وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجـــــيلالي بونعامة خمـــــيس ملـــــــيانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

الإطار القانوني لعقد المناولة في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص:إدارة أعمال

إعداد الطلبة:

- شلاوشي رشيد
- لعريبي توفيـــق

بإشراف:

الأستاذ كعوان أحمد

لجنة المناقشة:

1) الأستاذ:..... بودربالة الياس.....رئيسا.
2) الأستاذ:.....كعوان أحمد.....مشرفا و مقررا.
3) الأستاذ:..... قريش أمينة.....مقررا.

تاريخ المناقشة:10جوان 2015

السنة الجامعية :2015/2014

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

(قل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون)

صدق الله العظيم

إلهي

لايطيب الليل إلا بشكرك ولايطيب النهار إلى بطاعتك .. ولاتطيب اللحظات إلا بذكرك

..ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك الله جل جلاله

إلى

من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين ..

سيدنا

محمد صلى الله عليه وسلم

إلى

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما

إلى والدي العزيزين رحمهما الله.

إلى إخوتي و أصدقائي حسين ،عماد ، رابح ، محمد ، مصطفى ، بن يوسف ،

إسماعيل، بلال .

وإهداء خاص الى فوضيل لعريبي بتونس الشقيقة

والى الأستاذ طبيب أحمد بخدة

إلى كل من سقط من قلمي سهوا

أهدي هذا العمل

لعريبي توفيق

الإهداء

هذه الحروف يا قلب لمن تهديها وذوي المودة من يدري أمانيها بعمق قلب ملؤه محبة و أمل بأن يعطر من دنيا ما له فيها أهدي ورود وثمار جهدي وطموحي في الحياة إلى من كان لي أسباب النجاح و أسرار الصلاح و الفلاح إلى أمي قرة عيني وسروري من ضحت عليا أمي يا غالية يا من تمسح الدمع من عينيا لأنام هنيا، و إن بعدت فحبها مدى الأيام يدفيني، إلى من كان أقرب الناس في الدنيا بأهليها عرفت به الأبوة في أسمى معانيها وحياتي بشعاعه لا يزال يُضْويها أبي الحنون إلى من منحني من الضعف قوة ومن اليأس إرادة إلى من أوصاني بالله عونا ورجاءً و بِمُحمد صلى الله عليه وسلم قدوة، إلى من قال فيهما المولى عزّ وجل ﴿ **وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا** ﴾ الإسراء الآية 24 ،الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما، إلى إخوتي و أخواتي، كل باسمه، وإلى زوجتي الغالية و إلى كل أخوالي وخالتي وأعمامي وعماتي جعل الله سعيهم سعياً مشكوراً وجزاهم جزاءً موفورا.

إلى كل أصدقائي حميد، رابح، حمزة ، محمد، و إلى كل زملائي في الدراسة وخارج الدراسة إلى كل من كان له الفضل في إتمامي لمذكرتي ومن كان له الفضل في ما أنا عليه الآن و إلى كل من أحبه قلبي و لم تسعه صفحتي. و إلى طاقم جامعة الجيلالي بونعامة دون استثناء وخاصة" الأستاذ دوار معمر والأستاذ عمر زمالة"

شلاوشي رشيد

الشكر و التقدير

بدايةً نرفع أسمى آيات الشكر والعرفان لله سبحانه وتعالى، معترفين بعظيم نعمه، أن أعاننا سبحانه، وألهمنا الصبر، فلولاه عز وجل ما خرج هذا العمل المتواضع إلى النور.

كما نتقدم بجزيل الشكر وبأسمى عبارات التقدير والاحترام إلى الأستاذ أحمد كعوان والأستاذ دوار معمر .

وكما نشكر كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة

وكل من ساهم في هذا العمل من قريب او من بعيد.

عتيق لعريبي و شلاوشي رشيد

مقدمة

إن التطورات التي شهدتها المجتمعات المعاصرة لاسيما في المجال الصناعي والاقتصادي أحدثت نوعا من تقسيم العمل والتخصص فيه ، حيث أن المهنة الواحدة أصبحت تظم أكثر من متخصص في العمل الواحد والواقع العملي يؤكد ذلك ، وبموجب هذا التقسيم للأعمال والتخصص فيها أدى ذلك لانتشار المقاولات من الباطن أو بما يعرف بعقود المناولة التي أصبحت ضرورة يُحتمها حجم العمل فهي إحدى وسائل التعاون بين المشروعات العاملة في مجال الإنشاءات المعمارية والصناعية وبالتالي يمكن النظر إليها كوسيلة من وسائل التنمية الاقتصادية .

حيث يؤكد العديد من خبراء الاقتصاد ورجال القانون على ضرورة اعتماد المناولة كإستراتجية اقتصادية في كل القطاعات الاقتصادية خاصة القطاع الصناعي وقطاع المشاريع الإنشائية،وهذا نظرا للدور الذي تلعبه باعتبارها المحرك الرئيسي لعلاقات التعاون بين مختلف المؤسسات الاقتصادية والصناعية.

لهذا أصبح اللجوء لأسلوب المناولة يعتمده الكثير من المؤسسات الاقتصادية لتنفيذ العمليات الضخمة والمعقدة و حتى البسيطة منها لما توفره لها من مزايا وخدمات .

فكان للاستخدام المكثف للمناولة تأثير واضح و مباشر في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية سواء إيجابا أو سلبا، بحيث ساعد هذا الأسلوب على بروز مؤسسات صغيرة ومتوسطة داعمة للمؤسسات الكبرى خاصة في مجال المقاولة الفرعية والمناولة الصناعية، للقيام بجزء أو عدة أجزاء تدخل في تركيب المنتوج النهائي للمؤسسة الكبرى.

و رغم الأهمية التي يكتسيها موضوع المناولة وما تنشئه من علاقات قانونية متشابكة، لم تحض بالدراسة التحليلية ، فهي قليلة جدا الدراسات المتناولة لها، الأمر الذي دفعنا لاختيار هذا الموضوع.

الفصل الأول : مفهوم عقد المناولة

برهنت الوقائع الصناعية والاقتصادية على أهمية المناولة التي أصبحت تشكل أهم وابرز الاستراتيجيات الحديثة وأكثرها قدرة على تحقيق التنمية الاقتصادية بجميع البلدان المتقدمة ، ويعتبر عقد المناولة من أهم الأساليب التي تعمل الدولة على انتشاره وخلق قاعدة عريضة من المنشآت الصغيرة والمتوسطة المكملة للصناعات الكبرى ، لهذا وجب على رجال القانون تحديد مفهوم لعقد المناولة وتحديد طبيعته القانونية و توضيح أهم الآثار المترتبة عن هذا العقد والذي سنقوم بتوضيح كل هذه النقاط في المباحث التالية:

المبحث الأول :تعريف عقد المناولة وتمييزه عن غيره من العقود

تعد المناولة أحد أهم استراتيجيات التحالف والتي تمثل دورا مهما في تحقيق التكامل الصناعي بين المؤسسات الكبرى والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى أهم المفاهيم الأساسية لعقد المناولة وتميز هذا العقد عن غيره من العقود الأخرى .

المطلب الأول: تعريف المناولة

يعتبر موضوع المناولة موضوع شديد الأهمية بالنظر إلى المزايا التي يتمتع بها ، خاصة في ظل الظروف الاقتصادية والتنافسية الحالية ، وأيضا لأن له تأثير في طريقة توزيع الأعمال والموارد كما له تأثير على شدة ونوعية المنافسة السائدة في بيئة معينة ولهذا يكون من الجدير التعرف على هذا الموضوع.

ففي المجال الاقتصادي يستعمل عادة لفظ" **المناولة** "أو" **المقاولة من الباطن** " فيقال" **مقاول يعمل بطريق المناولة** "أو أنه" **يقاول من الباطن** "عندما يكون زبائنه ليسوا هم المستهلكين النهائيين، لكنهم مؤسسة أو عدة مؤسسات يلجأ إليها لإنجاز بعض الأعمال، أو لصناعة جزء أو عدة أجزاء تدخل في تركيب المنتوج النهائي.

بهذا المعنى نكون بصدد عملية مقاولة من الباطن في كل مرة يلجأ فيها متعامل اقتصادي إلى متعامل آخر مستقل عنه، ليتولى بدلا منه تنفيذ عمل معين، أو صنع جزء من الأجزاء المستعملة في صناعة المنتوج النهائي[1].

فوفقا للمفهوم الاقتصادي للمناولة يتضح ما يلي:

* المناولة هي إنابة الغير في تنفيذ الأعمال، مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة في ذلك، تتم بواسطة عقد بين مؤسستين المؤسسة الآمرة بالأعمال والمؤسسة المناولة، والذي بموجبه تعهد الأولى بجزء من نشاطها الإنتاجي للثانية، نظرا لما تتمتع به هذه الأخيرة من مهارات فنية وتقنية وإمكانيات تجعلها قادرة على توفير سلع ذات جودة وبشروط اقتصادية ميسرة[2].

* تتميز المناولة وفقا لهذا المفهوم بوجود علاقة مباشرة بين المقاول الرئيسي والمقاول الفرعي، تتجسد في عقد واحد بين الطرفين، ولا وجود لعلاقة بين المقاول الفرعي والشخص المستفيد من العمل المنجز أو المنتوج النهائي، إذ يبقى المستهلك مجهولا بالنسبة للمقاول الفرعي[3] .

* أن العقد المبرم بين المؤسسة المُقَاوِلَة الرئيسية ومقاوليها الفرعيين قد يكون **سابقا** للعقد النهائي المبرم بين المؤسسة المقاولة الرئيسية والمستهلك، كما هو الحال في صناعة السيارات حيث تقوم الشركة المصنعة أولا بإبرام عقود مع عدد من شركات كتلك المخصصة في صناعة هياكل السيارات، أو في صناعة المحركات، ثم تقوم بتجميع هذه العناصر وتركيبها لتشكل في النهاية سيارة جاهزة للاستعمال وتبيعها للمستهلك[4] .

وقد يكون أحيانا عقد المناولة **لاحقا** للعقد القائم بين المؤسسة المقاولة الرئيسية والمستفيد من العمل المنجز، كأن يتفق شخص مع مقاول على بناء منزل له ثم يتبعه اتفاق

[1] - Alain Benabent, Le droit de construction, Dalloz, Edition 2000, p: 1465

[2] - Georges Valentin. Les contrats de sous-traitance, mantpellier, paris 1979. P : 02

[3] - Alain Benabent, Louage d'ouvrage et d'industrie, sous-traitance, Juris-classeur; civil Article 178, Fasc. 20, 1990.

[4] - Jean Néret; Le sous-contrat, L.G.D.J, Paris 1979, N°22, P : 24

بين هذا الأخير ومقاول أو عدة مقاولين آخرين لتنفيذ بعض الأعمال كتوصيل الكهرباء أو تركيب الأبواب والنوافذ...الخ

كما يتضح أن المناولة وفقا للنظرة الاقتصادية ليست مرادفة دائما لعبارة التعاقد من الباطن إلا في بعض الحالات، مثل ما هي عليه في الصناعات الضخمة والمعقدة، حيث لا يستطيع المناولون الفرعيون المباشرون تنفيذ الأعمال لوحدهم، فيقومون بإسناد بعضها إلى مقاولين عن طريق التعاقد معهم من الباطن.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم الاقتصادي للمناولة في العديد من النصوص القانونية المتعلقة بالقطاع الصناعي، كالقانون التوجيهي 01-18 الصادر في 12 جانفي 2001 والمتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهذا ضمن الفصل الثالث من الباب الثاني المخصص لتدابير مساعدة ودعم ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث ركز على ضرورة الاهتمام بالمؤسسات المناولة، باعتبارها أحسن وسيلة لتكثيف النسيج الصناعي[1].

أما من الناحية القانونية فينحصر مفهوم المناولة في فكرة التعاقد من الباطن، لتعتبر المناولة صورة تطبيقية للعقد من الباطن.

فيعرفها الفقه عموما بأنها" **عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى آخر يدعى مقاولا فرعيا، بكل أو جزء من محل عقد المقاولة الذي أبرمه الأول مع رب العمل ما لم يمنع من ذلك"[2].**

ويُجمع غالبية الفقه على أن وصف المقاولة الفرعية لا يثبت إلا ضمن مجموعة عقدية تضم عقدين اثنين و ثلاثة أطراف مرتبطين مثنى مثنى، العقد الأول قائم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والعقد الثاني قائم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي.

---

[1] - القانون رقم 01-18 مؤرخ في 12ديسمبر 2001 متضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية العدد 77 مؤرخة في 15 ديسمبر 2001.

[2] - أنظر: أ. أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني ، منشأة المعارف، الإسكندرية ،سنة 2003 ، ص 105 .

لهذا السبب إذا تعاقد المقاول الفرعي الأول مع مقاول آخر من الباطن، أصبح عقد المقاولة الفرعية الأول عقدا أصليا، فيُستخدم لفظ" **رب العمل الحقيقي** "للدلالة على **رب العمل الأول،** و لفظ "**المقاول الأول** "للدلالة على **كل مقاول أول متعاقد مباشرة مع رب العمل الأول،** أما لفظ" **المقاول الأصلي** "فيُراد به **كل مقاول آخر تعاقد من الباطن،** ويُطلق عليه أيضا مصطلح" **رب عمل عرضي.**"

وقد أخذ المشرع الجزائري على غرار عديد من التشريعات العربية بالمفهوم القانوني للمقاولة الفرعية، أي باعتبارها تعاقد من الباطن في القانون المدني ، و قانون الصفقات العمومية .

فخصص لها في القسم الثالث من الفصل الأول المتعلق بالمقاولة وهذا ضمن الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل، مفردا لها مادتين فقط(**564 و565)** من القانون المدني 05-10، حيث تعتبر الأولى الأساس القانوني لجواز إبرام عقد المقاولة من الباطن من جهة، و من جهة ثانية حالة تطبيقية لمفهوم المسؤولية العقدية عن الغير بعدما قررت بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن أعمال المقاول الفرعي اتجاه رب العمل[1].

وقد عرف المناولة العديد من المنظمات الدولية نذكر منها:

* الدليل التعاقدي لعلاقات المناولة للمركز الوطني للمناولة بفرنسا **CENAST**: "**المناولة هي العملية التي يتم من خلالها صنع منتج أو بعض مكوناته بصفة عامة ،وذالك لفائدة الآمر بالأعمال وطبقا للخصائص الفنية وطرق الاستلام الذي يحددها في آخر المطاف وعلى أساس الهدف الصناعي الذي يرمي إليه هذا الأخير**".[2]

[1] - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني ،الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 معدل و متتم بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2007 جريدة الرسمية عدد 44 .23 يوليو2005 .

[2] - أنظر: عزيرو سلمة ، بورصات المناولة والشراكة وعلاقتها بالمؤسسات الصناعية الصغيرة والمتوسطة ،جامعة الجزائر ،مذكرة ماجستير ،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ،2009/2008،ص 64.

* تعريف حسب الجمعية الفرنسية للتقييس AFNOR:

"المناولة تخص دورة إنتاج فتكون عملية أو أكثر من تصميم ، إعداد ،تصنيع وإعداد أو صيانة المنتج "[1].

هذا التعريف يضيف توضيحا آخر وهو أن العلاقة القائمة بين الطرفين تقوم على أساس عقد وهو محدد مسبقا من قبل المؤسسة التي تعطي الأوامر.

* تعريف المنظمة العربية للتنمية الصناعية والتعدين :

"جميع العلاقات التعاونية التكاملية التي تنشأ بين مؤسستين أو أكثر خلال مراحل العملية الإنتاجية، بموجبها تقوم منشأة مقدمة الأعمال بتكليف منشأة أخرى أو أكثر تسمى منفذة الأعمال أو المناولة متخصصة لانجاز مرحلة أو أكثر من عمليات الإنتاج، طبقا لعقد محدد مسبقا وملزم للطرفين"[2].

* تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ONUDI :

"فان المناولة هي اتفاق يقوم من خلاله رب العمل بتكليف مؤسسة أو عدة مؤسسات بعملية إنتاج أجزاء أو مكونات أو مجموعات فرعية أو توفير بعض الخدمات الصناعية المكملة التي تعد ضرورية لإتمام المنتج النهائي للمؤسسة الآمرة وهذا يقود المناولين الصناعيين للقيام بالأنشطة المبنية بموجب شروط المؤسسة الآمرة بما يسمح لهم (المناولين) بعد ذلك للوصول إلى مستويات تخصص أعلى في مجالات وقطاعات محددة[3]".

من خلال مجموعة التعاريف السابقة بإمكاننا استخلاص النقاط المشتركة التالية:

---

[1] - أنظر: مريم بن داود/إنصاف كبدي ،اثر المناولة على الشركات البترولية دراسة حالة الشركة الوطنية للمحروقات ،مذكرة ليسانس،جامعة قاصدي مرباح /ورقلة ،2013/2012 ،ص 02.

[2] - أنظر :الدليل العربي في المناولة الصناعية ، الصادر عن المنظمة العربية لتنمية الصناعة والتعدين، الطبعة الأولى 2000.

[3] - أنظر: علوي فاطمة الزهراء , المناولة الصناعية خيار استراتيجي للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة – مع دراسة تطبيقية في قطاع المحروقات- رسالة ماجستير , الجزائر , سنة 2010 , ص 48.

- المناولة هي العملية أو مجموعة العمليات الخاصة بمرحلة معينة من مراحل الإنتاج كالدراسات، التصميم ، التصنيع ، التشغيل ، أو الصيانة لمنتج ما .

- تقوم من خلال المناولة المؤسسة الآمرة بتكليف المؤسسة المناولة بتنفيذ جزء من عمليات الإنتاج بناءا على دفتر مواصفات مسبق يحدد فيه المعايير التقنية وشروط التسليم والتزامات كل طرف.

- والمناولة هي عبارة عن علاقة عمودية مباشرة بين الجهات المتعاقدة يكون فيها المناول تابعا للمؤسسة الآمرة وفق الأهداف الصناعية التي تسعى إليها هذه الأخيرة.

المطلب الثاني : تمييز عقد المناولة عن غيره من العقود

ليس التعاقد من الباطن العملية الوحيدة التي تتطلب تعددا في العقود والأطراف، لكن هناك العديد من العقود تتم بوجود ثلاثة أطراف أو أكثر، لهذا فإنه من الضروري تميز العقد من الباطن عن بعض النظم القانونية المقاربة له والمتمثلة في التنازل عن العقد والعقد المشترك هذا ما سيتم في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : عقد المناولة والتنازل عن العقد

لم يخص القانون المدني سواء في الجزائر أو مصر أو فرنسا التنازل عن العقد بتنظيم خاص و مستقل، بالرغم من تعرضه لبعض صوره كالتنازل عن الإيجار في المادتين **505** و **506** من القانون المدني، وكذا إقراره لجواز حوالة الحق و حوالة الالتزام و تنظيم أحكامها و اللتين تعتبرين وسيلتين كافيتن لتحقيق التنازل عن العقد الملزم لجانب واحد[1].

[1]- أنظر: د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1988 ، ص 26.

كما أقر الفقه التنازل عن العقد استنادا إلى مبدأ حرية التعاقد و كذا نظرته المادية للالتزام باعتباره رابطة بين ذمتين ماليتين مما يجيز تغير شخص المدين و شخص الدائن[1].

وتتحقق عملية التنازل عن العقد من خلال عقدين متتاليين، العقد المبرم أساسا لإنشاء التزام بعمل أو إعطاء شيء و العقد اللاحق له و هو عقد التنازل و الذي يكون محله التنازل عن العقد الأول لفائدة شخص ثالث يسمى **المتنازل له** ليحل محل متعاقد **المتنازل** فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ناشئة عن الرابطة العقدية الأولى[2].

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

و بالتالي فإن هناك اختلافا في المحل بين الرابطة العقدية الأولى و العقد اللاحق لها، كما أن التنازل عن العقد يمكن المتنازل من الخروج نهائيا من دائرة التعاقد، لتنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل لديه و التنازل له فيصبح هذا الأخير إما دائنا بالالتزام أو مدينا به بحسب مركز المتنازل له في العقد الأول[3].

لهذا فإن كل من المتعاقد من الباطن و المتنازل عن العقد يسمحان بإحلال الغير محل أحد طرفي العقد، كما يشترك هذين النظامين في وجوب أن يتما أثناء تنفيذ العقد الأول و ليس بعد انتهاء تنفيذه، لهذا فهما يخصان العقود المستمرة فقط[4].

زيادة على ذلك فإنه يجوز أن يرد كل من التنازل عن العقد والعقد من الباطن على جزء من محل العقد الأول أوكله، كأن يتنازل المقاول على الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق أو يتنازل عن كل عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات،

---

[1] - أنظر: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2003 ، ص 09.

[2] - أنظر: أ. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، نطاقه – أحكامه، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص:85

[3]-Ph. Malaurie et L.Aynes, droit civil, les obligations, tome 5, 7eme édition 1997, p : 407

[4] - أنظر: أ. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 86.

كما يجوز للمقاول أن يعهد بكل الأعمال الموكلة إليه بموجب عقد المقاولة الأصلية إلى مقاول فرعي أو جزء من هذه الأعمال فقط إذ لم يمنع من ذلك، و يحق كذلك للمستأجر أن يتنازل إلى الغير عن حق الإيجار كله أو بعضه ويتنازل عن العين المؤجرة أو جزء منها وبالنسبة عن كل مدة الإيجار أو لفترة زمنية أقل و يجوز أن يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل.

كما يمكن أن يكون حضر التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقد ذاته أو في حق لاحق، و يكون حضرا مطلقا أو مقيدا فقط بموافقة المتعاقد الأصلي الأول[1].

و إن كان التعاقد من الباطن و التنازل عن العقد يشتركان في بعض المسائل فالاختلاف بينهما كبير سواء من حيث هدف كل واحد منهما أو من حيث الآثار المترتبة عنه.

والحقيقة أن التفرقة بين هذين التصرفين حديثة نسبيا، أملها التعقيد المتزايد للعلاقات داخل المجتمعات المعاصرة، إذ أصبح من الضروري تمييز بين الإيجار الفرعي والمقاولة الفرعية و الوكالة من الباطن من جهة، وبين التنازل عن الإيجار و التنازل عن المقاولة و التنازل عن الوكالة من جهة ثانية[2] .

لكن الخلاف تركز في كيفية التميز أي المعياريين الواجب اعتماده في ذلك.

الملاحظ في هذا الصدد أن أغلب مجهودات الفقه للتفرقة بين التعاقد من الباطن و التنازل عن العقد تركزت في نطاق الإيجار، بسبب كثرة حدوثه في الحياة العملية من جهة و أخرى كثرة الدراسات الفقهية المتناولة لهذا العقد، بالإضافة إلى تعرض المشرع لتنازل عن الإيجار والإيجار الفرعي الحال لعقد المقاولة إذ تناول المقاولة الفرعية دون التنازل

[1] - أنظر: د.عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني و تشريعات إيجار الأماكن،الطبعة الثالثة ، المطبعة العربية الحديثة ، سنة 1990 ، بند 173 ، ص 654 .

[2] - أنظر: جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو أثاره، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، سنة 2000 ، ص 845 .

عن المقاولة نظرا لقلة حدوثها حسب رأي البعض، و حتى و إن وقعت فيكفي تطبيق القواعد المتعلقة بحوالة الحق وحوالة الدين[1].

إلا أن قسم آخر من الفقه اقترح معايير عامة و شاملة للتمييز بين التعاقد من الباطن و التنازل عن العقد تنطبق على كل صوره التطبيقية المتوقعة.

المعيار الأول المقترح هو إرادة المتعاقد في ترك المسرح العقدي أو البقاء فيه، فيكيف تصرف متعاقد ما بأنه تنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن تبعا لموقفه، إما البقاء في دائرة التعاقد أو الخروج منها.

فإذا اختار الاحتفاظ بمركزه في العملية العقدية والبقاء ملتزما بالعقد الذي يربطه بالمتعاقد الأصلي الأول، اعتبر تصرفه تعاقدا من الباطن الهدف منه إحلال الغير إحلالا غير كامل في تنفيذ العقد الأصلي أو نقل المنفعة المقررة فيه.

لكن إذا فضل التخلي نهائيا عن صفته التعاقدية لصالح شخص آخر و الخروج كلية من دائرة التعاقد اعتبر متنازلا عن العقد الذي يربطه بالمتعاقد الأول[2] .

أما المعيار الثاني فيكمن في طبيعة العملية القانونية، و مفاده أن تنازل المتعاقد عن مركزه العقدي في الرابطة العقدية يؤدي إلى إنهاء هذه الرابطة و إنشاء علاقة مباشرة و متبادلة بين المتنازل لديه و المتنازل له، فإن وقع تنازل عن عقد المقاولة بجميع ما اشتمل عليه من حقوق و التزامات بين المقاول المتنازل و المقاول المتنازل له و أقره رب العمل، أصبح المقاول المتنازل مدين بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل و دائنا بجميع حقوق المقاول المتنازل، ليختفي هذا الأخير ولا يعود مسؤولا عن المقاول المتنازل له و لا ضامنا له[3] .

---

[1] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ص 207.

[2] - أنظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص 845 .

[3] - أنظر: د .عبد الرازق السنهوري ، المرجع سابق ، ص 208 .

في حين أن التعاقد أحد طرفي العقد الأصلي من الباطن مع الغير يؤدي إلى إنشاء علاقة قانونية جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة دون أن تختلط معها أو تدمج فيها تجمع بين المتعاقد الوسيط و الغير أي المتعاقد من الباطن.

و يترتب على ذلك بقاء الطرف المشترك دائنا كان أو مدينا محتفظا بحقوقه ومتحملا لالتزامات و مسؤولا عن تنفيذها اتجاه المتعاقد الأصلي الأول، و في نفس الوقت يكون دائنا أو مدينا في العقد من الباطن.

أما المتعاقد من الباطن فيظل من الغير بالنسبة للمتعاقد الأصلي الأول ولا وجود لعلاقة عقدية بينهما ولا يسأل أمامه بهذه الصفة[1] ، و يكون لكل منهما حق إقامة دعوى غير مباشرة ضد الطرف الأخر، بخلاف التنازل عن العقد إذ لا يمكن للمتنازل لديه أو التنازل له أن يباشر دعوى فسخ عقد ليس طرفا فيه[2].

الفرع الثاني :عقد المناولة و العقد المشترك

يميز الفقه الفرنسي بين العقد من الباطن و ما يعرف **بالعقد المشترك** او **le co-contrat** ويتحقق العقد المشترك بموجب اتفاق بين شخص و عدة أشخاص في وقت واحد لتنفيذ أعمال معينة، حيث يقوم إبرام عقود مستقلة مع كل واحد منهم.

فيكون كل متعاقد مرتبط بالطرف الأول بواسطة رابطة عقدية تسمح لأي منهما بالرجوع مباشرة على الآخر.

و قد يرد اتفاق على أن يكون هؤلاء الأشخاص مدينين متضامنين اتجاه المتعاقد معهم، أو يكون كل واحد منهم مسؤولا بصفة شخصية عن العمل المسند إليه.

ومن أمثلة العقود المشتركة عقود التأمين على خطر واحد لدى عدد من المؤمنين أو ما يعرف **la co-assurance** وكذلك العقود التي تجمع بين المريض من جهة و

[1] - أنظر: أ. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 82.

[2] - Ph.Malaurie et L. Aynes, op. cit. ; N° 698, p : 409

الفريق الطبي المكلف بإجراء عملية جراحية له من جهة ثانية إذا ما اختار كل فرد من الأفراد المشكلين لهذا الفريق من طبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدين والممرضين.

أما إذا لم يتعاقد المريض سوى مع الطبيب الجراح و الذي يقوم بدوره بالإختيار الفريق المساعد له، كنا بصدد عقد أصلي مبرم بين المريض و الطبيب الجراح و عقد من الباطن بين الطبيب الجراح و كل عضو من أعضاء فريقه[1].

و مما لا شك فيه أن لهذا التمييز أهمية كبرى خاصة عند تطبيق أحكام المسؤولية، فإذا ما لحق المريض ضرر بسبب طبيب التخدير مثلا حق للمريض في الحالة الأولى مسألة طبيب التخدير مباشرة و على أساس المسؤولية العقدية، أما في الحالة الثانية فلا يمكن للمريض مساءلة طبيب التخدير بصفة مباشرة و له أن يقيم دعواه ضد الطبيب الجراح الذي تعاقد معه.

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

و الملاحظ أن التشابه بين العقود المشتركة و المجموعة العقدية المؤلفة من العقد الأصلي والعقد من الباطن يكمن أولا في تعدد الأشخاص و العقود في كلتا المجموعتين، وفي الوجود المشترك للعقود بالإضافة إلى اشتراكهما في الغاية و هي تحقيق هدف واحد.

لكن يبقى الاختلاف بينهما جوهري و عميق، ففي العقود المشتركة ينفذ المتعاقدون سوية وعلى قدم المساواة العمل الموكل لكل واحد منهم، و لا يسأل الواحد منهم إلا عن

[1] -Jean Néret, op. cit. , N° 65 p : 58.

إخلاله بالتزامه ولا يتأثر مركزه بموقف باقي الشركاء إلا إذا كانوا متضامنين أو كان الالتزام غير قابل للانقسام[1] .

كما أن العقود المشتركة تأخذ شكل أفقي كونها عقود مستقلة وقائمة في نفس المستوى و زوال إحداها لا يؤدي إلى زوال باقي العقود.

عكس الحال بالنسبة للمجموعة المكونة من العقد الأصلي و العقد من الباطن، فهي تأخذ شكل عمودي حيث يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي في الوجود و المصير.

