جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: القانون الإداري

رقم: .....

إعداد الطالب(ة):

(1) عيواج ربيع

(2) فرحي رابح

يوم: .....

الحماية القانونية للمقاول من الباطن في إطار الأشغال العمومية

لجنة المناقشة:

العضو 1	محمد فتحي	أستاذ	الجامعة	رئيسا
العضو 2	عادل تبينة	أستاذ محاضر ب	الجامعة	مشرفا
العضو 3	كليبي حسان	أستاذ محاضر أ	الجامعة	مناقشا

السنة الجامعية: 2024 – 2025

حديث شريف

قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:

((كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ...))

صحيح البخاري كتاب الجمعة رقم 835

الإهداء

في هذا اليوم الذي اقطف فيه ثمرة سنوات من الجد والاجتهاد يشرفني ان ارفع هذا الإهداء إلى أولائك الذين كان لهم الفضل بعد الله تعالى في دعمي ومساندتي طيلة مسيرتي العلمية

إلى من علمانا النجاح والصبر...إلى من علمانا العطاء بدون انتظار ...والدايا.

وإلى جميع أفراد أسرتنا العزيزة والكبيرة كل باسمه أينما وجدوا

والى أعمامي وعماتي و أبناء عمي وخاصة سندي في مشواري الدراسي ابن عمي وأخي العزيز صهيب عيواج

وإهداء خاص إلى ابنة أخي تالين فاطمة الزهراء رزقها الله الصحة والعافية .

وإلى أصدقائنا رفقاء دربنا من داخل الكلية وخارجها.

إلى أساتذتنا الكرام الذين أناروا دروبنا بالعلم والمعرفة.

ربيع عيواج

الإهداء

ما أصعب إن يجمع المرء أحبائه في سطور وأكثرها صعوبة
ان يذكر شخص ويهمل الأخر رغم ذلك اهدي جهدي وفرحتي هذه إلى من علمني
ومهدني طريق الفلاح ومن علي بكل دواعي الصلاح واكتسبت منه الهبة "أبي العزيز"
الى من حملتني في صغري وتحملت أعبائي في كبري أمي الغالية
إلى روح جدي لأبي رحمه الله عليه
إلى جداي لأبي ولامي والى من هم سندي وعزوتي أخوتي واخواني وخاصة نور عيوننا وبهجة بيتنا "ادم سهيل "
والى خالي العزيز
والى رفيقي في هذه المذكرة التي تشاركت كل أتعابها معه "ربيع"
واهديها إلى أحبائي وأصدقائي خاصة صديقي العزيز رضوان .

رابح فرحي

كلمة الشكر

بسم الله الرحمن الرحيم "وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون...."
سورة التوبة الآية: (105).

اشكر الله تبارك وتعالى أن أعانني ووفقني لانجاز هدا العمل وإتمامه ا،فالحمد لله رب العالمين.

مع خالص احترامي وعميق امتناني أتقدم بالشكر الجزيل إلى : أساتذتي الأفاضل الدين ساهموا في تطويري ، بالأخص الأستاذ الذي قام بالإشراف على هده المذكرة وتابعها من بدايتها حتى نهايتها فلم يبخل علينا بإبداء رأيه وتوجيهاته القيمة لإخراج هدا العمل حيز الوجود.

واشكر أيضا أعضاء اللجنة المناقشة الدين شرفوني بمناقشة هده المذكرة.

وأخيرا أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدني في انجاز هدا البحث المتواضع.

الملخص

نظرا لأهمية موضوع مذكرتنا " بعقد المقاولة من الباطن في القانون الجزائري " على الصعيدين القانوني والعملي، فان هذه الدراسة تهدف إلى معالجة النظام القانوني لعقد المقاولة من الباطن، وذلك في الفصل الأول من المبحث الأول ، من خلال إعطاء مفهوم شامل لعقد المقاولة من الباطن من خلال تعريفه وتبيان أنواعه وشروطه التي يفرضها القانون ، وتميزه عن الأنظمة القانونية المشابهة له وتبيان طبيعة العلاقة القانونية، بالإضافة إلى تسليط الضوء على الآثار القانونية الناتجة عنه من خلال تبيان العلاقة العقدية بين المقاول من الباطن مع الإدارة ومع المقاول الأصلي ، ومن جانب أخر اعتمدنا في دراستنا للفصل الثاني باءعطاء الأهمية الكبيرة للحماية القانونية للمقاول من الباطن التي قد أقرها المشرع الجزائري و حث على تنفيذها، المتمثلة في حق المقاول من الباطن رفع دعوى مباشرة ضد رب العمل لتمكينه من الحصول على جميع ما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت الإنذار بالوفاء ، وذلك في حدود ما هو مستحق له في ذمة المقاول الأصلي ، كما منح كذلك الحماية عن طريق المسؤولية القانونية للمقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن وعماله ، و قد رتب المشرع الجزائري كذلك على عاتق المقاول الأصلي والمقاول من الباطن مجموعة من الالتزامات يتعين عل كل منهم تنفيذها وفق بنود عقد المقاولة وبحسن النية.

Abstract

Considering the importance of our project's theme **:**the cont of entrepreneurship from the inside in the Algerian low both levels; legal and business. This study to treat the legal system of the entrepreneurship contract from the inside which is in the first chapter of the first search by giving a comprehensive concept to the entrepreneurship Contract from the inside. Also, defining it and showing its types and it's conditions that the low imposes and that distinguishes it from other similar legal systems. In addition to the clarification of the legal relationship and shading the light on the legal effects resulting from it by showing the relation between the contractor from inside the administration and the original contractor. In the other side we relied Study in our of the second chapter on giving great importance to the legal protection of the contractor from the inside that is approved by the Algerian legislator and that he urged to be implemented like the contractor from the inside's right to file a direct lawsuit against the employer to endile him to obtain everything he deserves from him to the original contractors in time of fulfilling the warnings within the limits of what is due to him by the original contractor. It also gave protection through legal liability of the original contractor towards the contractor from the inside and his workers. Moreover, the Algerian legislator has arranged a set of commitments on the shoulders of the original contractor and the contractor from the inside to oblige each of them to implement it according to the contract agreement within a good intention.

مقدمة

المقدمة:

إن التطورات التي يشهدها العالم اليوم سواء في المجال الاقتصادي أو العلمي أو التكنولوجي أو الاجتماعي والمحيطة بالمشاريع سواء في حجمها وأنواعها أو قدراتها التنافسية، أدت إلى ظهور العديد من المبادئ كمبدأ تقسيم العمل وظهور تخصصات الفنية في مختلف المجالات، وتشابك العلاقات الاجتماعية وسرعة الاتصال والتطور في مجال المبادلات التجارية وتنافس شديد بين الشركات لاسيما الشركات الكبرى.

وهذا الوضع أدى إلى ازدواجية العمليات التعاقدية وتشعب الالتزامات وتعددها، وتعقيد المشاريع من حيث أدائها وجودة إنتاجها، إذ بات من الصعب على الشركات تنفيذ جميع التزاماتها تنفيذا يرضي أطرافها وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها وفي الآجال المحددة حيث أصبح من الضروري على أصحاب المشاريع خاصة (المشاريع الكبرى) إلى الاستعانة بأشخاص متخصصين وذوي خبرة يكلفهم لتنفيذ التزاماتهم التعاقدية في الأجل المتفق عليها حتى يحقق الاستغلال الأمثل لامتيازاتهم التنافسية وهذا ما يسمى بالتعاقد من الباطن.

1- أهمية اختيار الموضوع:

تكمن أهمية موضوعنا في حتمية وجوده في الحياة الاجتماعية لتلبية الرغبة البشرية فقد تبنت معظم التشريعات المدنية عقد المقاولة لما يدفعه من مصالح فردية ودعامة للمجتمعات، إضافة إلى الإلمام بمختلف المعلومات الخاصة بعقد المقاولة ومعرفه العلاقة العقدية بين أطراف عقد المقاولة والطبيعة القانونية الخاصة به والأسس التي تبناها المشرع الجزائري في نصوصه التشريعية لهذا العقد.

2- أسباب اختيار الموضوع:

إن الدافع والحافز الذاتي الذي جرنا في اختيار موضوع بحثنا من الجانب العلمي والنظري هو من العقود الشائعة على الواقع التطبيقي والعمل وإزاحة كل الغموض فيما يخص ماهية المقاولة من الباطن وأساليب الحماية التي خصصها له القانون.

أما من الناحية الموضوعية فان المقاول من الباطن لم يلق الاهتمام البحثي المطابق للواقع العملي بشكل واضح، كذلك عدم تطبيق الحماية التامة للمقاول من الباطن ولعماله على ارض الواقع.

3- أهداف الدراسة:

- توضيح وتحديد مفهوم عقد المقاول من الباطن من خلال تحديد خصائصه وشروطه والتمييز بينه وبين العقود المشابهة.
- البحث في الآليات القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لحماية المقاول من الباطن.
- السعي لتقديم اقتراحات ملائمة وبديلة إلى أقصى حماية ممكن توفيرها لأطراف العقد لاسيما المقاول من الباطن.

4- الإشكالية:

نظرا للأهمية التي يكسبها موضوع بحثنا فإن إشكالية موضوع مذكرتنا يمكن تقسيمها إلى إشكالية رئيسية وإشكاليات فرعية على النحو التالي:

أ- الإشكالية الرئيسية:

إلى أي مدى وفق المشروع الجزائري في توفير الحماية القانونية للمقاول من الباطن في إطار الأشغال العمومية ؟ .

ب-الإشكاليات الفرعية:

من منطلق الإشكالية الرئيسية نطرح الإشكاليات الفرعية:

- ✓ ماهو الإطار المفاهيمي للمقاول من الباطن وأنواعه؟
- ✓ فيما تتمثل الحماية القانونية للمقاولة للباطن وما هي التزاماته؟

5- منهج الدراسة:

اعتمدنا في إعداد مذكرتنا هده على المنهجين التاليين :

ب-المنهج التحليلي:

كذلك إعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك من منطلق تلاؤم طبيعة هذا المنهج مع محور من محاور مذكراتنا انطلاقا من تحليل النصوص القانونية.

6-تقسيم البحث:

اعتمدنا في تقسيم مذكرتنا هده على التقسيم الثنائي من حيث الفصول والمباحث والمطالب, وهذا ما سوف نتناوله على النحو التالي:

- **الفصل الأول:** حيث جاء موسوم بعنوان "الاطار المفاهيمي لعقد المقاولة من الباطن"والذي يندرج تحت إطار المبحثين التاليين:
  - المبحث الأول:ماهية المقاول من الباطن.
  - المبحث الثاني:طرق تكوين عقد المقاولة من الباطن وأثرها لقانوني.
- **الفصل الثاني:** يندرج تحت عنوان الحماية القانونية للمقاول من الباطن بحيث ينقسم إلى مبحثين
  - المبحث الأول: اليات و طرق الحماية القانونية للمقاول من الباطن.
  - المبحث الثاني:التزامات المقاول من الباطن والمقاول الأصلي في عقد المقاولة.

7-الدراسات السابقة:

لقد اعتمدنا في انجاز مذكرتنا هذه على جملة من الدراسات السابقة ولعل من أهمها:

- المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي لصاحبها الدكتور غازي خالد أبو العرابي طبعة1 2009.
- التزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن في عقد مقاولة البناء من الباطن دراسة تحليلية تاصيلية مقارنة ،لصاحبها سعود فيصل محمد آل علي 2023.
- أطروحة شهادة دكتوراه تحت عنوان التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء لصاحبتها مازة حنان، 2015-2016.
- اما الهدف من الدراسات السابقة فقد كان موضوع مذكرتنا بمثابة تكملة لتلك الدراسات وذلك من خلال إن تلك الدراسات لم تتناول حماية القانونية للمقاول من الباطن وعلى ذلك الأساس تناولنا هذا الجانب بالشرح و التحليل بهدف تكملة ذلك الجانب.

8- الصعوبات:

أما عن الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعدادنا مذكرتنا يمكن إجمالها على النحو التالي:

- ندرة المصادر والمراجع المتخصصة في موضوعنا هذا.
- بعض المراجع لم تتطرق بالتفصيل إلى موضوع بحثنا .
- غياب النصوص القانونية **(الخاصة، المباشرة)** التي تنظم هذا النوع من العقود.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لعقد المقاولة من الباطن

الفصل الأول :الإطار المفاهيمي لعقد المقاولة من الباطن

المبحث الأول: ماهية المقاولة من الباطن

تعد المقاولة من الباطن من الآليات العملية المهمة في تنفيذ المشاريع الكبرى، حيث يلجأ المقاول الأصلي إلى إسناد جزء من الأشغال إلى مقاول آخر متخصص، بهدف تسريع الإنجاز أو الاستفادة من خبرته الفنية. ونظراً لتعدد الأطراف وتداخل العلاقات التعاقدية، يطرح هذا النوع من العقود إشكاليات قانونية تتعلق بتحديد طبيعته، وتمييزه عن باقي العقود المشابهة، مثل عقد العمل أو عقد التوريد، وكذلك تبيان أنواع المقاولة من الباطن ومن هنا تأتي أهمية التطرق في هذا المبحث إلى الإطار المفاهيمي والتنظيمي لعقد المقاولة من الباطن، كأساس لفهم طبيعته وآثاره القانونية، بحيث نبين في المطلب الأول تحديد المقصود من عقد المقاولة من الباطن، أما في المطلب الثاني فسنتطرق إلى التمييز بين عقد المقاولة من الباطن وغيره من العقود والاتفاقيات المشابهة وكذا في المطلب الثالث سنبرز انواع المقاولة من الباطن.

المطلب الأول: تحديد المقصود من عقد المقاولة من الباطن

بعد ظهور التطورات فيما يخص العقد من الباطن والتي تضمنت مفاهيم وأفكار جديدة جعلت هناك اهتمام كبير من جانب الفقهاء والتشريعات المختلفة بهذا النوع من العقود خاصة عقد المقاولة من الباطن الذي لم يحظى بدراسة واسعة ومنه نتناول تعريف عقد المقاولة من الباطن من الجانب الفقهي في الفرع الأول ومن الجانب القانوني في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعريف القانوني لعقد المقاولة من الباطن

إقتصر المشرع الجزائري على إجازة التعاقد الفرعي في عقد المقاولة، دون أن يعطي تعريفا محددا لهذا النوع من التعاقد[1]، وذلك بمقتضى المادة 564 من القانون المدني ينصها

[1] مازة حنان: التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة لنيل شهادة: الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، وهران، الجزائر، 2015-2016، ص16.

"يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل، في جملته أو في جزء منه، إلى المقاول الفرعي، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الإعتماد على كفاءته الشخصية، ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب عمله".

وفي مجال الصفقات العامة، كان المشروع أكثر دقه في تحديد مفهوم التعاقد الفرعي والذي نظمه في القسم السادس من فصل تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية تحت عنوان المقاولة من التشريع للصفقات العمومية [1].

يتحدد التعاقد الفرعي في النظام القانوني العام، أي في العقود الإدارية، في ذلك التعاقد الناجم عن الصفقة العمومية، أي التعامل الثانوي بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي الذي تعاقد مع صاحب مشروع خاضع للقانون العام في إطار الصفقات العمومية وتعرف هذه الأخيرة، طبقا لتشريع الصفقات العمومية، بأنها:" عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، يتم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبيه حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.

كما حدد المشروع الجزائري المصلحة المتعاقدة التي تأخذ صفة صاحب المشروع في عقد المقاولة على سبيل الحصر بموجب نفس التشريع[2].

فالمقاولة من الباطن تفترض وجود عقدين متتابعين، لهما طبيعة قانونيه واحده، هي المقاولة يربط العقد الأول رب العمل مع المقاول الأصلي بينما يربط العقد الثاني المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن وبناء على ذلك عرفت المقاولة على أنها عقد يعهد من خلاله احد المقاولين إلى مقاول أخر وتحت مسؤولية تنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة من الباطن المبرم مع رب العمل صاحب المشروع.

وكما نصت المادة 882 من القانوني العراقي: "للمقاول أن يعهد بالعمل أو في جزء منه إلى مقاول أخر ما لم يمنعه من ذلك شرطا في العقد أو تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاءة الشخصية للمقاول فهذا يتطلب أن يقوم المقاول بالعمل شخصيا"، وهذا يعني أن المقاول الأصلي يمكن قيام بعقد المقاولة من الباطن لتنفيذ مختلف الأعمال لكنه يحتفظ لنفسه بالإشراف على توزيع الأعمال، فلا يمكن القول بوجود مقاول من الباطن أن يبرم

[1] مازة حنان ، مرجع سابق، ص17.

[2] المرجع نفسه، ص18-20 .

المقاول الأصلي عقد المقاولة الفرعية بل لابد وأن يرتبط العقد الفرعي بالعقد الاصلي مع اشتراط قيام المقاول من الباطن جزءا من العمل أو كله[1].

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للمقاولة من الباطن

لم يتطرق الفقه التقليدي إلى عقد المقاولة من الباطن وإنما عرفها مع أساس العقود التبعية حيث عرفها الأستاذ **عبد الرزاق السنهوري** أنه:"**ما كان مستقلا في وجوده غير تابع لعقد آخر**" على عكس الفقه الحديث الذي تطرق إلى المقاولة من الباطن، حيث عرفها **جانب الفقه** على أنها عقد يعد من خلال أحد المقاولين إلى مقاول آخر، وتحت مسؤولية تنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة المبرم بين رب العمل وصاحب المشروع.

غير أن تطور الحركة الاقتصادية وسرعة حركة التنمية أدل الفقهاء إلى البحث عن تعريف واضح وقانوني إلى المقاولة من الباطن حيث ظهر مصطلح مجموعة العقود وكان ذلك سنة1975 عند الفقهاء الفرنسيين غير أن مجموعات العقود مفهوم لم يكن واضح المعالم والكثير من الغموض سواء من حيث محتواه ومن حيث القواعد التي تحكمه حتى أن الفقه والقضاء الفرنسي انقسم شأنه جانبا رافضا الأخذ به والجانب لم يتفق حتى على المصطلحات المستعملة ومدلولها اختلف الفقهاء حول التسمية الدقيقة لهذا العقد إلى أنه اتفق غالبية الفقه على أن عقد المقاولة من الباطن يحتوي على ثلاثة أطراف وعقدين منفصلين عن بعضهما وهو ما ذهب إليه الفقيه في تعريفه التعاقد من الباطن على أنه "عملية تتطلب على الأقل وجود ثلاثة أشخاص وعقدين إثنين، عقد أصيلي قائم بين المتعاقد الأصلي الأول والمتعاقد الأصلي الثاني وعقد ثاني تابع له يكون بين المتعاقد الأصلي الثاني ومتعاقد آخر يسمى متعاقد فرعي، والذي بموجبه يتم إحلال هذا العقد[2].

ويعرفها الفقه عموما بأنه" عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى أخر يسمى المقاول من الباطن، بكل أو أجزاء من محل عقد المقاولة الذي أبرمه المقاول الأصلي مع رب العمل ما لم يمنع من ذلك.

