الجامعة اللبنانية

كليّة الحقوق والعلوم السياسية والادارية

الفرع الثاني– جل الديب

المقاولة من الباطن

رسالة أعدّت لنيل شهادة الماستر ٢ بحثي في القانون الخاص

إعداد

لارا مارون ونّا

لجنة المناقشة

الدكتور جورج الأحمر	الأستاذ المشرف	رئيساً
الدكتور ربيع منذر	أستاذ مساعد	عضواً
الدكتور أحمد إشراقية	أستاذ مساعد	عضواً

٢٠١٩

الجامعة اللبنانية غير مسؤولة عن الاراء الواردة في هذه الرسالة وهي تعبّر عن رأي صاحبها فقط.

الشكر

أتوجه بالشكر الجزيل من الدكتور جرجس الأحمر لإشرافه على دراستي ودعمه وإرشاده المستمر، وتقديم الملاحظات القيّمة التي ساعدتني على انجازها.

الاهداء

الى اللذين آمنا بي دون حدود، الى أمي وأبي، وإلى صديقي العزيزين القاضي جويل أبو عبد الله والمحامي إيلي نعيم.

ملخص

إن عقد المقاولة هو عقد يلتزم بمقتضاه المقاول على إتمام عمل معين لصاحب العمل مقابل بدل مناسب أهمية العمل حسب ما عرفته المادة ٦٢٤ من قانون الموجبات والعقود. ومع تطور أعمال المقاولة وتنوعها، أصبحت قدرة المقاول على إنجاز الأعمال وحده، دون الإستعانة بأية مساعدة من الغير، شبه مستحيلة. فلجأ المقاول إلى ما يعرف بالتعاقد من الباطن مع مقاوليين ثانويين ذو إختصاصات متنوعة ومختلفة.

بناءً على ذلك، وفي ظل عدم تكريس المشرّع اللبناني لتعريف المقاولة من الباطن، يمكن إستنتاج تعريف المقاولة من الباطن عبر التطرق إلى تشريعات أخرى ومن بينها القانون الفرنسي الذي عرّف المقاولة من الباطن في المادة الأولى من القانون رقم ١٣٣٤/٧٥ المؤرخ في ٣١ كانون الأول ١٩٧٥، والمتعلق بالتعاقد من الباطن بأنه العملية التي بموجبها يعهد المقاول وتحت مسؤوليته إلى شخص آخر يدعى المقاول من الباطن، بتنفيذ كل أو جزء من عقد المقاولة أو صفقة عمومية مبرمة مع رب العمل.

غير أنه لتحديد الأحكام التي ترعى المقاولة من الباطن والأثار المترتبة على الأطراف التعاقدية نتيجة التعاقد من الباطن، كان لا بد من التطرق الى مفهومها وخصائصها وكيفية إجراء التعاقد من الباطن بطريقة صحيحة وقانونية كما وتحديد الاثار القانونية التي تنتج عن هذا التعاقد والمسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذ الإلتزامات العقدية.

من هنا إعتمدنا تقسيم الرسالة إلى قسمين. القسم الأول يضيء على مفهوم وخصائص عقد المقاولة من الباطن. أما القسم الثاني من هذه الرسالة فيتمحور حول الأثار القانونية المترتبة عن التعاقد من الباطن.

المقدمة

إن مبدأ الرضى هو الذي يسود النظام القانوني للعقود وما يتضمّنه من حرية التعاقد وحرية الفرقاء في ترتيب علاقاتهم كما يشاؤون، على ما نصت عنه المادة ١٦٦ من قانون الموجبات والعقود. إلا إنه نتيجة التطور الحديث الذي شهدته الدورة الاقتصادية في العالم، وما نتج عنها من عقود تبادل في السلع والخدمات لإنجاز المشاريع الكبرى كالمباني والطرقات والأنفاق والجسور، وما تفرع عنها من عقود مستحدثة، إكتسبت بموجبه العقود الحديثة نظاماً قانونياً خاصاً بها.

فإن المفهوم التقليدي للعقد لم يعد قائماً كما في السابق، حيث تنحصر أثاره بين أطرافه ولا يمكن للغير أن يستفيد أو أن يتضرر من علاقات قانونية لم يكن طرفاً فيها وذلك سنداً لأحكام قاعدة نسبية العقود. بل تطور هذا المفهوم وبدأ يكتسب صفات الأداة الاقتصادية والمالية الموظفة في مشاريع كبرى بحيث أنه أصبح بالإمكان تحويل العقد بكامله من شخص لآخر.

ومن بين صور التقدم الصناعي والاقتصادي إنتشار المشاريع الكبرى التي تستوجب تضافر جهود شركات ومقاولين عديدين في سبيل تنفيذها. وحتى إن مشاريع محدودة، كتشييد بناء، أصبحت تتطلب إختصاصات متنوعة. ما حمل المقاول الأصلي الذي تعهد بتشييد البناء وتسليمه جاهزاً لصاحب المشروع، على التعاقد مع صناعيين ومقاولين عديدين، دون ان يلجأ حتماً الى إشراك صاحب المشروع في هذه العقود.

وقد تناول المشرّع اللبناني أحكام المقاولة في المادة ٦٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث عرّف المقاولة بنصه " *عقد المقاولة أو اجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه اتمام عمل معين لشخص اخر مقابل بدل مناسب لاهمية العمل* ". كما خصّص نصوصاً قانونية تنظّم الأعمال القانونية ومنها الإجارة من الباطن والنقل وغيرها من الأعمال، غير إنه لم يتطرق الى أحكام المقاولة من الباطن بنص خاص وهي من أحدث الأعمال التي يلجأ اليها المقاولين في يومنا هذا لتنفيذ الأعمال والمشاريع الكبرى.

ويتحدّد موضوع عقد المقاولة في الشيء أو العمل الذي يلتزم بصنعه أو بتأديته أحد أطرافه وهو المقاول لمصلحة الطرف الثاني وهو صاحب العمل أو ما يعرف بصاحب المشروع. ونتيجة لتطور المشاريع الكبرى وما تطلّبه من أموال وعمّال لتنفيذها في مدة محدّدة مقابل محدودية وسائل المقاول المادية وإنحصار اختصاصه في مجال واحد. ولتفادي ذلك، لجأ المقاول الى الإستعانة بمقاولين آخرين يكلفهم بإنجاز كامل أو جزء من المشروع حسب تخصّص أو خبرة كل منهم. فإذا تمّ هذا التعاقد، عرفت هذه الظاهرة الحديثة للعقود

بالمقاولة من الباطن، فيعرّف المقاول الثاني" بالمقاول الفرعي" أو " المقاول من الباطن "، ويصبح المقاول الأول المتعاقد مع صاحب المشروع يسمى " بالمقاول الأصلي أو الأساسي".

أثار هذا التصرف نتائج قانونية جديدة لم تكن بارزة على صعيد العلاقات التعاقدية، فكلّما تقدم التطور الصناعي والاقتصادي كلما أوجد علاقات قانونية مستحدثة تستدعي أحياناً تشريعاً خاصاً بها أو توسعاً في إجتهاد المحاكم بحيث يشمل أو يستوعب الأوضاع القانونية المستجدة. فضلاً عن إن القانون المدني الذي لم يورد من ضمن أحكامه المنظمة للمسؤولية المدنية ما يطبق على هذه الحالة وما ينتج عنها من أثار، ولا سيما فيما يتعلق بمدى مسؤولية المدين المقاول بالالتزام العقدي عن فعل الإخلال الصادر عن الأشخاص الذين إستعان بهم لتنفيذ التزاماته العقدية، والآثار التي تنتج عن التعاقد من الباطن.

وقد أحدث التعاقد من الباطن علاقات ثلاثية الأطراف، علاقة بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي وهي علاقة تعاقدية تحدد في التعاقد الأصلي وهو عقد المقاولة الأصلي، وعلاقة تعاقدية أخرى بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن تعرف بعقد المقاولة من الباطن أو عقد المقاولة الفرعي، وعلاقة أخرى تنشأ بين صاحب المشروع والمقاول من الباطن نتيجة التعاقد من الباطن الذي قام به المقاول الأصلي، إنما هذه العلاقة ليست بتعاقدية انما لها احكام خاصة بها سنتطرق لها في بحثنا.

ونظراً لأهمية التعاقد من الباطن لإنجاز المشاريع محل عقد المقاولة الأصلي، فكان لا بد من تقييد حرية المقاول في اللجوء الى المقاولة من الباطن، عن طريق إدراج شرط في عقد المقاولة من الباطن يمنعه من الإستعانة بالغير دون الإستحصال على موافقة صاحب المشروع.

وعليه، إذا أقدم المقاول الأصلي على التعاقد من الباطن، أحدث هذا التصرف حالة جديدة، وهي علاقة صاحب المشروع بالمقاولين من الباطن الذين تعاقد معهم المقاول الأصلي. مثال على ذلك أن تأتي التجهيزات الكهربائية أو الصحية غير متوافقة مع المواصفات التي وضعها المهندسون، فهل من سبيل لصاحب المشروع أن يداعي بشأنها المقاولين الثانويين الذين وضعوها أم عليه أن يدعي على المقاول الأصلي الذي تعاقد معه؟ هذا السؤال يؤدي الى طرح سؤال أخرى وهي: هل إن مسؤولية المقاولين من الباطن تجاه صاحب المشروع مسؤولية عقدية، تبعاً للعقد الأصلي الذي يربطه بالمقاول الأصلي، أم انها مسؤولية تقصيرية بإعتبار إن لا رابطة تعاقدية تربطه بهم؟ فإن الفائدة من تحديد العلاقة بين صاحب المشروع والمقاولين من الباطن

ترتدي طابعاً هاماً بالنظر لانعكاسات كل منها على وضع صاحب المشروع والمقاول من الباطن من حيث ممارسة الدعوى المدنية ضمن مهل محددة ونطاق التعويض وإمكانية الارتداد على شخص اخر للضمانة.

هذه التساؤلات تطرح إشكالية على درجة من الدقة والتعقيد، تتمثل، وفي ضوء عدم معالجة القانون اللبناني للمقاولة من الباطن، في تحديد مفهوم المقاولة من الباطن والمسؤوليات والاثار الناتجة عنها بين أطراف العلاقة.

إذ يعد عقد المقاولة من أبرز العقود التي يمكن أن تبرز فيها تطبيقات المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لذلك سنتطرق في بحثنا هذا الى دراسة الأثار المترتبة عن إقدام المقاول الأصلي الى إجراء المقاولة من الباطن، من خلال تفصيل ماهية المقاولة من الباطن وخصائص هذا التعاقد (القسم الأول) ومن ثم التطرق الى الأثار المترتبة عن هذا التعاقد والإجراءات القانونية التي يمكن إتخاذها في حال حصول ضرر ناتج عن أعمال المقاولة (القسم الثاني).

القسم الأول: ماهية المقاولة من الباطن

إن عقد المقاولة هو عقد يلتزم بمقتضاه المقاول على إتمام عمل معين لصاحب العمل مقابل بدل مناسب لأهمية العمل. ومع تطور أعمال المقاولة وتنوعها، أصبحت قدرة المقاول على إنجاز الأعمال وحده، دون الإستعانة بأية مساعدة من الغير، شبه مستحيلة، باستثناء بعض أنواع المقاولات البسيطة التي تخول المقاول تنفيذها بنفسه.

إلا إن أغلب المقاولات الحديثة لا تمكن المقاول من تنفيذها الا بواسطة إستعانته بالغير، وذلك عبر إجراء ما يعرف بالتعاقد من الباطن، كما في مقاولات البناء الكبرى، أو على أقل تقدير على صورة مساعدين أو معاونين[١]. ولتبيان ماهية عقد المقاولة من الباطن، يجدر بنا التطرق أولاً إلى مفهوم عقد المقاولة من الباطن (الفصل الأول) ومن ثم التطرق إلى كيفية تكوين عقد المقاولة (الفصل الثاني).

[١] مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، الجزء الأول، ص ١٤١.

الفصل الأول: مفهوم عقد المقاولة من الباطن

يعد التعاقد من الباطن في يومنا من أبرز العقود التي تنعقد بهدف تنفيذ اعمال المقاولة، حيث يقوم المقاول الأساسي بالاستعانة بمقاولين من الباطن من أجل تنفيذ أعمال المقاولة التي إلتزم بها في عقد المقاولة الأساسي. فينفذ المقاول من الباطن هذه الأعمال على نحو مستقل بعيداً عن إشراف المقاول الأساسي وتوجيهاته المباشرة[٢].

ومع تطور أساليب الفن المعماري والزامية التخصص المهني بمجال محدّد وخاص، أصبح للمقاولات الفرعية مكانة بارزة في يومنا، فنشأت مقاولات متخصصة في مجالات عدة وعلى سبيل المثال لا الحصر أعمال البناء والترميم والهدم والتصميم والديكور وأعمال التركيبات الكهربائية والالكترونية والحجارة والباطون، ومقاولات أخرى تختص بإنجاز الجسور والأنفاق، عرفت هذه المقاولات بالـ "التعاقد من الباطن"، ويتم اللجوء إلى هذا النوع من التعاقد في حالتين:

تتمثل الحالة الأولى في عدم توفر الإمكانيات الكافية للمقاول الأصلي سواء الفنية أو المادية وحاجته إلى هذه الإمكانيات كي يتمكن من تنفيذ المشروع نظراً لضخامته، مما يصعّب عليه القدرة في إنجاز المشروع بنفسه بالنظر إلى محدودية وسائله.

أمّا الحالة الثانية فهي عند عدم توفر الوقت اللازم أمام المقاول الأصلي لإنجاز المشروع وإمكانية تسليمه في المدة المتفق عليها في عقد المقاولة الأصلي، فيلجأ الى التعاقد من الباطن بهدف تسليم المشروع في المهلة المحددة تفادياً لمخالفة التزاماته العقدية.

فتتم في هاتين الحالتين الإستعانة بمقاولين آخرين متخصصين لتسريع تنفيذه في المدة المحددة وبالتقنيات المطلوبة. ومن أجل إعطاء مفهوم أوضح لعقد المقاولة من الباطن، لا بدّ من البحث في تحديد ما هي المقاولة من الباطن وذلك عبر تعريف ما هو هذا العقد (المبحث الأول)، ثم تمييز عقد المقاولة من الباطن عن غيره من الأعمال المشابهة (المبحث الثاني).

---

٢ محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١، صفحة ١٥٥.

المبحث الأول: تعريف المقاولة من الباطن

يعد التعاقد من الباطن من أبرز الأعمال التعاقدية الحديثة في يومنا، فهو في الأصـــل خروج عن المبدأ القائل بأن أطراف العقد هم المعنيين الوحدين بتنفيذ العقد، وعليهم تنفيذ العقد بأنفسهم. فإذا كان المقاول الأساسي ملزم بتنفيذ الأعمال المتفق عليها مع صحاب المشروع، فإن ذلك لا يعني قيامه شخصياً بتنفيذ هذه الأعمال، الا إذا حدّد ذلك صـراحةً في العقد أو قد تمّ التعاقد معه لإعتبارات شـخصـية[٣]. لذلك يلجأ المقاول الأساسي إلى ما يعرف بالتعاقد من الباطن، كونه يشكل أحد ضروريات العمل.

الفقرة الأولى: التعريف التشريعي لعقد المقاولة من الباطن

لقد فرض تطور ميدان الأعمال في المشاريع الكبرى لا سيما في مجال البناء ضرورة تعاون عدة أشخاص فيما بينها سواء كانت طبيعية أو معنوية. فقد عجزت المقاولات الفردية وحتى الشركات الصغيرة والمتوسطة من توفير الوسائل الكافية لإنهاء الصفقات الضخمة في الوقت المحدد، فكان من الضروري اللجوء إلى التعاقد من الباطن.

فقد لا يملك المقاول الأساسي المال اللاّزم لتنفيذ المشروع، أو قد لا يتمتع بكافة المهارات الفنية او التقنيات المناســبة مما يســمح له بتنفيذ العقد كاملاً بنفســه. لذلك من النادر جداً أن تتوافر في نفس المتعاقد المقدرة لتنفيذ كامل العقد بنفسه، فلا يكون له من سبيل سوى اللجوء الى التعاقد من الباطن[٤] مع شخص ثالث خارج عن العلاقة التعاقدية ومن ذوي الإختصاص لتنفيذ العقد.

فإتفاق المقاول مع مقاولين من الباطن لتنفيذ بعض أو كامل عقد المقاولة وارداً عملياً وقانونياً، ما لم يرد مانع من قبل صاحب المشروع[٥]، يشكل حالة التعاقد من الباطن التي سنتطرق أدناه الى تعريفها مفصّلاً.

---

٣ محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١، صفحة ١٥٦.

4 René Chapus ،Droit administratif général, Droit administrative général, T. 2, 15eme éd., op. cit, p. 622

٥ مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، الجزء الأول، عام ٢٠٠١، صفحة ٣١٣.

لم يأت قانون الموجبات والعقود اللبناني بنصوص صريحة تتعلق بالمقاولة من الباطن، ولكن سنتطرق أدناه الى تعريفها عبر التطرق إلى تشريعات أخرى، ومن ثم إلى إستخلاص مفهوم عام لعقد المقاولة من الباطن من نصوص قانون الموجبات والعقود.

أولاً : تعريف عقد المقاولة من الباطن في التشريع الفرنسي

خصّص المشرّع الفرنسي، وخلافاً للمشرّع اللبناني، التعاقد من الباطن بتشريع خاص مستقل تناول بمقتضاه التعاقد من الباطن في عقد المقاولة وذلك في القانون رقم ١٣٣٤/٧٥ الصادر في ٣١ كانون الأول ١٩٧٥ والمتعلق بالتعاقد من الباطن.

وقد عرّف المشرع الفرنسي التعاقد من الباطن في المادة الأولى من القانون السابق الذكر بأنه العملية التي بموجبها يعهد المقاول وتحت مسؤوليته إلى شخص آخر يدعى المقاول من الباطن [٦]، بتنفيذ كل أو جزء من عقد المقاولة أو صفقة عمومية مبرمة مع رب العمل[٧]. ويتضح من المادة المذكورة أعلاه، بأن المشرّع الفرنسي قد إعتبر إن التعاقد من الباطن قد يقع على التنفيذ الكلي أو الجزئي لعقد المقاولة الأصلي[٨].

ثانياً: تعريف عقد المقاولة من الباطن في تشريعات الدول العربية

عرفت بعض قوانين الدول العربية عن عقد المقاولة من الباطن ونذكر بعضاً منها على سبيل المثال:

أ – المقاولة من الباطن في في القانون المدني المصري:

---

6 French law – LAW ON SUBCONTRACTING (n°75-1334)- article 1 – Pursuant to this Law, subcontracting shall be understood to mean the process by which a contractor entrusts, by means of a subcontract, and under their responsibility, all or part of the execution of a works contract or public contract concluded with the client to another person known as the subcontractor

7 Article 1 of LAW ON SUBCONTRACTING (n°75-1334) (Amended by Law No 98-69 of 6 February 1998, Article 11, Official Gazette of the French Republic of 7 February 1998) :Pursuant to this Law, subcontracting shall be understood to mean the process by which a contractor entrusts, by means of a subcontract, and under their responsibility, all or part of the execution of a works contract or public contract concluded with the client to another person known as the subcontractor.

٨ مجلة جامعة البعث، المجلد ٨٣ العدد ٤٩ ، زياد العرسان وعمار التركاوي، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الادارية.

نصت المادة ٦٦١ من القانون المدني المصري على المقاولة من الباطن حيث ورد بأنه[٩]:

"١- يجوز للمقاول أن يكـــِل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية.

٢- ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسؤولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل."

ب – المقاولة من الباطن في القانون المدني القطري:

نصت المادة ٧٠٩ من القانون المدني القطري منه على انه:

" ١- يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او جزء منه الى مقاول من الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شـرط في العقد، أو لم يكن من شـأنه طبيعة العمل أن تكون شـخصـية المقاول محل اعتبار.

٢- ومع ذلك تبقى التزامات المقاول الأصـــلي قبل رب العمل قائمة، ويكون مســؤولاً قبله عن اعمال المقاولة من الباطن".

ج – المقاولة من الباطن في القانون المدني العراقي:

نصت المادة ٨٨٢ من القانون المدني العراقي على إنه:

"١- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه في ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية.٢- ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".

ويسـتنتج من النصـوص المذكورة أعلاه أنه يمكن للمقاول أن يقاول من الباطن في كل العمل الملتزم به أو جزءاً منه ما لم يوجد شـرط صـريح أو ضـمني يمنعه من ذلك. أي إما أن يسـتنتج ذلك صـراحة من مضمون العقد الموقع فيما بين الطرفين، وإما يمكن استنتاج ذلك من ظروف التعاقد. فإذا كانت طبيعة العمل تعتمد على مهارات المقاول الشـخصـية، كالمهارات الفنية التي يتمتع بها المقاول والتي دفعت رب العمل الى

٩ أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل،عام ١٩٦٤، الجزء السابع،صفحة ٢٠٨.

التعاقد معه، ففي هذه الحالة يكون هنالك شرط ضمني مانع من أن يقوم المقاول بايكال العمل أو حتى جزءاً منه إلى مقاول من الباطن.

الفقرة الثانية: غياب تعريف عقد المقاولة من الباطن من التشريع اللبناني

من حيث المبدأ، إن التعاقد من الباطن هو قيام المقاول الأصلي بعمل قانوني يعهد من خلاله المقاول الأساسي الى الغير، أي المقاول من الباطن، بتنفيذ كامل أو جزء من العقد الأصلي، على أن يبقى مسؤولاً تجاه رب العمل عن تنفيذ كامل العقد.

ويمكن تحديد مفهوم المقاول من الباطن أيضاً بأنه " ذلك الشخص الذي يعهد إليه المقاول الأصلي تنفيذ كل أو جزء من الصفقة التي أبرمها هذا الأخير مع رب العمل، وذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، وهو عقد يجب أن تتوافر فيه كافة خصائص عقد المقاولة". وسنتطرّق أدناه للتعريف الفقهي لعقد المقاولة من الباطن[١٠].

أولاً: التعريف الفقهي لعقد المقاولة من الباطن

أ- عرّف الفقيه محمد جعفر المقاول من الباطن بأنه:

"كل من يوكل إليه المقاول الأصـــلي تنفيذ العمل الذي إلتزم به في عقد المقاولة في جملته أو في جزء منه، ويتم هذا الإيكال عن طريق إبرام عقد ما بين المقاول الأصلي والمقاول الثانوي يعرف بعقد المقاولة الثانوي أو من الباطن يتضـــمن إلزام المقاول الثانوي بتنفيذ العمل الذي التزم به المقاول الأصلي في مواجهة صاحب العمل"[١١].

ب- عرّف الدكتور الياس ناصيف لعقد المقاولة من الباطن:

[10] Henri Capitant, Les grands arrest de la jurisprudence civile,2015, p. 256.

[١١] محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١، صفحة ١٥٦.

"فهؤلاء الأشـــخاص الذين يتعاقد معهم المقاول الأســـاســـي للقيام بأعمال فرعية، هم المقاولون من الباطن بحيث يتولى كل منهم، بصورة مستقلة، وضمن شروط متفق عليها القيام بأحد هذه الأعمال، ويتولى المقاول الأساسي التنسيق بين أعمال المقاولين من الباطن[١٢]".

بناءاً على ما ورد أعلاه، يمكن إستنتاج تعريف لعقد المقاولة من الباطن بأنّه " العقد الذي يتفق بمقتضاه مقاول يعرف بالمقاول الأصلي، في إطار تنفيذه لعقد المقاولة الذي يربطه بصاحب المشروع، وتحت مسؤوليته، مع مقاول آخر يعرف بالمقاول من الباطن بإنجاز كل أعمال البناء موضوع المشروع أو بعضها، مقابل أجر يتفقان عليه، دون أن تنشأ بينهما علاقة تبعية، إذ يتصرّف المقاول من الباطن باستقلالية عن المقاول الأصلي".

وأخيراً لا بدّ من التمييز بين المقاول والمهندس، فالمقاول حسب ما حددته المادة الرابعة من المرسوم التطبيقي لقانون البناء رقم ٩٢\٣٧٩١ بأنه من ينفذ الاشـغال إذا كانت الأعمال تتم بالتلزيم، أو هو المسؤول عن تنفيذ الأشغال إذا كانت تتم بطريقة الأمانة أو وكيل المالك مباشرة أو غيره، فإذاً هو المسؤول عن التنفيذ بينما المهندس هو الشـخص المهني المتخصـص بمجال معين، فإن نشـاط هذا الأخير متنوع ومتشـعب تبعاً لتعدد الإختصاصات[١٣].

ثانياً: إستخلاص التعريف من نصوص قانون الموجبات والعقود

لم يعرّف المشـرّع اللبناني المقاولة من الباطن بنصـوص صـريحة كما عرّف أعمال المقاولة، إلا إنه يمكن إستخلاص مفهومها من مادتين نص عليهما قانون الموجبات والعقود اللبناني وهما[١٤]:

- المادة ٦٣٥ موجبات وعقود والتي نصـت على ما يأتي: "*من يؤجر عمله او خدمته لا يجوز له ان يعهد في الاجراء الى شـخص آخر اذا كان يسـتنتج من نوع العمل او من مشـيئة المتعاقدين ان من مصلحة المستأجر ان يقوم المؤجر نفسه بالعمل*".

[١٢] الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء التاسع عشر، صفحة ١٢.

١٣ نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة، عام ٢٠٠٩، صفحة ٢٤.

[١٤] أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، عام ١٩٦٤، الجزء السابع، صفحة ٢٠٦.

- والمادة ٦٣٨ من القانون نفسه التي تنص على أنه: "*يكون المؤجر مسؤولا عن عمل الشخص الذي يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه. غير انه اذا اضطر بسبب ماهية العمل الى الاستعانة بأشخاص آخرين فهو لا يتحمل تبعة ما، على شرط أن يقيم البرهان:*
اولا- على انه بذل كل العناية اللازمة في اختيار عماله وفي مراقبتهم.
ثانيا- على انه استنفذ ما في وسعه ليحول دون التخلف عن اجراء الموجب ويتلافى نتائجه المضرة".

بنـــاء على ما سبق، يستخلص من نص المادة ٦٣٥، وخلافاً لنص المادة ٦٣٨، لم تسمح للأجير أن يلزم غيره بتنفيذ أعماله وذلك بسـبب الطابع الشـخصـي لالتزامه بتأدية الأعمال، وبالتالي فعليه أن يقوم بنفســه بتنفيذ الإلتزام الناشـئ عنه، فصـاحب العمل عندما يبرم عقد عمل مع أجير، فانه يعقده بناءً على الميزات الشخصية والكفاءات والمهارات التي يتمتع بها هذا الأجير[١٥]، لذلك جاءت المادة ٦٣٥ م.ع. المشار إليها أعلاه تنص صـراحةً على عدم قدرة الأجير بأن يعهد العمل المكلف به الى شـخص اخر بل عليه أن يقوم بتنفيذه شخصياً.

وعليه ونظراً للطابع الشـخصـي الذي يسـود عقود العمل، لا يجوز للأجير أن يعهد الى غيره بتنفيذ العمل الذي اوكل إليه أو بعضه الا بموافقة صاحب العمل الصريحة.

غير انه قد يحدث أن لا يسـود الطابع الشـخصـي للأجير على طبيعة التعاقد، في هذه الحالة يجوز لهذا الأخير ان يعهد بتنفيذ العمل الى الغير بعد اخذ موافقة رب العمل على ذلك، تطبيقاً لما نصـت عليه المادة ٦٣٥ موجبات وعقود المذكورة.

ويسـتدل منها للوهلة الأولى بأن شـخصـية الاجير ليس محل إعتبار في العقد لتأدية التزامه. ولكن حقيقة الأمر هي إن التزام الأجير بتأدية عمله هو التزام قائم على طابع شـخصـي، وقد يغلب في معظم الأحيان أن تدرج صفات الاجير الخاصة وإمكانياته الشخصية في صلب العقد عند إنشائه.

يستنتج مما تقدم إن الطابع الشخصي يقوم على نوع العمل الموكل إلى المقاول للقيام به مما يفترض معه الركون الى كفايته الشـخصـية، وتوضـيحاً أكثر إن الطابع الشـخصـي هو عندما يقصـد رب العمل من

---

١٥ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع، صفحة ١٧.

التعاقد مع شخص معين بالذات قيام هذا الأخير بنفسه بتنفيذ العمل، كما يمكن أن يستنتج الطابع الشخصي عندما يتم إدراجه حرفياً في العقد الموقع بين الفرقاء[١٦].

فإذا تبين إن العقد قائم على الطابع الشخصي، إمتنع على الأجير أن يكلف عمله إلى الغير سواء كلياً أو جزئياً دون موافقة رب العمل الصريحة والمسبقة كما لا يجوز عندها أن يحل شخصاً اخر محله في العقد اذا إستحال عليه شخصياً القيام به.

أما المادة ٦٣٨ فقد أفسحت المجال أمام مؤجر العمل الإستعانة بغيره من الأجراء على أن يتحمل كل المسؤولية عن الأشخاص المستعان بهم[١٧].

وبرأينا إذا كانت المادتان ٦٣٥ و٦٣٨ موجبات وعقود تطبقان بسهولة في عقود العمل، فهما تطبقان أيضاً في عقد المقاولة من الباطن كونها من العقود التي تنعقد مع شخص ما للقيام بعمل معيّن، وبالتالي يستمد منهما أن المقاولة من الباطن ممكنة من دون أن ينص على ذلك صراحةً قانون الموجبات والعقود.

نستخلص مما جرى بيانه أعلاه أنه يفترض لقيام المقاولة من الباطن وجود عقدين متميزين يستقل أحدهما عن الآخر، **العقد الأول** هو عقد المقاولة الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي والذي تم تحديد مفهومه أعلاه **والعقد الثاني** هو عقد المقاولة من الباطن وهو لاحق بالضرورة لعقد المقاولة الأصلي، يبرم بين المقاول الأصلي، ومقاول آخر هو المقاول من الباطن.

وعلى الرغم من إستقلالية كل من العقدين، أي عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، عن العقد الآخر، من حيث إبرامه ومن حيث أطرافه، إلا إنهما يشتركان معاً في محل العقد وموضوعه، وهو القيام بعمل معين لصالح رب العمل.

ما يستدعي، تبعاً لما تم شرحه أعلاه، الإشارة أنه لقيام رابطة عقدية بين أطراف عقد المقاولة من الباطن، أي فيما بين رب العمل والمقاول الأساسي والمقاول من الباطن، لا بدّ من تلاقي إرادة هذه المجموعة تجاه هدف واحد وهو إنفاذ المشروع موضوع عقد المقاولة.

---

١٦ محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١، صفحة ١٢٦.

١٧ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عام ٢٠٠١، صفحة ٧٨.

فإن الرابطة بين عقد المقاولة الأساسي وعقد المقاولة من الباطن، تتحقق بفعل إنتقال موضوع الأداء المباشر من العقد الأول أي عقد المقاولة الأساسي إلى العقد الثاني أي المقاولة من الباطن، وبالتالي إن تنفيذ موضوع الأداء المحدد في العقد الأول يتوقف على تنفيذ الموجب في العقد الثاني[١٨].

وبعد تحديد مفهوم عقد المقاولة من الباطن، سننتطرق أدناه الى التمييز بين المقاولة من الباطن والتصرفات المشابهة.

المبحث الثاني: التمييز بين المقاولة من الباطن والتصرفات المشابهة

من الميزات الأساسية لعقد المقاولة هي إمتلاك المقاول عدة طرق لتنفيذ التزاماته، فيتعاقد هذا الأخير مع شخص آخر من الباطن، وهو المقاول من الباطن، من أجل تنفيذ كل الالتزامات الملقاة على عاتقه أو بعضها في إطار عقد المقاولة من الباطن. كما بإمكانه إنابة أو توكيل شخص اخر، ولاسيما عمال تابعين له عبر إبرام عقود العمل.

لذلك قد يختلط عقد المقاولة من الباطن ببعض التصرفات التي قد تتشابه معه في بعض المزايا، كالتنازل عن عقد المقاولة، وعقود العمل، والوكالة لذلك كان من الضروري ان نتطرق الى هذا النوع من التصرفات القانونية وتمييزها عن عقد المقاولة من الباطن.

ومن خلال ذلك يمكن إستخلاص نوعين من الإستعانة بالغير، الأول قيام المقاول بالاستعانة بأشخاص اخرين للمساعدة من دون إخراجه من العلاقة التعاقدية، أما النوع الثاني فهو الذي يحصل في حالة التنازل الكلي عن العقد للغير والذين سنتطرق لأحكامهما أدناه.

الفقرة الأولى: التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة

قد يقوم مقاول البناء الأساسي بالتعاقد مع مقاول من الباطن لتنفيذ جزء من المشروع المكلف بإنجازه، كما قد يتفق معه على تنفيذ كامل أعمال المشروع. وإذا كانت الحالة الأولى لا تطرح أي إشكال في اعتبار الصفقة مقاولة من الباطن، فإن تكليف المقاول من الباطن بتنفيذ كامل مشروع البناء موضوع عقد المقاولة، يثير بعض اللبس، في مدى اعتبار التصرف تعاقد من الباطن أم تنازل عن المقاولة.

---

١٨ محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في اطار مجموعة العقود، طبع عام ٢٠١١، صفحة ٤١٤.

إن المشرع اللبناني لم ينص عن حالة التنازل عن عقد المقاولة في نصوص خاصة كما نص على ذلك في عقود الايجار، إذ نظّم هذا الأخير جزءاً خاصاً حول التنازل عن الايجار في قانون الموجبات والعقود، فمنع صراحة المستأجر من التنازل عن إيجاره إذا كان قد نصّ على ذلك صراحة عقد الإيجار.

ويبرر عدم تنظيم المشرع لمسألة التنازل عن المقاولة، لعدم شيوعها في ميدان الأعمال، خلافاً للمقاولة من الباطن التي يكثر اللجوء إليها من أجل إنجاز المشاريع في الوقت المحدد، وتفادي المقاول تحمّل غرامة التأخير من جهة التي يمكن ان يطالب بها فرقاء الدعوى في حال التأخير بالتنفيذ[١٩]، ولإمتلاك المقاول من الباطن مهارة إنجاز بعض أجزاء المشروع لا يمتلكها المقاول الأصلي من جهة ثانية.

ولكن إن عدم ذكر المشرع اللبناني للتنازل عن المقاولة لا يعني عدم إمكانية قيام المقاول بالتنازل عن المقاولة للغير. وأمام إنعدام النص سواء تشريعياً أم اتفاقياً في العقد يمنع التنازل عن المقاولة، يمكن للمقاول التنازل عن العقد مستنداً الى القواعد العامة المقررة لتمظيم أحكام حوالة الحق واحكام حوالة الدفة الى ذلك فقد أجازت المادة ٢٨٦ من قانون الموجبات والعقود إنتقال الحقوق الشخصية أياً كان موضوعها [٢٠] من دائن أصلي الى دائن اخر محال له [٢١]وفقاً لإرادة الأطراف الصريحة والضمنية ولعرف المعاملة، عملاً بمبدأ "الأصل في التصرفات الجواز"، وإذا اتفق الطرفان على التنازل عن المقاولة، فيخضع هذا الاتفاق للأحكام الاتفاقية وللقواعد العامة ويصبح المتنازل له هو المقاول في مواجهة رب العمل ويكون عقد المقاولة هو الذي يحكم هذه العلاقة فيما بينهما.

فالحرية التعاقدية تجيز للمتعاقدين الاتفاق على ترتيب علاقاتهم كما يشاؤون شرط ان لا تكون مخالفة للنظام العام[٢٢] وبالتالي أصبح من الجائز التنازل عن المقاولة ولو لم ينص القانون صراحة بنص خاص على ذلك. وقد سار الاجتهاد الفرنسي في هذا المنحى أيضاً حيث ورد في القرار الصادر عن محكمة التمييز

---

١٩ عفيف شمس الدين، المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد، عام ٢٠٠٧، صفحة ٥٥٧.

٢٠ لا بد ان نوضح هنا في أن هنالك حقوق غير قابلة للحوالة ولا للحجز لاتصالها بشخص الدائن كالتعويض العائلي وتعويض غلاء المعيشة....

