du code civil français, op cit.

[4] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص-ص، 121-122.

[5] المادة 67 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[6] تجدر الإشارة إلى أنه في فرنسا يتم الاعتماد على نظريتين لحل مشكلة مكان وزمان إبرام العقد بين غائبين على التوالي:

-**نظرية إعلان القبول** ومفادها أن العقد تم بمجرد إعلان الطرف الآخر قبوله للإيجاب الموجه إليه.

-**نظرية العلم بالقبول** وأساسها أن الإرادة لا يمكن أن تنتج أثرها إلا من وقت الذي يعلم فيه بها من وجهت إليه أي وقت علم الموجب بالقبول.

محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص-ص، 122 -124.

في ضبط زمان ومكان انعقاد العقد على نية المتعاقدين في ذلك فقط، بما يفيد أن نية المتعاقدين وحدها من تبين لنا إذا ما كانت إرادتهما منتجة لآثارها أم لا، والتي تخضع لسلطة تقدير قاضي الموضوع وحده دون رقابة لمحكمة النقض في ذلك[1].

وبإسقاط كل ما سبق على عقد المقاولة من الباطن، فإن عقد المقاولة من الباطن يبرم بمجرد تلاقي إيجاب المقاول الأصلي مع قبول المقاول من الباطن، والذي يمكن أن يكون بحضورهما في مجلس واحد، أو أن يكون عقد بين غائبين كأن يبرم العقد وفقا لصفقة عمومية مثلا، وفي كل هذا نرجع إلى القواعد العامة التي سبق شرحها. ويتم ذلك بتعبير المقاول الأصلي والمقاول من الباطن عن إرادتهما المتطابقة، من أجل أن يقوم المقاول من الباطن بعمل معين مستقلا عن المقاول الأصلي، مقابل أجر معين يلتزم المقاول الأصلي بدفعه.

ويجب أن ينصب التراضي بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على الآتي[2]:

- ماهية العقد:

حيث يجب أن تتجه إرادة الطرفين إلى إبرام نفس العقد ، وفي العقد محل دراستنا لا بد أن تتوجه إرادة المقاول الأصلي والطرف الآخر إلى إبرام عقد مقاولة من الباطن لا غيره، أما إذا توجهت إرادة المقاول الأصلي إلى إبرام عقد مقاولة من الباطن ، في حين توجهت إرادة الطرف الآخر إلى إبرام عقد مقاول أصلي كالعقد الذي يفترض أن يسبق العقد محل الاتفاق المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والذي على إثره يريد هذا الأخير تكليف مقاول من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من التزاماته اتجاه رب العمل في إطار عقد مقاولة من الباطن، فلا يوجد تطابق لرضا الطرفين على ماهية العقد هنا وبالتالي لا يتم العقد.

- العمل المطلوب القيام به:

يجب أن يتراضى المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على جوهر العقد وموضوعه الذي يمكن أن يتطابق مع العمل المطلوب من المقاول الأصلي في إطار عقد المقاول الأصلي أو يكون جزءا منه فقط، في حين لا يمكن في كل الأحوال أن يختلف عنه، والذي يفترض الدقة والوضوح في تعيينه، إذ يجب على المقاول الأصلي تعيين العمل المراد تكليف المقاول من الباطن به تعيينا دقيقا وواضحا، وإلا فإنه لا

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص116.

[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص-ص، 50-51.

يمكن الحديث عن تطابق للإيجاب والقبول بين الطرفين، وبالتالي لا يكون هناك رضا على العمل المطلوب، ولا بد أن يكون تنفيذ هذا العمل غير مستحيل لإثبات الإرادة الجادة في التعاقد.

-البدل أو الأجر:

لا ينبغي أن يختلف المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على مقدار الأجر الذي يتقاضاه المقاول من الباطن مقابل العمل المطلوب منه في إطار عقد المقاولة من الباطن، والذي يفترض أن يعين أو يكون قابلا للتعيين، وإلا يرجع الطرفان إلى العرف في ذلك وحسب حجم العمل، ولكن لا بد أن لا يقع خلاف بين طرفي العقد على مقدار الأجر، فإن وجد انعدم التراضي على الأجر لم ينعقد العقد.

ثانيا: شروط الصحة

شروط صحة عقد المقاولة من الباطن هي نفسها شروط صحة أي عقد آخر، تتطلب توافر الأهلية الواجبة وسلامة التراضي من عيوب الإرادة، فإذا صدر التراضي من قبل شخص ناقص الأهلية، أو كانت إرادته معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة، فإنّ المقاولة من الباطن تكون قابلة للإبطال، وإذا أبطلت اعتبرت كأنها لم تكن، ويصبح المركز القانوني بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

و دراسة شروط الصحة في المقاولة من الباطن تتطلب الوقوف على عنصرين أساسيين، ألا وهما: الأهلية في المقاولة من الباطن وعيوب الرضا في المقاولة من الباطن.[1]

ونظرا لعدم وجود المراجع التي تدرس هذا الأمر، وبما أن عقد المقاولة وعقد المقاولة من الباطن لهما نفس الطبيعة القانونية –مقاولة– لأنّ عقد المقاولة من الباطن هو في الأصل عقد مقاولة قائم بذاته، فإننا نسقط أحكام عقد المقاولة على المقاولة من الباطن في هذا الأمر من جهة، ومن جهة أخرى نطبق القواعد العامة التي تطبق على كل عقد باعتبار المقاولة من الباطن في الأصل عقد.

1-الأهلية في المقاولة من الباطن:

يقصد بالأهلية قدرة الشخص على القيام بتصرفات قانونية تكسبه حقوقا وتحمله التزامات.

والأهلية نوعان[2]:

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص48.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص، 152.

-**أهلية وجوب:** وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل التزامات.

-**أهلية أداء:** وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه، التي قد تكسبه حق أو تحمله التزاما.

والأهلية التي تهمنا هنا في العقد محل دراستنا هي أهلية الأداء، نظرا لضرورة توافرها في المتعاقد لكي يعتبر رضائه بالعقد سليما.

حيث أكد نص المادة 414 مكرر 1[1] من القانون المدني الفرنسي أنه لابد ان يكون الشخص سليم العقل لتعتبر تصرفاته سارية المفعول أو منتجة لآثارها. ولا يوجد نص يقابله في القانون المدني الجزائري.

وجوهر أهلية الأداء هو التمييز الذي يفرض استكمال جميع عناصر التعبير والتقدير لكي يكون الشخص قادرا على مباشرة تصرفات قانونية، أما إذا سقطت بعض عناصر التعبير والتقدير لدى الشخص فهو ناقص أهلية، في حين إذا كان الشخص فاقد للتمييز فهو معدوم الأهلية[2].

والأشخاص غير المؤهلين للتعاقد أهلية كاملة هم:

-القصر غير المرشدين (غير المحررين).

-البالغين غير المؤهلين (المحميين عن طريق القانون).

وهذا حسب ما جاء في نص المادة 1146 من القانون المدني الفرنسي، التي اعتبرت صراحة هؤلاء الأشخاص غير مؤهلين للتعاقد وفقا للشروط القانونية، وأخضعت البالغين غير المؤهلين إلى نص المادة 425 من نفس القانون، والتي تفيد في فقرتها الاولى أنه يمكن أن يستفيد من إجراء الحماية القانونية كل شخص ثبتت حالة تدهور في قواه العقلية أو الجسدية، و تقف حائلا دون تعبيره عن إرادته[3].

ويقابل المادة 1146 من القانون المدني الفرنسي المادة 78 من القانون المدني الجزائري، التي جعل من خلالها المشرع الجزائري كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون، ثم تأتي المادة 79 من نفس القانون وتأكد صراحة إخضاع القاصر والمحجور عليه وغيرهم من عديمي الأهلية وناقصيها لقواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة.[4]

---

[1] Article 414-1 du code civil français, op cit.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص، 153.

[3] Article 1146 et 425/1 du code civil français, op cit.

[4] المادة 78، 79 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

وبالرجوع إلى نص المادة 43[1] من القانون المدني الجزائري فإن كل من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.

من خلال ما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري قد اتجه اتجاه المشرع الفرنسي باعتبار أن كل شخص أهل للتعاقد إلا:

-القصر غير المرشدين (المميزين ناقصي الأهلية).

-الراشدين الذين طرأ أمر على أهليتهم جعلها ناقصة أو معدومة (كالسفيه والمجنون وذي غفلة والمعتوه والمحجور عليه).

- فبالنسبة للحالة الأولى التي تخص القصر غير المرشدين:

فإن كل شخص لم يبلغ سن 19 سنة كاملة في القانون الجزائري وفقا للفقرة الثانية من المادة 40[2] من القانون المدني الجزائري، و18 سنة كاملة في القانون الفرنسي وفقا للفقرة الأولى من المادة 388[3] من القانون المدني الفرنسي ، ولم يرشد ترشيد الصبي المميز تكون تصرفاته القانونية قابلة للإبطال، وبذلك فإن الشخص الذي بلغ سن التمييز ولم يرشد بإذن القاضي يعتبر قاصر غير مرشد، فهو لا يتمتع بأهلية الأداء، سواء كانت معدومة قبل بلوغه سن التمييز أو ناقصة بعد بلوغه سن التمييز، والتي ينجر عليها هنا أن تكون تصرفاته القانونية التي أبرمها والتي تدور بين النفع والضرر قابلة للإبطال.

- وبالنسبة للحالة الثانية والتي تخص البالغين غير المؤهلين:

سبق وذكرنا أن كل الأشخاص البالغين هم أهل للتعاقد ما لم يخل بأهليتهم عارض يجعلها ناقصة أو معدومة بحكم القانون.

ويتعلق الأمر هنا بعوارض الأهلية التي تمس أهلية الأشخاص البالغين، فتجعلهم ناقصي أهلية أو منعدميها بحكم القانون وهي ثلاث أنواع من العوارض يتعلق الأمر بـ[4]:

أ-عوارض تصيب الإنسان في عقله فيصبح عديم التمييز والإدراك، ويتعلق الأمر هنا بالجنون

---

[1] المادة 43 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المادة 2/40 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 388 /1 du code civil français, op cit.

[4] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص-ص، 168، 169.

والعته[1] الذي يعدم الإدراك.

ب-عوارض تصيب تدبير الإنسان فيصبح ناقصا للإدراك ويتعلق الأمر هنا بالسفه[2] والعته المنقص للإدراك فقط، بالإضافة إلى ذي الغفلة فهو ذاك الشخص المغبون في تصرفاته المالية نتيجة خذاعه بسبب قلة إدراكه وطيبة قلبه الزائدة، بالرغم من أنه كامل العقل وله حكم السفيه قانونا[3].

ج-عوارض تقف دون تعبير الإنسان عما يريده، والمتمثلة في العاهات الجسمانية[4] المزدوجة.

في حين يرى الدكتور عصمت عبد المجيد بكر أن العاهة المزدوجة -التي قصد بهذا الدكتور محمد صبري السعدي العوارض التي تقف دون إفصاح الشخص عن إرادته، أو العاهات الجسمانية والتي تضمنتها المادة 80[5] من القانون المدني الجزائري، وفرضت أن تكون مزدوجة لكي تحكم المحكمة بتعيين مساعدا قضائيا في ذلك كأن يكون الشخص أعمى أصم، أبكم أصم أو أبكم أعمى-، أنها موانع أهلية وليست عوارض أهلية كما ذكر محمد صبري السعدي، لأنها لا تصيب عقل الإنسان، أو تشتت تدبيره، فهو لا يستطيع الإفصاح فقط لكن يبقى كامل الاهلية[6].

ونوافقه الرأي في ذلك لأن عوارض الأهلية تجعل من صاحبها شخص غير كامل الأهلية وغير متحكم في الإفصاح عن إرادته، بينما العاهات الجسمانية يمكن أن تمنع الشخص من التعبير عن إرادته دون أن تمس التمييز والإدراك، فلا تنقص إرادته ولا تفقدها، فهو بالغ عاقل كامل الأهلية.

ولا بد أن نميز بين عوارض الأهلية السابق ذكرها وموانع الأهلية التي يقصد بها حالات الموانع

---

[1] نقصد بالجنون: لغة زوال العقل أو فساده، اضطراب يلحق العقل فينعدم صاحبه الإدراك والتمييز.

أما العته: فقد اختلف في تعريفه وله حكمان: قد يكون نوع من الجنون يعدم الإدراك هنا يتميز بأن صاحبه لا يلجأ للعنف، وقد يأخذ حكم السفيه الذي سنبينه لاحقا، فلا يعدم الإدراك كلية، وهو نقص الأهلية وله حكم الصبي المميز في القانون.

محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص157.

[2] السفيه: هو كامل العقل ولكن له علة في تدبيره فهو يسرف في انفاق ماله.

محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص157.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص74.

[4] العاهات الجسمانية هي: التي لا تمس الشخص في عقله ولا تصيب تدبيره فيبقى على أثرها كامل الأهلية، لكن يتعذر عليه بسببها الإفصاح عن إرادته بطريقة صحيحة.

محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص158.

[5] المادة 80 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[6] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص74.

القانونية التي تقف دون مباشرة الشخص تصرفاته، ويرجع ذلك إلى أسباب يكون أساسها قانوني تتعلق ب: [1]

أ- الأشياء التي لا تدخل في دائرة التعاملات القانونية، فمثلا لا يمكن التعامل أو التعاقد في أملاك الدولة المخصصة للنفع العام.

ب- الحذر الممارس على بعض الطوائف لممارسة مجموعة من الأعمال القانونية، والتي من بينها ما جاءت به المادتين 410، 411 من القانون المدني الجزائري، أين منع القانون شراء الشيء من الشخص الذي عهد إليه بيعه، أو تقويمه، وكذلك منع رجال القضاء وأعوانهم بصفة قانونية شراء الحقوق المتنازع فيها إذا دخل النزاع في المحاكم التي ينتمون إليها وظيفيا، وذلك وفقا المادتين 402، 403 من القانون المدني الجزائري.

ج- الأشخاص الذين فقدوا أهليتهم بحكم القانون متى صدر بشأنهم حكم جنائي يجعلهم محجور عليهم، ممنوعين من مباشرة التصرفات القانونية مدة قضاء الحكم.

ويرى الدكتور عصمت عبد المجيد بكر أن هناك موانع أخرى للأهلية ويتعلق الأمر ب: [2]

أ-العاهة المزدوجة كما سبق الذكر ونوافقه الرأي في ذلك.

ب-الغائب: وهو الشخص الذي غادر الوطن لمدة تزيد عن سنة دون انقطاع أخباره، أو كان داخل الوطن لكن مجهول الموطن لمدة تزيد عن سنة، ويترتب عن ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره، بمعنى أنه لا يمكن اتخاذ أي إجراء يصون حقوقه أو اكتساب هذه الحقوق أو استثمار أمواله أو حتى رد الاعتداء المتجه إليه فهو بذلك في حكم القاصر.

ج-المفقود: هو من غائب ولا يعرف إذا كان ما زال حيا أو مات، وهو يختلف عن الغائب في أن الغائب معروف أنه حي، ولا بد على المحكمة أن تتحرى عن إمكانية حياته بكل الطرق قبل تقرير حكم وفاته.

د-**الأسير**: فالأسير من هو في حكم السجين مالكا لأمواله، بحيث يتم تنصيب قيم في الحالة التي لا يوجد بها وكيل يتوكل أموره ،عقد معه عقد وكالة قبل أن يصبح أسيرا.

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 159.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 79.

وبعدما تعرفنا على الأهلية وبالتحديد أهلية الأداء الواجب توافرها في العقد، وبما أن المقاولة من الباطن عقد يتضمن وجود طرفين وهما المقاول من الباطن والمقاول الأصلي، فيتعين بيان الأهلية الواجب توافرها في كلا طرفي العقد ليكونا أهلا للتعاقد: [1]

أ-أهلية المقاول الأصلي: وهي التي تقابل أهلية رب العمل في عقد المقاولة الأصلي.

المقاول الأصلي يلتزم بدفع الأجرة، فتكون المقاولة بالنسبة إليه من أعمال التصرف، فيجب أن يتوفر على أهلية التصرف، يعني بلغ سن الرشد وغير محكوم عليه باستمرار الولاية عليه.

فالقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة ولو كان مأذونا له في الإدارة، ليس أهلا لإبرام عقد المقاولة من الباطن بصفته مقاول أصلي، وإذا أبرم العقد كانت المقاولة من الباطن قابلة للإبطال لمصلحته.

و لا يملك نائب القاصر أو المحجور أن يعقد المقاولة بإسم القاصر أو المحجور لأنها من أعمال التصرف، وإذا أراد استغلال أموال القاصر في بناء عمارة مثلا، وجب عليه الحصول على إذن من المحكمة يفيد ذلك.

ب-أهلية المقاول من الباطن:

و المقاولة من جانب المقاول من الباطن أيضا تعتبر من أعمال التصرف، فإذا التزم بتقديم المادة مع العمل، فإن تصرفه في المادة يعتبر بمثابة بيع لها، وحتى إن لم يلتزم بتقديم المادة واكتفى بتقديم العمل وحده فهو مضارب بعمله معرض للربح والخسارة.

كما قد يلتزم بتعويض المقاول الأصلي عما لحقه من أضرار، بسبب عدم تنفيذ التزاماته تنفيذا صحيحا، فتعاقده يدور بين النفع والضرر.

وعليه وفي الأصل يجب أن تتوفر في المقاول من الباطن أهلية التصرف، بأن يكون بالغا راشدا، فقصوره أو الحجز عليه لسفه أو غفلة، ولو كان مأذونا له في الإدارة لا يؤهله لإبرام عقد مقاولة من الباطن، وإذا فعل كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته.

غير أنه إذا كان المقاول من الباطن حرفيا -صانعا صغيرا-، نجار أو حداد مثلا، يمكن له أن يكسب عيشه من صنعته، حتى ولو كان قاصرا يجوز له إبرام المقاولة من الباطن الداخلة في صنعته.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص-ص، 48-50.

2-عيوب الرضا:

لا يلتزم الشخص في الالتزامات التعاقدية إلا بما انصرفت إليه إرادته الكاملة الغير معيبة، ويكون رضا المتعاقد معيبا إذا مسته أمور تفسد الرضا دون أن تذهبه ، وهي عيوب الرضا في كل العقود بما في ذلك عقد المقاولة من الباطن، والتي تنظمها أحكام القوانين المدنية حيث تلحق إرادة أطراف العقد أو أحد منهم بعيب يمس سلامتها فيبقى الرضا هنا موجودا لكنه معيبا.

والعيوب التي تفسد رضا المتعاقد وتجعل العقد قابلا للإبطال في القانون المدني الجزائري هي الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن والاستغلال ونص عليها المشرع من المادة 81 إلى المادة91 من القانون المدني الجزائري سنفصل فيها لاحقا.[1]

أما المشرع الفرنسي فقد اكتفي بالغلط، التدليس والإكراه، وعالجها من المادة 1130 إلى المادة 1144 من القانون المدني الفرنسي تحت غطاء عيوب الرضا.

حيث تفيد المادة 1130 [2]من القانون المدني الفرنسي أن الغلط، التدليس والإكراه يعيبون ويفسدون الرضا إذا كانوا يؤثرون على إرادة أحد الطرفين في التعاقد، ويغيرونها أو يجعلون أحد الطرفين يتعاقد على شروط مختلفة على تلك التي كان سيتعاقد عليها إذا لم يكن عيب قد مس إرادته.

لتأتي المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي وتضيف بمعنى أن عيوب الرضا التي حددت في المادة 1130 السالفة الذكر هي سبب في البطلان النسبي للعقد.[3]

وبهذا وحسب القانون الفرنسي فإن رضا أطراف التعاقد يمكن أن يكون معيبا في ثلاث حالات وهي:

الغلط و التدليس والإكراه، وهذه الحالات حقيقة قانونية يجب إثباتها من قبل الشخص الذي يحتج بها وبأي وسيلة. [4]

ونخلص مما سبق إلى أن المشرع الفرنسي قد نص في مادة صريحة على الحالات التي تعيب الرضا أين اكتفى بالغلط التدليس والإكراه، ثم عالج بعد ذلك كل حالة على حدى، في حين أن المشرع الجزائري وسع فيها لتشمل الغبن والاستغلال وعالجها منفردة دون أن يتضمنها نص واحد.

---

[1] راجع أحكام المواد 81-91 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1130 du code civil français, op cit.

[3] Article 1131 du code civil français, op cit.

[4] Brigitte hess-fallon, Anne marie simon, op cit, p 180.

أ-الغلط:

الغلط: هو «وهم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد» ، كأن يشتري شخص آنية معتقد أنها من ذهب ليفاجئ فيما بعد أنها من معدن مذهب فقط[1]، فدافعه في التعاقد هنا كان مبنيا على وهم جعله يعتقد أن الآنية من معدن ذهب.

و يعرف الغلط كذلك على أنه: «حالة تقوم في النفس فتحملها على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها».[2]

وهذا التعريف يوضح لنا أن توهم الخطأ قد يكون إيجابيا، يجعل المتعاقد يتوهم وجود شيء غير موجود كشراء الشخص للآنية على أنها ذهب في حين أن معدن الذهب غائب في تركيبة الآنية كما سبق الذكر، أو سلبي يجعله يتوهم غياب شيء هو موجود فعلا ، كشراء سيارة على أساس أنها غير كهربائية في حين أن السيارة محل التعاقد هي فعلا سيارة كهربائية.

وهو بذلك «التمثيل الخاطئ للواقع»[3] بالمعنى الفعلي والدقيق لهذا التعريف.

والغلط الذي يؤثر في العقد ويجعله قابلا للإبطال هو: [4]

-الغلط الذي يؤثر على مادة الشي أو على صفة جوهرية من صفاته، كأن يشتري شخص خاتما لزوجته باعتباره من ذهب ليكتشف أنه من نحاس، فهو هنا أخطأ في المادة التي يتركب منها الخاتم، أو يقتني شخص ساعة على أنها من ماركا عالمية ليكتشف أنها مقلدة ،فقد أخطأ هنا في صفة جوهرية تخص الساعة.

- الغلط في شخصية المتعاقد ذاتها أو على صفة من صفاته، حيث تكون شخصية المتعاقد أو أحد صفاته محل اعتبار في إبرام العقد، كأن يبرم رب العمل عقد مع شخص لبناء عمارة باعتباره مهندس ليكتشف فيما بعد أنه أبرم العقد مع صاحب المؤسسة التي يعمل فيها المهندس وليس مع المهندس، أو أن يؤجر شخص منزلا لشخص آخر ليسكن فيه هو وأسرته ليكتشف فيما بعد أنه أعزب وليس لديه أسرة.

---

[1] محمد صبري المسعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 162.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 85.

[3] Michelle Muller, op cit , p 112.

[4] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 175.

وهو ما أكده المشرع الجزائري في كل من نص المادة 81[1] من القانون المدني الجزائري، حيث صرح بإمكانية مطالبة المتعاقد الواقع في خطأ جوهري عند الإبرام بإبطال العقد.

ليأتي بعد ذلك في نص المادة 82[2] من القانون المدني الجزائري ويبين لنا أن المقصود بالغلط الجوهري، فهو الغلط في صفة الشيء، ذات المتعاقد أو صفة من صفاته والذي يكون في كل الأحوال السبب الرئيسي الذي دفع الشخص الواقع في الغلط للتعاقد.

وهو نفس توجه المشرع الفرنسي الذي أكد من خلال نص المادة 1132 [3] من القانون المدني الفرنسي أن الغلط الذي يكون سببا في إبطال العقد هو الغلط الذي يتعلق بالصفة الجوهرية للشيء أو الخدمة أو تلك التي تتعلق بالمتعاقد، ليأتي فيما بعد في المادة 1334[4] من نفس القانون ويحدد أكثر بأن الصفة الجوهرية في المتعاقد أو أحد صفاته لا تكون سببا للإبطال، إلا في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي.

وبتطبيق الغلط كعيب من عيوب الرضا على العقد محل دراستنا، فإن الغلط الذي يعتبر عيبا من عيوب الرضا في عقد المقاولة من الباطن هو الغلط الواقع على صفة في المحل، أي في العمل المراد إنجازه، كأن يتفق مثلا المقاول الأصلي مع المقاول الباطن على بناء عمارة من خمس طوابق، في حين يكتفي هذا الأخير ببناء عمارة من ثلاث طوابق فقط.

وفي هذه الحالة يكون عقد المقاولة من الباطن غير ملزم بالنسبة لمن وقع في الغلط، الأمر الذي يسمح له بفسخ العقد أو إجازته، ويمكن أن يكون الغلط معيبا للرضا في عقد المقاولة من الباطن كذلك إذا وقع في شخص المتعاقد الآخر أو في صفة فيه[5]، وهي تطبيقات عملية مهمة بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن كما لعقد المقاولة والتي سنفسرها فيما يلي:

-الغلط في شخص المقاول من الباطن:

بما أن عقد المقاولة من الباطن هو في الأصل عقد مقاولة – لهما نفس الطبيعة القانونية-، فإننا نطبق على عقد المقاولة من الباطن بالنسبة للغلط في شخص المقاول من الباطن ما يطبق على المقاول الأصلي، ونقول أن تأثير الغلط في شخص المقاول من الباطن على صحة العقد يتوقف على ما إذا كانت

[1] المادة 81 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المادة 82 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1132 du code civil français ,op cit.

[4] Article 1134 du code civil français ,op cit.

[5] عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص-ص، 35، 36.

شخصيته محل اعتبار في التعاقد أم لا، وكقاعدة عامة لا يكون للغلط تأثير على صحة العقد إذا وقع في شخص المقاول من الباطن.[1]

ولكن يكون الغلط جوهريا ويعيب الرضا في عقد المقاولة إذا وقع في شخص المقاول من الباطن وكانت شخصية هذا الأخير محل اعتبار في إبرام العقد معه ، كأن يبرم المقاول عقد المقاولة من الباطن مع مهندس نتيجة كفاءته وخبرته في البناء لبناء عمارة، كلف هو ببنائها من العقد الأصلي المبرم بينه وبين رب العمل، وفي هذه الحالة التي تكون فيها شخصية المقاولة من الباطن محل اعتبار في إبرام العقد مع المقاول الأصلي ، ووقع غلط في شخصه جاز لهذا الأخير أن يتحلل من العقد بطلب الفسخ، أو إجازته. فإذا صدر من المقاول ما يبين عدم تمسكه بالعقد صراحة أو ضمنيا فسخ العقد، وإذا بين أنه يتمسك به صراحة أو ضمنيا اعتبر العقد لازما للطرفين.[2]

-الغلط المادي أو الغلط في الحساب:

أما بالنسبة للغلط المادي أو ما سماه المشرع بالغلط في القلم، كأن ينقل رقم من صفحة إلى صفحة أخرى خاطئ، وكذلك الغلط في الحساب الذي يؤدي إلى رفع الحساب إلى الأعلى لمصلحة المقاول من الباطن، أو إلى أدنى لمصلحة المقاول الأصلي[3]، فلا يؤثر على صحة العقد إلا أن المشرع الجزائري ألزم تصحيحه من خلال نص المادة 84[4] من القانون المدني الجزائري، وتناوله المشرع الفرنسي من خلال نص المادتين 1135، 1136[5] من القانون المدني الفرنسي واعتبره لا يؤثر في صحة العقد ، إلا إذا أثر في رضا المقاول من الباطن في التعاقد مثلا كاعتبار وقوعه في الغلط عنصرا حاسما في موافقته على التعاقد، فبذلك يكون عقد المقاولة من الباطن صحيحا في مواجهة طرفيه رغم وقوع الغلط في الحساب أو القلم ولكن يلزم تصحيحه وفقا للقانون الجزائري، لكنه يؤثر في صحة العقد وفقا للقانون الفرنسي إذا أثر في رضا المقاول من الباطن ودفعه للتعاقد.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 53.

[2] عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 37.

[3] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 94.

[4] المادة 84 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[5] Article 1135,1136 du code civil français, op cit.

ب-التدليس:

التدليس هو: «استعمال أحد المتعاقدين طرق احتيالية لتضليل المتعاقد الآخر تضليلا يحمله على التعاقد»[1].

يفهم من خلال هذا التعريف أن التدليس هو تلك الطرق الاحتيالية التي أوقعت الطرف الآخر في الخطأ، وجعلته يتوهم شروط غير موجودة كانت دافعه الوحيد للتعاقد.

وبهذا يمكن تعريف التدليس كذلك على أنه: «الاحتيال أو الخداع من أجل تحميل شخص على التعاقد»[2]، بما يفيد استعمال أحد طرفي العقد كل أنواع الاحتيال والخداع للوصول إلى رضا الطرف الآخر في التعاقد.

وهو كذلك: «مناورات بين أحد أطراف العقد موجهة بوضع الطرف الآخر في خطأ بالإضافة إلى توجيهه وإحضاره للتعاقد».[3]

يفهم من خلال هذا التعريف أن التدليس هو قيام أحد أطراف العقد بمناورات توقع الطرف الآخر في خطأ لتأمين تعاقده، نتيجة إيهامه بشيء غير موجود.

وإذا كان التدليس والغلط يتشابهان أو يشتركان في وجود وهم، فإنهما يختلفان في أن وهم الغلط تلقائيا، إلا أن الوهم في التدليس وهم بفعل شخص آخر، لذا يطلق عليه بالتغليط أي تغليط الشخص عكس الغلط حيث يقع الشخص تلقائيا في الوهم دون فعل فاعل[4].

ويحتوي التدليس بذلك على عنصرين[5]:

-**عنصر موضوعي:** ويتعلق الأمر باستعمال طرق احتيالية، سواء صدرت هذه الطرق الاحتيالية من أحد طرفي العقد أو حتى من شخص كان أجنبي عن العقد.

-**عنصر نفسي:** ومفاده أن هذه الطرق الاحتيالية التي يستعملها أحد الطرفين أو الغير قد تسببت في تغليط الشخص، وضللت له الحقيقة مما دفعه للتعاقد.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 391.

[2] Michelle Muller, op cit, p 113.

[3] Corine Renault, l'essentiel du droit des contrats, op cit, p 33.

[4] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص، 176.

[5] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص، 177.

وقد نص المشرع الجزائري[1] على التدليس في المادة 86 من القانون المدني الجزائري، حيث اعتبر في فقرتها الأولى أن العقد يكون قابل للإبطال في حالة التدليس، عندما تكون الحيل التي التجئ إليها أحد أطراف العقد أو من ينوب عنه معتبرة لدرجة أنه لولاها لما تعاقد الطرف الآخر، وصرح في الفقرة الثانية منها أنه يعتبر كذلك تدليسا تفادي الكلام عن واقعة أو ملابسة بالسكوت العمدي ، بعد التأكد بأن علم الطرف الآخر بها يعني رفضه للتعاقد.

وجاء في نص المادة 87 من القانون المدني الجزائري، أنه لا يجوز لمن وقع في التدليس طلب إبطال العقد إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، إلاّ إذا ثبت علم أو حتمية علم الطرف الآخر بذلك التدليس.

وهو نفس توجه المشرع الفرنسي، الذي اعتبر في نص المادة 1137[2] من القانون المدني الفرنسي أن التدليس هو مناورة من أحد الأطراف موجهة لوضع الطرف الآخر في خطأ، من أجل الحصول على رضاه في التعاقد، وكذا السكوت والإخفاء العمدي لمعلومة من أحد الطرفين ما كان للطرف الآخر أن يتعاقد لو علم بها.

وبتطبيق التدليس كعيب من عيوب الرضا على العقد محل دراستنا، فإنه يجوز إبطال العقد إذا شابت إرادة أحد المتعاقدين المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن تدليسا، عن طريق استعمال حيل ومناورات تقود الطرف الآخر إلى إبرام العقد، كإيهام المقاول الأصلي المقاول من الباطن مثلا، بأنه صاحب مقاولات كبيرة وأنه يحوز على أعمال كثيرة للتنفيذ سيتولى تنفيذها معه إذا تعاقد معه في تنفيذ عمل معين لا يريد المقاول من الباطن تنفيذه ، في حين أن ذلك العمل الذي تعاقد على أساسه مع المقاول من الباطن هو العمل الوحيد بحوزته.

ج-الإكراه:

يعرف الإكراه على أنه: «ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيحمله على التعاقد».[3]

يفهم من خلال هذا التعريف أن الإكراه هو ضغط يمارس على أحد المتعاقدين بغير وجه حق، يدخل على نفسه رهبة تدفعه للتعاقد ضد رغبته.

---

[1] المادة 86، 87، من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1137du code civil français, op cit.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 80.

ويعرفه الفقه الفرنسي على أنه: «قيود ممارسة على إرادة الشخص لإحضاره أو توجيهه للتعاقد». [1]

ويفهم من خلال هذا التعريف أنه بتسليط الإكراه على أحد طرفي العقد تصبح إرادته غير حرة في التعاقد، وإنما مقيدة ترغمه على التعاقد.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 88[2]من القانون المدني الجزائري، على أنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

و يفهم من ذلك أن العقد يكون قابل للإبطال هنا إذا ثبت:

– ممارسة ضغوطات على الطرف المكره دون وجه حق.

–تسبب تلك الممارسات في رهبة للطرف المكره، هي وحدها من دفعته للتعاقد حين اعتقد أن خطرا جسيما محدقا يهدده، أو يهدد أحد أقاربه في جسمه، شرفه أو ماله.

– تورط الطرف الآخر المتعاقد في إسقاط تلك الرهبة على الطرف المكره، أو على الأقل حتمية علمه بها.

ويقدر الإكراه بناء على جنس المكره، سنه، حالته الاجتماعية والصحية وكل ما يمكن أن يؤثر في درجة الإكراه.

وهو ما يقابله في النص الفرنسي حيث جاء في نص المادة 1146[3] من القانون المدني الفرنسي، أن الإكراه يكون عندما يتعهد طرف تحت ضغط قيود تلهمه الخشية أو الرهبة لتعريض شخصه أو أحد أقاربه في شخصهم أو مالهم لضرر جسيم.

و يجب الإشارة إلى أن القانون المدني الفرنسي قبل التعديل كان يحدد درجة القرابة من خلال المادة 1113 منه ، حيث حدد الأقارب بأنهم الزوج أو الزوجة والفروع والأصول.[4]

والإكراه نوعان معنوي ومادي، أما الإكراه محل دراستنا فهو الإكراه المعنوي الذي يترتب على وجوده إبطال العقد لأن الرضا أصبح معيبا، وهذا يعني أن الإرادة موجودة لكنها أفسدت نتيجة الخشية والرهبة التي مورست على المتعاقد بالضغط، كتهديد شخص بالقتل لإكراهه على التعاقد.

---

[1] Michelle Muller, op cit, p 113.

[2] المادة 88 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1146 du code civil français, op cit.

[4] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 203.

وهو يختلف عن الإكراه المادي، باعتبار هذا الأخير يعدم الإرادة فهي غير موجودة تماما، كأن يقيد الشخص وتأخذ بصمته رغما عنه للتعاقد.[1]

وبتطبيق الإكراه كعيب من عيوب الرضا في تكوين عقد المقاولة من الباطن، فإننا نخلص إلى أن إجبار أحد طرفي عقد المقاولة من الباطن سواء تعلق الأمر بالمقاول الأصلي أو المقاول من الباطن على إبرام عقد المقاولة من الباطن دون رضاه وبغير حق، يجعل هذا العقد قابلا للإبطال أي يجوز طلب فسخ العقد من قبل المتعاقد الذي تعاقد تحت الإكراه كما أنه يجوز إجازته، سواء كانت الإجازة ضمنية كأن يجبر المقاول من الباطن على التعاقد إلا أنه يباشر العمل، أو كانت صريحة كأن يصرح بأنه قد أجاز التصرف[2].

وقد ضبط المشرعين الجزائري والفرنسي قانون الصفقات العمومية أكثر من أجل الحد من مبدأ سلطان الإرادة، الذي يمنح للإدارة العامة السلطة الكاملة في تحديد شروط العقد وضمها في دفتر الشروط ومن تم إجبار المقاولين الذين يريدون التعاقد معها على تحمل تلك الشروط أو الانسحاب، فمن يريد التعاقد هنا يكون مكرها على تحمل تلك الشروط.

د- الغبن والاستغلال:

قبل التطرق إلى تحديد مفهوم الاستغلال سنبين أولا معنى الغبن الذي يكون نتيجة استغلال حالة ضعف لدى المتعاقد، حيث جاء في نص المادة 90 [3] من القانون المدني الجزائري «...و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا....».

يستخلص من نص المادة أن الغبن يضم حالة الاستغلال فهو أشمل، لأن الغبن يكون نتيجة استغلال ضعف لدى المتعاقد يترجم في طيش بين أو هوى جامح.

ويعرف الغبن على أنه: «عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، فقد يكون مغبونا إذا أعطى أكثر مما أخذ، وقد يكون غابنا إذا أخذ أكثر مما أعطى»[4].

فعدم وجود توازن بين ما يعطيه أحد المتعاقدين وما يأخذه، يفيد وجود اختلال توازن كبير بين الحقوق والواجبات، فإذا كانت حقوقه كثيرة مقارنة بواجباته المعدومة فهو غابن، أما إذا وقعت على كاهله

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص-ص، 186، 187.

[2] عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 34.

[3] المادة 90 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص، 446.

واجبات كثيرة من تعاقده مقارنة مع حقوقه الغير معتبرة فهو مغبون.

من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص ثلاث نتائج:

– لا يمكن أن نتحدث عن غبن في كل العقود، لأن عقود المعاوضة وحدها يمكن أن يكون فيها عدم التوازن بين الحقوق والواجبات التي تأطر الأخذ والعطاء في العقد، أما في عقود التبرع التي لا يعطي فيها المتعاقد مقابلا لما أخذه من المتعاقد الآخر كعقود الهبة والعارية مثلا، وكذا العقود الاحتمالية، ويتعلق الأمر هنا بتلك العقود التي لا يستطيع كلا الطرفين في العقد تحديد قيمة الذي أخد وقيمة ما أعطى عند إبرام العقد، فهي واقفة أو معلقة على وقوع أمر غير معروف وقت حدوثه كعقود الرهان مثلا، وعقود التأمين أين تتضمن احتمال الربح والخسارة، فلا يمكن الحديث فيها عن عدم التوازن بين الأخذ والعطاء.[1]

– يعتد بالغبن وقت إبرام العقد، أي تعادل قيمة ما يعطيه أحد الطرفين مع قيمة ما يأخذه الطرف الآخر يعتد بها أثناء إبرام العقد وليس بعد إبرام العقد، بمعنى تعادل الآداءات لا يهم إلا أثناء الإبرام، فلو تغيرت القيم بعد ذلك أو تغيرت الظروف فلا نكون بصدد غبن، لأنه يعتد بقيمة ما يقدمه الطرفين عند إبرام العقد فقط[2].

– نادرا ما يتعادل فعلا ما يقدمه أحد الطرفين مع ما يقدمه الطرف الثاني في العقد ،أي التعادل التام للآداءات، لذلك لا يعتد بالغبن إذا كان يسيرا بسيطا فلا بد من التسامح بين الطرفين، لكن يعتد بالغبن الجسيم الفاحش بأداءات طرفي العقد.[3]

واعتبر المشرع الجزائري الغبن المجرّد عن الاستغلال من الأسباب التي تمس الرضا بعيب وتجعله قابلا للإبطال لكن في حالات حصرية ومحددة قانونا لا يمكن الخروج عنها ويتعلق الأم بـ[4]:

–الغبن في بيع العقار بما يزيد عن الخمس من خلال نص المادتين 358، 359 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص–ص، 99، 100.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 446.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 96.

[4] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص197.

–و القسمة بغبن بما يتجاوز الخمس في نصيب التقاسم من خلال نص المادة 732 من القانون المدني الجزائري.

في حين أن المشرع الفرنسي لا يعتد بالغبن، وقل ما يتدخل لحماية المتعاقد المغبون لأن القانون الفرنسي من القوانين المشبعة بروح الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ،ولا توجد قاعدة عامة في القانون الفرنسي تعتبر أن الغبن يؤثر في صحة العقد [1] ،أو أنه عيبا من عيوب الرضا فهو لا يتحدث عن الغبن في عيوب الرضا إطلاقا.

أمّا **الاستغلال** فيقصد به: «أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي إلى غبن فادح به». [2]

ويلاحظ على هذا التعريف أنه استخدم نفس المصطلحات التي عبر بها المشرع الجزائري لتأطير استغلال ضعف المتعاقد، من خلال نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري سالفة الذكر.

و نكون أمام حالة استغلال كذلك: «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش»[3].

في حين يلاحظ على هذا التعريف أنه وسع في المصطلحات التي يمكن أن تأطر حالة استغلال ضعف المتعاقد، فهو برأينا لم يترك أي فراغ في ضبط حالة الاستغلال.

نخلص من خلال هذا المفهوم أن هناك مجموعة من المصطلحات تأطر مفهوم الاستغلال ن وهي[4]: الحاجة، الطيش، الهوى، عدم الخبرة وضعف الإدراك.

وقد نص المشرع الجزائري على الاستغلال كعيب من عيوب الرضا من خلال نص المادة 91 من القانون المدني الجزائري، والتي نستنتج من خلالها أنه لكي نكون أمام حالة استغلال لابد من توافر شرطين أساسين هما:[5]

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص، 449.

[2] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 213.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 97.

[4] المرجع نفسه، ص–ص، 101–103.

[5] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 216.

الشرط الأول: أن يكون هناك تفاوت كبيرا بين تقدير أداءات الطرفين في العقد، وهو العنصر المادي أو الموضوعي في الاستغلال.

الشرط الثاني: أن يكون هذا التفاوت الكبير والجسيم بين أداءات طرفي العقد ، نتيجة استغلال أحد المتعاقدين لطيش بينا أو هوى جامح للطرف الآخر، أي الطرف المغبون وهو العنصر المعنوي في الاستغلال.

وقد أشار المشرع الجزائري أنه في حالة ما إذا رفعت دعوى الاستغلال من طرف المتعاقد المغبون بعد سنة من إبرام العقد فهي غير مقبولة، وبالتالي لا يمكنه طلب إبطال العقد إلا خلال سنة من إبرامه، أما إذا رفعت الدعوى وقبلت وتعلق الأمر بعقد معاوضة، فيمكن للطرف الغير مغبون أن يتفادى دعوى الإبطال إذا عرض ما يمكن أن يرفع الغبن على الطرف المغبون ورأى القاضي أن ذلك كافيا[1].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه كقاعدة عامة لا يوجد نص قانوني يبين أن الاستغلال أو الغبن يؤثر في صحة العقد، أو بأنهم عيب من عيوب الرضا ونص المادة 1130 من القانون المدني الفرنسي واضح في إعلانه لعيوب الرضا هي: الغلط، التدليس، الإكراه كما سبق وذكرنا.

وبتطبيق الغبن والاستغلال كعيب من عيوب الرضا في تكوين عقد المقاولة من الباطن، فإننا نخلص إلى أنه إذا ثبت استغلال أحد طرفي العقد سواء تعلق الأمر بالمقاول الأصلي أو المقاول من الباطن نتيجة حالة ضعف لديه، تعلقت بحاجة، طيش، هوى، عدم خبرة أو ضعف في الإدراك جعلته مغبونا في التعاقد وقت إبرام العقد، جاز لهذا الطرف المغبون–المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن– المطالبة بإبطال العقد.

الفرع الثاني

المحل في عقد المقاولة من الباطن

يقصد بمحل العقد الالتزام الذي يعهد به المدين في العقد والفائدة المستحقة لهذا الأخير، نتيجة التزامه،[2] بما يفيد أن محل العقد هو ما يتعهد به أحد أطراف العقد ويستحقه هذا الأخير في المقابل، أي أن محل العقد يشمل التزام الطرفين.

[1] المادة 91 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Michèle Muller, op cit, p 114.

فمحل العقد هو العملية القانونية التي التقى رضا الطرفين لتحقيقها كالمقاولة من الباطن، وليس ما تعهد المدين بتنفيذه في العقد والذي يمثل محل الالتزام، وبذلك فإن محل العقد هو محل الالتزام الذي ينشأ عنه، ووفقا لهذا فإن تعدد محل العقد يكون نتيجة تعدّد الالتزامات الناتجة عنه[1].

و المقاولة من الباطن مثلا تولد التزامين أساسين الأول على المقاول الأصلي وهو الالتزام بتسديد الأجر للمقاول من الباطن، والالتزام الثاني هو التزام المقاول من الباطن بتقديم العمل، وبذلك فإن محل عقد المقاولة هو العمل والأجر وهذا ما سنفصل فيه فيما بعد.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اعتبر المحل أحد أركان العقد، من خلال تحديده كشرط ثاني للعقد في القسم الثاني من الفصل الثاني المعنون بالعقد وعالجه في المواد 92-95 من القانون المدني الجزائري.[2]

على عكس المشرع الفرنسي الذي لم يعتبر المحل صراحة ركن من أركان العقد كما بينا سابقا، حيث حدد أركان العقد بعد التعديل في: الرضا، الأهلية ومضمون شرعي وحقيقي للعقد من خلال نص المادة 1128[3] من القانون المدني الفرنسي، وهذا راجع ربما إلى رغبته في أن يشمل مضمون العقد كل من المحل والسبب، لأن الفقه الفرنسي اعتبر أن محل العقد هو أحد شروط تكوين العقد المتعلقة بمضمونه[4].

وتجدر الإشارة هنا أنه إذا كان محل العقد العادي هو العملية القانونية المراد تحقيقها منه، فإن عقد المقاولة من الباطن بصفة خاصة يهدف إلى تنفيذ ما التزم المقاول بتنفيذه من خلال عقد المقاولة الأصلي، الذي يربطه برب العمل وبذلك فإن محل عقد المقاولة من الباطن مستعار من محل عقد المقاولة الأصلي، لكن هذه المطابقة في المحل بين عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن قد تكون كلية أو جزئية[5]، استعارة كلية إذا ما كلف المقاول الأصلي المقاول من الباطن تنفيذ كل العمل الذي أوكل إليه ويتعلق الأمر هنا بعقود المقاولة من الباطن الخاصة التي تخرج عن نطاق الصفقات العمومية، أو استعارة جزئية إذا كلف المقاول الأصلي المقاول من الباطن بتنفيذ جزء من العمل الموكل إليه، سواء تعلق الأمر بعقود المقاولة من الباطن الخاصة أو العامة في إطار الصفقات العمومية التي تلزم أن يكون

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 204.

[2] المواد 92- 95 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1128 du code civil français, op cit.

[4] Corine Renault-Brahinsky, L'essentiel du droit des contrats op cit, p 37.

[5] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص-ص، 51، 52.

التنفيذ جزئي فقط لعمل المقاول الأصلي[1] وهو ما أوضحناه سابقا.

وكذلك فإنه لا بد أن يكون محل المقاولة الأصلي قابل للتعاقد من الباطن باعتبار أن المقاولة من الباطن وسيلة لتنفيذ العقد الأصلي، وباعتبار المقاولة من الباطن تستعير محلها من المقاولة الأصلية بتطابق كلي أو جزئي، والتي يقصد بها الأداءات التي يرتبها عقد المقاولة من الباطن على طرفيه، ويتعلق الأمر هنا بالعمل الذي يلتزم المقاول من الباطن بتأديته والذي ينوب فيه عن المقاول الأصلي، وكذا الأجر الذي يقدمه المقاول الأصلي للمقاول من الباطن نتيجة العمل الذي نفذه عوضا عنه[2]، وسنوضح فيما يلي محل عقد المقاولة من الباطن والذي يشمل العمل والأجر.

أولا: العمل في عقد المقاولة من الباطن (محل التزام المقاول من الباطن).

العمل الذي يقوم المقاول من الباطن بتنفيذه في إطار المقاولة من الباطن هو ما أسند له تنفيذه من قبل المقاول الأصلي، وسنحدد فيما يلي العمل محل التزام المقاول من الباطن، وبيان شروطه.

1-تحديد العمل محل التزام المقاول من الباطن:

محل التزام المقاول من الباطن في المقاولة الفرعية مستعار من عقد المقاولة الأصلية كما سبق ذكره، والذي يتمحور حول أداء عمل أو صنع شيء، حيث جاء في نص المادة 549[3] من القانون المدني الجزائري، أن المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بصنع شيئا أو تأدية عمل مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر، وهو نفس توجه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1710[4] من القانون المدني الفرنسي أين اعتبر عقد المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين بأن يفعل شيئا للطرف الآخر مقابل ثمن متفق عليه بينهما.

---

[1] المشرع الفرنسي عدل موقفه في أن التعاقد من الباطن في الصفقات العمومية لا يكون كلي بعدما كان كذلك ، من خلال المادة الاولى من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن المعدلة بموجب القانون رقم 2001-1168 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 لكن لم يحدد النسبة، على عكس المشرع الجزائري الذي حددها من خلال نص المادة 140 من المرسوم الرئاسي15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والمادة 82 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على أن لا تتجاوز40 % من مجموع الصفقة.

Article 1 de la lois 75-1334,relative à la sous-traitance, op cit.

المادة 140 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، والمادة 82 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

[2] غازي خالد، أبو عرابي، مرجع سابق، ص 52.

[3] المادة 549 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Article 1710 du code civil français, op cit.

فالشخص الذي يقوم أو يتعهد من خلال العقد بتقديم مواد يستعملها المقاول في مهامه لا يعتبره القضاء الفرنسي مقاولا من الباطن، ولكي يعتبره كذلك لا بد أن يقدم عملا إلى جانب المواد التي يوفرها للمقاول، وإلا اعتبر هنا بائعا للمواد فقط وليس مقاولا من الباطن[1].

وكذلك بالنسبة للحالة التي يكون فيها عمل المقاول من الباطن هو توفير اليد العاملة التي تعمل باسمه وتقبض أجرها منه لصالح المقاول الأصلي دون تأدية عمل آخر إلى جانب ذلك، إلا أنهم يشتغلون لصالح المقاول الفرعي ويقتضون أجرهم منه، أغلب التشريعات تمنع مثل هذه المقاولات من الباطن التي تستهدف المضاربة على العمال بما فيها القانونين الجزائري والفرنسي.[2]

أما في الحالة التي يقوم بها المقاول من الباطن بعمل لصالح المقاول الأصلي إلى جانب توفير يد عاملة تقوم بذلك تحت توجيهه وتقبض أجرها منه، نكون أمام مقاولات من الباطن جائزة تدعمها أغلب التشريعات بما فيها القانونين الجزائري والفرنسي[3].

وقد يكون عمل المقاول من الباطن المستعار من عقد المقاولة عملا ماديا أو فكريا، والأعمال المادية مختلفة بحجمها وتخصصها أو نوعها وكثيرة كالمشاركة ببناء جسور مثلا، إذا ما تعلق الأمر بعقود مقاولة من الباطن تنفذ أعمال مقاولات ضخمة، أو ترميم منزل إذا تعلق الأمر بعقود مقاولة من الباطن تنفذ جزء أو كل من المقاولات الصغيرة، أما الأعمال الفكرية فقد تكون أعمال قانونية إذا تعلق الأمر مثلا بالتعاقد مع محامي أو فنية كالتعاقد مع مهندس معماري لوضع تصاميم فنية لبناءات.

وكل هذه الأعمال المادية والفكرية يمكن أن تكون في إطار الأعمال العامة التي يتعلق بالمرافق العامة والأشغال العامة، والتي تنفذ في إطار الصفقات العمومية، كما يمكن أن تكون في إطار الأعمال الخاصة التي تتعلق بالشركات الخاصة والأفراد الخواص ولا يكون للدولة ومؤسساتها دخل فيها وبالتالي

---

[1] بلرجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2009/2008، ص 58.

[2] القانون الجزائري يمنعه من خلال نص المادة 62 من القانون 78-12، المتضمن القانون الأساسي العام الأساسي للعامل، المؤرخ في 05أوت 1978، جريدة رسمية العدد 32، الصادرة بتاريخ 08 أوت 1978، والمادة14 من الأمر 75-31 ، المؤرخ في 27أفريل 1975، المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القانون الخاص، جريد رسمية العدد39، الصادرة بتاريخ 16 ماي 1975.

[3] بلرجم صليحة، مرجع سابق، ص59.

تنفذ في إطار عقود المقاولة من الباطن الخاصة.[1]

والعمل بمحل عقد المقاولة من الباطن قد يتصل بشيء معين لكن غير موجود، فيقع محل عمل المقاول من الباطن على إيجاد ذلك الشيء بمادة يوردها المقاول من الباطن أو المقاول الأصلي وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالاستصناع.

كما قد يكون محل عمل المقاول في الباطن متصلا بشيء موجود، مملوك لرب العمل تعاقد المقاول الأصلي معه للعمل عليه، ليتعاقد فيما بعد المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن لتنفيذ ذلك العمل، وقد يكون محل عمل المقاول من الباطن مجرد عمل كالنقل مثلا أين يكون مستقلا بتفاصيله.[2]

2- شروط العمل محل التزام المقاول من الباطن:

لا بد من توفر شروط معينة لكي يصلح أن يكون عمل المقاول من الباطن محلا لعقد مقاولة من الباطن الذي يستعيره من عقد المقاولة الأصلي، أكدها كل من المشرع الجزائري والفرنسي وتتمثل هذه الشروط في الآتي: [3]

أ- أن يكون العمل محل التزام المقاول من الباطن ممكنا:

لا بد من أن يكون المحل ممكنا إمكانية تقف دون بطلان العقد، معنى الإمكان هنا أن لا يكون المحل مستحيلا استحالة تفيد عدم وجوده، أو أنه لم يعد موجودا وقت إبرام العقد، والتي تقف دون نشأة الالتزام و ترتب أثر بطلان العقد بطلانا مطلقا، كأن يتعاقد المقاول من الباطن مع المقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة من الباطن على صيانة مبنى إنهار مؤخرا.[4]

وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 93[5]من القانون المدني الجزائري، حين اعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا عند استحالة المحل.

أما المشرع الفرنسي ومن خلال نص المادة 1163[6]من القانون المدني الفرنسي، اشتراط أن يكون محل الالتزام ممكنا، سواء كان ذلك في الحاضر أو المستقبل، بما يفيد أن الشيء المستقبلي يمكن أن

[1] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص-ص، 99، 100.

[2] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص38.

[3] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 69.

[4] Michèle Muller, op cit, p114.

[5] المادة 93 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[6] Article 1163du code civil français op cit .

يكون محل التزام.

والاستحالة التي ترتب بطلان العقد بطلانا مطلقا هي الاستحالة المطلقة، والتي تكون نتيجة عدم إمكانية جميع الأشخاص القيام بمحل الالتزام وهي نوعان طبيعية وقانونية[1]، طبيعية كما إذا التزم المقاول من الباطن بترميم منزل تهدم وزال ، وأخرى قانونية كأن يلتزم المقاول من الباطن بتنفيذ عقد ليس قابلا للتعاقد من الباطن، ويجب التنويه أنه يعتد بالاستحالة المطلقة في منع قيام العقد إذا كانت محققة عند الإبرام، فتحققها بعد إبرام العقد لا يجعل هذا الأخير باطلا ولكن يؤدي ذلك إلى زواله.[2]

والاستحالة المطلقة تختلف عن الاستحالة النسبية ،والتي تكون في هذه الحالة مستحيلة على المقاول من الباطن فقط، كأن يلتزم القيام بتصميم هندسي في حين مؤهلاته لا تسمح له لأنه ليس مهندس فهنا لا تسمح هذه الاستحالة النسبية من انعقاد العقد، ويكون المقاول من الباطن مسؤولا عن تعويض الأضرار، أو ينفذ المقاول الأصلي العقد على حساب المقاول من الباطن كتنفيذ عيني على نفقة المدين مع حقه في الفسخ.[3]

ب- أن يكون العمل محل التزام المقاول من الباطن معينا أو قابلا للتعيين:

لا يكفي أن يكون محل التزام المقاول من الباطن ممكنا فقط، فلابد أن يكون محل الالتزام معينا في العقد أو قابلا للتعيين عن طريق ترجمة مضمون العقد أو فهم العقد[4]، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان أطراف العقد على علم بتفاصيل المحل الذي هم بصدد التعاقد عليه بما يفيد علمهم به وقت الإبرام، أو على الأقل يكونوا مطلعين عليه اطلاعا نافيا لجهالة الشيء، كيف سيكون لاحقا بما يفيد قابلية تعيينه تفاديا لحصول أي نزاع حول تحديده بين أطراف العقد. [5]

وقد ألزم المشرع الجزائري من خلال نص المادة 94[6] من القانون المدني الجزائري أن يكون المحل معينا بنوعه ومقداره إن لم يكن معينا بذاته، وإلا كان العقد باطلا، إلا أنه يكفي أن يكون المحل معينا

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص-ص، 205، 206.

[2] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص223.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص-ص، 55، 56.

[4] Michèle Muller, op cit, p114.

[5] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص113.

[6] المادة 94 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

بنوعه فقط إذا لم يمكن تعيين مقداره، أما إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يستطع الفصل في ذلك عن طريق العرف أو بوساطة طرف آخر، التزم المدين في العقد بتسليم الشيء ضمن الحدود المقبولة في الصنف.

وهو نفس توجه المشرع الفرنسي[1] أين شدد في نص المادة 1163 من القانون المدني الفرنسي على ضرورة أن يكون محل الالتزام– الخدمة أو العمل– ممكنا معينا أو قابلا للتعيين، وجعله قابلا للتحديد عند إمكانية استخلاصه من العقد أو بالرجوع للعرف، العلاقات السابقة للطرفين دون اللجوء إلى إتفاق جديد بينهما، كما نص في المادة 1166 من القانون المدني الفرنسي على ضرورة تسليم الشيء المتفق عليه في العقد في حالة عدم تعيينه أو عدم قابلية تعيينه ضمن حدود متوسط الصنف، مع مراعاة المبلغ المقدم من الطرف الآخر في ذلك.

وبذلك يكون العمل معينا إذا ذكر نوعه ومقداره، أوصافه ، وبين ذلك بطريقة واضحة تكفي أن لا يقع الطرفين في غموض، فإذا كان مثلا العمل الذي استلمه المقاول من الباطن هو ترميمات كان من الواجب ذكر المقاول الأصلي الشيء الواجب ترميمه والترميمات المطلوب القيام بها فيه، أما إذا لم تذكر الترميمات كان من الواجب القيام بكل الترميمات الموجودة والتي يحتاج إليها الشيء[2]، فإذا لم تعين الترميمات المطلوبة ولم يتفقوا على كل الترميمات توجب القيام بالترميمات الضرورية التي يحتاجها الشخص في ذلك الشيء ضمن المعقول المتفق عليه في الأعراف.

وإن لم يكن العمل معينا كما ذكر سابقا، وجب على الأقل أن يكون قابلا للتعيين، كأن يتعهد مقاول من الباطن ببناء مطعم للسجن بمقتضى العقد المبرم بينه وبين المقاول الأصلي، ففي هذه الحالة إن لم يعين المحل في العقد تعيينا دقيقا فيمكن تعيينه بمجرد معرفة عدد السجناء في السجن الذين سيتوافدون على ذلك المطعم مع ما يقتضي به العرف في بناء مطاعم السجناء[3].

ج– أن بكون العمل محل التزام المقاول من الباطن مشروعا:

فلا يكفي أن يكون العمل ممكنا، معينا أو قابلا للتعيين فقط بل يجب أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا.

---

[1] Articles 1163 et 1166 du code civil français, op cit.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، الواضح في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص56.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص116

وجاء في نص المادة 93[1] من القانون المدني الجزائري أنه إذا خالف محل العقد النظام العام والآداب العامة، فأنه يقع باطلا بطلانا مطلقا كأنه لم يكن.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1162[2] من القانون المدني الفرنسي أن لا يخالف العقد النظام العام لا في شرطه ولا في هدفه، وبعبارة أخرى لا يخالف النظام العام في مضمونه، والمضمون حسب القانون الفرنسي يشمل المحل والسبب، كأن يتفق المقاول من الباطن مع المقاول الأصلي على تشييد مبنى مخصص للعب القمار[3].

