جامعة العقيد أكلي محند أولحاج – البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

عقد المقاولة من الباطل

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالبتين:

حشاش حليمة

العوادي حنان

تحت إشراف الأستاذ:

بالعزوز رابح

لجنة المناقشة:

الأستاذ:مخلوف كمال .....رئيساً.

الأستاذ بالعزور رابح .....مشرفاً ومقرراً .

الأستاذ : ربيع زهية.....ممتحناً.

تاريخ المناقشة:

.../.../2016

مقدمة

منذ ان وجد الانسان على وجه على الارض وهو يحاول ان يطور وسائل راحته ومن هذه الوسائل المسكن والغذاء و الملبس , وقد عرفت عملية البناء والتشييد تطور كبير بمرور الأزمنة

فقد كان الإنسان يسكن في الغابة ثم بدا يتطور ببناء بيوت من الحجارة والخشب والطين الى أن توصل إلى ما هو عليه اليوم من إنشاء عمارات بطوابق , ونظرا لتطور الذي شهده هذا المجال والمبالغ المالية الت fي تصرف عليه بالإضافة إلى الأهمية الاقتصادية والاجتماعية قام المشرع الجزائري كغيره من المشرعين في العالم بتنظيم عقد يحدد فيه مفهوم والتزامات كل طرف من عقد المقاولة

استوجب في بعض الأحيان على المقاولين انشاء عقود من الباطن والتي اصبحت ضرورة يحتمها حجم العمل فهي احدى وسائل التعاون بين المشروعات العامة في مجال الانشاءت المعمارية والصناعية وبالتالي فهي تعتبر وسيلة هامة من وسائل التنمية الاقتصادية لهذا اصبح اللجوء الى عقد المقاولة من الباطن اسلوب يعتمده الكثير من المقاولين لتنفيذ العمليات الضخمة والمعقدة وحتى البسيطة منها لما توفره لهم من مزايا

فكان لاستخدام المكثف للمقاولة من الباطن تاثير واضح ومباشر في الحياة الاقتصادية والاجتماعية سواء ايجابا او سلبا فمثلا ساعد هذا الاسلوب على انشاء مشاريع سكنية في مدة وجيزة بفضل التعاون وتضافر جهود كل العاملين في قطاع البناء ,

لكن بظهور مشكل تهدم البناءات الحديثة (تهدم بناءات حديثة الإنشلءأثناء الزلزال الذي ضرب بومرداس في 21 ماي 2003) رفض المقاولون تحمل تبعة الهلاك لوحدهم موجهين اصابع الاتهام بصفة اساسية للمقاولين من الباطن لهذه الاشغال على اعتبار انهم المتسببون الحقيقيون في هذه الكارثة

ولعل اهم الدوافع والاسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع هو ان عقد المقاولة من الباطن مبني على عدة دوافع منها الشخصية والتي تكمن في الميول النفسية والرغبة الذاتية سببها دراستنا لمقياس تهدم البناء في السنه الاولى ماستر وكذا الفضول الى معرفة جزئيات هذا العقد

خاصة من حيث مفهومه وتحديد كيفية انعقاده والاثار التي يرتبها على طرفيه وكذا الكيفية التي ينتهي بها سببها قلة الدراسات والابحاث القانونية من قبل الباحثين الجزائريين حول هذا العقد المهم الحصول على الخدمات والاعمال

اما الدوافع العلمية للاختيارنا لهذا الموضوع فيرجع إلى كون عقد المقاولة من الباطن لم يحظ بالدراسة الوافية من قبل الباحثين في الجزائر إضافة إلى الأهمية البالغة لهذا الموضوع خصوصا في التعديل الذي أحدثه المشرع الجزائري على القانون المدني 05 /10 , والذي تضمن تعديل نصين اثنين من النصوص القانونية المتضمنة لعقد المقاولة

وفي هذا الصدد تجدر الاشارة انه قد سبق التطرق الى اجزاء من هذا الموضوع في رسائل ماجستير لكل من الاستاذ توفيق زيداني تحت عنوان (التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني) وكذا الأستاذ أعراب بالقاسم تحت عنوان (شروط الاعفاء من المسؤولية المدنية) كما نشير إلى النقص الفادح في الكتب والقوانين ولعل ذلك يرجع الى استحداث العمل بهذا العقد وسنقوم بتوظيف المراجع المتوفرة من اجل الاجابة على الاشكال التالي :

فيما تتمثل الطبيعة القانونية لعقد المقاولة من الباطن ؟

ويندرج تحت هذه الاشكالية عدد من التساؤلات الفرعيه وهي

- فيما تتمثل مسؤولية المقاول من الباطن .
- شروط إبرام عقد المقاولة .
- فيما تتمثل إلتزامات المقاول .
- فيما تتمثل حقوق المقاول من الباطن .
- فيما تمتد المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن المقاول الفرعي .

وللإجابة على هذه الإشكالية وهذه التساؤلات الجزئية اعتمدنا المنهج التحليلي والمتمثل في تحليل النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة من الباطن بالاضافة الى المنهج الوصفي

كما ان لعقد المقاولة اهمية كبيرة وبالغة من الناحية الاقتصادية نظرا لما توفره للمؤسسات من مزايا اذ تمكن المؤسسات الكبيرة من رفع مستوى الإنتاج دون زيادة في الأعباء كما ساعدها على الإنقاص من تكلفـة التخزين وتحد بها الاستثمارات الغير المجدية في المجال التكنولوجي

وفي ذات الوقت تمكنها من الاستفادة من المعرفة الفنية التي يتمتع بها المقاولون من الباطن واليد العاملة المتوفرة لديهم بالإضافة إلى أنها تحد بها تقلبات اسعار المواد الأوليه وكذا الحصول على منتوج في أفضل الآجال وبأحسن الأسعار

كما ان المقاولة من الباطن تشجع اصحاب الكفاءات على اقامة مشاريع خاصة بهم مما يسمح ببروز العديد من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وهذا بدوره يؤدي الى تكثيف النسيج الصناعي وزيادة في فرص التشغيل والإنقاص من البطالة وترقية الاقتصاد ونشر الرخاء الاجتماعي

وسيتم التطرق في هذه المذكرة إلى مفهوم عقد المقاولة من البطالة حيث تناولنا فيه تميز عقد المقاولة من الباطن وتمييزها عما يشابهها من عقود وكذا شروط عقد المقاولة من الباطن وطرق ابرامها كما تناولنا كذلك التزامات أطراف عقد المقاولة وحقوق المقاول من الباطن وفي ظل هذا ارتاينا الى تقسيم الموضوع الى الخطة التالية

الفصل الأول: مفهوم عقد المقاولة من الباطن.

المبحث الأول: تمييز عقد المقاولة من الباطن وتميزها عما يشابهها من عقود.

المبحث الثاني: شروط عقد المقاولة من الباطن وطرق إبرامها.

الفصل الثاني:اثار عقد المقاولة من الباطن.

المبحث الأول: التزامات كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن

المبحث الثاني: مسؤ ولية المقاول الاصلي عن عمل المقاول من الباطن والحقوق المقررة لهذا الاخير

عقد المقاولة من الباطن

الفصل الأول

مفهوم عقد المقولة من الباطن

تعد المقاولة من الباطن بمفهومها الوارد في القانون المدني صورة تطبيقية لمفهوم العقد من الباطن وبالتالي فهو عقد تابع لعقد مقاولة أصلي يعتبر من أهم المعاملات بين الخواص ويترتب عنه وجود علاقة بين ربّ العمل والمقاول الأصلي بالإضافة إلى نشوء علاقة بين هذا الأخير والمقاول من الباطن ومنه هدا النوع من العقود لابد من توفر بعض الشروط سوف تتضح من خلال دراستنا للمبحثين التاليين حيث سنتناول في المبحث الأول تعريف عقد المقاولة من الباطن وتمييزها عمّا يشابهها من عقود أمّا المبحث الثاني فسنتطرق فيه إلى شروط عقد المقاولة من الباطن وطرق إبرامه .

المبحث الأول

تعريف عقد المقاولة من الباطن وتمييزها عمّا يشابهها من عقود

تتعدد المصطلحات والتعاريف المستعملة فيما يخص عقد المقاولة من الباطن سواء كان تعريفا فقهيا أو قانونيا لكنها كلها تصب في معنى واحد وهو إنابة الغير في تنفيذ الأعمال وبالتالي فهي تتميز عن غيرها من العقود وبناءا عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ليتم تناول في المطلب الأول تعريف عقد المقاولة من الباطن فقها وقانونا وفي المطلب الثاني تمييز عقد المقاولة من الباطن عن غيره من العقود المشابهة لها.

المطلب الأول

تعريف عقد المقاولة من الباطن

بعد ظهور التطورات فيما يخص العقد من الباطن والتي تضمنت مفاهيم وأفكار جديد جعلت هناك اهتمام كبير من جانب الفقهاء والتشريعات المختلفة بهذا النوع من العقود خاصة عقد المقاولة من الباطن الذي لم يحظى بدراسة واسعة ومنه سنتناول تعريف عقد المقاولة من الباطن من الجانب الفقهي وكذا من الجانب القانوني.

الفرع الأول: التعريف الفقهي المقاولة من الباطن.

لم يتطرق الفقه التقليدي إلى عقد المقاولة من الباطن وإنما عرفها على أساس العقود التبعية حيث عرفها الأستاذ عبد الرزاق السنهوري على أنه "ما كان مستقلا في وجوده غير تابع لعقد آخر".

على عكس الفقه الحديث الذي تطرق إلى المقاولة من الباطن حيث يعرفها جانب من الفقه على أنها عقد يعد من خلال أحد المقاولين إلى مقول آخر , وتحت مسؤوليته , تنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة المبرم بين رب العمل وصاحب المشروع .

غير أن تطور الحركة الإقتصادية وسرعة حركة التنمية أدى بالفقهاء إلى البحث عن تعريف واضح وقانوني إلى المقاولة من الباطن حيث ظهر مصطلح مجموعة العقود وكان ذلك في سنة 1975 عند الفقهاء الفرنسيين غير أن مجموعات العقود مفهوم لم يكن واضح المعالم ويكتنفه الكثير من الغموض سواء من حيث محتواه ومن حيث القواعد التي تحكمه، حتى أن الفقه والقضاء الفرنسي انقسم بشأنه، جانب رافض الأخذ به والجانب لم يتفق حتى على المصطلحات المستعملة ومدلولها , إختلف الفقهاء حول التسمية الحقيقية لهذا العقد إلا أنه إتفق غالبية الفقه على أن عقد المقاولة من الباطن يحتوي على ثلاثة أطراف وعقدين

منفصلين عن بعضهما وهو ما ذهب إليه الفقيه Néret في تعريفه لتعاقد من الباطن على أنه "عملية تتطلب على الأقل وجود ثلاثة أشخاص وعقدين اثنين، عقد أصلي قائم بين المتعاقد الأصلي الأول والمتعاقد الأصلي الثاني، وعقد ثاني تابع له يكون بين المتعاقد الأصلي الثاني ومتعاقد آخر يسمى متعاقد فرعي، والذي بموجبه يتم إحلال هذا العقد [1].

و يعرفها الفقه عموما بأنها "عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى آخر يسمى المقاول من الباطن، بكل أو أجزاء من محل عقد لمقاولة الذي أبرمه المقاول الأصلي مع ربّ العمل ما لم يمنع من ذلك[2].

يزيد جانب أخر من الفقه على ذلك" بضرورة بقاء المقاول الأصلي مسئولا عن عمل المقاول من الباطن اتجاه ربّ العمل" باعتباره هذا الشرط من أحكام المقاولة من الباطن.

و يجمع غالبية الفقه على أن وصف المقاولة من الباطن لا يثبت إلا ضمن مجموعة عقدية يضمن عقدين اثنين وثلاث أطراف مرتبطتين مثنى مثنى، العقد الأول قائم بين ربّ العمل والمقاول الأصلي والثاني بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن[3].

لهذا السبب إذا تعاقد المقاول من الباطن الأول مع مقاول أخر من الباطن، أصبح عقد المقاولة من الباطن الأول عقدا أصليا، فيستخدم لفظ " رب العمل الحقيقي للدلالة على رب العمل الأول ولفظ "المقاول الأول" للدلالة على كل مقاول أو متعاقد مباشرة من الباطن ويطلق عليه أيضا مصطلح ربّ العمل العرضي[4].

---

(1) أنظر الملحق رقم 01 .

(2) نقلا عن برجم صليحة , ، المقاولة الفرعية , مذكرة للحصول على شهادة الماجستير , كلية الحقوق , جامعة الجزائر،بن يوسف بن خدة، 2009/2008، ص3.

(3) الجارحي مصطفى عبد السيد ، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر , الطبعة الأولى , 1988، ص 83.

(4) برجم صليحة , المرجع السابق، ص 03 .

الفرع الثاني: التعريف القانوني لعقد المقاولة من الباطن.

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

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

حيث تنص المادة 564 من القانون المدني الجزائري على أنه" يجوز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية" وهذا ما أخذ به المشرع المصري في تعريفه القانوني للمقاولة من الباطن بنص المادة 661 القانون المدني المصري بنصها" يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى المقاول من الباطن إذا لم يمنعه في ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية[1].

لكنه يبقى في هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل".

يستنتج من خلال نصي المادتين سالفتي الذكر أنه يجوز للمقاول الأصلي أن يتعاقد مع المقاول من الباطن ومن ثمة إنشاء مقاولة فرعية لانجاز كل أو جزء من الأعمال عند توفر شرطين هامين:

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

[1]الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية العدد78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم

2 -إذا لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءات المقاول الأصلي الشخصية في هذه الحالة يمنع المقاول لأصلي من أن يقاول من الباطن ربّ العمل اختاره بدافع قدراته الشخصية التي يتميز بها عن المقاولين الآخرين[1].

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

ولا يتعارض وجود عقد المقاولة من الباطن مع مباشرة المقاول الأصلي نوعا من الرقابة على المقاول من الباطن طالما أنّها لا تصل الى درجة توجيه أوامر ملزمه إلى المقاول من الباطن لا تترك له استقلالا في تنفيذ العمل المتفق عليه[3].