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

رغم أن هاتين المجموعتين متميزتين إلا أنه قد يحدث تداخل بينهما عندما يقدم أحد طرفي العقد الأصلي على إبرام عدة عقود من الباطن تهدف كلها إلى تحقيق هدف واحد و مشترك بينهما، كأن يتفق رب العمل مع المقاول على إنجاز مشروع ضخم كبناء مجمع سكني أو مركب سياحي، مما يحتم على المقاول التعاقد مع عدد من المقاولين من الباطن للقيام بمختلف الأعمال كالنجارة و الكهرباء.

فمختلف هذه الاتفاقات تكون في مستوى واحد ولها هدف مشترك لهذا تشكل عقود مشتركة وفي ذات الوقت يعتبر كل واحد منها عقدا من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي[2] .

[1] -Daniel vaux, Daniel veaux, contrat et obligations, effets des conventions à l'égard des tiers, Juris-classeur civil ; art : 1165 fasc. 10, 1996. P : 8.

[2] - Ph.Malaurie et L. Aynes, op. cit. ; N° 698, p : 409

المبحث الثاني :الطبيعة القانونية لعقد المناولة

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

إن عبارة التعاقد من الباطن ليست مرادفة بشكل دائم لمصطلح المناولة الصناعية إلا في بعض الحالات المحدودة وبصورة خاصة في الصناعات الضخمة كصناعة السيارات ، حيث لا يستطيع المناولون المباشرون تلبية كافة احتياجات مصنعي السيارات من جميع المكونات والقطع اللازمة لهذه الصناعة ، وهنا يلجأ المناولة من الدرجة الأولى إلى التعاقد من الباطن أو الفرعي لمواجهة احتياجات المؤسسات المقدمة للأعمال.

هذا ما سوف يتضح أكثر من خلال المطلبين التاليين، حيث يتناول الأول عقد المناولة باعتباره عقدا من الباطن، في حين يتناول الثاني شروط التعاقد من الباطن.

المطلب الأول :عقد المناولة عقد من الباطن

يتفق الفقه في تكييفه لعقد المناولة بمفهومه الوارد في القانون المدني، على أنه عقد من الباطن، ومع ذلك لم تتناول الدراسات الفقهية العقد من الباطن كمفهوم قانوني مجرد إلا مع بداية القرن العشرين وكذا تحديد نطاقه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : التعريف بالعقد من الباطن

تناولت بعض الدراسات الحديثة و إن كانت قليلة العقد من الباطن، عكس الفقه التقليدي الذي لم يهتم به رغم أنه مفهوم ليس بالجديد، مما يستوجب تناول العقد من الباطن من وجهة نظرة الطرفين.

أولا: العقد من الباطن وفقا للفقه التقليدي

لم يعرف الفقهاء التقليديون العقد من الباطن و لم يدرجوه حتى ضمن تقسيمات العقود، و اكتفوا بتقسيم العقود إلى عقود أصلية وأخرى تبعية، مقدمين لها تعاريف مختلفة لكنها تصب في نفس المعنى.

فالأستاذ **السنهوري** يعرف العقد الأصلي بأنه" **ما كان مستقلا في وجوده غير تابع لعقد آخر**"، أما العقد التبعي فهو" **ما كان تابعا لعقد أصلي وجد قبله** ."ويضيف " **أن العقد الأصلي له وجود مستقل، أما العقد التبعي فيتبع في وجوده وصحته العقد الأصلي الذي يستند إليه فيكون صحيحا أو باطلا ويبقى أو ينقض تبعا للعقد الأصلي[1]** "

ويعرف الأستاذ **ياسين محمد الجبوري** العقد الأصلي بأنه" **العقد الذي يقوم بذاته مستقلا دون الاستناد إلى عقد آخر، أما العقد التبعي فهو العقد الذي لا يقوم إلا بالاستناد إلى عقد آخر أي أنه عقد يفرض وجود عقد آخر يستند إليه ويرتبط به ويستهدف تنفيذه** "[2]

ويقدم مثلا عقد البيع و عقد الإيجار على أنها العقود الأصلية القائمة بذاتها، بينما تعتبر التأمينات الشخصية و العينية كالكفالة والرهن عقود تبعية.

و الملاحظ أن هذه التعاريف تؤكد كلها على علاقة التبعية بين العقدين و ما يترتب عنها من نتائج،دون أن تعرف العقد من الباطن و العقد الأصلي خلافا لما جاءت به الدراسات الحديثة.

ثانيا: العقد من الباطن وفقا للفقه الحديث

أولى الفقه الحديث اهتماما بمفهوم العقد من الباطن انطلاقا انتقاداته لبعض الأفكار المكرسة من الفقه التقليدي و المقدمة على أنها مبادئ مستقر عليها، خصوصا تمسكه بالنظرة الفردية للعقود، إذ يرى أنه إلى جانب العقود المنفردة الواردة في القانون المدني هناك ما يطلقون عليه اسم" **مجموعات العقود[3].**

و أول من قال بهذا المفهوم المؤلف الفرنسي **teyssie سنة 1975** نتيجة لاستقرائه لواقع اقتصادي متسم بالتعقيد.

---

[1] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص143

[2] - أنظر: د .ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول :مصادر الحقوق الشخصية - المجلد الأول: نظرية العقد -القسم الأول -انعقاد العقد، الطبقة الأولى ، دار وائل للنشر والطباعة، عمان ،سنة 2002، ص 162 .

[3]- Ph. Malaurie et L.aynes, op. Cit, n° 312, p : 180

فحسب رأيه لم يعد استخدام العقود المنفردة في الوقت الحالي كاف لتلبية حاجات الأشخاص المتزايدة والمتنوعة، الأمر الذي حتم على هؤلاء مضاعفة العمليات القانونية، فتزايد حركة تنقل الأموال أدى إلى إبرام عدة اتفاقيات حول محل واحد، كما أن تعقيد العمليات الاقتصادية وتخصص المتعاملين الاقتصاديين اقتضى إبرام عدة عقود لتنفيذ هذه العمليات، و من هنا ظهر ما سماه بمجموعات العقود[1] .

والجدير بالذكر أن **teyssie** بطرحه لمفهوم " مجموعات العقود " فسح المجال لجدال فقهي حاد وانقسام قضائي، خاصة فيما يتعلق بتوسيعه لمفهومي الطرف في العقد والغير، وكذلك لطبيعة العلاقة التي تربط مختلف أطراف العقود ضمن المجموعة العقدية[2].

وقد أيده في أفكاره تلك المؤلف **Néret** الذي قام بدراسة سنة 1979 تعتبر الأولى من نوعها للعقد من الباطن باعتباره مفهوم قانوني مجرد.

أما البعض الآخر فيرى أن العقد من الباطن هو"عقد يتراكب مع عقد آخر من نفس الطبيعة القانونية، مما يسمح بوجود علاقات بين العقدين تجعل من العقد الثاني تابع للأول و يعمل على تنفيذه[3]"

وعموما يعتبر **Néret** التعاقد من الباطن" عملية تتطلب على الأقل وجود ثلاثة أشخاص وعقدين اثنين، عقد أصلي قائم بين المتعاقد الأصلي الأول والمتعاقد الأصلي الثاني، وعقد ثاني تابع له يكون بين المتعاقد الأصلي الثاني ومتعاقد آخر يسمى متعاقد فرعي، والذي بموجبه يتم إحلال هذا الأخير إحلالا غير كامل من الطرف المشترك إما في تنفيذ العقد الأصلي أو في المنفعة [4]".

ومما لا شك فيه أن المفهوم الذي جاء به **Néret** للعقد من الباطن أكثر شمولية، لأنه لا يتوقف فقط عند تحديد العلاقة بين العقد من الباطن والعقد الأصلي الذي

[1] - Bernard teyssie, les groupes de contrats. L.G.D.J. paris, 1975 n° 15 p : 8 et suite.
[2] - Remy Cabrillac, droit des obligations, 4 éme édition, Dalloz, 2000 p :100.
[3] - Ph. Malaurie et L.aynes, op.cit, N° 690,p:403.
[4] - Jean Néret,Le sous-contrat, L.G.D.J, 1979, N°05, P : 09.

يستند عليه، وإنما يزيد على ذلك بتبيان الوظيفة المزدوجة للعقد من الباطن والتي على أساسها يصنفه إلى قسمين:

القسم الأول :فيكون العقد من الباطن فيه وسيلة لتنفيذ العقد الأصلي فيشترك العقدان في المحل والهدف، ذلك أن المتعاقد يحِلُ غيره في تنفيذ جزء من التزامه أو كله، بحيث يجعل من هذا الغير مدينا بهذا الالتزام بموجب العقد من الباطن وبأدائه يعتبر المنفذ الحقيقي له.

أما المتعاقد الوسيط فيكون من جهة قد رضى الدائن الأصلي أي المستفيد الحقيقي من الخدمة، ومن جهة ثانية تبرأ ذمته بقدر هذا الأداء، لتدرج المقاولة الفرعية والوكالة من الباطن ضمن هذا النوع من العقود من الباطن.

القسم الثاني :يكون العقد من الباطن فيه وسيلةً لنقل المنفعة حيث يتحد العقد من الباطن و العقد الأصلي في المحل فقط بينما يستقل كل واحد منهما بهدف خاص به، إذ يتخذ من العقد الأصلي كوسيلة للوصول إلى العقد من الباطن، فبعدما يتحصل المتعاقد الوسيط على حق الانتفاع بمقتضى العقد الأصلي يحل غيره في الاستفادة من هذا الحق بهدف تحقيق ربح من الفارق في الأجرة بين العقدين مثل ما هو الحال في عقد الإيجار من الباطن[1].

الفرع الثاني :نطاق العقد من الباطن

تبين مما سبق أن التعاقد من الباطن وسيلة تمكن المتعاقد من إنابة غيره في تنفيذ التزاماته أو الانتفاع بالحقوق المستمدة من العقد الأصلي، لهذا لا تستحب طبيعة كل العقود أن يرد عليها هذا النوع من التعاقد، إنما يقتصر الأمر فقط على تلك التي تولد حقوقا و التزامات تقبل إنابة الغير في ممارستها أو تنفيذها .و مما لاشك فيه أن هذا الشرط يتحقق في حالات و ينتفي في أخرى، هذا ما يتبين مما يلي:

[1] -Jean Néret, op. cit., N° : 200, P : 157.

أولا: العقود القابلة للتعاقد من الباطن

يقتضي التعاقد من الباطن وجوب قبول الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي لإنابة الغير في ممارستها أو تنفيذها، ولا يتحقق هذا الشرط إلا بالنسبة للعقود التي تفرض التزاما بعمل و الذي يكون محلا للعقد من الباطن، حيث يكل المتعاقد الوسيط إلى المتعاقد الفرعي تنفيذ التزام بالعمل المتولد عن العقد الأصلي بدلا عنه، أو يجعل المتعاقد الفرعي يستفيد من الشيء الذي قدمه المتعاقد الأصلي الأول، مثل الناقل الذي ينيب غيره في تنفيذ عقد النقل أو المستأجر الذي يؤجر العين المؤجرة كلها أو جزء منها لمستأجر ثان [1].

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يولد التزام بعمل هو من العقود المستمرة أي العقود التي يتطلب تنفيذها فترة من الزمن، فيكون لعنصر الزمن دور مهم و مزدوج فهو من جهة يعتبر عنصرا جوهريا في المحل إذ تقاس به التزامات المدين و حقوق الدائن، كما هو الحال في عقد الإيجار أين تتحدد مقدار المنفعة بالعين المؤجرة بمدة زمنية معينة، و من جهة ثانية يكون الزمن وسيلة للتنفيذ و مثاله عقد المقاولة فحتى يتمكن المقاول من تنفيذ التزاماته يحتاج إلى وقت ليس بالقصير، لهذا السبب تستبعد من نطاق التعاقد من الباطن العقود الفورية[2] .

ثانيا :العقود المستبعدة من نطاق التعاقد من الباطن

تستبعد العقود التي يكون محل الالتزام فيها امتناع عن عمل أو منح شيء من نطاق التعاقد من الباطن، لأن الغاية من الالتزام في الأولى هي جعل شخص معين بذاته يمتنع عن فعل معين، وبالتالي لا مجال لأن يحل غيره في ذلك، و يستثنى من ذلك طبعا

[1] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 10 .

[2] - أنظر: د .عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قانون البلاد العربية، ، دار النهضة العربية،سنة 1946 ، ص 84.

إذا كان الالتزام بالامتناع التزاما ثانويا كالالتزام المستأجر بعدم إحداث تغيرات على العين المؤجرة، فإنه يكون في مواجهة المستأجر الأصلي و المستأجر الفرعي على حد سواء[1] .

وبالنسبة للعقود التي تنشأ حقا عينيا أو تنقله فإن تنفيذها يتم بحسب طبيعة المحل أي بجرد انعقاد العقد في المنقول المعين بالذات، أو بالفرز في الأشياء المثلية، أو بإتمام إجراءات الشهر في حالة العقار.

كما أن العقد اللاحق حتى و لو كان مبنيا على العقد الأول إلا أنه ليس تعاقد من الباطن، إنما هو إعادة لنقل الحق بسبب أن الحق العيني يخول لصاحبه سلطة مباشرة ولا يمكن أن تكون هذه الأخيرة لمالكين أحدهما أصلي و الآخر فرعي، لذلك يجوز أن يرد على المحل بيع ثان لكن لا وجود لبيع من الباطن[2].

كما يخرج من دائرة التعاقد من الباطن العقود التي لا يعمل فيها المدين مستقلا، أي العقود التي يكون المدين خاضعا لإشراف المتعاقد الأخر، كالتابع الذي يعمل تحت إشراف و رقابة المتبوع فلا يمكنه أن يحل غيره في تنفيذ العمل المسند إليه، لهذا لا يجوز أن يرد تعاقد من الباطن على عقد العمل[3].

المطلب الثاني: شروط التعاقد من الباطن

لا يمكن تحديد طبيعة العقد من الباطن من خلال تحليل الالتزامات المتولدة عنه، إنما يتم ذلك عند توفر شروط معينة، يشرح كل واحد منها في فقرتين التاليتين:

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

تقتضي التبعية حتما وجود العقد المتبوع أولا و بصفة أساسية ليلحق به العقد التابع و هو الأمر ذاته في العقد من الباطن و الذي يظهر مما يلي:

---

[1] - Néret, op.cit ; N° :41, et n°47, p : 37 et suite.

[2] - أنظر: د .الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، الجزء الثالث :تنفيذ العقد، التنفيذ العيني، بدون ذكر دار النشر،1992، ص 59 و ما بعدها.

[3] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص11 .

أولا :وجود عقد أصلي سابق

من الضروري أن يستوفي العقد من الباطن كل الشروط القانونية التي تقتضيها القواعد العامة بشأن إبرام العقود من وجود إرادة حرة خالية من كل العيوب و محل وسبب مشروعين، غير أن هذه الإرادة غير قادرة لوحدها على إيجاد عقد من الباطن، إنما يشترط زيادة على ذلك وجود عقد أصلي، فلا وجود لعقد من الباطن في غياب عقد أصلي لأن هذا الأخير يشكل سببا منشأ له، و من ثمة لا وجود لإيجار من الباطن في غياب إيجار أصلي و لا لمقاولة فرعية في غياب عقد مقاولة أصلي.

كما أن وجود العقد الأصلي هو السبب في إضفاء صفة العقد من الباطن على العقد الثاني التابع له، لهذا سمى **Néret** السبب بهذا المعنى (La cause catégorique) تميزا عن السبب كركن من أركان العقد والذي يستقل به كل من العقد الأصلي و العقد من الباطن[1].

وإلى جانب شرط الوجود يجب أن يبرم العقد الأصلي أولا ليتبعه العقد المتصف بأنه من الباطن، أي أن الأسبقية في الانعقاد تكون وجوبا للعقد الأصلي، لكن لا يشترط أن تكون له الأسبقية في تنفيذ، فيجوز أن يشرع في تنفيذ العقد الأصلي قبل إبرام العقد من الباطن، شرط أن لا يكون التنفيذ قد تم فإن إبرام العقد اللاحق بعد إتمام تنفيذ العقد الأول كنا بصدد عقد أصلي ثان و ليس عقدا من الباطن، فحتى يعتبر إيجار فرعيا يجب أن يكون مسبوقا بعقد إيجار أصلي، و إلا كان عقدا أصليا واردا على ملك الغير.

ثانيا :أن يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي

ليتحقق التعاقد من الباطن يجب أن يكون العقد من الباطن تابعا للعقد الأصلي، و التبعية تكون من جانب واحد، أي أن العقد من الباطن يتبع العقد الأصلي وليس العكس.

[1] - Néret. op.cit. N° : 15 P : 19 et 20.

تجد التبعية سببها بصفة أولية في وحدة المحل بين العقدين، و تشمل هذه الأخيرة وحدة الالتزام في العقدين و وحدة الشيء إذا ما تعلق محل العقد بشيء معين كاشتراك عقدي الإيجار الأصلي و الفرعي في الانتفاع بالعين المؤجرة و الأجرة.

يرى **Néret** أن وحدة الشيء المادي بين العقدين شرط ضروري لوجود العقد من الباطن لا يمكن استبعاده، لأن اختلاف الشيء الذي يتعلق به المحل يجعل هذا الأخير مختلف في العقدين و من ثمة لا يكون العقد الثاني عقدا من الباطن، فالمستأجر الذي شيد منشآت بترخيص من المؤجر أثناء سريان عقد إيجاره يجوز له أن يؤجرها إلى شخص آخر، لأن هذه المنشآت تعتبر في هذه الفترة ملك له، ولا تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى المؤجر الأصلي إلا عند نهاية الإيجار الأول، لكن هذا الإيجار الثاني يعتبر إيجارا أصليا، وليس عقدا من الباطن لاختلاف المحل في العقدين الأول والثاني[1] .

لكن لا يشترط لتحقق وحدة الشيء المادي أن يرد التعاقد من الباطن على كل شيء، بل يجوز أن يتناول جزء منه كأن يتعلق الإيجار من الباطن بجزء من العين المؤجرة، وأن يتناول عقد المناولة بعض الأعمال التي تشملها المقاولة الأصلية.

وحسب **Néret** دائما فإن العقد من الباطن يتبع العقد الأصلي مبدئيا من حيث الطبيعة القانونية و ذلك نتيجة لوحدة المحل بينهما، فإن كان العقد الأصلي إيجارا أو وكالة أو مقاولة كان للعقد من الباطن نفس الطبيعة أي إيجار أو وكالة أو مقاولة و لو اشتركا في جزء من المحل فقط ،و يترتب على تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي تشابه مركز الأطراف في العقدين، فالالتزامات و حقوق الطرفين للعقد من الباطن مشابهة لالتزامات و حقوق طرفي العقد الأصلي.

كما أن طبيعة الالتزامات في العقد من الباطن تتحد مبدئيا تبعا لطبيعة الالتزامات في العقد الأصلي، فإن كان التزام المتعاقد الوسيط في العقد الأصلي بتحقيق نتيجة تبعه التزام المتعاقد الفرعي اتجاه المتعاقد الوسيط و كان التزاما بتحقيق نتيجة كذلك.

[1] - Néret op. cit., N° 126, p : 102 et N°130, p : 140

و من نتائج التبعية أيضا أنه لا يجوز للطرف المشترك أن يقر للمتعاقد الفرعي حقوقا أكثر مما له في العقد الأصلي، و لا أن يلتزم في العقد من الباطن بالتزامات لا يمكنه تنفيذها لتعارضها مع أحكام العقد الأصلي، مثلا لا يحق للمستأجر إذا تعاقد من الباطن أن يرخص للمتعاقد معه بتغيير الغرض الذي أعدت له الأماكن المستأجرة، و لا أن يزيد في مدة الإيجار من الباطن عن مدة الإيجار الأصلي، كما لا يجوز أن يلتزم المستأجر الأصلي في عقد الإيجار الفرعي بالقيام بإصلاحات الرئيسية كونها من الالتزامات الملقاة على عاتق المؤجر المالك.

و تؤدي تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي كذلك إلى أن العقد من الباطن يتبع مصير العقد الأصلي، فإذا انقض العقد الأصلي لأي سبب انقضى تبعا له العقد من الباطن لاستحالة تنفيذه[1].

الفرع الثاني :قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن

إن وجود العقد من الباطن لا يتوقف فقط على وجود عقدين يتبع أحدهما الأخر، إنما يشترط كذلك قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن، فبالرغم من أن المتعاقد الذي يلجأ إلى الغير لتنفيذ التزاماته لا يخرج من دائرة التعاقد ويبقى ملتزما تجاه دائنه، فإنه من حق هذا الأخير معرفة الشخص الذي تولى مهمة التنفيذ والقبول به.

ويتحدد شكل القبول بالعقد من الباطن وفقا لطبيعة العقد الأصلي، فيؤخذ مبدئيا بالقبول الصريح في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، وبالقبول الضمني في العقود الأخرى[2].

أولا :القبول في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي

تقدم القول أن العقد الأصلي ينشأ التزاما بعمل و تنفيذه يتطلب مدة زمنية معينة، لهذا السبب غالبا ما يكون من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي.

[1] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع السابق، ص 09 .

[2] - Jean Néret, op.cit. , N° 78; p : 68.

و العقود القائمة على الاعتبار الشخصي هي عقود يعتد فيها بشخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته، فتكون شخصيته أو صفته عنصرا جوهريا في العقد و محل اعتبار وقت انعقاد العقد وعند تنفيذه، و لا يقبل التنفيذ أو الوفاء إلا من هذا المتعاقد شخصيا[1].

وتتسم الالتزامات المتولدة عن هذا العقد بالطابع الشخصي لتعلقها بشخصية المدين، لهذا وجب تنفيذها من المدين شخصيا ولا يجوز تنفيذها بواسطة الغير ولا التنازل عنها، فقد أعطى المشرع للدائن حق رفض الوفاء من غير المدين إذا كان التنفيذ العيني يقتضي أن يتم الوفاء بواسطة المدين نفسه وفقا لما تضمنته المادة 169 من القانون المدني.

لكن إذا لم ينفذ المدين التزامه بنفسه، فهل يجوز له أن ينيب غيره في ذلك ؟

مبدئيا الموافقة الصريحة للمتعاقد الأصلي الأول شرط ضروري عندما يتعلق الأمر بعقود تتضمن بطبيعتها عنصر الاعتبار الشخصي أو تلك المتضمنة الشرط المانع للتعاقد من الباطن.

فبالنسبة للعقود المتضمنة بطبيعتها لعنصر الاعتبار الشخصي مثل عقد العلاج الطبي لا يمكن للطبيب أن ينيب طبيب غيره لمعالجة المريض دون القبول الصريح لهذا الأخير نظرا للطابع الشخصي لالتزامه[2] .

أما بالنسبة للعقود المتضمنة الشرط المانع من التعاقد من الباطن، فإن هذا الاتفاق يكون تارة منعا مطلقا وتارة أخرى مقيدا فقط له، كأن يتفق المتعاقدين على عدم جواز تعاقد المدين من الباطن أو يتفقا فقط على تعليق استعمال هذا الحق على شرط معين كالحصول على ترخيص كتابي من المتعاقد الأصلي أو موافقته على شخص المتعاقد الفرعي، فالقبول الصريح شرط ضروري في هذه الحالة إذ يعتبر بمثابة تنازل عن الشرط المانع.

---

[1] - أنظر: د .جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني ،الدار الجامعية،القاهرة ، سنة 1994 ، ص45.

[2] - Jean Néret, op.cit., N° 85 ; p : 75et 76.

وقد يجد منع التعاقد من الباطن مصدره في النصوص القانونية حيث يمنعه المشرع إذا لم يحصل المتعاقد على قبول الصريح للطرف الأخر مثل ما هو الحال في الإيجار الفرعي إذ تمنع المادة 505 من القانون المدني الإيجار الفرعي سواء شمل كل العين المؤجرة أو جزء منها إذا لم يتحصل المستأجر على موافقة صريحة من المؤجر.

وتجدر الإشارة إلى أن النص المانع من التعاقد قد يكون نصا مكملا أو نصا آمرا، ففي الحالة الأولى فإن الاتفاق على ما يخالفه يجب أن يقع في العقد الأصلي بمعنى أنه يجب أن يستند التعاقد من الباطن إلى إذن سابق فإن تخلف هذا الإذن اعتبر النص المكمل جزء من العقد و يأخذ حكم الشرط المانع.

أما و إن تعلق الأمر بنص آمرا فإن الإذن بالتعاقد من الباطن يقع باطلا، و من باب أولى يقع باطلا التعاقد من الباطن بدون إذن سابق، حتى أن الموافقة الصريحة للمتعاقد الأصلي لا تجعل من التعاقد من الباطن حائزا[1] .

ونتيجة لذلك فإن جواز التعاقد من الباطن بالنسبة للعقود القائمة على الاعتبار الشخصي متوقف على إذن الصريح من المتعاقد الأصلي، فإن لم يتعرض المتعاقدين لمسالة التعاقد من الباطن في العقد الأصلي لا يعتبر سكوتهما قبولا.

إن اللجوء المتعاقد الوسيط إلى إبرام عقد من الباطن رغم منعه من ذلك يشكل انتهاك للعقد الأصلي و مخالفة للالتزام بالامتناع الوارد فيه، و بالتالي يحق للمتعاقد الأصلي مبدئيا طلب فسخ العقد الأصلي طبقا للقواعد العامة[2] .

ثانيا :القبول في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي

تعرف العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار الشخصي بأنها العقود التي لا تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته محل اعتبار عند المتعاقد الآخر وقت إبرام العقد، و بالتالي لا تشكل شخصيته أو صفته سوى عناصر ثانوية، فالتعاقد في هذه الحالة يتم بصورة أساسية لأهداف اقتصادية ومالية و دون أن يتأثر بشخصية المتعاقد، كما لو تعهد

[1] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص14 .

[2] - Jean Néret, op. cit .,N° 119 ; p : 97

صانع بصنع شيء معين يمكن لغيره أن يصنعه بنفس الطريقة و الجودة أو تعهد ناقل بنقل أشخاص أو أشياء يمكن لغيره أن يقوم بتنفيذ ذات الالتزام[1] .

و متى تحققت النتيجة المرجوة من التعاقد الأصلي لا يهم المستفيد منها بعد ذلك أن يكون منفذها المدين شخصيا أم أحد عماله أو مساعديه، أما إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزاماته رغم أن التنفيذ العيني ممكن جاز للدائن اللجوء للقضاء ليطلب تنفيذ الالتزام على نفقة المدين طبقا لأحكام المادة **170** من القانون المدني[2] .

و الخلاصة أن جميع العقود التي لا تقوم على شخصية المدين لا تتطلب تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها تدخل المدين شخصيا، إنما يكون التنفيذ صحيحا إذا ما قام به شخص آخر غيره.

يجمع الفقه على جواز التعاقد من الباطن في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي إذا لم يتضمن العقد الأصلي قبولا صريحا به، لكن لكل فريق مبرراته.

فالفريق الأول يجيز التعاقد من الباطن استنادا إلى الموافقة الضمنية للمتعاقد الأصلي الأول على أساس أن غياب عنصر الاعتبار الشخصي في العقد الأصلي يجعل من شخصية المنفذ الحقيقي للالتزام عديمة الأهمية بالنسبة للدائن به، وأنه موافق ضمنيا على إنابة المدين لغيره في تنفيذ العقد القائم بينهما.

أما الفريق الثاني فيرى أن موافقة المتعاقد الأصلي على التعاقد من الباطن تأخذ في هذه الحالة شكل خاص يتمثل في غياب شرط المنع، بمعنى أنه طالما لم يتضمن العقد الأصلي شرطا صريحا يمنع التعاقد من الباطن فهذا يدل أن هذا الأخير جائزا[3] ، أما الفريق الثالث يعتبر أنه عند تخلف المنع الصريح في العقد الأصلي فإن التعاقد من الباطن لا يحتاج إلى إذن سابق أو إقرار لاحق، لكنه جائز استنادا إلى الأصل العام و هو إباحة

---

[1] - أنظر: د .ياسين محمد الجبوري،المرجع السابق، ص120 .

[2] - أنظر: أغلب التشريعات العربية تجيز للدائن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون اشتراط الحصول على ترخيص قضائي في حالة الاستعجال ما عدا المشرع الجزائري حبذا لو أنه استدرك ذلك و أدرج صراحة هذه الحالة ضمن نص المادة 170 المدني.

[3] - أنظر: د .جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص46 .

التعاقد من الباطن لأن أحكام القانون المدني و لاسيما المادة **169** و ما يليها أجازت أن يأتي الوفاء من غير المدين و ليس للدائن الاعتراض على ذلك إلا إذا كانت طبيعة الدين أو وجد اتفاق سابق يقضي بوجوب أن ينفد المدين التزاماته بنفسه.

كما أن العديد من النصوص القانونية تجيز التعاقد من الباطن مثل ما هو الحال في عقود المقاولة و الإيجار و الوكالة.

و زيادة على ذلك فإن استعانة المدين بشخص كبديل عنه لتنفيذ التزامه لا تختلف من وجهة نظر الدائن عن استعانته بعمال أو بمستخدمين إذ يبقى المدين مسؤولا عنهم أمامه[1] .

المبحث الثالث : آثار عقد المناولة

إن عقد المناولة من العقود الملزمة للجانبين، فهو يرتب التزامات في ذمة كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي في حالة عقد المقاولة الفرعية، وفي حالة عقد المناولة الصناعية فيصطلح على الأطراف بالمؤسسة الآمرة بالأشغال والمؤسسة المنفذة للأشغال، ولبحث التزامات كل طرف و التي تعتبر في ذات الوقت حقوق الطرف الأخر، يقسم هذا المبحث إلى مطلبين يخصص الأول للالتزامات المقاول الفرعي و الثاني للالتزامات المقاول الأصلي.