ثانيا: الأجر في عقد المقاولة من الباطن (محل التزام المقاول الأصلي)

الاجر في عقد المقاولة من الباطن هو محل التزام المقاول الأصلي، حيث يلتزم بدفعه إلى المقاول من الباطن.

الأصل أن يرد في عقد المقاولة من الباطن شرط الأجر باعتباره محل التزام المقاول الأصلي، وهو بذلك ركن من أركان العقد ألا وهو المحل وإلا اعتبر من عقود التبرع، إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد أو يحدده المتعاقدان مع بقاء المقاولة من الباطن صحيحة هنا، فإن لم يحدداه تكفل القانون بتحديده، على عكس ركن الرضا والعمل لا دخل للقانون في تحديدهما، فإن لم يتم تحديدهم وقع العقد باطلا، أما إذا ذكر الأجر في العقد ولم يحدد فحينها تقع المقاولة من الباطن باطلة لانعدام ركن الأجر.[4]

وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 559[5] من القانون المدني الجزائري في التزامات رب العمل، التي تعد التزامات المقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة من الباطن، وأطلق عليه مصطلح الأجرة والتي دعا إلى دفعها عند تسلم العمل ما لم يقضي عرف أو اتفاق على خلاف ذلك.

في حين تناوله المشرع الفرنسي في المادة 1165[6] من القانون المدني الفرنسي، بالنص على أنه في العقود الواردة على العمل يمكن للدائن تحديد الثمن في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على ذلك قبل التنفيذ، وعلى الدائن تبرير المبلغ في حالة وجود نزاع، مع إمكانية اللجوء إلى القاضي من أجل طلب

---

[1] المادة 93 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1162 du code civil français, op cit.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري، الواضح في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص57.

[4] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص75.

[5] المادة 559 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[6] Article 1165 du code civil français, op cit.

تعويضات وفسخ العقد إن اقتضى الأمر ذلك إذا اكتشف تجاوز الدائن في تحديد ثمن الخدمة.

وسنحدد فيما يلي محل التزام المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن وشروطه.

1- تحديد محل التزام المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن:

لم يرد في القانون الجزائري كغيره من القوانين الأخرى تحديد للأجر في عقد المقاولة أو المقاولة من الباطن، وبذلك نرجع إلى القواعد العامة في ذلك، في حين عالج المشرع الفرنسي كما سبق وذكرنا الأجر في العقود الواردة على العمل من خلال نص المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي. وعقد المقاولة هو من العقود الواردة على العمل بما في ذلك عقد المقاولة من الباطن لأن لهما نفس الطبيعة القانونية. ويعاب على كل من المشرع الجزائري والفرنسي تسميته بالأجر أو الثمن لأن المقابل الذي يلتزم به المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن ليس بالضرورة مبلغا من النقود.

فيمكن أن يكون شيئا آخر لهذا كان من الأفضل أن يطلق عليه مصطلح البدل كبعض التشريعات يشمل كل المقابل أو الأداء الذي يمكن للمقاول الأصلي أن يلتزم به، وبذلك فإن البدل في غالب الأحيان يكون مبلغا من النقود ،لكن هذا لا يمنع من أن يكون عينا أو منفعة أو أي حق مالي آخر غير النقود، كما يمكن أن يكون كذلك عملا أو امتناع عن عمل، كأن يلتزم مثلا مقاول من الباطن بتصميم بناية مقابل حصول على شقة فيها بعد إنجازها.[1]

ويمكن أن يدفع الأجر جملة واحدة فور إتمام العمل أو بالأقساط أو عن طريق دفعات طبقا لما تم إنجازه[2]، وتجدر الإشارة هنا أنه ليس من الضروري أن يتبع عقد المقاولة من الباطن طريقة الدفع التي اعتمدها عقد المقاولة الأصلي، كأن يتم الدفع في عقد المقاولة الأصلي بالأقساط بينما يتفق في عقد المقاولة من الباطن على الدفع جملة فور إنجاز العمل، لكن في أغلب الأحيان تتبع نفس الطريقة خاصة في إطار الصفقات العمومية.

2- شروط محل التزام المقاول الأصلي (شروط البدل):

البدل أو الأجر باعتباره محل التزام المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن لابد من أن تتوفر فيه الشروط الواجب توفرها في محل الالتزام وتتمثل هذه الشروط في:

---

[1] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص41.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص76.

أ- أن يكون الأجر أو البدل موجودا:

فلا بد أن يكون الأجر أو البدل موجودا في عقد المقاولة من الباطن، وإلا فإن طبيعة المقاولة تسقط منه ويصبح من عقود التبرع[1]، وبذلك يجب أن يدفع المقاول الأصلي بدلا أو مقابلا جراء العمل الذي يقدمه المقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن.

ويشترط أن يكون البدل موجودا وقت إبرام العقد أو أنه سيكون حتما موجودا لاحقا، كأن يكون فواكه في بستان لم تنضج تماما يقدمها المقاول الأصلي للمقاول من الباطن مقابل عمله، أما إذا كان البدل معدوما فإن العقد يبطل.

ولا بد أن يكون الأجر جديا يعبر عن التزام المقاول الأصلي في الدفع للمقاول من الباطن، كما تتجه إرادة المقاول من الباطن جديا إلى استلامه من المقاول الأصلي، وليس أجرا أو بدلا صوريا وإلا اعتبر عقد المقاولة من الباطن باطلا. كما يبطل العقد إذا كان الأجر تافها لا يقابل أبدا العمل الذي يقدمه المقاول من الباطن ولا يقبله أي عقل في ذلك أما إذا كان يقل عن مقابله، جاز العقد مع إمكانية طعن من كان مغبونا في ذلك.[2]

ب- أن يكون الأجر معينا أو قابلا للتعيين:

حيث يعين الأجر أو البدل باتفاق المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ولهم اختيار أحد الطرق المتوفرة في ذلك، كأن يتم تحديد البدل على أساس مبلغ إجمالي يدفع بعد إتمام تشييد فندق، فيتفقون بذلك على قيمة الأجر وطريقة التسديد التي ستكون عند إتمام العمل وهو موعد التسديد.[3]

وقد يتم تحديد الأجر على أساس الوحدة القياسية ومن صورها ما يطبق في فرنسا بالدفع على أساس ثمن القائمة، كأن تتضمن مثلا قائمة على سعر معين للمتر الواحد للعمل في البناء، الحديد، التنقيب، والتي وضعت أول مرة من قبل بلدية باريس لتكون فيما بعد مرجعا لكل المقاولون، ومرجعا ملزما في مقاولات البناء بعد اعتمادها من قبل جمعية المعماريين، إلا إذا اتفق المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على تحديد آخر للبدل، وهذه الطريقة تفصل دون نزاع فيما سيدفع للمقاول من الباطن وتلزم المقاول

---

[1] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص101.

[2] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص42.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص-ص، 123، 124.

الأصلي بدفع ما تم إنجازه من المقاول من الباطن مقارنة أو مقايسة بما هو موجود في القائمة لسعر الإنجاز.[1]

كما يمكن أن يعلن عن المقاولة عن طريق صفقة عمومية وفق خرائط ومواصفات للأعمال المطلوب تنفيذها، وذلك بغية الحصول على أقل أجر ممكن لتنفيذ العمل، حيث ترسو الصفقة على من يقدم أحسن عرض للأجر مثلا، مع تحديد جزء منها لمقاول من الباطن كما جاء في قانون الصفقات العمومية الجزائري، ويدفع الأجر للمقاول من الباطن هنا في إطار الصفقة بنفس الطريقة التي يحصل بها المقاول الأصلي على الأجر.

وإن لم يحدد الأجر أو البدل على سبيل الحصر أي حدد على أساس تقريبي، وفي حالة عدم اتفاق الطرفين لتحديده بالضبط، يمكن تحديد البدل أو الأجر عن طريق القضاء إذا تم اللجوء إليه بالاعتماد على معايير محددة وهي:

-قيمة العمل وطبيعته: بالنظر لكلفة الإنجاز، سهولة أو صعوبة التنفيذ، الخبرة والمهارة التي يتطلبها التنفيذ.

-نفقات المقاول: وقت التنفيذ، مدة الوصول إلى مكان العمل، تكلفة المواد المستخدمة، أجور العمال المستعان بهم في التنفيذ، مهارة المقاول من الباطن وسمعته.[2]

ج-أن يكون الأجر (البدل) مشروعا:

يجب أن يكون الأجر الذي تعهد المقاول الأصلي بأن يسدده للمقاول من الباطن مقابل العمل الذي يقوم به هذا الأخير مشروعا، يتوافق مع أحكام القانون ولا يخالف النظام العام والآداب العامة[3]، كأن يكون مثلا مبلغ من النقود، سيارة، شقة في البناية التي اعتمد تشييدها، قطعة أرض، قطع من الذهب وغير ذلك من البدائل المشروعة.

[1] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص43.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص-ص، 124، 125.

[3] المرجع نفسه، ص125.

الفرع الثالث

السبب في عقد المقاولة من الباطن

يعتبر السبب ركن من أركان عقد المقاولة من الباطن، وسنحدد فيما يلي ركن السبب وشروطه.

أولا: تحديد ركن السبب

يعرف السبب كركن من أركان العقد على أنه: «الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه».[1]

بمعنى الدافع الوحيد الذي جعل أطراف العقد يلجؤون للتعاقد ولولاه لما تعاقدوا. ويجب التفرقة بين محل الالتزام وسبب الالتزام[2]:

فمحل الالتزام هو ما التزم المدين بإعطائه أو القيام به أو الامتناع عن القيام به، أما سبب الالتزام فهو ما يسعى الملتزم إلى تحقيقه أي غايته وغرضه من الالتزام بذلك.

ويقصد بالسبب في نظرية الالتزام أحد المعنيين[3]:

1/ السبب المنشئ:

يعتبر السبب المنشئ مصدر الالتزام في عقد المقاولة من الباطن.

2/ السبب القصدي:

هو يعبر عن السبب القصدي بالهدف أو الغرض الذي يريد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه في عقد المقاولة من الباطن.

وبذلك فإن سبب العقد هو ما دفع المتعاقد على قبول التعاقد، ويقاس هذا الدافع بمعيار شخصي يختلف باختلاف الأشخاص، وكذا بأنواع العقود التي يتم إبرامها ويمكن أن يختلف حتى بالنسبة لنوع واحد من العقود فهو سبب شخصي.[4]

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 536.

[2] المرجع نفسه.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص-ص، 217، 218.

[4] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص-ص79، 80.

والسبب مثله مثل المحل هو أحد شروط تكوين العقد المتعلقة بالمضمون في القانون الفرنسي، والسبب هنا هو الهدف المتبع من قبل كل طرف في العقد، ويتعلق الأمر بالدافع الذي يتعاقد من ورائه الأطراف[1].

والمشرع الجزائري لم يحدد مفهوم السبب لكنه أوضح حكمه في المادة97[2]من القانون المدني الجزائري، بالنص على أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة وقع العقد باطلا.

و يفهم من نص هذه المادة أن المشرع استوجب لصحة السبب أن يكون السبب مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا وقع العقد باطلا.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1128[3] من القانون المدني الفرنسي، على أنه من شروط العقد إضافة إلى رضا الطرفين وأهلية التعاقد لابد من وجود مضمون حقيقي وشرعي، ومضمون العقد في رأيينا وحسب الفقه الفرنسي هو يضم المحل والسبب، وبذلك فإن المشرع الفرنسي قد اشترط في السبب أن يكون حقيقي ومشروع ومصطلح مشروع يعني برأينا قانوني غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

وبتطبيق ذلك على عقد المقاولة من الباطن فإن عقد المقاولة الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي في حقيقة الأمر هو سبب وجود عقد المقاولة من الباطن المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وبعبارة أخرى لولا وجود عقد المقاولة الأصلي لما وجد عقد المقاولة من الباطن، وعدم وجود عقد المقاولة الأصلي ينفي وجود عقد المقاولة من الباطن، لأن أي اتفاق قانوني لا وجود له بدون سببه.[4]

وهذا هو السبب المنشئ لعقد المقاولة من الباطن، أما الدافع القصدي الذي دفع المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن للتعاقد في إطار عقد المقاولة من الباطن يبقى يختلف بينهم، فهو يقاس بمعيار شخصي.

ثانيا: شروط صحة السبب

لابد من توفر ثلاثة شروط في السبب كي يكون قانونيا صحيحا وهي:

---

[1] Corine Renault-Brahinsky, l'essentiel du droit des contrats, op cit, 42.

[2] المادة97 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3]Article 1128 du code civil français, op cit.

[4]غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص53.

1- أن يكون السبب موجود:

يجب أن يكون لالتزام المتعاقدين سببا وإلا وقع العقد باطلا[1]، وبتطبيق ذلك على عقد المقاولة من الباطن، فإن إبرام المقاول الأصلي عقد المقاولة من الباطن مع المقاول من الباطن قصد قيام هذا الأخير بمجموعة من الأعمال صيانة، ترميم، طلاء لمبنى لصالح رب العمل، ثم تبين بعد ذلك أن ذلك المبنى محل الأعمال قد هدم ولم يعد له وجود، فهنا يمكن القول بأن عقد المقاولة من الباطن المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن قد انتفى نتيجة انتفاء سببه[2].

وهو نفس توجه المشرع الفرنسي في المادة 4/1128[3] حين أكد على ضرورة أن يكون مضمون العقد بما في ذلك السبب أكيد، وأكيد يعني به هنا حسب رأينا موجود وصحيح كما سنبين لاحقا.

2- أن يكون السبب صحيحا:

لا بد من أن يكون السبب الذي يتعاقد من أجله طرفي العقد صحيحا، ويكون سبب التعاقد غير صحيح إذا كان مغلوطا أو صوريا.[4]

فيكون المقاول من الباطن مغلوطا أو وقع في غلط لوجود السبب إذا تعهد مثلا بتنفيذ أعمال صيانة على مبنى اتجاه المقاول الأصلي، ليتفاجأ فيما بعد أن تلك الأعمال قد أنجزت، فهنا يكون سبب تعاقده مغلوط وبالتالي يبطل العقد.

ويكون المقاول الأصلي قد أبرم عقدا صوريا مع المقاول من الباطن إذا أخفى الطرفان بينهم الحقيقة في التعاقد، لكن يكون الثمن الذي يلتزم المقاول الأصلي بدفعه صوري ولا يوجد ثمن في الأصل، حين ينفذ المقاول من الباطن العمل دون ثمن نتيجة أن للمقاول الأصلي دين عند المقاول من الباطن، والعقد هنا لا يكون باطلا لصوريته، لأن الصورية لا يترتب عليها البطلان، ولكن يعتد بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن بالسبب الحقيقي الذي يرتب التزام العمل في ذمة المقاول من الباطن، والتزام دفع الأجر حقيقة بالنسبة للمقاول الأصلي.

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص222.

[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص53.

[3] Article 1128 du code civil français, op cit.

[4] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص53.

وقد جاء في نص المادة 2/98[1] من القانون المدني الجزائري في اطار مشروعية السبب، أن السبب المذكور في العقد يعد هو الحقيقي ما لم يوجد ما يخالف ذلك، ومن يدعي صوريته وأنه قام لسبب آخر مشروع أن يثبت إدعاءه، ولا يوجد ما يقابل هذا النص في القانون الفرنسي بصراحة، لكن نص على ذلك ضمنيا في المادة1128 من القانون المدني الفرنسي سالفة الذكر، بأن يكون مضمون العقد أكيد بما في ذلك السبب وأكيد يعني حقيقي وغير صوري.

3- أن يكون السبب مشروعا:

فلا يكفي أن يكون السبب موجودا وصحيحا فلا بد أن يكون سبب تعاقد الطرفين مشروعا أي من الأمور الجائزة قانونا وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة مثل ما بينا بالنسبة للمحل المشروع[2] ،فإذا تعاقد المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على سبب غير مشروع، كالتعاقد على بناء عمارة غير قانونية في مكان صادرته الدولة للمصلحة العامة، وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا.

وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 97[3]من القانون المدني الجزائري، بالنص صراحة على بطلان العقد بطلانا مطلقا إذا كان سببه غير مشروع أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

و يقابله نص المادة 3/1128 من القانون المدني الفرنسي، التي ألزمت أن يكون مضمون العقد أكيد ومشروع بما في ذلك سبب العقد، وأكد ذلك من خلال نص المادة 1162 منه والتي جاء فيها أنه مضمون العقد لا يمكن أن يتناقض مع النظام العام.[4]

ومما سبق نخلص إلى أن أركان العقد المطبقة على عقد المقاولة من الباطن كما سبق وذكرنا باعتباره أولا وقبل كل شيء عقد هي ثلاثة بالنسبة للمشرع الجزائري، ويتعلق الأمر بالتراضي والمحل والسبب، وثلاثة كذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي خالف المشرع الجزائري في مضمونها، واعتبر أركان العقد هي الرضا، الأهلية، مضمون حقيقي وشرعي بعدما كانت أركان العقد لديه أربعة وهي الرضا، الأهلية التي تعتبر شرط لصحة الرضا، المحل، و السبب كما بينا سابقا.

---

[1] المادة 2/98 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص554.

[3] المادة 97 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Articles 1128 /3 et 1162 du code civil français, op cit.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا توافرت هذه الأركان أو العناصر الأساسية للعقد كان عقد المقاولة من الباطن منتجا لآثاره بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، لكن إذا كان أحد هذه الأركان غائب كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

وإذا كان وجود التراضي لازما في العقد كما وضحنا بالتفصيل، لابد أن يكون غير معيبا بأحد عيوب الرضا وإلا كان قابلا للبطلان وهي الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال في القانون الجزائري، في حين أن المشرع الفرنسي اكتفى بالغلط والتدليس والإكراه، كما يجب توفر أهلية التعاقد في المقاول الأصلي والمقاول من الباطن التي تعتبر شرط لصحة العقد في القانون الجزائري وركن في القانون الفرنسي.

وعندما يكون عقد المقاولة من الباطن باطل بطلانا مطلقا، في حالة تخلف أحد أركانه لا ينتج آثاره على المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وحتى رب العمل.

أما إذا كان عقد المقاولة من الباطن قابل للإبطال، فهو يرتب آثاره على المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وحتى رب العمل حتى يحكم ببطلانه، أما إذا حكم بطلانه كان مثله مثل الباطل بطلانا مطلق كأنه لم يكن.[1]

المطلب الثاني

أطراف عقد المقاولة من الباطن وطرق إبرامه

نعرض فيما يلي أطراف عقد المقاولة من الباطن وطرق إبرامه كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

أطراف عقد المقاولة من الباطن

سبق تعريف عقد المقاولة من الباطن بأنه الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه المقاول الأصلي بتكليف شخص آخر أجنبي عن عقد المقاولة الذي أبرم بينه وبين رب العمل يدعى بالمقاول من الباطن، تنفيذ جل أو جزء من التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة، ما لم يمنعه في ذلك شرط في عقد المقاولة أو أن تكون شخصيته محل اعتبار في إبرام العقد، مع بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عنه اتجاه رب العمل.

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص–ص، 234، 235.

ويستخلص من هذا التعريف أن عقد المقاولة من الباطن يستمد وجوده من عقد المقاولة الأصلي، وبعبارة أخرى لا وجود لعقد المقاولة من الباطن ما لم يوجد عقد المقاولة الأصلي، وبالرغم من أن الأطراف الحقيقيين للعقد من الباطن هما: المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وأنه لا توجد علاقة تعاقدية تربط رب العمل بالمقاول من الباطن، إلا أنه باعتبار أن عقد المقاولة من الباطن يفترض وجود عقدين متتابعين ألا وهما: عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، وبما أن رب العمل هو جزء من عقد المقاولة الأصلي، فإنه ينتج لنا ثلاث أطراف تعاقدية هي: رب العمل الذي هو جزء من العقد الأصلي، والمقاول الأصلي وهو الطرف المشترك في العقدين، والمقاول من الباطن هو جزء من العقد من الباطن حسب التفصيل الآتي:

أولا: رب العمل (صاحب المشروع)

المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لرب العمل في القانون المدني الذي تناول المقاولة الفرعية، فقد تطرق مباشرة إلى التزاماته التعاقدية الناتجة عن عقد المقاولة، دون أن يحدد مفهومه ضمن المواد 558-563[1] من القانون المدني الجزائري، في القسم الثاني من الفصل الأول للباب التاسع تحت عنوان التزامات رب العمل.

في حين عرفه من خلال الفقرة الثالثة للمادة 07 [2] من المرسوم التشريعي 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المعماري، بأنه: « كل شخص طبيعي أو معنوي، يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء ما يقع على قطعة أرضية يكون مالكها أو يكون حائزا حقوق البناء عليها طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما».

فقد وسع المشرع الجزائري مفهوم صاحب المشروع من خلال هذا التعريف ليشمل الشخص الطبيعي، والمعنوي سواء كان عام أو خاص، الذي يتولى تكليف شخص آخر لتنفيذ بناء أو تحويله، سواء كان مالكا لمكان التنفيذ أو حائزا عليه قانونيا.

و هو نفس توجه المشرع الفرنسي، حيث لم يعرفه رب العمل من خلال القانون رقم75-1334[3]

[1] راجع المواد 558-563 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المادة 3/07 من المرسوم التشريعي 94-07، المؤرخ في 1994/05/18، المتعلق بشروط الانتاج المعماري وممارسة مهنة المعماري، جريدة رسمية العدد 32، الصادرة بتاريخ 05/25 / 1994.

[3] Voir la loi 75-1334 relative à la sous-traitance, op cit.

المتعلق بالمقاولة من الباطن، بينما خصه بتعاريف من خلال قوانين أخرى.

فقد عرف وحددت مهامه من خلال نص المادة 2[1] من القانون 85-704 المعروف بقانون (MOP)، والتي جاء فيها أن رب العمل هو: «الشخص المعنوي المحدد في المادة الأولى الذي تم بناء المبنى لأجله، والمسؤول الرئيسي عن المبنى، وهو ينجز في هذا الدور وظيفته ذات منفعة عامة والتي لا يمكنه أن يستقل منها» .

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه يخص رب العمل الذي يكون في هيئة شخص معنوي في إطار العقد العام.

وتم تحديد مهامه في هذا المجال من خلال نص المادة 7[2]من نفس القانون (MOP)، الملغاةفيما بعد.

ونخلص من هذا التعريف أن المشرع الفرنسي يقصد به رب العمل العام في إطار العقود العامة، أين يقوم المقاول من الباطن بتنفيذ جزء من العمل الملقى على عاتق المقاول الأصلي.

وبما أن رب العمل هنا يكون في إطار عقد عام فإنه يقصد به في التشريع الجزائري المصلحة المتعاقدة، التي نصت عليها المادة 9[3]من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ألا وهي: الدولة ممثلة في الهيئات والإدارات العمومية، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام، المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية بالإشراف المنتدب على المشروع، المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية فيما يخص إنجاز عملية ممولة مباشرة، كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في قانون الصفقات العمومية لأنه لم ينظم هذا النوع من العقود في قانون خاص.

و على عكس المشرع الفرنسي الذي نص عليها في المادة 4[4] من القانون75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، عندما تكلم عن الدفع المباشر، حيث بين أن الدفع المباشر يطبق على الصفقات

---

[1] Article 2 de la loi MOP, du 12 juillet 1985, Relative à la maitrise d'ouvrage publique et à ses rapport avec la maitrise d'œuvre privée, journal officiel du 13/07/85 p 7914, Modifié par l' article 1 de l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 Journal officiel du 190juin 2004, et abrogé par l'article 18 de l'ordonnance nº 2018-1074 du 26 novembre 2018. Sur le site: www.legifrance.gov.fr

[2] Lydia Di Martino, G Wénaélle CRENO, Rôle de la maitrise d'œuvre renforcé dans les contacts publics globaux, cahier de la profession #614 eme trimestre 2017, p21, sur du site www.architectes.org

[3] المادة 9 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

[4] Article 4 de la loi 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit , Modifié par l' Article 12 de l' ordonnance nº 2018-1074 du 28novembre 201 8sur le site www.legifrance.fr.

المبرمة من طرف الدولة، الجماعات المحلية، الهيئات والمؤسسات العامة والتي عدلت بموجب المادة 12 من الأمر رقم 2018-1074، حيث جاء في التعديل أن هذا العنوان يطبق على الصفقات المبرمة من قبل المؤسسات العامة التي لا تخضع لقانون الطلب العمومي، وترك تحديد باقي المؤسسات إلى قانون الطلب العمومي.

أما التعريف الذي اعتمدته NF-P 03_001[1] (Norme française homologué) ، فقد اعتبر رب العمل ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي المحدد من خلال هذا المصطلح في الوثائق الخاصة بالعقد، والذي تنفذ الأعمال أو الأشغال أو الصفقات لحسابه.

ومن خلال هذا المفهوم فإننا نخلص إلى أن AFNOR وسعت في مفهوم رب العمل مثل التعريف الذي اعتمده المشرع الجزائري ليشمل رب العمل العام والخاص، المعنوي والطبيعي، حيث أجمعت أن رب العمل تنفذ لصالحه أعمال وأشغال، سواء كان شخص طبيعي وبذلك يكون العقد المبرم هنا الذي تحدد في بنوده أنه رب عمل عقد خاص، أو شخص معنوي خاصا أو عاما يحدد نوع العقد هنا بالنظر إلى طبيعة الأعمال وأطرافه ، فإذا كانت أحد أطرافه (رب العمل) الدولة ومؤسساتها فهو عقد عام، أما إذا كان طرفيه من أشخاص القانون الخاص لتنفيذ أشغال خاصة يكون عقد خاص.

ومن خلال كل ما سبق نخلص إلى أنه يمكن تحديد مصطلح رب العمل بمعناه الواسع، سواء كان شخصا عاما في إطار العقود العامة أو شخصا خاصا في إطار العقود الخاصة، بأنه الشخص الذي تنفذ الأشغال والأعمال لصالحه.[2]

ثانيا: المقاول الأصلي (الطرف المشترك في العقدين)

المقاول الأصلي في المادة 564 من القانون المدني الجزائري، هو من يوكل تنفيذ كل أو جزء من الأعمال إلى شخص آخر يدعى مقاول من الباطن لصالح رب العمل والتي كان من المفروض أن يقوم هو بتنفيذها، وهذا ما قابله كذلك في المادة الأولى من القانون 75-1334 كما سبق وذكرنا، لكن كلا النصين لم يحددا تعريفا لهذا الشخص –المقاول الأصلي–، وتجدر الإشارة إلى أنه الطرف المشترك بين العقدين: عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، وسوف نحاول تحديد مفهوم المقاول الأصلي

[1]Article 3.1.9 du cahier des clauses administratives générales applicable au Travaux de bâtiment faisant l'objet de Marchés privés, Norme française homologuée NF P 03-001 par décision d'AFNOR 5 décembre 2000, p15. Sur le site : www.bTp-hc.nc.

[2] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص29.

بالنظر إلى العقد الأصلي وبالنظر إلى عقد المقاولة من الباطن.

1- تعريف المقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلي:

في هذا الإطار عرفت NFP03-001 من خلال المادة 1.3.5[1] المقاول على أنه: «شخص طبيعي أو معنوي، محدد بهذا المصطلح، في بنود العقد، الذي هو مكلف بتنفيذ الأشغال والأعمال بالشروط المحددة في العقد».

يفهم من هذا النص أن المقاول هو الشخص الذي توكل إليه عملية تنفيذ مجموعة من الأشغال أو الأعمال وفق شروط محددة مسبقا، ويمكن أن يكون شخص طبيعي أو معنوي مع ضرورة تدوين شروط المقاولة ونوع الشخص في بنود العقد، الأمر الذي يتيح أن يكون العقد خاصا أو عاما كما سبق الذكر.

2- تعريف المقاول الأصلي في عقد المقارنة من الباطن:

عرفت NFP 03-001 في المادة 6.1.3[2] المقاول العام أو الأصلي بأنه: « المقاول حائز على صفقة أو عقد واحد والذي يكون محل مجموعة الأعمال المساهمة في تنفيذ تلك الصفقة أو العقد» .

ويفهم من ذلك أن المقاول الأصلي هو ذلك الشخص الذي يمنح له في إطار عقد أو عندما ترسو عليه صفقة مجموعة من الأعمال يكون هنا مسؤولا عن تنفيذها.

و بما أن المقاول الأصلي والمقاول من الباطن هما شخصان لحالة أو وضع قانوني واحد، لكن الأول طرف في العقد الأصلي –عقد المقاولة– ، والثاني طرف في العقد التابع –المقاولة من الباطن–، واعتمادا على تعريف المنظمة للمقاول في إطار العقد الأصلي يمكن القول أن المقاول الأصلي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا في شكل مؤسسة، الأمر الذي يجيز أن يكون مقاولا أصليا في اطار عقد خاص يقاول من الباطن وفق أحكام القانون الخاص، أو مقاولا أصليا رست عليه صفقة عمومية يمنح تنفيذ كل أو جزء من العمل الموكل إليه تحت غطائها إلى مقاول من الباطن في إطار عقد عام خاضع للقانون العام.

[1] Article 3.1.5 du cahier des clauses administratives générales applicable au travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés, op cit, p15.
[2] Article 3.1.6 du cahier des clauses administratives générales applicable au travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés, op cit, p15.

ثالثا: المقاول من الباطن

المشرع الجزائري لم يعرف المقاول من الباطن سواء في القانون المدني الذي نظم هذا العقد أو في إطار قانون الصفقات العمومية إذا كان العقد محل تنفيذ الصفقة يتضمن تعاقد من الباطن، وكذلك المشرع الفرنسي من خلال المادة الأولى من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، عرف المقاولة من الباطن لكنه لم يتطرق إلى تعريف المقاول من الباطن، لكن نجد تعريف لهذا الأخير من طرف منظمة FNP 03-001 حيث جاء في نص المادة 3. 1. 12 [1] على أنه: «شخص طبيعي أو معنوي والذي يعهد إليه مقاول يدعى مقاول أصلي أو أساسي عن طريق مقاولة من الباطن وتحت مسؤوليته، تنفيذ جزء من عقد مقاولة مكلف به أو مبرم مع صاحب الأمر» .

ويستخلص من هذا أن المقاول من الباطن يمكن أن يكون شخص طبيعي أو معنوي (شخص طبيعي أو مؤسسة)، وأن وسيلة التنفيذ هو عقد المقاولة من الباطن، وأن تنفيذ المقاول من الباطن للأعمال يكون تحت مسؤولية المقاول الأصلي، وأن المقاول من الباطن ينفذ جزء من الأعمال التي كلف بها المقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلي لصالح رب العمل، وهنا الإشكال في هذا التعريف فالمقاول من الباطن يمكن أن ينفذ جزء من الأعمال أو كلها إذا كان عقد المقاولة من الباطن خاص، لكنه ينفذ جزء فقط من الأعمال الموكلة إلى المقاول الأصلي إذا كان التنفيذ في إطار صفقة عامة، ونخلص هنا إلى أن هذا التعريف يخص المقاول من الباطن المتعاقد في إطار صفقة عامة، ولكي يكون تعريف شامل للمقاول من الباطن في إطار عقود مقاولات خاصة أو صفقات عمومية فهو شخص طبيعي أو معنوي يعهد إليه مقاول يدعى مقاول أساسي أو أصلي، عن طريق مقاولة من الباطن وتحت مسؤولية، تنفيذ جزء أو كل من الأعمال الموكلة إليه في إطار عقد مقاولة أو صفقة عمومية التي كلف بها من طرف رب العمل في إطار عقد المقاولة الأصلي.

و يمكن القول بأن المقاول من الباطن هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينفذ كل أو جزء من الأعمال الموكلة إلى المقاول الأصلي في إطار مقاولة أو صفقة، تخص تنفيذ عقد المقاولة الأصلي وتحت مسؤولية المقاول الأصلي، مع بقاء العلاقة التعاقدية قائمة بين المقاول الأصلي ورب العمل ودون أن يرتبط هذا الأخير بعلاقة تعاقدية مباشرة مع المقاول من الباطن، وكل هذا في إطار عقد المقاولة من

[1] Article 3.1.12 du cahier des clauses administratives générales applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés, op cit, p16.

الباطن الذي يربط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن.[1]

الفرع الثاني

طرق إبرام عقود المقاولة من الباطن

تبرم عقود المقاولة من الباطن بالنظر إلى: طريقة اختيار المقاول من الباطن، وبالنظر إلى شرعية المقاولة من الباطن، وبالنظر إلى درجة تسلسل العقد.

أولا: إبرام عقد المقاولة من الباطن بالنظر إلى اختيار المقاول من الباطن

عقد المقاولة من الباطن في الأصل هو عقد مقاولة حيث يختار من خلاله المقاول الأصلي من يتعاقد معه لتنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي، ويمكن لهذا الأخير أن يختار المقاول من الباطن وفقا للطريقة التي اختاره بها رب العمل، مثلا عقد مقاولة في إطار القانون الخاص يتم اختيار المقاول الأصلي فيه بالتراضي، ويلجأ المقاول الأصلي في اختيار مقاوله من الباطن بنفس الطريقة، كما يمكنه أن يخرج عن الطريقة التي تعاقد بها ويختار مقاولا من الباطن بطريقة مغايرة فمثلا عندما نكون أمام مقاولة عامة ينفذها المقاول الأصلي بعد رسو الصفقة عليه، يمكن هنا لهذا الأخير أن يختار من ينفذ معه جزء منها بطريقة التراضي، وكأصل عام توجد طريقتان يمكن أن يختار بموجبهما المقاول الأصلي المقاول من الباطن وهما التراضي والمسابقة نعرضهما في الآتي: [2]

1- اختيار المقاول من الباطن عن طريق التراضي:

يعرف التراضي على أنه: «اتفاق مباشر بين الأطراف بدون تدخل لسلطة رقابة ولا شكليات خاصة» .[3]

ويفهم من هذا التعريف أن التراضي هو اتفاق بين طرفي العقد، وفي هذه الحالة هو اتفاق بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، دون تدخل لأي سلطة في ذلك بما يفيد أن الاتفاق بينهما هو خاص، ولا تعلوه رقابة فهما وحدهما من يقرران إطاره، كما أن الاتفاق لا يخضع لشكليات معينة كالشكليات الموجودة في عقود الصفقات العمومية مثلا.

---

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص-ص، 30، 31.

[2] بلرجم صليحة، مرجع سابق، ص 45.

[3] فرانسواز لابارت، سيريل نوبلرت، ت: عبد الأمير إبراهيم شمس الدين بإشراف جاك غستان، المطول في العقود، الطبعة الأولى، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2018، ص210.

و بهذه الطريقة يكون المقاول الأصلي حرا في اختيار المقاول من الباطن الذي يوكل إليه تنفيذ كل أو بعض التزاماته التعاقدية الملقاة على عاتقه نتيجة العقد الأصلي المبرم بينه وبين رب العمل، وهي الطريقة التي تجعل المقاول الأصلي يختار مقاولا من الباطن نتيجة اختصاصه وكفاءته أو ثقته به، ليوكله تنفيذ تلك الأعمال الملقاة على عاتقه، ودون أن يكون المقاول الأصلي مرغما للحصول على موافقة رب العمل طالما أن العقد يسمح بذلك، ويسمي البعض هذه الطريقة بالمساومة[1].

ويمكن القول بأن طريقة التراضي هي تلك الطريقة التي يتراضى فيها على الأمور الجوهرية كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن الذي تم اختياره، دون شروط ولا إجبار بالنظر إلى كفايته أو ثقته به، على أن ينفذ هذا الأخير جزء أو كل الأعمال التي أوكلت إلى المقاول الأصلي عن طريق عقد المقاولة المبرم بينه وبين رب العمل، ولا يخضع المقاول الأصلي في اختياره للمقاول من الباطن لا لرقابة ولا لسلطة رب العمل كما أن هذا العقد لا يخضع لشكليات معينة.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذه الطريقة تختلف عن إجراء التراضي المتبع في إبرام الصفقات العمومية والذي يعتبر أسلوب من أساليب إبرامه[2]، وهي من أكثر الأساليب استعمالا في المقاولات من الباطن ، والتي تكون أصلا بخصوص تنفيذ عقود بسيطة لا تتطلب الكثير من الأموال، أو نتيجة رغبة المقاول الأصلي في تسريع التنفيذ عندما يكون مثلا متأخر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي، أو لأنه تعامل من قبل مع ذلك المقاول من الباطن واستحسن تنفيذه للأعمال، وحتى عندما لا يوجد شخص آخر بكفايته يمكن له أن ينفذ تلك الأعمال.[3]

2- اختيار المقاول من الباطن عن طريق المسابقة:

قد يلجأ المقاول الأصلي إلى اختيار المقاول من الباطن عن طريق المسابقة، أي التعاقد من الباطن عن طريق المسابقة، التي يمكن أن يتسابق فيها مجموعة من المقاولين من الباطن عن التصميم اللازم للعمل أو عن الأجر.[4]

والمسابقة التي يختار على أساسها المقاول من الباطن تسمى بالصفقة العمومية، وهي عبارة عن

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة مع العمل، مرجع سابق، ص40.

[2] فرانسواز لابارت، سيريل نوبلوت، مرجع سابق، ص210.

[3] بلرجم صليحة، مرجع سابق، ص45.

[4] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص85.

إجراءات تتضمن دعوة المصلحة المتعاقدة التي تمثل الإدارة العامة، مجموعة من المترشحين لتقديم عروضهم على أن تختار من بينهم أحسن عرض بالنسبة لها من حيث المزايا الاقتصادية.[1]

بمعنى أن المقاول من الباطن يدخل في مسابقة مع مقاولين من الباطن آخرين نتيجة عروضهم المقدمة للضفر بتنفيذ جزء من العمل إلى جانب المقاول الأصلي الذي رست عليه تلك الصفقة، أين يتم اختيار العرض الأحسن من حيث السعر، جودة العمل، ومدة التنفيذ.

والتي من خلالها يكون المقاول الأصلي مجبرا على التعامل مع مقاول من الباطن وهذا الإجبار يمس حالتين:[2]

الحالة الأولى: الحالة التي يفرض فيها رب العمل على المقاول الأصلي الشخص الذي يتوجب التعاقد معه، والذي يسمى في هذه الحالة بالمتعاقد من الباطن المسمى، بحيث يدخل مثلا المقاول الأصلي في صفقة مع إدارة التي تمثل رب العمل هنا، وتفرض عليه تنفيذ جزء من أعماله عن طريق مقاول من الباطن تسميه أصلا في دفتر الشروط بتسمية معينة.

الحالة الثانية: الحالة التي يكون المقاول الأصلي هنا مجبرا على التعامل مع مقاول من الباطن في التنفيذ الخاص بالعقد المبرم مع رب العمل في حدود نسبية معينة، غير أن المقاول الأصلي هو الذي يختار المقاول من الباطن الذي يريد التعامل معه، لكن يفرض عليه قبوله من قبل الإدارة التي تمثل رب العمل.

والمشرع الجزائري لم يحدد شروط المقاولة من الباطن في إطار الصفقة في القانون المدني الذي ينظم المقاولة من الباطن، لكن نظمها من خلال قانون الصفقات العمومية كما سبق الذكر، وفي هذا الإطار نجد أن المادة 140[3] من المرسوم 15-247 والمادة 82 من القانون 23-12 تعطي إمكانية منح المتعاقد الذي يمثل المقاول الأصلي تنفيذ جزء من الصفقة عن طريق مناول بواسطة عقد مناولة، على أن لا يتجاوز هذا العقد نسبة 40% من تنفيذ الصفقة، وتؤكد الفقرة الثانية من المادة 143 من المرسوم الرئاسي15 -247 ،على ضرورة ان يحظى وجوبا اختيار المقاول من الباطن في الصفقة وشروط الدفع

[1] فرنسواز لابارت، سيريل نوبلوت، مرجع سابق، ص211.

[2] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص49.

[3] المادة 140، 143 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق. والمادة 82 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

المتعلقة به من طرف المتعامل المتعاقد الذي يمثل المقاول الأصلي في الصفقة، لموافقة المصلحة المتعاقدة أو بعبارة أخرى رب العمل في الصفقة مسبقا وكتابيا.

أما المشرع الفرنسي فقد نظم ذلك من خلال قانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، حيث نص في المادة 3[1] منه على ضرورة حصول المقاول الأصلي على موافقة رب العمل بالنسبة لكل من المقاول من الباطن وكذلك على شروط الدفع الخاص به، كما أنه أكد ذلك من خلال قانون الطلب العمومي الحالي.

ثانيا: إبرام عقد المقاولة من الباطن بالنظر إلى شرعية العقد

فبالنظر إلى مدى احترام النصوص القانونية المؤطرة لعقود المقاولة من الباطن، يمكن أن تبرم عقود مقاولة من الباطن بطريقة قانونية أو بطريقة غير قانونية نعرضهما في الآتي:

1- عقود المقاولة من الباطن القانونية

عقود المقاولة من الباطن القانونية هي تلك العقود التي تحترم فيها الأحكام الخاصة بإبرام هذه العقود، ويمكن التفصيل في ذلك بأخذ أمثلة قانونية.

مثلا نجد أن المشرع الجزائري عند تنظيمه للمقاولة الفرعية في القانون المدني[2] ،اعتبر التعامل بعقود المقاولة من الباطن جائز من طرف المقاول الأصلي إذا لم يوجد شرط في عقد المقاولة الأصلي يمنعه من ذلك، أو لم تكن شخصيته محل اعتبار في إبرام العقد، فيكون العقد المبرم صحيحا وقانونيا في غياب الشرط الذي يمنع التعامل به، وإذا لم تكن شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار.

و كذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية[3] من شروط خاصة بتلك العقود في إطار الصفقة العمومية، التي لا تكون صحيحة وقانونية إلا إذا كانت في حدود 40% من التنفيذ، وبموافقة رب العمل الذي يمثل المصلحة المتعاقدة في الصفقة على المقاول من الباطن وشروط الدفع الخاصة به.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي، نجد أن المشرع وضع مجموعة من الشروط تخص الموافقة على المقاول

[1] Article 3 de loi 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

[2] المادة 564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] المادة 140، 143 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق. والمادة 82 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

من الباطن وشروط الدفع الخاصة به من خلال قانوني المقاولة من الباطن و الطلب العمومي الفرنسي.[1]

وعقد المقاولة من الباطن القانوني يتيح الحماية القانونية للمقاول من الباطن عن طريق المحافظة على حقوقه المالية، فمثلا عند موافقة رب العمل على شروط الدفع الخاصة بالمقاول من الباطن، هو يضمن له الحصول على أتعابه عن طريق ما يسمى بالدفع المباشر من قبل رب العمل، ويكون له الحق في الدعوى المباشرة كذلك كما سنبين لاحقا.

كما يوفر التعاقد من الباطن القانوني حماية لرب العمل أيضا، حين يجعله يتعرف على الشخص الذي سينفذ العمل في إطار عقد المقاولة من الباطن، حجم الأعمال التي سينفذها وقيمتها المالية عند إعلامه بتواجده من قبل المقاول الأصلي، الأمر الذي يسمح له بالتأكد من القدرات المالية والفنية للمقاول من الباطن المتعلقة بالتنفيذ، وكذا مراقبة كيفية الدفع لهذا الأخير من قبل المقاول الأصلي لتجنب مشاكل التنفيذ والدفع.[2]

2-عقود المقاولة من الباطن غير القانونية:

عقود المقاولة من الباطن الغير قانونية هي تلك العقود المبرمة من دون احترام الأحكام الخاصة بالمقاولة من الباطن، فمثلا لو وجد شرط في عقد المقاولة الأصلي يمنع المقاول الأصلي من أن يقاول من الباطن وقاول فهو عقد غير قانوني، أو إذا أبرم رب العمل عقد المقاول الأصلي مع المقاول الأصلي بسبب كفاءته في التنفيذ وكلف هذا الأخير المقاول من الباطن بالتنفيذ عوضا عنه، يعتبر هنا العقد من الباطن مخالف للقانون.[3]

كما أن عقود المقاولة من الباطن غير الظاهرة أو المستترة والتي تتطلب موافقة رب العمل عليها غير قانونية، فمثلا لو لم تحترم الشروط التي سنها المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية[4] بخصوص هذا العقد، من موافقة رب العمل على المقاول من الباطن وشروط دفعه ،واحترام النسبة القانونية في التعاقد من الباطن كان العقد غير قانوني.

---

[1] Article 3 de la loi nº 75-1334 relative à la sous-traitance, op cit, et le code de la commande public français, op cit.

[2] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص-ص، 51، 52.

[3] المادة 564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] المادة 140، 143 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق. والمادة 82 من القانون 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

و قد أخذ القانون الفرنسي نفس التوجه، فلو أبرمت عقود من الباطن ولم تحترم فيها أحكام عقد المقاولة من الباطن وفق القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن كانت عقود من الباطن غير قانونية، خاصة وأن المشرع الفرنسي اعتبر أحكام هذا القانون من النظام العام لا يمكن مخالفتها[1] من أجل حماية حقوق المقاول من الباطن ورب العمل، خاصة فيما يخص الموافقة على المقاول من الباطن من قبل رب العمل وقبول شروط دفعه، وكذا دراية رب العمل بما سينفذه وقيمته، فمخالفة كل هذا يجعل من العقد عقد غير قانوني[2].

وفي هذه الحالة فقد أكد مجلس الشورى الفرنسي أنه يكون عقد المقاولة من الباطن قانوني عند موافقة رب العمل عليه وعلى شرط دفعه معا، لأنه في حالة الموافقة عليه دون تزكية شروط دفعه لا يستفيد من طريقة الدفع المباشر.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد المقاولة الغير قانوني يفقد المقاول من الباطن الحماية القانونية التي وفرتها الأحكام المنظمة لعقود المقاولة من الباطن، سواء كان ذلك في القانون الجزائري أو الفرنسي، ونأخذ على سبيل المثال حق الدفع المباشر، الدعوى المباشرة، غير أن العقد يبقى نافذا في مواجهة طرفيه ألا وهما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فيستطيع هذا الأخير الرجوع على المقاول الأصلي للمطالبة بحقوقه ، ويمكن له أن يحتج بذلك العقد في مواجهة المقاول الأصلي الذي لا يمكنه التمسك بذلك في مواجهة المقاول من الباطن، وهو ما أكدته أحكام الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون 75-1334 الفرنسي المتعلق بالمقاولة من الباطن.[3]

ثالثا: إبرام عقد المقاولة من الباطن بالنظر إلى درجة تسلسل العقد

يمكن أن يبرم عقد المقاولة من الباطن حسب درجة تعدد وتشابك العلاقات بعقود مقاولة الباطن بسيطة مباشرة، وبعقود متسلسلة غير مباشرة نعرضها في الآتي:

1-عقود المقاولة من الباطن البسيطة المباشرة:

عقود المقاولة من الباطن البسيطة المباشرة هي تلك العقود التي تضم ثلاث أطراف تعاقدية فقط لا

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص52.

[2] Article 3 et 5 de la loi 75-1334 relative à la sous-traitance ,op cit., et le code de la commande public français , op cit.

[3] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص-ص، 53، 54.

أكثر، ويتعلق الأمر بالمقاول الأصلي الذي تربطه علاقة تعاقدية مباشرة بكل من رب العمل والمقاول من الباطن.

المقاول من الباطن والذي تربطه علاقة تعاقدية مباشرة بالمقاول الأصلي، ولا تربطه علاقة تعاقدية برب العمل.

رب العمل والذي كذلك تربطه علاقة عقدية مباشرة مع المقاول الأصلي، ولا يرتبط بعلاقة تعاقدية مع المقاول من الباطن.

وتجدر الإشارة أننا نعتبر عقد المقاولة من الباطن مباشر وبسيط عندما يضم مقاول من الباطن واحد فقط، من أجل تنفيذ جزء أو كل ما أوكل تنفيذه من رب العمل في إطار عقد المقاولة الأصلي.

أما إذا تعاقد المقاول من الباطن مع مقاول من الباطن آخر لتنفيذ ما أوكل له تنفيذه في إطار عقد المقاولة من الباطن الأول المبرم مع المقاول الأصلي، والذي يصبح عقد مقاولة أصلي بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن الثاني، فإننا ننتقل هنا من عقد مقاولة من الباطن بسيط ومباشر إلى عقد مقاولة من الباطن متسلسل وغير مباشر.[1]

2- عقود المقاولة من الباطن المتسلسلة غير المباشرة

عندما يكلف المقاول من الباطن الأول مقاولا من الباطن ثاني بتنفيذ جزء مما أوكل إليه تنفيذه نتيجة ارتباطه بعقد مقاولة من الباطن مع المقاول الأصلي، نكون هنا بصدد عقود مقاولة من الباطن متسلسلة، فيصبح هذا العقد الثاني عقد مقاولة من الباطن من الدرجة الثانية، ويمكن أن تكون هنا عقود مقاولة من الباطن أخرى من الدرجة الثالثة، والرابعة.

ولكي تعتبر تلك العقود التي من الدرجة الثانية، الثالثة مثلا مقاولات من الباطن، يجب أن يبقى رب العمل بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن الأول هو نفسه لباقي عقود المقاولة من الباطن من الدرجة الثانية والثالثة، أما المقاول من الباطن الأول فيعتبر مقاول أصلي بالنسبة لمقاوله من الباطن وهو ما أكدته المادة 2[2] من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى ذلك.

[1] إيلي مسعود الخطار، ت: ترجمة محي الدين القيسي، ص54.

[2] Article 2 de la loi 75-1334 relative à la sous-traitance , op.cit.

وبما أننا ذكرنا أن المقاول من الباطن المتواجد في عقد المقاول من الباطن الأصلي أو من الدرجة الأولى يصبح مقاولا أصليا بالنسبة للمقاول من الباطن المتواجد في عقد المقاولة من الباطن من الدرجة الثانية، تجدر الإشارة إلى أن المقاول الأصلي الذي يربطه عقد المقاولة من الباطن الأول مع المقاول من الباطن وعقد مقاولة مع رب العمل ، يبقى هو الوحيد المسؤول عن التعريف بالمقاولين من الباطن لرب العمل مهما بلغت درجة تسلسلهم، وعلى قبول شروط الدفع الخاصة بهم والتي يقدرها المقاولين من الباطن الذين يمثلون متعاقدين أساسيين بالنسبة لهم، لأن المقاول الأصلي الأول وحده من تربطه علاقة تعاقدية مباشرة مع رب العمل، أما البقية ابتداء من المقاول من الباطن الأول لا تربطهم أي علاقة تعاقدية به وليس لهم أن يعلموه بمتعاقد من الباطن آخر أو بشروط دفعه.[1]

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص–ص، 54، 55.

المبحث الثاني

انقضاء عقد المقاولة من الباطن

عقد المقاولة من الباطن عقد مقاولة يبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، ولذلك سوف نسقط أسباب انقضاء عقد المقاولة على عقد المقاولة من الباطن، التي تعود إما لأسباب عامة أو لأسباب خاصة تخص كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وكلها أسباب متفق عليها في كل القوانين بما في ذلك الجزائري والفرنسي، وسنعرض فيما يلي الأسباب العامة لانقضاء عقد المقاولة من الباطن في مطلب أول، ثم الأسباب الخاصة لانقضاء هذا العقد في مطلب ثان.

المطلب الأول

الأسباب العامة لانقضاء عقد المقاولة من الباطن

هناك مجموعة من الأسباب العامة التي تؤدي إلى انقضاء عقد المقاولة من الباطن، منها ما يكون بالتنفيذ وانتهاء المدة الزمنية المحددة للعقد ،ومنها ما يؤدي إلى زوال العقد قبل تنفيذه، نعرضها في الآتي كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

انقضاء عقد المقاولة من الباطن بتنفيذه وانتهاء مدته

من الأسباب العامة لانقضاء عقد المقاولة من الباطن إتمام التنفيذ أو انتهاء مدته الزمنية المحددة في العقد، نعرضها في الآتي:

أولا: انتهاء عقد المقاولة من الباطن بتنفيذه

يبرم عقد المقاولة من الباطن بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن من أجل أن يقوم المقاول من الباطن بإنجاز العمل محل العقد مقابل أجر معين[1]، وهذا العمل المراد إنجازه من قبل المقاول من الباطن هو في الأساس أسند للمقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة الأصلي، فاستعان هذا الأخير بالمقاول من الباطن لتنفيذه تحت غطاء عقد المقاولة من الباطن.

[1] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص117.

ويعني ذلك أن لكل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن التزامات ينتهي العقد بتنفيذ كل طرف لالتزاماته التعاقدية[1]، فينتهي إذن العقد بتمكين المقاول الأصلي المقاول من الباطن بإنجاز العمل مع تسديده للأجر المتفق عليه في العقد مقابل العمل، وكذلك بتسلمه العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن، وفي المقابل ينتهي كذلك العقد بإنجاز العمل كله من قبل المقاول من الباطن وتسليمه لرب العمل، حسب الاتفاق الموجود في عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهم.[2]

ومما سبق نستنتج أن عقد المقاولة من الباطن لا ينتهي بإتمام العمل من قبل المقاول من الباطن، فلابد من تسليم العمل المنجز إلى المقاول الأصلي واستلام هذا الأخير للعمل حتى نقول أن العمل قد انتهى، لأن كل من التسليم والاستلام هما التزامان يقعان على عاتق الطرفان من جراء إبرام العقد، ولا يمكن للعقد أن ينتهي إلا بتنفيذهما، ورغم انجاز العمل وتسليمه من قبل المقاول من الباطن مع استلامه ودفع الأجر من قبل المقاول الأصلي، فإن ذلك لا يؤدي إلى إنهاء العقد إلا بالنسبة للالتزامات التعاقدية المنفذة الناشئة عنه، إذ يبقى مرجعا لما يترتب عليه من التزامات متعلقة بصحة تنفيذه، فمثلا بما أن المقاول الأصلي هو المسؤول الوحيد عن المقاول من الباطن أمام رب العمل ، فيبقى المقاول الأصلي فيما يخص المقاولات المتعلقة بالبناء مسؤولا على صحة البنايات مسؤولية عشرية كما سنبين لاحقا دون المقاول من الباطن أمام رب العمل.[3]

ثانيا: انتهاء عقد المقاولة من الباطن بانتهاء مدته

المدة الزمنية ليست عنصرا جوهريا في عقود المقاولة بصفة عامة والمقاولة من الباطن بصفة خاصة، إلا أن ذلك لا يمنع أن يتفق الطرفان وهما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على أن ينجز العمل خلال مدة زمنية محددة، الأمر الذي يضفي الخاصية الزمنية على العقد.[4]

كأن يكلف المقاول الأصلي بصيانة خاصة لأجهزة وعتاد مؤسسة معينة لمدة سنة، ويقوم هذا الأخير بتكليف المقاول من الباطن بالصيانة الخاصة بأجهزة الكمبيوتر والأنترنيت لتلك المؤسسة خلال نفس المدة الزمنية، فينقضي هنا العقد المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن الخاص بصيانة الأجهزة

---

[1] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص261.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص257.

[3] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص-ص، 178، 179.

[4] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص259.

الالكترونية والأنترنيت بانتهاء المدة الزمنية.

إلا أن انتهاء المدة الزمنية للعقد لا يمنع من تجديده سواء كان ذلك تجديدا صريحا بطلب من أحد الطرفين أو كلاهما والاتفاق بينهما على مواصلة أعمال الصيانة لمدة زمنية أخرى (6أشهر مثلا)، أو ضمنيا كأن يواصل المقاول من الباطن أعمال الصيانة بعد انتهاء المدة الزمنية، مع علم المقاول الأصلي بذلك دون أن يوقفه عن العمل بحجة انتهاء مدة العقد[1].

وإذا كان التجديد صريحا بالاتفاق فإن الطرفين يتفقان على شروط التجديد إذا كانوا سيواصلون التعاقد بنفس الشروط أم لا، أما إذا كان التجديد ضمنيا وبنفس الشروط السابقة فإنه لا يمكن أن تجدد لمدة زمنية معينة، فيكون بذلك لكل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن الحق في انهاء العقد متى أراد ذلك، لكن بشرط إخطار الطرف الآخر قبل ذلك بمدة زمنية حسب العرف المعمول به في مثل تلك الاتفاقات[2].

الفرع الثاني

انقضاء عقد المقاولة من الباطن قبل تنفيذه

قد ينتهي عقد المقاولة من الباطن المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن قبل تنفيذه لعدة أسباب نعرضها في الآتي:

أولا: انتهاء العقد بتراضي الطرفان (التقايل)

لما يجوز لطرفا العقد أن يبرما اتفاقا بينهما لإنجاز عمل معين، فإنه يجوز للمقاول الأصلي والمقاول من الباطن أن يتفقا على إنهاء العقد بإرادتهما المشتركة،[3] فيتحلل كل منهما من الالتزامات الواقعة على عاتقه جراء ذلك الاتفاق.

والاتفاق بين الطرفين لإنهاء العقد يسمى بالفسخ الاتفاقي، الذي يتطلب مجموعة من الشروط تفيد إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد وإلا لا يمكن فسخ العقد بينهما[4].

والمشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي، لم يتناول هذا الأمر بنص صريح لكن بالرجوع إلى

---

[1] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص262.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص236.

[3] بلبجاوي المدني، مرجع سابق، ص154.

[4] عصمت عبد المجيد بكر، ص-ص، 275، 276.

القواعد العامة نجد أنه نص في المادة 106[1] من القانون المدني الجزائري يعتبر أن العقد شريعة المتعاقدين، نقضه أو تعديله لا يكون إلا باتفاق طرفيه أو لأسباب قانونية محضة.

وهو نفس التوجه الذي أخذ به المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1194[2] من القانون المدني الفرنسي، ونستخلص من النص الجزائري والفرنسي أنه كما لإرادة الطرفين إقامة اتفاق وتعديله فلها كذلك أن تقضي عليه بإنهائه.

ثانيا: انتهاء عقد المقاولة من الباطن بسبب الفسخ

إذا أخل أحد طرفي العقد بالتزاماته الناتجة عن إبرامه لعقد المقاولة من الباطن، فإنه يحق للطرف الآخر اللجوء إلى المطالبة بفسخ العقد، لكن يكون ذلك بعد توجيه إعذار للطرف الذي لم يلتزم بالتنفيذ مادام التنفيذ لا يزال ممكنا، فإذا لم يلتزم بالتنفيذ جاز للطرف الآخر المتضرر أن يطلب الفسخ من المحكمة. [3]

وإخلال أحد طرفي العقد بالتنفيذ غير المبرر يشمل التأخير في التنفيذ، عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للعمل[4]، وبذلك فإن طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن قد يكون من قبل المقاول الأصلي إذا تأخر المقاول من الباطن في التنفيذ او كان تنفيذه للعقد خاطئ مثلا، كما قد يكون من قبل المقاول من الباطن على سبيل المثال إذا لم يمكنه المقاول الأصلي من التنفيذ او رفض هذا الأخير استلام العمل المنجز منه.

وقد أسس ذلك في القانون الجزائري من خلال نص المادة 119[5] من القانون المدني الجزائري، التي تفيد أن عدم التزام الطرفين بالتنفيذ في العقود الملزمة لجانبين يجيز للطرف المتضرر من عدم التنفيذ أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه بعد إعذار الطرف المدين بذلك التنفيذ مع المطالبة بالتعويض، في حين تبقى السلطة التقديرية للقاضي في الفسخ، إعطاء مهلة للتنفيذ أو رفض الفسخ إذا كان عدم التنفيذ قليل الاعتبار بالنظر إلى ما تم تنفيذه من قبل المدين.

أما المشرع الفرنسي[6] فيؤسس الفسخ هنا من خلال:

---

[1] المادة 106 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1194 du code civil français, op cit.