يتضح كذلك أن المقاول الأصلي يمكنه أن يتعاقد مع مقاول آخر من الباطن على إنجاز العمل موضوع المقاولة كله أو جزء منه بشرط أن لا يتضمن العقد الاصلي ما يمنع ذلك ، وقد يكون هذا الشرط صريحا أو ضمنيا اذ لا يشترط أن يتضمن العقد شرطا واضحا أو صريحا يمنع المقاول الأصلي من التعاقد على إجراء مقاولة من الباطن، بل يجوز استخلاص هذا الشرط من الظروف والتصرفات، ولا سيما إذا كانت طبيعة العمل توجب أو تفرض الاعتماد على شخصية المقاول الأصلي وكفاءته، كما لو كان العمل موضوع المقاولة عملا فنيا يلجأ فيه صاحب العمل إلى مقاول بالذات لانجازه مما يدل على ان صاحب العمل

---

(1) مالك سعدية ، عقد المقاولة من الباطن , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو , الجزائر , 2004/2003 , ص 139.

(2) السرحان عدنان ابراهيم ، العقود المسماة في المقاولة الكفالة والوكالة، جامعة اليرموك , العراق , الطبعة الأولى الإصدار الثاني , 2001 ص 43.

(3) المرجع نفسه ، ص 42.

اعتمد على كفاءة المقاول الشخصية فلا يجوز لهدا الاخير ان يقاول من الباطن، بأن يتعهد مثلا بالعمل أو بعضه إلى رسام أخر أو طبيب آخر... الخ حتى ولو لم يكن منصوص صراحة في عقد المقاولة على المنع[1] .

إذا قام شك حول وجود أو عدم وجود شرط مانع ضمني من إجراء مقاولة من الباطن، فسر هذا الشك لصالح معني المنع، وبالتالي يمنع على المقاول الاصلي المتعاقد على المقاولة من الباطن، إلا إذا أذن صاحب العمل بذلك[2].

تجدر الإشارة إلى أن الفرق بين المقاولة من جهة، وحق المقاول الأصلي في الاستعانة بأشخاص فنيين أو غير فنيين لإنجاز العمل، فإذا كان الشرط المانع سواء كان صريحا أو ضمنيا يمنع المقاول الأساسي من التعاقد على المقاولة من الباطن , فمثل هذا الشرط ليست له علاقة بإمكانية استعانة المقاول الأصلي بأشخاص آخرين، سوء كانوا فنيين أو غير فنيين طالما أن هؤلاء الأشخاص لا يتخذن صفة المقاولين من الباطن، بل تكون لهم صفة المستخدمين لدى المقاول الأصلي بعقد المقاولة[3].

إذا كان الشرط الضمني او الصريح موجود لمنع المقاولة من الباطن فذلك لا يعني أن هذا أمر منع مطلق ولا يجوز التنازل عنه، بل على العكس من ذلك فالإرادة التي أوجدت هذا الشرط، لها الحق في أن تتراجع عنه طالما أنه لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز لصاحب العمل أن يتنازل على الشرط المانع وعندئذ يتحلل المقاول الأصلي من هذا الشرط

---

[1] نصيف إلياس ، موسوعة العقد والمدنية والتجارية، المبحث الرابع، العقود والمسماة التي تقع على العمل،مجلد أنواع خاصة من عقود المقاولة، ج19 ، منشورات الحلبي، سوريا , الطبعة الأولى , 2015 ، ص 20.

[2] نصيف إلياس ، المرجع السابق، ص 21.

[3] العمروسي انور ، المرجع السابق، ص 103

إما صريحا أو ضمنيا , ويستخلص التنازل الضمني كأن يتعامل صاحب العمل مع المقاول من الباطن ويدفع له من الأجرة مقدارا ما كان مدين به للمقاول الأصلي[1] .

وبالتالي فإنه يمكن للهيئة العمومية اللجوء إلى المقاولة من الباطن لتنفيذ جزء من الصفقة فقط ,عكس ما هو عليه الحال في قانون المدني الذي أجاز امتداد المقاولة من الباطن إلى جميع الأعمال المتعاقد بشأنها في عقد المقاولة الأصلية .

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الوارد على العمل، ج7, دار إحياء التراث العربي , لبنان , 1964 , ص 196

المطلب الثاني

تمييز عقد المقاولة من الباطن عما يشابهه من عقود

بااعتبار عقد المقاولة من العقود الواردة على العمل قد يشترك مع مجموعة من العقود في مجموعة من الخصائص المقاولة من الباطن كعقد البيع والعقد المشترك وكذا التنازل عن العقد وهو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي.

الفرع الأول: تمييز عقد المقاولة من الباطن عن عقد البيع

نصت المادة 351 من القانون المدني الجزائري على ان"البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع ان نقل للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي »

ومن هنا تكمن أهمية التفرقة بين عقد المقاولة وعقد البيع , في أنه في عقد البيع لانعقاد العقد لابد أن يتفق الطرفين على الثمن فإن لم يتضمن العقد مقدار الثمن أو الأسس التي تسمح بتعيينه مستقبلا يعتبر العقد باطلا أما في المقاولة من الباطن فإنه لا يشترط تحديد الأجر وحتى بيان العناصر التي تحدده مستقبلا ولا مجال لإبطال العقد إذا لم يحدد الأجر ووجب الرجوع في تحديده إلى اتفاقيات المقاول وقيمة العمل المنجز .

كما أن المقاولة من الباطن يتميز عن عقد البيع في ان المقاولة من الباطن ترد على عمل بينما البيع يقع على الملكية ,فالمقاول الذي يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاولة , أما إذا شيد المقاول المنزل لحسابه الخاص ثم قام ببيعه فالعقد يكون بيعا .

يجوز لرب العمل ان يتحلل من عقد المقاولة من الباطن قبل تمام تنفيذه بإرادته المنفرده وفقا للمادة 566 من القانون المدني الجزائري , بينما لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد البيع[1].

الفرع الثاني: تميز عقد المقاولة من الباطن عن التنازل على العقد

لم يخص القانون المدني سواء في الجزائر أو مصر أو فرنسا التنازل عن العقد بتنظيم خاص ومستقل، بالرغم من تعرضه لبعض صوره كالتنازل عن الإيجار في المادتين 505 و 506 من القانون المدني الجزائري، وكذا إقراره لجواز حوالة الحق و حوالة الدين وتنظيم أحكامه واللتين تعتبرين وسيلتين كافيتين لتحقيق التنازل عن العقد الملزم جانب واحد[(2)].

كما أقر الفقه التنازل عن العقد استنادا إلى مبدأ حرية التعاقد وكذا نظرية المادية للالتزام باعتباره رابطة بين ذميتين ماليتين مما يجيز تغيير شخص المدين وشخص الدائن[(3)].

وتتحقق عملية التنازل عن العقد من خلال عقدين متتاليين، العقد المبرم أساسا لإنشاء الالتزام بعمل أو أعطاء شيء والعقد اللاحق له وهو عقد التنازل ,والذي يكون محله التنازل عن العقد الأول لفائدة شخص ثالث يسمى المتنازل له ليحل محل متعاقد المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ناشئة عن الرابطة العقدية الأولى[(4)].

---

(1) زيداني توفيق , التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , جامعة باتنة , الجزائر , 2010/2009 , ص ص18,19.

[(2)] احمد عبد العال أبو قرين: الأحكام العامة لعقد المقاولة ، ، دار النهضة العربي ، مصر، الطبعة الأولى , 2002/ 2003، ص 38 .

[(3)] سليمان علي علي , نظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الخامسة ,2003 , ص9 .

[(4)] سعد نبيل إبراهيم , التنازل عند العقد، نطاق أحكامه منشأة المعارف, مصر , الطبقة الثانية، 2000، ص 86.

يتضح من تعريف عملية التنازل عن العقد أن محل العقد الأول هو الالتزام بعمل أو إعطاء شيء أما محل اتفاق التنازل فهو التنازل عن العقد الأول.

بالتالي هناك اختلافا في المحل بين الرابطة العقدية الأولى والعقد اللاحق لها، كما ان التنازل عن العقد يمكن للمتنازل من الخروج نهائيا من دائرة التعاقد، لتنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل والمتنازل له , فيصبح هذا الأخير إما دائنا بالالتزام او مدينا به بحسب مركز المتنازل له في العقد الأول[1].

لهذا فإن كل من المتعاقد من الباطن والمتنازل عن العقد يسمحان بإحلال الغير محل أحد طرفي العقد، كما يشترك هذين النظامين في وجوب أن يتما أثناء تنفيذ العقد الأول وليس بعد انتهاء تنفيذه، فهما يخصان العقود المستمرة فقط[2].

زيادة على ذلك فإنه يجو أن يرد كل من التنازل والعقد من الباطن على جزء من محل العقد الأول أوكله كأن يتنازل المقاول عن الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق أو أن يتنازل عن كل عقد المقاولة' بما يشمل عليه من حقوق والتزامات، كما يجور للمقاول الأصلي أن يعهد بكل لأعمال الموكلة اليه بموجب عقد المقاولة الأصلي إلى مقاول من الباطن أو جزء من هذه الأعمال فقط إذ لم يمنع من ذلك، ويحق كذلك لم للمستأجر أن يتنازل إلى الغير عن حق الإيجار كله أو بعضه ويتنازل عن العين المؤجرة أو جزء منها وسواءا عن كل مدة الإيجار أو لفترة زمنية أقل ويجوز أن يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل[3].

---

[1] برجم صليحة ، المرجع السابق، ص 24.

[2] سعد نبيل إبراهيم ، المرجع السابق، ص 85.

[3] برجم صليحة ، المرجع السابق، ص 24.

كما يمكن أن يكون حضر التنازل عن عقد أو التعاقد من الباطن في العقد الأصلي ذاته أو في عقد لاحق ,ويكون ممنوع مطلقا أو مقيدا بموافقة المتعاقد الأصلي الأول[1].

إن كان التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد يشتركان في بعض المسائل فان الاختلاف بينهما كبير سواء من حيث هدف كل واحد منهما أو من حيث الآثار المترتبة عنها.

و الحقيقة أن التفرقة بين هذين التصرفين حديثة نسبيا، أ صلها التعقيد المتزايد للعلاقات

داخل المجتمعات المعاصرة، إذ أصبح من الضروري تمييز بين الإيجار الفرعي والمقاولة من الباطن والوكالة من الباطن من جهة , وبين التنازل عن الايجار والتنازل عن المقاولة والتنازل عن الوكالة من جهة ثانية[2].

لكن الخلاف تركز في كيفية التمييز أو المعيار الواجب اعتماده في ذلك اذ الملاحظ في هذا الصدد أن أغلب مجهودات الفقه للتفرقة بين التعاقد من الباطن , والتنازل عن العقد تركزت في نطاق الإيجار، بسبب كثرة حدوثه في الحياة العملية من جهة ,ومن جهة أخرى كثرة الدراسات الفقهية المتناولة لهذا العقد، بالإضافة إلى تعرض المشرع الجزائري لتنازل عن الإيجار من الباطن عكس ما هو بالنسبة لعقد المقاولة إذ تناول المقاولة من الباطن دون التنازل عن المقاولة نظرا لقلة حدوثها حسب رأي البعض، وحتى وإن وقعت فيكفي تطبيق القواعد المتعلقة بحوالة الحق و حوالة الدين[3].

---

[1] توفيق العطار عبد الناصر, شرح أحكام الإيجاري التقنين المدني وتشريعات إيجار الأماكن، المطبعة العربية الحديثة، مصر , طبعة الثالثة، 1990، ص 654.

[2] برجم صليحة ، المرجع السابق، ص 24.

[3] أحمد السنهوري عبد الرزاق ، المرجع السابق، ص 207.

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

المعيار الأول المقترح هو إرادة المتعاقد في ترك المسرح العقدي أو البقاء فيه، فيكيف تصرف متعاقد ما بأنه تنازل عن العقد أو تعاقد من الباطن تبعا لموقفه , إما البقاء في دائرة التعاقد أو الخروج منها , فإذا اختار الاحتفاظ بمركزه في العملية العقدية والبقاء ملتزما بالعقد الذي يربطه بالمتعاقد الأصلي الأول اعتبر تصرفه تعاقدا من الباطن أما إذا تم نقل المنفعة المقررة فيه بإحلال الغير إحلالا غير كامل في تنفيذ العقد الأصلي أو نقل المنفعة المقررة فيه ,لكان اذا فضل التخلي نهائيا عن صفته التعاقدية لصالح شخص آخر والخروج كلية من دائرة التعاقد اعتبر متنازلا عن العقد الذي يربطه بالمتعاقد الأول [1].

أما المعيار الثاني فيكمن في طبيعة العملية القانونية، ومفاده أن تنازل المتعاقد عن مركزه في الرابطة العقدية يؤدي إلى إنهاء هذه الرابطة وإنشاء علاقة مباشرة ومتبادلة بين المتنازل لديه والمتنازل له، فإن وقع تنازل عن عقد المقاولة بجميع ما اشتمل عليه من حقوق والتزامات بين المقاول المتنازل والمقاول المتنازل له وأقره ربّ العمل، أصبح المقاول المتنازل مدين بجميع التزامات المقاول المتنازل نحو رب العمل ودائنا بجميع حقوق المقاول المتنازل ليختفي هذا الأخير ولا يعود مسئولا عن المقاول المتنازل له ولا ضامنا له[2].

في حين أن تعاقد أحد طرفي العقد الأصلي من الباطن مع الغير يؤدي إلى إنشاء علاقة قانونية جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة دون أن تختلط معها أو تدمج فيها بجمع بين المتعاقد الوسيط والغير أي المتعاقد من الباطن ويترتب على ذلك بقاء الطرف المشترك

---

[1] برجم صليحة ، المرجع السابق، ص 25.

[2] أحمد السنهوري عبد الرزاق ، المرجع السابق، 885.

دائنا كان أو مدينا محتفظا بحقوقه ومتحملا لالتزامات و مسئولا عن تنفيذها اتجاه المتعاقد الأصلي الأول، وفي نفس الوقت يكون دائنا أو مدينا في العقد من الباطن[1].

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

و يكون لكل منهما حق إقامة دعوى غير مباشرة ضد الطرف الآخر، بخلاف التنازل عن العقد إذ لا يمكن للمتنازل لديه أو المتنازل أن يباشر دعوى فسخ عقد ليس طرفا فيها[2].