٢١ المادة ٢٨٦ من قانون الموجبات والعقود: " ق على التفرغ عن دين الدائن فقط بل تطبق ايضا على التفرغ عن الحقوق بوجه عام، الا اذا كان في القانون نص مخالف او كان في ماهية الحق ما يمنع تطبيقها".

٢٢ الياس ناصيف، قانون الموجبات والعقود، المواد ٢٤٩ الى ٢٨٩، الجزء الرابع، عام ٢٠١٨، صفحة ٣٧٥.

الفرنسية بأن " *وإنطلاقاً من الطبيعة العامة والشمولية للتفرّغ، يمكن تبعاً لذلك، أن يكون محل الحق المتفرغ عنه (أي الدين) موجب فعل ناجم عن عقد تفضيل*"[٢٣].

وعليه، يتخذ التنازل عن المقاولة احدى الحالتين المذكورتين ادناه:

أولاً: حالة التنازل عن أجرة المقاولة

هذه الحالة هي الأكثر شيوعاً تتحقق عند تنازل المقاول عن الأجرة بصفته دائناً إلى شخص ثالث عن طريق حوالة الحق[٢٤]، وتطبق عليها أحكام حوالة الحق. فتصح بإتفاق بين المقاول المحيل والشخص الثالث المحال اليه، ويكفي لسريان اثار الحوالة تجاه رب العمل إعلامه بهذه الحوالة[٢٥]، دون الحاجة لرضى هذا الأخير وهذا طبقاً لقواعد حوالة الحق[٢٦]. ويحق لرب العمل هنا التمسك قبل المقاول المتنازل له بجميع الدفوع وأسباب الدفاع التي كان يستطيع التمسك بها والعائدة للمقاول المتنازل، ويلجأ المقاول عادة إلى حوالة الأجرة إذا احتاج لتمويل في إنجاز مشروع المقاولة، وغالباً ما يكون ذلك على سبيل الرهن.

وإن هذا الإجراء من قبل المقاول يكون عملاً بأحكام المادة ٢٨٠ موجبات وعقود، "*يجوز للدائن أن يتفرغ لشخص آخر عن دين له إلا إذا كان هذا التفرغ ممنوعاً بمقتضى القانون او بمقتضى مشيئة المتعاقدين، أو لكون الموجب شخصياً محضاً وموضوعاً بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغيير*".

وتطبيقاً لأحكام المادة ٢٨٣ موجبات وعقود التي نصت على ان: "*الانتقال لا يعد موجوداً بالنظر الى شخص ثالث ولا سيما بالنظر الى المديون الذي تفرغ الدائن عن دينه الا بإبلاغ هذا التفرغ الى المديون او بتصريح المديون في وثيقة ذات تاريخ مسجل بأنه قبل ذلك التفرغ. وما دامت احدى هاتين المعاملتين لم تتم يصح للمديون ان يبرئ ذمته لدى المتفرغ. واذا كان المتفرغ قد اجرى فراغين متتابعين لدين واحد فالمتفرغ له الذي سبق الى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخر حتى ولو كان تاريخ عقده احدث عهدا*".

---

٢٣ تمييز مدني فرنسي، قرار رقم ٣ ، تاريخ ٤ كانون الثاني ١٩٩٥، البلتان المدني لعام ١٩٩٥.

٢٤ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، البند ٢٤٥ وما بعده، ص. ٤٤٢.

٢٥ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء التاسع عشر، صفحة ١٢.

٢٦ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء السادس، صفحة ٣٧.

وهذا ما يؤكد على ما سبق وشرحناه بأنه يمكن التنازل عن المقاولة الى شخص ثالث بمجرد إتفاق المقاول والشخص الثالث، الا إن هذا التصرف لا يسري بوجه رب العمل الا من تاريخ اعلامه سنداً لأحكام المادة ٢٨٧ م.ع نظراً لأهمية ملاءة المقاول المتنازل له ومكانته المالية والاقتصادية، كما إنه قد يشترط صاحب المشروع توافر بعض الصفات الشخصية التي توفّر له الطمأنينة[٢٧].

ثانياً: حالة التنازل عن عقد المقاولة

تتحقق هذه الحالة عندما يتنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات الناجمة عن عقد المقاولة[٢٨]، فيحل المقاول المتنازل له مكان المقاول المتنازل في عقد المقاولة، باتفاق بين المقاول المتنازل والمقاول المتنازل له، فيصبح هو المسؤول تجاة رب العمل.

ويجب في هذه الحوالة تطبيق قواعد حوالة الحق ايضاً لناحية حقوق المقاول الأصلي وبالتالي تطبق احكام المادة ١\٢٨٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني[٢٩] فيما يتعلق بنقل الالتزامات الناجمة عن عقد المقاولة. وتطبيقا لذلك، يتوجب قبول صاحب المشروع بالتنازل بصفته مديناً أو إبلاغه به بعقد غير قضائي، حتى يصبح التنازل ساريا في حقه.

أمّا بخصوص تحويل الالتزامات، فلا يكون نافذاً في حق صاحب المشروع بصفته دائناً، إلا إذا وافق على التنازل، لأن إبلاغه به غير كافٍ في نقل الالتزامات وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين، فإن إنتقال دين المدين مشروط بموافقة الدائن حيث ينتقل الإلتزام بجميع خصائصه ومقوماته من مدين أصلي إلى مدين آخر جديد[٣٠].

---

٢٧ مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، الجزء الأول، عام ٢٠٠١، صفحة ٣٢٣.

٢٨ المادة ٢٨٥ من قانون الموجبات والعقود: "إن التفرغ ينقل الى المتفرغ له الدين مع جميع ملحقاته كالكفالة والتأمين والرهن..."

٢٩ المادة ٢٨٥: ان التفرغ ينقل الى المتفرغ له الدين مع جميع ملحقاته كالكفالة والامتياز والرهن والتأمينات العينية غير المنقولة وفاقا للصيغ والشروط المنصوص عليها في قانون الملكية والحقوق العينية كما ينقل اليه جميع العيوب الملتصقة بالدين والخصائص الملازمة له.

٣٠ الياس أبو عيد، قانون الموجبات والعقود، الجزء الرابع، عام ٢٠١٨، صفحة ٤٠٤.

كما تطبق احكام نص المادة ٢٨٧ موجبات وعقود التي تنص على أن " *انتقال دين المديون يحصل اما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه واما بالاتفاق بين هذا والمديون*".

وهنا لا يكون التنازل ساريا في حق رب العمل الا من تاريخ اعلامه بهذا التنازل واخذ موافقته، فان اعلامه فقط لا يكفي بإعتبار ان رب العمل هو صاحب الدين في حين ان المقاول المتنازل له هو من سيتحمل الدين عن المدين الأصلي أي المقاول، ويستطيع المتعاقدان ما دامت الاجازة لم تعط ان يعدلا عن اتفاقهما، واذا لم يوافق الدائن على الانتقال بطل، اما اذا اجازه يكون له مفعول رجعي من تاريخ الاتفاق على التنازل فيما بين المقاول والشخص الثالث[٣١].

وفي الخلاصة، تكون موافقة صاحب المشروع هي الزامية فقط لنفاذ التنازل[٣٢] بوجهه من ناحية تسديد الأجر كونه مدين بتسديد الثمن وليس لصحة هذا التنازل[٣٣]. أما من ناحية تنفيذ الأعمال، التي يكون المقاول مديناً بتنفيذها، فهذا الإجراء يتطلب موافقته[٣٤] لصحة هذا التنازل سنداً لأحكام المادة ٢٨٧م.ع.[٣٥] إلا اذا كان هذا التنازل ممنوعاً بمقتضى أحكام المادة ٢٨٠ م.ع[٣٦].

أما لناحية التمييز بين قيام المقاول بالتنازل عن المقاولة أو إجراء المقاولة من الباطن في مشاريع المقاولة، لا بدّ من التمييز بين كل من هاذان التصرفان:

أ- إن عقد المقاولة من الباطن، كما سبق أن وضحنا، هو عقد مستقل يتفرع عن عقد أصلي هو عقد المقاولة الأصلي. كما أن عقد المقاولة من الباطن لا يؤدي إلى إلغاء عقد المقاولة الأصلي، بل تبقى العلاقة التعاقدية قائمة بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع.

---

٣١ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء التاسع عشر، صفحة ١٥.

٣٢ محكمة إستئناف بيروت المدنية الأولى، رقم القرار ١٤٠١، تاريخ ١٠ آب ١٩٦٠، منشور في مجموعة حاتم، جزء ٤٢، ص ٦٧.

٣٣ الياس أبو عيد، قانون الموجبات والعقود، الجزء ٤، صفحة ٣٣٦.

٣٤ عفيف شمس الدين، المصنف في قضايا الموجبات والعقود والمسؤولية، عام ١٩٩٢، بند ١٠، صفحة١٣٥.

٣٥ المادة ٢٨٧ من قانون الموجبات والعقوج: "انتقال دين المديون يحصل اما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه واما بالاتفاق بين هذا والمديون. وفي الحالة الثانية يبقي مفعول الانتقال موقوفا على إجازة الدائن..."

٣٦ جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، القسم الأول، عام ١٩٩٤، صفحة ١٩٤.

ب- أمّا التنازل عن المقاولة، يؤدي إلى إلغاء عقد المقاولة الأصلي المبرم بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي، فتنتفي العلاقة بين هاذين الطرفين وتحل محلها علاقة جديدة تربط المقاول المتنازل له بصاحب المشروع، متى أبلغ هذا الأخير بالتنازل وأقره، فتصبح علاقة المقاول المتنازل له بصاحب المشروع علاقة مباشرة، خلافا لعلاقة هذا الأخير بالمقاول من الباطن، والتي تبقى علاقة غير مباشر.[٣٧]

ت-وبذلك، يتحدد المعيار الفاصل والفارق الجوهري بين إجراء التعاقد من الباطن في المقاولة والتنازل عنها، في أنّ هذا الأخير ينقل كافة حقوق والتزامات المقاول الأصلي بصفته المتنازل إلى مقاول آخر بصفته المتنازل له، أي يحوّل المقاول المتنازل حقوقه والتزاماته إلى المقاول المتنازل له، فيحل محله في علاقته التعاقدية مع صاحب المشروع. وتنقطع صلة صاحب المشروع بالمقاول المتنازل متى أقرّ بالتنازل.

ث-إن التعاقد من الباطن لا يؤدي إلى نقل حقوق والتزامات المقاول الأصلي إلى المقاول من الباطن، ويبقى كل طرف ملتزما بما ينجم عن عقده. أما بالنسبة لضمان إنجاز المشروع، فإنّ المقاول من الباطن لا يلتزم بالضمان، أي ما يعرف بالضمان الخماسي التي تبدأ من تاريخ استلام الأعمال والتي نصت عليه المادة ٦٦٨ من قانون الموجبات والعقود، والتي حددت بعشر سنوات في القانون المصري [٣٨]، في حين لا خلاف في خضوع المقاول المتنازل له لأحكام هذا الضمان كون العقد قد إنتقل بكامله له. كما لا يعد المقاول المتنازل مسؤولا عن المقاول المتنازل له تجاه صاحب المشروع، خلافا لما هو مقرر في المقاولة من الباطن، حيث يبقى المقاول الأصلي مسؤولا تجاه صاحب المشروع عن المقاول من الباطن.

ج- ويبقى أهم معيار يستخدمه الفقه في التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة، معيار قصد إرادة الأطراف. فإذا كانت إرادة المقاول الأصلي تتجه نحو الخروج من العلاقة التعاقدية ليحل محله مقاول آخر في تنفيذ المشروع، فيعد التصرف في هذه الحالة تنازلا عن المقاولة. أما إذا اتجهت إرادة المقاول الأصلي إلى الحفاظ على علاقته التعاقدية بصاحب المشروع ويظل متواجداً

---

٣٧ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند ١١٧، ص. ٢٠٧.

٣٨ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عام ٢٠٠١، صفحة ١٩٢.

في ورشة العمل مع احتفاظه بسلطته في الرقابة والإشراف على التنفيذ، فيكون تعاقده في هذه الحالة تعاقداً فرعياً.

ح- وقد يكون التنازل عن المقاولة مقابل بدل يدفعه المتنازل له للمتنازل، أو بالعكس يدفعه المتنازل للمتنازل له، في حالة توقعه للخسارة بتنفيذه لمشروع المقاولة. ومتى تحقق التنازل عن المقاولة أصبح المقاول المتنازل له هو المدين بجميع التزامات المقاول نحو صاحب المشروع، وهو الدائن بجميع حقوق المقاول، ويختفي هذا الأخير من العلاقة بصاحب المشروع، ولا يكون مسؤولا عن المقاول المتنازل له ولا ضامناً له.

خ- ويشترط لصحة التنازل عن المقاولة أن لا تكون شخصية المقاول المتنازل محل اعتبار، فإذا كانت كذلك فلا يصح التنازل إلاّ بموافقة صاحب المشروع. بل ويشترط أيضاً رضاه على هذا التنازل، بسبب نشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له ورب العمل. وحتى مع غياب شرط صريح بضرورة موافقة صاحب المشروع، يتوجب حصول المقاول عليها باعتبارها أمر لازم وضروري في هذه الحالة. ويلتزم المقاول الذي لم يحصل على موافقة صاحب المشروع بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن ذلك. ويشترط كذلك لصحة التنازل أن لا يكون عقد المقاولة قد تم تنفيذه، إذ يتعين أن تكون العلاقة القانونية لا تزال قائمة حتى يحل المتنازل له محل المقاول المتنازل في تنفيذ المشروع.

د- ولا يكون المقاول الملتزم الأساسي مسؤولا عن المقاول المتنازل له ولا ضامنا له، كما يضمن المستأجر الأصلي المتنازل له عن الايجار بموجب نص صريح. فأحكام التنازل عن المقاولة تختلف عن احكام التنازل عن الاجارة. فالتنازل عن الايجار هو تنازل عن عقد حيث بموجب هذا التنازل تنتقل كافة حقوق المستأجر والتزاماته الى الشخص المتنازل له[٣٩]. فيصبح المستأجر متنازل عن حقه خارج عن العلاقة التعاقدية فتنقطع كل علاقة له بالمستأجر[٤٠]. ومن المهم ان نشير الى انه عملاً بأحكام المادة ٢٨٣م.ع. ان التنازل عن الاجارة لا يكون سارياً بوجه الغير لا سيما المؤجر الا من تاريخ ابلاغ المؤجر بالتنازل الحاصل. أما في حال التأجير الثانوي، فالمستأجر الثانوي يكون مرتبطاً بالمستأجر الأصلي بعقد ايجار مستقل قد تختلف شروطه عن العقد الأصلي، ويكون

---

٣٩ تمييز مدني ١٩٨٢\٣\١٨ قرار رقم ٥، العدل ١٩٨٣، ص ٧٥.

٤٠ مروان كركبي، العقود المسماة، البيع، المقايضة، الايجار، الوكالة، طبعة خامسة، صفحة ٤٢٥.

للمستأجر الأصلي تجاه المستأجر الثانوي الضمانات الممنوحة للمؤجر، فيستطيع بالتالي حبس المنقولات الموجودة في المأجور تأميناً للأجرة عملاً بأحكام المادة ٥٧١ م.ع..

ذ- والفارق بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن هي أن التنازل عن المقاولة من شأنها أن تؤدي الى تغيير في شخص المقاول، حيث يخرج المقاول المتنازل عن العقد ويحل محله المقاول المتنازل له، وهذا ما يميز التنازل عن المقاولة من الباطن[٤١]، اذ لا تحصل في المقاولة من الباطن أي تغيير في شخصية المقاول الأصلي.

ر- إن المقاول الأصلي لا يخرج من عقد المقاولة الذي يربطه برب العمل، بل يبقى مسؤولاً تجاهه عن جميع ما يرتبه هذا العقد من التزامات في ذمته، وكل ما يحصل هو أن المقاول الأصلي قد أبرم عقد المقاولة من الباطن مع مقاول من الباطن لتنفيذ اعمال المقاولة الأولى كلها او في جزء منها. فيكون المقاول من الباطن بمثابة الأجنبي الخارج عن العلاقة التعاقدية بالنسبة الى رب العمل، في حين يصبح المتنازل له طرفاً رئيسيا في عقد المقاولة، ويلتزم بجميع التزامات المقاول الأساسي تجاه رب العمل[٤٢].

الفقرة الثانية: التمييز بين المقاولة من الباطن والعقود التي ترد على عمل:

أولاً: المقاولة من الباطن وعقود العمل

سبق الذكر، أن المقاول ومن أجل تنفيذ التزاماته الناجمة عن عقد المقاولة، يبرم عدة عقود في آن واحد من أجل تنفيذ تلك الالتزامات. وأهم عقدين يبرمهما المقاول، عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل، فما هو معيار التمييز بينهما؟

لتبيان الفرق بين العقدين المذكورين، يجب تعريف كل منهما، وتحديد العناصر المميزة لكل واحد منهما.

أ- تعريف عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل

لقد سبق تعريف عقد المقاولة من الباطن بأنّه " العقد الذي يوكل بموجبه المقاول إلى مقاول من الباطن تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في عقد المقاولة أو لم تكن طبيعة

٤١ محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، طبعة ٢٠١١، صفحة ١٥٨.

٤٢ نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، منشاة المعارف، لاسكندرية، ص ٨٤.

العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية، مع بقاءه مسؤولاً عن المقاول من الباطن تجاه رب العمل. فهو العقد الذي يتفق بمقتضاه مقاول يعرف بالمقاول الأصلي، في إطار تنفيذه لعقد المقاولة الذي يربطه بصاحب المشروع، وتحت مسؤوليته، مع مقاول آخر يعرف بالمقاول من الباطن بإنجاز كل أعمال البناء موضوع المشروع أو بعضها، مقابل أجر يتفقان عليه، دون أن تنشأ بينهما علاقة تبعية، إذ يتصرف المقاول من الباطن باستقلالية عن المقاول الأصلي"

أما بالنسبة لعقد العمل فلم يعط قانون العمل اللبناني ولا القانون العمل الفرنسي تعريفاً لعقد العمل، ولكن قانون الموجبات والعقود اللبناني عرفه في الفقرة الأولى من المادة ٦٢٤ بأنه"... *عقد يلتزم بمقتضاه احد المتعاقدين ان يجعل عمله رهين خدمة الفريق الآخر وتحت ادارته، مقابل أجر يلتزم هذا الفريق اداءه له..".*

وقد عرفته معظم قوانين العمل العربية، كالقانون المصري والأردني والاماراتي بأن عقد العمل هو "العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر"[٤٣].

ومن ناحية أخرى، حصرت المادة الاولى من قانون العمل اللبناني تعريف صاحب العمل "*هو كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم بأية صفة كانت أجيرا ما في مشروع صناعي أو تجاري أو زراعي مقابل أجر حتى ولو كان هذا الاجر عينا أو نصيبا من الأرباح*" كما عرفت المادة الثانية من نفس القانون بأن العامل الأجير" *هو كل رجل او امرأة او حدث يشتغل بأجر عند رب العمل في الاحوال المبينة في المادة السابقة بموجب اتفاق فردي أو اجمالي خطيا كان أم شفهيا.*"

وعرف المشرع الجزائري العامل الأجير بموجب المادة الثانية من قانون العمل بقولها "*يعتبر عمالا أجراء، في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب، في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر، طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص، يدعى المستخدم.*"

ب- خصائص عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل

يتبين من التعريفات السابقة الذكر، أن عقد العمل يتكون من عناصر أساسية تتمثل في: العمل، الأجر، والتبعية. فعنصر التبعية هو المعيار الأساسي الذي يفرق عقد العمل عن سواه من العقود الواردة على

٤٣ وليم الغريب، قانون العمل اللبناني حاضره ومستقبله، عام ٢٠١٤، صفحة ٣٥.

العمل[٤٤]، ومن بينها عقود المقاولة من الباطن التي وإن تتشابه في بعض عناصرها مع عناصر عقد العمل الا انها تختلف عنه في عدة نواحي.

وتشكل أهم عناصر عقد المقاولة من الباطن: العمل، عقد مقاولة سابق، الأجر والمدة. وبذلك يتضح تخلف عنصر التبعية من عناصر عقد المقاولة من الباطن. فالمقاول من الباطن لا يعمل بتبعية للمقاول الأصلي، بل يؤدي التزاماته بكل استقلالية. وبالمقابل فإن العامل يؤدي التزاماته في ظل تبعية قانونية لصاحب العمل، تتمثل في سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه للعامل في أدائه للعمل، ويلتزم هذا الأخير بالطاعة لهذه الأوامر والتعليمات التي يصدرها صاحب العمل.

يتضح من ذلك أن نفس العمل يمكن إنجازه عن طريق نوعين من العقود، عقد العمل الذي يفترض فيه انجاز عمل مقابل أجر وتحت اشراف المستخدم، أو عن طريق عقد مقاولة من الباطن التي يفترض تنفيذها مقابل أجر ولكن بصفة مستقلة، وفي كلا الحالات يجب تدخّل شخص آخر ينفذ العمل لحساب صاحب العمل.

وقد سار الإجتهاد في هذا المنحي حيث جاء في القرار رقم ٢٠٠٩/٢٣، تاريخ ٢٠٠٩/٦/١٦ بأن :

" المعيار للتفريق، وفقاً للمادة ٦٢٤ م.وع.، بين عقدي العمل والمقاولة هو المعيار المستمد من عنصر التبعية القانونية، فالذي يميز الاجير عن المقاول هو ان هذا الاخير لا يخضع، خلال تنفيذ العقد، لادارة صاحب العمل واشرافه ورقابته بل يعمل باستقلال تام طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، خلافاً لوضع الاجير الذي يخضع، باستمرار، لأوامر وتعليمات وتوجيهات صاحب عمله"[٤٥].

تبعاً لما سبق، إذا كان كل من عقد العمل وعقد المقاولة من الباطن يردان على أداء عمل، فإن القواعد القانونية التي يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التي يخضع لها العقد الآخر خاصة في تحمل التبعة وفي كل الأحوال يتعلق الأمر بتنفيذ عمل محدد مقابل أجر. ولكن المقاولة بصفة حصرية خالية من أي تبعية مع رب العمل، فالمقاول ينفد العمل على نفقته مع ما ينجم عنه من مخاطر تنفيذ الأعمال الموكولة له، وتحت مسؤوليته. فإذاً إن عامل التمييز بين العقدين هو توافر الإشراف التام وخضوع العامل

٤٤ وليم الغريب، قانون العمل اللبناني حاضره ومستقبله، عام ٢٠١٤، صفحة ٤١.

٤٥ تمييز مدني، قرار رقم ٢٠٠٩/٢٣، تاريخ ٢٠٠٩/٦/١٦، غرفة عاشرة، كساندر، سنة ٢٠٠٩.

لإدارة صاحب العمل[٤٦]. فقد استقر العلم والاجتهاد على اعتبار ان الفارق الأساسي بين عقود العمل وعقود المقاولة ليس بطبيعة العمل ولا بالأجر وكيفية تسديده انما بتوافر أو عدم توافر علاقة التبعية[٤٧].

وبالتالي، فإن غياب رابطة التبعية في العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن واستقلالية هذا الأخير، لا يعني غياب أية رقابة عليه. فيحق للمقاول الأصلي رقابة على المقاول من الباطن في تنفيذ ما اتفقا عليه، لأن المقاول الأصلي ملزم بإنجاز المشروع بمواصفات تقنية محددة. وهذا ما يفسر لجوء بعض المقاولين الأصليين إلى تحرير دفتر الشروط للمقاول من الباطن ولما يتمتع به المقاول من سلطة في تنظيم الورشة . ومثال على ذلك نرد ادناه القرار الصادر عن محكمة التمييز المدنية التي اخذت بترتيب مسؤولية المقاول عن الأضرار الحاصلة لعدم مطابقة أعماله للمواصفات المتفق عليها[٤٨]:

"اتفاق المدعي مع المدعى عليهما بتصنيع آرمة اعلانية وتركيبها في معرض السيارات العائد للمدعي. الاتفاق الحاصل هو عقد مقاولة وليس عقد بيع اذ ان المواد الأولية المصنعة منها الآرمة ليست هي الموضوع الاصلي للالتزام بل العمل المؤدى من المدعى عليهما. سقوط الآرمة مما ألحق اضراراً بالسيارات الموجودة في المعرض. ثبوت عدم مطابقة الآرمة المصنوعة من قبل المدعى عليهما للمواصفات الفنية والهندسية التي تجعلها ملائمة لموقع العقار والعوامل الطبيعية. المواد ٦٦٤ معطوفة على المادتين ٤٤٢ و٤٤٩ موجبات وعقود. الزام المدعى عليهما بالضمان وبالتالي بتسديد فواتير اعمال تصليح السيارات المتضررة بنتيجة سقوط الآرمة. فسخ عقد المقاولة المعقود بين المدعي والمدعى عليهما".

ج – الفرق بين عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل:

هنالك فوارق عدة بين عقود العمل وعقود المقاولة سواء الأساسية او من الباطن، ومن أهم هذه الفروقات:

٤٦احمد باباكير احمد، ما هو الفرق بين عقد العمل وعقد المقاولة /https://www.bayt.com/ar/specialties

٤٧ الياس ناصيف، انشاء عقد العمل الفردي وعناصره، الجزء الأول، عام ٢٠١٨، صفحة٦٥٤.

٤٨ منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٢/٤٣٣، تاريخ ٢٠١٢/١٢/٢٠، كساندر، سنة ٢٠١٢.

١- ان عقد العمل يحكمه قانون خاص هو قانون العمل اللبناني[٤٩]، بينما عقد المقاولة يحكمه قانون الموجبات والعقود.

٢- ان عقد العمل يكون فيه العامل خاضعاً للإشراف الكامل وإدارة رب العمل وفقاً للتعليمات المعطاة له[٥٠] او المحددة في عقد العمل او نظام الداخلي للشركة فلا يتمتع في الاستقلالية في تنفيذ عمله، بينما المقاول يربطه بصاحب العمل عقد مدني هو عقد المقاولة، وهو لا يخضع لرابطة عمل تربطه بصاحب المشروع ولا يخضع لإدارته بل يمارس عمله مستقلاً وكل ما يحكمه هو تنفيذ المقاولة وفقاً للعقد المبرم مع صاحب العمل[٥١].

٣- ان عقد العمل تتحدد فيه وظيفة معينة وفقاً لمؤهلات وظيفية خاصة يتمتع بها الأجير، بينما الهدف من عقد المقاولة هو تنفيذ مشروع معين محدد في عقد المقاولة.

٤- العامل في عقد العمل يتلقى أجراً يتحدد على أساس الساعة[٥٢] او اليوم او الأسبوع وقد حددته المادة ٥٧ من قانون العمل اللبناني بأنه الاجر الذي يتقاضاه الاجير على أساس الوقت، بينما المقاول يستحق أجراً يتحدد على أساس أهمية العمل والإنتاج ويكون مبلغاً متفقاً عليه في عقد المقاولة، وهو غير قابل للزيادة أو النقصان إلا في حالة وقوع ضرر من أحد الطرفين على الطرف الاخر فيستحق بذلك تعويضاً عن الضرر الحاصل[٥٣] .

---

٤٩ حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل اللبناني، عام ٢٠٠٢، صفحة ٣٨.

٥٠ ادوارد حنا، الوسيط في قانون العمل، الجزء الثاني، عام ١٩٧٤، صفحة ٣٥.

٥١ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، عام ١٩٩٦، صفحة ٤٦٣.

52Roger Chidiac, Le Salaire En Droit Positif Libanais, page 71, en 1967.

٥٣ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عام ٢٠٠١، صفحة ١٧.

٥- عقد العمل قد يكون محدد المدة أو غير محدد المدة[٥٤] سنداً لأحكام المادة ٦٢٤ من قانون الموجبات والعقود[٥٥]، بحيث يجوز أن يستمر العامل في عمله حتى سن التقاعد، بينما عقد المقاولة دائماً له مدة محددة وتنتهي بانتهاء العمل المتفق عليه.

٦- ومن اهم الفوارق هو عامل التبعية، فعلاقة التبعية هي ركن أساسي من اركان عقد العمل وهي التي تخول صاحب العمل ان يملي ارادته على الأجير، وتطبق بشأنه مسؤولية التابع والمتبوع المنصوص عليها في المادة ١٢٧ من قانون الموجبات والعقود، في حين ينتفي هذا العنصر في عقد المقاولة لما يتمتع المقاول من استقلالية في تنفيذ عمله فلا يكون المقاول تابعاً لصاحب العمل ولا نائباً عنه، فتترتب مسؤولية المقاول عن أي ضرر قد يحصل اثناء تنفيذ الالتزام من قبل عماله ولا علاقة لصاحب المشروع بهم.[٥٦]

يستقل المقاول من الباطن في تنفيذ العمل ويقوم بتنفيذه شخصياً او يستعين بأشخاص يتعاقدون معهم لتنفيد موجباتهم. يترتب على ذلك انه وان تلقى معلومات من صاحب المشروع او من المقاول الاساسي فتكون على سبيل ابداء وجهة النظر، الا انه يبقى مستقلاً في عمله ينفذ عقد المقاولة شخصياً او بواسطة مساعدين له. فإذا حصل ضرر للغير أثناء تنفيذ العمل من قبل العمال الذين استعان بهم المقاول من الباطن، فلا تترتب مسؤولية صاحب المشروع عن هذا الضرر لأن وضعهم وضع التابع بالنسبة للمقاول ولا علاقة لصاحب المشروع بهم[٥٧] ويكون للمتضرر هنا أن يتوجه الى المتبوع لمطالبته بالتعويض عن ضرره[٥٨].

---

٥٤ الياس ناصيف، انشاء عقد العمل الفردي وعناصره، الجزء الأول، عام ٢٠١٨، صفحة٢٩٠ .

٥٥ المادة ٦٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني: " اجارة العمل أو الخدمة، عقد يلتزم بمقتضاه احد المتعاقدين ان يجعل عمله رهين خدمة الفريق الآخر وتحت ادارته، مقابل أجر يلتزم هذا الفريق اداءه له وعقد المقاولة او اجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه اتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لاهمية العمل. والعقد الذي بموجبه يلتزم صاحب حرفة او مهنة حرة تقديم خدماته لمن يتعاقدون معه، وكذلك العقود التي بموجبها يلتزم الاساتذة القيام بمهنتهم لمصلحة معهد او شخص ما، تعد من قبيل اجارة الصناعة. ومن هذا القبيل ايضا عقد النقل."

٥٦ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، عام ١٩٩٦، صفحة ٤٦٣.

٥٧ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، صفحة ٤٦٤.

٥٨ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، عام ١٩٨٧، صفحة ١٢٤.

قتقوم هنا مسـؤولية المقاول من الباطن على أسـاس قواعد مسـؤولية المتبوع عن فعل التابع إذا توافرت شروطها والا ترتبت مسؤوليته العقدية عن فعل الغير[٥٩].

كما ان مسـؤولية المقاول من الباطن هنا ليسـت شـاملة ويمكن دفعها في الحالة التي نصـت عليها المادة ٦٣٨ موجبات وعقود حيث ورد انه إذا اضـطر المؤجر الى الاسـتعانة باشـخاص اخرين بسـبب طبيعة العمل المكلف به، فهو لا يتحمل اية مسؤولية عن أعمالهم، اذا اثبت التالي:

١- انه قد بذل كل العناية اللازمة في اختيار عماله وقد أحسن الرقابة عليهم.
٢- انه قد استنفذ كل ما في وسعه كما أقدم على تنفيذ كافة موجباته.

كما لا بد ان نلفت النظر الى نوع اخر من الأعمال التي تتشـــابه وعقد المقاولة، وهي عند قيام المقاول بتقديم المواد، فإذا قدم المقاول العمل والمواد اللازمة لإنفاذ الاعمال والأرض، فعندها نكون امام عقد بيع شقق قيد الانشاء وبالتالي لا نكون امام عقد مقاولة وان كان يتشابه معه بشكل اكيد، أي نكون امام عقد بيع شقق قيد الانشاء. وتوضيحاً أكثر منعاً للإلتباس فإذا كانت قيمة المواد المقدمة أكثر من الأعمال المنفذة فإننا حتماً نكون أمام عقد بيع أكثر من عقد مقاولة[٦٠].

فهنالك طرقتين لتقديم المواد الأولى بواسطة صاحب المشروع والثانية بواسطة المقاول، فبموجب المادة ٦٥٨ م.ع. *"يجوز في الاستصناع ان يقتصر الصانع على تقديم عمله فقط فيقدم صاحب الامر المواد عند الاقتضاء كما يجوز له ايضا ان يقدم المواد مع عمله. على انه اذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الاصلي في العقد ولم يكن العمل الا فرعا، كان هناك بيع"*.

وعملاً بأحكام المادة ٢٣٣م.ع. *"إن الصانع الذي يقدم المواد يكون ضامناً لها"*. فيكون المقاول ضامناً ايضاً للمواد سنداً لأحكام المادة المذكورة.

---

٥٩ احمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١، صفحة ٢٣٨.
٦٠ نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة،عام ٢٠٠٩، صفحة ١٥٥.

ثانياً: عقد المقاولة من الباطن وعقد الوكالة

أما بالنسبة للتمييز بين عقد المقاولة من الباطن والوكالة، فهنالك أوجه شبه بين العقدين انما يختلفان في الموضـوع. الوكالة هي عقد بمقتضـاه يفوض الموكل الى الوكيل القيام بقضـية أو بعدة قضـايا أو إتمام عمل أو جملة أعمال أو أفعال، ويشـترط قبول الوكيل، وقد يكون القبول ضـمنياً، كأن يسـتفاد من قيام الوكيل بها(م.٧٦٩)[٦١].

فالمقاول من الباطن يختلف عن الوكيل المأجور بأنه لا يمثل صـــاحب العمل فضـــلاً عن أعمال الوكالة تنحصـــر عادة في التصـــرفات القانونية دون التصـــرفات المادية[٦٢]. فالوكيل هو تابع للأصـــيل ينفذ الأعمال تحت إشـــرافه وإدارته، أما المقاول فإنه يعمل لحســـاب رب العمل ولكن ليس تحت إشـــرافه وإدارته وبالتالي لا يسأل هذا الأخير عن أخطائه[٦٣].

وهنالك اختلاف أيضـــاً بالنســـبة للأجر، فالمقاولة هي عقد قائم على قيام المقاول بتنفيذ الأعمال مقابل مبلغ من المال متفق عليه ولا يجوز تعديله، أما الوكالة فالأصـــل أنها بدون أجر إلا إذا اتفق على خلاف ذلك كما وإن اتفق على اجر معين فيجوز المطالبة بتعديله[٦٤].

وفي حال تعدد الموكلون، فإنهم جميعاً متضـــامنين تجاه الوكيل الذي ينفذ عقد الوكالة. أما في حال تعداد أصحاب العمل فلا يجوز إعتبارهم متضامنون الا في حال وجود نص صريح في ذلك.

وقد رأت محكمة الإستئناف المدنية الثالثة في قرار رقم ٢٣ كانون الثاني ١٩٦٧ن.ق.١٩٦٧، ص ١٨٦: *"ان الاتفاق بين صاحب البناء والمهندس كي يقوم هذا الأخير بتنظيم خرائط البناء ودفتر الشروط وجدول المكعبات وتنظيم الكشوفات لإجراء المحاسبة مع ملتزم البناء يشكل إجارة الصناعة وعقد الوكالة.*

٦١ نجاح شمس، الوكالة في القانون اللبناني والمصري والفرنسي، المجلد الثاني، عام ١٩٩٩، صفحة ٣٨٧.

٦٢ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عام ٢٠٠١، صفحة ٢٠.

٦٣ شربل طالنوس صابر، عقد الوكالة في التشريع والفقه والإجتهاد، عام ١٩٩٨، صفحة ١٦٦.

٦٤ نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة، عام ٢٠٠٩، صفحة ١٧٠.

ويعتبر إجارة صناعة لجهة تنظيم الخرائط وتوابعها والاشراف على التنفيذ، وعقد وكالة لجهة تنظيم الكشوفات والموافقة عليها، ليصار الى دفعها للشركة الملتزمة." [٦٥]

كما إن الوكيل يعتبر بمثابة تابع للأصيل، ذلك انه يقوم بالعمل تحت إدارته وإشرافه. اما المقاول من الباطن فإنه يعمل لحساب رب العمل ولكن ليس تحت إشرافه ومراقبته وبالتالي يسأل هذا الأخير عن أخطائه.