[3] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص-ص180، 181.

[4] فراسواز لابارت، سيريل نوبولوت، مرجع سابق، ص639.

[5] المادة 119 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[6] Article 1224 ,1225 et 1226 du code civil français, op cit.

-نص المادة 1224 من القانون المدني الفرنسي التي تفيد أن قرار الفسخ يكون بتطبيق الشرط الفاسخ في العقد، أو بسبب عدم التنفيذ الجدي للالتزامات، بإشعار الدائن للمدين أو بقرار من المحكمة.

- و نص المادة 1225 من القانون المدني الفرنسي التي تضيف أن الشرط الفاسخ في العقد يحدد الالتزامات التي يترتب على عدم الوفاء بها فسخ العقد، وتنوه إلى أن الفسخ يجب أن ينفذ بعد إعذار رسمي للمدين.

- و نص المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي التي تفيد أنه يجوز للدائن بالالتزامات غير المنفذة فسخ العقد تحت مسؤوليته ،بعد إعذار المدين بأنه غير راض عن تنفيذه مع إعطائه مهلة لتدارك ذلك.

من خلال ما سبق توصلنا إلى أنه لا بد من توفر مجموعة من الشروط ليكون فسخ العقد ممكنا ويتعلق الأمر ب[1]:

1- أن يكون العقد ملزما لجانبين: وعقد المقاولة من الباطن كما سبق تبيانه هو عقد ملزم لجانبين، يترتب التزامات على عاتق المتعاقدين: المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

2- أن يخل أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته التعاقدية: وطلب الفسخ هنا يكون بسبب تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، وليس لسبب أجنبي خارج عن إرادتهما، مع بقاء التنفيذ ممكنا من قبل المدين.

3- إمكانية تنفيذ العقد من قبل الطرف الذي طلب الفسخ، فلا يمكن أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ الطراف الآخر التزامه وهو غير قادر على التنفيذ، وإلا واجهه الطرف الآخر بالدفع بعدم التنفيذ، مع ضرورة أن يكون قادرا كذلك على إرجاع الحال على ما كان عليه قبل العقد، وإلا لا يستطيع طلب الفسخ.

وبفسخ عقد المقاولة من الباطن يصبح العقد غير موجود، ولا يمكن للطرف الذي كان سببا في الفسخ بإخلاله بالتزاماته التعاقدية أن يطالب بإرجاع ما قدمه أثناء تنفيذ العقد، استنادا لعقد المقاولة من الباطن لأن العقد لم يعد موجودا ولا يمكن تقدير قيمة ما قدمه على أساسه، لكن يمكنه المطالبة بذلك على أساس الإثراء بلا سبب. [2]

[1] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص- ص، 273، 274.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص264.

ثالثا: فسخ عقد المقاولة من الباطن لعذر(استحالة نسبية)

إذا كان هناك عذر يفيد عدم إمكانية تنفيذ أو إتمام تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته، يمكن لأحد طرفي العقد طلب الفسخ استنادا لذلك العذر.[1]

وهذا العذر قد يمس المقاول الأصلي كأن يصيبه إرهاق ما يمنعه من تنفيذ التزامه بدفع الأجر للمقاول من الباطن، وإذا دفع له سوف يعلن إفلاسه ، كما قد يصيب المقاول من الباطن كإتلاف الماكينات الخاصة بالتنفيذ ولو استأجر أو اشترى أخرى سيقع في صعوبات مادية كبيرة.

ويعتبر هذا العذر من موانع تنفيذ العقد، لأنه لو نفذ الطرف المتسبب بالعذر في الفسخ ذلك العقد لأصابه ضرر من ذلك التنفيذ.[2]

ولا يوجد نص واضح يفيد ذلك في القانون الجزائري، غير أن المشرع الجزائري أشار من خلال نص المادة 570 /3 [3] من القانون المدني الجزائري، ما يفيد أنه في حالة انقضاء العقد لعجز يصيب المقاول يقف دون إتمامه لتنفيذ العقد، وجب على رب العمل دفع قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم منه.

ومن خلال هذا النص وبتطبيقه على عقد المقاولة من الباطن نخلص إلى أن العقد يمكن أن ينقضي لسبب عجز، الذي يمثل هنا العذر، مس المقاول من الباطن ووقف دون تنفيذه أو إتمامه لتنفيذ العقد.

وهو ما يلاحظ كذلك على القانون الفرنسي الذي لم ينص مباشرة على مثل هذه الحالة، لكنه أقر من خلال نص المادة 2/1218 [4] من القانون المدني الفرنسي، أنه إذا كان هناك مانع مؤقت يوقف تنفيذ الالتزام من قبل المدين ويؤخره، قد يصل إلى فسخ العقد وإنهائه إذا كان التأخير في التنفيذ يبرر ذلك.

يفهم من خلال هذا النص أن العائق المؤقت الذي يوقف التنفيذ ويؤخره، قد يكون عذرا لفسخ العقد إذا وجد ما يبرر ذلك.

---

[1] عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص118.

[2] غازي أبو عرابي، مرجع سابق، ص184.

[3] المادة 3/570 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Article 1218 /2 du code civil français, op cit.

وهناك مجموعة من الشروط لابد من توافرها لإمكانية فسخ عقد المقاولة من الباطن بسبب عذر تتمثل في: [1]

1- أن يلحق العذر المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن بعد إبرام عقد المقاولة من الباطن سواء بدأ التنفيذ أم لا.

2- أن لا يتوقع حدوث ذلك العذر عند إبرام الطرفين عقد المقاولة من الباطن، وأن يكون خارج عن إرادة الطرفين ولا يمكن تجنبه من قبلهما.

3- أن يجعل هذا العذر تنفيذ المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن للعقد يسبب له إرهاقا وصعوبات كبيرة، مع بقاء التنفيذ ممكنا وليس مستحيلا، لأن التنفيذ المستحيل يؤدي إلى فسخ العقد بحكم القانون.

4- لابد أن يكون العذر يمثل ظرفا شخصيا مرتبطا بالمقاول الأصلي أو المقاول من الباطن، وليس عاما يصيب كافة الناس الذين يعتبرون غير عن العقد كالكوارث الطبيعية مثلا.

وإذا ما توفرت هذه الشروط وطلب أحد الطرفين الفسخ، يخضع طلبه إلى السلطة التقديرية للقاضي، وإذا كان الحكم في صالح الفسخ، وجب دفع الضرر عن المتعاقد الذي أصابه ضرر عن الفسخ في الحدود المتعارف عليها.

رابعا: انتهاء عقد المقاولة من الباطن لاستحالة التنفيذ

يزول عقد المقاولة من الباطن إذا استحال إنجاز العمل المتعاقد عليه بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن. [2]

ونص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 567[3] من القانون المدني الجزائري، أن عقد المقاولة ينقضي إذا استحال تنفيذ العمل الذي تعاقد عليه طرفا العقد.

و بتطبيق هذا النص على عقد المقاولة من الباطن، فإننا نخلص إلى أن هذا الأخير ينقضي باستحالة تنفيذ العمل الذي تعاقد من أجله المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

---

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص-ص184، 185.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص266.

[3] المادة 567 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

وهذا راجع إلى تطبيق القواعد العامة التي تجعل الالتزام ينقضي في وجود سبب أجنبي يمنع المدين من التنفيذ الذي يصبح مستحيلا، وهذا ما أكده نص المادة 121[1] من القانون المدني الجزائري.

في حين أخذ المشرع الفرنسي نفس التوجه حين أقر من خلال نص المادة 2/1218[2] أن العقد يفسخ بحكم القانون، إذا تحقق العائق النهائي الذي يحول دون تنفيذ المدين لالتزامه، والذي يفيد أن تحقق حالة استحالة التنفيذ من قبل أحد طرفي العقد تجعل العقد مفسوخ بقوة القانون.

فإذا أثبت المقاول من الباطن أن هناك سبب أجنبي خارج عن إرادته يحول دون تنفيذه لالتزاماته، كأن يكون مهندسا معماريا فنيا ذا كفاءة تعاقد معه المقاول الأصلي من أجل وضع المخطط والسهر على تنفيذه ثم أصابه شلل منعه من ذلك، ينقضي هنا التزام المهندس الذي يقاول من الباطن لاستحالة تنفيذه لالتزامه، وفي المقابل تسقط كذلك التزامات المقاول الأصلي لأن العقد يزول هنا بقوة القانون[3].

أو كأن يكون موقع تنفيذ المقاول من الباطن لالتزاماته أرض نزعت لصالح الملكية العامة، الأمر الذي يحول دون تنفيذ التزاماته من جراء عدم إمكانية تسلمه لموقع التنفيذ.

ولابد من تعويض الطرف المتضرر من الفسخ سواء تعلق الأمر بالمقاول الأصلي أو المقاول من الباطن هنا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب، لأن عقد المقاولة من الباطن قد انحل وانتهى ولا يمكن القياس عليه.[4]

المطلب الثاني

الأسباب الخاصة لانقضاء عقد المقاولة من الباطن

بالإضافة إلى الأسباب العامة لانقضاء عقد المقاولة من الباطن توجد أسباب أخرى خاصة تنهي العقد ، سواء لأسباب تعود إلى المقاول الأصلي أو لأسباب تعود إلى المقاول من الباطن، نعرضها في الآتي كل في فرع مستقل.

---

[1] المادة 121 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1218/2 du code civil français, op cit.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة عن العمل، مرجع سابق، ص–ص، 237، 238.

[4] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص261.

الفرع الأول

انقضاء عقد المقاولة من الباطن لأسباب تعود إلى المقاول الأصلي

ينتهي عقد المقاولة من الباطن لأسباب تعود إلى المقاول الأصلي في حالتين وهما:

أولا: انتهاء عقد المقاولة من الباطن بالإرادة المنفردة للمقاول الأصلي

خروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، وكاستثناء يجوز للمقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن فسخ العقد بإرادته المنفردة دون الاتفاق في ذلك مع المقاول من الباطن.

وتعود الحكمة في ذلك إلى حماية المقاول الأصلي من تنفيذ عقد لا ينفعه ويؤدي إلى تبديد ماله، فمثلا إذا كانت الفترة الزمنية طويلة جدا بين الإبرام والتنفيذ تتغير فيها الظروف ويصبح مثلا المقاول الأصلي ليس بحاجة لتنفيذ ذلك العقد فقد أعطاه المشرع هذه السلطة لإنهاء العقد بإرادته المنفردة[1].

وبما أن عقد المقاولة من الباطن هو أصلا وقبل كل شيء عقد مقاولة فإننا نسقط النصوص الخاصة بعقد المقاولة في ذلك، حيث نص المشرع الجزائري على هذه الحالة من خلال نص المادة 566[2] من القانون المدني الجزائري، التي تفيد أنه يمكن لرب العمل الذي يمثل المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن إنهاء العقد بإرادته المنفردة في أي وقت، ولكن قبل أن يتم المقاول الذي يمثل المقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن العمل، على أن يعوض هذا الأخير عما أنجزه بإنفاقه وكذا عن الأضرار التي مسته من عدم التنفيذ.

وقد أشار المشرع الفرنسي لذلك من خلال نص المادة 1224[3] من القانون المدني الفرنسي، التي تفيد أنه من أسباب فسخ العقد هو إخطار الدائن أو المدين وذلك وفقا للقواعد العامة، وبما أن عقد المقاولة من الباطن هو عقد ملزم لجانبين بما يفيد أنه يمكن للمقاول الأصلي أن يكون دائن ومدين في هذا العقد، فإن إخطار المقاول الاصلي المقاول من الباطن بالفسخ يفيد التعبير عن إرادته المنفردة في فسخ العقد الذي يجمعهم.

---

[1] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص268.

[2] المادة 566 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1224 du code civil français, op cit.

وقد خصص المادة 1794[1] من القانون المدني الفرنسي للحديث عن فسخ العقد في إطار عقد المقاولة بالإرادة المنفردة من قبل رب العمل، والتي نطبقها على عقد المقاولة من الباطن بما أن للعقدين نفس الطبيعة القانونية، وتجدر بنا الإشارة إلى أنه نفس التوجه الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 566 من القانون المدني الجزائري.

ولا يمكن للمقاول الأصلي فسخ عقد المقاولة من الباطن إلا بتوافر شروط نعرضها في الآتي: [2]

الشرط الأول: عدم إنجاز العمل وإتمامه من قبل المقاول من الباطن:

يجوز للمقاول الأصلي التحلل من عقد المقاولة من الباطن بإرادته المنفردة دون الاتفاق مع المقاول من الباطن، بشرط أن يكون هذا الأخير لم ينجز العمل، أي أن للمقاول الأصلي التحلل في العقد قبل التنفيذ أو بعد البدء في التنفيذ ، وكلما تقدم المقاول من الباطن في الإنجاز كلما كان مبلغ التعويض أكبر، لكن بإتمام العمل من قبل المقاول من الباطن وإعذار المقاول الأصلي بالتسليم يسقط حق هذا الأخير في التحلل من العقد بإرادته المنفردة، لأنه في هذه الحالة ملزم بدفع المبلغ كله للمقاول من الباطن مقابل الإنجاز.

الشرط الثاني: المقاول الأصلي هو من يملك حق إنهاء العقد بإرادته المنفردة.

غاية المقاول الأصلي من إبرام عقد المقاولة من الباطن مع المقاول من الباطن هو تنفيذ العمل الذي أوكل لهذا الأخير، وعليه فهو وحده من يملك الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة في مواجهة المقاول من الباطن أو حتى ورثته ، دون أن يملك دائني المقاول الأصلي هذه السلطة في مواجهة المقاول من الباطن وورثته، مع ضرورة التنويه إلى أن هذا الحق المخول للمقاول الأصلي المتمثل في سلطته في إنهاء العقد بإرادته المنفردة ينتقل إلى خلفه العام، إذ لورثته بعد وفاته الحق في أن يحلوا العقد بإرادتهم المنفردة في مواجهة المقاول من الباطن، كما يجوز لخلفه الخاص ذلك فإذا تنازل المقاول الأصلي عن المقاولة إلى شخص آخر جاز لهذا الأخير أن ينهي العقد في مواجهة المقاول من الباطن باعتباره متنازل له عن المقاولة، فهو بذلك يحل محل المقاول الأصلي.

ومن هنا يمكن القول بأن المقاول الأصلي هو وحده أو خلفه العام أو الخاص من يجوز لهم التحلل بإرادتهم المنفردة عن عقد المقاولة من الباطن، دون أن يجوز للمقاول من الباطن هذا الحق فهو ملزم بتنفيذ العقد ويجوز حتى إجباره على التنفيذ العيني من قبل المقاول الأصلي إذا لم يقم بذلك طواعية.

---

[1] Article 1794 du code civil français, op cit.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص-ص268، 280.

الشرط الثالث: أن لا يكون سبب تحلل المقاول الأصلي من العقد راجع إلى خطأ للمقاول من الباطن

لكي يستطيع المقاول الأصلي أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة من الباطن يجب أن يرجع للمسبب لهذا الأخير، أي يكون بمشيئة المقاول الأصلي دون أن يتعلق الأمر بخطأ المقاول من الباطن، لأن في هذه الحالة يستطيع المقاول الأصلي طلب الفسخ مع طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه جراء خطأ المقاول من الباطن، ولا يستطيع هنا المقاول من الباطن طلب التعويض الكامل من المقاول الأصلي، وإنما يرجع عليه وفقا لمبدأ الإثراء بلا سبب، كما يمكن للمقاول الأصلي في حالة خطأ المقاول من الباطن طلب التنفيذ العيني مع التعويض عن الضرر الذي أصابه من الخطأ دون الفسخ.

الشرط الرابع: أن لا يوجد شرط من المقاول من الباطن في العقد يمنع المقاول الأصلي من التحلل منه

يجوز أن يتفق المقاول من الباطن مع المقاول الأصلي على أن لا يحق لهذا الأخير حل العقد بإرادته المنفردة، وهو استثناء عن القاعدة التي تسمح له بحل العقد والتي يجوز مخالفتها باعتبارها ليست من النظام العام.

وحين يكون هذا الشرط مدون في عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهما لا يجوز للمقاول الأصلي حل العقد بإرادته المنفردة، فهو مجبر على إتمام العقد حتى نهايته مع المقاول من الباطن.

وإذا تحلل المقاول الأصلي من عقد المقاولة من الباطن بإرادته المنفردة بتوفر كل الشروط فإنه يترتب عن ذلك الآتي[1]:

1- توقف المقاول من الباطن عن إنجاز العمل المتبقي:

عندما يوجه المقاول الأصلي إنذار إلى المقاول من الباطن مفاده إبلاغه برغبته في حل العقد مع طلب وقف تنفيذ العمل، فيجب على المقاول التوقف عن العمل، لكن يمكنه أن يواصل بعض الأعمال التي من شأنها أن تحافظ على عمله المنجز، فهل في هذه الحالة يستحق التعويض عن تلك الأعمال التي قام بها للمحافظة على عمله أم لا؟

ذهب فريق من الفقه إلى أنه لا يجوز ذلك لأنه من شأنه أن يعيق ويتعب المقاول الأصلي، وأكثر من ذلك هو مخالف مع أنه كان بوسعه التوقف بعد الإنذار، وذهب فريق آخر إلى أن ذلك مخالف لما منح القانون من سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للمقاول الأصلي.

[1] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص- ص، 279-281.

إلا أنه هناك من يقول أن للمقاول من الباطن الحق في طلب التعويض على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب بأقل القيمتين، قيمة ما أنفق هو على ذلك وقيمة ما عاد على المقاول الأصلي من نفع في ذلك، وليس على أساس التعويض المتعلق بحل المقاول الأصلي للعقد وهو التعويض الكامل، ويرجع ذلك ربما إلى أن المقاول من الباطن كان حريصا على المحافظة على العمل المنجز وأنه أقرب للعدالة لأنه منع إثراء المقاول الأصلي على حساب المقاول من الباطن.

2- حصول المقاول من الباطن على التعويض:

يفيد نص المادة 566[1] من القانون المدني الجزائري، ونص المادة 1794[2] من القانون المدني الفرنسي، أنه يجوز للمقاول الأصلي حل العقد بإرادته المنفردة قبل الإتمام مع شرط حصول المقاول من الباطن على التعويض والذي يشمل الآتي:

- التعويض على ما أنفقه من مصروفات:

ويتعلق الأمر هنا بكل ما صرفه المقاول من الباطن في اتجاه تنفيذ العمل، ويشمل ما صرفه من مواد وما صرفه على كل ما استخدم لإنجاز العمل بما في ذلك التعويضات الخاصة بالأشخاص الذين استخدمهم في التنفيذ، وحتى مصاريف تسهيل إنجاز العمل.

- التعويض على ما أنجزه من عمل:

وهذا التعويض يتعلق بتلك الأعمال المنجزة من قبل المقاول من الباطن لتنفيذ العقد وفق الشروط المتفق عليها وإلى غاية توجيه إنذار بالتوقف عن العمل وتوقف هذا الأخير عن ذلك، وإلا اعتبر إثراء بلا سبب للمقاول الأصلي.

- التعويض عن الكسب الذي فاته جراء التوقف عن العمل:

هناك كسب كان من المتوقع أن يكسبه المقاول من الباطن لو تم إنجاز العمل الذي طلبه المقاول الأصلي، والذي فاته جراء تحلل هذا الأخير عن العقد بإرادته المنفردة، فيستحق في هذه الحالة التعويض عنه.

وقد سن المشرع الفرنسي كذلك حق المدين الذي تضرر من الفسخ بالتعويض من خلال نص المادة

[1] المادة 566 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1794 du code civil français, op cit.

1228[1]من القانون المدني الفرنسي.

لكن وحسب المادة 2/566[2] من القانون المدني الجزائري، فإنه يجوز للمحكمة أن تخفض مبلغ التعويض المستحق عما فات المقاول من الباطن من كسب، إذا كانت الظروف تجعل هذا التعويض عادلا، ويتعين عليها أيضا أن تنقص منه ما يكون المقاول من الباطن قد ربحه من جراء تحلل المقاول الأصلي من العقد، وما يكون قد اكتسبه باستخدام وقته في أمر آخر. ومفاد هذه النقطة أنه لا يجوز أن يعوض المقاول من الباطن عن مصروف الأعمال التي لم ينجزها بسبب تحلل المقاول الأصلي من العقد، لأنه في هذه الحالة لن ينفذها وبالتالي لن يصرف حقها كما أنه سيستغل الوقت المفروض في إتمام تنفيذ عقد المقاولة من الباطن في تنفيذ أعمال أخرى.

ثانيا: تحلل المقاول الأصلي من عقد المقاولة من الباطن بسبب تجاوز الحد المالي للعقد (مجاوزة المقايسة)

و إذا كان العقد المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن مبرم على أساس المقايسة بسعر الوحدة، وتبين أثناء تنفيذ المقاول من الباطن للعقد أنه ستكون هناك زيادة جسيمة في المصروف لتنفيذ التصميم المتفق عليه، جاز للمقاول الأصلي بعد إخطاره بذلك من قبل المقاول من الباطن وعلى الفور أن يتحلل من العقد.[3]

وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 560[4]من القانون المدني الجزائري والتي يستخلص منها كذلك أن المقاول من الباطن مجبر بإخطار المقاول الأصلي بتلك المجاوزة في الحين، وإلا خسر حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات.

كما لو تبين مثلا أنه من الضروري زيادة سمك الجدران في البناء لكي يمكن الارتفاع بالبناء إلى العلو المتفق عله في التصميم، فإن تبين للمقاول من الباطن أثناء تنفيذ العقد أنه من الضروري ان يكون زيادة في المقايسة بسبب الأعمال التي سيزيدها كان عليه أن يخبر فورا المقاول الأصلي بذلك، الذي يكون له حق الموافقة على ذلك أو التحلل من العقد، لكن دون أن يتباطأ في التحلل من العقد وإلا فهم

[1] Article 1228 du code civil français, op cit.

[2] المادة 2/566 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص282.

[4] المادة 560 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

ذلك أنه موافقة على المجاوزة، أما إذا أعذره المقاول من الباطن عن ذلك فسكت ولم يعبر عن رفضه جاز للمقاول من الباطن المواصلة بالزيادة، وإذا لم يخطر المقاول من الباطن المقاول الأصلي بذلك سقط حقه في استرداد نفقات الزيادة التي نفذ بها.

وإذا اختار المقاول الأصلي التحلل من العقد نتيجة زيادة المقايسة بعد إخطار المقاول من الباطن، وجب عليه تعويض المقاول من الباطن عن كل الأعمال التي قام بها، دون أن يعوض عما فاته من كسب إذا أتم العقد لأن المقاول الأصلي غير مسؤول عن تلك المجاوزة.[1]

ومن الفقه من يبرر حق تحلل المقاول الأصلي عن العقد بسبب غلط جوهري وقع فيه مع المقاول من الباطن نتيجة تقدير تكلفة الإنجاز، فلما اكتشف الغلط الذي وقع فيه حل العقد وعوض المقاول من الباطن على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب.

ومن الفقه من يبرر ذلك أنه كان نتيجة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة التي طرأت على تنفيذ العقد بسبب زيادة في كميات العمل أدت إلى زيادة جسيمة في قيمة الإنجاز وأرهقت المقاول الأصلي في الدفع، ويمنح له القانون بذلك حق التحلل من العقد، وفي المقابل وفي هذا الاتجاه يمنح كذلك الحق للمقاول من الباطن في التحلل من العقد بسبب انهيار التوازن العقدي بين التزامات المقاول من الباطن والتزامات المقاول الأصلي.[2]

في حين أننا نجد المشرع الفرنسي ينص في المادة 1793[3] من القانون المدني الفرنسي، أن المهندس المعماري أو المقاول المسؤول عن عقد تشييد مبنى وفق مخطط مرسوم ومتفق عليه مع مالك الأرض والذي يمثل المقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن، لا يجوز له طلب أي زيادة في السعر، لا بحجة زيادة العمالة ولا بحجة زيادة المواد أو التعديلات والزيادات التي تمت عليها، إذا لم يتم التصريح بها كتابيا، ويفهم من خلال هذا النص أن التصريح بالزيادة الجسيمة في المصروف الخاص بتنفيذ العقد مهمة جدا للحصول على فرق السعر وعدم إنهاء العقد من قبل المقاول الأصلي.

[1] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص-ص275، 276.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص-ص282، 283.

[3] Article 1793 du code civil français, op cit.

الفرع الثاني

انقضاء عقد المقاولة من الباطن لأسباب تعود إلى المقاول من الباطن

ينتهي عقد المقاولة من الباطن لأسباب تعود إلى المقاول من الباطن، وتنحصر هذه الأسباب في سببين رئيسيين نعرضهما في الآتي:

أولا: انتهاء عقد المقاولة من الباطن بسبب عجز المقاول من الباطن عن إتمام العمل المطلوب

أثناء تنفيذ المقاول من الباطن للعقد المبرم بينه وبين المقاول الأصلي قد يصيبه عجزا يقف دون اتمامه للعمل المطلوب منه وهذا العجز يكون سببا في إنهاء العقد من تلقاء نفسه ولكن يجب أن لا يكون للمقاول من الباطن يد في ذلك العجز الذي أصابه، بما يفيد إصابة المقاول من الباطن بعجز خارج عن إرادته يحول دون تنفيذه لالتزاماته ويؤدي إلى إنهاء العقد المبرم بينه وبين المقاول الأصلي تلقائيا[1].

كأن يصاب المقاول من الباطن مثلا بحادث أفقده الرؤية والقدرة على العمل، مما يؤدي إلى إنهاء العقد ، وفي هذه الحالة وهي حالة انتهاء العقد بسبب عجز المقاول من الباطن عن التنفيذ بسبب لا يد له فيه ، فإن المقاول الأصلي مرغم على أن يعوض المقاول من الباطن عن الأعمال التي تم إنجازها قبل حدوث العجز، وكذلك على ما تم إنفاقه للتنفيذ بمقدار ما ينتفع به من ذلك.[2]

وقد جاء في نص المادة 570[3] من القانون المدني الجزائري أنه تسري كذلك الاحكام أي أحكام الانهاء والتعويض إذا بدأ المقاول في التنفيذ ثم أصبح عاجز عن إتمامه لسبب خارج عن إرادته، وهي الأحكام الخاصة بالتعويض في موت المقاول.

في حين أخذ المشرع الفرنسي نفس التوجه حين أقر من خلال نص المادة 2/1218[4] أن العقد يفسخ بحكم القانون إذا تحقق العائق النهائي الذي يحول دون تنفيذ المدين لالتزامه، والذي يفيد أن تحقق حالة استحالة التنفيذ من قبل أحد طرفي العقد تجعل العقد مفسوخ، فإذا عجز المقاول من الباطن عن إتمام تنفيذ العقد لسبب لا يد له فيه انفسخ العقد بقوة القانون.

---

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص186.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص–ص، 292، 293.

[3] المادة 570 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Article 1218/2 du code civil français, op cit.

ثانيا: انتهاء عقد المقاولة من الباطن بسبب موت المقاول من الباطن

موت المقاول من الباطن قد يؤدي إلى انتهاء عقد المقاولة من الباطن المبرم بينه وبين المقاول الأصلي، لكن ليس بالضرورة فقد يستمر هذا العقد بموت المقاول من الباطن، لذلك يجب أن يميز بين حالتين: الحالة الأولى ، وهي التي لا تكون فيها شخصية المقاول من الباطن محل اعتبار في العقد ولم يطلب منه تنفيذ العقد بنفسه، فلا ينتهي العقد في هذه الحالة بموت المقاول من الباطن، يظل قائما ويتولى ورثته إذا كان شخصا طبيعيا مهمة التنفيذ، أما الحالة الثانية التي تكون فيها شخصية المقاول من الباطن محل اعتبار في إبرام العقد، ولأنه طلب منه تنفيذ العقد بنفسه فإن عقد المقاولة من الباطن ينتهي وينقضي بموت المقاول من الباطن بحكم القانون في هذه الحالة. [1]

و جاء في نص المادة 569[2] من القانون المدني الجزائري بما يفيد أن العقد ينتهي إذا كانت شخصيته محل اعتبار في إبرام العقد، ودون ذلك يبقى العقد قائما، وهو ما ينطبق على موت المقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن.

في حين كان توجه المشرع الفرنسي واضحا من خلال نص المادة 1795[3] من القانون المدني الفرنسي حين أقر بأن عقد المقاولة ينتهي بموت المقاول، وهو ما يطبق كذلك على عقد المقاولة من الباطن الذي ينتهي حسب توجهه بموت المقاول من الباطن.

ورغم توجه المشرع الفرنسي الصريح بإنهاء العقد بموت المقاول من الباطن، لابد من الأخذ بعين الاعتبار كل التفاصيل التي خاضها المشرع الجزائري وأغلب التشريعات وكذا الفقه في ذلك.

ففي الحالة التي لا ينقضي فيها العقد بموت المقاول من الباطن لأن شخصيته ليست محل اعتبار عند إبرام العقد ، ولا يوجد شرط في العقد يؤكد تنفيذه الشخصي للعقد فإن التنفيذ ينتقل إلى ورثته، لكن في هذه الحالة يمكن للمقاول الأصلي أن يطلب فسخ العقد ، ويؤسس ذلك على عدم توفر الضمانات في ورثة المقاول من الباطن لتنفيذ العقد، وقد يرجع ذلك إلى عدم كفاءتهم أو عدم ثقة المقاول الأصلي بهم في التنفيذ، والقاضي هو الذي يقدر ذلك فإذا وجد أن الضمانات لا تتوفر فيهم فعلا للتنفيذ حكم بإنهاء العقد، أما إذا رأى أنهم يحوزون الضمانات التي تسمح لهم بمواصلة التنفيذ حكم بمواصلة تنفيذ العقد

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص188.

[2] المادة 569 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1795 du code civil français, op cit.

ورفض طلب المقاول الأصلي.[1]

وقد نص المشرع الجزائري على ذلك من خلال نص المادة 569[2] من القانون المدني الجزائري بما يفيد أنه إذا لم تأخذ بعين اعتبار مؤهلات المقاول من الباطن وقت إبرام العقد لا ينتهي العقد بموت هذا الأخير، ولا يجوز للمقاول الأصلي فسخه إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول من الباطن الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

وكذلك الأمر بالنسبة لورثة المقاول من الباطن، فإذا لم ينتهي العقد بموت المقاول من الباطن لأن شخصيته لم تكن محل اعتبار عند إبرام العقد ، ولا يوجد شرط في العقد يفيد تنفيذ العقد بنفسه وانتقل التنفيذ إلى ورثته، إلا أنهم لا يحترفون عمل المقاول من الباطن أو كانوا لا يحوزون الثقة والطمأنينة لإتمامه، فإذا أصر المقاول الأصلي هنا على التنفيذ جاز لهم طلب فسخ العقد وتعود السلطة التقديرية للقاضي في ذلك، فإذا رأى أنهم فعلا غير قادرين على التنفيذ حكم بفسخ العقد، أما إذا رأى أنهم يحوزون الضمانات الكافية للتنفيذ رفض طلبهم وحكم بتنفيذ العقد.[3]

فإذا انتهى عقد المقاولة من الباطن سواء بالانتهاء التلقائي الذي يكون بموت المقاول من الباطن حيث تكون شخصيته محل اعتبار وقت إبرام العقد، أو أنه يوجد شرط في العقد يفيد تنفيذ العقد بنفسه، أو أنه انتهى بسبب طلب المقاول الأصلي ذلك لعدم توفر الضمانات الكافية في ورثة المقاول من الباطن لمواصلة التنفيذ، وتأكد القاضي من ذلك وحكم له بفسخ العقد، أو أنه انتهى بسبب طلب ورثة المقاول من الباطن الفسخ من القاضي لأنهم لا يحترفون مهنة المتوفي، أو أنهم لا يملكون الثقة والطمأنينة في التنفيذ، وكان ذلك الإنهاء قبل البدء في التنفيذ فهنا تنقضي التزامات الطرفين الناشئة عن إبرام عقد المقاولة من الباطن بانقضاء العقد، ولا يرجع أي منهما على الطرف الآخر بشيء، إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول الأصلي قد قدم تسبيقا بالدفع للمقاول من الباطن من أجل التنفيذ، فله الحق في طلب استرجاعه، أما في الحالة التي تكون نهاية العقد لأحد الأسباب المذكورة أعلاه ،ولكن بعد البدء في التنفيذ فإن المقاول الأصلي هنا ملزم بالدفع إلى ورثة المقاول من الباطن قيمة ما تم إنجازه ، والنفقات التي باشرها من أجل إنجاز العمل وفقا لما نص عليه العقد والقانون وما يقتضيه العرف في ذلك.[4]

---

[1] عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص119.

[2] المادة 569 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص290.

[4] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص-ص119، 120.

خلاصة الباب الأول

يفترض عقد المقاولة من الباطن وجود عقدين متتابعين في اتجاه واحد، العقد الأول هو عقد المقاولة الأصلي الذي يرتبط فيه المقاول الأصلي برب العمل، والعقد الثاني هو عقد المقاول من الباطن الذي يوكل من خلاله المقاول الأصلي تنفيذ جل او جزء من التزاماته التعاقدية المترتبة عن العقد الأول إلى المقاول من الباطن، وثلاثة أطراف تعاقدية: رب العمل، المقاول الأصلي وهو الطرف المشترك في العقدين، والمقاول من الباطن.

وأجاز كل من القانونين الجزائري والفرنسي التعامل بهذا العقد، لكن بشروط لا يمكن إغفالها، وحالات منع لابد من تجاوزها سجلنا من خلالها بعض الاختلافات بين القانونين، تتعلق بعدم وجود أثر للشرط المانع الاتفاقي وغياب فكرة الاعتبار الشخصي في إبرام العقد في القانون الفرنسي، حيث يبرر الفقه الفرنسي ذلك بأن المقاولة من الباطن تمنع إذا كانت طبيعة العمل لا تتيح ذلك فقط، في حين أدرج المشرع الجزائري حالة المنع المرتبط بالشرط المانع الاتفاقي وتناول فكرة الاعتبار الشخصي في ابرام العقد صراحة.

ولا ينعقد عقد المقاولة من الباطن صحيحا وفقا للقواعد العامة، إلا بتوافر أركانه التي حددها المشرع الجزائري في الرضا، المحل والسبب، في حين حصرها المشرع الفرنسي في رضا الطرفين، أهليتهم في التعاقد ومضمون محتوى شرعي وأكيد.

ويبرم عقد المقاول من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي وفق أشكال محددة بالنظر إلى طريقة اختيار المقاول من الباطن عن طريق التراضي أو المسابقة، أو بالنظر إلى شرعية المقاولة من الباطن إلى عقود قانونية وأخرى غير قانونية، أو بالنظر إلى درجة تسلسل العقد إلى عقود مقاولة من الباطن بسيطة ومباشرة وأخرى متسلسلة وغير مباشرة، مع وجود اختلاف بين القانونين في إبرام عقد المقاولة من الباطن وفق هذا الشكل الأخير، حيث لم يبرز المشرع الجزائري إمكانية المناولة ضمن سلسلة متتابعة من العقود إذا لم يوجد شرط يمنع ذلك، في حين نص المشرع الفرنسي على ذلك صراحة.

ويتفق كل من القانونين الجزائري والفرنسي في أسباب انقضاء عقد المقاولة من الباطن، الذي يكون لأسباب عامة ترتبط بإتمام العقد، انتهاء المدة الزمنية المحددة له، وأخرى تودي إلى زواله قبل التنفيذ، أو لأسباب خاصة تعود للمقاول الأصلي أو مقاول من الباطن.

الباب الثاني

الآثار القانونية لعقد المقاولة من الباطن

تنشأ عن إبرام عقد المقاولة من الباطن علاقات قانونية ثلاثة، العلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن، والعلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي ورب العمل اللذان يحافظان على مركزهما القانوني كدائن ومدين في إطار عقد المقاولة الأصلي ، وعلاقة غير تعاقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، حيث يعتبر رب العمل غير بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن الذي يجمع المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، كما يعتبر هذا الأخير غير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي الذي يجمع المقاول الأصلي برب العمل.

ويترتب عن عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن أو تنفيذه تنفيذا معيبا، قيام مسؤولية من تسبب في ذلك من أطرافه، مسؤولية عقدية عن العلاقات العقدية التي تجمعهم ، والتي يمكن أن تكون مسؤولية عقدية مباشرة، مسؤولية عقدية غير مباشرة أو مسؤولية عقدية عن أفعال الغير.

كما يمكن أن يسأل أطراف عقد المقاولة من الباطن تقصيريا عن الإخلال الناتج عنهم خارج روابطهم العقدية.

وسنعرض فيما يلي العلاقات الناشئة عن إبرام عقد المقاولة من الباطن في فصل أول، والمسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن أو تنفيذه المعيب في فصل ثان.

الفصل الأول

العلاقات القانونية

الناشئة عن إبرام عقد المقاولة من الباطن

الأصل أن العلاقات التي تنشأ عن إبرام عقد المقاولة من الباطن تتمثل في العلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي ورب العمل، والعلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وعلاقة غير تعاقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، وسنعرض فيما يلي العلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ورب العمل في مبحث أول، والعلاقة غير التعاقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن في مبحث ثان.

المبحث الأول

العلاقات التعاقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ورب العمل

يرتبط المقاول الأصلي بعلاقة تعاقدية مع رب العمل في إطار عقد المقاولة الأصلي، وبعلاقة تعاقدية ثانية مع المقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن المستمد من العقد الأصلي، وسنعرض فيما يلي علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن والعلاقة بين المقاول الأصلي ورب العمل كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

العلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن

الأصل أن العلاقة التي تربط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن تخضع لأحكام عقد المقاولة الأصلي، باعتبار أن عقد المقاولة من الباطن مستمد من العقد الأصلي وهو في الأصل عقد مقاولة، إلا ما استثنى من ذلك بحكم القانون، وسنعرض فيما يلي التزامات كل طرف والتي بدورها تعتبر حقوق للطرف الآخر من خلال فرعين، نخصص الفرع الأول لالتزامات المقاول من الباطن ونتناول في الفرع الثاني التزامات المقاول الأصلي.

الفرع الأول

التزامات المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي

يلتزم المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة من الباطن الذي يجمع الطرفين بمجموعة من الالتزامات، والتي تعتبر بدورها حقوق للمقاول الأصلي وهي نوعان، التزامات عينية تتمثل في: إنجاز العمل المتفق عليه في العقد، وتسليم العمل المنجز إلى المقاول الأصلي، وضمان سلامة العمل المنجز من قبله، وتقديم النصح والارشاد الضروريان للمقاول الأصلي، والتزامات نقدية تنحصر في التزام المقاول من الباطن بالتأمين من المسؤولية العقدية وسنعرض فيما يلي الالتزامات العينية ثم الالتزامات النقدية.

أولا: الالتزامات العينية للمقاول من الباطن

يلتزم المقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي بمجموعة من الالتزامات العينية تتمثل في:

1- إنجاز العمل المتفق عليه في إطار عقد المقاولة من الباطن:

يلتزم المقاول من الباطن باعتباره أولا وقبل كل شيء مقاول، بإنجاز العمل الذي كلف به من قبل المقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة من الباطن، والذي على أساسه سوف يتلقى الأجر المتفق عليه في العقد، ولابد أن يكون الأجر المقدم من قبل المقاول الأصلي مناسبا للجهد المبذول والعمل المقدم من طرف المقاول من الباطن.[1]

و في هذا الإطار ينبغي على المقاول من الباطن إنجاز العمل المطلوب منه وفقا لتوجيهات المقاول الأصلي،[2] ويشترط على العموم لإنجاز المقاول من الباطن العمل في عقد المقاولة من الباطن الآتي:

أ-عدم تعارض العمل المنجز مع العمل المطلوب في عقد المقاولة الأصلي :

لم يعرف المشرع الجزائري عقد المقاولة من الباطن وعرفه المشرع الفرنسي من خلال المادة الاولى[3] من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، أين اعتبرت المقاولة من الباطن هي العملية التي يعهد بموجبها المقاول وتحت مسؤوليته تنفيد كل أو جزء من عقد المقاولة أو جزء من الصفقة العمومية المبرمة مع رب العمل لشخص آخر يدعى مقاول من الباطن.

---

[1] Franck Moderne, op cit , p 166.

[2] فرنسواز لابارت، سيريل نوبلوت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 342.

[3] Article 1 de la loi 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

ويستخلص من هنا أن المقاول من الباطن ملزم في مواجهة المقاول الأصلي بإنجاز العمل وفق شروط العقد المبرم بينهم والتي لا يمكن أن تتنافى مع ما جاء في العقد الأصلي، لأن عقد المقاولة من الباطن يستمد محله من عقد المقاولة الأصلي الذي يسبقه في الإبرام ويعتبر سبب لوجوده، حيث يبرم من أجل التنفيذ الجزئي أو الكلي لهذا الأخير، كما أن تنفيذ هذا العمل يكون تحت مسؤولية المقاول الأصلي الذي كلفه به قصد إتمام التزاماته في عقد المقاولة الأصلي.

فلا يمكن أن يختلف جوهر عقد المقاولة من الباطن عن عقد المقاولة الأصلي، وإلا فإننا لا نكون أمام عقد مقاولة من الباطن، وإنما أمام عقد مقاولة آخر غير العقد الأول، الأمر الذي يمنح الحق لرب العمل بالاحتجاج بعدم نفاده في مواجهته.

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أن المقاول من الباطن ملزم باحترام شروط العقد الأصلي باعتبار أن العقد من الباطن لا يخرج عن العقد الأصلي، ويرى الأستاذ مصطفى الجارحي أنه من الضروري إدراج شرط في عقد المقاولة من الباطن، يفيد ذلك من أجل تفادي كل الإشكالات التي يمكن أن تنجر عن عدم احترام المقاول من الباطن لشروط العقد الأصلي ونحن نتفق معه في ذلك[1].

ب-إنجاز العمل بحسن نية ودون عيوب :

لا يوجد نص خاص ينظم إنجاز العمل في عقد المقاولة في القانون الجزائري وبذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة ،حيث فرض نص المادة 107[2] من القانون المدني الجزائري إلزامية تنفيذ العقد بحسن نية وفق ما جاء في مضمونه، بل ويتعدى إلى كل ما تشترطه طبيعة الالتزام وفق القانون والعرف والعدالة.

ويفهم من هذه المادة أن المتعاقدان ملزمان بتنفيذ العقد حسب ما اتفق فيه باعتباره شريعة المتعاقدين لكن بحسن نية ووفقا لما ينص عليه القانون والعرف والعدالة في إطار الالتزام المتفق عليه. وبإسقاط كل ذلك على التزام المقاول من الباطن بإنجاز العمل في إطار عقد المقاولة من الباطن، نجده مطالب بحسن نية التنفيذ وفقا لما ورد في الاتفاق بينه وبين المقاول الأصلي بما تمليه الأحكام المطبقة على عقد المقاولة بصفة عامة والمقاولة من الباطن بصفة خاصة.

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 46.

[2] المادة 107 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

وبالرجوع للقانون الفرنسي، فبالنسبة للقواعد العامة نجد نص المادة 1104[1]من القانون المدني الفرنسي، تفرض عملية التفاوض على العقود مع إبرامها وتنفيذها بحسن نية.

ويفهم من هذه المادة أن القانون الفرنسي يوسع في فرض حسن النية في العقود، حيث يفرضها في التفاوض عليها، إبرامها وكذا تنفيذها مقارنة بالقانون الجزائري الذي اقتصر فرضها على التنفيذ، والتي نسقطها على عقد المقاولة من الباطن باعتباره عقد، وبالتالي المقاول من الباطن وفقا للقواعد العامة المطبقة في القانون الفرنسي ملزم هنا بإبرام عقد المقاولة من الباطن وإنجاز العمل المترتب عنه بحسن نية.

ونخلص مما سبق أن المقاول من الباطن مجبر على اعتماد مبدأ حسن النية في التنفيذ، والذي يشتمل إنجاز العمل بكل نزاهة وأمانة، فمثلا إذا عهد إليه بتوصيل أنابيب من مكان إلى آخر لا ينبغي استعمال الطريق الطويل لذلك فالنزاهة تجبره على اختيار الطريق الأقصر في ذلك، وإذا كان ملتزم بتشييد بناية وكان المقاول الأصلي هو من قدم المادة فالأمانة تلزمه المحافظة على تلك المواد، وإلا اضطر إلى دفع تعويض بقيمتها إلى المقاول الأصلي، وعليه مراعاة أصول استعمال المواد المسلمة إليه وتقديم تقرير بالكمية المستعملة ثم رد ما تبقى منها للمقاول الأصلي إن أمكن، هذا ما يمليه مبدأ حسن النية في تنفيذ العمل وإنجازه في العقود بما في ذلك عقد المقاولة من الباطن[2]، ويمتد فرض حسن النية في عقد المقاولة من الباطن كذلك لإبرامها كما ذهب إليه المشرع الفرنسي وفقا للقواعد العامة.

والمقاول من الباطن مجبر كذلك على إنجاز العمل المعهود إليه في إطار عقد المقاولة من الباطن بطريقة غير معيبة، أما إذا نفذه بطريقة معيبة تتنافى مع أصول تنفيذ ذلك العمل، جاز للمقاول الأصلي أن يوجه له إنذار لتنفيذه على وجه صحيح خلال أجل محدد[3]، على أن تكون المهلة كافية لتصحيح التنفيذ، وفي حالة انقضاء الأجل دون تصحيح العيب جاز للمقاول الأصلي اللجوء للقضاء للمطالبة بالاستعجال في توقيف المقاول من الباطن عن العمل، كما له الحق في المطالبة بفسخ العقد أو بالتنفيذ على حساب المقاول من الباطن بعد إثبات انحرافه في التنفيذ، أما إذا كان تصحيح العمل مستحيلا فلا ضرورة لتوجيه الإنذار هنا وإنما يطالب المقاول الأصلي إما بفسخ العقد أو التنفيذ عن طريق التعويض[4]،

---

[1] Article 1104 du code civil français, op cit.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 132 .

[3] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 105 .

[4] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 50.

وهذا ما حرص المشرع الجزائري على تحديده من خلال نص المادة 553 [1]من القانون المدني الجزائري، كما ذهب إليه المشرع الفرنسي بصفة عامة من خلال نص المادة 1217[2] من القانون المدني الفرنسي، والتي مفادها أنه يجوز للطرف الذي لم يتم الوفاء اتجاهه بالالتزام، أو كان التنفيذ ناقص أو معيب إما رفض ذلك الأداء أو تعليقه، مواصلة التنفيذ الجبري في إطار الالتزام والذي يمكن أن يكون هنا على حساب الشخص المطالب بالتنفيذ، الحصول على تخفيض في السعر، التسبيب لإنهاء العقد، وطلب التعويض عن عواقب عدم التنفيذ.

ج-تقديم العناية الازمة في إنجاز العمل :

الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقاولة من الباطن شأنه شأن عقد المقاولة قد يكون التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية حسب نوع العقد، فيكون إنجاز العمل التزام بتحقيق نتيجة مثلا في مقاولات البناء والكهرباء والترصيص، وقد يكون التزام ببذل عناية مثلا في المقاولات التي تقدم خدمات طبية تشمل التشخيص والعلاج في حين تبقى أعمال المخابر الطبية كإنجاز التحاليل من الالتزامات بتحقيق نتيجة.[3]

وفي تنفيذ المقاول من الباطن لالتزامه في إطار عقد المقاولة من الباطن مثله مثل المقاول في عقد المقاولة، إذا كان التزام بتحقيق نتيجة فإنه يفرض عليه إنجاز ما كان مطلوبا منه وفقا لعقد المقاولة من الباطن، بشكل صحيح غير معيب وفي الوقت المناسب دون تأخير، وإلا فإن مسؤوليته العقدية تقوم أمام المقاول عن عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب أو المتأخر، ولا يستطيع التملص منها إلا إذا أثبت أن الحائل دون تنفيذه الصحيح للعقد كان بسبب أجنبي خارج عن إرادته، وقد اعتبرت الغرفة الأولى لدى محكمة التمييز الفرنسية من خلال قرارها المؤرخ في 21 تشرين الأول 1990 أن كل تأخير في تنفيذ الالتزامات من قبل المقاول من الباطن دون أسباب تبرر ذلك يجعله مسؤولا مسؤولية تعاقدية أمام المقاول الأصلي، حتى ولو لم يوافق عليه من قبل رب العمل ، على أساس الالتزام بتحقيق نتيجة، والتي تشترط حصول الخطأ من قبل المقاول من الباطن، مع وجود العلاقة السببية بين ذلك الخطأ والضرر الحاصل للمقاول الأصلي، وفي هذا الخصوص نشير إلى أن الفقه الفرنسي يعتبر أن مسؤولية المقاول من الباطن أمام المقاول الأصلي تقوم على أساس التزام بتحقيق نتيجة، إلا أن ذلك يعتبر إجحافا في حقه في إطار عقود المقاولة من الباطن الفكرية، أين يمكن أن تحمله مسؤولية دون اقتراف أخطاء والتي يكون التزامه فيها هو

[1] المادة 553 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1217 du code civil français, op cit.

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 51.

بذل عناية الازمة في العمل فقط حتى وإن لم يتحقق الهدف المطلوب.[1]

د-العمل بأصول استخدام المادة :

أجاز المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 550[2] من القانون المدني الجزائري أن يقتصر المقاول بصفة عامة وهو ما ينطبق على المقاول من الباطن باعتباره أولا وقبل كل شيء مقاول على تقديم عمله فقط ، وبذلك يلتزم رب العمل الذي يمثل المقاول الأصلي هنا بتقديم المادة الازمة في إنجاز العمل، أو أن يقدم العمل والمادة معا، وهو ما أشار إليه المشرع الفرنسي في المواد 1788، 1789، و1790[3] من القانون المدني الفرنسي، وبذلك يكون المقاول من الباطن مطالبا بمراعاة أصول استعمال المادة وفقا لإحدى الحالتين:

الحالة الأولى: أين يتعهد المقاول من الباطن بتقديم عمله فقط

في هذه الحالة المقاول الأصلي هو من يقوم بتقديم المادة للمقاول من الباطن، لكن ورغم ذلك يبقى هذا الأخير كما جاء في نص المادة 552 /1[4] من القانون المدني الجزائري مسؤولا عن سلامتها، مع مراعاة حسن استخدامها ورد ما تبقى منها، وتعويض المقاول الأصلي عن قيمة المادة التي تسبب في تلفها بطريقة أو بأخرى، ويكون ذلك بمراعاته لأصول الفن في استخدامه للمادة المقدمة له مع بذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة عليها من التلف أو الضياع ، واستعمال القدر الازم منها وفق ما يتناسب مع العمل المنجز، وقد ذهب اتجاه في القانون الفرنسي يجبر المقاول من الباطن الذي اكتشف عيبا في المواد التي استلمها من المقاول الأصلي، أن يخبر هذا الأخير بذلك في الوقت المناسب من أجل إبراء ذمته، أما إذا سكت عن ذلك أو أخبره بعد فوات الأوان اعتبر مسؤولا عن تلك العيوب[5].

يكون المقاول من الباطن حسب نص المادة 2/552[6] من القانون المدني الجزائري مطالبا أيضا بتوفير المعدات الضرورية لإنجاز العمل، مالم يوجد عرف للحرفة أو اتفاق يقض بخلاف ذلك، وقد أحسن المشرع الجزائري التوضيح هنا في حين لا يوجد نص في القانون الفرنسي يفيد ذلك.

---

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص-ص 105، 106.

[2] المادة 550 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Articles 1788, 1789, 1790 du code civil français, op cit.

[4] المادة 1/552 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[5] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص، 135.

[6] المادة 2/552 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

الحالة الثانية: أين يتعهد المقاول من الباطن بتقديم العمل والمادة المستخدمة في إنجازه

ففي هذه الحالة التي يتعهد فيها المقاول من الباطن بتقديم المادة المستخدمة في إنجازه للعمل المطلوب سواء قدمها كلها أو جزءا منها، يكون هنا وحسب نص المادة 551[1] من القانون المدني الجزائري ضامنا لجودتها ومسؤولا عن عيوبها أمام المقاول الأصلي، بما يفيد الجودة الرديئة أو العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف الأساسي من استخدامها أو تجعلها غير فعالة.

أما في القانون الفرنسي فقد ذهب المشرع حسب نص المادة 1788[2] من القانون المدني الفرنسي، إلى أنه في الحالة التي يقدم فيها المستخدم الذي يأخذ دور المقاول من الباطن هنا المادة، فإن هلاكها الذي قد يكون بأي شكل من الأشكال قبل التسليم إلى رب العمل الذي يأخذ منزلته المقاول الأصلي في العقد محل دراستنا، يتحمل خسارته المقاول من الباطن مالم يقصر المقاول الأصلي في الاستلام.

وما يلاحظ على النص الفرنسي أنه وسع في نطاق الهلاك ولم يهتم لأسبابه سواء تحقق بسبب وجود عيب في المادة المستخدمة أو لنقص جودتها أو بأي شكل آخر، كما تطرق لعنصر استلام العمل الذي يكون هنا من قبل المقاول الأصلي وهو برأينا توجه صائب يسد كل الثغرات.

وفي هذا الإطار يكون المقاول الأصلي ملزما بتسلم العمل بالطريقة الصحيحة لإبراء ذمته، والتي تكون بفحص العمل المقدم من المقاول من الباطن عند الاستلام مع بذل العناية الازمة والمعتادة في ذلك، وإخبار المقاول من الباطن بكل العيوب التي ظهرت له في الوقت المناسب كي يستفيد من حق الرجوع على المقاول من الباطن بالضمان، إلا أنه لا يحاسب على ذلك في الحالة التي يتعمد فيها المقاول من الباطن إخفاء العيوب عن طريق الغش.[3]

2- تسليم العمل المنجز إلي المقاول الأصلي :

يلتزم المقاول من الباطن بعد إنجاز العمل المطلوب منه بتسليم ذلك العمل المنجز، ويقصد بالتسليم هنا العرض المقدم من المقاول من الباطن لاستلام العمل الذي أنجزه ماديا من قبل المقاول الأصلي[4]، بما بما يفيد وضع العمل الذي أنجزه المقاول من الباطن تحت تصرف المقاول الأصلي.

---

[1] المادة 551 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1788 du code civil français, op cit.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 136.

[4] فرانسواز لابارت، سيريل نوبلوت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق ص772.

ولا ينتج عن ذلك العمل القانوني تأثير إلا في العلاقة بين أطراف العقد من الباطن ألا وهما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، ورب العمل باعتباره طرف في العقد الأصلي غير مدعو لذلك نتيجة انتفاء الرابطة التعاقدية بينه وبين المقاول من الباطن[1].

وعملية تسليم المقاول من الباطن للعمل المنجز تتطلب وجوبا التطرق لطريقة التسليم وزمن التسليم.

أ-محل عملية التسليم :

العمل المطلوب إنجازه من قبل المقاول من الباطن هو محل عملية التسليم في عقود المقاولات من الباطن، فإذا اتفق طرفا العقد على أن يقدم المقاول من الباطن المادة المستعملة في إنجاز العمل كان على هذا الأخير الالتزام بتقديمها التزام البائع في تسليم المبيع، مع استخدامها وتحويلها في شكل العمل المتفق عليه، وهو هنا يمزج بين البيع والمقاولة لأنه يبيع المادة للمقاول الاصلي، إضافة إلى عمله الذي يدخل في تصنيعها لإنجاز ما اتفقا عليه.

أما إذا كان المقاول الأصلي هو من تعهد بتقديم المادة يكون المقاول من الباطن مطالب بردها إلى مالكها المتمثل في المقاول الأصلي وفقا لدعوى الاسترداد، بعد استخدامها وتحويلها في شكل العمل المطلوب انجازه[2]، وهو ملزم هنا كذلك برد ما تبقى منها مع تقديم توضيح يفيد الكمية المستعملة، المتبقية، والهالكة منها، و ذكر السبب وراء هلاكها وتقديم تعويض عن قيمتها إذا كان هو من تسبب في ذلك[3].

وبالإضافة إلى ذلك يلتزم المقاول من الباطن برد كل ما قدمه المقاول الأصلي من تراخيص وتصاميم ونماذج ومعدات ساعدته في الإنجاز. وفي كلتا الحالتين عملية التسليم تمكنه من تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه والناشئ من إبرام عقد المقاولة من الباطن مع المقاول الأصلي.[4]

وإذا لم يتحصل المقاول من الباطن عن حقوقه المنبثقة من عقد المقاولة من الباطن جاز له الامتناع عن التسليم كالتزام من التزاماته في تنفيذ العقد حتى بعد إعذاره بذلك، وهو في هذا الإطار يتمسك بحق الحبس للحصول على مستحقاته وبالخصوص المقابل المالي باعتباره أهم تلك الحقوق.[5]

---

[1] Franck moderne, op cit, p167.

[2] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 131 .

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 57.

[4] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 131.

[5] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 57.

ب-طريقة التسليم :

تسليم المقاول من الباطن للعمل المنجز يتجسد بوضع محل التزامه في العقد من الباطن تحت تصرف المقاول الأصلي للانتفاع به دون أن يعتريه عائق في ذلك. وفي غياب أحكام تضبط تسليم العمل المنجز في عقد المقاولة بصفة عامة والمقاولة من الباطن بصفة خاصة، فإننا وبالنسبة للقانونين الجزائري والفرنسي نرجع إلى القواعد العامة ونطبق في ذلك أحكام تسليم المبيع في عقد البيع[1].

حيث نستخلص من نص المادة 1/367[2] من القانون المدني الجزائري المتعلقة بأحكام البيع، أن التسليم يكون بوضع العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن تحت تصرف المقاول الأصلي، دون أن يعيقه شيء من حيازته أو الانتفاع به. أما في القانون الفرنسي وبالاعتماد على نص المادة 1604[3] من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بأحكام البيع كذلك ، نجد أن التسليم يتلخص في نقل المقاول من الباطن العمل المنجز إلى سلطة وتصرف المقاول الأصلي وحيازته، ولم يتم الإشارة إلى حالة وجود مانع التي تعيق عملية التسليم ، و نؤيده في هذا الاتجاه لأنه بوجود المانع الذي يعيق عملية التسليم لا يمكن أن نتحدث عن حيازة محل الالتزام أو الانتفاع به ولا حتى عن وقوع تسليم.

وحسب ما جاء في المادة 31 من اتفاقية فينا المبرمة في 11 نيسان 1980، فإن عملية التسليم تتحقق بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري[4]، ويأخذ هذا النص نفس توجه القانونين الجزائري والفرنسي في طريقة التسليم كما سبق وبينا.

وقد أضاف المشرع الجزائري في المادة 1/367[5]من القانون المدني الجزائري أنه حتى ولو لم يتم التسليم ماديا، يعتبر التصرف تسليما متى أخبر البائع أنه مستعد لذلك، وهنا يكون تنفيذه حسب طبيعة الشيء المباع.

وهو ما يمكن إسقاطه على عقد المقاولة من الباطن من خلال اعتبار أنه متى صرح المقاول من الباطن عن استعداده لتسليم العمل للمقاول الأصلي يحدث ذلك، ولكن حسب طبيعة العمل المراد تسليمه، خاصة وأن التسليم كعمل قانوني مجرد لا يلزم المقاول من الباطن وضع العمل أو الشيء بين يدي

---

[1] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 59 .

[2] المادة 1/367 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1604 du code civil français, op cit.

[4] فرانسواز لابارت، سيريل نوبلوت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 772.