الفرع الثالث: تمييز عقد المقاولة من الباطن عن العقد المشترك.

يميز الفقه الفرنسي بين العقد من الباطن وما يعرف بالعقد المشترك ويتحقق العقد المشترك بموجب اتفاق بين شخص وعدة أشخاص في وقت واحد لتنفيذ أعمال معينة، حيث يقوم بإبرام عقود مستقلة مع كل واحد منهم.

فيكون كل متعاقد مرتبط بالطرف الأول بواسطة رابطة عقدية تسمح لأي منهما بالرجوع مباشرة على الأخر[3].

وقد يرد اتفاق على أن يكون هؤلاء الأشخاص مدينين متضامنين اتجاه المتعاقد معهم، أو يكون كل واحد منهم مسئولا بصفة شخصية عن العمل المسند اليه ومن أمثلة العقود المشتركة عقود التأمين علي خطر واحد لدي عدد من المؤمنين أو ما يعرف la Co-assurons، وكذلك العقود التي تجمع بين المريض من جهة والفريق الطبي المكلف بإجراء عملية جراحية له من جهة ثانية إذا ما اختار كل فرد من الأفراد المشكلين لهذا الفريق من الطبيب الجراح وطبيب التخذير والمساعدين والممرضين.

---

[1] سعد نبيل إبراهيم , المرجع السابق، ص 82.

[2] يرجم صليحة, المرجع السابق ص 26.

[3] برجم صليحة ، المرجع السابق، ص 26.

أما إذا لم يتعاقد المريض سوى مع الطبيب الجراح والذي يقوم بدوره باختيار الفريق المساعد له، كنا بصدد عقد أصلي مبرم بين المريض والطبيب الجراح, وعقد من الباطن بين الطبيب الجراح وكل عضو من أعضاء فريقه[1].

ومما لاشك فيه أن لهذا التمييز أهمية كبرى خاصة عند تطبيق أحكام المسؤولية، فإذا ما لحق المريض ضرر بسبب خطا طبيب التحذير مثلا يحق للمريض في حالة الأولى مساءلة طبيب التحذير مباشرة على أساس المسؤولية العقدية، أما في الحالة الثانية فلا يمكن للمريض مساءلة الطبيب التحذير بصفة مباشرة و أنما يقيم دعواه ضد الطبيب الجراح الذي تعاقد معه[2].

كما يوجد هذا النوع من العقود في مجال مقاولات البناء والتي يقتضي تنفيذ الأعمال بها تعاون العديد من المقاولين ومن تخصصات مختلفة لتعرف باسم عقود المقاولة المشتركة تقوم إلى جانب عقود المقاولة من الباطن، مما قد يحدث لبسا بينهما، خاصة إذا ما عين المقاول المكلف بالأعمال الرئيسية كوكيل عن باقي المقاولين , فيكون بذلك مسؤولا عن التنفيذ الحسن لمجمل الأعمال اتجاه ربّ العمل، الأمر الذي يقربه من وضعية المقاول الأصلي الذي تعاقد بصفة منفردة مع رب العمل و المسئول نحوه عن الأعمال المنفذة من المقاولين من الباطن الذين استعان بهم[3].

والملاحظ أن التشابه بين العقود المشتركة والمجموعة العقدية المؤلفة من العقد الأصلي والعقد من الباطن يكمن أولا في عدد الأشخاص والعقود في كلتا المجموعتين، وفي الوجود المشترك للعقود بالإضافة إل اشتراكها في الغاية وهي تحقيق هدف واحد.

---

(1) سعد ابراهيم نبيل, المرجع السابق، ص 82.

(2) برجم صليحة ، المرجع السابق ص ص 2-27.

(3) برجم صليحة ، المرجع نفسه، ص 27.

لكن يبقى الاختلاف بينهما جوهري وعميق، ففي العقود المشتركة ينفذ المتعاقدين سوية وعلى قدم المساواة العمل الموكل لكل واحد منهم ، ولا يسأل الواحد منهم إلا عن إخلاله بالتزامه ولا يتأثر مركزه بموقف باقي الشركاء إلا إذا كانوا متضامنين أو كان الالتزام غير قابل للانقسام[1].

كما أن العقود المشتركة تأخذ شكل افقي كونها عقود مستقلة وقائمة في نفس المستوى وزوال أحدها لا يؤدي إلى زوال باقي العقود. عكس الحال بالنسبة للمجموعة المكونة من العقد الأصلي والعقد من الباطن، فهي تأخذ شكل عمودي حيث يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي في الوجود والمصير.

زيادة على ذلك فإن غرض المتعاقد الوسيط من التعاقد من الباطن هو إحلال الغير لينوب عنه في تنفيذ العقد الأصلي ويكون بالمقابل مسئولا عنه مسؤولية أصلية وكاملة إذا ما قصر في أداء التزامه.

رغم أن هاتين المجموعتين متميزتين , إلا أنه قد يحدث تداخل بينهما عندما يقدم أحد طرفي العقد الأصلي على إبرام عدة عقود من الباطن تهدف كلها إلى تحقيق هدف واحد مشترك بينهما، كأن يتفق رب العمل مع المقاول على انجاز مشروع ضخم كبناء مجمع سكني أو مركب سياحي، مما يحتم على المقاول التعاقد مع عدد من المقاولين من الباطن للقيام بمختلف الأعمال كالنجارة والكهرباء، فمختلف هذه الاتفاقيات تكون في مستوى واحد ولها هدف مشترك لهذا تشكل عقود مشتركة وفي ذات الوقت يعتبر كل واحد منها عقدا من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي[2].

---

[1] منصور محمد حسين ، المسؤولية معمارية، ، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، الطبعة الأولى , 1999، ص 114.

[2] برجم صليحة ، المرجع السابق، ص 27.

المبحث الثاني

شروط عقد المقاولة من الباطن وطرق إبرامه

سنتطرق في هذا المبحث شروط عقد المقاولة من الباطن وشروط إبرام عقد المقاولة من الباطن وطريقة إختيار المقاول من الباطن وذلك من خلال مطلبين .

المطلب الأول: شروط عقد المقاولة من الباطن

لابد عند تناول عقد المقاولة من الباطن من تناول شروط عقد المقاولة التي ارتأينا إلى تناولها في فرعيين يتمثل الأول في شرط أن يتبع العقد من الباطن عقد أصلي سابق له أما الفرع الثاني فنخصصه لشرط قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن والذين سنفصل فيهما كالتالي:

الفرع الأول: أن يتبع العقد من الباطن عقد أصلي سابق.

تقتضي تبعية العقد حتما وجود العقد المتبوع أولا وبصفة أساسية ليلحق به العقد التابع وهو الأمر ذاته في العقد من الباطن والذي يظهر مما يلي:

أولا: وجود عقد أصلي سابق

من الضروري أن يستوفي العقد من الباطن كل الشروط القانونية التي تقتضيها القواعد العامة بشأن ابره العقود من وجود إرادة حرة خالية من كل العيوب ومحل وسبب مشروعين، غير أنه تبقى هذه الإرادة غير قادرة لوحدها على إيجاد عقد من الباطن إنما يشترط زيادة على ذلك وجود عقد أصلي[1].

[1] برجم صليحة ، المرجع السابق، ص 17

فلا وجود لعقد من الباطن في غياب أصلي لأنه يشكل سببا منشأ له ومن ثمة لا وجود للإيجار من الباطن في غياب إيجار أصلي ولا لمقاولة من الباطن في غياب عقد مقاولة أصلي، كما أن وجود العقد الأصلي هو السبب في اضفاء صفة العقد من الباطن على العقد الثاني التابع له، لهذا سمي السبب بهذا المعنى تميزا عن السبب كركن من أركان العقد والذي يستقل به كل من العقد الأصلي والعقد من الباطن[1].

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط صراحة في نص المادة 564 من القانون المدني حيث أوجب لتحقق عملية المقاولة من الباطن من جهة وجود عقد سابق مبرم بين المقاول ورب العمل، ومن جهة ثانية أن يكون هذا العقد عقد مقاولة، وبناء عليه فإن وجود عقد سابق قائم بين المقاول ورب العمل شرط أساسي لوجود عقد المقاولة من الباطن، فإن تخلف هذا الشرط فهنا يعتبر العقد اللاحق عقد أصليا وليس عقد من الباطن[2].

بالإضافة لشرط الوجود يجب أن يبرم العقد الأصلي أولا ليتبعه العقد المتصف بأنه من الباطن، أي أن الأسبقية في الانعقاد تكون وجوبا للعقد الأصلي , لكن لا يشترط أن تكون له الأسبقية في التنفيذ، فيجوز أن يشرع في تنفيذ العقد الأصلي قبل إبرام العقد من الباطن شرط أن لا يكون التنفيذ قد تم فإن حدث إبرام العقد اللاحق بعد إتمام تنفيذ العقد الأول نكون بصدد عقد أصلي ثاني وليس عقدا من الباطن، فحتى يعتبر إيجار من الباطن يجب أن يكون مسبقا بعقد إيجار أصلي، وإلا كان عقد أصليا واردا عل ملك الغير[3].

---

[1] برجم صليحة ، المرجع السابق، ص 17.

[2] شلاوشي رشيد لعربي توفيق، الإطار القانوني لعقد المقاولة في التشريع الجزائري , مذكرة لنيل شهادة الماستر إدارة أعمال , جامعة الجيلالي بوعمامة , خميس مليانة , الجزائر , 2014/ 2015، ص58

[3] برجم صليحة ، المرجع السابق، ص 17.

ثانيا: أن يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي

لا يكون التعاقد من الباطن إلا إذا كان العقد من الباطن تابع للعقد الأصلي وتكون هذه التبعية من جانب واحد بمعنى آخر أن العقد من الباطن يكون تابع للعقد الأصلي وليس العكس.

بمعنى ثاني فإن العقد من الباطن يعتبر محله من الفقه الأصلي استعارة كلية أو جزئية، مما يترتب عليه تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي من حيث الوجود والنطاق والطبيعة القانونية، وهو نفس الوضع بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن فباعتباره عقدا من الباطن تغير بدوره محله من عقد المقاولة الأصلية ليصبحا مشتركين في محل واحد[1].

حيث تجد التبعية نسبها بصفة أولية في وحدة المحل بين العقدين وتشمل هذه الأخير وحدة الالتزام في العقدين ووحدة الشيء ادا ماتعلق محل العقد بشيء معين كااشتراك عقدي الايجار الاصلي والفرعي في الانتفاع بالعين المؤجرة والأجرة[2].

كما أننا نجد في التبعية أنه يجوز للطرف المشترك أن يقر للمتعاقد من الباطن حقوقا أكثر مما له في العقد الأصلي، ولا أن يلتزم في العقد من الباطن بالالتزامات التي لا يمكنه تنفيذها لتعارضها مع أحكام العقد الأصلي، مثلا لا يحق للمستأجر إذا تعاقد من الباطن أن يرخص للمتعاقد معه بتغيير الغرض الذي أعدت له الأماكن المستأجرة، ولا أن يزيد في مدة الإيجار من الباطن عن مدة الإيجار الأصلي، كما لا يجوز أن يلتزم المستأجر الأصلي في عقد الإيجار من الباطن بالقيام بالإصلاحات الرئيسية كونها من الالتزامات الملقاة على عاتق المؤجر المالك[3].

---

(1) شلاوشي رشيد لعربي توفيق, المرجع السابق، ص 57.

(2) المرجع نفسه، ص 24.

(3)ا لمرجع نفسه، ص 25.

كما أن تبعية العقد من الباطن أو العقد الفرعي للعقد الأصلي يترتب عنها كذلك ان يتبع العقد من الباطن مصير العقد الأصلي، فإذا انتهي العقد الأصلي لأي سبب كان انتهى بالتبعية له العقد من الباطن للاستحالة تنفيذه[1].

الفرع الثاني: قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن.

إن عقد المقاولة من الباطن لا يتوقف على وجود عقدين يتبع أحدهما الآخر فقط، إنما يشترط كذلك قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن، بالرغم من أن المتعاقد الذي يلجأ إلى الغير لتنفيذ التزاماته لا يخرج من دائرة التعاقد ويبقى ملتزما تجاه دائنة، فإنه من حق هذا الأخير معرفة الشخص الذي تولي مهمة التنفيذ والقبول به، ويتحدد شكل القبول بالعقد من الباطن وفقا لطبيعة العقد الأصلي،فيؤخذ مبدئيا بالقبول الصريح في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، وبالقبول الضمني في العقود الأخرى [2] .

أولا: القبول في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي.

إن العقد الأصلي ينشئ التزاما بعمل وتنفيذه يتطلب مدة زمنية معينة ،لهذا السبب غالبا ما يكون من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، والعقود القائمة على الاعتبار الشخصي هي عقود يعتد فيها بشخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته، فتكون شخصيته أو صفته عنصرا جوهريا في العقد ومحل اعتبار وقت انعقاد العقد وعند تنفيذه،ولا يقبل التنفيذ أو الوفاء إلا من هذا المتعاقد شخصيا[3].

.كما ان هذه الالتزامات المتولدة عن العقد تتميز بالطابع الشخصي لتعلقها بشخصية المدين لهذا يجب على المدين تنفيذها شخصيا ولا يجوز تنفيذها بواسطة الغير ولا التنازل عنها

(1) الجارحي مصطفى عبد السيد ، المرجع السابق، ص 09.

(2) شلاوشي توفيق رشيد لعربي, المرجع السابق، ص 54.

(3) العدوي جلال على ، مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري ولبنان، الدار الجامعية، مصر، 1994، ص 54.

,حيث نجد أن المشرع قد أعطى للدائن حق رفض الوفاء بواسطة غير المدين نفسه وفقا لما تضمنته المادة 169 من القانون المدني الجزائري التي تنص " في الالتزام بعمل , اذا نص الاتفاق أو استوجب طبيعة الدين أن ينفذ المدين بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين "بمعنى أن موافقة المتعاقد الأصلي يجب أن تكون صريحة هي شرط ضروري عندما يتعلق الأمر بعقود تتضمن بطبيعتها عنصر الاعتبار الشخصي أو تلك المتضمنة الشرط المانع للتعاقد من الباطن[1].