---

[1] بنين جاسم محمد عبود: عقد المقاولة من الباطن، أطروحة لنيل شهادة: الليسانس، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2024، ص4.

[2] حشاش حليمة و العوادي حنان: عقد القاولة من الباطن، أطروحة لنيل شهادة: الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم: قانون خاص، جامعة العقيد آكلي محند، البويرة، الجزائر، 2016، ص7-8.

ويجمع غالبية الفقه على أنه وصف المقاولة من الباطن لا يثبت إلا ضمن مجموعة عقدية يضمن عقدين اثنين وثلاث أطراف مرتبطين مثنى مثنى، العقد الأول قائم بين رب العمل والمقاول الأصلي والثاني بين المقاول الأصلي والمقول من الباطن[1].

المطلب الثاني: التمييز بين عقد المقاولة من الباطن وغيره من العقود والاتفاقيات المشابه

يعرف عقد المقاولة من الباطن بأنه اتفاق يُبرم بين المقاول الأصلي ومقاول آخر لتنفيذ جزء من الأعمال المتفق عليها مع صاحب المشروع، ويتميز عن غيره من العقود المشابهة مثل عقد العمل بغياب علاقة التبعية، وعن عقد التوريد بكونه يتعلق بإنجاز عمل وليس مجرد تسليم مواد، كما يختلف عن الوكالة لكونه لا يخول المقاول من الباطن التصرف باسم المقاول الأصلي. هذا العقد يندرج ضمن سلسلة تعاقدية تكمل العقد الأصلي دون أن تنشئ علاقة مباشرة بين المقاول من الباطن وصاحب المشروع، وفي هذا المطلب سنتطرق إلى التمييز بين عقد المقاولة من الباطن والعقود المستخدمة في انجاز المشاريع هذا مانجده في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سنتطرق إلى التمييز بين عقد المقاولة الفرعية والتصرفات المشابهة.

الفرع الأول: التمييز بين عقد المقاولة من الباطن والعقود المستخدمة في انجاز المشاريع

لقد بينت المادة 549 من القانون المدني الجزائري:" المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الأخر"، وهذا يعني أن المقاولة فيها نوع من الالتزام وهو تطبيق العمل المتفق عليه وفق شروط العقد بمقابل أجر.[2]

أولا: تمييز عقد المقاومة الفرعية عن عقد العمل:

- لتبيان الفرق بين العقدين المذكورين يجب تعريف كل منهما، وتحديد العناصر المميزة لكل واحد منها.
- لقد سبق تعريف عقد المقاولة الفرعية تعريفا تشريعيا بأنه العقد الذي يوكل بموجبه المقاول إلى المقاول الفرعي تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إذ لم يمنعه من

[1] حشاش حليمة و العوادي حنان، مرجع سابق، ص8.

[2] المادة 549، القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

ذلك شرط في عقد المقاولة أولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية، مع بقائه مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل[1].

"أما تعريف عقد المقاولة الفرعية فهو العقد الذي يتفق عليه بمقتضاه مقاول يعرف بالمقاول الأصلي، في إطار تنفيذه لعقد المقاولة الذي يربطه بصاحب المشروع، وتحت مسؤوليته، مع مقاول آخر يعرف بالمقاول الفرعي بانجاز كل الأعمال البناء موضوع المشروع أو بعضها، مقابل الأجر يتفقان عليه، دون أن تنشا بينهما علاقة تبعية، إذ يتصرف المقاول الفرعي باستقلالية عن المقاول الأصلي".

أما بالنسبة لأخذ العمل فلم يعرفه المشرع الجزائري، اكتفى بتبيان منشأ علاقة العمل، إذ نفس المادة الثامنة من القانون رقم 20-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 متعلق بعلاقات العمل[2]، المعدل والمتمم، على أنه " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي وتقوم هذه العلاقة، على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما وتنشأ عنه حقوق المعنيين وواجباتهم وفق ما يحدده التشريع والتنظيم أو الاتفاقيات الجماعية وعقد العمل" كما نصت المادة التاسعة من القانون المذكور على أنه "يتم عقد العمل حسب الأشكال التي تتفق عليها الأطراف المتعاقدة".

وحقيقة الأمر، أن المقاول في تنفيذه الالتزامات الناجحة عن عقد المقاولة، يملك عدة خيارات فقد يؤدي العمل الملتزم به عن طريق عمال تابعين له أو بواسطة عقود عمل، أو عن طريق التعاقد الفرعي مع مقاول أو عدة مقاولين بواسطة عقد المقاولة من الباطن، أو الجمع بين الطريقتين، فينفذ شخصيا جزءا من الصفقة بواسطة العمال التابعين له بموجب عقود عمل ويعهد لمقاول أو عدة مقاولين آخرين تنفيذ جزءا متبقيا من الصفقة في إطار التعاقد الفرعي، ولعدم الخلط بين الطريقتين يعتمد الفقهاء على معيار أساسي للتمييز بينهما أي بين عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل، يكمن في وجود أم عدم وجود رابطة التبعية بين المتعاقدين، في العامل ليخضع لأوامر مستخدمه، أما المقاول الفرعي فهو مستقل عن المقاول الأصلي، بالرغم من العقد الذي يجمعهما فغياب علاقة التبعية يجعل علاقة المقاولة فرعية أما غياب الاستقلالية تجعل العلاقة علاقة عمل[3].

---

[1] مازة حنان، مرجع سابق، ص39.

[2] مازة حنان، مرجع سابق، ص39.

[3] مرجع نفسه، ص43.

وبالتالي فإن غياب التبعية في العلاقة بين المقاول الأصلي والفرعي واستقلالية المقاولة الفرعية، هذا لا يعني انه لا تؤجل رقابة عليه بل يحق للمقاول الأصلي وضع رقابة تامة على المقاول من الباطن في تنفيذ العمل المتفق عليه، لأن المقاول الأصلي ملزم بانجاز المشروع بمواصفات تقنية محددة، وهذا ما يفسر لجوء بعض المقاولين الأصليين إلى تحرير دفتر الشروط للمقاول الفرعي ولما يتمتع به المقاول من سلطة في تنظيم الورشة.

فمن جهة المسؤولية نجد أن المقاول الأصلي مسؤول عن المقاول الفرعي تكون اتجاه صاحب المشروع فقط، أما اتجاه الغير فان المقاول الفرعي يتحمل مسؤوليته الشخصية لأنه يعمل لحسابه الخاص وليس لحساب المقاول الأصلي. والمسؤولية عن فعل الغير تستلزم قيام علاقة تبعية[1].

وتجب الإشارة إلى أن حق العامل في الوقاية صحية والأمن وطب العمل داخل ورشات العمل هو حق دستوري، تطبيق للقواعد المكرسة في الدستور، إضافة إلى الأحكام التشريعية و التنظيمية التي تسعى إلى حماية العمال الأجراء من أخطار حوادث العمل والأمراض المهنية، ويقع واجب الوقاية من هذه الحوادث على عاتق صاحب العمل أولا، فهو ملزم بتوفير كل وسائل الحماية المكرسة بالإضافة إلى لجنة الوقاية الصحية والأمن[2].

وتتولى مفتشة العمل مهمة رقابة مدى تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية في مجال الوقاية من حوادث العمل والأمراض المهنية.

ثانيا: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن عقد الوكالة:

عرف المشرع الجزائري بموجب المادة 571 من القانون المدني كما يلي: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخصا شخصا أخرا للقيام بعمل شيء لحساب الموكل باسمه. يتضح من هذا النص أن الوكالة هي عقد رضائي يتم فيه تفويض شخص يسمى(الموكل) لشخص أخر يسمى(الوكيل) للقيام بتصرف قانوني أو مادي لحساب الموكل وباسمه، أي أن الوكيل لا يتصرف لنفسه بل ينوب عن الموكل ويتصرف كما لو كان هذا الأخير هو من قام بالعمل "[3].

[1] مازة حنان، مرجع سابق، ص44.

[2] مرجع نفسه، ص44.

[3] المادة 571، القانون المدني الجزائري، السالفة الذكر.

فالمقصود بالوكالة هو الإنابة والاتفاقية التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من إرادة الأصيل، والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على إجازة الوكالة الفرعية، خلافا لما نص عليه في أحكام عقد المقاولة، أين أجاز التعاقد الفرعي صراحة. إلى انه نص على الآثار القانونية التي تترتب على الوكالة الفرعية في المادة 580 من القانون المدني كما يلي: "إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسؤولا عن ما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية"، تنظم هذه المادة حالة الإنابة في الوكالة أي عندما يكلف الوكيل شخصا أخر للقيام بالمهام التي كلف بها، وتحدد مسؤولية الوكيل في حال لم يكن لديه ترخيص صريح أو ضمني من الموكل للقيام بذلك[1].

فالفرق الأساسي بين العقدين يتمثل في سلطة التمثيل التي يتمتع بها الوكيل سواء كان مأجورا أو غير مأجور وسواءا كان يتصرف باسمه أو باسم موكله في حين أن المقاول الفرعي لا يتمتع بسلطة تمثيل المتعاقد معه، أي المقاول الأصلي.

كما يتميز عقد المقاولة الفرعي عن عقد الوكالة، هي أن الأول يكون دائما مقابل الأجر، فالأجر احد العناصر الأساسية لعقد المقاولة سواء أصلي أو فرعي. في حين العقد الثاني، فهو من العقود التبعية أصلا ما لم يتفق الأطراف على أن تكون مأجورة. ونجد هذه الحالة الأخيرة أي الوكالة المأجورة لا سيما الوكالة التجارية، أين يبقى العقد عقد وكالة يخضع لأحكامه العامة وإن كان مأجورا لان الوكيل يتصرف دائما باسم الموكل ولحسابه، وقد يتصرف باسمه الشخصي فتصبح الوكالة وكالة بالعمولة لكنها دائما لحساب الموكل[2].

تتفق المقاولة والوكالة في أن كلا منهما يرد على العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير ولكنهما يختلفان في كون محل الوكالة تصرفا قانونيا في حين أنه عمل في المقاولة، يترتب عن هذا الاختلاف أن المقاول وهو يؤدي العمل لمصلحة صاحب العمل لا ينوب عنه وإنما يعمل مستقلا باسمه الخاص، أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لموكله ويكون نائبه[3].

---

[1] المادة 580، القانون المدني الجزائري ، السالفة الذكر.

[2] مازة حنان، مرجع سابق، ص49.

[3] عبد الحليم سمشة و معمر بوشلوح: عقد المقاولة وإنحلاله طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة: الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017-2018، ص22.

ثالثا: تمييز عقد المقاولة الفرعي عن عقد البيع

تناول المشرع الجزائري أحكام عقد البيع في الفصل الأول من الباب السابع من كتاب الالتزامات والعقود من القانون المدني والذي خصصه للعقود المتعلقة بالملكية، ولقد عرف عقد البيع في المادة 351 كما يلي:"البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء **أو** حقا ماليا في مقابل ثمن نقدي" وفقا لنص المادة المذكورة، يلتزم البائع بنقل ملكية شيء أو حق ما للمشتري، فيتمثل محل عقد البيع في نقل ملكية الجميع[1]، أما موضوع المقاولة فيكمن في انجاز العمل ومادته في أن واحد، وهذا ما نجده في نص المادة 550 من القانون المدني الذي ينص على ما يلي: "يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله"، تنص هذه المادة على صورة من صور عقد المقاولة وهي الحالة التي يلتزم فيها المقاول فقط بتقديم عمله أو جهده دون أن يلتزم بتوفير المواد أو الوسائل اللازمة لانجاز المشروع أو العمل[2].

وتنص المادة 551 من ذات القانون على انه: "تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كأنه مسؤول عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل"، توضح لنا هذه المادة نوعا أخرا من إلتزامات المقاول، وتحديدا عندما بتعهد هذا الأخير بتقديم المواد اللازمة لإنجاز العمل كليا أو جزئيا إلى جانب تقديم جهده أو مهارته[3].

إن أهمية الاختلاف بين العقدين تظهر بأن تحديد الثمن هو المطلوب في عقد البيع وليس في إيجار الخدمة، كما أن المخاطر لا تطبق بصورة مماثلة في العقدين وكذلك في قواعد الضمان[4].

الفرع الثاني: التمييز بين عقد المقاولة الفرعية والتصرفات المشابهة

تعد المقاولة الفرعية من الآليات التي يعتمد عليها المقاول الأصلي في تنفيذ جزء من الأشغال الموكلة إليه، غير أن تمييزها عن بعض التصرفات القانونية المشابهة يظل ضرورياً لتحديد طبيعتها وآثارها، فهناك العديد من التصرفات التي قد تتقاطع مع المقاولة الفرعية من

[1] المادة 351، القانون المدني الجزائري ، السالفة الذكر.

[2] المادة 550، القانون المدني الجزائري ، السالفة الذكر.

[3] المادة 551، القانون المدني الجزائري ، السالفة الذكر.

[4] عبد الحليم سمشة و معمر بوشلوح، مرجع سابق، ص21.

حيث الشكل أو الغاية، من الباطن أو حتى تحويل العقد، إلا أن كلاً منها يختلف عنها من حيث الأساس القانوني وطبيعة العلاقة بين الأطراف، لذلك فإن تحديد الفروق الدقيقة بين هذه التصرفات يُسهم في توضيح الخصوصية التي تميز المقاولة الفرعية عن غيرها.

أولا: التمييز بين المقاولة الفرعية والتنازل عن المقاولة

خلافا للمقاولة الفرعية التي خصها المشرع بقسم مستقل في فصل عقد المقاولة فانه لم ينص عن حالة التنازل في عقد المقاولة عكس التنازل عن الإيجار، إذ نظم هذا الأخير في ذات العنوان الذي نظم فيه الإيجار الفرعي، فمنع صراحة المستأجر من التنازل عن إيجاره وتأخير ما استأجره فرعيا بدون موافقة المؤجر[1]، كما ميز التنازل عن عقد الإيجار والإيجار الفرعي فأبقى المستأجر في الحالة الأولى ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزامه

أما المستأجر الفرعي فيكون ملتزما اتجاه المؤجر مباشرة.

ويبرر تنظيم المشرع لمسألة التنازل عن المقاولة، بعدم شيوعها في ميدان الأعمال خلافا للمقاولة التي يكثر الولوج إليها من اجل انجاز المشاريع في الوقت المحدد وتفادي المقاول تحمل غرامة التأخير من جهة وامتلاك المقاول الفرعي مهارة انجاز بعض أجزاء المشروع لا يمتلكها المقاول الأصلي من جهة ثانية وأمام انعدام النص سواء كان تشريعيا أم إتفاقيا يمنع التنازل عن المقاولة.

ولأجل التميز بين التنازل عن المقاولة والمقاول الفرعي لكل المشروع يقتضي الأمر توضيح المقصود من التصرفين المذكورين، سبق القول في مفهوم المقاولة الفرعية في أنها عقد مستقل يتفرع عن عقد أصلي وهو عقد المقاولة الأصلية، بل يتضمن العلاقة التعاقدية القائمة بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع، أما التنازل عن المقاولة يؤدي إلى إلغاء عقد المقاولة الأصلي المبرم بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي، فتنتهي العلاقة بين هذين الطرفين وتحل محلها علاقة جديدة تربط المقاول المتنازل له بصاحب المشروع من أبلغ هذا الأخير بالتنازل فتصبح علاقة المقاول المتنازل له علاقة مباشرة بصاحب المشروع خلافا لعلاقة المقاول الفرعي والتي تبقى غير مباشرة[2].

[1] مازة حنان، مرجع سابق، ص51.

[2] مرجع نفسه، ص52.

ثانيا: التمييز بين المقاولة الفرعية والتجمع

لم يرد تشريعا صريحا للمجتمع، وإنما تناول المشرع الجزائري كل التجمعات في الفصل الخامس من الباب الأول من الكاتب الخامس المتعلق بالشركات التجارية، من القانون التجاري والذي أعيد صياغة نصوصه بموجب المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 ابريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري، نصت المادة 796 منه على انه: "يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا، لفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل اللازمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويره وتحسين نتائج هذا النشاط وتنميته"[1]، تنص هذه المادة على إمكانية تأسيس ما يسمى بتجمع ذو مصلحة اقتصادية، وهو كيان قانوني يسمح لشخصين معنويين أو أكثر مثل (الشركات أو المؤسسات) بالتكتل مؤقتا بهدف تعزيز أنشطتهم الاقتصادية.

وفي تشريع الصفقات العمومية، نجد نوع أخر من التجمعات فقد أجاز هذا التشريع بالإدارة صاحبة المشروع إذا اقتضت مصلحتها التعاقد مع تجمعات المؤسسات بدلا من التعاقد مع متعامل أو عده متعاملين بصفة فردية أي مع مقاولين منفردين سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو معنوية، إبرام الصفقة ما عدد المتعاملين المتجمعين في إطار تجمعات المؤسسات، ويتميز تجمع المؤسسات في تشريع الصفقات العمومية عن التجمع في مفهوم القانون التجاري، في تمتع التجمع الأخير بالشخصية المعنوية خلافا لتجمع المؤسسات في تشريع الصفقات العمومية الذي لا يتمتع بالشخصية المعنوية بل يحتفظ كل متعامل بشخصية مستقلة.

ولقد اقتضت مصلحة الإدارة صاحبة المشروع التعاقد مع تجمعات المؤسسات يلتزم تضمين دفتر شروط المناقصة مع إمكانية تقديم العرض في إطار تجمع مؤسسات الذي يكون في شكل تضامن أو بالشراكة وتنص نفس الأحكام القانونية على أن تجمع بالشراكة يكون عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمة أما التضامن يكون عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ صفقه كاملة.

وبناءا على المفاهيم السابقة الذكر، يمكن التمييز بين المقاومة من الباطن والتجمع فإذا كانت المقاولة من الباطن عقدا فرعيا له نفس محل العقد الأصلي أي عقد المقاولة فإن التجمع يستلزم تعدد العقود بين مختلف أعضائه وتكوين شخصا معنويا، كما الشأن

[1] المادة 796، القانون التجاري الجزائري، الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

في التجمع التجاري. أو من دون تكوين شخص معنوي والتعاقد بصفة فردية مع صاحب المشروع بالتضامن أو بالشراكة، كما هو الشأن في تجمع المؤسسات في انجاز الصفقات العمومية[1].

ثالثا: التمييز بين المقاولة الفرعية وتعدد العقود

يمكن تنفيذ مشروع المقاول عن طريق مقاول واحد، وقد أشار تنظيم صفقات العمومية إلى الطريقة الفردية والشراكة طريقتان صحيحتان، فيترك الخيار لصاحب المشروع على حسب أهمية وضخامة مشروعه فيمكنه التعاقد ما تجمع مؤسسات إذا كان المشروع ضخما، فيلتزمون التزاما جماعيا، كما يمكنه التعاقد مع عدد مقاولين من دون أن يشكل تجمعا أي كل منهم يلتزم التزاما فرديا، فيبرم صاحب المشروع عقدا له صفة عقد المقاولة مع كل مقاولة بصفة فردية على قدم المساواة من اجل تنفيذ عمل معين من المشروع، ويعرف هذا النوع الأخير من التعاقد بتعدد العقود أو التعاقد بالاشتراك[2].

