جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التوازن العقدي في عقد المقاولة من الباطن

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الاعمال

إعداد الطالبين:
بن موسى عبد السلام
بن هارون امال

إشراف الدكتور
حاقة العروسي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ.زرقيني راضية	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	رئيسا
د. حاقة العروسي	جامعة الشهيد حمه لخضر ـ الوادي	مشرفا ومقررا
د. منصوري محمد العروسي	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مناقشا

الموسم الجامعي: 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

الاهداء

اهدي ثمرة جهدي الى الذين كان لهم العون والسند والصبر والدعم فقدموا لي راية الانطلاق

الحمد الله رب الذي اعانني ووفقني ويس دربي على من علمني الصدق في اسمى معانيه. . .الصبر

وخير ما فيه البر وما تحويه العلم وما يسريه

"امي العزيزة"

الى صاحب المقام العالي. . .حفظك الله وجعلك فخر لي

"ابي العزيز"

الى من اضاء دنياي اخوتي الأعزاء.

الى جميع الاهل والاحباء واصدقائي أيضا دون استثناء واشكرا أيضا خالي عبد الرزاق كرام الذي كان بجانبي دائما وهو مدرسة من التجارب من علمه ونصائحه خلال مسيرتي في الجامعة وأيضا في الحياة العادية ، إنَه قريب من القلب وكبير في العين، إنَه قدوة لي في كلِ عمل.

الى كل من شارك في تصميم هذا العمل والى من تحمل ذرة أمل في هذه الوجود ويعيش من اجل

مستقبل موعود

الى كل من لم يذكرهم قلمي

عبد السلام بن موسى

الاهداء

اهدي هذا العمل الى من قال فيهما "واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا"

سورة الاسراء الأية 24

اهدي جهدي الى من علمتني وكانت في الصعاب معي لاصل الى ما انا عليه اليوم امي الحبيبة

الى من علمني النجاح والصبر ولم يبخل عليا يوما بشيء ابي العزيز

الى التي لم تبخل علي في دعواتها جدتي الكريمه

الى اخي وسندي في الحياة ايوب

الى اخواتي الحبيبات فريال ورحيل، لينا ، صبرين، نسمة الزهرة، ريتاج

الى كل من ساعدني في اداء هذا العمل المتواضع من قريب او من بعيد لهم جميعا أهدي هذا العمل

امال بن هارون

شكر و عرفان

قال الرسول الله صلى عليه وسلم:

"من لم يشكر الناس لم يشكر الله، ومن اسدى اليكم معروفا فكافئوه، فان لم تستطيعوا فادعوا له"

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

يشرفنا ان نتقدم بجزيل الشكر الى استاذنا الفاضل المشرف على هذا العمل الدكتور "حاقة العروسي" على المجهودات التي بذلها والتوجيهات التي قدمها والثقة التي وضعها فينا لاتمام هذا العمل المتواضع.

وكل من ساعدنا من قريب او بعيد ولو بكلمة طيبة.

كما نتقدم بالشكر الى الأساتذة فضيلة شعبان التي وجهتنا وبذلت معنا جهدا من أجل إتمام المذكرة.

وأيضا الأساتذة سميرة بلغواطي التي منحتنا من علمها ووقتها طوال العام من نصائح وتوجيهات.

فادعوا الله ان يجازيهم خير جزاء، ولهم منا جزيل الاحترام والتقدير.

المقدمة

تتعدد حاجات الإنسان الذي يسعى الى اشباعها، حتى يتمكن من العيش على وجه يليق بآدميته وهو يستمد من العناصر اللازمة من الطبيعة التي تحيط به ومن الاشخاص الذين يعيشون معه، فالطبيعة توفر له المواد الخام لتنفيذ المشاريع التي يحتاجها والأشخاص يقدمون له الخدمات والأعمال التي لا يستطيع القيام بها بنفسه حيث تعتبر العقود وسيلة ناجحة لتمكينه من قيامه بهذه الأعمال، وقد أثرت معظم التشريعات انطلاقات تأكيدها من الغرض الاجتماعي التي تهدف الى إدراكها وهي رعاية مصالح الأفراد والمصلحة العامة.

ومن اهم هذه العقود نجد عقد المقاولة الذي له دور كبير في تمكين الانسان من الحصول على احتياجاته الاجتماعية والاقتصادية باعتبار أن أغلب المعاملات اليومية عبارة عن عقود مقاولة والتي تهدف إلى أداء الخدمات وهذه الخدمات قد تتعلق بشيء مادي مثل قيام المقاول ببناء منزل ، أو تتعلق بأداء معنوي مثل قيام محامي بإعطاء استشارة قانونية.

لكن كان لقطاع البناء الحصة الكبرى لهذا النوع من العقود حتى اقترن عقد المقاولة بالبناء، فلقد تزايد اهتمام الدول بإنجاز المشاريع نظرا لما يعيشه العالم من مرحلة اقتصادية مهمة مما شهد تطورات متلاحقة وبروز شركات عملاقة وتسابقها ورفع القدرة التنافسية لأهداف اقتصادية واجتماعية وذلك بإنجاز المشاريع العقارية سواء تعلق بمشاريع كبرى كإنجاز الطرقات والجسور والانفاق والسدود أو تعلق بالمباني والسكانات وهذا بعد ارتفاع المستوى المعيشي للمجتمعات مما ادى الى المطالبة بتحقيق الإزدهار والرفاهية في العيش ولذلك فإن اهمية هذه المشاريع تمكن في تحقيق السلم الاجتماعي بالاستجابة الى مطالب المجتمع والى التنمية الإقتصادية للدولة صاحبة المشروع، وكذا الدول المصنعة والموردة لتكنولوجيات وتقنيات البناء من جهة أخرى.

كما يعد مجال البناء والتشييد العمراني من الأعمال المعقدة التي تحتاج إلي مؤهلات علمية وخبرات فنية ويعتبر المقاول ممن تفرض فيهم ذلك، لكن في بعض الأحيان وبسبب سرعته في انجاز هذه المشاريع الكبرى وعدم توفره على الإمكانيات المادية والبشرية الكافية لذلك ولتفادي الضغوطات التي يتعرض لها من طرف رب العمل أثناء انجاز عمله في الوقت المحدد يلجأ إلى التعاقد من الباطن حيث يوكل مقاولا فرعيا لتنفيذ جزء أو كل أعمال البناء المنوطة به عن طريق ما يسمى بالمقاولة من الباطن.

ومع انتشار المباني الضخمة والابراج المكونة من عشرات الطوابق أصبح اللجوء إلى المقاولة من الباطن ضرورة يفرضها حجم العمل أي ان هذا ما ادى إلى انتشار المقاولات من الباطن خاصة في مجال البناء.

ينشأ عقد المقاولة بتعاقد رب العمل مع المقاول من أجل إنجاز العمل المتفق عليه والمتمثل في إنجاز العمارات والجسور والأنفاق وهذا على سبيل المثال لا للحصر، وقد يتعاقد المقاول مع مقاولين فرعيين من أجل إنجاز العمل المتفق عليه حسب المواصفات والمعايير المتفق عليها مع رب العمل نظرا لما تتطلبه هاته الأعمال الفنية وأشغال البناء في وقتها المحدد والمعايير اللازمة لأصول هذه المهنة.

كما أصبح رجال الاقتصاد يرون المقاولة من الباطن إستراتيجية اقتصادية، بما أنها وسيلة من وسائل التعاون بين المشروعات العاملة في مجال الإنشاءات المعمارية والصناعية، وبالتالي هي وسيلة للتنمية الاقتصادية وأصبح اللجوء إليها أسلوب يعتمده الكثير من المقاولين لتنفيذ العمليات الضخمة والمعقدة، وحتى البسيطة منها لما توفره لهم من مزايا.

ان الدافع إلى المقاولة من الباطن هو أن الأعمال محل العقد الأصلي تتطلب درجة عالية من الخبرة والتخصص الفني، لا تتوافر إلا لدى المقاولين من الباطن، أيضا قد يكون اللجوء إلي المقاولة من الباطن كوسيلة للتنفيذ هو رغبة المقاول الأصلي في التقليل من مخاطر الأعمال التي التزم بتنفيذها، وذلك عندما تكون الأعمال تحفها مخاطر عديدة، وفرضت المقاولة من الباطن نفسها على ساحة العمل، وأصبحت حقيقة واقعية تحقق مصلحة ليس فقط للمقاول الأصلي، وإنما أيضا لصاحب العمل.

كما نستوقف عند بحثنا في هذا الموضوع عند تعدد المصطلحات المستعملة في النصوص التشريعية فالبعض يستخدم مصطلح "المقاولة من الباطن" والبعض يستعمل مصطلح "المقاولة الفرعية"، في حين يعتمد قسم لفظ "المناولة" وقسم اخر لفظ "التعامل الثانوي".

فقد اخذ المشرع الجزائري بالمفهوم القانوني للمقاولة الفرعية اي باعتبارها تعاقد من الباطن. فخصص لها الكتاب الثاني _ الباب التاسع المتعمق بالعقود الواردة على العمل مفردا لها مادتين فقط 564 و565 حيث تعتبر المادة 564 الاساس القانوني لإبرام عقد المقاولة من الباطن ومن جهة ثانية تعتبر حالة تطبيقية لمفهوم المسؤولية العقدية بين رب العمل والمقاول الاصلي وتحمل المقاول الأصلي مسؤولية المقاول من الباطن أمام رب العمل.

يترتب على عقد المقاولة من الباطن آثار متمثلة في التزامات تقع على عاتق كل طرفي العقد بحيث يلتزم المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة من الباطن بالتزامات ابتداء من تمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل، ثم تسلمه منه بعد الانجاز وصولا الى دفع الاجر. كما يلتزم المقاول من الباطن تجاه المقاول الاصلي بانجاز العمل وتسليمه وصولا الى ضمان العمل.

اما في حالة الإخلال بالالتزامات السالفة الذكر تترتب مسؤولية وتكون هذه المسؤولية إما مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية.

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

ولموضوع دراستنا اهمية بالغة نظرا لتزايد الصفقات والمشاريع الكبرى، بحيث يصعب على المقاول انجاز هذه الأعمال في آجالها المحددة ولإنجازها بسرعة يتم إبرام عقود المقاولة من الباطن مع مقاولين من الباطن ولهذا فالأمر يستوجب وجود التزامات من كلا الطرفين المقاول والمقاول الفرعي وهذا يستدعي توفير حماية قانونية وضمانات للمقاول من الباطن من المصاعب التي تواجهه.

والسبب الذي دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع كون عقد المقاولة من الباطن ذو اهمية بالغة نظرا لكثرة إبرام هذا النوع من العقود في وقتنا الحالي كذلك اختيارنا للموضوع مبني على عدة دوافع منها ذاتية تكمن في الفضول الى معرفة الآثار التي يرتبها هذا العقد سواء بالنسبة للالتزامات التي تكون قائمة بين اطرافه وكذا الحماية القانونية التي اقرها المشرع الجزائري للمقاول من الباطن، اما عن الدوافع العلمية لاختيارنا هذا الموضوع ترجع للاهمية البالغة لهذا الموضوع في حياتنا اليومية القائمة على انجاز الاشغال والاعمال عن طريق المقاولة خصوصا المقاولة من الباطن .

ان الصعوبات التي واجهتنا اثناء اعداد هذا البحث تتمثل بالدرجة الاولى في قلة المراجع العلمية الجزائرية في هذا المجال، خاصة قله الكتب والمجلات المتخصصة في دراسة هذا الموضوع حتى وبوجود القليل منهم تناولوا عقد المقاولة بصورة عامة وبعض الجوانب من المقاولة من الباطن، عكس الفقهاء المصريون والفرنسيون.

هذا ما جعلنا ندرس هذا الموضوع والبحث فيه من خلال طرح إشكالية تتمثل في:

هل عقد المقاولة من الباطن يحقق التوازن بين اطرافه ؟ وهل وفر المشرع الحماية القانونية لذلك ؟

وتندرج تحت الإشكالية تساؤلات فرعية أهمها:

-فيما يتمثل عقد المقاولة من الباطن؟

- فيما تتمثل الالتزامات التي يفرضها العقد على اطرافه؟ وفيما تتمثل مسؤولية كل طرف؟

سنحاول الاجابة على هذه الإشكالية باتباع المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع كذلك اعتمدنا المنهج الوصفي لشرح المفاهيم التي لها صلة بموضوع دراستنا اي تعريف بعض الجوانب وفي سبيل الإجابة على الاشكالية المطروحة بإتباع المنهجية المعتمدة اعتمدنا على التقسيم الثنائي للخطة والتي تتكون من فصلين وكل فصلين يتكون من مبحثين بحيث نعالج في الفصل الأول التزامات أطراف عقد المقاولة من الباطن

والمسؤولية الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن والذي بدوره ينقسم الى مبحثين ،الاول التزامات اطراف عقد المقاولة من الباطن أما الثاني المسؤولية الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن ونتناول في الفصل الثاني الآليات القانونية لحماية أطراف عقد المقاولة من الباطن ،المبحث الأول الحق في اقامة الدعوى المباشرة والمبحث الثاني حق الامتياز المقرر للمقاول من الباطن.

الفصل الأول

التزامات الأطراف والمسؤولية الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن

ينحصر مفهوم المقاولة من الباطن في فكرة التعاقد من الباطن، لتعتبر المقاولة من الباطن صورة تطبيقية للعقد من الباطن.

فيعرفها الفقه عموما بأنها "عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى آخر يدعى مقاولا فرعيا، بكل أو جزء من محل عقد المقاولة الذي أبرمه الأول مع رب العمل ما لم يمنع من ذلك. "ويزيد جانب آخر من الفقه على ذلك "بضرورة بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن عمل المقاول الفرعي اتجاه رب العمل " باعتبار هذا الشرط من الأحكام الرئيسية للمقاولة الفرعية.

تعتبر المقاولة من الباطن ذات أهمية معتبرة، فهي إحدى وسائل التعاون في المشروعات الخاصة في المنشآت المعمارية وبذلك عادة أن يلجأ المقاول الفرعي المتعاقد مع رب العمل إلى الاتفاق مع مقاول آخر والذي يسمى بالمقاول من الباطن، إما بإنجاز كل العمل أو جزء منه، وذلك بوجود جوانب فنية في العمل إما الجانب الخاص بالخبرات أو الجهود الكبيرة، فلا يستطيع المقاول الأصلي القيام بذلك لوحده وهو الأمر الذي يستدعي الاتفاق مع أخر أو عدة مقاولين اخرين، وذلك تنشأ المقاولة من الباطن بمركزها القانوني وعلاقتها بأطراف العقد الأصلي.

فعند قيام عقد المقاولة من الباطن تنشأ التزامات متبادلة بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن جراء العمل المتصل أو القائم بينهما باعتبار ان عقد المقاولة من الباطن من العقود التبادلية وبذلك تنشأ التزامات تقع على كلا طرفي العقد.

كما يترتب عن كل إخلال ببند من بنود العقد في الانجاز مسؤولية المقاول من الباطن مسؤولية عقدية في حالة إلحاق الضرر بالمتعاقد الأخر، كما يترتب عن فعل الضار قيام مسؤوليته التقصيرية في مواجهة الغير المضرور.

وعلى هذا الاساس قسمنا هذا الفصل الى مبحثين سنتناول في:

المبحث الأول: التزامات أطراف عقد المقاولة من الباطن، اما المبحث الثاني:المسؤولية الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن.

المبحث الأول: التزامات الأطراف عقد المقاولة من الباطن

سنتطرق في هذا المبحث الى جميع الالتزامات المترتبة على كلا الطرفين في عقد المقاولة من الباطن حيث يلتزم المقاول الاصلي نحو المقاول الفرعي بجميع التزامات التي يرتبها عقد المقاولة في ذمة رب العمل، ابتداء من تمكين المقاول الفرعي من انجاز العمل، ثم تسلمه منه بعد الانجاز وصولا الى دفع الاجر وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول، كما يلتزم المقاول الفرعي تجاه المقاول الاصلي بإنجاز العمل وتسليم العمل وصولا الى ضمان العمل في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التزامات المقاول الاصلي تجاه المقاول من الباطن

ان المقاول الاصلي في علاقته بالمقاول من الباطن يعتبر رب عمل حيث يلتزم هذا الاخير بجميع التزامات رب العمل اتجاه المقاول الاصلي، فيلتزم المقاول الاصلي تجاه المقاول الفرعي ب تمكين المقاول من الباطن من انجاز عمله كفرع اول وتسلم العمل كفرع ثاني والتزامه بدفع الاجر كفرع ثالث.

الفرع الأول: التزام المقاول الاصلي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز عمله

يلتزم المقاول الاصلي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل بحيث إذا كان المقاول من الباطن بحاجة الى مهمات وادوات ومواد تعهد المقاول الاصلي بتقديمها له، وجب على هذا الاخير ان ينفذ تعهد في الوقت المناسب، وإذا كان عمل المقاول من الباطن يقتضي ان تقدم له مواصفات ورسوم ونماذج وجب على المقاول الاصلي ان يقدم له ذلك لتمكينه من العمل وعلى المقاول الاصلي ان يقوم بتنسيق الاعمال ما بين عماله والمقاول من الباطن، أو ما بين المقاولين من الباطن.[1]

إذا لم يقم المقاول الاصلي بالتزامه، كان على المقاول من الباطن ان يطلب التنفيذ عينا، ولو عن طريق التهديد المالي.

[1] بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص141.

وله كذلك ان يطلب فسخ عقد المقاول من الباطن مع التعويض إذا قضي الامر ذلك.[1]

اذا تم الاتفاق على ان يقدم المقاول الاصلي المواد التي تستخدم في العمل، يلزم المقاول الأصلي بتقديم المواد والأجهزة اللازمة، وفي هذه الحالة عليه تنفيذ هذا الالتزام في الوقت المحدد، ليتمكن المقاول من الباطن من المباشرة بعمله وانجازه.[2]

كذلك إذا كان متفقا على ان يقدم المقاول الاصلي الرسوم والمواصفات والبيانات التي يتم بموجبها العمل المتفق عليه، وجب عليه تقديمها للمقاول من الباطن في الوقت المناسب، حيث لا يمكن تنفيذ العمل بدونها. ليس للمقاول الأصلي سحب العمل من المقاول من الباطن، أو إعاقة هذا العمل بأي شكل من الأشكال، بل عليه أن يتركه يعمل بسهولة ويسر، فلا يقيم امامه العقبات ولا يسبب له أي مشكلات أو صعوبات من أي نوع ولا ان يسحب منه العمل في أي وقت الا بسبب مشروع.[3]

نشير هنا أيضا إلى أن المشرع الأردني لم يرد نصا خاصا يلزم فيه صاحب العمل بالتعاون مع المقاول إذا كان هذا التعاون ضروريا لإنجاز العمل وبالتالي يتم الرجوع للقواعد العامة والعرف وما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

فلو أن المقاول الأصلي تأخر أو لم يقم بإنجاز الأوراق والتراخيص والمخططات المطلوبة لتنفيذ العمل، فانه يكون مخلا بالتزامه، إذا لم يكن بوسع المقاول من الباطن القيام بالعمل، أو مباشرته قبل الحصول على التراخيص اللازمة، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية.[4]

---

[1] نوالي حياة، مخلوف ليدية، عقد المقاولة في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص52

[2] محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في عقد المقاولة التوكيدات التجارية، ط3، 1988، دون دار نشر، ص255.

[3] غازي خالد ابو عرابي، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع "دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي"، الطبعة الأولي، دار وائل للنشر، الأردن، 2009، ص96.

[4] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص94.

ومحكمة التمييز الأردنية حيث قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه تعتبر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمقاول من الباطن في عقد المقاولة لتوقيفه المتعمد من قبل المقاول الأصلي بحكم القانون ذلك لأن مقتضى حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس أن يقوم كل متعاقد بتنفيذ ما تعهد به طبقا لشروط العقد، وكافة مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف.[1]

وبما أن من مستلزمات عقد المقاولة تمكين المقاول من انجاز العمل، فإن الاخلال بهذا الالتزام يرتب على المخل مسؤولية تعويض المضرور عما لحقه من ضرر.

كما نلاحظ ان رأي فقهاء الشريعة الاسلامية لا يختلف عن راي فقهاء القانون في ضرورة تمكين المقاول من الباطن من اداء العمل، والقيام بكل ما يستلزمه، فاذا لم يكن رب العمل (المقاول الاصلي) ملتزما بتمكين المقاول من الباطن بالقيام بعمله، لا يكون للقول بلزوم العقد فائدة، وتكون هذه الفائدة بوجوب تنفيذه من الطرفين، وهذا يستلزم تمكين المقاول من الباطن من اداء عمله.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على ذلك صراحة ولم يرد قط أي نص على ذلك ولهذا فإننا نلجأ إلى القواعد العامة لتنظيم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

الفرع الثاني: التزام المقاول الاصلي بتسلم العمل

يلتزم المقاول الأصلي بتسلم العمل من المقاول من الباطن بعد انجازه، فمتى أتم المقاول من الباطن العمل ووضعه تحت تصرفه وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى معاينته في أقرب وقت مستطاع تبعا للمألوف في التعامل وأن يتسلمه في مدة وجيزة.[2]

وإن كان للمقاول الأصلي أسباب مشروعة دفعته للامتناع عن الاستلام كأن يكون العمل غير تام أو قبل الميعاد أو به عيب، وجب عليه تبيانها وشرحها في ورقة رسمية ردا

[1] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص94.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاولة، والوكالة، والوديعة، والحراسة الجزء السابع، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1964.