أما بالنسبة للموجبات، فإن المقاول يلتزم بإنجاز الأعمال وإنفاذها وضمان العيوب والنقائص في العمل الذي نفذه. اما الوكيل فإن مسؤوليته تكون مشتركة بينه وبين الموكل تجاه الغير.

ثالثاً: عقد المقاولة من الباطن وعقد الفيديك[٦٦]

الفيديك هو الاتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين في جميع دول العالم وقد تم اختصار تسميته بأخذ الأحرف الأولى من كل كلمة ونتج عن ذلك كلمة فيديك. أما عقد الفيديك الذي هو عبارة عن قانون لتنظيم كامل العمل الهندسي والإنشائي تم وضعه من قبل الاتحاد الدولي للمهندسين الاستثماريين:

ويهدف عقد الفيديك (الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين) الى:

أ- دراسة جميع مشاكل المهندسين الأعضاء والتي تخص حمايتهم وتطويرهم دون إعتبارات سياسية او عرقية.

ب- بناء علاقات ودية بين المهندسين الإستشاريين.

ج- جمع المهندسين الاستشاريين من كافة انحاء العالم.

د- بناء الأسس والقواعد الموحدة التي تسمح للمهندسين الاستشاريين بالحفاظ على الأداء الأفضل في ممارسة مهنتهم.

وفي العام ١٩٧٥ قام اتحاد الفيديك بإعداد وصياغة عقد نموذجي يعد بمثابة الشروط العقدية المعدة للتطبيق على مستوى عالمي عرف ب " شروط عقد مقاولات اعمال الهندسة المدنية". وتعرف هذه الشروط

---

٦٥ إستئناف مدني، قرار رقم ٢٣، عام ١٩٦٧، نشرة القضائية، صفحة ١٨٦.

66 Fidic 1999 Red Book.

بالكتاب الأحمر. كما اقدم لاحقاً الفيديك على اصدار كتب أخرى ومنها الكتاب الأصفر الذي يعنى بشروط عقد المقاولات والاعمال المكانيكية والكهربائية.[٦٧]

ولا بد من الإشارة ان عقود الفيديك النموذجية والمعدة مسبقاً تختلف عن عقود الإذعان، ففي عقود الإذعان يقتصر دور المتعاقد على قبول العقد جملة واحدة أو رفضه، أما في عقود الفيديك يكون لأصحاب العلاقة الحق في قبولها او رفضها كما وتعديلها وصولاً الى تحقيق مصالحهم المشتركة. أي يحق للمتعاقدين أخذ بعض الشروط الواردة في عقد الفيديك دون باقي الشروط، وعلى هذا لا يوجد إختلاف بأن العقود النموذجية هي إحتيارية وأن أحكامها لا تسري إلا بإتفاق الفرقاء وبحض إرادتهم وذلك لأن الإرادة هي المصدر الأول والوحيد لسريان الأحكام والشروط الواردة في هذه العقود.

كما تعد عقود الفيديك من العقود الحديثة نسبياً التي تم وضعها بهدف تنظيم أعمال مقاولة البناء في جميع انحاء العالم بالتفصيل، وهي الأكثر شيوعاً في تنظيم مقاولات البناء لأنها تضع إطاراً تعاقدياً مسبقاً لتخطي مشكلة الإنشاءات الدولية والمحلية.

وتنظم عقود الفيديك حقوق والتزامات أطرافها، والتوزيع العادل للمخاطر، حيث تحتاج مشروعات البناء والتشييد الى فترة زمنية طويلة لتنفيذها، قد تتغير فيها الظروف التي تحيط بالعقد وقت إبرامه عن الظروف التي تستجد أثناء تنفيذه، مما قد يتطلب إصدار تعليمات جديدة سواء من صاحب العمل او من المقاولين حتى تتلائم مع الظروف المستجدة.

غير ان هذه العقود تواجه مشكلة أساسية وهي عدم توافر نظام تشريعي موحد يحكمها لا سيما في الدول العربية ولا سيما اذا كان احد اطراف العلاقة التعاقدية اجنبياً عن البلد الذي يتم فيه تنفيذ العقد. كما تواجه صعوبة في حال النواعات حيث ان ما ورد في هذه العقود من ما يعرف بطرق حل النزاعات وهي غير الزامية وتحث الفرقاء على حل النزاعات بطريقة ودية عبر المفاوضات او الوساطة قبل اللجوء الى التحكيم او القضاء.[٦٨]

كما يمكن حل النزاعات عبر اللجوء الى مجلس فض النزاعات الذي يتم تعيين اعضاءه ضمن العقد. ويختص المجلس بموجب الشروط العامة لعقود الفيدك بالبت فى الخلافات التي تنشأ بخصوص العقد أو تنفيذ

67 Fidic 2017 yellow book.

68 Jeremy Glover and Simon Hughes QC, Understanding the Fidic book, year 2006, page 7.

الأعمال والتي تقع بين المقاول ورب العمل ويمكن أن يناط أعضاء المجلس بمهمة إبداء المشورة بأي أمر يحال إلى المجلس من قبل أطراف العقد شرط اتفاقهم على مشاورة المجلس بذلك الأمر م(٢٠ /٢) من الكتاب الأحمر ووفقاً للمادة (٤/٢٠) من الشروط العامة لعقود الفيديك الواردة فى الكتاب الأحمر حيث نصت هذه المادة على إن الخلافات التي تنشأ عن تصرفات وتعليمات المهندس يمكن لأي من الفرقاء عرض النواع على المجلس، وكأنها تؤكد على إلغاء دور المهندس في حل الخلافات التي تقع بين المقاول ورب العمل والتي كانت من إختصاصه قبل تعديل هذه المادة من الشروط العامة لعقود الفيديك.

وحددت تلك المادة أطراف الخلاف بأنهم (الفريقين) أي يمكن فهم ذلك بأنهم المقاول الرئيسي ورب العمل ولعل القصد من ذلك كان إخراج الخلافات التي تنشأ بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن من اختصاص مجلس فض المنازعات، وهذا لا مبرر له فالمجلس أنشأ أصلا للقيام بالبت في الخلافات بصفة سريعة كي لا يؤدي الخلاف إلى تعطيل وتأخير تنفيذ الأعمال.

إلا أن خلافاً بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن قد يؤدي إلى هذا التأخير، ووقف أعمال مهمة من المشروع، فكان من الأفضل عقد الاختصاص لمجلس فض المنازعات للفصل بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن حتى لو كان عقد المقاول من الباطن قد أبرم وفق شروط نماذج عقود الفيديك. أي يمكنهم إتباع نفس الأسلوب المعتمد لحل الخلافات بين المقاول الرئيسي ورب العمل، إلا أنه من الأفضل عقد الاختصاص لمجلس واحد بفض جميع النزاعات الناشئة عن التنفيذ بما فيها خلافات المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن، وذلك لسببين الأول معرفة المجلس بكافة جوانب العقد وإحاطتهم بظروف التنفيذ، وبالتالي يكونون أقدر على صنع قرار مناسب وملائم والسبب الثاني يكمن فى أن عقود المقاولات عقود متشابكة ومعقدة في بنيتها القانونية، فمن الممكن أن يتصل نزاع المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن بنزاع بين المقاول ورب العمل ومن الصعب تصور فصل في العلاقة بين نزاعات ناشئة عن عقد واحد .

والتساؤل الآخر هو الحالة التي يكون فيها المقاول من الباطن من المقاولين الذين سماهم رب العمل في العقد، فهل ينعقد الاختصاص لمجلس فض المنازعات بالنظر في الخلافات الناشئة بين المقاول الرئيس والمقاول الفرعي المسمى بالعقد وهل يعتبروا هؤلاء المقاولون المسمون في العقد تابعين لرب العمل ؟ تجيب المادة (٥ / ١) من الكتاب الأحمر على ذلك فنجد أن الفقرة (ب) من المادة تنص على إمكانية فرض مقاول فرعي من قبل المهندس وبالمقابل فإن المادة (٥/ ٢) تقول أن المقاول غير ملزم باستخدام المقاول المسمى

من قبل رب العمل إذا وجد ما يبرر رفضهم ولعل أهم مبرر هو عدم نص اتفاقية المقاولة من الباطن على التزام المقاول من الباطن قِبل المقاول الرئيسي وهذا ما يدعو للقول أن المقاول الفرعي ليس من تابعا لرب العمل وبالتالي يخضع لأحكام المقاول من الباطن الذي يختاره المقاول الرئيسي.

أما بالنسبة لمقارنة هذا النوع من العقود مع عقد المقاولة الأساسي وعقد المقاولة من الباطن، فيتبين إنه أعم وأوسع ويشمل جميع النقاط التي يمكن ان تحكم العلاقة القائمة بين المقاول الأساسي والمقاول من الباطن وصاحب العمل. فضلاً عن ان عقد المقاولة في القانون اللبناني يحكمه نص تشريعي لم يلحظ التطورات في العلاقات التعاقدية، بينما عقد الفيديك هو حديث ومتطور مما يسهل استخدامه والرجوع الى احكامه للاستدلال بها بشكل سريع في مختلف أنواع العقود والمشاريع.

وفي يومنا، يتم إعتماد عقود الفيديك كشروط عامة لتنظيم الأعمال كونها واسعة ومفصلة وتشمل كافة التفاصيل التي لا يمكن ان يتوقعها المتعاقدين بتاريخ التعاقد ويتم وضع عقد المقاولة من الباطن من اجل وضع الشروط الخاصة التي ستحكم العلاقة التعاقدية بين المقاول الأساسي والمقاول من الباطن من ناحية الثمن وكيفية تسديد الاجر والشروط الخاصة المتعلقة بالمواد والكمية والقياسات.

وبعد شرح مفهوم عقد المقاولة من الباطن وتمييزه عن غيره من العقود المتشابهة، لا بد من التطرق في بحثنا الى كيفية تكوين عقد المقاولة من الباطن. [٦٩]

الفصل الثاني: تكوين عقد المقاول من الباطن

يقوم عقد المقاولة بين المقاول ورب العمل، حيث يتعهد المقاول بأن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به رب العمل. أما المقاولة من الباطن، فلم يتطرق لها المشرع اللبناني بنص خاص لها، الا انه نتيجة لتطور العلاقات التعاقدية واتساع اعمال المقاولة، أصبحت قدرة المقاول على إنجاز هذه الأعمال وحده دون الإستعانة بأية مساعدة من الغير شبه مستحيلة، فكان لا بد من الاستعانة بالغير لإتمام هذه الاعمال.

وبما أن المقاولة من الباطن تنشأ عن تعاقد بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فإنها تخضع في صحتها لضرورة توافر الشروط العامة لصحة إنشاء العقود والشروط الخاصة التي لا بد من توافرها حتى يكون التعاقد من الباطن صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية.

69 Jeremy Clover, Understanding of the fidic red book, page 5, year 2006.

المبحث الأول: كيفية تكوين عقد المقاولة من الباطن

إن عقد المقاولة من الباطن، وإن كان ناشئاً عن عقد سابق، إلا أنه يعتبر بدوره عقداً، فلا بد من أن تتوافر فيه الشروط العامة لانعقاده كونه يربط شخصين بعلاقة تعاقدية. وهذه الشروط هي نفسها الشروط العامة لإبرام أي عقد، سواء كان عقداً أصلياً أم عقداً فرعياً. ويؤدي تخلّف شرط من هذه الشروط إلى بطلان العقد، بطلانا مطلقاً أو بطلاناً نسبياً.

وبذلك، يستلزم الأمر تحديد الشروط العامة لإبرام عقد المقاولة من الباطن (الفقرة الأولى) ومن ثم التطرق الى الشروط الخاصة لإبرام عقد المقاولة من الباطن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشروط العامة لإنشاء عقد المقاولة من الباطن

إن عقد المقاولة من الباطن ينشأ عن تعاقد بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فيخضع في صحته لضرورة توافر شروط عامة تشترط لصحة انعقاد أي عقد. فلا بد من توافر الشروط التالية في عقد المقاولة من الباطن[٧٠] : الرضا، الموضوع، والسبب. وتعرف هذه الشروط بشروط صحّة التعاقد التي نصت عليها المادة ١١٠٨ من القانون الفرنسي[٧١].

أولاً: الرضى في عقد المقاولة من الباطن

قد يسبق انعقاد عقد المقاولة الأساسي وعقد المقاولة من الباطن المفاوضات بين أطرافه تتناول الموجبات الواجب تحملها، وتقدير الأسعار، وطريقة تسديد الأجر. ومع ذلك فإن التفاوض ليس أساسي لإنعقاد عقد المقاولة، ويمكن أن يتم بدون مفاوضات، كعقود النقل مثلا التي تتم بأسعار محددة. وبمجرد نجاح المفاوضات أي إلتقاء القبول مع العرض، أو التقاء إرادة كل من طرفي العقد حتى ينعقد العقد ويصبح ملزماً لأطرافه[٧٢].

---

٧٠ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، عام ٢٠٠٠، صفحة ١٠٣.

71 Art. 1108 Four requisites are essential for the validity of an agreement: The consent of the party who binds himself; His capacity to contract; A definite object which forms the subject-matter of the undertaking; A lawful cause in the obligation.

72 Jacques Ghestin, La Formation du contract, page 258, en 1996.

ولا بد من إجراء المفاوضات بنية حسنة كونه قد تقوم المسؤولية في حالة عدول أحد المتعاقدين وامتناعه عن إبرام العقد من دون سبب مشروع[٧٣]، وذلك إذا اقترن هذا العدول بخطأ قد يلحق ضرراً بالطرف الآخر كخسارة في النفقات وفوات الربح، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية تقصيرية أساسها الفعل غير المشروع، على ما نصت عليه المادة ٢٥٦ م.ع. من أن "*شروط نسبة الضرر، في حال عدم التعاقد، معينة في المادة ١٢٢ وما يليها*"[٧٤]. ويتحقق الخطأ عن طريق إثبات أن قطع المفاوضات قد حصل دون مبرر مشروع، وعندئذ يكون للطرف الآخر الحق في طلب التعويض عن الاضرار التي لحقت به نتيجة قطع المفاوضات بطريقة تعسفية وغير مبررة[٧٥].

تطبيقا لذلك، فإنه لتوافر الرضى وإنعقاد عقد المقاولة يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول بين صاحب المشروع والمقاول الأساسي. فينوجد التراضي في عقد المقاولة من الباطن بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على ماهية العقد، والعمل الذي يؤديه المقاول من الباطن للمقاول الأصلي، والأجر الذي سيتقاضاه منه.

فالرضى يشكل ركناً أساسياً في العقد إذ بتخلفه ينتفي وجود العقد. وقد عرفت المادة ١٧٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني الرضى في العقود بأنه اجتماع مشيئتين أو أكثر وتوافقهما على إنشاء علاقات إلزامية بين المتعاقدين. وبمجرد صدور الرضى عن إرادة صحيحة وعاقلة ومدركة حتى ينعقد عقد المقاولة بين أطرافه، فعند تخلف الرضى يعتبر العقد غير موجوداً[٧٦].

ثانياً: الموضوع في عقد المقاولة من الباطن

إن الموضع في عقد المقاولة من الباطن هو العمل الذي سيقوم به المقاول من الباطن لصالح المقاول من الباطن. وبما أنه لم يرد في القانون اللبناني قواعد خاصة تتعلق بعقد المقاولة من الباطن، وبالتالي تطبق عليه القواعد المتعلقة بموضوع العقد، أي أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين ومباحاً.

---

[٧٣] حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد، دراسة قانونية مقارنة، عام ٢٠١٥، صفحة ٢٢٨.

[٧٤] مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، عام ١٩٩٩، صفحة ١٦٧.

[٧٥] فايز الحاج شاهين، في المسؤولية السابقة للتعاقد الناشئة عن قطع المحادثات، مجلة العدل، سنة ١٩٤٩، صفحة ١-١٣.

أ- العمل في عقد المقاولة من الباطن

يشترط في عقد المقاولة من الباطن أن يكون العمل محدداً، أي أن يذكر طبيعة العمل وأوصافه، كما هو في سائر العقود حيث يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين. وعملاً بأحكام المادة ١٨٩ موجبات وعقود[٧٧] يجب أن يكون التعيين كافياً. وتوجب المادة ١٩٠[٧٨] من القانون نفسه، أن يتناول التعيين ماهية الموضوع ومقداره.

ويلتزم المقاول من الباطن بتنفيذ العمل المتفق عليه مع المقاول الأساسي، وقد يشتمل هذا العمل كامل الأعمال المحددة في عقد المقاولة الأساسي أو جزءاً منها. ويخضع العمل موضوع عقد المقاولة للشروط العامة التي يخضع لها موضوع أي عقد، فلا بد أن يكون ممكناً لا مستحيلاً، فإذا كان كذلك أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ب- الأجر في عقد المقاولة من الباطن

الأجر هو البدل الذي يلتزم المقاول الأساسي بتسديده للمقاول من الباطن مقابل تنفيذ الأعمال. فالأجر هو موضوع التزام المقاول من الباطن، فيخضع لشروط صحة الموضوع السابق ذكرها. إذ يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين والا اعتبر العقد من عقود التبرع. أما لناحية الأجر المترتب بذمة المقاول والمستحق للمقاول من الباطن، فالمبدأ هو أن لا تستحق الأجرة الا بعد إتمام العمل أو بتسليمه. ولكن قد يرد في عقد المقاولة من الباطن بعض البنود التي تحدد كيفية تسديد الأجر بطرق مختلفة ومن بينها:

١. أن تسدّد الأجرة على دفعات معينة شرط ان يتم تنفيذ جزء من الأعمال، عندها تستحق كل دفعة فور إتمام القسم المحدد في العقد وذلك سنداً لأحكام المادة ٦٧٣ من قانون موجبات وعقود التي نصت على ان "*لا تستحق الاجرة الا بعد اتمام المنشأ او العمل*". وإذا انقطع العمل لسبب ليس له علاقة بإرادة الفريقين أو دون أي خطأ صادر عنهم، فلا يحق للمقاول من الباطن بأي اجر الا ما بمقدار العمل المنفذ. أما مكان تسديد الأجر فيتم في مكان تسليم العمل سنداً لأحكام المادة ٦٧٦م.ع. التي نصت على أنه" *يجب الدفع في المكان الذي يجب فيه تسليم المصنوع*".

---

٧٧ المادة ١٨٩ من قانون الموجبات والعقود:" يجب ان يعين الموضوع تعيينا كافيا وان يكون ممكنا ومباحا."

٧٨ المادة ١٩٠ من قانون الموجبات والعقود:" يجب ان يتناول التعيين ماهية الموضوع ومقداره. على انه يكفي ان يعنين نوع الشيء وان يتضمن العقد ما يمكن معه تعيين المقدار فيما بعد."

٢. أن تسدد الأجرة بمقتضى قياسات على أساس الوحدة. إن المبدأ العام سندا لأحكام المادة ٦٧٥م.ع. هو عدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه في عقود المقاولة وخاصة إذا كان يتضمن العقد تصميماً محدداً وبشكل صريح. الا إن الأمر يختلف إذا كان الأجر محدد على قياسات على أساس الوحدة، فإذا تبين اثناء العمل انه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه تجاوز المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة وبشكل إلزامي مما سيتطلب مصاريف إضافية وجسيمة لمتابعة تنفيذ الأعمال، ففي هذه الحالة أمكن للمقاول من الباطن المطالبة في زيادة الأجر شرط ان يعلم في الحال المقاول الأصلي بذلك، الذي يحق له الموافقة أو الرفض، مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الاجر، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات [٧٩].أما اذا كانت الزيادة غير جسيمة فلا يحق للمقاول المطالبة بتعديل الأجر[٨٠]. وفي حال رفض المقاول إعطاء الموافقة جاز للمقاول من الباطن أن يوقف الأعمال، إذا كانت الزيادة جسيمة، وإبطال العقد مع المطالبة بالتعويض عن ما انجزه من الاعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد وذلك عملاً بأحكام الإثراء دون سبب.

٣. أن يكون العمل مكوناً من أجزاء متميزة، أو أن يكون الأجر محددا بسعر الوحدة، جاز لكل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن أن يطلب إجراء المعاينة والتسلم عقب إنجاز كل جزء أو وحدة من العمل. فيرد في عقد المقاولة في هذه الحالة بنداً ينص على أن الاجر يسدد فور انجاز الاعمال وبعد كيلها، ومثال على ذلك عندما يشترط في العقد ان يسدد الثمن النهائي بعد كيل مساحة الباطون المصبوبة. والمفترض ان المقاول الأصلي، إذا دفع أجر جزء أو أكثر من العمل، أن يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء التي تسلمها وقبل بها، وذلك ما لم يثبت ان ما دفعه ليس الا مبلغاً قدمه للمقاول من الباطن كسلفة على الحساب.

– أن تسدد الأجرة على اجر اجمالي جزافي على أساس تصميم معين، فليس للمقاول من الباطن أن يطالب بأية زيادة في الاجر ولو حصل في هذا التصميم تعديل او إضافة، على ان لا يكون ذلك راجعاً الى خطأ من المقاول الأصلي أو أن يكون مأذوناً به منه. ولكن إذا أذن المقاول الأصلي في تعديل

---

٧٩ المادة ٦٧٥ م.ع. " من يقوم بعمل مقابل بدل معين بناء على رسم او تقويم وضعه بنفسه او وافق عليه، لا يجوز له ان يطلب زيادة على البدل بحجة ان النفقات تجاوزت المبلغ المقدر في الرسم او في التقويم الا إذا كان صاحب الامر هو الذي سمح له صراحة بتجاوز المبلغ، او كان هناك نص على العكس".

٨٠ نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة، عام ٢٠٠٩، صفحة ١٢٦.

التصميم او في الإضافة عليه، وجب عليه ان يدفع زيادة في الاجر توازي ما وقع في التصميم من إضافة او تعديل، وذلك دون حاجة ان يكون هنالك اتفاق خطي بينه وبين المقاول من الباطن. وهذا ما نصت عليه ايضاً المادة٦٥٨ف٢[٨١]من القانون المدني المصري المتعلقة بالعلاقة القائمة بين رب العمل والمقاول الأصلي، انما ليس في العلاقة القائمة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

الا انه في حالة الاتفاق على الاجر الإجمالي الجزافي وقد حصل ارتفاع في اسعار المواد الأولية فليس للمقاول من الباطن أي زيادة في الاجر(٣/٦٥٨ مدني مصري)[٨٢] ويكون في هذه الحالة صاحب العمل في منحى عن كل مفاجأة وتكون أخطار الخطأ في التقدير ملقاة على عاتق الملتزم[٨٣] ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ المقاولة من الباطن عسراً، كما لو انهار التوازن بين التزامات كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن بسبب حوادث طارئة كالتدهور المفاجئ في قيمة النقد والتي لم تكن في الحسابات وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة فيتم وفاء الأجر حسب ما هو محدد في العقد. وقد سار الإجتهاد في كل من فرنسا ولبنان الى الاخذ بحرفية العقود دون الاعتداد بما يكون قد طرأ من تبدل في قيمة العملة الحقيقية.[٨٤]

إضافةً الى ذلك فالقانون اللبناني لم يلحظ مثل هذه الحالة، على عكس المشرع المصري (م ١٤٧ مدني ف.٢) [٨٥]وكذلك المشرع السوري (م ١٤٨ ف٢)[٨٦] اللذان خولا القاضي التدخل بناء لطلب أحد الفرقاء

---

٨١ مادة ٢١٦٥٨من القانون المدني المصري:"...٢- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد أتفق عليه مشافهة ..."

٨٢ مادة ٣١٦٥٨ من القانون المدني المصري: "...وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً."

٨٣ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عام ٢٠٠١،صفحة ٥٩.

٨٤ إدوار عيد، أثر إنخفاض قيمة العملة على الإلتزامات المدنية، عام ١٩٩٠، صفحة ١٢.

٨٥ مادة ١٤٧ من القانون المدني المصري ١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنافية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا آل اتفاق على خلاف ذلك.

٨٦ المادة ١٤٨ من القانون المدني السوري: العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون. ٢. ومع ذلك، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ

في العقود التي اختل توازنها وإعادة التوازن الى الموجبات المتبادلة بحيث تبقى الصفة العادلة ملازمة للعقد وذلك سنداً لأهم خصائص مبدأ عدالة العقود وهي وجود التوازن بين الموجبات المنبثقة عن العقد بحيث لا يغتني طرف فيه على حساب الطرف الاخر دون وجه حق[٨٧].

ثالثاً: السبب في عقد المقاولة من الباطن

إن سبب العقد، هو الغرض المباشر الذي يسعى المتعاقد الى الوصول إليه من التعاقد. ويعتبر أحد العناصر الأساسية التي لا يبرز العقد الى حيز الوجود بدونها. ويجب التمييز هنا بين سبب العقد وسبب الموجب. فسبب الموجب يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير وهو يعتبر جزءاً غير منفصل عن العقد.

أما سبب العقد، فهو كما حددته المادة ٢٠٠ من قانون الموجبات والعقود[٨٨] بأنه الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد على إنشاء العقد، وهو لا يعد جزءاً غير منفصل عن العقد بل يختلف من عقد لاخر. ففي عقد المقاولة من الباطن يلتزم المقاول من الباطن القيام بعمل معين متفق عليه ويكون هدفه الأساسي من التعاقد هو الحصول على أجر، ويكون هدف المقاول تنفيذ الأعمال كما هي محددة في العقد مقابل دفع أجر المقاول من الباطن.

ويشترط في سبب عقد المقاولة من الباطن، أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلاّ كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً[٨٩].

وقد سار الإجتهاد في هذا المنحى حيث صدر قرار عن محكمة استئناف بيروت قضى "*ان الموجب الذي ليس له سبب او له سبب غير صحيح او غير مباح يعد كأنه لم يكن ويؤدي الى اعتبار العقد الذي يعود اليه غير موجود ايضاً، وما دفع يمكن استرداده عملاً بأحكام المادة ١٩٦ م.ع. ...*".

الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

٨٧ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، عام ١٩٩٩، صفحة ١٣٠.

٨٨ المادة ٢٠٠ من قانون الموجبات والعقود: ان سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد على انشاء العقد وهو لا يعد جزءا غير منفصل عن العقد بل يختلف في كل نوع من العقود وان تكن من فئة واحدة."

٨٩ إستئناف مدني، قرار رقم ٢٠١٠/٣٨٩، تاريخ ٢٠١٠/٣/٣٠، كساندر، عام ٢٠١٠.

الفقرة الثانية: الشروط الخاصة في تكوين عقد المقاولة من الباطن

ولا يكفي توافر الشروط العامة السابقة الذكر لوحدها لصحة عقد المقاولة من الباطن، وإنما يقتضي توافر شروط خاصة وذلك لإعتبار عقد المقاولة من العقود الخاصة، والأمر نفسه ينطبق على عقد المقاولة من الباطن باعتباره عقدا يتفرّع عن عقد المقاولة الأصلي. فيجب اجتماع الشروط العامة مع الشروط الخاصة لصحة التعاقد من الباطن في عقد المقاولة وهذه الشروط هي:

أولاً: إنتفاء الشرط المانع من عقد المقاولة من الباطن

سنداً لمبدأ " الفرع يتبع الأصل " فلا يصح عقد المقاولة من الباطن إلاّ بصحة عقد المقاولة الأساسي، ولا يكفي هذا الأمر، وإنّما يجب أن لا ينص عقد المقاولة على شرط يمنع إجراء التعاقد من الباطن بالرغم من خضوع عقد المقاولة الفرعية لمبدأ حرية التعاقد وسلطان الإرادة.

ويقصد بالشرط المانع حالة إتفاق صاحب العمل والمقاول الأساسي على عدم جواز قيام الأخير بأن يعهد بالعمل المكلف به إلى مقاول آخر. ويرى الفقه أنه لا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحةً في العقد، فقد يكون بموجب اتفاق لاحق كما يمكن استخلاصه ضمنياً من ظروف التعاقد. وفي هذه الحالة لابد من وجود دلائل قاطعة تثبت بأن إرادة صاحب المشروع قد إتجهت إلى الموافقة على المقاولة من الباطن. وإذا قام شك في أن هناك شرط مانع ضمني، فيعتبر الشك في معنى المنع فيمنع عندها على المقاول التعاقد من الباطن إلا بعد الإستحصال على إذن صاحب المشروع [٩٠].

أما هذا الشـــرط المانع لا يعني عدم تمكن المقاول من الاســـتعانة بأشـــخاص فنيين وتقنيين لإنجاز المشـــروع، ما دام أنهم ليســـوا مقاولين من الباطن بل أنهم عمال لدى المقاول مرتبطين به بعقد عمل، وليس بعقد مقاولة[٩١].

ويجب عدم الخلط بين الشرط المانع للتعاقد من الباطن، وشرط الحصول على موافقة صاحب المشروع. فانعدام الشرط المانع من التعاقد من الباطن في عقد المقاولة الأصلي، لا يعني عدم توافر شرط الإستحصال على موافقة صاحب المشروع المسبقة على المقاول من الباطن. فإذا اشترط صاحب المشروع

٩٠ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، بند ١٨، صفحة ٢٠٩.

٩١أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، عام ١٩٦٤، الجزء السابع، صفحة ٢١٠.

الحصول على موافقته المسبقة بموجب بند صريح في العقد فلا بد من الإستحصال على موافقته قبل إجراء التعاقد من الباطن وإلا أعتبر هذا التصرف خرقاً لبنود العقد.

وقد تدخل المشرع الفرنسي باستحداث المواد ٥ و٦ و المادة ١٤-١ من القانون رقم ٧٥-١٣٣٤[٩٢] الذي نظم أعمال المقاولة من الباطن بأن يستحصل المقاول الأساسي على موفقة رب العمل قبل التعاقد من

---

92 – **Article 14-1 Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance** Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics : “le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés …”

– **Article 5 Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975:**”ans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter, ainsi que les sous- traitants auxquels il envisage de faire appel”.

En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage.

–**Article 6 Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975:**” Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à un seuil qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 600 euros ; ce seuil peut être relevé par décret en Conseil d'Etat en fonction des variations des circonstances économiques. En-deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables”.

En ce qui concerne les marchés industriels passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par décret en Conseil d'Etat.

Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

الباطن، وإذا لم يوافق عليه يكون المقاول الأصلي مسؤولاً عن المقاول من الباطن. ويتم القبول من قبل صاحب المشروع إمّا صراحة أو ضمنيا، فألزمت المادة الثالثة من القانون المذكور، على المقاول الذي يعتزم تنفيذ المشروع أن يجعل رب العمل موافقا على المقاولين الفرعيين الذين سيلجأ إليهم من أجل إنجاز العمل وذلك قبل تنفيذها[٩٣].

ويترتب على عدم مراعاة المقاول للشرط المانع في العقد، خضوعه للجزاء الذي تقضي به الأحكام العامة، أي جواز لصاحب المشروع طلب فسخ عقد المقاولة لعدم تنفيذ المقاول لالتزاماته، أو المطالبة بالتنفيذ العيني للمشروع، وفي حالة الرفض بالتنفيذ عن طريق التعويض.

وبالعودة الى الشرط المانع من القيام بأعمال المقاولة من الباطن، سواء الصريح او الضمني، لا يعني ان هذا المنع هو نهائي ولا يمكن التراجع عنه، بل على العكس من ذلك فالإرادة التي اوجدت هذا الشـــرط يمكن ان تتراجع عنه، طالما انه لا يتعلق بالنظام العام[٩٤]. عندئذ يحق لرب العمل التراجع عن الشـــرط المانع مما يمنح المقاول القدرة على اجراء المقاولة من الباطن.

Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14.

93 **Article 3 Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975**:" L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.
Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant."

٩٤ صادر في الاجتهاد المقارن، النظام العام، عام ٢٠١٢، صفحة ١١.

الا انه تطبيقا للقواعد العامة، إن التنازل عن الشـــرط المانع الذي صـــدر عن رب العمل، ســـواء اكان صـريحاً أو ضـمنياً، مما سـمح للمقاول اجراء أعمال المقاولة من الباطن، يمنع على صـاحب العمل التراجع عنه، سواء حصل التنازل قبل مخالفة المقاول للشرط المانع او بعد مخالفته له.

ثانياً: إنتفاء الإعتبارات الشخصية لقيام عقد المقاولة من الباطن

لا يعد الشرط المانع السبب الوحيد الذي يمنع المقاول من تكليف مقاول من الباطن لإنجاز العمل الموكل إليه من طرف صاحب المشروع، بل أن طبيعة الأعمال في حدّ ذاتها تحول دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن. وذلك بسبب خصوصية بعض الأعمال التي تستوجب مؤهلات وكفاءات شخصية لدى مقاول معيّن. فإذا كانت طبيعة العمل محل عقد المقاولة تفترض الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية، كأن يكون عملاً فنياً، كالتعاقد مع رسّام، تعاقد معه صاحب المشروع نظراً لكفاءته الفنية، فلا يجوز للمقاول في هذه الحالة التعاقد من الباطن لإنجاز تلك الأعمال[٩٥].

ولعلّ من أبرز صور تقسيمات العقود المدنية، هو التقسيم الذي تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار من جانب الدائن عند التعاقد، فتنقسم العقود المدنية الى عقود قائمة على أساس الاعتبار الشخصي، وعقود غير قائمة على أساس الاعتبار الشخصي.

أما بالنسبة لعقود المقاولة فإن شخصية المقاول في عقد المقاولة ليست محل اعتبار دائما بالنسبة لصاحب العمل، فيكون العقد غير قائم على مهارات فنية خاصة يتمتع بها المقاول، وبالتالي يمكن لأي شخص عادي أن يقوم به، كعملية نقل أشياء من مكان الى آخر، ومثال اخر على ذلك عقود المقاولة الكبيرة التي ترتكز على رأس المال وليس على شخصية المقاول. ففي هذه الحالة إن وفاة المقاول لا تؤدي الى فسخ عقد المقاولة الا إذا لم تتوفر لدى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل[٩٦].

ويترتب على هذا التقسيم نتائج على غاية من الأهمية، لعل أبرزها انه يجب في الحالة التي يكون العقد قائماً على أساس الاعتبار الشخصي للمدين، أن يقوم هذا المدين بنفسه بتنفيذ الالتزام الناشئ عنه، من دون ان يكون له الحق في الاستعانة بالغير أو التنازل عن التزامه له، كما ان وفاة المدين يكون من شأنه انهاء العقد وعدم انتقاله الى ورثته.

---

٩٥ إميل تيان، الموجبات والعقود، عام ٢٠٠٩، صفحة ٢٤١.

٩٦ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثامن عشر، عقد المقاولة، المجلد الأول، صفحة ٢٩٣.

أما اذا لم تكن شخصية المدين محل اعتبار عند التعاقد فيستطيع المدين في هذه الحالة التنازل عن التزامه للغير، كما يستطيع الاستعانة بالغير لتنفيذ هذا الالتزام، سواء أكانت هذه الاستعانة على شكل إحلال الغير محله في تنفيذ الالتزام أم على شكل مجرد مساعدة الغير له في أثناء قيامه بتنفيذ الالتزام. فضلاً عن عدم تأثر العقد بحالة موت المدين أو وفاته، اذ يبقى مستمراً مع ورثته أو خلفه اذا ما وجدوا.

وبالتالي إن عقود المقاولة التي يكون فيها شخصية المقاول محل اعتبار تكون اما نتيجة اتفاق الطرفين المتعاقدين، واما كونه يتعلق بطبيعة العمل محل عقد المقاولة. ونرد ادناه بندا يرد في بعض عقود المقاولة التي تمنع صراحة التنازل عن المقاولة او المقاولة من الباطن:

" لا يحق للفريق الثاني التنازل عن هذا العقد للغير كلياً أو جزئياً كون سيرته المهنية والتجارية والقانونية أخذتا بعين الإعتبار عند التعاقد وبكل الأحوال يبقى الفريق الثاني مسؤولاً شخصياً تجاه الفريق الأول الذي يحتفظ بحقه بإعلان فسخ الإلتزام أو إجراء تعاقد جديد على مسؤولية الفريق الثان".

ثالثاً: شرط توافر عقد مقاولة صحيح

يستلزم عقد المقاولة من الباطن وجود عقد مقاولة أساسي صحيح وسابق له، فيقتضي التطرق الى عقد المقاولة باختصار نظراً لمبدأ " الفرع يتبع الأصل " فلا يصح عقد المقاولة من الباطن إلاّ بصحة عقد المقاولة الأصلي[٩٧].