[5] المادة 1/367 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

المقاول الأصلي ماديا، والمعزى هنا أنه يضعه تحت تصرفه فقط لأن بعض الأعمال لا يصلح أن تسلم بصفة مادية[1]، فإذا كنا أمام مقاولة بناء مثلا يكون التسليم فيها بإعطاء مفاتيحها إلى المقاول الأصلي ويرافق ذلك عملية الإخلاء للبناء محل العقد، في حين المقاولات المتعلقة بالمنقولات يتجسد التسليم فيها بحيازة المقاول الأصلي على الشيء المنقول عن طريق تسليمه يد بيد، وقد لا يحوز أو يستولي المقاول الأصلي على الشيء لكنه يكون في حكم المتسلم، كالحالة التي يبقى العقار المنجز من قبل المقاول من الباطن تحت تصرفه على سبيل الرهن، وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 2/367 من القانون المدني الجزائري، أو في الحالة التي لا يمتثل المقاول الأصلي لمهلة الإنذار التي وجهها إليه المقاول من الباطن من أجل دفع الأجر فإذا انقضت المدة اعتبر في حكم المتسلم هنا[2].

وإذا تعلق الأمر بمقاولة واقعة على شيء فلا يمكن أن تنقل حيازته من المقاول من الباطن إلى المقاول الأصلي، كأعمال الدهان مثلا فإن التسليم هنا يكون من خلال فتح المجال وتمكين المقاول الأصلي بالانتفاع من ذلك العمل.[3]

ج-زمان التسليم :

يكون العمل الذي قام به المقاول من الباطن قابلا للتسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة العمل وفقا للقواعد العامة في القانون الجزائري[4]، والتي تشمل أيضا زمن التسليم، وعند تمام إنجازه وفقا للقواعد العامة في القانون الفرنسي[5]، إلا إذا كان هناك إتفاق بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يقضي بخلاف ذلك، كأن يكون موعد التسليم بعد فترة من إنجاز العمل، والأصل في إبرام عقود المقاولة بصفة عامة وعقود المقاولة من الباطن بصفة خاصة تحديد مدة إنجاز العمل، والتي تحتم على المقاول من الباطن تسليم العمل في حدود تلك المدة، وإذا لم يحدد زمن التسليم في العقد يكون في المدة الكافية لا نجاز ذلك العمل، والتي تختلف حسب طبيعة العمل والعرف المعتمد في ذلك وهنا يمكن الاستعانة بخبراء للفصل في المدة في حال عدم الاتفاق[6].

---

[1] فرانسواز لابارت، سيريل نوبلوت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 772.

[2] المادة 2/367 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 132.

[4] المادة 367 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[5] فرنسواز لابارت، سيريل نوبلوت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 772 .

[6] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 146.

وفي الحالة التي يحل فيها موعد التسليم ويكون المقاول من الباطن أتم عمله لكن لم يستوفي حقوقه خاصة المالية منها من المقاول الأصلي، والتي تكون مرتبطة بمحل التزامه في العقد جاز له وفقا لما تمليه القواعد العامة أن يحبس عنده ذلك العمل المنجز كما سبق وذكرنا، سواء كان هو من قدم المواد المستعملة في الإنجاز أو استلمها من المقاول الأصلي، وكذا كل الأدوات والمعدات المستعملة في ذلك المقدمة من المقاول الأصلي إلى غاية استيفاء حقوقه المالية أو الحصول على ضمانات كافة لذلك، إلا أنه لا يمكن له الاستفادة من حق الحبس بعد تنفيذ بعض الأعمال، لأن طبيعتها لا تسمح بذلك باعتبار أن حيازتها باقية عند المقاول الأصلي، فمثلا عند قيام المقاول من الباطن بدهن عمارة أنجزها المقاول الأصلي وهي في حيازته أو تهديم بعض الحيطان هناك، أو إنجاز أعمال الكهرباء، لا يمكن له هنا حبس مكان تنفيد الأعمال، كما يمكن للمقاول من الباطن الإحتجاج بحق الحبس في مواجهة المقاول الأصلي وحتى خلفه ودائنيه[1].

و يمكن للقضاء منح مهلة قانونية للمقاول من الباطن من أجل التسليم في حالة تأخره عن ذلك نتيجة ظروف حالت دون تسليمه للعمل في الآجال المحددة أو المناسبة، بعد التأكد من أن الأمر لا يسبب ضرر للمقاول الأصلي.[2]

د-مكان التسليم :

لا يوجد نص يحدد مكان التسليم في عقود المقاولة بصفة عامة والمقاولة من الباطن بصفة خاصة، وبالرجوع للقواعد العامة من خلال التعرض لأحكام البيع، نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 367[3] من القانون المدني الجزائري أن التسليم يتم على النحو الذ يتفق مع طبيعة الشيء، الأمر الذي يفيد أن المشرع ترك حصول التسليم بكل شروطه بما في ذلك مكان التسليم حسب طبيعة الشيء كما سبق وذكرنا في زمان التسليم، والتي تشمل النصوص القانونية التي تحكمها والأعراف المطبقة على تلك الحرف، وهو ما يتطابق على عقد المقاولة من الباطن فما يصلح لعقود المقاولة من الباطن العقارية مثلا لا يمكن تطبيقه على عقود مقاولات من الباطن ذات طبيعة أخرى.

---

[1] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص-ص132، 133.

[2] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص، 61 .

[3] المادة 367 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون الفرنسي كذلك نجد أن المادة 1609[1] من القانون المدني الفرنسي تنص على ضرورة أن يكون التسليم في المكان الذي كان فيه المبيع وقت البيع، لكن في حالة عدم وجود اتفاق يقضي بغير ذلك. وبذلك فإن المشرع الفرنسي قد حدد مكان التسليم وفقا للقواعد العامة التي نرجع لها هنا بخصوص عقد المقاولة من الباطن، بمكان العمل المنجز لكن في انعدام وجود اتفاق بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي يحدد مكان التسليم.

ومن خلال النصين أعلاه نخلص إلى أن التسليم يكون في المكان المتفق عليه، فإن لم يكن إتفاق يقضي بذلك يكون التسليم حسب ما يمليه عرف الصنعة أو الحرفة، فمثلا إذا كان عقد المقاولة من الباطن ينصب على عقار يكون التسليم مكان وجود ذلك العقار المتقاول عليه، أما إذا تعلق العقد بمنقول ظلت حيازته عند المقاول الأصلي كان التسليم مكان تواجده، أما إذا انتقلت حيازة ذلك المنقول إلى المقاول من الباطن من أجل تنفيذ العقد كان التسليم موطن أو مقر أعمال المقاول من الباطن وفقا للقواعد العامة[2].

3- ضمان العمل المنجز:

من الضروري الالتزام بتطبيق نظرية المخاطر التي يتحملها من حيث المبدأ المقاول بصفة عامة والمقاول من الباطن بصفة خاصة في إطار عقد المقاولة من الباطن، والتي ترتبط بجودة العمل المقدم من قبل المقاول من الباطن في حد ذاته أو المواد المقدمة من طرفه قبل تسليم العمل للمقاول الأصلي[3].

وبالتالي يعتبر الضمان من بين الالتزامات التعاقدية التي يخضع لها المقاول من الباطن في إطار تعاقده من الباطن مع المقاول الأصلي، والذي تحكمه القواعد العامة في التعاقد، وعلى أساسه يمكن للمقاول الأصلي رفع دعوى ضمان ضد المقاول من الباطن ومقاضاته إذا اكتشف أن هناك عيب في تنفيذ العمل المطلوب منه[4].

ولا يمكن التحدث عن ضمان المقاول من الباطن إلا بعد حصول عملية التسليم التي تمثل الالتزام الثاني للمقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن، ويعمل الضمان على تغطية عيوب الإنجاز التي لم تظهر وقت التسليم لأن عملية تسلم العمل المنجز من قبل المقاول الأصلي ليس لها أثر مبرئ للعيوب الخفية التي قد تظهر فيما بعد، وكذا العيوب الظاهرة التي تكون موجودة قبل التسليم والتي يقع عبء إثباتها على

[1] Article 1609 du code civil français, op cit.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص-ص 140، 141.

[3] Franck moderne, op cit, p 166

[4] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 111 .

المقاول الأصلي، خاصة وأن عملية التسليم لها أثر مبرئ بالنسبة للعيوب الظاهرة التي لم يتحفظ عليها المقاول الأصلي عند التسليم إلا إذا كان هناك تعدد للمقاولين من الباطن وكانوا متضامنين، أما ما يمكن أن يحدث فيما بعد من خلل أو تهدم خاصة في مقاولات البناء لا يعد قرينة على وجود عيب يتحقق معه ضمان المقاول من الباطن، فهو لا يحرس المبنى بعد تسلمه من قبل المقاول الأصلي.[1]

والمسؤولية التي يخضع لها المقاول من الباطن هنا في إطار مقاولات البناء الأصل أنها لا تكون عشرية ،ويتعلق الأمر هنا بالمسؤولية الناتجة عن تهدم البناء أو ظهور عيوب تهدد سلامته ومتانته والتي تعتبر ضمان ناتج عن التزام بتحقيق نتيجة للمقاول الأصلي والمهندس المعماري في مواجهة رب العمل،[2] أو عن سنتين كالتي يخضع لها المقاول الأصلي لأن هذا الأخير هو من يكون مسؤولا عن أعمال المقاول من الباطن أمام رب العمل[3]، لكن يخضع لها استثناء في مجال الترقية العقارية بالنسبة للقانون الجزائري، وألحقه المشرع الفرنسي بهذه المسؤولية بعد التعديلات التي لحقت نص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي وسنتطرق إلى هذا بالتفصيل لاحقا.

لكن يخضع المقاول من الباطن للضمان وفقا للقواعد العامة ومدة الضمان يحددها الاتفاق أو عرف الصنعة على أن لا تتجاوز المدة القصوى وفقا للقانون وهي 15 سنة من تاريخ التسليم، التي تعتبر مدة التقادم المسقط لأي التزام، وإذا ظهر عيب بعد انتفاء مدة الضمان، فإن ضمان المقاول من الباطن يسقط بانقضاء المدة وفي هذه الحالة لا يضمن شيء، أما إذا ظهر العيب ومدة الضمان قائمة وجب على المقاول الأصلي رفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات من ظهور العيب وإلا فإنها تسقط، وسقوط الدعوى هنا خاص بالعيب الذي ظهر فقط ومضت عليه ثلاث سنوات، أما إذا ظهر سبب آخر ومدة الضمان قائمة جاز للمقاول الأصلي المطالبة بالضمان عن طريق رفع دعوى أخرى، والتي تسقط كذلك بمضي ثلاث سنوات من ظهور العيب.[4]

ويكون المقاول من الباطن مسؤولا بالضمان إلا خلال المدة التي تحكم العقد أو العرف الخاص بالصنعة التي أنجزها في إطار عقد المقاولة من الباطن[5]. وحسب طبيعة العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن في إطار المقاولة من الباطن فإن ضمانه بذلك العمل إما أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو

---

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص-ص، 61، 62.

[2] إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء، فقها وقضاء، الطبعة الأولى، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2003، ص، 86.

[3] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 111 .

[4] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص-ص، 62، 63.

[5] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 244 .

التزاما بوسيلة حسب التفصيل الآتي[1]:

أ-ضمان المواد المستخدمة التي تؤثر على سلامة العمل :

يقع عبء ضمان المواد المستخدمة على عاتق مقدم هذه المواد، فإذا كان المقاول من الباطن هو من قدم المواد المستخدمة في إنجاز العمل التزم بضمان كل العيوب الخفية فيها[2]، وهو التزام بتحقيق نتيجة سواء بالنسبة لسلامتها، جودتها، أو صلاحيتها للعمل الذي ستستخدم فيه بغرض التأثير ايجابيا على سلامة العمل، ولا يمكن أن يدفع مسؤوليته بالضمان إلا إذا أثبت السبب الأجنبي في وجود العيوب في المواد، أو موافقة المقاول الأصلي وإقراره على استخدام تلك المواد المعيبة في إنجاز العمل[3].

وإذا كان المقاول الأصلي أو رب العمل هما من التزما بتقديم المواد التي سوف يستخدمها المقاول من الباطن في إنجاز عمله في إطار عقد المقاول من الباطن، فلا يلتزم هذا الأخير بضمان عيوبها الخفية وإنما وجب عليه إخطار المقاول الأصلي فورا بأي عيوب تظهر له أثناء إنجازه للعمل، أو التي كان من المفروض أن يكتشفها فورا نظرا لتحكمه في أصول الصنعة ومستواه الفني الذي يسمح بذلك، وإلا اعتبر مهملا وتحمل كل ما ينجر عن إهماله وفقا لمبدأ تنفيذ العقد بحسن نية[4]، لأنه ملزم بتنفيذ العقد بحسن نية، ويمكن للمقاول من الباطن في هذه الحالة كذلك أن يمتنع عن استخدام تلك المواد المعيبة المقدمة من طرف المقاول الأصلي أو رب العمل في إطار ما يعرف بالدفع بعدم التنفيذ، وإذا لم يستطع ذلك بإصرار المقاول الأصلي على استخدامها فإن خطأ هذا الأخير هنا يستغرق خطأ المقاول من الباطن ويكون هو المسؤول وليس المقاول من الباطن[5].

وهو ما ينطبق كذلك على الأرض التي ينفذ عليها الالتزام فإذا كان المقاول من الباطن هو من قدمها ،التزامه هنا يكون بتحقيق نتيجة يفيد صلاحيتها وسلامتها للعمل، أما إذا استلمها من المقاول الأصلي أو رب العمل فإنه ملزم ببذل عناية فحصها وكشف عيوبها[6].

---

[1] مصطفى السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 63.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 243 .

[3] مصطفى السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 64.

[4] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 243 .

[5] مصطفى السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 64.

[6] المرجع نفسه، ص 66.

ب-طريقة استخدام المواد :

إن استخدام المواد بغير طريقتها الصحيحة التي تمليها أصول الفن والصنعة يؤثر سلبا على سلامة العمل المفروض إنجازه من قبل المقاول من الباطن، وهو بذلك مجبر على بذل العناية اللازمة كرجل فن وصنعة للوصول إلى الاستخدام الصحيح للمواد[1]، ويبقى المقاول من الباطن ضامنا لكل عيوب الصنعة التي يمكن أن تظهر في العمل، وفي كل الأحوال بغض النظر عن الشخص المقدم للمواد، قدمها هو أو استلمها من المقاول الأصلي أو رب العمل[2].

ج-التنفيذ غير المطابق والمعيب :

التزام المقاول من الباطن بتنفيذ العمل وفق ما طلب منه في إطار عقد المقاولة من الباطن هو التزام بتحقيق نتيجة، يختلف عن التزامه بتنفيذ العمل بطريقة غير معيبة ، فهو التزام ببذل عناية، وقد ينفذ المقاول من الباطن التزامه العقدي بطريقة مطابقة ومعيبة كما قد ينفذه بطريقة غير مطابقة لكن صحيحة[3].

وبالنسبة للتنفيذ المعيب، لا يمكن للمقاول من الباطن التملص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي أو سبب الغير في ذلك، لكن تجدر الإشارة إلى أن الاجتهاد الفرنسي نادرا ما يأخذ بخطأ الغير أو بوجود العيوب الخفية في المواد والمعدات التي استخدمها المقاول من الباطن في إبراء ذمته عن التنفيذ المعيب، في حين أنه يعتد بخطأ المقاول الأساسي في ذلك.[4]

د-عيوب التصميم :

نتحدث عن عيوب التصميم بالنسبة لمقاولات البناء التي ينفذ من خلالها المقاول من الباطن عملا في إطار عقد المقاولة من الباطن المبرم بينه وبين المقاول الأصلي، يكون المهندس المعماري المتعاقد مع المقاول الأصلي هنا هو الوحيد المسؤول عن التصميم الموضوع للتنفيذ التزاما بتحقيق نتيجة، والذي يمكن أن يؤثر على سلامة العمل المنفذ كما يتضامن معه المقاول الأصلي في عيوب ذلك التنفيذ. وبخصوص مسؤولية المقاول من الباطن هنا، فهو لا يكون مسؤولا عن عيوب التصميم وإنما يبقى مسؤولا عن تنفيذ العقد بحسن نية وفقا للقواعد العامة كما سبق التطرق للأمر الذي يلزمه ببذل العناية اللازمة في

---

[1] مصطفى السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 65.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 243 .

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 66.

[4] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 108.

كشف عيوب التصميم بالنظر إلى كفايته الفنية وتحكمه في أصول الصنعة، كما يحاسب كذلك على كتمانه لتلك العيوب وعدم إخطار المقاول الأصلي بها، وإهماله في اكتشافه لها مسؤولية عقدية[1].

هـ-عيوب متانة البناء وسلامته :

يعتبر التهدم العيب الرئيسي في مقاولات البناء، في الأصل أن إثبات المسؤولية فيما يخص تهدم البناء أو ظهور عيوب فيه بالنسبة للمقاول من الباطن تكون وفق للقواعد العامة، وليس بناء على أحكام الضمان العشري، إذ يمكن للمقاول الأصلي الرجوع على المقاول من الباطن، إذا كان ذلك بسبب سوء تنفيذه للعقد وفقا لأحكام المسؤولية العقدية، كما يمكن لرب العمل الرجوع على المقاول من الباطن أيضا وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية[2]، ويخضع المقاول من الباطن لهذه المسؤولية استثناء كما أشرنا سابقا في مجال الترقية العقارية بالنسبة للقانون الجزائري، وألحقه المشرع الفرنسي بهذه المسؤولية كأصل عام بعد التعديلات التي مست نص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي وسنتطرق إلى هذا بالتفصيل لاحقا.

5- الالتزام بتقديم النصح والإرشاد للمقاول الأصلي :

يلتزم المقاول من الباطن بتقديم النصح للمقاول الأصلي وهذا الالتزام يفرض بشكل أكثر حزما على المهني المساعد ألا وهو المقاول من الباطن، الذي يتم اختياره في أغلب الأحيان بالنظر إلى تخصصه الفني ويترك أمر قيامها على نطاق دقيق في هذا المجال للمحاكم[3].

وسنعرض فيما يلي موجبات التزام المقاول من الباطن بتقديم النصح والإرشاد للمقاول الأصلي، ثم طريقة قيام المقاول من الباطن بذلك: [4]

أ-موجبات التزام المقاول من الباطن بتقديم النصح والإرشاد للمقاول الأصلي:

عادة ما يتعاقد المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن لا تمام أعمال يكون فيها هذا الأخير أكثر تخصصا وتحكما في العمل كما ذكرنا سالفا، فيلتزم المقاول من الباطن بالمقابل هنا بواجب تقديم النصح والارشاد للمقاول الأصلي الذي يرتبط معه بعقد المقاولة من الباطن، وقد يمتد الأمر حتى إلى أشخاص لا يرتبطون معه بعقد مثل رب العمل والمهندس المعماري في عقود مقاولات البناء نتيجة اشتراكهم كلهم في

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص-ص 66، 67.

[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص-ص، 87، 88 .

[3] Franck Moderne, op cit, p 166.

[4] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص-ص، 89- 92 .

تنفيذ العمل، وهو التزام عقدي للمقاول من الباطن حتى ولو لم ينص عليه عقد المقاولة من الباطن وفق ما يمليه حسن تنفيذ العقد ويكون في حدود قدراته الفنية.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا الالتزام وفقا لقرارها الصادر في 18 أكتوبر 1977، حيث تقرر بموجبه قيام مسؤولية عقدية في حق المقاول من الباطن في مواجهة رب العمل، نتيجة عدم اكتشافه لعيوب التركيب في جهاز الأمان خاصة وأنه متخصص في هذا المجال، بالإضافة أنه قام بفحصه وراقب عملية التركيب بعد إتمامها ولم يكتشف العيب الموجود فيها، الأمر الذي يحرمه من أي إعفاء لقيام المسؤولية.

ب–طريقة قيام المقاول من الباطن بالنصح والإرشاد للمقاول الأصلي:

تقديم النصح والإرشاد يكون من إبرام عقد المقاولة من الباطن إلى غاية تسليم العمل ويشتمل على كل العمل بما في ذلك المواد المقدمة للاستخدام في الإنجاز سواء كان المقاول من الباطن هو الذي قدمها فينصح بطريقة استخدامها، أو قدمت من قبل المقاول الأصلي أو رب العمل فيقوم بفحصها ويرى مدى قابليتها للاستعمال في التنفيذ وهل ستضمن سلامة العمل أم لا، وقد يمتد الأمر حتى إلى التصاميم المقدمة من طرف المهندسين المعماريين في عقود مقاولات البناء حتى وإن لم يرتبط مع المهندس المعماري ورب العمل بعقد، لأ نه يبقى مسؤولا وفقا للقواعد العامة على حسن تنفيذ العقد، وهو من يستخدم تلك التصاميم في التنفيذ، وحتى في الحالة التي يستلم فيها عمل لا تمامه وراء المقاول الأصلي لابد أن يفحص ما قام به المقاول الأصلي ويعطي رأيه فيه قبل إتمامه، كما يجب عليه عدم الامتثال للأوامر الخاطئة التي من شأنها الإضرار بالعمل، إذا كان أكثر تخصصا من الشخص الذي أصدر الأوامر، مع ضرورة التزامه بتحديد العيوب الظاهرة للمقاول الأصلي عند التسليم إن وجدت.

ثانيا: الالتزامات النقدية للمقاول من الباطن

تنحصر الالتزامات النقدية للمقاول من الباطن في **التأمين من المسؤولية العقدية**، ففي إطار إبرام عقد المقاولة من الباطن يلتزم المقاول من الباطن بالتزامات تعاقدية قد تحمله مسؤولية تكون في بعض الأحيان عبئا ثقيلا على ذمته، الأمر الذي قد يؤثر على الدائن في استيفاء حقوقه، لكن التأمين من المسؤولية يحل هذا المشكل ،بحيث يضمن للمضرور ويعطيه حق دعوى مباشرة أين تتحمل شركة التأمين الأخطاء التي قد يرتكبها المقاول من الباطن، بسبب عدم تنفيذ التزاماته وفق ما يمليه القانون، وتحقق مصلحة المقاول الأصلي ورب العمل من جهة أخرى، والذي يهمنا من كل هذا هو التأمين الاجباري

للمسؤولية العقدية للمقاول من الباطن [1].

ويمكن إخضاع المقاول من الباطن للتأمين الإجباري، وأكبر مثال على ذلك نجده في مقاولات البناء حيث أخضع كل من المشرع الجزائري والفرنسي المقاول من الباطن لذلك.

فقد فرض المشرع الجزائري في نص المادة 175[2] من الأمر 95-07 على كل من المهندس المعماري، المقاول والمراقب التقني، وأي متدخل في عملية البناء-بما في ذلك المقاول من الباطن باعتباره من المتدخلين في عملية البناء- ، اكتتاب تأمين لتغطية مسؤولياتهم المهنية الناتجة عن أشغال البناء تجديدها أو ترميمها.

وبدوره المشرع الفرنسي جعل عملية التأمين في مجال مقاولات البناء إجبارية لتغطية المسؤولية المدنية المهنية التي قد يتعرض لها كل المتدخلون في عملية البناء ، بسبب الأشغال التي يقومون بها في ذلك.[3]

الفرع الثاني

التزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن

المقاول الأصلي بدوره يلتزم اتجاه المقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن الذي يجمعهم بنوعين من الالتزامات، والتي تعتبر بدورها حقوق للمقاول من الباطن، التزامات عينية تتمثل في التعاون والمشاركة في تنفيذ العقد، وتسلم العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن، والمحافظة على سلامة المقاول من الباطن، واحترام حقوق المؤلف للمقاول من الباطن، والتزامات نقدية تتمثل في: دفع الأجر، التعويض وتقديم الضمانات نعرضها في الآتي.

أولا: التزامات المقاول الأصلي العينية

يلتزم المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن بالالتزامات العينية الآتية :

---

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 69.

[2] المادة 175 من الأمر 95-07، المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية العدد 13، الصادرة بتاريخ 08 مارس 1995.

[3] Dorothée Ngoungoure Mfenjou, L'œuvre créatrice de la jurisprudence en matière de responsabilité civile et de l'assurance des constructeurs, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, Discipline droit privé, Droit et santé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, université Lille 2, p 29.

1-التعاون والمشاركة في تنفيذ العقد :

إن عقد المقاولة بصفة عامة والمقاولة من الباطن بصفة خاصة يتطلب تعاون أطرافه من أجل التحضير له وضمان تنفيذه الجيد، ويعتبر التعاون في عقد المقاولة من الباطن التزام أساسي تأطره القواعد العامة ، مفاده تنفيذ العقد بحسن نية وهوما أكده نص المادة 107[1] من القانون المدني الجزائري حين فرض أن يكون تنفيذ العقد بحسن نية، وكذا المادة 1104[2] من القانون المدني الفرنسي التي فرضت حسن النية في التفاوض على العقود، تكوينها وتنفيذها وجعلت ذلك من النظام العام، وواجب التعاون المفروض على المقاول الأصلي يمكن أن يتجسد في عدة مظاهر تكون على ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: عند إبرام عقد المقاولة من الباطن

لابد من جعل المقاول من الباطن في الصورة الحقيقية للوضع وتزويده بالمعلومات الضرورية التي ستساعده في التنفيذ، لأن جهله بها يقف دون تنفيذه الحسن والصحيح للعقد، فإذا كان عقد مقاولة دراسات هندسية مثلا يجب تقديم كل المعلومات للمهندس من أجل وضع التصميم الازم، وكذا تقديم المعلومات الضرورية عن المواد المشحونة في مقاولات نقل البضائع من أجل إعداد ضروريات المحافظة عليها، أما إذا كان عقد مقاولة بناء لابد من التصريح الحقيقي بنوعية التربة الخاصة بالأرض محل تنفيذ العقد مع ضرورة تنبيه المقاول من الباطن مثلا بوجود حقل مائي تحت الأرض من أجل التحضير الجيد لذلك، إلا أن فرانسواز لابارت وسيريل نوبلوت يقولان في كتابهما المترجم تحت عنوان عقد المقاولة أن القضاء في فرنسا لا يؤيد هذا الرأي بدليل القرار الصادر بتاريخ 31 مارس 1993، الذي اعتبر من شيد البناء مسؤولا رغم إخفاء رب العمل المعلومات الضرورية عن المهندس والتي يمليها حسن تنفيد العقد[3].

المرحلة الثانية: بعد إبرام العقد

يلتزم المقاول الأصلي بعد إبرام عقد المقاولة من الباطن مع المقاول من الباطن وفق ما يمليه مبدأ حسن النية في التنفيذ كما أوردنا سابقا، تمكين هذا الأخير من إنجاز عمله وإلا سوف يتعرض لعقوبات.

أ-تمكين المقاول من الباطن من إنجاز عمله :

تتجلى عملية تمكين المقاول من الباطن من إنجاز عمله في صورتين تتمثل في :

[1] المادة 107 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2]Article 1104 du code civil français, op cit.

[3] فرانسواز لابارت، سيريل لابارت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص-ص، من 755-757.

الصورة الأولى: الصورة الإيجابية

تكون من خلال بذل المقاول الأصلي كل ما في وسعه لتمكين المقاول من الباطن من إنجاز عمله، فإذا كان العقد المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يفرض على المقاول الأصلي تقديم المواد والمعدات الضرورية للإنجاز، وجب عليه تقديمها في الوقت المناسب تفاديا لتأخيره في إنجاز العمل ويشمل ذلك المواد المستخدمة في الإنجاز، المعدات التي تساعده على الإنجاز، الرسومات والتصاميم الضرورية لذلك، وإذا كان العقد ينصب على مقاولة بناء وجب على المقاول الأصلي توفير كل التراخيص الضرورية للبدء في التشييد وكذا إزاحة كل ما هو موجود فوق تلك القطعة التي تكون محل التشييد.[1]

الصورة الثانية: الصورة السلبية

هذه الصورة السلبية من الالتزام تفرض على المقاول الأصلي الامتناع عن القيام بأي عمل يعرقل المقاول من الباطن على تنفيذ العقد أو يزيد من مدته أو يجعله غير قادر على التنفيذ، و لم يتناول المشرع الجزائري هذه النقطة في النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة بصفة عامة والمقاولة من الباطن بصفة خاصة، لكن بالرجوع للقواعد العامة نجد أنه نص على ذلك في المادة 361[2] من القانون المدني الجزائري حيث فرض على البائع الامتناع عن أي تصرف قد يجعل نقل العسير أو المستحيل للحق.

فلا يجوز للمقاول الأصلي أن يضع عقبات من شأنها أن تعرقل وتؤخر عملية تنفيذ العقد من قبل المقاول من الباطن، كعدم تسليم الأرض محل التشييد في عقود البناء، وينوه الفقيه Pothier بخصوص عقود مقاولات البناء التي تعهد إلى مقاول من أجل بناء منزل، فإذا عهد هذا الأخير تنفيذ جزء منه إلى مقاول من الباطن وجب عليه تأمين مرور المقاول من الباطن ومرور عماله إلى المكان المخصص للبناء، وكذا من أجل إحضار المواد الضرورية للتنفيذ[3]، أو عقبات ترهق كاهل المقاول من الباطن في التنفيذ كإدخال تعديلات لم يكن متفق عليها عند إبرام العقد ولا تعتبر ضرورية للتنفيذ، وهو ما أكده المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1793[4] من القانون المدني الفرنسي ، حين منع التحجج بالزيادة في البدل على التعديلات في العمل التي تأتي بعد الاتفاق ولا تحوز على ترخيص كتابي وباتفاق بين الطرفين، وأن لا يتراجع عن إبرام العقد معه بالتحلل منه لأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يمكن أن

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 144.

[2] المادة 361 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] فرانسواز لابارت، سيريل لابارت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 758.

[4] Article 1793 du code civil français ,op cit.

يتحلل منه بإرادته المنفردة إلا إذا كان هناك سبب مشروع لذلك[1].

ب-جزاء الإخلال بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز عمله :

إن الجزاء الذي يمكن أن يلحق المقاول الأصلي لعدم تنفيذه لالتزامه التعاقدي في التعاون والمشاركة في تنفيذ العقد بحسن نية وفق ما تمليه القواعد العامة حسب طبيعة العقد، والضرر الذي يلحق المقاول من الباطن والتنفيذ من جراء ذلك على نوعين: عقوبات مباشرة وعقوبات غير مباشرة نعرضها في الآتي.

- **العقوبات المباشرة:** تتمثل هذه العقوبات في الآتي :

***التنفيذ العيني :**

يقصد بالتنفيذ العيني تلقي الدائن نفس الأداء الذي التزم المدين بتنفيذه عند إبرام العقد[2]، ووفقا لما جاء في نص المادة 164[3] من القانون المدني الجزائري يكون المدين ملزما على تنفيذ التزامه عينا متى كان ممكنا، لكن بعد احترام الإجراءات القانونية الازمة قبل ذلك من خلال اعذاره بالتنفيذ، وهو ما أكده نص المادة 1221[4] من القانون المدني الفرنسي ، والذي يجيز التنفيذ العيني بعد إعذار مسبق إلا إذا كان غير ممكن بتحقق تفاوت واضح بين تكلفتها على المدين بحسن نية ومصلحتها على الدائن بها.

وبذلك ومن خلال النصين الجزائري والفرنسي نخلص إلى أن التنفيذ العيني هنا يكون بشروط[5]:

-ضرورة إعذار المدين بتنفيذ التزامه خاصة إذا كان مرتبط بأجل معين لابد من إعذاره بحلول الأجل، لكن يمكن الاستغناء عنه في بعض الحالات في عقد المقاولة من الباطن مثلا، إذا استحالت عملية التنفيذ وأصبح غير مجدي بفعل المقاول من الباطن، أو إذا اتفقا طرفا العقد على الإعفاء، وكذلك في الحالة التي يصرح به المقاول من الباطن كتابيا أنه غير مستعد لتنفيذ العقد وتسليم العمل للمقاول الأصلي وهذا ما أكده نص المادة 181 من القانون المدني الجزائري[6].

-أما الشرط الثاني فيفيد إمكانية التنفيذ العيني، فإذا كان غير ممكن كما بينا أعلاه من خلال نص

---

[1] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 177 .

[2] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 208.

[3] المادة 164 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Article 1221 du code civil français, op cit.

[5] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص-ص، 208-212.

[6] المادة 181 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

المادة 164 من القانون المدني الجزائري والمادة 1221 من القانون المدني الفرنسي، تصبح المطالبة بالتنفيذ العيني مع استحالة التنفيذ ليست مجدية، والاستحالة المبرأة لذمة المدين هي الاستحالة المطلقة، ويقصد بها العقبات التي يتلقاها المدين في تنفيذ العقد بعد إبرامه وتقف حائلة دون تحقق أدائه سواء تحقق ذلك بعد الإبرام مباشرة أو لحقت به عند البدء في التنفيذ، والتي يكون قد بذل كل مجهوداته في تجاوزها دون جدوى. ويمكن أن تكون هذه الاستحالة قانونية كتهدم البيت الذي ستقوم عليه أعمال الترميم أو بسبب المقاول الأصلي الذي قام ببيعه أصلا فيلزم بالضمان هنا، أو حتى لسبب أجنبي خارج عن نطاق إرادة المقاول الأصلي أين لا يلتزم بالضمان حسب نص المادة 176[1] من القانون المدني الجزائري، كما يمكن أن تكون لانقضاء الميعاد المحدد للتنفيذ مع وضع شرط عدم قبول العمل بعد انقضائه إلا إذا أثبت أن الدائن لا يتضرر من فوات الأجل المحدد. ولا بد من الموازنة بين تكلفة التنفيذ العيني على المدين ومصلحتها على الدائن كما حددنا سابقا وفقا لنص المادة1221 من القانون المدني الفرنسي، والتي ترجع السلطة التقديرية فيها للقاضي مع الأولوية في رعاية مصلحة المقاول الأصلي لأنه يطالب بحقه من دون تعسف.

–ويمكن للمقاول من الباطن المطالبة بالتنفيذ العيني أمام المحكمة أو الفسخ مع التعويض نتيجة عدم امتثال المقاول الأصلي لتنفيذ التزامه، فلا يمكن للمحكمة أن تتدخل إن لم يقم صاحب المصلحة هنا بالمطالبة بحقه في التنفيذ، ومن أجل تنفيذ هذا الحق العيني في التنفيذ لابد أن يكون حاصلا على الصيغة التنفيذية، وأن لا يكون المقاول الأصلي لم ينفذ التزامه لسبب عدم تنفيذ المقاول من الباطن لالتزامه بما يفيد الدفع بعدم التنفيذ.

وبإسقاط عملية التنفيذ العيني على عقد المقاولة من الباطن[2]، يمكن أن يتجسد مثلا في أن يقوم المقاول من الباطن بإحضار المعدات الضرورية لإنجاز العمل بنفسه لكن على حساب المقاول من الأصلي بترخيص من المحكمة كما نصت عليه المادة 2/166[3] من القانون المدني الجزائري والمادة 1/1221[4] من القانون المدني الفرنسي، من أجل البدء في التنفيذ خاصة وأن عدم التزام المقاول الأصلي بتقديم المعدات يجعل المقاول من الباطن غير قادر على التنفيذ.

---

[1] المادة 176 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 145 .

[3] المادة 2/166 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Article 1221/1 du code civil français, op cit.

*** التعويض:**

يمكن للمقاول من الباطن في جميع الحالات طلب التعويض كعقوبة تابعة ترافق التنفيذ العيني والفسخ، أو كعقوبة أصلية نتيجة الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المقاول الأصلي لالتزاماته التعاقدية أو نتيجة تأخره في تنفيذها[1].

فتكون عقوبة أصلية تحل محل التنفيذ العيني نتيجة استحالة تنفيذه لأسباب ذكرناها سابقا، أو إذا كان تنفيذه مرهقا للمدين كما فصلنا، حيث جاء في نص المادة 176[2] من القانون المدني الجزائري ،أنه في حالة استحالة التنفيذ عينا الذي يكون بسبب عدم تنفيذ الالتزامات أو التأخر فيه، تكون العقوبة بدفع التعويض مالم يكن هناك سبب أجنبي يقف دون ذلك، ويقابلها في ذلك نص المادة 1231-1[3] من القانون المدني الفرنسي، والتي جاء فيها أن الدائن يكون مطالب بالتعويض بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي في ذلك أو إذا اتفق مع المقاول الأصلي على تعويض المقاول من الباطن نقذا مقابل ما عليه من التزامات بخصوص تمكينه من إنجاز العمل.

***الفسخ :**

يمكن أن نلجأ إلى عقوبة فسخ عقد المقاولة من الباطن المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن نتيجة عدم التزام المقاول الأصلي بتنفيذ التزامه في التعاون بتنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية، وقد قضى قرار صادر بتاريخ 17 مارس 2004 عن محكمة النقض الفرنسية يفيد إلغاء عقد مقاولة نتيجة أخطاء اشترك فيها أطرافه، تعود إلى تعامل رب العمل الذي يمثل المقاول الأصلي في عقود المقاولة من الباطن مع مقاولين آخرين دون إعطاء معلومات عن اختيارات المهندس للتنفيذ ، مما خلق نوع من المشاكل في التنفيذ داخل ورشة البناء[4].

-العقوبات غير المباشرة :

بالإضافة إلى العقوبات المباشرة المتمثلة في التنفيذ العيني، التعويض والفسخ يمكن أن يعاقب المقاول الأصلي بعقوبات غير مباشرة تعفي المقاول من الباطن من بعض الالتزامات، أو تحد منها

---

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 185 .

[2] المادة 176 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1231-1 du code civil français, op cit.

[4] فرانسواز لابارت، سيريل لابارت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص-ص، 763، 764.

وتتمثل في الآتي: [1]

***تقليص قيمة التعويض أو إلغائه**

فإذا كان الضرر الذي أصاب المقاول الأصلي راجع إلى عدم تعاونه وكتمانه لمعلومات من شأنها أن تعيق التنفيذ أو تجعله معيبا، فإن حق التعويض نتيجة التأخر في التنفيذ أو عدم سلامته أو عدم تحققه أصلا، والذي يكون مرتبطا بعدم تعاونه مع المقاول من الباطن في التنفيذ يكون مخفضا أو معدوما.

***إعادة النظر في التزامات المقاول من الباطن :**

إن الأداء الصحيح للمقاول من الباطن أثناء التنفيذ مرهون بتنفيذ المقاول الأصلي لالتزاماته في التعاون، وبالتالي فإنه في حالة عدم تنفيذ المقاول الأصلي لالتزامه بالتعاون قد يتمكن المقاول من الباطن من الإعفاء الكلي أو الجزئي لبعض المسؤوليات التابعة للعمل، فإذا اعترض المقاول الأصلي على عدم التنفيذ وطالب به جاز للمقاول من الباطن التمسك بعدم تقديم المقاول الأصلي للمعلومات الضرورية في ذلك وعدم توجيهه توجيها صحيحا، الأمر الذي قد يوصله إلى التملص من مسؤوليته عن التنفيذ غير المطابق.

2-تسلم العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن :

يعتبر مصطلح الاستلام متعدد المعاني، لكن إذا حصرناه في زاوية القبول فقد عرفه المعجم القانوني Capitant على أنه: «الفعل المادي باستلام الشيء»[2]، من خلال هذا التعريف فإن معنى كلمة استلام هنا تفيد تسلم التسليم لأن هذا التعريف ربط الاستلام بالفعل المادي، ومنه نستنتج أن هذا التعريف اعتمد المفهوم المادي للاستلام.

أما المعنى التقني للاستلام يقصد به: «العملية القانونية التي يعطي شخص موافقة -أحيانا مترافقة مع تحفظات – على عملية مادية منفذة بناء لطلبه (نقل، أشغال) أو تقديم ضمان، نوعا من القبول»[3]، تناول هذا التعريف الاستلام الذي يعبر عن قبول المقاول الأصلي للعمل المنجز من قبل المقاول من الباطن والموافقة عليه.

---

[1] فرانسواز لابارت، سيريل لابارت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص-ص، 764 -766.

[2] المرجع نفسه، ص 769.

[3] المرجع نفسه، ص-ص، 794، 795.

لكن في الحقيقة لابد من التمييز بين عملية الاستلام التي تعتبر عمل قانوني وعملية تسلم التسليم التي ليست إلا عملا ماديا فيما يلي: [1]

فالاستلام هو ذلك العمل القانوني الذي يقوم به المقاول الأصلي وينبغي أن يترافق مع رقابة العمل الذي قام به المقاول من الباطن وقدمه للاستلام، والتحقق من صحة تنفيذه الأمر الذي يترجم فيما بعد بالموافقة على العمل.

أما **تسلم التسليم** لا يمكن أن يعبر إلا عن العمل المادي الذي يقوم به المقاول الأصلي هنا، والذي مفاده تسلم العمل عن المقاول من الباطن دون مراقبته والتحقق من صحة تنفيذه لسبب أو لآخر، كعدم كفاية الوقت لذلك.

ويمكن أن يتزامن استلام العمل مع تسلمه من قبل المقاول الأصلي عندما يكون قادرا على إمساك العمل المنجز محل العقد من قبل المقاول من الباطن، والحكم بتنفيذه الصحيح أو غير المطابق في آن واحد.

ويقتضي التزام الاستلام من قبل المقاول الأصلي بيان شروط الاستلام، وزمان ومكان التسليم، وصور الاستلام في الآتي:

أ-شروط الاستلام :

الاستلام هو التزام المقاول الأصلي المقابل لالتزام المقاول من الباطن بالتسليم الذي ذكرناه سابقا، وحسب نص المادة 558[2] من القانون المدني الجزائري تتم عملية الاستلام عن طريق وضع العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن تحت تصرف المقاول الأصلي، الذي يكون ملزما بتسلمه في أقرب الآجال وفق ما يقتضيه عرف المعاملات في ذلك، أما إذا امتنع المقاول الأصلي عن التسلم دون وجود سبب يبرر ذلك اعتبر بعد إعذاره متسلما ومتحملا لتبعات التسليم.

وبناء على ذلك فان التزام المقاول الأصلي بالتسليم لا يكون إلا بعد إتمام إنجاز المقاول من الباطن للعمل المطلوب منه كما بيناه سابقا، إنجازا مطابقا وفقا لأصول الفن والصنعة التي يتطلبها العمل المنجز، تمنع وجود أي عيب جوهري يمكن أن يكون سببا مشروعا في امتناع المقاول الأصلي عن تسلم العمل.

---

[1] فرانسواز لابارت، سيريل لابارت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص-ص، 796، 797.

[2] المادة 585 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

ويكون تسلم المقاول الأصلي للعمل المنجز إذا وضع تحت تصرفه موضعا يفيد إمكانية حيازته والاستيلاء عليه والانتفاع به وفق العرف المعمول به في ذلك، فإذا تعلق الأمر بتشييد عقار مثلا فيكون التسلم بعد إخلاء المقاول من الباطن لهذا الأخير ووضع المقاول الأصلي يده عليه موضعا يفيد تصرف المالك للعقار، بتمكينه من حيازته والاستلاء عليه، أما إذا كان منقولا فيكون التسلم عن طريق رفع يد المقاول من الباطن عن ذلك المنقول ووضعه تحت يد المقاول الأصلي أينما أراد ذلك موضعا يفيد حيازته له[1].

أما المشرع الفرنسي ووفقا لنص المادة 1792 -6 /1[2] اعتبر أن الاستلام هو العملية التي يصرح المقاول الأصلي فيها بقبول العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن، قبولا بتحفظ في حالة وجود عيب بسيط في التنفيذ، أو بدون تحفظ في حالة التنفيذ المطابق، سواء كان ذلك بالتراضي أو عن طريق التقاضي كما سنبين لاحقا وفي كل الأحوال يصرح به حضوريا.

وعليه نجد أن المشرع الفرنسي أضاف شرط التصريح الحضوري للاستلام بقبول العمل المنجز بتحفظ او بدون تحفظ، وهو الأمر الذي يفيد تزامن استلام العمل مع تسلمه من قبل المقاول الأصلي كما بينا سابقا، حيث يقوم بإمساك العمل المنجز محل العقد من قبل المقاول من الباطن والحكم بتنفيذه الصحيح أو غير المطابق في آن واحد.

ولعل السب من وراء وضع المشرع الفرنسي لهذا الشرط هو عدم تعطيل عملية الاستلام التي لا تكون إلا بعد موافقة المقاول الأصلي على العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن، سواء كان ذلك من دون تحفظ في حالة الإنجاز المطابق، أو بتحفظ في حالة وجود عيب بسيط لا يمس جوهر الإنجاز بالإضافة إلى تفادي كل المشاكل التي تتعلق بالعمل المنجز وتكون قد لحقته بعد تسليمه من المقاول من الباطن وقبل تسلمه واستلامه من المقاول الاصلي.

ونستخلص من ذلك أن المشرع الفرنسي حسم الأمر بخصوص تزامن عملية الاستلام والتسلم وجعلهما في آن واحد.

ب- زمان ومكان التسليم :

الأصل ان يقع الاستلام في زمان ومكان تسليم المقاول من الباطن للعمل المنجز، أين يضعه تحت تصرف المقاول الأصلي.

[1] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 217.

[2] Article 1792-6 du code civil français, op cit.

وزمان الاستلام يكون في الوقت المتفق عليه عند إبرام العقد، أو في حدود الوقت المناسب لإنجاز العمل وفق ما يمليه العرف وأصول الصنعة المتعامل بهما في ذلك العمل.[1]

وبرأينا هو الزمن المعقول لإنجاز العمل كما تمليه القواعد العامة إذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، ولا يجوز للمقاول الأصلي التباطؤ في إتمام عملية الاستلام، لأن المادة 558[2] من القانون المدني الجزائري ألزمته أن يباشر تسلم العمل في أقرب الآجال المتعامل بها في ذلك، فإذا لم يمتثل لذلك دون مبرر مشروع اعتبر بعد توجيه إنذار له متسلما ومتحملا لتبعات الاستلام.

في حين أن المادة 1792-6/1[3] لم تتناول هذه التفاصيل وتركتها للقواعد العامة المعمول بها في ذلك، واكتفى المشرع الفرنسي إلى الإشارة ضمنيا فيها عن عدم امتثال المقاول الأصلي للتسلم في الوقت المناسب بذكره للاستلام القضائي للعمل ،الذي يكون بعد توجيه إنذار للمقاول الأصلي كما سبق وتطرقنا.

أما بالنسبة لمكان الاستلام فيكون في المكان الذي يضع فيه المقاول من الباطن العمل المنجز تحت تصرف المقاول الأصلي، وهو المكان المتفق عليه في العقد أو المكان المعمول به عرفا في ذلك العمل أو وفق القواعد التي تمليها أصول الحرفة، فإذا تعلق الأمر بمنقول مثلا يكون الاستلام في المكان المتفق عليه في العقد ، فإن لم يكن هناك إتفاق في العقد المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يحدد مكان الاستلام، يكون بموطن المقاول من الباطن أو بمركز أعماله، أما إذا تعلق عقد المقاولة من الباطن بعقار ولم يوجد اتفاق ضمن العقد يحدد مكان الاستلام، فيحصل بمكان وجود العقار محل التعاقد[4].

ج- صور استلام المقاول الأصلي للعمل المنجز من قبل المقاول من الباطن :

إن الالتزام بالاستلام الواقع على عاتق المقاول الأصلي، المقابل لالتزام التسليم في ذمة المقاول من الباطن يمكن أن يأخذ عدة صور نعرضها في الآتي:

---

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص-ص، 150، 151.

[2] المادة 585 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1792-6/1 du code civil français, op cit.

[4] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص151.

-صور استلام المقاول الأصلي للعمل من حيث اتفاق طرفي عقد المقاولة من الباطن على الاستلام من عدمه :

يمكن تحديد صور استلام المقاول الأصلي للعمل المنجز من قبل المقاول من الباطن من هذه الزاوية إلى استلام رضائي وآخر قضائي.

***الاستلام الرضائي :**

يكون استلام العمل رضائيا إذا تم بتوافق إرادتي المقاول من الباطن والمقاول الأصلي دون حدوث أي خلاف في ذلك[1]، وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 558[2] من القانون المدني الجزائري عندما تكلمت عن الحالة التي يتجه فيها المقاول الأصلي للاستلام بعد وضع المقاول من الباطن العمل المنجز تحت تصرفه، والتي تفيد موافقته على ذلك، وكذا المشرع الفرنسي عندما أشار صراحة من خلال نص المادة 1792-1/6[3] من القانون المدني الفرنسي إلى أن الاستلام يمكن أن يكون بالطريقة الرضائية أو القضائية، والاستلام الرضائي بدوره ينقسم إلى:

●استلام رضائي صريح :

يكون الاستلام هنا صريحا عندما يدور بين أطراف العقد تبادل للحديث يفيد بوضوح قبولهم للعملية[4]، وبإسقاط هذا المفهوم على عملية الاستلام في عقد المقاولة من الباطن، فإننا نجد أن استلام المقاول الأصلي للعمل المنجز من قبل المقاول من الباطن يكون صريحا بينهما إذا ما تبادلا أطراف الحديث بطريقة واضحة ، تفيد قبول المقاول الأصلي وجاهزيته لاستلام العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن.

●استلام رضائي ضمني :

يكون الاستلام هنا ضمني عندما لا يتم الإعلان عنه من قبل أطراف العقد وإنما يستنتج من تصرفاتهم وللقاضي السلطة التقديرية في تحديده[5].

---

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 104.

[2] المادة 558 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1792-6/1 du code civil français ;op cit.

[4] فرانسواز لابارت، سيريل لابارت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 814.

[5] المرجع نفسه، ص 818.

يستنتج من هذا المفهوم أن الاستلام الضمني للعمل المنجز من قبل المقاول من الباطن يكون عن طريق قيام المقاول الأصلي بأفعال وتصرفات تفيد قبوله لاستلام العمل، وللقاضي وحده سلطة تقدير تلك الأفعال والتصرفات التي تفيد فعلا نية المقاول الأصلي في قبول العمل وتسلمه، كأن يترك المقاول من الباطن مفاتيح العقار المنجز من قبله لدى مقر عمل المقاول الأصلي، فلا يرد هذا الأخير تلك المفاتيح للمقاول من الباطن ولا يبدي أي تحفظات عن العمل المنجز.

***استلام قضائي :**

على عكس الاستلام الرضائي الذي قد يكون برضى الطرفين وأولهما المقاول الأصلي لأن التزام الاستلام يقع على عاتقه، نجد الالتزام القضائي الذي يكون فيه المقاول الأصلي مجبرا على تنفيذ التزامه التعاقدي الناتج عن عقد المقاولة من الباطن، ألا وهو استلام العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن، واسمه يوحي به فهو استلام قضائي، لأنه نتيجة حكم قضائي يحكم به القاضي، ويكون ذلك بعد امتناع المقاول الأصلي على استلام العمل من المقاول من الباطن دون سبب مشروع يدفعه لذلك، وبعد توجيه إنذار رسمي كما جاء في نص المادة 558 [1] من القانون المدني الجزائري، ولقد نصت عليه كذلك المادة 1/6-1792[2] من القانون المدني الفرنسي كأحد خيارات الاستلام، حيث جاء في فحواها أن الاستلام يكون رضائيا أو قضائيا بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل ألا وهو المقاول من الباطن.

-صور استلام المقاول الأصلي للعمل من حيث حجم التنفيذ :

ينقسم الاستلام كالتزام يقع على عاتق المقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة من الباطن، من حيث حجم تنفيذ العمل المتفق عليه في العقد من قبل المقاول من الباطن إلى:

***استلام كلي :**

هو ذلك الاستلام الذي ينصب عن كل العمل الذي طلب من المقاول من الباطن تنفيذه في إطار العقد، ويتعلق الأمر هنا بالأعمال التي لا يمكن تجزئتها وبالتالي تستلم مرة واحدة من قبل المقاول الأصلي بصفة كلية.[3]

---

[1] المادة 558 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1792-6/1 du code civil français, op cit.

[3] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 109 .

وبرأينا الاستلام الكلي هو الأصل لأن المقاول من الباطن مطالب بإنجاز كل ما طلب منه قبل تسليمه، لكي لا تبقى أي حجة أمام المقاول الأصلي تجعله يرفض استلام العمل، فهو عقب إنجاز المقاول من الباطن لعمله المطلوب منه كله يصبح مجبرا على الاستلام.

***استلام جزئي :**

ويتعلق الأمر هنا بتلك الاعمال المنجزة من قبل المقاول من الباطن القابلة للتجزئة بسبب نوعيتها أو لأنها مجموعة من الأعمال في إطار مشروع ضخم، بحيث يختلف كل عمل عن غيره داخل المشروع ويمكن للمقاول من الباطن تسليم العمل المنجز الأول إلى المقاول الأصلي، الذي يبادر باستلامه لأنه لا يرتبط بباقي الأعمال[1].

لا يوجد نص في القانون المدني الجزائري ينص على حالة الاستلام الجزئي بينما أكدت المادة1791[2] من القانون المدني الفرنسي وجود هذا النوع من الاستلام ضمنيا، بنصها على حالة التحقق من العمل التي يمكن أن تكون جزئية يتم التحقق في كل مرة من الجزء المنفذ في إطار العمل المنجز وفق عدة قطع أو على القياس.

وهو ليس بالأمر الجديد فقد أخذ به منذ القديم وقد لاحظ الفقيه بوتييه Pothier العمل بالتسلم الجزئي حتى في عهد الرومان، بحيث فرقوا بين صفقات العمل بالمجازفة التي تعتمد فقط على التنفيذ الكلي، وصفقات العمل بالقامة التي تعتمد على استلام العمل بقياس ما أنجز بعد التحقق منه دون انتظار انتهاء كل العمل[3].

وهو برأينا استلام استثنائي بالنسبة للمقاول الأصلي يخص فقط الأعمال التي تقبل التجزئة دون غيرها، أما إذا كانت أعمال غير قابلة للتجزئة وقام المقاول من الباطن بتسليم جزء فقط من العمل فللمقاول الأصلي هنا الخيار، إما أن يستلمه وتكون له تحفظات على العمل المنجز بحيث يكون الأمر لصالحه أو أن يرفض الاستلام لعدم اكتمال العمل. وقد يكون استلاما جزئيا قضائيا إذا كانت هناك ضرورة خاصة في الحالة التي يكون فيها إتمام العمل المتبقي ليس ضروريا وجوهريا ولا يؤثر في شيء في مقابل عدم إمكانية المقاول من الباطن إتمام التنفيذ.

---

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 109.

[2] Article 1791 du code civil français, op cit.

[3] فرانسواز لابارت، سيريل لابارت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص-ص، 830، 831.

-صور استلام المقاول الأصلي للعمل من حيث طبيعة تنفيذ المقاول الأصلي للالتزام:

يمكن للمقاول الأصلي تنفيذ التزامه بالاستلام بصفة مؤقتة أو نهائية، نعرضها في الآتي:

***استلام مؤقت:**

ويكون الاستلام المؤقت بقبول المقاول الأصلي للعمل مؤقتا دون رفع تحفظات التي قد يضعها كملاحظات في محضر التسليم بخصوص الإنجاز، وهو لا يبرئ ذمة المقاول من الباطن لما يمكن أن يوجد من عيوب في العمل المنفذ[1].

***تسلم نهائي :**

وهو ما يعرف بقبول المقاول الأصلي للعمل نهائيا بعد تأكده منه ودون تحفظات، الأمر الذي يفيد تطابق العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن لما طلب منه في العقد، والذي يترتب عنه تبعة هلاك العمل المنجز إلى ذمة المقاول الأصلي، بما يفيد إبراء ذمة المقاول من الباطن، إلا إذا ظهرت عيوب خفية ارتبطت بالعمل المنجز لا يمكن أن تظهر إلا بعد إتمام عملية الاستلام من المقاول الأصلي[2].

3- المحافظة على سلامة المقاول من الباطن :

هذا الالتزام يقع على عاتق المقاول الأصلي ومفاده المحافظة على سلامة المقاول من الباطن الشخصية والمالية[3]، ومسؤولية المقاول الأصلي هنا تقوم على أساس أمانته في تطبيق مبدأ حسن تنفيذ العقد وفقا للقواعد العامة، والتي يستمد أساسها في عدم الاعتداء على شخص المقاول من الباطن وأمواله، وتعرضه لبعض الأمور كحادث في ورشة عمل بناء، أو الاعتداء على أمواله ومعداته التي لا تجبر التعويض في الأصل لأنه وحده من يتحمل مخاطر الاستثمار، إلا أنه يسمح بذلك استثناء إذا كان المقاول الأصلي مخالف لواجب الأمانة، كأن يكون الحادث الذي تعرض له في ورشة البناء نتيجة عدم إعلامه بذلك الخطر الموجود في الورشة، وهذا ما قضى به قرار محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 29 جانفي 1962، عندما تعرضت عربة في سكك حديدية في فرنسا لضرر نتيجة عدم التصريح بالمواد الخطرة التي حملت على متنها[4].

---

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 108.

[2] المرجع نفسه.

[3] فرانسواز لابارت، سيريل لابارت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 747.

[4] المرجع نفسه، ص-ص، 750-752 .

4- واجب احترام حق المؤلف للمقاول من الباطن:

يكون المقاول الأصلي مجبرا على احترام حق المقاول من الباطن في التأليف ، إذا استطاع هذا الأخير أن يضع لمسة خاصة في تنفيذه للعمل المنجز تخرج عن المألوف، كتجسيد شكل هندسي أصلي في مقاولات البناء مثلا، الأمر الذي يجبر المقاول الأصلي هنا إضافة إلى واجب احترامه للحق المالي للمقاول من الباطن ألا وهو الأجر، احترام الحق المعنوي وبعبارة أخرى حقه في التأليف حتى بعد استلامه للعمل. وتجدر الإشارة إلى أنه بعد التسليم الملكية المادية للعمل تكون للمقاول الأصلي، أما الملكية الأدبية للعمل فهي من نصيب المقاول من الباطن.[1]

ثانيا: التزامات المقاول الأصلي النقدية

للمقاول الأصلي ثلاث التزامات نقدية: الالتزام بدفع الاجر، والالتزام بالتعويض، والالتزام بتقديم ضمانات الدفع نعرضها في الآتي.

1- الالتزام بدفع الأجر :

دفع الثمن هو الالتزام الأساسي للمقاول الأصلي في مواجهة المقاول من الباطن، يقدم لهذا الأخير مقابل العمل الذي نفذه ويكون وفق الشروط التي يحددها العقد من الباطن الذي جمع الطرفين بغض النظر عن تقنيات التسعير المستخدمة، يستحق عادة بعد تسليم العمل المنجز[2].

ويقصد بطرفا الدفع الدائن بالأجر في إطار عقد المقاولة من الباطن والمدين به[3]، والدائن بالأجر في عقد المقاولة من الباطن هو المقاول من الباطن أو تركته كما جاء في نص المادة 570[4] من القانون المدني الجزائري، الذين يجبر المقاول الأصلي أن يدفع لهم قيمة ما أنجز المقاول من الباطن ، وكذا ما أنفق على الجزء المتبقي بقدر انتفاعه من ذلك، والمقصود هنا ورثته، وهذا ما تضمنه كذلك نص المادة 1796[5] من القانون المدني الفرنسي، وكذلك الأمر بالنسبة للأشخاص الذين يتنازل لهم المقاول من الباطن عن أجره فيصبحون دائنين به، ويكون هذا الأجر محدد في العقد من الباطن ،لأنه قد يختلف عن أجر المقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلي، فالعبرة بما اتفق عليه الطرفين في العقد الذي يجمعهما،

[1] فرانسواز لابارت، سيريل لابارت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص847.

[2] Franck Moderne, op cit, p 166.

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 71.

[4] المادة 570 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[5] Article 1796 du code civil français, op cit.

وإذا لم يحدد صراحة جاز تحديده كما ورد في نص المادة 562[1] من القانون المدني الجزائري، والمادة 1796 من القانون المدني الفرنسي السالفة الذكر، وفق ما يطبق على قيمة العمل الذي قدمه المقاول من الباطن مع احتساب النفقات التي أنفقها.