على الإنذار الرسمي الموجه له، أما إذا لم تكن للمقاول الأصلي أسباب مشروعة اعتبر العمل قد سلم له.

يكون تسلم المقاول الأصلي للعمل في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقا لطبيعة ولعرف الحرفة، وعلى المقاول الأصلي أن يقوم بتنفيذ التزامه من تسلم العمل وتقبله بمجرد أن يتم المقاول من الباطن العمل ويضعه تحت تصرفه، أي يسلمه إياه ويكون التسلم في مكان التسليم المتفق عليه.

فإذا امتنع دون سبب مشروع بعد إعذاره عن تسلم العمل، اعتبر أنه قد تسلمه، أما إذا كان المقاول من الباطن، قد خالف الشروط الواردة في العقد، أو ما تقتضي به أصول الصنعة، فله أن يمتنع عن تسلمه.[1] وإذا لم يقم المقاول الأصلي بالتزامه من تسلم العمل وتقبله في الميعاد القانوني، كان للمقاول الفرعي أن يجبره على تنفيذ التزامه عينا.

والتسلم في الحقيقة هو تقبل رب العمل واقراره للعمل المتفق عليه والذي قام به المقاول من الباطن بموجب عقد المقاولة من الباطن إذا ما تقبل المقاول الأصلي العمل الذي قام به المقاول من الباطن أو تم استلام هذا العمل والاستيلاء عليه فعلا وحكما، ففي هذه الحالة يكون التسلم صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية.[2]

تختلف طريقة التسلم باختلاف طبيعة العمل أو الشيء المصنوع، والمشرع الجزائري لم يحدد طريقة معينة له، ولكن وفقا للعادة وما جري عليه العرف فإن التسلم في المشاريع الكبيرة يتم بموجب محضر تسليم يحرر بهذا الخصوص وبحضور محضر قضائي ويوقع طرفا العقد على محضر التسليم.

أما إذا كان محل المقاولة شيئا منقولا فإن تسلمه يقع بحيازته، ويكون عادة بالمناولة اليدوية.

[1] نوالي حياة، مخلوف ليدية، المرجع السابق، ص52.

[2] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص98.

كما ان تسلم العقار وما في حكمه يكون بعد تخلية المقاول له، واستيلاء صاحب العمل عليه، وممارسة حقوقه التي يستمدها من حق الملكية أو غيره من الحقوق ويتم التسلم الكامل بعد الإنجاز التام للعمل، إلا أنه لا يمنع أن يكون مؤقتا يعقبه تسلم نهائي وهذا عادة في المشاريع الكبيرة.[1]

ويتم التسلم بعد الانتهاء من العمل بشكل كامل ولكن قد يقع تسلم مؤقت يعقبه تسلم نهائي وذلك على التفصيل الآتي:

اولا: التسلم المؤقت

جرت العادة في عقود المقاولات من الباطن على وجود أو ادراج شرط في العقد يكون التسلم بمقتضى هذا الشرط على مرحلتين، حيث يستمر التسلم المؤقت مدة من الزمن(سنة بحسب العادة)، ومن ثم يصادر إلى التسلم النهائي.

وهذا التسلم يتيح الفرصة للمقاول الأصلي لتفحص العمل بشكل جيد، كما وأنه يتيح المجال لظهور عيوب العمل، وبهذا التسلم يتمكن المقاول الأصلي من وضع الملاحظات في محضر التسليم، وذلك عند التسلم النهائي، ويتم التسلم المؤقت بعد افصاح المقاول من الباطن عن رغبته بتسليم العمل بشكل مؤقت، وافصاح المقاول الأصلي بقبول ذلك.

ولكن هذا التسلم من قبل المقاول الأصلي، لا يبرء ذمة المقاول من الباطن من التزاماته العقدية بمواجهة المقاول الأصلي، وذلك وفق القواعد العامة.[2]

ثانيا: التسلم النهائي

هو تسلم يقر فيه المقاول الأصلي بقبول العمل دون أية تحفظات، فهو يعني أن المقاول من الباطن قد أنجز عمله على أكمل وجه، وليس لدى المقاول الأصلي أية تحفظات على هذا العمل، ويتم تثبيت ذلك في محضر التسلم، وعلى ذلك فإن ذمة المقاول من الباطن

[1] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص 107.

[2] جميل محمد بني يونس، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن: دراسة في العلاقة بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، العدد الرابع والثلاثون، مارس–يونيو2021، ص260.

تبرأ من الالتزامات، إلا التزامه بضمان العيب الخفي أو العيوب الخفية التي قد تظهر مستقبلا، وقد يكون التسلم على مراحل (تسلم جزئي) وقد يتم مرة واحد (تسلم كلي).

أما **التسلم الكلي** فيكون فيه التسلم والتسليم بوقت واحد، ومحضر واحد، وخاصة تلك الاعمال التي لا تقبل التجزئة، فليس امام المقاول الاصلي سوى الانتظار حتى انجاز كامل العمل ثم تسلمه من المقاول من الباطن.

فالتسلم الكلي لا يكون الا إذا انصب على كامل العمل وذلك بعد انجازه، ويكون ذلك باتمام العمل من جانب المقاول من الباطن ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلي وقد يكون هذا التسلم نهائيا أو مؤقتا على التفصيل السابق، واما **التسلم الجزئي** فيكون عندما تسمح طبيعة العمل بتجزئته كما لو كان عدة بنايات، أو بناية واحدة، على عدة مراحل كما لو سلم المقاول من الباطن الطابق الأول بعد انجازه، ثم الطابق الثاني للمقاول الاصلي أو سلمه البناية الأولى ثم الثانية وهكذا، يكون مكان التسليم والتسلم بحسب الاتفاق فإن لم يوجد في الاتفاق ما يحدد ذلك، تطبق القواعد العامة بهذا الشأن.

الفرع الثالث: التزام المقاول الأصلي بدفع الاجر

يلتزم المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة من الباطن بدفع الأجر أو البدل للمقاول من الباطن الذي تعاقد معه، مقابل قيام الأخير بالعمل المعهود به إليه ويعد الأجر عنصرا جوهريا في عقد المقاولة لا يتم العقد بدونه، فالأجر ركن من أركان العقد، ولابد منه باعتبار هذا الاخير من عقود المعاوضة وإلا اعتبر العقد من عقود التبرع.[1]

وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 559 من القانون المدني الجزائري "تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك".[2] فإذا أنجز المقاول من الباطن العمل محل المقاولة فإنه يستحق أجره.

[1] خالد غازي ابو عرابي، المرجع السابق، ص 111.

[2] انظرالمادة 559من الامررقم 75-58المورخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

يتفق المقاول الأصلي مع رب العمل على أجر معين، ويتفق المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن على أجر يكون أقل وذلك لكي يحقق ربحا له.

يصح أن يكون الأجر نقودا أو سلعا أو خدمة أو غيره، وتضاف توابع الأجر إليه بحيث يلتزم بها صاحب العمل (المقاول الأصلي).

حيث يلتزم المقاول الاصلي بدفع الاجر الى المقاول من الباطن ويدفع له الاجر المتفق عليه بينهما فاذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الاجر وجب الرجوع في تحديد هذا المقدار الى قيمة العمل الذي قام به المقاول من الباطن والنفقات التي صرفها على انجازه.[1]وهذا ما اكدته المادة 562 من ق م ج.[2]

والأجر في عقد المقاولة من الباطن، قد يحدد جزافيا وفقا لتصميم معين فإن المقاول الأصلي يلتزم بدفعه كما حدد في عقد المقاولة فلا يتغير الأجر. فالمقاول الفرعي لا يستطيع مطالبة المقاول الأصلي في أن يزيد في الأجر الجزافي حتى إذا أصبح تنفيذ عقد المقاولة عسيرا بسبب ارتفاع الأجور، وارتفاع أسعار الموارد الأولية.[3] إلا إذا اختل التوازن بين التزاماته والتزامات المقاول الأصلي لحوادث استثنائية فيحق للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد طبقا للمادة 561 من ق.م.ج

إذا اتفق الطرفين على أجر بمقتضي مقايسة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أن من الضروري أن ينفذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة، وذلك بعد إخطار المقاول من الباطن المقاول الأصلي هذه المجاوزة وبدون أي تأخير.[4]

ومع الاخطار يجب ان يبين ما يتوقعه من الزيادة في الاجر فان لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من النفقات.

---

[1] بجاوي المدني، المرجع السابق، ص142.

[2] المادة 562 تنص على " إذا لم يحدد الاجر سلفا وجب الرجوع في تحديده الى قيمة العمل ونفقات المقاول.

[3] جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الايجار،المقاولة) دون طبعة، دار الثقافة للتوزيع ،عمان،1997، ص431.

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 215.

يكون دفع الأجر في المكان المتفق عليه فان لم يكن هناك اتفاق ففي المكان الذي يقضي به العرف وان لم يجد هناك اتفاق ولا عرف ففي موطن المقاول الاصلي وقت الوفاء أو في أو في المكان الذي يوجد به مركز اعماله.[1]

اذا اخل المقاول الاصلي بالتزامه بدفع الاجر، بأن امتنع عن دفع الاجر في وقت استحقاقه دون سبب مشروع أو تأخر في الدفع أو اراد دفعه في غير المكان المتفق عليه لدفع الاجر أو غير المكان الذي يلزم الدفع فيه أو ان ميعاد الدفع قد حل، لكن المقاول الاصلي تأخر في الدفع عن ذلك الموعد، على المقاول من الباطن ان يطلب تنفيذ العين وله كذلك ان يطلب فسخ المقاولة من الباطن وفي كلتا الحالتين له ان يطلب التعويض إذا كان له محل.

كما يجوز للمقاول من الباطن ان يحبس كل العمل الذي تحت حيازته حتى يستوفي كامل اجره، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة، اذ يحد منها مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، فاذا كان العمل مقسم الى اجزاء يستحق المقاول اجرا عن كل جزء يتم انجازه فان حق الحبس لا يقع الا على الاجزاء التي لم يدفع الاجر فيها.[2]

المطلب الثاني: التزامات المقاول من الباطن تجاه المقاول الاصلي

وسنتطرق في هذا المطلب إلى التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصلي في إنجاز العمل كفرع أول وتسليمه العمل بعد إنجازه كفرع ثاني وضمانه بعد التسليم كفرع ثالث

الفرع الأول: التزام المقاول من الباطن بانجاز العمل

الالتزام الرئيسي الذي يلتزم به المقاول من الباطن هو انجاز العمل المتفق عليه في عقد المقاولة من الباطن لا العمل المتفق عليه في عقد المقاولة الاصلية وبناء على ذلك فان

[1] بجاوي المدني، المرجع السابق، ص 142.

[2] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص 123.

المقاول من الباطن ملزم بأن ينجز العمل بالطريقة المحدودة في عقد المقاولة من الباطن وبالشروط الواردة فيه.[1]

كما ان المقاول من الباطن يلتزم بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل بحيث يلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود إليه من المقاول الأصلي سواء كان كل العمل محل المقاولة الأصلية أو كان جزء منه فقط، ويجب أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن وبالشروط الواردة من هذا العقد، لكن في حالة ما لم يتفق الطرفين على طريقة معينة للتنفيذ في عقد المقاولة الفرعية فان الأستاذ السنهوري يرى انه

"في هذه الحالة وجب إتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن".[2]

يلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل بحيث إذا كان المقاول من الباطن بحاجة إلى مهمات وأدوات ومواد تعهد المقاول الأصلي بتقديمها له.

كما قد يحتاج المقاول من الباطن أيادي عاملة ومساعدين يعاونوه على إنجاز العمل ففي هذه الحالة تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول من الباطن ما لم يقضي الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك.[3]

يلتزم المقاول من الباطن أن ينجز العمل طبقا للشروط المبنية في عقد المقاولة من الباطن، فإذا وجد اتفاق بين الطرفين على إنجاز العمل خلال مدة معينة فإنه يجب على المقاول من الباطن أن يكمل العمل في موعد آخره انتهاء المدة المحددة في العقد فإذا لم يحدد في العقد مدة لإنجاز العمل، فإنه يتوجب على المقاول من الباطن، إنجازه خلال مدة معقولة، وذلك طبقا للعرف السائد كما يلتزم المقاول من الباطن بالدقة والعناية في العمل.

[1] خالد غازي ابو عرابي، المرجع السابق، ص73.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 217.

[3] بجاوي المدني، المرجع السابق، ص143.

وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على هذا الالتزام الثانوي بمناسبة تنظيمه لأحكام عقد المقاولة، فإن الفقه يجمع عليه، حيث تقدر المدة المعقولة حسب طبيعة العمل ومقدار ما يقتضيه من دقة وتبعا لعرف الحرفة.

المقاول الأصلي هو المسؤول في نهاية الأمر عما يحدثه المقاول من الباطن من عيوب وذلك بمواجهة رب العمل ولهذا فإنه وجب عليه أن يقوم بدور الرقابة والاشراف على المقاول من الباطن، وليس له أن يتخلى عن هذا الدور لما فيه من مصلحة لرب العمل وللمقاول الأصلي ذاته.[1]

ويستقل المقاول من الباطن عن المقاول الأصلي في أدائه لعمله، فهو غير خاضع لتبعية المقاول الأصلي، ولذلك يستطيع أن يبرم عقد مقاولة من الباطن آخر، لتنفيذ بعض أو كل الأعمال المسندة إليه من المقاول الأصلي. وذلك ما لم يوجد نص في عقد المقاولة من الباطن يمنعه من أن يحل غيره محله في تنفيذ العقد، ان يعهد الى مقاول من الباطن آخر بتنفيذ بعض أو كل الاعمال المستندة اليه من المقاول الأصلي.

إن التزام المقاول الفرعي بإنجاز العمل قد يكون التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق غاية فلا وجود لقاعدة عامة تحكم جميع عقود المقاولات، فالمقاول المتعهد بتشييد بناء أو هدمه ملزم بتحقيق نتيجة إذ يتوجب عليه تنفيذ عمله وتحقيق الغاية المحددة له، أما لو عهد إلى المقاول الفرعي بترميم بعض الأبنية الأثرية، ففي هذه الحالة لا يلزم بتحقيق نتيجة إنما يتوجب عليه بذل العناية اللازمة لإتمام العمل وجعله مشابها قدر المستطاع لما كان عليه في السابق.[2]

أما بالنسبة للمواد المستعملة في انجاز العمل، فالأصل أنها تقدم من قبل رب العمل عملا بنص المادة 550 من القانون المدني.[3] ما لم يتفق على خلاف ذلك، وبناء عليه فلا

[1] جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص243.

[2] صليحة برجم، المقاولة الفرعية، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجيستير في الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2008، 2009، ص77.

[3] المادة 550 من القانون المدني الجزائري تنص على"يجوز للمقاول ان يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على ان يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.

يلزم المقاول بتقديم المادة كلها أو جزء منها إلا إذا تعهد بذلك صراحة، وتطبيقا لهذا الحكم على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فإنه إذا لم يتعهد المقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلية بتقديم المادة، فإنه لا يصح أن يتعهد المقاول الفرعي بتقديمها في عقد المقاولة الفرعية لأنه في هذه الحالة يلزم رب العمل بتقديمها إلى المقاول الأصلي.

أما إذا تعهد المقاول الأصلي بتقديمها في العقد الأصلي، فيمكنه بعد ذلك أن ينقل هذا الالتزام إلى المقاول الفرعي فيلزمه بتقديمها أو ينفذ هذا الإلتزام شخصيا.[1]

أما عن جودة المادة المقدمة فالأولوية في تحديدها لما اتفق عليه أو ما هو متعارف عليه، فإذا لم يرد اتفاق ولا عرف في هذا الشأن، ألزم المقاول الفرعي بتقديم مادة من جودة متوسطة ضمانا لمصلحة الطرفين، لأنه لو كانت المادة من جودة متدنية أضر ذلك بالمقاول الأصلي، وإن كانت من جودة عالية تضرر المقاول الفرعي، وعندما يقدم المقاول الفرعي المادة يلزم بضمان جودتها وخلوها من أي عيب خفي، ما عدا العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه.

أما بالنسبة للمادة التي يقدمها رب العمل أو المقاول الأصلي، فيلزم المقاول الفرعي بالمحافظة عليها ومراعاة أصول الفن في استخدامها ويقدم حسابا لمقاول الأصلي عن كمية المادة التي استعملها ويرد ما بقي منها.

كما يكون المقاول من الباطن مسؤولا عما قد يصيب المادة ويجعلها غير صالحة للاستعمال بسبب إهماله أو نقص كفاءته المهني، فيلزم عندئذ يرد قيمتها والتعويض إن كان له مقتضى.

اذا اخل المقاول الفرعي في تنفيذ التزامه وبما ان المبادئ العامة تقضي بانه متى التزم المدين طوعا وعن إرادة حرة وسليمة كان متحملا لكل إخلال منه بهذا الالتزام ومسؤولا عن نتائجه والأكيد أن هذا الأمر ينطبق أيضا على المقاول من الباطن، فبعد تعهده بالإنجاز

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الاولى، 1998، النشر العربية، القاهرة، مصر ، ص 49.

العمل محل عقد المقاولة الفرعية وجب عليه تنفيذ ذلك وإلا كان مسؤولا عن أي تأخر في الانجاز أو تنفيذ معيبا له وهو ما سيتضح مما يلي:

اولا: حالة التأخر في التنفيذ

تبين مما سبق أن المقاول الفرعي ملزم بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة حسب العرف، والتزامه هذا هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، بمعنى أنه لا يكفي أن يدعي أنه بذل العناية الأزمة لإنجاز العمل في الوقت المحدد وأنه لم يتمكن من إنهاءه وحتى يبعد المسؤولية عنه بل يجب عليه أن يثبت أن التأخر في الانجاز راجع لسبب خارج عن إرادته كوجود قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الغير.

كما يمكنه دفع هذه المسؤولية إذا أثبت أن التأخر في الانجاز حدث بسبب المقاول الأصلي أو رب العمل اللذين تأخرا في تقديم المادة، أو أن التأخر راجع إلى عدم دفع أقساط الأجرة المستحقة في المواعيد المتفق عليها[1].

ثانيا: في حالة التنفيذ المعيب

إذا أخل المقاول من الباطن بالتزاماته في إنجاز العمل على الوجه المتفق عليه يمكن المقاول الأصلي أن يطلب فسخ عقد المقاولة من الباطن أو يطلب التنفيذ العيني مع التعويض في كلتا الحالتين، [2] إن كان له ما يبرره. وهذا ما نصت عليه المادة 119 الفقرة الأولى من ق.م.ج. [3]

[1] عزت عبد القادر، عقد المقاولة، دون طبعة، دار الالفى لتوزيع الكتب، لبنان، 2001، ص 115

[2] انور طلبة، العقود الصغيرة شركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، دار المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2000، ص 296.

[3] المادة 119الفقرة الأولى من القانون المدني والتي تنص على: "في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره الدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض فالحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

الفرع الثاني: التزام المقاول من الباطن بتسليم العمل

بعد أن يصنع المقاول الفرعي الشيء أو ينجز العمل حسب المطلوب منه، يلزم بتسليمه للمقاول الأصلي سواء كانت المواد مقدمة من عنده أو من المقاول الأصلي أو من رب العمل، ويتم ذلك بوضع العمل المنجز تحت تصرف المقاول الاصلي، ولا يعد المقاول من الباطن منفذا لالتزامه ولو قام بتسليم العمل مباشرة الى صاحب العمل في المقاولة الاصلية بوصفه اجنبيا عن عقد المقاولة من الباطن بما ان المقاول الاصلي هو الذي تعاقد معه، لذلك لا يكون التسليم منتجا لآثاره الا إذا كان التسليم للمقاول الأصلي.

يجب أن يقوم المقاول من الباطن بتسليم الشيء إلى المقاول الأصلي في المكان والزمان المتفق عليهما، فإذا سكت العقد عن تحديد المكان فإنه يجب الرجوع إلى العرف.

فإن لم يكن هناك عرف تم التسليم في موقع العقار إذا ما انصب عمل المقاول الفرعي على عقار، فإن تعلق الأمر بمنقول معين بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، أما إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالنوع فتسليم يكون في موطن المقاول الفرعي أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله.

كما يجب أيضا أن يتم تسليم الشيء إلى المقاول الأصلي في الوقت المتفق عليه، وفي حالة عدم وجود اتفاق مسبق على ذلك، وجب الرجوع إلى العرف، وتسليم العمل يتم عند وضع المقاول من الباطن العمل تحت تصرف المقاول الأصلي حتى وان لم يأت هذا الأخير لتسلمه

وعند تمام التسليم في المكان والزمان المحددين، فإن ذمة المقاول من الباطن تبرأ تجاه العيوب الظاهرة مادام المقاول الأصلي لم يورد أية تحفظات بشأنها.[1]

[1] محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص221.