المطلب الأول :التزامات المقاول الفرعي

حددت المواد من **550** إلى **554** من القانون المدني الالتزامات الأساسية للمقاول ، و هي نفسها تلك التي تقع على عاتق المقاول الفرعي و المتمثلة في انجاز العمل المتفق عليه و تسليم هذا العمل بعد انجازه و ضمان خلو هذا العمل من عيوب، و التي سوف يتم شرحها في ما يلي:

الفرع الأول :التزام المقاول الفرعي بانجاز العمل المتفق عليه

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يدرج نصا صريحا ضمن تشريعاته لالتزام المقاول بانجاز العمل، خلافا لكثير من التشريعات العربية، إلا أنه يبقى أهم التزام

[1] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص14 .

يرتبه عقد المقاولة سواء كان عقدا أصليا أو فرعيا على عاتق المقاول ، و يظهر للوهلة الأولى أن هذا الالتزام بسيط و واضح، إلا أن دراسته تقتضي التطرق لجملة من المسائل كطريقة التنفيذ و وسائله والعناية الواجب بذلها ما سيتم توضيحه في الآتي:

أولا: طريقة تنفيذ العمل

من البديهي أن يكون المقاول الفرعي ملزم بإنجاز العمل المعهود إليه حسب الطريقة المتفق عليها و طبقا للشروط الواردة في عقد المناولة.

لكن ماذا لو لم يتفق الطرفين على طريقة معينة للتنفيذ في عقد المناولة ؟

يرى الأستاذ السنهوري أنه " **في هذه الحالة وجب إتباع العرف و بخاصة أصول الصناعة تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن**[1] **".**

حسب رأي البعض فإن هذا الحل يكون مقبولا لو كنا بصدد عقد مقاولة واحد، أما و نحن أمام عقدي مقاولة يتبع أحدهما الأخر و يتعلقان بالعمل ذاته سواء في جزءه أو كله، فإنه من الضروري الرجوع أولا إلى عقد المقاولة الأصلية ثم بعد ذلك البحث في الطريقة المتعارف عليها للتنفيذ، لأنه من غير الجائز مخالفة الشروط الرئيسية للعقد الأصلي و لا سيما تلك المتعلقة بطريقة التنفيذ،خاصة إذا اشترط فيه يكون أن ينفيذ العمل حسب التصميمات المقدمة من قبل رب العمل أو وفقا لما ارتضاه.

و الملاحظ أنه في الحياة العملية حتى يتفادى التعارض في كيفية تنفيذ العمل ، يدرج المقاول الأصلي شرطا في عقد المناولة يلزم بموجبه المقاول الفرعي باحترام العقد الأصلي و بالخصوص في ما جاء به من اشتراطات حول موضوع التنفيذ، حيث يجعل هذا عقد المقاولة الأصلية جزء لا يتجزأ من عقد المناولة .

و إذا تبين للمقاول الأصلي أن المقاول الفرعي يؤدي العمل المعهود إليه بطريقة معيبة أو منافية لشروط العقد، حق له بصفته رب العمل حسب نص المادة **553** من القانون المدني أن ينبهه للمخالفات المرتكبة، و ينذره إذا ما رأى أن إصلاح العيوب

[1] - أنظر: الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص217.

ممكنة بوجوب تصحيح طريقة التنفيذ خلال أجل محدد و معقول[1].

فإذا انتهى هذا الأجل دون أن ينصاع المقاول الفرعي لأوامر المقاول الأصلي، جاز لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء المستعجل لطلب أمر المقاول الفرعي بالتوقف عن الأشغال باعتباره إجراءا تحفظيا سريعا، و اللجوء إلى قاضي الموضوع ليطلب إما فسخ عقد المناولة أو الترخيص له بأن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول الفرعي.

صحيح أن هذه الأحكام ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة في المادة 170 من القانون المدني ، التي تحيز للدائن إذا ما كان التنفيذ ممكنا و لم يقم به المدين طلب ترخيص من القاضي بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، و مع ذلك حرص المشرع على إدراجها في نص خاص، كما دأب القضاء على تطبيقه[2].

و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد استدرك الحالة التي يكون فيها العيب أو المخالفة من الجسامة بحيث لا يمكن إصلاحه، فأضافه في تعديله للقانون المدني سنة **2005** فقرة ثانية للمادة **553** ليجيز من خلالها للمقاول الأصلي اللجوء على القضاء مباشرة دون الحاجة إلى إنذار المقاول الفرعي و تحديد أجل له و يطلب فسخ العقد[3].

---

[1] - يعتبر القضاء الجزائري أن الأجل شرط لصحة الإنذار، لأن بانتهائه تتخذ باقي الإجراءات، حيث جاء بأحد قرارات المحكمة العليا ما يلي " :بالرجوع إلى القرار المطعون فيه و السندات المرفقة به، يتبن أن الطاعن لم يقم بالإجراءات المنصوص عليها في المادة 553 من قانون المدني ، و اكتفى بتوجيه رسالتين للمطعون ضده يطلب ضمنها من هذا الأخير استئناف الأشغال الموقوفة ، تلك الرسالتين لا تعتبر في حد ذاتها وسيلة إثبات إذ أنه لا يجوز صنع الأدلة بنفسه لنفسه .... و من كان كذلك استوجب رفض الطعن " قرار رقم **51553** صادر في **1987/11/11** في قضية خ. ع ضد و.م.م – المجلة القضائية العدد 3 سنة 1992 ص 23 .

[2] - جاء في قرار رقم 152934 صادر بتاريخ 11 مارس 1989 قضية (م.ت.س.ت ع)ضد (س.ب-س ش)" لما كان ثابت في قضية الحال أن الطاعنة لجأت إلى مقاول أخر الذي قام بتنفيذ ما التزم به المطعون ضدهما المتمثل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقدة عليها دون أن تلجأ الطاعنة إلى القضاء لتطلب ترخيصها لتنفيذ الالتزام حسب ما يقتضيه القانون ، و من ثمة فإن النص القرار يتجاوز السلطة و مخالفة القانون غير سديد و يستوجب الرفض" . المجلة القضائية العدد 1 سنة 1998 ص 109 .

[3] - جاء في الفقرة الثانية من المادة 553 من القانون المدني بعد تعديله بموجب الأمر قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 23 يوليو 2005 ":غير أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون الحاجة إلى تعيين أجل إذا كان في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا"

و الملاحظ أن بعض القوانين و أن تضمنت الأحكام الواردة بالمادة أعلاه، فإنها تزيد عليها حالة التي يكون العيب في طريقة التنفيذ ليس من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقصود منه، فتجيز للقاضي عندئذ رفض طلب الفسخ المقدم من المقاول الأصلي و الحكم له بالتعويض فقط أن كان له مقتضى.

و رغم خلو المادة **553** من هذه الحالة ، فللقضاء كامل السلطة في تقدير وقائع النزاع، و هو ما يتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/06/13 ، و الذي ورد فيه أنه" **لما كان الثابت في قضية الحال أن أحد طرفي عقد المقاولة قصر في تنفيذ التزاماته، و من ثم فإن القضاة عندما أمروا بإلغاء العقد المبرم بين الطرفين بدلا من أن يحكموا على الطرف المخل بإتمام التزاماته، يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].**

والجدير بالذكر أن المشرع أراد من خلال المادة أعلاه أن يعطي للمقاول الأصلي في عقد المقاولة الفرعية حق الإشراف على العمل و التدخل في الوقت المناسب لإيقاف العمل المعيب، و في ذلك مما لا شك فيه ربح للجهد و الوقت و المال، فإصلاح العيب عند اكتشافه أحسن من الاستمرار فيه حتى نهاية العمل و رفض المقاول الأصلي له، و من ثمة تتحقق مصلحة الطرفين بما فيها المقاول الأصلي لأن سكوته على التنفيذ المعيب للعمل يكون مسؤولا عنه أمام رب العمل ، و لا يعطيه سوى الحق في رفض العمل المعيب و فسخ العقد، دون الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان يمكن تجنبها لو أنه نبه المقاول الفرعي إليها [2].

[1] - قرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/06/13 في الملف رقم489 .61 المنشور بالمجلة القضائية لسنة1991 العدد 4 ص 65.

[2] - أنظر: د. عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة والوكالة و الكفالة،الطبعة الأولى، الإصدار الثاني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع،سنة 2001، ص 35 .

ثانيا: وسائل التنفيذ

الأكيد أن تنفيذ المقاول الفرعي للعمل المسند إليه يقتضي غالبا توفير بعض الآلات والمعدات و المواد ،الأمر الذي يثير تساؤل من من المتعاقدين ملزم بإحضارها ؟

يتضح من المادتين **550 و 552** من القانون المدني أن المشرع يفرق بين الآلات و الأدوات التي يستخدمها المقاول في انجاز العمل و بين المادة التي يستعملها أو يستعين بها في ذلك.

بالنسبة للأولى فالمادة **550** تقضي صراحة أن الأصل أن يأتي المقاول و حالة المقاولة الفرعية المقاول الفرعي بما يحتاجه من الآلات و أدوات إضافية، و يتحمل كل النفقات الناجمة عن ذلك لوحده.

لكن يرد على هذا الأصل استثنائيين باعتبار أن النص أعلاه ليس من النظام العام، إذ يجوز للأطراف مخالفته بالاتفاق على تحميل المقاول الأصلي عبأ إحضارها و على نفقته، أو في حالة موجود عرف يقضي بأن رب العمل هو الذي يقدم الأدوات و المعدات اللازمة لإنجاز العمل فيلزم المقاول الأصلي عندئذ بتسليمها للمقاول الفرعي بعد حصوله عليها من رب العمل.

و الملاحظ أن نص المادة **552** أشار فقط على الآلات و الأدوات الإضافية، عكس الحال بالنسبة لبعض التشريعات الأخرى التي أوردت عبارات أشمل ، و مع ذلك يطبق الحكم نفسه على اليد العاملة و المساعدين الذين يستخدمهم المقاول الفرعي ، فيلزم هذا الأخير بإحضارهم و على نفقته ما لم يقض اتفاق أو العرف بخلاف ذلك[1].

و يجوز كذلك لرب العمل الحقيقي أن يقدم هذه الآلات و الأدوات تنفيذا لتعهده ، فيلزم عندئذ بتسليمها بذاتها إلى المقاول الأصلي، ليسلمها هذا الأخير بذاتها إلى المقاول الفرعي الذي يجب عليه تسلمها و إلا كان مخلا بالتزامه بانجاز العمل.

[1] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 122 ص 217.

أما بالنسبة للمواد المستعملة في انجاز العمل، فالأصل أنها تقدم من قبل رب العمل عملا بنص المادة **550** من القانون المدني ما لم يتفق على خلاف ذلك، و بناء عليه فلا يلزم المقاول بتقديم المادة كلها أو جزء منها إلا إذا تعهد بذلك صراحة.

و تطبيقا لهذا الحكم على العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن، فإنه إذا لم يتعهد المقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلية بتقديم المادة، فإنه لا يصح أن يتعهد المقاول الفرعي بتقديمها في عقد المناولة لأنه في هذه الحالة يلزم رب العمل بتقديمها إلى المقاول الأصلي.

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

و أن كان النص أعلاه لم يتضمن كيفية اختيار المقاول الفرعي للمادة التي تعهد بتقديمها، فإنه وفقا للقواعد العامة وجب عليه أن يرعي في ذلك الشروط و المواصفات المتفق عليها، فإن لم يرد اتفاق بشأنها وجب أن تكون المادة مستوفيه للغرض الذي أعدت له[2] .

أما عن جودة المادة المقدمة فالأولوية في تحديدها لما اتفق عليه أو ما هو متعارف عليه، فإذا لم يرد اتفاق و لا عرف في هذا الشأن، ألزم المقاول الفرعي بتقديم مادة من جودة متوسطة ضمانا لمصلحة الطرفين، لأنه لو كانت المادة من جودة متدنية أضر ذلك بالمقاول الأصلي، و إن كانت من جودة عالية تضرر المقاول الفرعي.

و عندما يقدم المقاول الفرعي المادة يلزم بضمان جودتها و خلوها من أي عيب خفي، ما عدا العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه.

[1] - أنظر: أ .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 49.

[2] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 122 ص 217.

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

كما يكون المقاول الفرعي مسؤولا عما قد يصيب المادة و يجعلها غير صالحة للاستعمال بسبب إهماله أو نقص كفاءته المهنية ، فيلزم عندئذ يرد قيمتها و التعويض إن كان له مقتضى.

ثالثا: العناية المطلوبة في إنجاز العمل و مدته

إن التزام المقاول الفرعي بإنجاز العمل قد يكون التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق غاية ، فلا وجود لقاعدة عامة تحكم جميع عقود المقاولات، فالمقاول المتعهد بتشييد بناء أو هدمه ملزم بتحقيق نتيجة إذ يتوجب عليه تنفيذ عمله و تحقيق الغاية المحددة له، أما لو عهد إلى المقاول الفرعي بترميم بعض الأبنية الأثرية، ففي هذه الحالة لا يلزم بتحقيق نتيجة إنما يتوجب عليه بذل العناية اللازمة لإتمام العمل و جعله مشابها قدر المستطاع لما كان عليه في السابق[1] .

و العناية المطلوبة من المقاول الفرعي هي عناية الشخص العادي، فيعتبر قد وفى بالتزامه عند بذل هذه عناية و لو لم يتحقق الغرض المقصود.

عكس الحال بالنسبة للالتزام بتحقيق غاية فلا تبرأ ذمة المقاول الفرعي إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة و أنجز العمل المطلوب.

و من التزامات الثانوية المفروضة على المقاول الفرعي في هذا الصدد، انجاز العمل المتفق عليه في المدة المعقولة، و إن كان المشرع الجزائري لم ينص على هذا الالتزام الثانوي بمناسبة تنظيمه لأحكام عقد المقاولة، فإن الفقه يجمع عليه، حيث تقدر المدة المعقولة حسب طبيعة العمل و مقدار ما يقتضيه من دقة و تبعا لعرف الحرفة[2].

---

[1] - أنظر: أ .نعيم مغبغب ، المرجع السابق ، ص 46.

[2] - أنظر: د .عدنان إبراهيم سرحان ، المرجع السابق ، ص 38.

رابعا: جزاء الإخلال بالالتزام بالتنفيذ

تقضي المبادئ العامة أنه متى التزم المدين طوعا و عن إرادة حرة و سليمة كان متحملا لكل إخلال منه بهذا الالتزام و مسؤولا عن نتائجه ، و الأكيد أن هذا الأمر ينطبق أيضا على المقاول الفرعي، فبعد تعهده بالإنجاز العمل محل عقد المناولة وجب عليه تنفيذ ذلك و إلا كان مسؤولا عن أي تأخر في الانجاز أو تنفيذ معيبا له و هو ما سيتضح مما يلي:

أ - حالة التأخر في التنفيذ

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

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

ب -حالة التنفيذ المعيب

إذا اخل المقاول الفرعي بالتزامه بانجاز العمل، كان مسؤولا عن هذا الإخلال أمام المقاول الأصلي ، الذي له أن يطلب طبقا للقواعد العامة التنفيذ العيني إن كان ممكنا، أو طلب الفسخ عقد المناولة مع التعويض في الحالتين إن كان له ما يبرره .

[1] - أنظر: أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص 115.

الفرع الثاني : التزام المقاول الفرعي بتسليم العمل المنجز

بعد أن يصنع المقاول الفرعي الشيء أو ينجز العمل حسب المطلوب منه، يلزم بتسليمه للمقاول الأصلي سواء كانت المواد مقدمة من عنده أو من المقاول الأصلي أو من رب العمل.

و مما لا شك فيه أن دراسة الالتزام بالتسليم تقتضي تحديد الكيفية التي يتم بها و زمانه و مكانه و ما يترتب عنه من نتائج قانونية ، و ذلك حسب ما هو وارد في عقد المناولة إذ قد تختلف هذه المسائل عما هو محدد عقد في المقاولة الأصلية، و هو ما سوف يوضح من خلال النقاط التالية:

أولا: طريقة التسليم و نفقاته

لم يتناول المشرع التزام المقاول بتسليم العمل المنجز، جاعلا التسليم في عقد المقاولة يخضع لنفس أحكام التسليم في عقد البيع.

و بناء عليه يتم التسليم بوضع الشيء تحت تصرف المقاول الأصلي ليتمكن من الانتفاع به دون أي عائق [1] ، لكن لا يشترط في التسليم أن يؤدي إلى استيلاءه الفعلي على الشيء ، فمثل هذا الشرط قد يضر بالمقاول الفرعي إذا ما رفض المقاول الأصلي أن تنقل الحيازة إليه بدون عذر مقبول.

و تكون طريقة التسليم تبعا لطبيعة العمل، فإن انصبت المناولة على عقار، كان تسليمه بوضعه في متناول المقاول الأصلي صالحا لما أعد له كتسليمه المفاتيح مثلا[2] .

أما إذا وردت المناولة على منقول كإصلاح سيارة أو طرز قطعة قماش، كان تسليمه بنقل الحيازة من المقاول الفرعي إلى المقاول الأصلي، و يتم غالبا عن طريق المناولة اليدوية، و يسمى" **بالتسليم الفعلي.**"

---

[1] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 218.

[2] - أنظر: أ .نعيم مغبغب ، المرجع السابق ، ص 47.

و قد يكون **التسليم حكميا** إذا ما وجه المقاول الفرعي إنذارا إلى المقاول الأصلي بوجوب تسلم العمل خلال مدة زمنية معينة و إلا اعتبر متسلما له عند انقضاءها[1] .

و يقتضي التسليم أحيانا نفقات الأصل أن يتحملها المدين به حسبما تضمنته القواعد العامة، و من ثمة يلزم المقاول الفرعي بالتكفل بهذه النفقات إلا إذا وجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، كأن يتفق الطرفان على تحمل المقاول الأصلي هذه النفقات أو يتفقا على تقاسمها ، فعندئذ يقدم هذا الاتفاق على ما تضمنته المادة **283** من القانون المدني.

ثانيا: زمان التسليم و مكانه

لم يتعرض المشرع لمسألتي زمان و مكان التسليم مكتفيا بما قد يتفق عليه المتعاقدين أو ما جاءت به القواعد العامة.

بالنسبة لزمان التسليم، فالأصل أن الأولوية في تحديده تكون لما اتفق عليه ، و الغالب أن يكون التسليم بعد انجاز العمل في المهلة المحددة له في عقد المناولة ، إلا إذا اتفق الطرفين على تاريخ أخر للتسليم يلي تاريخ الإنجاز.

أما إذا سكت المتعاقدين عن تحديد مدة الإنجاز، فيجب على المقاول الفرعي أن ينجزه في مدة معقولة وفقا لطبيعة العمل و عرف الحرفة، فعند انقضاء هذه المدة يكون من المفروض أن المقاول الفرعي قد انتهى من انجاز العمل، فيلزم عندئذ بتسليمه فورا.

لكن ليس هناك ما يمنع من لجوء المقاول الفرعي إلى القضاء قصد المطالبة بمنحه أجل للتسليم إذا ما وجدت ظروف أعاقته عن ذلك، و يمكن للقاضي الاستجابة لطلبه إذا لم يكن في التأجيل ما يضر بمصلحة المقاول الأصلي إضرار جسيما[2] .

و قد يثور تساءل أخر بشأن زمان التسليم، و هو هل يجوز للمقاول الفرعي أن يشرع في اتخاذ إجراءات التسليم متى أتم العمل و لو قبل انتهاء المدة المحددة له ؟

---

[1] - أنظر: أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص 130.

[2] - أنظر: د .عدنان إبراهيم سرحان ، المرجع السابق ، ص 48.

الأصل أن ميعاد التسليم مقرر لمصلحة المدين به أي المقاول الفرعي، و بالتالي يجوز له أن يسلم العمل المنجز قبل حلول الأجر المحدد له، حتى أنه قد يكافئ أحيانا على هذا التسليم المبكر.

لكن في بعض الحالات يراعي في ميعاد التسليم كذلك مصلحة المقاول الأصلي خاصة و أنه مرتبط بعقد سابق مع رب العمل، فالتسليم المبكر قد يكلفه أعباء إضافية كنفقات الحفظ و الصيانة و الحراسة مما يضر به، و بالتالي لا يجوز في مثل هذه الحالات أن يعرض مقاول الفرعي التسليم قبل الميعاد المتفق عليه.

أما بالنسبة لمكان التسليم فيكون مبدئيا في المكان المتفق عليه، فإن تخلف هذا الاتفاق سلم العمل المنجز في المكان الذي يعينه عرف الحرفة.

فإن لم يكن هناك عرف تم التسليم في موقع العقار إذا ما انصب عمل المقاول الفرعي على عقار.

فإن تعلق الأمر بمنقول معين بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، أما إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالنوع فتسليم يكون في موطن المقاول الفرعي أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله.

و يترتب عن عدم تسليم المقاول الفرعي للعمل المنجز كاملا في الزمان و المكان المحددين له مسؤوليته أمام المقاول الأصلي، الذي يكون له حق المطالبة بالتنفيذ العيني متى كان ممكنا، فإن كان مستحيلا طالب بفسخ عقد المناولة مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض.

و نشير في الأخير أن التزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، لذلك فمجرد عدم تحققه يعد خطأ من جانب المقاول الفرعي يستوجب مسألته، إلا إذا أثبت أن عدم التسليم أو التأخر فيه ناتج عن سبب أجنبي[1] .

[1] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، بند 122 ص 218.

ثالثا: تبعة الهلاك قبل التسليم

مما قد يمنع تسليم الشيء محل عقد المناولة هلاكه أو تلفه، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل من من المتعاقدين يتحمل تبعة الهلاك ؟

لم يتعرض المشرع لهذه المسألة بشكل مفصل عند وضعه لأحكام عقد المقاولة ما عدا ما تضمنته المادة **558** من القانون المدني الخاصة بالتزام رب العمل بتسلم العمل.

لهذا السبب يرجع غالبية الفقه لتحديد أحكام تبعة الهلاك في عقد المقاولة إلى تلك المنصوص عليها في عقود مقاربة لهذا العقد و بالأخص لعقد البيع.

و نتيجة لذلك إذا هلك الشيء بين يدي المقاول الفرعي قبل تسليمه للمقاول الأصلي بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، تحمل المقاول الفرعي تبعة هلاكه لأن المقاول الأصلي لم يستفد من هذا العمل، و بالتالي لا يمكن للمقاول الفرعي طلب أجرته و لا استرداد النفقات التي تكبدها[1].

أما بالنسبة للمادة فهلاكها على من قام بتوريدها من الطرفين، لأن القاعدة العامة أن الشيء يهلك على مالكه.

و إذا كان الهلاك بسبب خطأ من المقاول الفرعي تحمل وحده كل الخسارة، و لا يمكنه مطالبة المقاول الأصلي بالأجرة و لا حتى النفقات التي صرفها، بل يلزم برد ما قد يكون تلقاه من المقاول الأصلي مع التعويض إن كان له مقتضى[2] .

أما إذا وقع الهلاك بخطأ من المقاول الأصلي بعد إنذاره بوجوب تسلم الشيء، استحق المقاول الفرعي في هذه الحالة أجره و النفقات التي تكبدها و قيمة المادة إن كان هو مقدمها.

---

[1] - أنظر: د .عدنان إبراهيم سرحان ، المرجع السابق، ص 48.

[2] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 56.

و تكون تبعة الهلاك على عاتق المقاول الأصلي إذا وقع أثناء فترة الحبس التي ينفذها المقاول الفرعي حتى يستوفي أجرته، بشرط أن يكون قد احترم جميع إجراءات القانونية التي تفرضها قواعد الحبس[1] .

الفرع الثالث :الالتزام المقاول الفرعي بالضمان

سبق الذكر أن هناك إجماعا فقهيا على اعتبار المناولة عقد مقاولة تحكمه كقاعدة عامة نصوص المقررة لهذا النوع من القعود إلا إذا استثني من ذلك بموجب نص قانوني صريح.

و بناء على ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة **554** من القانون المدني التي تنص بأن" :**هذه المادة لا تسري على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين** " ، فإن المقاول الفرعي في علاقته مع المقاول الأصلي ملزم بضمان العمل الذي تولى القيام به بوجه عام، أما الضمان الخاص الواقع على عاتق المقاول و المهندس المعماري عن أي تهدم كلي أو جزئي يحدث للمباني أو المنشآت الثابتة فلا يشمل المقاول الفرعي الذي هو ملزم بانجاز العمل وفقا للشروط و المواصفات المتفق عليها و أصول الصنعة، فإن جاء عمله مخالفا لهذه المقاييس اعتبر مخلا بالتزامه و أجبر على ضمان العيوب التي لحقت عمله.

و ضمان خلو العمل يقتضي سلامة المواد المستخدمة في انجازه، فإن قدم المقاول الفرعي مواد الصنع اعتبر بمثابة بائع لها و وجب عليه ضمان سلامتها و صلاحيتها للغرض الذي أعدت له، فإن ثبت تضرر العمل بسبب عيوب في المواد المستخدمة تحمل المقاول الفرعي مسؤولية ذلك[2] .

و لا يمكن للمقاول الفرعي دفع هذه المسؤولية بإثبات أنه بذل عناية الرجل العادي في التأكد من سلامتها و جودتها، إنما يجوز له ذلك متى أثبت أن العيوب اللاحقة

[1] - أنظر: أ .نعيم مغبغب ، المرجع السابق ، ص 49.

[2] - أنظر: أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص 131.

بالمواد مردها لسبب أجنبي عنه، أو قبول المقاول الأصلي بها و إجازته استخدام هذه المواد المعيبة، ففي هذه الحالة يكون خطأ المقاول الأصلي أشد جسامة من خطأ المقاول الفرعي و يستغرقه.

أما إذا قدمت المواد من المقاول الأصلي أو رب العمل ، فلا يكون المقاول الفرعي ضامنا لما فيها من عيوب.

لكن إذا تبين للمقاول الفرعي وجود عيب أثناء تنفيذ العمل وجب عليه إخبار المقاول الأصلي به، كما يحق له رفض استخدام المواد المعيبة خاصة و أنه ملزم بتنفيذ العقد بحسن نية ، فإن أصر المقاول الأصلي على استخدامها تحمل مسؤولية ذلك.

و مما يؤثر على سلامة العمل في مجال مقاولات البناء عدم صلاحية الأرض للبناء أو عدم إعدادها بطريقة صحيحة و سليمة لتتحمل البناء المزمع تشييده أو احتواء التصميم على عيوب ، لكن المادة **554** من القانون المدني استبعدت المقاول الفرعي من الضمان في هذه الإحالات ومن ثمة لا مجال للحديث عن التزام المقاول الفرعي بالضمان إذا ما تعلق الأمر بإحداها.

و إذا ما اكتشف العيب قبل استلام العمل، حق للمقاول الأصلي -طبقا للقواعد العامة -طلب إصلاحه إذا كان ذلك ممكنا أو طلب فسخ العقد و التعويض عن الضرر اللاحق به.

لكن إذا لم يتم اكتشاف العيب فما هي المدة التي يبقى المقاول الفرعي ملزما بالضمان ؟

يخضع ضمان العيوب في عقد المقاولة لنفس القواعد المقررة للضمان في عقد البيع، فيفرق المشرع في هذا الصدد بين ما إذا كان العيب ظاهرا أو خفيا[1] .

[1] - ورد بالمادة 379 القانون المدني" **: يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسما هو مذكور يعقد البيع ، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب و لو لم يكن عالما بوجودها. غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع ، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب و أنه أخفاها غشا عنه" .**

و يشمل **العيب الظاهر** العيب الذي علم به المقاول الأصلي عند استلامه للعمل و العيب الذي لم يكتشفه مع أنه كان بإمكانه ذلك لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي من نفس طائفته[1] .

فإن أقر المقاول الأصلي العمل و تسلمه رغم ما وجد به من عيوب، اعتبر متنازلا عن حقه في الرجوع على المقاول الفرعي بطلب إصلاح هذه العيوب، وليس بوسعه حتى مطالبته بنفقات الإصلاح التي صرفها، لأن موقفه هذا يفسر إما بأنه إقرار منه أن هذه العيوب بسيطة لا تنقص من قيمة العمل و لا تحيد به عن الغاية المرجوة منه، أو أنه تنازل منه عن حقه في الضمان.

أما إذا لم يتمكن المقاول الأصلي من اكتشاف العيب رغم سهولة ذلك لو أنه فحص العمل بعناية الرجل العادي، اعتبر مهملا و وجب عليه تحمل نتيجة إهماله، فيحرم عندئذ من إمكانية الرجوع على المقاول الفرعي بالضمان و يبقى مسؤولا عن هذا العيب أمام رب العمل[2] .

لكن في حالة ما إذا أقدم المقاول الفرعي على إخفاء العيب باللجوء إلى الغش أو الخداع فتعذر على المقاول الأصلي اكتشافه وقت التسليم، حق للمقاول الأصلي الرجوع بالضمان عليه اعتبارا من تاريخ اكتشاف العيب[3].

و نتيجة لذلك يكون استلام المقاول الأصلي للعمل بدون تحفظ مسقطا لضمان المقاول الفرعي للعيوب الظاهرة ، لكن ماذا عن العيب الخفي ؟

---

[1] - أنظر: د . مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص 57.

[2] - أنظر: د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 213.

[3] - أنظر: أ .مغبغب نعيم ،المرجع السابق، ص 115.

العيب الخفي هو كل عيب لا يكون ظاهرا، بمعنى أنه عيب لا يمكن اكتشافه بمشاهدة ظاهر الشيء أو ببذل عناية الرجل العادي في فحصه عند تسلمه، أو أنه عيب لا يظهر إلا بتجربة الشيء[1] .