أ: توافر عقد مقاولة صحيح

فالمقاولة هي عقد يتم بمجرد تراضي الفريقين[٩٨]، حيث بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه وهو المقاول باتمام عمل معين، مستقلاً وبإسمه الخاص، لحساب الطرف الآخر هو رب العمل، مقابل أجر معين. فيقتضي توافر الشروط التالية ليقام عقد المقاولة:

١. قيام المقاول بالعمل مستقلاً عن رب العمل، أي دون أن يكون نائباً عنه أو تابعاً له.

---

٩٧ عرّف المشر ع المصري عقد المقاولة في المادة ٣٤٦ من التقنين المدني بنصها: " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". أمّا المشرع المغربي فسمّاه بعقد إجارة الصنعة في الفقرة الثانية من الفصل ٧٢٣ من ظهير الالتزامات والعقود وعرّفه بأنّه " عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له". وقد عرّفه المشرع الفرنسي في المادة ١٧١٠ من القانون المدني كما يلي : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à fair quelque chose pour l' autre, moyennant un prix convenu entre elles ".

٩٨ المادة ٦٢٥ من قانون الموجبات والعقود:" تتم العقود (أي عقد المقاولة) المبينة في المادة السابقة بمجرد تراضي الفريقين.

٢. اســـتحقاق المقاول لأجر متفق عليه مقابل العمل الذي يقوم به، وما يتكبده من نفقات في ســـبيل إنجازه.

٣. ويفرض عقد المقاولة على طرفيه، المقاول ورب العمل، إلتزامات محددة على الشكل التالي،

إلتزامات المقاول[٩٩]:

- إنجاز العمل طبقاً للشروط الواردة في العقد وفي المدة المتفق عليها،
- تسليم العمل المطلوب إنجازه في المكان والوقت المتفق عليهما.

إلتزامات رب العمل[١٠٠]:

- بتمكين المقاول من إنجاز العمل، فيلتزم رب العمل بأن يبذل كل ما في وســـعه لتمكين المقاول من إنجاز العمل المتفق عليه.
- بتسلم العمل بعد إنجازه وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا إمتنع دون سبب مشروع وبعد إخطاره اعتبر أن السليم قد تم.
- بدفع الأجر للمقاول، ويتم الدّفع عند تسلّمه العمل، ما لم يقض العرف أو الاتفاق بغير ذلك.

ب- طبيعة التزام المقاول الأساسي

إعتاد الفقه المدني لتحديد طبيعة التزام المقاول، تقسيمه الى نوعين، التزاماً بتحقيق نتيجة والتزاماً ببذل عناية. وبالنظر الى تشعب وتنوع أعمال المقاولات، نجد ان معظم التزامات المقاول هو التزاماً بتحقيق نتيجة، كما في التزام المقاول بتشييد الأبنية وترميمها وصنع الأثاث وغيرها [١٠١]، في حين يقتصر التزام المقاول في مقاولات أخرى، على مجرد بذل العناية المطلوبة دون أن يصل الى درجة تحقيق النتيجة، كما في التزام

٩٩ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثامن عشر، عقد المقاولة، المجلد الأول، صفحة ١٣٩.

١٠٠ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثامن عشر، عقد المقاولة، المجلد الأول، صفحة ٢١٩.

١٠١ " حث يعيب المشرف على القرار أنه اخطأ في تطبيق المادة ٦٦٧ م.ع. لأن عمله تمثل بالإشراف على حسن تطيق المقاول لخرائط وضعها المهندس X، وقد تحقق القرار من خلال تقرير الخبير Y ان العيب المشكو منه نشأ عن نقص

الطبيب في معالجة المريض، والتزام المحامي في الترافع في الدعوى[١٠٢]، وغيرها من الالتزامات التي تكون محلاً لعقد المقاولة.

وسواء كان التزام المقاول في عقد المقاولة التزاماً بتحقيق نتيجة أم التزاماً ببذل عناية، فإن من حق المقاول[١٠٣] اللجوء الى الغير لمساعدته في تنفيذ هذا الالتزام، كما لو قام الناقل في عقد نقل الأشياء بالاستعانة بناقلين ثانويين لتنفيذ التزامه لنقل الأشياء وايصالها الى الجهة المرسل اليها، وكذلك اذا أقدم المهندس المعماري على الاستعانة بأشخاص آخرين لمساعدته فقط في تنفيذ الأعمال انما دون ايكال كافة الأعمال لهم. اذ لا يؤثر طبيعة التزام المقاول في عقد المقاولة في مدى حقه في الاستعانة بالأشخاص الاخرين، الذين يساعدونه أو يحلون محله في تنفيذ التزامه العقدي، فحقه يبقى ثابتاً سواء أكان التزاماً في العقد التزاماً بتحقيق نتيجة أم التزاماً ببذل عناية.

الا انه لا بد من الإشارة هنا إذا كان التزام المقاول التزاماً ببذل العناية وليس بتحقيق نتيجة، ففي هذه الحالة على صاحب المشروع أن يثبت مسؤولية الأشخاص الذين استعان بهم المقاول، أي ان يثبت انهم لم يبذلوا العناية اللازمة لإنفاذ الالتزام، كي تتحقق مسؤولية المقاول.

أما القوانين العربية فقد تطرقت لهذا الموضوع بنصوص خاصة نتطرق لها أدناه:

أ- من ناحية القانون العراقي

تطرق القانون العراقي لهذه النقطة بحيث ورد في نص المادة(٨٨٢/ف١) من القانون المدني العراقي "*يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه الى مقاول اخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، او لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الى كفايته الشخصية*[١٠٤]".

وبالتالي اعتبر المشرّع العراقي بأن عقد المقاولة هو من العقود الغير قائمة على أساس الاعتبار الشخصي، أي إن شخصية المقاول ليست محل اعتبار لإنشاء العلاقة التعاقدية، وذلك ما لم يوجد شرط في العقد او كانت طبيعة العمل مما يقصد معه الركون الى الكفاية الشخصية للمقاول، وهو ما يظهر في صورة غير مباشرة.

---

١٠٢ صادر في الاجتهاد المقارن، المحاماة، عام٢٠٠٠، صفحة ٨٦.

١٠٤ يقابل هذا النص في القانون المدني المصري نص المادة (٦٦١ ف ٢) وفي القانون الأردني نص المادة(٧٩٨ف١).

ب- من ناحية القانون المصري

أما القانون المصري فقد كان واضحا من هذه الناحية، فنصت المادة ٦٦٦ من القانون المدني المصري على انه " *ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد. فان لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ منه*[١٠٥]*، إلا اذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل*".

<u>نستنتج من ما ذكر أعلاه،</u>

بأن عقود المقاولة ليست دائماً من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي للمدين، وذلك بخلاف عقد العمل، الذي يعتبر شخصية العامل فيه محل اعتبار من جانب رب العمل. ويترتب على القول بأن شخصية المقاول ليست محل اعتبار في عقد المقاولة نتائج مهمة أبرزها:

١- إن من حق المقاول الاستعانة بالغير لتنفيذ المقاولة سواء أكانت هذه الاستعانة مقتصرة على مجرد قيام الغير بمساعدته أو معاونته في التنفيذ، كما في استعانة الخياط بالصنّاع واستعانة البنّاء بالعمال، او كانت تتضمن ايكال المقاول أعمال المقاولة كلها أو جزء منها الى الغير، كما في حالة قيام المقاول بإبرام عقد المقاولة من الباطن، أو تنازله عن المقاولة للغير كلها أو جزءا منها [١٠٦]. فمشاريع تشييد البناء أصبحت تتطلب من الاختصاصات ما يحمل المقاول الأصلي الذي تعهد بتشييد البناء وتسليمه جاهزاً لصاحب المشروع، على التعاقد مع صناعيين ومقاولين عديدين دون ان يلجأ حتما الى اشراك صاحب المشروع في هذه العقود.

٢ – إن القانون اللبناني لم يحدد صراحة إذا كانت عقود المقاولة من العقود التي تقوم على شخصية المقاول، ما يدفعنا الى القول إذا كان عقد المقاولة قائم على شخصية المقاول، فإن وفاة هذا الأخير من شأنها ان تؤدي الى انهاء عقد المقاولة، ولا تؤدي الى انقضاء المقاولة إذا لم تكن

---

١٠٥ المادة ٦٦٣ من القانون المدني المصري :١- لرب لعمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات ، وما أنجزه من الأعمال ، وما آان يستطيع آسبه لو أنه أتم العمل . ٢- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من آسب إذا آانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد آسبه باستخدام وقته فى أمر أخر.

١٠٦ عدنان إبراهيم سرحان، شرح قانون المدني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص٣٥.

شخصية المقاول محل اعتبار[١٠٧]. إلا إنه لا بد من الإشارة في هذه الحالة على أن المادة ٦٤٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني قد نصت على انتهاء عقد المقاولة بوفاة صاحب العمل.

كما إن العقود هي شريعة المتعاقدين، تعتبر هذه القاعدة مبدأً أساسياً في القانون المدني اللبناني والدولي، فبإمكان الأطراف المتعاقدة تضمين عقودهم ما يشاؤون من شروط، ما لم ينطوي على ما من شأنه مخالفة القانون أو المساس بالنظام العام أو الآداب العامة. ولا يستثنى عقد المقاولة من هذه القاعدة، اذ يكون لأطرافه المتعاقدة الاتفاق على تضمين العقد الذي يربط بينهما شروطا خلافا لما تقرره القواعد القانونية المفسرة أو المكملة للقانون، من ذلك الاتفاق على جعل شخصية المقاول محل اعتبار في العقد المبرم بينهما، بحيث يكون المقاول ملزماً بتنفيذ العمل محل المقاولة شخصياً، من دون الإستعانة بغيره من الأشخاص، والا تحققت مسؤوليته تجاه رب العمل، فتكون شخصية المقاول محل اعتبار إذا ثبت ان طبيعة العمل الموكل الى المقاول للقيام به يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية، بحيث يصبح نية رب العمل من العلاقة التعاقدية هي قيام المقاول بنفسه بتنفيذ العمل، من دون استعانته بالغير. ولقد اشارت المادة ٨٨٢ من قانون المدني العراقي على حالة الاعتداد بشخصية المقاول في عقد المقاولة بقولها" ... *أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية*..."[١٠٨].

وبغض النظر عن سبب إعتبار شخصية المقاول محل إعتبار في عقد المقاولة، فيتوجب على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه، من دون أن يكون له الحق بالإستعانة بالمساعدة من الغير. وبالتالي إن قيام المقاول بإيكال العمل الى الغير يمثل اخلالاً بالتزامه العقدي، ومن ثم تترتب عليه المسؤولية العقدية التي تكون في هذه الحالة قائمة على أساس خطئه الشخصي، أما إذا كان يقصد من تدخل الغير مجرد الاستعانة للمساعدة في تنفيذ العمل، فان ذلك لا يمثل اخلالا بالموجبات العقدية من جانب المقاول[١٠٩].

---

١٠٧ ومع ذلك نص القانون المدني العراقي فيما يتعلق بحالة موت المقاول الذي لم تكن شخصيته محل اعتبار على حكم راعى فيه مصلحة رب العمل حيث ميز بين حالتين: الحالة الأولى: هي حالة ما إذا لم يكن ورثة المقاول من يستطيع تنفيذ المقاولة، حيث ينتهي عقد المقاولة بموت المقاول في هذه الحالة. والحالة الثانية: هي حالة ما إذا كان يوجد في الورثة من يستطيع تنفيذ المقاولة، حيث يستمر عقد المقاولة ولا ينتهي بموت المقاول (مادة ٨٨٨ف١ من القانون المدني العراقي).

١٠٨ المادة ٨٨٢ من قانون المدني العراقي: " يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول آخر اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية – 2 .ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني".

١٠٩ محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، سنة ٢٠١١، صفحة ١٢٨.

فإذاً، اذا لم يرد في العقد شرط مانع ولم يكن العقد قائماً على اعتبارات شخصية امكن عندها للمقاول اجراء المقاولة من الباطن دون اعتبار ذلك خرقاً للتعاقد الحاصل بينه وبين رب العمل. وسنتطرق أدناه إلى صفات عقد المقاولة من الباطن بالتفصيل.

المبحث الثاني: صفات عقد المقاولة من الباطن

يتميز عقد المقاولة من الباطن بأنه من العقود المتبادلة، ذات العوض، وهو عقد رضائي، وعقد غير مسمى، وهو من العقود التي ترد على عمل. وسواها من الصفات التي نأتي على ذكرها تباعاً.

الفقرة الأولى: الصفات العامة لعقد المقاولة من الباطن

إن عقد المقاولة من الباطن هو من العقود التي تتفرع عن العقد الأصلي، وهو بحالتنا عقد المقاولة الأصلي. فيستند عقد المقاولة من الباطن في وجوده ومدته على عقد المقاولة الأصلي، فمن غير الممكن أن تقوم المقاولة من الباطن في إنعدام المقاولة الأصلية. وبالتالي، يكون عقد المقاولة هو الأصل وعقد المقاولة من الباطن هو الفرع. فإن عقد المقاولة من الباطن يتبع عقد المقاولة في خصوصياته وطبيعته، وبالتالي يأخذ ذات الخصائص التي يتميز بها عقد المقاولة، وهي تتمثل لاسيما في ما يلي:

أولا: عقد المقاولة من الباطن من العقود الرضائية:

إن عقد الرضائي بمفهوم المادة ١٧٢ موجبات وعقود، العقد الذي تجري المناقشة والمساومة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين. وهذه هي حال عقد المقاولة الذي يتم بين فرقائه بعد مساومات ومفاوضات يكون لكل منهم الحرية التامة في قبولها ورفضها وتعديلها، الى أن تستقر إرادة الطرفين على طريقة العمل ومستواه ومضمونه، وعلى البدل المتناسب مع أهمية العمل[١١٠]. فلا يكون إنعقادها موقوفاً على شرط ظاهر خاص، بل يكفي أن يتجلى فيها رضى المتعاقدين بحرية تامة، وبأي شكل كان. فالعقد يقوم على رضى الفريقين المتعاقدين، أي على إرادتيهما المتوافقتين الصحيحتين[١١١].

وعقد المقاولة هو عقد رضائي وليس من عقود الإذعان، ولا يشترط فيه أي شكل معيّن، وصيغة إلزامية، بل يتم صحيحاً بمجرد الإتفاق، سواء جرى تنظيم هذا الإتفاق بعقد خطي بين المتعاقدين، أو بإتفاق

---

١١٠ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، عام ٢٠١٤ صفحة ٢٢.

١١١ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، اركان العقد، الجزء الأول، عام ١٩٨٦، صفحة ٦٥.

شفهي، وسواء تم بصيغة رسمية او عادية. وبالتالي هو عقد ثنائي يجمع المقاول مع صاحب المشروع من أجل تنفيذ مشروع بإستقلالية من قبل المقاول دون إتخاذ صفة الأجير أو الخضوع لسلطة صاحب المشروع.[١١٢]فيكون التراضي الصحيح وحده كاف لإبرام العقد وذلك سنداً لمبدأ حرية التعاقد[١١٣] ومبدأ سلطان الإرادة التي تنشأ العقود وتحدد أثاره[١١٤]. ولا يكون الرضى صحيحاً [١١٥]الا إذا كان المتعاقدان أهلاً للإلتزام[١١٦].

ويعد عقد المقاولة من العقود الرضائية التي لا يفترض لإنعقادها شكلاً معيناً، بل يكون صحيحاً بمجرد إتفاق الفرقاء على إبرامه. سواء جرى تنظيم هذا الاتفاق بعقد خطي بين المتعاقدين، أو بإتفاق شفهي، وسواء تم بصيغة رسمية أو عادية. فيكفي إذاً توافق إرادة صاحب المشروع مع إرادة المقاول حتى يتم عقد المقاولة.

وبما أن عقود المقاولة لا تفترض شكلاً معيناً، فلا تكون الكتابة شرطاً لإنشائها الا اذا كانت مشروطة باتفاق المتعاقدين، ولكن نظراً لأهمية تكاليفه فقد تكون الكتابة أضمن في تنظيم العلاقة بين الفريقين وتحديد شروطها لا سيما لناحية الإثبات حل النزاعات التي قد تنجم بين أطرافها.

وبالتالي إذا أقدم المقاول على تنفيذ أعمال لمصلحة صاحب المشروع دون وجود عقد خطي، فإن هذه الأعمال تتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن مهما كانت قيمة هذه الأعمال[١١٧] وذلك سنداً لأحكام المادة ٢٥٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية[١١٨]. وقد صدر عن القاضي المنفرد قرار قضى بالتالي[١١٩]:

---

١١٢ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عام ٢٠٠١، صفحة ١٤٧.

١١٣ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، عام ٢٠٠٠، صفحة ٨٠.

١١٤ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، عام ١٩٩٩، صفحة ١١٠.

١١٥ المادة ٦٢٦ من قانون الموجبات والعقود:" ولا يكون هذا التراضي صحيحا الا اذا كان المتعاقدون اهلا للالتزام. اما المحجور والقاصر فيلزمهما ان يعملا تحت اشراف الذين وضعوا تحت ولايتهم او ان يحصلا على اجازة منهم.

١١٦ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عام ٢٠٠١، صفحة ٢٧.

١١٧ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع، صفحة ٣٨.

١١٨ المادة ٢٥٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني: " يجوز الاثبات بشهادة الشهود مهما كانت قيمة المدعى به في المواد والحالات الآتية:

١- المواد التجارية.

٢- الاعمال المادية. ويعتبر بمثابة عمل مادي التصرف القانوني بالنسبة لغير اطرافه وخلفائهم الذين يحتج عليهم به..."

١١٩ منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٦/٣٢، تاريخ ٢٠١٦/٨/٢٠، كساندر، عام ٢٠١٦، ص ١٦٠٢.

" في ظل تنازع الفريقين حول البدل في عقد المقاولة بانتفاء وجود عقد خطي حاسم وواضح وتفصيلي، تطبق المحكمة القواعد العامة المختصة بالبدل في عقد المقاولة بالاستناد الى المواد ٦٣٠ حتى ٦٣٤ معطوفة على المادتين ٦٢٤ و١٦٩ م.وع. بحيث يكون البدل معادلاً لأهمية وجودة واتقان العمل ووفقاً للعرف المتبع في المحلة بشأن البدل العائد للأعمال موضوع عقد المقاولة في الفترة الزمنية التي عقد فيها عقد المقاولة وتنفيذ الاعمال موضوعها."

القاضي المنفرد المدني في جب جنين الناظر في الدعاوى المالية، قرار رقم ٢٠١٦/٣٢، تاريخ ٢٠١٦/٨/٢٠، الرئيس فادي العريضي، كساندر، عام ٢٠١٦، ص١٦٠٢ [١٢٠] .

غير أنّ الإشكال يطرح حول عقد المقاولة من الباطن، المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فهل يعد هذا النوع من العقود من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها توافق إرادة أطرافها أم من العقود الشكلية، التي لا تتم إلا بتوافر الشكليات المشترطة قانوناً؟

فبالرغم من عدم إشتراط المشرّع شكليات خاصة لإبرام عقد المقاولة من الباطن، فإننا نرى إن عقد المقاولة من الباطن كونه عقد فرعي لعقد المقاولة فإنه يخضع لنفس شروطه الشكلية وبالتالي يقتضي فقط توافر الشروط السابق ذكرها، إضافةً إلى ضرورة وجود عقد مقاولة أصلي صحيح يتفرع عنه عقد المقاولة من الباطن، كما يقتضي عدم ورود أي بند في عقد المقاولة الأصلي يمنع اللجوء إلى التعاقد من الباطن، ويشترط كذلك عدم تطلّب طبيعة العمل كفاءات شخصية في المقاول لإنفاذه.

ويلاحظ إن الرضى في عقد المقاولة من الباطن يتعلق بإرادة صاحب المشروع ولو لم يكن هذا الأخير طرفاً في العقد. وذلك إما بطريقة مباشرة في موافقته الصريحة وإما وبطريقة غير مباشرة بمنعه للمقاول الأصلي من اللجوء إلى المقاول من الباطن في إنجاز المشروع، ببند يرد في عقد المقاولة الأصلي مما يحول دون التعاقد من الباطن، إلاّ بتعديل عقد المقاولة الأصلي والرجوع عن الشرط المانع.

وفي إشتراط مثل هذا الشرط في عقد المقاولة الأصلي تقييداً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد الذي يقوم عليه العقد، لأنّ المنع مفروضاً من صاحب المشروع الذي لا يعد طرفاً في عقد المقاولة من الباطن المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن. غير أنّه يمكن تبرير الشرط المانع من دون الاستعانة بمقاولين

١٢٠ منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٦/٣٢، تاريخ ٢٠١٦/٨/٢٠، كساندر، عام ٢٠١٦، ص ١٦٠٢.

فرعيين، وذلك للحفاظ على مصلحة صاحب المشروع. وفي حالة انتفاء الشرط المانع اللجوء إلى التعاقد من الباطن، لا يحق لصاحب المشروع رفض المقاول من الباطن، وإلاّ أعتبر عدم قبوله التعاقد من الباطن تعسفاً في إستعمال الحق. فللمقاول الأصلي، في هذه الحالة، التعاقد من الباطن بالرغم من عدم قبول صاحب المشروع.

ثانيا: عقد المقاولة من الباطن من العقود المتبادلة

إن العقد المتبادل كما عرفته المادة ١٦٨ من قانون الموجبات والعقود بأنه العقد الذي يلتزم فيه كل فريق بموجب معيَن، على وجه التبادل، يتفق عليه الفرقاء في متن العقد الموقع فيما بينهم، فيكون على كل فريق تنفيذ موجبه بنفسه[١٢١].

وينطبق هذا النوع من العقود المتبادلة على عقود المقاولة[١٢٢]، حيث يكون على المقاول أن يقوم بنفسه بتنفيذ الموجب المتفق عليه في العقد. فلا يجوز له أن يتنازل عنه للغير أو يتعاقد بشأنه من الباطن دون موافقة رب العمل، لا سيما اذا كان هنالك شرط مانع في العقد. فاذا أقدم على التنازل عن المقاولة أو تعاقد من الباطن دون موافقة رب العمل، يكون مسؤولاً شخصياً تجاه رب العمل عن هذه الأعمال. فإذا قاول شخص رسّام أو مهندس او مطرب، فيستخلص من طبيعة التعاقد هنا، إن رب العمل قد إعتمد على كفائة المقاول الشخصية ومهاراته الفنية المميّزة عن غيره، فلا يجوز لهذا الأخير أن يعهد بالعمل أو ببعضه الى أي شخص آخر، حتى ولو لم يكن منصوصاً على هذا المنع صراحة في مضمون العقد[١٢٣].

ويعتبر العقد المتبادل الملزم للطرفين، من العقود ذات العوض كونه موضوعاً لمصلحة جميع أطرافه، وهو يحتوي على شرط إلغاء ضمني، يجيز للقاضي الغائه عند تخلف أحد الطرفين على التنفيذ. والموجبات المتقابلة في العقد المتبادل يجب أن تنفذ، بحيث يحق لأحد طرفي العقد أن يمتنع عن التنفيذ اذا لم ينفذ الفريق الآخر موجباته، الى أن يقوم الفريق الاخر بتنفيذ الموجب الذي التزم بدوره به. وبالتالي فعند مطالبة أحد

---

١٢١ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، عام ١٩٩٩، صفحة ١٤٠.

١٢٢ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، عام ٢٠٠٠، صفحة ٧١.

١٢٣ اما فيما يتعلق بالمحامي فقد نصت المادة ٣٨٤ من قانون أصول المحاكمات المدني اللبناني على انه " للوكيل ان ينيب غيره من المحامين ان لم يكن ممنوعا صراحة من الانابة في التوكيل."

الطرفين الاخر بتنفيذ موجبه، يستطيع الطرف الثاني أن يدفع بإدلائه بعدم تنفيذ الموجب المقابل[١٢٤]. لذلك يخضع هذا النوع من العقود الى قاعدة تعدد النسخ التي نصّت عليها المادة ٦٣٦ من قانون الموجبات والعقود، وذلك بغية توفير وسائل الإثبات لكل من الفريقين بالتساوي فيما بينهما[١٢٥].

وإذا زال موجب أحد الفريقين بسبب قوة قاهرة، يسقط موجب الفريق الآخر تبعاً له. أما إذا نفّذ أحد الطرفين الموجب الذي التزم به، وامتنع الطرف الاخر عن تنفيذ موجبه المقابل، فللطرف الأول أن يطلب من المحكمة إلغاء العقد، والحكم على الطرف الثاني بإعادة الموجب الذي نفذه، إذا اقتضى الامر ذلك.

أما بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، فهو أيضاً من العقود الملزمة للجانبين. أي يعتبر من العقود التي تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين. فيعتبر كل متعاقد بموجبه دائناً ومديناً في آن واحد، ويكون محل التزام أحد الطرفين سبباً لالتزام الطرف الآخر، ومحل التزام هذا الأخير سبباً لالتزام الطرف الأول. ولذلك إعتبر المشرّع أنّ العقد ملزماً لطرفيه متى تبادل المتعاقدان التزامات متبادلة.

ففي عقود المقاولة من الباطن يلتزم المقاول من الباطن بأداء العمل المتفق عليه، والذي يتمثل في إنجاز الأعمال المحددة في العقد وتسليمها في الوقت المحدد. وبالمقابل، يلتزم الطرف الثاني للعقد، وهو المقاول الأصلي، بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل محل الاتفاق وبتقديم كل ما يلزمه لذلك.

ولعل أهم التزام يلتزم به المقاول الأصلي، هو الالتزام بدفع الأجر للمقاول من الباطن متى أنجز الأعمال المتفق عليها. ومن هنا يظهر أن التزام المقاول من الباطن بأداء العمل هو سبب إلتزام المقاول الأصلي بدفع الأجر المستحق له، فأعتبر عقد المقاولة من الباطن من العقود الملزمة للجانبين.

---

١٢٤ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء العام، عام ١٩٩٩، صفحة ١٤١.

١٢٥ المادة ٣٦٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني:" ان العقد الخطي الذي يكتب عند التعاقد لا يكتسب قوة الاثبات التامة الا اذا وقعه المتعاقدون. وحينما يكون العقد متبادلا يجب ان يكتب منه نسخ على قدر عدد المتعاقدين الذين لهم مصالح متعارضة...".

ثالثا: عقد المقاولة من الباطن من عقود المعاوضة

إن العقد ذو عوض المنصوص عليه في المادة ١٦٩ موجبات وعقود[١٢٦]، " *هو الذي يوضع لمصلحة جميع المتعاقدين فينالون منه منافع تعد متعادلة على وجه محسوس...".* وبالتالي فالعقد ذو العوض هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطيه. فالهدف الرئيسي لهذا العقد، هي المنافع الناتجة عنه لكل من المتعاقدين.

وبما أن كلاً من طرفي عقد المقاولة يحصل على مقابل لما يعطيه، فتنطبق عليه صفة العقد ذو العوض، وبالتالي لا يكون عقد المقاولة مجانياً، فإذا انتفي البدل، إنتفت عنه صفة عقد المقاولة[١٢٧].

وبما أن العقود ذات العوض تقسم الى عقود محددة (أو عقود معاوضة) وعقود غرر[١٢٨]. فعقد المعاوضة حسب ما حددته المادة ١٧٠ من قانون الموجبات والعقود بأنه " *العقد الذي تكون أهمية الموجبات معينة في الأصل على وجه ثابت بحيث يستطيع كل من المتعاقدين أن يعرف يوم التعاقد مقدار المنافع التي يجنيها من تعاقده ومبلغ التضحية التي رضي بها*". أما عقد الغرر فهو "*العقد الذي يكون فيه شأن أحد الموجبات أو عدة منها موقوفاً على عارض يحول الشك في وقوعه، دون القيام بتقدير من هذا القبيل، كعقد الضمان وعقد الدخل لمدى الحياة*"(الفقرة ٢ من المادة ١٧٠)[١٢٩].

فعقد المعاوضة[١٣٠]هو العقد الذي يوضع لمصلحة كل من طرفيه ويلتزم كل واحد منهم بإلتزام ما، وبموجبه يحصل كل متعاقد على مقابل لما التزم به. فعقد المعاوضة هو عكس العقد المجاني، ويقصد بهذا

---

١٢٦ المادة ١٦٩ من قانون الموجبات والعقود : " العقد ذو العوض هو الذي يوضع لمصلحة جميع المتعاقدين فينالون منه منافع تعد متعادلة على وجه محسوس (كالبيع والمقايضة والايجار وعقد الاستخدام والقرض ذي الفائدة) والعقد المجاني هو الذي يوضع لمصلحة فريق واحد بدون ان يكون الفريق الآخر امل بنفع يعادل على وجه محسوس التضحية التي رضي بها (كالهبة وعارية الاستعمال واقراض النقود بلا فائدة).

وتبقى للعقد صفته المجانية ولو كان الفريق المنتفع ملزما ببعض تكاليف او موجبات وان تكن عائدة الى مصلحة المنتفع منه (كالهبة ذات التكاليف)، اذ انه يجب النظر الى العقد بجملته وبحسب الروح التي أنشىء بها ويجوز ان يكون العقد ذو العوض متبادلا (كالبيع والمقايضة) او غير متبادل (كالقرض ذي الفائدة) وكذلك العقد المجاني، فيجوز ان لا يلزم الا فريقا واحدا (كالهبة العادية) او ان يلزم الفريقين (كالهبة ذات التكاليف).

١٢٧ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، عام ٢٠١٤ صفحة ٢١.

١٢٨ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، جزء ٣، صفحة ١٨٢.

١٢٩ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، عام ١٩٩٩، صفحة ١٤٣.

١٣٠.Contract a titre onereux

الأخير العقد الذي لا يحصل فيه أحد المتعاقدين على مقابل لما يقدمه[١٣١]، ولا يقدم المتعاقد الآخر مقابلا لما يحصل عليه بل يوضع لمصلحة فريق واحد فقط (المادة ١٦٩ فقرة أولى وثانية)[١٣٢]. وبالرجوع إلى تعريف المادة ٦٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني للمقاولة بنصها " *عقد المقاولة أو اجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه اتمام عمل معين لشخص اخر مقابل بدل مناسب لاهمية العمل* ".

وبما أن عقد المقاولة يقوم من جهة على القيام بعمل معين، ومن جهة أخرى، على بدل معين فالمنفعة مقررة والبدل محدد وبالتالي فهو من عقود المعاوضة وليس من عقود الغرر. فلا شك في أن عقد المقاولة هو من عقود المعاوضة، لأن صاحب المشروع يدفع الأجر للمقاول مقابل ما حصل عليه من العمل الذي أداه هذا الأخير. ويحصل المقاول على الأجر مقابل ما أداه من عمل.

وعلى غرار عقد المقاولة الأصلي، فإن عقد المقاولة من الباطن، من عقود المعاوضة، باعتبار التزام المقاول الأصلي بأداء الأجر للمقاول من الباطن هو مقابل لما حصل عليه من أعمال، وما التزم به المقاول من الباطن من أداء عمل هو مقابل لما حصل عليه من أجر.

ولا تعد خاصية المعاوضة تكراراً لخاصية الإلزام للجانبين، لأنّه وإن كانت كل عقود المعاوضة هي في الوقت ذاته عقوداً ملزمة للجانبين، فليس كل العقود الملزمة للجانبين هي عقود معاوضة. ويرجع السبب في هذا إلى وجود عقود تبرع ملزمة للجانبين، وأهم مثل على ذلك هو عقد الهبة بعوض[١٣٣]، فهذا العقد لا شك في أنه عقداً ملزماً للجانبين، لأن الموهوب له يلتزم بتقديم مقابل عما وهب له. غير أن هذا المقابل لا يعادل في قيمته ما تحصل عليه من الهبة، مما يبقيه في دائرة عقود التبرع، ولا يصل إلى درجة عقود المعاوضة وإن كان ملزما للمتعاقدين معا.

رابعاً: الصفة المدنية او التجارية لعقد المقاولة من الباطن

لقد طرح إشكال بخصوص الصفة المدنية أو التجارية لعقد المقاولة، وذلك لإختلاف صفة أطرافه، علماً ان احكام عقد المقاولة قد وردت في القانون المدني مما يجعله في الأساس عقداً مدنياً، ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون عقداً تجارياً، تطبيقاً لمفهوم العمل التجاري، الذي يقوم على أساس موضوع العقد، بحيث

---

١٣١ عاطف النقيب، نظرية العقد، عام ١٩٨٨، صفحة ٧٤.

١٣٢ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، عام ١٩٩٩، صفحة ١٤٦.

١٣٣ صادر في الاجتهاد المقارن، الهبة، عام ٢٠٠٥، صفحة ١٢.

اذا كان موضوعه مدنيا اعتبر العقد مدنياً، اما إذا كان موضوعه تجارياً اعتبر العقد تجارياً، كما يمكن أن يكون مختلطاً، لارتباطه بصفة المتعاقدين سنداً للقواعد العامة.

الأصل أن تطبق أحكام العمل التجاري على الطرف الذي يكون العمل بالنسبة اليه تاجراً وأحكام القانون المدني على الطرف الذي يكون العمل بالنسبة اليه مدنياً[١٣٤]. وتطبق بالنسبة للطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة له تجارياً قواعد الاثبات التجارية، اما تجاه الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة له مدنياً فتطبق قواعد الاثبات المدنية.[١٣٥]

فتكمن أهمية تحديد الطبيعة القانونية لعقد المقاولة من الباطن في معرفة الأحكام القانونية الواجبة التطبيق ووسائل الإثبات التي يمكن للأطراف اللجوء إليها والجهة القضائية المختصة في النظر في النزاع.

إن عقد المقاولة من العقود المتشعبة المواضيع فهو كما عرفه المشرع اللبناني، عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص اخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل، فطبيعة هذا العمل ممكن ان تكون اما مدنية واما تجارية وذلك حسب موضوع عقد المقاولة.

فإذا كانت صفة المقاول ثابتة باعتباره تاجراً، فإنّ صفة صاحب المشروع تتغير بتغير مركزه القانوني. فإذا كان صاحب المشروع له صفة إدارية فإنّ العقد يكون ذات طبيعة إدارية. أما إذا كان صاحب المشروع تاجراً فيعتبر عندها عقد المقاولة تجارياً، باعتبار المقاول هو الآخر تاجراً.

أمّا عقد المقاولة من الباطن، فغالبا ما يكون كل من طرفيه يتصفان بصفة المقاول. وقد أثير الإشكال فيما يخص تجارية المقاول، فيعتبر تاجراً[١٣٦] إذا كان يمارس أعمالا تجارية بصفة مستمرة ومنتظمة ويتخذها مهنة معتادة له سنداً للمادة الثامنة والتاسعة من القانون التجاري اللبناني[١٣٧] . وتتمثل هذه الأعمال في أشغال تمهيد الأرض وحفرها وتهيئتها، والبناء والترميم والتحسين وغيرها.

---

١٣٤ ادوار عيد، الوسيط في القانون المدني التجاري، الجزء الأول، الاعمال التجارية والتجار، صفحة ٨٨.

١٣٥ تمييز مدني، قرار رقم ٤٦، تاريخ ٢٠٠١/٣/٢٧، صادر في التمييز، جزء اول، سنة ٢٠٠١، صفحة ٦٠.

136 Emile Tyan, Droit Commercial, page: 29, en 1968.

١٣٧ – المادة الثامنة من قانون التجارة اللبناني:" جميع الاعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارية تعد تجارية ايضا في نظر القانون. وعند قيام الشك تعد اعمال التاجر صادرة منه لهذه الغاية الا اذا ثبت العكس "

– المادة التاسعة من قانون التجارة اللبناني:" التجار هم :اولا: الاشخاص الذين تكون مهنتهم القيام باعمال تجارية..".

وإذا كان المقاول الأصلي تاجراً والمقاول من الباطن تاجراً، فإن عقد المقاولة من الباطن يكون حكماً من طبيعة تجارية يخضع لأحكام القانون التجاري، ثم لأحكام القانون المدني وأعراف المهنة في حالة غياب أحكام خاصة. وتطبق طرق الإثبات التجارية المنصوص عنها في المادة ٢٥٤ من قانون التجارة اللبناني والتي تنص على أن "*ليس اثبات العقود التجارية خاضعا مبدئيا للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية فيجوز مع الاحتفاظ بالاستثناءات الناتجة عن الاحكام القانونية الخاصة اثبات العقود المشار اليها بجميع طرق الاثبات التي يرى القاضي وجوب قبولها بحسب العرف او الظرف*".