فالبنسبة للعقود المتضمنة بطبيعتها لعنصر الاعتبار الشخصي مثل عقد العلاج الطبي لا يمكن لطبيب إن ينيب طبيب آخر لمعالجة المريض دون القبول الصريح لهذا الأخير نضرا للطابع الشخصي لالتزامه

أما فيما يخص الاتفاق في العقود المتضمنة الشرط المانع للتعاقد من الباطن,فانه يكون تارة منعا مطلقا وتارة مقيد فقط له كان يتفق المتعاقدين على عدم جواز تعاقد المدين من الباطن او يتفقا فقط على تعليق استعمال هذا لحق على شرط معين كالحصول على ترخيص كتابي من المتعاقد الأصلي او موافقته على شخص المتعاقد من الباطن

فالقبول الصريح شرط ضروري في هذه الحالة إذ يعتبر بمثابة تنازل عن الشرط المانع ,وقد يجد المنع التعاقد من الباطن مصدره في النصوص القانونية حيث يمنعه المشرع إذا لم يحصل المتعاقد على قبول الصريح للطرف الآخر مثل ما هو عليه الحال في الإيجار من الباطن وهذا ما نصت عليه المادة 505من القانون المدني الجزائري والتي نصت على« لا يجوز للمستأجر ان يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك » بمعنى الإيجار من الباطن

(1) – العدوي جلال علي, المرجع السابق , ص ص55_ 56.

سواء شمل كل العين المؤجرة أو جزء منها إذا لم يتحصل المستأجر على موافقة صريحة من المؤجر

حيث أن النص المانع من التعاقد قد يكون نصا مكملا أو نصا آمرا ,ففي الحالة الأولى فان الاتفاق على ما يخالفه يجب ان يقع في العقد الأصلي بمعنى انه يجب أن يستند التعاقد من الباطن إلى إذن سابق فان تخلف هذا الإذن اعتبر النص المكمل جزء من العقد و يأخذ حكم الشرط المانع [1] .

إلا انه إذا تعلق المنع بنص آمر فان الإذن بالتعاقد من الباطن يقع باطلا, ومن باب أولى يقع باطلا التعاقد من الباطن بدون إذن سابق , او حتى الموافقة الصريحة للمتعاقد لا تجعل من المتعاقد من الباطن حائزا[2] .

تجدر الإشارة إلى أن لجوء المتعاقد الوسيط إلى إبرام عقد من الباطن رغم منعه من ذلك يشكل انتهاك للعقد الأصلي ومخالفة للالتزام بالامتناع الوارد فيه , وبالتالي يحق للمتعاقد الأصلي مبدئيا طلب فسخ العقد الأصلي طبقا للقواعد العامة [3].

ثانيا/ القبول في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي :

تعتبر العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار الشخصي بانها العقود التي لاتكون فيها شخصيه المتعاقد او صفة من صفاته محل اعتبار عند المتعاقد الاخر وقت ابرام العقد , وبالتالي لا تشكل شخصيته أو صفته سوى عناصر ثانوية , فالتعاقد في هذه الحالة يتم بصورة أساسية لأهداف اقتصادية ومالية ودون أن يتأثر بشخصية المتعاقد, كما لو تعهد

---

[1]– برجم صليحة , المرجع السابق , ص20

[2]– الجارحي مصطفي عبد السيد, المرجع السابق ص14

[3]– الجبوري ياسين محمد, المبسوط في شرح القانون المدني , الجزء الاول , مصادر الحقوق الشخصيه , المجلد الاول , نضريه العقد القسم الاول انعقاد العقد الطبعه الاولئ, دار وائل للنشر والطباعه, عمان 2002ص120 .

صانع بصنع شيء معين يمكن لغيره ان يصنعه بنفس الطريقة والجودة, او تعهد ناقل بنقل أشخاص أو أشياء يمكن لغيره أن يقوم بتنفيذ ذات الالتزام.

حيت نجد الفقه اقر جواز التعاقد من الباطن في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي إذا لم يتضمن العقد الأصلي قبولا صريحا به حيث نجد الفقه انقسم في هذا المجال الى عدة آراء وهذا ما سنتناوله على النحو التالي

الفريق الأول يجيز التعاقد من الباطن استنادا إلى موافقة الضمنية للمتعاقد الأصلي الأول على أساس ان غياب عنصر الاعتبار الشخصي في العقد الأصلي يجعل من شخصية المنفذ الحقيقي للالتزام عديمة الأهمية بالنسبة للدائن به ,وانه موافق ضمنيا على إنابة المدين لغيره في تنفيذ العقد القائم بينهما

أما الفريق الثاني فيرى أن موافقة المتعاقد الأصلي على التعاقد من الباطن تأخذ في هذه الحالة شكل خاص يتمثل في غياب شرط المنع ,بمعنى انه طالما لم يتضمن العقد الأصلي شرطا صريحا يمنع التعاقد من الباطن فهذا يدل على ان هذا الاخير جائزا .

أما لفريق الثالث فيعتبر انه عند تخلف المنع الصريح في العقد الأصلي فان التعاقد من الباطن لا يحتاج إلى اذن سابق او قرار لاحق لكنه جائز استنادا الى الأصل العام.[1]

[1] – لعدوي جلال علي , المرجع السابق , ص46 .

المطلب الثاني

طرق إبرام عقد المقاولة من الباطن وكيفية اختيار المقاول من الباطن.

يعتبر إبرام عقد المقاولة مباشرة بين المقاول ورب العمل، الصورة الغالبة الوقوع في إبرام عقد المقاولة وتنفيذه، حيث يتم الاتفاق مباشرة بين المقاول المنفذ ورب العمل، على العمل المطلوب من المقاول إنجازه وكذا الأجر المستحق له كمقابل لذلك.

ويتم إبرام المقاولة في هذه الحالة بعدة طرق، فقد يتم التعاقد بين المقاول ورب العمل بطريق الممارسة أو عن طريق المسابقة، كما قد يتم ذلك عن طريق طلب تقديم عطاءات أو ما يسمى بالمناقصة، ومن هنا سنتناول في هذا المطلب فرعين الفرع الأول: طرق إبرام عقد المقاولة من الباطن أما الفرع الثاني فنتناول كيفية اختيار المقاول الفرعي.

الفرع الأول : طرق إبرام عقد المقاولة من الباطن

سنتعرف من خلال هذا الفرع إلى الطرق القانونية لإبرام عقد المقاولة من الباطن .

أولا: التعاقد بطريق الممارسة

يتم التعاقد عن طريق التراضي فيكون بان يطلب المقاول الأصلي من المقاول من الباطن بانجاز العمل معين لحسابه فيقبل المقاول من الباطن، وقد يكون هذا الأخير هو من بادر للإيجاب وقبل المقاول الأصلي والغالب بالنسبة للمقاولات الهامة أن يسبق إبرام العقد مرحلة يتفاوض فيها الطرفان على شروطه و أوصافه، حتى ما إذا تطابقت إرادتهما، ابرم العقد، ويطلق على هذه الطريقة في إبرام العقود بالتعاقد بالممارسة[1].

---

[1] شنب محمد لبيب ، شرح احكام عقد المقاولة، في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة الإسكندرية، مصر , الطبقة الثانية , 2004، ص 87.

(2) قرة فتيحة , احكام عقد المقاولة ,منشاة المعارف الاسكندرية بدون طبعة 1992 ص84 .

ولا ترتب المفاوضات التي تتم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن أي اثر قانوني من حيث الأصل، فلا يلتزم أي من الطرفين بأن يستمر فيها حتى إبرام العقد، بل يجوز لكل منهما أن يقطعها في وقت ويصرف النضر عن الطرف الآخر في المفاوضة. (2)

غير انه قد يحدث خلال التفاوض في مجال مقاولات البناء ,ان يقوم المقاول من الباطن بإعداد مقايسة للبناء المزمع إقامته , تتضمن بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها والاجر الذي يحدد لكل منها أو الأجر الإجمالي لها , كما قد يقوم المهندس المعماري بوضع تصميم للبناء,مما يدفعنا للتساؤل عما ادا كان هدا لعمل يمس او يؤثر على حرية المقاول الأصلي في قطع المفاوضات ,دون أن يلتزم بتعويض المقاول من الباطن والمهندس(3).

ويعتبر إبرام العقد عن طريق الممارسة الأسلوب الأكثر استعمالا في المعاملات اذ يتصل الطرفان مباشرة قصد انجاز مشروع معين سواء تعلق الأمر بعقود بسيطة لا تتطلب أموالا كثيرة او باتفاقيات مباشرة بعد استشارة وتفاوض مثل ماهو عليه الحال في عقود الاستثمار أو المنشات الضخمة (4).

ثانيا التعاقد بطريقة المسابقة

.في بعض الحالات لابد من استعانة المقاول مباشرة بمقاول من الباطن وعلى هذا الأساس قد يلجا المقاول الأصلي إلى طريقة المسابقة للإبرام عقد المقاولة من الباطن , فيبادر إلى الإعلان عن المسابقة لمن يريد الدخول فيها لوضع تصميم للعمل المطلوب .

بحيث يعين هذا العمل تعيينا كافيا ,مع تضمين هذا الإعلان الشروط التي يتعين على المقاول من الباطن التقيد بها عند تنفيذ العقد المقاولة على ان توكل مهمة فحص

(3) نفس المرجع ص84

التصميمات المقدمة , إلى لجنة خاصة ليتم اختيار أفضلها, مع تحديد جائزة للمتسابقين, وقد تكون الجائزة هي التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذه بالشروط التي سبق ذكرها في الإعلان وقد يتحفظ المقاول الأصلي على التزامه بإبرام عقد المقاولة مع لفائز من المتسابقين,غير انه يتعين في هذه الحالة منح جائزة للفائز في المسابقة لمكافأته على ما بذله من جهد في وضع التصميم ,أما إذا لم يتحفظ رب العمل على التزامه بالتعاقد مع لفائز فانه يكون ملزما بالتعاقد معه . [1]

ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة حتى يتفادى المشاكل التي قد تنشأ بين رب العمل والمقاول الأصلي جراء إدخال المقاول من الباطن في تنفيذ عقد المقاولة الأصلية، وإن كان القانون المدني لم يتطرق إلا للطريقة الأولى، حيث يختار المقاول الأصلي المقاول من الباطن، ويبقى مسئول عنه إتجاه رب العمل.

ثالثا: طلب تقديم عطاءات

قد يلجأ المقاول الأصلي الذي يدير عمل كبير القيمة الى انجازه بواسطة الغير،من خلال طلب تقديم عطاءات أو ما يسمى بالمناقصة، والتي ترتب عنها تحديد الأجر الذي يطلبه الغير في مقابل إنجاز هذا العمل, ويتم في العادة تقديم العطاء إما في مناقصة علنية، ترسو على من يقدم علنا أقل عطاء، مع تقديم الضمانات الكافية أو في أظرفه مغلقة ومختومة[2] .

وفيما يتعلق بالمناقصة العلانية تقديم كل مقاول بعطاء معين لترسو المناقصة على من يقدم علنا أقل عطاء وهو ما يعتبر إيجابا، بينما يعتبر إرساء المناقصة على من قدم اقل عطاء قبولا، فيتم حينئذ عقد المقاولة يرسو المناقصة قياسا على ما ورد بنص المادة

1) – قره فتيحه ,المرجع السابق , ص85 .

(2) توفيق زيداني , التنظيم القانوني للعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة باتنة , الجزائر , 2009–2010، 40.

69من القانون المدني الجزائري والتي تنص على "لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ويسقط المزاد بمزاد علني ولو كان باطلا "، أما بالنسبة للأظرفة المختومة فإنه يتم فتحها في اليوم المحدد على أن يكون رسو المناقصة أيضا على من تقدم بأقل عطاء من المتسابقين ، طالما قدم التأمينات الكافية المحددة في دفتر الشروط.[1]

ويلتزم المقاول الأصلي الذي أعلن عن المناقصة بهذا القبول على أساس أنه هو الذي دعا المقاول إلى التقدم بعطائه، فلا يجوز له أن يرفض التعاقد معه، فان رفضه فإنه يلتزم بتعويض المقاول من الباطن الذي اقترح العطاء الأقل قيمة، عما أنفقه من المصروفات وما كان يستطيع كسبه لو أنه قام بإنجاز العمل[2].

الفرع الثاني: كيفية اختيار المقاول الفرعي.

إن في العقود البسيطة يتم التعاقد دائما بين طرفيها مباشرة بعد تجاوز مرحلة التفاوض بشأن محتواها، إلا إن الأمر في عقد المقاولة من الباطن يخرج أحيانا عن هذا الإطار، حيث يكون تدخل المقاول من الباطن ليس فحسب بناء على رغبة المقاول الأصلي، وإنما كذلك بناءا على رغبة رب العمل [3]، هذا ما يتبين من خلال ما سنتطرق إليه فيما يلي:

أولا: اختيار المقاول من الباطن من قبل المقاول الأصلي

إن عقد المقاولة سواء كان عقد أصليا أو عقد من الباطن، شأنه شأن أي عقد فهو لا يخلو من اعتبارات شخصية تجعل مبرمه يلجا إلى التعامل مع الشخص الذي يحوز ثقته ويرى أنه قادر على تنفيذ ما تعهد به، ولهذا فإن المقاول الأصلي لا يقدم على المقاولة من

(1) قرة فتيحة ، المرجع السابق، ص 86.

(2) زيداني توفيق ، المرجع السابق، ص 41.

(3) شلاوشي رشيد/ لعربي توفيق، المرجع السابق، ص 74.

الباطن إلا بعد أن يتخذ جملة من الإجراءات الاحترازية حتى يتمكن من اختيار المقاول المناسب أداء العمل المطلوب، وهو ما يحدث غالبا في قطاع البناء والنشيد أين تتجسد المقاولة من الباطن بصفه أساسية، نظرا للمشاريع الضخمة والطويلة المدة التي يعرفها هذا القطاع والتي يحتاج تنفيذها التعامل مع عدد كبير من الشركات المتخصصة[1].