رابعا: التمييز بين المقاولات الفرعية والعقود المتتابعة

يقصد بالعقود المتتابعة تلك العقود التي تتابع في تاريخ انعقادها، مع تعلقها بمحل مشترك بمعنى ارتباط عدة تصرفات بعقود متتابعة مرتبطة فيما بينها حيث تشكل سلسلة تعاقدية، ويقصد بالعقود المتتابعة في مجال مقاولات البناء مجموعة العمل الذي يوكل إلى عدة مقاولين بتتابع فيبرم كل منهم عقد المقاولة يتبع العقد الذي يسبقه وكل مقاول مسئول على العمل الموكول إليه بصفه منفردة، إلا إذا اشترط التضامن فيما بينهم، وتظهر أهمية التمييز بين المقاولة الفرعية والعقود المتتابعة في انجاز المشاريع الضخمة التي تحتاج إلى تدخل إلى أكثر من مقاول فيبرم عقد المقاولة بين صاحب المشروع والمقاول الذي بدوره يبرم عقد المقاولة الفرعية مع مقاول أخر وهكذا تتعدد التعاقدات حتى تتشكل سلسلة تعاقدية فرعية.

خامسا: التمييز بين المقاولات الفرعية والعقود المكملة

يقصد بالعقود المكملة تلك العقود التي يبرمها أطراف العقد أنفسهم في فترة تالية لإبرام العقد الأصلي وتلحق به بغية تكملة هذا العقد ويرى الفقه، أن العقود المكملة تنشأ لتسهيل أو تحسين تنفيذ العقد الأصلي.

---

[1] مازة حنان، مرجع سابق، ص59.

[2] مرجع نفسه، ص 61- 63.

ويتشابه عقد المقاولة الفرعي مع العقد المكمل في أن كلا منهما بشأن العقد الأصلي في فترة تالية على إبرامه، بهدف تنفيذه أو تسهيل ذلك غير أن العقود المكملة تبرم بين أطراف العقد الأصلي ولا وجود لشخص ثالث في العلاقات التعاقدية التكميلية على خلاف المقاولة الفرعية التي تستلزم وجود شخص ثالث وهو المقاول الفرعي الذي يتعاقد مع المقاول الأصلي الذي يعد الطرف الثاني للعقد الأصلي.

المطلب الثالث: أنواع المقاولة من الباطن

تعدّ المقاولة من الباطن إحدى الآليات الأساسية التي تعتمد عليها المقاولات الكبرى لإنجاز أشغالها أو جزء منها، سواء بسبب تعقيد المشروع أو لتوزيع المهام بشكل أكثر تخصصًا وفعالية. وبالنظر إلى أهمية هذا النظام في ميدان الأشغال العامة والمشاريع الكبرى، ظهرت عدة أنواع من المقاولة من الباطن، تختلف حسب طبيعة العلاقة بين الأطراف، ونطاق الأعمال المسندة، ومدى استقلالية المقاول من الباطن. لذا، سنخصص هذا المطلب لدراسة مختلف أنواع المقاولة من الباطن، مع إبراز خصائص كل نوع وأهميته العملية.

الفرع الأول: تنوع عقد المقاولة من الباطن بحسب حرية المقاول الأصلي في الاختيار بحسب درجة التعاقد

أولا: تنوع عقد المقاولة من الباطن بحسب حرية المقاول الأصلي في اختيار المتعاقد من الباطن

عقد المقاولة من الباطن الاختياري، يلعب فيه المقاول الأصلي دورا أساسيا جوهريا في اختيار المقاول من الباطن دون أن يكون لرب العمل أي دور في ذلك، وبالتالي نكون أمام عملية مقاولة من الباطن اختيارية[1].

يمنح هذا الشكل من التعاقد للمقاول الأصلي الحرية في اختيار المقاول من الباطن لتنفيذ كل جزء من العمل الذي يكون مسؤولا بشكل أساسي عن تنفيذه بموجب بعقد المقاولة الأصلي المبرم بينه وبين رب العمل، لأنه في هذا النوع للمقاول الأصلي حرية التنازل عن العمل المعهود إليه كله أو جزئه إلى المقاول من الباطن ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

[1] فضيلة شعبان: عقد المقاولة من الباطن في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة: الدكتوراه، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2023-2024، ص50.

هذا النوع من العقود تطرق إليه القانون المدني الجزائري، حيث يختار المقاول الأصلي المقاول من الباطن، ويبقى مسؤولا عنه اتجاه رب العمل.

أما بالنسبة للنوع الثاني، فهو على خلاف الأول لا يكون للمقاول الأصلي أي حرية في اختيار المقاول من الباطن، بل يكون مفروضا عليه من قبل رب العمل، ويقتصر دور المقاول الأصلي في هذا الإطار على اقتراح وترشيح المقاول من الباطن الذي يرغب في التعاقد معه فقط، بشرط أن يكون القرار النهائي والأخير بيد رب العمل.

هناك بعض العقود يذكر فيها صراحة اسم المقاول من الباطن، بحيث يصبح المقاول الأصلي ملزم باستناد جزء من التزاماته المترتبة عن عقد المقاولة الأصلي إلى المقاول من الباطن المفروض عليه، ويطلق على هذا الأخير اسم المقاول من الباطن المسمى.

يستعمل هذا النوع من العقود كثيرا من النظام الانجلسكسوني. حيث يدرج بند خاص اتفاقي او قانوني يتضمن تعيين المقاول من الباطن الذي سينفذ جزء أو كل من العمل محل المقاولة الأصلية، أو أن المهندس المكلف بمتابعة الصفقة أن يعين المقاول من الباطن، إذ يصدر تعليمة للمقاول الأصلي لاستخدامه كمقاول من الباطن.

وبذلك يكون دور المقاول الأصلي محددا لاختيار المقاول من الباطن، المقاول الأصلي يفرض عليه رب العمل المقاول من الباطن للتعاقد معه من الباطن[1].

ويتم اللجوء إلى هذا النوع من التعاقد لتفادي مشاكل التي قد تنشأ بين طرفي عقد المقاولة الأصلي لرب العمل والمقاول الأصلي جراء إدخال المقاول من الباطن في التنفيذ.

وإن كان القانون المدني لم يتطرق إلا لعقد المقاولة من الباطن اختياري، عندما نص على أن المقاول الأصلي كأصل عام له أن يلجا إلى المقاول من الباطن ليعهد إليه بتنفيذ كل أو جزء من الالتزامات محل عقد المقاولة الأصلية، أما قانون الصفقات العمومية تطرق للنوع الثاني المتمثل في عقد المقاولة من الباطن المفروض وفقا للمادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتوجب على المقاول الأصلي أن يتحصل على موافقة السلطة المتعاقدة على كل مقاول من الباطن.

إذ أن السلطة المتعاقدة يجوز لها تعيين المقاولين من الباطن الذي لا يجب أن يتعاقد معهم المقاول الأصلي لتنفيذ جزء من الأعمال محل عقد المقاولة الأصلية، والسلطة المتعاقدة

[1] فضيلة شعبان، مرجع سابق، ص51.

عندما تلجأ إلى ذلك يكون إما بدافع الاعتبارات الشخصية كالكفاءة الفنية للمقاول من الباطن أو المهنية، وإما بحكم طبيعة العمل محل عقد المقاولة من الباطن وما يقتضيه من أهمية أو سرية أو غيرها من الأسباب.

كما أن السلطة المتعاقدة تعتبر مخالفة لأحكام المادة 142 من نفس المرسوم عندما تتغاضى عن تدخل المقاول من الباطن لم يعمد المقاول الأصلي إلى تقديمه لها.

ثانيا: تنوع عقد المقاولة من الباطن بحسب درجات التعاقد

يمكننا التمييز بين نوعين من عقود المقاولة من الباطن، النوع الأول يكون على درجة عقد واحدة من التعاقد والثانية يكون على درجات.

المقاولة من الباطن على درجة واحدة كما سماه المشرع الفرنسي المقاولة من الباطن المباشرة، في هذا النوع من العقود يلجأ المقاول الأصلي إلى التعاقد من الباطن مع مقاول من الباطن الوحيد، أما النوع الثاني للمقاولة من الباطن غير المباشرة، أو على درجات يقوم فيها المقاول من الباطن من الدرجة الأولى بالتعاقد من الباطن مع مقاول أخر من درجة ثانية لتنفيذ كل أو جزء من الأعمال المعهودة إليه من المقاول الأصلي، فنكون أمام عقد المقاولة من الباطن غير المباشرة أو على درجات وهكذا، وعليه فإننا نكون إما أمام المقاولة من الباطن على درجة واحدة عندما يكون للمقاول الأصلي مقاول من الباطن واحد، بينما نكون أمام المقاولة من الباطن على درجات أو غير مباشرة و متسلسلة كما يسميها البعض عندما يتعاقد المقاول من الباطن مع مقاول من الباطن أخر، وهكذا فنكون أمام المقاولة من الباطن من درجه ثانية أو الثالثة أو الرابعة إلى أخره[1].

ويترتب على المقاولة من الباطن على الدرجات المتسلسلة أن يصبح المقاول الباطن من الدرجة الأولى بمثابة مقاول أصلي بالنسبة للمقاول من الباطن من الدرجة الثانية، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 2 من القانون رقم 75-1334 المتعلق بالتعاقد من الباطن.

"يعتبر المقاول من الباطن هو المقاول الأصلي فيما يتعلق بمقاوليه من الباطن، والمادة 3-6-2-1 من قرار 30 مارس 2021 المتعلق بالموافقة على البنود الإدارية العامة لعقود

[1] فضيلة شعبان، مرجع سابق، ص52.

الأشغال العامة الفرنسية"، "المقاول من الباطن غير المباشر هو المقاول من الباطن للمقاول من الباطن ويشار إليه بالمقاول الأصلي للمقاول من الباطن غير المباشر".

كما نص عليها المشرع البلجيكي في المادة 1798 من القانون المدني البلجيكي، المعدلة بموجب قانون الرهن العقاري الصادرة في 19 فيفري 1990 بقولها: "يعتبر المقاول من الباطن هو المقاول باعتباره السلطة المتعاقدة فيما يتعلق بالمقاولة من الباطن السابق، استنادا إلى ما سبق يؤخذ المقاول الأصلي صفة رب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن من الدرجة الثانية، في حين أن رب العمل يعتبر شخص أجنبي بالنسبة للمقاول من الباطن من الدرجة الثانية، غير أننا نرى بان رب العمل يبقى هو نفسه مهما تعدد المقاولين من الباطن"[1].

الفرع الثاني: تنوع عقد المقاولة من الباطن بحسب مجال التطبيق

حسب هذا المعيار يقسم عقد المقاولة من الباطن إلى قسمين وطني ودولي، في عقد المقاولة من الباطن الوطني يكون جميع أطراف العقد في من بلد واحد ويخضعون جميعها لنفس النظام القانوني الوطني. أي أن كلا من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن بالإضافة إلى رب العمل من نفس البلد وهو لا يطرح أي إشكال بالنسبة لتنازع القوانين أو فرق العملة أو القانون المنظم للعقد وهو من العقود الأكثر شيوعا وتبسيطا في القانون الوطني.

ونكون أمام عقد المقاولة من الباطن الدولي، عندما تتضمن علاقة تعاقدية عنصر أجنبيا أو أكثر أو فيما يتعلق بالعمل المنجز في الخارج وهو أمر شائع الحدوث في العقود الدولية، حيث تعمد بعض الشركات التي تنفذ عقود المقاولة أن تستعين بشركة أجنبية أخرى للاستعانة بها في تنفيذ جزء من المشروع المسند إليها خاصة عندما يكون ذلك جزء من المشروع يحتاج إلى خبرات تقنيه خاصة لا تحوزها إلا تلك الشركة المتعاقدة من الباطن. وعادة ما يضع الأطراف في هذا النوع من العقود بنودا تنص على ضرورة اللجوء إلى التحكيم الدولي لحل نزاعاتهم، كما يتفقون مسبقا على القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات.

وعليه فإن عقد المقاولة من الباطن الدولي، هو العقد الذي يكون هو الأطراف المتعاقدة فيه من دول مختلفة، أي يكون رب العمل والمقاول الأصلي من دولة، والمقاول من الباطن من دوله أخرى، أو رب العمل والمقاول من الباطن من دولة، والمقاول الأصلي من دوله أخرى، أو أن يكون المقاول الأصلي والمقاول من الباطن من دولة ورب العمل من دولة

[1] فضيلة شعبان، مرجع سابق، ص53.

أخرى، وأخيرا أن يكون كل من متعاقد من دولة، أي أن يتضمن العقد عنصر أجنبي أو أكثر، وذلك بالنظر إلى جنسية الأطراف المتعاقدة أو مكان إبرام العقد أو تنفيذ العمل أو أصل السلع المستخدمة، وعليه فان الأطراف المتعاقدة تخضع لقواعد قانونية مختلفة[1].

وإذا كان عقد المقاولة من الباطن الداخلي يتسم بالبساطة والسهولة في تكوينه لأن أطرافه ينتمون إلى نظام قانوني واحد ويخضعون لقواعد موحدة، بالإضافة إلى أن المحل الذي ترد عليه تلك العقود هو القيام بأعمال بسيطة غير معقدة كمقاولة البناء البسيطة، فإنه على العكس من ذلك في عقود المقاولات من الباطن الدولية نظرا لإرتباطها بأنظمة قانونية مختلفة، من شأنها أن تشكل صعوبات تتعلق بتعيين القانون الواجب التطبيق، من اجل تحديد الحقوق والالتزامات للأطراف المتعاقدة في عملية المقاولة من الباطن.

المبحث الثاني: طرق تكوين عقد المقاولة من الباطن وأثرها القانوني

يعد عقد المقاولة من الباطن من العقود ذات الطبيعة الخاصة التي تقتضي توافر شروط محددة لضمان صحتها وفعاليتها، بالنظر لما ينجر عنه من التزامات متبادلة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن. وتكمن أهمية هذا العقد في الطريقة التي يُبرم بها، وكذا في كيفية صياغته بما يراعي خصوصية المشروع المراد إنجازه والضمانات القانونية اللازمة لحسن التنفيذ. كما تترتب عن هذا العقد آثار قانونية هامة تمس أطرافه وأحيانًا الغير، مما يستدعي ضبط الأحكام التي تحكمه بدقة. وبناءً عليه، سنتناول في هذا المطلب شروط إبرام عقد المقاولة من الباطن، ثم نبين طرق إبرامه وكيفية تحريره، لنُعرّج بعد ذلك على أبرز آثاره القانونية.

المطلب الأول: شروط عقد المقاولة من الباطن

يشترط في عقد المقاولة من الباطن أن يكون مرخصاً به من طرف صاحب المشروع إذا نص العقد الأصلي على ذلك، وألا يشمل الأعمال التي التزم بها المقاول الأصلي شخصياً، كما يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة للعقود، من رضا، ومحل مشروع، وسبب جائز، ويمكن إبرام عقد المقاولة من الباطن كتابة أو شفاهة، غير أن التوثيق الكتابي يبقى الوسيلة الأضمن

[1] فضيلة شعبان، مرجع سابق، ص54.

لتحديد التزامات الطرفين، كما قد يستدل على وجوده من خلال تنفيذ الأعمال وقبولها، مما يدل على قيام علاقة تعاقدية ضمنية، من خلال هذا سنتحدث في الفرع الأول عن شروط عقد المقاولة من الباطن بينما الفرع الثاني سنتطرق إلى شرط التحكيم.

الفرع الأول: متابعة العقد من الباطن عقد أصلي سابق

لابد عند تناول عقد المقاولة من الباطن في تناول شروط عقد المقاولة فمن هذه الشروط نجد شرط أن يتبع العقد من الباطن عقدا أصليا سابق له أما في الشرط الثاني فسندرس شرط قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن.

تقتضي تبعية العقد حتما وجود العقد المتبرع أولا وبصفة أساسية ليلحق بالعقد التابع وهو الأمر ذاته في العقد من الباطن والذي يظهر ما يلي:

أولا: وجود عقد أصلي سابق

الضروري أن يستوفي العقد من الباطن كل الشروط القانونية التي تقتضيها القواعد العامة بشان إبرام العقود في وجود إرادة حرة خالية من كل عيوب ومحل وسبب مشروعين غير أنه تبقى هذه الإرادة غير قادرة لوحدها على إيجاد عقد من الباطن، إنما يشترط زيادة ذلك وجود عقد أصلي.

فلا يكون هناك عقد من الباطن في غياب العقد الأصلي ولا يوجد إيجار من الباطن إذ لم يكن هناك إيجار أصلي لان هذا يشكل سببا منشأ له في العقد الأصلي هو الذي يعطي صفة المقاولة من الباطن في العقد[1].

"وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط صراحة في نص المادة 564 من القانون المدني حيث اوجب لتحقق عملية المقاولة من الباطن من جهة وجود عقد سابق مبرم بين المقاول ورب العمل، ومن جهة ثانية أن يكون هذا العقد عقد مقاولة، وبناءا عليه فان وجود عقد سابق قائم بين المقاول ورب العمل شرط أساسي لوجود عقد المقاولة من الباطن، فان تخلف هذا الشرط فهذا يعتبر العقد اللاحق عقدا أصليا وليس عقدا من الباطن[2]. وبالإضافة يجب أن يبرم العقد الأصلي أولا يتبعه العقد من الباطن أي لا يمكن أن تكون الأسبقية للعقد

[1] حشاش حليمة و العوادي حنان، مرجع سابق، ص22.

[2] مرجع نفسه ، ص22.

من الباطن فالأولوية في إبرام العقد تكون للعقد الأصلي لكن لا يشترطه لهذا الأخير أن تكون له الأولوية أو الأسبقية في التنفيذ.

ثانيا: أن يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي

"لا يكون تعاقد من الباطن إلا إذا كان العقد من الباطن تابع للعقد الأصلي وتكون هذه التبعية من جانب واحد بمعنى أخر أن العقد من الباطن يكون تابع للعقد الأصلي وليس العكس"

"بمعنى ثاني فان العقد من الباطن يعتبر محله من الفقه الأصلي استعاره كليه أو جزئية مما يترتب عليه تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي من حيث الوجود والنطاق والطبيعة القانونية".

كما أننا نجد في التبعية انه يجوز للطرف المشترك أن يقوم للمتعاقد من الباطن حقوقا أكثر مما له في العقد الأصلي، ولا أن يلتزم في العقد من الباطن بالالتزامات التي لا يمكنه تنفيذها لتعارضها مع أحكام العقد الأصلي.

الفرع الثاني: قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن:

ففي عقد المقاولة يحق للمتعاقد الأصلي معرفه الشخص الذي تولى مهمة التنفيذ كما له حق القبول به، ويتحدد شكل القبول بالعقد من الباطن وفقا لطبيعة العقد الأصلي فيأخذ مبدئيا بالقبول الصريح في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي وبالقبول الضمني في العقود الأخرى.