و يكون المقاول الفرعي ضامنا لهذا النوع من العيوب بالقدر و خلال المدة التي تقض بها أعراف الحرفة ، شريطة إخبار المقاول الأصلي له بالعيب وقت اكتشافه، فإن سكت أو تأخر في ذلك و تصرف في الشيء تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب سقط حقه في الضمان، على اعتبار أنه متنازل ضمنيا عن حقه في الرجوع.

و الجدير بالذكر أن أحكام الضمان ليست من النظام العام، فيمكن للمقاول الأصلي و المقاول الفرعي الاتفاق على ما يخالفها بالتشديد أو التخفيف أو حتى الإعفاء منها ، إلا إذا كان العيب ناتجا عن غش صادر من المقاول الفرعي أو خطأه الجسيم، فيكون عندئذ كل الاتفاق على الإعفاء من الضمان عديم الأثر، عكس الحال بالنسبة للضمان الخاص بالمهندس المعماري و المقاول لعيوب البناء فهو من النظام العام و لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه حسب لنص المادة **554** من القانون المدني.

المطلب الثاني :التزامات المقاول الأصلي

وفقا لما تقدم يلتزم المقاول الأصلي نحو المقاول الفرعي بجميع إلتزامات التي يرتبها عقد المقاولة في ذمة رب العمل ،ابتدءا من تمكين المقاول الفرعي من انجاز العمل، ثم تسلمه منه بعد الانجاز، وصولا إلى دفع الأجر .هذا ما سوف أبينه بشيء من التفصيل فيما يلي :

[1] - أنظر: د .عدنان ابراهيم سرحان ، المرجع السابق ، ص 52.

الفرع الأول :التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل

يأخذ المقاول الأصلي في علاقته مع المقاول الفرعي مركز رب العمل في عقد المقاولة، فيكون الشخص الوحيد المطلع على متطلبات و شروط التنفيذ المتفق عليها في عقد المقاولة الأصلية.

لهذا يلزم بتمكين المقاول الفرعي من انجاز الأعمال المقاول بشأنها من الباطن.

و يتم تنفيذ هذا الالتزام من خلال مد المقاول الفرعي بالتوجيهات و المعلومات الضرورية لتنفيذ محل المقاولة على الوجه الصحيح و الأكمل.

و إن كان المقاول الأصلي غير ملزم مبدئيا بتسليم المقاول الفرعي بنسخة من عقد المقاولة الأصلية، إلا أنه مجبر على إعطاءه كل ما هو ضروري لتنفيذ العمل المتفق[1]

فإذا تعهد المقاول الأصلي بتقديم المواد و الأدوات للمقاول الفرعي، كان ملزما بتسليمها له و في الوقت المناسب، كذلك الحال عندما يستوجب التنفيذ إتباع رسوم و نماذج حيث يلزم بتقديمها للمقاول الفرعي حتى يسهل عليه الوفاء بالتزامه.

و يقتضي هذا الالتزام أيضا من المقاول الأصلي أن ينسق بين عماله والمقاول الفرعي أو بين المقاولين الفرعيين في حالة تعددهم.

و يترتب على إخلال المقاول الأصلي بهذا الالتزام حق المقاول الفرعي في مطالبته بالتنفيذ العيني و لو عن طريق التهديد المالي فيما يستوجب تدخل المقاول الأصلي، أو طلب فسخ عقد المناولة مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض وفقا لما تقضي به القواعد العامة[2] .

الفرع الثاني :التزام المقاول الأصلي بتسلم العمل

تنص المادة **558** من القانون المدني " عندما يتم المقاول العمل و يضعه تحت تصرف رب العمل وجب على الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب

[1] - Alain Benabent , op cit; p: 1493.

[2] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ص213.

ما هو جار في المعاملات ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه **و يتحمل كل ما يترتب على ذلك من أثار.** "

تسري هذه المادة على العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، فيلتزم المقاول الأصلي بتسلم العمل بعد انجازه من المقاول الفرعي مقابل التزام هذا الأخير بتسليم العمل أو الشيء الذي تولى صنعه، لهذا لا يمكن أن يتم التسليم دون تسلم الأمر الذي يجعل العمليتين متكاملتين[1] .

من ثمة وجب توضيح محتوى هذا الالتزام و الآثار المترتبة عنه في النقطتين التاليتين:

أولا: مقتضيات الالتزام بالتسلم

متى أتم المقاول الفرعي العمل و وضعه تحت تصرف المقاول الأصلي وجب على هذا الأخير القيام بمعاينته في أقرب وقت ممكن وفقا لما هو متعارف عليه في هذه المعاملات، و أن يتسلمه في مدة وجيزة.

و يتم التسلم باستيلاء المقاول الأصلي على الشيء دون أي عائق، و يتحدد ذلك بحسب طبيعة العمل أو الشيء المصنوع ، فيكون تسلم العقار بإخلائه و تسليم مفاتيحه للمقاول الأصلي، أما تسلم المنقول فيتم بقبضه و حيازته و يكون ذلك عادة بالمناولة اليدوية [2].

و الملاحظ أن التسلم في حالة المناولة لا يتصور إلا حقيقيا دون التسلم الحكمي، كون المقاول الأصلي ملزم هو الأخر بتسليم العمل إلى رب العمل بعدما يتسلمه من المقاول الفرعي.

رغم أن نص المادة **558** من القانون المدني لم يشر إلى ضرورة معاينة العمل قبل تسلمه إلا أن هذا أمر طبيعي و تقتضيه طبيعة عقد المقاولة، فهو يقع على عمل لم

[1] - يفرق الفقه الفرنسي **la livraison** و يراد به الاستيلاء المادي على الشيء محل المقاولة و بين **réception** و هو عمل قانوني يعني الاستلام مع القبول بالعمل.

[2] - Bernard Boubli, op. Cit. , n°101, et n°292.

يكن موجودا وقت إبرام العقد فوجب على المقاول الأصلي فحصه و معاينته ليتحقق من مدى مطابقته للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة، كونه مسؤول عن ذلك أمام رب العمل بصفة شخصية و أساسية.

و بعد معاينة المقاول الأصلي للعمل المنجز و قبوله به، يقوم بتسلمه في الميعاد المتفق عليه أو في ميعاد معقول وفقا لطبيعة العمل المنجز و عرف الحرفة.

و التسلم يكون في مكان الذي تم فيه التسليم، فإن تراخى المقاول الأصلي عمدا أو بإهمال في الاستلام، أثبت المقاول الفرعي ذلك عن طريق توجيه له إنذارا رسميا يدعوه فيه لاستلام.

و إن كان للمقاول الأصلي أسباب مشروعة دفعته للامتناع عن الاستلام كأن يكون العمل غير تام أو قبل الميعاد أو به عيب، وجب عليه تبيانها و شرحها في ورقة رسمية ردا على الإنذار الرسمي الموجه له[1] ، أما إذا لم تكن للمقاول الأصلي أسباب مشروعة اعتبر العمل قد سلم له.

فإذا ما أخل المقاول الأصلي بالتزامه بتسلم العمل كأن يرفض تسلم العمل في الميعاد القانوني جاز للمقاول الفرعي وفقا للقواعد العامة أن يطالبه بالتنفيذ العيني عن طريق استصدار حكم قضائي يجبر المقاول الأصلي بتسلم الأعمال المنجزة تحت غرامة تهديدية ، فإن أصر المقاول الأصلي على امتناعه عن تسلم العمل جاز للمقاول الفرعي اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي أو المطالبة بفسخ العقد مع التعويض[2] .

ثانيا: أثار التسلم

أضاف المشرع للمادة أعلاه بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب أمر 05-10 عبارة " **و يتحمل كل ما يترتب على ذلك من أثار.**"

[1] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص56 .

[2] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 214.

و أمام عموم هذه العبارة وجب الرجوع للفقه في شرحه لها و تحديد الأثار القانونية المترتبة عن التسلم، و التي يمكن تلخيصها في ما يلي:

أ -التسلم مبرئ من العيوب الظاهرة

لتسلم المقاول الأصلي للعمل المنجز من قبل المقاول الفرعي أثر مبرئ بالنسبة للعيوب الظاهرة إذا لم يورد بشأنها أي تحفظات، بمعنى أنه إذا تسلم المقاول الأصلي العمل ارتفعت مسؤولية المقاول الفرعي عما يكون فيه من عيوب ضاهرة أو مخالفات لشروط العقد.

أما بالنسبة للعيوب التي كانت خفية ثم تبينها المقاول الأصلي بعد تسلمه للعمل، وجب عليه أن يبادر بإخطار المقاول الفرعي بها في وقت معقول حسب عرف الحرفة مطالبا إياه بإصلاحها ، و إلا اعتبر قابلا بها[1] .

ب -تحمل تبعة الهلاك

إذا امتنع المقاول الأصلي بغير سبب مشروع عن تسلم العمل رغم دعوته إلى ذلك و اتلف الشيء أو لحقه عيب بين يد المقاول الفرعي دون أن يكون لهذا الأخير دخل في ذلك، تحمل المقاول الأصلي تبعة هلاك الشيء أو تعيبه.

ج -انتقال حراسة الشيء إلى المقاول الأصلي

يترتب على تسلم المقاول الأصلي للعمل انتقال حراسة الشيء إليه ، و من ثمة ينشأ في ذمته التزام بالرقابة حتى يمنع تضرر الغير منه.

د -استحقاق المقاول الفرعي للأجر

وفقا للمادة **559** من القانون المدني يستحق المقاول الفرعي أجره عند تسلم المقاول الأصلي للعمل هذا هو الأصل العام ، الذي يستبعد تطبيقه إذا ما وجد عرف أو

[1] - أنظر: أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص163.

اتفاق يقرر ميعاد أخر لدفع الأجر، هذا ما سوف يتضح أكثر عند دراسة الالتزام الثاني الذي يرتبه عقد المناولة في ذمة المقاول الأصلي[1] .

الفرع الثالث : التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر

من خصائص عقد المناولة أنه من العقود المعاوضة التي يأخذ فيها كل طرف مقابل لما يقدمه، فالمقاول الفرعي ينجز عمل لحساب المقاول الأصلي مقابل الأجر الذي يلتزم به هذا الأخير بدفعه.و يثير هذا الالتزام كسابقه مسائل عديدة كدائن بالأجر و المدين به و مقداره و زمان و مكان دفعه ، و التي سيم شرحها في النقاط التالية:

أولا: الدائن بالأجر و المدين به

إن الدائن بالأجر في عقد المناولة هو المقاول الفرعي و ورثته من بعده ذلك أن المقاولة عموما لا تنتهي بوفاة المقاول [2].

كما يحل أيضا محل المقاول الفرعي في المطالبة بالأجر خلفه الخاص مثل ما هو الحال بالنسبة للمتنازل له عن المناولة أو عن الأجر فيها[3] .

و في حالة ما إذا ابرم المقاول الأصلي عدة عقود مقاولة من الباطن مع أكثر من مقاول فرعي، فلا تضامن بين هؤلاء المقاولين الفرعيين إلا إذا نص على ذلك في هذه العقود وفقا لأحكام المادة **217** من القانون المدني، بمعنى أنهم لا يعتبرون دائنين متضامنين بأجورهم بل ينفرد كل منهم بأجره و لا شأن له بأجور المقاولين الفرعيين الآخرين.

أما المدين بالأجر فهو المقاول الأصلي الذي تعاقد مع المقاول الفرعي حتى و إن كان المستفيد أو المنتفع الحقيقي من الأعمال المنجزة هو رب العمل، و إن كان يجوز للمقاول الفرعي مطالبة مباشرة رب العمل بالأجر طبقا للمادة **565** من القانون المدني.

---

[1] - راجع: د .عدنان إبراهيم سرحان ، مرجع سابق، ص 75 و ما بعدها.

[2] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 214.

[3] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص71.

و في حالة تعدد المقاولين الأصليين، فإن كل واحد منهم ملزم بدفع قسط من الأجر بقدر حصته في العمل، فإن لم تعين هذه حصة اعتبرت حصصهم متساوية و قسم الأجر بينهم بالتساوي، إلا إذا وجد اتفاق بينهم على التضامن ، عندئذ يمكن للمقاول الفرعي مطالبة أي واحد منهم بكامل الأجر.

و إن كانت القواعد العامة لعقد المقاولة تجعل من ورثة رب العمل ملزمين بدفع الأجر للمقاول في حدود التركة اعتبارا على ان عقد المقاولة لا ينتهي بموت رب العمل، فإن المقاولين الفرعيين ليسوا مضطرين لمتابعة تركة المقاول الأصلي على اعتبار أن المادة أعلاه تعطي لهم حق إقامة دعوى مباشرة ضد مدين مدينهم أي ضد رب العمل لمطالبته بما لهم في ذمة المقاول الأصلي.

ثانيا: مقدار الأجر و إمكانية تعديله

الأصل أن يتفق الطرفان على مقدار الأجر الواجب دفعه للمقاول الفرعي، فإن سكتا و لم يحددا الأجر اتفاقا، تعين الرجوع إلى الطريقة التي وضعها المشرع في المادة **562** من القانون المدني و المتمثلة في الاعتماد على قيمة العمل و النفقات التي صرفها المقاول الفرعي في سبيل ذلك، و كذلك ثمن المواد المستعملة في الإنجاز إذا ما كان هو مقدمها.

و إذا تم تحديد مقدار الأجر فلا يجوز الطعن فيه بالغبن، نظرا لعدم ورود نص قانوني يقضي بذلك، و من ثمة يجوز أن يقل الأجر عن قيمة العمل المنجز[1].

والأصل أنه متى اتفق الطرفان على أجر معين وجب التقيد بهذا الاتفاق، فلا يجوز للمقاول الأصلي أن يدفع أجرا أقل من الأجر المحدد، و لا أن يطالب المقاول الفرعي بأجر أكثر مما اتفق عليه، إذ لا يمكن لأي منهما الاستقلال بالتعديل استنادا إلى المبدأ العام" **العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاقهما معا**"، و من

[1]- أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص215.

ثمة فإن أي زيادة أو إنقاص في الأجر لا بد أن تتم باتفاق جديد بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي.

إلا أنه استثناء عن هذه القاعدة فإنه في مجال المقاولات أجاز المشرع بمقتضى المادتين **560-561** من القانون المدني تعديل الأجر دون الحاجة إلى حصول اتفاق بين المتعاقدين، و هذا في الحالتين التاليتين:

أ -تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة

تناولت هذه الحالة المادة **560** و التي من دون شك تنطبق على المقاول الفرعي باعتباره المنفذ الفعلي للعمل، حيث يفرق هنا كذلك بين حالتين:

الحالة الأولى :إذا كان تجاوز المقايسة محسوسا و ضروريا لتنفيذ التصميم المتفق عليه، فيجب على المقاول الفرعي إخطار المقاول الأصلي ، بمقدار ما يتوقعه من زيادة في النفقات قبل الاستمرار في التنفيذ.

و يعتبر هذا الإخطار شرطا ضروريا لكي يستحق المقاول الفرعي الزيادة في الأجر، فإذا واصل التنفيذ دون إبلاغ المقاول الأصلي عن الزيادة المتوقعة سقط حقه في المطالبة بالزيادة في الأجر و بقي المقاول الأصلي ملزما يدفع الأجر المتفق عليه في العقد.

الحالة الثانية :أما إذا كان تجاوز المقايسة ضروريا لتنفيذ التصميم المتفق عليه و جسيما في آن واحد، خير المقاول الأصلي بين بقاءه مرتبط بعقد المناولة و القبول بالزيادة في النفقات و تحمل عندئذ الزيادة في الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة، أو التحلل من المناولة و دفع للمقاول الفرعي قيمة ما أنجزه من أعمال حسب المتفق عليه في العقد دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل[1] .

و قد اشترط المشرع على رب العمل- و في حالتنا المقاول الأصلي -بأن يخطر المقاول الفرعي بخياره دون إبطاء و خلال مدة معقولة، فإن تأخر بإبلاغه بوقف الأعمال

[1] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص215.

و تحلله من المقاولة، جاز للمقاول الفرعي مواصلة العمل على افتراض أن المقاول الأصلي اختار الإبقاء على المقاولة مع الزيادة في الأجر.

ب **-تعديل الأجر المقدر جزافيا**

و فقا للمادة **561** من القانون المدني، إذا أبرم عقد مقاولة على أساس تصميم متفق عليه مقابل أجر إجمالي جزافي، ثم تبين أن تنفيذ العمل حسب هذا التصميم يقتضي جهدا إضافيا أو نفقات إضافية كزيادة في المواد الأولية و أجور يد العاملة، فليس للمقاول الفرعي أن يطالب بأية زيادة في الأجر إلا إذا انهار التوازن بين اتزامات الطرفين نتيجة حوادث استثنائية[1].

أما إذا كانت الزيادة في تكاليف تنفيذ عقد المناولة راجعة إلى تعديل في التصميم أو إضافات أدخلت عليه، فدائما حسب المادة أعلاه لا يجوز للمقاول الفرعي طلب زيادة في الأجر إلا في حالتين:

الحالة الأولى :أن يكون التعديل في التصميم راجع إلى خطأ رب العمل و يسوى في نطاق مناولة أن يكون الخطأ في التصميم صادر عن رب العمل الحقيقي أو المقاول الأصلي، فيكون من حق المقاول الفرعي أن يطلب زيادة في الأجر دون قيد أو شرط.

الحالة الثانية :أن يكون التعديل بإذن من المقاول الأصلي ، فيستحق المقاول الفرعي الزيادة في الأجر بقدر ما وقع في التصميم من تعديل أو إضافة، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك مع المقاول الأصلي.

و تضيف الفقرة الثانية من المادة **561** من القانون المدني " : **و يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة..... ".**

و الملاحظ أن هذه الفقرة يكتنفها بعض الغموض، فهي لم تبين ما إذا كان الاتفاق يشمل التعديل أو الإضافة و مقدار الزيادة في الأجر أم أن الاتفاق مقصور على هذا

[1] - أنظر: أ .الأستاذ أنور طلبة، العقود الصغيرة، الشركة و المقاولة و التزام المرافق العامة ، المكتب الجامعي الحديث. ، سنة2004 ص 297.

الأخير فقط ، و هل يسري هذا الحكم على الاتفاق الحاصل بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي؟

يرى الأستاذ **السنهوري** أنه إذا إذن المقاول الأصلي بإجراء تعديل أو إضافة في التصميم وجب عليه أن يدفع أجرا إضافيا يقابل التعديل الواقع أو الإضافة، " و دون حاجة إلى أن يكون هناك اتفاق بالكتابة بينه و بين المقاول من الباطن لا على التعديل في ذاته و لا على مقدار الزيادة في الأجر، إنما وجب الاتفاق الكتابي طبقا للفقرة الثانية من المادة **685**مدني و التي تقابل المادة أعلاه في العلاقة ما بين رب العمل و المقاول الأصلي لا في العلاقة ما بين المقاول الأصلى و المقاول من الباطن[1] "

و يجاري بعض المؤلفين هذا الرأي حيث يعتبرون أنه من شروط تعديل الأجر المحدد جزافيا أن يتعلق الأمر بعقد مقاولة مبرم بين رب العمل و المقاول الأصلي، و لا تطبق أحكام المادة أعلاه على عقد المناولة إنما يرجع للقواعد العامة.

بمعنى لو اتفق المقاول الأصلي و المقاول الفرعي على عمل معين مقابل أجر إجمالي جزافي، فإن القواعد العامة هي التي تسري فيكون بإمكان المقاول الفرعي أن يجري تعديلا في التصميم بعد موافقة المقاول الأصلي دون الحاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد مقابل هذا التعديل[2] .

فالمقابل ينتقد بعض الشراح التفسير المقدم من قبل الأستاذ **السنهوري**، و يرون أن الاتفاق الكتابي شرط يجب أن يتحقق بالنسبة للتعديل أو الإضافة في التصميم و كذلك بالنسبة للزيادة في الأجر، كما أن هذا الشرط يسري كذلك في العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن.

[1] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 215.

[2] - أنظر: أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص 169.

و حجتهم في ذلك أن المادة **658** المستند بها جاءت سابقة على النصوص المتعلقة بالمقاولة من الباطن لهذا يجب أن يؤخذ لفظ" **مقاول** "و" **رب العمل** " بصفة عامة دون نعت.

أما عن كلمة" **العقد الأصلي** "الواردة بالمادة، فليس المقصود منها عقد المقاولة القائم بين رب العمل و المقاول الأصلي، إنما المقصود منها العقد الذي لحقه التعديل القائم أو الإضافة سواء كان عقد أصليا أم عقدا من الباطن[1].

ثالثا: زمن دفع الأجر و مكانه

لقد تناول المشرع زمن دفع الأجر في نص خاص عكس الحال بالنسبة لمكان دفعه مكتفيا في هذا الشأن بما أوردته القواعد العامة، و لعل السبب في ذلك راجع للأهمية التي يكتسبها الأول.

أ -زمن دفع الأجر

قرنت المادة **559** من القانون المدني كأصل عام وقت استحقاق المقاول الفرعي للأجر بلحظة تسلم المقاول الأصلي للعمل المنجز، و من ثمة لا يجوز للمقاول الفرعي المطالبة بالأجر قبل هذا التاريخ، كما يحق للمقاول الأصلي الامتناع عن دفع الأجر ما دام الطرف الأخر لم يسلمه العمل المنجز كاملا.

ومما لا شك فيه أن النص أعلاه ليس من النظام العام، فقد أجاز للطرفين الاتفاق على ما يخالف حكمه و اختيار مواعيد و طرق أخرى للدفع، كأن يكون الدفع مؤجلا إلى ما بعد التسلم أو يكون في شكل أقساط دورية أو يسبق جزء منه عند إبرام عقد المقاولة و الباقي يدفع عند تسلم العمل إلى غيرها من الطرق المقررة في عرف المهنة[2] .

و الأكيد أن حلول أجل دفع الأجر لا يمنع المقاول الأصلي من الدفع بعدم التنفيذ و حبس الأجر طبقا للأحكام المنصوص عليها بالمواد **123 و 200** من القانون المدني،

[1] - أنظر: أ .مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص73.

[2] - أنظر: د .عدنان إبراهيم سرحان ، مرجع سابق ص 77.

متى تبين له أن العمل المنجز جاء مخالفا للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة، فيمتنع عن دفع الأجر كله أو الجزء الباقي منه إلى غاية إصلاح العيوب و المخالفات المسجلة[1] .

ب **-مكان دفع الأجر**

أما فيما يخص مكان دفع الأجر، فنظرا لغياب نص قانوني خاص وجب الرجوع إلى القواعد المتعلقة بمكان الوفاء بالالتزام عموما و المنصوص عليها في المادة **282** من القانون المدني، و التي تميز بين ما إذا كان الأجر شيئا معينا بالذات أو معينا بالنوع.

الحالة الأولى :و هي الحالة التي يكون فيها الأجر شيئا معينا بالذات، فيجب تسليمه و دفعه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت إبرام عقد المناولة .

الحالة الثانية :و هي التي يكون الأجر فيها شيئا معينا بالنوع و الغالب أن يكون مبلغا من النقود، فالوفاء به يكون في موطن المدين أي المقاول الأصلي، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كانت المقاولة متعلقة بهذه الأعمال.

و تعتبر هذه الأحكام مكملة إذ تطبق في حالة سكوت الأطراف على الاتفاق على مكان دفع الأجر، فإن وجد هذا الاتفاق وجب تقديمه على حكم المادة أعلاه [2].

[1] - أنظر: أ .أنور طلبة، المرجع السابق، ص 293.

[2] - أنظر: د .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 215.

الفصل الثاني : مجالات إعمال عقود المناولة

في ضوء تزايد الاهتمام من طرف المعنيين بقطاع المؤسسات الغيرة والمتوسطة فقد برزت بعض الأساليب والوسائل المميزة التي أثبتت نجاعتها في مساندة ودعم وتطوير هذا القطاع على أسس متينة تضمن له النجاح والاستمرار في التوسع والتطور ومن ضمن هذه الأساليب والوسائل آلية المناولة .

تشكل المناولة محورا أساسيا من استراتيجيات المؤسسة الصناعية في الدول المتقدمة ، وأما في الجزائر أصبح يعطى لها أهمية من قبل المشرعين وكذا من قبل مسيرو مؤسسات اليوم حيث أدركوا أهمية هذه الأساليب في تفعيل علاقات التكامل بين مختلف المؤسسات الصناعية ، وتقوية هذا الأسلوب من اجل مواجهة التحولات التي يشهدها العالم الاقتصادي والصناعي.

ولتوضيح مجالات إعمال عقود المناولة سنحاول في هذا الفصل التطرق إلى المناولة المقاولاتية أو بما يعرف بالمقاولة الفرعية المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري في المادتين 564 و 565 كصورة من صور المناولة ،أما الصورة الأخرى لها فتتمثل في المناولة الصناعية المنصوص عليها في القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة 01-18 ، وكذا الآليات القانونية لتفعيل عقد المناولة.

المبحث الأول : المناولة المقاولاتية (المقاولة الفرعية)

رأينا سابقا أن للمقاولة الفرعية مفهوم اقتصادي و آخر قانوني، لهذا السبب يكتسي تكييف هذه العملية أهمية بالغة، فمن خلاله يمكن معرفة النصوص القانونية الواجبة التطبيق، إلا أن التكييف في هذه الحالة يتطلب دقة أكثر فهو لا يخص عقدا واحدا بل عقدين اثنين.

و ظهر من تحليل عقد المقاولة الفرعية وفقا لمفهومه القانوني، أنه عقد من الباطن و يترتب على ذلك عدة نتائج أشار المشرع إلى بعضها فقط، مع أنها نتائج هامة استقر عليها الفقه والقضاء والتي تتمثل أساسا في وجوب توفر شروط خاصة في عقد المقاولة الفرعية إلى جانب الشروط المقررة في القواعد العامة هذا من جهة، ومن جهة ثانية ، اعتبارها طريقة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية، وكذا اعتبارها عقد قائم بذاته ومستقل عن العقد الأصلي و هو ما سيوضح أكثر في المطالب التالية:

المطلب الأول: الشروط الخاصة لعقد المقاولة الفرعية

حتى يوصف عقد بأنه من عقود المقاولة الفرعية يجب زيادة على الشروط التي تتطلبها القواعد العامة بشأن إبرام العقود، أن تتوفر في هذا العقد شروط خاصة باعتباره عقدا من الباطن و التي نبينها في الفروع التالية:

الفرع الأول : وجود عقدين متتابعين

حسب ما تم توضيحه سابقا فإن العقد من الباطن يستعير محله من العقد الأصلي استعارة كلية أو جزئية، مما يترتب عليه تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي من حيث الوجود والنطاق والطبيعة القانونية، وهو نفس الوضع بالنسبة لعقد المقاولة الفرعية فباعتباره عقدا من الباطن يستعير بدوره محله من عقد المقاولة الأصلية ليصبحا مشتركين في محل واحد.

ويترتب على وحدة المحل بين هذين العقدين وحدة في الطبيعة القانونية، فيكون كلا العقدين عقد مقاولة،بمعنى لا يثبت وصف مقاولة فرعية إلا بوجود عقدي مقاولة متتالين بين ثلاثة أشخاص، فيكون العقد الأصلي عقد مقاولة و يتبعه عقد مقاولة ثاني[1].

أولا :اشتراط وجود عقد مقاولة سابق

أشار المشرع إلى هذا الشرط صراحة في نص المادة **564** من القانون المدني، حيث أوجب لتحقق عملية المقاولة الفرعية من جهة وجود عقد سابق مبرم بين المقاول و رب العمل، و من جهة ثانية أن يكون هذا العقد عقد مقاولة.

و بناءا عليه فإن وجود عقد سابق قائم بين المقاول و رب العمل شرط أساسي لوجود عقد المقاولة الفرعية، فإن تخلف هذا الشرط اعتبر العقد اللاحق عقدا أصليا و ليس عقدا من الباطن، مثلا لو اقتصر التزام المدين في العقد الأول على التعهد بالحصول على موافقة المقاول على التعاقد مع رب العمل فإن هذا الاتفاق لا يعتبر تعاقد من الباطن إنما هو عقد أصلي[2].

و يقتضي وجود عقد المقاولة الفرعية زيادة على وجود عقد سابق له أن يكون هذا العقد عقد مقاولة دون غيره من العقود.

و طبعا هذا الشرط الأولي يخرج من مجال المقاولة الفرعية كل العمليات التي ينطبق عليها المفهوم الاقتصادي للمقاولة الفرعية، لأنها لا تستند إلى عقد سابق يمكن أن يوصف بأنه عقد مقاولة مثل ما هو الحال بالنسبة لعقود مقاولات الفرعية الصناعية.

كذلك يخرج هذا الشرط من مجال المقاولة الفرعية،عمليتين كثيرا ما تحدثان في قطاع البناء، تتعلق الأولى **بالترقية العقارية** و التي يكيفها الفقه عموما بأنها **عقد وكالة ذات منفعة مشتركة mandat d'intérêt commun** و التي يتعهد بمقتضاها المتعامل بالترقية العقارية **le promoteur نحو** صاحب العقار بتنفيذ برنامج تشييد مباني معينة

[1] - Alain Benabent ، op.cit ، p: 1466

[2] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 37 .

مقابل ثمن يتفق عليه، فهذا المتعامل ليس مقاولا و إنما وكيل ينوب رب العمل في إبرام كافة التصرفات القانونية و الإدارية اللازمة لبدء تشييد تلك المنشآت و بيعها كالشراء الأرض و استخراج رخص البناء و اقتراض باسم الموكل ، و شراء المواد..الخ.

و نتيجة لذلك فإن المقاولين الذين يلجأ إليهم المتعامل بالترقية العقارية لتنفيذ مهمته ليسوا مقاولين من الباطن لأنه وفقا للتمثيل الحاصل يفترض أنهم مرتبطون مباشرة برب العمل.