واذا كان عقد المقولة من الباطن ذات صفة تجارية فتكون المحاكم التجارية هي المختصة في النظر النزاعات التي قد تنشأ عن عقود المقاولة.

وتجدر الإشارة، الى أنه قد يكون أحيانا للمقاول من الباطن صفة الحرفي. فإذا كان هذا الأخير حرفي شخصاً طبيعياً، فيأخذ عقد المقاولة من الباطن طبيعة حرفية، فإن صفته تبقى حرفي[١٣٨] ولا يعد تاجراً[١٣٩].

ويلجأ المقاول الأصلي للتعاقد من الباطن مع حرفيين من أجل إنجاز بعض الأعمال الحرفية لمصلحة صاحب المشروع، تنحصر في الأعمال الفنية من أجل الصيانة والتصليح والترميم والتزيين والتحسين عن طريق الرسم أو النحت أو النجارة .

وقد اعتبر القاضي المنفرد المدني في بيروت في قرار صادر عنه تاريخ ٢٠٠/١١/٦ بأن" *ما يميز الحرفي عن الصانع في أنه يقوم بالعمل نفسه فلا يضارب على عمل الغير، قد يستخدم معه عاملاً او عدداً محصوراً من العمال يكونون في الغالب من افراد اسرته*[١٤٠]*، كما قد يستعمل الة او بعض الآلات البسيطة التي يديرها بيده، وهو لا يضارب على ثمن البضاعة التي يشتريها ويقتني منها المقدار اللازم لإتمام عمله، بمعنى*

---

١٣٨ –المادة ٦ من قانون التجارة اللبناني: "ان الاعمال المبينة فيما يلي بحكم ماهيتها الذاتية اعمالا تجارية برية وكذلك جميع الاعمال التي يمكن اعتبارها مجانسة لها لتشابه صفاتها وغاياتها:

...٦– مشروع المصانع وان يكن مقترنا باستثمار زراعي الا اذا كان تحويل المواد يتم بعمل يدوي بسيط..."

–المادة العاشرة من قانون التجارة اللبناني: " ان الافراد الذين يتعاطون تجارة صغيرة او حرفة بسيطة ذات نفقات عامة زهيدة كالبائع الطواف او البائع بالمياومة او الذين يقومون بنقليات صغيرة على البر او سطح الماء لا يخضعون للواجبات المختصة بالدفاتر التجارية ولا لقواعد النشر التي يوجبها هذا القانون."

١٤٠ يلاحظ ان القانون العمل اللبناني الصادر في ١٩٤٦/٩/٢٣ قد نص في المادة ٦ على انه لا تعطى للشخص صفة الحرفي او الصانع اليدوي الا اذا كان عدد العمال الذين يعاونوه، بما فيهم افراد اسرته لا تتجاوز الخمسة عشر شخصاً.

ان عمله اليدوي يظل بالنتيجة متغلباً على العناصر المادية الأخرى التي استخدمت في انجاز العمل الذي توخاه"[١٤١].

وفي كل الأحوال، يمكن أن يكون عقد المقاولة من الطبيعة المختلطة، فإذا انعقد بين مقاول يتمتع بصفة تاجر وشخص آخر غير تاجر[١٤٢]. كعمل المؤسسة التي تقوم بأعمال تقديم الخدمات لمصلحة شخص عادي. كما لو تعهد المقاول وهو صاحب مشروع صناعي أو مشروع بناء، ليصنع لشخص عادي صناعة معينة، أو ليبني له منزلاً سكنياً، أو يتعاقد المسافر مع القائم بالمشروع النقل أو المضمون مع شركة الضمان أو ملتزم الاشغال مع الادارة[١٤٣]. وذلك كله تطبيقاً للقواعد العامة المتعلقة بالأعمال المدنية والتجارية.[١٤٤]

الفقرة الثانية: الصفات الخاصة لعقد المقاولة من الباطن

أولاً: عقد المقاولة من الباطن من العقود المهنية

يجمع عقد المقاولة من الباطن بين مقاول من الباطن ومقاول أصلي، وكليهما يتصف بصفة المقاول، فيكون أصلياً إذا تعاقد مباشرة مع صاحب المشروع، ويكون فرعياً، إذا تعاقد مع المقاول الأصلي. فالمقاول هو الشخص الذي يتمتع بالمؤهلات المهنية "بأشغال البناء، أي أعمال التهيئة والهدم والحفر والتشييد والترميم والتسقيف وأعمال الفن والتحسين والتجهيز وغيرها. ولا شك في أن هذه الأعمال لا يمكن القيام بها إلا شخصاً مهنياً. ولذلك يكون المقاول من الباطن مثل المقاول الأصلي شخص مهني سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً.

ويترتب على كون هذا العقد عقداً مهنياً أن المقاول من الباطن يمارس مهنته على وجه الاستقلال، فلا وجود للتبعية في علاقة المقاول من الباطن بالمقاول الأصلي، أي لا يتبع الأول للثاني ولا يخضع في تنفيذه لعقد المقاولة من الباطن لسلطة أمر وتوجيه المقاول الأصلي. بيد أن المقاول الأصلي يبقى مسؤولا تجاه صاحب المشروع عن أعمال المقاول من الباطن. وهذا سبب انتفاء رابطة تعاقدية بين المقاول من الباطن

---

١٤١ منفرد مدني، قرار رقم ٢٠٠٢/٦٦٢، تاريخ ٢٠٠٢/١١/٦، مجلة العدل، جزء ٢-٣، سنة ٢٠٠٢، صفحة ٤٥٨.

١٤٢ ادوارد عيد، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، الاعمال التجارية والتجار، عام ٢٠٠٧، صفحة ٨٧.

١٤٣ تمييز لبناني، تاريخ /١٩٦٣/٢/٦، النشرة القضائية، سنة ١٩٦٣، صفحة ٧٨٢.

١٤٤ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثامن عشر، عقد المقاولة، عام ٢٠١٤، صفحة ٢٦.

وصاحب المشروع. فنكون امام عقدين، عقد يجمع بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي وهو "عقد المقاولة الأصلي" وعقد ثان يربط بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وهو "عقد المقاولة من الباطن ".

ثانياً: عقد المقاولة من الباطن من العقود غير المسماة

يعتبر العقد من أهم مصادر الإلتزامات التي تربط الفرد في معاملته مع الغير، إذ أن تعامل الأفراد فيما بينهم يستند في أغلب الأحيان الى إبرام عقود مختلفة، تنشأ عنها التزامات متقابلة لكل من اطراف العقد. وقد أجاز المشترع إبرام عقود مختلفة ومتنوعة شرط عدم مخالفة النظام العام والمبادئ العامة ولم يقم بحصر العقود التي يمكن للأفراد إبرامها. وهذا الأمر سمح الى انقسام العقود الى نوعين المسماة والغير المسماة.

إن العقد المسمى هو العقد الذي أقرّ له القانون تسمية خاصة، ووضع له تنظيماً خاصاً. أما العقود غير المسماة فهي العقود التي لم ينظمها القانون بتسمية معينة، ولم ينص على قواعد تحدد كيفية انعقادها واثارها . فتخضع هذه العقود فقط للأحكام العامة المنظمة للعقود. ومثال على ذلك العقد الذي يبرمه الفندق مع الأشخاص المسافرين.

والعقود الغير مسماة لا يمكن تقسيمها لعدم إمكانية حصرها، إذ إن الإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من العقود طالما لا تخالف النظام العام.

وبما أن المشرع اللبناني لم يتطرق بنص خاص لعقود المقاولة من الباطن، كما لم ينظم أحكامها، فيعتبر هذا العقد من العقود الغير مسماة. ويواجه هذا النوع من العقود مشكلة وهي في تحديد القواعد القانونية التي تنطبق عليهم.

ونظراً لإتساع عقود المقاولة من الباطن في يومنا وما تحظى به من أهمية، فلا بد للمشرع اللبناني من ان يتصدى لأحكامه بنصوص خاصة وذلك تحقيقاً لعدة أهداف منها: تيسير علاقة الأفراد فيما بينهم الذين غالباً ما يجهلون الأحكام القانونية التي تنظم العقد المبرم فيما بينهم، كما وتسيير مهمة القاضي للفصل في النزاعات الناتجة عن هذه العقود دون الرجوع الى القواعد العامة التي تتطلب جهداً كبيراً.

ثالثاً: عقد قائم على الاعتبار الشخصي

يقصد بعقود الاعتبار الشخصي تلك العقود التي تكون فيها شخصية أحد المتعاقدين محل اعتبار خاص عند المتعاقد الآخر. ويعتبر عقد المقاولة من الباطن من العقود التي تبرم مع مقاول محدد دون غيره من المقاولين، بالنظر إلى كفائته الشخصية، إذ تعد هذه الأخيرة سبباً لاختيار المقاول الأساسي المقاول من الباطن عن غيره من المقاولين، وبالتالي، يطرح التساؤل في هذا الشأن، عن مدى صلاحية إبرام عقد المقاولة من الباطن، فهل يمكن للمقاول أن يوكل غيره لتنفيذ المشروع عن طريق التعاقد من الباطن ؟

لقد انقسم الفقه الفرنسي بهذا الخصوص إلى اتجاهين، ذكرهما جانب من الفقه، حيث يرى الفقيه " le tourneau" أنّ العبرة من التعاقد من الباطن هو الهدف الذي يسعى إليه المقاول الأصلي، فجميع العقود القائمة على الاعتبار الشخصي يضع فيها الدائن ثقته في المدين. فإذا كان يسعى بهذه الثقة إلى الحصول على تنفيذ تام للعقد فإن المنفذ في هذه الحالة يمكن إبداله بغيره. أمّا إذا كان هدف الدائن هو الحصول على التنفيذ من المدين نفسه، فلا يمكن في هذه الحالة إحلال المدين أو تبديله. أمّا الاتجاه الثاني فيرجع للأستاذ "Néret " ، "فيرى أنّ عقود الاعتبار الشخصي لا ترفض فكرة التعاقد الفرعي، لأنّ الاعتبار الشخصي مقرر أصلا لمصلحة صاحب المشروع، وله أن يقبل التنفيذ من غير المدين– المقاول – شريطة الحصول على تصريح منه[١٤٥].

وبالرجوع إلى الأحكام القانونية، نلاحظ أنّ المشرع الجزائري في المادة ٥٦٤ من القانون المدني أجاز المقاولة من الباطن، بشرط عدم تعلق طبيعة العمل المراد انجازه على كفاءات المقاول الشخصية، بمعنى آخر، فالأصل جواز اللجوء إلى انجاز المشروع عن طريق التعاقد من الباطن مع مقاول فرعي. والاستثناء عدم جواز ذلك، متى وجد بند في عقد المقاولة يمنع التعاقد الفرعي أو ارتباط تنفيذ الأشغال بكفاءات شخصية للمقاول. فإذا لم تكن شخصية المقاول من الباطن محل إعتبار عند التعاقد، فيستطيع المدين في هذه الحالة إجراء التعاقد من الباطن، فضلاً عن عدم تأثر العقد بحالة وفاة[١٤٦].

---

١٤٥ سامي محمد، الأسس القانونية لعقود الإيجار، عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن، دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٩، ص. ١٣٨.

١٤٦ محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، طبعة ٢٠١١، صفحة ١٢٢.

وفيما عدا هاذين الاستثناءين، يبقى اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع مقاول من الباطن لتنفيذ المشروع ممكناً. ويقصد بالمؤهلات الشخصية كل صفات المقاول التي تؤثر على حسن تنفيذ العمل. فيندرج في المؤهلات الشخصية سمعة المقاول وشهرته، وكفاءاته المهنية والمالية والفنية وتخصصه في الأعمال المراد إنجازها.

ولا يعني جواز لجوء المقاول الأصلي إلى المقاولة من الباطن، التعاقد مع أي شخص آخر، بل حتى مع عدم تعلق طبيعة العمل بشخصية المقاول، فإن المقاول الأصلي يلجأ إلى التعاقد من الباطن لما يتمتع به المقاول من الباطن من كفاءات مهنية وفنية شخصية مثل الرسام في رسم اللوحة، فهو يبقى مسؤولاً عن انجاز الأعمال بوجه صاحب العمل.

وبذلك، ينتقل الاعتبار الشخصي من عقد المقاولة الأصلي تجاه صاحب المشروع إلى عقد المقاولة من الباطن، تطبيقاً لقاعدة الفرع يتبع الأصل في خصوصياته. فلا يحق للمقاول من الباطن التعاقد مع مقاول من الباطن آخر، إلاّ إذا أجاز ذلك المقاول الأصلي، لتعلق هذا التعاقد بالاعتبار الشخصي للمقاول.

وبالرغم من اعتبار المقاولة من الباطن عقداً يتفرّع عن عقد أصلي وهو عقد المقاولة، إلا أن عقد المقاولة من الباطن يعد، من الناحية القانونية، عقدا كسائر العقود، وبما أن عقد المقاولة من الباطن يرتب التزامات على كل من اطرافه، سنتطرق أدناه الى دراسة الاثار المترتبة عت التعاقد من الباطن.

القسم الثاني: الآثار المترتبة عن التعاقد من الباطن

سبق وأشرنا إلى الحالات التي يجوز فيها للمقاول الأصلي أن يتعاقد مع مقاولين من الباطن، يوكل لهم مهمة تنفيذ كل أو جزء مما إلتزم به. فيطرح التساؤل هنا حول طبيعة المسؤولية التي تقع على كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن نتيجة عدم تنفيذ الإلتزامات المحددة في عقد المقاولة من الباطن، هل هي مسؤولية عقدية، أم أنّها مسؤولية تقصيرية لأنّ الضّرر الذي أصاب صاحب المشروع قد صدر عن شخص لم يكن طرفاً في عقد المقاولة الأصلي؟ كما يدفعنا إلى ضرورة تحديد الآثار المترتبة عن التعاقد من الباطن من جهة (الفصل الأول)، ثم الجزاء المترتب عن مخالفة أحكام عقد المقاولة من الباطن من جهة أخرى (الفصل الثاني).

الفصل الأول: الآثار المترتبة على عقد المقاولة من الباطن

مع تطور المشاريع ولا سيما مشاريع البناء وما تتطلبه من مهارات عدة في مجالات مختلفة من أجل إنجازها، أصبح المقاول الأساسي عاجزاً عن إتمامها بنفسه، فيعهد بكل الأعمال التي إلتزم بها أو جزء منها إلى مقاولين من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرط مانع نص عليه العقد الأساسي أو إذا كانت طبيعة العمل تفترض الإعتماد على كفاءة المقاول الشخصية[١٤٧].

فينشأ عقد المقاولة من الباطن عن عقد المقاولة الأصلي، أحد أطرافه المقاول الأصلي والطرف الاخر المقاول من الباطن. ويصبح المقاول الأصلي بعد إبرام العقد من الباطن بمثابة صاحب المشروع، والمقاول من الباطن في مركز المقاول الأصلي[١٤٨]. وبإستفاء العقد من الباطن كافة الشروط العامة والخاصة المتوجة لصحة هذا النوع من التعاقد، يصبح عقد المقاولة من الباطن صحيحاً ونافذاً في مواجهة طرفيه، وتصبح حقوق والتزامات كل من المتعاقدين محددة في العلاقة التعاقدية الثلاثية الأطراف (المبحث الأول). وبالتالي، يلتزم

---

[١٤٧] محمد جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١، صفحة ١٥٦.

[١٤٨] أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، عام ١٩٦٤، الجزء السابع، ص ٢١٢.

كل من أطراف العلاقة التعاقدية بتنفيذ موجباته العقدية والا اعتبر مسؤولاً عن الإخلال بهذه اللتزامات (المبحث الثاني).[١٤٩]

المبحث الأول: الإلتزامات التعاقدية الثلاثية الأطراف

قد تطلّب المقاولات الكبيرة مهارات مختلفة حيث تتعدد الأعمال وتتشعب، فيلجأ المقاول الأساسي إلى التعاقد من الباطن من أجل تنفيذ المشاريع. فيعهد لهؤلاء لإنفاذ الأعمال التي تتطلب مهارات في مجالات مختلفة قد لا يتمتع بها شخصياً. ونتيجة لذلك، تنشأ على أثره علاقات متنوعة بين أطراف كل من العقدين، عقد المقاولة الأصلي من جهة وعقد المقاولة من الباطن من جهة اخرى[١٥٠].

فمن جهة يرتبط المقاول الأصلي مع صاحب المشروع بمقتضى عقد المقاولة الأصلي، كما يرتبط مع المقاول من الباطن بمقتضى عقد المقاولة من الباطن من جهة أخرى. فيكون المقاول من الباطن مسؤولاً تجاه المقاول الأساسي على أساس المسؤولية التعاقدية جرّاء إخلاله بموجباته التعاقدية، المحددة بالاتفاق المبرم بينه وبين المقاول الأصلي، ويسأل على أساس المسؤولية التقصيرية تجاه صاحب المشروع لإنعدام أية رابطة تعاقدية بينهم سنداً لمبدأ نسبية العقود.[١٥١]

ونأخذ على سبيل المثال أعمال البناء، فهذا النوع من الاعمال يتطلب قيام المقاول بأعمال مختلفة كالنجارة والبلاط والباطون، فيقوم المقاول الأصلي بإجراء المقاولة من الباطن كي يتمكن من إتمام كامل أعمال البناء.

وبالتالي، بنشأ عن هذا الإجراء علاقات متنوعة يمكن حصرها بثلاث هي: (١) علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، (٢) علاقة المقاول الأصلي برب العمل، (٣) علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن. وسنتطرق أدناه لكل من هذه العلاقات الثلاث بالتفصيل[١٥٢]:

---

١٤٩ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء التاسع عشر، عام ٢٠١٥، صفحة ٤٠.

١٥٠ مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، الجزء الأول، عام ٢٠٠١،صفحة ٣٣١.

١٥١ أحمد عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني، الإيجار والعارية، الجزء السادس، عام١٩٦٣، صفحة ٦٦٨.

١٥٢ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، العقود التي تقع على عمل، الجزء التاسع عشر، صفحة ٢٣.

الفقرة الأولى: العلاقة القائمة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن[١٥٣]

إنطلاقاً من عقد المقاولة المنعقد فيما بين كل من المقاول الأساسي والمقاول من الباطن، تترتب على كل منهما الإلتزامات التالية:

أولاً- التزامات المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن:

إن العلاقة التي تنشأ فيما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن نتيجة عقد المقاولة من الباطن، تكون من جهة المقاول من الباطن بمثابة العلاقة القائمة بين المقاول الأصلي ورب العمل، تنظمها أحكام عقد المقاولة من الباطن، فيعتبر المقاول الأصلي بالنسبة إلى المقاول من الباطن بمثابة رب عمل، يتحمل كافة الالتزامات التي تقع على رب العمل، ويعتبر المقاول من الباطن بالنسبة للمقاول الأساسي بمثابة المقاول، وبالتالي تترتب عليه جميع أو بعض التزامات المقاول الاساسي.

فينظّم أحكام عقد المقاولة الأساسي العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلي، وينظم عقد المقاولة من الباطن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن. وليس من الضروري أن تكون احكام العقدان متطابقة، بل يمكن أن يختلفا عن بعضهما البعض من خلال وجوه كثيرة، كالأجرة المتفق عليها لإنفاذ المقاولة، فتكون الأجرة في المقاولة من الباطن أقل من الأجرة في المقاولة الأصلية، على إعتبار إن المقاول الأصلي يسعى إلى تحقيق ربح، كما قد تختلف شروط كل من العقدين من ناحية المدة وطرق حل النزاعات.

وبما أن المقاول الأصلي يعتبر في عقد المقاولة من الباطن بمثابة صاحب المشروع، فيلتزم تجاه المقاول من الباطن بكل الالتزامات المترتبة على عاتق رب العمل جرّاء إبرام عقد المقاولة، ومن أهمها تسديد الأجر وتمكينه من تنفيذ العمل المتفق عليه. وبعد إنجاز العمل، يلتزم بتسلّمه من المقاول من الباطن، كما يلتزم المقاول الأصلي بدفع أجره وفقاً للشروط المتفق عليها، وعليه نرد أدناه ملخّص وجيز حول الإلتزامات التي تقع على عاتق المقاول الأصلي:

١. تمكين المقاول من الباطن من إنفاذ أعمال المقاولة وعدم عرقلة تنفيذ هذه الأعمال.

---

١٥٣ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، ص ٢١٢.

٢. تأمين الأدوات والمواد التي تستلزمها تنفيذ الأعمال من قبل المقاول من الباطن، إذا تعهّد المقاول الأصلي بتقديمها له، ودون أي تأخير.

٣. تأمين رسوم ونماذج وخرائط ذات مواصفات محددة التي قد تستلزمها أعمال المقاولة، إذا تعهد بتأمينها للمقاول من الباطن.

٤. تنسيق الأعمال ما بين عماله والتابعين له من جهة، والمقاول من الباطن من جهة اخرى، أو ما بين المقاولين من الباطن المتعددين، بحيث لا يعرقل أي منهم اعمال غيره ويحول دون تنفيذ أعمالهم.

٥. تسديد الاجر الى المقاول من الباطن، فيسدد المقاول الأساسي للمقاول من الباطن الاجر المتفق عليه وفقاً للشروط المحددة في العقد. فإذا لم يكن هنالك اتفاق على مقدار الاجر، فيتم الرجوع الى قيمة الأعمال المنفذة، والنفقات التي تكبدها في إنفاذها، واذا كانت هنالك تعرفة او رسم وجب تطبيقها (مادة ٦٣٢ موجبات وعقود)،[١٥٤] وإذا لم يعقد اتفاق على تعيين الأجر أو بدل العمل فيعين حسب العرف[١٥٥]. يبقى أن نلفت الإنتباه حول مصير الأجر في حال وفاة المقاول أو صاحب العمل، فالمدين بالأجر هو المقاول الأصلي وورثته من بعده لأن المقاولة لا تنتهي بوفاة صاحب الامر(م ٦٤٣ م.ع. فقرة أخيرة)[١٥٦].

٦. إستلام الأعمال المنجزة من المقاول من الباطن في مدة وجيزة. فمتى سلّم المقاول من الباطن هذه الاعمال الى المقاول الأصلي ووضعها تحت تصرفه، على هذا الأخير أن يبادر الى معاينتها في أقرب وقت مستطاع سنداً لأحكام المادة ٦٧٠ م.ع.[١٥٧]، والا كان للمقاول من الباطن أن يجبره على

---

١٥٤ مادة ٦٣٢ م.ع:" اذا لم يعقد اتفاق على تعيين الاجر او بدل العمل، فيعين بحسب العرف. واذا كانت هناك تعريفة او رسم، وجب تطبيقها".

١٥٥ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عام ٢٠٠١، صفحة ٥٣.

١٥٦ المادة ٦٤٣ من قانون الموجبات والعقود: " تنتهي اجارة الخدمة او الصناعة:

اولا– بانقضاء المدة المتفق عليها او اتمام العمل.

ثانيا– بصدور حكم من القاضي بفسخ العقد في احوال معينة في القانون.

ثالثا– باستحالة اجراء العمل لسبب قوة قاهرة او لوفاة المستخدم او المستصنع. وتراعى في هذه الحالة الاخيرة الاحكام الاستثنائية المنصوص عليها في القانون. ولا تنتهي اجارة الخدمة او الصناعة بوفاة السيد او المولي."

١٥٧ المادة ٦٧٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني: " جب على صاحب الامر ان يستلم المصنوع اذا كان منطبقا على شروط العقد وان ينقله على حسابه اذا كان قابلا للنقل".

تنفيذ التزامه عيناً، أو يطلب فسخ العقد بالإضافة الى المطالبة بالتعويض عن العطل والضرر وفقاً للقواعد العامة.

ثانياً- التزامات المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي:

أما بالنسبة للمقاول من الباطن في علاقته مع المقاول الأصلي، فتطبق على التزاماته التزامات المقاول بشكل عام، وهي: إنجاز العمل، وتسليمه وضمانه بعد التسليم[١٥٨].

فيلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود به اليه من قبل المقاول الأصلي، سواء كان يتناول كامل موضوع المقاولة او جزءاً منها، ويجب على المقاول من الباطن أن ينجز العمل بالطريقة والشروط المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن. فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها، وجب اتباع العرف، وبخاصة أصول الصناعة تبعاً للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن.

وإذا احتاج المقاول من الباطن في إنجازه للعمل الى أدوات لم يتعهد المقاول الأصلي بتقديمها له، فعليه هو أن يأتي بها على نفقته. وقد يحتاج المقاول من الباطن الى ايد عاملة ومساعدين يعاونونه على إنجاز العمل، ففي هذه الحالة تكون أجور العمال والمعاونين على نفقة المقاول من الباطن ما لم ينص الاتفاق او عرف المهنة على عكس ذلك[١٥٩].

وإذا كان المقاول من الباطن هو الذي تعهد بتقديم المادة التي يستخدمها، كالأخشاب والابواب والشبابيك والأدوات الصحية وسواها، كان مسؤولا عن جودتها وصنفها، وعليه ضمانها للمقاول الأصلي سنداً لأحكام

١٥٨ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، العقود التي تقع على عمل، الجزء الثامن عشر، صفحة ١٣٩.

١٥٩ الياس أبو عيد، نماذج عقود واتفاقيات، الجزء الثاني، عام ١٩٩٣، صفحة ١٥٢.

المادة ٦٦٨[١٦٠] من قانون الموجبات والعقود[١٦١]. وفي اختيار المواد التي يقدمها، يجب عليه ان يلتزم الشروط والمواصفات المتفق عليها في اختياره، وإذا لم تكن هنالك شروط ومواصفات وجب عليه ان يتوخى في الاختيار كي تكون المواد وافية بالغرض المقصود منها مستفادا مما هو مبين في عقد المقاولة من الباطن، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذي اعدّ له.

وإذا لم يتفق المقاول من الباطن مع المقاول الأصلي على درجة المادة من حيث جودتها، ولم يكن بالإمكان استخلاص ذلك من العرف او من ظرف آخر، التزم بأن يقدم مادة من صنف متوسط. وفي كل الأحوال يكون المقاول من الباطن ضامناً للعيوب الخفية التي توجد في المادة التي يقدمها، ويضمن هذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها، ولكنه لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه.

وإذا كان المقاول الأصلي أو رب العمل هو الذي قدم المواد، فعلى المقاول من الباطن حفظها وصيانتها واستعمال ما يلزم منها حسب الأعراف المطبقة[١٦٢]، وأن يؤدي حساباً عما استعملها فيه، وأن يعيد ما تبقى منها. فإذا هلكت هذه المواد أو ظهر عيب فيها أو سرقت، فيتوجب عليه إخطار المقاول بذلك، والا أعتبر مسؤولاً. وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٦٦٣ م.ع. الفقرة الثانية والتي نصّت "*أما اذا كان صاحب الامر هو الذي قدمها* (أي المواد) فيجب *على الصانع ان يستعملها بحسب القواعد الفنية وبدون اهمال وان يوقف صاحب الامر على كفية استعماله اياها وان يرد اليه ما لم يستعمله منها*".

كما على المقاول من الباطن أن يقوم بإنجاز الأعمال في المدة المتفق عليها، فإذا لم يكن هنالك اتفاق على مدة معينة فالواجب ان ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وتبعاً لعرف الحرفة.

---

١٦٠ المادة ٦٦٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني: " ان المهندس او مهندس البناء أو المقاول الذين يستخدمهم صاحب الامر مباشرة يكونون مسؤولين في مدة السنوات الخمس التي تلي اتمام البناء او المنشأ كله او بعضه او تداعى بوجه واضح للسقوط من جراء نقص في اللوازم او عيب في البناء او في الارض . واذا كان مهندس البناء لم يدر الاعمال, فلا يكون مسؤولا الا عن العيب الذي يظهر في الرسم الهندسي الذي وضعه. وتبتديء مهلة السنوات الخمس المتقدم ذكرها من يوم استلام العمل. ويجب ان تقام الدعوى في خلال ثلاثين يوما تبتدىء من يوم تحقق الامر الذي يستلزم الضمان، والا كانت مردودة".

١٦١ عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، عام١٩٨٧، صفحة ٢٨٦.

١٦٢ نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة، الطبعة الرابعة ٢٠٠٩، صفحة١١٩.

ويلتزم المقاول من الباطن أيضا بتسليم العمل بعد إنجازه وفي الموعد والمكان المتفق عليهما، ويكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف المقاول الأصلي، بحيث يتمكن هذا الأخير من وضع يده عليه دون أي عائق.

الفقرة الثانية: العلاقة القائمة بين المقاول الأساسي وصاحب العمل

إن عقد المقاولة الأساسي الموقع بين المقاول الأساسي وصاحب العمل بشكل صحيح يلزم طرفيه وينظم العلاقة بينهما ويحدد شروط انفاذ العقد. إضافة، لا بد من الإشارة الى انه لا شأن لصاحب العمل بعقد المقاولة من الباطن، لأنه يعتبر من الغير بالنسبة الى العلاقة بين المقاول الأساسي والمقاول من الباطن.

وانطلاقاً من عقد المقاولة بين المقاول الأساسي وصاحب العمل، تترتب على كل منهما الالتزامات التالية:

أولاً: التزامات صاحب العمل تجاه المقاول الأساسي:

إن عقود المقاولة او إجارة الخدمة، فهي من العقود التي تتضمن التزامات متبادلة، فإن الالتزام الملقى على أحد المتعاقدين، أي صاحب المشروع، يقابله التزام على عاتق المتعاقد الآخر أي المقاول١٦٣.

فيلتزم صاحب العمل بتمكين المقاول الأساسي من إنجاز العمل وعدم إثارة العقبات بوجهه وذلك عبر توقيع التراخيص اللازمة والموافقة على التصاميم والخرائط، وبتسلّم المشروع بعد إنجازه، مع الإشارة الى انه يتسلم العمل من المقاول الأساسي وليس من المقاول من الباطن[١٦٤]. كما يلتزم بدفع الأجرة الى المقاول الأساسي وليس الى المقاول من الباطن، وفقاً لما هو محدد في العقد الموقع بينهما. ولكن هنالك حالات يلتزم بها صاحب العمل وبصورة استثنائية، بأن يدفع ما في ذمته من الأجرة لمصلحة المقاول الاساسي مباشرة الى عمال المقاول الأساسي، بموجب نص خاص سوف نتطرق له لاحقاً.

١٦٣ نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة، طبعة عام ٢٠٠٩، صفحة ١٣٦.

١٦٤ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثامن عشر، صفحة ١٤٣.

ثانياً: التزامات المقاول الأساسي تجاه صاحب العمل:

إن العلاقة التعاقدية القائمة بين المقاول وصاحب المشروع ترتب قيام مسؤولية المقاول عن عدم انفاذ موجباته التعاقدية المتفق عليها في العقد، وترتب مسؤوليته أيضاً عن الخطأ الذي يصدر عن الأشخاص الذين يستعين بهم لتنفيذ هذه الموجبات. ويلتزم بتسليم العمل بعد إنجازه الى صاحب العمل، بما فيه العمل الذي أنجزه المقاول من الباطن. إضافة الى التزامه بضمان الإعمال وذلك وفقاً لأحكام المادة ٦٦٨ موجبات وعقود[١٦٥]. وسنتطرّق إلى بعض هذه الإلتزامات أدناه:

أ- تنفيذ أعمال خالية من العيوب:

على المقاول الأصلي تسليم الأعمال لصاحب العمل خالية من أي عيب. الا إن إخلال المقاول من الباطن بالتزاماته بضمان عيوب الصنعة، فظهر في عمله عيب، كان مسؤولاً عن العيب نفسه نحو صاحب العمل أي الأساسي بالنسبة للمقاول من الباطن، فيرجع هنا صاحب العمل على المقاول الأساسي، وهذا الأخير يرجع على المقاول من الباطن. ولا بد من التوضيح إن الأصل في عقد المقاولة هو تبرئة ذمة المقاول من

---

١٦٥ المادة ٦٦٨ – ان المهندس او مهندس البناء أو المقاول الذين يستخدمهم صاحب الامر مباشرة يكونون مسؤولين في مدة السنوات الخمس التي تلي اتمام البناء او المنشأ كله او بعضه او تداعى بوجه واضح للسقوط من جراء نقص في اللوازم او عيب في البناء او في الارض . واذا كان مهندس البناء لم يدر الاعمال، فلا يكون مسؤولا الا عن العيب الذي يظهر في الرسم الهندسي الذي وضعه. وتبتديء مهلة السنوات الخمس المتقدم ذكرها من يوم استلام العمل. ويجب ان تقام الدعوى في خلال ثلاثين يوما تبتدىء من يوم تحقق الامر الذي يستلزم الضمان، والا كانت مردودة.

Art. 668 – L'architecte ou ingénieur et l'entrepreneur chargés directement par le maître sont responsables lorsque, dans les cinq années à compter de l'achèvement de l'édifice ou autre ouvrage dont ils ont dirigé ou exécuté les travaux, l'ouvrage s'écroule, en tout ou en partie, ou menace évidemment de s'écrouler, par le défaut des matériaux, le vice de la construction ou par le vice du sol.

Si l'architecte n'a pas dirigé les travaux, il ne répond que du défaut de son plan. Le délai susvisé de cinq ans court de la réception des travaux.L'action doit être intentée, à peine de non recevabilité, dans les trente jours à partir de celui où s'est vérifié le fait qui donne lieu à la garantie.

العيوب الظاهرة عند تسليم الاعمال لصاحب العمل، اما العيوب الخفية فلا تبرئ ذمته ويبقى مسؤولاً عنها طيلة مدة الضمان[١٦٦].

مما يرتّب مسؤولية المقاول الأساسي تجاه صاحب العمل عن أعمال المقاول من الباطن كون هذا الأخير غير مرتبط بعقد مع صاحب العمل. ولا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً مباشرةً تجاه صاحب العمل، بل يكون مسؤولاً فقط تجاه المقاول الأصلي.

ب- تنفيذ الأعمال وفقاً للمواصفات والشروط:

على المقاول الأصلي تسليم الأعمال وفقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها. وبالتالي فإذا أخلّ المقاول من الباطن بالتزامه في انجاز العمل وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها، ووفقاً لأصول الصنعة، كان المقاول الأساسي مسؤولاً تجاه صاحب العمل، ويحق لهذا الأخير أن يرجع على المقاول الأساسي، والمقاول الأساسي يرجع على المقاول من الباطن.وقد أيّد الفقه[١٦٧] هذا الموضوع حيث إعتبر إنه إذا وكّل المقاول العمل الى مقاول اخر فإنه يكون مسؤولاً عنه تجاه صاحب المشروع.

غير أن مسؤولية المقاول الأساسي عن المقاول من الباطن، لا تقوم على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وذلك لأن المقاول من الباطن يكون مستقلاً في عمله عن المقاول الأساسي، ولا توجد علاقة تبعية بينهما[١٦٨]. فعلى أي أساس تبنى هذه المسؤولية إذن؟

إن هذه المسؤولية هي مسؤولية تعاقدية تقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء الصادرة عن المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة الى صاحب العمل كأنها صادرة عن المقاول الأساسي فيكون هذا الأخير مسؤولاً عنها تجاه صاحب العمل.

ولكن بما أن هذه المسؤولية هي مسؤولية تعاقدية، خلافاً لمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع التي هي مسؤولية تقصيرية[١٦٩]، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها. ومن ثم يجوز أن يشترط المقاول على صاحب العمل، ان يقاول

---

١٦٦ عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، عام ١٩٨٧، صفحة ٢١٨.

١٦٧ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء التاسع عشر، ، صفحة ٢٠٣.

١٦٨ عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، عام ١٩٧١، صفحة ٦٦٢.

١٦٩ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، عام ١٩٩٩، صفحة ١١٠.

من الباطن وألا يكون مسؤولاً عن اعمال المقاولة من الباطن. كما يجوز، بعدما يعقد المقاول الأصلي مقاولة من الباطن، أن يقبل صاحب العمل إحلال المقاول من الباطن محل المقاول الأصلي في كل حقوقه والتزاماته، فتتحول المقاولة من الباطن الى تنازل عن المقاولة[١٧٠].