فاختيار المقاول من الباطن من قبل المقاول الأصلي لا يكون عشوائيا وإنما يتم بناء على ما يتمتع به من خبرة فنية ومهنية وما له من إمكانيات مادية ويد عاملة مؤهلة ومتخصصة فحسب بعض النماذج من العقود المتحصل عليها يلتزم المقاول من الباطن بتقديم نفس الوثائق التي سبق وأن طلبها رب العمل من المقاول الأصلي، حتى يتأكد هذا الأخير من سمعته في سوق المقاولا ت، من بينها نسخة من السجل التجاري للمقاول من الباطن أو بطاقة حرفي ، مستخرج تبين وضعيته إزاء مصالح الضرائب والضمان الاجتماعي وكذا قائمة بالمعدات المتوفرة لديه، بالإضافة إلى عرض مفصل عن مجمل الأعمال والمشاريع التي نفذها[2].

والأكيد أن الهدف من هذه الوثائق هو معرفة المقاول الأصلي لمدى مطابقتها من الناحية الفنية والمهنية مع أعمال المشروع المطروح للتنفيذ و إلتزام المقاول من الباطن بمقاييس العمل ومعايير الجودة وتفاديا للأي تضارب في وجهات النظر، ومنعا لأي خلافات قد تحدث مستقبلا وتتسبب في تعطل الأعمال أو التأخر في انجازها، مما يلحق أضرارا بجميع الأطراف[3].

---

[1] برجم صليحة, المرجع السابق، ص 47.

[2] شلاوشي رشيد/ لعربي توفيق، المرجع السابق، ص ص 74-75

[3] برجم صليحة ، المرجع السابق، ص 47.

ثانيا: المقاول من الباطن المسمى

جرت العادة أن يختار المقاول الأصلي المقاول من الباطن ليرتبط معه مباشرة بعقد مقاولة من الباطن، فهناك طريقة ثانية يتدخل فيها المقاول من الباطن لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية، تستعمل كثيرا في النظام الانجلوسكسوني، وهي قيام رب العمل بتعيين المقاول من الباطن في عقد المقاولة الأصلية، حيث يدرج بندا خاصا يتضمن تعيينه وتوليه تنفيذ جزء معيين من موضوع عقد المقاولة.

كما يمكن للمهندس المكلف بمتابعة المشروع أن يعين المقاول من الباطن، حيث يصدر تعليمات الأصلي للاستعانة بمقاول من الباطن ويطلق عليه اسم المقاول من الباطن المسمى: ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة في التعين حتى يتفاد المشاكل التي قد تشأ بين رب العمل والمقاول الأصلي جراء إدخال المقاول من الباطن في تنفيذ عقد المقاول الأصلية [1].

وإذا كان القانون لم يتطرق إلا للطريقة الأولي، حيث يختار المقاول الأصلي المقاول من الباطن ويبقى مسئولا عنه اتجاه رب العمل، إلا أن التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة للحالة الثانية حول مدى مسؤولية المقاول الأصلي من المقاول من الباطن المسمى، خاصة وأنه لم يتولى اختياره وإنما فرض من قبل ربي العمل أو المهندس[2].

[1] برجم صليحة, المرجع السابق، ص 47.

[2] برجم صليحة، المرجع السابق، ص 48.

خلاصة الفصل الأول

من خلال هذا الفصل تبين ان عقد المقاولة من الباطن إلى عقد المقاولة من الباطن هو عقد يتعهد فيه شخص بأن يقوم بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع للإدارته واشرافه، وبذلك فإن العقد المقاولة من الباطن يتميز عن العقد المشترك في كون هذا الأخير يتولى المتعاقدون سوية وعلى قدم المساواة تنفيذ العمل الموكل لكل واحد منهم، حسب الحالة المكونة العقد الأصلي والعقد من الباطن.

كما أن عقد المقاولة يتميز بتوافر شرطين وهما أن يتبع العقد من الباطن عقد أصلي بمعنى أنه تقتضي التبيعية وجود العقد المتبرع أولا وبصفة أساسية ليكف به العقد التابع والشروط الثاني أن يقبل المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن حيث في هذا الشرط يؤخذ بالقبول الصريح في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، وبالقبول الضمني في العقود الأخرى.

الفصل الثاني

اثار عقد المقاولة من الباطن

يعتبر عقد المقاولة من الباطن من العقود الملزمة لجانبين، فهو يرتب التزامات في ذمة المقاولة الأصلي وتعتبر حقوقا للمقاول الفرعي وفي المقابل تنشا التزامات في ذمة المقاول من الباطن تعد حقا بالنسبة للمقاول الأصلي هذا لكون طرفي عقد المقاولة من الباطن مرتبطين فيما بينهم سواء بمقتضى أحكام عقدية أو نصوص قانونية، وهذه الالتزامات تحمل على عاتق كل طرف في العقد مسؤوليات ناشئة عن الإخلال بها إلى غاية انتهاء عقد المقاولة من الباطن وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول التزامات أطراف عقد المقاولة أما المبحث الثاني نتناول مسؤولية المقاول الأصلي عن عمل المقاول ن الباطن والحقوق المقررة قانونا لهذا الأخير .

المبحث الأول

التزامات كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن

لقد سبق القول أن عقد المقاولة من الباطن من العقود الملزمة للجانبين، وبتالي يرتب في ذمة كل من المقاول من الباطن والمقاول الأصلي، تعتبر في ذات الوقت حقوق للطرف الآخر، لذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يتعلق بالتزامات المقاول الأصلي أما المطلب الثاني فخصص لالتزامات المقاول من الباطن.

المطلب لأول

التزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن

يلتزم المقاول الأصلي نحو المقاول الفرعي بجميع الالتزامات التي يرتبها عقد المقاولة في ذمة رب العمل، ابتدءا من تمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل وتسلمه بالإضافة إلى دفع الأجر, وهذا ما سنتناوله على النحو التالي:

الفرع الأول: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل

يلتزم المقاول الأصلي كما قدمنا نحو المقاول من الباطن بجميع التزامات رب العمل، وسوف نرى أن هذه الالتزامات هي تمكين المقاول من انجاز العمل وتسلم العمل بعد إنجازه، ودفع الأجر [1].

يلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن بإنجاز العمل، فإن كان المقاول من الباطن يحتاج إلى مهمات وأدوات تعهد المقاول الأساسي بتقديمها له ليباشر العمل أو

[1] السنهوري عبد الرزاق احمد ، المرجع السابق، ص 213.

يتمه ويجب على المقاول الأصلي أن يقدم هذه المواد والمهمات والأدوات إلى المقاول من الباطن في الوقت المتفق عليه أو خلال وقت معقول ومناسب[1].

وإذا كان عمل المقاول من الباطن يقتضي أن تقدم له مواصفات ورسوم ونماذج،وجب على المقاول الأصلي ان، يقدم له ذلك لتمكنه من انجاز العمل وعلى المقاول الأصلي أن يقوم بتنسيق الأعمال مابين عماله والمقاول من الباطن، أو ما بين المقاولين من الباطن المتعددين، بحيث لا يحول أحد دون تمكين الأخريين من تنفيذ أعمالهم[2].

-فإذا لم يقم المقاول الأساسي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل على النحو المتفق عليه، كان للمقاول من الباطن تطبيقا للقواعد العامة أن يطلب التنفيذ عينيا مع فرض غرامة تهديدية عن التأخير، كما له أن يطلب التعويض في هذه الحالة إذا اقتضى الأمر[3].

الفرع الثاني: التزام المقاول الأصلي بتسلم العمل من المقاول من الباطن

كما يلتزم المقاول أن يتسلم العمل من المقاول من الباطن بعد انجازه فإذا أتم المقاول من الباطن العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلي وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى معاينته في أقرب وقت تبعا للمألوف في التعامل وان يتسلمه في مدة وجيزة، فإذا امتنع دون سبب مشروع بعد إعذاره عن تسلم العمل اعتبر قد تسلمه، أما إذا كان المقاول من الباطن قد خالف الشروط الواردة في العقد أو ما تقضي به أصول الصنعة فله أن يمتنع عن تسلمه حيث تنص المادة 558من القانون المدني الجزائري على « عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في اقرب وقت

---

(1) ناصيف الياس ، المرجع السابق، ص 2

(2) السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق، ص 213.

(3) العضلي جعفر, الوجيز العقود المدنية (البيع، الإيجار المقاولة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن، الطبعة الثالثة , 2010، ص ص 411- 412.

ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته الى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه ,ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من أثار » ويكون تسلم المقاول الأصلي للعمل في الميعاد المتفق عليه وقد يحصل أن يكون العمل محل المقاولة متضمنا عدد من الأجزاء التي تستقل بعضها عن بعض الأخر وإذا كان محلا لعقد واحد، فإن المقاول الأصلي يعتبر منفذا لالتزامه إذا تسلم الجزء الذي تم إنجازه متى وضع المقاول من الباطن ذلك الجزء تحت تصرفه مع دفع الأجر المحدد للجزء المذكور، وإذا امتنع المقاول الأصلي على تسلمه فيحق للمقاول الثاني أن ينذر المقاول الأصلي بوجوب قيامه بالتسلم خلال مدة مناسبة يحددها في الإنذار [1].

فإذا لم يقم المقاول الأساسي بتسلم العمل وتقبله في الميعاد المتفق عليه أو في مدة معقولة،كان المقاول من الباطن تطبيقا للقواعد العامة، أن يجبر المقاول الأصلي على تنفيذ التزامه عينا و وله الحق أن يطلب التعويض عن العمل والضرر إذا اقتضى الأمر [2].

كما أن التسلم يكون في مكان انجاز العمل، ويتم استلام العمل المنجز المقاول الأصلي العمل وفقا لطبيعته وإذا كان العمل متكونا من أجزاء مستقلة أو كان الأجر محددا بسعر الوحدة، جاز لكل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن أجراء المعاينة والتسلم عقب انجاز كل جزء أو وحدة من العمل يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها وإذا لم يفي المقاول الأصلي بالتزامه من تسلم العمل وتقبله في الميعاد القانوني، كان للمقاول من الباطن أن يجبره على تنفيذ التزامه عينا [3].

---

[1] ناصيف إلياس, المرجع السابق، ص 26.

[2] توفيق زيداني, المرجع السابق ، ص 57.

[3] السنهوري عبد الرزاق احمد ، المرجع السابق، ص 214.

الفرع الثالث: التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن:

يلتزم المقاول الأصلي بتسلم العمل من المقاول الثاني أي المقاول من الباطن ويلتزم من الجهة الأخرى بدفع إلى المقاول الثاني الأجر الذي تم الاتفاق عليه في العقد وبالطريقة المتفق عليها، فإذا سكت العقد عن تحديد الأجر الذي يستحقه المقاول الثاني فإن اجر المقاول إنما يحدد بالرجوع الى قيمة العمل والنفقات وذلك تطبيقا وإستنادا إلى نص المادة562 من القانون المدني الجزائري والتي تنص "اذا لم يحدد الاجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول " .

وإذا اتفق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول من الباطن أن يخطر في الحال المقاول الأصلي بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الأجر فإذا لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات وهذا ما نصت عليه المادتين 560و561 من القانون المدني الجزائري[1] .

أما إذا هو أخطر المقاول الأصلي بزيادة جسيمة الأجر تقابل المجاوزة جسيمة، جاز للمقاول الأصلي أن يوقف تنفيذ العمل وأن يتحلل من العقد على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع الوفاء للمقاول من الباطن قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل وهذا ما نصت عليه نص المادة 561 من القانون المدني الجزائري، أما إذا اتفق على أجر إجمالي جزافي على أساس تصميم معين، فليس للمقاول من الباطن أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حصل في هذا التصميم

[1] السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق، ص ص 214- 215.

تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من المقاول الأصلي أو أن يكون مأذونا به منه[1].

أما إذا قام المقاول من الباطن بالعمل مقابل بدل معين بناء على رسم أو تقويم وضعه بنفسه أو وافق عليه، لا يجوز له أن يطلب زيادة على البدل بحجة أن النفقات تجاوزت المبلغ المقدر في الرسم أوفي التقويم إلا إذا كان المقاول الأساسي هو الذي سمح له صراحة بتجاوز المبلغ أو كان هنالك نص يقضي بذلك[2].

وليس للمقاول من الباطن إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية أو أجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر الإجمالي الجزافي المتفق عليه، ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ المقاولة من الباطن عسيرا، على أنه إذا انهار التوازن بين التزامات كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن سبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان توقعها وقت التعاقد، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر 561/ 2 من القانون المدني بنصها "يجب ان يحصل هذا الاتفاق كتابة ، الا اذا كان العقد الاصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة " والمدين بالأجر هو المقاول الأصلي وورثته من بعده، دون رب العمل بالرغم من أنه هو الذي انتفع بالعمل ومع ذلك سنرى أن للمقاول من الباطن الرجوع مباشرة على رب العمل بمقدار ما هو مستحق في ذمه هذا الأخير للمقاول الأصلي[3].

وقد يمتنع المقاول الأصلي عن دفع الأجر وعندها يحق للمقاول من الباطن أن يمتنع عن تسليم العمل إلى أن يدفع المقاول الأصلي الأجر، وذلك استنادا إلى قاعدة الدفع بعدم

---

(1) السنهوري عبد الرزاق احمد ، المرجع السابق ، ص 215.

(2) نصيف إلياس ، المرجع السابق، ص 27.

(3) السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق، ص 412.

التنفيذ والحق في الحبس كما له ان يطلب التعويض التعويض ويكون خاضعا لسلطة المحكمة التقديرية [1].

كما للمقاول من الباطن طريق أخر يمكن أن يسلكه بحبس العمل وسائر الأعمال التي استلمها من المقاول الأساسي للقيام بالعمل إلي أن يدفع له الأجرة، وما يكون قد سرفه، عند الاقتضاء ما لم يكن العقد يقضي بالدفع في أجل معين، وفي هذه الحالة يكون المقاول من الباطن مسئولا عن الأشياء التي حبسها تطبيقا للقواعد العامة[2].

[1] الفضلي جعفر ، المرجع السابق ، ص 412.

[2] نصيف إلياس ، المرجع السابق، ص 27.

المطلب الثاني

التزامات المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي

يلتزم المقاول من الباطن بجميع التزامات المقاول الأصلي نحو رب العمل، حيث يلتزم أساسا بانجاز العمل المتفق عليه، فإذا أنجزه، التزم بتسليمه إلى المقاول الأصلي، وأخيرا يلتزم المقاول من الباطن بضمان العمل الذي أنجزه وهذه الالتزامات هي نفسها التزامات المقاول الرئيسي وسنفصل فيها في ما سنتناوله فيما يلي.