بينما تتمثل العملية الثانية في **بيع عقار في طريق الإنجاز**، فرغم وجود اتفاق بين البائع و الزبون قبل الشروع في عملية البناء و تعاقده مع المشيدين، إلا أنه لا يمكن أن يوصف هؤلاء بأنهم مقاولون من الباطن، و لا اعتبار مكتسب العقار بأنه رب العمل[1] .

و متى وجد العقد الأصلي و كان عقد المقاولة قبل أن يرد عليه تعاقد من باطن، سواء كان محله وارد على شيء مادي كصنع شيء أو تحويله أو صيانته مثل مقاولات البناء و إصلاح الأجهزة والآلات، أو كان محله أداء خدمة أو جهد فكري كأعمال الطب و العلاج و خدمات وكالات السفر أو خدمة الاستشارات القانونية أو المالية أو المحاسبة.

ثانيا :تميز عقد المقاولة من الباطن بنفس خصائص المقاولة الأصلية

يتطلب وجود عقد المقاولة الفرعية كذلك وجود عقد من باطن يبرمه المقاول الأصلي مع مقاول آخر ينطبق عليه التعريف الخاص بالمقاولة و يتصف بنفس خصائص هذا العقد، و التي من أهمها أداء المقاول الفرعي للعمل بصفة مستقلة، مقابل أجر يتقاضاه عن هذا الأداء.

و يستنتج هذا الشرط أيضا من النص المادة **564** من القانون المدني، و من التطبيقات القضائية أيضا، فكليهما يعتبران أن المقاول في علاقته مع المقاول الفرعي يأخذ مركز رب العمل[2].

[1] - Alain Benabent ، op.cit ، p: 1471

[2] - أنظر: د .السنهوري، المرجع السابق، ص 232 .

أ - عقد مقاولة الفرعية عقد رضائي

يتضح من خلال المادتين **564** و **565** من القانون المدني أن عقد المقاولة الفرعية هو عقد رضائي، أي أنه ينعقد بمجرد تبادل التراضي بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي دون حاجة إلى شكل معين، فيكفي لقيام هذا العقد تقابل إرادتين متطابقتين سواء تم ذلك شفاهة أو كتابة أو حتى بالإشارة الدالة على المعنى المقصود[1] .

ومع ذلك يجوز لطرفي عقد المقاولة الفرعية الاتفاق على إفراغ محتواه في وثيقة يحررانها مثلما هو الحال في عقود المقاولات الكبرى أو تلك المتضمنة لأعمال معقدة، فالعقد في هذه الحالة لا يتم إلا في الشكل المتفق عليه.

أما إذا لم يبين الطرفين هل الشكل المتفق عليه للانعقاد أو للإثبات، فإن الفقه يجمع على اعتبار الشكل مطلوب للإثبات و ليس الانعقاد اعتمادا على أن الأصل في هذا العقد أنه عقد رضائي.

ب - عقد المقاولة الفرعية من العقود الملزمة للجانبين

يصنف عقد المقاولة الفرعية ضمن العقود الملزمة للجانبين إذ ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين، فيلتزم المقاول الفرعي بانجاز العمل المطلوب منه بينهما يلتزم المقاول الأصلي بدفع الأجر المستحق عن هذا العمل، فيكون التراضي على عنصرين أساسين : العمل المطلوب من المقاول الفرعي تأدية و الأجر الذي يتعهد المقاول الأصلي بدفعه للطرف الآخر.

فالتزامات في عقد المقاولة الفرعية تتقابل و يتوقف كل منهما على الآخر، لهذا يترتب على هذه الخاصية التبادلية نتائج هامة فيما يتعلق بالفسخ و الدفع بعدم التنفيذ و تبعة الهلاك[2].

---

[1] - أنظر: أ .عزت عبد القادر ، عقد المقاولة، دار الألفي ، سنة.2001 ، ص 12 .

[2]- أنظر: د .عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق،ص 17 .

ج -استقلالية المقاول الفرعي عن المقاول الأصلي

تعتبر هذه الخاصية من أهم الخصائص التي تميز عقد المقاولة سواء كان أصليا أو فرعيا لدرجة أن بعض تشريعات تشترط ذلك صراحة عند تعريفها لهذا العقد.

فالمقاول الفرعي و هو ينفذ العمل إنما يفعل ذلك باسمه الخاص و مستقلا غير خاضع لإشراف إداري أو فني للمقاول الأصلي أو رب العمل الحقيقي.

غير أن هذه الاستقلالية المقاول الفرعي في أداء عمله لا تمنع أن تعطى له بعض التعليمات، فهو ينفذ العمل وفق التصميم المقدم له، كما أنه من حق المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول الفرعي مراقبة حسن سير العمل و لفت انتباهه إلى أي مخالفة يسجلها في طريقة التنفيذ.

وتقدير مدى توافر هذه الاستقلالية من عدمها هي مسألة واقع يختص قاضي الموضوع بتقديرها، فإن ثبت لديه وجود تبعية في أداء المقاول الفرعي للعمل كيف العقد القائم على أنه عقد عمل و ليس عقد مقاولة، لأن الفرق بين هذين العقدين يكمن في كيفية أداء العمل.

د -عقد المقاولة الفرعية عقد معاوضة

يوصف عقد المقاولة الفرعية بأنه من عقود المعاوضة إذ يأخذ فيه كل طرف مقابلا لما أعطاه، فالمقاول الفرعي يؤدي العمل المطلوب منه مقابل الأجر الذي يحصل عليه من المقاول، فلا وجود لعقد مقاولة بدون عوض أو تبرعي، فالالتزام المالي للمقاول الأصلي عنصر إلى جانب العناصر الأخرى التي تميز عقد المقاولة عن غيره في العقود و تحدد طبيعته بحيث يسمح بإضفاء صفة المعارضة على هذا العقد التي لا يقوم بدونها.

هـ - عقد المقاولة الفرعية من العقود التي ترد على العمل

إن الأداء الأساسي المطلوب من المقاول الفرعي هو القيام بعمل معين، غير أن هذا الالتزام الرئيسي لا يرد على العمل في ذاته مثل ما هو الحال في عقد العمل إنما يرد على العمل باعتباره نتيجة، يؤديه بصفة مستقلة إما بنفسه أو بواسطة غيره عن طريق إبرام عقد مقاولة ثاني من الباطن إذا لم يمنع من ذلك[1].

[1] - أنظر: أ .نعيم مغبغب ، عقود البناء و الأشغال الخاصة و الأشغال العامة، دون ذكر دار النشر، سنة 1997 ، ص 16 .

الفرع الثاني : اشتراط تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية

إن وجود عقدي مقاولة متتابعين لا يكفي وحده حتى تكيف العملية بأنها مقاولة فرعية، إنما يشترط كذلك أن يتبع عقد مقاولة من الباطن عقد المقاولة الأصلي.

و تتحقق هذه التبعية من خلال عدة عوامل، كما يترتب عنها نتائج نبينها في الأتي:

أولا :أسباب التبعية بين العقدين

تتحقق التبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية بفضل عدة عوامل مجتمعة، تتمثل بداية في وحدة المحل و الطبيعة القانونية بين العقدين.

فالمحل في عقد المقاولة يتضمن العمل الذي يلتزم المقاول بتقديمه لرب العمل و الأجر الذي يلتزم هذا الأخير بدفعه للمقاول.

وهذا العمل سواء كان فكريا أو ماديا و سواء كان متصلا بشيء معين أو غير متصل به، فإن للمقاول أن يكل تنفيذه لمقاول أخر عن طريق التعاقد معه من الباطن ما لم يوجد طبعا ما يمنعه من ذلك[1]، و من ثمة تتحقق وحدة العمل بين العقدين حتى ولو تعلقت المقاولة الفرعية بجزء من الأعمال الواردة في عقد المقاولة الأصلية.

كما تجد التبعية مصدرها كذلك في بقاء المقاول الأصلي كطرف مشترك بين هذين العقدين، والذي يظل مسؤولا عن تنفيذ عقد المقاولة الأصلي اتجاه رب العمل.

و أخيرا تتحقق التبعية من خلال وجوب انعدام لأي علاقة عقدية مباشرة بين رب العمل و المقاول الفرعي، لأنه إذا وجدت هذه العلاقة كنا أمام حالة تعدد مقاولين أصليين حتى و لو تم التنسيق بين عمل هؤلاء و حتى لو نبع هذا التنسيق من داخلهم كما هو الحال في عمل الفريق[2] .

---

[1] - أنظر: د .عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق،ص 15 .

[2] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد جارحي ، المرجع السابق ، ص 39 .

ثانيا :نتائج التبعية

يترتب على تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية نتائج هامة استقر عليها الفقه والقضاء تتمثل فيما يلي:

أ -التشابه من حيث المراكز القانونية

إن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي هي علاقة رب العمل بالمقاول بمعنى أن المقاول الأصلي يعتبر رب العمل بالنسبة للمقاول الفرعي، لهذا السبب تتشابه حقوق و التزامات طرفي عقد المقاولة الفرعية مع حقوق و التزامات طرفي عقد المقاولة الأصلية.

إلا أن هذا التشابه لا يعني أنها ذاتها فهذا لا يتأتى إلا عن طريق حوالة العقد، و لا يعني أيضا أنه تشابه تام لأنه بالرغم من تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية و فرضها قيودا جديدة تضاف إلى القيود العامة التي تضبط حرية التعاقد، إلا أن عقد المقاولة الفرعية يبقى يتمتع بجانب من الاستقلالية تجعل من أطرافه أحرارا في تحديد مضمون عقدهم.

ب -نطاق عقد المقاولة الفرعية محدد بمحتوى عقد المقاولة الأصلية

بالرغم من سماح رب العمل للمقاول الأصلي بأن يقاول من الباطن، إلا أن تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية تقتضي أن يكون محتوى عقد المقاولة الفرعية مقيد بمحتوى عقد المقاولة الأصلية .لكن لا يقصد بذلك أنه يجب أن يكون العقدان متطابقان، إنما لا يجوز أن يكون محل عقد المقاولة الفرعية أوسع نطاقا من محل عقد المقاولة الأصلية[1].

فإن كان يجوز للمقاول الأصلي أن يكل تنفيذ جميع الأعمال المنوطة به في عقد المقاولة الأصلية إلى مقاول فرعي أو عدة مقاولين فرعيين فنتناول بذلك المقاولة الفرعية

[1] - Jean Néret، op. cit، N° 176 p : 142

كل موضوع المقاولة الأصلية، إلا أنه لا يصح أن يتعدى سقف هذا العقد و تتجاوز الأعمال المسندة للمقاول الفرعي تلك المحددة في عقد المقاولة الأصلي، لهذا السبب يعتبر هذا الأخير الحد الأقصى لما يجوز أن يتفق عليه أطراف عقد المقاولة الفرعية.

و هذه القاعدة لا تخص فقط محل عقد المقاولة الفرعية إنما تمدد كذلك إلى شروط المرتبطة بالمحل والواردة في عقد المقاولة الأصلية و المتعلقة بتعين الأعمال و طريقة تنفيذها، فإن كل من المقاول الأصلي و المقاول الفرعي ملزمان بالتقيد بهذه الشروط و تنفيذ هذه الأعمال وفقا لما هو وارد في عقد المقاولة الأصلية.

أما باقي المسائل غير مرتبطة بالمحل فللمقاول الأصلي و المقاول الفرعي كامل الحرية في تحديدها بعيدا عما ورد في عقد المقاولة الأصلية كالاتفاق على الأجر و طريقة دفعه، إذ يمكن لهما أن يتفقا مثلا على أن يكون الأجر جزافي و يدفع مرة واحدة، بينما يكون الأجر في العقد الأصلي مقدرا على أساس المقايسة.

كذلك الحال بالنسبة لتسليم المقاول الفرعي الأعمال فيكون مستقلا عن تسليم المقاول الأصلي اللاحق له.

و قد قدمت عدة تبريرات لهذه القاعدة فجانب من الفقه أرجعها إلى وحدة المحل بين عقدي المقاولة الفرعية و المقاولة الأصلية و جانب آخر قال بتبعية الفرع لأصل، بينما تبريرها القضاء الفرنسي بقاعدة عامة مفادها بأنه ليس للشخص أن ينقل إلى غيره حقوقا أكثر مما يملك[1] .

كما تقتضي هذه القاعدة أن الالتزامات في عقد المقاولة الفرعية تحدد تبعا لطبيعة الالتزامات في عقد المقاولة الأصلية، فان كان التزام المقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلية بتحقيق نتيجة كان التزام المقاول الفرعي كذلك التزام بتحقيق نتيجة ، مثلا إذا تعهد الجراح بتقديم دم للمريض أثناء عملية جراحية فإنه ملزم بتحقيق نتيجة و هي تقديم

[1] - Jean Néret، op. cit، N° 176 p : 142 et suite.

دم سليم و مطابق لفصيلة دم المريض، معتمدا في تنفيذ هذا الالتزام على مخبر التحاليل الذي يلتزم هو الآخر بتقديم دم سليم و مطابق لفصيلة دم المريض.

أما إذا كان التزام المقاول الأصلي اتجاه رب العمل التزاما ببذل عناية، فهل يجوز للمقاول الأصلي أن يشترط على المقاول الفرعي أن يحقق نتيجة؟

لم تتناول الدراسات المطلع عليها هذه المسألة، الأمر الذي يفتح مجال للبحث فيها على ضوء ما قررته القواعد العامة للالتزامات.

ج -حق المقاول الفرعي في اللجوء إلى المقاولة من الباطن

يترتب على وحدة المحل و الطبيعة القانونية بين عقدي المقاولة الأصلية والمقاولة الفرعية حق المقاول الفرعي في أن يقاول من الباطن مرة أخرى إذا لم يوجد ما يمنعه من ذلك كأن يتضمن عقد المقاولة الفرعية شرطا مانعا، أما إذا كان جوازها مقيدا بشروط وجب على المقاول الفرعي مراعاة هذه القيود، ومتى تم ذلك أصبح عقد المقاولة الفرعية هو العقد الأصلي بالنسبة للمقاول الفرعي الثاني.

د - عقد المقاولة الفرعية يتبع عقد المقاولة الأصلية من حيث المصير

رأينا سابقا أن العقد من الباطن يتبع مصير العقد الأصلي فان انقضى هذا الأخير لأي سبب انقضى العقد من الباطن تلقائيا نتيجة لوحدة المحل بينهما[1] .

أما بالنسبة لمصير عقد المقاولة الفرعية بعد انقضاء عقد المقاولة الأصلية، فالملاحظ أنه لا النصوص التشريعية ولا الدراسات الفقهية المطلع عليها تناولت هذه المسالة.

لكن استنادا إلى كون المقاولة الفرعية صورة للعقد من الباطن و بالقياس على مصير هذا العقد عند انقضاء العقد الأصلي، فإن انقضى عقد المقاولة الأصلية لأي سبب من الأسباب كبطلان العقد أو فسخه بالتراضي أو عن طريق القضاء أو لحقه انفساخ أدى ذلك إلى انقضاء عقد المقاولة الفرعية لاستحالة التنفيذ أو مواصلته.

[1] - Néret، op.cit، N°169، p : 134

أما في غير هذه الحالة توجب على طرفي عقد مقاولة الفرعية اللجوء إلى القضاء و طلب فسخ لاستحالة التنفيذ و للطرف المتضرر الحق في التعويض طبقا لما تقتضي به القواعد العامة.

و بمجرد انقضاء عقد المقاولة الأصلية يجب على المقاول الفرعي أن يترك موقع العمل، إذ يعتبر بقاءه في الأماكن عندئذ بدون سند و لا مبرر يحتج به على رب العمل.[1]

لكن هذا لا يمنع رب العمل من تعاقد مجددا و بصفة مباشرة مع المقاول الفرعي لتكملة الأشغال المتبقية، فيكون بذلك ميلاد عقد مقاولة أصلي و جديد بين رب العمل و هذا المقاول مستقل ومتميز عن العقدين السابقين.

المطلب الثاني :المقاولة الفرعية وسيلة تنفيذ

اشترطت المادة **564** من القانون المدني على المقاول حتى يكل تنفيذ العمل في مجمله أو في جزء منه إلى المقاول الفرعي، غياب ما يمنعه من ذلك في العقد الأصلي أو أن لا تكون طبيعة العمل تقتضي الاعتماد على كفاءته الشخصية، مما يبين أن عقد المقاولة الفرعية لا يستعير محله فقط من عقد المقاولة الأصلية، إنما يستعير منه كذلك الغاية ليشتركا أيضا في السبب أي انجاز العمل أو تنفيذه.

من هنا اعتبرت المقاولة الفرعية وسيلة تنفيذ عقد المقاولة الأصلية و مع ذلك لا يؤثر عقد المقاولة الفرعية في هذا الأخير، و هو ما سيتم بيانه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول :المقاولة الفرعية طريقة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية

يتضح من النص أعلاه أن سبب لجوء المقاول الأصلي للمقاولة من الباطن هو سعيه لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية، لهذا السبب تعتبر المقاولة الفرعية أحيانا وسيلة تنفيذ عادية و في حالات أخرى وسيلة غير عادية له، حسب ما يتضح مما يلي:

[1] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 10 .

أولا :المقاولة الفرعية طريق عادي للتنفيذ

يسعى المقاول إلى ترضية رب العمل و الوفاء بما تعهد به له بموجب عقد المقاولة الأصلية، وفي سبيل ذلك يبرم عقدا ثانيا من الباطن و يدخل شخصا ثالثا لينيبه في تنفيذ الالتزام بعمل الملقى على عاتقه بصفة كلية أو جزئية، مما يجعل الهدف من إبرام عقد المقاولة الفرعية هو تنفيذ عقد المقاولة الأصلية، خاصة و أن المقاول الفرعي هو المنفذ الحقيقي للعمل سواء تولى تنفيذ كل العمل أو بعضه.

ومن ثمة تعتبر المقاولة الفرعية من جهة طريق لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية، و من جهة ثانية طريق عادي للتنفيذ إذا تبين أن طبيعة العمل المتفق عليه لا تقتضي أن ينفذه المقاول شخصيا و بنفسه، أو أن طرفي عقد المقاولة الأصلية لم يتفقا على ضرورة ذلك.

و على اعتبار أن عقد المقاولة الأصلي غير قائم على الاعتبار الشخصي، فمن الجائز أن يأتي الوفاء فيه من غير المقاول و ليس لرب العمل أن يعترض على ذلك، مثل ما هو الحال في عقد النقل حيث يلتزم الناقل بنقل الأشخاص أو الأشياء من مكان إلى آخر، و بالتالي يمكنه إنابة غيره في تنفيذ هذا الالتزام و لا يهم المتعاقد معه من هو المنفذ طالما تحققت النتيجة المرجوة[1].

ثانيا :المقاولة الفرعية طريق غير عادي للتنفيذ

إن كان يظهر من نص المادة أعلاه أن المقاولة الفرعية هي طريق لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية، يظهر كذلك أنها قد تكون طريق غير عادي للتنفيذ، لأن جواز اللجوء إلى المقاولة من الباطن متوقف من جهة على طبيعة العمل محل عقد المقاولة الأصلية[2] ، و من جهة ثانية على انعدام الشرط المانع منها.

[1] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 10 .

[2] - Néret، op. ، cit. ، p : 169 N° 134

فإذا اختار رب العمل المتعاقد معه بناء على صفاته و مؤهلاته الشخصية أو اشترط عليه استبعاد المقاولة من الباطن لارتباط هذا البند مثلا بالشروط الواردة في عقد تأمين على المسؤولية المبرم بين المقاول الأصلي وشركة التأمين و التي تستبعد من الضمان الأعمال المنفذ من قبل المقاولين الفرعيين، فيكون من الطبيعي أن يمنع رب العمل المقاول الأصلي من اللجوء إلى مقاولين فرعيين حتى يستفيد من تغطية شاملة من شركة التامين على مسؤولية المتعاقد معه.[1]

في هذه الحالة فيعتبر العقد المبرم بين رب العمل و المقاول عقدا قائما على الاعتبار الشخصي، و يترتب على ذلك إلزام المقاول بتنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد شخصيا و بنفسه، و لا يجوز له التنازل عنها للغير، و لا تعاقد بشأنها من الباطن إعمالا لمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد المنصوص عنه في المادة **169** من القانون المدني.

ومع ذلك توجد عقود مقاولة تندرج ضمن العقود القائمة على الاعتبار الشخصي و مع ذلك جرى العرف على جواز المقاولة من الباطن فيها كعقود مقاولات البناء، كون طبيعة هذه العقود تهدف إلى تنفيذ مشروعات ضخمة و معقدة لا يستطيع مقاول وحيد القيام بها ،إنما تتطلب تضافر جهود العديد من المتخصصين، كل في مجاله لتتم هذه الأعمال على أكمل وجه.

ففي سبيل تنفيذ المشروع يمكن لرب العمل إما أن يبرم عدة عقود مع عدد من المقاولين ، الأمر الذي يكلفه الكثير من الوقت والجهد كما يجد نفسه في مواجهة عدة مسؤوليات مختلفة.

و إما أن يتعاقد مع مقاول واحد كبير يكون مسؤولا أمامه مسؤولية كاملة عن توجيه و تنفيذ المشروع مع منحه حق التعاقد من الباطن، فيلجأ هذا المقاول إلى التعاقد مع عدد من المقاولين من الباطن للقيام بمختلف الأعمال التي تتطلب مهارات و خبرات خاصة.

[1] - Alain Benabent، op، cit، p : 1474

والأكيد أن اختيار رب العمل للطريق الثاني يكون أصلح له كونه يسمح بإسناد الأعمال إلى أشخاص متخصصين و ذو خبرة و دراية بمجالات تخصصاتهم.

لهذا السبب أصبح التعاقد من الباطن الأسلوب الأمثل لتنفيذ هذه العقود وفقا لتطورات اقتصادية وفنية، مما جعل المقاولة الفرعية الطريق العادي للتنفيذ في مثل هذه الحالات.

ونتيجة لذلك فإن تنفيذ العمل من قبل المقاول الفرعي يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء، و لا يمكن لرب العمل أن يرفض هذا الوفاء إلا إذا لحقه ضرر جراء ذلك أو إذا تم على نحو مخالف لما اتفق عليه.

عندما يكل المقاول الأصلي إلى المقاول الفرعي مجمل الالتزام الملقى على عاتقه بموجب عقد المقاولة الأصلية -أي تناولت المقاولة الفرعية كل موضوع مقاولة الأصلية - و قام المقاول الفرعي بتنفيذ التزامه قبل المقاول الأصلي اعتبر هذا الأخير قد نفذ التزامه قبل رب العمل في نفس الوقت، و انقضى الالتزامين معا التزام المقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي و التزام المقاول الأصلي اتجاه رب العمل[1] .

<u>الفرع الثاني</u> :وجود عقد المقاولة الفرعية لا يؤثر في عقد المقاولة الأصلية.

لا يتأثر عقد المقاولة الأصلية بوجود عقد المقاولة الفرعية، و السبب في ذلك أن التبعية تثبت للعقد من الباطن و ليس للعقد الأصلي، أي أن عقد المقاولة الفرعية هو الذي يتبع عقد المقاولة الأصلي و ليس العكس.

و من ثمة فإن عقد المقاولة الأصلية ينشئ روابط عقدية مباشرة بين طرفيه، و يبقى منظما للعلاقة بين رب العمل و المقاول الأصلي دون سواه، ويظل مركز الطرفين

[1] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 87 .

في العقد قائما ولا يتأثر بوجود عقد من الدرجة الثانية و يتجلى عدم التأثر هذا من خلال أمرين اثنين:

أولا :وجود عقد المقاولة الفرعية لا يعفي المقاول الأصلي من التزاماته نحو رب العمل

نصت بعض التشريعات صراحة على هذه النتيجة المنطقية للتعاقد من الباطن ، فبالرغم من إبرام المقاول الأصلي لعقد مقاولة من الباطن و إدخاله لشخص ثالث في العملية المسندة إليه، إلا أنه يبقى ملزما نحو رب العمل بتنفيذ عقد المقاولة الأصلي وكأن المقاول الفرعي غير موجود.

فالعقد الأصلي لا يلزم بآثاره سوى طرفاه و من بعدهما الخلف الخاص و العام لكل منهما طبقا لما يقضي به مبدأ نسبية العقود .إذ يبقى المقاول الأصلي ملزما اتجاه رب العمل بكل الالتزامات المتولدة عن عقد المقاولة الأصلية من انجاز العمل و تسليمه وفقا لما اتفق عليه في هذا العقد، و إلا كان مسؤولا عن أي عيب في تنفيذ الأعمال أو تقصير منه مسؤولية عقدية على أساس العقد القائم بينها[1] .

بالإضافة إلى ذلك فإن وجود عقد المقاولة الفرعية لا يعني أن هناك تجديد بتغيير المدين أو إنابة أو إبراء للمقاول الأصلي من الدين الذي عليه للمقاول الفرعي[2] .

فالمقاول الذي يقاول جزء من الأعمال المسندة إليه بموجب عقد المقاولة الأصلية أو كلها لا يقصد من تصرفه هذا التخلي عن العلاقة العقدية القائمة بينه و بين رب العمل، أو التنصل من التزاماته نحوه مثل ما هو الحال بالنسبة للتنازل عن المقاولة، لكنه يسعى من خلال إبرام عقد المقاولة الفرعية إلى البقاء في العملية العقدية و تنفيذ التزاماته بواسطة المقاول الفرعي.

[1] - أنظر: الأستاذ أنور طلبة، المرجع السابق.ص 297.

[2] - Néret; op. cit. ، N° 272، p : 201.

كذلك يقصد من هذه النتيجة أن المقاول الفرعي لا يعتبر ملزما أمام رب العمل بتنفيذ العقد، أي أنه لا يحل محل المقاول الأصلي، فالمقاول الفرعي ملزم بتنفيذ العمل المسند إليه وفقا عقد المقاولة الفرعية و أمام المقاول الأصلي فقط.

و من ثمة فإن المقاول الفرعي ليس مدينا متضامنا مع المقاول الأصلي، ولا ضامنا أو شريكا له في الدين[1] .

ثانيا :وجود عقد المقاولة الفرعية لا يعدل في التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلي

يترتب على عدم تأثير وجود عقد المقاولة الفرعية في عقد المقاولة الأصلية بقاء رب العمل ملزما بتنفيذ التزاماته المتولدة عن عقد المقاولة الأصلية اتجاه المقاول الأصلي، فيظل رب العمل ملزما نحو المقاول الأصلي بتمكينه من انجاز العمل و تسلمه بعد انجازه من المقاول الأصلي، و بدفع الأجر للمقاول الأصلي فيما عدا الحالة الواردة بنص المادة **565** من القانون المدني و المتعلقة برجوع المقاول الفرعي على رب العمل بالأجر في حدود مقدار معين[2].

كما يحق للمقاول الأصلي الاستمرار في مطالبة رب العمل بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد القائم بينها رغم تعاقده من الباطن ، و لا شأن لرب العمل بعقد المقاولة الفرعية، فهذا العقد لا يكسبه حقوقا ولا يرتب في ذمته التزامات، فهو يعتبر من الغير بالنسبة إليه.

المطلب الثالث : المقاولة الفرعية عقد قائم بذاته

مما يوضح الفرق بين جعل المقاولة الفرعية و التنازل عن المقاولة ،ذلك أن المتعاقد المتنازل عن حقوقه يفقد بالضرورة هذه الحقوق و لا يظل بإمكانه ممارسة

[1] - أنظر: د .مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 76 .

[2] - أنظر: أ .أنور العمروسي ، المرجع السابق، ص104 .

الامتيازات المقررة له .ومن ثمة اعتبر وجود عقد المقاولة الفرعية لا يعدل في العلاقة القائمة بين رب العمل و المقاول الأصلي[1] .

كما تتجلى هذه الاستقلالية أيضا من خلال الطرق المتبعة في إبرام عقد المقاولة الفرعية و كذا من حيث مضمونه.

و لبيان هذه الاستقلالية بصفة مفصلة يقسم هذا المطلب إلى فرعين يخصص الفرع الأول لتوضيح مظاهر استقلالية عقد المقاولة الفرعية من الناحية الشكلية، الفرع الثاني لمظاهر استقلاليته من الناحية الموضوعية.

الفرع الأول :مظاهر استقلالية عقد المقاولة الفرعية من الناحية الشكلية

يثير عقد المقاولة الفرعية في بداية تكوينه عدة مسائل تتمحور أساسا حول الطريقة التي يتبعها المقاول الأصلي في إبرامه، كما أنه و على اعتبار عقد المقاولة الفرعية من العقود الشائعة نظرا لتزايد الأعمال والتخصصات، فإنه من الضروري التعريف بمحتوى هذا العقد و إعطاء لمحة عنه وفقا لما هو معمول به في الحياة العملية.

أولا :طرق إبرام عقد المقاولة الفرعية و كيفية اختيار المقاول الفرعي

عادة يتم إبرام عقد المقاولة الفرعية بطريقة بسيطة و دون إتباع إجراءات معقدة، و ذلك بمجرد اتفاق بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، لكن قد يلجأ المقاول الأصلي أحيانا إلى طرق معينة لإتمام هذا العقد، كما قد يتبع بعض الشكليات في انتقاء المقاول الفرعي باعتباره الطرف المكلف بعملية التنفيذ و هو ما سيتضح من خلال مايلي:

أ- الطرق المتبعة في إبرام عقد المقاولة الفرعية

لا تختلف طرق إبرام عقد المقاولة الفرعية عن تلك المنتهجة لإبرام عقود المقاولات ككل،

[1] - Néret، op. cit.، N° 274، p : 202

فالمقاول الأصلي قد يلجأ إلى نفس الأسلوب الذي اتبعه رب العمل في التعامل معه، أو يختار أسلوبا آخر مغايرا، إلا أن الأمر لا يخرج عن إتباع أحد الأسلوبين إما التعاقد عن طريق الممارسة أو التعاقد عن طريق المسابقة و اللذان يتم شرحهما فيما يلي:

1- إبرام العقد عن طريق الممارسة

يتم التعاقد عن طريق التراضي فيكون بعرض من أحد طرفي العقد و قبول من الطرف الآخر، كأن يتقدم المقاول الأصلي من المقاول الفرعي و يطلب منه تنفيذ عمل معين، أو يسبقه المقاول الفرعي بهذا العرض و يحض بقبول من المقاول الأصلي بعد تفاوض على المسائل الجوهرية و توافق إرادتهما، فيتم في النهاية إبرام عقد المقاولة الفرعية.