ثالثاً- أثار العلاقة القائمة بين المقاول الأصلي وصاحب العمل:

تترتب على العلاقة التعاقدية القائمة بين المقاول الأصلي ورب العمل نتيجة عقد المقاولة من الباطن الذي أقامه المقاول الأصلي قاعدتين اثنتين، القاعدة الأولى هي بقاء المقاول الأصلي ملتزماً بتنفيذ عقده تجاه رب العمل، والقاعدة الثانية هي إن المقاول من الباطن يعد من الغير بالنسبة لأطراف عقد المقاولة الأصلي. وعلى سبيل الاستفاضة في البحث لا من بد التوقف عند هاتين القاعدتين:

١- من ناحية القاعدة الأولى:

يبقى عقد المقاولة قائماً فيما بين المقاول الأصلي ورب العمل، ويبقى المقاول الأصلي ملتزماً بجميع الالتزامات المحددة في عقد المقاولة تجاه رب العمل كونه ينظم العلاقة فيما بينهم. أما بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، فيكون رب العمل بمثابة الغير ولا شأن له به، فهذا العقد لا يكسبه حقاً كما لا يرتّب بذمته إلتزاماً، وذلك فيما عدا ما نص عليه القانون من رجوع المقاول من الباطن على رب العمل بالأجرة في حدود معينة والتي سنتطرق لها لاحقاً.

ومع إن المقاول من الباطن يعد من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي، الا إن فعل الاخلال الصادر عنه بمناسبة تنفيذه لعقد المقاولة من الباطن كعدم تنفيذ العمل او التنفيذ الجزئي أو السيء له، والتي هي نفسها إلتزامات المقاول الأصلي، من شأنه ان يؤدي الى الإخلال بإلتزام المقاول الأصلي الناشئ عن عقد المقاولة الأصلي تجاه رب العمل وذلك نتيجة تطابق الروابط العقدية فيما بين العقدين. ولما كان رب العمل لا يعرف غير شخص المقاول الأصلي، فإن هذا الأخير سيكون مسؤولاً عن فعل الاخلال الصادر عن المقاول من الباطن مسؤولية عقدية عن فعل الغير[١٧١].

---

١٧٠ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الأول، عام ١٩٩٨، صفحة١٦٦.

١٧١ محمد جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١، صفحة ١٢٩.

وفي هذا السياق، نصت أيضاً المادة ٨٨٢ فقرة الثانية من القانون المدني العراقي بحكم خاص، بقولها *"ولكنه* (أي المقاول الأصلي) *يبقى في هذه الحالة أي في حالة المقاولة من الباطن مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني"*[١٧٢].

ولما كان المقاول من الباطن يعمل مستقلاً في تنفيذ اعمال المقاولة من الباطن دون أن يخضع لإشراف او توجيه المقاول الأصلي حيث يختلف في ذلك عن العامل الذي يعمل تحت توجيه المقاول الأصلي[١٧٣]، فمن شأن ذلك أن ينفي شرط الرابطة التبعية المطلوب لقيام هذه المسؤولية على أساس المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، فضلاً عن إن فعل الإخلال الصادر عن المقاول من الباطن يتعلق بأحد الالتزامات العقدية المترتبة في ذمة المقاول الأصلي والناجمة عن عقد المقاولة الأصلي. وقد نصت المادة ٢/٦٦١ من القانون المدني المصري صراحة على ذلك إذ تقول" ولكنه (المقاول) يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل"[١٧٤] .

---

١٧٢ المادة ٨٨٢ من القانون المدني العراقي": يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول آخر اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية. ٢- ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني".

١٧٣ محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود، عام ٢٠١١، صفحة ٤٦٧.

١٧٤ وقد نصت المادة ٦٣٨ من قانون الموجات والعقود في هذا الصدد على ما يأتي :

كون المؤجر مسؤولا عن عمل الشخص الذي يقيمه مقامه او يستعمله او يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه. غير انه اذا اضطر بسبب ماهية العمل الى الاستعانة بأشخاص آخرين فهو لا يتحمل تبعة ما, على شرط ان يقيم البرهان:

اولا- على انه بدل كل العناية اللازمة في اختيار عماله وفي مراقبتهم.

ثانيا- على انه استنفد ما في وسعه ليحول دون التخلف عن اجراء الموجب ويتلافى نتائجه المضرة.

Art. 638 – Le locateur répond du fait des personnes qu'il se substitue, qu'il emploie ou dont il se fait assister, comme de son propre fait.

Cependant, lorsqu'il est dans la nécessité, par suite de la nature du travail, de s'y faire assister, il n'est tenu d'aucune responsabilité, s'il prouve:

1.) qu'il a fait toute la diligence nécessaire dans le choix et dans la surveillance de ces personnes;

2.) qu'il a fait, en ce qui le concernait, tout ce qui était possible afin d'empêcher l'inexécution de l'obligation et ses conséquences dommageables.

نستنتج من ما ورد أعلاه، بأن مسؤولية المقاول الأصلي عن الاخلال الصادر عن المقاول من الباطن، هي مسؤولية عقدية عن فعل الغير وليست مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير التي كرستها أحكام المادة ١٢٥ من قانون الموجبات والعقود[١٧٥].

٢- من ناحية القاعدة الثانية:

أما بالنسبة للقاعدة ثانية، تخضع مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، كونها مسؤولية عقدية وليست تقصيرية، إلى جميع القواعد المقررة في نطاق المسؤولية العقدية، والتي منها ما يتعلق بإمكانية قيام المقاول المدين بإشتراط إعفائه من المسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذه لالتزامه العقدي[١٧٦]، سواءً أكان ذلك راجعاً إلى خطأه الشخصي، أم إلى فعل او خطأ الأشخاص الذين إستعان بهم لمساعدته في تنفيذ هذا الإلتزام.

فإن مسؤولية المدين عن فعل الأشخاص الذين يساعدونه او الذين يحلون محله في تنفيذ التزامه العقدي وإن كانت مسؤولية عن فعل الغير، الا إنها قبل ذلك تتصف بكونها مسؤولية عقدية، حالها حال مسؤولية المدين الناجمة عن خطأه الشخصي[١٧٧]، لذلك فإن رجوع رب العمل بالمسؤولية على المقاول عن الاخلال الصادر من مساعديه أو بدلائه يكون طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية، طالما كانت العلاقة العقدية قائمة بينهما، وكان الإخلال الصادر من الغير قد إنصب على أحد الإلتزامات العقدية الناجمة عن هذه العلاقة، حيث يطبق في هذه الحالة جميع الاحكام المنصوص عليها في القانون المدني والخاصة بالمسؤولية العقدية (م. ٦٣٨م.ع.). فيقتضي توافر أركان المسؤولية العقدية الثلاث في مواجهة المقاول، والمتمثلة بكل من ركن الخطأ، وركن الضرر، وركن الرابطة السببية ما بين الخطأ والضرر.

إلا إن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تمتاز ببعض الخصوصية مما يكون من شأنه ان يجعل من عملية اثبات أركانها الثلاث، خصوصا ما يتعلق منها بركن الخطأ، مختلفاً بعض الشيء عن اثبات ركن الخطأ في حالة المسؤولية العقدية الناجمة عن الخطأ الشخصي للمدين.

---

١٧٥ المادة ١٢٥ من قانون الموجات والعقود: " إن المرء مسؤول حتماً عن الأضرار التي يحدثها أشخاص آخرون هو مسؤول عنهم وعددهم محدود محصور.

١٧٦ محمد خليل شهاب، موجب ضمان السلامة في عقد البيع، مجلة العدل، عدد ٣، عام ٢٠١٧، صفحة ١١٧٥.

١٧٧ حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٢، صفحة ١٣٧.

وبالتالي ينبغي على رب العمل اثبات صدور الخطأ من الغير، أي الأشخاص الثالثين الذين إستعان بهم المقاول لتنفيذ التزامه العقدي، بمعنى إن الخطأ المراد إثباته لا يتعلق بشخص المقاول بل يتعلق بالغير، فإذا تبيّن إن الإخلال الحاصل بالالتزام العقدي سببه خطأ المقاول الشخصي وليس الغير الذين إستعان بهم المقاول، ترتبت مسؤولية المقاول الأصلي العقدية مباشرةً بدلاً عن مسؤوليته عن فعل الغير[١٧٨].

لذلك لا يشترط على الدائن للرجوع بالمسؤولية على المدين المسؤول عن فعل او خطأ الغير ان يثبت ارتكاب هذا المدين نفسه لخطأ من جانبه، لأن مسؤوليته هنا تقام على أساس الخطأ الصادر عن الغير، وليس على أساس الخطأ الصادر عنه، فقد نصت المادة ١٢٥ من قانون الموجبات والعقود على "*أن المرء مسؤولاً حتماً عن الأضرار التي يحدثها اشخاص اخرون هو مسؤول عنهم ...*"[١٧٩] وذلك بخلاف حالة مسؤولية المتبوع عن فعل التابع والمنصوص عليها في قانون موجبات والعقود، إذ لا يكون لشخص المتضرر الحق في الرجوع على المتبوع بالمسؤولية الناجمة عن الخطأ الصادر عن أتباعه، الا بعد ثبوت إرتكاب المتبوع لخطأ من جانبه، والذي يعد طبقاً لأحكام القانون المدني اللبناني والعراقي خطأ مفترضاً قابل لإثبات العكس[١٨٠].

إضافةً الى ذلك فان مسؤولية المقاول هنا لا تخضع لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، كون الاخلال الصادر عن الغير الذين استعان بهم المقاول يمس بأحد التزامات المقاول العقدية المترتبة بذمة المتبوع أي المقاول، والناشئة عن العقد الذي يربطه بصاحب المشروع وبالتالي ستخضع لأحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

الفقرة الثالثة: العلاقة القائمة بين صاحب العمل والمقاول من الباطن

إن طبيعة العلاقة بين صاحب العمل والمقاول من الباطن هي علاقة غير مباشرة يتوسطها المقاول الأساسي.

أولاً: علاقة صاحب العمل بالمقاول من الباطن

---

١٧٨ محمد جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١، صفحة ١٣٠.

١٧٩ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية التقصيرية، الجزء الثاني، عام ١٩٩٦، صفحة ١٨.

١٨٠ حيث يتمثل خطأ المتبوع في هذه الحالة بالتقصير في بذل ما يلزم من عناية لمنع وقوع الضرر، لاحظ المادة (٢١٩ف٢) من القانون المدني العراقي.

لا يطالب صاحب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته، بل الذي يطالب بهذه الالتزامات هو المقاول الأساسي، كما لا يطالب المقاول من الباطن صاحب العمل مباشرة بالتزاماته، بل يطالب المقاول الأساسي بهذه الالتزامات. وبالتالي إن القاعدة العامة هي ان كافة المطالبات فيما بين المقاول من الباطن ورب العمل تكون عبر الدعوى الغير المباشرة[١٨١] على الشكل التالي:

- لناحية إنجاز العمل: يطالب به المقاول الأساسي، المقاول من الباطن، استناداً الى عقد المقاولة من الباطن. ولا يستطيع صاحب العمل أن يطالب مباشرة المقاول من الباطن بهذا الالتزام كون المقاول من الباطن ليس طرفاً في عقد المقاول الأساسي.

- لناحية تسليم العمل: يستطيع صاحب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بتسليم العمل بدعوى غير مباشرة، يستعمل فيها حق مدينه المقاول الأساسي تجاه مدين مدينه المقاول من الباطن.

- لناحية الضمان: إن المشرع اللبناني والجزائري جعلا المقاول الأصلي والمهندس ضامنين لتهدم البناء وللعيوب التي قد تظهر فيه خلال الخمس سنوات التالية لتسلّم النهائي للمشروع. كما أنه عندما فرض هذه المسؤولية على المقاول والمهندس المعماري اشترط وجود علاقة تعاقدية تربطهما برب العمل، وتتجسد هذه العلاقة في إطار عقد المقاولة. وبما ان صاحب المشروع لا يرتبط بالمقاول من الباطن بأية عقد فلا يكون امامه سوى أن يطالب المقاول من الباطن بالضمان عن طريق الدعوى غير المباشرة، فيستعمل حق مدينه المقاول الأصلي بالضمان تجاه مدين مدينه المقاول من الباطن. وكذلك الأمر بالنسبة الى المقاول من الباطن، الذي لا يستطيع ان يطالب صاحب العمل مباشرة بالتزاماته، بل يطالب بها مباشرة المقاول الأصلي. ومن ثم، لا يخضع المقاول من الباطن للمسؤولية الخمسية، لانعدام نص خاص يخضعه صراحة لتلك المسؤولية.
- لناحية الالتزام بدفع الأجرة: للمقاول من الباطن الحق المطالبة بتسديد الأجرة المترتبة في ذمة صاحب العمل وذلك عبر الرجوع به مباشرة على صاحب العمل، ولكن يجوز له أن يستعمل حق المقاول الأساسي في أجرته على صاحب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة.

١٨١ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الرابع، عام ٢٠٠٤، صفحة ١١٣.

ثانياً: حق صاحب المشروع التدخل بأعمال المقاولة

ولكن في ظل نشـــأة العلاقة التعاقدية فيما بين المقاول والمقاول من الباطن، التي لا يكون صـــاحب المشروع طرفاً بها، إنما يبقى لهذا الأخير الحق بالتدخل في الأشغال التي يتم تنفيذها لمصلحته، بصورة غير ســـليمة او مخالفة للمواصـــفات المتفق عليها، ليوقف المقاول عن متابعة التنفيذ، كما لو كانت الاســـاســـات المشيدة للبناء غير كافية او عرض الاساسات قليل، فحسب المادة ٦٦٥ م.ع." *يجوز لصاحب المشروع في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة أن يرفض المصنوع واذا كان قد سلم اليه فيمكنه رده ضمن أسبوع يلي التسـليم، وان يحدد للصـانع مهلة كافية لإصـلاح العيب او لسـد نقصـان بعض الصـفات اذا كان هذا الإصلاح مستطاعاً واذا مضت المهلة ولم يقم الصانع بواجبه، كان لصاحب الامر ان يختار بين:*

١-أن يصلح المصنوع على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع اذا كان الاصلاح لا يزال ممكنا.

٢-أن يطلب تخفيض الاجرة.

٣-أو أن يطالب بفسخ العقد ويترك الشيء لحساب من صنعه. ذلك كله مع الاحتفاظ بما يجب اداؤه عند الاقتضـــاء من بدل العطل والضـــرر. واذا كان صـــاحب الامر هو الذي قدم المواد، حق له ان يسترجع قيمتها."

وبالتالي يحق، لصـــاحب المشـــروع حتى قبل الانتهاء من العمل واثناء تنفيذها، أن يتدخل في أعمال المقاولة لإصـــلاح ما يعتبره منفذاً بصـــورة غير ســـليمة وغير متطابق على ما تم الاتفاق عليه وإلزامه بإعادة التنفيذ حسب الأصول.

وغالبا ما تنص عقود المقاولة على بند يحدد إمكانية رب العمل الاشـــراف على الاعمال اثناء التنفيذ للتأكد من مطابقتها للخرائط، ونرد ادناه مثال على هذا البند:

"لصـــاحب العمل ان يكشـــف على الموقع طيلة تنفيذ عقد المقاولة للتأكد من مطابقة التنفيذ للخرائط والتصاميم وله الحق بإبداء رأيه حول أي خلل في التنفيذ قد يلاحظه،

وإذا كان قد استلم الشيء المصنع وكان فيه عيب وجب عليه إرجاعه وإعلام المقاول بالأمر خلال ٧ أيام من تاريخ الاستلام[١٨٢]. وقد سار الاجتهاد اللبناني في هذا المنحى حيث جاء في القرار الصادر عن محكمة التمييز بأن" *إستلام الأعمال من غير تحفظ يفيد قبول رب العمل بعيوب المصنوع الظاهرة ويبقى له ان يقاضي المقاول بعيوب البناء الخفية ضمن مهلة ٣٦٥ يوماً من تاريخ استلامه طبقاً للمادة ٦٦٦ م.ع.* ..."[١٨٣].

ونظراً لأهمية الدور الذي يمارسه المقاول من الباطن في انجاز اعمال المقاولة ولأنه يمثل أبرز صور البدلاء الذين يمكن ان يستعين بهم المقاول، فلا بد ان نتطرق الى احكام المسؤولية التي ستترتب عن كل من العلاقات التي تنشأ نتيجة الإخلال بإلتزامات المقاولة من الباطن.

المبحث الثاني: الإخلال بالتزامات المقاولة من الباطن

نصت المادة ٦٢٤ موجبات وعقود إن عقد المقاولة عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل. فالمقاول مستقل في تنفيذ عقد المقاولة، وليس بمتبوع لرب العمل، وإن تلقى منه تعليمات حول كيفية أداء العمل المطلوب منه، لأن من واجب المقاول أن يمتنع عن كل عمل يخالف أصول الفن ولو أمر به صاحب المشروع كونه هو الممتهن وعلى علم بأصول الصنعة أكثر من صاحب العمل[١٨٤]، ولا يخضع لرابطة عمل تربطه بصاحب العمل، مما يؤدي الى ترتب مسؤولية المقاول العقدية عن الاعمال المنفذة[١٨٥].

فإذا صدر عن المقاول اثناء إنفاذ موجباته التعاقدية عملاً ألحق ضرر بالغير أو بصاحب العمل، فإنه يعتبر بمنزلة الفعل الشخصي متحملاً المسؤولية، ويعتبر بمنزلة الفعل الشخصي التجاوز في استعمال الحق. وتترتب مسؤوليته هنا على أساس المسؤولية التعاقدية تجاه المقاول الأصلي نتيجةً للعقد الذي يربط بينه وبين المقاول الأصلي، أما الضرر الذي يصيب الغير، أي صاحب المشروع، فيرتّب مسؤوليته التقصيرية كونها

---

١٨٢ فؤاد ضاهر، مرور الزمن، الجزء الأول، عام ٢٠٠١، صفحة ٢٤١.

١٨٣ تمييز مدني، قرار رقم ٣٥، تاريخ ٢٠٠٧\٣\٢٩، صادر في التمييز، سنة ٢٠٠٧، جزء اول، صفحة ٢٣٧.

١٨٤ سليمان قرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الإلتزامات عن الفعل الصار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، عام ١٩٩٣، صفحة ٤١١.

١٨٥ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، عام ٢٠٠٩، صفحة ٤٦٣.

خارج إطار الرابطة التعاقدية[١٨٦].ولترتب هذه المسؤولية يقتضي توافر عقد صحيح والأركان الثلاث للمسؤولية العقدية: الخطأ والضرر والرابطة السببية بين الخطأ والضرر[١٨٧].

لدراسة هذه المسؤولية، لابد من دراسة الشروط الواجب توافرها لقيام هذا النوع من المسؤولية ومن ثم التطرق للشروط الواجب توافرها لقيام مسؤولية المقاول من الباطن.

الفقرة الأولى: شروط مسؤولية المقاول من الباطن تجاه المتعاقدين الاخرين

يترتب على إبرام أي عقد بصفة عامة، إنشاء التزامات تقع على عاتق كل من طرفيه، وتعتبر تلك الأنواع من العقود بالعقود المتبادلة، التي عرّفتها المادة ١٦٨ من قانون الموجبات والعقود بتلك التي يكون فيها كل فريق ملتزماً تجاه الاخر بموجب على وجه التبادل ووفقاً للاتفاق المعقود بينهما[١٨٨]. فإذا تخلّف أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية، يمكن للمتعاقد الآخر إجباره على التنفيذ العيني أو البدلي، أو طلب إلغاء العقد.[١٨٩]

ويعد إنجاز العمل في عقد المقاولة من الباطن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول من الباطن، الذي تعاقد مع المقاول الأصلي من أجل تنفيذ العمل موضوع عقد المقاولة من الباطن أو جزء منه، لما يتمتع به المقاول من الباطن من كفاءة وخبرة في العمل موضوع التعاقد.

وبما أن المقاول من الباطن يرتبط بالمقاول الأصلي بعقد مقاولة فرعية، فإنه مسؤول تجاهه مسؤولية عقدية. على أن المقاول الأصلي يبقى مسؤولا مسؤولية عقدية تجاه صاحب المشروع عن الأخطاء المرتكبة من قبل المقاولين من الباطن الذين يعتبرون من الغير بالنسبة إلى صاحب المشروع. وبالتالي، وفي حالة ارتكاب المقاول من الباطن لفعل غير مشروع، فإنه يسأل تجاه صاحب المشروع بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية.

---

١٨٦ عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، عام ١٩٨٧، صفحة ٣٠٠.

١٨٧ – عاطف النقيب، النظرية العامة للموجبات، العقد، صفحة ٧٠ وما يليها.

– نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة، عقود البناء ومفاعيلها، الطبعة الرابعة ٢٠٠٩، صفحة ٢٦٥.

١٨٨ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد ، الجزء الأول، عام ١٩٩٦ ،صفحة ١٤٠.

١٨٩ محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود، عام ٢٠١١، صفحة ٤٧٩.

أولاً: الخطأ العقدي للمقاول من الباطن

ويعتبر الخطأ ركناً أساسياً في المسؤولية العقدية وفي المسؤولية عن العمل الشخصي على السواء، إذ لا يكفي لقيام المسؤولية وقوع الضرر فحسب، بل يجب اتخاذ الفعل المرتكب من قبل الشخص صفة الخطأ، وأن يتسبب هذا الخطأ في إحداث الضرر. وعليه، يقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المقاول من الباطن (المدين) بتنفيذ التزامه التعاقدي، أو التأخر في تنفيذه.

ويحدد الدكتور خليل جريج بأن "*الخطأ هو خروج شخص في سلوكه وتصرفاته عن النطاق الذي رسمه القانون او الذي يلتزمه الرجل المتوسط شعوراً وتبصراً في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها هذا الشخص*"[١٩٠]. ولا يقصد الفقه من الخطأ الإخلال بالتزام يربط بين شخصين فحسب، بل هو إخلال بأي التزام عام يقع على عاتق كل شخص، ولا يحتاج تقريره إلى نص قانوني بل يستنبط من المبادئ القانونية العامة.

فبمجرد عدم تنفيذ التعهد المتفق عليه في عقد المقاولة من الباطن حتى تترتب مسؤولية المقاول من الباطن، أي المدين بالموجب وذلك سنداً لأحكام المادة ٢٥٤ موجبات وعقود [١٩١] ، ما لم يستطع التذرع بإستحالة التنفيذ التي نصت عليها المادة ٣٤١ [١٩٢] موجبات وعقود. فعدم التنفيذ الكلي او الجزئي للعقد يشكل الخطأ العقدي بحد ذاته مهما كان سببه وليس بالضروري إثبات خطأ الى جانب المقاول من الباطن أدى الى عدم التنفيذ[١٩٣].

---

١٩٠ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، جزء أول، صفحة ١٣٤.

١٩١ المادة ٢٥٤ من قانون الموجبات العقود اللبناني:" في حالة التعاقد يكون المديون مسؤولا عن عدم تنفيذ الموجب، الا اذا أثبت أن التنفيذ اصبح مستحيلا في الاحوال المبنية في المادة ٣٤١ ففي هذه الحالة تبرأ ذمته لاستحالة التنفيذ."

١٩٢ المادة ٣٤١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني: " يسقط الموجب اذا كان، بعد نشأته، قد أصبح موضوعه مستحيلا من الوجه الطبيعي او الوجه القانوني بدون فعل أو خطاء من المديون."

[١٩٣] الياس أبو عيد، نماذج وعقود واتفاقات عقد الضمان (التأمين)، عقد المقاولة بين مالك عقار ومهندس معماري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، عام ٢٠٠٥.

كما إن الإهمال الصادر عن المقاول من شأنه أن يرتب مسؤوليته سندا لأحكام المادة ١٣٢ م.ع.[١٩٤]، ومثال على ذلك أن يهمل وضع حواجز من خشب أو من حجارة حول البناء تجنباً لحصول حوادث، فوقع حادث للغير سبّب له ضرراً[١٩٥]. فليس بالضرورة أن يكون الخطأ نتيجة فعل إيجابي، بل إن الفعل السلبي كالإهمال أو قلة الاحتراز كثيرا ما ينجم عنه ضرراً يصيب الطرف الآخر. ويقصد بالإهمال الترك أو الامتناع أو الغفلة عن القيام بما ينبغي للشخص المتزن الحريص أن يقوم به لو وجد في ذات الظروف، وهو أيضا كل إخفاق في تأمين واجب العناية المفروض عليه"[١٩٦]. وبالتالي، يستوي في قيام المسؤولية العقدية أن يكون عدم التنفيذ أو التأخير فيه عن قصد أو عن إهمال من المدين.

من الواضح بأن إلتزام المقاول في عقد المقاولة هو إلتزام ببذل عناية في بعض المهام من جهة، وإلتزام بتحقيق نتيجة في بعض الأعمال من جهة ثانية. ولكن ونظراً لخصوصية عقد المقاولة بصفة عامة، والمقاولة من الباطن بصفة خاصة، كونه مبرم بين مهنيين محترفين على علم بأصول المهنة، فإن معيار الشخص العادي لا يكون معياراً لقيام المسؤولية العقدية لشخص محترف مثل المقاول من الباطن، بل يتوجب الرجوع إلى سلوك الشخص المهني المألوف والمعتبر من أوسط رجال مهنته الفنية علماً وكفاءة ويقظة وعناية، والذي تقتضيه الأصول الفنية المستقرة لمهنته، وبالتالي يشكل الخروج عنها انحرافاً عن هذا المعيار، مع أخذ بعين الاعتبار الاتفاقات والبنود التعاقدية المتفق عليها[١٩٧]، لذلك يكون إلتزام المقاول من الباطن إلتزام بتحقيق نتيجة.

ومن ثم، يكفي لقيام المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن عدم تحقيقه للنتيجة المذكورة، حتى وفي حالة عدم ثبوت خطئه، فمتى أصاب المقاول الأصلي ضرراً حتى تترتب مسؤوليته ولا يعفى المقاول من الباطن من المسؤولية العقدية إلا إذا أقام الدليل على أن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للعمل المكلف به راجع إلى سبب أجنبي عنه حال دون تنفيذه لإلتزامه أو أنّ خطأ المقاول الأصلي كان وراء عدم التنفيذ وتأخره.

---

[١٩٤] المادة ١٢٣ م.ع. : يسأل المرء عن الضرر الناجم عن إهماله أو عدم تبصره كما يسأل عن الضرر الناشئ عن فعل يرتكبه.

[١٩٥] استئناف جزائي، قرار ١٩٥٣\٢\١٨، النشر القضائية ١٩٥٣ صفحة ١٩٠.

[١٩٦] إلياس أبو عيد، نماذج عقود واتفاقات عقد الضمان (التأمين)، عقد المقاولة بين مالك عقار ومهندس معماري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.

[١٩٧] عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، عام ١٩٨٧، صفحة ٧٨.

كما يلتزم المقاول من الباطن ببذل العناية في المحافظة على ورشة البناء وإدارة الوسائل والأجهزة الموضوعة تحت تصرّفه من قبل المقاول الأصلي. ويكفي عدم بذل المقاول من الباطن العناية المطلوبة في المحافظة على وسائل العمل حتى يترتب خطأه العقدي. ومبرر ذلك هو أن المبدأ العام يقوم على بذل المدين العناية التي يبذلها الشخص العادي، أي الشخص المتوسط في سلوكه والحريص على نفسه وشؤونه[١٩٨].

ولا يطالب رب العمل، عند تحقق الخطأ العقدي، المقاول الأصلي بتنفيذ الالتزام عيناً، بل يطالبه بالتعويض لعدم تنفيذ المشروع، ويقع على صاحب المشروع عبء إثبات أن المقاول الأصلي لم ينفّذ التزامه[١٩٩]، فإذا أقام الدليل على عدم التنفيذ أو التأخير فيه، يكون قد أثبت الخطأ العقدي. وإذا تعلّق الأمر بإلتزام بتحقيق نتيجة، فلا تقوم المسؤولية إلاّ بعدم تحقق النتيجة، أمّا إذا تعلّق الأمر بالتزام ببذل عناية وجب على صاحب المشروع إثبات أن المقاول الأصلي لم يبذل العناية اللازمة في تنفيذ التزامه.

وعليه، تتحقق المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن إذا لم ينفّذ الالتزامات التي يمليها عليه عقد المقاولة من الباطن، أو تأخر في تنفيذها وعجز عن إثبات السبب الأجنبي الذي حال دون التنفيذ أو تسبّب في التأخير. فيسأل المقاول من الباطن بناءاً على أحكام المسؤولية العقدية في حالتين، حالة عدم انجاز العمل على الوجه الصحيح (أ)، وحالة إخلاله بالالتزام بتسليم العمل المنجز(ب).

أ- مسؤولية المقاول من الباطن عن عدم إنجاز العمل على الوجه السليم

إن أوّل وأهم إلتزام يقع على عاتق المقاول من الباطن هو الالتزام بإنجاز العمل وفقاً للمواصفات المحددة في العقد[٢٠٠]، إذ لا يجوز أن تخالف بنود عقد المقاولة من الباطن الشروط الرئيسية لعقد المقاولة الأصلي، وإلا كان هناك اختلاف في الموضوع المحدد في العقد. ويمكن حصر حالات إخلال المقاول من الباطن في تنفيذ الأعمال المتفق عليها على الشكل التالي:

١- مسؤولية المقاول من الباطن عن الخطأ في تنفيذ التصميم

---

١٩٨ سليمان أيوب، مفهوم الخطأ في المسؤولية التعاقدية، عام ١٩٩٦، صفحة ٢١٩.

١٩٩ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، عام ١٩٦٤، الجزء السابع، صفحة ٢٤٥.

٢٠٠ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد الجزء الأول، عام ١٩٩٦، صفحة ٥٨.

يلتزم المقاول من الباطن بتنفيذ الأعمال وفقاً للتصاميم المحددة من قبل المهندس المعماري، أي الشخص المختص والمكلّف بوضع التصاميم والرسوم الهندسية والنماذج لإقامة المنشأ[٢٠١]. فإذا إكتشف المقاول من الباطن وجود عيوب تعطّله عن إنجاز العمل وجب عليه إخطار المقاول الأصلي على وجودها، وإلا اعتبر مسؤولاً عنها. مثال على ذلك أن يقوم المقاول من الباطن بإنجاز أساسات غير كافية لحمل البناء، أو الخطأ في تحديد أماكن تصريف مياه الأمطار بحيث تشكل خطراً على قواعد إرتكاز البناء فتجعلها مهددة في متانتها وصلابتها. كما تترتب مسؤولية المقاول من الباطن اذا لم يقم بواجب النصح في حالة وجود عيوب في التصميم أو المواد وعن عدم إنجاز الأعمال وفقاً للتصاميم.

٢- مسؤولية المقاول من الباطن عن مواد البناء

تترتب مسؤولية المقاول من الباطن إذا قام بتأمين المواد المستعملة في إنشاء البناء، فيكون مسؤولاً عن جودتها وضمانها، أما إذا قدّم صاحب المشروع المواد فإن مهام المقاول تنحصر بالحفاظ عليها وأن يستعملها وفقاً لما تقتضي به أصول المهنة دون إهمال لها وذلك سنداً لأحكام المادة ٦٦٣ من قانون الموجبات والعقود. فتبقى مسؤوليته قائمة عن العيوب التي كان بإمكانه إكتشافها تبعاً لمستواه الفني، فيقتضي عليه تنبيه المقاول الأصلي إلى ذلك، أما إذا أصرّ هذا الأخير على إستعمالها كان له الامتناع عن التنفيذ.

وتنطبق أحكام المادة المذكورة أعلاه على المقاول من الباطن في علاقته بالمقاول الأصلي الذي يعد بمثابة رب العمل في المقاولة من الباطن. فإذا قدّم المقاول من الباطن المادة التي يستخدمها في إنجاز العمل، يكون مسؤولاً عن جودتها، ، كما يكون ضامناً للمقاول الأصلي عن العيب الذي ينقص من قيمة المواد او من الانتفاع بها انما لا يضمن العيوب التي كان المقاول على علم بها وقت تمام صنعة الشيء وكذلك العيوب المتسامح بها عرفاً[٢٠٢]. ونرد أدناه إجتهاد صادر في هذا المنحى عن القاضي المنفرد المدني في كسروان[٢٠٣]:

"ان عقد المقاولة او اجارة الصناعة يُلزم الصانع، بحسب نص المادة ٦٦٤ م.وع. بضمان العيوب والنقائص التي تنجم عن عمله، كما ان المادة ٦٦٥ م.وع. تجيز لصاحب الامر، في حال ظهور عيوب ونواقص في عمل الصانع، ان يقوم بالاصلاحات اللازمة على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع اذا لم

---

٢٠١ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء التاسع عشر، صفحة ٢٠٢.

٢٠٢ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء التاسع عشر، صفحة ١٨٠.

٢٠٣ منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٥/٣١٢، تاريخ ٢٠١٥/١٢/٢٦، كساندر، عام ٢٠١٥، ص ٢٤٢٠ .

يقم هذا الاخير بواجب التصليح على الرغم من مطالبته بذلك، كما وله ان يطالب ايضاً، عند الاقتضاء، ببدل العطل والضرر".

منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٥/٣١٢، تاريخ ٢٠١٥/١٢/٢٦، كساندر، عام ٢٠١٥، ص ٢٤٢٠ .

٣- مسؤولية المقاول من الباطن عن عدم إتباع التعليمات وقواعد فن الإنجاز

يلتزم المقاول من الباطن بإتباع ما تفرضه القوانين ودفاتر الشروط، وما تصدره الجهات الإدارية المختصة من تعليمات في مجال البناء والتشييد، وهو ملزم بإتباع قواعد الفن المعماري التي تتمثل في الأصول العلمية والتقنية التي يتعيّن على كل محترف في مجال البناء الإلمام بها أثناء مزاولته لنشاطه المهني.

فإذا خالف المقاول من الباطن الأحكام القانونية والتنظيمية أو التعليمات أو قواعد الفن يكون مخطئاً ممّا يحتّم مسؤوليته العقدية، ويكفي للمقاول الأصلي أن يثبت عدم مطابقة العمل للتنظيمات وللمواصفات المتفق عليها، دون حاجة إلى إثبات خطأ المقاول من الباطن، ولا يستطيع المقاول من الباطن دفع المسؤولية عن نفسه إلا بإثباته السبب الأجنبي، وفقا لما تقضي به القواعد العامة.

عليه، إذا أخلّ المقاول من الباطن بالتزامه بإنجاز العمل المكلّف به فإن مسؤوليته تتحقق تطبيقاً للقواعد العامة. ويمكن للمقاول الأصلي، إمّا أن يطلب التنفيذ العيني، وإمّا فسخ العقد مع التعويض في الحالتين، غير أن عقد المقاولة، كما سبق القول، هو من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، لذلك يرى الفقه[٢٠٤] بأنه إذا كان العمل المطلوب إنجازه تراعى فيه شخصية المقاول، وأصر المقاول من الباطن الامتناع عن التنفيذ جاز للمقاول الأصلي اللّجوء إلى طريقة التهديد المالي عبر فرض غرامة إكراهية، وإلا فسخ العقد والمطالبة بالتعويض.

أمّا إذا كان العمل المطلوب إنجازه لا يتطلب تنفيذ المقاول له شخصياً جاز للمقاول الأصلي أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول. وقد يختار المقاول الأصلي فسخ العقد مباشرة، إذا كان الإخلال جسيماً وللقاضي السلطة التقديرية في الفسخ أو إمهال المقاول من الباطن مهلة

٢٠٤ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، عام ١٩٦٤، الجزء السابع، صفحة٥٣.

أخرى من أجل التنفيذ. وسواء طلب المقاول الأصلي التنفيذ العيني أو الفسخ، فله الحق أيضا في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقته جرّاء عدم تنفيذ الالتزام .

أما بالنسبة لرب العمل، فإذا إستلم الأعمال وتبين له أنها منجزة بشكل مخالف للمواصفات المتفق عليها، أمكن له إما رفض الأعمال المنجزة من قبل رب العمل، وإما إزالة الجزء الفاسد من التنفيذ، كنزع الإمدادات السيئة في البناء أو هدم الحائط، أو التعويض عن الأضرار الحاصلة أو نفقات إصلاح الشيء. والغاية من ذلك ان تؤدي هذه الإجراءات الى الحصول على عمل منجز وفقاً للمواصفات التي اتفق عليها فرقاء العقد. فإذا حصل خلل في التنفيذ التزم من صدر عنه هذا الخلل بالتعويض بأي وسيلة من الوسائل التي ورد بيانها أعلاه[٢٠٥].