ولكن ما الحكم لو هلك محل العمل قبل تسليمه للمقاول الأصلي.؟

إذا انجز المقاول من الباطن العمل المطلوب منه، ولكن قبل تسليمه الى المقاول الاصلي هلك هذا العمل بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، فان تبعة الهلاك في هذه الحالة تكون على المقاول من الباطن، وليس له المطالبة باجره أو برد نفقات، لان المقاول الاصلي لم يستفيد شيئا من عمل المقاول من الباطن. وعلى العكس إذا كان الهلاك بخطأ من المقاول الاصلي فان المقاول من الباطن يستحق اجره كاملا رغم هلاك الشيء، ويلتزم المقاول الاصلي بدفعه له، فيكون هذا الاخير هو المتحمل للخسارة وحده.

ويتحمل المقاول الأصلي تبعة الهلاك، عند انذاره بضرورة التسلم، ثم رفضه أو امتنع بغير سبب مشروع، فتأخر عن التسليم رغم انذاره يُعدّ تسليما للعمل، ويتحمل تبعة الهلاك بصفته مالكا للعمل الهالك.

إذا لم يقم المقاول من الباطن بتسليم العمل في المكان والزمان المتفق عليهما، فانه يكون قد اخل بالتزامه بالتسليم، فيكون جزاء اخلال المقاول من الباطن بالتزامه بالتسليم الحكم بالقواعد العامة حيث للمقاول الأصلي المطالبة بالتنفيذ العيني بشروطه ان كان ممكنا، أو المطالبة بفسخ عقد المقاولة من الباطن مع التعويض، إذا كان له مقتضى في الحالتين. ويتطلب هذا ان يسبق اعذار المقاول من الباطن.[1]

وللمقاول من الباطن حبس العمل وعدم تسليمه، وذلك لاستيفاء حقوقه المستحقة في ذمة المقاول الأصلي.

وبما ان التزام المقاول من الباطن بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، فان بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة فذلك يأكد التقصير والاهمال من جانب المقاول من الباطن، اي يكون مخلا بالتزامه ويسأل عن عدم التسليم، أو التأخير فيه وفق المسؤولية العقدية، مالم يثبت السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.

[1] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص77

الفرع الثالث: التزام المقاول من الباطن بضمان العمل

ذكرنا سابقا ان المقاول من الباطن ملزم بإنجاز العمل وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها واصول الصنعة، فان جاء عمله مخالفا لهذه المقاييس اعتبر مخلا بالتزامه واجبر على ضمان العيوب التي لحقت عمله.

يشترط للتمسك بالضمان ان يكون العيب مأثرا، اي يكون من شأنه تهديد سلامة العمل أو عدم تحقق الغرض الذي أنشأ من اجله. كما يشترط ايضا ان يكون العيب خفيا، اي مما لا يمكن اكتشافه من قبل المقاول الاصلي بمجرد مشاهدة الشيء أو ببذل عناية الرجل المعتاد حال تسلمه للعمل، أو ان العيب لا يظهر الا بالتجربة أو ان مخالفة الشروط غير ظاهرة.[1]

ضمان خلو العمل يقتضي سلامة المواد المستخدمة في انجازه، فان قدم المقاول من الباطن مواد الصنع اعتبر بمثابة بائع لها وجب عليه ضمان سلامتها وصلاحيتها للغرض الذي اعدت له، فان ثبت تضرر العمل بسبب عيوب في المواد المستخدمة تحمل المقاول من الباطن مسؤولية ذلك.[2]

اما إذا كان من قدم المادة هو المقاول الاصلي أو رب العمل، فان المقاول من الباطن لا يكون ضامنا لعيوبها الخفية لانه ليس هو الذي قدمها، ولكن إذا اكتشف في اثناء عمله أو كان يمكن ان يكتشف تبعا لمستواه الفني عيوبا في المادة، وجب عليه ان يخطر المقاول الاصلي فورا بذلك، والا كان مسؤولا عن كل ما يترتب على اهماله من نتائج.[3]

[1] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص79.

[2] عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص131.

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

لكن ماذا يشمل ضمان العيوب في عقد المقاولة من الباطن؟

اولا: يشمل العيب الظاهر

العيب الذي علم به المقاول الاصلي عند استلامه العمل والعيب الذي لم يكتشفه مع انه كان بإمكانه ذلك لو انه فحص ذلك الشيء بعناية الرجل العادي.[1]

فان اقر المقاول الاصلي العمل وتسلمه رغم ما وجد به من عيوب، اعتبر متنازلا عن حقه في الرجوع على المقاول من الباطن بطلب اصلاح هذه العيوب، وليس بوسعه حتى مطالبته بنفقات الاصلاح التي صرفها، لان موقفه يفسر اما بانه اقرار منه ان هذه العيوب بسيطة لا تنقص من قيمة العمل ولا تحيد عن الغاية المرجوة منه، أو انه تنازل منه عن حقه في الضمان.

إذا لم يتمكن المقاول الاصلي من اكتشاف العيب رغم سهولة ذلك لو انه فحص العمل بعناية الرجل العادي، اعتبر مهملا ووجب عليه تحمل نتيجة اهماله، فيحرم بذلك من امكانية الرجوع على المقاول من الباطن بالضمان ويبقى مسؤولا عن هذا العيب امام رب العمل.[2]

لكن في حالة ما إذا أقدم المقاول من الباطن على اخفاء العيب باللجوء الى الخداع أو الغش، فتعذر على المقاول الاصلي اكتشافه وقت التسليم وتقبل العمل، حق للمقاول الاصلي الرجوع بالضمان عليه اعتبارا من تاريخ اكتشاف العيب، ويكون المقاول من الباطن مسؤولا عن غشه وبمجرد ان يكتشفه المقاول الاصلي يكون له الحق في الرجوع عليه بالضمان وفق قواعد المسؤولية التقصيرية.

ثانيا: العيب الخفي

هو كل عيب غير ظاهر، بمعنى انه عيب لا يمكن اكتشافه بمشاهدة ظاهر الشيء أو ببذل عناية الرجل العادي في فحصه عند تسلمه، أو ان كان عيبا لا يظهر الا بتجربة الشيء.

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص57.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص213

ويكون المقاول من الباطن ضامنا لهذا النوع من العيوب بالقدر وخلال المدة التي تقض بها اعراف الحرفة، شريطة اخبار المقاول الاصلي له بالعيب وقت اكتشافه، فان سكت أو تأخر في اخباره وتصرف الشيء تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب سقط حقه في الضمان، على اعتبار انه متنازل ضمنيا عن حقه في الرجوع.

اما بالنسبة لضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء، فينتهي التزامه بالضمان بمجرد أن يسلم المقاول الأصلي البناء مع تمكنه من فحص وكشف ما به من عيوب، فاذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك لا يكون المقاول من الباطن مسؤولا إلا بالقدر والمدة التي يقضي بها عرف الحرفة وليس لمدة عشر سنوات كما هو الحال في العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلي، ويبقى المقاول مسؤولا نحو رب العمل عن ضمان من يظهر في صنعه المقاول من الباطن من عيوب خفية لمدة عشر سنوات، وإذا رجع رب العمل على المقاول الأصلي خلال عشر سنوات فليس للأخير الرجوع على المقاول من الباطن أو إدخاله في دعوى الضمان إذا انقضت المدة القصيرة التي يقضي بها العرف فتنتهي بانقضائها مسؤولية المقاول من الباطن عن الضمان، وذلك قاصر على الالتزام بضمان عيوب البناء فقط .

ومن ثم فلا يسري بالنسبة لالتزامات الأخرى كالالتزام بالتسليم ويكون للمقاول الأصلي أن يرجع على المقاول من الباطن ويدخله في دعوى المسؤولية التي يقيمها عليه رب العمل.[1]

فاستبعاد المقاول من الباطن من نطاق الضمان العشري أورده المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 554 من قانون المدني[2]، ضمانا خاصا واستثنائيا يقع على المهندس المعماري والمقاول عن أي تهدم كلي أو جزئي يحدث للمباني أو المنشآت التي شيداها أو ما

[1] انور طلبة، المرجع السابق، ص297

[2] المادة 554 من القانون المدني الجزائري تنص على: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو اقاماه من منشآت ثابتة اخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض ويشمل الضمان المنصوص عليها في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته " وتبدأ مدة السنوات العشر (10) من وقت تسلم العمل نهائيا

قد يظهر بها من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته لمدة 10 سنوات كاملة، ونص في الفقرة الثانية منها صراحة على إخراج المقاول من الباطن من نطاق هذا الضمان.

مما يبين أن الضمان العشري[1]. مناط بالمقاول والمهندس المعماري فقط باعتبارهما يباشران مهام التشييد والبناء، أما المقاول من الباطن فهو مستبعد من نطاق هذا الضمان الرغم أنه المنفذ الحقيقي للعمل كله أو جزءه .

وهنا يجر تساؤل اخر، هل الحكم المتعلق بعدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري هو من النظام العام؟

يرى الاستاذ مصطفى عبد السيد الجارحي ان الاجابة هي نعم لان حسب رآيه فإن القول بغير ذلك يفقد النص القانوني الغاية منه وهي التأكيد الصريح على استبعاد المقاول من الباطن من هذا الضمان، كما يضيف انه " لا يظهر من النص ما يدل على ان الحكم مكمل لارادة المتعاقدين فلو اراد المشرع ذلك لكان اولى به ان يقول تسري هذه المادة على ما يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك".[2]

كما نجد ان المشرع الفرنسي يقسم الأسباب التي أدت إلى عدم إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشري الى:

اولا: الأسباب المالية والفنية لعدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري:

تنحصر هذه الأسباب في:

[1] تعريف الضمان العشري: لم تعرف المادة 554 من القانون المدني الجزائري من الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان 1395 الموافق ل 1975/09/26 ويتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007. الضمان العشري بل اكتف بذكر اشخاصه، ومدته فقط فتسميته الضمان العشري تعتبر وليدة الاجتهاد الفقهي وتقتضي المادة 544 من القانون المدني الجزائري بانه: يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشرة السنوات من تهديك كلي او جزئي فيما شيداه من مباني واقاماه من منشات ثابتة، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في فقرة السابقة مايوجد في المبانئ والمنشات من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلاسته.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص46.

1- أن صاحب العمل ليس لديه دراية وخبرة كاملة بأعمال التشييد والبناء، وأن المشرع سواء في الأردن أو في فرنسي أو في الجزائر قرر الضمان العشري لحماية رب العمل لعدم توفر الخبرات الفنية لديه، إذ غالبا ما يكون جاهلا بفن البناء.

2- إن إمكانيات المقاول من الباطن المالية في أغلب الأحيان تكون ضعيفة ومحدودة، لذلك فإن إخضاعه للضمان العشري قد يؤدي إلى انهياره وإفلاسه.

لهذا فإن الشركات المتخصصة بأعمال المقاولة من الباطن غالبا ما تكون إمكانيتها التحويلية والفنية ضعيفة، وليس لديها كفاءة توازي ما لدى المقاول الأصلي، لا من الناحية الفنية ولا من الناحية المالية، التي تكون مسؤولة عن العمل المطلوب تشييده في المجموعة، وأن القول بإخضاعها للضمان العشري قد يعرضها لمخاطر الإفلاس والانهيار.[1]

ثانيا: الأسباب القانونية لعدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري

يمكن حصر هذه الأسباب بما يلي:

1- أساس تطبيق أحكام الضمان العشري هو ضرورة وجود عقد مقاولة يربط المقاول من جهة ورب العمل من جهة أخرى وهو الأمر المفتقد، ذلك أن عقد المقاولة هنا يربط المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، والعقدان وإن تداخلا موضوعا اختلف أشخاصا وتطبيق لمبدأ نسبية أثر العقد، لا يجوز إخضاع المقاول من الباطن للمسؤولية العشرية، دون أن يربطه برب العمل عقد مقاولة.

2- ان المقاول الاصلي هو المسؤول في مواجهة صاحب العمل عن اعمال المقاول من الباطن وكأنها صادرة عنه، فهو ملزم بأعمال تابعية، ولو لم يعتبر المقاول من الباطن من اتبعاه بالمعنى الدقيق وفقا لقواعد مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعية. وبالتالي لا حاجة لإخضاع المقاول من الباطن للمسؤولية العشرية.

[1] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص 169، 170.

فهذه هي الدوافع والاعتبارات العملية وكذا الأسانيد القانونية التي حدت بالمشرع الفرنسي والجزائري والأردني إلى استثناء المقاول من الباطن من النطاق الشخصي المدين بأحكام الضمان العشري.

المبحث الثاني: المسؤولية الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن

المقاول الاصلي يرتبط مع صاحب العمل بمقتضى عقد المقاولة الأصلي، ومرتبط مع المقاول من الباطن بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، فقد يصبح مدينا أو دائنا في هذا العقد.

سنتطرق في هذا المبحث الى المسؤولية الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن حيث يترتب عن كل إخلال ببند من بنود العقد في الانجاز مسؤولية المقاول من الباطن مسؤولية عقدية في حالة إلحاق الضرر بالمتعاقد الأخر، كمطلب اول كما يترتب عن فعل الضار قيام مسؤوليته التقصيرية في مواجهة الغير المضرور كمطلب ثاني.

المطلب الأول: المسؤولية العقدية

تقوم المسؤولية العقدية وفقا لما هو معروف في القواعد العامة على اركان ثلاثة الخطأ (الخطأ العقدي) الضرر والعلاقة السببية بينهما، والتي لو تخلف أحد أركانها، لما أمكن القول بمساءلة المقاول الأصلي والمقاول من الباطن مسؤولية عقدية.

الفرع الأول: الخطأ كركن من اركان المسؤولية العقدية

أولا: الخطأ العقدي

كل مسؤولية عقدية في القانون سواء كان قانونا خاصا أو عاما تقوم على خطأ عقدي أي الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية. والخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين للالتزام المترتب عن العقد والذي نشأ في ذمته باعتباره طرفا من أطراف العقد كما ان القانون يجبر المتعاقد على تنفيذ التزامه.

يتعين على المقاول من الباطن تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد الذي يربطه بالمقاول الأصلي، فإذا ما أخل بها أو خالفها فيعد مرتكب لخطأ[1].

[1] بلمختار سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قانون عقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009، ص 54.

من الضروري لقيام مسؤولية المقاول الاصلي العقدية عن فعل المقاول من الباطن، لارتكاب هذا الاخير لخطأ عقدي اي اخلاله بالالتزام العقدي الذي كلف به، ويتحقق ذلك بصور من أبرزها ما يلي:

– تنفيذ العمل على نحو معيب ومخالف للشروط المتفق عليها[1]. كما يجب أن يكون الإخلال بالالتزامات العقدية مخالفا لتعليمات المقاول الأصلي عن قصد أو اهمال أو دونهما.

– كما يستوي أن يكون عدم التنفيذ كليا أو جزئيا، ويكفي أن يكون التنفيذ مؤخرا أو معيبا، كما قد ينتج عن عدم تنفيذ العمل تهدم كلي أو جزئي أو تصدع في البناء والمقصود هنا بالعيوب التي تترتب عليها المسؤولية العقدية هي العيوب الجسيمة التي تهدد سلامة البناء، اما العيوب البسيطة التي لا تنقص من قيمة العمل فلا يترتب عليها مسؤولية عقدية.

ويكون المقاول من الباطن مسؤولا عن الأخطاء أو العيوب التي تقع في تنفيذ الأعمال كونه ملزم بتحقيق نتيجة وهي أن ينفذ العمل طبقا للأصول الفنية للمهنة، ولا يمكنه دفع المسؤولية بالتذرع بأنه بذل عناية الرجل المعتاد للتأكد من سلامة المواد وجودتها وصلاحيتها، ولا يستطيع نفي المسؤولية عن نفسه، إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو الضرر الذي حدث للمقاول الأصلي راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه.

هذه هي مجمل الأخطاء التي يمكن أن تترتب عنها مسؤولية المقاول من الباطن **لكن كيف يمكن اثبات الخطأ العقدي؟**

يقع على الدائن اثبات الخطأ العقدي، ففي نطاق التنفيذ العيني للالتزام، وعلى وجه الخصوص، اذا كان الدائن يطالب المدين بالتنفيذ العيني ففي هذه الحالة، لا يكون على الدائن الا عبء اثبات مصدر الالتزام (العقد..الخ) فاذا ادعى المدين بانه نفذ الالتزام تنفيذا عينيا فعليه يقع عبء اثبات ذلك ولا حكم عليه بالتنفيذ العيني.

لو كان في مجال التنفيذ بمقابل، يطالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي، وهذا يعني ان الدائن هو الذي يقع عليه عبء اثبات ان المدين لم ينفذ

[1] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص 15.

التزامه فاذا اقام الدليل على ما يدعيه، يعتبر بمثابة اثبات للخطأ العقدي الذي يمثل الركن الأول من المسؤولية كما لا يقتصر الامر على اثبات الخطأ بل عليه ان يقيم الدليل على الضرر والعلاقة السببية فاذا قام الدائن بهذا استحق التعويض[1].

ثانيا: المسؤولية العقدية عن فعل الغير:

الحقيقة انه لا يوجد في القانون المدني الجزائري نصا يتناول بصفة صريحة ومباشرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير. ويقصد بها ان يسأل المدين بصدد تنفيذ العقد عن فعل طائفة من الاشخاص كما لو كان فعله، ودون الحاجة الى اثبات اي خطأ أو اتفاق على تحمل المسؤولية عنهم، ودون ان يتخذ من فعلهم سببا لدفع مسؤوليته، ان ما يصدر منهم كأنه صادر منه فهو ليس امرا خارجا عنه، ولو كان غشا، أو خطأ جسيما[2].

تعتبر المسؤولية عن فعل الغير مسؤولية استثنائية فالاصل في المسؤولية تكون شخصية الفقرة الثانية من المادة 564 من القانون المدني الجزائري[3].

تاكد ذلك وتقطع الشك باليقين حيث لا خلاف حول ثبوت مسؤولية المقاول الاصلي عن اعمال المقاول من الباطن اتجاه رب العمل، لكن ما هي الشروط الواجب توافرها حتى تتحقق هذه المسؤولية؟

ثالثا: شروط مسؤولية المقاول الاصلي عن المقاول من الباطن

أ- وجود عقد صحيح بين المقاول الاصلي ورب العمل: يشترط لقيام مسؤولية المقاول الاصلي اتجاه رب العمل ان يكون بينهما عقد صحيح فان كان العقد فقط بين المقاول

[1] بالهادي محمد، مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2018، ص11.

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص78.

[3] المادة 564 من القانون المدني الجزائري تنص على"يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه الى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية، ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل.

الاصلي والمقاول من الباطن المتسبب في الضرر خرج الامر من إطار المسؤولية العقدية وكنا بصدد اخر من المسؤولية.

ولهذا تعتبر مسؤولية المقاول الاصلي عن فعل المقاول من الباطن مسؤولية عقدية ناشئة عن عقد المقاولة الاصلي وقائمة على افتراض ان كل اعمال والاخطاء الصادرة عن المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة لرب العمل اعمال واخطاء صادرة من المقاول الاصلي فيكون مسؤولا عنها قبله[1].

ب- ان يلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل: عندما يكلف المقاول من الباطن من قبل المقاول الاصلي بتنفيذ الالتزام والذي يتحقق بإبرام عقد المقاولة من الباطن واذا لم يكن المقاول الاصلي مكلفا بتنفيذ الالتزام العقدي، فان فعله المؤدي الى الاخلال بالالتزام قد تترتب عليه مسؤولية المقاول الاصلي لكنها لا تكون مسؤولية عن فعل الغير هنا بل تكون مسؤولية مدنية عن فعله الشخصي.

ج- ارتكاب المقاول من الباطن خطأ عقدي.

رابعا: رجوع المقاول الاصلي على المقاول من الباطن كأثر للمسؤولية العقدية.

بعدما يقوم المقاول الاصلي بتعويض رب العمل عما لحقه من ضرر بسبب اخلال المقاول من الباطن بالتزاماته التعاقدية، يحق له الرجوع على المقاول من الباطن على اساس عقد المقاولة القائم بينهما، وذلك عن طريق دعوى قضائية يقيمها ضده يطالبه فيها بمبلغ التعويض الذي دفعه المقاول الاصلي الى رب العمل.

ان رجوع المقاول الاصلي على المقاول من الباطن يكون ضمن حدود مبلغ التعويض الذي دفعه لرب العمل وله الحق بالمطالبة بكل المبلغ المدفوع لرب العمل الا ان القضاء احيانا يحكم بمبلغ اقل على اساس وجود خطأ من المقاول الاصلي المتمثل في عدم المراقبة أو التنسيق أو التعاون.

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص، 223.

وتأسس هذه الدعوى في حال ثبوت مسؤولية المقاول الاصلي عقديا عن فعل المقاول من الباطن على الخطأ العقدي الناشئ عن الاخلال بعقد المقاولة من الباطن ويعني هذا ان رجوع المقاول الاصلي على المقاول من الباطن ترتبط بوجود خطأ ارتكبه هذا الاخير وبضرورة اثباته والا كانت دعواه غير مقبولة.