ويعتبر إبرام العقد عن طريق الممارسة الأسلوب الأكثر استعمالا في المعاملات، إذ يتصل الطرفان مباشرة قصد انجاز مشروع معين سواء تعلق الأمر بعقود بسيطة لا تتطلب أموالا كثيرة أو باتفاقات مباشرة بعد استشارة و تفاوض مثل ما هو الحال في عقود الاستثمار أو المنشآت الضخمة[1].

2- إبرام العقد عن طريق المسابقة

في بعض الحالات و بدلا من استعانة المقاول مباشرة بمقاول من الباطن، قد يلجأ الأول إلى طريقة المسابقة لإبرامه عقد المقاولة الفرعية.

فحتى ينفذ المقاول الأصلي المشروع المزمع انجازه يبادر إلى طرح مناقصة في وسائل الإعلام، و يطلب من المقاولين تقديم عروضهم حول هذا المشروع و يحددوا مقابلا للأعمال المراد تنفيذها .فتكون هناك نوع من المنافسة بين هؤلاء ، حيث يسعى كل واحد منهم إلى تقديم عرض مقبول و مطابق للشروط والمواصفات الموضوعة من قبل مقترح المناقصة.

[1] Alain BENABENT, op , cit ; p: 1467

ب - كيفية اختيار المقاول الفرعي

إن كان من البديهي في العقود البسيطة أن التعاقد فيها يتم بين طرفيها مباشرة بعد تجاوز مرحلة التفاوض بشأن محتواها، فإن الأمر في عقد المقاولة الفرعية يخرج أحيانا عن هذا الإطار، حيث يكون تدخل المقاول الفرعي ليس فحسب بناء على رغبة المقاول الأصلي، وإنما كذلك بناءا على رغبة رب العمل، هذا ما يتبين مما يلي:

1- اختيار المقاول الفرعي من قبل المقاول الأصلي

إن عقد المقاولة سواء كان عقدا أصليا أو عقدا من الباطن، شأنه شأن أي عقد فهو لا يخلو من اعتبارات شخصية تجعل مبرمه ينزع إلى التعامل مع شخص يحوز ثقته و يرى أنه القادر على تنفيذ ما تعهد به.

لهذا فإن المقاول الأصلي لا يقدم على المقاولة الفرعية إلا بعد أن يتخذ جملة من الإجراءات الاحترازية حتى يتمكن من اختيار المقاول المناسب لأداء العمل المطلوب، و هو ما يحدث غالبا في قطاع البناء و التشييد أين تتجسد المقاولة الفرعية بصفة أساسية، نظرا للمشاريع الضخمة والطويلة التي يعرفها هذا القطاع و التي يحتاج تنفيذها التعامل مع عدد كبير من الشركات المتخصصة.

فاختيار المقاول الفرعي من قبل المقاول الأصلي لا يكون عشوائيا و إنما يتم بناء على ما يتمتع به من خبرة فنية و مهنية و ما له من إمكانيات مادية و يد عاملة مؤهلة و متخصصة[1].

فحسب بعض النماذج من العقود المتحصل عليها يلزم المقاول الفرعي بتقديم نفس الوثائق التي سبق و أن طلبها رب العمل من المقاول الأصلي، حتى يتأكد هذا الأخير من سمعته في سوق المقاولات، من بينها نسخة من السجل التجاري للمقاول الفرعي أو بطاقة حرفي، مستخرج يبين وضعيته إزاء مصالح الضرائب والضمان الاجتماعي، وكذا قائمة

[1] Alain BENABENT, op , cit ; p: 1467

بالمعدات المتوفرة لديه، بالإضافة إلى بيان مفصل عن مجمل الأعمال و المشاريع التي نفذها[1].

والأكيد أن الهدف من هذه الوثائق هو معرفة المقاول الأصلي لمدى مطابقتها من الناحية الفنية و المهنية مع أعمال المشروع المطروح للتنفيذ، و التزام المقاول الفرعي بمقاييس العمل و معايير الجودة و تفاديا لأي تضارب في وجهات النظر، و منعا لأي خلافات قد تحدث مستقبلا و تتسبب في تعطل الأعمال أو التأخر في انجازها، مما يلحق أضرارا بجميع الإطراف.

2- المقاول الفرعي المسمى

إن جرت العادة أن يختار المقاول الأصلي المقاول الفرعي ليرتبط معه مباشرة بعقد مقاولة فرعية، فهناك طريقة ثانية يتدخل فيها المقاول الفرعي لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية، تستعمل كثيرا في النظام الأنجلوسكسوني، و هي قيام رب العمل بتعيين المقاول الفرعي في عقد المقاولة الأصلية، حيث يدرج بندا خاصا يتضمن تعيينه و توليه تنفيذ جزء معين من موضوع عقد المقاولة.

كما يمكن للمهندس المكلف بمتابعة المشروع أن يعين المقاول الفرعي، حيث يصدر تعليمات للمقاول الأصلي لاستخدامه كمقاول فرعي و يطلق عليه اسم " **المقاول الفرعي المسمى** " و يتم اللجوء إلى هذه الطريقة في التعين حتى يتفادى المشاكل التي قد تنشأ بين رب العمل و المقاول الأصلي جراء إدخال المقاول الفرعي في تنفيذ عقد المقاولة الأصلية.

و إن كان القانون المدني لم يتطرق إلا للطريقة الأولى، حيث يختار المقاول الأصلي المقاول الفرعي و يبقى مسؤولا عنه اتجاه رب العمل، إلا أن التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة للحالة الثانية حول مدى مسؤولية المقاول الأصلي من المقاول الفرعي المسمى، خاصة وأنه لم يتولى اختياره وإنما فرض من قبل رب العمل أو المهندس ؟

[1] - أنظر نموذج عن عقد المقاولة الفرعية في إطار المناولة والوارد في الملحق.

ثانيا :مضمون عقد المقاولة الفرعية

الأصل في عقد المقاولة سواء كان أصليا أو فرعيا أنه من العقود الرضائية الواردة على العمل لهذا لا يشترط إفراغه في شكل معين مهما كان نوع العمل المراد تنفيذه.

غير أن الواقع العملي حتم ضرورة أن يحرر الاتفاق الحاصل سواء بين رب العمل و المقاول الأصلي أو بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي في وثيقة مكتوبة تحدد لكل طرف ما له من حقوق و ما عليه من التزامات، ضمانا لتنفيذ المشروع حسب المواصفات المطلوبة و في الوقت المحدد و بأقل تكلفة من جهة، و إثباتا لهذه الحقوق و الالتزامات و تفاديا لنشوء أي نزاع بين الطرفين من جهة أخرى مثل ما هو عليه الحال في مجال البناء و تشييد المنشات الكبرى[1].

و الملاحظ أن المزايا التي يحققها العقد المكتوب للطرفين امتدت لتحوز على قناعة بعض الدول و الهيئات المهتمة بهذا المجال، حيث تأكد لديها هي الأخرى أن عقد المقاولة الذي يحسن إعداده يكون أساسا لنجاح أي مشروع من المشروعات، مما يحقق تنمية عمرانية و اقتصادية، و جعلها تضع عقد مقاولة فرعية موحد و توصي مختلف الأشخاص و الهيئات بالتعامل على أساسه.

و على كل فدراسة بعض النماذج من عقود المقاولة الفرعية بينت أن تحرير هذه الأخيرة يتم وفقا الصيغ معينة، و أن محتوها غالبا ما يتضمن نفس البنود، هذا ما سوف يتضح من خلال مايلي:

أ- صيغ تحرير عقد المقاولة الفرعية

قد يختار المتعاقدين تحرير عقد مقاولة فرعية وفقا لإحدى الصيغتين فيجعلانه عقدا ظاهرا أو معلوما فيما بين الأطراف المتعاقدة، و قد يجعلانه عقدا خفيا لا يطلع عليه أحد غيرهما، حسب ما يتضح في الآتي:

[1] - نموذج عن الشروط العامة الواردة بعقد المقاولة الفرعية في مجال البناء و الأشغال العامة الوارد بالملحق.

1 -عقد المقاولة الفرعية الظاهر أي contrat de sous- traitance transparent

تعتمد هذه الصيغة عندما يرغب الأطراف أن يكون كل من عقد المقاولة الأصلية وعقد المقاولة الفرعية معلومين من المقاول الفرعي و رب العمل، فيجعلانهما مرتبطين طالما أنهما يهدفان إلى تنفيذ العمل ذاته سواء كله أو جزء منه.

و يتم هذا الربط بين العقدين من خلال شروط عقد المقاولة الفرعية، حيث بمقتضاها يحال المقاول الفرعي صراحة إلى بنود عقد المقاولة الأصلية لينفذ ما ورد به من التزامات و تحمل الجزاءات المنصوص عليها إذا ما قصر في تنفيذها، أو تنقل هذه الشروط كما هي من العقد المقاولة الأصلي إلى العقد المقاولة الفرعية.

و قد تتعدى درجة الربط بين العقدين شروط التنفيذ لتشمل شروط دفع الأجر أيضا، فيتفق على أن يتم حصول المقاول الفرعي على مستحقاته تبعا لتقدم العمل و التدرج في الدفع المذكور في عقد المقاولة الأصلية، بمعنى أن حصول المقاول الفرعي على أجره متوقف على حصول المقاول الأصلي على دفعات من رب العمل[1] .

و في الغالب يأتي عقد المقاولة الفرعية في صيغة مختصرة، حيث يتضمن عددا قليلا من البنود ويحرر في نسختين أصليتين أو أكثر مرفقتين بصورة طبق الأصل من عقد المقاولة الأصلية، ليعتبر هذ الأخير جزء لا يتجزأ من عقد المقاولة الفرعية.

و يرتب القضاء الفرنسي على اختيار الأطراف لهذه الصيغة نتائج هامة، إذ يعتبر اعتماد الشفافية في عقد المقاولة الفرعية يؤدي إلى إخضاعه لنفس القانون الذي يطبق على العقد الأصلي، كما يجعل المقاول الفرعي يستفيد هو الأخر من بند مراجعة الثمن الوارد في العقد الأصلي وكذا من بند المتعلق بالاختصاص القضائي أو التحكيم.

2 -عقد المقاولة الفرعية الخفي أي contrat de sous-traitance opaque

يتم اللجوء إلى هذه الصيغة عندما يفضل طرفي عقد المقاولة الفرعية جعل اتفاقهما مستقلا عن عقد المقاولة الأصلية، فيشبه عندئذ هذا الإتفاق أي عقد مقاولة آخر،

[1] - Alain BENABENT, op , cit ; p: 1467.

حيث يتضمن عددا من البنود التفصيلية تزداد تبعا لأهمية المشروع و الأشغال المراد القيام بها.

و اعتمادا على الاستقلالية بين العقدين، اعتبر القضاء الفرنسي أنه إذا تولى القاضي تقدير مقابل عن الأعمال المنفذة فإنه غير ملزم بالأخذ بعين الاعتبار في هذا التقدير قيمة العقد الأصلي و لا حتى اعتماده كحد أقصى لهذا التقدير[1] .

ب - بنود عقد المقاولة الفرعية

يتضمن عقد المقاولة الفرعية مجموعة من البنود توصف بعضها بأنها أساسية أو جوهرية والبعض الأخر بأنها تكميلية أو ثانوية، هذا ما سنحاول توضيحه في الأتي:

1 -البنود الأساسية

تدرج البنود الأساسية في كافة العقود، و تخلف بعضها يمكن أن يؤدي إلى المساس بشرعية وصحة العقد، نظرا لأهميتها في ضبط و تحديد حقوق و التزامات الطرفين من ناحية، و إثباتها من ناحية ثانية، و هو الأمر الذي أدى بالعديد من التشريعات إلى التركيز عليها و اعتبار إدراجها في جميع عقود المقاولات من المسائل الإلزامية مهما كان نوع العمل.

و تختلف هذه البنود و تعدد من عقد إلى أخر، إلا أنه يمكن تلخيصها فيما يلي:

- هوية الأطراف المتعاقدة : من اللازم أن يتضمن عقد المقاولة الفرعية هوية المقاول الآمر بالأعمال والمقاول المنفذ لها.

فإن كانا شخصان طبيعيين، فيذكر الاسم الكامل لكل منهما و عنوانه .أما إذا تعلق الأمر باتفاق بين مؤسستين فيبين اسم الشخص المعنوي و ممثله القانوني ومقره الاجتماعي و رقم سجله التجاري إلى غير ذلك من البيانات التي يرى الطرفين ضرورة النص عليها.

[1] - Alain BENABENT, op , cit ; p: 1468.

- موضوع العقد : يتضمن هذا البند تعيين للعمل المسند للمقاول الفرعي بدقة، فيبين المقاول الأصلي فيه نوع العمل و مقداره و مكان تنفيذه، كما يتعهد المقاول الفرعي بانجازه وفقا للشروط و المواصفات المحددة في مسندات الاتفاق و الأصول الفنية المتعارف عليها.

- قيمة الأعمال : يحدد في هذا البند المبلغ المتفق عليه بين الطرفين و الواجب دفعه للمقاول الفرعي كمقابل عن الأعمال المؤداة و كل ما تستلزمه من تكاليف الإنجاز و توريد الآلات و المعدات و وسائل النقل و أجور العمال إلى غير ذلك، مقدرا تقديرا جزافيا أو إجماليا أو على أساس الوحدة، كما يتضمن هذا البند قابلية مبلغ العقد للمراجعة من عدمها.

- مدة الإنجاز : من الضروري أن يحدد الطرفين مدة انجاز العمل و بداية سريانها و كيفية احتسابها.

فعادة يدرج بالعقد بند يعطي للمقاول الأصلي باعتباره رب العمل الحق في توقيع غرامة مالية عند تجاوز المقاول الفرعي لهذه المدة تحدد في شكل نسبة مئوية من القيمة الإجمالية للأعمال .أما إذا أنجز المقاول الفرعي الأعمال قبل الميعاد المحدد، جاز الاتفاق على منحه مكافأة عن الانتهاء المبكر للأعمال.

- التزامات الطرفين : يخصص بالعقد عدة بنود يحدد بمقتضاها الطرفين التزامات كل واحد منهما باعتبارها جوهر العملية العقدية و ما يترتب من جزاءات عند إخلال بها، منها مثلا تعهد المقاول الفرعي بإحضار جميع ما يلزم من وسائل و أدوات لإنجاز العمل و استخدامه للعدد الكافي من العمال الأكفاء والمؤهلين ، و احترامه للنظم و اللوائح المعمول بها بخصوص تأمين العمال و الأشخاص والممتلكات، و إجراءات الأمن و السلامة.

وغير ذلك من الالتزامات التي يتطلبها موضوع العقد و يرى الطرفين ضرورة النص عليها في العقد.

- إنهاء العقد : يولى الطرفان و بالأخص المقاول الأصلي باعتباره رب العمل اهتماما كبيرا بتبيان حالات إنهاء العقد و خاصة في العقود طويلة المدة ، و ما يترتب عن فسخها من مسؤولية الطرف المتسبب في ذلك.

2 -البنود التكميلية

و هي مجموعة من البنود تختلف من عقد لأخر تخص مسائل ثانوية، و لا يؤثر تخلفها في صحة عقد المقاولة الفرعية من الناحية القانونية ، نذكر من بينها على سبيل المثال ما يلي:

- مستندات العقد : كثيرا ما يضيف الطرفين إلى عقد المقاولة الفرعية المكتوب مجموعة من الوثائق لتلحق به، مثل ما هو الحال في المقاولات الكبرى كالمستندات الفنية المحددة لمجال الأعمال و مستواها واللازمة لتمكين المقاول الفرعي في عملية التنفيذ مثل المخططات التصميمية والمقايسة التفصيلية بالأعمال و الأجرة الواجب دفعها عن كل عمل و أسعار المواد المستخدمة فيه و البرنامج الزمني المحدد للمراحل الزمنية لتنفيذ الأعمال و حجم و نوع اليد العاملة و المواد و المعدات اللازمة لكل مرحلة إلى غير ذلك من المستندات التي يتفق الطرفين على إدراجها تحت هذا البند.

- لغة العقد : قد يرى الطرفان ضرورة إدراج بند يتناول اللغة المعتمدة في كتابة العقد و تنفيذه و تفسيره و المراسلات المتعلقة به، مع إجازة لأحد الطرفين استعمال لغة مغايرة شريطة أن تكون للغة العقد الحجية عند الاختلاف أو التعارض.

- سرية المعلومات: تتضمن بعض الاتفاقات بند يمنع على المقاول الفرعي و عماله و مقاوليه الفرعيين من إفشاء المعلومات المتعلقة بالعقد القائم بينهما أو نشر لبيانات عنه أو إعطاء أي مستند منه أو صورة عنه دون حصوله على موافقة كتابية مسبقة من المقاول الأصلي أو كان هذا الإفصاح لازما لتنفيذه.

و الملاحظ أنه في هذه العقود يحرص رب العمل على جعل الالتزام بسرية المعلومات ملقى على كل شخص يتصل بالعقد و مستنداته طيلة فترة قيامه وأحيانا حتى

بعد انتهاءه ، و قد يتشدد لدرجة اعتبار جميع الوثائق و البيانات و الرسومات الواردة به ملكا خاصا له سواء تلك التي قدمها أو حتى تلك التي أعدها المتعاقد معه ، و يحصر مجال استعمالها في الحدود اللازمة لتنفيذ العقد.

- تبليغ الإخطارات : حتم الواقع العملي على طرفي العقد التدقيق في الاتفاقات التي يحررانها لدرجة أن البعض يخصص بندا لوسيلة الاتصال بينهما، ضمانا لشفافية التعامل بينهما و صرامته ، حيث يتفقان على أن تكون جميع الإخطارات و المراسلات المتعلقة بالعقد مكتوبة و باللغة المتفق عليها، و أن توجه إلى العنوان الوارد بالعقد باعتباره المحل المختار لتسلم للطرف الآخر مقابل إيصال.

- تسوية الخلافات : يحرص الطرفان على النص في اتفاقهما على تعهد كل واحد منهما بتنفيذ التزاماته بحسن نية و بذل الجهد اللازم للحيلولة دون نشوء أي نزاع بينهما ، كما يتفق الطرفان على الإجراءات القانونية الواجب إتباعها عند ظهور أي خلاف بشأن تنفيذ عقد المقاولة الفرعية ، حيث يوصى أن تكون البداية دائما للحلول الودية التي يجب أن يتوصل إليها خلال فترة زمنية محددة، و إلا عرض النزاع على لجنة تحكيم معينة أو على هيئة قضائية معينة بذاتها أو الهيئة القضائية المختصة نوعيا ومحليا وفقا للقانون.

<u>الفرع الثاني</u> :مظاهر استقلالية عقد المقاولة الفرعية من الناحية الموضوعية

لا تظهر استقلالية عقد المقاولة الفرعية من حيث الشروط الواجب توفرها في عاقديه حتى يكون صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية فقط ، بل تبرز كذلك من خلال تمتعه بطبيعة خاصة تميزه عن غيره من العقود و بالخصوص عقد المقاولة الأصلية، إذ يكون عقدا خاضعا للقانون الخاص بينما قد يكون العقد الأصلي خاضعا للقانون العام هذا ما سوف يتضح من خلال مايلي:

أولا :شروط إبرام عقد المقاولة الفرعية

المقاولة الفرعية هي عقد مقاولة قائم بذاته تحكمه عموما القواعد المقررة لهذا العقد و الواردة في المادة **549** و ما يليها من القانون المدني، ما لم يرد استثناء عن ذلك.

وعلى اعتبار أن هذه المواد لم تتناول شروط انعقاد عقد المقاولة وجب الرجوع إلى القواعد العامة بشأن إبرام العقود، فيكون عقد المقاولة الفرعية مثله مثل أي عقد يخضع لأحكامها سواء من حيث انعقاده أو تنفيذه.

و من هذا المنطلق لا بد أن تتوفر في عقد المقاولة الفرعية الأركان الثلاثة، الرضى والمحل و السبب، أما الشكلية فليست ركنا لانعقاده لأنه وفقا لنص أعلاه يندرج هذا العقد ضمن العقود الرضائية كونها لم تأت بحكم خاص بشكل العقد، ومن ثمة جاز إبرامه كتابة أو شفاهة.

فوفقا للقواعد العامة يشترط لانعقاد عقد المقاولة الفرعية توفر رضا صحيح صادر عن إرادة خالية من العيوب، و وجود محل و سبب مشروعين[1].

وهو ما سيتم التعرض له بحسب ما يقتضيه كل عنصر بإيجاز طالما أن الأمر ليس سوى إعادة لما هو وارد في القواعد العامة و يكون ذلك في ما يلي:

أ - التراضي في عقد المقاولة الفرعية

إن عقد المقاولة الفرعية كغيره من العمليات العقدية لا يتم إلا بوجود إرادتين متطابقتين، وهو ما يعبر عنه بتطابق الإيجاب مع القبول والذي يعتبر شرطا لانعقاد العقد، كما لا يقوم الرضا صحيحا إلا إذا كانت إرادة أطرافه حرة سليمة لا يشوبها عيب.

[1] - أنظر: أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص25 .

1- شروط الانعقاد

يشترط لانعقاد المقاولة الفرعية توفر رضا لدى طرفيها، والمقصود بالطرفين هما المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، لكن لا يشترط رضا رب العمل كونه ليس طرفا في العقد، إنما موافقته على المقاولة الفرعية شرطا لنفاذها في حقه.

والرضا يستلزم وجود إرادتين متطابقتين، و يتحقق ذلك عند تطابق الإيجاب بالقبول على عناصر المقاولة، فيتم التراضي بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي على ماهية العقد حيث تتجه إرادة كل منهما إلى إبرام عقد المقاولة دون غيره من العقود، ثم يكون التراضي على العمل الذي يؤديه المقاول الفرعي للمقاول الأصلي و على الأجر الذي يدفعه هذا الأخير للمقاول الفرعي، فإن لم يتحقق هذا التطابق على هذه العناصر الثلاثة انعدمت المقاولة[1].

ولا يختلف التعبير عن الإرادة في عقود مقاولات الفرعية عن ما يكون عليه في العقود الأخرى، فيتم التعبير عن الإرادة أو الموافقة إما بصفة صريحة، سواء كانت في شكل كتابة أو لفظ أو الإشارة الدالة على الموفقة، و إما بصفة ضمنية حسب الأشكال المتعارف عليها كالشروع في العمل دون تردد أو تأخير أو كل ما يمكن أن يؤدي إلى استخلاصها بمختلف الوسائل والطرق المتعارف عليها وفقا للمادة **60** من القانون المدني.

2- شروط الصحة

إن شروط صحة عقد المقاولة الفرعية هي نفسها شروط صحة أي عقد آخر، و تتمثل في توفر الأهلية في عاقديه وسلامة رضا كل منهما من العيوب، وهو ما سوف يشرح في الآتي:

- الأهلية : لكي تكون إرادة المتعاقدين معتبرة ومرتبة للأثر الذي سعت إلى تحقيقه، يجب أن يصدر الإيجاب و القبول ممن هو أهل للتعاقد، و يقتضي بحث موضوع الأهلية في عقد المقاولة الفرعية التعرض لأهلية المقاول الأصلي و المقاول الفرعي.

[1] - أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص25 .

الأهلية هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق و صلاحيته لاستعمالها، و تنقسم إلى أهلية وجوب و أهلية أداء، و نظرا لكون آثار عقد المقاولة الفرعية تتراوح بين النفع و الضرر بالنسبة للمقاول الفرعي لما تتضمنه من حقوق و التزامات، فإن الأهلية التي يجب أن تتوفر فيه هي أهلية الأداء التي تمكنه من القيام بجميع التصرفات و الأعمال القانونية و المحددة ببلوغ الشخص سن الرشد أي **19** سنة و أن يكون عاقلا غير محجورا عليه.

و يفرق في هذا الصدد بين ما إذا كان المقاول الفرعي ملزم بتقديم عمل فقط، فيكون في هذه الحالة مضارب به أي معرض للربح أو الخسارة و حتى مسؤولا عن تعويض المقاول الأصلي عما أصابه من ضرر، و بالتالي تعد المقاولة الفرعية بالنسبة له من الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر لهذا يشترط لإبرام هذا العقد بلوغه سن الرشد.

أما المقاول الفرعي ناقص الأهلية أي الصغير المميز أو ذي الغفلة، فعقد المقاولة الذي يبرمه يكون موقوفا على إجازة وليه أو وصيه.

أما إذا كان المقاول الفرعي ملزم بتقديم العمل و المادة اعتبر بائعا لهذه المادة، لهذا يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية، فإن كان ناقصا للأهلية كان العقد موقوفا على إجازة وليه أو وصيه.

و في حالة ما إذا كان صغيرا مأذونا له بالتجارة، أعتبر عقد المقاولة من ضمن التصرفات المأذون له القيام بها و كأنها تصرفات صادرة عن شخص راشد.

أما إذا كان المقاول الفرعي عديم الأهلية، انعدمت إرادته و كان عقده باطلا بطلانا مطلقا[1].

تعتبر المقاولة الفرعية بالنسبة للمقاول الأصلي من أعمال التصرف، لأنه من بين التزاماته دفع الأجر، لهذا يشترط توفره على أهلية التصرف.

[1] - أنظر: د .عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 19 و20 .

فإن كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو كان صغيرا مميزا، كان عقده موقوفا على إجازة وليه أو وصيه إجازة صريحة أو ضمنية.

ينطبق هذا الكلام إذا ما كان طرفي عقد المقاولة الفرعية أشخاصا طبيعية، أما و كانا شخصين معنويين أو كان أحدهما شخصا معنويا فإن الأهلية يقابلها الاختصاص، إذ تحدد القوانين و النظم الخاصة بالمؤسسات - سواء كانت عمومية أو خاصة و سواء كانت شركات أموال أو شركات أشخاص -الجهات أو المصالح أو الأشخاص الذين لهم حق إبرام و توقيع العقود.

ويترتب على هذا التحديد منع أي جهة أو مصلحة أخرى ممارسة هذا الاختصاص، و إن أي عقد مقاولة فرعية تبرمه جهات غير تلك المحددة قانونا لا يكون لازما للشخص المعنوي و يعتبر عقدا باطلا لعدم الاختصاص[1] .

- خلو الإرادة من العيوب: تقتضي صحة التراضي زيادة على وجوب توفر الأهلية في كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، أن تكون إرادة كل منهما خالية من العيوب.

و العيوب التي قد تمس عقد المقاولة الفرعية هي نفسها تلك التي قد تمس العقود عموما و الواردة في الأحكام العامة في القانون المدني، فإن صدر رضا أحد الطرفين أو كليهما مشوبا بعيب الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال كانت الإرادة موجودة لكنها معيبة.

لهذا يكون عقد المقاولة الفرعية الصادر عن إرادة المقاول الأصلي و المقاول الفرعي صحيحا، لكنه قابلا للإبطال ممن كانت إرادته معيبة، فإن أجازه الطرف الذي لحقت إرادته هذا العيب أصبح هذا العقد نافذا في حقه من وقت صدوره سواء كانت إجازة صريحة أو ضمنية، أما إذا تمسك بهذا العيب و رفض العقد حكم ببطلانه.

[1] - أنظر: أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص32.

والملاحظ في هذه المسألة أنه بالرغم من الحرية التي يتمتع بها المقاول الفرعي من الناحية المبدئية والقانونية في إبرام عقود تناسب رغباته و إمكانياته، إلا إن الإكراه و الضغط في عقود مقاولات الفرعية يأخذ شكلا آخر انطلاقا من خلفيات و اعتبارات اقتصادية.

- المحل في عقد المقاولة الفرعية: المحل عموما هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، أما في عقد المقاولة الفرعية فيتحدد بالنظر إلى طرفيه، فبالنسبة للمقاول الفرعي فيتمثل في العمل الملزم بتقديمه للمقاول الأصلي، و يتمثل بالنسبة لهذا الأخير في الأجر الذي يقدمه للمقاول الفرعي عن العمل المؤدى، و بالتالي فإن محل التزام المقاول الفرعي هو نفسه سبب التزام المقاول الأصلي و العكس صحيح[1].

ثانيا :المقاولة الفرعية من العقود الخاضعة للقانون الخاص

يظهر تميز عقد المقاولة الفرعية كذلك من خلال اكتسابه لبعض الخصائص الثانوية التي تسمح بإدراجه ضمن تصنيف مغاير لتصنيف عقد المقاولة الأصلية، فيكون لكل عقد الطبيعة القانونية الخاصة به، كأن يكون عقدا مدنيا أو تجاريا أو عقد إداريا، هذا ما سوف يظهر فيما يلي:

أ- المقاولة الفرعية ليست بعقد إداري

ينفرد عقد المقاولة الفرعية بخاصية تميزه عن العديد من العقود بما فيها عقد المقاولة الأصلي، إذ يبقى عقد المقاولة الفرعية من العقود الخاضعة للقانون الخاص حتى ولو كان عقد المقاولة الأصلي عقدا إداريا[2] .

و العقد الإداري أو ما يعرف بعقد الأشغال العامة هو العقد المبرم بين أحد أشخاص القانون العام و المقاول الأصلي.