والمدين بالأجر في عقد المقاولة من الباطن هو المقاول الأصلي الذي تعاقد مع المقاول من الباطن أو تركته بعد وفاته في حدود ما ترك، لأن عقد المقاولة من الباطن لا ينقضي بموت المقاول الاصلي الذي يمثل رب العمل في عقد المقاولة من الباطن كما جاء في نص المادة 570[2] من القانون المدني الجزائري، التي تنص على إمكانية انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول الذي يمثل المقاول من الباطن في العقد محل دراستنا، والمادة 1795[3] من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن عقد المقاولة ينقضي بموت العامل، المهندس أو المقاول ولم تذكر رب العمل وهو ما ينطبق على عقد المقاولة من الباطن كذلك.

وعند تسليم المقاول من الباطن العمل المنجز في إطار عقد المقاولة من الباطن المبرم بينه وبين المقاول الأصلي يستحق الأجر من هذا الأخير، مقابل ما نفذه مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك كما جاء في نص المادة 559[4] من القانون المدني الجزائري، حتى إذا هلك الشيء المسلم محل الالتزام بعد التسليم، ولا يوجد نص فرنسي صريح يفيد ذلك لكن يفهم الأخذ بهذا التوجه من بعض النصوص التي تعفي رب العمل من دفع الأجر عند هلاك الشيء محل الالتزام قبل التسليم، والذي يفيد أن المقاول من الباطن يستحق الأجر عند استلام المقاول الأصلي للعمل كما جاء في نص المادة 1790[5] من القانون المدني الفرنسي ولو هلك الشيء المسلم بعد ذلك، أما إذا هلك قبل التسليم حتى بسبب أجنبي ينقضي التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر بسبب انقضاء التزام المقاول من الباطن بالتسليم، خاصة وأن المقاول من الباطن يتحمل كل المخاطر وحده في ذلك باعتباره مستقلا في أداء عمله عن المقاول الأصلي كما جاء في نص المادة 568[6] من القانون المدني الجزائري، والتي تفيد بعدم المطالبة بثمن العمل ولا حتى بنفقاته إذا ما تم هلاك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه، والسبب المفاجئ هنا أراد به المشرع حسب رأينا السبب

[1] المادة 562 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المادة 570 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1795 du code civil français, op cit.

[4] المادة 559 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[5] Article 1790 du code civil français, op cit.

[6] المادة 568 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

الأجنبي، وهو نفس اتجاه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1790[1] من القانون المدني الفرنسي، والتي تفيد انقضاء التزام المقاول الأصلي في حالة هلاك الشيء على الرغم من عدم وجود أي خطأ من العامل الذي هو المقاول من الباطن هنا، ويفهم من عبارة عدم وجود خطأ من العامل الذي هو المقاول من الباطن، أن الهلاك يكون لسبب أجنبي قبل استلام العمل وبدون مطالبة المقاول الاصلي بالتحقق منه، أي في إطار الاستلام ليس للعامل هنا أو المقاول من الباطن المطالبة بالأجر إلا إذا كان الهلاك ناتج عن المواد وبطبيعة الحال المواد المقدمة من قبل المقاول الأصلي هنا، كما يمكن أن لا يستحق المقاول من الباطن الأجر إذا كان تنفيذه للعمل معيبا حيث يحق للمقاول الأصلي هنا أن يمتنع عن الاستلام، بسبب العيب في التنفيذ وبذلك ينقضي التزامه في دفع الأجر[2].

أما بالنسبة لمكان الدفع فإنه لا يوجد نص خاص في عقد المقاولة يحدد لنا المكان الذي يجب فيه دفع البدل سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي، الأمر الذي يحيلنا إلى تطبيق القواعد العامة في ذلك، والتي تقتضي أولا أن يكون دفع المقاول الأصلي الأجر للمقاول من الباطن مقابل العمل المنجز منه في المكان المتفق عليه في العقد، فإن لم يكن اتفاق بينهما حول ذلك ننتقل إلى تطبيق أحكام العرف في ذلك وهنا نعتمد أساسا مكان التسليم حيث يتلقى المقاول من الباطن أجره مكان تسليمه للعمل المنجز[3]، وإلا فإننا نعتمد في الأخير تطبيق نص المادة 282[4] من القانون المدني الجزائري ، مع غياب نص فرنسي يفيد ذلك، والتي تقضي أنه إذا كان محل الالتزام شيء معين بالذات أي أن محل التزام المقاول الأصلي هنا المتمثل في الأجر يكون شيء معين بالذات ، كأن يكون عقارا مثلا –وهو أمر مستبعد جدا في عقود المقاولة من الباطن– ،وجب تسليمه في مكان تواجده وقت نشوء الالتزام، أما في الالتزامات الأخرى أي إذا كان محل الالتزام شيء معين بالنوع أو من المثليات وهي نقود في أغلب الأحيان، يكون الوفاء بها في موطن المدين –المتمثل في شخص المقاول الأصلي في العقد محل دراستنا– وقت الوفاء، لأنه يمكن أن يغير موطنه أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كانت لها علاقة بمحل الالتزام، وحسب رأينا فإن المكان الأفضل والأصح لتسليم البدل هو مكان تسلم العمل.

و يمكن تعديل الأجر وفق حالتين :

---

[1] Article 1790 du code civil français, op cit.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 74.

[3] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 230 .

[4] المادة 282 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

الحالة الأولى: كأصل عام إذا كان الأجر محدد بأجر إجمالي جزافي مقابل التصميم المتفق عليه فإن المشرع الجزائري وحسب نص المادة 561 من القانون المدني الجزائري، يقر أنه ليس للمقاول من الباطن أن يطالب بزيادة الأجر حتى إذا كان هناك تعديل في التصميم جعل تنفيذه عسيرا ومرهقا للمقاول من الباطن.

لكن يمكن أن ترد استثناءات على هذه القاعدة لأن الحكم غير متعلق بالنظام العام، الأمر الذي يسمح للمقاول الأصلي والمقاول من الباطن الاتفاق على خلافه اتفاقا مكتوبا ، إلا إذا كان عقد المقاولة من الباطن في الأصل غير مكتوب، أو كان ذللك بسبب خطأ المقاول الأصلي، وحتى إذا توافق ذلك مع نظرية الظروف الطارئة التي تجيز للقاضي الحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد، وكذا في حالة تحقق الخطأ من قبل رب العمل سواء كان رب العمل الحقيقي أو العرضي في عقد المقاولة ، والذي يحل محله المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن.[1]

أما المشرع الفرنسي في إطار الصفقات الجزافية فإنه يرجح كفة حماية رب العمل من إمكانية دفع أجر إضافي نتيجة أعمال لم يسلط عليها الضوء ولم تكن محل اتفاق عند إبرام العقد، عندما يتعلق الأمر بتشييد الأبنية على أساس سعر إجمالي[2]، وهذا واضح من خلال نص المادة 1793[3] من القانون المدني الفرنسي ، التي مفادها أنه عندما يتعلق الأمر بتشييد بناية من طرف مهندس معماري أو مقاول وحدد الأجر في هذا الإطار جزافيا وفق تصميم محدد ومتفق عليه مع رب العمل ،الذي يمثل المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن، لا يجوز لهم طلب تعديل الأجر بالزيادة لا بحجة زيادة اليد العاملة أو المواد والمعدات المستخدمة، ولا حتى بذريعة التغييرات أو الزيادات التي أجريت على التصميم، إذا لم يتم التصريح بهذه التغييرات أو الزيادات كتابيا وتم الاتفاق على السعر مع المالك الذي يمثل كذلك رب العمل في عقد المقاولة الأصلي والمقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن.

يستخلص من ذلك أن المشرع الفرنسي أورد ثلاث شروط لتعديل الأجر في هذه الحالة ويتعلق الأمر هنا ب[4] :

1- التصريح المكتوب والمسبق، وقد اجتهد القضاء الفرنسي بخصوص هذا الشرط وجعل التعديل ممكنا حتى في غيابه في ثلاث حالات ويتعلق الأمر ب:

---

[1] المادة 561 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 117.

[3] Article 1793 du code civil français, op cit.

[4] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص-ص، 117، 118 .

-انعدام التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة تنفيذ المقاول من الباطن للأعمال التي طلبت منه من قبل المقاول الأصلي.

-إذا وافق المقاول الأصلي بطريقة واضحة لا تثير الشك على الأعمال المنفذة من قبل المقاول من الباطن.

-إذا لم يكن المقاول الأصلي حسن النية بحيث لم يبدي أي معارضة على تنفيذ المقاول من الباطن لتلك الأعمال.

2-الإتفاق مع المقاول الأصلي على سعر الكلفة المتعلقة بذلك.

3-أن يتعلق الأمر بتشييد بنايات وليس بشيء آخر.

وبخصوص هذا الشرط الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يربط ذلك صراحة بعمليات التشييد كما فعل المشرع الفرنسي، الذي نص على ذلك صراحة ربما لأن التنفيذ على التصميم أساسا يتعلق بعمليات التشييد، إلا أنه وافقه بالنسبة للشرطين الأولين وأضاف عليهما شرطا آخر وهو شرط خطأ رب العمل الذي يمثل المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن والذي يمكن أن يأخذ تفسيرا واسعا.

الحالة الثانية: الحالة التي يبرم فيها العقد وفقا لمقايسة على أساس الوحدة فإن المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 560 /1 من القانون المدني الجزائري، وبإسقاطها على عقد المقاولة من الباطن إذا تبين للمقاول من الباطن أثناء تنفيذ العقد أنه من الضروري مجاورة المقايسة بصفة محسوبة من أجل التنفيذ المتفق عليه في التصميم، وجب عليه إخطار المقاول الأصلي بذلك فورا وإلا سقط حقه.

والنص هنا يفيد الإخطار دون الاتفاق ويفهم منه أنه ليس للمقاول الأصلي الاعتراض على ذلك، لكن نص الفقرة الثانية من نفس المادة يمنحه حق التحلل من العقد فورا دون إبطاء مع إعطاء المقاول من الباطن حقه فيما أنجز وفقا لشروط العقد المتفق عليها وإلى غاية حل العقد فقط[1].

ولا نجد نص في القانون المدني الفرنسي يفيد ذلك، إلا أن قانون الصفقات العامة الفرنسي يأخذ نفس الاتجاه، بحيث عند تطبيق دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن التخفيضات التي تتجاوز 20 % من حجم الصفقات على أساس ثمن الوحدة هي التي تفتح المجال للتعويض الذي يشمل خسارة الفائدة[2].

[1] المادة 2/560 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] فرانسواز لابارت، سيريل نوبلوت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 740.

د-آثار دفع الأجر للمقاول من الباطن :

وإذا أخل المقاول الأصلي بتنفيذ التزامه بدفع الأجر، اخلالا يمنعه من الدفع الصحيح للمقاول من الباطن بكل تفاصيله ، سواء لم يدفع أو تأخر في الدفع أو لأي سبب آخر يتنافى مع ما جاء في عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهما بخصوص ذلك، فيحق للمقاول من الباطن هنا طلب التنفيذ العيني أو الفسخ من القضاء كجزاءين للإخلال بحقه في الأجر وفقا للقواعد العامة، مع إمكانية طلب التعويض عن الضرر الذي أصاب المقاول من الباطن في كلتا الحالتين ، سواء حكم له بالتنفيذ العيني أو بالفسخ إذا كان هناك فعلا ضرر أصابه من عدم تنفيذ الالتزام[1].

وللقضاء السلطة التقديرية في الحكم بالتنفيذ العيني أو الفسخ، الذي يرفض إذا ما كان المقاول الأصلي قد أوفى بجزء كبير من الأجر.

وبالإضافة إلى جزائي التنفيذ العيني والفسخ، فللمقاول من الباطن أيضا الحق في حبس العمل المنجز منه إلى غاية استحقاق أجره من المقاول الأصلي، سواء كان الأمر بحبس العمل كليا إذا كان العمل المنجز غير قابل للتجزئة، أو بحبس الجزء الذي لم يستحق أجره بعد إذا كان العمل مجزأ، أين يستحق الأجر كلما أنجز جزء، فيقع الحبس في هذه الحالة إلا على الأجزاء التي لم تستوفي أجورها فقط[2].

2-الالتزام بدفع التعويض :

التعويض هو أحد الالتزامات التي يلتزم بها المقاول الأصلي في مواجهة المقاول من الباطن ومنها ما عالجتها نصوص خاصة في عقد المقاولة سنقوم بإسقاطها على عقد المقاولة من الباطن، ولا يقصد بالتعويض الثمن الذي يتقاضاه المقاول من الباطن مقابل تنفيذه لما طلب منه في العقد، وإنما هو جزء من الثمن، ويدفع المقاول الأصلي للمقاول من الباطن التعويض إذا[3]:

-أصاب المقاول من الباطن ضرر نتيجة عدم تنفيد المقاول الأصلي لأحد التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن المبرم بينه وبين المقاول الأصلي.

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 222.

[2] عدنان ابراهيم السرحان، مرجع سابق، ص-ص، 105، 106.

[3] فرانسواز لابارت، سيريل نوبلوت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 724.

-مات المقاول من الباطن يصبح المقاول الأصلي مجبرا على دفع التعويض لورثة المقاول من الباطن، وهو ما تأكده المادة 570 [1] من القانون المدني الجزائري ،وكذا المادة 1796[2] من القانون المدني الفرنسي، والتي من خلالها يكون المقاول الأصلي مجبرا على دفع قيمة الأعمال المنجزة والمحضرة للإنجاز إذا كانت تلك الأشغال والمواد مفيدة له إلى ورثة المقاول من الباطن في حالة وفاته.

-في الحالة التي يقوم فيها المقاول الأصلي بفسخ العقد بإرادته المنفردة، وهو ما أكدته المادة 1/566[3] من القانون المدني الجزائري والمادة 1794[4] من القانون المدني الفرنسي، اللتان تعطيان الحق للمقاول الأصلي فسخ العقد بالإرادة المنفردة ، حتى ولو باشر المقاول من الباطن العمل، ولكن يكون مجبرا على دفع التعويض للمقاول من الباطن عن كل نفقاته والأعمال التي قام بها ، وعن كل الأرباح التي كان سيجنيها من هذا التنفيذ.

-في الحالة التي يقوم فيها المقاول الأصلي بالتعديل في تنفيذ العقد، فإنه يكون مجبرا في المقابل على دفع تعويض للمقاول من الباطن يوافق هذا التعديل مهما كان نوعه سواء كان تعديل بالإضافة أو بالإلغاء.

3-تقديم ضمانات الدفع :

يلتزم المقاول الأصلي في إطار عقود المقاولة من الباطن الخاصة بتقديم نوعين من ضمانات الدفع، سنفصل فيها أكثر عند التطرق فيما بعد للحقوق المقررة للمقاول من الباطن في علاقته غير التعاقدية ويتعلق الأمر ب:

أ-الكفالة :

الكفالة بصفة عامة هي عقد يكفل من خلاله شخص الوفاء بالتزام المدين للدائن إذا لم يقم المدين بذلك.[5]

وبإسقاط هذا المفهوم على العقد محل دراستنا، فالكفالة في عقد المقاولة من الباطن تعني وضع المقاول الأصلي كفالة لمؤسسة مؤهلة تضمن الوفاء بكل مستحقات المقاول من الباطن الواجب دفعها من

[1] المادة 570 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1796 du code civil français, op cit.

[3] المادة 1/566 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Article 1794 du code civil français, op cit.

[5] المادة 644 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

قبل المقاول الأصلي إذا لم يفي هذا الأخير بذلك.

وحسب نص المادة 1/14[1] من القانون 75-1334 فإن المقاول الأصلي يلتزم بوضع كفالة تضامنية وشخصية تخص المقاول من الباطن باسمه، وخاصة بذلك العقد من الباطن دون غيره، يحصل عليها من قبل مؤسسة مؤهلة لذلك، والأصل أن تكون هنا مؤسسة مصرفية، وكل هذا تحت طائلة بطلان العقد إذا كان غياب الكفالة يضر بالمقاول من الباطن.

ب-الإنابة :

يقصد بالإنابة في إطار القواعد العامة إنابة شخص أجنبي بعد الحصول على موافقته للالتزام بوفاء دين الدائن محل المدين.[2]

وبإسقاط هذا المفهوم على العقد محل دراستنا، فهي الحالة التي تتحقق فيها إنابة رب العمل من قبل المقاول الأصلي للوفاء بدين المقاول من الباطن محله.

وحسب المادة 1/14[3] من القانون الفرنسي 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، يمكن للمقاول الأصلي في حالة عدم وجود كفالة أو عدم تنفيذها، إنابة رب العمل للوفاء بمستحقات المقاول من الباطن المقابلة للخدمات المقدمة من قبله.

المطلب الثاني

العلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي ورب العمل

المركز القانوني لطرفي العقد الأصلي لا يتغير مع إبرام العقد من الباطن، بحيث يبقى رب العمل والمقاول الأصلي كدائن ومدين في إطار عقد المقاولة الأصلي الذي يجمعهما، ويلتزم كل واحد منهم بتنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد الأصلي، خاصة بالنسبة للمقاول الأصلي الذي لا يمكن للمقاول من الباطن أن يحل محله في ذلك ،فهو المسؤول الوحيد أمام رب العمل عن تنفيذ العقد، لأنه لا تربطه أي علاقة تعاقدية مع المقاول من الباطن، وبالتالي فإن علاقة رب العمل مع المقاول الأصلي تقوم على تنفيذ العقد الأصلي، الذي سوف نعالجه في الفرع الأول مع بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن المقاول من الباطن في مواجهة رب العمل وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

[1] Article 14 /1 de la loi n 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

[2] المادة 1/294 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 14 /1 de la loi n 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

الفرع الأول

تنفيذ عقد المقاولة الأصلي

عقد المقاولة الأصلي هو العقد الذي يربط رب العمل بالمقاول الأصلي، السابق لإبرام عقد المقاولة من الباطن الذي يجمع المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، وإبرام هذا الأخير لا يعني إعفاء طرفي عقد المقاولة الأصلي من التزاماتهم التعاقدية، فهم ملزمون بتنفيذها وكأن العقد من الباطن غير موجود، وذلك حسب التفصيل الآتي:

أولا: رب العمل والمقاول الأصلي ملزمان وحدهما بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية الناشئة عن العقد الأصلي

إن العلاقة التعاقدية بين رب العمل والمقاول الأصلي الناشئة عن إبرام عقد المقاولة الأصلي تبقى موجودة وكاملة حتى بعد إبرام العقد من الباطن، والمقاول من الباطن ليسا طرفا فيها فهو من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي الذي لا يجوز إلا لطرفيه المطالبة بحقوقهم المتولدة عنه، وبالمقابل الالتزام بتنفيذ ما نتج عنه في مواجهة بعضهما البعض[1]، بحيث يكون المقاول الاصلي ملزما اتجاه رب العمل بإنجاز العمل المتفق عليه في العقد الأصلي وتسليمه إلى رب العمل مع ضمان سلامته ، في حين يلتزم هذا الاخير بتمكين المقاول الأصلي من إنجاز العمل، استلام العمل المنجز منه مع دفع الأجر المتفق عليه وكل ما يستلزم من التزامات كما بيناه سابقا.

وإذا استعان المقاول الأصلي بمقاول من الباطن من أجل تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد الأصلي، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يطالب رب العمل المقاول من الباطن بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق المقاول الأصلي من عقد المقاولة الأصلي، فله أن يطالب إلا المقاول الأصلي بذلك فقط، كما أنه لا يمكنه الرجوع على المقاول من الباطن في حالة عدم التنفيذ المطابق للعقد ،حتى وإن كان المقاول من الباطن هو من قام بتنفيذ العمل، ويلتزم بدفع الأجر للمقاول الأصلي المتعاقد معه لا للمقاول من الباطن، إلا إذا أحاله المقاول الأصلي في ذلك، وكل هذا نتيجة انتفاء أي علاقة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن[2].

[1] كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص 132 .

[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 126 .

ثانيا: المقاول الأصلي هو المدين الوحيد أمام رب العمل

لا يكون المقاول من الباطن ملزما بتنفيذ العقد في مواجهة رب العمل، لعدم وجود أي رابطة عقدية تجمعه به حتى في حالة موافقة رب العمل على المقاول من الباطن في إطار عقود المقاول من الباطن العامة، وبذلك لا يمكن للمقاول من الباطن أن يحل محل المقاول الأصلي في تنفيذ عقد المقاول الأصلي، لأنه من الأحكام الأساسية التي تنفرد بها عقود المقاولة من الباطن بقاء المقاول الأصلي ملتزما كمدين وحيد في العقد الأصلي أمام رب العمل، ولا يمكن اعتبار المقاول من الباطن مدينا متضامنا مع المقاول الأصلي في ذلك، فهو ملتزما فقط بتنفيذ التزامه في مواجهة المقاول الأصلي وفقا لما جاء في العقد من الباطن ويكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن ذلك، وغير مسؤول عن تنفيذ العقد الأصلي في مواجهة رب العمل أين يكون المقاول الأصلي هو المسؤول الوحيد عن أي خطأ في التنفيذ مسؤولية عقدية.

وهذا يعني أنه تقوم مسؤولية عقدية عن عدم تنفيذ العقد الأصلي ويتحملها المقاول الأصلي، كما يمكن أن تقوم مسؤولية عقدية عن عدم تنفيذ العقد من الباطن ويتحملها المقاول من الباطن ولا توجد أي علاقة بينهما، فالأولى طرفيها رب العمل والمقاول الأصلي وموضوعها عقد المقاولة الأصلي، والثانية طرفيها المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وموضوعها عقد المقاولة من الباطن، وقد تقوم الأولى نتيجة عدم تنفيذ العقد الأصلي دون أن تقوم الثانية، كما يمكن أن تقوم الثانية نتيجة عدم تنفيذ العقد من الباطن دون أن تقوم الأولى ، في حين يمكن أن تقوم كلاهما نتيجة عدم تنفيذ عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، لكن وفي كل الأحوال لا يجوز الجمع بينهما ولا التخيير بينهما، فكل واحدة مرتبطة بعقد يختلف أطرافه وموضوعه عن العقد الآخر.[1]

الفرع الثاني

مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن أمام رب العمل

يلتزم المقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن المبرم مع المقاول الأصلي ، تنفيذ كل أو جزء من التزامات المقاول الأصلي الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي المبرم بين هذا الأخير ورب العمل، ويبقى المقاول الأصلي هنا مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول من الباطن عند تنفيذ العقد من الباطن أمام رب العمل وسنعرض فيما يلي المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن أعمال المقاول من

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 76.

الباطن أمام رب العمل، ومسؤولية المقاول من الباطن أمام رب العمل.

أولا: الأصل أن المقاول الأصلي مسؤول عقديا عن أعمال المقاول من الباطن أمام رب العمل

المقاول الأصلي مسؤول مسؤولية عقدية عن فعل المقاول من الباطن الذي يعتبر غير بالنسبة للعقد الأصلي المبرم بينه وبين رب العمل، وسنتولى فيما يلي تحديد مفهومها، شروطها والأساس القانوني المعتمد في تطبيقها.

ومسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول من الباطن هي مسؤولية عن فعل الغير، والتي يقصد بها «مسؤولية المتعاقد عن فعل شخص آخر غيره قام مقامه في تنفيذ التزامه العقدي أو استخدمه في تنفيذ هذا الالتزام»[1].

يستخلص من هذا التعريف أن المتعاقد يكون مسؤولا عن الأشخاص الذين استبدل بهم في تنفيذ العقد ألا وهم **البدلاء،** كما يسأل عن أولئك الذين يساعدونه فقط في تنفيذ التزامه بصفتهم وكلاء عنه أو مستخدمين عنده وهم **المساعدون.**

والمقاول من الباطن من الفئة الأولى فئة **البدلاء** ، **ويقصد** بهم في عقد المقاولة الأشخاص الذين يكلفهم المقاول الأصلي بتنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة الأصلي المبرم مع رب العمل تنفيذا مستقلا[2].

وتنفيذ المقاول من الباطن للعمل تنفيذا مستقلا، يعني أنه ليس تابعا يعمل باسم ولحساب المقاول الأصلي كالمستخدمين الذين يستعين بهم لا نجاز أعماله، وإنما يعمل باسمه الخاص ولحسابه.

وتجد الإشارة إلى أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تفترض ارتكاب خطأ من طرف شخص يكون المدين في العقد مسؤولا عنه أمام الدائن، وينجم عنه عدم تنفيذ التزاما عقديا للمدين أو تنفيذه تنفيذا معيبا[3].

وبذلك فإن مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول من الباطن، تفترض ارتكاب هذا الأخير لخطأ في تنفيذ الأعمال الموكلة له من طرف المقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة من الباطن

---

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 165.

[2] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، الطبعة الأولى، الأردن، دار وائل للنشر، 2006، ص 67.

[3] عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المجلد الاول، طبعة 2012، القاهرة، دار الفكر العربي، 2012، ص 413.

المبرم بينهم، يمنع تنفيذ عقد المقاولة الأصلي المبرم بين المقاول الأصلي ورب العمل أو يجعل تنفيذه غير صحيح.

ولا يمكن الحديث عن مسؤولية عقدية عن فعل الغير إلا بوجود المبرر القانوني الذي يسمح للمدين بأن يكلف غيره بتنفيذ كل أو جزء من التزاماته التعاقدية المترتبة عن العقد المبرم مع الدائن[1].

فمثلا في إطار عقود المقاولة نصا الفقرة الأولى من المادة 564 من القانون المدني الجزائري والمادة الاولى من القانون 75-1334 الفرنسي كما سبق وذكرنا في الفصل الأول، يسمحان للمقاول الاستعانة بمقاول من الباطن، من خلال إبرام عقد مقاولة من الباطن مع هذا الأخير، من أجل تنفيذ التزاماته التعاقدية الناتجة عن عقد المقاولة الأصلي المبرم مع رب العمل.

وإذا لم يكن مسموحا للمدين الاستعانة ببعض الأشخاص لتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد المبرم مع الدائن واستعان بهم رغم ذلك، ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليته الشخصية عن أعمال الأشخاص الذين استعان بهم إذا لم يقوموا بالتنفيذ أو نفذوا تنفيذا معيبا، ففي عقد المقاولة لا يوجد نص قانوني يسمح للمهندس المعماري أن يستعين بأشخاص لتنفيذ التزاماته التعاقدية الناجمة عن العقد المبرم مع رب العمل، فإذا استعان بهم وأخطئوا قامت مسؤوليته الشخصية هنا لخطئه باستعانته بهم[2].

وبالرجوع لعقد المقاولة من الباطن، فإن مسؤولية المقاول الأصلي هنا هي **مسؤولية عقدية** لأنها ترجع إلى عقد المقاولة الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي.

وهي **مسؤولية عن فعل الغير** لأن الشخص البديل ليس له علاقة بعقد المقاولة الأصلي ألا وهو المقاول من الباطن، وهو من يكون قد ارتكب الخطأ وليس المقاول الأصلي، الأمر الذي يعطيه حق الرجوع عليه[3].

فاستعانة المقاول الأصلي بمقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن لتنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد الأصلي، تحمله مسؤولية أخطاء المتعاقد من الباطن في التنفيذ، إلا أنه يمكنه الرجوع على المقاول من الباطن بالتعويض على أساس العقد من الباطن المبرم بينهم.

---

[1] عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، ص413.

[2] المرجع نفسه. ص 413

[3] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 166.

وبناء على ما سبق المقاول من الباطن هو من **الغير** الذين يسأل عنهم المقاول الأصلي **مسؤولية عقدية عن فعل الغير**، نتيجة أنه استبدل به في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولا تقوم المسؤولية الشخصية للمقاول الأصلي عند عدم تنفيذ المقاول من الباطن للعقد أو تنفيذه له تنفيذا معيبا لأن القانون يسمح للمقاول الأصلي بإدخال فئة البدلاء في تنفيذ العقد الأصلي المبرم مع رب العمل كما سبق تبيانه.

ولقيام مسؤولية المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل عن أعمال المقاول من الباطن لابد من توافر مجموعة من الشروط نعرضها في الآتي:

1-وجود عقد يربط المقاول الأصلي برب العمل :

مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل الغير الذين استبدل بهم أو ساعدوه في تنفيذ العقد مسؤولية عقدية كما وضحنا سابقا، ويشترط لقيامها وجود عقد صحيح منتجا لآثاره يجمع الدائن مع المدين [1]، يعني يلزم لقيام مسؤولية المقاول الأصلي مسؤولية عقدية عن فعل المقاول من الباطن كبديل عنه، وجود عقد مقاولة أصلي صحيح يجمع رب العمل بالمقاول الأصلي.

وقيام الرابطة العقدية الصحيحة بين طرفي العقد الأصلي رب العمل والمقاول الأصلي فقط هي التي تعتبر شرطا لقيام هذه المسؤولية، أما فيما يتعلق بالغير الذين أقحمهم المقاول الأصلي في تنفيذ العقد فلا ضرورة لذلك، إذ يبقى مسؤولا عنهم سواء ارتبط بهم بعقد ثان كالمقاول من الباطن من فئة البدلاء في إطار عقد المقاولة من الباطن محل دراستنا، أو كانوا من المساعدين والمستخدمين الذين ساعدوه في تنفيذ العقد[2].

يعني اشتراط قيام الرابطة العقدية الصحيحة لقيام هذه المسؤولية يكون لطرفي العقد الأصلي فقط، دائنه المضرور ومدينه المسؤول، ولا يمتد هذا الشرط للغير الذين استبدل بهم المدين أو ساعدوه في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

2-استعانة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن في تنفيذ عقد المقاولة الأصلي :

لقيام المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن فعل الغير، لابد أن يكلف أشخاص يعتبرون غير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي الذي يربطه برب العمل لتنفيذ التزاماته التعاقدية الناجمة عن العقد[3].

---

[1] أحمد مفلح خوالدة، شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 91.

[2] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص، 222.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 140.

ومنه لتفعيل مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول من الباطن لا بد من إقحام هذا الأخير في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي المبرم بين المقاول الأصلي ورب العمل، سواء كان التكليف بتنفيذ كل العقد أو جزء منه فقط، وإلا فإن مسؤولية المقاول الأصلي الشخصية هي التي تقوم.

وإذا كان عقد المقاولة الأصلي عقد متشعب يفرض استعانة رب العمل بمجموعة من المقاولين لتنفيذ العقد كل في تخصصه وهي حالة تعدد المدينين، فإن خطأ أحدهم لا يحرك مسؤولية المقاولين الآخرين مسؤولية عن فعل الغير، فكل واحد منهم مرتبط بعقد منفصل مع رب العمل، فالتعدد الذي يحرك المسؤولية عن فعل الغير هو التعدد العمودي وليس الأفقي[1].

فالتعدد الأفقي الذي يصدر فيه التكليف من رب العمل لا يحرك هذه المسؤولية، وإنما التعدد العمودي الذي يصدر من المقاول الأصلي هو الذي يحركها، كالحالة التي يعهد فيها المقاول الأصلي بتنفيذ كل أو جزء من التزاماته التعاقدية المترتبة عن عقد المقاولة الأصلي، المبرم مع رب العمل إلى مقاول من الباطن، باعتباره غير عن العقد لا تربطه صلة برب العمل.

3- إخلال المقاول من الباطن بعقد المقاولة :

لا يسأل المدين عن كل أفعال الغير الخاطئة وإنما يسأل فقط عن تلك الأفعال التي تكون محل تكليف من قبل المدين، وتخل بالتزاماته التعاقدية في مواجهة الدائن وتضر بهذا الأخير[2].

لكي تقوم مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول من الباطن، لا بد أن يقوم هذا الأخير بالإخلال في تنفيذ أحد الالتزامات العقدية الناتجة عن العقد المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، التي كلفه المقاول الأصلي بتنفيذها في إطار عقد المقاولة من الباطن الذي يجمعهما، وأن يتسبب هذا الإخلال في ضرر لرب العمل.

كما لا يسأل المدين إلا عن الأفعال الخاطئة التي يرتكبها الغير الذين استبدل بهم أو استخدمهم في تنفيذ التزاماته، فلا يتصور مثلا مساءلته إذا كان عدم تنفيذ مستبدله راجع إلى سبب أجنبي[3].

فلا يسأل المقاول الأصلي مسؤولية عن فعل المقاول من الباطن، إلا إذا ارتكب هذا الأخير خطأ

---

[1] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 224.

[2] أحمد مفلح خوالده، مرجع سابق، ص 96.

[3] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، مرجع سابق، ص-ص، 79، 80.

عند تنفيذه للالتزامات التي عهدت إليه من قبل المقاول الأصلي، ولا يمكن الحديث عن مسؤولية عقدية للمقاول الأصلي عن فعل المقاول من الباطن ، إذا نفذ هذا الأخير ما أوكل إليه من قبل المقاول الأصلي تنفيذا صحيحا، أو أن عدم التنفيذ وحتى التنفيذ المعيب لم يكن بسبب خطأ منه، أو حتى في الحالة التي يستعين بها المقاول الأصلي بالشخص الخطأ في التنفيذ مثلا.

4-عدم وجود نص أو اتفاق يمنع المقاول الأصلي من الاستعانة بالمقاول من الباطن في تنفيذ التزاماته:

يجب أن لا يوجد ما يمنع المدين المسؤول من تكليف الغير لتنفيذ التزاماته التعاقدية في مواجهة الدائن المضرور كطبيعة الالتزام التي تفرض تنفيذه الشخصي لها، وجود نص قانوني أو اتفاق بينه وبين الدائن يمنعه من ذلك، وإلا فإن مسؤوليته الشخصية هي التي تقوم هنا[1].

فيجب أن تكون استعانة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن صحيحة، لا تخالف نص قانوني ولا اتفاق كما سبق ووضحنا في الفصل الأول، فإذا كان هناك مثلا تفاق بين رب العمل والمقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة الأصلي، يمنع المقاول الأصلي بالاستعانة بالغير في تنفيذ التزامه، أو إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار في إبرام العقد ، وقد تكون هاتين الحالتين مذكورتين في نص قانوني، وخالف المقاول الأصلي أحد هذه الموانع أو كلها فإن مسؤوليته الشخصية هي التي تقوم ولا يمكن الحديث هنا عن مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول من الباطن.

و يمكن للمقاول الأصلي التملص من هذه المسؤولية في ثلاث حالات تتمثل في :

1- حالة نفي خطأ المقاول من الباطن :

يمكن للمقاول الأصلي استعمال كافة الوسائل القانونية التي تمكنه من نفي خطأ المقاول من الباطن الذي استعان به في تنفيذ التزاماته التعاقدية، الناتجة عن عقد المقاولة الأصلي المبرم بينه وبين رب العمل، فإذا كانت هذه الالتزامات العقدية تجبره على تحقيق نتيجة فهو هنا ملزم بإثبات السبب الاجنبي، الذي حال دون تحقيق المقاول من الباطن لتلك النتيجة، أما إذا كانت تلزمه بذل العناية الازمة لتحقيقها فعليه إثبات أن المقاول من الباطن بذل العناية المطلوبة في ذلك[2].

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 167.

[2] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 242.

وهذا يعني أن تملص المقاول الأصلي مرهون بإثبات أن الإخلال في تنفيذ العقد لم يكن بسبب خطأ من المقاول من الباطن، ويجب التنويه أيضا أنه يمكن للمقاول الأصلي كذلك نفي وجود الخطأ العقدي في إطار مسؤوليته عن فعل المقاول من الباطن، إذا أثبت أن هذا الأخير قد نفذ العقد تنفيذا صحيحا ولم يرتكب أي خطأ.

2-حالة إثبات تحقق السبب الأجنبي الذي حال دون تنفيذ المقاول من الباطن للالتزامات الموكلة إليه :

لا يمكن مساءلة المدين المسؤول مسؤولية عقدية عن فعل الأشخاص الذين استبدل بهم أو استعان بهم في تنفيذ العقد المبرم مع الدائن المضرور إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع لسبب أجنبي[1].

في هذه الحالة يتخلص المقاول الأصلي من مسؤوليته العقدية عن فعل المقاول من الباطن إذا أثبت أن المقاول من الباطن لم ينفذ الالتزام الذي كلفه به نتيجة سبب أجنبي خارج عن إرادته، سواء تعلق الأمر بقوة قاهرة، حادث فجائي، فعل شخص أجنبي لا يرتبط لا بالمقاول الأصلي ولا حتى بالمقاول من الباطن، أو نتيجة خطأ الدائن المضرور المتمثل في رب العمل.

3-حالة وجود شرط في العقد الأصلي يفيد إعفاء المقاول الأصلي من المسؤولية الناجمة عن فعل الغير أمام رب العمل :

إذا كان الأصل أنه يجوز للمدين المسؤول أن يشترط في العقد المبرم مع الدائن المضرور عدم قيام مسؤوليته عن الأشخاص الذين قد يكلفهم بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد[2]، فإنه يجوز للمقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلي المبرم بينه وبين رب العمل، اشتراط إعفائه من المسؤولية الناتجة عن أفعال الغير الذين سيستعين بهم في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، ويتعلق الأمر بأفعال البدلاء والمساعدين بحيث يتحملون وحدهم تحت غطاء المسؤولية التقصيرية إخلالهم بتنفيذ العقد، وهو الشرط الذي يسمح له بالتملص من المسؤولية العقدية عن فعل المقاول من الباطن.

ويمكن للمقاول الأصلي الاستعانة بمقاول من الباطن في تنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد الأصلي المبرم بينه وبين رب العمل، وقد أجاز ذلك المشرع الجزائري صراحة من خلال نص المادة

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، مرجع سابق، ص 79.

[2] عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص413.

564[1] من القانون المدني الجزائري، حين أجاز للمقاول أن يعهد إلى مقاول فرعي وتحت مسؤوليته تنفيذ جزء أو كل التزاماته التعاقدية، ما لم تكن كفايته الشخصية محل اعتبار في ابرام العقد أو وجود اتفاق بينه وبين رب العمل يمنع هذا النوع من التعاقد.

وبذلك فإن أساس مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن أفعال المقاول من الباطن هي نتيجة استعانته به في تنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي، فهي مؤسسة قانونا وبنص صريح تعتمد إذا توافرت شروطها، لكن لا يمكن تطبيقها في حالة وجود نص في عقد المقاولة الأصلي يمنع المقاول الأصلي من الاستعانة بمقاول من الباطن في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وكذا في الحالة التي تكون فيها طبيعة العقد تفرض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول، وفي كلتا الحالتين الأخيرتين لا يمكن للمقاول الأصلي الاستعانة بمقاول من الباطن كما سبق الذكر، وبالتالي لا أساس لقيام مسؤوليته العقدية عن فعل المقاول من الباطن، وإنما تقوم فقط مسؤوليته الشخصية عن أفعاله حتى إذا خالف المنع واستعان بهم في التنفيذ.

وهو نفس التوجه الذي أخذ به المشرع الفرنسي بموجب المادة الأولى[2] من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، حين اعتبر أن المقاولة الفرعية هي العملية التي يمنح من خلالها المقاول الأصلي تحت مسؤوليته تنفيذ كل أو جزء من التزاماته محل عقد المقاولة أو صفقة عمومية المبرم مع رب العمل إلى شخص آخر يسمى المقاول من الباطن.

يفهم من خلال هذا النص أن تجسيد عقد المقاولة من الباطن عن طريق منح المقاول الأصلي المقاول من الباطن تنفيذ كل أو جزء من عقد مقاولة أو صفقة مبرمة مع رب العمل، يتيح المجال قانونا لتطبيق أحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير إذا توافرت شروطها في القانون الفرنسي، لأن تنفيذ المقاول من الباطن لتلك الأعمال يكون تحت مسؤولية المقاول الأصلي كما جاء صراحة في النص القانوني.

ثانيا: مسؤولية المقاول من الباطن عشريا أمام رب العمل

الأصل أن المقاول الأصلي يبقى مسؤولا عن المقاول من الباطن أمام رب العمل ويكلف وحده بتحمل المسؤولية العشرية التي نظمت وفق نصوص خاصة، حيث جاء النص عليها في المادة 554[3]

[1] المادة 564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1 de la loi n 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

[3] المادة 1/554، 2 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

من القانون المدني الجزائري، أين حددت الفقرة الأولى والثانية منها مفهوم هذه المسؤولية باعتبارها التزام يقع على عاتق مشيدي البناء بما فيهم المقاولين نتيجة وجود عيب أو تهدم يصيب المباني الثابتة أو المنشآت التي أقاموها ويهدد سلامتها، لمدة عشر سنوات ابتداء من تسلم العمل حتى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض.

وقد سبقه المشرع الفرنسي في تقرير ذلك، حيث نصت المادة 1792[1] من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى أن كل معماري يتولى تشييد عمل مسؤولا بقوة القانون اتجاه صاحب أو متسلم العمل عن الأضرار التي تهدد متانة البناء أو تأثر في أحد العناصر المكونة له أو إحدى معداته وتجعله غير مناسب للغرض الذي شيد لأجله، حتى ولو كانت ناتجة عن عيب في الأرض.

وصرح المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 554[2] من القانون المدني الجزائري أن المقاول من الباطن لا يسأل عشريا، وهو موقف المشرع الفرنسي كذلك قبل إدخال التعديلات على نص المادةَ 1792-1[3] وما يليها، إذ ينتهي التزامه بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي البناء ويفحصه مع بقائه مسؤولا عن العيوب الخفية التي يمكن أن تظهر بعد ذلك وفقا لما يقتضي به عرف الحرفة [4]، ليوسع لاحقا في النطاق الشخصي لهذه المسؤولية، ولعل موقف المشرع الجزائري والفرنسي قبل التعديل في إعفاء المقاول من الباطن من المسؤولية العشرية يرجع إلى اعتبارات قانونية وأخرى عملية يمكن تلخيصها في الآتي:

1-أحكام المقاولة من الباطن تفرض مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن أمام رب العمل[5].

2-أن الفقرة الثالثة من المادة 554 [6] من القانون المدني الجزائري كانت صريحة وواضحة في إعفاء المقاول من الباطن من المسؤولية العشرية، حيث حرمت المقاول الأصلي من حق الرجوع على المقاول من الباطن وفقا لأحكام هذه المسؤولية إذا كان له سبب في تهديد متانة وسلامة المنشآت، وإنما يمكنه الرجوع عليه وفقا لأحكام المسؤولية العقدية التي تنظمها القواعد العامة فقط كما سنوضح لاحقا.

3-أحكام المسؤولية العشرية فرضت لحماية رب العمل باعتباره الحلقة الضعيفة في العقد لجهله أصول صنعة البناء في مواجهة المقاول الأصلي وليس لحماية المقاول الأصلي في مواجهة المقاول من

---

[1] Article 1792/1 du code civil français, op cit.

[2] المادة 3/554 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1792-1 du code civil français, op cit.

[4] أنور طلبة، مرجع سابق، ص 297.

[5] المادة 2/564 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[6] المادة 3/554 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

الباطن باعتبار أنهما يتساويان في الخبرة وكلاهما يتقن الصنعة[1].

4-نظرا لضعف القدرات المالية والفنية للمقاولين من الباطن مقابل قدرات المقاولين الأصليين، حرص كل من المشرع الجزائري والفرنسي على إعفاء المقاولين من الباطن من هذه المسؤولية باعتبارها تشكل تهديدا لاستقرارهم العملي والمالي[2].

وبذلك فإن بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن أعمال المقاول من الباطن بما في ذلك المسؤولية العشرية هو الأصل في تطبيق أحكام المقاولة من الباطن، لكن كل من المشرع الجزائري والفرنسي استثنيا تطبيق أحكام المسؤولية العشرية على المقاولة من الباطن بسن نصوص تفيد ذلك، أو إدخال تعديلات على نصوص قانونية كانت موجودة لاعتبارات يراها كلاهما ضرورية كل بطريقته، ولابد من التوضيح أن استثناء تطبيق أحكام المسؤولية العشرية على المقاول من الباطن يفرض بالضرورة استثناء على أحكام تطبيق المقاولة من الباطن، التي تجعل المقاول الأصلي مسؤولا عن أعمال المقاول من الباطن أمام رب العمل، ولابد من الإشارة إلى أن تطبيق هذا الاستثناء في القانون الجزائري يختلف عن تطبيقه لدى نظيره الفرنسي حسب التفصيل الآتي:

1-إخضاع المقاول من الباطن للمسؤولية العشرية في القانون الجزائري :

يستفاد من الفقرة الثالثة من المادة 554 من القانون المدني الجزائري إعفاء المقاول من الباطن من هذه المسؤولية كمرحلة أولى، إلا أن المشرع الجزائري سن نصوص قانونية في مرحلة ثانية تفيد إقحام المقاول من الباطن في هذه المسؤولية، بأن أصبح المقاول من الباطن مسؤولا عشريا في مجال الترقية العقارية بموجب النصوص القانونية الآتي ذكرها:

-المادة 45 من القانون 11-04 [3] المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، التي منعت حصر أو استبعاد تضامن المقاولين من الباطن مع المرقي العقاري فيما يتعلق بالمسؤوليات التي تقع على

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 169.

[2] عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها- نطاق تطبيقها-الضمانات . المستحدثة فيها-، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الاولى، مصر، 1978، ص 437.

[3] المادة 45 من القانون 11-04 المؤرخ في 2011/02/17، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 2011/03/06.

عاتقه في إطار الترقية العقارية، بما في ذلك المسؤولية العشرية دون الإخلال بأحكام القانون المدني وقانون العقوبات، وهذا يعني أن إخضاع المقاول من الباطن في هذه المسؤولية تضامنا مع المرقي العقاري محصورا في مجال الترقية العقارية، ولا يخل بما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 554 التي تعفي المقاول من الباطن من أحكام هذه المسؤولية كأصل عام كما سبق تبيانه.

– المادة 2/30[1] من الملحق التنفيذي 12–85 المتعلق بدفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات لمهنة المرقي العقاري، التي تؤكد صراحة إخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسؤولية العشرية في مجال الترقية العقارية والتي جاء فيها «...يتحمل المرقي العقاري خلال عشر سنوات مسؤوليته التضامنية مع مكاتب الدراسات والمقاولين من الباطن وأي متدخل آخر...».

ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري قد قرر إقحام المقاولين من الباطن في المسؤولية العشرية تضامنا مع المرقي العقاري صراحة ودون أي شك.

2–إخضاع المقاول من الباطن للمسؤولية العشرية في القانون الفرنسي :

أعفى المشرع الفرنسي في البداية المقاول من الباطن من المسؤولية العشرية صراحة في نص المادة 1792من القانون المدني الفرنسي، والتي مفادها أن المهندسين المعماريين والمقاولين مسؤولين خلال عشر سنوات عن أي تهدم كلي أو جزئي يصيب المباني التي شيدوها بأجر مقدر جزافيا، سواء كان التهدم ناتج عن عيب في البناء او حتى في الأرض التي أقاموها عليها[2].

ويفهم من ذلك أن المشرع الفرنسي في البداية حصر هذه المسؤولية صراحة في شخصين وهما المهندس المعماري والمقاول دون غيرهم، وبالتالي استبعد المقاول من الباطن من نطاق المسؤولية العشرية في الأول ضمنيا على عكس المشرع الجزائري الذي استبعده صراحة.

ليتجه المشرع الفرنسي فيما بعد إلى إخضاع المقاول من الباطن لهذه المسؤولية تدريجيا من خلال :

1–التعديلات التي طرأت على نص المادة 1792 بالقانونين: 3 لسنة 1968 المؤرخ في3 جانفي 1968 والقانون 12 لسنة 1978 المؤرخ في 4 جانفي 1978[3]، حيث جعلا في إطار عقد المقاولة كل

[1] المادة 2/30 من ملحق المرسوم التنفيذي 12–85، المتعلق بدفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات لمهنة المرقي العقاري، المؤرخ في 2012/02/26، الجريدة الرسمية العدد 11، الصادرة بتاريخ 2012/02/26.

[2] عبد الرزاق حسين يس، مرجع سابق، ص 79.

[3] المرجع نفسه.

معماري يتولى عملية تشييد عمل يكون بقوة القانون مسؤولا عشريا في مواجهة صاحب العمل أو متسلمه[1].

وبالتالي فقد وسع المشرع الفرنسي في النطاق الشخصي للمسؤولية العشرية ضمنيا، من خلال التعديلات التي أدخلها على نص المادة 1792، لتشمل متدخلين آخرين غير المهندس المعماري والمقاول خاصة وأن المقاول من الباطن يمكن أن يكون معماريا يتولى عملية تشييد.

لكن جاء بعدها نص المادة 1792-1[2] ليفسر المعنى الذي أراده المشرع الفرنسي من خلال مصطلح المعماري، لتحديد الأشخاص المراد تكليفهم بالمسؤولية العشرية من خلال هذا المصطلح لنستنتج أنه لم يقحم المقاول من الباطن في ذلك.

2- نص المادة 1792-4-3 الذي يقحم المقاول من الباطن صراحة في نطاق المسؤولية العشرية والتي جاء فيها: «...إجراءات المسؤولية ضد المعمرين المحددة في نص المادة 1792، 1792-1 ومقاوليهم من الباطن تحدد ب 10 سنوات ابتداء من تسلم الأعمال»[3].

من خلال هذا نص نجد أن المشرع الفرنسي بالإضافة لتحديده للنطاق الزمني لهذه المسؤولية المتمثل في 10 سنوات ابتداء من تسلم الأعمال، قد وسع أكثر من النطاق الشخصي لها هنا ليشمل المقاول من الباطن، الذي لم يتضمنه نص المادة 1792-1 أعلاه المفسرة لصفة المعمر، وبطريقة أخرى المحدد للأشخاص الذين يمكن أن تكون لهم صفة المعماري الذي حمله هذه المسؤولية وفقا لنص المادة 1792 كما سبق تبيانه.

[1] Article 1792 du code civil français, op cit.
[2] Article 1792-1 du code civil français, op cit.
[3] Article 1792-4-3 du code civil français, op cit.

المبحث الثاني

العلاقة غير التعاقدية بين المقاول من الباطن ورب العمل

كما سبق وتطرقنا فإنه لا توجد أي رابطة عقدية تربط المقاول من الباطن برب العمل، وإنما يرتبط هذا الأخير عن طريق عقد المقاولة الأصلي بالمقاول الأصلي، الذي يتوسط بينهما بحيث يكون متعاقد مشترك في كلا العقدين –العقد الأصلي مع رب العمل والعقد من الباطن مع المقاول من الباطن–، وبذلك لا يمكن لرب العمل مطالبة المقاول من الباطن بتنفيذ الالتزامات لأن العلاقة بينهما غير مباشرة يتوسطها المقاول الأصلي، وينتج عن هذه العلاقة الغير مباشرة حقوق وأحكام قررها كل من القانونين الجزائري والفرنسي، وسنتطرق في المطلب الأول لتحديد العلاقة غير التعاقدية التي تربط المقاول من الباطن برب العمل، أما المطلب الثاني فسنخصصه للحقوق المقررة للمقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن نتيجة تلك العلاقة.

المطلب الأول

انتفاء الرابطة العقدية بين المقاول من الباطن ورب العمل

لا يرتبط المقاول من الباطن برب العمل عن طريق عقد، فهذا الأخير يربطه عقد المقاولة الأصلي مع المقاول الأصلي، في حين يرتبط المقاول الأصلي بعقد المقاولة من الباطن مع المقاول من الباطن، وسنعرض فيما يلي العلاقة التي تربط المقاول من الباطن برب العمل والحقوق المقررة لهذه العلاقة كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

تحديد العلاقة بين المقاول من الباطن ورب العمل

يتطلب عقد المقاولة من الباطن وجود عقدين متتابعين ألا وهما عقد المقاولة الأصلي الذي يجمع بين رب العمل والمقاول الأصلي، ليتبعه العقد من الباطن الذي يجمع كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وبذلك نكون أمام مجموعة عقدية تتكون من عقدين: عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، وثلاث أطراف عقدية: رب العمل، المقاول الأصلي وهو الطرف المشترك في العقدين الذي يكون

مدينا ودائنا في كلا العقدين، وأخيرا المقاول من الباطن[1].

وبذلك يعتبر رب العمل من الغير بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن الذي يجمع المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، وهذا الأخير يعتبر أيضا من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي الذي يجمع المقاول الأصلي برب العمل.

وعملا بمبدأ نسبية العقود الذي يفرض عدم انصراف آثار العقد لغير المتعاقدين وفقا لنص المادة 113[2] من القانون المدني الجزائري، التي تفيد أن العقد لا يمكن أن ينشئ التزامات في ذمة الغير، ووفقا للعلاقة غير مباشرة التي تربط رب العمل بالمقاول من الباطن، فإن **الأصل** أن رب العمل لا يمكنه مطالبة المقاول من الباطن بتنفيذ الالتزامات لانعدام علاقة عقدية مباشرة بينهما، وإنما يجوز ذلك للمقاول الأصلي فقط، كما لا يمكن للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل بتنفيذ أي التزام لذات السبب وإنما يطلبها من المقاول الأصلي[3]، في حين يمكن لهما المطالبة بذلك وفقا لأحكام الدعوى غير المباشرة التي تفرضها القواعد العامة، والتي تسمح للدائن مطالبة مدين مدينه بتنفيذ الالتزامات غير أنها لا تعطيه أي حق أفضلية أو ميزة في المطالبة[4].

الفرع الثاني

حقوق المقاول من الباطن ورب العمل في الدعوى غير المباشرة

الأصل أن أطراف العلاقة التعاقدية المباشرة يكونون وحدهم أصحاب الحق في المطالبة في التنفيذ بطريقة مباشرة، يعني أطراف عقد المقاولة الأصلي: رب العمل والمقاول الأصلي هم أصحاب الحق في إطار عقد المقاولة الأصلي، وأطراف العقد من الباطن: المقاول الأصلي والمقاول من الباطن هم أصحاب الحق في إطار عقد المقاولة من الباطن، مع وجود بعض الاستثناءات التي نظمها القانون كحالة الحوالة التي تعطي للمقاول من الباطن الحق بمطالبة صاحب العمل باستحقاقات المقاول الأصلي مثلا، غير أن الدائن الأصلي في العقد قد لا يستعمل حقه في المطالبة في التنفيذ، الأمر الذي يلحق الضرر بدائنه، علما أنه لا تربطه أي علاقة مباشرة بمدين المدين، والذي يمكن أن يتجسد في شخص رب العمل أو

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 91.

[2] المادة 113 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 135.

[4] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 91.

المقاول من الباطن هنا، فيلجأ هو للمطالبة بالتنفيذ عن طريق الدعوى غير مباشرة باعتبارها الوسيلة القانونية المتاحة في هذه الحالة، نتيجة توافر أسباب التمسك بها للمطالبة بالتنفيذ وتحقيقه.[1]

ونتيجة انتفاء الرابطة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن لا يستطيع رب العمل مطالبة المقاول من الباطن بالالتزامات التي من المفروض أن يطالب بها المقاول الأصلي، لكن هذا الأخير يطالب بها المقاول من الباطن نتيجة العلاقة المباشرة بينهما، كما لا يستطيع المقاول من الباطن مطالبة رب العمل بالالتزامات التي من المفروض أن يطالب بها المقاول الأصلي، وهذا الأخير يطالب بها رب العمل نتيجة العلاقة المباشرة بينهما، فلا يمكن إذن لرب العمل مثلا مطالبة المقاول من الباطن مباشرة بإنجاز العمل أو بتسليمه أو بتقديم الضمان، كما لا يجوز للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل مباشرة بتمكينه من إنجاز العمل أو تسلمه أو دفع الأجر، لكن يمكن لكلاهما: رب العمل والمقاول من الباطن استعمال حق مدينهما ألا وهو المقاول الأصلي في رجوع أحدهما على الآخر وفق أحكام الدعوى غير المباشرة[2]، فنجد مثلا نص المادة 189 من القانون المدني الجزائري التي تجيز لكل دائن أن يستعمل حقوق مدينه التي لم يتمسك بها ،الأمر الذي يتسبب في إعساره أو زيادته إلا ما كان منها مرتبطا بشخصه أو غير قابل للحجز، مع إدخاله في الخصام حتى ولم يحل أجل الدين بعد[3].

ولو كنا مثلا أمام عقد مقاولة بناء والتي تدخل فيها مقاول من الباطن عن طريق عقد مقاولة من الباطن، لإنجاز العمل الموكل إلى المقاول الأصلي من طرف رب العمل من خلال عقد المقاولة الأصلي المبرم بينهما، فإذا امتنع المقاول من الباطن عن تنفيذ العمل تقوم مسؤوليته عن ذلك والتي تتطلب التعويض، غير أن المقاول الأصلي لم يطالب بذلك الأمر الذي يسبب إعسار لرب العمل، جاز لهذا الأخير المطالبة بالتعويض باسم المقاول الأصلي عن طريق الدعوى غير المباشرة، والعكس صحيح كذلك[4].

ووفقا للدعوى غير المباشرة يمكن حماية بعض الحقوق المقررة لرب العمل والمقاول من الباطن في مواجهة بعضهما البعض، لكنها لا تحقق الحماية الكافية لعدة أسباب أوردها الفقه تتمثل في:[5]

---

[1] نسرين مصطفى محمد العساف، العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن في القانون الأردني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد الرابع، 2020، ص 343.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص–ص، 246، 247 .

[3] المادة 189 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] نسرين مصطفى محمد العساف، مرجع سابق، ص 344.

[5] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 142.

أولا: إن رافع الدعوى الغير مباشرة لا يكون صاحب أولوية في الحق وإنما يتزاحم في ذلك مع كل دائني المدين بحيث يتقاسمون الحق المحكوم به قسمة غرماء، فإذا رفعها المقاول من الباطن لمطالبة بحق لم يطالب به المقاول الأصلي رب العمل مما تسبب في إعسار المقاول من الباطن ،فإن جميع دائني المقاول الأصلي يزاحمون المقاول من الباطن في الحق المحكوم به، ويتقاسمونه معه قسمة غرماء، فلا تجعله يستفيد من الحق وراء رفع الدعوى كما يريد، فهي فردية في رفعها لكنها جماعية في آثارها.

ثانيا: رفع الدعوى غير المباشرة لا يوقف المدين من التصرف في حقوقه لدى مدينه حتى بعد رفع الدعوى، بحيث ترفع الدعوى باسم المدين لكن تصرفه يبقى نافذا في مواجهة مدينه حتى بعد تاريخ رفع الدعوى، فإذا رفع المقاول من الباطن مثلا الدعوى غير المباشرة باسم المقاول الأصلي، فإن هذا الأخير يمكنه التصرف في حقوقه لدى رب العمل التي رفعت الدعوى من أجلها حتى بعد تاريخ رفع المقاول من الباطن للدعوى.

ثالثا: في الحالة التي يرفع فيها رب العمل الدعوى غير المباشرة باسم المقاول الأصلي في مواجهة المقاول من الباطن، يمكن لهذا الأخير التمسك في مواجهة رب العمل بكل الدفوع المقررة له قانونا التمسك بها في مواجهة المقاول الأصلي كالمقاصة مثلا.

المطلب الثاني

حقوق المقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن

يمكن للمقاول من الباطن ورب العمل المطالبة بحقوقهم عن طريق الدعوى غير المباشرة التي أقرتها القواعد العامة، ولكن هذه الدعوى تبقى ضعيفة في الحفاظ على حقوق رب العمل والمقاول من الباطن، وقد تدخل كل من المشرع الجزائري والفرنسي لمعالجة نقاط الضعف في حماية حقوق المقاول من الباطن، وسنعرض فيما يلي الحقوق الخاصة المقررة للمقاول من الباطن والحقوق العامة المقررة له في إطار عقد المقاولة من الباطن، كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

الحقوق الخاصة للمقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن

لمعالجة الضعف الموجود في إطار الدعوى الغير مباشرة حماية لحقوق المقاول من الباطن، أقر كل من المشرع الجزائري والفرنسي مجموعة من الأحكام يستفيد منها المقاول من الباطن في إطار عقود

المقاولة من الباطن الخاصة نعرضها في الآتي :

أولا: الدعوى المباشرة

يمكن تجسيد قاعدة الدعوى المباشرة لمصلحة المقاول من الباطن في مواجهة رب العمل استنادا إلى[1] :

-**شرط لمصلحة الغير** في إطار العقد الأصلي وجوبا لأنه لا يمكن أن يكون المنتفع طرفا في العقد المتضمن الاشتراط، بالإضافة إلى أنه لو تم الاشتراط في العقد من الباطن مثلا لا يمكن أن يرتب التزامات على عاتق رب العمل الذي يعتبر غير عنه، ومفاد هذا الاشتراط الدفع من قبل رب العمل للمقاول من الباطن الذي يعتبر غير عن عقد المقاولة الأصلي الذي أبرمه الدافع مع المقاول الأصلي، وأطراف العقد الأصلي هم وحدهم من يحق لهم تدوين مثل هذا الشرط. في حين يمكن أن يدون مثل هذا الشرط في عقد المقاولة من الباطن، لكن هنا يتغير كل من الدافع الذي يصبح المقاول الأصلي والمنتفع ألا وهم عمال المقاول من الباطن.