أولا: القبول في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي

"إن العقد الأصلي ينشأ الالتزام بعمل وتنفيذه يتطلب مدة زمنية معينة لهذا السبب غالبا ما تكون في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي والعقود القائمة على الاعتبار الشخص هي عقود يعتمد فيها بشخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته فتكون شخصيته أو صفته عنصرا جوهريا في العقد ومحل الاعتبار وقت انعقاد العقد وعند تنفيذه ولا يقبل تنفيذ أو الوفاء إلا من هذا المتعاقد شخصيا".

حيث نجد أن المشرع قد أعطى للدائن حق رفض الوفاء بواسطة غير المدين بنفسه وفقا لما تضمنته المادة 169 من القانون المدني الجزائري التي تنص على:" الالتزام بالعمل إذا

نص الاتفاق أو استوجب بطبيعة الدين أن ينفذ المدين بنفسه فجاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين بمعنى أن موافقة المتعاقد الأصلي يجب أن تكون صريحة"[1].

"أما فيما يخص الاتفاق في العقود المتضمنة الشرط المانع للتعاقد في الباطن فانه يكون تارة منعا مطلقا وتارة مقيدا فقط له كأن يتفق للمتعاقدين على عدم جواز تعاقد المدين من الباطن أو يتفق فقط على استعمال هذا الحق على شرط معين كالحصول على ترخيص كتابي من المتعاقد الأصلي أو موافقته على شخص متعاقد من الباطن".

والتي نصت على:**<<لا يجوز المستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك>>** بمعنى الإيجار بين الباطن سواء شمل كل العين المؤجر أو جزء منها إذ لم يتحمل المستأجر على موافقة صريحة من المؤجر.

حيث أن النص المانع من التعاقد يكون نصا مكملا أو نصا أمرا ففي الحالة الأولى فان الاتفاق على ما يخالفه أن يقع في العقد الأصلي بمعنى انه يجب أن يستند التعاقد من الباطن إلى إذن سابق فان تخلف هذا الإذن اعتبر النص المكمل جزء من العقد ويأخذ حكم الشرط المانع.

إلى انه إذا تعلق المنع بنص أمر فان الإذن بالتعاقد من الباطن يقع باطلا ومن أول يقع باطلا التعاقد من الباطن بدون إذن سابق، أو حتى الموافقة الصريحة للمتعاقد لا تجعل من المتعاقد من الباطن حائزا.

تجدر الإشارة إلى أن اللجوء المتعاقد الوسيط إلى إبرام عقد من الباطن رغم منعه في ذلك يشكل انتهاكا للعقد الأصلي ومخالفة الالتزام بالامتناع الوارد فيه، وبالتالي يحق للمتعاقد الأصلي مبدئيا طلب فسح العقد الأصلي طبقا للقواعد العامة[2].

ثانيا: القبول في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي

العقود التي لا يعتمد فيها بالاعتبار الشخصي هي تلك التي تؤثر فيها شخصيه المتعاقد أو صفاته عند إبرام العقد، حيث يكون التركيز على الأهداف الاقتصادية والمالية في هذه العقود، يمكن لأي شخص أخر تنفيذ الالتزام بنفس الجودة والطريقة مثل عقد الصنع أو النقل

[1] المادة 169، القانون المدني الجزائري ، السالفة الذكر.

[2] حشاش حليمة و العوادي حنان، مرجع سابق، ص27.

أي كما لو تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لغيره أن يصنعه بنفس الطريقة والجودة أو تعهد ناقل بنقل أشخاص أو أشياء يمكن لغيره أن يقوم بتنفيذ نفس الالتزام.

حيث نجد الفقه أقر جواز التعاقد من الباطن في العقود الغير قائمة على الاعتبار الشخص إذ لم يتضمن العقد الأصلي قبولا صريحا به حيث نجد الفقه انقسم في هذا المجال لعدة أراء وهذا ما سنتناوله على النحو التالي:

- **الفريق الأول:** يجيز التعاقد من الباطن استنادا إلى الموافقة الضمنية للمتعاقد الأصلي الأول على أساس أن غياب عنصر الاعتبار الشخصي في العقد الأصلي يجعل في شخصية المنفذ الحقيقي للالتزام عديمة الأهمية بالنسبة للدائن به، وأنه موافق ضمنيا على إنابة المدين لغيره في تنفيذ العقد القائم بينهما.
- **الفريق الثاني:** فيرى أن موافقة المتعاقد الأصلي على التعاقد من الباطن تأخذ هذه الحالة شكل خاص يتمثل في غياب شرط مانع، بمعنى أنه لطالما لم يتضمن العقد الأصلي شرطا صريحا يمنع التعاقد من الباطن فهذا يدل على أن هذا الأخير جائز.
- **الفريق الثالث:** فيعتبر انه عند تخلف المنع الصريح في العقد الأصلي فان التعاقد من الباطن لا يحتاج إلى إذن سابق أو قرار لاحق لكنه جائز استنادا إلى الأصل العام.

المطلب الثاني : طرق إبرام المقاولة من الباطن وكيفية إختيار المقاول من الباطن

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

ويتم إبرام المقاولة في هذه الحالة بعد طرق، فقد يتم التعاقد بين المقاول ورب العمل بطريقة الممارسة أو عن طريق المسابقة ، كما قد يتم ذلك عن طريق طلب تقديم عطاءات أو ما يسمى بالمناقصة وسنتطرق في مطلبنا هذا في الفرع الأول طرق إبرام المقاولة من الباطن ،وفي الفرع الثاني كيفية اختيار المقاول من الباطن.

الفرع الأول: طرق إبرام عقد المقاولة من الباطن:

سنتعرف إلى الطرق القانونية لإبرام عقد المقاولة من الباطن:

1.التعاقد بطريقه الممارسة: يتم التعاقد عن طريق التراضي فيكون بأن يطالب المقاول الأصلي من المقاول من الباطن بانجاز عمل معين لحسابه فيقبل المقاول من الباطن، وقد يكون هذا الأخير هو من بادر للإيجاب وقبل المقاول الأصلي والغالب بالنسبة للمقاولات الهامة أو يسبق إبرام العقد مرحلة يتفاوض فيها الطرفان على شروطه وأوصافه، حتى ما إذا تطابقت إرادتهما إبرام العقد ، ويطلق على هذه الطريقة في إبرام العقود بالتعاقد بالممارسة[1].

ولا تترتب المفاوضات التي تتم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن أي اثر قانوني من حيث الأصل، فلا يلتزم أي من الطرفين بأن يستمر فيها حتى إبرام العقد، بل يجوز لكل منهما أن يقطعها في وقت ويصرف النظر عن الطرف الأخر في المفاوضة[2].

الصفقة لمتعامل متعاقد واحد باعتباره الأنسب في تنفيذها دون أن تلجا المصلحة المتعاقدة إلى المنافسة، وهذا ما وضحته المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص أن:" التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة"[3]، وهذا يعني أن التراضي يتم بعرض من أحد طرفي العقد ويتم بقبول الطرف الأخر.

غير أنه قد يحدث خلال التفاوض في مجال مقاولات البناء أن يقوم المقاول من الباطن بإعداد مقاييسه للبناء المزعم إقامته، تتضمن بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها والأجر الذي يحدد لكل منها أو الأجر الإجمالي لها، كما قد يقوم المهندس المعماري بوضع تصميم للبناء مما يدفعنا للتساؤل عن ما إذا كان هذا العمل يمس أو يؤثر على حرية المقاول الأصلي في قطع المفاوضات دون أن يلتزم بتعويض المقاول من الباطن والمهندس.

ويعتبر إبرام العقد عن طريق ممارسة الأسلوب الأكثر استعمالا في المعاملات إذ يتصل الطرفان مباشرة قصد انجاز مشروع معين سواء تعلق الأمر بعقود بسيطة التي لا تتطلب

---

[1] حشاش حليمة و العوادي حنان، مرجع سابق، ص28.

[2] مرجع نفسه ، ص29.

[3] إكرام مقراني و بشرى بوشريط: المناولة في الصفقة العمومية، أطروحة لنيل شهادة: ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2020-2021، ص37.

أموالا كثيرة أو اتفاقيات مباشرة بعد استشارة وتفاوض مثل ماهو عليه الحال في عقود الاستثمار أو المنشآت الضخمة.

2.التعاقد بطريقة المسابقة: في بعض الحالات لابد من استعانة المقاول مباشرة بالمقاول من الباطن وعلى هذا الأساس قد يلجأ المقاول الأصلي إلى طريقة المسابقة لإبرام عقد المقاولة من الباطن، فيبادر إلى الإعلان عن المسابقة لمن يريد الدخول فيها لوضع تصميم العمل المطلوب.

بحيث يعين هذا العمل تعيينا كافيا، مع تضمين هذا الإعلان الشروط التي يتعين على المقاول من الباطن التقيد بها عن تنفيذ عقد المقاولة على أن توكل مهمة فحص التصميمات المتقدمة، إلى اللجنة الخاصة ليتم اختيار أفضلها، مع تحديد جائزة المتسابقين وقد تكون الجائزة هي التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذه بشروط التي سبق ذكرها في الإعلان وقد يتحفظ المقاول الأصلي على التزامه بإبرام عقد المقاولة مع الفائز من المتسابقين غير انه يتعين في هذه الحالة منح جائزة للفائز في المسابقة لمكافئته على ما بذله من جهد في وضع تصميم، أما إذا لم يحتفظ رب العمل على التزامه بالتعاقد مع الفائز فانه يكون ملزما بالتعاقد معه[1].

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

3. طلب تقديم عطاءات: قد يلجأ المقاول الأصلي الذي يدير عملا كبيرا القيمة إلى انجازه بواسطة الغير من خلال طلب تقديم عطاءات أو ما يسمى بالمناقصة، والتي ترتب عنها تحديد الأجر الذي يطلبه الغير في مقابل انجاز هذا العمل أو يتم في العادة تقديم العطاء أما في المناقصة عليه ترسو على من يقدم علنا اقل عطاء مع تقديم الضمانات الكافية أو في أفكاره المغلقة والمختومة[2].

وفيما يتعلق بالمناقصة العلنية تقديم كل مقاول بعطاء معين لترسو المناقصة على من يقدم علنا اقل عطاء وهو ما يعتبر ايجابيا، بينما يعتبر إرساء المناقصة على من قدم اقل

---

[1] حشاش حليمة و العوادي حنان، مرجع سابق، ص30.

[2] مرجع نفسه ، ص30.

عطاء قبولا، فيتم حين إذن عقد المقاولة يرسو المناقصة قياسا على ما ورد بنص المادة 69 من القانون المدني الجزائري والذي ينص على "لا يتم العقد في المزايدات إلا المزاد ويسقط المزاد بمزاد علني ولو كان باطلا"[1]، تشير هذه المادة الى ان البيع بالمزاد العلني لا يعتر نافذا إلا بعد رسو المزاد أي عندما يعلن عن الفائز بالمزاد، كما أن أي عرض يلغى تلقائيا إذا قدم عرض أعلى منه حتى وان كان العرض الأعلى غير صحيح أو باطل، هذا يعني أن العروض السابقة لا تعاد تلقائيا ويجب على المشاركين تقديم عروض جديدة إذا رغبوا في الاستمرار.

عندما يتم لجوء المتعاقد إلا أسلوب المناقصة يطلب من المناولين أن يقدموا عروضهم مع تحديد مقابل للأعمال المراد تنفيذها مع اشتراط تحديد المناقصة وصفها وصفا دقيقا إضافة إلى معلومات ضرورية للمترشحين، أما بالنسبة للأظرفة المختومة فانه يتم فتحها في اليوم المحدد على أن يكون رسوم المناقصة أيضا على من تقدم بأقل عطاء من المتسابقين، طالما قدم التأمينات الكافية المحددة في دفتر الشروط[2].

ويلتزم المقاول الأصلي الذي أعلن عن المناقصة بهذا القبول على أساس أنه هو الذي دعا المقاول إلى تقدم بعطائه فلا يجوز له أن يرفض التعاقد معه، فإن رفضه فانه يلتزم بتعويض المقاول من الباطن الذي اقترح العطاء الأقل قيمة عن ما أرفقه من مصروفات وما كان يستطيع كسبه لو أنه قام بانجاز العمل.

✓ **الفرع الثاني: كيفية اختيار المقاول الفرعي:**

إن في العقود البسيطة يتم التعاقد دائما بين طرفيها مباشرة بعد تجاوز مرحلة التفاوض بشأن محتواها إلى أن الأمر في عقد المقاولة من الباطن يخرج أحيانا من هذا الإطار، حيث يكون تدخل المقاول من الباطن ليس فحسب بناءا على رغبة المقاول الأصلي وإنما كذلك بناءا على رغبة رب العمل هذا ما يتبين من خلال ماسنتطرق إليه في مايلي:

1.اختيار المقاول من الباطن من قبل المقاول الأصلي:

إن عقد المقاولة سواء كان عقد أصلي أو عقد من الباطن شأنه شأن أي عقد فهو لا يخلو من اعتبارات شخصية تجعل مبرمه يلجأ إلى التعامل مع الشخص الذي يجوز ثقته ويرى أنه قادر على تنفيذ ماتعهد به ولهذا فان المقاول الأصلي لا يقدم على المقاولة من الباطن إلا بعد أن يتخذ جملة من الإجراءات الاحترازية حتى يتمكن من اختيار المقاول المناسب لأداء

[1] المادة 69، القانون المدني الجزائري ، السالفة الذكر.

[2] إكرام مقراني و بشرى بوشريط، مرجع سابق، ص18.

العمل المطلوب، وهو ما يحدث غالبا في قطاع البناء والتشييد أين تتجسد المقاولة من الباطن بصفة أساسية، نظرا للمشاريع الضخمة طويلة المدة التي يعرفها هذا القطاع التي تحتاج تنفيذها للتعامل مع عدد كبير من الشركات المتخصصة[1].

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

و الأكيد أن الهدف من هذه الوثائق ومعرفة المقاول الأصلي لمدى مطابقتها من الناحية الفنية والمهنية مع أعمال المشروع المطروح لتنفيذ والتزام المقاول من الباطن بمقاييس العمل ومعايير الجودة وتفاديا لأي تضارب في وجهات النظر، ومنعا لأي خلافات قد تحدث مستقبلا وتتسبب في تعطل الأعمال أو التأخر في انجازها، مما يلحق أضرارا بجميع الأطراف.

2.المقاول من الباطن المسمى:

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

كما يمكن للمهندس المكلف بمتابعة المشروع أن يعين المقاول من الباطن، حيث يصدر التعليمات الأصلي بالاستعانة بالمقاول من الباطن ويطلق عليه اسم المقاول من الباطن المسمى ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة في التعيين حتى يتفادى المشاكل التي قد تنشأ بين رب العمل والمقاول الأصلي جراء إدخال المقاول من الباطن في تنفيذ عقد المقاولة الأصلية.

---

[1] حشاش حليمة و العوادي حنان، مرجع سابق، ص31.

[2] حشاش حليمة و العوادي حنان، مرجع سابق، ص32.

وإذا كان القانون ولم يتطرق إلا للطريقة الأولى، حيث يختار المقاول من الباطن ويبقى مسؤولا عنه اتجاه رب العمل، إلى أن التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة للحالة الثانية حول مدى مسؤولية المقاول الأصلي من المقاول من الباطن المسمى، خاصة انه لم يتولى اختياره وإنما فرض من قبل رب العمل أول المهندس[1].

المطلب الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن التعاقد من الباطن

القاعدة أن التعاقد من الباطن غير جائز إلا بموافقة الإدارة المسبقة، وموافقة الإدارة تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة بشرط حسن استعمالها، وأن يكون هدف الإدارة هو تحقيق الصالح العام، ولم تواجه لائحة قانون المناقصات والمزايدات الحالية حكم التعاقد من الباطن، ومن ثم يعتبر غير محظورا بشرط موافقة الإدارة عليه.

ويجب التمييز بين النتائج القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن في حالة موافقة الإدارة، والتعاقد من الباطن في حالة عدم موافقة الإدارة.

الفرع الأول :الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة

أولا: بالنسبة للمتعاقد الأصلي

لا يؤدي التعاقد من الباطن المرخص به إلى حلول المتعاقد من الباطن محل المتعاقد الأصلي، ولا تنشأ أية علاقة عقدية جديدة بين المتعاقد من الباطن وجهة الإدارة، بل تظل الرابطة العقدية بين المتعاقد الأصلي وجهة الإدارة قائمة دون المساس بها[2]، ويضل المتعاقد من الأصلي مسئولا عن تنفيذ العقد حتى بالنسبة للجزء المنفذ بواسطة المتعاقد من الباطن.

وينتج عن ذلك أن المتعاقد الأصلي يمكن أن توقع عليه الجزاءات؛ بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه حتى وإن كان الفعل راجعا إلى تقصير المتعاقد من الباطن.

---

[1] حشاش حليمة و العوادي حنان، مرجع سابق، ص33.

[2] سكران فوزية و زينب سالم، " التعاقد من الباطن وأحكامه دراسة مقارنة"، مجلة دفاتر الحقوق والعلوم السياسية، مجلد2، العدد2، 2022، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ص49.

ثانيا: بالنسبة للمتعاقد من الباطن

لا يترتب على موافقة جهة الإدارة على التعاقد من الباطن وجود أي علاقة تعاقدية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، بل يظل المتعاقد الأصلي هو المسئول الوحيد عن تنفيذ العقد أمام جهة الإدارة ويترتب على ذلك:

عدم وجود صلات قانونية بين الإدارة والمتعاقد من الباطن التي بمقتضاها يدفع الثمن دائما للمتعاقد الأصلي حتى بالنسبة لجزء الأعمال المنفذ بواسطة المتعاقد من الباطن، ولا يملك هذا الأخير حق مطالبة الإدارة بالثمن المستحق له نتيجة قيامه بتنفيذ جزء من العقد .هذا ما لم تنص القوانين واللوائح خلافا لذلك، في هذه الحالة تقتصر العلاقة على تسوية الثمن فقط.

•لا يحق للإدارة أن تقاضي المتعاقد من الباطن مباشرة بسبب تنفيذه للعمل بطريقة مخالفة لما ورد في العقد، ولكنها تستطيع ذلك عن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية[1].

•ليس للمتعاقد من الباطن أن يتظلم من الإجراءات الجزائية التي تتخذها الإدارة ضد المتعاقد الأصلّي حتى فيما يتعلق بجزء العقد الذي التزم بتنفيذه.

•جهة الإدارة يمكنها أن تمارس رقابة فنية وأمنية على المتعاقد بهدف التأكد من مطابقة الأعمال أو الأصناف المتعاقد عليها وفق الشروط الواردة في العقد، لأن سلطة الرقابة مستمدة من احتياجات المرفق العام، وضرورة سيره بصفة منتظمة ودائمة، ويقع باطلا كل شرط يخالف ذلك[2].

•جهة الإدارة تتعاون مع المتعاقد من الباطن في النطاق المالي، إذ إنه بصدور مرسوم 01/05/1953 في فرنسا حدث تطور ملحوظ في أحقية المتعاقد من الباطن في الحصول على مقابل مالي للجزء الذي قام بتنفيذه، وهذا يقتصر على الناحية المالية، أما خارج حدود هذا النطاق فهي انتفاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد من الباطن على الرغم من موافقتها على التعاقد من الباطن .