ب- مسؤولية المقاول من الباطن عن الإخلال بتسليم العمل في المدة المحددة

يتمثل إخلال المقاول من الباطن بالتزامه بتسليم العمل المكلّف به في المدة المحددة، عندما يتأخر في التنفيذ نتيجة تقصيره أو إهماله في الإنجاز. وقد يتأخر المقاول من الباطن عن التسليم لأسباب عديدة تخرج عن إرادته، مثلا الخطأ في التصميم الذي يلزمه إعادة تعديله، أو تماطل الإدارة في تسليم رخص البناء. وفي هذه الحالات، يمكن لهذا الأخير أن يتحلّل من تحمّل المسؤولية عن التأخير في التسليم ما دام أن الأمر يخرج عن إرادته، لا سيما إن معظم عقود المقاولة تتضمن بنود تعفي المقاول من المسؤولية إذا كان سبب التأخير خارج عن إرادته.

كما قد يعمد المقاول الى تنفيذ جزء من الأعمال ولكنه يتوقف عن ذلك في مرحلة من المراحل لأسباب مختلفة وهذا التصرف هو من التصرفات الحاصلة في الكثير من مشاريع البناء في يومنا هذا وذلك لعدة أسباب ومن بينها عدم توافر المبالغ المالية اللازمة لإنجاز المشروع وعدم إعطاء القروض من مصرف الإسكان، مما عرقل أصحاب المشاريع تأمين الأموال النقدية للازمة لإنجاز المشاريع، ويعتبر هذا التصرف خطأ عقدياً من شأنه أن يؤدي إما الى فسخ العقد وإما الى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمتضرر من جراء التوقف عن التنفيذ، وإما تحمل نفقات متابعة التنفيذ من قبل الدائن ولكن على حساب المدين.

٢٠٥ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، عام ١٩٩٦، صفحة ٥٨.

وعليه، إذا لم يقم المقاول من الباطن بتسليم العمل كاملاً في الزمان والمكان المتفق عليهما، فيعتبر مخلاً بالتزام عقدي يتمثل في الالتزام بالتسليم. ويرى الفقه[٢٠٦] بأن المقاول لا يجبر على التسليم إذا كان العمل فنياً، ورأى بعد أن أتمه أنه غير راضٍ به كعمل فني أو أدبي، وأن تسليمه على الوجه الذي هو عليه يضر بسمعته الفنية أو الأدبية، لأن تقدير ذلك أمر شخصي موكول إلى رأيه هو، وفي هذه الحالة لا يبقى أمام رب العمل (المقاول الأصلي في المقاولة من الباطن) إلاّ طلب التعويض أو طلب الفسخ مع التعويض.

وتجدر الإشارة إلى أنّ التشريع المغربي قد أورد نصاً خاصاً في المادة ٢٥٤ من قانون الموجبات والعقود المغربي يتعلّق بمماطلة المدين في تنفيذ التزامه. وقصد بالمماطلة تأخر المقاول من الباطن في تنفيذ التزامه بالتسليم، وإذا تحققت المماطلة أصبح العقد قابلاً للفسخ بشرط أن يقوم المقاول الأصلي بإنذار المقاول من الباطن بالتسليم في وقت محدد. كما رتب مسؤوليته عن عدم مهارته في تنفيذ العمل[٢٠٧].

ثانياً: الضرر الناتج عن عدم التنفيذ

يجد مبدأ " لا مسؤولية حيث لا ضرر " تطبيقه في مجال المسؤولية، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره في المسؤولية التقصيرية، أمّا في المسؤولية العقدية فإن مجرد إخلال المدين بالتزامه يرتب المسؤولية العقدية ويؤدي حتما الى حصول ضرر ولو كان معنوياً.

ويتوافر هذا الركن على سبيل المثال في مجال البناء بصورة مباشرة بوجود عيب في متانة البناء، أي وجود خطأ ناتج عن عدم تطبيق بنود العقد أو عدم مراعاة الأصول والأعراف والمبادئ العامة التي يقتضي اتباعها في مهنة المقاولة مما ادى الى حصول ضرر، فيكفي تخلف المقاول عن تطبيق الأعراف المهنية وحصول ضرر حتى تترتب مسؤوليته العقدية. وبصورة عامة يشكل الضّرر تعدياً على حق من حقوق الانسان في سلامة نفسه وممتلكاته فينتقص منها أو يعطلها أو يتلفها أو يحول دون استعمال مالكها.

وبالتالي، حتى تقوم المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن يجب أن يترتب على الخطأ المرتكب من قبله ضررا يصيب المقاول الأصلي لعدم تنفيذه لالتزامه التعاقدي، ويستحق المقاول الأصلي تعويضا عن

---

٢٠٦ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، عام ١٩٦٤، صفحة ٩١.

٢٠٧ تنص المادة ٢٥٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: " يكون المدين في حالة مطل، إذا تأخر عن تنفيذ التزامه، كليا أو جزئيا، من غير سبب مقبول".

الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المقاول من الباطن لالتزامه أو من تأخره في تنفيذه. بشرط أن يكون الضرر مباشرا ومتوقعا، ولا يهم أن يكون الضرر واقعا أي حالا، أو مؤكد الوقوع في المستقبل، فالمهم أن يكون الضرر محقق غير إحتمالي.

ثالثاً: الرابطة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

ولترتب مسؤولية المقاول يجب توافر الرابطة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل، وبمجرد توافر الرابطة بين الضرر والخطأ[٢٠٨]، حتى يفسح المجال أمام رب العمل لإقامة الدعوى على المقاول، ولا تزول تلك الرابطة الا بإثبات وجود سبب أجنبي ادّى الى حصول الضرر، والمتمثلة بالقوة القاهرة وخطأ المدين وبفعل الغير. وبالتالي يمكن ملاحقة المتعهد حسب أحكام المسؤولية العقدية وإلزامه بتنفيذ موجباته العقدية. وفي حال تمنّع المقاول عن التنفيذ الاختياري، أمكن إلزامه بالتنفيذ عملاً بأحكام المادتان ٢٥٠ و٢٥٢ موجبات وعقود "*يجب على قدر المستطاع ان توفى الموجبات عيناً إذ أن للدائن حقاً مكتسباً في استيفاء موضوع الموجب بالذات*"[٢٠٩].

فالمسؤولية العقدية تقوم على أساس عدم تنفيذ الموجبات العقدية[٢١٠]، فاذا استحال تنفيذ هذه الموجبات دون خطأ من المدين أدى ذلك الى عدم ترتب مسؤولية المقاول. وقد درج الفقه عادة الى الأخذ بالقوة القاهرة وخطأ المتضرر وفعل الشخص الثالث كالأسباب المؤدية الى استحالة التنفيذ لكي لا تترتب مسؤولية المدين[٢١١].

---

٢٠٨ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، عام ١٩٩٦، صفحة ٨١.

٢٠٩ المادة ٢٥٠ م.ع.:" ولا تراعى هذه القاعدة في موجبات الأداء فقط بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ويحق أيضاً للدائن ان يطلب من المحكمة الترخيص له في ان ينفذ بنفسه موجب الفعل على حساب المديون كما يحق له ان يطلب ازاله ما اجري خلافاً لموجب الامتناع وذلك على حساب المديون".

المادة ٢٥٢ م.ع.:" إذا لم ينفذ الموجب باداء العين تماما وكمالا حق للدائن ان يأخذ عوضا يقوم مقام تنفيذ الموجب عينا لعدم حصوله على الافضل واذا جعل العوض مقابلا للتخلف النهائي عن التنفيذ جزئيا كان او كليا سمى بدل التعويض اما اذا كان التنفيذ عينا لا يزال ممكنا اذ ان المديون لم يكن الا متأخرا عن اتمام موجباته، فالعوض الذي يعطى للدائن يسمى بدل التأخير".

210 Christian Larroumet, Droit Civil, Les obligation le Contract, 2e partie, effects,page 635, en 2007.

٢١١ مصطفى العوجي، المسؤولية العقدية، الجزء الثاني، عام ٢٠٠٩، صفحة ١٠٣.

فالمقاول من الباطن يعتبر من أهم الأشخاص الذين يمكن أن يستعين بهم المقاول الأصلي لمساعدته في تنفيذ أعمال المقاولة، إذ يقوم المقاول الثانوي بإنجاز العمل الذي أوكل اليه بموجب عقد المقاولة من الباطن على نحو مستقل بعيداً عن إشراف المقاول الأصلي وتوجيهه المباشر.

ولما كان عمل المقاول من الباطن يقع على تنفيذ الأعمال التي التزم بها المقاول الأصلي، كلها أو في جزء منها، فإن فعل الاخلال الصادر عنه بأحد التزاماته المحددة بموجب عقد المقاولة من الباطن يشكل إخلالاً بإلتزامات المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل، مما يؤدي إلى قيام مسؤولية المقاول الأصلي العقدية تجاه رب العمل[٢١٢]. أما بالنسبة للفقه[٢١٣]وفي معرض تحليله للمادة ٦٣٨ م.ع.، فقد إعتبر أنه إذا أقدم المقاول على الإستعانة بأشخاص آخرين لإنجاز الأعمال فإنه يكون مسؤولاً عنهم مسؤولية الخادم والمسؤولية هنا عقدية.

تبعاً لذلك، يمكن في حالة تضرر صاحب المشروع من خطأ المقاول من الباطن، الخيار بين الرجوع مباشرةً على المقاول الأصلي بمقتضى أحكام المسؤولية العقدية، أو الرجوع مباشرة على المقاول من الباطن بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية بإعتباره من الغير بالنسبة إلى صاحب المشروع، وهذا ما سنتطرق إليه في الجزء التالي من بحثنا.

الفقرة الثانية: مسؤولية المقاول من الباطن تجاه صاحب المشروع

إن تنفيذ المقاول من الباطن لجزء أو كل العمل موضوع عقد المقاولة من الباطن لا يعفي المقاول الأصلي من المسؤولية الملقاة على عاتقه، في حالة ارتكاب المقاول من الباطن الذي قاوله من الباطن لخطأ في الإنجاز، تسبب في ضرر لحق بصاحب المشروع. وتعتبر هذه المسؤولية، مسؤولية عقدية عن فعل الغير، التي تعد استثناء من الأصل العام الذي يقضي بوجوب مساءلة الشخص عن خطئه الشخصي.

٢١٢ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء التاسع عشر، صفحة ٢٢٩.

٢١٣ نعيم معبغب، مقاولات البناء الخاصة، عام ٢٠٠٩، صفحة٢٧٠.

تبعا لذلك، يمكن في حالة تضرر صاحب المشروع من خطأ المقاول من الباطن، يمكنه الخيار بين الرجوع مباشرة على المقاول الأصلي بمقتضى أحكام المسؤولية العقدية أو الرجوع مباشرة على المقاول من الباطن بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية، باعتباره من الغير بالنسبة إلى صاحب المشروع.

أولاً: حلول المقاول الأصلي مكان المقاول من الباطن في مسؤوليته تجاه رب العمل

تشكل المسؤولية عن العمل الشخصي مبدأ عاما في المسؤولية المدنية، إلا أن المشرع قد أورد حكما عاما يقرر المسؤولية العقدية عن فعل الغير، فتتحقق المسؤولية العقدية للشخص، ليس على أساس خطئه الشخصي، بل بسبب خطأ صادر من شخص آخر تعاقد معه من أجل تنفيذ عقد التزم به الشخص الأول.

وسبق وأشرنا الى مسؤولية المقاول عن فعل الأشخاص الذين يستعين بهم، إلا أنه سنتطرق الى مسؤولية المقاول عن فعل المقاول من الباطن. فالمسؤولية عن الفعل الشخصي تشكل مبدأً عاماً في المسؤولية المدنية، إلا إن المشرع قد أورد حكماً عاماً يقرر المسؤولية العقدية عن فعل الغير، فتتحقق المسؤولية العقدية للشخص، ليس على أساس خطئه الشخصي، بل بسبب خطأ صادر من شخص آخر تعاقد معه من أجل تنفيذ عقد التزم به الشخص الأول.

يقصد بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير، مسؤولية المدين في التزام عقدي عن فعل الأشخاص الذين يحلهم محله في تنفيذ الالتزام (البدلاء)، أو الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه (المساعدون)، فالمدين له أن يستعين بغيره في تنفيذ التزامه سواء أكانوا بدلاء أو معاونين، كما يقصد بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير أن يسأل المدين بصدد تنفيذ العقد عن فعل فئة من الأشخاص كما لو كان فعله دون حاجة إلى إثبات أي خطأ أو إتفاق على تحمل المسؤولية عنهم، ودون أن يتخذ من فعلهم سبباً لدفع مسؤوليته لأن ما يصدر منهم ليس أمراً خارجاً عنه.

تتحقق المسؤولية العقدية عن فعل الغير، إذا تعاقد المدين مع أشخاص ثالثين من اجل تنفيذ التزامه التعاقدي، فيكون مسؤولا مسؤولية عقدية تجاه الدائن عن خطأ من استخدمهم. ومن ثمّ، يمكن تحديد أطراف المسؤولية العقدية عن فعل الغير في أعمال المقاولة من الباطن على الشكل التالي:

- المسؤول، وهو المدين في الالتزام العقدي، أي المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن،
- المتضرر، وهو الدائن في هذا الالتزام، أي صاحب المشروع،

- الغير، وهو الشخص الذي استخدمه المدين في تنفيذ التزامه، يكون مساعداً يحل محله، وهو المقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن.

إلا إن عدم قيام المقاول من الباطن بتنفيذ العمل محل التعاقد، أو تأخر في تسليمه، لا يمكّن لصاحب المشروع أن يرجع عليه مباشرة لأنه غير متعاقد معه، وإنما يرجع على المقاول الأصلي الذي استعان به من أجل تنفيذ العمل موضوع عقد المقاولة الأصلي.

على أن جانب من الفقه يرى بأن فعل المقاول من الباطن لا يمكن اعتباره بمثابة فعل الغير بالمعنى المذكور، ما دام أن المقاول من الباطن والمقاول الأصلي يعتبرون متدخلون في إنجاز نفس المشروع على أساس تعاقد أصلي وتعاقد فرعي، من جهة، وأن يكون فعل المقاول من الباطن غير متوقع، ولا يمكن دفعه من المقاول الأصلي، من جهة أخرى. لأنه حتى يكون فعل الغير معفياً من المسؤولية يجب أن يتسم بالمميزات التي تتميّز بها القوة القاهرة حتى تعتبر كذلك.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي، فإنّ المادة الأولى من القانون رقم ٧٥-١٣٣٤ المؤرخ في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ المنظم للتعاقد من الباطن، السالف الذكر، تنص على ما يلي " *المقاولة الفرعية، في مفهوم هذا القانون، العملية التي يعهد بواسطتها مقاول أصلي، وتحت مسؤوليته، إلى شخص آخر يسمى مقاولا من الباطن بالتنفيذ الكلي أو الجزئي لعقد المقاولة أو بالتنفيذ الجزئي فقط للصفقة المبرمة مع رب العمل*"[٢١٤].

فإعتبر هذا القانون إن المقاول الأصلي مسؤولاً عن المقاول من الباطن ويحل محلّه في تعويض الضرر اللاحق بصاحب المشروع، كون خطأ المقاول من الباطن المتمثّل في عدم تنفيذ العمل أو تنفيذه بشكل معيب أو التأخر في التنفيذ يؤدي إلى الإضرار بصاحب المشروع فيقع على عاتق المقاول الأصلي حسن اختيار من يكلّفه بإنجاز العمل في إطار المقاولة الفرعية. ويسأل المقاول الأصلي عن فعل المقاول من الباطن، حتى وإن لم يرتكب أي خطأ ما دام أن المقاول الأصلي هو من تعاقد مع صاحب المشروع .

أ- شروط قيام المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن فعل المقاول من الباطن

214 - Art. 1er , L. n° 75-1334, du 31 décembre 1975 « Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité,… ».

وكمبدأ عام، يبقى المقاول الأصلي مسؤولاً عقدياً تجاه صاحب المشروع عن عدم تنفيذ الالتزام محل التعاقد الأصلي أو عن التنفيذ المعيب أو المخالف لبنود العقد حتى لو كان عدم التنفيذ ناتج عن فعل المقاول من الباطن، ويكمن الهدف من وراء تقرير مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل الغير في منع المقاول الأصلي من دفع مسؤوليته أمام صاحب المشروع عن عدم تنفيذ العمل بسبب خطأ المقاول من الباطن. وبالتالي، لا يجوز معاملة فعل المقاول من الباطن كخطأ صادر من الغير أو كسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، بل أن تقرير هذه المسؤولية هي جزاء عدم تنفيذ العقد الأصلي المبرم بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع .

على أن مسؤولية المقاول الأصلي عن أخطاء المقاول من الباطن لا ينبغي أن تفهم على أنها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، لأن هذا الأخير يعمل مستقلاً ومنفصلاً عن المقاول الأصلي. ومن ثم، فإنّ مسؤولية المقاول الأصلي هي مسؤولية عقدية تنشأ عن العقد الأصلي على أساس أن كل فعل يصدر عن المقاول من الباطن يعد بالنسبة إلى صاحب المشروع فعلا صادراً عن المقاول الأصلي، فكان منطقياً حلوله محل المقاول من الباطن في مسؤوليته تجاه رب العمل.

أما كي يتمكن صاحب المشروع من مسائلة المقاول الأصلي مسؤولية عقدية عن فعل المقاول من الباطن، لابد من توافر الشروط التالية:

١- وجود عقد صحيح بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن:

يعتبر وجود عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر والمتضرر شرطاً بديهياً لقيام المسؤولية العقدية، بحيث لا يترتب أي أثر قانوني قبل التعاقد، أو عن مرحلة التفاوض السابقة للتعاقد. ويكون صحيحاً بتوافر الشروط العامة والخاصة التي سبق وأن أشرنا لها في القسم الأول من بحثنا.

ولا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد بين المسؤول والمتضرر فقط، وإنما يشترط قيام العقد وبقاءه والإخلال به أثناء سريانه، كما يجب أن يكون العقد صحيحا ولا يسقط تحت طائلة البطلان. ويبطل العقد إذا لم يتوفر ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، وهو عبارة عن إنعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين[٢١٥]. أما إذا كان العقد قابلاً للإبطال سندا لأحكام المادة ٢٣٤ م.ع. التي حددت الأشخاص الذين لهم الحق بالمطالبة بالإبطال[٢١٦]، وطالما أن المتعاقد الذي شرع الابطال لمصلحته لم يطالب بإبطاله فيبقى العقد قائم

---

٢١٥ عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، عام ١٩٧١، صفحة ٣٣٠.

٢١٦ تمييز مدني، قرار رقم ١١، تاريخ ١٩٥٢/١٠/١٣، باز، عام ١٩٥٢، ص ٦٧.

وصحيح[٢١٧] . فإذا أخل أحد المتعاقدين فيه بتنفيذ التزامه كان مسؤولاً مسؤولية عقدية، ولكن إذا قضي بإبطاله فإن من أخل بالتزاماته يعتبر مسؤولاً مسؤولية تقصيرية. ويسري البطلان متى حكم به، سواء كان بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً، بأثر رجعي فيمحو كل الآثار الناجمة من إنعقاد العقد.

وعليه، لا يسأل المقاول الأصلي عن فعل المقاول من الباطن تجاه صاحب المشروع على أساس المسؤولية العقدية، إلاّ إذا كان عقد المقاولة الأصلية وعقد المقاولة من الباطن صحيحين.

٢- أن يكون سبب الضرر الذي أصاب صاحب المشروع هو خرق لإلتزام تعاقدي:

إن مسؤولية المقاول من الباطن هي دائماً مسؤولية عقدية تجاه المقاول الأصلي أساسها خرق التزام بتحقيق نتيجة، لإعتبارات إن المقاول من الباطن هو ممتهن ذات خبرة واسعة في مجال أعمال البناء، فلا يمكن أن يكون التزامه إلا التزاماً بتحقيق نتيجة، فإن الالتزام بتحقيق النتيجة المفروض على هذا الأخير تجاه المقاول الأصلي لا يمكن إثارته من قبل صاحب المشروع بمعنى أن العيب الذي يطرأ على العمل المصنوع من قبل المقاول من الباطن، لا يعطي الحق لرب العمل بمساءلته لانتفاء أية علاقة تعاقدية بينهما، وإنّما يسأل المقاول الأصلي على أساس مسؤوليته عن أفعاله وأفعال مقاوليه الفرعيين، وهي مسؤولية عقدية خاصة قررها المشرع حماية لرب العمل.

٣- تدخل المقاول من الباطن في تنفيذ العقد الأصلي بإرادة المقاول الأصلي:

يشترط لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير أن يكلّف هذا الغير من قبل المدين في تنفيذ الالتزام العقدي. بمعنى أن يتدخل المقاول من الباطن في تنفيذ العقد الأصلي بإرادة المقاول الأصلي المدين إلى رب العمل، لأنه وفي غياب إرادة المقاول الأصلي يندرج فعل من قام بالتنفيذ الخاطئ ضمن السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية العقدية.

ويقصد بالغير، كل الأشخاص الذين يمكن اعتبارهم أجانب عن العقد الأصلي أي من لم يشارك بارادته في ابرام العقد[٢١٨] وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني[٢١٩]، كالأشخاص الذين

---

٢١٧ صادر في الاجتهاد المقارن، العقد، عام ٢٠٠٧، صفحة ١٧.

٢١٨ محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود، عام ٢٠١١، صفحة ٤٧.

٢١٩ المادة ١٦٥ من قانون الموجبات والعقود:" الإتفاق هو كل إلتآم بين مشيئة وآخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً".

يستعين بهم المدين إلى جانبه في تنفيذ العقد، وهم المقاولون الفرعيون الذين سماهم بعض الفقه بالمساعدون ويقصد بهم أيضا المعاونون سواء أكانوا تابعين أم غير تابعين، والذين يحلون محل المدين في تنفيذ الالتزام العقدي.

والخلاصة، أنه بتوافر الشروط المذكورة، يحل المقاول الأصلي محل مقاوله من الباطن في مسؤوليته العقدية تجاه صاحب المشروع. فأمام منح المشرع الحرية للمقاول الأصلي في اختيار من يتعاقد معهم من الباطن من المقاولين في إنجاز عمل صاحب المشروع – متى خلا العقد الأصلي من شرط مانع – ، فقد حمّله المسؤولية عن أفعال من تعاقد معهم من الباطن، بمجرد عدم تحقق النتيجة الملزم بها، أي إخفاقه في إنجاز العمل محل العقد حسب الاتفاق والمعايير المهنية، أو تأخره في تسليمه، دون أن يكون رب العمل ملزما بإثبات خطأ المقاول من الباطن. ولا يكون بإمكان المقاول الأصلي دفع المسؤولية عنه حتى مع إثباته عدم إرتكبه أي خطأ في اختياره للمقاول من الباطن أو أنه نفذ التزامه في الرقابة على التنفيذ والإشراف على الأعمال.

وعليه، فإن البحث في المسؤولية يقتضي البحث في أسباب الحادث وليس في الظروف المادية فقد اعتبرت محكمة البداية[٢٢٠] *"بأن الشخص الذي أوقف سيارته في مكان ممنوع الوقوف بجانب الحائط الذي انهار وأوقع ضرراً بالسيارة، كان مخطئاً وحملته المسؤولية مناصفة بينه وبين البناء المنهار(م١٣١ م.ع.)"* لكن محكمة الاستئناف خالفت هذا الرأي واعتبرت *"بأن الحادث المنشئ للضرر هو انهيار الحائط أو بعضه، ولا مجال للقول بأنه لولا وجود السيارة المخالف حيث كانت متوقفة في مكان ممنوع الوقوف، لما وقع الضرر ولوقعت الحجارة على الأرض ان هذا القول يتضمن خلط بين الحادث المنشئ للضرر ونتيجة الحادث، فالحكم البدائي أخطأ في خلطه بين: ظروف الحادث وأسبابه القانونية"*[٢٢١].

وبعد دراسة أركان قيام المسؤولية عن الإخلال بإلتزامات المقاولة من الباطن وطبيعة هذه الإلتزامات، لا بد من التطرق الى الجزاءات التي قد تترتب نتيجة مخالفة أحكام التعاقد من الباطن

٢٢٠ إستئناف مدني، القرار رقم ٧٥، النشرة القضائية اللبنانية، الجزء الرابع، ١٩٦٩، ص ٤٥٠.

٢٢١ نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة، الطبعة الرابعة ٢٠٠٩، صفحة٢٩٠.

ثانياً: ترتب المسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن تجاه رب العمل

إنّ العلاقة بين المقاول من الباطن وصاحب المشروع ليست علاقة تعاقدية، على خلاف علاقته بالمقاول الأصلي، ولهذا يعتبر المقاول من الباطن من الغير بالنسبة إلى صاحب المشروع، ولا تقع مسؤولية المقاول من الباطن تجاه هذا الأخير إلاّ إذا أخل بواجب عدم الإضرار بمصالحه. ويطرح السؤال فيما اذا كانت مسؤولية المقاول من الباطن تجاه صاحب المشروع بمسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية[٢٢٢]. مثال على ذلك تأتي التجهيزات الكهربائية أو الصحية غير متطابقة مع المواصفات المتفق عليها والموضوعة من قبل المهندسين، فهل يمكن لصاحب المشروع في هذه الحالة أن يداعي المقاول الثانوي الذين أقدم على تركيبها أم عليه أن يدعي على المقاول الأصلي[٢٢٣].

فإذا أخل المقاول من الباطن بهذا الواجب، تقوم مسؤوليته التقصيرية تجاه صاحب المشروع والتي تتأسس على الإخلال بالتزام قانوني مصدره العمل غير المشروع. لذلك، يمكن لرب العمل الخيار، في حالة تضرره من فعل المقاول من الباطن إمّا الرجوع على المقاول الأصلي بالمسؤولية العقدية عن فعل مقاوله من الباطن، كما سبق تبيانه في الفقرة المتقدمة، وإمّا الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية على المقاول من الباطن مباشرة بسبب عدم تنفيذ المقاولة من الباطن ولكن عليه إثبات الخطأ التقصيري الصادر من المقاول من الباطن وفقاً للقواعد العامة.فإن المقاول من الباطن يعتبر من الغير بالنسبة لرب العمل، فلا يمكن أن تكون مسؤوليته تجاه رب العمل إلا تقصيرية، لعدم وجود أي علاقة تعاقدية بينه وبين رب العمل، ومن هنا فإن رب العمل يملك حق رفع دعوى مباشرة على المقاول من الباطن بناءاً على المسؤولية التقصيرية.

وبما أن الموجب المحدد في عقد المقاولة الأصلي والمتعلق بالتشييد والبناء هو نفسه الموجب المحدد في عقد المقاولة من الباطن، الأمر الذي ينشأ الرابطة فيما بين العقد الأول أي عقد المقاولة الأصلي والعقد الثاني أي عقد المقاولة من الباطن، وذلك عن طريق تطابق الروابط العقدية الناشئة عن هذين العقدين، وبالتالي فإن خطأ

---

٢٢٢ - نعيم مغبغب، مقاولات الباء الخاصة، الطبعة الرابعة، عام ٢٠٠٩، صفحة ٢٧٣.

- Gaston Albert, les responsabilites des constructeurs, 1949.
- Soine Bernard, La responsabilite des architectes et entrepreneurs apres la reception des travaux L.G.D.J. 1968.
- Encylopedie Dalloz, Droit civil V, architecte.
- Briomont, La responsabilite des architectes et des entrepreneurs, 1965>
- Chapus, responsabilite publique et responsabilite privee.

٢٢٣ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، عام ٢٠٠٩، صفحة ١٤١.

المقاول من الباطن يمس مباشرةً بمصالح رب العمل ويلحق ضرراً به[٢٢٤]. وبما أن خطأ المقاول من الباطن، والذي سيقع على موضوع الأداء سينتقل، اولاً، من عقد المقاولة من الباطن الى عقد المقاولة الأصلي، وثانياً، سيمس الرابطة العقدية في العقد الأول. فتعتبر المسؤولية تقصيرية طالما لا يوجد رابطة عقدية بين صاحب المشروع والمقاولين الثانويين على ان تتوافر أركان المسؤولية التقصيرية أي أن يكون هنالك ضرر وان تقوم رابطة بين الفعل الذي سبّب الضّرر والضرر[٢٢٥]وذلك سنداً لأحكام المادة ٢٢٥ من قانون الموجبات والعقود تنص على أن"*العقد لا ينتج مبدئياً مفاعيله في حق شخص ثالث بمعنى انه لا يمكن ان يكسب هذا الشخص حقوقاً أو يجعله مديناً...*".

وفي فرنسا أعتمدت المسؤولية التقصيرية في حال إرتكاب المقاول من الباطن خطأ سبب ضرراً لصاحب المشروع، فقد نصت المادة ١٣٨٤ موجبات، على ركن الخطأ والتقصير، وبعد ذلك تم التوصل الى إفتراض الخطأ ومن ثم الى إفتراض المسؤولية في جانب الحارس، وذلك كي يرفع عن كاهل الضحية عبء إثبات الخطأ، وكي لا يقف ذلك دون التعويض تمشياً مع العدالة والإنصاف في المجتمع. فلا تقتص مسؤولية المقاول من الباطن عن فعله الشخصي الخاطئ وإنما يسأل أيضاً عن فعل الأشياء التي يستخدمها بإعتباره حارساً لها ، فإذا كان المقاول من الباطن هو الحارس للأعمال فيحق للمتضرر ملاحقتهم على أساس المسؤولية التقصيرية أثناء تنفيذ الأشغال.

وقد سار الاجتهاد في هذا المنحى لجهة إعتبار صاحب المشروع من الغير بالنسبة للمقاول من الباطن، حيث صدر في عدة قرارات قضت باعتبار ان رب العمل ليس بطرفاً في عقد المقاولة من الباطن وبالتالي لا يمكن مطالبته بالتزامات عقد المقاولة من الباطن، ومن هذه القرارات:

١- *القرار المطعون فيه اعتبر ان كل العقود التي يجريها المقاول مع الغير تكون لمصلحة عقد المقاولة، وبالتالي، لمصلحة صاحب العمل وانه ليس من شأن تلك المصلحة جعل صاحب العمل فريقاً في تلك العقود ولا يكفي علم من تعامل معه المقاول بأن العقود هي لمصلحة صاحب العمل لجعل هذا الاخير فريقاً في العقد ومسؤولاً عن اي من الموجبات الناشئة عنه وعلى ضوء ذلك رد القرار المطعون فيه ادلاءات موّرد البضاعة بخصوص الزام صاحب العمل بموجبات العقد الذي اجراه الموّرد المذكور مع المقاول. ان ما توصل اليه القرار المطعون فيه يتوافق مع احكام المادة ٢٢٢ م.وع. وما يليها على ضوء ما استخلصه القرار*

---

[٢٢٤] محمد حسن الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود، عام ٢٠١١، صفحة٤٦٢.

[٢٢٥] يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، القانون الجرم وشبه الجرم، عام ١٩٧٨،صفحة ٣٨.

المذكور، بسلطانه المطلق بتفسير العقود، من علاقة المقاول وحده مع الغير على ضوء تعاقده مع هذا الغير لتنفيذ الاشغال المكلف بها، وبالتالي عدم علاقة صاحب العمل بهذه الفواتير. ان مجرد علم موّرد البضاعة بأن البضاعة المباعة منه هي مشتراة لصالح صاحب العمل لا يغير من هذه النتيجة[٢٢٦]"

محكمة التمييز المدنية، الغرفة ثانية، قرار رقم ٢٠٠٩/٣٤، تاريخ ٢٠٠٩/٤/٦، كساندر، ٢٠٠٩، جزء ١-٤، ص. ٦٥٧.

٢- "*متى تبين ان المدعى عليه هو مهندس الورشة والمقاول الاصلي، وأنه وبعد اتفاقه مع صاحب المشروع، قام بالتعاقد مع مقاولين ثانويين من اصحاب الاختصاص دون ان يشرك صاحب المشروع في هذه العقود اللاحقة، فانه، وتفعيلاً لمبدأ نسبية العقود المكرس بالمادة ٢٢٥ من قانون الموجبات والعقود، يقتضي رد طلب المهندس بالزام صاحب المشروع بدفع رصيد حقوق المقاول من الباطن*"[٢٢٧].

منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٧/١٠٢، تاريخ ٢٠١٧/٤/٢٧، كساندر، ٢٠١٧، جزء ١-٤، ص. ٦٨٠.

وبرأينا أمكن لصاحب المشروع الادعاء مباشرة على المقاول من الباطن كونه على علم أكيد أن المقاول الأساسي سوف يلجأ الى التعاقد من الباطن من اجل انفاذ المشروع. وبالتالي يتحقق هنا التطابق بالإرادة بصورة ضمنية فيما بين ارادة صاحب المشروع الهادفة الى الانتفاع من المشروع المنجز وإرادة تحقيق هذا الانتفاع العائدة للمقاول من الباطن، وذلك بالتأكيد في ظل وقوع الروابط العقدية بين عقود المقاولة على موضوع واحد أي ان هذه الروابط ترمي الى تحقيق هذا الموضوع.

وبالتالي ان هذا التطابق المتوافر في الارادة، من شأنه ان يجعل صاحب المشروع طرفاً ضمنياً في عقد المقاولة من الباطن، وذلك امتداداً لصفته كطرف صريح في عقد المقاولة الأساسي، ويصبح أيضا المقاول من الباطن طرفاً ضمنياً في عقد المقاولة الاساسي، الا ان صفة كل منهما في العقد الذي لم يكن أي منهما طرفاً به عند التعاقد فتبقى ضمن حدود تحقيق موجب واحد لمصلحة صاحب المشروع. والواقع ان هذا التطابق في الارادات، سواء الصريح او الضمني، الذي يتوافر في كل من العلاقات التعاقدية المتكونة فيما

---

٢٢٦ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم ٢٠٠٩/٣٤، تاريخ ٢٠٠٩/٤/٦، كساندر، ٢٠٠٩، جزء ١-٤، ص. ٦٥٧.

٢٢٧ منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٧/١٠٢، تاريخ ٢٠١٧/٤/٢٧، كساندر، ٢٠١٧، جزء ١-٤، ص. ٦٨٠.

بين رب العمل والمقاول والمقاولة من الباطن، هو الذي ينشـئ رابطة عقدية بين صـاحب المشـروع والمقاول من الباطن تخول الأول الادعاء مباشرة على الثاني[٢٢٨].

الفصل الثاني: وسائل دفع المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتفيذ

المبحث الأول: طرق دفع المسؤولية

لا تختلف الوسـائل التي يمكن ان يسـتعملها المقاول من الباطن لدفع المسـؤولية عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية وفقاً لمضمون العقد عن تلك يمكن ان يلجأ أي مدين عقدياً لدفع المسؤولية عنه سواء عن فعل الغير او خطأه الشخصي وبما اننا سبق ان بحثنا ان مسؤولية المقاول من الباطن ممكن ان تترتب نتيجة الخطأ في التنفيذ الصادر عن فعله الشخصي او عن الأشخاص الذي استعان بهم لتنفيذ التزاماته العقدية.

الفقرة الأولى: وسائل دفع المسؤولية المترتبة على المقاول من الباطن

لما كان المدين أي المقاول من الباطن لا يستطيع دفع المسؤولية عنه الا بإثباته السبب الأجنبي او اثباته عدم ارتكاب لأي خطأ او باشتراط اعفائه من المسؤولية، فسنتطرق أدناه لبحث كل من هذه الوسائل.

أولاً: نفي الخطأ العقدي

لا يقصد بالخطأ الذي يحاول ان ينفيه المقاول من الباطن الخطأ الصادر عنه شخصياً، بل أيضاً الخطأ الصادر عن الأشخاص الذين استعان بهم او حتى المقاولين من الباطن الذين استعان بهم في حال اقدم هو أيضاً على التعاقد من الباطن.

فإذا أراد المقاول من الباطن نفي المسـؤولية عنه والصـادرة عن فعل الغير، فإن عليه نفي صـدور الخطأ من جانبهم، أي إثبات إن فعل الإخلال الذين اوكل اليهم تنفيذ الإلتزام لا يشـكل خطأ عقدياً، ومن ثم مثوغاً لمساءلته من قبل المقاول الأصلي او من قبل رب العمل.