الفرع الثاني: الضرر

بالطبع لا يكفي وقوع خطأ من جانب المقاول من الباطن حتى تقوم المسؤولية العقدية، انما يجب ان يترتب عن هذا الخطأ ضرر يصيب رب العمل، ولا يكفي توافر الخطأ في جانب التعاقد بتنفيذ التزاماته لتنشأ على عاتقه مسؤولية عن التعويض فالمسؤولية المدنية بصفة عامة مضمونها التزام المسؤول بتعويض ما نتج عن خطئه من ضرر.

يعد الضرر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية العقدية، فإذا لم يقع الضرر انتفت المسؤولية وان شكل فعله تصرفا خاطئا، فوقوع الخطأ لا يكفي وحده لقيام المسؤولية إنما يجب أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر يصيب المقاول الأصل[1] بشرط أن يكون الضرر الحاصل للمقاول الأصلي محققا ومباشرا ومتوقعا في مقداره ومداه، أي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وهذا ما نصت عليه المادة 182 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري[2].

كما يجب أن يكون هذا الضرر المدعى به لم يترتب عن عيب ظاهر كان معلوما لدى المقاول الأصلي، أو كان باستطاعته كشفه عند تسلمه للبناء، لأن تسليم الأعمال ينهي مسؤولية القائمين بها عن كل العيوب الظاهرة التي كان المقاول الأصلي على علم بها، لذا حتى يتمكن هذا الأخير من الحصول على تعويض عن الضرر الناجم عن مثل هذه العيوب وجب عليه التحفظ بشأنها أثناء التسليم.

[1] بلمختار سعاد، المرجع السابق، ص56.

[2] المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري تنص على"غير انه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

إذا كان المقاول من الباطن هو مقدم المادة فانه يكون مسؤولا عن جودتها وعليه ضمان العيوب الخفية فيها، واذا كان من قدمها هو المقاول الاصلي أو رب العمل فان المقاول من الباطن لا يكون ضامنا لعيوبها الخفية.

إذا كانت المواد مقدمة من المقاول الاصلي، فان المقاول من الباطن يلتزم بفحصها وأن يبذل عناية الرجل المعتاد في ذلك، فاذا كشف بها عيبا، فعليه اخطار المقاول الاصلي على الفور والا تثور مسؤوليته، كما تثور مسؤوليته في حال اكتشاف عيوب خفية في العمل بعد تسليمه للمقاول الأصلي، أو تعمد اخفاء معلومات بخصوص العيوب الظاهرة[1].

ويتواتر قضاء محكمة النقض على ان عدم تنفيذ المدين لالتزامه يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته التي لا يدأرها عنها الا إذا ثبت قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به[2].

بالإضافة الى ذلك ان تأخر المقاول من الباطن في تنفيذ العمل أو التأخر في تسليمه يعد خطأ عقدي يترتب عليه مسؤولية عقدية الا إذا كان هذا التأخير يرجع سببه الى المقاول الأصلي.

كما يعد ضررا كل ما لحق المقاول الاصلي من خسارة، وما فاته من كسب ثابت من جراء تأخر المقاول من الباطن من تنفيذ العمل أو تسليمه.

وبناء على ذلك، يستطيع رب العمل الرجوع على المقاول الاصلي بالتعويض عن الاضرار التي تسبب فيها المقاول من الباطن بمقتضى ما بينهما من علاقة عقدية، كما للمقاول الاصلي حق الرجوع على المقاول من الباطن بمقدار التعويض الذي حكم به رب العمل ويمكن للمقاول الاصلي إدخال المقاول من الباطن في الدعوى لكي يصدر الحكم في مواجهته مباشرة دون حاجة الى قيامه بعد ذلك في استعمال دعوى الرجوع عليه[3].

[1] فتحي السيد عبد الله، المقاولة من الباطن في ضوء احكام القضاء، دراسة مقارنه، الطبعة الاولى، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص151.

[2] بالهادي محمد، المرجع السابق، ص 14.

[3] فتحي السيد عبد الله، المرجع السابق، ص 155.

الفرع الثالث: العلاقة السببية

يقصد بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر أن ينشأ الضرر عن الخطأ فيكون الخطأ سبب وقوعه، بحيث يبدو الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. ولا تمثل المسؤولية العقدية الأصل لأن كل منازعات المسؤولية يجب أن تتوفر فيها علاقة السببية .

لما كان المقاول من الباطن ملتزما في مواجهة المقاول الاصلي بالتزام عقدي بتحقيق نتيجة، فان عدم تحقق هذه النتيجة قرينة على توافر علاقة سببية بين الاخلال بالعقد والضرر الناتج عنه.

يعفى المقاول من الباطن من المسؤولية العقدية إذا اثبت المقاول من الباطن ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه وهذا يعني ان هذا الاخير يستطيع ان يدرء عن نفسه المسؤولية ان هو استطاع اثبات السبب الاجنبي اما ان كان بسبب قوة قاهرة، **والقوة القاهرة** هي الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه فعدم امكانية توقعه واستحالة دفعه هما الشرطان الواجب توافرهما لإعفاء المقاول من الباطن من المسؤولية ومن مظاهرها الحروب، والظواهر الطبيعية كالأعاصير القوية والزلازل والهبوط المفاجئ للأرض أو تحركها، كما يعفى المقاول من الباطن من المسؤولية إذا كان الخطأ هو خطأ المقاول الاصلي والذي يعتبر بمثابة القوة القاهرة وبنفس شروطها كما لو حدث ذلك بعد تشييد البناء وتسليمه سليما، كأن يقوم المقاول الاصلي بسوء استخدام البناء أو اجراء تعديلات عليه.

يقع عاتق اثبات العلاقة السببية على المضرور وتستقل المحكمة الموضوع دون الرقابة عليها من محكمة النقض بتقرير ثبوت الواقع التي من شأنها قيام العلاقة السببية، إذا تعددت العوامل فانه لا يكفي اعتبار عامل منها سببا في حدوث الضرر وجود لما وقع الضرر[1].

[1] بالهادي محمد، المرجع السابق، ص 15.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية

قد يرتكب المقاول من الباطن خطأ ليس له صلة بعقد المقاولة من الباطن عندئذ يسأل بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية في مواجهة الغير لأن المسؤولية التقصيرية تطبق عند الإخلال بأي التزام غير عقدي.

الفرع الأول: الخطأ في المسؤولية التقصيرية

يقتصر الخطأ في المسؤولية العقدية على الاخلال بالتزام عقدي وعلى هذا النطاق فان المسؤولية التقصيرية تطبق عند الاخلال بأي التزام آخر غير عقدي، حيث أن القانون المدني الأردني يقيم المسؤولية عن الفعل الضار على الضرر لا الخطأ حسب المادة 256 من القانون المدني الاردني ويترتب عن ذلك أن كل ضرر يلحق بالمقاول الأصلي خارج إطار عقد المقاولة من الباطن يسأل عنه المقاول من الباطن سواء تعلق الأمر بالمقاول الأصلي في شخصه أو ماله[1].

حتى تقوم مسؤولية المقاول من الباطن يجب توفر ارتكاب الخطأ من جانب المقاول من الباطن أو الشخص المسؤول، وعلي المدعي إقامة الدليل علي وجود خطأ تقصيري من جانب هذا الأخير، ويقصد بالخطأ في هذا الصدد الانحراف في سلوك المقاول من الباطن أو إخلاله بالواجب القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، ويسبب هذا الخطأ ضررا للغير والضرر يمكن أن يصيب الشخص في ماله أو جسمه سواء كان قد وقع فعلا أو مؤكد الوقوع، يعني هذا أن أي ضرر كان بسبب خطأ من شخص ارتكبه يفسح المجال أمام قيام المسؤولية التقصيرية[2] التي يمكن اثارتها بالاستناد الى خطأه الشخصي، وهذا بالرجوع للأحكام العامة الواردة في القانون المدني الجزائري التي تناولت المسؤولية التقصيرية في المادة 124[3].

---

[1] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص 163.

[2] بلمختار سعاد، المرجع السابق، ص76.

[3] المادة 124 من القانون المدني الجزائري تنص على " كل فعل ايا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

اما بالنسبة لمسؤولية المقاول من الباطن عن اعمال تابعيه هي أن المتبوع مسؤول في مواجهة الضرر الذي يحدثه تابعه بسبب عمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها، وهذا حتى ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، وحتى تقوم مسؤولية المتبوع عن انحراف تابعه، يجب أن تتوفر علاقة التبعية بين المقاول من الباطن وعماله أي تابعيه.

يكون قيام علاقة التبعية أن يثبت السلطة الفعلية للمتبوع تجاه التابع وتتمثل هذه السلطة في الرقابة والتوجيه ثم أن ينصب على عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع[1].

وبما ان عقد المقاولة من الباطن هو عقد تابع لعقد أصلي، ولكي تقام هذه المسؤولية يجب أن يكون المتبوع مسؤولا عن أعمال الأشخاص الذي يعينهم تابعه، ويجب أن يرجع إليه أثناء تعينهم حتى يكون مسؤولا عنهم، وتكون اثارة مسؤولية المتبوع هي وجوب وقوع الخطأ من التابع أثناء قيامه بأعمال وظيفته أو بسبب تلك الوظيفة أو بمناسبتها.

حيث ان متى وجدت علاقة التبعية بين المقاول من الباطن والعمال والمستخدمين في انجاز المشروع، ثم قام أي من هؤلاء بارتكاب خطأ أدى إلى الاضرار بالغير، ووقع الخطأ أثناء قيامهم بالمهام المسندة إليهم أو بسببها أو بمناسبتها قامت مسؤولية المقاول من الباطن في مواجه المضرور على أساس خطأ مفترض في جانبه، لا يقبل اثبات العكس، مرجعه سوء اختياره لتابعيه وتقصيره في رقابته عليه ولا يمكن دفع المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

اما بالنسبة لمسؤولية المقاول من الباطن عن فعل الأشياء التي تكون تحت حراسته تنعقد للمقاول من الباطن باعتباره هو المسيطر الفعلي علي الموقع من الناحية المادية أما المقاول الأصلي فدوره هو الإشراف على أداء المقاول من الباطن وتقييمه.

[1] بلمختار سعاد، المرجع السابق، ص77.

فإذا تضرر الغير من جراء سقوط مادة أو آلة يكون المقاول من الباطن هو المسؤول عن ذلك، وتثار هذه المسؤولية من دون إثبات الخطأ في جانبه، إذا يفترض الخطأ طالما كانت الأشياء المرتبة للضرر تحت حراسته.

الفرع الثاني: الضرر

يعتبر الضرر الركن الثاني في المسؤولية التقصيرية، فلا يكفي لقيام المسؤولية ان يقع خطأ، وانما يجب ان يترتب على الخطأ ضرر يصيب احد الاشخاص في جسمه أو في ماله وهذا ما يقال عنه الضرر المادي اما إذا وقع الضرر على شعور الشخص أو عاطفته أو كرامته أو شرفه، كان هذا الضرر ادبيا لأنه نوعان ضررا مادي وضرر معنوي[1].

يسأل المقاول من الباطن وفق قواعد المسؤولية التقصيرية عن الغش أو استعماله لطرق احتيالية من اجل اخفاء العيوب عن المقاول الاصلي، باعتبار ان الغش يعدل من طبيعة المسؤولية ويحولها من عقدية الى تقصيرية[2].

إذا اخفى المقاول من الباطن عن طريق الغش عيوب الصنعة، ولم يستطع المقاول الأصلي كشفها وقد تسلم الشيء أو تقبل العمل، يبقي المقاول من الباطن مسؤولا عن غشه بمجرد اكتشاف هذه العيوب، ويمكن للمقاول الأصلي أن يرجع على المقاول من الباطن بالضمان أي اصطلاح العيب مع التعويض أو الفسخ مع التعويض خلال ثلاث سنوات من اكتشاف العيب لأن المقاول من الباطن يكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية.

يترتب على تحقق أية حالة من حالات المسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن التزامه بتعويض الضرر أي جبره ولا ينشأ ولا يحكم بالتعويض إلا إذا تحقق الضرر فعلا باعتباره مناط التعويض إلا إذا تحقق الضرر فعلا[3].

[1] بالهادي محمد، المرجع السابق، ص 27.

[2] غازي خالد ابو عرابي، المرجع السابق، ص 164.

[3] بلمختار سعاد، المرجع السابق، ص87.

ان نوع التعويض إما أنه يكون نقدي غالبا ما يحكم به القاضي، ويتمثل في مبلغ من المال يحكم به للمضرور بدلا من التعويض العيني، وذلك لجبر الضرر ويدفع التعويض النقدي دفعة واحدة، ويجوز دفعه على أقساط، ويقدر التعويض من القاضي بناءا علي الضرر الذي أصاب المضرور بالذات وهذا ما نصت عليه المادة 131 من القانون المدني الجزائري.

واما ان يكون التعويض عينا، وهو خير وسيلة لجبر الضرر ويجوز للقاضي الحكم به تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور يأمر بإعادة الحال إلي ما كان عليه وعلما أن القاضي غير ملزم بالتعويض العيني. وهذا ما نصت عليه المادة 132 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: العلاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية ان يقع فعل ضار من جانب شخص وان يلحق آخر ضررا بل يتعين ان يكون هذا الضرر نتيجة مباشرة لذلك الفعل، أي لا بد من توافر رابطة السببية بين الفعل والضرر لذلك لا تقوم المسؤولية بين الفعل والضرر غير المباشر، أي ذلك الضرر الذي لا يعد نتيجة طبيعية للفعل[1].

إذا كانت هناك مواد مملوكة للمقاول الأصلي وموجودة بالقرب من مواقع العمل ولكن هذه المواد لا تكون داخلة في نطاق العقد المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وبالتالي لم تسلم لهذا الأخير كجزء من العمل، فإذا أصيبت هذه المواد بضرر بسبب أفعال قام بها المقاول من الباطن أو أحد تابعيه فانه يسأل عن هذا الضرر تقصيريا، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية حين قررت بأنه: "لما كان المقاول من الباطن غير مسؤول عقديا عن المواد المجاورة لموقع العمل ولما كان المولد الكهربائي يشكل جزءا من موقع العمل لكونه لم يسلم للمقاول من الباطن لتنفيذ العمل لذا يسأل هذا الأخير عن الاضرار التي لحقت بالمولد الكهربائي نتيجة خطأ أحد تابعيه المسؤولية التقصيرية".

[1] بالهادي محمد، المرجع السابق، ص 32.

خلاصة الفصل الأول:

المقاولة من الباطن تفترض وجود عقدين متتابعين لهما طبيعة قانونية واحدة هي المقاولة، يربط العقد الأول رب العمل مع المقاول الأصلي بينما يربط العقد الثاني المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن حيث يعتبر عقد المقاولة من الباطن من العقود الملزمة لجانبين، أو العقود التبادلية الملزمة لطرفيها فهو يرتب التزامات في ذمة المقاول الاصلي وتعتبر حقوقا للمقاول من الباطن وفي المقابل تنشا التزامات في ذمة المقاول من الباطن تعد حقا بالنسبة للمقاول الاصلي لكون طرفي عقد المقاولة من الباطن مرتبطين فيما بينهم.

كما ان هذه الالتزامات تحمل على عاتق كل طرف في العقد مسؤوليات ناشئة عن الاخلال بها، فكلما امتنع الطرف المتعاقد عن اداء ما يفرضه عليه العقد من التزامات أو تأخر في تنفيذها فأدى هذا الى الحاق الضرر بالمتعاقد الآخر تنشأ هنا مسؤوليته العقدية، كما قد يصدر عن المقاول من الباطن فعل ضار يتسبب في إلحاق الضرر بالغير مما يؤدي إلى قيام مسؤولية التقصيرية.

الفصل الثاني

الآليات القانونية لحماية الأطراف عقد المقاولة من الباطن

الفصل الثاني : الآليات القانونية لحماية أطراف عقد المقاولة من الباطن

طبقا للقواعد العامة يحق للمقاول الفرعي باعتباره دائن لدى المقاول الاصلي أن يستعمل حق هذا الاخير في الرجوع على رب العمل عن طريق رفع دعوى غير مباشرة تقام باسم المقاول الاصلي للمطالبة بما يستحق له مقابل الاعمال المنجزة التي قام بها.

اثر هذه الدعوى لا تعطي للمقاول الفرعي حق الافضلية أو حق التتبع وحتى ولو كسب الدعوى فان الحق المتحصل عليه يستقر في ذمة المقاول الاصلي ليدخل في الضمان العام ويستفيد منه كل دائني المقاول الاصلي ويتقاسمه معهم المقاول الفرعي قسمة الغرماء مما يؤدي هذا الى الاضرار به بعدم حصوله على مستحقاته.

لهذه الأسباب فان رأي المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات ضرورة منح المقاول الفرعي حماية قانونية خاصة تمليها اعتبارات لتحقيق العدالة، بسبب تحصله الحق المطالب به بالعمل الذي أنجزه اذ يعتبر المنفذ الحقيقي بهذا العمل والطرف الضعيف في العمل.

فقد تطرق المشرع الجزائري بموجب نص المادة 565 من القانون المدني في الفقرة الثانية على منح المقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل مباشرة بماله في ذمة المقاول الاصلي ونظرا لما تشيره الدعوى المباشرة من مسائل قانونية عديدة تخصص في المبحث الأول الى تحديد مفهوم الدعوى المباشرة بينما سنتناول في المبحث الثاني الى مفهوم حق الامتياز ونتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز.

المبحث الأول: الحق في اقامة الدعوى المباشرة

وضع المشرع الجزائري مجموعة من الوسائل القانونية لضمان حق الدائن اتجاه مدينه والمحافظة على حقوقه، حيث وضع المشرع في يد الدائن الحق في الرقابة على جميع تصرفات المدين في أمواله، وذلك من خلال ممارسة حقه في الدعوى المباشرة، لذلك سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى مفهوم الدعوى المباشرة في المطلب الأول، ثم سنتناول في المطلب الثاني أصحاب الحق في ممارسة الدعوى المباشرة.

المطلب الأول: مفهوم الدعوى المباشرة

يقتضي تحديد مفهوم الدعوى المباشرة التعرض إلى تعريفها، ثم الأساس القانوني الذي تقوم عليه الدعوى المباشرة في الفرع الأول، بينما في الفرع الثاني سنتطرق إلى خصائصها.

الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة واساسها القانوني

ان التعريف بالدعوى المباشرة يستجوب تحديد معناها بالإضافة أساسها القانوني وهو ما سيتضح من الاتي:

أولا- معنى الدعوى المباشرة

يجمع الفقه في تعريفه للدعوى المباشرة على انها حق الدائن في انتقاء حقوقه مباشرة من مدين مدينه الاصلي دون مزاحمة من باقي دائني هذا الاخير، يقيمها باسمه ولحسابه الخاص متأثرا وحده بثمارها.

ومن ثمة تقدير الدعوى المباشرة وسيلة تمكن الدائن من الوصول مباشرة الى ذمة مدين مدينه دون المرور بذمة مدينه الاصلي كما تمكنه من الاستفادة من بعض مظاهر القوة الملزمة للعقد القائم بين المدين ومدين المدين رغم اعتبار هذا الاخير من الغير بالنسبة له.

ضف الى ذلك ان هذه الدعوى تعطي نوعا من الامتياز للدائن إذا تجنبه عسر مدينه ومزاحمة دائنيه لهذا السبب اعتبرت انشاء المبدأ نسبيه العقد ومبدأ المساواة بين الدائنين.

كما أن المشرع الجزائري لم يخص الدعوى المباشرة بنص عام مثل ما هو الحال بالنسبة للدعوى الغير المباشرة الواردة في المادة 189 من القانون المدني، مسايرا في ذلك الكثير من التشريعات العربية، وهو سبب انحصار الدعوى في حالات معينة قررها القانون على سبيل الحصر[1] وتعرف الدعوى المباشرة بأنها الحق المعترف به لشخص في اقتضاء ما هو المستحق له من مدين مدينه فهي تسمح للدائن برفع الدعوى باسمه شخصيا ولحسابه

[1] حمزة لحول، عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري، مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، حقوق، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018/2017، ص 40-41.

ضد مدين مدينه، بهدف الحصول على حقه مباشرة مما يجب أن يؤديه هذا الاخير لمدينه. وتعرف كذلك بأنها الدعوى الذي يصبح بموجب الدائن دائنا مباشرا لمدين مدينه، فيحق له بواسطتها مطالبة مدين مدينه باسمه هو شخصيا وليس باسم مدينه، وذلك بأن يؤدي له ما كان يجب أن يؤديه للمدين في حدود دين الدائن لمدينه. وهي وسيلة كفلها القانون لحماية حقوق بعض الدانين قبل مدينهم بالرجوع مباشرة على مدين مدينهم، أي يجب وجود نص تشريعي يجيز للدائن الرجوع على مدين مدينه بالدعوى المباشرة. وتعد الدعوى المباشرة من الدعاوي الخاصة التي تتعلق بأموال محددة في ذمة صاحب المشروع باعتباره مدين للمقاول الاصلي، ولا تتعلق بكل أمواله، أي أنها تنحصر على ما يكون مستحقا للمقاول الاصلي اتجاه رب العمل في الاصل. وتعد الدعوى المباشرة استثناء على مبدأ عدم انصراف اثر العقد للغير اذ انها تخول الدائن المطالبة بحق ناشئ على عقد لم يكن طرف فيه، وذلك باسمه هو لا باسم مدينه الذي أبرمه العقد، وكأن العقد الذي انشئ حق للمدين امتد اثره الى دائنه، فاكتسب حقا مباشرا منه.[1]

كما عرفت الدعوى المباشرة بأنها سعي مباشر من الدائن الى مدين مدينه على حق يمكنه من الاستئثار وحده دون الدائنين وهذا السعي.