- **نص قانوني:** وهي الحالة التي تفرض فيها الدعوى المباشرة بنص قانوني بعيدا عن إرادة المتعاقدين، وهي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو النزول عنها في عقد المقاولة من الباطن.

وفي إطار الدعوى المباشرة المفروضة بنص قانوني نجد أن المشرع الجزائري أقرها من خلال نص المادة 1/565[2] من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها «يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا 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...».

يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري:

- جعل الدعوى المباشرة حق لكل من المقاول من الباطن، عمال المقاول الأصلي وعمال المقاول من الباطن.

---

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص-ص، 92، 93 .

[2] المادة 1/565 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

– حدد المدينين بها وهم: رب العمل ،المقاول الأصلي، و المقاول من الباطن في حالة تسلسل عقود المقاولة من الباطن.

–جعلها تشتمل فقط على قيمة ما كان رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي أو ما كان المقاول الأصلي مدينا به للمقاول من الباطن، أي ما كان مدين المدين مدينا به للمدين وقت رفع الدعوى دون أن تمتد إلى باقي أموالهم.

–تتقرر الدعوى المباشرة في مواجهة مدين المدين فقط بحيث جعلها حق للمقاول من الباطن وعمال المقاول في مواجهه رب العمل باعتباره مدين المقاول الأصلي الذي يعتبر مدينهم، فإذا قاول المقاول من الباطن ،فللمقاول من الباطن الأخير حق التمسك بالدعوى المباشرة و يكون في مواجهة المقاول الأصلي باعتباره مدين مدينه وليس رب العمل، لأنه يصبح هنا مدين مدين مدينه. لكن استثناء وسع المشرع الجزائري في ذلك وجعل عمال المقاول من الباطن الحق ممارسة الدعوى المباشرة على رب العمل وهو يمثل مدين مدين مدينهم.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي فإن المادة 1/12[1] من القانون 75–1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، قررت للمقاول من الباطن الحق في ممارسة الدعوى المباشرة في مواجهة رب العمل، للحصول على المبالغ المستحقة من تنفيذ العقد من الباطن في حالة عدم امتثال المقاول الأصلي للدفع، لكن لا يمكن للمقاول من الباطن ممارسة هذا الحق إلا بعد مطالبة المقاول الأصلي أولا بالدفع عن طريق إشعار رسمي، وعدم امتثال هذا الأخير لذلك بعد مرور شهر، هنا يحق له مطالبة رب العمل بالدفع عن طريق الدعوى المباشرة ، بإرسال نسخة من الإشعار الرسمي الذي أرسله للمقاول الأصلي لتبليغه بحقه في الدفع، يعني أنه إذا لم يطالب المقاول الأصلي أولا بالدفع عن طريق إشعار رسمي ،وينتظر مرور شهر بعد ذلك الدعوى المباشرة هنا ليست من حقه لعدم تحقق شروط ممارستها.

وقد قرر المشرع الفرنسي أن أي تنازل عن هذه الدعوى المباشرة من قبل المقاول من الباطن، أو عدم الاعتراف بها من قبل رب العمل، أو حتى أي اتفاق على مخالفتها هي إجراءات لاغية لا أثر لها وكأنها لم تكن، باعتبار أنها تتنافى مع أحكام القانون 75–1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن[2].

ويعتبر المقاول من الباطن هنا صاحب امتياز على باقي دائني المقاول الأصلي خاصة وأنه تقرر

[1] Article 12/1 de la loi n 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.
[2] Article 12/2 et Article 15 de la loi n 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

له ممارسة حقه في الدعوى المباشرة حتى في الحالة التي يكون فيها المقاول الأصلي في إفلاس أو تسوية قضائية[1].

ووفقا لما قضت به محكمة التمييز الفرنسية في القرار رقم 167 المؤرخ في 1989/07/12 تعتبر ممارسة الدعوى المباشرة حق للمقاول من الباطن من الدرجة الاولى فقط، أما المقاولين من الباطن من الدرجة الثانية وما بعدها لا يمكنهم ممارسة هذا الحق في مواجهة رب العمل، إنما يمارسوها في مواجهة المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن من الدرجة الأولى حسب التسلسل، أي الذي يعتبر رب عمل بالنسبة لهم ويمثل مدين مدينهم وفقا للقرار الصادر عن محكمة التمييز الفرنسية تحت رقم 107 المؤرخ في 1980/05/29[2].

وتعتبر الدعوى المباشرة التي نص عليها كل من القانونين الجزائري والفرنسي استثناءً على القاعدة التي تعتبر عقد المقاولة من الباطن من عقود المقاولة وبالتالي تطبق عليه أحكام عقد المقاولة، باعتبار أن الدعوى المباشرة تخضع لأحكام المادة 1/565 من القانون المدني الجزائري، ضمن النصوص المقررة للمقاولة الفرعية والمادة 12 من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن[3].

ثانيا: الامتياز في حالة توقيع الحجز

إلى جانب الحق في ممارسة الدعوى المباشرة يمكن للمقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي سلك طريق آخر لاستيفاء حقوقهم عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير، ويتعلق الأمر بحجز ما لمدينهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي وفقا لما تمليه القواعد العامة، فمثلا لو كان الدائن هو المقاول من الباطن والمدين هو المقاول الأصلي يمكنه حجز ما للمقاول الأصلي لدى رب العمل، أي الحجز يكون هنا على ما تحت يد رب العمل، أما إذا كان الدائنين هم عمال المقاول من الباطن فيعتبر هذا الأخير هو مدينهم ، ينفذ الحجز في هذه الحالة على ما تحت يد المقاول الأصلي بحجز ما للمقاول من الباطن لديه.[4]

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الحل في إطار عقود المقاولة من الباطن صراحة من خلال

---

[1] Article 12/3 de la loi n 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

[2] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 295.

[3] المرجع نفسه، ص 294.

[4] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 99.

نص المادة 2/565[1] من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: «...و لهم توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو المقاول الفرعي وقت توقيع الحجز. ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة...». والنص هنا واضح يفيد أنه يمكن لأحد الدائنين، ويقصد بهم: المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي، الحق في توقيع الحجز في مواجهة مدينهم، سواء تعلق الأمر بالمقاول الأصلي أو المقاول من الباطن على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي، ويكون لهم في هذه الحالة امتياز علي تلك المبالغ بنسبة حقهم من وقت توقيع الحجز، ويمكن أن يستلموا حقهم بطريقة مباشرة.

وبذلك فإن الحجز الذي يمارسه المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي أحسن من حل الدعوى المباشرة كاستثناء، ومخالفة للأصل العام، الذي يقضي وفقا للقواعد العامة بأن طريق الدعوى المباشرة أقوى من طريق الحجز لأن الدعوى المباشرة متى بدأت تمنع الحجز، وإذا بدأ فيه قبلها تمنع استمراره، بالإضافة إلى أنه حل تقضي به القواعد العامة تجعل الدائن الذي بدأ بالحجز لا يكسب أي مركز متقدما يجعله متميزا عن باقي الدائنين الذين طالبوا به وراءه أو يمنعهم من ممارسة حقهم، وهذه الأفضلية الاستثنائية تقررت لسببين[2]:

-السبب الاول أن المستفيدين من الحجز الموقع على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي لا يكون إلا في الحدود التي يكون فيها رب العمل مدينا بها ومستحقة الأداء للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز ، أو ما يكون المقاول الأصلي مدينا بها ومستحقة الأداء للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، وهم أصحاب امتياز كما جعلهم المشرع الجزائري يتزاحمون عليه ، الأمر الذي يفيد أنه يمكن أن يكون من عدة دائنين فإذا تعلق الأمر بالمقاول من الباطن، عماله وعمال المقاول الأصلي فهم يتقاسمونه قسمة غرماء في حين يبقون أصحاب أفضلية ويحتجون به في مواجهة بقية الدائنين[3].

-السبب الثاني أنه يمكن أن يحصل المستفيدين من توقيع الحجز على حقهم مباشرة من رب العمل أو المقاول الأصلي دون استصدار أمر من القاضي[4].

---

[1] المادة 2/565 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 99.

[3] المرجع نفسه، ص-ص، 99، 100.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص233.

وحسب ما جاء في نص المادة 3/565 [1]من القانون المدني الجزائري «...حقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه اتجاه رب العمل».

ويفهم من هذه الفقرة أن حوالة الحق التي يمكن أن يتنازل بها المقاول الأصلي عن حقه في ذمة رب العمل لا تسري في مواجهة حق المقاول من الباطن أو عماله أو عمال المقاول الأصلي، أو التي يتنازل بها المقاول من الباطن عن حقه في ذمة المقاول الأصلي، لا تسري في مواجهة حق عمال المقاول من الباطن، حتى لو صارت نافذة لفائدة الغير بقبول رب العمل أو المقاول الأصلي قبل توقيع الحجز من قبل المقاول من الباطن أو عماله أو عمال المقاول الأصلي.[2]

وواضح من هذه الفقرة أنها تقدم حق المستفيدين من الحجز على المحال إليهم في حوالة الحق، وبحكم أن المشرع الفرنسي لم يتناول هذا الحق للمقاول من الباطن والعمال بنص قانون وبالتالي يرجع في ذلك إلى القواعد العامة.

ثالثا: تقييد حرية المقاول الأصلي في التصرف في حقوقه لدى رب العمل

الدعوى المباشرة التي يمكن للمقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي رفعها هي دعوى مباشرة غير كاملة، لأنها تسمح للمقاول الأصلي بالتصرف بحقه لدى رب العمل قبل رفعها، أي أن للمقاول الأصلي الحرية في التصرف في حقه لدى رب العمل مالم يقم المقاول من الباطن، عماله أو عمال المقاول الأصلي برفع دعوى مباشرة أو تقديم حجز، وبذلك فإن رفع الدعوى المباشرة أو توقيع الحجز أيهما أسبق أولا، يسقط حق المقاول الأصلي في التصرف في حقه لدى رب العمل، الذي يصبح من حق رافع الدعوى المباشرة دون غيره من الأشخاص المسموح لهم برفع الدعوى أو توقيع الحجز، إلا إذا كان بينهم تضامن[3].

وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1/565[4] من القانون المدني الجزائري بقولها: «...حق مطالبة رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى...»، وكذا نص المادة 2/565[5] بقولها: «... ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما

---

[1] المادة 3/565 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 228.

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص-ص95، 96.

[4] المادة 1/565 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[5] المادة 2/565 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة...».

وما يلاحظ على نص المادة 1/565 والمادة 2/565 أن المشرع الجزائري قيد فعلا تصرف المقاول الأصلي في التصرف في حقه بعد رفع الدعوى أو توقيع الحجز من المقاول من الباطن أو غيره من أصحاب الحق في القيام بذلك، لكن حصر هذا المنع من التصرف في الحق في حدود مبالغهم المستحقة لدى المقاول الأصلي فقط دون أن تمتد فوق ذلك.

والعبرة هنا بوقت رفع الدعوى فلا يعتد بتصرفات المقاول الأصلي في حقه قبل رفعها، إلا النزول عن الحق فهو غير نافذ في مواجهة أصحاب الحق في رفع الدعوى أو توقيع الحجز حتى ولو كان ذلك قبل رفع الدعوى كما نصت المادة 3/565[1] من القانون المدني الجزائري.

وكل تصرفات المقاول الأصلي في حقه لابد أن تكون ثابتة التاريخ قبل رفع الدعوى أو تاريخ الحجز، إلا إذا كانت مخالصات فهي تحوز الحجية في تاريخها العرفي أما التصرفات الأخرى غير ثابتة التاريخ لا يحتج بها في مواجهة رافع الدعوى أو موقع الحجز، ويعتبر الفقه أن توجيه الإنذار بالدفع يحل محل رفع الدعوى، وهو بذلك يسقط حق المقاول الأصلي في التصرف في حقه مثله مثل الحجز[2].

وفي حالة توجيه الإنذار بالدفع أو رفع الدعوى المباشرة أو توقيع الحجز وقام رب العمل بالوفاء لصالح المقاول الأصلي سواء كان هذا الوفاء كليا أو جزئيا يبقى للمستفيدين من الدعوى المباشرة الحق بالمطالبة بحقهم لدى رب العمل الذي يكون مجبرا على الوفاء لهم، لأن وفائه للمقاول الأصلي لا يسري في حقهم وله بعد ذلك الرجوع على المقاول الأصلي في ذلك، كما لا يجوز للمقاول الأصلي إبراء ذمة رب العمل، ولا يمكن لرب العمل كذلك أن يقوم بإجراء مقاصة لدينه لدى المقاول الأصلي مع حقه الذي في ذمته المرتبط بعقد المقاولة [3].

أما المشرع الفرنسي فقد وضح ذلك في نص المادة 1/9[4] من القانون 75-1334 ،التي جاء فيها أنه لا يمكن للمقاول الأصلي في الصفقات العمومية أن يرهن إلا الجزء المنفذ منه شخصيا، دون أن يشمل ما يمكن أن ينفذ من قبل المقاولين من الباطن.

---

[1] المادة 3/565 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 96.

[3] فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 256.

[4] Article 9/1 de la loi n 75-1334, relative à la sous-traitance , op cit.

كما نص في المادة 13-1/1[1] من نفس القانون أنه لا يجوز للمقاول الأصلي أن يتنازل أو يرهن المستحقات الناتجة عن العقد المبرم مع رب العمل، إلا المبالغ المستحقة له عن العمل الذي يؤديه بنفسه.

ويفهم من هذين النصين أن تقييد حرية تصرف المقاول الأصلي في حقه لدى رب العمل تنحصر في قيمة الأعمال المنفذة من غيره، كتلك الأعمال المنفذة من قبل المقاول من الباطن، دون أن تمتد لباقي حقوقه بما في ذلك قيمة الأعمال المنفذة من قبله بصفة شخصية.

رابعا: الحصول على كفالة أو إنابة في الوفاء

بالإضافة إلى الدعوى المباشرة والحجز وتقييد حرية المقاول الأصلي في التصرف في حقه يستفيد المقاول من الباطن من الحصول على كفالة أو إنابة في الوفاء، حسب التفصيل الآتي:

1-الكفالة:

لم يرد نص في القانون المدني الجزائري يتضمن الكفالة في عقد المقاولة، وإنما تم تحديد مفهومها بصفة عامة من خلال نص المادة 644[2] من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: «الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تقديم التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين بنفسه». وحسب ما جاء في النص وبإسقاط ذلك على عقد المقاولة من الباطن الكفالة تعني، أن يجد المقاول الأصلي كفيل له يكفله في الوفاء للمقاول من الباطن عن طريق تقديم تعهد شخصي لذلك ، إذا لم يقم هو بالوفاء.

أما المشرع الفرنسي فقد فرض ذلك من خلال نص المادة 14/1[3] من القانون 75-1334، فجعل تحت طائلة بطلان العقد من الباطن وجوب وضع ضمان دفع لجميع المبالغ المستحقة للمقاول من الباطن في إطار هذا العقد من قبل المقاول الأصلي، من خلال كفالة شخصية وتضامنية يحصل عليها المقاول الأصلي من طرف مؤسسة مؤهلة لذلك ، ويتم الموافقة عليها بموجب شروط يحددها مرسوم تصل إلى مقدار الخدمات المقدمة من قبل المقاول من الباطن.

ومع ذلك لن يحتاج المقاول إلى تقديم كفالة إذا قام بتفويض رب العمل إلى المقاول من الباطن

[1] Article 13-1/1 de la loi n 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

[2] المادة 644 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 14/1 de la loi 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

بموجب أحكام المادة 1338[1] من القانون المدني الفرنسي.

ومعنى أن تكون الكفالة شخصية يفيد أن لا تكون عامة تضمن كل المقاولات من الباطن التي أبرمها المقاول الأصلي خلال سنة محددة، وإنما تتضمن إسم المقاول من الباطن المعني وتكون بقيمة مستحقاته الناجمة عن العقد.

ومعنى أن تكون صادرة من مؤسسة مؤهلة يفيد وفقا لقرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بأن تكون مؤسسة مصرفية[2].

وقد نصت المادة 4/6[3] من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن كذلك على ذلك ، لكن في إطار عقود المقاولة من الباطن المتسلسلة بحيث يجب على المقاول من الباطن الذي يعهد إلى مقاول من الباطن آخر بتنفيذ جزء من العقد الموكل إليه، الذي يعتبر هنا بمثابة مقاول أصلي أن يقوم بتقديم كفالة شخصية أو إنابة إلى المقاول من الباطن كضمان عن مستحقاته وفقا للمادة 14 من نفس القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن عقوبة بطلان العقد التي أقرها القضاء، لا تكون إلا في الحالة التي يضر فيها غياب الكفالة بالمتعاقد من الباطن، من أجل الحد من سوء نية المقاول من الباطن في التعاقد واعتبارات اختفاء المقاول من الباطن وراء غياب الكفالة لإخفاء عجزه تعتبر أمر مبالغ فيه، كأن يطلب فسخ العقد بسبب عدم وجود الكفالة للتهرب من دفع غرامة التأخير في التنفيذ مثلا[4].

2-الإنابة في الوفاء :

و كما ذكرنا سابقا في الكفالة كذلك لا يوجد نص في القانون المدني الجزائري يتضمن تطبيق الإنابة في عقد المقاولة، لكن تم النص عليها بصفة عامة من خلال نص المادة 294 [5] منه والتي جاء فيها: «تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. ولا تقتضي الإنابة أن يكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير».

وبإسقاط ذلك على عقد المقاولة من الباطن تتم الإنابة إذا حصل المقاول الأصلي على قبول المقاول من الباطن بشخص أجنبي عن عقد المقاولة من الباطن، يلتزم بالوفاء له مكان المقاول الأصلي، ولا

[1] Article 1338 du code civil français, op cit.

[2] فرانسواز لابارت، سيريل نوبلوت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 949.

[3] Article 6/4 de la loi 75-1334, op cit.

[4] فرانسواز لابارت، سيريل نوبلوت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص 950.

[5] المادة 294 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

يشترط في الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المقاول الأصلي والشخص الذي ينوبه.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فيتضمنها في حالة عدم تنفيذ الكفالة كما جاء في نص المادة 14 من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، أنه يمكن للمقاول الأصلي إنابة رب العمل في مواجهة المقاول من الباطن تصل إلى مقدار الخدمات المقدمة من قبل المقاول من الباطن.

ويشترط أن يتمثل أطراف الإنابة في: المقاول الأصلي: المنيب، المقاول من الباطن: المناب إليه، رب العمل المناب، ويستند في ذلك إلى نص المادة 1336 من القانون المدني الفرنسي، ويمكن للإنابة أن تكون كاملة وبالتالي تحرر المقاول الأصلي من الضمان، أما إذا كانت غير كاملة فيجبر المقاول الأصلي في هذه الحالة على تحرير توقيع كفالة أي بالمبلغ المتبقي[1].

والإنابة بالدفع من طرف رب العمل تفترض موافقته، الأمر الذي يسهل التعامل بالمقاولة من الباطن لكن تعتبر الكفالة أكثر ضمانا للمقاول من الباطن لأن الدافع هو مؤسسة مالية مقرضة.

في حالة تسلسل عقود المقاولة من الباطن كما نصت على ذلك المادة 4/6 من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن كما ذكرنا سابقا، لا يمكن تجسيد الإنابة كضمان إلا إذا استفاد المقاول من الباطن الأول منها وإلا فإنه يلجأ إلى الكفالة[2].

لكن يرى بعض الفقه أن الإنابة لا ترتقي إلى درجة الضمان الكافي في الدفع ويبررون ذلك بأن، الأحكام التي تحكم الإنابة وفقا للقواعد العامة تتيح للمناب الذي يمثل رب العمل في حالة الإنابة في المقاولة من الباطن، الحق بالتمسك بكل الدفوع التي يستطيع المنيب الذي يمثل المقاول الأصلي التمسك بها في مواجهة المناب إليه الذي يمثل المقاول من الباطن[3].

الفرع الثاني

الحقوق العامة المقررة للمقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن العامة

من الحقوق المقررة للمقاول من الباطن في إطار عقود المقاولة من الباطن العامة التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها طرفا فيها **-الدفع المباشر-**، الذي لم يعتد به إلا عندما قرر المشرع الفرنسي تقرير حماية

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع ساوبق، ص 106.

[2] فرانسواز لابارت، سيريل نوبلوت، ت: عبد الأمير ابراهيم شمس الدين، مرجع سابق، ص-ص، 951، 952.

[3] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 106.

للمتعاقد من الباطن في إطار العقود العامة، واعتمده كوسيلة ناجعة ، لذلك أصدر المرسوم الفرنسي رقم 53-405 المؤرخ في 1953/05/12 ، والذي أكده فيما بعد بالمرسوم رقم 73-329 المؤرخ في 1973/03/14[1]، وسنعرض فيما يلي مفهوم الدفع المباشر، وشروطه والجهة المسؤولة عن الدفع.

أولا: مفهوم الدفع المباشر :

هو التزام يقع على عاتق رب العمل في إطار عقود المقاولة من الباطن العامة يلزمه بأن يدفع مباشرة للمقاول من الباطن، الذي سبق وأعلمه به المقاول الأصلي فقبله وقبل شروط دفعه الواردة في العقد، حتى ولو كان المقاول الأصلي في حالة إعسار أو تسوية قضائية، أو اتخذت ضده إجراءات مطالبة، فيجعل بذلك رب العمل الدائن الحقيقي في مواجهة المقاول من الباطن عن كل مستحقاته التي تقابل أعماله المنفذة في إطار عقد المقاولة من الباطن[2].

وهو حق للمقاول من الباطن لا يمكن التنازل عنه، وكل تنازل عن ذلك يقع باطلا بطلانا مطلقا كأنه لم يكن[3].

تناولته المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمادة 3 من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن وقانون الطلب العمومي الفرنسي.

ثانيا: شروط الدفع المباشر

من أجل تجسيد عملية الدفع المباشر في عقود المقاولة من الباطن العامة وجب على المقاول الأصلي أن يجعل الإدارة تقبل بالمقاول من الباطن وبشروط دفعه، وهذا ما أكدته المادة 143[4]من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمادة 1/3[5] من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، خلال أي فترة كانت للعقد من الإبرام إلى غاية نهاية التنفيذ.

وفي حالة عدم قبول الإدارة للمقاول من الباطن وعدم الموافقة على شروط دفعه فإنه لا يستفيد من هذا الحق[6]، وهذا الأمر منطقي لأن كل من المشرع الجزائري والفرنسي فرضا قبول المقاول من الباطن

---

[1] إيلي مسعود خطار، مرجع سابق، ص 241.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 106

[3] Article 7 et Article 15 de la loi n 75-1334, relative à la sous-traitance, op cit.

[4] المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[5] Article 3/1 de la loi n 75-1334, relative à la sous –traitance , op cit.

[6] إيلي مسعود خطار، مرجع سابق، ص 255.

والموافقة على شروط دفعه لتطبيق الدفع المباشر.

أما في حالة قبلت الإدارة التي تمثل رب العمل في عقود المقاولة من الباطن العامة المقاول من الباطن ووافقت على شروط دفعه، فإن هذا الأخير يستفيد من الدفع المباشر، شرط مراعاة مجموعة من الشروط وتتمثل هذه الشروط في الآتي[1]:

-لا يطبق الدفع المباشر إلا على الصفقات التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها طرفا فيها- المادة 9 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية- و- المادة 4 من القانون 75-1334- المتعلق بالمقاولة من الباطن.

- المقاول من الباطن من الدرجة الأولى هو الذي يستفيد فقط من الدفع المباشر، أما المقاولين من الباطن من الدرجة الثانية فما فوق يستفيدون من كفالة او إنابة صاحب المشروع للدفع.

-لا يطبق الدفع المباشر إلا على عقود المقاولة من الباطن العامة التي تفوق قيمتها 600 يورو بالنسبة للقانون الفرنسي-المادة 6 من القانون75-1334-، ولم يورد مثل هذا الشرط في القانون الجزائري فهي مفتوحة دون تحديد معيار مالي لها.

ثالثا: جهة الدفع المباشر

بالنسبة للقانون الجزائري فإن الإدارة وحدها دائما هي المسؤولة عن الدفع المباشر في حالة توفر شروطه بالنسبة للمقاول من الباطن.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فيميز بين حالتين[2]:

-الحالة التي تقل فيها قيمه العقد من الباطن العام 600 يورو، فإن المقاول الأصلي هو الذي يتولى عملية الدفع.

-الحالة التي تساوي فيها قيمة عقد المقاولة من الباطن 600 يورو أو تفوق ذلك، تكون المصلحة المتعاقدة المتمثلة في الإدارة هي المسؤولة عن الدفع المباشر للمقاول من الباطن، أو قيمة 10% فما فوق بالنسبة للصفقات الصناعية الخاصة بوزارة الدفاع الفرنسية.

---

[1] إيلي مسعود خطار، مرجع سابق، ص 254.

[2] المرجع نفسه، ص-ص، 256، 257 .

وتجدر الإشارة أن الحالة الثانية هي الأكثر تطبيق لأنه نادرا ما تقل عقود مقاولة من الباطن في إطار صفقات عمومية قيمة 600 يورو.

وتجدر الإشارة إلى أن الدفع المباشر للمقاول من الباطن في إطار عقود المقاولة من الباطن العامة يشكل حماية أكبر له من الدعوى المباشرة التي تحق له في إطار عقود المقاولة من الباطن الخاصة، لأن تنفيد الدعوى المباشرة لا يكون إلا بعد إعسار المقاول الأصلي أو امتناعه عن الدفع، كما أن هذا الدفع يخضع لموافقة رب العمل، ولا شيء يحول دون دفع رب العمل للمقاول من الباطن من خلال هذا الحق، كما أن قيام رب العمل بالدفع المباشر للمقاول من الباطن بعد قبوله وقبول شروط دفعه ،لا يعفي المقاول الأصلي من التزاماته التعاقدية في مواجهة المقاول من الباطن [1].

[1] إيلي مسعود خطار، مرجع سابق، ص-ص، 244- 246.

الفصل الثاني

المسؤولية المترتبة عن عقد المقاولة من الباطن

لا وجود لعقد المقاولة من الباطن بدون عقد المقاولة الأصلي، وعقد المقاولة من الباطن يستلزم وجود عقدين متتابعين في اتجاه واحد، وبالرغم من أن الأطراف الحقيقيين للعقد من الباطن هما المقاول من الباطن والمقاول الأصلي، وأنه لا توجد علاقة تعاقدية تربط المقاول من الباطن برب العمل، إلا أنه باعتبار أن عقد المقاولة من الباطن يفترض وجود عقديين متتابعين ألا وهما عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، وبما أن رب العمل هو جزء من العقد الأصلي فإنه ينتج لنا ثلاث أطراف تعاقدية: رب العمل الذي هو طرف في العقد الأصلي، المقاول الأصلي وهو الطرف المشترك في العقدين، وأخيرا المقاول من الباطن الذي هو جزء من العقد من الباطن، وبما أن إبرام عقد المقاولة من الباطن ينشأ نوعين من العلاقات القانونية، الأولى علاقة تعاقدية تربط المقاول الأصلي بكل من رب العمل في إطار العقد الأصلي والمقاول من الباطن في إطار العقد من الباطن ، والثانية غير تعاقدية تجمع رب العمل بالمقاول من الباطن نتيجة انتفاء رابطة عقدية تجمعهما في العقد الأصلي أو من الباطن. ويعتبر كل طرف من أطراف عقد المقاولة من الباطن ملزما بتنفيذ التزاماته العقدية، فإذا أخل أحدهم بالتزاماته العقدية ترتبت في مواجهته المسؤولية العقدية، وقد تترتب في مواجهته المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الضارة التي تصدر منه خارج روابطه العقدية، وسنعرض فيما يلي المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن في مبحث أول والمسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن في مبحث ثان.

المبحث الأول

المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن

المسؤولية العقدية لأطراف عقد المقاولة من الباطن لا تقوم لعدم تنفيذ العقد أو تنفيذه تنفيذا معيبا أو التأخر في تنفيذه إلا إذا توافر أركانها مع انعدام أسباب الإعفاء منها، وتقوم مسؤولية كل من رب العمل والمقاول الأصلي العقدية في إطار عقد المقاولة الأصلي، ومسؤولية المقاول الأصلي والمقاول من الباطن العقدية في إطار عقد المقاولة من الباطن، وسنعرض فيما يلي مفهوم المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن في مطلب أول، ومسؤولية أطراف عقد المقاولة من الباطن في مطلب ثان.

المطلب الأول

المقصود بالمسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن

يترتب عن الإخلال بالتزامات عقد المقاولة من الباطن قيام مسؤولية أطرافه العقدية إذا توافرت أركانها، مع انعدام أسباب الإعفاء منها، وسنعرض فيما يلي مفهوم المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن وأركانها وأسباب الإعفاء منها كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

مفهوم المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن

إن بيان أركان المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن سيتوجب تعريفها وبيان خصائصها والتمييز بينها وبين المسؤولية التقصيرية في هذا العقد حسب التفصيل الآتي:

أولا: تعريف المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن

إن إبرام أي عقد يرتب في ذمة طرفيه التزامات يجبرون على تنفيذها نتيجة قوته الملزمة ولا يخيرون في ذلك[1]، بمعنى أن رب العمل والمقاول الأصلي ملزمون بتنفيذ التزاماتهم الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي ،ويلزم أيضا طرفا عقد المقاولة من الباطن –المقاول الأصلي والمقاول من الباطن–على تنفيذ ما ترتب في ذمتهما التزامات نتيجة هذا الارتباط.

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 310.

وعدم تنفيذهم لتلك الالتزامات الناشئة عن العقد يخالف القانون ويتطلب عادة عقوبة إلا إذا كان السبب راجع إلى قوة قاهرة حالت دون تنفيذهم للعقد تنفيذا كليا أو جزئيا، أو جعلت تنفيذهم معيبا أو متأخرا[1]، وبهذا فإن عدم تنفيذ كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن لالتزاماتهم التعاقدية في عقد المقاولة الأصلي، يجعلهم مخالفين للقانون يستحقون عقوبة ما لم يكن هناك سبب أجنبي حال دون تنفيذهم الصحيح للعقد ، وهو ما ينطبق على طرفي عقد المقاولة الأصلي – رب العمل والمقاول الأصلي–. ومنه نستخلص أن المسؤولية العقدية تفعل عند انتهاك الرابطة العقدية التي تصل طرفي العقد–الدائن والمدين، نتيجة عدم تنفيذ المدين لأحد التزاماته التعاقدية[2]، ولابد من التنويه هنا أن عدم التنفيذ يمكن أن يكون جزئيا يخص أحد أو بعض الالتزامات كما قد يكون كليا يخص كل التزامات المدين المترتبة عن إبرامه للعقد مع الدائن، والمراد بالتنفيذ هنا تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا غير معيب وفي الآجال المتفق عليها دون تأخير.

وفي العقود الملزمة لجانبين كعقد المقاولة من الباطن وكذا عقد المقاولة الذي يشاركه في طبيعة العقد، يمكن لطرفي العقد أن يكونا دائن ومدين في نفس الوقت، بمعنى أنه يمكن أن تفعل مسؤولية المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في آن واحد، نتيجة عدم تنفيذهما لالتزامهما العقدية تنفيذا صحيحا، أو مسؤولية أحدهما فقط لالتزام الطرف الآخر بالتنفيذ الصحيح لالتزاماته المترتبة عن عقد المقاولة من الباطن، وهو ما ينطبق على رب العمل والمقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلي.

ولم يعرف المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي المسؤولية العقدية، وبالرجوع إلى بعض التعريفات الفقهية نجد من يعتبر أن المسؤولية العقدية هي **ضمان للعقد**، وهو مصطلح ورد في الفقه الإسلامي ويفيد أن مسؤولية أحد أطراف العقد عن التنفيذ المعيب للعقد تعتبر ضمانة للطرف الآخر[3].

وهو ما يطبق على طرفي العقد باعتبارهما دائن ومدين في نفس الوقت، سواء في العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي أين يكون رب العمل مسؤولا عن عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية كضمان للعقد بالنسبة للمقاول الأصلي، وفي المقابل يكون هذا الأخير كضمان للعقد مسؤولا عن تنفيذه أمام رب العمل، وكذا بالنسبة للعقد الثاني من الباطن أين يكون المقاول من الباطن مسؤولا عن تنفيذ التزاماته التعاقدية أمام المقاول الأصلي كضمانة للعقد والعكس صحيح.

[1] François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil des obligations, op cit, p 538.
[2] Corine, Renault-Brahinsky, L'essentiel du droit des contrat, op cit, p 70.
[3] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 25.

وتعرف كذلك على أنها: «الحالة التي يكون فيها المدين بالالتزام العقدي، مسؤولا اتجاه الدائن عن الآثار الضارة المترتبة على الاخلال بهذا الالتزام، إذا كان راجعا إلى خطأ يسأل عنه»[1].

ويتفق هذا التعريف مع التعريف الأول في المعنى تقريبا إلا أنه حدد أكثر أن مسؤولية المدين العقدية لا تقوم إلا إذا كانت راجعة إلى خطأ يسأل عنه، فمثلا يمكن أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي فقد تحقق الخطأ هنا لكن لا تقوم مسؤولية المدين بسبب عدم وجود علاقة سببية بين الخطأ الذي حدث في التنفيذ والضرر الذي أصاب الدائن.

كما يقصد بالمسؤولية العقدية أيضا: «واجب تعويض الضرر الذي نتج عن إخلال بالتزام عقدي»[2].

يفهم من هذا التعريف أن المسؤولية العقدية تترتب نتيجة إخلال طرف عقدي بأحد التزاماته العقدية الناتجة عن إبرام العقد، والذي تسبب بضرر للطرف العقدي الآخر وهي تفيد جبر هذا الضرر.

و هو ما أكد من خلال هذا المفهوم الذي اعتبر المسؤولية العقدية كذلك تعويض عن الضرر الناتج عن إخلال المسؤول بالتزام عقدي في ذمته ناشئ عن تعاقده مع المضرور[3].

والذي يعني وجود عقد يربط طرفين ويرتب في ذمتهما التزامات عقدية، فيقوم أحد الطرفين بالإخلال بأحد التزاماته مما يرتب ضرر للطرف الآخر، فتقوم هنا المسؤولية العقدية للطرف المخل بالتزامه ويصبح مسؤولا عن تعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر باعتباره مضرورا.

وتعرف المسؤولية العقدية كذلك بأنها: «تحمل المدين بالالتزام العقدي، النتائج الضارة الناجمة عن عدم تنفيذ هذا الالتزام»[4]. ويتضح من خلال هذا التعريف أن المسؤولية العقدية تفعل نتيجة الأفعال الضارة التي لحقت بالدائن، وراء عدم تحمل مدينه لالتزامه التعاقدي الناتج عن العقد المبرم بينهم.

فهي الآلية القانونية التي يمكن من خلالها للمضرور الحصول على تعويض من الشخص المتسبب في الضرر، ويتطلب لتنفيذها ثلاثة شروط وهي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.[5]

وبإسقاط مفهوم المسؤولية العقدية على عقد المقاولة من الباطن يفرض علينا ربطها بكل من عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن ، لأنه كما سبق وذكرنا لاوجود لعقد المقاولة من الباطن من دون وجود عقد المقاولة الأصلي، بالإضافة إلى أن عقد المقاولة من الباطن يستلزم وجود عقدين متتابعين

---

[1] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 25.

[2] أحمد مفلح خوالده، مرجع سابق، ص 26.

[3] عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 12.

[4] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 25.

[5] Corine Renault-Brakinsky, L'essentiel de la responsabilité civile et des quasi-contrats, paris, Gualino éditeur, 2000, p 8.

في اتجاه واحد ألا وهما عقد المقاولة الأصلي والمقاولة من الباطن وثلاثة أطراف تعاقدية الأمر الذي يلزمنا الإسقاط على عقد المقاولة الأصلي أولا ثم على عقد المقاولة من الباطن.

فيقصد بالمسؤولية العقدية في عقد المقاولة الأصلي الذي يربط رب العمل بالمقاول الأصلي ويرتب التزامات عقدية في ذمة الطرفين، اخلال أحد طرفيه أو كلاهما –رب العمل، المقاول الأصلي–بأحد التزاماتهما العقدية أو أكثر مما يرتب ضرر للطرف الآخر –المقاول الأصلي، رب العمل–، فتقوم بذلك مسؤولية المخل بالتزامه –رب العمل، المقاول الأصلي– كمسؤول عن تعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر – المقاول الأصلي، رب العمل– باعتباره مضرورا.

فقد تقوم مسؤولية رب العمل العقدية مثلا أمام المقاول الأصلي، إذا أخل بالتزامه في تمكين هذا الأخير من إنجاز العمل ، والذي يرتب في ذمته مسؤولية تعويض المقاول الأصلي عما أصابه من ضرر بسبب عرقلة أعماله، وفي المقابل يمكن أن تقوم مسؤولية المقاول الأصلي العقدية أمام رب العمل، إذا أخل بالتزامه في إنجاز العمل إنجازا مطابقا لما اتفقا عليه في العقد ، فيلتزم هنا بتعويض رب العمل عما أصابه من ضرر نتيجة ذلك.

والمسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن الذي يجمع كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، تفعل عند إخلال أحد الطرفين أو كلاهما –المقاول الأصلي، المقاول من الباطن–بأحد التزاماتهما العقدية أو أكثر مما يرتب ضرر للطرف الآخر –المقاول من الباطن، المقاول الأصلي–، فتقوم بذلك مسؤولية المخل بالتزامه– المقاول الأصلي، المقاول من الباطن–كمسؤول عن تعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر– المقاول من الباطن، المقاول الأصلي– باعتباره مضرورا.

تقوم مسؤولية المقاول الأصلي العقدية في مواجهة المقاول من الباطن ويلتزم بالتعويض، إذا أخل مثلا بالتزامه في المحافظة على سلامة المقاول من الباطن بما في ذلك سلامة أمواله، عند التسبب في خسارة المقاول من الباطن لكل معداته نتيجة حريق بسبب شرارة كهربائية ،كان من الممكن تفاديها إذا أخبر المقاول الأصلي المقاول من الباطن بوجود أعمدة كهربائية تالفة في المكان الذي خبأ فيه معداته، وفي المقابل يلتزم المقاول من الباطن أمام المقاول الأصلي التزاما عينيا بضمان المواد التي يستخدمها في العمل في إطار الالتزام بضمان العمل المنجز ،إذا ما تعهد بتقديم المواد المستخدمة في العمل وفقا لشروط العقد، فإذا أخل المقاول من الباطن بهذا الالتزام وقام بتقديم مواد رديئة تسببت بوجود عيوب في العمل، قامت مسؤوليته العقدية هنا التي تلزمه جبر الضرر الذي لحق بالمقاول الأصلي جراء ذلك.

ثانيا: خصائص المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن

تتميز المسؤولية العقدية بخاصيتين أساسيتين ألا وهما: ارتباط الخطأ الشخصي للمدين بتفعيلها، وضرورة تحمل المدين عقوبة نتيجة قيامها، وسنفصل في كل واحدة من هاتين الخاصين بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن في الآتي:

1- تفعيل المسؤولية العقدية مرتبط بالخطأ الشخصي للمدين:

تفعل المسؤولية العقدية للمدين نتيجة ارتكابه لخطأ يجعله يخل بواجبه القانوني، المتمثل في التزامه العقدي[1]، والذي يرتب عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي لهذا الأخير، يجعل تنفيذه معيبا أو يأخره بشرط أن يكون هذا الإخلال قد تسبب فيه المدين باعتباره صاحب الواجب شخصيا[2]، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 124[3] من القانون المدني الجزائري، حين جعل الأفعال الخاطئة التي يرتكبها الأشخاص والتي تلحق أضرارا للغير تلزم أصحابها بجبر تلك الأضرار، ومفاد ذلك أن كل شخص يكون مسؤولا عن أفعاله الشخصية التي تسبب ضررا للغير، فمثلا عدم تنفيذ التزام عقدي من قبل المدين هو خطأ شخصي يسبب ضرر للدائن بالتنفيذ، وبالتالي يفعل مسؤولية المدين التي توجب التعويض هنا، ونص على ذلك المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1217[4]، حيث جاء فيها: «يجوز للطرف الذي لم يتم الوفاء بالالتزام اتجاهه أو تم الوفاء بشكل ناقص...»، أراد المشرع الفرنسي التأكيد من خلال هذا النص على قيام المسؤولية العقدية للمدين نتيجة الاخلال الذي يسببه خطئه الشخصي وترتب عقوبات في ذمته يستفيد منها الدائن، ويمثل هذا الاخلال ركنا من أركان قيام المسؤولية العقدية والتي تنتفي إذا استطاع المدين إثبات السبب الأجنبي الذي منعه من تنفيذ التزاماته العقدية، أو أن يكون قد نفذ كل الالتزامات المترتبة عليه من إبرام العقد تنفيذا صحيحا غير معيب[5]. وهوما أكده المشرع الجزائري في نص نص المادة 127[6] من القانون المدني الجزائري، ومفاده أنه يسقط التعويض عن الضرر في الحالة التي يثبت فيها الشخص أن هذا الأخير كان نتيجة خطأ من المضرور أو الغير، أو أنه نشأ عن حادث فجائي

[1] عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 391.

[2] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص، 43.

[3] المادة 124 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Article 1217 du code civil français, op cit.

[5] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 44.

[6] المادة 127 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

أو قوة قاهرة وهذا في حالة غياب اتفاق بين الطرفين أو نص قانوني يخالف ذلك، ونص المشرع الفرنسي على السبب الأجنبي الذي يعفي المدين من تحمل المسؤولية العقدية من خلال نص المادة1218[1]، حين نص أن السبب الأجنبي الذي يمثل القوة القاهرة والذي يكون خارج عن سيطرة المدين، الذي لا يمكن توقعه عند إبرام العقد، لا يمكن تفادي آثاره، يتم إعفاء الأشخاص هنا من التزاماتهم وفق المادتين 1351، و1351-1، ومن خلال هذا النص نؤكد أن المشرع الفرنسي يعفي المدين من تحمل المسؤولية، في كل الحالات التي يثبت فيها أن الخطأ العقدي المتسبب بالإخلال في تنفيذ العقد لا يرجع إليه.

وتفعل المسؤولية العقدية لأطراف العقد من الباطن -رب عمل، مقاول أصلي، مقاول من الباطن- في كلتا العلاقتين التعاقديتين الناشئة عنه، باعتبارهما عقدان ملزمان لجانبين، -رب العمل والمقاول الأصلي- في العقد الأصلي و-المقاول الأصلي والمقاول من الباطن- في العقد من الباطن، نتيجة عدم تنفيذهم للعقدين تنفيذا صحيحا سواء كان عدم تنفيذ كلي أو جزئي، تنفيذا معيبا أو تنفيذا متأخرا والذي يكون رب العمل، المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن سببا فيه، باعتبارهم ملزمون شخصيا بتنفيذ عقد المقاولة الأصلي أو عقد المقاولة من الباطن، وعدم تنفيذهم للعقد تنفيذا صحيحا، يجعلهم مرتكبين لخطأ شخصي متسببين من خلاله بإحداث ضرر للدائن في العقد، سواء كان -رب عمل، مقاول أصلي- في عقد المقاولة الأصلي أو -مقاول أصلي، مقاول من الباطن- في عقد المقاولة من الباطن، وتفعيل مسؤولياتهم هنا يتطلب التعويض لجبر الضرر، وهذا ما نصت عليه مثلا المادة 553[2] من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى بالنسبة لإخلال المقاول الأصلي بالرابطة العقدية، وكذا المادة 558[3] من القانون المدني الجزائري بالنسبة لإخلال رب العمل بالرابطة العقدية، وهو ما ينطبق على أطراف العقد من الباطن باعتباره في الأصل عقد مقاولة، وتناولها المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1792[4] في فقرتها الأولى.

وتنتفي مسؤولية أطراف العقد من الباطن هنا إذا أثبتوا وجود السبب الأجنبي، الذي منعهم من تنفيذ التزاماتهم التعاقدية في العقد الأصلي أو العقد من الباطن، تنفيذا صحيحا غير معيب، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق بين الأطراف يخالف ذلك كما سنوضح لاحقا.

---

[1] Article 1218 du code civil français, op cit.

[2] المادة 1/553 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] المادة 558 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Article 1792 du code civil français, op cit.

2- المسؤولية العقدية تحمل المدين عقوبة:

وفقا للخاصية الاولى فإن المدين يتحمل العقوبة المقررة على قيام مسؤوليته العقدية المترتبة عن إخلاله العقدي نتيجة ارتكابه خطأ شخصي، وهو أمر منطقي يفيد تحمل الأفراد تبعات أعمالهم الشخصية[1]، وهذا ما أكده المشرع الجزائري، من خلال نص المادة 124[2] من القانون المدني الجزائري سالفة الذكر، حين أقرت عقوبة التعويض لكل شخص يرتكب خطأ يلحق به ضررا للغير، أما نظيره الفرنسي فقد حمل المدين مجموعة من العقوبات كرفض التنفيذ أو تعليقه، مباشرة التنفيذ العيني، الحصول على تخفيض في السعر...من خلال نص المادة 1217 /1[3] من القانون المدني الفرنسي، في حالة عدم الالتزام بالوفاء أو تنفيذه بشكل ناقص، ثم جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة، ونص على إمكانية الجمع بين العقوبات متوافقة منها مع إمكانية المطالبة بالتعويض مع كل عقوبة.[4]

ويتحمل المدين وحده التعويض المترتب عن قيام مسؤوليته العقدية نتيجة اخلاله بالتزامه العقدي ،في الحالة التي لا يوجد طرف آخر أو مدين آخر يتحمل معه هذا التعويض، أما في حالة تعدد المدينين في الالتزام العقدي، لا يمكنه مطالبة بقية المدينين بدفع التعويض الذي مكنه للدائن إلا في حدود حصتهم من الدين أي أنه يتحمل جزاء التعويض الذي يمثل حصته في الدين وحده، ولا يمكنه مطالبة المدينين الآخرين به، ويمكن للمدين في الحالة التي يكون مؤمن عن مسؤوليته العقدية لدى شركة تأمين، على هذه الرجوع على الأخيرة لدفع مبلغ التعويض الذي مكن الدائن به، لكن بناء على الاتفاق الموجود بينهما المدون في عقد التأمين، ولا يمكنه مطالبتها بما ليس له حق فيه[5].

وتوجد ثلاث أسباب رئيسية تفرض على المدين تحمل التعويض الناتج عن قيام مسؤوليته العقدية، وتتمثل هذه الأسباب في الآتي[6]:

-الخطأ المنسوب شخصيا إلى المدين باعتباره أخل بواجب قانوني ألا وهو التزامه العقدي.

---

[1] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص51.

[2] المادة 124 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1217/1 du code civil français, op cit.

[4] Article 1217/2 du code civil français, op cit.

[5] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص-ص51، 52.

[6] المرجع نفسه، ص 53.

– المساس بمبدأ قوة إلزامية العقد من طرف المدين نتيجة اخلاله بواجبه القانوني في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

– تحقق العلاقة السببية بين الضرر الذي أصاب الدائن بالعقد والخطأ المرتكب من خلال المدين في إطار تنفيذ العقد.

وبذلك يتحمل أطراف عقد المقاولة من الباطن: رب عمل، مقاول أصلي، مقاول من الباطن العقوبة المقررة على قيام مسؤوليتهم العقدية نتيجة ارتكابهم لخطأ شخصي في تنفيذ عقد المقاولة الأصلي أو عقد المقاولة من الباطن، يترجم في اخلالهم بالتزام عقدي يمس بقوة الزامية العقدين، ويلحق ضرر بالطرف الآخر –رب عمل، مقاول أصلي– في عقد المقاولة الأصلي أو–مقاول أصلي، مقاول من الباطن– في عقد المقاولة من الباطن، وهذا ما نصت عليه المادة 553 في فقرتها الأولى والمادة 558 من القانون المدني الجزائري [1]والمادة 1/1792 [2] من القانون المدني الفرنسي.

والأصل أن يتحمل المدين بالمسؤولية سواء كان رب عمل، مقاول أصلي أو مقاول من الباطن وحده التعويض الناجم عن قيام المسؤولية العقدية المرتبطة بإخلاله في العقد، عندما لا يوجد طرف آخر يتحمل معه التعويض(مدين آخر)، أما إذا وجد معه مدين آخر فيمكن أن يتحمل معه هذا التعويض كما هو الحال بالنسبة لتضامن المهندس المعماري إلى جانب المقاول الأصلي، فيما يخص المسؤولية العشرية كما جاء في نص المادة 554 [3] من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى، غير أنه في عقد المقاولة من الباطن يتحمل المقاول الأصلي مسؤولية المقاول من الباطن أمام رب العمل، عن العمل الذي نفذه من العقد ويرجع عليه فيما بعد، ويمكن للمقاول من الباطن كذلك المؤمن عن المسؤولية العقدية لدى شركة تأمين، الرجوع على هذه الأخيرة لدفع التعويض في حدود الاتفاق المبرم بينهم كما وضحنا سابقا.

ثالثا: التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن

يعتبر مؤيدو فكرة ازدواجية المسؤولية المدنية أن هذه الأخيرة صنفان: مسؤولية عقدية وأخرى تقصيرية، وينوهون إلى أن هناك اختلاف كبير بين المسؤوليتين تحدده فروق جوهرية تلزم التمييز بينهما[4]،

[1] المادة 1/553، المادة 558 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2]Article 1792/1 du code civil français, op cit.

[3] انظر نص المادة 1/544 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

بينهما[1]، ويفرقون بينهما من حيث نطاق تطبيق كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ومن حيث الأحكام المنظمة لكل منها حسب التفصيل الآتي:

1- من حيث نطاق تطبيق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية:

إن مجال تطبيق المسؤولية العقدية يكون في حدود إخلال أحد الطرفان، (المسؤول) بالتزامات عقد صحيح يجمعه بالطرف الآخر، (المضرور) من يلحق به ضرر، ولهذا السبب يخرج من نطاق المسؤولية العقدية كل الأعمال التي تؤدى على سبيل المجاملة دون الزام[2]، وبذلك فإن المسؤولية العقدية هي أثر يترتب عن التزام نشأ نتيجة العقد المبرم سابقا بين الطرفين وليست مصدرا لذلك الالتزام، وكل هذا يفرض أن تلك المسؤولية ليست مجرد التغيير في طريقة تنفيذ طبيعة هذا الالتزام من تنفيذ عيني إلى تنفيذ بعوض[3].

والمسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن أثر يترتب عن إخلال أطراف العقد بالتزاماتهم التعاقدية الناشئة من قبل في إطار العقد المبرم بينهم وليست مصدرا لها، فقد تكون نتيجة إخلال أطراف العقد الأصلي-رب عمل، مقاول أصلي- بأحد التزاماتهم المترتبة عن العقد الصحيح المبرم بينهما من قبل، وقد تكون نتيجة إخلال طرفي العقد من الباطن (مقاول أصلي، مقاول من الباطن) لأحد التزاماتهم التعاقدية الناشئة عن العقد الصحيح المبرم بينهما، ولا تترجم في تغيير طريقة تنفيذ طبيعة التزاماتهم من تنفيذ عيني إلى تنفيذ بعوض، ويمكن إثبات ذلك مثلا بالرجوع إلى كل من المادة 553من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى بالنسبة لمسؤولية المقاول، والمادة 558 من نفس القانون فيما يخص مسؤولية رب العمل[4] ، وكذا المادة 1792[5] من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى، وهو ما ينطبق على عقد المقاولة من الباطن كذلك.

أما للمسؤولية التقصيرية فتنشأ عندما يكون المسؤول أجنبيا عن المضرور بمفهوم انعدام أي رابطة تجمع الفاعل والمضرور من قبل[6]، وتفعل هذه الأخيرة بوقوع الفعل الضار ونتيجة حدوثه، وبذلك

---

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، الطبعة الأولى، الأردن، دار وائل للنشر، 2006، ص75.

[2] عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 14.

[3] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، مرجع سابق، ص 75.

[4] المادة 1/553، المادة 558 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[5] Voir l'article 1792/1 du code civil français, op cit.

[6] عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 14.

فالمسؤولية التقصيرية تعتبر مصدرا للالتزام، فهو لم يكن موجودا من قبل على خلاف المسؤولية العقدية التي تمثل أثر للإخلال بالتزام سابق الوجود[1].

ولهذا تعتبر المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن مصدرا للالتزام وليست أثرا للإخلال بالتزام سابق، فقد تفعل في حق رب العمل والمقاول من الباطن باعتبارهما أجنبيان عن بعضهم البعض لا تربطهم أي رابطة عقدية من قبل بوقوع الفعل الضار الذي سببه أحدهما للآخر، كما قد تفعل في حق رب العمل والمقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة الأصلي، وكذا في حق كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن، نتيجة الأضرار التي تصيب أحد أطراف العقد الأصلي أو كلاهما في مواجهة الطرف الآخر خارج نطاق عقد المقاولة الأصلي المبرم بينهما، أو أحد أطراف عقد المقاولة من الباطن أو كلاهما، في مواجهة الطرف الآخر خارج نطاق العقد من الباطن المبرم بينهما.

2-من حيث أحكام المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية:

تختلف أحكام المسؤولية العقدية اختلافا كبيرا عن أحكام المسؤولية التقصيرية نوجزها في الآتي:

أ-تقديم الإعذار من عدمه:

القاعدة العامة في تفعيل المسؤولية العقدية تفرض قيام الدائن بتوجيه إعذار لمدينه بضرورة تنفيذ التزامه العقدي الناتج عن العقد المبرم بينهما أولا[2]، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 119[3] من القانون المدني الجزائري ونظيره الفرنسي من خلال المادة 1221[4] من القانون المدني الفرنسي، إلا إذا إذا النص القانون على خلاف ذلك.

فلو تأخر المقاول الأصلي في إتمام التشييد في إطار عقد المقاولة الأصلي، الذي يربطه برب العمل يفترض على رب العمل توجيه إعذار إلى المقاول الأصلي، مفاده ضرورة إتمام تنفيذ العقد بإكمال تشييد البناء في الآجال المحددة، وهذا ما أكده نص المادة 1/553[5] من القانون المدني الجزائري، وهو الأمر الذي ينطبق على عقد المقاولة من الباطن، كذلك باعتبار عقد مقاولة في الأصل، فلا يجوز

---

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، ص 76.

[2] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 27.

[3] انظر المادة 119 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Voir l'article 1221 du code civil français, op cit.

[5] انظر المادة 1/553 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

للمقاول الأصلي الرجوع على المقاول من الباطن المتأخر مثلا في تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد المبرم بينهما دون توجيه إعذار لهذا الأخير.

أما بخصوص المسؤولية التقصيرية فيمكن الرجوع على المسؤول المدعى عليه، نتيجة الضرر الذي أصاب المدعي المضرور دون الحاجة إلى توجيه إعذار، وقد لا يتبين الإعفاء من الإعذار في هذه المسؤولية بنص قانوني، لكن طبيعتها تفرض ذلك فلا يمكن تصور إعذار أشخاص لا تربطنا بهم علاقة تعاقدية[1].

ووفقا لهذا فإنه في إطار المسؤولية التقصيرية يجوز لرب العمل الرجوع على المقاول من الباطن، مثلا نتيجة الضرر الذي أصابه منه لعدم تنفيذه التزاماته التعاقدية دون توجيه إعذار، بسبب انعدام رابطة عقدية تجمعهما، كما يمكن للمقاول من الباطن كذلك الرجوع على رب العمل، دون توجيه إعذار إذا أصابه ضرر من رب العمل، ويجوز لرب العمل كذلك العودة على المقاول الأصلي دون إعذاره، إذا كان مسؤولا عن ضرر أصابه خارج عقد المقاولة المبرم بينهما، والمقاول بدوره يمكنه الرجوع على المقاول من الباطن الذي تسبب له في الضرر الذي أصابه خارج عقد المقاولة من الباطن، المبرم بينهما دون أن يوجه له إعذار.

ب- إثبات الضرر:

يكون الإثبات في المسؤولية العقدية على عاتق الطرف المدين بالالتزام في العقد إثباتا يفيد تنفيذه للالتزام الملقى على عاتقه نتيجة العقد المبرم مع الدائن، بعد إثبات هذا الأخير أن الالتزام واقع في ذمة مدينه، وإذا لم ينفذ المدين التزاماته نظرا لحلول سبب أجنبي منعه، من ذلك وجب عليه إثبات هذا السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية[2].

فمثلا يقع عبء الإثبات على عاتق المقاول من الباطن في إطار العقد المبرم بينه وبين المقاول الأصلي -عقد المقاولة من الباطن-، يفيد تنفيذه للالتزامات المترتبة عليه من العقد تنفيذا صحيحا، والتي قد أثبت المقاول الأصلي أنها التزامات واقعة في ذمة المقاول من الباطن، والأمر كذلك في عقد المقاولة الأصلي، بعد إثبات رب العمل أن المقاول الأصلي مجبرا على تنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته من الرابطة العقدية التي تجمعهم، وجب على هذا الأخير إثبات تنفيذه لهذه الالتزامات تنفيذا كاملا غير

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، مرجع سابق، ص 80.

[2] المرجع نفسه، ص 80.

معيب، وإذا لم ينفذ كل من المقاول من الباطن والمقاول الأصلي الالتزامات الملقاة على عاتقهما، وكان ذلك راجع إلى سبب أجنبي وجبا عليهما إثبات ذلك السبب الأجنبي للتخلص من مسؤوليتهما العقدية.

في حين تختلف طريقة الإثبات في المسؤولية التقصيرية، أين يقع العبء في ذلك على من ادعى الضرر به، بحيث يثبت المدعي المضرور أن المسؤول عن ذلك الضرر الذي أصابه وهو المدعى عليه، قد قام بالتعدي على واجب عدم الإضرار بالغير نتيجة ما لحقه منه [1].

فيقع في هذه المسؤولية عبء إثبات الضرر مثلا على رب العمل لتأكيد أن المقاول من الباطن، الذي لا تجمعه معه أي رابطة عقدية مسؤول عن الضرر الذي أصابه، وأنه بهذا قد قام بالتعدي على واجب عدم الإضرار بالغير الأجنبي عن العقد المبرم بينه وبين المقاول الأصلي- عقد المقاولة من الباطن-، وللمقاول من الباطن أيضا عبء ذلك الإثبات إذا كان رب العمل هو المسؤول عن الضرر الذي أصابه.

ويكون عبء إثبات الضرر على عاتق المقاول الأصلي كذلك إذا كان الضرر الذي أصابه من المقاول من الباطن خارج إطار العقد المبرم بينهما، كما قد يضر المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن خارج عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهما، ويكون المقاول من الباطن مجبرا على إثباته، وهو ما ينطبق على طرفي عقد المقاولة الأصلي -رب العمل والمقاول الأصلي-.