الفرع الأول: التزام المقاول من الباطن بانجاز العمل.

يلتزم المقاول من الباطن بانجاز العمل المعهود به إليه من المقاول الأصلي، سواء كان كل العمل محل المقاولة الأصلية أو كان جزءا من هذا العمل ويجب انجاز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن، وبالشروط الواردة في هذا العقد فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها، وجب إتباع العرف وبخاصة أصول الصنعة تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن[1].

إلاّ أن عدم الاتفاق على طريقة معينة لإنجاز العمل لا يعني أن للمقاول من الباطن أن ينجز العمل كيفما يشاء، بل إن عليه أن يتبع عرف المهنة وبخاصة أصول الصناعة والفن في العمل الذي يقوم به حيث لكل عمل تقاليد وأصول فإن خالفها المقاول من الباطن كان مسؤولا اتجاه المقاول الأصلي مسؤولية عقدية [2] .

---

[1] السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق، ص 218.

[2] العايز سالمة , تطبيق الظروف الطارئة في مجال عقود المقاولات نوقشت واجيزتئ بتاريخ 2014/2013، ص 16.

حيث تنص المادة 553 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب او مناف لشروط العقد جاز لرب العمل أن ينذره بان يصحح من طريقة التنفيذ حلال اجل معقول يعينه له , فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بانجاز العمل على نفقة المقاول الأول .

غير انه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون الحاجة إلى تعيين اجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا "[1].

وإذا كان المقاول من الباطن هو الذي تعهد بتقديم المواد اللازمة للعمل كالأخشاب والبلاط والأبواب والشبابيك والأدوات الصحية وسواها كان مسئولا عن جودتها وصنفها، وعليه ضمانها للمقاول الأساسي، ويجب عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها في اختياره للمواد وإذا لم تكن ثمة شروط ومواصفات متفق عليها صراحة فيقتضي أن تكون هذه المواد وافية بالغرض المقصود منها المبين في عقد المقاولة من الباطن أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اعد له[2].

فالمادة 551 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه" إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسئولا عن جودتها، وعليه ضمانها لرب العمل"

وفي حالة ما إذا قدم رب العمل (المقاول الأصلي) المادة حسب نص المادة 1/552 من القانون المدني الجزائري فعلي المقاول أن يتولي المحافظة على المادة التي سلمت له وان يبذل عناية الشخص المعتاد وإلا كان مسئولا عن هلاكها أو إتلافها أو سرقتها كما يتحمل نفقات حفظها لاعتبارها جزء من النفقات العامة كما يجب على المقاول من الباطن

---

[1] السرحان عدنان ابراهيم ، المرجع السابق، ص 48.

[2] نصيف إلياس ، المرجع السابق، ص 28.

عند استخدام المادة أن يستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقص أو زيادة [1].

ويحق للمقاول الأساسي أن يطلب فسخ العقد بعد إنذار يوجه إلي المقاول من الباطن إذا تمادى هذا الأخير في تأجيل بداية العمل لغير سبب مشروع أو إذا كان في حالة التأخر عن تسليم ما لم يكن السبب في عدم إتمام العمل أو في تأخيره أو تأجيل التسليم يعزي إلى خطأ من المقاول الأساسي أو من صاحب العمل[2].

الفرع الثاني: التزام المقاول من الباطن تسليم العمل بعد انجازه:

يجب على المقاول أن يقوم بتنفيذ العمل الذي عهد به إليه وفقا لشروط العقد وأن يبذل في تنفيذه عناية الرجل المعتاد , ويجب أن ينهي العمل ويسلم في الميعاد المتفق عليه، وإذا لم يكن قد حدد ميعاد ففي ميعاد ملائم وفقا لطبيعة العمل والعرف المهني[3].

ويجري تسليم العمل في المكان المتفق عليه، وإذا لم يكن ثمة اتفاق ففي المكان الذي يعينه عرف المهنة، وإذا لم يكن هناك عرف ففي مكان وجود العقار أو المنقول، وإلا في محل إقامة المقاول من الباطن، أو المكان الذي يوجد فيه مركز عمله الرئيسي[4].

فإذا انتقلت حيازة المنقول إلى لمقاول الأصلي كان التسليم في موطن المقاول من الباطن أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله، باعتبار أنه المدين بالتسليم وأن العمل الذي تم يدخل ضمن هذه الأعمال عادة، وفقا لنص الماده 282 من القانون المدني الجزائري التي تنص " إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء التزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"

---

[1] سالمة العايز, المرجع السابق، ص 17-18.

[2] نصرية إلياس, المرجع السابق، ص 29.

[3] العمروسي انور , المرجع السابق، ص 105

[4] نصرية إلياس , المرجع السابق، ص 30.

أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء, أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسة إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة"

أما نفقات التسليم فتكون على عاتق المقاول الاصلي ما لم يوجد اتفاق أو نص يخالف ذلك، وهذا تطبيقا لنص المادة 283 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " تكون نفقات الوفاء على المدين, ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"[1].

وعليه متى التزم المقاول بتقديم المادة يتعين عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها بشأن هذه المادة فإن لم تكن هناك شروط أو مواصفات وجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار الغرض الذي أعدته هذه المادة وذلك إعمالا لنص 1/379 من القانون المدني الجزائري لأن المقاول يعتبر في هذه الحالة بائع للمادة وتسري عليه قواعد عقد البيع حيث تنص المادة 1/379 من القانون المدني الجزائري على " يكون البائع ملزم بالضمان إذ لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصود منه، حسب ما هو مذكور في العقد وحسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب وإن لم يكن عالما بوجودها"[2].

فإذا لم يتفق المقاول مع رب العمل (المقاول الأصلي) على درجة جودة المادة التي يلتزم بتقديمها ولم يتسنى استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف أخر فإنه يلتزم بتقديم مادة من صنف متوسط تبعا للمادة 2/94 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن " ويكفي أن يكون المحل معين بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعين مقداره وإذا لم

[1] العايز سالمه ، المرجع السابق، ص 18

[2] نفس المرجع، ص 17.

يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته و لا يمكن تبين من ذلك من العرف أومن أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط[1].

وإذا هلك الشيء وهو في يد المقاول من الباطن قبل تسلمه إلى المقاول الأساسي سبب حادث مفاجئ، تحمل المقاول من الباطن، تبعة الهلاك وامتنع أن يطالب بالأجرة، ولا يرد النفقات ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها سواء كان هو المقاول من الباطن أو المقاول الأساسي هذا ما نصت عليه المادة 568 من القانون المدني الجزائري "إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول ان يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين

أما إذا كان المقاول قد اعذر بتسليم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعا إلى خطئه, وجب عليه أن يعوض رب العمل .

فإذا كان رب العمل هو الذي اعذر بان يتسلم الشيء أو كان هلاك الشيء او تلفه راجعا الى خطا منه ا والى عيب في المادة التي قام بتوريدها كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجر وفي إصلاح الضرر عند الاقتضاء [2].

الفرع الثالث: التزام المقاول من الباطن بالضمان.

يلتزم المقاول من الباطن أخيرا بضمان العمل، وقد تقدم أنه إذا كان المقاول من الباطن قدم المادة من عنده فإنه يكون مسئولا عن جودتها وعليه ضمان العيوب الخفية فيها، وإذا كان الذي قدم المادة هو المقاول الأصلي أو رب العمل، فإن المقاول من الباطن لا يكون ضامنا لعيوبها الخفية لأنه ليس هو الذي قدمها، ولكن إذا اكتشف في أثناء عمله أو

[1] لعايز سالمه ، المرجع السابق ، ص 17.

[2] نفس المرجع ، ص 30

كان يمكن أن يكشف تبعا لمستواه الفني عيوبا في المادة، وجب عليه أن يخطر المقاول الأصلي فورا بذلك، وإلا كان مسؤولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج[1].

لكن إذا كان العيب في صفة العمل المنجز واضحا بحيث يمكن للمقاول الأساسي أن يكتشفه بسهولة، إلا أنه استلم العمل وتقبله من دون أن يعترض، فيعتبر تصرفه هذا بأنه قبل العمل ولو معيبا، وتنازل عن حقه في الرجوع على المقاول من الباطن , وبالتالي يبقى المقاول الأساسي في هذه الحالة هو المسئول في مواجهة صاحب العمل، مما يعني أن ضمان المقاول من الباطن ينقضي بمجرد تسلم المقاول الأساسي للعمل وقبوله له[2].

غير أنه يمكن للمقاول الأصلي أن يحتفظ عند تسلم العمل، ويقرر أن التسلم لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول من الباطن إذا وجد في العمل عيبا،وفي هذه الحالة يكون له الرجوع بضمان العيب في المدة التي يتفق عليها مع المقاول من الباطن، وإذا لم يكن هناك اتفاق ففي مدة قصيرة حسب ما يقتضي به عرف المهنة[3].

لكن إذا كان المقاول من الباطن قد أخفى غش العيب في الصفة، فلم يستطيع رب العمل أن يكشفه وقت تسلم الشيء و تقبل العمل، ففي هذا الغرض يكون المقاول مسؤولا عن غشه، وبمجرد أن يكتشفه رب العمل يكون له الحق في الرجوع على المقاول من الباطن بالضمان وفق قواعد المسؤولية التقصيرية[4].

يقضي ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء بحيث لا يمكن إعفاءه من هذه المسؤولية وهذا ما جاء في نص المادة 556 من القانون المدني الجزائري "يكون باطلا كل

---

[1] السنهوري عبد الرزاق احمد ، المرجع السابق، ص 219.

[2] مغبغب نعيم, عقود المقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثالثة، دار النشر، 2001، ب ن , ص 284.

[3] السنهوري عبد الرزاق احمد ، المرجع السابق، ص 219.

[4] أنور العمرسي , المرجع السابق، ص 108.

شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه " تقابلها المادة 651 قانون المدني المصري وهي التي تجعل كذلك المقاول ضامنا لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم في المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى ولجميع ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته[1].

حيث أن شرط إخفاء العيب هو شرط لاستحقاق الضمان أن يكون العيب خفيا بحيث لا يكون باستطاعة المقاول الأصلي اكتشافه وقت التسليم أما إذا كان ظاهرا فلا يسأل عنه المقاول من الباطن [2].

كما أنه أن يجب أن يكون من شأن العيب تهديد متانة البناء وسلامته إلا أنه يصعب تحديد وحصر العيوب التي ينطبق عليها هذا الوصف لعقد وتداخل العمليات المعمارية في العصر الحديث لهذا توجب ضرورة ترك هذا الأمر لقاضي الموضوع ليقدر العيب مستعينا بأهل الخبرة[3].

غير أن المقاول من الباطن يضل مسئولا وضامنا للعيوب البناء في حدود القواعد العامة وهذا ما جاء في نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري تقابلها نص المادة 668 موجبات وعقود المصري ومن ثمة ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يستلم المقاول الأساسي العمل مع تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك، فلا يكون المقاول من الباطن مسؤول إلا بالقدر والمدة التي تقضي بها المهنة لأنه مستبعد من نطاق هذا الضمان رغم انه المنفذ الحقيقي للعمل كله[4].

---

[1] السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق، ص 220

[2] بالجبل عتيقة, الخطأ كشرط لقيام المسؤولية العقدية للمقاول مجلة الحقوق والحريات كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة لملتقى الوطني حول اشكالات العقار الحرفيات وأثارها على التنمية في الجزائر المنعقد بوحي 18/17 فيفري 2013.

[3] بالجبل عتيقة, المرجع نفسه ، ص 562.

[4] نصيف إلياس ، المرجع السابق، ص 32.

وهذه الأحكام يمكن الاتفاق على ما يخالفها فيمكن تشديد الضمان أو تخفيفه أو الإعفاء منه إلا إذا كان العيب راجعا إلى غش المقاول اوخطاه الجسيم ,فيكو عندئذ كل اتفاق على الاعفاء م الضمان عديم الاثر تطبيقا لنص المادة 384 قانون مدني جزائري"يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص ان يزيدا في الضمان او ينقصا منه وان يسقط هذا الضمان يغيرئ ان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه "[1].

ويرى الاستاذ مصطفى عبد السيد الجارحي انه يجب استبعاد المقاول م الباطن وانه لايجوز القول بغير ماجاء في نص الماده 554 من القاو المدني الجزائري وهي التاكيد الصريح على استبعاد المقاول من الباطن من هذا الضمان , كما يضيف انه لا يظهر من النص مايدل على ان هذا الحكم مكمل للارادة المتعاقدين , فلو اراد المشرع ذلك لكان اولى به ان يقول تسري هذه المادة على مايكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين مالم يوجد اتفاق على غير ذلك [2] .

[1] العايز سالمة , المرجع السابق، ص 20

[2] الجارحي مصطفى عبد السيد، المرجع السابق، ص 14.

المبحث الثاني

مسؤولية المقاول الأصلي عن عمل المقاول من الباطن وحقوق المقررة لهذا الأخير

يترتب على عقد المقاولة من الباطن باعتباره من العقود الملزمة لجانبين مسؤولية في ذمة المقاول الأصلي وتثير جدلا هذه المسؤولية الكثير من التساؤلات تتعلق بطبيعتها وشروطها كما أن تنفيذ عقد المقاولة من الباطن يعطي المقاول من الباطن مجموعة من الحقوق المقررة قانونا وهذا ما سنتناوله في مطلبين المطلب الأول خصصناه للمسؤولية المقاول الأصلي أما المطلب الثاني خصصناه لحقوق المقاول من الباطن المقررة قانونا .

المطلب الأول

مسؤولية المقاول الأصلي عن عمل المقاول من الباطن .

في هذا المطلب سنتناول مسؤولية المقاول الأصلي في ثلاث فروع نتناول في الفرع الأول تعريف المسؤولية العقدية عن فعل الغير أما الفرع الثاني فنتناول فيه شروط قيام مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن أما الفرع الثالث فنخصصه لمدى إمكانية الإعفاء من هذه المسؤولية

الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية عن فعل الغير

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري لا نجده قد تناول بصفة صريحة ومباشرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ،عكس ما هو في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير التي أوردها صراحة في نص المواد 134\ 136\137 من القانون المدني الجزائري.