•لا تستطيع الإدارة بعد موافقتها على التعاقد من الباطن الاعتراض عليه بعد ذلك دون سبب مشروع، وإلا ارتكبت خطأ يوجب مسئوليتها بالتعويض أمام المقاول الأصلي. نجد أن في فرنسا كان قضاء مجلس الدولة يجري على عدم وجود أي علاقة تعاقدية بين المتعاقد من الباطن والإدارة، ومن ثم يمتنع على المتعاقد من الباطن الحصول على أي مقابل مالي

[1] سكران فوزية و زينب سالم، مرجع سابق، ص49.

[2] مرجع نفسه، ص49-50 .

مباشرة من جهة الإدارة المتعاقدة، ويكون سداد هذا المقابل عن طريق المتعاقد الأصلي حتى بخصوص الجزء الذي تم تنفيذه بواسطة المتعاقد من الباطن[1].

واستمر ذلك الوضع سائدا حتى صدور مرسوم11مايو سنة 1953 بتنظيم طريقة مباشرة بين المتعاقد من الباطن والإدارة بقصد تنظيم دفع الثمن، وذلك في عقود الدولة والمؤسسات العامة القومية التي لا تخضع للقواعد التجارية وبصدور ذلك المرسوم أصبح للمتعاقد من الباطن طلب الحصول على معاونة مالية مباشرة من جهة الإدارة المتعاقدة، وبموافقة المتعاقد الأصلي وذلك لتنفيذ الجزء الذي يرد عليه التعاقد من الباطن، كما أن له أن يطالب الإدارة المتعاقدة مباشرة بحقوقه المالية المستحقة له عن تنفيذ ذلك الجزء من العقد.

ومفاد ما تقدم وجود علاقة قانونية جديدة ومباشرة بين المتعاقد من الباطن والإدارة المتعاقدة، إلا أن هذه العلاقة تقتصر فقط على تسوية المستحقات المالية للمتعاقد من الباطن، أما خارج حدود هذا النطاق فتسري القاعدة المستقرة وهي انتفاء العلاقة التعاقدية المباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن على الرغم من موافقتها على التعاقد من الباطن[2].

• العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن:

تبقى العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن علاقة عقدية تخضع لقواعد القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بشأن المنازعات الناشئة عنها للقضاء العادي .ومن القواعد المعروفة في هذا الفرع من القانون " قاعدة العقد شريعة المتعاقدين "والمنصوص عليها في القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني :الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة:

بعد أن تعرضنا للآثار القانونية التي تترتب على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة، والتي تكون من الطبيعي مختلفة عن الآثار القانونية التي تترتب على التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة، وعلى ذلك فإننا نتناول بيان الآثار القانونية المترتبة على هذا التعاقد في ثلاث نقاط نبحث في الأولى عن علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي، وفي الثانية

[1] سكران فوزية و زينب سالم، مرجع سابق ، ص50.

[2] مرجع نفسه، ص50.

عن علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن، وفي الثالثة عن علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن.

٠أ.علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي:

قد ينوي المتعاقد مع الإدارة التعاقد من الباطن؛ لتنفيذ العقد المبرم بينهما، فيتعاقد من الباطن من دون أخذ موافقة الإدارة، أو قد يقدم طلبا إلى الأخيرة ولم يجابه بقبول من جانب الإدارة المتعاقدة، ففي هذه الحالة يثار التساؤل عن الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة، وهل يسري بمواجهة الإدارة المتعاقدة؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول إن التعاقد من الباطن غير المرخص به لا يمكن أن يحتج به في مواجهة الإدارة، وهذا يعني عدم وجود أية رابطة عقدية بين المتعاقد من الباطن والإدارة، ويبق المتعاقد الأصلي مسئولا تجاه الإدارة عن تنفيذ العقد، ويتحمل النتائج كافة المترتبة على الأضرار التي قد يسببها المتعاقد من الباطن، ومن جهة أخرى فإن التعاقد من الباطن من دون ترخيص سابق من الإدارة، يعد في حد ذاته خطأ عقديا وإخلالا بالالتزامات يبرر توقيع أقصى الجزاءات عليه، وأهمها فسخ العقد وإنهاؤه، وذلك سواء أنص على هذا الجزاء في العقد أم لم ينص كون حق الإدارة في الفسخ بهذه الحالة ينتج من طبيعة العقد الإداري ذاته، ولاستبعاده يجب أن ينص العقد صراحة على ذلك.

٠ب- علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن:

الأصل هو انتفاء العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد من الباطن؛ إذ تظل العلاقة العقدية قائمة فقط بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، ومن ثم يبق هذا الأخير وحده مسئوًلا عن تنفيذ العقد بأكمله، ويترتب على ذلك، أنه لا يجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد من الباطن بتنفيذ ما يقع عليه من التزامات قبل المتعاقد الأصلي تتعلق بتنفيذ العمل محل التعاقد من الباطن، وترتيبا على ذلك لا تملك الإدارة مطالبة المتعاقد من الباطن، بإنجاز العمل محل العقد الأصلي، لأن المتعاقد من الباطن لم يكن طرفا في هذا العقد، كما أنها لا تملك ذلك استنادا إلى اتفاق التعاقد من الباطن، لأنها ليست طرفا فيه وهذا الحكم يسري بالنسبة لباقي التزامات المتعاقد من الباطن، كالالتزام بتسليم العمل والالتزام بالضمان بوصفه أصلا عام[1].

[1] سكران فوزية و زينب سالم، مرجع سابق، ص50.

إلا أن المتعاقد من الباطن يستطيع بصفته دائنا للمتعاقد الأصلي أن يطالب الإدارة بحقوق مدينه وفق القواعد العامة المقررة في هذا الخصوص، وعلى ذلك يمكن للمتعاقد بها من الباطن أن يستفيد بالحقوق والدعاوى المعترف للدائنين في القانون المدني، وعلى الأخص الدعوى غير المباشرة وحوالة الحق[1].

وبناء على ما تقدم نشير إلى أنه لا يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يتعاقد من الباطن، إلا في الأحوال المنصوص عليها في العقد وأخذ موافقة الإدارة أولا وقبل القيام بالتعاقد من الباطن فالحصول على موافقة الإدارة أمر وجوبي في العقود المبرمة معها، وإلا فالتعاقد بالتزام تعاقدي ويحق عليه فرض الجزاءات الإدارية وأهمها فسخ العقد وإنهاؤه أو سحب العمل منه.

• ج- علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن:

العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن علاقة عقدية مباشرة، وسبب ذلك قيام الطرفين بإبرام اتفاق التعاقد من الباطن بينهما، وهذه العلاقة تعد رابطة من روابط القانون الخاص، ويختص القضاء العادي بالفصل في المنازعات الناشئة عنها، وعلى ذلك تخضع مسؤولية المتعاقد من الباطن في مواجهة المتعاقد الأصلي للقواعد العامة التي تحكم المسئولية العقدية في القانون المدني سواءا كان ذلك في مسؤوليته عن التنفيذ، أم في مسئوليته عن الأضرار.

[1] مرجع نفسه، ص51.

خلاصة الفصل الاول:

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

كما تطرقنا أيضا في هذا الفصل إلى الإطار العام لمفهوم المقاول من الباطن، حيث عرّفنا به قانونًا وبيّنّا خصائصه وتمييزه عن المفاهيم المشابهة، كما تطرقنا إلى الأساس القانوني الذي ينظّم هذه الآلية في إطار الصفقات العمومية، مبرزين الشروط القانونية التي يجب توفرها لاعتماد المقاولة من الباطن، بالإضافة إلى تحديد طبيعة العلاقة التي تربط المقاول من الباطن بالمقاول الرئيسي والمصلحة المتعاقدة. هذا التقديم كان ضروريًا لفهم طبيعة هذه العلاقة قبل التطرق إلى الإشكالات القانونية المتعلقة بالحماية في الفصل الموالي.

الفصل الثاني:
الحماية القانونية
للمقاولة من الباطن

الفصل الثاني: الحماية القانونية للمقاول من الباطن

المبحث الأول: آليات وطرق الحماية القانونية للمقاول من الباطن

وضع المشروع 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 في هذا المبحث إلى مفهوم الدعوة المباشرة وأساسها القانوني وخصائصها ومن له الحق في ممارستها هذا في المطلب الأول ، ونتناول في المطلب الثاني آثار الدعوة المباشرة وذلك بتبيان نتائجها على المقاول الأصلي ودائنيه وعلى رب العمل ودائنيه.

المطلب الأول: الحق في رفع الدعوى المباشرة

يمنح المشرع الجزائري المقاول في الباطن الحماية القانونية في ومستحقاته المالية اتجاه المقاول الأصلي ورب العمل فعند عدم التزام أحد أطراف العقد بعدم تسديد المستحقات المالية للمقاول من الباطن وجب عليه رفع الدعوى المباشرة أمام القضاء وذلك ماسنحدده في الفرع الأول بتبيان تعريف الدعوى المباشرة ونطاقها القانوني وفي الفرع الثاني نبين خصائصها ومن له الحق في ممارستها.

الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة وأساسها القانوني:

1. تعريف الدعوى المباشرة :

يجمع الفقه في تعريف الدعوى المباشرة على أنها حق للدائن في انتقاء حقوقه مباشرة من مدينه الأصلي دون مزاحمة من باقي دائني هذا الأخير، يقيمها باسمه ولحسابه الخاص متأثرا وحده بثمارها.[1]

فهذه الدعوى تعطي نوعا من الامتياز للدائن اذا تجنبه عسر مدينه ومزاحمة دائنيه لهدا السبب اعتبرت إنشاء المبدأ نسبية العقد ومبدأ المساواة بين الدائنين.

[11] وليد بن عبد الصادق و عادل صدراتي: الضمانات القانونية لعقد المقاولة الفرعية، أطروحة لنيل شهادة: الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2019-2020، ص7.

كما أن المشرع الجزائري لم يخص الدعوى المباشرة بنص عام مثل ما هو الحال بالنسبة للدعوى الغير مباشرة الواردة في المادة 189 من القانون المدني، " لكل داء ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابلا للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه، ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لابد أن يدخله في الخصام"[1]، تجسد هذه المادة من القانون المدني الجزائري إحدى الوسائل القانونية التي يمنحها المشرع للدائن لحماية حقه وضمان عدم ضياعه نتيجة إهمال أو تقاعس المدين. وتعرف هذه الوسيلة بالدعوى الغير مباشرة، حيث يمارس الدائن بعض حقوق مدينه باسمه ولكن لفائدته الشخصية.

مساير في ذلك الكثير من التشريعات العربية ، وهو سبب انحصار الدعوى في حالات معينة قررها القانون على سبيل الحصر[2]، وتعرف الدعوى المباشرة أنها الحق المعترف به لشخص في اقتضاء ماهو مستحق له من مدين مدينه فهي تسمح للدائن برفع دعوى باسمه شخصيا ولحسابه ضد مدين مدينه ، بهدف الحصول على على حقه مباشرة.

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 بان يؤدي له ماكان يجب أن يؤديه في حدود دين الدائن لمدينه ، وهي وسيلة كفلها القانون لحماية حقوق بعض الدائنين 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 باعتبار مدين المقاول الأصلي ، ولا تتعلق بكل أمواله ، أي أنها تنحصر على مايكون مستحقا للمقاول الأصلي تجاه رب العمل في الأصل [3].

كما عرفت الدعوى المباشرة بأنها سعي مباشر من الدائن إلى مدين مدينه على حق يمكنه من الاستئثار وحده دون دائنين.

---

[1] المادة 189، القانون المدني الجزائري ، السالفة الذكر.

[2] وليد بن عبد الصادق و عادل صدراتي، مرجع سابق، ص8.

[3] عيدة مبارك فالح الرشيدي: ضوابط الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن وآثارها في القانون الكويتي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة: الماستر في الحقوق، جامعة المنوفية، الكويت، ص653.

ولا تمنع الدعوى الغير مباشرة رب العمل من تصرف في ماهو مستحق للمقاول الأصلي بسبب عقد المقاولة بكافة صور التصرف، وتكون هذه التصرفات نافذة في مواجهو المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي، ولا يشترط لنفاذ هذه التصرفات أن يكون لها تاريخ ثابت.

- **الأساس القانوني للدعوى المباشرة :**

وجدت فكرة الدعوى المباشرة صعوبة في الخول إلى نظام القانون، نظرا لكونها تناقض مبدأ المساواة بين الدائنين ومبدأ نسبة العقود مما دفع ببعض الدراسات لها تركيز جهودهم على محاولة إيجاد مبرر لوجودها وتفسير الرابطة القانونية بين الدائن ومدين المدين حتى يتم تجاوز العائق الذي يشكله المدائن السابقين[1].

أسس البعض أن الدعوى المباشرة على منزلة حق الامتياز، ولما كان حق الامتياز لا ينشأ إلا بنص خاص فان الدعوى المباشرة تبقى موكولة إلا نصوص خاصة فلا ترد إلى أصل عام.

وهناك رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير فكان على مدينه رجوعا مباشرا لمصلحة دائنه وهذا محضر الافتراض لا ينهض به أساسا في الواقع وهناك من ردها إلى فكرة النيابة فكان المدين قد ناب عن دائنه في التعاقد مع مدين المدين وهذا أيضا افتراض لا يقوم على أساس.

وهناك رد على الدعوى المباشرة إلى فكرة الإثراء بلا سبب فالدائن قد افتقر بمقدار النفقة التي قدمها أو بمقدار الخسارة التي تحملها وهذا الافتقار كان سببا في إنزاء مدين المدين، فيكون للدائن أن يتقاضى من مدين مدينه أقل القيمتين، قيمة الافتقار أو قيمة الإثراء. ويلاحظ على هذا الرأي أن مدين المدين لم يشير بلا سبب، بل هناك سببا لإثرائه هو الدين الذي في ذمة المدين كما أن افتقار الدائن يقابله الدين الذي له في ذمة المدين، فكل من الدائن ومدين المدين يجد مقابلا لما افتقر أو أثرى به[2].

غير أن كل النظريات لم تتمكن من تقديم أساس قانوني يعيد الانتقادات ليبقى الاتفاق على أن هذه الدعوى هي تقنية قانونية تحقق من صلابة نسبية العقود.

---

[1] وليد بن عبد الصادق وعادل صدراتي، مرجع سابق، ص10.

[2] وليد بن عبد الصادق وعادل صدراتي، مرجع سابق، ص10.

✓ **الفرع الثاني: خصائص الدعوى المباشرة وأصحاب الحق في مارستها**

أولا: الخصائص

للمدعي المقاول الفرعي المباشرة ضد رب العمل عدة خصائص ومميزات أشار إليها المشرع في المادة 565 من القانون المدني بينما تولى الفقه ببيان البعض الآخر والتي نذكرها فيما يلي:

1. **الدعوى المباشرة أصلية اختيارية**

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

ومن ثم يحق للمقاول الفرعي أن يختار لمصلحته بين متابعة المقاول الأصلي أي مدين المباشر على أساس عقد المتقاولة القائم بينهما أو مقاضاة رب العمل استنادا لنص المادة 565، "يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل"[1]، تنص المادة 565 من القانون المدني الجزائري على حماية خاصة للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلي في تنفيذ الأشغال، حيث تمنحهم الحق في مطالبة رب العمل مباشرة بمستحقاتهم، على ألا تتجاوز قيمة الدين المستحق للمقاول الأصلي في وقت رفع الدعوى. كما يملك عمال المقاول الفرعي نفس الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل. ويُسمح لهم بتوقيع الحجز على المبالغ التي تكون تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي، مع منحهم امتيازًا قانونيًا على تلك المبالغ بنسبة حقوقهم. وتؤكد المادة كذلك أن حقوق هؤلاء مقدَّمة على حقوق الغير، حتى من تنازل له المقاول الأصلي عن ديونه.

وتُعد هذه الأحكام وسيلة فعالة لحماية الفئات الضعيفة في تنفيذ عقود الأشغال، كالعمال والمقاولين من الباطن، من تعسف أو إعسار المقاول الرئيسي.

أو حق الجميع بين الدعوى ومقاضاة الاثنين معا فيكونان ملزمين بالتضامن برفع مستحقاته طالما أن المادة أعلاه لم تشترط صراحة لمباشرة وقبول الدعوى المباشرة ضد رب.

[1] المادة 565، القانون المدني الجزائري ، السالفة الذكر.

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

يتضح من ذلك أن الدعوى المباشرة تتميز بأنها دعوى اختيارية فهي تهدف إلى حماية مصلحة الدائن بمنحه حقا خاصا ومركزا قانونيا متميزا بإضافة مدين جديد إلى المدين الأصلي وبذلك يكون الدائن خيارا بين الرجوع على المدين الأصلي عن طريق رفع دعوى عادية أو الرجوع على مدين المدين بموجب الدعوى المباشرة[1].

2.الدعوى المباشرة غير تامة:

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

وقد أشار المشرع إلى هذه الخاصية عندما أورد عبارة حق مطالبة رب العمل بما لا يجوز القدر الذي يكون مدينا للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.

أ- **الدعوة المباشرة الخاصة:** فالمقصود منه أنها دعوى لا تسمح للمقاول الفرعي بمقاضاة سوى مدين فرعي معين ومطابقته بأموال محددة في ذمة أي أنه لا يحق للمقاول الفرعي مقاضاة سوى رب العمل الذي استفاد من الأعمال المنجزة ومطالبته بالأموال التي تكون للمقاول الأصلي في ذمة وقت رفع الدعوة وبالتالي فهي قاصرة على ما يكون للمقاول الأصلي لدا رب العمل وليس على جمع أموال هذا الأخير كما يشترط أن يكون الدين مستحقًا بسبب تنفيذ عقد المقاولة الفرعية[2].

[1] رزين إيمان: النظام القانوني للدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون المدني دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة: الدكتوراه الطور الثالث تخصص قانون العقود الخاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مصطفى إسطنبولي، معسكر، الجزائر، 2023-2024، ص36.

[2] وليد بن عبد الصادق و عادل صدراتي، مرجع سابق، ص13.

ب- الدعوى المباشرة من النظام العام وليس لها أثر قانوني

إن المقصود بعبارة أنها دعوى ليس لها أثر قضائي أنه لا يترتب على تقريرها أو رفعها انقضاء حق المقاول الفرعي لدى المقاول الأصلي، فحقه في الأجر لا ينقضي إلا إذا أتت ضده الدعوى ثمارها.

ويجمع الفقه على اعتبار الدعوى المباشرة حكم يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنها مقدمًا في عقد المقاولة الفرعية، كما لا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلي عدم الرجوع المقاول الفرعي أو عماله عليه بالدعوى المباشرة وإن حصل مثل هذا الإتفاق فإنه يكون عديم الأثر ولا يؤمن حقوق المقاول الفرعي والعمال، لأنهم يسووا طرفا فيه وحقهم في إقامة الدعوى المباشرة مستمد من نص القانون[1].