ج-التضامن بين المدينين:

كقاعدة عامة لا يفترض التضامن في المسؤولية العقدية إذا تعدد المدينون إلا بوجود اتفاق بينهم أو نص قانوني يفيد ذلك، في حين يفترض التضامن بين المسؤولين عن الضر إذا تعددوا في إطار المسؤولية التقصيرية[2].

فلا يفترض في المسؤولية العقدية مثلا تضامن المقاولين من الباطن، إذا تعددوا على تغطية تعويض المقاول الأصلي في إطار العقد من الباطن، كما لا يفترض أيضا إذا تعدد المقاولين التضامن لتغطية تعويض رب العمل في عقد المقاولة الأصلي، لكن بوجود اتفاق بينهم أو نص قانوني يتحقق ذلك كتضامن المهندس المعماري والمقاول، فيما يخص المسؤولية العشرية الذي فرضته المادة 554 من

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، مرجع سابق، ص80.

[2] عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 13.

القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى[1] صراحة.

بينما يفترض التضامن في المسؤولية التقصيرية، مثلا إذا تعدد المقاولين من الباطن وكانوا مسؤولين عن ضرر أصاب المقاول الأصلي خارج عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهم، كما يتضامن المقاولين عن الأضرار التي أصابت رب العمل خارج عقد المقاولة الذي يربطهم به.

د-قيمة التعويض:

التعويض في المسؤولية العقدية يغطي الأضرار المادية المباشرة والمتوقعة الحدوث دون غيرها، إذا لم يرتكب المدين خطأ جسيما أو غشا في ذلك، وإلا فإنه يتحمل حتى الأضرار الغير متوقعة، كما أضاف بعض الفقهاء أنه يمكن الاتفاق على مقدار التعويض في العقد، في حين يمتد التعويض في المسؤولية التقصيرية ليغطي كل الأضرار المادية المباشرة وغير المباشرة، متوقعة الحدوث ونظيرتها غير متوقعة الحدوث بالإضافة للأضرار المعنوية، ولا يمكن تصور وجود اتفاق يحدد مقداره[2].

فيكون طرفي العقد الأصلي-رب العمل والمقاول الأصلي- وطرفا العقد من الباطن -المقاول الأصلي، والمقاول من الباطن- مسؤولين على تغطية الأضرار المادية المباشرة والمتوقعة دون غيرها، التي قد يتعرض لها أحد المتعاقدين أو كلاهما في مواجهة الطرف الآخر في العقدين، نتيجة إخلالهم بالتزاماتهم التعاقدية، إلا إذا ارتكبوا خطأ جسيما أو غشا يجعلهم يغطونا كل الأضرار، حتى الغير متوقعة منها، كما جاء في نص المادة 553 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى [3]، والتي سمحت لرب العمل في حالة عدم تنفيذ المقاول لالتزامه التعاقدي التنفيذ على حساب هذا الأخير، لتغطية الضرر الذي قد يصيبه جراء ذلك. بينما يغطي أطراف العقد من الباطن – رب العمل، المقاول أصلي والمقاول من الباطن- في إطار المسؤولية التقصيرية جميع الأضرار المادية منها والمعنوية، متوقعة الحدوث وغير متوقعة الحدوث، المباشرة وغير المباشرة.

الفرع الثاني

أركان المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن

يستوجب لقيام المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن توافر أركان ثلاثة وهي: وجود رابطة تعاقدية تجمع الطرفين والاخلال بالرابطة العقدية، ويترتب على الاخلال إلحاق ضرر بالطرف الآخر في

[1] انظر المادة 1/554 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، مرجع سابق، ص 78.

[3] 1/553 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

العقد حسب التفصيل الآتي:

أولا: وجود رابطة تعاقدية تجمع الطرفين

وجود عقد يربط الطرفين هو أحد أركان قيام المسؤولية العقدية إن لم نقل أساسها، وهذا ما أكده نص الفقرة الأولى من المادة 119[1] من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها: «...إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر...»، فبدون وجود علاقة تعاقدية بين المسؤول والمضرور لا يمكن الحديث عن مسؤولية عقدية.

ولابد أن تترجم الرابطة العقدية التي تجمع الطرفين (الدائن والمدين) في عقد صحيح مبرم وفق كل أركانه الضرورية، مع وجود جميع شروطه ومنتجا لآثاره للجانبين يجبرهما على تنفيذ التزامات معينة، لأن أي اتفاق يربط طرفين ولا يرتب لهما التزامات لا يعتبر عقدا من الناحية القانونية، كأن يتفق طرفان على تنظيم خرجة سياحية في موعد معين[2]، فعدول أحد طرفي هذا الاتفاق عن التنظيم لا يفعل أي مسؤولية عليه، لأن الاتفاق أصلا لم يرتب أي التزام في ذمته.

وعليه فإن قيام مسؤولية كل من رب العمل، المقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلي أو مسؤولية المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن، تستلزم توفر رابطة عقدية صحيحة تجمع الطرفين في كل حالة، فلا يمكن أن تقوم مسؤولية كل من رب العمل والمقاول الأصلي إلا إذا كان هناك عقد مقاولة صحيح يجمعهما، كما جاء في نص المادة 553[3] من القانون المدني الجزائري «...أو مناف لشروط **العقد** جاز لرب العمل أن ينذره...»، و نص المشرع الفرنسي على أن المقاول مسؤول بقوة القانون عن الأضرار التي يلحقها برب العمل وفقا لنص المادة 1792[4] في فقرتها الأولى، وهذه المسؤولية التي تحدث عنها المشرع الفرنسي المفروضة على المقاول بقوة القانون تفرضها القوة الملزمة للعقد ،بما يفيد وجود رابطة عقدية صحيحة تجمع رب العمل بالمقاول الأصلي. ولا يمكن للمسؤولية العقدية أن تفعل قبل قيام العقد بين الطرفين حتى في مرحلة المفاوضات، أين يمكن لهما

[1] المادة 119 /1من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص-ص، 38، 39.

[3] المادة 553 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4]Article 1792/1 du code civil français ,op cit.

الانسحاب وعدم إتمام الابرام دون أن تفعل اتجاههما اي مسؤولية، في حين تقوم هنا المسؤولية التقصيرية للطرف المنسحب، إذا ما أصاب الطرف الآخر ضررا نتيجة ايهامه بالجدية في إبرام العقد، الأمر الذي كلفه جهدا ومالا ووقتا لانشغاله بهذه المفاوضات التي ضيعت عنه فرصا أخرى للتعاقد[1]، كما لا تقوم هذه المسؤولية بعد انقضاء العقد إلا في حالات استثنائية، تخص بعض العقود التي تتضمن التزامات لها صفة الاستمرارية تجعل مدينيها مسؤولين حتى بعد إنهاء عقودهم[2].

فلا تقوم المسؤولية العقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، إلا إذا تم الإبرام الفعلي لعقد المقاولة من الباطن وليس مجرد مفاوضات، كما تنقضي هذه المسؤولية بتنفيذ الطرفين لجميع الالتزامات المترتبة في ذمتهما من هذا العقد، وهو ما ينطبق على طرفي عقد المقاولة الأصلي– رب العمل والمقاول الأصلي، إلا ما تعلق بالضمان العشري فهو التزام له صفة الاستمرارية يبقى المقاول ملزما به عشر سنوات بعد انقضاء العقد وتسليم العمل المنجز لرب العمل.

وأما إذا كان العقد قابلا للبطلان النسبي، كالحالة التي يثبت فيها وجود عيب في رضا رب العمل أو المقاول الأصلي، وتقرر إبطاله أو كان باطلا بطلان مطلقا كمخالفته للنظام العام، بما يفيد إزالة آثار العقد فلا مجال للحديث عن مسؤولية عقدية هنا، غير أنه إذا كان العقد قابلا للبطلان النسبي فقط ولم يتقرر إبطاله، يجوز لمن تقرر في حقه القابلية للإبطال سواء كان رب العمل أو المقاول الأصلي، أن يرجع على الطرف الآخر وفق قواعد المسؤولية العقدية، إذا أخل بتنفيذ التزاماته العقدية[3].

وكل هذا ينطبق على العقد من الباطن، المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في البحث عن قيام مسؤوليتهم العقدية، لأن عقد المقاولة من الباطن في الأصل هو عقد مقاولة، إلا ما تعلق بالمسؤولية العشرية حسبما سبق بيانه.

ثانيا: الاخلال بالرابطة العقدية

وجود عقد يجمع الطرفين لا يكفي لتفعيل مسؤوليتهم العقدية، بل لابد من وجود إخلال يمس أحد الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بينهم، والتي تقع على عاتق أحد الطرفين أو كلاهما في إطار العقود

[1] عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص–ص 386، 387.

[2] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص، 39.

[3] عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص–ص 387، 388.

الملزمة لجانبين[1] ،كما هو الحال بالنسبة لعقدي المقاولة والمقاولة من الباطن محل دراستنا، لكن قد يتعلق الإخلال بالتزامين أو أكثر، كما قد يمس جل الالتزامات الواقعة في ذمة أحد الطرفين أو كلاهما، ولهذا كان على الأستاذ محمد حنون جعفر أن يقول أحد الالتزامات الناشئة على العقد المبرم بينهما على الأقل، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 119[2] من القانون المدني الجزائري ،عندما ربطت الاخلال بعدم تنفيذ الالتزام التعاقدي ككل ، وليس بجزء منه فقط، وهو ما أكده نص المادة 1217[3] من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى السالفة الذكر.

وهذا الإخلال لا يأخذ صورة عدم التزام الطرف المخل بالتنفيذ وحده سواء كان عدم تنفيذ كلي أو ارتبط فقط بأحد الالتزامات، وإنما يشمل أيضا التنفيذ المعيب للالتزامات كلها أو أحدها، كما يمكن أن يأخذ صورة التأخر في التنفيذ والذي ينجر عنه عدم تسليم العمل في الوقت المتفق عليه[4]، وفي كل الأحوال يجب أن يتعلق هذا الاخلال بأحد الالتزامات المترتبة عن العقد المبرم بينهم، أما إذا خرج عن ذلك فلا يمكن الحديث عن قيام مسؤولية عقدية[5] ،و إنما تفعل هنا المسؤولية التقصيرية إذا استوفت شروطها.

وبناء على كل هذا لا يكفي وجود رابطة عقدية بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي لقيام مسؤولية أحدهم أو كلاهما العقدية ، بل يجب أن يخل أحدهما أو كلاهما بتلك الرابطة العقدية ويمس ذلك الاخلال أحد التزاماتهم الناشئة عن العقد، كأن يخل المقاول من الباطن بالتزامه في تسليم العمل أو يمتنع عن تنفيذ العقد كله أو حتى يتأخر في تسليم العمل المطالب به من خلال عقد المقاولة من الباطن المبرم بينه وبين المقاول الأصلي، أو إذا قام بتنفيذ العقد لكن نفذه تنفيذا معيبا لا يتطابق مع ما طلب منه في العقد، وينطبق ذلك على المقاول الأصلي كذلك كأن يمتنع مثلا عن دفع الأجر للمقاول من الباطن أو يتأخر في ذلك أو يمتنع عن تنفيذ كل الالتزامات الناشئة عن العقد من الباطن المبرم بينه وبين المقاول الأصلي. بينما لا يمكن التحدث عن قيام مسؤولية عقدية لأحد الطرفين في العقد ، إذا كان الاخلال لا يرتبط بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد من الباطن، وإنما التزام آخر ليس له علاقة بالعقد من الباطن كأن يلتزم المقاول الأصلي بدفع مبلغ إضافي كلما نفذ المقاول من الباطن العقد أسرع مما اتفق عليه في

---

[1] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص40.

[2] المادة 1/119 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1217/1 du code civil français, op cit.

[4] عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 391.

[5] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 40.

العقد، فهذا الاتفاق يخرج عن العقد وعدم تنفيذ أحد الطرفين لهذا الاتفاق لا يقيم مسؤوليتهما العقدية الناشئة عن العقد من الباطن.

وما ينطبق على العقد من الباطن هنا ينطبق كذلك على العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، فلا يكفي وجود الرابطة العقدية بينهما لقيام مسؤوليتهما العقدية، وإنما تقوم مسؤولية رب العمل أو المقاول الأصلي العقدية ، إذا أخل أحدهما بالتنفيذ الكلي أو الجزئي لعقد المقاولة الأصلي، أو تأخرا في تنفيذه أو نفذاه تنفيذا معيبا ، كما سبق تبيانه في عقد المقاول من الباطن.

ثالثا: أن يكون الاخلال الناتج عن خطأ أحد الطرفين سبب ضرر للطرف الآخر

بالإضافة إلى ضرورة توافر الركنين السابقين، أي وجود رابطة عقدية تجمع الطرفين تولد التزامات في ذمتهما مع حدوث إخلال بهذه الالتزامات، فلابد لقيام المسؤولية العقدية لاحد طرفي العقد باعتباره مدين أو كلاهما، أن يكون الإخلال بالرابطة العقدية نتيجة خطأ تسبب فيه المدين المسؤول ، وأن يسبب هذا الخطأ ضررا للدائن حسب التفصيل الآتي:

1-خطأ تسبب فيه المدين المسؤول:

لقيام المسؤولية العقدية يجب أن يرتكب المدين المسؤول في إطار عقد يجمعه مع طرف آخر فعلا خاطئ يؤدي إلى الإخلال بالرابطة العقدية التي تجمعه مع الدائن في العقد ، ويكون مسؤولا عن ذلك الفعل أو يكون أحد الاشخاص المسؤول عنهم المدين الملتزم هو من ارتكب ذلك الفعل الخاطئ[1]، كأن يمتنع المقاول مثلا عن تسليم العمل المتفق عليه مع رب العمل في إطار عقد المقاولة الأصلي في الآجال المتفق عليها، وفي المقابل مثلا يكون رب العمل مرتكبا لخطأ عقدي عندما لا يقوم بمساعدة المقاول الأصلي، على التنفيذ بعدم إزاحة الآلات الموجودة في المكان المحدد لتنفيذ العمل من قبل المقاول الأصلي.

وكذلك في عقد المقاولة من الباطن يكون المقاول من الباطن مرتكبا لخطأ عقدي، إذا نفذ العقد تنفيذا معيبا غير متطابق لما اتفق عليه مع المقاول الأصلي، وفي المقابل يمكن للمقاول الأصلي كذلك أن يرتكب خطا عقدي إذا امتنع عن استلام العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن، كما يمكن أن تقوم مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول من الباطن اتجاه رب العمل مسؤولية عقدية عن فعل الغير باعتباره مسؤولا عنه أمام رب العمل إذا ما أخل بتنفيذ أحد الالتزامات.

[1] محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 41.

وهذا الفعل الخاطئ الذي يقصد به: «تصرف الإنسان على غير ما يجب أن يكون عليه تصرفه». والذي يعبر عنه كذلك ب: «انحراف بالسلوك»[1]، بمعنى تصرف المدين المسؤول في العقد المبرم مع الدائن على غير ما اتفق عليه في العقد، يمثل ركن الخطأ الذي يفعل مسؤوليته العقدية إذا توافرت شروطها الأخرى.

وللخطأ عنصرين أولهما مادي يمثل الانحراف عن السلوك المفترض اتخاذه كما بينا سابقا، يفيد التخلف عن تأدية الالتزام العقدي بالطريقة الصحيحة المتفق عليها، والثاني معنوي يفيد نسبة الفعل المنحرف إلى مرتكبه الذي كان مدركا لما يقوم به، بحيث أنه لم ينفذ التزامه بالرغم من أنه كان بإمكانه أن يتمه[2]. بمعنى أن يكون أصحاب الرابطة العقدية في عقد المقاولة الأصلي- رب العمل والمقاول الأصلي-، قد انحرفا على ما تم الاتفاق عليه في تنفيذ العقد وهما مدركان لذلك ،وكانا بإمكانهما تنفيذ التزامهما على الوجه الصحيح ولم يقوما بذلك، وهو ما ينطبق على أصحاب العلاقة العقدية في العقد من الباطن -المقاول الأصلي والمقاول من الباطن-.

والخطأ العقدي يتحقق عند عدم قيام المدين بتنفيذ ما كان متفق عليه في العقد، أي تنفيذ التزامه العقدي مهما كانت الصورة التي ظهر فيها ذلك الاخلال بالالتزام ، سواء كان امتناع عن التنفيذ كلي أو جزئي، تأخر في التنفيذ، أو تنفيذ معيب، تعمد المدين في ذلك أو كان نتيجة إهمال منه ، وبذلك تقوم مسؤوليته العقدية، ويتحقق الخطأ العقدي كذلك بوجود السبب الأجنبي الذي لا يد للمتعاقد فيه لكن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر تنعدم في هذه الحالة ، الأمر الذي يسقط عنه المسؤولية هنا كما سنوضح في النقطة الثالثة من هذا العنصر. وبغض النظر ما إذا كان التزامه يفترض بذل عناية فقط أين يلتزم المدين ببذل مقدار معين من العناية التي يبذلها الشخص العادي، حتى ولو لم يتحقق الهدف من الالتزام أو تحقيق نتيجة [3]، كعقد المقاولة بصفة عامة والمقاولة من الباطن بصفة خاصة محل دراستنا، أين لا يتحقق تنفيذ العقد إلا بالوصول إلى الغاية من إبرامه التي تفترض القيام بعمل معين، فلا يتحقق التنفيذ إلا بقيام المقاول الاصلي أو المقاول من الباطن بإنجاز العمل وتسليمه ، وفي المقابل قيام رب العمل أو المقاول الأصلي بالاستلام ودفع المقابل.

---

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، 2006، ص 90.

[2] عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 391.

[3] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص-ص، 337، 338.

2-خطأ يسبب ضرر للدائن:

والضرر هو ذلك الأذى الذي يمس الغير، وفي إطار المسؤولية العقدية يمس الدائن المطالب بالتعويض وهو نوعان: مادي يلحق ذمته المالية أو معنوي يصيبه في غير ماله، يمس شرفه وسمعته أو مركزه الاجتماعي كالضرر الذي يكون نتيجة السب والقذف[1]، والذي يصاحب الإخلال المرتبط بأحد الالتزامات العقدية، نتيجة الخطأ الذي ارتكبه أحد المتعاقدين.

ويمكن تعريف الضرر كأحد أركان المسؤولية العقدية، وهو ما ينطبق على نظيرتها التقصيرية بأنه ذلك: «الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه». وهذه المصلحة المشروعة كما سبق وتطرقنا، يمكن أن تكون مادية أو معنوية، ويشترط في الضرر الذي يصيبها، أن لا يكون احتمالي الوقوع وغير مباشر، وإنما يجب أن يكون مؤكد الوقوع في الحاضر أو في المستقبل ومباشرا.[2]

وبإسقاط كل هذا على العقد محل دراستنا، نجد أنه لتقوم مسؤولية أحد أطراف عقد المقاولة الأصلي – رب العمل والمقاول الأصلي –، لا بد أن يكون الخطأ الذي قام به المدين قد أصاب الدائن بضرر كما سبق تبيانه – كلا الطرفين، يمكن أن يكون دائن ومدين في نفس الوقت–، كما يمكن أن يسأل المقاول الأصلي، كذلك إذا كان مدينا مسؤولية عقدية عن فعل الغير عند استعانته بالمقاول من الباطن، مع ارتكاب هذا الأخير خطأ سبب ضرر لرب العمل الدائن المضرور، المطالب بالتعويض مسؤولية عقدية عن فعل الغير. وهو كذلك ما ينطبق على أطراف العقد من الباطن – المقاول الأصلي والمقاول من الباطن–، فلقيام مسؤولية أحدهم في مواجهة الطرف الآخر، لا بد أن يكون قد ارتكب خطأ أخل بالتزامه التعاقدي وسبب ضرر للطرف الآخر، باعتبار أن كل من عقد المقاولة والمقاولة من الباطن هي عقود ملزمة لجانبين، ترتب التزامات تعاقدية في ذمة الطرفين، الأمر الذي يمكن من تحريك المسؤولية العقدية لكلا الطرفين.

3-أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة لخطأ المدين:

قيام المدين المسؤول بارتكاب خطأ عقدي يخل بالرابطة العقدية، التي تربطه بالدائن المضرور

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، مرجع سابق، ص 204.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص–ص، 314، 315.

المطالب بالتعويض لا يكفي لقيام مسؤولية المدين المسؤول عقديا في مواجهة الدائن المضرور، بل يجب إضافة إلى كل هذا أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة الخطأ الذي قام به المدين المسؤول، بعبارة أخرى وجود علاقة سببية بين خطأ المدين وضرر الدائن.

لن نقوم بتعريف الرابطة السببية لان الفقه تجنبوا، ذلك كونه لا يؤدي إلى أي نتيجة ويبررون توجههم هذا، باعتبار العلاقة السببية ليست مسألة معرفية علمية بقدر ما هي مرتبطة بالشعور والأحاسيس، وللعلاقة السبية صورتان الأولى إيجابية والثانية سلبية[1].

ويكون الدائن المضرور المطالب بالتعويض مسؤولا عن إثبات الرابطة، السببية في صورتها الأولى الإيجابية، بإثبات العلاقة بين الخطأ الذي ارتكبه المدين المسؤول والضرر الذي أصابه، في حين يستطيع المدين أن يتملص من ذلك بإثبات الرابطة السببية في صورتها الثانية السلبية، بإثبات أن الضرر الذي أصاب الدائن كان سببه خطا هذا الأخير أو سبب أجنبي عنه[2].

وعليه لا يمكن لطرفي عقد المقاولة الأصلي- رب العمل والمقاول الأصلي، باعتبار العقد ملزم لجانبين-أن يكونا مسؤولين عقديا أحدهما اتجاه الطرف الآخر، إلا إذا أثبت أحدهما أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة الخطأ الذي ارتكبه مدينه المسؤول والعكس صحيح، ويستطيع كلا الطرفين في الحالة التي يكونا فيها مدينين إثبات أن الضرر، كان نتيجة السبب الأجنبي الذي يأتي في صورة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، خطأ الطرف الآخر أو فعل الغير الأجنبي عن العقد، أو حتى وجود شرط الإعفاء في العقد من أجل التملص من المسؤولية، وبالنسبة لحالة فعل الغير لا يكون المقاول الأصلي مسؤول مسؤولية عقدية عن فعل الغير، نتيجة استعانته بمساعدين أو بُدلاء كالمقاول من الباطن، إلا إذا أثبت رب العمل أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة أفعال الأشخاص الذين استعان بهم المقاول الأصلي في تنفيذ التزاماته، ويمكن للمقاول الأصلي التملص من هذه المسؤولية العقدية عن فعل الغير، إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب رب العمل كان نتيجة سبب أجنبي أو خطأ هذا الأخير، أو أن هناك شرط في العقد يعفيه من هذه المسؤولية، وما ينطبق على رب العمل والمقاول الأصلي في إطار العقد الأصلي ينطبق على المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، في إطار العقد من الباطن كما سبق تبيانه.

---

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، الطبعة الاولى، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، 2006، ص-ص، 8- 10.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 318.

الفرع الثالث

أسباب الإعفاء من المسؤولية العقدية في عقد المقاولة من الباطن

يمكن للمدين المسؤول أن يتملص من المسؤولية العقدية، إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب دائنه لم يكن نتيجة عدم التزامه التعاقدي الناتج عن العقد المبرم بينه وبين الدائن، وإنما يرجع إلى سبب أجنبي عنه لا يد له فيه، أو يثبت أنه يوجد شرط في العقد يعفيه من أية مسؤولية نعرضها في الآتي:

أولا: السبب الأجنبي

لا يمكن للمسؤولية العقدية أن تقوم في حالة إثبات السبب الاجنبي، ويقصد به كل حادث أجنبي عن المدعى عليه لا يد له فيه ينفي العلاقة بين الخطأ العقدي، الذي صدر عنه والضرر الذي لحق المدعي، ويمكن لهذا الأمر أن يتحقق إذا كان المدعي، أي الدائن المضرور، الذي يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر، هو الذي تسبب في ذلك الضرر الذي أصابه، أو كان سببا خارج عن إرادة الإنسان بصفة عامة وإرادة الطرف الدائن والمدين بصفة خاصة كالزلازل، كما يمكن أن يكون حادثا لا يستطيع الدائن والمدين منعه كحالة الحرب مثلا، أو حتى من فعل الغير عن العقد بعيدا عن المدعي والمدعى عليه ولا يكون المدعى عليه مسؤولا عن فعل هذا الغير، لأنه إذا كان مسؤولا عنه قامت مسؤوليته العقدية عن فعل الغير[1].

وبإسقاط كل هذا على العقد محل دراستنا نخلص إلى أنه يمكن لمن كان مدعي عليه في العقد الأصلي –رب العمل أو المقاول الأصلي– أو العقد من الباطن –المقاول الأصلي، أو المقاول من الباطن– التملص من المسؤولية العقدية إذا أثبتوا أن الضرر الذي أصاب المدعي الذي يطالبهم بالتعويض، كان نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه، كما جاء في نص المادة 1792[2] من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثالثة، سواء تسبب فيه المدعي نفسه أو كان لسبب خارج عن إرادته كالفيضانات، وحتى نتيجة سبب لا يمكن دفعه كالحروب أو بفعل الغير ليس مسؤولا عنه، أما إذا كان من فعل غير استعان به المقاول الأصلي لتنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين رب العمل، سواء كان هذا الغير عامل يساعده أو بديلا ينوب عنه كالمقاول من الباطن، فهو مسؤول عنه أمام رب العمل

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، مرجع سابق، ص 47.

[2] Article 1792/3 du code civil français, op cit.

ولا يمكن دفع مسؤوليته هنا، وبالتالي تقوم مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل مساعده أو بديله امام رب العمل، وهو الأمر ذاته بالنسبة للمقاول من الباطن الذي يبرم عقد مقاولة ثان مع مقاول من الباطن أو يستعين ببعض العمال، الذين يساعدونه في تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن العقد من الباطن المبرم بينه وبين المقاول الأصلي، فلا يمكنه هنا دفع مسؤوليته بحجة أن الضرر أصاب المقاول الأصلي نتيجة الخطأ الذي ارتكبه مساعده أو بديله، لأنه مسؤول عنهم أمام المقاول الأصلي وبهذا تقوم مسؤوليته العقدية عن أفعالهم أمام المقاول الأصلي، ويمكن للمقاول الأصلي والمقاول من الباطن التملص من مسؤوليتهما العقدية عن فعل الغير، إذا أثبتا أن الفعل الذي ارتكب من المساعدين أو البدلاء كان نتيجة سبب أجنبي، أو أنه يوجد شرط في العقد يعفيهما من هذه المسؤولية.

ثانيا- اشتراط الإعفاء من المسؤولية:

يمكن إعفاء المدين جزئيا أو كليا من المسؤولية العقدية الناجمة عن عدم تنفيذ التزامه العقدي أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه تنفيذا معيبا، إذا كان هناك اتفاق بين الدائن المضرور والمدين المسؤول يفيد ذلك، كما يمكن التشديد فيها وهذا ما أكده نص المادة 178[1] من القانون المدني الجزائري، ويكون التشديد عادة عندما يتقاضى المدين مبلغا إضافيا عن ما يستحقه، بحيث يسأل المدين عن الخطأ العقدي المرتكب والذي تسبب بضرر للدائن، حتى وإن كان راجعا لسبب أجنبي عنه، كما يمكن إعفائه كليا من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ التزامه، ويقع كل اتفاق حول ذلك باطلا في حالة الخطأ العمدي، الذي يكون نتيجة غش المدين المسؤول، وكذا الخطأ الجسيم الذي يصدر عنه، كما يمكن التخفيف منها إذا صدر هذا الخطأ العمدي أو الخطأ الجسيم من طرف عمال المدين المسؤول، حين يكلفهم بأداء التزاماته العقدية، ويقع باطلا كذلك كل اتفاق مفاده إعفاء المدين الدائن من مسؤوليته العقدية الناتجة عن عمل غير مشروع[2].

وعليه في إطار العقد محل دراستنا، نجد أنه يمكن إعفاء كل مدعى عليه مدين مسؤولا في عقد المقاولة الأصلي- رب العمل أو المقاول الأصلي- أو في عقد المقاول من الباطن-، المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن-، إذا ثبت وجود اتفاق بين طرفي عقد المقاولة الأصلي أو عقد المقاولة من الباطن يفيد إعفاءه من أية مسؤولية، إلا إذا كنا أمام حالتي غش أو خطأ جسيم قام به بنفسه، أما إذا قام به أحد الأشخاص الغير مسؤول عنهم يمكن إعفائه، كما يقع باطلا كل اتفاق يفيد إعفاء المدين المسؤول في عقد

[1] المادة 178 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص-ص، 319، 320.

المقاولة الأصلي، أو عقد المقاول من الباطن عن ضرر يكون نتيجة فعل غير مشروع يخالف النظام العام والآداب، كما يمكن كذلك في إطار الاتفاق بين أطراف عقد المقاولة من الباطن التخفيف والتشديد من هذه المسؤولية.

المطلب الثاني

المسؤولية العقدية لأطراف عقد المقاولة من الباطن

لا تقوم المسؤولية العقدية لأطراف عقد المقاولة من الباطن إلا بتوافر أركان المسؤولية العقدية عموما والسابق بيانها، وهي وجود علاقة تعاقدية والاخلال بالعلاقة التعاقدية، وأن يشكل الإخلال خطأ يسبب ضررا للطرف المتعاقد الآخر، وسنعرض فيما يلي مسؤولية كل طرف من أطراف عقد المقاولة من الباطن تطبيقا لأركان المسؤولية التعاقدية هاته وذلك في ثلاثة فروع.

الفرع الأول

المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن

بما أن عقد المقاولة بصفة عامة والمقاولة من الباطن بصفة خاصة هما من العقود الواردة على العمل التي تتطلب تحقيق نتيجة كما ورد في بحثنا سابقا، بحيث لا أهمية للخطأ من أجل ترتيب مسؤولية المتعاقد من الباطن[1]، ما يفيد أن مسؤولية المقاول من الباطن الذي لم ينفذ العقد المبرم مع المقاول الأصلي، تفعل بمجرد إثبات هذا الأخير وجود عقد مقاولة من الباطن صحيح يربطه بالمقاول من الباطن باعتبار التزاماته المترتبة عن العقد التزامات بتحقيق نتيجة.

وهي مسؤولية عقدية نتيجة العقد الصحيح الذي يربط المقاول من الباطن مع المقاول الأصلي، يسأل فيها المقاول من الباطن عن جميع ما قام به أثناء تنفيذه للعقد من الباطن، وتسبب في ضرر عمدا أو إهمالا منه في مواجهة المقاول الأصلي[2]. يعني أن مسؤولية المقاول من الباطن مرتبطة بالعقد من الباطن فقط وبالطرف الثاني فيه ألا وهو المقاول الأصلي.

فالأصل أنه لا يسأل المقاول من الباطن عشريا عن الأشغال المتفق عليها في العلاقة بين رب

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 179.
[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص 153.

العمل والمقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة الأصلي لأنه غير بالنسبة لهذا العقد، لكننا لا نوافق الأستاذ إيلي مسعود الخطار في أن المقاول من الباطن حاليا، لا يسأل مطلقا بخصوص المسؤولية العشرية[1]، لأن المشرع الفرنسي تراجع عن قراره في عدم إخضاعه لذلك، لاعتبارات أوردناها سابقا وأصبح مسؤولا عشريا إلى جانب المقاول الأصلي ليلحقه المشرع الجزائري، الذي أخضعه مؤخرا لذلك أيضا، لكن استثناء في مجال الترقية العقارية كما وضحنا في الفصل الثالث بخصوص مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير.

ولا يسأل المقاول من الباطن أمام رب العمل، بموجب أحكام المسؤولية العقدية عن عدم تنفيذ أحكام العقد من الباطن ، لأن رب العمل ليس طرفا في العقد من الباطن إنما هو من الغير بالنسبة له، والمقاول

الأصلي هو الطرف الثاني في العقد ولا ينوب عن رب العمل في ذلك[2]، باختصار لا توجد أي رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، تجعل هذا الأخير مسؤولا أمامه مسؤولية عقدية.

فقواعد الإنابة تفرض أن يعمل النائب باسمه لكن لصالح الأصيل، فلو كان المقاول الأصلي نائبا عن رب العمل لتعامل مع المقاول من الباطن باسمه ولكن لحساب رب العمل وهو أمر غير وارد، لأن المقاول الأصلي يبرم عقد المقاولة من الباطن مع المقاول من الباطن باسمه ولحاسبه، وحتى في الحالة التي يطلب فيها المقاول الأصلي من رب العمل الموافقة على المقاول من الباطن، فإن رده الإيجابي على الطلب بالموافقة على هذا الأخير، لا تجعله طرفا في العقد يسأل المقاول من الباطن أمامه عقديا[3].

نفس الشيء بالنسبة للموافقة على شروط الدفع الخاصة بالمقاول من الباطن، كما سبق التطرق لها والهادفة إلى حمايته، يقدمها المقاول الأصلي إلى رب العمل وقبول هذا الأخير لها، لا يرتقي إلى العلاقة العقدية ولا يجعل المقاول من الباطن مسؤول عقديا أمامه.

و مسؤولية المقاول من الباطن العقدية أمام المقاول الأصلي، يمكن أن تفعل عن عدم تنفيذ العمل المترتب عليه من العقد تنفيذا صحيحا غير معيب في آجاله القانونية، بما في ذلك العمل على تسليمه وتقديم النصح والإرشاد للمقاول الأصلي باعتباره صاحب تخصص وكفاءة.

وتقع مسؤولية المقاول من الباطن العقدية على الأضرار المتوقعة فقط، إلا في حالة الغش أو

---

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 179.

[2] المرجع نفسه، ص 182.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، 255.

الخطأ الجسيم أو الأعمال غير المشروعة[1]، بمعنى أنه في حالة ارتكاب المقاول من الباطن أثناء تنفيذه لعقد المقاولة من الباطن خطأ جسيما أو غش، مثلا في طرق التنفيذ أو قام بعمل غير مشروع، يكون هنا مسؤولا أمام المقاول الأصلي ليس فقط عن الأضرار المباشرة والمتوقعة الحدوث فقط، وإنما تمتد مسؤوليته حتى بالنسبة للأضرار غير المباشرة منها وغير متوقعة الحدوث.

وبما أن عقود المقاولة من الباطن هي عقود تتطلب تحقيق نتيجة كما سبق الذكر، فلا يتملص المقاول من الباطن من تلك المسؤولية إلا عند إثبات السبب الأجنبي، لكن الاجتهاد القضائي الفرنسي شدد في هذا الإطار مسؤولية المقاول من الباطن، حيث لا يعتد بالأعذار التي يقدمها المقاول من الباطن المتعلقة بخطأ الغير أو الأجنبي عن العقد، وكذا العيوب الخفية للتجهيزات المستعملة من قبل المتعاقد من الباطن، لإعفائه من المسؤولية العقدية[2]، أو كان هناك اتفاق يجمعه مع المقاول الأصلي يفيد إعفائه من هذه المسؤولية.

وإثبات الضرر يقع على عاتق الدائن المضرور ألا وهو المقاول الأصلي، بإثبات وجود عقد صحيح يجمعه مع المقاول من الباطن الذي لم يقم بتنفيذه، حيث يكون المقاول من الباطن ملزم بالتنفيذ الصحيح غير المعيب للعقد دون التأخر في تسليم العمل، مع ضرورة تقديم النصح والإرشاد للمقاول الأصلي، نظرا لتخصصه وكفاءته التي كانت محل اعتبار في إبرام العقد، ناهيك عن باقي الالتزامات التي تفرض عليه كالالتزام باكتتاب التأمين، في حين يمكن للمقاول من الباطن السبب الأجنبي وراء عدم تنفيذه للعقد[3].

الفرع الثاني

المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي

تترتب على عاتق المقاول الأصلي في القانونين الجزائري والفرنسي مسؤولية عقدية في مواجهة رب العمل، إذا لم ينفذ التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي تنفيذا صحيحا، وفي المقابل يسأل عقديا كذلك على عدم الالتزام بواجباته التعاقدية المترتبة عن عقد المقاولة من الباطن، في مواجهة المقاول من الباطن حسب التفصيل الآتي:

---

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 181.

[2] المرجع نفسه، ص 180.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، كرجع سابق، ص 178.

أولا: مسؤولية المقاول الأصلي العقدية في إطار عقد المقاولة الأصلي

يلتزم المقاول الأصلي بتنفيذ التزاماته التعاقدية الناتجة عن العقد الأصلي، في مواجهة رب العمل وكل اخلال بهذه الالتزامات، يرتب على عاتقه مسؤولية عقدية في مواجهة رب العمل، وتأخذ مسؤوليته العقدية إحدى الصورتين الآتي ذكرها:

الصورة الاولى: مسؤولية عقدية عن أفعاله الشخصية

فمسؤولية المقاول الأصلي عن أفعاله الشخصية، تجعله مسؤولا عقديا أمام رب العمل عن تنفيذ العمل تنفيذا صحيحا غير معيب في آجاله القانونية، بما في ذلك العمل على تسليمه وتقديم النصح والإرشاد لرب العمل باعتباره صاحب تخصص وكفاءة.

الصورة الثانية: مسؤولية عقدية عن فعل الغير

بالإضافة لمسؤولية المقاول عن أفعاله الشخصية أمام رب العمل، يسأل كذلك عقديا أمامه عن فعل الغير الذين استعان بهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين رب العمل، سواء كانوا مساعدين أو بدلاء عنه في التنفيذ، وعلى رأسهم المقاول من الباطن – كما سبق وبينا في الفصل الثالث–، وتفعل هذه المسؤولية عندما يتسببون في ضرر يصيب رب العمل عن طريق ارتكابهم أخطاء في التنفيذ، ولا يمكن التملص منها إلا بإثبات حالات الإعفاء القانونية لذلك.

في حين لا يكون المقاول الأصلي مسؤولا عن أفعال المقاول من الباطن اتجاه الغير، باعتبار أن هذا الأخير يعمل مستقلا عنه، فهو لا يعتبر تابعا له[1]. أي أنه يعمل باسمه ولحسابه وليس باسم ولحساب المقاول الأصلي.

ثانيا: مسؤولية المقاول الأصلي العقدية في إطار العقد من الباطن

إلى جانب الالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتق المقاول الأصلي في إطار عقد المقاولة الأصلي، هو ملزم بتنفيذ مجموعة من الالتزامات في إطار عقد المقاولة من الباطن، المبرم مع المقاول من الباطن سبق التطرق إليها، وكل إخلال بهذه الالتزامات يُرتب في ذمته مسؤولية عقدية في مواجهة المقاول من الباطن، وهي على صورتين:

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 191.

الصورة الاولى: مسؤولية عقدية عن الالتزامات المباشرة في مواجهة المقاول من الباطن

يترتب على العقد من الباطن المبرم بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي في القانونين الجزائري والفرنسي، كما سبق التطرق إليه، التزامات في ذمة المقاول الأصلي، يلتزم بتنفيذها في مواجهة المقاول من الباطن بصفة مباشرة، ويسأل عقديا عن عدم تنفيذها، تنفيذها المتأخر أو تنفيذها المعيب من بينها:

– دفع المقابل المالي الذي يعتبر الالتزام الأساسي له في هذا العقد.

– استلام العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن إذا دعاه لذلك دون تأخر.

–مساعدة المقاول من الباطن على تنفيذ العمل.

إلى غير ذلك من الالتزامات التي يفرضها عليه هذا العقد.

الصورة الثانية: مسؤولية عقدية عن الالتزامات غير المباشرة في مواجهة المقاول من الباطن

وتوجد التزامات غير مباشرة تفرض على المقاول الأصلي في مواجهة المقاول من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي سبق التطرق إليها، نتيجة عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهم وتفعل مسؤوليته العقدية في مواجهة هذا الأخير إذا لم يقم بتنفيذها، وتتمثل هذه الالتزامات في الآتي:

–التصريح بالمقاول من الباطن في عقود المقاولة من الباطن العامة التي تبرم في إطار الصفقات العمومية.

–إخضاع شروط دفع المقاول من الباطن إلى موافقة رب العمل.

وهذا لا يعفي المقاول الأصلي من التزام الدفع، لأن الدفع المباشر المقرر للمقاول من الباطن في إطار الصفقة العمومية في حالة قبول رب العمل له، ولشروط دفعه قرره القانون لحماية المقاول من الباطن من إعسار المقاول الأصلي وإفلاسه، وليس لإعفاء هذا الأخير من أهم التزاماته التعاقدية المترتبة عن التعاقد من الباطن[1].

وتقع مسؤوليات المقاول الأصلي العقدية عن الأضرار المتوقعة الحدوث والمباشرة دون غيرها، إلاّ إذا غش أو ارتكب خطأ جسيم أو قام بعمل غير مشروع، ولا يمكن له التملص من مسؤوليته العقدية في مواجهة رب العمل في صورتيها (مسؤولية عقدية عن أفعاله الشخصية، مسؤولية عقدية عن فعل الغير)، ولا من تلك التي تفعل في مواجهة المقاول من الباطن بصورتيها (مسؤولية مباشرة، مسؤولية غير

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص، 189.

مباشرة)، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، الذي حال دون تنفيذه لالتزاماته المترتبة عن عقد المقاولة الأصلي أو عقد المقاولة من الباطن، تنفيذا صحيحا غير معيب ولا متأخر، أو أبرم اتفاق مع المقاول الأصلي أو/و مع المقاول من الباطن يفيد إعفائه منها.

الفرع الثالث

المسؤولية العقدية لرب العمل

يترتب على عاتق رب العمل في القانونين الجزائري والفرنسي مسؤولية عقدية في مواجهة المقاول الأصلي، تفعل نتيجة الاخلال بالتزاماته المترتبة عن عقد المقاولة الأصلي المبرم بينه وبين المقاول الأصلي، ومن أهم هذه الالتزامات:

–دفع المقابل المالي المتفق عليه كالتزام أساسي في العقد.

– استلام العمل المنجز من قبل المقاول الأصلي دون تأخير.

– مساعدة المقاول الأصلي في تنفيذ العمل.

وبالإضافة إلى باقي الالتزامات المذكورة أعلاه، وهي تقريبا نفسها التي يلتزم بها المقاول الأصلي في مواجهة المقاول من الباطن، بصفة مباشرة دون غيرها من الالتزامات غير المباشرة.

و لا يسأل رب العمل عقديا إلا في مواجهة المقاول الأصلي، على أساس الرابطة العقدية التي تجمعهما في إطار عقد المقاولة الأصلي، فهو لا يرتبط مع المقاول من الباطن عقديا.

وتقع مسؤولية رب العمل العقدية في مواجهة المقاول الأصلي عن الأضرار المتوقعة الحدوث والمباشرة دون غيرها، إلا إذا غش أو ارتكب خطأ جسيم أو قام بعمل غير مشروع، فإنه يسأل عن كل الأضرار بما في ذلك الغير متوقعة الحدوث منها والغير مباشرة.

ولا يمكن لرب العمل التملص من هذه المسؤولية في مواجهة المقاول الأصلي، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي حال دون تنفيذه لالتزاماته المترتبة عن عقد المقاولة الأصلي، تنفيذا صحيحا غير معيب ولا متأخر، أو أبرم اتفاق مع المقاول الأصلي يفيد ذلك.

المبحث الثاني

المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن

عندما لا تتوافر شروط تطبيق المسؤولية العقدية، في إطار العقد من الباطن يتحتم على المضرور الدائن، سواء كان مقاول من الباطن، مقاول أصلي أو رب عمل، الرجوع على المدين المسؤول بموجب المسؤولية التقصيرية.

وتطبق أحكام المسؤولية التقصيرية، أيضا عندما يتفق طرفا العقد على استبعاد تطبيق أحكام المسؤولية العقدية فيما بينهما[1]، عندما تتوفر شروط تطبيق المسؤولية العقدية بين طرفي عقد المقاولة الصحيح، الذي يجمع رب العمل بالمقاول الأصلي أو عقد المقاولة من الباطن الصحيح، الذي يربط المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، لكن يكون طرفا كل عقد منهما قد اتفقا على استبعاد تطبيق أحكام المسؤولية العقدية فيما بينهما، كما سبق التطرق إليه فيكون رجوع الدائن المضرور على المدين المسؤول، في كلا العقدين تقصيريا، وذلك وفق فكرة الخيرة بين المسؤوليتين التي أيدها كبار الفقهاء في فرنسا، أهمهم الأستاذ سافاتيه وحجتهم في ذلك أنه لا يمكن إبعاد أحكام المسؤولية التقصيرية لأنها من النظام العام [2].

إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن وانعدمت أسباب الإعفاء منها قامت مسؤولية كل المقاول من الباطن، المقاول الأصلي ورب العمل التقصيرية، وسنعرض فيما يلي المقصود بالمسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن ومسؤولية الأطراف التقصيرية الناتجة عن إبرام عقد المقاولة من الباطن، كل في مطلب مستقل.

---

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، مرجع سابق، 169.

[2] المرجع نفسه، ص 175.

المطلب الأول

المقصود بالمسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن

المسؤولية التقصيرية تلزم كل من ألحق ضرر بالغير بتحمل المسؤولية، لكن لا تقوم هذه الأخيرة إلا إذا توافرت أركانها، مع انعدام أسباب الإعفاء منها، وسنعرض فيما يلي مفهوم المسؤولية التقصيرية وصورها في فرع أول، شروط تطبيقها أو أركانها في فرع ثان، وأسباب الإعفاء منها في فرع ثالث.

الفرع الأول

مفهوم المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن

يستوجب لبيان أركان المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن التعريف بهذه المسؤولية وتحديد صورها.

أولا: تعريف المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن

يقصد بالمسؤولية التقصيرية: «جزاء الاخلال بالتزام قانوني»[1].

بمعنى أن المسؤولية التقصيرية تكون نتيجة إخلال بالتزام قانوني، يترجم في ارتكاب خطأ من المدين بهذا الالتزام، وهذا التعريف برأينا أخذ بالنظرية الذاتية الشخصية التي تؤسس المسؤولية التقصيرية على الخطأ.

ومفاد هذه النظرية أنه بمجرد وقوع الخطأ يحدث ضرر للغير، وجب على مرتكبه تحمل تعويض جبر الضرر، فهي بذلك تؤسس المسؤولية التقصيرية على الخطأ، وهذا التوجه سرعان ما تلاشى ليأتي تأسيس جديد لهذه المسؤولية وفقا للتطورات الاقتصادية السريعة[2].

وتعرف المسؤولية التقصيرية كذلك بأنها «الالتزام بتعويض الضرر الذي لحق بالغير»[3]، بمعنى أنها عبء تعويض ضرر يقع في ذمة الشخص المسؤول، وهذا المفهوم برأينا أخذ بالمسؤولية الموضوعية

---

[1] محمد المهدي بكراوي، جامعي مليكة، المسؤولية التقصيرية، يوم دراسي حول الاتجاهات الحديثة في نظرية المسؤولية المدنية، كلية الحقوق بالتعاون مع مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، 23 ماي 2013، ص 27.

[2] بسيم خليل سكارنه، فعل المضرور وأثره في المسؤولية التقصيرية، الطبعة الأولى 2014، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ص-ص، 17، 18.

[3] عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 48.

التي تؤسس على عنصر الضرر.

ومفاد النظرية الموضوعية أن كل شخص يتحمل المخاطر التي يتسبب بها، متعمدا أثناء تأدية أعمال إذا أحدثت ضرارا للغير[1].

وهذه المخاطر برأينا قد تكون نتيجة خطأ منه أو إهمال أو تقصير، لكن في إطار هذه النظرية الموضوعية يعتد بالضرر الذي أصاب الدائن المضرور وليس بالخطأ المرتكب من المدين المسؤول، لأنها تهدف إلى حماية الدائن المضرور وليس المدين المسؤول.

والمسؤولية التقصيرية تركز على التعويض أكثر من الخطأ، وقد عالجها المشرع الجزائري تحت عنوان العمل المستحق للتعويض وهوما يجعلنا نعتقد للوهلة الأولى، بأن المشرع الجزائري قد أحسن الاختيار وفقا للتوجه الجديد وأخذ بالنظرية الموضوعية في تأسيسه للمسؤولية التقصيرية، لكن بالرجوع إلى نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، التي تبنى عليها المسؤولية التقصيرية وتطبيقاتها إلى غاية المادة 140 مكرر1، كما سنبين لاحقا نجد أنه أقامها على أساس الخطأ.[2]

وهو نفس الاعتبار والتوجه الذي أخذ به المشرع الفرنسي قبل المشرع الجزائري، عندما قرر أن القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية توجب التعويض عن كل خطأ أحدث ضرر بالغير، أي أن الجزاء تعويضا مدنيا، وتقررت فيما بعد فكرة الخطأ أساس المسؤولية التقصيرية وجواز مساءلة المرء عن فعله أو فعل غيره في أحوال معينة، وكذا عن الأضرار التي تقع بفعل حيواناته أو تنشأ عن سقوط عماراته نتيجة إهماله أو بتقصير منه[3]، وقد عالجها من خلال المادة 1240[4] من القانون المدني الفرنسي وما بعدها.

و هو أمر بديهي، لأنه لا يمكن منح تعويض، دون وجود ضرر تسبب فيه خطأ معين بفعل الشخص نفسه أو أفعال غيره في بعض الأحيان، أو أفعال الحيوانات أو الأشياء تحت حراسته.

وبقراءتنا لهذه التعاريف، نخلص إلى أن المسؤولية التقصيرية تجبر الشخص الذي أخل بالتزام قانوني عمدا أثناء تأدية أعمال نتيجة خطأ أو إهمال أو تقصير منه، بتعويض الشخص المتضرر عن

---

[1] بسيم خليل سكارنة، مرجع سابق، ص19.

[2] أنظر المواد 124-140 مكرر1، من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 720.

[4] Voir l'article 1240 du code civil français, op cit.

الضرر الذي أصابه نتيجة ذلك الاخلال.

وبناء على ذلك فإن المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن، الذي يفترض وجود عقدين متتابعين –عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن–، تقع على عاتق فريق العقد من الباطن: المقاول من الباطن، المقاول الأصلي ورب العمل في حالات عدم وجود رابطة عقدية تربطهم بالطرف المتضرر، وجود عقد يجمعهم بالطرف المتضرر مع اتفاق بين الطرفين للإعفاء من المسؤولية العقدية، وكذا أثناء القيام بعمل خارج العقد الذ يربطهم بالمضرور، وتلزمهم التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن المضرور نتيجة إخلالهم بالتزام قانوني راجع إلى خطئهم، إهمالهم أو تقصير منهم.

ثانيا: صور المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن

يمكن تحديد صور المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن على النحو الآتي:

1-المسؤولية الناتجة عن الأعمال الشخصية:

يقصد بالمسؤولية عن الأعمال الشخصية: «جزاء الإخلال بالواجب القانوني العام الذي يفرض على كل شخص عدم الإضرار بغيره»[1].

يفهم من هذا التعريف أن كل شخص لا يحترم الواجب القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، وفقا لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، يعتبر مسؤولا عن كل الأضرار الناجمة عن الإخلال بهذا الواجب، ويرتب في ذمته التزام بالتعويض عن كل ضرر أصاب غيره.

ويكون على المضرور في هذه المسؤولية، إثبات خطأ المسؤول الذي تحقق عند قيامه بأعمال شخصية[2]، وقد عالجها المشرع الجزائري من المادة 124 إلى المادة 130 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء في المادة 124[3]، منه: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

ومفاد هذا النص أن كل شخص يتسبب في ضررا للغير، نتيجة ارتكابه خطأ شخصي يكون ملزما

[1] محمد المهدي بكراوي، جامعي مليكة، ص 27.

[2] عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 51.

[3] المادة 124، من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

بجبر الضرر، ولتطبيق هذه المسؤولية عن الأفعال الشخصية لا بد من ارتكاب الخطأ من الشخص نفسه كشرط أول، وقد سبق وذكرنا أن فكرة الخطأ هي أساس المسؤولية التقصيرية، الذي يسبب الضرر للغير وهو الشرط الثاني، وواجب إثبات الخطأ يقع على الغير المضرور مع التسبيب، يعني تحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر التي تمثل تحقق شرطها الثالث والأخير.

أما نص المادة 125[1] من القانون المدني الجزائري بقولها: «لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو بامتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا».

فقد حدد ركني الخطأ المادي الذي يكون بفعل الشخص أو بإهماله أو عدم حيطته أو امتناعه، وكذا الركن المعنوي المتمثل في الإدراك والتمييز، لأن المادة واضحة في عدم إسقاط المسؤولية عن الشخص الغير مميز.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 125 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل[2] بموجب الأمر 05-10 ،نجد أن المشرع الجزائري كان قد وضع في الفقرة الثانية منها استثناء لمساءلة عديم التمييز، بجواز الحكم بتعويض عادل من طرف القاضي يتحمله المسؤول عن الضرر، حتى ولو لم يكم مميزا للمحافظة على مركز الخصوم، إذا لم يوجد من يتحمل المسؤولية عنه أو تعذر حصول التعويض من المسؤول عنه.

وهذه المسؤولية الاستثنائية كانت مشروطة بعدم وجود من يكفل عديم التمييز أو أنه موجود، ولكن تملص من هذه المسؤولية بنفيه للخطأ من جانبه، أو كان التعويض معسرا بالنسبة له، وهي مسؤولية جوازية ومخففة، لأن نص المادة 125 تقول جاز للقاضي يعني ترك الحكم بها من عدمه للمسؤولية التقديرية للقاضي، حسب ظروف المضرور وعديم التمييز، ويمكن للقاضي أن يخفف من مقدار التعويض إذا كانت الحالة المادية لعديم التمييز معسرة[3].

وهذا التوجه الجديد للمشرع الجزائري بعدم تحميل عديم التمييز المسؤولية التقصيرية مطلقا يرجع برأينا إلى:

---

[1] المادة 125 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المادة 125 من الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

[3] بسيم خليل سكارنة، مرجع سابق، ص-ص، 25، 26.

-الأخذ برأي المشرع الفرنسي في ذلك الذي لم ينص إطلاقا على مسؤولية عديم التمييز، لكنه أهمل توجه القضاء الفرنسي في ذلك، والذي قضى بمسؤولية عديم التمييز في عدة أحكام قضائية، وكذا الاتجاه الجديد في المسؤولية التقصيرية الذي يحمي المضرور، باتخاذ كافة الوسائل التي تضمن تعويضه لجبر الضرر الذي أصابه[1].

- ولأن مسؤولية عديم التمييز الاستثنائية تؤسس على الضرر، لأنه غير مميز ولا يمكن أن ينسب إليه الخطأ، وهو عكس ما أسس عليه المشرع الجزائري في المسؤولية التقصيرية بقيامها على الخطأ.

أما المادة 126 [2]من القانون المدني الجزائري، فقد عالجت الحالة التي يتعدد فيها المسؤولون في إحداث الضرر، فجعلت المسؤولية التقصيرية هنا تضامنية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا تدخل القاضي وحدد نصيب تعويض كل واحد منهم، مقارنة مع نسبة الضرر الذي تسبب فيه بارتكابه للخطأ.

بمعنى أنه إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور، ناتج عن فعل عدة أشخاص اعتبروا كلهم مسؤولين عن جبر هذا الضرر، وتعويض المضرور مسؤولية تضامنية يتقاسمونها فيما بينهم بالتساوي، دون أخذ اعتبار لنسبة مساهمة أحدهم في الضرر مقارنة بآخر، إلا إذا تدخل القاضي وفصل في ذلك، بتحديد نسب مساهمتهم في التعويض مقابلة بمساهمتهم في تحقيق الضرر.

وحددت المادة 127[3] من القانون المدني الجزائري، حالة الإعفاء من هذه المسؤولية نتيجة تحقق السبب الأجنبي ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك.

ويفيد نص المادة أنه حتى في حالة تحقق السبب الأجنبي للإعفاء من هذه المسؤولية، تبقى قائمة في ذمة المسؤول إذا وجد اتفاق بين أطراف المسؤولية أو نص قانون على ذلك.

ليأتي فيما بعد ويبين الحالات التي ينتفي فيها الخطأ حتى ولو تسبب في إحداث ضرر بالغير من خلال نص المادة 128[4] من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال وكذلك نفس الغير وماله، والتي تجعل الشخص غير مسؤول عن الضرر الذي تسبب فيه لانتفاء

---

[1] مصطفى بوبكر المسؤولية التقصيرية، بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، طبعة 2015، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 81.

[2] المادة 126 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] المادة 127 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] المادة 128 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

الخطأ عند دفاعه عن نفسه ونفس الغير أو ماله ومال الغير ، على أن يتجاوز القدر الضروري في دفاعه وقد يحدد له القاضي تعويضا عند الاقتضاء.

وأضافت المادة 129[1] من القانون المدني الجزائري حالة المرؤوس، الذي يتلقى أمر من رئيسه متى كانت واجبة الطاعة، في هذه الحالة إذا كان الشخص مجبرا قانونا مثلا على تنفيد أوامر مرؤوسه دون مناقشتها لا يسأل عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء تنفيذه لهذه الأوامر.

كما نصت المادة 130[2] من القانون المدني الجزائري على حالة ثالثة ويتعلق الأمر بحالة الضرورة لتفادي ضرر أكبر به أو بغيره، أين لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يحدد القاضي، بمعنى إذا كان الخطأ الذي ارتكبه المسؤول وتسبب بضرر لشخص آخر، كان لتفادى به ضررا أكبر قد يصيبه هو أو يصيب غيره.

أما المشرع الفرنسي فقد عالجها من خلال نصي المادة 1240[3] من القانون المدني الفرنسي، والتي مفادها أي فعل يسبب ضرر للغير يلزم مرتكب الخطأ بإصلاح الضرر، والمادة 1241 [4]من نفس القانون، التي وضحت أكثر أن الشخص لا يكون مسؤول إلا على الضرر الذي يسببه بفعله فقط، وإنما يكون مسؤولا عن الأضرار الناجمة عن إهماله أو تهوره أيضا.

بإسقاط ما سبق على أطراف عقد المقاولة من الباطن، فإن كل واحد منهم مقاول من الباطن أو مقاول أصلي أو رب عمل لا يحترم الواجب القانوني العام، بعدم الإضرار بالغير يترتب في ذمته التعويض عن كل ضرر أصاب به غيره نتيجة ارتكابه لخطأ بفعله او إهماله أو تقصيره أو امتناعه، والذي يلزمه بذلك جبر الضرر، فتطبيق المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية يفرض وجود الخطأ المرتكب من المقاول من الباطن، المقاول الأصلي أو رب العمل بنفسهم كشرط أول ،وقد سبق وذكرنا أن فكرة الخطأ هي أساس المسؤولية التقصيرية، الذي يتسبب في ضرر للغير وهو الشرط الثاني وواجب إثبات خطئهم يقع على الغير المضرور، مع التسبيب يعني تحقق العلاقة السببية بين خطئهم والضرر الذي يمثل تحقق شرطها الثالث والأخير.

---

[1] المادة 129 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المادة 130 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1240 du code civil français, op cit.

[4] Article 1241 du code civil français, op cit.

ولا تطبق عليهم هذه المسؤولية إلا إذا كانوا مميزين وهو أمر مفروغ منه في إطار عقود المقاولة، أما إذا تسبب المقاول الأصلي مع مقاولين آخرين كلفوا معه في تنفيذ عقد مقاولة ضخم من قبل رب العمل كلهم في الفعل الضار، وكذا نفس الشيء بالنسبة للمقاول من الباطن، إذا تسبب مع مقاولين من الباطن آخرين كلفهم المقاول الأصلي بتنفيذ أجزاء أخرى من التزاماته في الفعل الضار، كانا متضامنين في التزامهما بتعويض الضرر، وتكون مسؤوليتهما مع زملائهم في التنفيذ مقسمة بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض.