ومنه فإن المسؤولية العقدية عن فعل الغير يقصد بها" أن يسأل المدين بصدد تنفيذ العقد عن فعل طائفة من الأشخاص كما لو كان فعله ودون أي حاجة إلى إثبات أي خطأ أو إتفاق على تحمل المسؤولية عنهم ودون أن يتخذ من فعلهم سببا لدفع مسؤولياته لأن ما صدر منهم كأنه صادر منه فهو ليس أمرا خارجا عنه، ولو كان غشا أو خطأ جسيم" حيث أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تعتبر مسؤولية استثنائية، فالأصل في المسؤولية أن تكون شخصية، أي لا تكون إلا على ما صدر من الشخص نفسه، كما أن هذا المفهوم، ينطوي على تناقض إذ كيف يسأل المدين عن سوء تنفيذ العقد في حين أن المتسبب في ذلك شخص أخر من الغير؟[1].

حيث اجاب بعض الفقهاء، عن هذا التساؤل بإجابة مفادها أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير حيلة قانونية وجدت لحماية مصلحة الدائن في تنفيذ العقد، فهي تسمح بترك المعنى الحسي للغير كون بعض الأشخاص لا يعتبرون غيرا، حقيقيا بالنسبة للمدين، فهم ليسو أجانب عن المدين وإنما هم امتداد له , بحيث يمكن القول ، بأنه هو الذي أدخلهم في تنفيذ العقد فيسأل عن أخطائهم كأنها صدرت منه شخصيا.

يقسم الفقه الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذا التصور إلى فرعين:

[1] الجارحي مصطفى عبد السيد ، المرجع السابق، ص 78.

-**التابعون:** وهم الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزاماته فهم ينفذون الأعمال لمصلحته ووفقا لأوامره وتوجيهاته وتحت رقابته سواء كانت الأعمال مأجورة أو مجانية.

-**البدائل:** هم الأشخاص الذين يلجأ إليهم المدين لينفذوا العقد بدلا عنه ويدخل ضمن هذه الفئة المقاول من الباطن[1].

-حيث ان المادة 178 من القانون المدني الجزائري تجيز لطرفي العقد الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه العقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم، كما أنها تجيز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

-تضمنت هذه المادة صراحة إجازة الإعفاء إلاتفاقي للمدين من المسؤولية الناشئة عن أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وهذا ما يعني ضمنيا أن الأصل هو مسؤولية المدين عن هؤلاء الأشخاص وإلا لما كان هناك وجه للنص على جواز الإعفاء منها[2].

الفرع الثاني: شروط مسؤولية المقاول الأصلي عمل عن المقاول من الباطن:

تتطلب قيام مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن اتجاه رب العمل، تحقق الشروط التي سنتناولها وفق ما يلي:

---

[1] العمروسي انور, المرجع السابق، ص 288

[2] أعراب بلقاسم, شروط الاعفاء من المسؤولية المدنية رسالة ماجستير جامعة الجزائر 1984، ص 53.

أولا: وجود عقد صحيح بين المقاول الأصلي ورب العمل:

يعتبر وجود عقد صحيح بين المقاول الأصلي ورب العمل شرط أساسي لقيام مسؤولية المقاول الأصلي، فإن كان المقاول من الباطن المتسبب في الضرر خرج الأمر عن إطار المسؤولية العقدية عن فعل الغير وكنا بصدد نوع أخر من المسؤولية التقصيرية وهي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة[1].

وعليه فإن مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول من الباطن مسؤولية عقدية ناشئة عن عقد المقاولة الأصلي وقائمة على ان افتراض كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة لرب العمل أعمال وأخطاء صدرت من المقاول الأصلي، فيكون مسئولا عليها قبله،كما أن هذه المسؤولية لا تثور إلا إذا أوكل المقاول الأصلي المقاول من الباطن في تنفيذ عقد المقاولة الأصلي او جزء منه , ويشترط في هذا الإحلال ان يكون صحيحا في مواجهة رب العمل , ويكون كذلك عندما لا يرفض رب العمل صراحة أو ضمنيا بان يحل المقاول الأصلي غيره في تنفيذ العقد الأصلي [2] .

أما في حالة ما إذا كان الإحلال غير صحيح في مواجهة رب العم ل كما لو اشترط هذا الأخير على المقاول الأصلي أن يتولى تنفيذ العقد شخصيا , وبرغم ذلك أقدم على المقاولة من الباطن اعتبر في هذه الحالة مخطئا ومسئولا عن النتائج الضارة برب العمل، عندئذ تتحقق المسؤولية العقدية على أساس الخطأ الشخصي وليس على أساس فعل الغير

طالما أنه لا وجود لنص قانوني يتناول هذه الحالة، فإنه طبقا للقواعد العامة فالمسؤولية العقدية لا مانع من الاتفاق على الإعفاء من هده المسؤولية ، فيكون من حق المقاول

---

[1] الجبوري ياسين محمد ، المرجع السابق، ص335.

[2] السنهوري عبد الرزاق احمد ، المرجع السابق، ص 223.

الاصلي أن يشترط على رب العمل أن لا يكون مسئول عن أعمال هذا المقاول الفرعي المسمى[1].

ثانيا: أن يلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل:

يسأل المقاول عن كل خطأ أدى إلى إلحاق الضرر بالغير أو رب العمل الناتج عن مخالفته لشروط العقد ومن بين هذه المخالفات الإخلال بإنجاز العمل أو التأخر في التنفيذ , والإخلال بالتزام المحافظة على الأشياء المسلمة له وسوء اختيار مواد البناء، فهذا يعد من قبيل الالتزام الأساسي الموكل للمقاول الأصلي أو ال مقاول من الباطن فعليه إنجاز العمل على وجه سليم غير مخالف لشروط العقد هذا الالتزام وهو التزام بتحقيق نتيجة ولا تنتفي المسؤولية إلا إذا أثبت وجود سبب أجنبي جعله يتأخر في التنفيذ[2].

ثالثا: ارتكاب المقاول من الباطن للخطأ عقدي:

يتمثل هذا الشرط في إخلال المقاول من الباطن با لالتزام العقدي الذي كلف به، ويتحقق ذلك عند امتناعه عن التنفيذ أو تأخره فيه أو يكون التنفيذ معي باًأو جزئيا، فإن كان التزام المقاول من الباطن بإنجاز العمل التزاما ببذل عناية فيكون قد وفاه بالبذل عناية الرجل العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود[3].

---

[1] بوجم صليحة ، المرجع نفسه ، ص 102.

[2] السرحان عدنان ابراهيم ، المرجع السابق، ص ص 42-43 .

[3] بوجم صليحة ، المرجع السابق، ص 103 .

وان نازع رب العمل في ذلك فما عليه إلا إثبات أن المقاول الأصلي كان مهملا في أداء التزامه وأنه لم يسلك سلوك الرجل العادي في بذل العناية المطلوبة، غير أنه إذا كان الالتزام بإنجاز العمل التزاما بتحقيق نتيجة كإقامة بناء أو وضع شيء فلا تبرأ ذمه المقاول من الباطن ولا ذمة المقاول الأصلي إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة و انجز العمل المطلوب وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها[1].

وما تجدر الإشارة إليه أن ارتكاب المقاول من الباطن للأخطاء الى تخرج عن نطاق الخطأ العقدي ولو كانت بمناسبة تنفيذ العمل ، فإنه يكون وحد هالمسئول عنها على أساس المسؤولية التقصيرية مثلا لو قام رب العمل بزيا رة موقع العمل وأ بدى ملاحظات عن سير الأشغال ولم تعجب هذه الملاحظات المقاول من الباطن ، فوقع شجار بينهما انتهي إلى ضرب وجرح رب العمل فمثل هذه التصرفات للمقاول من الباطن لا تعد أخطاء عقدية ولا محل لمساءلة المقاول الأصلي عنها، عكس الحال لو أصيب رب العمل بالجروح داخل موقع الأشغال بسبب سقوط أخشاب عليه فالمقاول الأصلي يكون مسئول عن ذلك كونه ملزم بضمان السلامة [2].

[1] الجارحي مصطفى عبد السيد ، المرجع السابق، ص 85 .

[2] الجارحي مصطفى عبد السيد ، المرجع السابق، ص 85 .

الفرع الثالث: مدى إمكانية الإعفاء من هذه المسؤولية

لم يتناول المشرع الجزائري تعديل المسؤولية العقدية عن فعل الغير سوى حالة الإعفاء منها، حيث أجاز في المادة 178 الفقرة 2 من القانون المدني أن يعفي المدين من تحمل مسؤولية الخطأ الجسيم و الخطأ العمدي الذي يصدر من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، في حين أن الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي لا يشمل سوى الخطأ التافه والخطأ اليس ير، بمعنى إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى غش المدين أو خطأه الجسيم كان شرط الإعفاء باطلا و بقيت مسؤولية المدين قائمة[1].

كما أن الفقه العربي ميز بين الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عن المدين, والغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، أن الإعفاء في الأول يجعل تنفيذ التزام المدين معلق على شرط إرادي محض، وبذلك يكون هذا الالتزام غير قائم أما الغش أو الخطأ الجسيم في الحالة الثانية فإنه لا ينزل منزلة الشرط الإرادي المحض.[2]

(1) برجم صليحة ، المرجع السابق ، ص ص 104-105 .

(2) نقلا عن علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات من القانون المدني، الطبعة الخامسة 2013، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص 179 .

كما أنه يمكن أن يش ترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاول من الباطل ولا يكون مسؤولا عن المقاول من الباطن لأن مسؤولية المقاول الأصلي في هذه الحالة هي مسؤولية عقدية ومن ثم يمكن طبقا للقواعد العامة الاتفاق على مخالفتها[1].

إن القول بصحة شرط إعفاء المقاول الأصلي من المسؤولية عن أعمال المقاول من الباطن، يؤدي إلى نتائج لم ير تضيها خاصة في حالة عدم التنفيذ، فرب العمل لا يمكنه مساءلة المقاول الأصلي إلامالا لشرط الإعفاء، كما أنه لا يمكنه مسا ءلة المقاول من الباطن إلا على أساس المسؤولية التقصيرية في حين يضل المقاول من الباطن ملزما بتنفيذ عقده أمام المقاول الأصلي، مما يؤدي إلى إثراء هذا الأخير إذا ما حصل على تعويض من المقاول من الباطن ولتفادي هذه النتائج يجب إستبعاد شرط الإعفاء، وإبقاء المقاول الأصلي مسؤول إتجاه رب العمل عن الاعمال صادرة من المقاول من الباطن[2].

(1) السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق، ص 223 .

(2) صليحة برجم ، المرجع السابق، ص 106 .

المطلب الثاني

الحقوق المقررة قانونا للمقاول من الباطن:

إن المشرع الجزائري وعلى غرار الكثير من التشريعات منح المقاول الفرعي حماية قانونية خاصة تمليها إعتبارات إنسانية ومبادئ العدالة، بسبب تعلق الحق المطالب به بالعمل الذي أنجزه إذ يعتبر المنفذ الحقيقي لهذا العمل و الطرف الضعيف في العملية ككل و من هنا سنتطرق في هذا المطلب إلى فرعين الأول نتناول فيه الحق في رفع الدعوى ضد رب العمل مباشرة أما الفرع الثاني فنتناول فيه الحق في الإمتياز.

الفرع الأول: الحق في رفع دعوى ضد رب العمل مباشرة:

وفقا لنص المادة 565 من القانون المدني الجزائري فأن العقد المبرم بين المقاول الأصلي و رب العمل ينشئ دعوى مباشرة للعمال المقاولين من الباطن(الفرعيين) في رفع الدعوى مباشرة ضد رب العمل، يطالبونه بما في ذمته للمقاول الاصلي وقت رفع هذه الدعوى ، إلا إذا كان في ذمة المقاول الاصلي أقل من الحق المطالب به، فيطالبون رب العمل بما لهم في ذمة المقاول الاصلي فقط، ونظرا لأن الدعوى المباشرة أعطيت لدائنين

متعددين، فإن كلا منهم يحصل من مدين مدينه وهو رب العمل، بنسبة ما له من حق في حالة عدم كفاية دين رب العمل للمقاول الاصلي بحقوقهم جميعا كاملة[1].

ومن ثم تعتبر الدعوى المباشرة وسيلة تمكن الدائن من الوصول مباشرة إلى ذمة مدين مدينه دون المرور بذمة مدينه، كما تمكنه من الإستفادة من بعض مظاهر القوة الملزمة للعقد القائم بين المدين و مدين المدين رغم اعتبار هذا الأخير من الغير بالنسبة له، ضف إلى ذلك أن هذه الدعوى تعطي نوعا من الامتياز، للدائن اذ تجنبه عسر مدينة و مزاحمة دائنه، لهذا السبب تعتبر هذه الدعوى إستثناءا لمبدأ نسبة العقد و مبدأ المساواة بين الدائنين[2].

كما نجد المشرع الجزائري لم يخص الدعوى المباشرة بنص عام مثل ما هو الحال بالنسبة للدعوى الغير مباشرة الواردة في المادة 189 من القانون المدني الجزائري مسايرا في ذلك الكثير من التشريعات العربية، وهو سبب انحصار الدعوى المباشرة في حالات معينة قررها القانون على سبيل الحصر، حيث نجد أن الدعوى المباشرة في مجال عقد المقاولة الفرعية أساسها نص المادة 565 من القانون المدني الجزائري، لتكون الدعوى التي يقيمها المقاول من الباطن مباشرة ضد رب العمل أي مدين مدينه لمطالبته بما لا يتجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى[3].

---

(1) سعدي محمد صبري , الواضح في شرح القانون المدني، العامة للالتزامات أحكام الالتزام الطبعة الالى، دار الهدى الجزائر1991, ، ص ص 121-122 .

(2) فيلالي علي ، الالتزامات، النظرية العامة للقد ، موفر للنشر،2001 , الجزائر , ص 344 .

(3) برجم صليحة ، المرجع السابق، ص ص 119-120 .