[1] أنظر: أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص32

[2] - HUGUES PERINET–MARQUET, JEAN–BERNARD UABY,droit de l'urbanisme et de la construction, 7édion Montchrestien, 2006,n°1332-1,p:601.

و يعرف الفقه عقد الأشغال العامة عموما بأنه " **عقد تعهد بمقتضاه الإدارة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار مقابل أجر و تحقيقا للمنفعة العامة.**" و على هذا الأساس يشترط في عقد الأشغال العامة أن ينصب على عقار و أن يتم لحساب شخص معنوي عام و أن يبرم بهدف تحقيق منفعة عامة.

و بالتالي فإن تكييف عقد ما بأنه من عقود الأشغال العامة يتحدد تبعا لصفة رب العمل إذ يشترط فيه أن يكون شخصا من أشخاص القانون العام، أما صفة المقاول فلا أهمية لها في هذه العملية .

ومما لا شك فيه أن للتفرقة بين العقود الإدارية و العقود المدنية أهمية كبيرة، إذ على ضوئها يتحدد القانون الذي يحكم كل نوع و الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة بشأنه.

و عقد الأشغال العامة باعتباره عقدا إداريا، فإنه لا يخضع لأحكام القانون المدني سواء لتلك الواردة في النظرية العامة للعقد أو في أحكام عقد المقاولة إلا في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه الأحكام مع قواعد القانون العام.

كما أن المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية و القائمة بين الإدارة و المقاول الأصلي فتختص بها وجوبا الجهات القضائية الإدارية.

أما بالنسبة لعقد المقاولة الفرعية فنتيجة لاعتباره من عقود القانون الخاص، فإنه يخضع بذلك للقواعد المقررة في هذا القانون، و من أهمها أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين.

كما يجعل المقاولين الفرعيين المشاركين في تنفيذ الصفقة العمومية في علاقتهم مع المقاول الأصلي خاضعين للقانون الخاص، و المنازعات الناشئة بينهم و بين المقاول الأصلي من اختصاص القضاء العادي.

و يكون بذلك القاضي المدني هو المختص وحده و دون غيره بالنظر في المنازعات الناشئة بسبب تنفيذ عقد المقاولة الفرعية كالدعاوى المتعلقة بمسؤولية المقاول الفرعي.

و قد دأب القضاء الفرنسي على منح القاضي المدني سلطة الفصل في المنازعات القائمة بين المقاول الفرعي و المتنازل له ، و كذا تلك القائمة بين المقاول الفرعي و مؤمني رب العمل، حتى و إن تعلق الأمر بصفقة عمومية و كان رب العمل من أشخاص القانون العام.

و نتيجة لذلك لا يمكن للمقاول الأصلي إدخال المقاول الفرعي في الخصومة التي أقامها ضده رب العمل أمام القضاء الإداري.

كما لا يتقيد القاضي الإداري عند عرض النزاع عليه بما ورد في الأحكام الصادرة عن القضاء المدني من تقدير للوقائع، و ما قضى به من مسؤوليات ناجمة عن الإخلال بعقد المقاولة الفرعية[1].

ب- المقاولة الفرعية عقد تحكمه قواعد القانون خاص

توصف العقود في إطار القانون الخاص إما أنها مدنية أو أنها تجارية، لكن في بعض الحالات يتوفر في العمل الواحد طبيعة العمل التجاري بالنسبة لطرف و طبيعة العمل المدني بالنسبة للطرف الثاني، فيكون بذلك عملا تجاريا اتجاه طرف و مدنيا اتجاه الطرف الآخر، فيطلق عليه عندئذ اسم العمل المختلط.

و لا يخرج عقد المقاولة الفرعية عن هذا الإطار، فيوصف أحيانا بأنه عقد مدني و أحيانا بأنه عقد تجاري و في أحيان أخرى بأنه عقد مختلط.

و متى كان على إحدى هذه الصور أمكن تشابهه مع عقد المقاولة الأصلي، فيكون كلا عقدين من طبيعة مدنية أو تجارية.

[1] أنظر: أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص32

لكن قد يحدث أن يأخذ كل واحد منهما وصفا مغايرا للآخر، كأن يكون عقد المقاولة الأصلية عقدا تجاريا بينما يكون عقد المقاولة الفرعية عقدا مختلطا ، فيستقل كل عقد بأحكام خاصة به سواء من حيث القواعد الموضوعية التي تحكمه أو القواعد الشكلية كالاختصاص مثلا.

و بناء عليه يتخذ عقد المقاولة الفرعية ثلاثة أوصاف نتعرض لكل منها في ما يلي:

1 -الصفة المدنية لعقد المقاولة الفرعية و نتائجها

قد يوصف عقد المقاولة الفرعية بأنه عقد مدني تحكمه القواعد الواردة في القانون المدني ، و هو الأصل العام على اعتبار أن هذا الأخير هو الشريعة العامة واجبة التطبيق على جميع المعاملات.

و يتحقق هذا الوصف عندما يكون كل من المقاول الأصلي و المقاول الفرعي ليس بتاجرين و لم يقوما بعمل يعتبره القانون التجاري من أعمال التجار، كأن يكون موضوع العقد عمل من أعمال المهن الحرة[1].

و يترتب على اعتبار عقد المقاولة الفرعية عقدا مدنيا، أن يقوم الدائن و قبل لجوءه إلى القضاء باعذار مدينه عند تأخره في تنفيذ التزامه، لأن القاعدة العامة في القانون المدني هي أن مجرد تأخر المدين عن تنفيذ التزامه لا يكفي لاعتباره مقصرا.

كما أن عدم مطالبة الدائن بحقه عند حلول الأجل هي قرينة على قبوله تمديد هذا الأجل، و حتى يفند الدائن هذه القرينة يجب عليه أن يعبر من جديد عن رغبته في استفاء حقه و ذلك بتوجيه اعذرا لمدينه، فإن بقي هذا الإعذار بدون نتيجة حق له اللجوء إلى القضاء المدني وإقامة دعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدين أي المدعى عليه وفقا للمادة **8** من قانون الإجراءات المدنية.

[1]- أنظر: أ .عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص32

و أثناء نظر الدعوى يتقيد كل طرف بقواعد الإثبات المقررة في المواد 323 و ما يليها من القانون المدني ،و التي تلزم الإثبات بالكتابة الاتفاقات التي تفوق قيمتها 100.000دج ، كما لا يجوز لأي طرف إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة.

ضف إلى ذلك أنه من المقرر قانونا ومستقر عليه قضاءًا عدم جواز إجبار أي شخص على تقديم دليل ضد نفسه أو اصطناع دليل لنفسه [1].

و تنتهي القضية على مستوى المحكمة بصدور حكم ابتدائي غير قابل للتنفيذ إلا إذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل.

و يحق لخاسر الدعوى استئناف هذا الحكم أمام الغرفة المدنية بالمجلس القضائي ، ليصدر هذا الأخير قرارا نهائيا حائزا لقوة الشيء المقضي به و قابلا للتنفيذ.

2 -الصفة التجارية للعقد و نتائجها

أحيانا قد يكون لعقد المقاولة الفرعية طابعا تجاريا بالنسبة لكلا الطرفين ، لكن متى يتحقق ذلك؟

إن للتفرقة بين العمل التجاري و العمل المدني أهمية بالغة، لكنها صعبة في ذات الوقت كون التعدد القانوني للإعمال التجارية قد ورد على سبيل المثال لا الحصر، فالأعمال التجارية في تطور و تزايد مستمرين و ليس من السهل على المشرع التجاري الإلمام بها و حصرها.

هذا الأمر اضطر الفقه إلى بحث في معايير التمييز بين الأعمال التجارية و الأعمال المدنية، ومن ثمة اقترحت ثلاثة معايير للتعريف بالعمل التجاري.

يتمثل الأول في معيار **المضاربة** و مفادها أن" **العمل التجاري هو كل عمل أنجز بهدف تحقيق الربح.**" غير أن جانبا آخر من الفقه انتقد هذا المعيار و اقترح معيار **تداول**

[1] - أنظر: د .حلو أبو الحلو، القانون التجاري الجزائري – الأعمال التجارية و التاجر، ديوان المطبوعات الجامعية 1992، ص 124 و ما بعدها .

الأموال بمعنى أنه " **يعد عملا تجاريا كل عمل يدخل فيه تداول الأموال** أي **كل عمليات الوساطة في الإنتاج و الاستهلاك النهائي لمنتوج ما**" لكن هذا المعيار لم يسلم هو الأخر من الانتقادات و قدم بدلا منه معيار **المقاولة** أو ما يعرف في بعض التشريعات "**بالمشروع** "أي entreprise و يقصد بها " **استعمال وسائل الإنتاج في منظمة دائمة أسست على منشأة مادية.**"

و يرى الفقه أن تطبيق أحكام خاصة على العمل التجاري و على التجار غير تلك التي تسري على العمل المدني وعلى غير التجار، فيه تدعيم للائتمان و حماية للدائن ومنحه ضمانات من جهة، وأخرى تبسيط للمعاملات التجارية و سرعة انجاز[1] .

و من نتائج اعتبار عقد المقولة الفرعية عقدا تجاريا خضوعه مبدئيا لقواعد القانون التجاري، فإن سكت هذا الأخير عن حكم مسألة معينة وجب الرجوع إلى القانون المدني و أعراف المهنة[2] .كذلك اكتساب الشخص محترف العمل التجاري صفة التاجر[3].

و من ثمة يلزم كلا الطرفين بالقيد في السجل التجاري و مسك دفاتر التجارية ، كما يطبق عليهما نظام الإفلاس والتسوية القضائية في حالة توقف عن دفع الديون.

و قد جرى العرف التجاري على اعتبار المدينين بدين تجاري متضامنين، هو ضمان جوهري للدائن حتى يتمكن من مطالبة أي واحد منهم بالدين المشترك كاملا.

كما يقضي العرف التجاري بأنه لا حاجة لتوجيه إعذار للمدين المتخلف عن دفع ديونه ، فهذه الأخيرة مستحقة بمجرد حلول الأجل، لكن إن تم هذا الإعذار فيجوز توجيهه شفاهة أو بمجرد خطاب عادي و ليس من الضروري القيام به عن طريق المحضر القضائي، نظرا لما تتطلبه التجارة من سرعة في التعامل.

---

[1] - انظر د .فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية – التاجر – الحرفي – الأنشطة التجارية المنظمة – السجل التجاري ، نشر و توزيع ابن خلدون، النشر الثاني،2003 ،ص 53.

[2] - انظر المادة 1 من الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 101المؤرخة في 19 ديسمبر 1975 ، المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية العدد 11 المؤرخة في 9 فبراير2005 .

[3] - أنظر المادة 1 مكرر من أمر 75-59.

و الأكيد أنه عند عدم امتثال المدين، حق للدائن المتحصل على رهن كضمان لهذا الدين التجاري التنفيذ على الشيء المرهون ببيعه بالمزاد العلني دون حاجة إلى حكم نهائي أو إذن من القضاء [1].

أما في غير هذه الحالة فيجب على الدائن اللجوء إلى القضاء، لكن ماهي الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى التجارية ؟

بالنسبة للاختصاص المحلي يعطي المشرع للمدعي الخيار بين ثلاثة محاكم ، فله أن يلجأ إلى المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد، أو المحكمة التي تم الوفاء في دائرة اختصاصها، أو محكمة موطن المدعي عليه [2].

أما بالنسبة للاختصاص النوعي، فباعتبار النظام القضائي الجزائري قائم على وحدة المحاكم و المجالس القضائية، فالمحكمة هي أول درجة للتقاضي تختص بالفصل في كل النازعات سواء كانت مدنية أو تجارية، حتى و إن وجد داخلها فروع أو أقسام كالقسم المدني و القسم التجاري و القسم العقاري، فهذه الأقسام ليس لها كيان مستقل و إنما تم إنشائها من باب تقسيم العمل بين القضاة.

و على هذا الأساس فإن عرضت على القاضي المدني دعوى تجارية، فلا يجوز له أن يقضي من تلقاء نفسه بعدم الاختصاص النوعي، و إنما جرى العمل على أن للقاضي الخيار بين إحالة القضية أمام القسم التجاري لنفس المحكمة وإما الفصل فيها، و يكون حكمه صحيحا على اعتبار أن المحاكم هي جهات قضائية لها الولاية العامة، مع إلزام المدعي بدفع باقي رسوم تسجيل.

و متى انعقدت الخصومة جاز للطرفين إثبات ادعاءاتهما مهما كانت قيمتها بكل طرق الإثبات كالبينة و القرائن و الدفاتر التجارية و المراسلات و فواتير إلى غير ذلك من وثائق، اعتمادا على مبدأ حرية إثبات المعاملات التجارية المكرس قانونا و الذي

[1] - أنظر: د .فرحة زراوي صالح ، المرجع السابق، بند 46 ص 67، و بند 52 ص 72 .

[2] - أنظر: المواد 8 و 9 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تقتضيه الثقة و الائتمان من جهة و تأمين السرعة في هذه المعاملات و تبسيط إجراءاتها من جهة أخرى.

و نتيجة لذلك يجوز إثبات ما يخالف أو ما يجاوز المكتوب بديل غير كتابي، كما يجوز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على غير المتعاقدين دون اشتراط وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

3 _المقاولة الفرعية عقد مختلط

قد يكون لعقد المقاولة الفرعية طابعا مختلطا، و يتحقق ذلك عندما تتوفر فيه طبيعة العمل التجاري من جانب طرف و طبيعة العمل المدني من جانب الطرف الآخر، فيكون عقدا تجاريا بالنسبة للمقاول الأصلي و مدنيا بالنسبة للمقاول الفرعي.

وتثير هذه الحالة إشكالات أهمها تلك المتعلقة بالاختصاص القضائي و كذا قواعد الإثبات.

فمن المهم بداية معرفة الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع المتعلق بعقد المقاولة الفرعية المختلط .[1]

و تحديد القسم المختص بالفصل في هذا النزاع يقتضي الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العمل بالنسبة للمدعي عليه في القضية، فإن كان العمل تجاريا بالنسبة للمدعى عليه حق للمدعي الخيار بين القسم المدني و القسم التجاري، أما إذا كان العمل مدنيا بالنسبة للمدعى عليه، فلا يجوز للمدعى سوى رفع دعواه أمام القسم المدني.

فلو فرضنا أن عقد المقاولة الفرعية عقدا تجاريا بالنسبة للمقاول الأصلي و مدنيا بالنسبة للمقاول الفرعي، و ثار نزاع بينهما استوجب مقاضاة المقاول الفرعي للمقاول الأصلي، كان الأول مخيرا بين رفع دعواه أمام القسم المدني أو القسم التجاري.

أما إن كان رافع الدعوى هو المقاول الأصلي كان ملزما بعرضها على القسم المدني التابع للمحكمة المختصة.

[1] - أنظر: د .حلو أبو الحلو، المرجع السابق، ص 114 و مايليها.

و تجدر الإشارة إلى أن الخيار بين القسم المدني أو القسم التجاري ليس من النظام العام، فيجوز للطرفين الاتفاق على طرح أي نزاع محتمل بخصوص تنفيذ عقد المقاولة الفرعية إلى أحد القسمين دون الأخر عن طريق إدراج شرط الاختصاص القضائي clause attributive de compétence فهذا جائز قانونا و معمول به قضاءا.

لكن أن كان من حق طرفي العقد تجاوز قواعد الاختصاص، فهل يجوز لهما مخالفة قواعد الإثبات ؟

الإثبات تحكمه قاعدتان أساسيتان فهو حر في المعاملات التجارية و مقيد في المسائل المدنية.لكن بالنسبة للأعمال المختلطة فعلى الطرف الذي يعتبر العمل تجاريا من جانبه التقيد بقواعد الإثبات الواردة في القانون المدني، في حين يجوز للطرف الذي يعتبر العمل مدنيا بالنسبة له إثبات ادعاءاته بكافة طرق الإثبات المقبولة تجاريا بما فيها البنية و القرائن، و هذا بغض النظر عن القسم المطروح أمامه النزاع، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك على اعتبار أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام [1].

المبحث الثاني : المناولة الصناعية

تعتبر المناولة الصناعية نوع من أنواع الشراكة الصناعية التي تربط ما بين المؤسسات الكبيرة و المؤسسات الصغيرة و المتوسطة بحيث يكمل أحدهما الثاني بحيث تلجأ المؤسسة الكبيرة إلى المؤسسات الصغيرة المتوسطة من أجل أن ترقى في إنتاجها سواء في الكمية أو النوعية وهذا من خلال المؤسسات الصغيرة و المتوسطة التي تعمل على إنجاز ذلك باسم المناولة[2].

[1] - د .حلو أبو الحلو، المرجع السابق، ص 114 و مايليها.

[2] - أنظر: سنوسي كريمة ، المناولة الصناعية كآلية لخلق المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتفعيل نشاطات فيها ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص تسيير المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2014/2013 ، ص 03.

المطلب الأول : التطور التاريخي للمناولة الصناعية

إن تطور المناولة مرتبط أساسا بتاريخ الصناعة ، ونأخذ مثال على ذلك صناعة السيارات والتي لا تشمل كل الصناعة ، ولكنها تعطينا فكرة واضحة عن المناولة الصناعية من حيث خاصيتها وتداولها على المستوى العالمي.

أولا : مرحلة الصناعة التقليدية

عند ابتكار السيارة كانت في أولى مراحل تطورها تصنع من طرف الصناعيين بطريقة تقليدية ، بحيث كانت جميع القطع المكونة لها تنجز عن طريق اليد أو بواسطة آلات بدائية ، وقطع الغيار لا تستبدل بل هي ثابتة ، كما أن التعاون بين المؤسسات لم يكن موجودا بل الحيطة وعدم الثقة بين مختلف المؤسسات هو الذي كان يخيم على المناخ في تلك الحقبة من الزمن، وهذه الخاصية لم تكن تتمتع صناعة السيارات فقط بل كانت تشمل جميع الصناعات[1] .

ثانيا: مرحلة الصناعة المكثفة

تحت ضغط قانون اقتصاد السوق والمتطلبات الاقتصادية العالية ، عرفت الصناعة ثورة أولى مع ظهور الصناعة المكثفة التي كان ينبغي عليها سد الاحتياجات الخاصة لتطوير المنشآت القاعدية (السكة الحديدية، الجسور، السكن...)، وبعد ذلك الاحتياجات الكبيرة من العتاد لمواجهة الحرب العالمية الأولى ، ففي سنة 1914 قام الصناعي بأول عملية تصنيع مكثفة ، وأنجز أول سلسلة لتركيب السيارات والتي عرفت فيما بعد بالتايلورية، وتم من خلالها إنجاز كمية كبيرة من القطع في وقت قياسي مع تخفيض سعر التكلفة.

[1] - أنظر: السيد عبد الرحمان بن جدو ، المشرف على قسم الصناعات الصغيرة و المتوسطة ، المؤتمر العربي الأول للمناولة الصناعة و المعرض المصاحب له ، واقع و مستقبل المناولة الصناعية في المنطقة العربية ، الجزائر (15/12) سبتمبر 2006 ،ص 15.

لقد كانت مفخرة الصناعيين خلال تلك الحقبة هي انهم يقومون بعملية التصنيع جميعا بمفردهم ، وأن الشركات الكبرى كانت تملك المواد الأولية بمفردها ولا تحتاج لمصرف أخر لتزويدها بالمواد التي تتطلبها العملية الإنتاجية[1].

ثالثا : مرحلة ظهور الصناعة والمناولة الصناعية

في هذه المرحلة الصانعون الكبار أبدعوا في وضع مقاييس داخلية من أجل عقلنة إنتاجهم في قطع الغيار وبعض المكونات الأخرى التي تدخل في منتجاتهم ، وبفعل متطلبات الإنتاج والمنافسة راح الصانعون يستثمرون في مجال التجهيزات الدقيقة في جميع المجالات واعتمدوا في ذلك على اختصاصيين أكفاء ، ولقد عجلت الحرب العالمية الثانية من زيادة الاحتياجات الصناعية لمواجهة طلبات تدعيم احتياجات الحرب الكبيرة من جهة ، واحتياجات إعادة الإعمار للبلدان المتضررة من جراء الصراع العالمي ، في هذا المناخ بدأ يظهر دور المناولة في سد احتياجات المعارك الطاحنة من العتاد الحربي كالنقل والهياكل القاعدية وهكذا تحول الحرفيون الصغار إلى صناعيين، وتمثلت الصناعات آنذاك في : التصليح والصيانة ، صناعة قطع الغيار واللوازم الاستهلاكية ، صناعة القطع المنفصلة للتركيب الأولي ، صناعة قطع معدة للتجميع ، صناعة المنتجات النهائية . وشيئا فشيئا وجد الصانعون أنفسهم أمام مواجهة الظروف التنافسية التي أجبرتهم عن البحث عن الإنتاجية والجودة، وفي هذا الجو ظهر مجال المناولة ، الذي يستطيع تلبية احتياجات الصناعيين بسبب المهارة والقدرة المتوفرة وكذلك التخصص وسعر التكلفة.

أما في سنوات الستينات ، فقد قام الصانعون اليابانيون بدراسة خصائص إنتاج الدول الغربية خاصة الولايات المتحدة الأمريكية، وقاموا بتحديد مساوئ الإنتاج المكثف، وطوروا طريقة جديدة للإنتاج معتمدة على الجودة والتخصص وكذلك الوقت ، هذه الطريقة سمحت لهم بتحقيق إنتاجية عالية، واعتمدت فيما بعد من طرف جميع الصناعيين في العالم بداية الثمانينات ، وهذا بدوره سوف يجرنا إلى وضع حيز تطبيق المواصفات العالمية

[1] - السيد عبد الرحمان بن جدو، مرجع نفسه ، ص15

وتطوير العديد من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المختصة في المناولة من حيث القدرة التخصص والصيانة فالصانعون يلجئون إلى المناولين وذلك إما لأسباب اقتصادية أو ظروف خاصة بالإنتاجية ، فالمؤسسة المعزولة لا يمكنها الحصول على استثمارات تستطيع من خلالها تحقيق الأهداف المبرمجة .

أما في التسعينات فأصبحت المناولة التخصصية هي القاعدة العامة وعلى المناولين أن يعتمدوا الوظائف التالية : البحث والتنمية ، الاستثمار والتكوين ، إدخال التبادل الإعلامي للمعطيات ، ضمان الجودة ، تقليص قائمة المزودين والمناولين ، ارتفاع الحاجيات إلى الكفاءات والموارد المالية ، ضرورة الاستمرارية والثقة في العلاقات مع المناولين.

حيث أصبح المناول هو الشريك المزود بالأجزاء والمكونات والخدمات التي تدمج في المنتج النهائي[1].

المطلب الثاني:واقع المناولة الصناعية في الجزائر

إن هذه الوضعية التي تعيشها المؤسسة المناولة أثرت كثيرا على استقرار النسيج الصناعي على الصعيد المحلي، و تراجع في المبادلات الاقتصادية على الصعيد الدولي، مما حتم على المشرع، وعلى مستوى الصعيدين التدخل من أجل ضمان حماية قانونية للمناولين، و هذا عن طريق سن قوانين تعتني بتنظيم المناولة و ترقيتها.

الفرع الأول: التشريع الجزائري كمحرك لتطوير و ترقية المناولة

لم تحض المناولة في الجزائر في الفترة الممتدة بين 1963-1988 باهتمام السلطات العمومية، نظرا لطبيعة النظام السياسي السائد آنذاك، و الذي لم يسمح ببروز مؤسسات الصغيرة و المتوسطة المناولة غير تلك التابعة للقطاع العام و بصورة جد محدودة، و هذا رغم إشارة التقدير التمهيدي للمخطط الرباعي (1974-1977) إلى الدور الذي تلعبه المناولة باعتبارها أسلوب هام في تحقيق الانسجام في عملية تصنيع

[1] - السيد عبد الرحمان بن جدو ، مرجع سابق ، ص 16

السلع التجهيزية و السلع التحويلية، كما تناول القانون المدني الصادر في 1975.09.26 المعدل والمتمم بالقانون 05-10 الصادر20 ينيو 2005 المناولة الفرعية بشكل عام بمناسبة تطرقه للعقود الواردة على العمل، حيث قرر حق المناول الفرعي في إقامة دعوى مباشرة ضد رب العمل عند امتناع المناولة الأصلي عن دفع مستحقات الأعمال المنجزة.

مما بين أنه لم تكن هناك سياسة واضحة للمناولة ، فمن الناحية الاقتصادية نلاحظ غياب لكل أنواع التنسيق بين الوحدات الداخلية للمؤسسة و المؤسسات المناولة ، أما من الناحية التشريعية فلا وجود لنصوص قانونية تتناول المناولة بالدراسة من كل جوانبها.[1]

لكن مع بداية سنة 1988، شرعت الجزائر في إعادة هيكلة المؤسسات الوطنية و القيام بإصلاحات اقتصادية، حيث أعادت الاعتبار للاستثمارات الخاصة و تقليص دور الدولة في النشاط الاقتصادي من خلال صدور قانون رقم 88-25 المؤرخ في 1988.07.19 و المتعلق بالاستثمار، و الذي كان له دور كبير في إعطاء دفع قوي لإنشاء المؤسسات الصغيرة و المتوسطة بما فيها المؤسسات المناولة، و السماح لها بالاستثمار في مجالات متعددة.

و استمرارا في سياسة الإصلاحات الاقتصادية، قامت الجزائر بتقسيم و خوصصة المؤسسات العمومية، مما أدى إلى ظهور العديد من المؤسسات المناولة كفروع للشركات الكبرى.

[1] - انظر: أ: علالي فتيحة و أ:فاطمة الزهراء عراب مداخلة بعنوان : تنشيط المناولة الصناعية كخيار استراتيجي هام لدعم وترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة بالجزائر في الملتقى الوطني حول: إستراتيجيات التنظيم ومرافقة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر. جامعة ورقلة . ص 13.

و مع بداية التسعينيات جاء قانون الصفقات العمومية الصادر في 1991.11.09 المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الصادر في 7 اكتوبر 2010 و الذي خصص قسم منه للتعامل الثانوي في القسم السادس من الباب الرابع باعتبارها وسيلة من وسائل تنفيذ المشاريع الكبرى، ثم إنشاء البورصة الجزائرية للمناولة و الشراكة في 11 ديسمبر 1991 وفقا لتوصيات برنامج الأمم المتحدة للتنمية و منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية و بمساعدة وزارة الصناعة و إعادة الهيكلة و التي أعطت دفعا قويا في مجال إقامة علاقات مناولة.

و في الواقع لم يكن هناك نص قانوني صريح يترجم اهتمام الدولة بقطاع المناولة ضمن الخيارات الإستراتيجية للنهوض بالقطاع الصناعي في الجزائر ، و قد سد هذا الفراغ نسبيا بصدور القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة01-18 الصادر ، حيث ركز على ضرورة الاهتمام بالمناولة باعتبارها أحسن لتكثيف نسيج المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، و أكثر النشاطات جلبا للإستثمار. [1]

و انطلاقا من هذا القانون وضعت الجزائر إستراتيجية وطنية لتنظيم و ترقية المناولة، و التي تجسدت في إنشاء المجلس الوطني للمناولة و كذلك إنشاء شبكة بورصات المناولة.

فالنسبة لشبكة بورصات المناولة فقد بدأت في العمل سنة 1991 مع إنشاء أول بورصة للمناولة بالجزائر تطبيقا لمشروع « UNIDO » و التي تبعتها ثلاثة فروع أخرى بقسنطينة سنة 1994، ثم وهران سنة 1999، ثم غرداية سنة 1999.

[1] - انظر: أ: علالي فتيحة و أ:فاطمة الزهراء عراب، مرجع سابق. ص14.

أما عن المجلس الوطني للمناولة فتم تأسيسه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-188 المؤرخ في 22 أفريل 2003 الذي يتناول بيان تكوين و تنظيم و سير هذا المجلس، مع توضيح للمهام المنوطة به .

و تكملا لمجهودات الجزائر في إيجاد مناخ اقتصادي ملائم يساعد المؤسسات الصغيرة و المتوسطة بما فيها المناولة على النشاط و التطور ، تم إنشاء صندوق ضمان القروض الممنوحة لهذه المؤسسات بموجب المرسوم 02-373 المؤرخ في 11 نوفمبر 2002، و هو عبارة عن مؤسسة مالية تأخذ على عاتقها تكفل بمخاطر عدم تسدد القروض البنكية من طرف المؤسسات الصغيرة و المتوسطة المنخرطة فيه، و هذا إلى جانب إنشاء مراكز التسهيل و تكوين مشتلات.

و على الرغم من كل هذه الآليات التي وضعتها الجزائر، إلا أنها مازالت غير كافية نظرا لحداثة تنصيبها و مع ذلك فإنها مازالت تسير قدما من أجل إعداد ميثاق خاص بالمناولة و كذا إعداد عقد نموذجي خاص بالمناولة يعني بتحديد العلاقة بين الآمر بالأعمال و المناول من خلال بيان واجبات و حقوق كل طرف[1].

الفرع الثاني :القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

إن وزارة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة و الصناعة التقليدية وضعت إطار قانوني يسعى إلى ترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة و كذا المناولة التي تهدف إلى تكثيف النسيج الصناعي و إنشاء صناعات المجاورة.

هذا الإطار القانوني يتمثل في إصدار القانون رقم 01-18 المؤرخ في 27 رمضان عام 1422 الموافق لـــ 12 ديسمبر 2001، يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث يتضمن ثلاثة أبواب وستة فصول .

[1] - انظر: أ: علالي فتيحة و أ:فاطمة الزهراء عراب، مرجع سابق. ص15.