ولا يمكن لأطراف عقد المقاولة من الباطن التملص من هذه المسؤولية، إلا إذا أثبتوا السبب الأجنبي في ذلك أو نص القانون أو اتفاق على خلاف ذلك، لكن هناك حالات يمكن أن ينتفي فيها خطأ المقاول من الباطن، المقاول الأصلي أو رب العمل حتى ولو تسبب في إحداث ضرر بالغير ويتعلق الأمر ب: حالة الدفاع الشرعي التي يدافع فيها أطراف العقد عن نفسهم أو مالهم، وكذلك نفس الغير وماله، وحالة الضرورة التي يتفادون فيها وقوع ضرر أكبر بهم أو بغيرهم.

2- المسؤولية عن فعل الغير:

استثناء عن تطبيق المسؤولية التقصيرية المترتبة عن الأفعال الشخصية، تقررت المسؤولية التقصيرية عن أفعال الغير من أجل حماية المتضررين من أفعال أشخاص، لا يمكن أن يكونوا مسؤولين قانونيا، مبنية على خطأ مفترض من المكلف بالرقابة أو المتبوع[1].

وقد أسس المشرع الجزائري المسؤولية التقصيرية على فعل الغير، على أساس الخطأ كأصل عام مثلها مثل المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية، وهي نوعان مسؤولية المكلف بالرقابة عن أفعال الأشخاص المكلف برقابتهم قانونا ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه وقد سبقه المشرع الفرنسي في ذلك.

والخطأ بالنسبة للمكلف بالرقابة، هو خطأ مفترض في إطار المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ويمكن إثبات عكسه، عالجها المشرع الجزائري في المادة 134[2] من القانون المدني الجزائري، أما المشرع الفرنسي فقد تناولها بصفة عامة من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 1242[3]، من القانون المدني

[1] عيسات اليزيد، محاضرات في المسؤولية التقصيرية، الفعل غير المشروع او الفعل الضار، مقدمة لطلبة السنة الثانية ل.م.د، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020/2019، ص-ص، 37، 38.

[2] المادة 134 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1242 du code civil français, op cit.

الفرنسي، ثم حدد في الفقرة الخامسة من نفس المادة مسؤولية الأب والأم في الرقابة على أبنائهم، لتأتي بعدها الفقرة السادسة وتحدد رقابة المعلمين والحرفيين عن أعمال تلاميذهم **ولا يمكن إسقاط هذه المسؤولية على عقد المقاولة من الباطن.**

أما مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه فهي الصورة، التي يمكن إسقاطها على عقد المقاولة من الباطن في إطار المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، عالجها المشرع الجزائري في المادتين 136، 137 من القانون المدني الجزائري، حيث نص في المادة 136[1] منه على حالة مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبتها، نتيجة تحقق علاقة التبعية بعمل التابع لحساب المتبوع، ثم أعطى حق الرجوع لهذا الأخير على التابع من خلال نص المادة 137[2] من القانون المدني الجزائري، متى ارتكب خطأ جسيما.

وقد تناولها نظيره الفرنسي بصفة عامة من خلال نص المادة 1/1242[3] من القانون المدني الفرنسي والتي مفادها أن الأشخاص لا يكونوا مسؤولين عن أفعالهم فقط، وإنما أيضا عن أفعال الأشخاص المسؤولين عنهم ليحدد أكثر في الفقرة الخامسة من نفس المادة على مسؤولية المتبوع.

و كل هذا يعني أن أطراف العقد من الباطن المتمثلة في المقاول من الباطن، المقاول الأصلي ورب العمل لا يمكن أن يكونوا مسؤولين تقصيريا مسؤولية المكلف بالرقابة في إطار المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، وإنما يمكن أن يسألوا مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه أثناء تأدية وظيفتهم أو بمناسبتها، كمسؤولية المقاول من الباطن والمقاول الأصلي عن الأضرار التي يتسبب فيها العمال، الذين يتبعونهم نتيجة الأفعال الضارة التي ارتكبوها أثناء تأدية وظيفتهم أو بمناسبتها، في إطار تنفيذ العمل الذي أوكلوهم به باعتبارهم عمال لديهم يعملون لحسابهم، كما يمكن لرب العمل كذلك أن يسأل عن أفعال تابعيه تقصيريا، إذا كلفهم مثلا بتمكين المقاول الأصلي من تنفيذ العمل كتهيئة مكان تنفيذ العقد، وتسببوا في ضرر أثناء تأدية المهام خارج إطار العقد، لكن لديهم الحق هنا في الرجوع على هؤلاء العمال التابعين لهم إذا ارتكبوا خطأ جسيما.

[1] المادة 136 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المادة 137 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] Article 1242/1 du code civil français, op cit.

3-المسؤولية الناشئة عن فعل الشيء:

ويتعلق الأمر هنا بمسؤولية الشخص عن الأشياء تحت حراسته، سواء كنت حية كالحيوان أو غير حية كالآلات والبنايات نتيجة تسببها في ضرر للغير.

وقد عالج المشرع الجزائري في نص المادة 138[1] من القانون المدني الجزائري، المسؤولية الناشئة عن حراسة الأشياء الغير الحية، التي يستعملها الشخص في عمله، ويقوم بتسييرها كالآلات والمعدات، وتسقط مسؤوليته عنها، إذا أثبت الشخص المسؤول قانونا أن الضرر حدث لسبب لم يكن يتوقعه كعمل الغير أو عمل المضرور، أو أنه كان بسبب حالة طارئة أو قوة قاهرة.

وقرر في نص المادة 139[2] من القانون المدني الجزائري المسؤولية الناجمة عن حراسة الشخص للحيوان، سواء كان مملوكا له أم لا حتى لو ضل الحيوان أو تسرب إلا إذا أثبت عدم تورطه في الحادث.

وحددت المادة 1/140[3] المسؤولية التقصيرية للأشخاص عن الضرر الناتج عن حريق لمنقول أو عقار، إذا كان بسبب خطئهم أو أخطاء أشخاص تحت المسؤولية، إذا تم إثبات الخطأ كأخطاء التابعين مثلا.

من خلال نص هذه الفقرة، تبين لنا أن خطأ الأشخاص أو تابعيهم في حالة نشوب حريق في العقار أو المنقول تحت الحيازة، واجب الإثبات لقيام المسؤولية التقصيرية على الحريق.

وقد بينا سابقا أن المسؤولية التقصيرية عن الأشياء، تقوم كقاعدة عامة عن الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، وبذلك فإن المشرع الجزائري قد استثنى المسؤولية التقصيرية للحريق من ذلك، وأسسها على القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية وهي الخطأ الواجب الإثبات، وقد سبقه المشرع الفرنسي في ذلك الذي يعتبر الأصل في اتخاذ هذا الاستثناء[4].

أما المادة 2/140[5] فحددت مسؤولية حارس البناء عما يحدث من ضرر نتيجة تهدم البناء، إلا إذا

---

[1] المادة 138 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المادة 139 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3] المادة 1/140 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] مصطفى بوبكر، مرجع سابق، ص-ص، 187، 188.

[5] المادة 2/140 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

أثبت أنه لم يهمل صيانة البناء أو القيام بالأعمال التجديدية الضرورية فيه، أو أنه لم يهمل وجود أي عيب في البناء.

وقد سبق المشرع الفرنسي المشرع الجزائري في ذلك وعالج المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأشياء ، حيث حدد المسؤولية الناجمة عن حراسة الأشياء غير الحية كالآلات في نص المادة 1/1242[1] من القانون المدني الفرنسي، حين نوه أن الشخص يكون مسؤولا عن الأشياء تحت حراسته.

وعالج في المادة 2/1242 المسؤولية التقصيرية للأشخاص عن نشوب الحريق في العقارات أو المنقولات، التي يحوزون بأي صفة بسبب خطئهم أو أخطاء تابعيهم متى أثبت ذلك، وجعل أحكام هذا النص لا تنصرف إلى العلاقة بين المستأجرين وملاك العقارات من خلال نص المادة 3/1242، حيث أخضعها إلى أحكام المادتين 1733، 1734 من نفس القانون.

وأسند مسؤولية حارس الحيوان من خلال نص المادة 1243[2] من القانون المدني الفرنسي، إلى صاحب الحيوان أو من يحرسه وجعلهم مسؤولين عن الأضرار التي يحدثها الحيوان، باعتبار أنه في رعايتهم حتى إذا فقد أو هرب.

وقرر المسؤولية عن حراسة البناء من خلال نص المادة 1244[3]، حين اعتبر مالك البناء مسؤول عن الأضرار، التي يسببها الخراب الناتج عن نقص صيانه المالك أو إهماله لخلل في البناء.

بإسقاط كل هذا على أطراف العقد عقد المقاولة من الباطن، نجد أنهم يمكن أن يكونوا مسؤولين مسؤولية تقصيرية عن:

-الأشياء تحت حراستهم، سواء كانت حية كالحيوان أو غير الحية كالآلات والمعدات، نتيجة تسببها في ضرر للغير، ويتعلق الأمر بمسؤوليتهم الناشئة عن حراسة الأشياء الغير الحية، التي يستعملها المقاول من الباطن أو المقاول الأصلي في عمله ويقوم بتسييرها كالآلات التي يستعملونها في مقاولات التشييد، وكذا الآلات والمعدات التي تكون في موقع العمل ويجبر رب العمل أو المقاول الأصلي على إزاحتها لتنفيذ العقد مثلا، وتسقط مسؤوليتهم في هذه الحالة، إذا أثبتوا أن الضرر حدث لسبب لم يكن يتوقعوه كعمل الغير أو عمل المضرور، أو أنه كان بسبب حالة طارئة أو قوة قاهرة. بالإضافة إلى مسؤوليتهم الناجمة عن حراسة الحيوان، سواء كان مملوكا لهم أم لا حتى لو ضل الحيوان أو تسرب، ما

[1] Article 1242/1 du code civil français, op cit.
[2] Article 1243 du code civil français, op cit.
[3] Article 1244 du code civil français, op cit.

لم يثبت أن الحادث وقع لسبب لا يد له فيه كعقود التشييد التي يستعينون فيها بحيوانات لحراسة الآلات والمعدات.

– مسؤوليتهم في حالة نشوب أي حريق في منقول أو عقار، إذا ثبت أنه كان بسبب خطئهم أو خطأ الأشخاص تحت مسؤوليتهم، فيمكن أن يكون كل من رب العمل، المقاول الأصلي، المقاول من الباطن مسؤولين مسؤولية تقصيرية عن نشوب حريق في بناية محل تنفيذ العقد أو منقول، له علاقة بتنفيذه كمقاولات البناء مثلا، إذا ثبت أن أحدهم أو أحد تابعيهم كان وراء ذلك.

– مسؤوليتهم كحراس للبناء عما يحدث من ضرر نتيجة تهدم البناء، والتي يمكن أن تتضمنها مقاولات البناء إلا إذا أثبتوا أنهم قدموا العناية الازمة في ذلك.

الفرع الثاني

أركان المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن

تقوم المسؤولية التقصيرية على توافر ثلاثة أركان مثلها مثل المسؤولية العقدية، وتتمثل هذه الأركان في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر حسب التفصيل الآتي:

أولا: الخطأ

اختلف الفقه في تحديد معنى الخطأ التقصيري، لكن أكثر التعريفات دقة يعتبره إخلال بالتزام يفيد عدم المساس بحقوق الغير، من خلال تفادي كل ما يضر بهم باتخاذ العناية الازمة في السلوك، وبهذا يمكن القول أن الالتزام القانوني يفيد دائما بذل العناية الازمة، في حين قد يفرض الالتزام العقدي تحقيق نتيجة أو بذل عناية[1].

وكل من المشرع الجزائري والفرنسي اعتبرا أن الخطأ ركن وعنصر جوهري في المسؤولية التقصيرية، وفقا للمادتين 124 من القانون المدني الجزائري والمادة 1240 من القانون المدني الفرنسي سابقتا الذكر، وقد أضاف المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر[2] ، أنه حتى الاستعمال التعسفي للحق الذي يفيد الإضرار بالغير أو الحصول على فائدة ضئيلة مقارنة بالضرر الذي يحدثه للغير، أو إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة غير مشروعة يعتبر خطأ.

[1] رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة الكوفة العدد 8، جامعة الكوفة، ص 74.

[2] المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

ويعرفه الأستاذ الدكتور سليمان مرقس بأنه: «إخلال بواجب قانوني مقترنا بإدراك المخل به»[1]، بما يفيد المساس بأحد حقوق الغير مع العلم واليقين بتجاوز مبدأ احترام الكافة، فهو بذلك يوضح أن ركن الخطأ التقصيري يتكون من عنصرين عنصر مادي وآخر معنوي نعرضهما في الآتي:

1-الركن المادي(التعدي):

هو تعدي الحدود المألوفة للرجل العادي، الذي يمثل جمهور الناس في سلوكه، والذي يفيد الاخلال بواجب قانوني، وقد يكون متعمد يقترن بقصد الضرر بالغير أو غير متعمد صادر عن إهمال أو تقصير في اتخاذ الاحتياطات اللازمة[2].

بمعنى أن الشخص لا يسأل عن الأضرار التي يحدثها عمدا فقط، وإنما تمتد مسؤوليته حتى لتغطيه الأضرار التي كانت غير متعمدة، نتيجة إهماله وتقصير منه في اتخاذ كل الاحتياطات الممكنة لتفادي الاضرار بالغير.

وهذا ما أكده كل من نص المادة 125[3] من القانون المدني الجزائري، عندما وضحت أن الضرر يمكن أن يحدث نتيجة فعل أو إهمال أو عدم حيطة، والمادة 1241[4] من القانون المدني الفرنسي، التي وضحت أن كل شخص مسؤول عن الضرر، الذي يتسبب فيه بفعله أو نتيجة إهماله أو عدم حيطته.

2-الركن المعنوي(الإدراك والتمييز):

الإدراك أو التمييز عنصر أساسي في الخطأ، يجعل الشخص يدرك التعدي وخرق الحدود التي اقترفها، وبالتالي تسقط مسؤولية من هو غير مميز، بسبب عدم قدرته على إدراك الانحراف السلوكي في أفعاله[5].

فالشخص المميز فقط هو من يسأل عن أفعاله الضارة بنص المادة 125[6] من القانون المدني الجزائري.

---

[1] عيسات اليزيد، مرجع سابق، ص 10.

[2] عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص-ص، 51، 52.

[3] المادة 125 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] Article 1241 du code civil français, op cit.

[5] عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 65.

[6] المادة 125 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

والخطأ التقصيري نوعان: خطأ إيجابي وخطأ سلبي نعرضهما في الآتي:

- الخطأ الايجابي:

يتمثل في ارتكاب فعل يمنعه القانون[1]، فبالرغم من وجود نص قانوني أو لائحة تنظيمية، تمنع الأفراد من القيام ببعض الأفعال نجدهم يخلون بتلك النصوص ويقدمون على ارتكاب أفعال هم ملزمون بتفاديها.

-و خطأ سلبي:

يبدو في صورة ترك يفيد التخلي والامتناع عن القيام بفعل ما، وهو بدوره نوعان: امتناع عن تنفيذ ما يفرضه القانون كعدم احترام قانون المرور، أو امتناع عن عمل تفرضه القيم الأخلاقية والاجتماعية كعدم القيام بعمل لحماية الغير كمساعدة شخص في خطر[2].

ثانيا: الضرر

هو الأذى الذي يصيب الغير المطالب بالتعويض في حقه أو في مصلحة مشروعة له، بتحققه تقرر المسؤولية ويحدد التعويض بقدر وجوده وبانتفائه لا وجود للمسؤولية، فهو إذن يمثل ركنا أساسيا في المسؤولية التقصيرية[3]، التي تسمى أيضا كما وضحنا سابقا العمل المستحق للتعويض لوزن الضرر في قيامها وهي لا تفعل بدونه.

والضرر نوعان[4]: ضرر مادي وضرر معنوي نعرضهما في الآتي.

1-الضرر المادي:

هو الأذى الذي قد يصيب الشخص في جسمه فتتضرر سلامته الصحية، أو يمس ذمته المالية بالتعدي على أحد حقوقها.

2-الضررالمعنوي:

وهو الأذى الذي يصيب الشخص في اعتباره الشخصي ومركزه الاجتماعي، بارتكاب أفعال تمس

---

[1] رائد كاظم محمد الحداد، مرجع سابق، ص77.

[2] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، مرجع سابق، ص-ص، 185، 186..

[3] رائد كاظم محمد الحداد، مرجع سابق، ص 77.

[4] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، مرجع سابق، ص، 204.

بكرامته وشرفه وسمعته.

ولكي يستحق الضرر التعويض لا بد أن يكون محقق الوقوع حالا أو مستقبلا، وأن يكون مباشر ومتوقعا كما وضحنا سابقا في المسؤولية العقدية، وأن يصيب حقا أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور[1]، الذي يقع عليه في هذه الحالة إثبات الضرر الذي أصابه بجميع طرق الإثبات، باعتباره واقعة مادية للحصول على التعويض من المضرور الدائن بالتعويض بجميع طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية.

وبإسقاط ما سبق على أطراف عقد المقاولة من الباطن، فإنه تقوم المسؤولية لرب العمل، المقاول الأصلي والمقاول من الباطن إذا ما أخلوا بواجب قانوني بارتكاب فعل يمنعه القانون أو بامتناع عن فعل قانوني أو أخلاقي، عمدا أو إهمالا وتقصيرا مقترنا بإدراكهم، ويصيب الغير بضرر في حقه أو مصلحة مقررة له، ولا تقوم مسؤوليتهم إلا إذا أثبتت العلاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبوه والضرر الذي لحق المضرور. كأن يحمل المقاول الأصلي المقاول من الباطن مسؤولية تهدم الجدار، الذي أقامه قبل تكليف هذا الأخير ببقية الأعمال، نتيجة إهماله في تقديم العناية الازمة في المحافظة عليه كحارس بناء.

أو أن يحمل رب العمل المقاول الأصلي مسؤولية تلف المعدات التي قدمها له لإتمام العمل، بسبب الحريق الذي كان وراءه تابعيه.

ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

يمكن اعتبار العلاقة السببية هي الإطار الذي يحدد من خلاله شرعية الأفعال المرتكبة من المدعى عليه أو عدم شرعيتها، وحجم المسؤولية الواقعة في ذمته، فهي تأتي كرد فعل عن الخطأ المرتكب، ولتحميل مرتكبه المسؤولية وتقرير التعويض في ذمته لجبر الضرر، لا يكفي إثبات الخطأ في جانبه والضرر الذي أصاب المضرور، بل يجب إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه والضرر الذي لحق المضرور[2].

ومفاد ذلك أن الضرر يترتب كنتيجة مباشرة عن الإخلال الذي تسبب فيه الشخص المدين، أي مرتكب الخطأ، وفي العقد محل دراستنا هو أحد أشخاص العقد من الباطن–مقاول من الباطن، مقاول أصلي أو رب العمل– المسؤول بواجبه القانوني، فلا يكفي لوجود الضرر تحقق العلاقة السببية التي

[1] رائد كاظم محمد الحداد، مرجع سابق، ص 78.

[2] فريدة اليومري، ت: محمد الكشبور، علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية بين رأي الفقه وموقف القضاء (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2009، ص، 25.

تحمل أحدهم مسؤولية التعويض لجبر ضرر المدعي، وقد يوجد خطأ من المقاول من الباطن لكن طبيعته لا تكيفه على أنه فعل ضار يوجب التعويض، كما قد يتحقق الخطأ من المقاول الأصلي والضرر لرب العمل لكن لا يعتبر هذا الأخير نتيجة للخطأ المرتكب من المقاول الأصلي، وهذا ما أكدته كل من المادة 124[1] من القانون المدني الجزائري والمادة 1240[2] من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثالث

شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية في عقد المقاولة من الباطن

حسب ما جاء في نص المادة 127[3]، من القانون المدني الجزائري إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير يكون غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالو يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك وهو ما يطبق في القانون الفرنسي.

النص واضح يعفي الشخص من المسؤولية التقصيرية، إذا أثبت أن لا يد له في الضرر الذي كان نتيجة أحد الحالات التي نصت عليهم المادة 127 سالفة الذكر، والتي يمكن أن تحقق انتفاء العلاقة السببية بين خطأ المدعي عليه والضرر الذي أصاب المضرور، لكن المشرع في آخر نص المادة وضع استثناء يحمل الشخص هذه المسؤولية، حتى في حالة وجود السبب الأجنبي في حالة وجود نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك.

و بناء عليه يمكن لفريق العقد من الباطن: مقاول من الباطن، مقاول أصلي أو رب عمل التملص من المسؤولية التقصيرية في إطار عقد المقاولة من الباطن، إذا أثبت أحدهم أو كلهم أنه لا يد لهم في الأضرار التي مست باقي الأطراف خارج نطاق العقد الذي جمعهم، وإنما وقعت نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي لا يمكن رده ، كأن يثبت المقاول من الباطن أن الفيضانات التي مست المنطقة محل تنفيذ أشغال البناء ،هي التي كانت السبب وراء تخلفه في إنهاء إنجاز البناية أمام رب العمل ،الذي لا يجمعه عقد معه، أو أن يثبت المقاول الأصلي، أن رب العمل هو المسؤول عن تهدم الجدار الخارجي، الذي قام ببنائه مجانا خارج عقد المقاولة المبرم بينهم ،نتيجة المواد المعيبة التي قدمها رب العمل لذلك، وكذا إذا

[1] المادة 124 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] Article 1240 du code civil français, op cit.

[3] المادة 127 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

أثبت رب العمل أن عدم حصول المقاول من الباطن الذي لا يربطه به أي عقد على مقابله المالي لا دخل له، لأنه لم يعلم بوجوده ولم تربطه به أي علاقات قانونية ولم يوافق على شروط دفعه، وأن السبب في ذلك هو خطأ المقاول الأصلي الذي لم يعلمه بوجوده ولم يعرض عليه قبوله.

لكن في حالة وجود نص قانوني أو اتفاق بين فريق عقد المقاولة من الباطن، يفيد قيام مسؤوليتهم التقصيرية حتى في حالة تحقق السبب الأجنبي، لا يمكن في هذه الحالة التملص منها ، بإثبات أنه لا يد لأحدهم في الضرر الذي أصاب المضرور.

والأصل أنه لا يمكن تصور الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية بصورة عامة، وذلك لعدم وجود رابطة تربط أطرافها من قبل، فهم مجهولون لا يعرف أحدهم من سيطالبه بالتعويض.

ومع ذلك واستثناء من هذا الأصل قد توجد حالات قليلة جدا، يمكن للشخص أن يعرف فيها مسبقا من سيتضرر من أفعاله فيتفق معه مسبقا على أن يعفيه من المسؤولية مقابل مبلغ من المال، وأهم مثال على ذلك هو الاتفاق الذي يمكن أن يكون بين أطراف عقد المقاولة من الباطن: مقاول من الباطن، مقاول أصلي ورب العمل، يفيد عدم تحملهم الأضرار الناتجة عن أخطائهم التقصيرية، والتي تسببوا فيها لبعضهم البعض في إطار تنفيد عقد المقاولة من الباطن.

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية لأطراف عقد المقاولة من الباطن

لا تقوم مسؤولية أطراف عقد المقاولة من الباطن، إلا بتوافر أركانها الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وعلى هذا الأساس نعرض فيما يلي مسؤولية المقاول من الباطن التقصيرية، ومسؤولية المقاول الأصلي التقصيرية، ومسؤولية رب العمل التقصيرية، كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

المسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن

قد يكون المقاول من الباطن مسؤول تقصيريا في مواجهة المقاول الأصلي عن كل الأضرار التي تصيبه في شخصه أو ماله خارج إطار عقد المقاولة من الباطن، حيث أقر القضاء الفرنسي مسؤولية المقاول من الباطن التقصيرية عن مولد كهربائي يمتلكه المقاول الأصلي، كان بموقع عمل المقاول من

الباطن وهو غير داخل في نطاق العقد من الباطن لأنه لم يسلمه له، الأمر الذي جعل مسؤوليته التقصيرية هي التي تقوم لا مسؤوليته العقدية بسبب تلفه نتيجة خطا أحد تابعيه.

ويسأل المقاول من الباطن تقصيريا في مواجهة المقاول الأصلي عن الأعمال المعيبة ،التي لم يستطع اكتشافها أثناء التسلم بفعل الغش الممارس من طرف المقاول من الباطن.

كما يسأل المقاول من الباطن تقصيريا عن كل الأعمال التي يقدمه للمقاول الأصلي مجانا، وهو لا يرتبط معه بعقد، بحيث يكون مسؤولا تقصيريا عن الأضرار التي يتسبب فيها لرب العمل، والتي تكون من تنفيذ المقاول الأصلي في الأصل[1].

ولا يوجد عقد يربط المقاول من الباطن مع رب العمل، وبالتالي لا يسأل المقاول من الباطن عقديا أمام رب العمل، فهو يعتبر كأي شخص عادي يقع عليه واجب احترام حق صاحب المشروع، وبالتالي يسأل تقصيريا عن الإخلال بواجباته فقط، إلا ما تعلق بالضمان العشري كاستثناء خاص كما سبق التطرق إليه[2].

ويمكن أن يسأل تقصيريا عن خطأ له صلة بالتنفيذ، وهذه الصلة ساعدت على ارتكابه، إذا استطاع رب العمل إثبات ذلك الخطأ التقصيري من قبل المقاول من الباطن، وله الحق هنا في الرجوع على المقاول من الباطن بموجب المسؤولية التقصيرية، كحالة امتناعه عن تنفيذ العقد من الباطن بعد إثبات الخطأ التقصيري من المقاول من الباطن، والذي تسبب له في الضرر، أو الرجوع على المقاول الأصلي بموجب المسؤولية العقدية عن فعل الغير، ولا يمكن لهذا الأخير بأي حال من الأحوال باعتباره مسؤولا عقديا عن خطأ المقاول من الباطن، لأنه من فئة الغير الذين يسأل عنهم مسؤولية عقدية عن فعل الغير، أن يدفع بمسؤولية هذا الأخير التقصيرية للتملص من مسؤوليته العقدية عن فعل الغير[3].

ورب العمل له الخيار في الرجوع على المقاول الأصلي، وفق المسؤولية العقدية عن فعل الغير، أو على المقاول من الباطن وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، لكن رجوع رب العمل على المقاول الأصلي وفقا لأحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير أحسن من رجوعه على المقاول من الباطن وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، إلا أن هناك حالات إعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير، يمكن للمقاول الأصلي الاستفادة منها إذا تحققت أسبابها، فلا يبقى أمام رب العمل هنا سوى الرجوع على المقاول من

---

[1] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص–ص 163، 164.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 114.

[3] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص–ص، 181، 182.

الباطن وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية[1].

ولقيام مسؤولية المقاول من الباطن التقصيرية في مواجهة رب العمل، لابد من أن يصدر منه فعل خاطئ يسبب ضرر لرب العمل، ويقع عبء إثبات ذلك على رب العمل لأنه من يدعي ذلك، ولا تقوم مسؤولية المقاول من الباطن التقصيرية عن أعماله الشخصية فقط، وإنما تمتد إلى كل الآلات والمعدات التي يستعملها أثناء عمله، وكذا خطأ الأشخاص الذين يعملون لديه وحتى على الحيوانات التي يسعين بها في الحراسة، وكل هذا عند تنفيد العقد وحتى بعده بما يسمح القانون بذلك[2].

الفرع الثاني

المسؤولية التقصيرية للمقاول الأصلي

يسأل المقاول الأصلي تقصيريا **في مواجهة رب العمل** إذا قام بتأدية عمل بالمجان لانعدام وجود عقد بينهما، فأي خطا يصدر منه في تنفيذ ذلك العمل المجاني يعتبر تقصيريا يفيد قيام مسؤوليته التقصيرية في مواجهة رب العمل، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن كل التصاميم التي يضعها مقاول لتشييد بناية لصالح رب العمل من قبل مقاول آخر، ويظهر فيها عيب يتسبب في خلل يظهر في البناء تلزم ذلك المقاول الذي جسد التصميمات بالمجان مسؤولية تقصيرية عن الخطأ، الذي ارتكبه في التصميم وتسبب في الخلل الذي أضر برب العمل[3].

ويسأل المقاول الاصلي تقصيريا كذلك في مواجهة رب العمل، عن كل الأضرار التي يمكن أن تصيب هذا الأخير خارج إطار عقد المقاولة الأصلي، كأن يلتقيا في مكان التنفيذ ويتناقشان حول مجريات تنفيذ العمل وينتهي نقاشهما بشجار، يتسبب من خلاله المقاول الأصلي في ضرب رب العمل، فيسأل هنا تقصيريا عن الأضرار التي لحقت رب العمل لأن الضرر لا علاقة له بالتزاماته التعاقدية.

وفي هذا الصدد يسأل المقاول الاصلي أيضا تقصيريا **في مواجهة المقاول من الباطن**، عن كل الأضرار التي يمكن أن تصيب هذا الاخير خارج إطار عقد المقاولة من الباطن، فلقائهما في مكان التنفيذ للحديث عن تنفيذ العمل الذي ينتهي بشجارهما، وضرب المقاول الأصلي للمقاول من الباطن، يجعل

---

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 115.

[2] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 195.

[3] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص–ص، 164، 165.

المقاول الأصلي مسؤولا تقصيريا عن الأضرار التي تسبب فيها للمقاول من الباطن، لأن الضرر لا علاقة له بالتزاماته التعاقدية[1].

وإن قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الأصلي في مواجهة المقاول من الباطن، تطرح إشكالا قانونيا خاصة وأنه يجمعه مع هذا الأخير عقد من الباطن، وبذلك فإن الأصل أن الدعاوى المرفوعة ضده من قبل المقاول من الباطن، تكون على أساس مسؤولية عقدية، إلا ما كان منها خارج عن الالتزامات التعاقدية.

لكن قد يحرمه المقاول الأصلي من حماية قانونية تتعلق بالدفع المباشر، في حالة إغفاله وإهماله وتعمده في عدم الإعلان عن هذا الأخير لرب العمل، من أجل قبوله وقبول شروط الدفع الخاصة به من قبل رب العمل، وهو خطأ يخرج عما هو ملزم بتنفيذه في إطار عقد المقاولة من الباطن، لكن يعتبر المقاول الأصلي ملزما به في إطار العقد الأصلي، ويمكن أن يرتب له عقوبة الفسخ في حالة عدم إعلام رب العمل بالمقاول من الباطن.

وهو الأمر الذي يسمح للمقاول من الباطن، أن يرافع المقاول الأصلي على أساس المسؤولية التقصيرية نتيجة إهماله وعدم إخبار رب العمل بوجوده، الأمر الذي يتسبب له في فقدان الحماية القانونية المقررة له في إطار الدفع المباشر، كما سبق التطرق إليها في الفصل الثالث من بحثنا.

و نرجح قيام المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي هنا بدلا من المسؤولية التقصيرية، ونقيم الحجة في ذلك على أن شرط قبول المقاول من الباطن وشروط دفعه تناولها المشرع الفرنسي في القانون 75-1334 السالف الذكر، الذي ينظم عقود المقاولة من الباطن، بالإضافة إلى قانون الصفقات العمومية الفرنسي، وكذا المشرع الجزائري من خلال الشروط التي تطبق في إطار عقود المقاولة من الباطن العامة في قانون الصفقات العمومية، والأجدر بنا هنا أن نعتبرها من الالتزامات التي يطالب بها المقاول الأصلي في إطار عقود المقاولة من الباطن العامة، التي تجمعه مع المقاول من الباطن كما سبق الذكر، وبالتالي إهماله لهذا الشرط يقيم مسؤوليته العقدية لا تقصيرية في رأينا.

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 118.

الفرع الثالث

المسؤولية التقصيرية لرب العمل

تقوم مسؤولية رب العمل التقصيرية في مواجهة المقاول من الباطن، نظرا لانتفاء الرابطة العقدية بينهما، وقد أكد ذلك مجلس الشورى الفرنسي من خلال تفاصيل قضية تعلقت بتنفيذ صفقة عامة، أين قام رب العمل بدفع الحساب للمقاول الأصلي، الذي لم يستطع فيما بعد إيفاء المقاول من الباطن حقه، مع العلم أن المقاول من الباطن لم يحز على موافقة رب العمل وحتى على شروط دفعه، لكن العلاقات القانونية التي كانت بنهما تفيد غير ذلك.

ولكل هذا فقد قضى مجلس الشورى الفرنسي بقيام مسؤولية رب العمل التقصيرية، التي حظت بالظروف المخففة لسببين:

السبب الأول: نتيجة خطأ المقاول الأصلي الذي لم يبلغ رب العمل بوجود المقاول من الباطن ومساهمته في التنفيذ.

والسبب الثاني: نتيجة خطأ رب العمل المتعلق بعدم التأكد من الموافقة على عمل المقاول من الباطن، خاصة وأنه جمعته به علاقات قانونية كثيرة تعلقت بالتنفيذ.

ومنه يمكن القول أن مسؤولية رب العمل التقصيرية، تقوم في مواجهة المقاول من الباطن، بإثبات الخطأ التقصيري من طرف رب العمل، إلا إذا لم يوافق عليه ولم تربطه به أية علاقة قانونية تخص التنفيذ، حيث أنه مثلا وجود المقاول من الباطن في الورشة، لا يكفي لمعرفة رب العمل بوجوده ولا بصفته في تنفيذ العقد[1].

وإذا لم يعلم المقاول الأصلي رب العمل بوجود المقاول من الباطن، ولم يعرض عليه قبوله وقبول شروط دفعه مع ثبوت أن رب العمل كان يعلم بوجوده، غير أنه لم يطلب من المقاول الأصلي تسوية وضعية المقاول من الباطن، في هذه الحالة يمكن للمقاول من الباطن مداعاة رب العمل، لكن على أساس الإثراء غير المشروع باعتبار أن رب العمل هنا لم يرتكب خطا في حق المقاول من الباطن[2].

---

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 186.

[2] المرجع نفسه، ص 190.

ولقيام المسؤولية التقصيرية لرب العمل في مواجهة المقاول من الباطن، لا بد من صدور خطأ عن رب العمل أو الأشخاص الذين يسأل عنهم، حيث لا تقتصر مسؤولية رب العمل عن أفعاله الشخصية فقط في مواجهة المقاول من الباطن، وإنما تمتد إلى الأشخاص الذين يعملون لديه وحتى الأشياء والحيوانات تحت حراسته يرتب ضرر للمقاول من الباطن، ويقع عبء إثبات الخطأ والضرر على المقاول من الباطن لأنه هو من يدعيه[1].

وتقوم مسؤولية رب العمل التقصيرية في مواجهة المقاول الأصلي عن كل الأضرار التي يمكن أن تصيب هذا الأخير خارج إطار عقد المقاولة الأصلي، ومثال ذلك حالة الشجار التي يمكن أن تقع بينهما بموقع تنفيذ العقد، والتي يتسبب فيها رب العمل بضرب المقاول الأصلي، فيسأل هنا تقصيريا لأن ذلك لا يخص التزامه التعاقدي.

[1] إيلي مسعود خطار، ت: محي الدين القيسي، مرجع سابق، ص 195.

خلاصة الباب الثاني:

ينشأ عن إبرام عقد المقاولة من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي نوعين من العلاقات القانونية بين أطراف العقد، تعاقدية تتمثل في علاقة المقاول الأصلي بكل من رب العمل في عقد المقاولة الأصلي والمقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن، وغير تعاقدية تتجسد في علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن.

وإبرام المقاول الأصلي لعقد المقاولة من الباطن لا يعفيه من المسؤولية اتجاه رب العمل عن تنفيذ التزاماته، إذ يبقى مسؤولا عن الأعمال التي ينفذها المقاول من الباطن بتكليف منه مسؤولية عقدية عن فعل الغير، والتي استثنى منها المشرع الفرنسي بعد التعديلات التي أدخلها على القانون المدني المسؤولية العشرية، أين جعل المقاول من الباطن مسؤولا عشريا ، في حين جعله المشرع الجزائري مسؤولا عشريا استثناء في عقود الترقية العقارية .

ويتفق القانونين الجزائري والفرنسي على أن عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن، من قبل أطراف العقد أو تنفيذهم المعيب له، يمكن أن يحرك المسؤولية العقدية لكل من رب العمل والمقاول من الباطن في إطار العقدين اللذان يرتبطان فيهما مع المقاول الأصلي، ويتعلق الأمر بعقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن على التوالي، ومسؤولية المقاول الأصلي العقدية كذلك أمام رب العمل عن أعماله الشخصية وعن أعمال المقاول من الباطن، و أمام المقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن مسؤولية عقدية مباشرة عن تنفيذ التزاماته المباشرة مع المقاول من الباطن، ومسؤولية عقدية غير مباشرة في إطار عقود المقاولة من الباطن العامة، التي تغطي عدم التصريح بالمقاول من الباطن وعدم إخضاع شروط دفعه إلى موافقة رب العمل، كما يمكن أن تحرك مسؤولية كل أطراف العقد تقصيريا عن الإخلال خارج روابطهم التعاقدية.

خاتمة

نخلص بعد دراستنا لموضوع عقد المقاولة من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي، وبعد تحديد مفهوم العقد، وعلاقته بالأنظمة القانونية المشابهة، وأركان تكوينه، والعلاقات القانونية الناشئة بين أطرافه، والمسؤولية الناتجة عن عدم تنفيذه أو تنفيذه تنفيذا معيبا إلى أن هناك بعض الاختلافات في معالجة عقد المقاولة من الباطن بين القانونين الجزائري والفرنسي وفق النتائج الآتية:

-جاءت النصوص القانونية التي تنظم عقد المقاولة من الباطن في التشريع الجزائري متفرقة بين القانون المدني وقانون الصفقات العمومية، وكذا القانون التوجيهي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة دون أن تعتمد مفهوم لهذا العقد، على عكس التشريع الفرنسي الذي أولى أهمية كبيرة لهذا العقد، بحيث نظمه في نص خاص ويتعلق الأمر بالقانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، الذي يعتبر مرجع له، ضبط كل كبيرة وصغيرة تخصه في المجال العام والخاص، في حين فصل أكثر كيفية تطبيقها في الصفقة في قانون الطلب العمومي.

- عقد المقاولة من الباطن وفقا للقانونين الجزائري والفرنسي، له من الخصائص ما يميزه عن عقد المقاولة الذي يتشارك معه في الطبيعة القانونية، وعن تعدد العقود، العقود المكملة، التنازل عن العقد وغيرها من الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة له.

- أجاز كل من القانون الجزائري والفرنسي التعاقد من الباطن في عقود المقاولات كأصل عام، لكن وفق شروط معينة لا يمكن إغفالها، وموانع استثنائية يتوجب تفاديها سجلنا من خلالها بعض الاختلافات بين القانونين، حيث لا يوجد أثر للشرط المانع الاتفاقي ولا لفكرة الاعتبار الشخصي في القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن، في حين أدرجهما القانون الجزائري صراحة في نص المادة 564 من القانون المدني الجزائري.

-عقد المقاولة من الباطن عقد جديد مستقل عن عقد المقاولة الأصلي، يتطلب لانعقاده صحيحا كباقي العقود توفر أركانه، حددها المشرع الجزائري وفقا للقواعد العامة في الرضا، المحل والسبب، وجعلها المشرع الفرنسي بعد تعديل القانون المدني الفرنسي تنحصر في رضا الطرفين، أهليتهم في التعاقد ومضمون ومحتوى شرعي وأكيد.

- عقد المقاولة من الباطن يفترض وجود عقدين متتابعين وثلاثة أطراف تعاقدية، العقد الأول هو عقد المقاولة الأصلي، الذي يجمع رب العمل بالمقاول الأصلي، والثاني هو عقد المقاولة من الباطن الذي يجمع المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، ويكون المقاول الأصلي طرف مشترك في العقدين.

-يبرم عقد المقاولة من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي وفق أشكال معينة، بالنظر إلى طريقة اختيار المقاول من الباطن عن طريق التراضي أو المسابقة، وبالنظر إلى شرعية المقاولة من الباطن إلى عقود قانونية وأخرى غير قانونية، وأخيرا بالنظر إلى درجة تسلسل العقد إلى عقود بسيطة ومباشرة وأخرى متسلسلة وغير مباشرة، مع وجود اختلاف بين القانونين في إبرام عقود المقاولة من الباطن وفق هذا الشكل الأخير، حيث لم يبرز المشرع الجزائري إمكانية المناولة ضمن سلسلة متتابعة من العقود إذا لم يوجد شرط يمنع ذلك، في حين نص المشرع الفرنسي على ذلك صراحة في المادة 2 من القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن.

- يتفق كل من القانون الجزائري والفرنسي في أسباب انقضاء عقد المقاولة من الباطن، والتي تعود إلى أسباب عامة ترتبط بإتمام النفاذ، انتهاء المدة الزمنية للعقد وأخرى تؤدي إلى زوال العقد قبل التنفيذ سواء كان ذلك بالتراضي، الفسخ أو استحالة التنفيذ، وأسباب خاصة منها ما يعود إلى المقاول الأصلي كفسخ العقد بإرادته المنفردة، تحلله من العقد بسبب تجاوز الحد المالي للعقد، وأخرى تعود للمقاول من الباطن كانتهاء العقد بسبب عجز المقاول من الباطن عن إتمام العمل المطلوب منه أو موت هذا الأخير.

-العلاقات التي تنشأ عن إبرام عقد المقاولة من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي، تتمثل في العلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي ورب العمل اللذان يحافظان على مركزهما القانوني، كدائن ومدين في إطار عقد المقاولة الأصلي، والعلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة من الباطن الذي يستمد وجوده من عقد المقاولة الأصلي، وأخيرا علاقة غير تعاقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، حيث يعتبر رب العمل غير بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، الذي يجمع المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، كما يعتبر هذا الأخير غير عن عقد المقاولة الأصلي الذي يجمع المقاول الأصلي برب العمل.

-إبرام عقد المقاولة من الباطن لا يعفي المقاول الأصلي من المسؤولية اتجاه رب العمل، بل تمتد مسؤوليته إلى الأعمال التي ينفذها المقاول من الباطن بتكليف منه مسؤولية عقدية عن فعل الغير، التي استثنى منها المشرع الفرنسي بعد التعديلات التي أدخلها على القانون المدني المسؤولية العشرية، أين جعل المقاول من الباطن مسؤولا عشريا، في حين جعل المشرع الجزائري المقاول من الباطن مسؤولا عشريا استثناء في عقود الترقية العقارية.

-يتفق القانونين الجزائري والفرنسي على أن عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن، أو تنفيذه المعيب يرتب في ذمة من تسبب في ذلك من أطراف العقد، مسؤولية عقدية عن العلاقات التعاقدية التي تجمعهم، فيسأل رب العمل عقديا عن عدم تنفيذ عقد المقاولة الأصلي الذي يجمعه بالمقاول الأصلي أو عن تنفيذه المعيب، كما يسأل المقاول من الباطن عقديا عن عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن الذي يجمعه كذلك بالمقاول الأصلي أو عن تنفيذه المعيب، في حين يسأل المقاول الأصلي عقديا في إطار عقد المقاولة، الذي يجمعه برب العمل مسؤولية عقدية عن أفعاله الشخصية ومسؤولية عقدية عن أفعال المقاول من الباطن، كما يسأل عقديا في إطار عقد المقاولة من الباطن الذي يجمعه بالمقاول من الباطن، مسؤولية عقدية مباشرة عن عدم تنفيذ التزاماته المباشرة مع المقاول من الباطن، ومسؤولية عقدية غير مباشرة في إطار عقد المقاولة من الباطن العام، الذي يغطي عدم التصريح بالمقاول من الباطن وعدم إخضاع شروط دفعه إلى موافقة رب العمل، ويسأل أطراف العقد كذلك مسؤولية تقصيرية إذا تحققت أركانها عن الإخلال خارج روابطهم العقدية.

وبناء على النتائج المتوصل إليها من الدراسة، نستخلص مجموعة من الاقتراحات والتوصيات نراها ضرورية، لضبط عقد المقاولة من الباطن بدقة، كأسلوب فني للتعاقد في القانون الجزائري، يعول عليه كخيار استراتيجي لتطوير البيئة الاقتصادية، نعرضها في الآتي:

-جمع الأحكام المتعلقة بعقود المقاولة من الباطن في القانون الجزائري، في نص خاص واحد يعالج كل صغيرة وكبيرة لهذا النوع من التعاقد في المجال العام والخاص، ويضبط أحكامها بدقة.

- وضع تعريف لعقد المقاولة من الباطن في متن القانون المخصص لهذا العقد، يحدد مفهوم العقد بإحكام.

-إدراج التعامل بعقود المقاولة من الباطن المتسلسلة والغير مباشرة صراحة، لضبط أحكامه كما توجه إلى ذلك المشرع الفرنسي.

- فرض اكتتاب التأمين في كل عقود المقاولة من الباطن في القانون الجزائري، لتغطية عدم تنفيذ المقاول من الباطن لالتزاماته وتحقيق مصلحة المقاول الأصلي ورب العمل وفق ما يمليه القانون، وتشجيع التعامل بعقود المقاولة من الباطن خاصة مع المؤسسات الناشئة والصغيرة والمتوسطة، منعدمة الخبرة وضعيفة القدرات المالية.

-توسيع مسؤولية المقاول من الباطن في القانون الجزائري، خاصة في مقاولات التشييد والبناء كما توجه إلى ذلك القانون الفرنسي، واعتباره مسؤولا عشريا كأصل عام في جميع مقاولات البناء، بدلا من حصرها مجال الترقية العقارية فقط لتشجيع التعامل به أكثر في هذا المجال.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

-المراجع باللغة العربية:

أولا: الكتب

1-الكتب العامة:

- بوبكر مصطفى، المسؤولية التقصيرية، بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، طبعة 2015، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2015.

- خوالدة أحمد مفلح ، شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.

- الدناصوري عز الدين ، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المجلد الأول، طبعة 2012، القاهرة، دار الفكر العربي، 2012.

- الذنون حسن علي، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، 2006.

- الذنون حسن علي ، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، الطبعة الاولى، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، 2006 .

- الذنون حسن علي ، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، الطبعة الأولى، الأردن، دار وائل للنشر، 2006.

- الذنون حسن علي ، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، الأردن، دار وائل للنشر، الطبعة الاولى 2006.

- السعدي محمد صبري ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، 2010.

- السعدي محمد صبري ، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الجزائر، دار الكتاب الحديث، 2009.

– سكارنه بسيم خليل ، فعل المضرور وأثره في المسؤولية التقصيرية، الطبعة الأولى 2014، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان.

– السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.

– السنهوري عبد الرزاق أحمد ، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.

– عيسات اليزيد ، محاضرات في المسؤولية التقصيرية، الفعل غير المشروع أو الفعل الضار، مقدمة لطلبة السنة الثانية ل.م.د، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020/2019.

– غستان جاك، ت:منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000.

– المفرجي كنعان محمد محمود ، الإعتبار الشخصي في العقد الإداري، الطبعة الأولى، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2013.

– اليومري فريدة ، ت: محمد الكشبور، علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية بين رأي الفقه وموقف القضاء (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2009.

2-الكتب الخاصة:

– أبوعرابي غازي خالد ، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، 2009.

– أحمد إبراهيم سيد ، العقود الواردة على العمل، عقد المقاولة فقها وقضاء، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003.

– أحمد سيد إبراهيم، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء، فقها وقضاء، الطبعة الأولى، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2003.

– بكر عصمت عبد المجيد، الوجيز في العقود المدنية المسماة، المقاولة والوكالة، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2015.

- البياتي عامر عاشور عبد الله، التعاقد من الباطن –دراسة مقارنة–، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2013.

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

- جعفر محمد حنون، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير –دراسة مقارنة–، الطبعة الأولى، طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011.

- خطار إيلي مسعود ، ت: محي الدين القيسي، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015..

- السرحان عدنان ابراهيم ، شرح القانون المدني، العقود المسماة – المقاولة، الوكالة، الكفالة–، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

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

- الشهاوي قدري عبد الفتاح ، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002.

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

- قرة فتيحة، أحكام عقد المقاولة– دراسة فقهية قضائية للعقد في القانونين المدني والتجاري وتطبيقات عملية لأهم عقود المقاولة مدعمة بكافة أحكام محكمة النقض الصادرة في هذا الشأن في 55 عاما–، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1987.

- لابارت فرانسواز ، نوبلرت سيريل ، ت: عبد الأمير إبراهيم شمس الدين بإشراف جاك غستان، المطول في العقود، الطبعة الأولى، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2018.

- المدني بجاوي ، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاول دراسة تحليلية ونقذيه، الطبعة الثانية، عين مليلة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2014.

- يس عبد الرزاق حسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها- نطاق تطبيقها-الضمانات، المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، مصر، 1978.

- ثانيا: الأطروحات والمذكرات:

1-الأطروحات:

- مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، 2016/2015.

2-المذكرات

- بلرجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2009/2008.

- العجوري سامي عدنان، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية التربية، جامعة الأزهر غزة، 2013.

- قرارية زياد شفيق حسن، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004.

- ثالثا: المقالات والملتقيات:

1-المقالات:

- بوكثير جبار، حركات سعيدة، المقاولة من الباطن كخيار استراتيجي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، مجلة التنمية الاقتصادية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، العدد 02، 2016.

- الحداد رائد كاظم محمد ، التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة الكوفة العدد 8، جامعة الكوفة

- صيد أحمد، رقايقية فاطمة الزهراء، المناولة الصناعية كمدخل لتعزيز الميزة التنافسية للمؤسسات، مجلة اقتصاديات المال والأعمال، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف، ميلة/الجزائر، المجلد1 العدد2، الصادر بتاريخ 30 جوان 2017.

- العساف نسرين مصطفى محمد ، العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن في القانون الأردني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد الرابع، 2020.

2-الملتقيات:

- بكراوي محمد المهدي، جامعي مليكة، المسؤولية التقصيرية، يوم دراسي حول الإتجاهات الحديثة في نظرية المسؤولية المدنية، كلية الحقوق بالتعاون مع مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، 23 ماي 2013.
- الزين منصوري ، آليات دعم ومساندة المشروعات الذاتية والمبادرات لتحقيق التنمية-حالة الجزائر-، مداخلة في الملتقى العلمي الدولي حول المقاولاتية: التكوين وفرص الأعمال، 6-8 أفريل 2010.
- علال فتيحة، عراب فاطمة الزهراء، تنشيط المناولة كخيار إستراتيجي هام لدعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر، ملتقى وطني حول استراتيجيات التنظيم ومرافقة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، كلية العلوم التجارية، العلوم الاقتصادية، وعلوم التسيير، جامعة ورقلة.

رابعا: النصوص القانونية

1-القوانين والأوامر:

-القانون 78-12 ، المؤرخ في 05 أوت 1978، المتضمن القانون الأساسي العام للعامل ، الجريدة الرسمية العدد 32، المؤرخة في 08 أوت 1978.
- القانون 01-18، المؤرخ في المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 77، المؤرخة في 15 ديسمبر 2001.
- القانون 11-04 المؤرخ في 2011/02/17، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14 المؤرخة في 2011/03/06.
- القانون 17-02، المؤرخ في 10 يناير 2017، المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية العدد 02، المؤرخة في 11 جانفي2017.
- القانون 23-12، المؤرخ في 05 أوت 2023، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 51، المؤرخة في 06 أوت 2023.

- الأمر 75-31 المؤرخ في 27أفريل 1975، المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القانون الخاص، جريد رسمية العدد 39، المؤرخة في 16 ماي 1975.
- الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
- الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية رقم 101 المؤرخة في 1975/12/19، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي 93-08، المؤرخ في 25 أبريل 1993.
- الأمر 95-07، المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية العدد 13، المؤرخة في 08 مارس 1995.

2-النصوص التنظيمية:

- المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010.
- المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- المرسوم التنفيذي 12-85، المتعلق بدفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، المؤرخ في 2012/02/26، الجريدة الرسمية العدد 11، المؤرخة في 2012/02/26.
- المرسوم التشريعي 94-07، المؤرخ في 1994/05/18، المتعلق بشروط الانتاج المعماري ممارسة مهنة المعماري، جريدة رسمية العدد 32، المؤرخة في 05/25 / 1994.

المراجع باللغة الفرنسية:

أولا:-الكتب:

1-الكتب العامة

- Dictionnaire la rousse (Poche) , Paris, édition Dictionnaire la rousse, 2010.
- Dictionnaire La rousse du Collège ,Paris, édition la rousse, 2013.

- Dictionnaire Le petit La rousse illustré, Paris, édition la rousse, 2007.
- Fallon Brigitte Hess, Simon Anne marie ,droit civil, aide-mémoire, 5eme édition, compris Dalloz, paris 199.
- Malaurie Philippe, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 2 éme édition, Paris, édition juridiques associées, 2005
- Muller Michèle, Droit civil, 2ème édition, Paris, édition Foucher , 2006, Mise à jour juillet 2007
- Renault-Brahinsky Corine, l'essentiel du droit des contrat, Paris , édition Gualino, 2000.
- Renault Brakinsky Corine, L'essentiel de la responsabilité civile et des quasi-contrats, paris, Gualino éditeur, 2000.
- Terré François, Simler Philippe, Yves Lequette , Droit civil, les obligations,8 éme édition, Paris ,Dalloz, 2002

2-الكتب الخاصة:

- Avdit Mathias, Sylvain Bollée , Pierre Callé ,Droit du commerce international et des investissements étrangers , Domat droit privé ,France, textenso éditions , Décembre 2014.
- Moderne Franck, la sous-traitances des marchés publics ,Paris, édition Dalloz, 1995.
- Peyret Serge, Sous-traitance industrielle, guide pratique des relations entre acheteurs et sous-traitants, 1er édition, DELMAS, 2000.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات:

1-الأطروحات:

- Mfenjou Dorothée Ngoungoure, L'œuvre créatrice de la jurisprudence en matière de responsabilité civile et de l'assurance des constructeurs, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, Discipline droit privé, Droit et santé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, université Lille 2

2-المذكرات:

- Clerwall Cécilia, Janot Aurélie, Payen Anne-Sophie, Samaka Khalid, donneurs d'ordres-sous-traitants Quels enjeux et quels rôles de la fonction RH pour une relation durable et performante ,Mémoire d'expertise ,Université Paris-Dauphine,28 octobre 2013.

ثالثا: المقالات والملتقيات:

- Cahier des clauses administratives générales applicable au Travaux de bâtiment faisant

l'objet de Marchés privés, Norme française homologuée NF P 03-001 par décision d'AFNOR 5 décembre 2000.

- Lydia Di Martino, G Wénaélle CRENO, Rôle de la maitrise d'œuvre renforcé dans les contacts publics globaux, cahier de la profession #614 eme trimestre 2017.
- Rapport sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance, Ministère de l'économie de l'industrie et de l'emploie, paris, 3 Juillet 2010.
- Revue de la fédération des entreprises publics locales, collection mode d'emploi, Mars 2013.

رابعا: النصوص القانونية:

1-القوانين والأوامر:

- code des marches publics français , édition 1964, modifie par l'article 1du décret n 88-591 du 6 mai 1988, journal officiel du 8 mai 1988.
- loi n75-1334 du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance, journal officiel n 2 du 3janvier 1976.
- loi n75-1334 du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance, modifiée , sur le site: www.legifrance.gov.fr
- loi 75-1334, relative à la sous-traitance, Modifié par l' Article 12 de l' ordonnance nº 2018-1074 du 28novembre 2018. , sur le site: www.legifrance.gov.fr
- loi MOP, du 12 juillet 1985, Relative à la maitrise d'ouvrage publique et à ses rapport avec la maitrise d'œuvre privée, journal officiel du 13/07/85 p 7914, Modifié par l' article 1 de l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 Journal officiel du 190juin 2004, et abrogé par l'article 18 de l'ordonnance nº 2018-1074 du 26 novembre 2018, sur le site: www.legifrance.gov.fr
- code des marches publics français, version en vigueur du 01/09/2006 au 01/04/2016, abrogé par l'ordonnance 2015-899 du 23/07/2015, sur le site: www.legifrance.gov.fr.
- code des marches publiques françaises, abrogé par l'ordonnance n 2015-899 du 23/07/2015, sur le site: www.legifrance.gov.fr
- Code civil français, modifié par l'ordonnance n°131-2016 du 10 /02/2016. Sur le site: www.legifrance.gov.fr
- code de commerce français, sur le site: www.legifrance.gov.fr
- Code de la commande publique français_, sur le site: www.legifrance.gov.fr

- Ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967, sur les groupements d'intérêt économique , modifié par la loi n 89-377 du 13 juin 1989 relative au groupement Européens d'intérêt économiques, journal officiel du 15 juin 1989.
- Ordonnance n 2000-912 du 18/09/2000 relative à la partie législative du code de commerce. , sur le site: www.legifrance.gov.fr.

2-الاجتهاد القضائي.

- CE 13 juin 1986 OPLF du Pas-de calais, Rec. CE.

خامسا: المواقع الالكترونية:

- www.legifrance.gov.fr
- www.esp.Fr
- www.bTp-hc.nc.
- www.architectes.org
- www.alazhar.edu.ps

نهلة بوالبردعة

عقد المقاولة من الباطن
في القانونين الجزائري والفرنسي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم
شعبة: الحقوق، تخصص: قانون التنظيم الاقتصادي

الملخص

يعالج هذا البحث عقد المقاولة من الباطن في القانونين الجزائري والفرنسي كأسلوب فني للتعاقد يؤطر التعاون بين المشروعات لتنفيذ مختلف الأعمال، وقد نظم المشرع الجزائري هذا العقد في نصوص متفرقة بين القانون المدني وقانون الصفقات العمومية ودعمه من خلال القانون التوجيهي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، في حين أولاه المشرع الفرنسي أهمية كبيرة ونظمه في القانون 75-1334 المتعلق بالمقاولة من الباطن الذي ضبط من خلاله كل صغيرة وكبيرة تخص هذا النوع من التعاقد في المجال العام والخاص، مع إدراج بعض تفاصيل تطبيقه في الإطار العام من خلال قانون الطلب العمومي، وأجاز كل من المشرع الجزائري والفرنسي التعامل بهذا العقد وفق شروط معينة لا يمكن إغفالها وموانع يتوجب تفاديها مع تسجيل بعض الاختلافات في ذلك بين القانونين.

ويتفق المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي على أنه ينشأ عن إبرام عقد المقاولة من الباطن نوعين من العلاقات القانونية، تعاقدية تتمثل في علاقة المقاول الأصلي بكل من رب العمل والمقاول من الباطن، وغير تعاقدية تتجسد في علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن، كما أن عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن أو تنفيذه المعيب يرتب في ذمة من تسبب في ذلك من أطرافه مسؤولية عقدية في إطار علاقاتهم التعاقدية ومسؤولية تقصيرية خارج روابطهم التعاقدية، وإبرام المقاول الأصلي لعقد المقاولة من الباطن لا يعفيه من المسؤولية اتجاه رب العمل عن تنفيذ التزاماته الناتجة عن عقد المقاولة الأصلي، بل وتمتد مسؤوليته إلى أعمال المقاول من الباطن الذي اوكله تنفيذ جل أو جزء من التزاماته المترتبة عن عقد المقاولة الأصلي المبرم مع رب العمل مسؤولية عقدية عن فعل الغير، والتي استثنى منها المشرع الفرنسي بعد التعديلات التي أدخلها على القانون المدني المسؤولية العشرية، أين جعل المقاول من الباطن مسؤولا عشريا في حين جعله المشرع الجزائري مسؤولا عشريا استثناء في عقود الترقية العقارية.

الكلمات المفتاحية: عقد، المقاولة من الباطن، القانون الجزائري، القانون الفرنسي.

الأستاذ المشرف: عبد الرزاق بوبندير جامعة قسنطينة3

السنة الدراسية: 2025/2024