كما تم تعريفها ايضا بأنها دعوى أو وسيلة قانونية يرفعها الدائن على مدينه يمارس فيها باسمه ولحسابه الحق الذي يكون لمدينه في ذمة ذلك المدين دون ان توجد اية علاقة قانونية بين صاحب الدعوى المباشرة ومدين مدينه. وكما عرفت بأنها دعوى يرفعها الدائن الذي هو مع ذمة مدين مدينه باسمه الشخصي وعلى حسابه الخاص.[2]

يتضح فيما سبق، أن المشرع الجزائري قد حدد نطاق رجوع المقاول الفرعي على صاحب الشروع وذلك بها لا يجاوز القرار الذي يكون مدين به للمقاول الاصلي وقد رفع الدعوى بموجب العقد الاصلي، فلا يمكن مطالبته بأكثر مما هو مدين به أصلا. فلو كان ما

[1] حنان مازة، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2016/2015، ص 127.

[2] خديجة مرزوق، حماية حقوق الدائن عن طريق الدعوى الغير مباشرة والمباشرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، عقود ومسؤولية، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند الحاج، البويرة، 2019، ص 35.

يطالب يه المقاول أكثر مما يكون رب العمل ملتزما به في اتجاه المقاول الاصلي، فلا يؤدي الا في حدود المبلغ المدين به. اذ تفترض الدعوى المباشرة أن يكون المقاول الفرعي دين لدى المقاول الاصلي من جهة وان يكون هذا الاخير دينا في ذمة صاحب المشروع، وترفع الدعوى مباشرة على أدنى مبلغ من هذه الديون.[1]

ثانيا: الاساس القانوني للدعوى المباشرة

وجدت فكرة الدعوى المباشرة صعوبة في دخول النظام القانوني نظرا لعدم تقبل الفقه لها كونها تناقض مبدأ المساواة بين الدانين ومبدأ نسبة العقود مما دفع ببعض الدراسات لها تركيز جهودهم على محاولة ايجاد مبرر لوجودها وتفسير الرابطة القانونية بين الدائن ومدين المدين حتى يتم تجاوز العائق لبذي يشكله المدائن السابقين.[2]

اسس البعض الدعوى المباشرة على منزلة حق الامتياز، ولما كان حق الامتياز لا ينشأ الا بنص خاص فإن الدعوى المباشرة تبقى موكولة الى نصوص خاصة، فلا ترد الى اصل عام.

وهناك من رد الدعوى المباشرة الى فكرة الاشراط لمصلحة الغير فكان المدين قد اشترط على مدينه رجوعا مباشرا لمصلحة دائنه وهذا محضر اقتراض لا ينهض به اساس من الواقع وهناك من ردها الى فكرة النيابة فكان المدين قد ناب عن دائنه في التعاقد مع مدين المدين وهذا ايضا افتراض لا يقوم على اساس.

وهناك من رد الدعوى المباشرة الى فكرة الاثراء بلا سبب فالدائن قد افتقر بمقدار النفقة التي قدمها أو بمقدار الخسارة التي تحملها وهذا الافتقار كان سببا في انزاء مدين المدين، فيكون للدائن ان يتقاضى من مدين مدينه اقل القيمتين، قيمة الافتقار أو قيمة الإثراء. ويلاحظ على هذا الرأي أن مدين المدين لم يشير بلا سبب، بل هناك سبب لإثرائه هو الدين الذي في ذمة المدين. كما أن افتقار الدائن يقابله الدين الذي له في الذمة المدين. فكل من

[1] حنان مازة، المرجع السابق، ص 128.

[2] حمزة لحول، المرجع السابق، ص 42.

الدائن ومدين المدين يجد مقابلا لما افتقر به أو اثري، والذي يهمنا هو ان توجد علاقة مباشرة ما بين هذين المقابلين، وهذا ما تعجز عن ايجاده نظرية الاثراء بلا سبب.[1]

غير ان كل النظريات لم تتمكن من تقديم اساس قانوني يعيد عن الانتقادات، ليبقى الاتفاق على ان هذه الدعوى هي تقنية قانونية تخفق من صلابة من نسبية العقود ومبدأ المساواة بين الدائنين لا تثبت الا بنص قانوني خاص ومن الضروري الاخذ بها تحقيقا للعدالة والانصاف وعلى كل نجد الدعوى المباشرة في مجال عقد المقاولة الفرعية اساسها في نص المادة 165 من القانون المدني، لتكون الدعوى التي يقيمها المقاول الفرعي مباشرة ضرب العمل اي مدين مدينه لمطالبته بها لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى.[2]

الفرع الثاني: خصائص الدعوى المباشرة

للمدعي المقاول الفرعي المباشرة ضد رب العمل عدة خصائص ومميزان أشار المشرع التي ينصها في المادة 565، القانون المدني، بينما تولي الفقه بيان البعض الاخر والتي تذكرها فيما يلي:

1-الدعوى المباشر أصلية اختيارية:

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

ومن ثمة يحق للمقاول الفرعي فيما لمصلحته ان يختار بين متابعة المقاول الاصلي اي مدين المباشر على اساس عقد المقاولة القائم بينهما أو مقاضاة رب العمل استنادا لنص المادة 565 أو حق الجمع بين الدعوي ومقاضاة الاثنين مع فيكونان ملزمين بالتضامن برفع مستحقاته طالما ان المادة اعلاه لم تشترط صراحة لمباشرة وخيول الدعوى المباشرة ضد رب العمل، عجز المقاول الاصلي عن الوفاء.

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام – الإثبات –آثار الإلتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ص 989، 990.

[2] حمزة لحول، المرجع السابق، ص 42.

ونتيجة لذلك ان أهمل المقاول الفرعي متابعة مدينه المباشر أي المقاول الاصلي لأي سبب من الاسباب، فإن ذلك لا يمنعه من مباشرة الدعوى المباشرة ضد رب العمل.

لهذا السبب تعتبر دعوى المقاول الفرعي المباشرة ضد رب العمل دعوى اصلية في القانون المدني الجزائري، بينما هي دعوى احتياطية في القانون المدني الجزائري، بينما هي دعوى احتياطية في القانون الفرنسي، كونه اشترط لممارستها عجز المقاول الاصلي عن الوفاء للمقاول الفرعي بعد مرور شهر من توجيه انذار اليه.[1]

2-الدعوى المباشرة غير تامة:

بمعنى انها دعوى لا تجمد دين المقاول الاصلي بين يدي رب العمل لفائدة المقاول الفرعي الا من وقت رفعه عكس الحال بالنسبة للدعوى المباشرة التامة التي تقوم بتجميد الدين منذ نشأته، فتكون كل تصرفات المقاول الاصلي في دينه لدى رب العمل من قبض أو رهن أو تنازل قبل تاريخ رفع الدعوى المباشرة سارية المفعول اتجاه المقاول الفرعي وتشكل دفوعا مقبولة في مواجهته اما بعد هذا التاريخ فلا تكون نافذة في حقه.

وقد أشار المشرع الى هذه الخاصة عندما اورد عبارة حق مطالبة رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى.[2]

3-الدعوى المباشرة الخاصة:

فالمقصود منه انها دعوى لا تسمح للمقاول الفرعي بمقاضاة سوى مدين فرعي معين ومطابقته بأموال محددة في ذمة أي انه لا يحق للمقاول الفرعي مقاضاة سوى رب العمل الذي استفاد من الاعمال المنجزة ومطالبته بالأموال التي تكون للمقاول الاصلي في ذمة وقت رفع الدعوة وبالتالي فهي قاصرة على ما يكون للمقاول الاصلي لدى رب العمل وليس على جمع أموال هذا الأخير كما يشترط ان يكوكن الدين مستحقا بسبب تنفيذ عقد المقاولة الفرعية.[3]

---

[1] حمزة لحول، المرجع السابق، ص 43.

[2] عبد الكريم عليلي، عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، القانون الإجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2015/2014، ص 52.

[3] عبد الكريم عليلي، المرجع السابق، ص 52.

4-الدعوى المباشرة من النظام العام وليس لها أثر قضائي:

ان المقصود بعبارة أنها دعوى ليس لها أثر قضائي انه لا يترتب على تقريرها أو رفعها انقضاء حق المقاول الفرعي لدى المقاول الاصلي، فحقه في الاجر لا ينقض الا إذا اتت هذه الدعوى ثمارها.

فلو وفي رب العمل للمقاول الفرعي بالدين الذي في ذمة المقاول الاصلي وكان هذا الدين اقل مما هو مستحق للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الاصلي، رجع المقاول الفرعي على المقاول الاصلي بما بقي مستحقا له.

وبجمع الفقه على اعتبار الدعوى المباشرة حكم يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنها مقدما في عقد المقاولة الفرعية كما لا يجوز لرب العمل ان يشترط على المقاول الاصلي عدم رجوع المقاول الفرعي أو عماله عليه بالدعوى المباشرة وان حصل مثل هذا الاتفاق فانه يكون عديم الاثر ولا يؤمن حقوق المقاول الفرعي والعمال، لأنهم ليس طرف فيه وحقهم في اقامة الدعوى المباشرة مستمر من نص القانون...[1]

5-هي سعي مباشر للدائن الى مدين مدينه: حيث يسعى مباشرة الدائن بنفسه برفع الدعوى باسمه الخاص ولحسابه دون ان يكون نائبا أو تدخل من طرف مدينه، فيصبح الدائن هنا دائن مباشر لمدين المدين فيصبح هو الحق الشخصي.

6-هي استثناء عن مبدأ نسبية آثر التصرفات القانونية: وذلك باعتبار ان المدعي هنا هو الدائن، وهو من الغير بالنسبة للمدعي عليه الذي يمثل مدين المدين فلا توجد أية علاقة قانونية بينهما.

7-هي تحقيق لضمان خاص للدائن: حيث تحميه من خطر تعرضه لمزاحمة الدائنين الاخرين وهو ما يعتبر خروجا من مبدأ المساواة بين الدائنين.

8-هي غل يد المدين: فمجرد رد الدعوى تفل يد المدين في حقه فيل مدين المدين.

[1] علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص 350.

9-هي دعوى كاملة: معنى انها تتوافر على جمع عناصر الدعوى من خصومة ومرافقات واصدار حكم.[1]

الفرع الثالث: أصحاب الحق في ممارسة الدعوى المباشرة

لم يقتصر المشرع الجزائري الدعوى المباشرة على المقاول الفرعي فحسب، وانما مد نطاقها الى عمال المقاول الفرعي حيث يتم شرحهم كالتالي:

أولا- الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن

وهو دائن يطالب في حدود الاجر المستحق له في ذمة المقاول الاصلي وما يتبع الاجر من نفقات وتمد مهمات وادوات وفوائد والطرف الاخر في هذه المطالبة، اي الطرف المدين هو رب العمل مدينا له للمقاول الاصلي بموجب عقد المقاولة الاصلي وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول الباطن، فإذا فرضنا أن المقاول من الباطن دائن للمقاول الاصلي بأربعمائة وان المقاول الاصلي دائن لرب العمل بخمسمائة، فان المقاول من الباطن يطالب بموجب الدعوى المباشرة رب العمل بأربعمائة. أما إذا كان المقاول الاصلي دائن لرب العمل بثلاثمائة، فإن المقاول من الباطن لا يطالب رب العمل الا بثلاثمائة.[2]

ثانيا - الدعوى المباشرة لعمال المقاول من الباطن

يحق لعمال المقاول من الباطن الرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول الاصلي لأنه في حكم صاحب المشروع في علاقتهم بهم وعليه يمكن لعمال المقاول الفرعي الاختيار انما الرجوع على صاحب المشروع أو على المقاول الاصلي عند عدم استيفاء اجورهم من قبل المقاول الفرعي. وتجب الاشارة الى ان هذه الاحكام قاصرة على العمال ن ولا تنطبق على موردي المقاول الاصلي، ومن ثم لهؤلاء دعوى مباشرة على صاحب المشروع لاستيفاء ثمن

[1] خديجة مرزوق، المرجع السابق، ص 36.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني الجديد، العقود الواردة عن العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد السابع، القسم الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ص 227، 228.

ما وردوه للمقاول الاصلي، ولا حق امتياز الا إذا قضي الاتفاق أو دفتر الشروط بخلاف ذلك.

اما إذا كان المقاول الفرعي قد حاول بدوره من الباطن، فالمقاول الفرعي الثاني حق الرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول الاصلي باعتباره في مكانه رب العمل بالنسبة له.

فيستفيد بذلك المقاول الفرعي الثاني من الحماية التي نصت عليها المادة 565 من القانون المدني. غير انه لا يمكنه رفع الدعوى المباشرة على صاحب المشروع، لان المادة المذكورة لا تمنح المقاول الفرعي الحق في رفع دعوى المباشرة الاعلى من قاول المقاولة، وهو المقاول الاصلي في حالة التعاقد الفرعي الثاني. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16 مارس1983.[1] الذي جاء فيه أنه من المتفق عليه فقها وقضاء أنه إذا كان المقاول من الباطن فتقاول هو ايضا بدوره من الباطن، فان المقاول الثاني له الحق في رفع دعوى مباشرة على المقاول الاصلي باعتباره رب العمل للمقاول من الباطن الأول، غير أنه لا يجوز أن يرفع تلك الدعوى المباشرة على رب العمل في العقد الاصلي، لان في ذلك خرق للمادة 565 من القانون المدني الجزائري.

وهناك من يرى بأنه يمكن لكل المقاولين الفرعيين في حالة وجود سلسلة عقدية، متابعة صاحب المشروع, فيرجع المقاول الفرعي الثاني بالدعوى المباشرة على المقاول الاصلي باعتبار رب العمل للمقاول الفرعي الأول، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على صاحب المشروع، على أن الدعوى المباشرة لا تمس الا الدفعات المتعقلة بالخدمات المقررة بموجب العقد الفرعي أين يستفيد صاحب المشروع فعليا حتى هذه الاعمال.[2]

[1] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 6 مارس 1983، ملف رقم 30940 / 30952، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص 15 -17.

[2] مازة حنان، المرجع السابق، ص ص 141، 142.

المطلب الثاني: ضوابط وآثار الدعوى المباشرة

حتى يباشر الدائن الدعوى المباشرة لا بد من توفر مجموعة من الشروط يجب أن تستوفيها حتى تقبل وتأتي بثمارها (الفرع الأول)، وعند توفر هذه الشروط يمارس الدائن حقه في هذه الدعوى وبالتالي تنتج وتترتب عنها مجموعة من الآثار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للدعوى المباشرة

حتى يتبين أصحاب الحق ممارسة الدعوى لابد من توافر الشروط بقبولها ولذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين الفرع الأول يتحدد فيه أطراف الدعوى المباشرة والفرع الثاني سنتناول فيه الدين وشروطه باعتباره موضوع الدعوى:

أولا- أطراف الدعوى المباشرة

غني عن البيان ان طرفي الدعوى هما المدعي رافع الدعوى والمدعي عليه الشخص المقامة ضده لكن من المهم تحديد الاشخاص الذين تنطبق عليهم هذا الوصف، وهو ما يتم كالآتي:

1- المدعي في الدعوى المباشرة:

بينت المادة 565 من القانون الاشخاص الذين يحق لهم اقامة الدعوى المباشرة وهم الفئات الثلاث التالية:

المقاول الفرعي (عمال المقاول الفرعي/ عمال المقاول الاصلي ومن ثم تثبت الدعوى المباشرة كحق لكل مقاول ينطبق عليه وصف (مقاول فرعي) وفقا لما تم بيانه سابقا.

كما ثبتت أيضا بصريح النص أعلاه لعمال المقاول الفرعي وعمال المقاول الاصلي، حيث يكون لهم الحق في اقامة دعوى مباشرة ضد مقاول الاصلي باعتباره رب العمل بالنسبة للمقاول الفرعي، وضد رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الاصلي فيرجون في الحالة الأولى بما هو مستحق في ذمة المقاول الاصلي للمقاول الفرعي بموجب عقد المقاولة الفرعية وقت رفع الدعوى، أما في الحالة الثانية فيرجون بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الاصلي بموجب عقد المقاولة الاصلي وقت رفع الدعوى، [1] والملاحظ أن تحديد

[1] عبد الكريم عليلي، المرجع السابق، ص ص 53، 54.

المشرع الاشخاص الذين يحق لهم اقامة الدعوى المباشرة يفتح مجال للتساؤل هل تثبت الدعوى المباشرة لصالح الفئات المذكورة أعلاه دون غيرهم؟ أما أن هناك مجال لتوسيع دائرة الاشخاص المستفيدين من هذه الميزة القانونية تشمل المقاولين الفرعيين مهما كانت درجتهم، رغم سكوت النص أعلاه على هذا الغرض، يجمع الفقه على ثبوت الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي مهما كانت درجته ويساير القضاء الفقه في ذلك حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1983/03/16 السابق الذكر ويتضح حيثيات هذا القرار ان القضاء الجزائري اجاز للمقاول الفرعي من الدرجة الثانية الاستفادة من احكام المادة 565 من القانون المدني واقامة الدعوى ضد مدين مدينه المباشر، مما يعني ثبوت الدعوى المباشرة لكل من المقاول الفرعي منهما كانت درجته.

وهو نفس الاتجاه الذي تبناه القضاء الفرنسي حيث اقر طرحه هذا الحق للمقاول الفرعي مهما كانت درجته، حتى يساوي بين جميع المقاولين الفرعيين في الاستفادة من الحماية المقررة لهم.

والاكيد انه الى جانب شرط الصفة ن يجب أن يستوفى المقاول الفرعي بعض الشروط أهمها أن يكون دائنا للمقاول الاصلي، فإن كان قد تلقى حقه من هذا الاخير أو كان قد تنازل له عنه فلا حق له في اقامة هذه الدعوى.

كما أنه من الضروري أن يثبت المقاول الفرعي وجود حق له لدى المقاول الاصلي وان هذا الحق قد حل اجله.

لكن لا يشترط ان يكون بين المقاول الفرعي سند تنفيذي، ولأن حقه محدد المقدار بدقة عند اقامة الدعوى وان كان تعيين المقدار الدين امرا ضروريا متى كانت الدعوى مهنية للفصل فيها.

كما لم يشترط المشرع على المقاول الفرعي اثبات اعسار المقاول أو عجزه عن الوفاء أو اهمال في استعمال حقوقه ولا أن يوجه له انذار بالدفع.[1]

وان كان تقاضي المشرع عن هذه الامور تبرره طبيعة الدعوى المباشرة وما ينشأ عنها من حق خاص ومباشر وشخصي لصالحها على الدين الذي في ذمة مدين مدينه فالمقاول الفرعي يباشر الدعوة المباشرة دون الحاجة الى مخاصمة المقاول الاصلي أو ادخاله في

[1] حمزة لحول، المرجع السابق، ص ص 46-47.

الخصومة ودون اشتراط اثبات عسره، فالدعوى قررت لمصلحته حتى يستوفى حقه في اقل وقت ممكن.

ويتعين على المقاول الفرعي توجيه انذار مباشرة لرب العمل، يلزمه فيه بوجوب دفع مقابل الاعمال المنجزة لصالحه، حتى يقيد حرية المقاول الاصلي في التصرف في ماله منذ ذلك التاريخ رغم ان هذا الانذار غير موجه له. لهذا من الضروري ان تدخل المشرع بالنص على ارسال نسخة من هذا الانذار الى المقاول الاصلي كذلك.

ونشيد في هذا الصدد ان القانون الفرنسي لا يسمح للمقاول الفرعي بمقاضاة رب العمل الا بعد انذاره للمقاول الاصلي وامتناع هذا الاخير عن الدفع بعد شهر من تاريخ توصله بالإنذار مع اشراع توجيه نسخة من هذا الانذار الى رب العمل حتى يجمد الدين بين يديه ويمتنع عن الوفاء للمقاول الاصلي.[1]

2- المدعي عليه في الدعوى المباشرة:

لا شك ان الطرف المقابل في الخصومة التي باشرها المقاول الفرعي هو رب العمل باعتباره ومدين المدين ما لم يثبت انه سبق وان ادى ما عليه للمقاول الاصلي اذ لا يلزم الا بدفع دين واحد.

ولكن إذا فرضنا ان المقاول الفرعي قاول هو الاخر من الباطن وعهد بالأعمال المستمرة الى اليه من المقاول الاصلي الى مقاول اخر فعلي من يعود هذا الاخير بدعواه المباشرة؟

لم يتناول المشرع في هذه الحالة، لكن الفقه يرى قياسا على ما ورد بالمادة 565 من القانون المدني برجوع المقاول الفرعي الثاني مباشرة على المقاول الاصلي باعتباره رب العمل للمقاول الفرعي الأول وليس على رب العمل الحقيقي، لأن هذه المادة مقتصرة على درجة واحدة من المقاولة من الباطن ولا تعطي الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي الا قبل رب العمل اي مدين مدينه[2].