إن الدعوى المباشرة لا تثبت ولا تتقرر إلا بموجب نص تشريعي خاص وصريح ينص عليها بوضوح فهي تتبع فقط من إرادة القانون، وذلك لأنها تمنح للدائن حقا خاصا ومركزا ومتميزا يفضل به على سائر الدائنين الآخرين[2].

ت- هي السعي المباشر للدائن الى مدين مدينه:

حيث يسعى مباشرة الدائن بنفسه برفع الدعوة باسمه الخاص ولحسابه دون ان يكون نائبا أو تدخلا من طرف مدينه، فيصبح الدائن هنا دائنا مباشرا لمدين المدين فيصبح هو الحق الشخصي .

ث- هي إستثناء عن مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية:

وذلك باعتبار أن المدعي هنا هو الدائن، وهو من الغير بالنسبة للمدعي عليه الذي يمثل مدين المدين فلا توجد أية علاقة قانونية بينهم.

ج- هي تحقيق لضمان خاصة للدائن:

حيث تميه من خطر تعرضه لمزاحمة الدائنين الآخرين وهو ما يعتبر خروجا من مبدأ المساواة بين الدائنين.

ح- هي غل يد المدين:

فمجرد رد الدعوى تغل يد المدين في حقه قبل مدين المدين.

---

[1] المرجع نفسه، ص13.

[2] رزين إيمان، مرجع سابق، ص38.

خ- **هي دعوى كاملة:**

بمعنى أنها تتوفر على جميع عناصر الدعوى من خصومة ومرافقات وإصدار الحكم.

ثانيا: أصحاب الحق في ممارسة الدعوى المباشرة:

لم يقتصر المشرع الجزائري الدعوى المباشرة على المقاول الفرعي فحسب، وإنما مد نطاقها إلى عمال المقاول الفرعي حيث يتم شرحهم كالأتي:

1. الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي:

وهو دائن يطالب في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي وما يتبع الأجر من نفقات وتمد مهمات وأدوات وفوائد والطرف الآخر في هذه المطالبة، أي الطرف المدين هو رب العمل مدينا له للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول الباطن، فإذا فرضنا أن المقاول من الباطن دائن للمقاول الأصلي بأربعمائة وأن المقاول الأصلي دائن لرب العمل بخمسمائة، فإن المقاول من الباطن يطالب بموجب الدعوى المباشرة رب العمل بأربعمائة. أما إذا كان المقاول الأصلي دائن لرب العمل بثلاثمائة، فإن المقاول من الباطن لا يطالب رب العمل إلا بثلاثمائة[1].

2. الدعوى المباشرة لعمال المقاول الفرعي:

يحق لعمال المقاول من الباطن الرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي لأنه في حكم صاحب المشروع في علاقتهم بهم وعليه يمكن لعمال المقاول الفرعي الاختيار إنما الرجوع على صاحب المشروع أو على المقاول الأصلي عند عدم استيفاء أجورهم من قبل المقاول الفرعي، وتجب الإشارة إلى أن هذه الأحكام قاصرة على العمال ولا تنطبق على موردي المقاول الأصلي، ومن ثم لهؤلاء دعوى مباشرة على صاحب المشروع لاستيفاء ثمن ما وردوه للمقاول الأصلي، ولاحق امتياز إلا إذا قضي الاتفاق أو دفتر الشروط بخلاف ذلك.

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

فيستفيد بذلك المقاول الفرعي الثاني من الحماية التي نصت عليها المادة 565 ، من القانون المدني . غير أنه لا يمكنه رفع الدعوى المباشرة على صاحب المشروع ، لأن المادة المذكورة لا تمنح المقاول الفرعي الحق في رفع الدعوى المباشرة الأعلى، وهو المقاول الأصلي

[1] وليد بن عبد الصادق و عادل صدراتي، مرجع سابق، ص15.

في حالة التعاقد الفرعي الثاني . وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16 مارس 1983م الذي جاء فيه أنه من المتفق عليه وقضاءا، أنه إذا كان المقاول من الباطن فتقاول هو أيضا بدوره من الباطن ، فإن المقاول الثاني له الحق في رفع الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل في العقد الأصلي ،لان في ذلك خرق للمادة 565 من القانون م. 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 الأصلي باعتبار رب العمل للمقاول الفرعي الأول، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على صاحب المشروع، على أن الدعوى المباشرة لا تمس إلا الدفعات المتعلقة بالخدمات المقررة بموجب العقد الفرعي أين يستفيد صاحب المشروع فعليا حتى هذه الأعمال[1].

المطلب الثاني: آثار الدعوى المباشرة

ينتج عن الدعوى المباشرة في المقاولة من الباطن نتائج واثأر عديدة منها يتعلق بالمقاول الأصلي و دائنيه هذا ما سنتكلم عنه في الفرع الأول، ومنه ما يتعلق برب العمل ودائنيه هذا ما سنجده في الفرع الثاني.

الفرع الأول: نتائج الدعوة المباشرة على المقاول الأصلي

أولا: لا تؤثر الدعوى المباشرة في علاقة المقاول الأصلي بالفرعي ولا في علاقته برب العمل إذ يبقى المقاول الأصلي مدينا للمقاول الفرعي، ويترتب على ذلك نتائج هامة تتلخص في:

- بإمكان المقاول الفرعي أن يستوفي دينه من المقاول الأصلي فتبرأ ذمة رب العمل إتجاه المقاول الفرعي ولا يرجع عليه شيء.
- إذا وفي رب العمل للمقاول الفرعي بالدين الذي عليه في ذمته للمقاول الأصلي وكان هذا الدين اقل ما للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي، حق للمقاول الفرعي الرجوع على المقاول الأصلي بما بقي مدينا به أو التقدم في تفليسه حتى يستوفي حقه كاملا من رب العمل.

[1] وليد بن عبد الصادق و عادل صدراتي، مرجع سابق، ص16.

- يبقى المقاول الأصلي دائنا لرب العمل لكنه لا يستطيع استيفاء حقه منه بعد رفع الدعوى المباشرة أو توجيه الإنذار بالدفع لرب العمل، ويكون مركزه أشبه بمركز المدين المحجوز عليه في الحجز ما للمدين لدى الغير فلا تبقى للمقاول الأصلي سلطة التصرف في حقه لدى رب العمل بعد أن يجمد بفعل الإنذار أو رفع الدعوى المباشرة إذ تنفيذ حريته بعدما كان بإمكانه القيام بجميع أنواع التصرفات من إستفتاء أو مقاطعة أو إبراء والتي تكون سارية المفعول في حق المقاول الفرعي دون قيد أو إستيفاء حقه كله أو بعضه.

إن المدين الأصلي يمتنع عليه التصرف في حقه الموجود في ذمة مدينه بأي تصرف من التصرفات القانونية، بعد إعذار الدائن له كما يمتنع عليه مطالبة مدينه بالوفاء له[1].

ثانيا: نتائج الدعوة المباشرة على دائني المقاول الأصلي

يتأثر رب العمل بالدعوى المباشرة التي يقيمها رب العمل كما تمتد آثارها لدائنيه

1. نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل:

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

أ- حالة النزاع بين حائزي الدعوة المباشرة:

رأينا سابقا أن الدعوى المباشرة حق يملك ممارسة كل من المقاول الفرعي وعماله وعمال المقاول الأصلي، لهذا السبب يحدث أن يباشر هؤلاء الدائنين الدعوى المباشرة ضد رب العمل لمطالبته بما في ذمة المقاول الأصلي في وقت واحد، فكيف يكون الحل القانوني لهذه الوضعية.

لا إشكال على الإطلاق إن كان الدين في ذمة رب العمل اتجاه المقاول الأصلي يعطي كل المبالغ المستحقة لأصحاب الدعوى المباشرة إذ يأخذ كل واحد منهم نصيب لكن الإشكال يطرح فعلا عندما لا يكفي هذا الدين للوفاء لهم جميعا فكيف يحل المشرع القانوني في هذه الحالة .

جمع الفقه على انه إذا تعدد الدائنون المستفيدون من الدعوى المباشرة ورفعها جميعا ولم يكن في ذمة رب العمل أموال المقاول الأصلي ما يسعى بجميع حقوقهم تقاسموا ما يحصلون

[1] العموري خلوفي: الدعوى المباشرة الضمان الغير مسمى، "دفاتر السياسة والقانون، العدد 19 جوان 2018، ص141.

عليه من رب العمل قسمة الغرماء في ما بينهم كل بالنسبة حقه ويتناول في ذلك تزاحم المقاولون الفرعين فيما بينهم وهم عمال المقاول أو هؤلاء جميعا وبعضهم عمال المقاول الفرعي، فالقانون لم يعطي حق الأفضلية أو حق الامتياز لأحدهم دون الباقين لهذا ينبغي أن يعاملوا كلهم على مبدأ المساواة[1].

وحتى يتمكن المقاول الفرعي من تجنب مزاحمة باقي الفرعيين الدائنين الآخرين أن يبادر باتخاذ إجراءات سابقة على رفع الدعوى المباشرة وذلك بتوجيه إنذار لرب العمل قبل أن يقوم هذا الأخير بالوفاء لأحد المقاولين الفرعيين أو حتى عمالهم أو عمال المقاول الأصلي، أو قبل صدور حكم قضائي في الدعوة المباشرة المقامة من طرف أحد هؤلاء الأشخاص.

ب- النزاع بين المقاول الفرعي ودائني المقاول الأصلي من غير حائزي الدعوى المباشرة:

قد يضطر المقاول الأصلي إلى البحث لدى رب العمل الغير، فمثل هذا التصرف قد تهدد إمكانية إستيفاء المقاول الفرعي لحقه في الأجر مما يولد نزاعات بينهم طبقا للقواعد العامة ويحق لدائني المقاول الأصلي من غير أصحاب الدعوى المباشرة مطالبة رب العمل بما في ذمته لمدينهم، إما عن طريق دعوى غير مباشرة أو بتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير.

غير أن توجيه أحد المستفيدين من الدعوى المباشرة إنذار بالدفع بعد انذار رب العمل أو إقامة الدعوى المباشرة ضده وإن صادق وان تم توقيعه قبل هذا التاريخ دون أن يصدر حكم قضائي فلا يعود بإمكان الدائن الحائز الإستمرار فيه، وحتى وإن صدر حكم فيه، فإنه لا يكون نافذا في حق المقاول الفرعي رفع الدعوى المباشرة نتيجة لذلك فإن حائز الدعوى المباشرة يتعلق دائما على الدائن الآخر للمقاول الأصلي سواءا باشر بالدعوى الغير مباشرة أو سلك طريق الحجز للمدين لدى الغير.

[1] وليد بن عبد الصادق و عادل صدراتي، مرجع سابق، ص24.

الفرع الثاني: 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 فيما يلي:

1. نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل:

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

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

لكن بعد هذا التاريخ يمنع رب العمل من الوفاء للمقاول الأصلي، بل يجب أن يكون الوفاء للمقاول من الباطن وحده حتى ولو كان دين معلق على شرط أو مقترنا بأجل فيكون عندئذ ملتزما بوفاء الدين للمقاول من الباطن بعد يتحقق الشرط أو يحل الأجل.

2. نتائج الدعوى المباشرة على دائني رب العمل:

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

إذا كانت الفقرة الثانية من المادة 565 من القانون المدني تجعل رب العمل ملزما في حدود ما مدين به للمقاول الأصلي ويجمد هذا الدين لصالح المقاول الفرعي وعماله وعمال المقاول الأصلي من تاريخ رفع الدعوى على رب العمل، فان هذه المادة لم تتعرض إطلاقا إلى النزاع المحتمل بين دائني رب العمل والمقاول الفرعي في حالة ما إذا لم يكف المال الذي في حوزة رب العمل للأوقات جميعا، كما أن الدعوى المباشرة لا تميز المقاول الفرعي إلا في علاقة مع سائر دائني المقاول الأصلي، ومن ثم لا يحتج على دائني رب العمل بالدعوى المباشرة،

فيكون بإمكانهم الطعن في هذا الوفاء طبقا لأحكام المادة191 من القانون المدني عن طريق إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف[1].

المطلب الثالث: المسؤولية الاجتماعية للمقاول الأصلي لحماية المقاول من الباطن وعماله

مع تزايد اللجوء إلى المقاولة من الباطن في مجال الأشغال العمومية، أصبحت العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن تطرح عدة إشكاليات، خاصة من حيث حماية حقوق العمال. فالمقاول الأصلي لا يتحمّل فقط التزاماته التعاقدية، بل يُنتظر منه أيضًا أن يُراعي الجوانب الاجتماعية المرتبطة بظروف العمل داخل الورشة. ومن هنا تظهر أهمية المسؤولية الاجتماعية للمقاول الأصلي، باعتبارها وسيلة لضمان معاملة إنسانية تحفظ كرامة العمال وتحدّ من التجاوزات التي قد يتعرض لها المقاول من الباطن أو مستخدموه.

الفرع الأول: المبدأ العام مسؤولية المقاول من الباطن تجاه عماله

يعرف صاحب العمل على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يربطه عقد عمل بشخص آخر يدعى عاملا، يكون هدا الأخير بموجبه تابعا له، على أن يلتزم صاحب العمل اتجاهه بما يتولد عن العقد، أو يرتبه قانون العمل من التزامات. وفق هذا المفهوم يعتبر المقاول من الباطن صاحب عمل، لكون العامل يقوم بالعمل لحسابه وتحت إدارته وإشرافه، ومن ثم يكون لهذا الأخير حق إصدار أوامر وتوجيهات له، كما له أن يوقع عليه الجزاء إذا لم يحترم تلك الأوامر. تتجلى التبعية القانونية في سلطة وحق المقاول من الباطن باعتباره صاحب عمل في توجيه العمال ورقابتهم أثناء قيامهم بالعمل الموكل إليهم، كما تظهر في الجزاءات التي يمكنه أن يوقعها عليهم في حالة مخالفتهم لتلك التوجيهات والأوامر[2].

اعتمد المشرع الجزائري بعنصر التبعية القانونية كمعيار أساسي في تحديد صاحب العمل، ويظهر ذلك جليا من خلال التعريف الذي أورده للعمال الأجراء، وهو ما ذهبت إليه الغرفة الاجتماعية في قرارها رقم 310757 المؤرخ في2005/11/09، وفي مجال إثبات علاقة العمل، فلا ينبغي على قضاة الموضوع الاعتماد على المادة 10 من القانون رقم 90 –

[1] وليد بن عبد الصادق و عادل صدراتي، مرجع سابق، ص27.

[2] د. بن عزوز بن صابر: الحماية المقررة للعمال الأجراء في إطار المقاولة من الباطن في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الأول، جانفي 2016، مستغانم، الجزائر، ص49.

11 المتعلق بعالقات العمل، بل يتعين عليهم التحقق من العناصر المكونة للطبيعة القانونية لعلاقة العمل وعلى الخصوص عنصري التبعية والأجر[1].

تتفاوت التبعية القانونية في درجاتها بتفاوت إمكانيات رب العمل في استعمال سلطته فقد تكون فنية بموجبها يشرف صاحب العمل على العامل إشرافا كاملا، وفي كل أوقات العمل وتفترض هذه التبعية إلمام صاحب العمل بالأصول الفنية للعمل، كما تكون التبعية إدارية أو تنظيمية، بحيث يكتفي صاحب العمل بالإشراف على الظروف الخارجية للعمل كأن يحدد للعامل وقتا للعمل ومكانه، دون أن يتدخل في العمل من الناحية الفنية[2].

لا يطرح الإشكال في تحديد صاحب العمل في إطار المقاولة من الباطن، إذا قام عمال المقاول من الباطن بإنجاز أشغال أو خدمات خارج مكان المقاول الأصلي، غير أنه قد تطرح أحيانا بعض الإشكالات تتعلق بتحديد المسؤولية في مجال الوقاية الصحية والأمن خاصة إذا كان أجراء المقاولة من الباطن ينفذون الأشغال في أماكن عمل المقاول الأصلي، فهل يكون هذا الأخير ملزما بضمان ما يتعلق بالصحة والأمن والسلامة المهنية لهؤلاء العمال؟ أم أن المسؤولية تقع على عاتق المقاول من الباطن؟ من الناحية القانونية يعتبر المقاول من الباطن باعتباره صاحب العمل ملزما بضمان هذا الالتزام، وهو ما كرسه مشروع قانون العمل الجديد من خلال نص المادة 111 التي تقضي بما يلي: "**يلتزم المقاول من الباطن باحترام جميع الأحكام الواردة في هدا القانون، بالإضافة الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في مجال الضمان الاجتماعي**"، غير أنه من الناحية العملية لاحظنا أن العمال التابعين للمقاول الأصلي يتمتعون بحماية أكثر من العمال التابعين للمقاول من الباطن، لكون الالتزام بالوقاية الصحية و الأمن يكلف الهيئة المستخدمة أعباء مالية كبيرة، وبما أن المقاول الأصلي يكون في وضعية اقتصادية أحسن من وضعية المقاول من الباطن، وبالتالي يعيش العمال داخل المؤسسة من الناحية العلمية تمييزا في تكريس هدا الحق، ومن أمثلة دلك تمتع عمال المقاول الأصلي بوسائل الوقاية التي لا يتمتع بها عمال المقاول من الباطن، ومن أمثلة ذلك أيضا استفادة عمال المقاول من الباطن من وجبة الغداء وعدم استفادة العمال الآخرين منها وغيرها من الأمثلة، لذلك فإن المشرع التونسي اعتبر المقاول الأصلي مسئولا في مجال الصحة والأمن

[1] المرجع نفسه، ص48-49 .

[2] د. بن عزوز بن صابر، مرجع سابق، ص50.

عن عمال المقاول من الباطن متى قام هؤلاء بتنفيذ العمل داخل مؤسساته أو في إحدى الفروع التابعة له[1].

كما يطرح إشكال آخر يتعلق بتحديد صاحب العمل المسئول عن تنفيذ الالتزامات، خاصة إذا كان عمال المقاولة من الباطن ينفذون الأشغال في مكان عمل المقاول الأصلي، ويتلقون الأوامر والتوجيهات من المقاول الأصلي في بعض الأحيان، الشيء الذي يخلق اللبس في تحديد من هو صاحب العمل، وفي اعتقادنا أن المقاول من الباطن يبقى مسئولا باعتباره صاحب عمل تربطه عقود عمل بعماله الدين يؤدون العمل داخل مكان عمل المقاول الأصلي.

الفرع الثاني: المسؤولية الاجتماعية للمقاول الأصلي لحماية المقاول من الباطن وشروط قيامها

سبق القول أن المقاول من الباطن هو المسؤول اجتماعيا تجاه عماله كقاعدة عامة، غير أن تلك المسؤولية قد تنتقل إلى المقاول الأصلي في حالة عدم أخذه الحيطة والحذر عند إبرامه للعقد مع المقاول من الباطن، كأن يبرمه مع مقاول غير مقيد في السجل التجاري، أو غير منخرط لدى صندوق الضمان الاجتماعي، فهذا الإهمال من طرفه يجعله عند إعسار المقاول من الباطن مسؤولا اجتماعيا تجاه عمال المقاول من الباطن وهو ما أقره المشرع المغربي من خلال المدونة.