الباب الأول : أحكام عامة

الفصل الأول: مبادئ عامة

الفصل الثاني: تعريف المؤسسات الصغيرة و المتوسطة

الباب الثاني : تدابير المساعدة و الدعم لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

الفصل الأول: الإنشاء

الفصل الثاني: الاستغلال

الفصل الثالث:ترقية المناولة

إن أحكام المادتين 20 و 21 من القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة تنص على ما يلي :

المادة 20 : تعتبر المناولة الأداة المفضلة لتكثيف نسيج المؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

تحضي المناولة بسياسة ترقية و تطوير بهدف تعزيز تنافسية الاقتصاد الوطني.

المادة 21: يؤسس مجلس وطني مكلف بترقية المناولة يرأسه الوزير المكلف بالمؤسسات و الصناعات الصغيرة و المتوسطة. و يتشكل من ممثلي الإدارات و المؤسسات و الجمعيات المعنية بترقية المناولة.

الفصل الرابع:تطوير منظومة الإعلام الاقتصادي حول المؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

الباب الثالث: أحكام ختامية. [1]

[1]- القانون رقم 01-18 مؤرخ في 12ديسمبر 2001 متضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية العدد 77 مؤرخة في 15 ديسمبر 2001.

المبحث الثالث: الآليات القانونية لتفعيل عقد المناولة

لقد تم في السنوات الأخيرة الاهتمام بالقطاع الاقتصادي من طرف الدولة الجزائرية وذلك بدعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من خلال دعم أسلوب المناولة بمجموعة من القوانين وكذا الهياكل من بين هذه الهياكل نذكر المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة وكذا بورصات المناولة والشراكة ، حيث سيتم توضيح لهذه النقاط في الطلبين التاليين:

المطلب الأول : المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة

تم إنشاء المجلس الوطني لترقية المناولة من خلال القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة 01-18 حسب نص المادة المادة 21 التي تنص على **: يؤسس مجلس وطني مكلف بترقية المناولة يرأسه الوزير المكلف بالمؤسسات و الصناعات الصغيرة و المتوسطة. و يتشكل من ممثلي الإدارات و المؤسسات و الجمعيات المعنية بترقية المناولة"**. وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب إلى فرعين حيث يتناول الأول المفهوم والنشأة والتشكيلة والفرع الثاني المهام والصلاحيات.

الفرع الأول : مفهوم المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة

تم إنشاء المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة تطبيقا لأحكام المادة 21 من القانون 01-18 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 ، وتم إصدار مرسوم تنفيذي رقم 03-188 مؤرخ في 22افريل سنة 2003 يتضمن تشكيلة وتنظيم وسير المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة .

إن هذا المجلس يقوم بتشجيع التحاق المؤسسات الصغيرة و المتوسطة الوطنية بالتيار العالمي للمناولة.

ويتشكل المجلس من ممثلي مجموعة من الوزارات حسب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 03-188 كما يلي : الدفاع الوطني ، الداخلية والجماعات المحلية ، الشؤون

الخارجية، المساهمة وترقية الاستثمار ، التجارة ، الطاقة والمناجم ، التهيئة العمرانية والبيئة ، النقل ، الفلاحة ، السياحة، الأشغال العمومية ،الصحة ، المالية ، الموارد المائية ، التعليم العالي والبحث العلمي، الاتصال ، التكوين المهني، السكن والعمران ، الصناعة ، الصيد البحري ، والإدارات والمؤسسات والجمعيات المعنية بترقية المناولة.

ويرأس هذا المجلس الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

الفرع الثاني : صلاحيات المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة

حسب نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 03-188 المتضمن تشكيلة وتنظيم وسير المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة، يضطلع المجلس بالمهام التالية :

- يقترح كل تدبير من شأنه تحقيق اندماج أحسن للاقتصاد الوطني،
- يشجع على اندماج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الوطنية ضمن التيار العالمي للمناولة ،
- يقوم بترقية عمليات الشراكة مع كبار الآمرين بالسحب جزائريين كانوا أم أجانب،
- ينسق نشاطات بورصات المناولة والشراكة الجزائرية فيما بينها،
- يشجع على تثمين قدرات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مجال المناولة،

ويطلب من المجلس في إطار مهامه ما يلي :

- ينظم ويشارك في تنظيم اللقاءات والتظاهرات والأيام الدراسية سواء على المستوى الوطني أم في الخارج حيث يخص الموضوع ترقية المناولة،
- ينجز كل عمل ودراسة من شأنهما المساهمة في ترقية المناولة في الأسواق الوطنية والأجنبية ،
- يقيم علاقات الشراكة في هذا المجال ويبرم اتفاقات التعاون مع الهيئات الأجنبية المماثلة أو المشابهة لها،
- ينشر ويوزع كل نشرة ذات صلة بموضوعه ،

- ينشئ بداخله مركزا للوثائق يتولى جمع واستغلال وتوزيع كل النصوص الاقتصادية المتصلة بترقية المناولة والشراكة بين المؤسسات الآمرة بالسحب والمناولين،

- يقوم بترقية نشاطات المناولة والشراكة بدعم للبورصات الموجودة أو المقرر إنشاؤها ،

- يعمل على ترقية تطوير وعصرنة المنظومة الإعلامية لتمكين المؤسسات الكبرى والمتعاملين الاقتصاديين الجزائريين في مجال المناولة من التعارف فيما بينهم.

المطلب الثاني :بورصات المناولة والشراكة الجزائرية

أصبح الوعي بأهمية دور بورصات المناولة والشراكة في ترقية أسلوب المناولة والشراكة الصناعية ، في تزايد كبير لدى الجهات المعنية في الدولة ، وقد انطلقت التجربة الجزائرية في مجال بورصات المناولة والشراكة الصناعية مع مطلع التسعينات بالتعاون بين عدد من الأقطار العربية ومنظمة اليونيدو باعتبارها المنفذة لبرنامج الإنماء للأمم المتحدة الذي يتولى جانب التمويل ، ونتج عن هذه التجربة إنشاء أربع بورصات للمناولة والشراكة في الجزائر[1] .

الفرع الأول : نشأة وتعريف بورصات المناولة والشراكة الجزائرية

تعتبر بورصات المناولة والشراكة الجزائرية جمعيات ذات غرض غير مربح ، تتكون من مؤسسات عمومية وخاصة ، إضافة إلى دعم السلطات العامة ومساهمة الهيئات المتخصصة بأشكالها المختلفة .

[1] - عزيرو سلمة ، مرجع السابق ، ص 127.

أولا : نشأة بورصات المناولة والشراكة الجزائرية

لقد تم إنشاء بورصات المناولة والشراكة في الجزائر طبقا لأحكام القانون 90-31 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات المعدل والمتمم بالقانون 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 ،وفق للمشاريع التالية:

- مشروع PNUD-DP/ALG/01990 الموقع في سبتمبر 1990 والمخصص لإنشاء بورصة المناولة والشراكة الجزائرية.
- مشروع PNUD/ALG/95/004 الموقع في 9 أكتوبر 1996 والمخصص لإنشاء بورصة المناولة والشراكة للشرق وبورصة المناولة والشراكة للغرب
- أما بورصة المناولة والشراكة للجنوب فتم إنشاءها بمبادرة من وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ثم أدمجت في مشروع PNUD/ALG/95/004.

والجدير بالذكر أن نشأة بورصات المناولة والشراكة في الجزائر ، لم يتم دفعة واحدة ، وإنما تم ذالك وفق التسلسل الزمني التالي :

- البورصة الجزائرية للمناولة والشراكة "BASTP" أنشأت بتاريخ 11 سبتمبر 1991 وتم اعتمادها في 12 أفريل 1992 .
- بورصة المناولة والشراكة للشرق "BSTPE" أنشأت بتاريخ 18 ماي 1993 وتم اعتمادها في 08 جانفي 1994 .
- بورصة المناولة والشراكة للغرب "BSTPO" أنشأت بتاريخ 20 أفريل 1998 وتم اعتمادها في 03 أكتوبر 1999 .
- بورصة المناولة والشراكة للجنوب "BSTPS" أنشأت بتاريخ 20 أفريل 1998 وتم اعتمادها في 03 أكتوبر 1999 .[1]

[1] - عزيرو سلمة ،مرجع السابق ، ص 127.

ثانيا : تعريف بورصات المناولة والشراكة الجزائرية

تعتبر البورصة الجزائرية للمناولة والشراكة جمعية مهنية ، تستمد أحكامها من القانون 06/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات ، وهي بمثابة جهز خدماتي تقوم بعمليات تشخيص وتحديد فرص المناولة المتوفرة لدى المؤسسة الآمرة وعرضها على المؤسسات المناولة المتخصصة .

كما تعرف بورصة المناولة والشراكة الجزائرية بأنها مركز للتنمية الاقتصادية متخصص في تشجيع المناولة الصناعية و الخدماتية فيما بين المؤسسات الجزائرية والأجنبية من خلال ربطها ببعضها البعض (المؤسسات الآمرة بالأشغال والمؤسسات المنفذة للأشغال) ، منظمة في شكل جمعية مهنية صناعية أنشئت في 11 سبتمبر 1991 بمساعدة وزارة الصناعة وإعادة الهيكلة وبدعم من الأمم المتحدة (برنامج الأمم المتحدة الإنمائي/اليونيدو) ، وهي جزء من الشبكة العالمية للمناولة التابعة للأمم المتحدة للتنمية الصناعية[1].

ثالثا : دور بورصات المناولة والشراكة

في الواقع تلعب بورصات المناولة والشراكة في الجزائر ، دورا هاما في تحقيق التكامل الصناعي على وجه العموم وفي تنمية المناولة الصناعية على وجه الخصوص ، بالإضافة إلى ذالك فهي تقوم بالأدوار التالية :

- ضمان توافق الطلب والعرض وضبط التدفقات في المعلومات بين أصحاب الأوامر الذين يبحثون عن فائض في الطاقة الإنتاجية المتخصصة والمناولين الذين لديهم طاقة إنتاجية غير موظفة في جزء منها.
- بإمكانها عرض خدمات وذالك بواسطة الوثائق التي تتمركز لديها بخصوص الإمكانيات التقنية للإنتاج والشروط المحلية لممارسة النشاطات الصناعية.

[1] - عزيرو سلمة ، مرجع سابق ، ص 128

- بالإضافة إلى ذالك فإنها تقدم معلومات ضرورية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تنشأ حديثا في إقليم البورصة .
- كما تتوفر على إمكانية تقديم مساعدات تقنية واستشارات في التسيير للمؤسسات الصغيرة التي لا تكتسب هذه الوسائل والمعارف.
- رفع الوعي بأهمية المناولة والشراكة الصناعية في تطوير القطاعات الصناعية .
- الإسهام في تنمية علاقات التبادل والتكامل الصناعي .
- العمل على تشجيع القطاعات الصناعية على إتباع أسلوب التخصيص والتطوير واللجوء إلى المناولة .
- العمل على الاستغلال الأمثل للطاقات الإنتاجية للمؤسسات الصناعية.

رابعا : الانضمام والانسحاب من بورصة المناولة والشراكة

يتم الانضمام والانسحاب من والى البورصة الجزائرية للمناولة والشراكة وفق طريقة معينة ، نظهرها كما يلي :

أ – **الانضمام إلى بورصة المناولة الشراكة :** يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي الانضمام إلى البورصة ، بقبوله القانون الأساسي والقانون الداخلي كتابيا، واستلامه إشعار بالقبول من طرف المكتب التنفيذي الممثل في شخص رئيس المكتب ، كما يكون تمثيل المنخرط عن طريق المدير العام أو المالك أو الممثل الذي اختارته المؤسسة ، كما يجب دفع مبلغ الاشتراك المحدد من طرف البورصة.

ب- **الانسحاب من بورصة المناولة والشراكة :** يمكن الانسحاب من العضوية في بورصة المناولة والشراكة عن طريق :

- الاستقالة.
- عدم دفع الاشتراك.[1]

[1] - عزيرو سلمة ، مرجع سابق ، ص 129

- الشطب الذي يقره مجلس الجمعية عن طريق الانتخاب بالأغلبية في حالت الإخلال بالقانون الأساسي أو الداخلي للبورصة.
- يفقد المنسحب من العضوية في البورصة كل حقوقه على أمواله التي دفعها ، كما يمكن للمستقيل أو الذي امتنع عن دفع الاشتراكات ، من الانضمام إلى البورصة إذا رغب في ذالك عن طريق تقديم طلب مكتوب.

الفرع الثاني : تنظيم و صلاحيات بورصات المناولة والشراكة

مهما تكن طبيعة بورصات المناولة فقد أنشئت كمراكز للإعلام التقني الصناعي (بنك للمعطيات) وتعتبر البورصات نقطة التقاء وأداة ضبط بين العرض والطلب على نشاطات المناولة الصناعية وأداة لمساعدة الشركاء .

أولا : المهام الأساسية لبورصات المناولة والشراكة

بالرغم من حداثة بورصات المناولة والشراكة في الجزائر فهي تهدف من خلال نشاطاتها المتعددة إلى تقديم المساعدات لمختلف الشركاء وخاصة لقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وذلك عن طريق قيامها بالمهام التالية :

- إنشاء بنوك معطيات حول القدرات الصناعية للمؤسسات من اجل الوصول إلى دليل فرص المناولة.
- المشاركة في نشاطات تكثيف النسيج الصناعي عن طريق تشجيع إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مجال المناولة .
- ترقية المناولة والشراكة على الصعيد الجهوي والوطني و الدولي .
- استعمال الحد الأقصى للإمكانيات المتواجدة
- ترقية المنتج الوطني والمساهمة في تغطية الأسواق الداخلية بواسطة تطوير نسبة النوعية /السعر.[1]

[1] - عزيرو سلمة ، مرجع سابق ، ص129

- تنظيم أيام تقنية وصالونات للعرض ليتقارب أصحاب الأوامر والمناولين.
- المساعدة في تحديد برامج التكوين و رسكلة رؤساء المؤسسات وكذا تأطيرهم .
- تأسيس فضاء وسيط محترف لصالح المتعاملين والذي يمكن أن يكون همزة وصل للتشاور مع السلطات العمومية.

ثانيا : تنظيم وسير بورصات المناولة والشراكة الجزائرية

إن تنظيم وسير بورصات المناولة والشراكة يخضع إلى كل من النظام الأساسي والقانون الداخلي لكل بورصة .

تتكون بورصة المناولة والشراكة من المؤسسات المنخرطة وبمشاركة حكومية ، يقع تسييرها من قبل إطارات مختصة في مجال المناولة والشراكة يتم تعيينها وفق الطريقة التالية:

أ- **الجمعية العامة**: تتكون الجمعية العامة لكل بورصة من المؤسسات الخاصة والعمومية المنخرطة فيها والمتواجدة في إقليمها ، بالإضافة إلى هيئات عمومية ومهنية ، كما تقوم بالأعمال التالية :

- انتخاب مجلس الإدارة.
- المصادقة على القانون الأساسي والقانون الداخلي للبورصة.
- الاطلاع على التقارير الخاصة بالنشاطات المحققة .
- المصادقة على الحسابات الخاصة بالدورة.

ب- **مجلس الإدارة:** يتكون مجلس الإدارة من الأعضاء المنتخبة من طرف الجمعية العامة بالإضافة إلى الأعضاء الشرفية التي تعينها الجمعية العامة والمتمثلة في الهيئات العمومية والهيئات المهنية ، يقوم مجلس الإدارة بـــ:

- انتخاب المكتب التنفيذي .[1]

[1] عزيرو سلمة ، مرجع سابق ، ص130

- متابعة التسيير المالي للبورصة .
- المصادقة على الحسابات الختامية في نهاية النشاط.
- الترخيص لنفقات اللازمة من أجل قيام البورصة بمهامها.

ج - المكتب التنفيذي : يتكون المكتب التنفيذي من الأعضاء المنتخبة من طرف مجلس الإدارة وهم :

- رئيس المكتب التنفيذي.
- نواب للرئيس.
- المؤمن على الخزينة.

د- العمال الدائمين : يقوم رئيس المكتب التنفيذي للبورصة بتوظيف عمال دائمون مختصين في أعمال المناولة عن طريق التوظيف بعقد الكفاءة " contrat de performances" وهم :

- المدير التنفيذي للبورصة .
- إطارات ذوي الاختصاص.
- مساعدون إداريون.[1]

[1] - عزيرو سلمة ، مرجع سابق ، ص130

خاتمة :

إن أهم ما يمكن استخلاصه من هذه الدراسة المتواضعة لموضوع الإطار القانوني لعقد المناولة في التشريع الجزائري أن هذه العملية العقدية هي إستراتيجية اقتصادية كثيرة التطبيق و متبعة ليس فقط في القطاعات الاقتصادية الكبرى، بل حتى في المعاملات البسيطة بين الأفراد، رغم ذلك لم تحض بالاهتمام اللازم خاصة من قبل رجال القانون فالدراسات المتناولة لها قليلة جدا، مع أنها من المواضيع التي تثير العديد من مسائل و إشكالات قانونية و التي تفتح المجال حتما اجتهادات و الأفكار جديدة و متعددة.

فقد حاولت قدر المستطاع التعرض للجوانب القانونية التي يثيرها عقد المناولة ، فتبين عند بداية البحث في هذا الموضوع أن للمناولة مفهوم ذو المعنى مزدوج إذ لها معنى شائع لدى الاقتصاديين و أخر ضيق و محصور لدى رجال القانون.

و قد ركزت على المعنى القانوني للمقاولة الفرعية نظرا لخصوصيته، فهو ينحصر في فكرة عامة و هي فكرة التعاقد من الباطن، في حين أن المعنى الاقتصادي للمناولة لا يخرج تكييفه عن كونه عقد بيع أو عقد توريد، فكان من اللازم تحديد النظام القانوني لعقد المناولة و البدء بتبيان الطبيعة القانونية لهذا العقد، قبل تناول أحكامها.

و بناء عليه قسمت هذه الدراسة إلى قسمين خصصت القسم الأول منها لمفهوم عقد المناولة أما القسم الثاني فتمثل في مجالات إعمال هذه العقود بالنسبة للجزائر حيث تناولت في بداية القسم الأول التعرف على المقصود بعقد المناولة ، فكانت الصعوبة فيه نظرا لقلة المراجع المتناولة لهذا المفهوم و المقتصرة على ما جاء في الفقه الفرنسي، فحاولت قدر المكان إعطاء فكرة عن مفهومه، وتمييزه عن بعض العقود المشابهة له.

وحاولنا في فكرة أخرى تحديد الطبيعة القانونية لعقد المناولة فهو يكون تعاقد من الباطن في صورة المقاولة الفرعية خاصة في مجال البناء وكذا في المجال الصناعي في حال الصناعات الضخمة كصناعة السيارات حيث لا يستطيع المناولون المباشرون تلبية

كافة احتياجات مصنعي السيارات من جميع المكونات والقطع اللازمة لهذه الصناعة ، وهنا يلجأ المناولة من الدرجة الأولى إلى التعاقد من الباطن او الفرعي لمواجهة احتياجات المؤسسات المقدمة للأعمال.

أما في الفكرة الثالثة فتناولنا آثار عقد المناولة و ما ينشئه من التزامات في ذمة كل طرف من أطرافه و ما يترتب من الإخلال بها.

أما في القسم الثاني من الدراسة فتطرقنا إلى مجالات إعمال عقود المناولة حيث انه يتم استخدام صورتين من صور المناولة بكثرة في الجزائر الأولى تتمثل في المقاولة الفرعية وهي كثيرة الاستعمال في مجال البناء أما الصورة الثانية فهي المناولة الصناعية ومجال استعمالها هو الصناعة حيث تربط العلاقة بين المؤسسة الآمرة بالأعمال والمؤسسة المنفذة للأعمال وأما الآليات القانونية التي تدعم أسلوب المناولة وتشجعه فلقد وجدنا أن هناك مجلس وطني مكلف بترقية المناولة وكذا مجموعة من بورصات المناولة والشراكة حيث تطرقنا للأساس القانون لكل منها وكذا الدور والمهام المنوطة بكل جهاز.

و قد أفردت في نهاية هذه الدراسة ملحقا ، الهدف منه لفت الانتباه للتطور الحاصل في مجال المقاولة الفرعية و الاستنارة بما جاءت به التشريعات المنظمة لهذا الموضوع ، خاصة و أن التشريع الجزائري ما زال يفتقر إلى الكثير منها هذا من جهة، و من جهة ثانية إعطاء فكرة للراغبين من المتعاملين في مجال المقاولات و بالاخص المقاولات من الباطن عن أهم البنود الواجب الاتفاق بشأنها عند تحرير العقود حتى يأخذوا ما يرونه مناسب لهم.

و خلاصة هذه الجهد المتواضع يتبين أن المناولة هي أسلوب قانوني يتدخل عن طريقه الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين في عملية تنفيذ العقود المبرمة أساسا من أجل أداء أعمال معينة، خاصة ما يتعلق منها بمقاولات الأشغال أين يكون التعاقد من الباطن حتمية لا بد منها.

ففي مجال مقاولات البناء يولي المقاول اهتمام كبير بالالتزام الملقى على عاتقه من تنفيذ

المشروع حسب المواصفات المحددة و المتفق عليها، و في ذات الوقت يعمل ما في وسعه حتى يتم التنفيذ بأقل كلفة من السعر المحدد بالعقد لأن الفارق المادي الذي يحققه هو هامش الربح الذي يسعى وراءه، و في سبيل ذلك يقوم بالتعاقد من الباطن مع مقاول أو عدد من المقاولين ليُؤَدوا بدلا عنه بعض من الأعمال الموكلة إليه أو حتى كلها، لهذا يمثل المقاول الفرعي حلا استراتيجيا يلجأ إليه المقاول الأصلي لتنفيذ الأعمال التي تعهد بأدائها لصالح رب العمل مستغلا في ذلك إمكانيات المادية و الفنية المتوفرة لدى المقاول الفرعي.

ونود في الأخير إبداء النتائج والتوصيات التالية:

- ضرورة اهتمام المشرع الجزائري بعقد المناولة عن طريق دعمه بمجموعة من القوانين والتنظيمات وهذا لتوضيح أكثر لهذا النوع من العقود .
- تغيير فكرة لجوء معظم المجمعات الصناعية الوطنية إلى مؤسسات مناولة أجنبية على حساب المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين بحجة النقص في الاحترافية والصرامة و التحكم في النوعية أو نقص المعلومات.
- الاتجاه إلى توسيع رقعة المناولة الصناعية من خلال برنامج عملي للتطوير يكفل تحقيق الانسجام في عملية تصنيع السلع التجهيزية والسلع التحويلية، ما يشكّل تحولا لمساري التنمية والاندماج الاقتصادي.
- ضرورة دعم المناولة عن طريق استحداث وسيط بين المؤسسات الصناعية والمناولة ،مهمته التنسيق بين القطاعات في هذا المجال فضلا عن تنصيب وتفعيل المجلس الوطني المكلف بترقية المناولة.

- إدراج بند المناولة في دفتر الشروط وجعلها شرطا لمنح الصفقات او إبرام عمليات الشراكة من قبل شركات تسيير المساهمات في الفروع الإستراتيجية على غرار الصناعات الميكانيكية ، وصناعة السيارات وصناعة الحديد، وهذا من اجل ترقية المناولة.
- ضرورة قيام الشركات الكبيرة الجزائرية بدور فعال في تنميـــة المناولـــة الصناعيـــة الوطنية والحد من الاعتماد على المناولة الخارجية خدمة لمصالحها وقدراتها التنافسيـــة بصفـــة عامة والمساهمة في التنمية بصفة خاصة.
- يجب وضع إستراتيجية وطنية واضحة المعالم بمشاركة كل الفاعلين الوطنيين مثل الجامعة والبنوك والإدارة لرسم معالم أساسية توضح أهداف المناولة
- التسريع في رفع العراقيل البيروقراطية وتقديم التسهيلات لإنشاء نسيج مناولة يضمن توفير الملايين من مناصب العمل.

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

قائمة المصادر والمراجع :

I. المراجع بالغة العربية

أولا : **الكتب**

أ/ المراجع العامة

1 - د .عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

2 - د .حلو أبو الحلو، القانون التجاري الجزائري – الأعمال التجارية و التاجر، ديوان المطبوعات الجامعية 1992 .

3 - الدكتور علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2003.

4 - نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، نطاقه – أحكامه، الطبعة الثانية منشأة المعارف الإسكندرية، 2000 .

5 - د.عبد الناصر توفيق العطار شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني و تشريعات إيجار الأماكن،الطبعة الثالثة ، المطبعة العربية الحديثة ، سنة 1990 .

6 - جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو أثاره، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، سنة 2000 .

7 - د .ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول :مصادر الحقوق الشخصية -المجلد الأول: نظرية العقد -القسم الأول -انعقاد العقد، الطبقة الأولى ، دار وائل للنشر والطباعة، عمان ،2002 .

8 - د .عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قانون البلاد العربية، دار النهضة العربية ، طبعة 1946 .

نموذج عقد مقاولة فرعية في إطار المناولة

- في يوم.....شهر.....من سنة .....أبرم هذا العقد

بين

- (في حالة شخص طبيعي) السيد.....، مقاول، المقيم بـــ.....، المولود بتاريخ.....بـــ.....، مقيد بالسجل التجاري بتاريخ.....، رقم القيد.....

(في حالة شخص معنوي) شركة (شكل الشركة) المسماة.....رأسمالها .....مقرها الإجتماعي.....، يتمثل نشاطها الرئيسي في .....ممثلة بمسيرها السيد .....، مقيدة بالسجل التجاري بتاريخ.....، رقم القيد.....

المسماة في صلب العقد بالمقاول الأصلي

- (في حالة شخص طبيعي) والسيد.....، مقاول، المقيم بـــ.....، المولود بتاريخ.....بـــ.....، مقيد بالسجل التجاري بتاريخ.....، رقم القيد.....

- (في حالة شخص معنوي) وشركة (شكل الشركة) المسماة.....رأسمالها .....مقرها الإجتماعي.....، يتمثل نشاطها الرئيسي في .....ممثلة بمسيرها السيد .....، مقيدة بالسجل التجاري بتاريخ.....، رقم القيد.....

المسمى في صلب العقد بالمقاول الفرعي

العـــــــرض

- إن المقاول الأصلي رست عليه المناقصة الوطنية المحدودة رقم...../..... التي أطلقتها مؤسسة.....، انكان مقرها بـــ، بتاريخ.....، وذلك للقيام بالأشغال التالية:.....(أنظر دفتر الشروط).

- إن دفتر الشروط المشار اليه ينص صراحة على امكانية قيام المقاول الأصلي بتكليف مقاول فرعي للقيام بالأشغال المسطرة في دفتر الشروط أو بعضها في اطار المناولة (في حالة النص الصريح)

-- (في حالة عدم النص الصريح تصاغ هذه الفقرة كالتالي) - إن دفتر الشروط المشار اليه لم ينص صراحة على امكانية قيام المقاول الأصلي بتكليف مقاول فرعي للقيام بالأشغال المسطرة في دفتر الشروط أو بعضها في اطار المناولة مما يعني اعمال القواعد العامة لاسيما المادتين 564 و565 من القانون المدني.

- حيث أن المقاول الفرعي بوصفه هيئة مؤهلة للدخول في هذا المشروع يرغب في تنفيذ وإكمال المشروع وفقا لشروط الموضحة في هذا العقد المشار إليها فيما بعد .

- وحيث أن المقاول الفرعي يوافق على التعهد بتنفيذ وإكمال المشروع بموجب الشروط الموضحة في هذا العقد

- لذا فقد أتفق الطرفان في مقابل التعهدات المتبادلة الواردة في هذا العقد على ما يلي :

-- المادة الأولى : الموضوع

يقتصر العقد الحالي على انجاز المنشآت والمعدات التالية التي يشملها دفتر الشروط والتصاميم الملحقة به, ولا يجوز تعديل الاأشغال بدون موافقة كتابية من الطرفين المتعاقدين.

المادة الثانية: فترة تنفيذ الأعمال

يبدأ المقاول الفرعي في تنفيذ الأعمال في غضون .....يوما من امضاء العقد الحالي

يتعهد المقاول الفرعي بإنهاء الأعمال المنصوص عليها في المادة الأولى في موعد لا يتجاوز .....

يجوز للمقاول الفرعي العمل 24 ساعة في اليوم لإنهاء الأعمال في الموعد المحدد إذا تطلب الأمر ذلك على أن يتم ذلك وفق القوانين والأنظمة المعمل بها حاليا.

الإهداء	
كلمة شكر	
مقدمة	01
الفصل الأول : مفهوم عقد المناولة	05
المبحث الأول :تعريف عقد المناولة وتمييزه عن غيره من العقود	05
المطلب الأول: تعريف المناولة	05
المطلب الثاني : تمييز عقد المناولة عن غيره من العقود	10
الفرع الأول : عقد المناولة والتنازل عن العقد	10
الفرع الثاني : عقد المناولة و العقد المشترك	14
المبحث الثاني :الطبيعة القانونية لعقد المناولة	13
المطلب الأول :عقد المناولة عقد من الباطن	17
الفرع الأول : التعريف بالعقد من الباطن	17
أولا: العقد من الباطن وفقا للفقه التقليدي	17
ثانيا: العقد من الباطن وفقا للفقه الحديث	18
الفرع الثاني :نطاق العقد من الباطن	20
أولا: العقود القابلة للتعاقد من الباطن	21
ثانيا :العقود المستبعدة من نطاق التعاقد من الباطن	21
المطلب الثاني: شروط التعاقد من الباطن	22
الفرع الأول : أن يتبع العقد من الباطن عقد أصلي سابق له	22
أولا :وجود عقد أصلي سابق	23
ثانيا :أن يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي	23
الفرع الثاني :قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن	25
أولا :القبول في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي	25
ثانيا :القبول في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي	27
المبحث الثالث : آثار عقد المناولة	29
المطلب الأول :التزامات المقاول الفرعي	29