أما عمال المقاول الفرعي الثاني فيرجعون بهذه الدعوى على المقاول الفرعي الأول باعتباره مدين مدينهم وعلى المقاول الاصلي اعتباره مدين مدينهم.

---

[1] حمزة لحول، المرجع السابق، ص48.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 229.

وإذا كان لهذا الرأي ما يبرره من الناحية القانونية على اعتبارات دعوى المباشرة تثبت للدائن في مواجهته مدين مدينه، ومما لا شك فيه ان اقامة الدعوى المباشرة ضد رب العمل يقتضي حتما ان يكون هذا الاخير مدينا حقيقيا للمدين الاصلي، فإن كان رب العمل قد وفي له بالدين، برئت ذمته نحو المقاول الفرعي.[1]

وقد استقر القضاء الفرنسي على وجوب توفر هذا القبول المزدوج لمباشرة المباشرة ضد رب العمل، حيث قضت الفرقة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1981/03/13 بانه يمكن لرب العمل الاحتجاج ضد المقاول الفرعي عند عدم قبوله به وموافقته غلى شروط الدفع الواردة في عقد المقاولة الفرعية.

كما اقرت في حكم اخر ان موافقة رب العمل الضمنية أو الصريحة على المقاولة الفرعية شرط ضروري لرفع الدعوى المباشرة ضده.

لكن عدم قبول رب العمل بالمقاولة الفرعية لا يمنع من التفضيل المقاول الفرعي الحقيقي على باقي دائني المقاول الاصلي في حالة الافلاس هذا الاخير، كون القضاء الفرنسي يرفض تحميل المقاول الفرعي وحدة نتائج الخطأ المرتكب من المقاول الاصلي، كونه هو الملزم بالحصول على موافقة رب العمل على المقاولة الفرعية.[2]

ثانيا- موضوع الدعوى المباشرة

حددت المادة 565 من القانون المدني موضوع الدعوى المقاول الفرعي ضد رب العمل بعبارة اجمل تجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى والاكيد ان سقوط حرف لا من النص العربي ادى الى تغير المعنى المقصود وبالتالي يجب على المشرع استدراك ذلك وتصحيح العبارة بجعلها بما لا يجاوز القدر كما سبق بيانه فهذه العبارة تؤكد ان الدعوى المقاول الفرعي ضد رب العمل هي من الدعاوي المباشرة غير الكاملة، فهي لا تشمل جميع اموال رب العمل وانما تقتصر على ما يكون رب العمل مدينا به للمقاول الاصلي[3] وقت مباشرتها والدعوى المباشرة مقيدة بثلاثة قيود هي:

[1] عبد الكريم عليلي، المرجع السابق، ص 54.

[2] حمزة لحول، المرجع السابق، ص 50.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 227.

القيد الأول: ان الاجر مقرر حسب ما هو متفق عليه في عقد المقاولة الفرعية كالمقابل الاعمال المتفق بشأنها في هذا العقد اي على المقاول الفرعي ان يطالب رب العمل فقط بالأجر المستحق له وما يتبعه من نفقات وثمن الادوات والفوائد.

القيد الثاني: يكون الاجر كمقابل عن الاعمال التي استفاد منها رب العمل فعليا

القيد الثالث: ان الاجر المطالب به هي المبالغ التي مازالت بذمة رب العمل لصالح المقاول الاصلي وحتى الفوائد فان القضاء الفرنسي يشترط احتسابها من تاريخ الانذار بالدفع الموجه للمقاول الاصلي.[1]

الفرع الثاني: آثار الدعوى المباشرة

ينتج عن الدعوى المباشرة في المقاولة الفرعية نتائج واثار عديدة منها يتعلق بالمقاول الاصلي (أولا) ومنها ما يتعلق بدائني المقاول الاصلي (ثانيا) ومنها ما يتعلق برب العمل ودائنيه (ثالثا)

أولا- نتائج الدعوى المباشرة على المقاول الاصلي

لا تؤثر الدعوى المباشرة في علاقة المقاول الاصلي بالمقاول الفرعي ولا في علاقته برب العمل اذ يبقي المقاول الاصلي مدينا للمقاول الفرعي، ويترتب على ذلك نتائج هامة تتلخص فيما يلي:

الأولى: بإمكان المقاول الفرعي ان يستوفى دينه من المقاول الاصلي فتبرأ ذمة رب العمل اتجاه المقاول الفرعي ولا يرجع عليه بشيء.

الثانية: إذا وفي رب العمل للمقاول الفرعي بالدين الذي في ذمته للمقاول الاصلي وكان هذا الدين اقل ما للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الاصلي، حق للمقاول الفرعي الرجوع على المقاول الاصلي بما بقي مدينا به أو التقدم في تفليسه، حتى يستوفى حقه كاملا من رب العمل والتفليسة.

الثالثة: يبقي المقاول الاصلي دائنا لرب العمل لكنهه لا يستطيع استيفاء حقه منه بعد رفع الدعوى المباشرة أو توجيه الانذار بالدفع لرب العمل. ويكون مركزه اشبه بمركز المدين

[1] عبد الكريم عليلي، المرجع السابق، ص 55.

المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير فلا تبقى للمقاول الاصلي سلطة التصرف في حقه لدى رب العمل بعد ان يجمد بفعل الانذار أو رفع الدعوى المباشرة اذ تنفيذ حريته بعدما كان بإمكان القيام بجميع انواع التصرفات من استفتاء أو مقاطعة أو ابراء والتي تكون سارية المفعول في حق المقاول الفرعي دون قيد أو اشط استيفاء حقه كله أو بعضه.[1]

ثانيا- نتائج الدعوى المباشرة على دائني المقاول الاصلي

لا تقتصر تبعات الدعوى المباشرة على المقاول الاصلي بل تمتد الى دائنيه سواء كانوا من اصحاب الدعوى المباشرة أو من الدائنين العاديين وهو ما يتم شرحه في الآتي:

1- حالة النزاع بين حائزي الدعوى المباشرة:

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

لا اشكال على الاطلاق ان كان الدين الذي في ذمة رب العمل اتجاه المقاول الاصلي يغطي كل المبالغ المستحقة لأصحاب الدعوى المباشرة اذ يأخذ كل واحد منهم نصيبه.

لكن الاشكال يطرح فعلا عندما لا يكفي هذا الدين للوفاء لهم جميعا فكيف يحل المشرع القانوني بينهم في هذه الحالة؟

يجمع الفقه على انه إذا تعدد الدائنون المستفيدون من الدعوى المباشرة ورفعها جميعها ولم يكن في ذمة رب العمل من اموال المقوال الاصلي ما يسعى بجميع حقوقهم، تقاسموا ما يحصلون عليه من رب العمل قسمة الغرماء فيما بينهم كل بالنسبة حقه، ويتساوى في ذلك تزاحم المقاولون الفرعيين فيما بينهم أو هم وعمال المقاول أو هؤلاء جميعا وبعضهم عمال المقاول الفرعي، فالقانون لم يعطي حق الافضلية أو حق الامتياز لأحدهم دون الباقين لهذا ينبغي ان يعاملوا كلهم على قدم المساواة. [2]

[1] عبد الكريم عليلي، المرجع السابق، ص 56.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 232.

الاكيد حتى يتمكن المقاول الفرعي من تجنب مزاحمة باقي المقاولين الفرعيين أو الدائنين الاخرين ان يبادر باتخاذ اجراءات سابقة على رفع الدعوى المباشرة وذلك توجيه انذار لرب العمل قبل ان يقوم هذا الاخير بالوفاء لاحد المقاولين الفرعيين الاخرين أو حتى عمالهم أو عمال المقاول الاصلي، أو قبل صدور حكم قضائي في الدعوى المباشرة المقامة من طرف أحد هؤلاء الاشخاص.

النزاع بين المقاول الفرعي ودائني المقاول الاصلي من غير حائزي الدعوى المباشرة قد يضطر المقاول الاصلي الى البحث عن مصادر مالية لتمويل مشروعه، فيقوم اما برهن المشروع أو التنازل عن حقه لدى رب العمل للغير، فمثل هذا التصرف قد تهدد امكانية استيفاء المقاول الفرعي لحقه في الاجر مما يولد نزاعات بينهم.

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

غير أن توجيه أحد المستفيدين من الدعوى المباشرة انذار بالدفع لرب العمل أو رفع هذه الدعوى، يمنع على هؤلاء الدائنين سلوك طريق الدعوة الغير مباشرة لان ما يحضر على صاحب الحق (المقاول الاصلي) يحضر على كل من يحل محله.

كما يمنح عليهم اجراء حجز ما للمدين لدى الغير فلا يجوز لهم البدء فيه بعد انذار رب العمل أو اقامة الدعوى المباشرة ضده وان صادق وان تم توقيعه قبل هذا التاريخ دون ان يصدر حكم قضائي بتثبيته، فلا يعود بإمكان الدائن الحاجز الاستمرار فيه، وحتى وان صدر حكم فيه، فإنه لا يكون نافذا في حق المقاول الفرعي رافع الدعوى المباشرة نتيجة لذلك فان حائز الدعوى المباشرة يتعلق ينقلب دائما على الدائن الاخر للمقاول الاصلي سواء باشر الدعوى غير المباشرة أو سلك طريق الحجز ما للمدين لدى الغير.[1]

[1] مصطفى عبد السيد جارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، ط 1، دار النشر العربية، القاهرة، 1998، ص 98.

ثالثا- نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل ودائنيه

يتأثر رب العمل بالدعوى المباشرة التي يقيمها ضد رب العمل، كما تمتد آثارها لدائنيه حتى ولو كانوا من الغير بالنسبة للمقاول الفرعي، وهو ما يتضح مما يلي:

1-نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل:

يترتب على اقامة المقاول لفرعي للدعوى المباشرة ضد رب العمل تجميد الدين الذي عليه لصالح المقاول الاصلي من وقت ممارستها، ليخصص للوفاء بحقوق رافعها.

ان حكم التجميد يسرى على المقاول الاصلي وكذلك على رب العمل فيحق لهذا الاخير قبل اقامة الدعوى المباشرة أو توصله بالإنذار من قبل مقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الاصلي التصرف بكل حرية في هذا الدين فيجوز له ان يوفي للمقاول الاصلي بحقه كله أو بعضه أو لدائنيه فتبرأ ذمته لحق المقاول الفرعي، كما له أن يجرى مقاصة بين حق المقاول الاصلي الذي في ذمته وحقه لدى المقاول الاصلي.

لكن بعد هذا التاريخ يمنع رب العمل من الوفاء للمقاول الاصلي، بل يجب ان يكون الوفاء للمقاول الفرعي وحده حتى ولو كان دين معلق على شرط أو مقترنا بأجل فيكون عندئذ ملزما بالوفاء الدين للمقاول الفرعي بعد يتحقق الشرط أو يحل الاجل.

وان قام رب العمل بالوفاء للمقاول الاصلي، اعتبر مخطأ وكان الوفاء غير ساريا في حق المقاول الفرعي والعمال، فيلزم رب العمل بإعطاء هؤلاء حقوقهم في حدود ما يكون للمقاول الاصلي من مال في ذمته، ثم يرجع على المقاول الاصلي بما دفعه لهم وينطبق هذا الحكم حتى ان وقع الوفاء للمقاول الاصلي على حق مستحق الاداء.[1]

2-نتائج الدعوى المباشرة على دائني رب العمل:

يحدث ان يكون رب العمل في حالة اعسار والمال الذي في حوزته لا يكفي للوفاء بكل الديون التي عليه فيجد عندئذ المقاول الفرعي رفع الدعوى المباشرة نفسه رافع الدعوى المباشرة نفسه امام دائنين آخرين لرب العمل، فكيف يحل النزاع القائم بينهم.

[1] عبد الكريم عليلي، المرجع السابق، ص 58.

إذا كانت الفقرة الثانية من المادة 565 من القانون المدني تجعل رب العمل ملزما في حدود ما مدين به للمقاول الاصلي ويجمد هذا الدين لصالح المقاول الفرعي وعماله وعمال المقاول الاصلي من تاريخ رفع الدعوى على رب العمل، فان هذه المادة لم تتعرض اطلاقا الى النزاع المحتمل بين دائني رب العمل والمقاول الفرعي في حالة ما إذا لم يكف المال الذي في حوزة رب العمل لأوقات جميعا. كما ان الدعوى المباشرة لا تميز المقاول الفرعي الا في علاقة مع سائر دائني المقاول الاصلي، ومن ثمة لا يحتج على دائني رب العمل بالدعوى المباشرة إذا وفي هذا الاخير للمقاول الفرعي وحده دونهم. فيكون بإمكانهم الطعن في هذا الوفاء طبعا لأحكام المادة 191 من القانون المدني عن طريق اقامة دعوى عدم نفاذ التصرف. [1]

[1] مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع السابق، ص 97.

المبحث الثاني: حق الامتياز المقرر للمقاول من الباطن

نظم المشرع الجزائري حقوق الامتياز في الباب الرابع والأخير من القانون المدني وذلك بالمواد من 982 إلى 1003، وقد قررت هذه الحقوق لحماية الدائن وذلك بمنحه امتيازا ضمانا لحقوقه عند تزاحم باقي الدائنين، فيكون له الأولوية في إستفاء دينه من ذمة المدين مما يحث الراحة والطمأنينة وهذا بهدف إضفاء الاستقرار في المعاملات، كما تطرق المشرع الجزائري لحقوق الامتياز في المقاولة الفرعية في المادة 565 بإعطاء المقاول الفرعي حق الامتياز لاستحقاق ديونه وبالتالي للتوضيح أكثر سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم وخصائص حق الامتياز، أما في المطلب الثاني فسنتناول حق امتياز المقاول الفرعي في حالة توقيع الحجز.

ستتناول في هذا المبحث إلى مفهوم حق الامتياز من خلال الخوض في مفهوم حق الامتياز ويكون ذلك في المطلب الأول. أما في المطلب الثاني فسنخصصها نتائج ممارسة المقاول من الباطن لحق الامتياز.

المطلب الأول: مفهوم حق الامتياز

سنعرف حق الامتياز من خلال الفرع الأول ثم سنتناول أنواع حقوق الامتياز في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف حق الامتياز

حق الامتياز بالمعنى العام: يمكن تعريف حق الامتياز باعتبار المعنى العام هو: " الحق الذي له أولوية التقدم في الاستيفاء على سائر الحقوق لمصلحة معتبرة شرعا".[1]

حق الامتياز في الفقه القانوني: الفقه وكعادته دائما يجب أن يضع بصمته من خلال محاولته لوضع تعريف جامع ومانع لحق الامتياز وبشكل مفصل فقد عرفة الأستاذ بلحاج

[1] يمينة شودار، أحكام حق الإمتياز في الفقه الإسلامي، القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، قسم شريعة وقانون، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص 34.

العربي بأنه " حق الأفضلية على مجموع أموال المدين أو على بعضها، يقرره القانون لدين معين مراعاة لصفته، فهو حق عيني.

تابع يتقرر بمقتضى نص قانوني لحق معين يخول للدائن على مال معين يملكه مدينه بسبب طبيعة حقه، وضمانا للوفاء به، فيمنح الدائن أسبقية اقتضاء حقه بالأولوية وفي أي يد كان مراعاة لصفته.[1]

-حق الامتياز في التشريع الجزائري: لقد عرف المشرع حق الامتياز في الفقرة الأولى من نص المادة 982 من القانون المدني الامتياز أولوية يقررها القانون الدين معين مراعاة منه لصفته. ويلاحظ على هذا التعريف أنه أبرز ثلاثة أمور يتميز بها حق الامتياز:

فهو من ناحية قد عرفه بانه اولوية، ذلك أن أهم ما يتضمنه الامتياز هو الأفضلية التي يهينها الدائن، ومن ناحية ثانية انه أبرز أن القانون مصدر الامتياز، مختلفا في ذلك عن سائر التأمينات العينية، ومن ناحية ثالثة حرص التعريف على إظهار أن هذه الأولوية تقرر مراعاة من القانون لصفة خاصة في الدين أبي السبب الدين أو مصدره.

وقد تحاشى المشرع عمدا وصف حق الامتياز بأنه حق عيني خلافا لما فعله في باقي التأمينات العينية، حتى لا يقطع برأي في الخلاف الفقهي حول طبيعة بعض حقوق الامتياز وعلى الخصوص حقوق الامتياز العامة.[2]

الفرع الثاني: انواع حقوق الامتياز

ان حقوق الامتياز نوعان بحسب محلها فبعضها يرد على كل اموال المدين فتسمى حقوق الامتياز العامة وبعضها الاخر يرد على بعض امواله فقط وتسمى حقوق الامتياز الخاصة

[1] بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية، الطبعة الثانية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص 385.

[2] عبد الجليل مستور، خالد شيحاني، النظام القانوني لحق الإمتياز العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2018/2017، ص 12.

أولا–تعريف حقوق الامتياز العامة: هي تلك التي تقرر على جميع أموال المدين، بحيث تصبح كل ممتلكاته من منقولات وعقارات ضامنة للوفاء بالدين الممتاز. ومن بين الديون التي لها امتياز عام.[1]

حقوق الامتياز العامة هي التي ترد على كل أموال المدين من عقار ومنقول، إلا أن حقوق الامتياز الواردة على منقول على أساس أن الامتياز العام لا يمتد إلى عقارات المدين إلا إذا استنفذت أولا قيمة المنقولات، بمعنى أن حقوق الامتياز العامة هي أساسا حقوق امتياز على المنقولات ولا ترد على العقارات إلا بصفة احتياطية. وهذا ما ينص عليه التقنين المدني الفرنسي.[2]

ومثل هذا النص لا مقابل له في القانون المدني الجزائري حيث ترد حقوق الامتياز العامة على العقارات في نفس الوقت الذي ترد فيه على المنقولات حسب أحكام القانون

المدني.[3] ولعل ما يبرر إدخال حقوق الامتياز العامة في نفس طائفة حقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقولة: [4]

1– أن حقوق الامتياز العامة فيما ترد عليه من منقولات تحتاج إلى بيان مرتبته بالنسبة الحقوق الامتياز الأخرى الواردة على المنقولة.

2– أن حقوق الامتياز العامة فيما ترد عليه من عقارات تبتعد عن حقوق الامتياز الخاصة

العقارية في أنه لا يجب بشأنها الشهر وتتحدد مرتبتها بنص القانون لا بوقت القيد. وهي دائما نتقدم على حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار.[5]

[1] علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص130

[2] سمير عبد السيد نتاغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، 1996، ص 336.

[3] عبد الجليل مستور، خالد شيحاني، المرجع السابق، ص 14.

[4] المادة 984 من القانون المدني الجزائري.

[5] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ص 396، 397.

ثانيا: تعريف حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على العقار

وهي حقوق الامتياز الخاصة العقارية، التي تقع على عقار معين بالذات من العقارات المملوكة للمدين، وهي تنتج نفس الأثار القانونية التي تنتجها الرهون الرسمية، وإن كان مصدرها نص القانون، بما في ذلك قاعدة عدم التجزئة.

وتسري أحكام الرهن الرسمي على حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار بما لا يتنافى مع طبيعة هذه الحقوق، كما انه تسري أحكام الرهن الرسمي المتعلقة بهلاك الشيء أو تلفه على حقوق الامتياز، فإذا لم يكفي العقار المعين لأداء حق الدائن الممتاز، نفذ الدائن كدائن عادي على كافة أموال المدين الأخرى.[1]

ولأن حق الامتياز الخاص الواقع على العقار يشبه لحد كبير الرهن الرسمي يحدث خلط بينهما، إلا أن الفرق الجوهري واضح بينهما من حيث مصدر النشأة، إذ بينما تنشا الامتيازات بنص القانون، ينشأ الرهن الرسمي بالاتفاق، وأيضا يختلفان من حيث الأساس بحيث يقرر القانون الامتياز بمراعاة صفة الدين إما الرهن الرسمي فيقرر بمراعاة صفة الدائن فيما يخص الرهن الرسمي الجبري.[2]

و بالنسبة لتعريف حقوق الامتياز الخاصة العقارية، يمكن أن نستنتج تعريفا لحق الامتياز الخاص العقاري بأنه " حق عيني تبعي يرد على عقار معين من عقارات المدين يقرره القانون الضمان الوفاء بدين معين مراعاة منه لصفته , بحيث يمنح هذا الحق الدائن ميزة الأفضلية في استيفاء حقه على غيره من الدائنين وحق تتبعه في أي يد كان بعد تحقق قيده.[3]

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 405، 406.

[2] محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الحقوق العينية التبعية، الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 388.

[3] عبد الجليل مستور، خالد شيحاني، المرجع السابق، ص 16.

ثالثا: تعريف حقوق الامتياز الخاصة على المنقول

وهي حقوق ترد على منقول معين أو منقولات معينة، وهي نوعان:

الأول: هو حقوق الامتياز للمصروفات القضائية، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة، امتياز مصروفات صيانة المنقول وحفظه.

الثاني: وهو حقوق الامتياز الآتية:

- امتياز مصروفات الزراعة.
- مؤجر العقار على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة.
- امتياز حقوق صاحب الفندق على أمتعة النزيل.
- امتياز بائع المنقول ـ
- امتياز متقاسم المنقول.

ولقد حدد المشرع حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول في المواد: (994.995- 996.997. 998) مدني.