الأصل أن المقاولة من الباطن شركة تجارية بمفهوم القانون التجاري، ومن ثم يجب على المقاول من الباطن أن يكون مقيدا بمصلحة السجل التجاري وفق النصوص القانونية المعمول بها، ومادام أن المشرع الجزائري أدرج التعاقد من الباطن ضمن قانون الصفقات العمومية، وبالرجوع إلى أحكام هدا القانون، يجب على المقاول من الباطن تقديم الوثائق اللازمة قبل إبرام الصفقة منها: القانون الأساسي للمقاولة من الباطن، السجل التجاري، الشهادات الجبائية وشهادات الضمان الاجتماعي[2].

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية إلى الآثار الاجتماعية المترتبة على التعاقد مع مقاول من الباطن الذي لم يثبت حصوله على الوثائق المشار إليها أعلاه، على خلاف ذلك تطرق المشرع المغربي إلى أن المسؤولية الاجتماعية للمقاول الأصلي

[1] المرجع نفسه، ص51.

[2] د. بن عزوز بن صابر، مرجع سابق، ص53.

في حالة إعسار المقاول من الباطن وعدم قدرته على تسديد أجور عماله، و العطل السنوية المترتبة عنها والاشتراكات الواجب أداؤها إلى الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية، وكذا التعويضات الناتجة عن التسريح التعسفي.

أقر المشرع الجزائري من خلال الأحكام الواردة في مشروع قانون العمل الجديد المسؤولية الاجتماعية للمقاول الأصلي في حالة إعسار أو إفلاس المقاول من الباطن، وتتجلى مسؤوليته في دفع أجور العمال، العطل المدفوعة الأجر، التعويضات المرتبطة بحوادث العمل والأمراض المهنية، بالإضافة إلى الأعباء المرتبطة بالضمان الاجتماعي[1].

مقارنة مع المشرع المغربي الذي حمل المقاول الأصلي المسؤولية الاجتماعية في حالة إعسار أو إفلاس المقاول من الباطن غير المقيد بالسجل التجاري، أو غير المنخرط لدى صندوق الضمان الاجتماعي، فإن مشروع قانون العمل الجزائري الجديد حمله المسؤولية الاجتماعية في حالة إعسار أو إفلاس المقاول من الباطن حتى ولو كان هذا الأخير مقيدا بالسجل التجاري ومنخرطا لدى هيئة الضمان الاجتماعي، فعلى أي أساس تم تحميله هذه المسؤولية؟ ألا يعتبر ذلك إجحافا في حقه؟

بالإضافة إلى تحميل المقاول الأصلي المسؤولية الاجتماعية في حالة إعسار المقاول من الباطن غير المقيد في السجل التجاري وغير المنخرط في صندوق الضمان الاجتماعي ، أجاز المشرع المغربي لكل من صندوق الضمان الاجتماعي من جهة، أو عمال المقاول من الباطن المتضررين إقامة دعوى قضائية ضد المقاول الأصلي الذي أنجز العمل لحسابه قصد استخلاص الاشتراكات الواجب أداؤها إلى الصندوق، وتسديد التعويضات للعمال، وهو أيضا ما أقره مشروع قانون العمل الجديد إذ نصت المادة 33 التعويضات للعمال 113 منه على ما يلي : " **في حالة إعسار المقاول من الباطن فإن للعمال المتضررين و هيئة الضمان الاجتماعي الحق إقامة دعوى ضد المقاول المستفيد من الأعمال المنجزة** " .

يعتبر كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن مسؤولا في مجال احترام الأحكام القانونية المتعلقة خاصة بشروط التشغيل ، وعمل النساء والأطفال ، والعمل الليلي ، والقواعد المتعلقة بالأمن والصحة وتلك المتعلقة بالضمان الاجتماعي[2]، وفي اعتقادنا أنه حتى يتخلص المقاول الأصلي من هذه المسؤولية يجب عليه دائما مراقبة مدى احترام المقاول من الباطن

[1] د. بن عزوز بن صابر، مرجع سابق، ص54.

[2] المرجع نفسه، ص55.

تطبيق تلك الأحكام، كما أنه يجوز له إخطار مفتش العمل باعتباره الجهاز المكلف قانونا بمراقبة تطبيق تلك الأحكام بالمخالفات المرتكبة من قبل المقاول من الباطن عند تنفيذ العمل الموكل إليه.

المبحث الثاني: التزامات المقاول من الباطن والمقاول الأصلي في عقد المقاولة

كل طرف من أطراف عقد المقاولة من الباطن لديه إلتزامات وجب تنفيذها والقيام بها وموضوعنا هو المقاولة من الباطن وبها أنه أحد أطراف العقد تنتج عليه عدة إلتزامات صادرة عن إرادة المقاول ورب العمل، وعلى هذا الأساس قسمنا مبحثنا إلى ثلاث مطالب، المطلب الأول يتحدث عن إلتزامات المقاول من الباطن بصفته رب العمل والمطلب الثاني إلتزام المقاول بالتسليم والمطلب الثالث الالتزام بدفع الأجر.

- **المطلب الأول: التزامات المقاول من الباطن بصفته رب العمل**

يلتزم المقاول من الباطن أساسا بإنجاز العمل المتفق عليه والعمل على ضمان العمل الذي أنجزه وفق ما تضمنته شروط العقد وسنتطرق في فرعنا الأول إلى الالتزام بإنجاز العمل المتفق عليه وفي فرعنا الثاني وسنتحدث عن الالتزام بإحضار الأدوات والمهمات اللازمة لإنجاز العمل.

- ✓ **الفرع الأول: الإلتزام بإنجاز العمل المتفق عليه**

الإلتزام الرئيسي الذي يلتزم به المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي هو إنجاز العمل المتفق عليه في عقد المقاولة من الباطن، لا العمل المتفق عليه في عقد المقاولة الأصلية.

ومع ذلك فقد سبق القول أن عقد المقاولة في الباطن يستعير محله من عقد المقاولة الأصلي، وهذا ما يفرض على المقاولة من الباطن أن ينفذ العمل وفقا لما إتفق عليه في عقد المقاولة في الباطن.

وهذا ما أشارت إليه المادة 564 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "**يجوز للمقاول أن يوكل في تنفيذ العمل في جملته أو في جزء فيه على مقاول فرعي إذ لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية**". فنستنتج أنه من خلال هذه المادة يجوز للمقاول إسناد تنفيذ العمل كليا أو جزئيا

إلى المقاول الفرعي ألا وهو المقاول من الباطن إلا إذا كان هناك شرط يمنعه من ذلك في العقد أو إذا كانت طبيعة العمل تتطلب أن يقوم المقاول الأصلي بالتنفيذ بنفسه[1].

وبناء على ذلك، فإن المقاول من الباطن ملزم بأن ينجز العمل بالطريقة المحددة في عقد المقاولة من الباطن وبالشروط الواردة فيه وهذا ما تؤكد عليه الشريعة الإسلامية بالنسبة للأجير المشترك من الباطن، وفي حالة عدم الاتفاق على طريقة معينة لإنجاز العمل، لا يعني ذلك أن المقاول في الباطن أن ينفذ العمل كيفما شاء بل عليه إتباع عرف المهنة وأصول الفن المتعارف عليه ففي العمل الذي يقوم به[2].

فالمقاول هذا ملزم ببذل العناية اللازمة بإنجاز العمل كما قد يكون هذا الانجاز التزاما بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية، وأبرز مثال هذا هو التزام المقاول ببناء منزل أو ترميمه أو وضع أثاث أو رسم لوحة فهو الملزم الأساسي لهذا العمل فيجب عليه القيام به ولا يبرر في أي خطأ إلا لسبب أجنبي دخيل أي يجب عليه تحقيق نتيجة المراد منه القيام بها والمطلوبة منه[3].

وهذا ما يفسر أن المشرع الأردني أعطى في المادة 875 في القانون المدني الأردني: المقاول الأصلي بصفته صاحبا عمل، إذا ما وجد أن المقاول من الباطن يقوم بالعمل على وجه معيب أو مخالف للشروط المتفق عليها، الحق في أن يتدخل حالا وينبه المقاول من الباطن إلى المخالفة المرتكبة والعمل المعيب الذي قام به.

أما إن كان العيب جسيما، بحيث لا يمكن إصلاحه، فإنه يجوز للمقاول الأصلي طلب فسخ عقد المقاول من الباطن في الحال، دون حاجة إلى تعيين أجل، وفي جميع الأحوال فإن الأمر في الحالتين متروك لتقدير قاضي الموضوع.

---

[1] المادة 564، من القانون المدني الجزائري، السالفة الذكر.

[2] الدكتور غازي خالد أبو عرابي، المقاولة من الباطن، في ضوء أحكام القضاء والتشريع، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، ص70

[3] زينب علواني وياسمين بالعورة: النظام القانوني لعقد المقاولة في الجزائر، أطروح لنيل شهادة: الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2021-2022، ص19.

الفرع الثاني: الالتزام بإحضار الأدوات و المهمات اللازمة لإنجاز العمل

فهنا نجد حالتين يقتضي الأمر أن نميز بينهما:

- **الحالة الأولى: المواد اللازمة للعمل**

في عقد المقاولة يكونا رب العمل ملتزما بإحضار المواد اللازمة للعمل إذ لم يكن هناك إتفاق صريح. ويمكن للمقاول الأصلي والمقاول في الباطن تحمل كلفة المواد اللازمة للعمل إذا تعهد بذلك.

فإن كان رب العمل هو الملتزم بإعطاء المواد اللازمة للعمل فعليه الالتزام بالوقت وكيفية تقديم المواد.

فعند تسليم رب العمل المواد المتفق عليها، لا يمكن للمقاول من الباطن استبدالها أو التصرف فيها أو إتلافها، لأن هذا قد يعرض المقاول من الباطن للمسؤولية الجنائية والمدنية أمام رب العمل، فإن وجد الضرر فيجب على المقاول من الباطن التعويض أي إلزامه بإحضار المواد من نفس الصنف[1].

- **الحالة الثانية: الآلات والأدوات اللازمة لإنجاز العمل**

أما مما تعلق بالآلات والأدوات الخاصة بالعمل، فهي على خلاف المواد يقع على المقاول الإلتزام بإحضارها مالم يتفق على غير ذلك طبقا للمادة 874 من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه" على المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته، مالم يقضي الإتفاق أو العرف بغيره".

ويسرى الحكم ذاته على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن حيث يجب على هذا الأخير أن يأتي بما يحتاج إليه من أدوات وآلات لازمة لإنجاز العمل على نفقته هذا مالم يقتضي الإتفاق أو العرف بغير ذلك.

والمقاول في الباطن في إنجازه لعمله يؤدي على سبيل الاستقلال فهو غير خاضع لإشراف أو تبعية المقاول الأصلي لذلك له إن لم يكن عقد المقاولة من الباطن متضمنا نصا يمنعه من أن يحل غيره محله في تنفيذ العقد، أن يعهد إلى المقاول من الباطن أخر بتنفيذ بعض أو كل الأعمال المستندة إليه من المقاول الأصلي.

[1] الدكتور غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص72-73-74.

والمقاول من الباطن ينجز وفقا لطبيعة التزامه في المقاولة من الباطن، فقد يكون إلتزاما بتحقيق نتيجة أو إلتزاما ببذل العناية وبغض النظر عن طبيعة التزام المقاول الأصلي في المقاولة الأصلية، فقد يلتزم المقاول الأصلي في المقاولة الأصلية ببذل عناية، كالالتزام الطبيب بصفة عامة بينما يلتزم المقاول من الباطن بتحقيق نتيجة كأن يعهد الطبيب المعالج إلى معمل تحاليل بإجراء تحاليل طبية لمريض أو نقل دم إليه، فالتزام الطبيب المقاول الأصلي (الالتزام بعناية)، أما التزام المقاول من الباطن (معمل التحاليل) إلتزام بتحقيق نتيجة[1].

المطلب الثاني: التزامات المقاول بالتسليم

بعد إلتزام المقاول من الباطن أساسه الأول وهو إنجاز العمل المتفق عليه وجب عله كذلك تسليم العمل المنجز وعدم التباطئ كما وجب على رب العمل الالتزام بتسلم عمل المقاول من الباطن وعلى هذا النحو سنتناول في هذا المطلب إلتزام المقاول بتسليم العمل المنجز(الفرع الأول) وتسلم العمل بعد إنجازه من طرف رب العمل (الفرع الثاني).

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

في عقد المقاولة من الباطن إن التزام المقاول من الباطن بتسليم الشيء المصنوع إلى المقاول الأصلي وهو التزام أوجبه المشرع على المقاول الأصلي تسلم الشيء المصنوع ونقل حيازته من المقاول من الباطن إليه والانتفاع به باعتبار التسليم والتسلم هو الهدف النهائي الذي سعى أطراف العقد بإنجازه وحيث أن الفقه المصري عرف التسليم: "بأنه تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه وهذا التعريف هو فعلا ما يقوم به المقاول الأصلي باعتباره رب العمل بالنسبة للمقاول في الباطن"[2].

إن محل التسليم هو العمل المطلوب إنجازه في عقد المقاولة من الباطن والتسليم والتسلم هما وجهان لعملة واحدة وذلك أن التسليم يقع على الشيء المراد تسليمه والملزم بالتسليم

[1] الدكتور غازي خالد أبو العرابي مرجع سابق، ص 74-75.

[2] سعود فيصل محمد آل علي:" إلتزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن في عقد مقاولة البناء من الباطن دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مجلة حقوق دمياط الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد3، يناير2023، دمياط، مصر، ص9.

هو المقاول من الباطن وهو الذي يقوم بتسليم ما أنجزه ما عمل طبقا لشروط عقد المقاولة من الباطن ويقدم هذا الشيء إلى المقاول الأصلي وعليه أن يستلمه[1].

وأما طرفي التسليم فهما المقاول من الباطن والمقاول الأصلي، حيث نصت المادة 655 من القانون المدني مصري على أنه" متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل وجب عليه أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن".

ويتضح من النص أنه على عاتق المقاول الأصلي أن يتسلم العمل بنفسه أو بواسطة معاونيه أهل الخبرة وذلك لمعاينة وفحص والتأكد من التنفيذ التام لشروط العقد ومطابقتها للعمل [2].

وحيث أن طريقة التسلم تختلف بطبيعة العمل أو الشيء المصنوع وذلك في المشاريع الكبيرة يتم التسليم بمحضر يوقع من طرف المتعاقدين فإذا كان محل المقاولة هو إصلاح شيء موجود فإن صاحب العمل يفترض تسلم العمل" بعد انتهاء المقاولة منه ويقوم صاحب العمل وتجربته والرضاء منه. أما التسليم في العقار فيكون بعد .... المقاول له واستيلاء صاحب العمل عليه وممارسة حقوقه التي يستمدها من الملكية وغيرها من الحقوق[3] .

ويترتب على تسلم المقاول العقار إعفاء المقاول من الباطن من العيوب الظاهرة وبموجبه ينقل عبء حراسة العمل من المقاول من الباطن إلى المقاول الأصلي.

الفرع الثاني: تسلم العمل بعد إنجازه

على رب العمل أن يستلم العمل بعد إنجازه وهو ملزم بذلك، فلا يتحقق التسليم الملقى على عاتق المقاول بدون أن يتسلم رب العمل العمل المنجز حسب نص المادة 558 من القانون المدني الجزائري على أنه" عندما يتم المقاول العمل يضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا الأخير ان يبادر تسليمه في اقرب وقت ممكن بحسب ماهو جاري في

[1] سعود فيصل محمد آل علي، مرجع سابق، ص10.

[2] المادة 655، القانون المدني المصري، "متى أتم المقاول العمل ووضعها تحت تصرف رب العمل وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب العرف فإذا لم يفعل، مع أنه دعا إلى ذلك دعوى مناسبة، أتبر أن التسليم قد تم"، الجمهورية العربية المصرية، قانون رقم 131 سنة 1948، منشور بالجريدة الرسمية، العدد167 مكرر بتاريخ 29 يوليو 1948.

[3] سعود فيصل محمد آل علي، مرجع سابق، ص12.

المعاملات فإذا امتنع دون سبب مشروع التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، إعتبر العمل قد سلم إليه، ويتحمل كل مايترتب على ذلك من آثار.

إن التزام رب العمل بتسلم العمل محل المقاولة بعد إنجازه، يستوجب أن يكون العمل موافق للشروط والمواصفات المتفق عليها مسبقا بين المتعاقدين أو طبقا لما تقتضي به الأصول الفنية لهذا العمل وعلى ذلك يعتبر رفض رب العمل تسلم ما أنجزه المقاول مبررا وإذا جاء العمل معيبا ومخالفا لم تم الإتفاق عليه، أو لما يقضي به عرف المهنة وأصولها[1].

إن المقاول الأصلي هو الملتزم بتسلم أو من ينوب عنه وعند التسلم وبالتوقيع على المحضر تبرأ ذمة المقاول من الباطن ويعتبر التسلم مخالصة تعطى من المقاول من الباطن إلى هذا الأخير عند تنفيذه عمليه اتجاه المقاول الأصلي فإذا لم يتسلم العمل أو تقاعس في الإستلام وبعد إن أعذر من المقاول من الباطن من ثم للمقاول من الباطن الحق بالرجوع على المقاول الأصلي طبقا للقواعد العامة والمطالبة بالتعويض، بخصوص الطرف الثاني وهو المقاول من الباطن بإعتباره الطرف الذي يوضع أعماله للفحص والمراجعة، وهو الطرف الدائن في عملية التسليم، وإذ إن التسلم دائما يكون لمصلحته لأنه سوف تبرأ ذمته في كافة الإلتزامات المترتبة عليه في عقد المقاولة من الباطن وحيث أن المقاول من الباطن قد يكون شخصا أو عددا من المقاولين، إذا كان شخصا فإن التسليم يكون منه، إذا كان عدة مقاولين فهنا تكون بصدد عقود مقاولة وعدد من المقاولين من الباطن

إن المقاول من الباطن هو الملتزم بتسليم العمل للمقاول الأصلي وهو أساس هذه العملية، وهناك صور للتسليم منها:

1. **التسلم الصريح:** هو أن يتم التسلم بتراضي بين الطرفين وحيث لا تثار أي مشاكل بين أطرافه إذ ماتم في حضورهم سواءا كان التسليم شفاهة أو كتابة وغالبا مايكون كتابيا لتسهيل عملية الإثبات.
2. **التسلم الضمني:** هو إتخاذ موقف معين يصدر فى إرادة واعية في تسليم العمل محل التعاقد وتقبله وذلك بأن يقوم المقاول الأصلي بوضع يده علي العمل والتصرف به والانتفاع أو التأجير فهنا يعتبر تسليم العمل ضمنيا وإعتباره بقبول العمل إذا كان العمل قد إكتمل[2].

[1] زينب علواني وياسمين بالعورة، مرجع سابق، ص26.

[2] سعود فيصل محمد آل علي، مرجع سابق، ص11.