وتعد هذه الدعوى(المباشرة) حسب نص المادة 565 قانون مدني جزائري دعوى أصلية اختيارية وغير تامة، ويقصد بأصلية اختبارية أنها تمكن المقاول من الباطن من الرفع الدعوى مباشرة ضد رب العمل، أما أنها دعوى مباشرة غير تامة أي أنها دعوى لا تجمد دين المقاول الأصلي بين يدي رب العمل لفائدة المقاول من الباطن إلا من وقت رفعها[1].

كما أنها تعتبر دعوة مباشرة من النظام العام وليس لها أثر انقضائي بمعنى أنه لا يرتب على تقريرها أو رفعها انقضاء حق المقاول من الباطن لدى المقاول الأصلي فحقه في الأجر لا ينقضي إلا إذا أتت هذه الدعوى على ثمارها كما لا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلي عدم رجوع المقاول من الباطن أو عماله عليه بالدعوى المباشرة، وإن حصل مثل هذا الإتفاق فإنه يكون عديم الاثر ولا يمس حقوق المقاول من الباطن لأنه ليس طرفا فيه وحقه في إقامة الدعوى المباشرة مستمد من نص القانون[2].

وترفع الدعوى المباشرة طبقا لنص المادة 565 للقانون المدني الجزائري من طرف المدعي الذي يتمثل في المقاول من الباطن أو عمال المقاول من الباطن أو عمال المقاول الأصلي، ضد المقاول الأصلي باعتباره رب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن ورب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلي[3].

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص ص224_225. .

(2) نفس المرجع، ص229. 2.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص228. .

ويخلص من ذلك أن المقاول من الباطن أو العامل، متى رفع الدعوى المباشرة على رب العمل، أمكنه أن يحصل عن طريق هذه الدعوى على جميع ما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت الإنذار بالوفاء، وذلك في حدود ما هو مستحق له في ذمة المقاول الأصلي. فيتوقى بذلك مزاحمة سائر دائني المقاول الأصلي، وهذه هي المزية الكبرى للدعوى المباشرة[1].

الفرع الثاني: حق الامتياز للمقاول الفرعي.

منح المشرع للمقاول من الباطن إلى جانب الحق في إقامة دعوى قضائية مباشرة ضد مدين مدينه، الحق في الإمتياز في حالة توقيع الحجز بين يدي رب العمل باعتباره ضمان آخر للمقاول من الباطن حتى يستوفى حقه مهما كانت الأحوال والنزاعات المحتمل حدوثها وقد أشارت المادة 565 من القانون المدني الجزائري إلى الأشخاص المستفيدين من حق الامتياز بلفظ "ولهم" وهو اللفظ العائد على الأشخاص الواردة أسمائهم في الفقرة الأولى من هذه المادة، ومنه فإن حق الإمتياز يثبت لنفس الأشخاص المستفيدين من الدعوى المباشرة، وهم المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي[2].

نستخلص انه يجوز ان يوقع الحجز من أحد دائني المقاول الأصلي , كالمقاول من الباطن أو عماله أو عمال المقاول الأصلي أو حتى من دائن أخر ثم ينضم إليه باقي

(1) السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق ، ص ص231_232. .

(2) الجارحي مصطفى عبد السيد ، المرجع السابق، ص 99. .

الدائنين ، أو يوقع منهم جميعا ، وحله يستوجب تقدم كل من المقاول من الباطن و عماله و عمال المقاول الأصلي على باقي الدائنين المشاركين في الحجر على أساس حق الامتياز الممنوح لهم .

كما بين المشرع في هذه المادة أعلاه كذلك محل الامتياز الممنوح للمقاول من الباطن، وهو المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وقت توقيع الحجز ولا يجوز توقيع الحجز إلا بالقدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز مثل ما هو الحال في الدعوى المباشرة، وفي ذلك كما سبق القول منعا لأي ضرر قد يلحق برب العمل[1].

وبالتالي إذا توافرت هذه الشروط أصبح هذا الطريق يتميز بميزتين تجعله مفضلا عن طريق الدعوى المباشرة، بحيث يصبح هذا الحجز من جهة محتجا به في مواجهة الدائنيين الأخرين ويكون له حق التقدم مما يؤدي بمجرد توقيعه الى إمتناع رب العمل عن الوفاء للمقاول الأصلي، بل يجب عليه وفاء حقوق المقاولين من الباطن و العمال أولا، كما يمكن من جهة أخرى لرب العمل بمجرد توقيع هذا الحجز الوفاء مباشرة لدائني الحاجز أصحاب الامتياز دون الحصول على إذن من القضاء , وهذا الامتياز مقرر لجميع الحاجزين سواء

(1) شحاتة شفيق ، النظرية العامة للتأمين العيني، الطبعة الثالثة، ب ب ن, 1995 , ص 121. 1

مقاولين من الباطن أو عمال، ففي حالة تعددهم يقسمون المبالغ قسمة غرماء بحسب حق كل واحد منهم[1].

غير أنه يستبعد تزاحم الدائنين الحاجزين مع الدائنين رافعي الدعوى المباشرة لأن هناك فرضين، الفرض الأول أن يوجد حكم بصحة الحجز قبل رفع الدعوى المباشرة، فلا يجوز توقيعه أو الاستمرار فيه وإنما يجب رفع الدعوى المباشرة , أما الفرض الثاني فيتمثل في إمكانية وجود الحوالة تكون نافذة في مواجهة المقاول من الباطن و العمال قبل رفع الدعوى المباشرة أو توقيع الحجز رغم عدم اتجاه المشرع إلى هذا الرأي[2].

ويمكن القول أنه في هذه الحالة تصبح المقاولة من الباطن غير سارية في مواجهة أصحاب الحوالة الحق نظرا لأن الحوالة تكون غير سارية للمقاولة من الباطن في حالة وجود هذه الأخيرة وهي في هذه الحالة غير موجودة عند قيام الحوالة، وهناك من يقترح في هذه الحالة الدفع بعدم نفاذ الحوالة في مواجهة المقاولة من الباطن بإثبات نية الإضرار قبل المقاول الأصلي والمحال له الذي يعلم بوجود نية إبرام عقد المقاولة من الباطن، ويرد على هذا الدفع بان المحال له حتى وإن كان يعلم بوجود نية إبرام عقد مقاولة من الباطن لا يمكن أن يعلم بحدوث مصاعب مالية للمقاول الأصلي ينشأ معها هذا التنازع[3] .

(1) الجارحي مصطفي عبد السيد ، المرجع السابق، ص 100. 1
(2) نفس المرجع، ص 100..
(3) هشام الفضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 293. 3

خلاصة الفصل الثاني

نخلص من خلال تطرقنا في هذا الفصل لآثار عقد المقاولة من الباطن ، إلى أن عقد المقاولة من الباطن يرتب أثاره بمجرد انعقاده فيتعين على كل من المقاول الأصلي و المقاول من الباطن تنفيذ التزاماته العقدية تحت طائلة تحمل مسؤولية الإخلال بذلك.

حيث نجد أن المشرع الجزائري قد رتب على عاتق المقاول الأصلي و المقاول من الباطن مجموعة الالتزامات يتعين على كل منهما أن ينفذها تطبيقا لبنود عقد المقاولة وبحسن نية.

إضافة إلى ذلك جعل المشرع الجزائري للمقاول من الباطن مجموعة من الحقوق المقررة فان تضمن له حقه اتجاه المقاول الأصلي ورب العمل حيث جعل له في حق رفع دعوى قضائية مباشرة ضد رب العمل لتحصيل حقوقه وكذا الحق في الامتياز .

خاتمة

وفي الاخير نقول انه يمكن من خلال هذه الدراسه لعقد المقاولة من الباطن ان هذه العملية هي استراتيجية اقتصادية كثيرة التطبيق ومتبعة ليس فقط في القطاعات الاقتصادية الكبرى ,بل حتى في المعاملات البسيطة بين الافراد

وبالبرغم من الدراسات لعقد المقاولة من الباطن الا انه نجد ان المشرع المشرع الجزائري اعطى أهمية بالغة لعقد المقاولة بصفة عامة والمقاولة من الباطن بصفة خاص وذلك بعد أحداث زلزال بومرداس 21 ماي 2003 , والأحدث المنجرة عليه من تشقق وتصدع وسقوط لبنايات لم يمض على إنشائها عشر سنوات , حيث ظهر ذلك جليا في التعديل الذي مس أحكام القانون المدني 10/05 , لكن بالرغم من هذا يوجد بعض القصور على بعض النصوص القانونية بالإضافة إلى ذلك .

ومن خلال هذه المذكرة توصلنا إلى عدة توصيات هي كالتالي :

-إلى توسيع مسؤولية المقاول في الضمان العشري .
-يجب أن تكون هناك علاقة مباشرة بين المقاول من الباطن ورب العمل , في مجال الضمان العشري بصفة عامة .
-يجب وضع ميعاد قانوني موحد يحدد فيه الفترة الزمنية لتسلم رب العمل لمحل العقد .
-وضع جزاء مالي إذا لم يقم رب العمل بتسلم العمل , ويكون هذا الجزاء محدد بنبة مئوية من المبلغ الإجمالي للعقد :
-إذا أثبت المقاول عدم تسلم رب العمل يكون التاخير محدد بنسبة 01 بالمئه.
-وضع نقابة مهنية للمقاولين من الباطن المختصين في مجال البناء والتشييد لتنظيم المهنة .
-أعطى المشرع الجزائري ومن خلال نص في الفقرة الاولى من المادة 565 ,من القانون المدني الجزائري يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشره بما تجاوز القدر , الذي يكون

مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى , إذ أن صياغة المادة توحي بأنه يجوز لدائني المقاول الأصلي مطالبة رب العمل بأكثر من القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي , والحقيقة أن هذا المعنى غير منطقي , لان الشخص لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك , وهذا من المبادئ العامة للقانون ,

-كما أن الصياغة الفرنسية للنص المذكور تفيد بان المشرع الجزائري قصد بان يرجع دائنو المقاول الأصلي على رب العمل بالقدر الذي يكون هذا الأخير مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى .

-على المشرع أن يدرج نصوصا تنظم عمليه التسلم للان المواد الموجودة في التقنين المدني لا تكفي وحدها لتنظيم عمليۃ مهم ۃ كهذه والتي يرتب ع ليها أثار غاية في الأهمية كنقل تبعية الهلاك وبدء سريان مده الضمان.

-نظرا لكون التسلم من طبيعة مختلطة بين التصرف القانوني والواقعة المادية. فإنه من الضروري أن يحدد التسلم و بالأخص الضمني والشفهي يتم إثباته بكل الوسائل.

-يجب أن يتم تحديد بدء سريان مدة الضمان العشري حالة التسلم الجزئي النهائي نعتقد ومن وجهة نظرنا تكون كالتالي:

* إذا كان الضرر الناتج عن العمل المنجز كله رغم ان تنفيذه كان مقسما إلى أجزاء فسريان مده الضمان العشري يبدأ من تاريخ التسلم النهائي لهذا الجزء .

* إذا كان الضرر الناتج عن العمل المنجز كله رغم أن تنفيذه كان مقسما إلى أجزاء ولا يمكن فصل جزء. من العمل لتحديد المسئول عن الضرر الناتج , مده الضمان تبدأ بالسريان من آخر تسلم نهائي .

-يجب ان تكون هناك علاقه مباشره بين المقاول من الباطن ورب العمل في مجال الضمان العشري بصفه عامه .

نامل فلاخير ان تلقى هذه الدراسة لعقد المقاولة من الباطن وماجاء فيه رضا كل من بطلع عليه واستفادته منها

قائمة المراجع:

اولا: **الكتب** :

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

2 الجارحي مصطفى عبد السيد، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والقرني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.

3 الجبوري ياسين محمد، المسبوط في شرح القانون المدني، الجزاء الأول مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والطباعة عمان، 2002.

4 السرحان عدنان ابراهيم، العقود المسماة في المقاولة–الوكالة– الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007

5 السنهوري احمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، الجزء السابع، المجلد الأول، منشأ، المعارف، الاسكندرية، 2004.

6 العدوي جلال علي مصادر الالتزام (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1994.

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

8 الفضلي جعفر، الوجيز في العقود المدنية ، البيع، الإيجاز، المقاولة دراسة في ضوء التطور القانوني ومفرزة بالقرارات القضائية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، دون سنة طبع مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الاردن.

9 نصيف إلياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، المبحث الرابع العقود المسماة للتي تقع على العمل، مجلة أنواع خاصة من عقود المقاولة الجزء 19، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي 2011.

10 نبيل إبراهيم سعد: التنازل عن العقد، نطاقة –أحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية 2000.

11 سعدي صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإدارة المنفردة، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 991–1992.

12 شنب محمد لبيب ، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2004.

13 شفيق شحاتة، نظرية العامة للتأمينات العيني، الطبعة الثالثة، 1955

14 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2003

15 علي فيلالي الالتزامات، النظرية العامة للعقد موفر للنشر، سنة 2001

16 عبد النصار توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني، والتشريعات، إيجار الأماكن، المطبعة العربية الحديثة، طبعة الثالثة 1990.

17 قرة فتيحة أحكام عقد المقاولة، نشأة المعارف، الاسكندرية، 1992

18 محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية، 1999.

19 مغبغب نعيم، عقود المقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثالثة، دون دار النشر 2001.

20 هشام الفضلى، عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997.

ثانيا: الرسائل.

1 -حراب بالقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية رسالة ماجستير جامعة الجزائر 1984.

2 -لعايز سالمة تطبيق الظروف الطارئة في مجال عقود المقاولات نوقشت واجيزت بتاريخ 2014/2013.

3 -برحم صليحة، المقاولة الفرعية مذكرة الحصول على شهادة الماجستير، ، جامعة الجزائر يوسف بن خدة 2009/2008.

4 -مالك سعدية، عقد المقاولة من الباطن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو 2004/2003.

5 -توفيق زيداني، التنظيم القانوني للعقد المقاولة على ضوء، أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة شهادة الماجستير في القانون جامعه ملود امعمري بتيزي وزو 2010/2009.

ثالثا : المقالات:

1 -بالحبل عتيقة، الخطأ كشرط القيام المسؤولية العقدية للمقاول مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013.

رابعا :النصوص القانونيه :

ا :الاوامر القانونيه :

_الامر رقم 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية العدد 78 تاريخ 30 سبتمبر 1975 معدل والمتمم