ووجه الامتياز الذي تقدمه هو الأفضلية في استيفاء الحق من ثمن هذا المنقول بالأسبقية على غيره من الديون بحسب الرتبة التي يحددها المشرع من حق تتبعها في أي يد تكون، إلا أن هذا الامتياز يتأثر بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. فإذا كان الشخص حق امتياز على منقول ثم حازه آخر بموجب سند صحيح وبحسن نية، فإن ذلك يطهره بما يثقله من امتياز وينص على هذا الحكم المادة 985 م. ج "لا يحتج بحق الامتياز على من حاو المنقول بحسن نية ". ويعتبر حائزا بحكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة للمنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة للأمتعة التي يودعها النزلاء.[1]

[1] يمينة شوبار، المرجع السابق، ص 44.

الفرع الثاني: خصائص حق الأمتياز

بعد تعريف حق الامتياز يتوجب علينا تحديد الخصائص التي تنطبق على حقوق الامتياز والتي سوف نتناولها.

-الأمتياز حق عيني

لا خلاف في الفقه في أن حقوق الامتياز الخاصة عدا الامتياز على الديون، حقوق عينية لأنها سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات، وتعطي صاحبها ميزتي التقدم والتتبع، أما بالنسبة لحقوق الامتياز العامة والامتياز على الديون.[1] فقد حصل خلاف فقهي في تحديد طبيعتها، فقد اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار حقوق الامتياز الخاصة فقط حقوقا

عينية تبعية لأنها ترد على مال معين من أموال المدين. في حين أن حقوق الامتياز العامة لا تعتبر حقوق عينية بالمعنى الدقيق، لأنها ترد على شيء غير معين بذاته، فحقوق الامتياز العامة ترد على أموال المدين جميعها وكذلك الأمر بالنسبة للامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية.

حقوق الامتياز العامة ترد على أموال المدين جميعها وكذلك الأمر بالنسبة للامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية.

وهناك اتجاه آخر فقهي يرى أن حقوق الامتياز كلها هي مجرد أوصاف تلحق ببعض الديون تكفل لها الأولوية في الاستيفاء دون أن تكون حقوق عينية تبعية.[2]

ولكن اغلب الفقهاء ذهبوا إلى أن حقوق الامتياز كلها حقوق عينية سواء منها حقوق الامتياز العامة والخاصة، وفي هذا يقول الأستاذ سليمان مرقس: "لا محل في القانون المصري في المنازعة في أن الامتياز حق عيني، حيث قد نص عليه المشرع في الباب الرابع من الكتاب الرابع الذي نظم فيه الحقوق العينية لتبعية، وفي فرنسا الراجح أن الامتياز

[1] جاب الله مريم، سدايرية عايدة، حقوق الإمتياز في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004، 2007، ص 09.

[2] عبد الجليل مستور، خالد شيحاني، المرجع السابق، ص 17.

حق عيني يحول صاحبه بما تخوله إياه سائر الحقوق العينية من ميزتي التقدم ولنتبع" وهذا القول ينطبق على حقوق الامتياز في القانون المدني الجزائري، فقد أوردها المشرع في كتاب الحقوق العينية التبعية. [1]

-الأمتياز حق تبعي

لأنه كغيره من التأمينات العينية الأخرى يقوم لضمان الوفاء بحق أصلي، هو الدين المضمون به، ويترتب على ذلك أن يتبع هذا الدين وجودا وعلما، فيبقى ببقائه، وينقضي بانقضائه. فإذا تم الوفاء بالدين المضمون أو حكم ببطلانه، ينقضي الامتياز ويزول بالتبعية.[2]

-الامتياز حق مصدره إرادة المشرع

وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية سن نصت المادة 982 من القانون المدني بقولها "لا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني.

وبناء على ذلك لا يكون لحق الامتياز سوى مصدر واحد هو نص القانون، فلا يجوز للطرفين أن ينشأ امتيازا بإرادتهما في غير الحالات التي يقرره فيها القانون ولا يجوز للقاضي أن يقرر امتيازا لدين لا يعتبره القانون ممتازا.[3]

بحيث يتولى القانون تنظيم أحكامه من ناحية مرتبة والقيد ووعاء الامتياز وغيرها، فإرادة الطرفين لا تملكان إنشاء حق امتياز، وإن إتفقا على ذلك وقع إتفاقهم باطلا، فلسنا بصدد حق رهن، كما لا يمكن لأي محكمة أن تقضي بترتيب حق امتياز غير وارد النص عليه، على غرار حق الاختصاص، فيتعرض الحكم للطعن عليه لمخالفته الصريحة للقانون.[4]

---

[1] جاب الله مريم، سدايرية عايدة، المرجع السابق، ص 09.

[2] حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ت ن، ص 500.

[3] محمد الطاهر بشير، غني حسون، الحقوق العينية، دار السنهوري، لبنان، 2016، ص 567.

[4] رضا عبد الحليم، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، جامعة بنها، كلية الحقوق، د ب ن، 2009، ص 357.

-الامتياز حق مقرر لصفة الدين

إن المشرع، إذ يحتكر تقرير حقوق الامتياز، يستهدي في ذلك بوصف يقوم في الدين الممتاز، ويقدر في ضوئه جدارة الدين بالأولوية، ويترتب على مراعاة صفة الدين في الامتياز، أن الامتياز بيقى، ولو تغير شخص الدائن، فإذا حول الدائن حقه الممتاز الأخر، كان للدائن الجديد أن يستفيد من الامتياز.[1]

ويلاحظ أن حقوق الامتياز استثناء من الأصل الذي يقضي بأنه لا تفضيل بين ديون الدائنين، ومن ثم لا امتياز بلا نص ووجب أن لا يقاس على هذا الاستثناء وإلا حصل توسع في تفسيره، لأن ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه، بيد أنه لا يصح أن تغالي في الأخذ بالصفة الاستثنائية لحق الامتياز لدرجة أن نقصره على ذات الدين المضمون به دون توابعه بل يتعين القول بان الامتياز يضمن هذه التوابع كمصروفات المطالبة بالدين وفوائد.

-الامتياز غير قابل للتجزئة

وهو في هذا كسائر الحقوق العينية لا يقبل التجزئة، فكل جزء من الشيء (العقار وعاء الامتياز مثلا) المحمل بهذا الحق ضامن لكل الدين الممتاز، وكل جزء من الدين المضمون بكل شيء الخاضع لهذا الضمان، فان المال الذي تعلق به الدين يصبح مشغولا كله بالدين كاملا، وبالتالي فانه يبقى كل شيء ما بقي جزء من الدين الممتاز لم يسدد، فإذا سدد المدين جزءا من الدين فقط، يظل المال الذي تعلق به الدين (العقار وعاء الامتياز) كله ضامنا الجزء الباقي من الدين، ومثال ذلك إذا هلك جزء من المال ظل الجزء الباقي ضامنا لكل الدين وللتوضيح أكثر فإذا هلك العقار محل الامتياز هلاكا جزئيا ببقى الدين مضمون بذلك الجزء الذي يبقى الامتياز واردا عليه، وكذلك بالنسبة لسداد جزء من الدين فالجزء الباقي من الدين، لا يؤدي إلى تجزأ حق الامتياز الوارد على العقار، بل يبقى

[1] محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 284، 285.

الامتياز واردا على العقار بأكمله، ولا ينقضي إلا بقضاء الجزء الباقي من الدين أي يستوجب سداد الدين بأكمله. [1]

الفرع الثالث: حق امتياز المقاول الفرعي في حالة توقيع الحجز

لم يكتف المشرع يمنح المقاول الفرعي الحق في إقامة النحو والمباشرة ضد مدين مدينه وأقر له بالإضافة إلى ذلك حق الامتياز في حالة توقيع الحجز بين يدي رب العمل، الأمر الذي يدفع للسؤال عن الغاية من تقرير حق الامتياز المقاول الفرعي إلى جانب الدعوى المباشرة والأشخاص المستفيدين من هذا الحق، بالإضافة إلى ضرورة توضيح موضوع هذا الامتياز والنتائج المترتبة على استعماله وهذا ما سيتم توضحيه.

نطاق حق الأمتياز

يقتضي بحث حق الامتياز الممنوح للمقاول الفرعي ومن في حكمه، بيان الغاية التي أرادها المشرع من هذا المنح، وتحديد نطاق هذا الحق من خلال تبيان الأشخاص المستفيدين منه إلى جانب توضيح محله وقيده.

أولا: الغاية من حق الامتياز

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

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

[1] عبد الجليل مستور، خالد شيحاني، المرجع السابق، ص 17.

طبقا للقواعد العامة يجوز للمقاول الفرعي باعتباره ذائقا للمقاول الأصلي أن يسلك طريق حجز ما للمدين لدى الغير، فيحجز على أموال المقاول الأصلي بين يدي رب العمل حتى يتحصل على حقوقه. [1]

لكن على اعتبار أن حجز ما للمدين لدى الغير طريق عادي للتنفيذ فإنه لا يكسب سالكه مركز مانعا أو مميزا بمعنى أنه يحق لغيره عن دائني المقاول الأصلي أن يسلك نفس الطريق ويوقع حجز آخر كما أن قيام المقاول الفرعي بالحجز لا يقيه من مزاحمة باقي الدائنين. لهذا السبب يبقى الحجز أقل فعالية من الدعوى المباشرة، كون هذه الأخيرة متى رفعت منعت البدء في الحجز أو حتى الاستمرار فيه إذا كان سابقا لها.

إن هذا الأمر حتم على المشرع التدخل بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 565 من القانون المدني وجعل هذا الحجز مقترن بميزتان هامتان هما:

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

الثانية: أنه بإمكان رب العمل أن يفي مباشرة للدائنين الحاجزين أصحاب الامتياز دون اشتراط تحول هذا الحجز إلى حجز تنفيذي ومباشرة الاجراءات القضائية في هذا الشأن فقد قرر المشرع صراحة أنه في حالة توقيع الحجز بين يدي رب العمل، يكون للمقاول الفرعي حق الامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز من جهة وعن أخرى على جواز أداء هذه المبالغ إليه مباشرة.

من ثمة فإن توقيع الحجز شرط أساسي للاستفادة المقاول الفرعي من حق الامتياز لكن هذا لا يعني أن مصدر هذا الحق هو الحجز، إنما يبقى مصدره نص المادة أعلاه. [2]

ومما لا شك فيه أن اقتران الحجز بهاتين الميزتين زاد من فعالية هذا الإجراء حتى أن بعض الشراح رأوا فيه الملك الأفضل للمقاول الفرعي من الدعوى المباشرة لأنه لو فرضنا أن

[1] عبد الكريم عليلي، المرجع السابق، ص 59.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 232.

المشرع لم يعطي حق الامتياز المقاول الفرعي وسجقه دائن أخر للمقاول الأصلي من غير أصحاب هذا الحق وضرب حجز على ما للمقاول الأصلي لدى رب العمل، ثم وفي الله هذا الأخير بما في ذمته قبل أن يقيم المقاول الفرعي دعواه المباشرة ففي هذه الحالة يتشارك المقاول الفرعي مع هذا الدائن ويتقاسما المال بينهما قسمة غرماء، لكن بتقرير المشرع لحق الامتياز للمقاول الفرعي يكون قد جنبه المزاحمة ومكنه من التقدم على هذا دائن الحاجز.

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

فالحجز في هذه الفترة أي قبل صدور حكم بصحته وتثبيته يكون له أثر تحفظي فقط ويبقى الحق في ذمته صاحبه ومع ذلك لا يحق لهذا الأخير التصرف فيه، في حين لا يمكن الاحتجاج بالأثر التحفظي للحجز على صاحب الدعوى المباشرة طالما أنها حق مستقل ونافذ بقوة القانون.[1]

أما في الحالة التي يضرب فيها الحجز ويصدر حكما قضائيا بتثبيته، فلا يمكن بعد ذلك إقامة الدعوى المباشرة على رب العمل، إنما يجب على المقاول الفرعي ومن في حكمه أن يسلكوا طريق الحجز والاستفادة من حق الامتياز المقرر له قانونا.

ثانيا: المستفيدون من حق الامتياز

أشار المشرع إلى الأشخاص المستفيدين من حق الامتياز بلفظ ولهم " هو اللفظ العائد على الأشخاص الواردة أسماؤهم في الفقرة الأولى من ذات المادة بناء عليه فإن حق الامتياز يثبت لنفس الأشخاص المستفيدين من الدعوى المباشرة، وهم المقاول الفرعي وعماله

[1] مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع السابق، ص ص 99، 100.

وعمال المقاول الأصلي، فيستوفي هؤلاء الأشخاص حقوقهم بامتياز مقدمين على باقي دائني المقاول الأصلي.[1]

نلاحظ هنا أنه إذا كان عمال المقاول الفرعي هم من وقعوا الحجز بين رب العمل فإنهم يكونون قد اتخذوا هذا الإجراء ضد مدين منين مشيتهم وهذا خروجا عما جابت به القواعد المنظمة لحجز ما للمدين لدى الغير التي تقضي بمتابعة الحال بين يدي مدين المدين.

زيادة على ذلك يستخلص من النص أعلاه أنه يجوز أن يوقع الحجز من أحد دائني المقاول الأصلي كالمقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الأصلي أو حتى من دائن أخر ثم ينضم إليه باقي الدائنين، أو يوقع منهم جميعا لأن تقرير الامتياز يقتضي أن نكون أمام حالة تزاحم بين الدائنين ووجود النزاع القائم بينهم، وعليه يستوجب تقدم كل من المقاول الفرعي وعماله وعمال المقاول الأصلي على باقي الدائنين المشاركين في الحجز على أساس حق الفراج في الامتياز الممنوح لهم.[2]

موضوع حق الأمتياز وقيده

سنتطرق أولا إلى موضوع حق الامتياز ثم إلى قيد حق الامتياز كالآتي:

أولا: موضوع حق الامتياز

بين المشرع في المادة أعلاه كذلك محل الامتياز الممنوح للمقاول الفرعي، وهو المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وقت التوقيع الحجز، فلا يجوز توقيع الحجز إلا بالقدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز مثل ما هو الحال في الدعوى المباشرة، وفي ذلك كما سبق القول منعا لأي ضرر قد يلحق برب العمل، وإن كان قصد المشرع في هذه المسألة واضح وصريح، إلا أن بعض المؤلفين أثاروا تساؤلا مفاده هل يثبت المقاول الفرعي اعتبار على العقار الذي شيده أو ساهم في تشييده؟ ينص

[1] المادة 565، من القانون المدني الجزائري.

[2] مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع السابق، ص 100.

عليه القانون المدني بأن المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائد بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه. [1]

يستخلص من هذا النص أن المشرع قد خص المقاولين والمهندسين المعماريين الذين قاموا بتشييد عقار أو ترميمه أو صيانتها، بامتياز لضمان القادم المبالغ المستحقة لهم بسبب هذه لأعماله على اعتبار لأن عمل هؤلاء زاد في قيمة العقار وفي ذمة المالية لصاحبه، فمن العدل إذن أن يتقدموا بدينهم في حدود تلك الزيادة يعتبر البعض الشراح أن حق الامتياز المقرر في هذه المادة، لا يثبت إلا للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم مالك العقار بأعمال التشييد أو الترميم أو الصيانة، أما من لم يتعاقد معهم مالك الأرض مقام عليها البناء أو مالك البناية محل الترميم أو الصيانة، فلا يثبت الهم هذا الامتياز، ونتيجة لذلك لا يحق للمقاول الفرعي الاستفادة من هذا الامتياز.[2]

في حين يرى البعض الآخر أن هذا الرأي يكون المقبول لو أن المشرع أبقى المقاول الفرعي ورب العمل أجالب تماما عن بعضها البعض، أما وأنه أقر للمقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل مباشرة بما هو مستحق له في ذمة المقاول الأصلي، فيكون بالتالي فقد أوجد علاقة مديونية مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي. بالإضافة إلى فأن كل من الدعوى المباشرة وحق الامتياز يهدفان إلى الوصول لرب العمل باعتباره المستفيد الحقيقي من الأعمال، فليس من العدل أن يشتري رب العمل على حساب المقاول الفرعي هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن النص أعلاه لم يشترط صراحة أن يكون المستفيدون من هذا الحق هم المتعاقدون مع مالك العقار، بل أورد لفظ " تعهد إليهم وهو لفظ عام يتسع تفسيره لكل من لهم صفة في أن يعهد بالعمل إليهم، ومما لا شك فيه أن للمقاول الأصلي الصفة في أن يعين بالعمل للمقاول الفرعي. وعلى هذا الأساس لا يوجد ما يمنع استفادة المقاول الفرعي من أحكام هذه المادة والامتياز المقرر فيها يقدر الزيادة التي أحدثتها الأعمال التي أنجزها

[1] المادة 1000 من القانون المدني الجزائري.

[2] عبد الكريم عليلي، المرجع السابق، ص 62.

في قيمة العقار يتضح من خلال الحجج التي ساقها مؤيدو الرأي الثاني، أنه رأي جدير والأخذ به لكن قطعا لكل تقرير أو تأويلا للنصوص القانونية، حبذا لو يدخل المشرع ويمنح صراحة المقاول الفرعي حق الامتياز على العقار الذي ساهم في بناءه أو ترميمه أو صيانته بقدر الزيادة التي يحدثها عمله في قيمة العقار. [1]

ثانيا: قيد حق الامتياز

نقصد بالقيد مجموع الإجراءات التي وضعها المشرع من أجل شهر هذا الحق وبقية الحقوق العينية التبعية، بهدف اطلاع غير أطراف العقد بما يثقل العقار موضوع التعامل من حقوق عينية تبعية لتكون حجة عليهم ونافذة في مواجهتها.

وتتم عملية التقييد على مستوى مكتب المحافظة العقارية الواقع بدائرة اختصاصها موقع العقار، بناء على طلب من الدائن صاحب الحق الممتاز نفسه أو من ينوب عنه، الذي قد يكون وكيله الشرعي أو القانوني أوي ورته أو دائني الدائن طبقا للمادة (189) من القانون المدني.

ويتم إيداع جدولين محررين وفقا للنموذج (P RN°7) لقي حق الامتياز العقاري والا تم رفض هذا الإيداع لمخالفته الشكل الرسمي.

مع الإشارة أن عملية قيد حقوق الامتياز العقارية معفاة من دفع رسم الشهر العقارية، لكن في حال تم تسجيل تأخر في الإيداع لمدة تفوق الثلاث أشهر من تاريخ تحرير جدول قيد حق الامتياز العقاري، فإن المحررين ملزمون بدفع غرامة تأخيرية قدرها ألف دينار 1000 دج طبقا لنص المادة (353) الفقرة الرابعة من قانون التسجيل، المعدلة بموجب المادة ((10) من القانون رقم (22 /03) المتضمن قانون المالية لسنة 2004، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 83 المؤرخة في2003/ 12 / 28.

[1] مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع السابق، ص 101.

وتتم عملية القيد وفقا للإجراءات التي حددتها المادة (93) من المرسوم رقم (76 /63) المتعلق بتأسيس السجل العقاري، والتي نصت على أنه يمكن أن يطلب مجرد تقديم الأصل أو صورة رسمية لحكم أو لعقد ينشأ امتيازا أو رهنا ما يلي:

-تسجيلات المرهون العقارية.

- تسجيلات الامتيازات أو الرهون القانونية. [1]

ومن أجل الحصول على تسجيل هذه الامتيازات أو الرهون يودع الدائن، إما بنفسه أو بواسطة الغير، جدولين موقعين ومصدقين ومصححين بكل دقة، ويكون أحد الجدولين محررا لزوما على استمارة تحررها الإدارة ويحتوي كل من الجدولين على الخصوص:

1- تعيين الدائن والمدين طبقا لأحكام القانون المدني.[2]

2- اختيار الموطن من قبل الدائن في أي مكان من نطاق اختصاص المجلس القضائي الموقع الأملاك.

3-ذكر التاريخ ونوع السند وسبب الدين المضمون بواسطة الامتياز أو الرهن.

4- ذكر رأسمال الدين ولواحقه والفترة العادية لوجوب أدائه، وفي جميع الفرضيات فإنها يجب على الطالب أن يقدر الريوع والخدمات والحقوق غير المحددة أو المحتملة أو المشترطة.

-تعيين كل من العقارات التي طلب التسجيل من أجلها، وذلك طبقا للمادة (66) ويذكر في شهادة التصحيح لقب واسم ومهنة وموطن الموقع وتتضمن عدد الإحالات والكلمات المشطوبة والمصادقة عليها.

ويرجع أحد الجدولين إلى المودع بعد أن يؤشر عليه المحافظ ويثبت فيه تنفيذ الإجراء.

[1] نور الدين ورخ، حقوق الإمتياز الخاصة الواردة على العقار في القانون المدني الجزائري، مذكرة تدخل ضمن نيل شهادة الماستر القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2017/2016، ص 38.

[2] للمواد من (61 إلى 65)، من القانون المدني الجزائري.

والآخر يجب أن يحمل تأشيرة التصديق على هوية الأطراف وعند الاقتضاء، على الشرط الشخصي، ويحتفظ به لدى المحافظة العقارية ويرتب ضمن الوثائق.