المطلب الثالث: الالتزام بدفع الأجر

يعد الالتزام بدفع الأجر من أبرز الالتزامات الأساسية في عقد المقاولة، حيث يلتزم صاحب العمل أو المقاول الأصلي بأداء المقابل المالي المتفق عليه نظير إنجاز العمل المطلوب، ويشترط أن يكون الأجر محدداً أو قابلاً للتحديد عند إبرام العقد، ويجوز أن يُدفع دفعة واحدة عند الانتهاء من العمل أو على مراحل حسب التقدم في الإنجاز، ويعتبر الوفاء بالأجر من الحقوق الجوهرية للمقاول أو المقاول من الباطن، ويترتب على الإخلال به إمكانية المطالبة القضائية أو وقف تنفيذ الأشغال في بعض الحالات، مما يعكس أهمية هذا الالتزام في توازن العلاقة التعاقدية، فنجد في مطلبنا هذا أولا تعيين الأجر وتحديد شروطه في الفرع الأول، ثانيا جزاء الإخلال بالتزام بدفع الأجر في الفرع الثاني.

✓ **الفرع الأول: تعيين الأجر وتحديد شروطه**

إن عقد المقاولة من الباطن هو المرجع في تحديد الأجر، وعلى المقاول الأصلي أن يفي به أي ينفق في عقد المقاولة من الباطن على الطريقة التي يحسب الأجر بمقتضاها، فالمقاول الأصلي يلزم بأداء للمقاول من الباطن باعتبار عقد المقاولة من الباطن من عقود المعارضة، حيث يعتبر الأجر محل التزام المقاول الأصلي، ولذلك يجب أن يكون البدل معين أو قابل للتعيين والأصل أن التراضي عن الأجر يتطلب أن يكون معينا في العقد، عندما يتفق المتعاقدان على تحديده في العقد ولهم الحرية في تحديد مقدار الأجر لما كان الأجر ضروريا في عقد المقاولة، فان ليس بالضرورة تعيين مقداره ولكن في حالة انه لم يتفق على مقدار الأجر لعدم الاتفاق عليه بعد أن تعرض له عقد المقاولة من الباطن يكون باطلا لانتقاء أهم أركانه وإذا كان المتعاقدان لم يتعرضا للأجر وسكت عنه وهنا تكون المقاولة صحيحة وبالتالي يتكفل القانون بتحديد الأجر المفروض على المقاول الأصلي دفعه، حيث يتم تحريره للأجر بإحدى الطريقتين[1]

وطبقا لنص المادة 562 من القانون المدني الجزائري على أنه:"إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول" [2]، تنص هذه المادة على أنه إذا لم يُتَّفق مسبقًا على الأجر بين صاحب العمل والمقاول، فإن تحديد هذا الأجر يتم بالرجوع إلى عنصرين أساسيين:

[1] سعود فيصل محمد آل علي، مرجع سابق، ص16.

[2] المادة 562، من القانون المدني الجزائري، السالفة الذكر.

1. قيمة العمل المنجز: أي تقدير قيمة العمل الذي قام به المقاول بحسب الأسعار المعمول بها في السوق.

2. نفقات المقاول: أي المصاريف والتكاليف التي أنفقها المقاول من أجل تنفيذ العمل، كتكاليف المواد واليد العاملة والمعدات وغيرها.

وبذلك، تضمن هذه المادة عدم ظلم المقاول في حال لم يتم تحديد الأجر مسبقًا، وتعتمد على العدالة والتوازن في تقدير ما يستحقه لقاء عمله.

وكذلك المادة 559 من القانون المدني الجزائري نصت على دفع الأجر في حالة تسلم رب العمل لما أنجزه المقاول إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق غير ذلك.

إذا تعاقد رب العمل مع المهندس المعماري فيجب أن يدفع الأجر إلى هذا الأخير إلى شخص أخر كما يلتزم بدفع الأجر إلى المقاول إذا كان المتعاقد معه هو المقاول.

وإذا كان وجود الأجر ضروري لاعتبار عقد المقاولة إلى انه ليس من الضروري أن يكون هناك اتفاق صريح على مقدار الأجر وإنما قد يأتي ضمنيا فإذا كانت الظروف تشير إلى ذلك الشيء أو العمل ما كان للمقاول أن يقدمه أو يقوم به إلا لإلقاء أجر فيكون هناك اتفاق ضمني كما لو تعاقد رب العمل مع شخص يمارس مهنة يقتات منها كالتعاقد مع المقاول أو الخياط أو النجار....إلخ[1].

من خلال هذا الوفاء بالأجر في عقد المقاولة فيه طرفان أساسيان هما المدين بالأجر (رب العمل) والدائن بالأجر قد يكون المقاول أو المهندس المعماري، المراقب الفني أو كل شخص مع رب العمل بعد المقاولة.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالتزام بدفع الأجر

الأصل أن الأجر لا يدفع كاملا إلا بعد إنهاء العمل المتفق عليه وهذا ما نصت عليه المادة 656 من القانون المدني المصري أنه:" يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل إلا إذا قضي العرف أو الاتفاق بغير ذلك"[2]، وعلى المقاول الأصلي أن يلتزم بدفع الأجر إلى المقاول

[1] المادة 656 من القانون المدني المصري ، الصادر بموجب القانون رقم 131 لسنة 1948 .

[2] تقابلها المادة 885 من قانون المعاملات الإماراتي حيث نصت بأنه:" يلتزم صاحب العمل بدفع البدل عند تسليم المعقود عليه إلا إذا نص الإتفاق أو جرى العرف بغير ذلك"، استعملها المشرع الإماراتي بدل عوض الأجر.

من الباطن وذلك حسب الشروط المتفق عليها أو حسب العرف ولكي يستحق المقاول من الباطن الأجر يشترط عليه أن يكون أوفى بجميع الالتزامات المرتبطة بدفع الأجر.

أولا: التنفيذ العيني

وإذا أخل صاحب العمل بالتزامه بدفع الأجر، بأن لم يدفعه وقت استحقاقه أو تأخر في الدفع أو أراد دفعه ولكن في مكان يختلف عن المكان الذي يلزم فيه الدفع أو أخل بأي التزام من الالتزامات المتعلقة بدفع الأجر، حق للمقاول أن يطالب التنفيذ العيني أو فسخ العقد وذلك بدون الإخلال بحقه في طلب التعويض في الحالتين، ويكون التنفيذ العيني بإصدار حكم من القضاء على رب العمل بالأجر[1]، فان طالب المقاول للفسخ خضع هذا للطلب للسلطة التقديرية للقاضي الذي سيرفض الفسخ عادة إذا كان ما لم يوفى به صاحب العمل من الأجر قليلا في أهميته ومقداره بالنسبة لكامل الأجر.

إذا كان يحق للمقاول أن يحسب الشيء الذي تحت يده طالما لم يتم تسليمه إلى رب العمل فإن الحق المذكور لا يمنع المقاول من المطالبة بالتنفيذ العيني حيث يتحصل على حكم من المحكمة بوجوب الدفع، إضافة إلى ذلك يحق للمطالبة بالفوائد القانونية عن الأجر إذا كان هذا الأجر مبلغا من النقود.

أما إذا طلب المقاول الفسخ فيكون طالبا خاضعا للمحكمة وسلطتها التقديرية سواء طالب المقاول التنفيذ العيني أم طالب الفسخ فانه يحق له أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به[2].

ثانيا: الحبس

رأينا فيما سبق الحق في الحبس العمل الذي قام به وعدم تسليمه إلى رب العمل إذا امتنع هذا الأخير عن الوفاء بالأجر المتفق عليه أو لم يعرض دفعه ما دام هذا الأجر مستحق الوفاء في الوقت الواجب تسليمه، ويظل المقاول الحق في الحبس حتى يقوم رب العمل بدفع الأجرة ويقدم تأمينا كافيا الوفاء به ولكن ينقضي حق المقاول في الحبس إذا سمح لرب العمل بتسليم العمل.[3]

---

[1] احمد دادة حسنية ،احكام التزمات رب العمل في عقد المقاولة ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اجتماعي ،جامعة السعيدة سنة 2016.2017.

[2] مرجع نفسه ،ص96.

[3] مرجع نفسه،ص96.

خلاصة الفصل الثاني :

يتناول هذا الفصل بالدراسة والتحليل الإطار القانوني الذي يضمن الحماية للمقاول من الباطن في مجال الأشغال العمومية، وذلك من خلال المبحث الاول تناول أهم الآليات القانونية التي كفلها له المشرع، وعلى رأسها الحق في رفع الدعوى المباشرة ضد صاحب المشروع، إلى جانب بيان آثار هذه الدعوى على العلاقة التعاقدية. كما تم التطرق إلى المسؤولية الاجتماعية التي يتحملها المقاول الأصلي لحماية المقاول من الباطن وعماله.

كما تناول المبحث الثاني التزامات كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في إطار عقد المقاولة، سواء من حيث تنفيذ الأشغال المتفق عليها، أو تسليمها في الآجال المحددة، أو الالتزام بدفع الأجر. وبيّن هذا الفصل أن العلاقة بين الطرفين يجب أن تقوم على التوازن والتكامل بما يضمن حسن سير المشروع وحماية حقوق جميع المتدخلين.

الخاتمة

خاتمة:

بعدما تناولنا في موضوع مذكرتنا هذا عن ماهية المقاول من الباطن وذلك في الفصل الأول، حيث قمنا للتطرق للإطار النظري للمقاولة من الباطن ومختلف أنواعها وآثرها القانونية، ثم في الفصل الثاني انتقلنا لدراسة الحماية القانونية للمقاول من الباطن وذلك عن طريق تحليل سبل الحماية القانونية التي يمنحها المشرع الجزائري أو غيره من التشريعات الأخرى لهذا المقاول، وبناءا على الاشكالية المطروحة في المقدمة يمكن القول ان المشرع الجزائري قد وفق الى حد ما في تكريس الحماية القانونية للمقاول من الباطن في اطار الاشغال العمومية ، وذلك من خلال اعتراف به ضمن منظومة الصفقات العمومية، واقراره لبعض الاليات التي من شانها ان تضمن تحصيل حقوقه، لاسيما في حالة تعثر المقاول الرئيسي .

غير ان هذه الحماية تبقى نسبية ومحدودة في غياب تنظيم قانوني خاص ومتكامل يضبط بدقة العلاقة بين الاطراف الثلاثة ، المصلحة المتعاقدة ، المقاول الرئيسي ، المقاول من الباطن ، ويضمن توازنا فعليا في الالتزمات والحقوق.

فيمكننا بعد ذلك التوصل إلى النتائج التالية:

- عقد المقاولة من الباطن يتميز بالتشابه الكبير مع العقود الأخرى مثل: **(الوكالة، البيع، الإيجار...إلخ)** مما يؤدي إلى خلط مفاهيمي قد يؤثر على المراكز القانونية للأطراف.
- غياب تنظيم قانوني تفصيلي مستقل لعقد المقاولة من الباطن، مما يفتح الباب للاجتهادات المتباينة في التطبيق العملي.
- الحماية القانونية للمقاول من الباطن تبقى محدودة، وتكاد تنحصر في الدعوة المباشرة التي تواجه عراقيل إجرائية ومقاومة من المتعاقد الأصلي.
- المقاول من الباطن لا يتمتع دائما بالضمانات الاجتماعية ولا الحماية المهنية خصوصا في حال عدم وجود عقد مكتوب.
- تعدد مستويات التعاقد (سلسلة المقاولين من الباطن) يؤدي في بعض الحالات إلى ضياع المسؤولية القانونية وتداخلها.

وبعدما استخلصنا هذه النتائج نقدم هذه الاقتراحات والتي تتوافق مع النتائج السالفة الذكر:

- ضرورة التدخل المشرع الجزائري بنص صريح و واضح يعرف عقد المقاولة من الباطن ويحدد خصائصها المميزة.
- إعداد نص تشريعي أو فصل خاص في قانون الصفقات العمومية ينظم بدقه عقد المقاولة من الباطن من حيث (التكوين، الشروط، والجزاءات)
- تعزيز فعالية الدعوة المباشرة من خلال تبسيط إجراءاتها والتزام صاحب المشروع بالتصريح للمقاولين من الباطن منذ البداية.
- فرض وجوب تحرير عقد مكتوب في كل علاقة مقاولة من الباطن وتسجيله لدى الجهات المختصة لضمان الحقوق الاجتماعية.
- تقنين حدود عدد مستويات التعاقد من الباطن مع تحديد المسؤولية القانونية لكل مقاول في سلسله بوضوح.

قائمة المصادر

و المراجع

قائمة المراجع والمصادر

أولا: النصوص القانونية

1. القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 2.
2. القانون التجاري الجزائري، الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المعدل والمتمم.
3. 1975، المعدل والمتمم.
4. القانون المدني العراقي
4. من القانون المدني المصري ، الصادر بموجب القانون رقم 131 لسنة 1948 .

ثانيا: الكتب

1. دكتور عدنان إبراهيم سرحان، العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة) دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط3، 2014، ص105.
2. الدكتور غازي خالد أبو عرابي، المقاولة من الباطن، في ضوء أحكام القضاء والتشريع، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، ص70

ثالثا :المقالات العلمية

1. العموري خلوفي: الدعوى المباشرة الضمان الغير مسمى، "دفاتر السياسة والقانون، العدد 19 جوان 2018، ص141.
2. د. بن عزوز بن صابر: الحماية المقررة للعمال الأجراء في إطار المقاولة من الباطن في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الأول، جانفي 2016، مستغانم، الجزائر، ص49.
3. سكران فوزية و زينب سالم، " التعاقد من الباطن وأحكامه دراسة مقارنة"، مجلة دفاتر الحقوق والعلوم السياسية، مجلد2، العدد2، 2022، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ص49.
4. سعود فيصل محمد آل علي:" إلتزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن في عقد مقاولة البناء من الباطن دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مجلة حقوق دمياط الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد3، يناير2023، دمياط، مصر، ص9.

رابعا:الرسائل الجامعية

1. إكرام مقراني و بشرى بوشريط: المناولة في الصفقة العمومية، أطروحة لنيل شهادة: ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2020-2021، ص37.
2. احمد دادة حسنية ،أحكام التزامات رب العمل في عقد المقاولة ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اجتماعي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة السعيدة ، 2016.2017.
3. بنين جاسم محمد عبود: عقد المقاولة من الباطن، أطروحة لنيل شهادة: الليسانس، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2024، ص4.

3.حشاش حليمة و العوادي حنان: عقد القاولة من الباطن، أطروحة لنيل شهادة: الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم: قانون خاص، جامعة العقيد آكلي محند، البويرة، الجزائر، 2016، ص7-8.

4.رزين إيمان: النظام القانوني للدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون المدني دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة: الدكتوراه الطور الثالث تخصص قانون العقود الخاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مصطفى إسطنبولي، معسكر، الجزائر، 2023-2024، ص36.

5.زينب علواني وياسمين بالعورة: النظام القانوني لعقد المقاولة في الجزائر، أطروح لنيل شهادة: الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر،2021-2022، ص19

6.عبد الحليم سمشة و معمر بوشلوح: عقد المقاولة وإنحلاله طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة: الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017-2018، ص22.

7.عيدة مبارك فالح الرشيدي: ضوابط الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن وآثارها في

القانون الكويتي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة: الماستر في الحقوق، جامعة المنوفية، الكويت، ص653.

8.فضيلة شعبان: عقد المقاولة من الباطن في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة: الدكتوراه، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2023-2024، ص50.

9.مازة حنان: التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة لنيل شهادة: الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، وهران، الجزائر، 2015-2016، ص16.

10..وليد بن عبد الصادق و عادل صدراتي: الضمانات القانونية لعقد المقاولة الفرعية، أطروحة لنيل شهادة: الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2019-2020، ص7.

فهرس المحتويات

اهداء
شكر وعرفان
ملخص
المقدمة: .....أ
الفصل الأول :الإطار المفاهيمي لعقد المقاولة من الباطن.....1
المبحث الأول: ماهية المقاولة من الباطن 1
المطلب الأول: تحديد المقصود من عقد المقاولة من الباطن.....1
الفرع الأول: التعريف القانوني لعقد المقاولة من الباطن 1
الفرع الثاني: التعريف الفقهي للمقاولة من الباطن 3
المطلب الثاني: التمييز بين عقد المقاولة من الباطن وغيره من العقود والاتفاقيات المشابه..4
الفرع الأول: التمييز بين عقد المقاولة من الباطن والعقود المستخدمة في انجاز المشاريع...4
الفرع الثاني: التمييز بين عقد المقاولة الفرعية والتصرفات المشابهة.....8
المطلب الثالث: أنواع المقاولة من الباطن 12
الفرع الأول: تنوع عقد المقاولة من الباطن بحسب حرية المقاول الأصلي في الاختيار بحسب درجة التعاقد 12
الفرع الثاني: تنوع عقد المقاولة من الباطن بحسب مجال التطبيق.....15
المبحث الثاني: طرق تكوين عقد المقاولة من الباطن وأثرها القانوني 16
المطلب الأول: شروط عقد المقاولة من الباطن.....16
الفرع الأول: متابعة العقد من الباطن عقد أصلي سابق 17
الفرع الثاني: قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن:.....18
المطلب الثاني : طرق إبرام المقاولة من الباطن وكيفية إختيار المقاول من الباطن.....20
الفرع الأول: طرق إبرام عقد المقاولة من الباطن: 21
المطلب الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن التعاقد من الباطن.....25
الفرع الأول :الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة.....25
الفرع الثاني :الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة:.....27
خلاصة الفصل الاول: 30
الفصل الثاني: الحماية القانونية للمقاول من الباطن.....32
المبحث الأول: آليات وطرق الحماية القانونية للمقاول من الباطن.....32

المطلب الأول: الحق في رفع الدعوى المباشرة 32
الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة وأساسها القانوني:.....32
المطلب الثاني: آثار الدعوى المباشرة.....39
الفرع الأول: نتائج الدعوة المباشرة على المقاول الأصلي.....39
الفرع الثاني: نتائج الدعوى المباشرة على رب العمل ودائنيه: 42
المطلب الثالث: المسؤولية الاجتماعية للمقاول الأصلي لحماية المقاول من الباطن وعماله 43
الفرع الأول: المبدأ العام مسؤولية المقاول من الباطن تجاه عماله.....43
الفرع الثاني: المسؤولية الاجتماعية للمقاول الأصلي لحماية المقاول من الباطن وشروط قيامها.....45
المبحث الثاني: التزامات المقاول من الباطن والمقاول الأصلي في عقد المقاولة.....47
الفرع الثاني: الالتزام بإحضار الأدوات و المهمات اللازمة لإنجاز العمل.....49
المطلب الثاني: التزامات المقاول بالتسليم 50
الفرع الأول: التزام المقاول الأصلي بتسلم العمل من المقاول من الباطن 50
الفرع الثاني: تسلم العمل بعد إنجازه.....51
المطلب الثالث: الالتزام بدفع الأجر.....53
الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالتزام بدفع الأجر 54
خلاصة الفصل الثاني : 56
خاتمة: 58
قائمة المراجع والمصادر.....61