وتشير إلى أن المشرع قد حدد أجل شهرين لإيداع جدول قيد الامتياز لكل من بائع العقار ومتقاسمه من تاريخ البيع أو القسمة طبقا لأحكام القانون المدني[1]، وفي حال لم يتم الإبداع في الأجل المحدد فإن حق الامتياز يصبح رهنا رسميا إلا أنه قد تكون هناك حوادث تحول دون قيد الذات لحق امتيازه رغم حلوله في الآجال وقد نص عليها المشرع في المادة (904) من القانون المدني وهي:

-شهر إفلاس المدين الذي يراد قيد حق الامتياز على عقاره، فمن المعلوم أن حكم شهر الإفلاس يترتب عليه على يد المدين على إدارة جميع أمواله والتصرف فيها وهذا طبقا للمادة (244) من القانون التجارية، وعلى اثر صدور الحكم بشهر الإفلاس يصبح قيد حقوق الامتياز الواردة على العقار غير نافذ في موجة جماعة الدائنين.
-تسجيل تصرف نقل الملكية العقار محل القيد إلى الغير، إذا قام المدين بالتصرف في العقار وسجل هذا التصرف ترتب عن ذلك خروج العقار من أمته، فلا يكون لصاحب الحق الممتاز إمكانية قيد حقه على هذا العقار، وكذلك الأمر إذا بيع العقار جبرا وسجل حكم رسو المزاد. [2]

المطلب الثاني: نتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز

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

[1] المادتين (999) و(1001) من القانون المدني الجزائري.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في الشرح القانون المدني الجزائري(التامينات العينية)، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2009، ص128.

الفرع الأول: نتائج استعمال حق الامتياز

من المؤكد أنه قبل توقيع المقاول الفرعي الحجز بين يدي رب العمل يستطيع هذا الأخير أن يفي للمقاول الأصلي بما له في ذمته أو لأحد دائنيه. لكن من وقت توقيع الحجز بين يدي رب العمل، يجب على هذا الأخير أن يفي أولا بحقوق المقاولين الفرعيين والعمال مقدما إياهم على سائر دائني المقاول الأصلي، حتى ولو كان هؤلاء هم من بادروا باتخاذ إجراءات الحجز أولا.

أما فيما يخص أصحاب حق الامتياز فلا وجود لأفضلية أحدهم على الأخر إنما يتقسمون المال قسمة الغرماء فيوزع بينهم بحسب نسبة نصيبه في الدين. فحسب دائما للنص أعلاه إذا لم يفي المال الذي في ذمة رب العمل المقاول الأصلي بكل الديون، فلا يأخذ باقي دائني المقاول الأصلي شيئا حتى ولو كانوا هم أيضا قد ضربوا حجزا بين يدي رب العمل.[1]

تقدم القول أن الحجز الواقع بين يدي رب العمل مصحوب بالميزة هامة، هي تلك المقررة في أخر الفقرة بعبارة " يجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة والمقصود منها أنه بإمكان رب العمل أن يدفع مباشرة للمقاولين الفرعيين وعمالهم وكذلك عمال المقاول الأصلي دون أن يحتاج في ذلك إلى إذن من القاضي، فتبرأ عندئذ قمة رب العمل اتجاه المقاول الأصلي وذمة هذا الأخير اتجاه دائنيه إذا ما استوفوا حقوقهم كلها. إن إجازة المشرع لرب العمل بدفع الحقوق المقاولين الفرعيين دون الرجوع إلى القضاء، فيه تقصير للإجراءات لفائدة أصحاب الامتياز، وبالتالي إمكانية حصولهم على حقوقهم في أقل وقت وجهد. [2]

الفرع الثاني: عدم نفاذ الحوالة في حق المقاول الفرعي الحاجز

قد يجد المقاول الفرعي وهو يباشر إجراءات الحجز للمال بين يدي رب العمل، نفسه أمام دائن تنازل له المقاول الأصلي عن حقه لدي رب العمل.

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

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 231.

[2] مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع السابق، ص 98.

ورد في أحكام القانون المدني الجزائري [1]أن حقوق المقاولين الفرعي والعمال المقررة مقدمة على حقوق من تنازل له المقاول عن دينه قبل رب العمل بذلك يكون المشرع من خلال هذه الفقرة أضفى حماية أخرى على المقاول الفرعي والعمال، إذ منع سريان حوالة الحق ولو كان نقادها سنة على الإنذار بالوفاء أو توقيع الحجز لكون النص جاء شاملا للحقين مع الدعوى المباشرة وحق الامتياز في حالة توقيع الحجز ومن ثمة فإن الحوالة لا تنفذ في حق رافع الدعوى المباشرة ولو كانت سابقة عليها كما أنها لا تنفذ في مواجهة أصحاب حق الامتياز الموقعين للحجز.[2]

للاستفادة من أحكام هذه المادة، يشترط بالطبع أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلي ناشئ عن عقد المقاولة من جهة، ومن جهة ثانية ألا يكون الوفاء بهذا الدين قد تم المحال إليه. أما وإن كان المحال إليه قد استوفي الدين، فعندئذ يقتضي الأمر التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى: أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول الفرعي الحجز بين يدي رب العمل وقبل أن يوجه له إنذار بعدم الوفاء بالدين، في هذه الحالة يكون الوفاء للمحال إليه ميرنا لذمة رب العمل وساريا في حق المقاول الفرعي الحالة الثانية: أن يكون الوفاء لاحقا للحجز أو الإنذار فلا يسري في حق المقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الأصلي ويكون لهم أن يستوفوا حقوقهم من رب العمل بما يكون في ذمته للمقاول الأصلي.

سبق القول أنه من الممكن أن يكون الحجز موقعا من قبل دائن أخر غير المقاول الفرعي أو عماله أو عمال مقاول الأصلي ففي هذه الحالة تكون الحوالة نافذة في حق الدائن الحاجز متى كانت مستكملة لشروط نفاذها في مواجهة الغير قبل توقيع الحجز، وإن وقعت بين حجز أين تعامل كحجز ثان ودون أن يكون بالإمكان الاحتجاج بها إذا كان الحجز الثالث مطروبا من دائني أصحاب الدعوى المباشرة.[3]

[1] الفقرة الثالثة من المادة 564 من القانون المدني الجزائري.

[2] مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع نفسه، ص 100.

[3] أنور طلبة، العقود الصغيرة – الشركة والمقاولة – وإلتزام بالمرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004، ص 101.

خلاصة الفصل الثاني:

نستنتج من خلال دراستنا ان المشرع الجزائري أعطى للمقاول الفرعي الحق في رفع دعوى مباشرة حيث أن هذا العقد المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي ينشأ عنه دعوى

مباشرة للمقاولين الفرعيين الذين يرفعونها ضد رب العمل حيث يطالبون فيما ذمة المقاول الأصلي وقت رفع الدعوى وتعتبر الدعوى وسيلة تمكن الدائن من الوصول إلى ذمة المدين، من خصائص الدعوى المباشرة أنها دعوى أصلية اختيارية غير تامة وتعد النظام العام وليس لها أثر قضائي، كما ترفع دعوى مباشرة من الأشخاص الذين يحق لهم رفعها وهم المقاول الفرعي وعماله وعمال المقاول الأصلي، كما أن المقاول الفرعي متى رفع الدعوى ضد رب العمل أمكنه عن طريق رفع الدعوى على جميع ما هو مستحق في ذمة المقاول الأصلي وقت الإنذار بالوفاء وذلك في حدود ما هو مستحق ويحمي نفسه من مزاحمة الدائنين الآخرين عن طريق رفع الدعوى على جميع ما هو مستحق في ذمة المقاول الأصلي وقت الإنذار بالوفاء وذلك في حدود ما هو مستحق ويحمي نفسه من مزاحمة الدائنين الآخرين.

كما انه اعطى ميزة أخرى إلى جانب الدعوى المباشرة وهي حق الامتياز في حالة توقيع الحجز بين يدي رب العمل ليستوفي المقاول الفرعي حقوقه ويجوز أن يوقع الحجز من أحد دائني المقاول الأصلي كما قد بين المشرع موضوع حق الامتياز الممنوح للمقاول من الباطن وهي المبالغة المستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وقت توقيع الحجز الذي لا يجوز التوقيع إلا بحدود القدر الذي يكون فيه رب العمل مدين به للمقاول الأصلي.

الخاتمة

الخاتمة

لقد سبق القول ان عقد المقاولة من الباطن من العقود الملزمة لجانبين، وبالتالي يرتب في ذمة كل من المقاول الباطن والمقاول الأصلي التزامات تعتبر حقا للطرف اخر، فيمكننا القول من خلال هذه الدراسة ان عقد المقاولة من الباطن يرتب اثاره بمجرد انعقاده فيتعين على كل من الطرفين تنفيذ التزاماته العقدية تحت طائلة تحمل مسؤولية الاخلال بذلك.

حيث نجد المشرع الجزائري رتب على عاتق على المقاول الأصلي مجموعة من الالتزامات الواجب عليه تنفيذها وهي الالتزامات التي رتبها عقد المقاولة من الباطن من رب العمل ابتداء من تمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل وتسلمه بالإضافة الى دفع الاجر. أما بالنسبة للمقاول من الباطن فالتزاماته متمثلة في التزامه بإنجاز عمله وتسليمه وضمانه.

وفي الأخير نستطيع القول ان عقد المقاولة من الباطن تترتب عليه عدة مسؤوليات حيث تتضمن المسؤولية العقدية في مواجهة المقاول الأصلي والتقصيرية تجاه رب العمل وان عقد المقاولة متى نشا صحيحا يستمر وجوده من عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن يكون عقد تابع للعقد الأصلي.

أعطى المشرع الجزائري عدة ضمانات قانونية للمقاول من الباطن حتى يستوفي حقوقه عن طريق منحه حق إقامة الدعوى المباشرة ضد رب العمل لمطالبته بما في ذمة المقاول الأصلي، كما منحه حق الامتياز على الأموال المقاول الأصلي المحجوزة لدى رب العمل، كما ركز المشرع على ضرورة منح حماية للمقاول من الباطن كونه طرف ضعيف في العملية فقرر منحه الوسيلتين السابق ذكرهما للحصول على حقه، لكن بالمقابل لم يرى ضرورة لتقرير حماية رب العمل مما قد يلحقه من ضرر بسبب اخلال المقاول من الباطن لعدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن مقررا فقط بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن هذه الاخلال امام رب العمل فمن الاجحاف بحق رب العمل لأنه مادام قد منح الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن ضد رب العمل حتى يستوفي حقه، يكون من العدل ان يقرر كذلك دعوى مباشرة يمارسها رب العمل ضد المقاول من الباطن حتى يساله مباشرة مما قد سبب له من اضرار نتيجة الاخلال بالالتزامات.

ومن خلال بحثنا توصلنا للنتائج التالية:

بالنسبة لموضوع الضمان وإخراج المقاول من الباطن من الضمان العشري على أساس انه وضع لحماية رب العمل في علاقته مع المقاول الأصلي واستبعاده في العلاقة بين هذا الأخير ومقاوليه الفرعيين قول لا يتماشى والواقع المعاش، حيث في كثير من الأحيان ونظرا لفكرة تقسيم الاعمال وتزايد أسلوب تخصص، اضحى المقاول الأصلي يفتقر للدراية والخبرة المفترضة فيه فحاله حال رب العمل، مما يقتضي ادراج المقاول من الباطن ضمن النطاق الشخصي للضمان والتامين الاجباري عن المسؤولية.

*قصور بعض المواد القانونية في الإحاطة بكل ما يتعلق بالمقاولة من الباطن في بعض المسائل مما يتعين على المشرع تعديلها اما من حيث الشكل او من حيث المضمون ومثال ذلك:

1-المشرع الجزائري لم يصب في صياغة الفقرة الأولى من نص المادة 565 من القانون المدني، حين قضت بانه ''يكون للمقاوليين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وق رفع الدعوى ...'' اذا ان صياغة المادة على هذا النحو، توحي بانه يجوز لدائني المقاول الأصلي مطالبة رب العمل بأكثر من القدر الذي يكون مدينا به المقاول الأصلي، والحقيقة ان هذا المعني غير منطقي ولم يقصده المشرع لان الشخص لا يستطيع ان يولي الى غيره بأكثر مما يملك، وهذا من المبادئ القانونية المستقرة، كما ان الصياغة الفرنسية تقيد بان المشرع الجزائري قصد بان يرجع دائنو المقاول الأصلي الى رب العمل بالقدر الذي يكون هو عليه يتفق على المشرع الجزائري تعديل الفقرة الأولى من المادة 565 من القانون المدني بالنص على ان الرجوع المباشرة لدائني المقاول الأصلي على رب العمل، انما يكون بما لا يجوز القدر الذي يكون مدين به للمقاول الأصلي، وقت رفع الدعوى.

2-الفقرة الثالثة من المادة 565 من القانون المدني، لم تكن واضحة في دلالة على قصد المشرع الجزائري بعدم جواز الاحتجاج على المقاوليين الفرعيين والعمال بحوالة الحق التي تتم من قبل المقاول لفائدة شخص اخر اتجاه رب العمل، ولو كان نفاذها سابق على الإنذار بالوفاء أو على توقع الحجز ذا الأخير، اذ لو كان المقصود من النص عدم نفاذ

الحوالة الحاصلة بعد الإنذار أو الحجز، لكان مجرد تطبيق للقواعد العامة، ولما كانت هناك حاجة للنص عليها صراحة، وبالتالي يقدم في جمع الأحوال حق المقاول من الباطن أو العامل على الحق المحال له. ومن خلال هذه النتائج نقترح بعض الحلول لها نوردها كالتالي:

1- على المشرع الجزائري تعديل الفقرة الثالثة من المادة 565 من القانون المدني أنه لم يقيد صراحة عدم جواز الاحتجاج على المقاول من الباطن أو العامل باي حوالة تتم من قبل المقاول الأصلي لفائدة شخص اخر اتجاه رب العمل، ولو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو على توقع الحجز.

2-وفقا لنص المادة1000 من القانون المدني نجد ان المشرع قد منح المقاول والمهندس المعماري دون غيرهما من المتدخلين في عملية التشييد البناء على المنشآت المعمارية التي يقومان بتشييدها أو ترميمها أو صيانتها، ضمان للمبالغ المستحقة لهم في ذمة رب العمل وذلك يقدر ما زاد في قيمتها بسبب الاعمال التي قام بها.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

النصوص القانونية:

1-القانون رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ، الموافق ل 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الامر رقم 75-58المورخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 31.

الكتب:

1. انور طلبة، العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، دار المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2000.
2. بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
3. بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية، الطبعة الثانية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الاردن، 2016 .
4. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الايجار،المقاولة) دون طبعة، دار الثقافة للتوزيع ،عمان،1997.
5. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون تاريخ نشر
6. رضا عبد الحليم، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، جامعة بنها، كلية الحقوق، دون بلد نشر، 2009.
7. سمير عبد السيد نتاغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، 1996.
8. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، اثار الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة.
9. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاولة، والوكالة، والوديعة، والحراسة الجزء السابع، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، لبنان.

10. عزت عبد القادر، عقد المقاولة، دون طبعة، دار الالفى لتوزيع الكتب، لبنان،2001.
11. علي فيلالي، التزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001.
12. غازي خالد ابو عرابي، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع "دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي"، الطبعة الأولي، دار وائل للنشر، الأردن،2009.
13. فتحي السيد عبد الله، المقاولة من الباطن في ضوء احكام القضاء، دراسة مقارنه، الطبعة الاولى، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة،2018.
14. محمد الطاهر بشير، غني حسون، الحقوق العينية، دار السنهوري، لبنان، 2016.
15. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التامينات العينية، الطبعة الاولى، دار هومة، الجزائر،2009.
16. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في عقد المقاولة التوكيدات التجارية، الطبعة الثالثة، 1988، دون دار نشر.
17. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الحقوق العينية التبعية، الطبعة الاولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2006.
18. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النشر العربية، القاهرة، 1998.

الرسائل الجامعية:

الدكتوراه:

19. حنان مازة، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، اطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، قانون الاعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، 2015/2016.
20. يمينة شودار، احكام حق الامتياز في الفقه الاسلامي، القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، قسم شريعة وقانون، جامعة الجزائر،2010/2011.

الماجستير:

21. بلمختار سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قانون عقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2009.

الماستر:

22. بالهادي محمد، مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي،2018.
23. بريم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجيستير في الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2009/ 2008
24. جاب الله مريم، سدايرية عايدة، حقوق الامتياز في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر،2004.
25. حمزة لحول، عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري، مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، حقوق، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017/2018.
26. خديجة مرزوق، حماية حقوق الدائن عن طريق الدعوى الغير مباشرة والمباشرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، عقود ومسؤولية، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند الحاج، البويرة، 2019.
27. عبد الجليل مستور، خالد شيحاني، النظام القانوني لحق الامتياز العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، 2017/2018.

28. عبد الكريم عليلي، عقد المقاولة الفرعية في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، القانون الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر.
29. نوالي حياة، مخلوف ليدية، عقد المقاولة في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو.
30. نور الدين ورخ، حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار في القانون المدني الجزائري، مذكرة تدخل ضمن نيل شهادة الماستر، القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي.

المجلات:

31. جميل محمد بني يونس، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن : دراسة في العلاقة بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن ، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، العدد الرابع والثلاثون، مارس–يونيو 2021.
32. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 6 مارس1983، ملف رقم 30952/30940، العدد الاول، 1990

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

اهداء	–
شكر وتقدير	–
المقدمة	أ–هـ
الفصل الأول: التزامات الأطراف والمسؤولية الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن	
المبحث الاول: التزامات اطراف عقد المقاولة من الباطن	08
المطلب الأول: التزامات المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن	08
الفرع الأول: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز عمله	08
الفرع الثاني: التزام المقاول الأصلي بتسلم العمل	11
الفرع الثالث: التزام المقاول الأصلي بدفع الاجر	13
المطلب الثاني: التزامات المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي	15
الفرع الأول: التزام المقاول من الباطن بإنجاز عمله	15
الفرع الثاني: التزام المقاول من الباطن بتسليم العمل	20
الفرع الثالث: التزام المقاول من الباطن بضمان العمل	22
المبحث الثاني: المسؤولية الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن	27
المطلب الأول: المسؤولية العقدية	27
الفرع الأول: الخطأ كركن من اركان المسؤولية العقدية	27
الفرع الثاني: الضرر	32
الفرع الثالث: العلاقة السببية	34
المطلب الثاني :المسؤولية التقصيرية	35
الفرع الأول: الخطأ في المسؤولية التقصيرية	35
الفرع الثاني :الضرر	37

الفرع الثالث: العلاقة السببية	38
خلاصة الفصل الأول	40
الفصل الثاني: الاليات القانونية لحماية الأطراف عقد المقاولة من الباطن	
المبحث الأول: الحق في إقامة الدعوى المباشرة	42
المطلب الأول: مفهوم الدعوى المباشرة	43
الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة واساسها القانوني	43
الفرع الثاني: خصائص الدعوى المباشرة	46
الفرع الثالث: أصحاب الحق في ممارسة الدعوى المباشرة	49
المطلب الثاني: ضوابط واثار الدعوى المباشرة	51
الفرع الأول: الشروط الموضوعية للدعوى المباشرة	51
الفرع الثاني: اثار الدعوى المباشرة	55
المبحث الثاني: حق الامتياز المقرر للمقاول من الباطن	59
المطلب الأول: مفهوم حق الامتياز	60
الفرع الأول: تعريف حق الامتياز	60
الفرع الثاني: خصائص حق الامتياز	64
الفرع الثالث: حق الامتياز المقاول من الباطن في حالة توقيع الحجز	67
المطلب الثاني: نتائج ممارسة المقاول من الباطن لحق الامتياز	75
الفرع الأول: نتائج استعمال حق الامتياز	75
الفرع الثاني: عدم نفاذ الحوالة في حق المقاول من الباطن الحاجز	76
خلاصة الفصل الثاني	78
الخاتمة	80
قائمة المصادر والمراجع	84
فهرس المحتويات	89

الملخص

نستخلص من خلال ما تطرقنا في هذا الموضوع، ان عقد المقاولة من الباطن يرتب اثاره بمجرد انعقاده فيتعين على كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن تنفيذ التزاماته العقدية تحت طائلة تحمل مسؤولية الاخلال بذلك.

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

إضافة الى 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 في حالة توقيع الحجز بين يدي رب العمل باعتباره ضمانا اخر للمقاول من الباطن، حتى يستوفي حقه مهما كانت الأحوال والنزاعات المحتمل حدوثها ويكون للمقاول من الباطن حق التقدم في مواجهة جميع الدائنين.

Summary

We conclude from what we discussed in this topic that the subcontracting contract has its effects as soon as it is concluded, so both the original contractor and the subcontractor must implement their contractual obligations under pain of bearing the responsibility for breaching this.

Where we find that the Algerian legislator has arranged for the original contractor and the subcontractor a set of obligations that each of them must implement in application of the terms of the contracting contract and in good faith.

In addition, the Algerian legislator made the sub-contractor a set of established rights, which guarantees him his right towards the original contractor and the employer, as it gives him the right to file a direct lawsuit against the employer to collect his rights, as well as the right to a concession in the event of seizure in the hands of the employer as a guarantee Another for the subcontractor, so that he fulfills his right, whatever the circumstances and possible disputes that may arise, and the subcontractor has the right to advance against all creditors.