٢٢٨ محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في اطار مجموعة العقود، طبع عام ٢٠١١، صفحة ٤١٧.

وبالمبدأ ان قدرة المقاول من الباطن على دفع المسـؤولية عنه المترتبة بسـبب الخطأ الصـادر عن الغير، ترتبط بطبيعة الإلتزام الملقى على عاتق المقاول من الباطن. فإذا كانت طبيعة التزامه إلتزام بتحقيق نتيجة فإن إمكانية تخلصـه من المسـؤولية لا تتحقق الا بإثباته السـبب الأجنبي الذي منع الغير من تنفيذ التزاماته.

أما إذا كانت طبيعة التزامه التزام ببذل عناية، فيستطيع عندها دفع المسؤولية عنه بإثباته ان الغير قد بذل العناية اللازمة لتنفيذ التزاماته. ويسـتطيع في هذه الحالة اللجوء الى كافة الوسـائل المتاحة أمامه لإثبات إدعائه، وذلك من خلال إثبات إن تنفيذ الإلتزامات العقدية قد جرى وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها او وفقاً لقواعد الحرفة أو ببذل ان العناية التي بذلها الغير أتت وفقاً للقوانين او العرف او عقد المقاولة من الباطن.

وبما ان طبيعة التزام المقاول من الباطن هي التزام بتحقيق نتيجة كونه ممتهن وذو خبرة خاصـة في مجال اعمال المقاول المكلف بها، فلا بد من بحث كيفية إثبات السبب الأجنبي لدفع المسؤولية عنه.

ثانياً: إثبات السبب الأجنبي

تكمن هذه الطريقة من طرق التخلص من المسؤولية الناجمة عن فعل الغير، بقيام المقاول او المدين بالإلتزام العقدي بإثبات السـبب الأجنبي الذي حال ما بين مسـاعديه او بدلائه، وما بين قيامهم بتنفيذ الإلتزام العقدي الذي اوكل اليهم وذلك لإنتفاء وجود الرابطة السـببية بين الخطأ والضـرر. إذ يكون للمدين إتباع نفس الخطوات التي يستطيع اتباعها لإثبات السبب الأجنبي الذي منعه من تنفيذ الإلتزام من جانبه.

لا بدّ من التوضيح هنا إن السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية هو الذي يحول دون تنفيذ الموجب الملقى على عاتق المقاول لسبب خارج عن إرادته، فإذا إستحال تنفيذ العقد لسبب من أسباب الاستحالة القانونية ودون خطأ من المدين، إمتنعت مسؤوليته العقدية وبالتالي موجب التعويض.

إذ يمكن للمقاول من الباطن دفع المسؤولية عنه، إذا أثبت إن سبب عدم تنفيذ الإلتزام من قبل الأشخاص الذي إستعان بهم يرجع سببه الى قوة قاهرة او حادث لم يكن بالإمكان توقعه لا دخل لإرادته أو لإرادة الغير في حدوثه، أو سببه متعلق بفعل شخص ثالث لا دخل له به، او يرجع سببه او خطأ المقاول الأصلي او صاحب المشروع، ومثال على ذلك تأخرهم في تسليم المواد اللازمة او عدم توقيع التراخيص المتوجبة. وقد

سار الإجتهاد اللبناني والدول العربية الى إعتبار ان السبب الأجنبي الحاصل أي ان الضرر كان نتيجة خطأ المتضرر او القوة القاهرة او فعل الغير من شأنه ان يعفي من المسؤولية ونورد أدناه بعض القرارات الصادرة عن المحاكم:

- *"ان تفجر القساطل العائدة لمصلحة مياه بيروت، يجعلها مسؤولة عن الاضرار التي تلحقها المياه باحد المستودعات. وترتكز هذه المسؤولية على المادة ١٣١ من قانون الموجبات والعقود، وتفترض ان المصلحة مخطئة بوصفها حارسة وما عليها الا ان تثبت من تلقاء ذاتها السبب الاجنبي اي ان الضرر كان نتيجة خطأ المتضرر او القوة القاهرة او فعل الغير."*[٢٢٩]

استئناف بيروت، قرار رقم ١٠٠١ تاريخ ١٩٥٥/١٠/١١، حاتم ج٢٦ ص ٥٥.

- *"اذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في القول بانتفاء المسؤولية المقررة في المادة ١٧٨ من القانون المدني عن الوزارة المطعون عليها على ما ذكره من وقوع خطأ من الطاعن ومن انتفاء الخطأ من جانب المطعون عليها– ولما كانت المسؤولية المقررة في المادة المذكورة تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء افتراضا لا يقبل اثبات العكس ومن ثم فان هذه المسؤولية لا تدرأ عن هذا الحارس باثبات انه لم يرتكب خطأ ما، وانه قام بما ينبغي من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشيء الذي في حراسته. وانما ترتفع هذه المسؤولية اذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه وهذا السبب لا يكون الا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير– لما كان ذلك فان ما قاله الحكم في خصوص انتفاء الخطأ من جانب الوزارة المطعون عليها لا تندفع به مسؤوليتها طبقا للمادة ١٧٨ من القانون المدني".*[٢٣٠]

نقض مصري، تاريخ ١٩٦٣/١٢/١٣– طعمه واستانبولي، التقنين المدني السوري ج ٢ ص ١٣٨٦.

- *" من حيث أن المادة ١٦٤ من هذا القانون تنص على أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. أما المادة ١٦٦ فهي انما تعفي الشخص المدعى عليه بالضرر من أداء التعويض عنه فيما اذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو من الغير الخ... وهذا يعني أن على المدعى عليه أن يثبت ما ينفي خطأه وتسببه بالضرر وبالتالي ما يمنع من مساءلته بالتعويض عنه.*

ومن حيث أنه يشترط لانتفاء المسؤولية بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ توافر شروط هي عدم نسبة الحادث الى المطالب بالتعويض وعدم امكان توقع الحادث واستحالة مقاومته كما أن المادة ١٧٩

---

٢٢٩ استئناف بيروت، قرار رقم ١٠٠١ تاريخ ١٩٥٥/١٠/١١، حاتم ج٢٦ ص ٥٥.

٢٣٠ نقض مصري، تاريخ ١٩٦٣/١٢/١٣– طعمه واستانبولي، التقنين المدني السوري ج ٢ ص ١٣٨٦.

من القانون المدني نصت على أن كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الاشياء من الضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه."[٢٣١]

نقض سوري، رقم ٣٠٠٤ تاريخ ١٩٦٤/١٢/١٣– طعمه واستانبولي، التقنين المدني السوري ج ١ ص ٨٩٥.

الفقرة الثانية: الحالات التي لا يجوز فيها الإعفاء من المسؤولية

على الرغم من أن الأصـل للمدين بالإلتزام العقدي الحق في إشـتراط إعفائه من المسـؤولية الناجمة عن عدم تنفيذه لإلتزامه العقدي، إلا ان هذا الأصـل لا يجوز بكافة الحالات، والتي يرجع بعضـها الى حالة إرتكاب المدين الى غش والخطأ الجسيم او الى بند يرد في العقد.

أولاً : بطلان البند النافي للمسؤولية

قد يرد المتعاقدين في العقود الموقعة فيما بينهم بند ينفي مسؤوليتهم[٢٣٢] عن الأخطاء التي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد. فالبند المعفي هو ذلك الشرط الذي ترفع بموجبه مسؤولية المدين. وفي حال نص عقد المقاولة من الباطن على هذا البند فمن شأنه ان يعفيه من المسؤولية المترتبة عن الأشخاص الذين استعان بهم كما عن الخطأ الصادر عنه شخصياً. وهذا البند قد يكون خاصاً أي إعفاء المقاول من الباطن عن بعض الأخطاء كالأخطاء الصادرة عن مساعديه كما قد يأتي الإعفاء بصورة عامة. ومن شأن هذه البنود٢٣٣ أن تحل المدين من أية موجب قد يترتب عليه في حال إرتكابه خطأً سبّب ضرراً للغير أكان عقدياً أم غير عقدياً.

وبعبارة أخرى، إن البند النافي للمسؤولية هو بند يرد في عقد أو باتفاق منفصل، يعفي بموجبه الدائن مدينه مسبقا من المسؤولية التي قد تترتب في ذمة الأخير إعفاء تاما جراء عدم تنفيذه لالتزامه، فلا تتحقق المسؤولية بالاتفاق، رغم تحقق هذه المسؤولية بموجب القواعد العامة.

---

٢٣١ نقض سوري، رقم ٣٠٠٤ تاريخ ١٩٦٤/١٢/١٣– طعمه واستانبولي، التقنين المدني السوري ج ١ ص ٨٩٥.

٢٣٢ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المنشورات الحقوقية صادر ١٩٩٩ ص ١٨٥.

٢٣٣ جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الثاني، عام ١٩٩٤، صفحة ١٥٣.

وقد نص المشرع المصري صراحة على جواز الشرط المعفي من المسؤولية العقدية حيث جاء في المادة (٢/٢١٧ مدني مصري) :"*وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم.*" فقد استثنى المشروع المصري حالة الغش والخطأ الجسيم، أما في غير ذلك من الأحوال فيجوز شرط لإعفاء بموجب النصوص القانونية.

أما بالنسبة للقانون اللبناني، فلم يرد قانون الموجبات والعقود نصاً صريحاً حول البند النافي للمسؤولية العقدية، إنما نستنتج صحة هذا البند من مضمون المادتين ١٣٨ و١٣٨ م.ع. المتعلقتين بالبند النافي للمسؤولية التقصيرية ومن نص المادة ٢٦٧ التي اعتبرت ان البند الجزائي صحيح معمول به وإن كان موازياً في الواقع لبند ناف للتبعة.

فهذا البند يعتبر صحيحاً فيما إذا تعلق بالأضرار المادية دون الأضرار التي تصيب الأشخاص سنداً لأحكام المادة ١٣٩م.ع٢٣٤ كما انها لا تعتبر صحيحة إذا حاول ان يستفيد منها من ارتكب خطأ فادحاً او غشاً او احتيالاً [٢٣٥] الصادر عنه او الصادر عن الأشخاص الذين إستعان بهم لتنفيذ إلتزامه العقدي وذلك سنداً لأحكام المادة ١٣٨ م.ع.[٢٣٦].

فإذا كانت الأضرار التي قبل بها المتضرر تتناول حقه في سلامة جسمه أو في حياته، فإن هذا القبول يكون غير مشروع فلا يعفى الفاعل من المسؤولية لأن الحق في السلامة الجسدية وفي الحياة لا يكون محل تداول، فلا يقبل المساومة عليه أو التصرف فيه. وقد شاء المشترع في المادة ١٣٩ من قانون الموجبات والعقود ان يمنع الاتفاق على نفي المسؤولية كلما تناول البند النافي لها الأضرار التي تصيب الشخص لأن حياة الإنسان وسلامته هما فوق كل اتفاق[٢٣٧]. وقد سار الإجتهاد اللبناني في هذ المنحى حيث

---

٢٣٤ المادة ١٣٩ م.ع.: " إن البنود النافية للتبعة وبنود المجازفة تكون صالحة معمولاً بها على قدر إبرائها لذمة واضع البند من نتائج عمله أو خطأه غير المقصود، ولكن هذا الإبراء ينحصر في الأضرار المادية لا في الأضرار التي تصيب الأشخاص إذ أن حياة الإنسان وسلامته الشخصية هما فوق كل إتفاق".

٢٣٥ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، عام ١٩٩٢، صفحة ٦٣٨.

٢٣٦ المادة ١٣٨ موجبات وعقود :" " ما من أحد يستطيع أن يبرئ نفسه إبراء كلياً أو جزئياً من نتائج احتياله أو خطأه الفادح بوضعه بنداً ينفي عنه التبعة أو يخفف من وطأتها وكل بند يدرج لهذا الغرض في أي عقد كان، هو باطل أصلاً".

٢٣٧ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، عام ١٩٩٩ ص ١٨١

اعتبر ان الخطأ الفادح من شأنه أن يؤدي إلى إبطال البند النافي للمسؤولية ونورد أدناه قرارات صادرة عن المحاكم اللبنانية في هذا المنحى :

١- " *ان ثبوت ارتكاب مدير المصرف خطأ جسيم متمثل بالاخلال الفادح بموجب الحرص والرقابة والتأني فوق العادة المفروض على جهة ممتهنة، ومع وجود صلة سببية بين ذلك الخطأ والضرر المشكو منه، وكذلك رابطة تبعية قانونية بين الموظف المرتكب الخطأ والمصرف المدعى عليه، وهو حاصل بمعرض العمل وبسببه وتنعقد مسؤولية المصرف سندا لمسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه.*

لا يجوز الاعتداد بالبند النافي للمسؤولية اذ هو باطل بنتيجة اقدام واضعه على ارتكاب خطأ جسيم بتحويل مبلغ من حساب مصرفي من دون علم مالكي الحساب، ولا يجوز لاحد تبرئة نفسه كليا او جزئيا من نتائج احتياله او خطئه الفادح بوضعه بندا ينفي عنه التبعية وهو يكون عقدا باطلا، ويلزم المسؤول عن دفع تعويض للمتضرر من جراء خطئه مع فائدة من تاريخ صدور الحكم."[٢٣٨]

٢- " *لقد كرس القانون مشروعية البنود العقدية النافية للمسؤولية ما لم يكن العمل المشكو منه واقعا بسبب غش او احتيال او خطأ جسيم وبالتالي لا تترتب اية مسؤولية تقصيرية على الفرقاء باتفاقهما في حال تخلف المقاول في عقد المقاولة عن تنفيذ الموجبات الملقاة على عاتقه*"[٢٣٩].

ثانياً: حالة الغش والخطأ الجسيم

يقصـــد بالغش الخطأ العمدي، أي الخطأ الذي يتحقق بتعمد المدين عدم تنفيذ الإلتزام الناشـــئ عن العقد على الوجه المتفق عليه. ويمكن تعريف الغش بأنه، كل فعل أو امتناع عن الفعل يقع من المدين بالتزام عقدي أو من تابعيه بقصد إحداث الضرر.

ويشترط البعض في الغش أن تتجه نية المدين ليس فقط إلى التخلص من الأعباء التـــي يفرضها العقد، بل وكذلك إلى نية إحداث الضـــرر بالدائن، أي أن تكون نية المدين ذهبت إلى التهرب من التزامه العقدي. وقد جاء في القرار الصـادر عن محكمة التمييز بأنه " *يلزم بالتعويض من يضـر بالغير بتجاوزه في*

٢٣٨ بداية مدني، قرار رقم ٤١ تاريخ ٢٠١٤\٢\٢٧، مجلة العدل ، عام ٢٠١٤، عدد ٣، صفحة ١٥٠٩.

٢٣٩ بداية مدنية، قرار رقم ٥، تاريخ ٢٠١١\٥\١٧، مجلة العدل، عام ٢٠١١، عدد ٤،صفحة ١٨٤٤.

اثناء استعماله حقه حدود حسن النية او القرض الذي من اجله منح هذا الحق، والاجتهاد اعتبر انه يتم سوء استعمال الحق عندما يكون هذا الاستعمال بنية الاضرار او بدون سبب او عندما يجري دون اتخاذ الحيطة الكافية، والمسؤولية الناجمة عن الفعل الشخصي تستوجب اثبات ال خطأ والرابطة السببية بين ال خطأ والضرر واوجه ال خطأ هي الاهمال وعدم التبصر والرعونة، واللجوء إلى الطرق القانونية لا يعد تجاوزاً ولا يشكل خطأ موجباً للتعويض الا إذا كان عن نية سيئة او دل علىخطأ فادح كما استقر على ذلك الاجتهاد[٢٤٠]*."*

فالمبدأ هو تنفيذ العقود بحسن نية ومراعاة أصول المهنية، فإذا تعمد المقاول من الباطن عدم تنفيذ التزاماته وفقاً لهذه المبادئ، فإنه يكون قد خرج عن نظام التعاقد وبالتالي تتحقق مسؤوليته وإن لم ينصرف قصده عن عدم التنفيذ للإضرار بمصالح الدائن، فالإهمال وقلة الحذر من شأنها ان ترتب المسؤولية العقدية عن عدم التنفيذ. فتقوم مسؤوليته ناشئة عن الإخلال الذي يرجع الى غشه.

ويترتب على صدور غش من المقاول من الباطن بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية سواء عبر القانون او عبر البند الوارد في العقد، ففي هذه الحالة تقام مسؤولية المقاول من الباطن ويعد الشرط كأنه لم يكن.

اما بالنسبة للخطأ الجسيم وهو الخطأ الذي هو على درجة من الخطورة بحيث لا يرتكبه حتى الأشخاص الأشد إهمالاً. ويرتكب المقاول من الباطن خطأً جسيماً إذا صدر عنه خطأ لا يمكن ان يرتكبه الشخص المهمل او غير الحريص. وبالتالي يسأل المقاول من الباطن عن الأضرار الناتجة نتيجة الخطأ الجسيم، وان كان قد إشترط إعفائه من هذه المسؤولية.

ونستنتج من ما ذكر أعلاه، إن حق المقاول في إشتراط إعفائه من المسؤولية في عقد المقاولة من الباطن مقيد بعدم صدور خطأ جسيم أو غش من جانبه. وبالرغم من ما ورد في الفقه حول ما مفهوم الغش والخطأ الجسيم واختلاف مفهوم وطبيعة كل منهما، إلا ان القانون اللبناني كما القانون العراقي قد ساوا في الأثر المترتب على تحقق اياً منهما، وذلك بإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن غش المدين او عن خطأئه الجسيم.

٢٤٠ تمييز مدني ، قرار رقم ٤، تاريخ ٢٠١٣\١\١٠، عام ٢٠١٣، صادر في التمييز.

المبحث الثاني: الضمانات الناشئة عن التعاقد من الباطن

تنشأ الإلتزامات القانونية بين الأشخاص نتيجة عقود يجرونها فيما بينهم أو نتيجة لأعمال معينة ترتب موجبات متبادلة أو منفردة. وقد عرفت المادة الأولى من قانون الموجبات والعقود الموجب بأنه *"رابطة قانونية تجعل لشخص أو لعدة اشخاص حقيقيين أو معنويين صفة المدين تجاه شخص أو عدة اشخاص يوصفون بالدائنين"*.

وقد سبق الذكر، إنّ العلاقة بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي، يحكمها عقد المقاولة، والعلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يحكمها عقد المقاولة من الباطن. وكما هو معروف أنّ العقد هو شريعة المتعاقدين وتنحصر آثاره بين أطرافه سنداً لأحكام نسبية العقود. أمّا علاقة صاحب المشروع بالمقاول من الباطن، فهي علاقة غير مباشرة يتوسطها المقاول الأصلي. فهو دائن لرب العمل، ومدين في نفس الوقت للمقاول من الباطن.

وتطبيقاً لمبدأ نسبية العقود لا يعتبر المقاول من الباطن مسؤولاً تجاه صاحب المشروع عن عدم تنفيذ الأعمال التي كلّف بإنجازها بموجب عقد المقاولة من الباطن. ويبقى المقاول الأصلي هو المسؤول الوحيد تجاه صاحب المشروع عن العيوب التي تظهر في الأعمال المنفذة أو عن عدم إنفاذها.

غير إن انتفاء علاقة تعاقدية تربط المقاول من الباطن بصاحب المشروع، لا يعني بالضرورة انعدام أية علاقة تجمع بين عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، بل أن العقدين لهما هدف واحد وهو تنفيذ الأشغال المتفق عليها بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي. لذلك خصص المشرع للدائنين بعض الضمانات الاستثنائية لضمانة تحصيلهم حقوقهم ومن بينها الدعوى المباشرة[٢٤١] ، وسنتطرق الى ذلك أدناه.

٢٤١ مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، الجزء الأول، عام ٢٠٠١، صفحة ٢١٩.

الفقرة الأولى: الضمانات العامة عبر فرض البند الجزائي والغرامة الإكراهية

أولاً : فرض بند جزائي

يمكن للمتعاقدين أن يضعا بنداً أو إتفاقاً خاصاً في العقد يحددان فيه قيمة التعويض الذي يستحق على الممتنع أو المتأخر عن تنفيذ موجباته ويعرف هذا البند بالبند الجزائي سنداً لأحكام المادتين [٢٤٢]٢٥٩ و٢٦٦ [٢٤٣]م.ع..

ويشترط لتحقيق البند الجزائي باعتباره جزاء لعدم تنفيذ التزام عقدي وليس مصدرا لالتزام ثلاثة شروط هي: وجود الضرر، امتناع المدين أو تأخره عن تنفيذ العقد، ونسبة الضرر إلى خطأ المدين أو فعله[٢٤٤]. ولا يجوز تطبيق البند الجزائي ما زال التنفيذ ممكناً. ولا يجوز تعديل البند الجزائي الا انه يمكن تخفيضه في حالة التنفيذ الجزئي للعقد، وفي حال تفسيره للغرامة الإكراهية. ونفيذ ان البند الجزائي يختلف عن العربون كون هذا الأخير يستحق دون وقوع أي ضرر بينما البند الجزائي لا يستحق الا في حالة عدم التنفيذ[٢٤٥].

وتطبق هذه الأحكام في العلاقة الرابطة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فكثيرا ما يدرج الطرفان البند الجزائي في عقد المقاولة من الباطن، أو بملحق العقد. وبموجبه يلتزم المقاول من الباطن بتعويض المقاول الأصلي، في حالة عدم تنفيذ التزاماته ولا يحتاج المقاول الأصلي اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، ممّا يوفر له وقت سير في الدعاوى القضائية.

---

٢٤٢ المادة ٢٥٩ من قانون الموجبات والعقود: "ان تعيين قيمة بدل الضرر في الاساس بواسطة القاضي وقد يكون بنص قانوني او باتفاق بين المتعاقدين."

٢٤٣ المادة ٢٦٦ من قانون الموجبات والعقود: "للمتعاقدين ان يعينوا مقدما في العقد او في صك لاحق، قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله او بعضه.

وقد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الاضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب. فلا يحق له ان يطالب بالاصل والغرامة معا، الا اذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير او على سبيل اكراه المديون على الايفاء. ويحق للقاضي ان يخفض غرامة الاكراه اذا وجدها فاحشة. وللقاضي ان ينقص البدل المعين في البند الجزائي اذا كان قد نفذ قسم من الموجب الاصلي."

٢٤٤ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الرابع، عام٢٠٠٤، صفحة ٥٤.

٢٤٥ نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة، عام ٢٠٠٩، صفحة ٢٧٢.

فقد يتضمن عقد المقاولة والمقاولة من الباطن بنداً جزائياً بغية ضمان حسن تنفيذ العقد أو كجزاء التخلف عن التنفيذ[٢٤٦] فعندها يستحق تسديد هذا البند حسب ما ورد في العقد[٢٤٧].

كما إن عدم قيام المقاول الأصلي بتنفيذ الالتزامات المذكورة أعلاه وتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل على النحو المتفق عليه مما أدّى الى عرقلة تنفيذ الأعمال، أمكن عندها للمقاول من الباطن أخذ لإجراءات التالية:

١- توجيه الإنذار بوجوب تسلّم الاعمال المنجزة، وعندئذ يعتبر المقاول الأساسي إنه تسلّم العمل حكماً، والتزم بأثار هذا التسلم، ولو لم يتسلم العمل فعلاً، بسبب تأخره أو إهماله في تسلم الأعمال.
٢- أن يطلب التنفيذ عيناً ولو عن طريق التهديد المالي،
٣- فرض غرامة إكراهية عن التأخير وذلك طبقاً للقواعد العامة[٢٤٨]،
٤- المطالبة بالإضافة الى البند الجزائي بالعطل والضرر على أساس المسؤولية العقدية. ولا يجوز للدائن المطالبة بالأصل أي تنفيذ الموجب الأصلي عيناً، وبنفس الوقت المطالبة بالبند الجزائيي. الا إذا كان البند الجزائي مشروطاً لمجرد التأخير أو كغرامة اكرهية (المادة ٢٦٦م.ع.)

أما إذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه في إنجاز العمل على الوجه المتقدم، جاز للمقاول الأصلي أن:

١. يرسل إنذاراً في حال تبين أثناء تنفيذ العمل أي عيب او تنفيذ مخالف للعقد، يطالب بموجبه بأن يعدل عن طريقة التنفيذ في خلال مدة معقولة يعينها له، فإذا انقضى الاجل دون أن يصحح المقاول من الباطن اعماله ويعود الى التنفيذ بطريقة سليمة، جاز للمقاول الأصلي ان يطلب اما فسخ العقد واما ان يعهد الى مقاول اخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول من الباطن. على أنه يجوز طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن في الحال دون حاجة الى تعيين اجل، إذا كان اصلاح العيب الحاصل مستحيلاً.
٢. مراجعة القضاء المختص[٢٤٩]لإلزامه بالتنفيذ الإجباري.

---

٢٤٦ طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، عام ١٩٧٤، صفحة ٥٩.
٢٤٧ الياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ، عام ١٩٩١، صفحة ٢٩.
٢٤٨ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء التاسع عشر، صفحة ٢٥.
٢٤٩ تمييز مدني، قرار رقم ٨، تاريخ ٢٠٠٠/١/٣١، منشور في صادر في التمييز، ص ٢٧.

٣. المطالبة بإلغاء العقد على مسؤوليته على أن يطلب التنفيذ العيني سنداً لأحكام المادة ٢٤١م.ع[٢٥٠]،
٤. أن يطلب التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر[٢٥١].
٥. طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن إذا تأخر المقاول من الباطن في البدء بالعمل لسبب غير مشروع او إذا كان في حالة التأخر من التسليم، بحيث أصبح في مرحلة من التأخير لن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها، وذلك بعد ان ينذر المقاول الأساسي المقاول من الباطن، ما لم يكن السبب في عدم إتمام العمل أو التأخر في التسليم يعزى الى خطأ من المقاول الأساسي أو من صاحب العمل[٢٥٢].

ثانياً: فرض غرامة إكراهية

أما الغرامة الإكراهية فهي وسيلة يمنحها القضاء للدائن لتمكينه من الحصول على التنفيذ العيني، ويفرضها على المدين، عند تأخره عن القيام بموجباته، بشكل جزاء نقدي معين عن كل وحدة من الزمن (الساعة، اليوم، الشهر) الى أن يتم التنفيذ. وبعبارة مختصرة الغرامة هي وسيلة لإكراه المدين على التنفيذ لا للتعويض على الدائن.

والغرامة الإكراهية تعتبر تدبيراً مؤقتاً لإكراه المدين على التنفيذ، فلا تقاس بالعطل والضرر، ولا تتوقف عليه، بل ينظر عند تقريرها الى مركز المدين وقدرته على الدفع. وفي لبنان يحمل نص المادة ٢٥٦ من قانون الموجبات والعقود على إلباس الغرامة طابع التعويض بإعتبار أن هذا النص أجاز تصفية الغرامة بما يوازي الضرر الواقع واجاز الغائها عند انتفاء الضرر تماماً.

---

٢٥٠ المادة ٢٤١ من قانون الموجبات والعقود:" يقدر وجود شرط الالغاء في جميع العقود المتبادلة اذا لم يقم احد المتعاقدين بايفاء ما يجب عليه ولم يكن في وسعه ان يحتج باستحالة التنفيذ ما لم يكن ثمة استثناء منصوص عليه في القانون. على ان العقد لا يلغى حتما في هذه الحالة. فان الفريق الذي لم تنفذ حقوقه يكون مخيرا بين التنفيذ الاجباري على وجه من الوجوه, والغاء العقد مع طلب التعويض. وفي الاساس لا يكون هذا الالغاء الا بحكم من القاضي فهو يبحث عند التنفيذ الجزئي عما اذا كان النقص في هذا التنفيذ له من الشأن والاهمية ما يصوب الغاء العقد. ويجوز للقاضي حتى في حالة عدم التنفيذ، ان يمنح المديون مهلة تلو مهلة بحسب ما يراه من حسن نيته ويحق للمتعاقدين ان يتفقوا فيما بينهم على ان العقد, عند عدم التنفيذ، يلغى حتما بدون واسطة القضاء. وهذا الشرط لا يعني عن انذار يقصد به اثبات عدم التنفيذ على وجه رسمي. ويمكن ايضا الاتفاق على عدم وجوب تلك المعاملة وحينئذ يتحتم ان يكون البند الذي يعفي من التدخل القضائي ومن الانذار مصوغا بعبارة جازمة صريحة."

٢٥١ محمد خليل شهاب، التزامات البائع وفقاً لإتفاقية فيينا للبيوع الدولية للبضائع، عام٢٠٠٧، صفحة ١٩.

٢٥٢ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء التاسع عشر، صفحة ٢٩.

ولكن الغرامة الاكراهية لا تفرض حكماً، بل على الدائن ان يطلب من القاضي فرض غرامة إكراهية لأنها تتعلق به، وقد وضعت لمصلحته، وليس للقاضي ان يثيرها عفواً أو يأخذ بها. واما يجوز طلبها في أي مرحلة من مراحل المحاكمة، بإعتبار انها لا تؤثر في فصل النزاع والمسائل المعروضة ضمن هذا النطاق، بل تأتي بعد ذلك.

وتكون الغرامة نهائية عندما يقرر القاضي مقدارها دون فكرة تعديلها في المستقبل، وعلى أساس الأخذ بالضرر المتوقع. وعليه، لا يجوز تنفيذ الغرامة الإكراهية على أموال المدين قبل أن يقوم القاضي بتصفية الغرامة وتحديد مقدارها على وجه نهائي. وتبقى الغرامة قبل تصفيتها مجرد تدبير اكراهي مستقل عن الضرر.

أما بالنسبة لعدم قيام المقاول الأصلي بتسديد الأجر المترتب بذمته ولم يسدد الأجر او تأخر في تسديده، فللمقاول من الباطن رفع دعوى قضائية بوجهه وان يطلب التنفيذ العيني وذلك عبر استصدار حكم قضائي ينفذه على أموال صاحب العمل، وله أن يطلب فسخ عقد المقاولة من الباطن وتنفيذ البند الجزائي، وله ان يحبس العمل لحين استيفاء الاجر وذلك سندا للقواعد العامة المتعلقة بالعقود المتبادلة، والتي توجب على الفرقاء أن يقوم كل منهم بتنفيذ ما التزم به تجاه الاخر[٢٥٣]، كما له أن يطلب الحكم بغرامة اكراهية وذلك كوسيلة ضغط لالزامه بالتنفيذ[٢٥٤]. وفي حال خرج المدين أي المقاول الأصلي من جموده ونفذ موجبه أمكن للقاضي اعفائه من الغرامة وله في ذلك حق التقدير المطلق وذلك سنداً لأحكام المادة ٢٥١ والمادة ٦٧٧ من قانون الموجبات والعقود [٢٥٥].

---

٢٥٣ منفرد مدني، تاريخ ١٩٥٥/٧/٢٠، النشرة القضائية، عام ١٩٥٥، ص ٦٨١.

٢٥٤ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، عام ١٩٩٩، صفحة ٥٦١.

٢٥٥– المادة ٢٥١ موجبات وعقود، غير انه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة على الموجبات التي يستلزم ايفاؤها عينا، قيام المديون نفسه بالعمل. فيحق للدائن حينئذ ان يطلب الحكم على المديون بغرامة عن كل يوم او كل اسبوع او كل شهر يتأخر فيه او كل نكول يرتكبه، رغبة في اكراه المديون المتمرد واخراجه من الجمود. وبعد تنفيذ الموجب عينا يحق للمحكمة ان تعفي من الغرامة او ان تبقي منها ما يعوض الدائن من الضرر الذي لحقه بسبب الامتناع غير المشروع الذي بدا من المديون.

–المادة ٦٧٧ موجبات وعقود: " يحق للصانع ان يحبس المنشأ وسائر الاشياء التي استلمها من صاحب الامر للقيام بالعمل، الى ان يدفع له البدل او الاجر وما يكون قد اسلفه عند الاقتضاء، ما لم يكن العقد يقضي بالدفع في اجل معين."

الفقرة الثانية: الضمانات الخاصة عبر الدعوى المباشرة

نصّت المادة ٢٧٧ من قانون الموجبات والعقود[٢٥٦]على أن الدعوى المباشرة هي استثناء للدعوى الغير المباشرة، فتعني هذه الدعوى الحق للدائن بأن يدعي مباشرة على مدين مدينه لتحصيل ما يعود لهذا الأخير لديه من دين دون المرور في ذمة المدين المالية. وتكون بالتالي هذه الدعوى استثناء على قاعدة نسبية العقود التي تقضي بأن العقد لا يكون سارياً إلاّ على أطرافه، ولا يسري أثره على الغير[٢٥٧].

ولدراسة المفهوم القانوني للدعوى المباشرة لا بد من التطرق الى مفهومها وصولاً إلى أثارها.

أولاً: مفهوم الدعوى المباشرة في المقاولة من الباطن

يمكن القول أنّ قاعدة انتفاء علاقة قانونية بين صاحب المشروع والمقاول من الباطن، تجد أساسها في مضمون القواعد العامة للعقود، التي تُخضِع القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص إلى " مبدأ نسبية أثر العقد"، ومفاده أنّ أثر العقد يقتصر على طرفيه، فلا ينصرف إلى غيرهما كأصل عام. وبهذا نصت المادة ١٠٦ من القانون المدني بأنّ "العقد شريعة المتعاقدين" والمادة ١١٣ من نفس القانون على أنّه " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

تأسيساً على ذلك، فإنّ العلاقة بين صاحب المشروع والمقاول من الباطن هي علاقة غير مباشرة، فلا يمكن لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بتنفيذ التزامه بانجاز العمل والتزامه بالتسليم والضمان، لا بموجب عقد المقاولة الأصلي لأن المقاول من الباطن ليس طرفا فيه، ولا بموجب العقد الفرعي لأن صاحب المشروع ليس طرفا فيه أيضا. بل له الرجوع على المقاول الأصلي، على أساس أنّ هذا الأخير مسؤول عن تصرفات وأخطاء المقاول من الباطن تجاه رب العمل. ومن ثم، رجوع المقاول الأصلي على مقاوله من الباطن بحكم العلاقة التعاقدية التي تربطهما. كما لا يمكن للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل مباشرة بتنفيذ التزاماته، وإنما يقع على عاتق المقاول الأصلي المطالبة بذلك.

---

٢٥٦ المادة ٢٧٧ من قانون الموجبات والعقود: " يكون الامر على خلاف ما تقدم اذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه استثنائي حق اقامة الدعوى المباشرة فان نتائجها تعود الى المدعي دون سواه، ولا يلزمه ان يقسم الربح بينه وبين سائر الدائنين. على ان هذه المعاملة لا يمكن اجراؤها الا اذا كانت مقررة بنص صريح يفسر بمعناه المحصور".

٢٥٧ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، عام ١٩٩٤، صفحة ١٧٥

فقد عرف الفقه[٢٥٨] الدعوى المباشرة بأنها الحق المقرر لشخص ما بمقضاة شخصاً اخر لا تربطه به رابطة عقدية، ولكن استناداً الى رابطة تقوم بين المدعى عليه وبين مدين المدعي، ومثال على ذلك قيام المالك بمطالبة المستأجر الثانوي ببدل الايجار. وتعرّف الدعوى المباشرة بأنها الحق المعترف به لشخص في اقتضاء ما هو مستحق له من مدين مدينه، فهي تسمح للدائن برفع الدعوى باسمه شخصيا ولحسابه ضد مدين مدينه، بهدف الحصول على حقّه مباشرة مما يجب أن يؤديه هذا الأخير لمدينه.

ويترتب على ذلك، اعتبار الدعوى المباشرة منبعثة عن عقد لمصلحة شخص اجنبي عنه. فالعلاقة التعاقدية المباشرة لم تقم بين رب العمل والمقاول من الباطن، إذ لا يربطهما أي عقد، بل يعتبر هذا الأخير من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلية.

وبالتالي، لا يحق لصاحب المشروع الرجوع مباشرة على المقاول من الباطن لمطالبته بإصلاح العيوب التي عاينها وقت استلام الأعمال أو بإتمامها أو تعويض الضرر اللاحق به، فالمسؤولية العقدية لا تنجم إلا من عدم تنفيذ الأعمال المحددة في العقد الرابط بين أطرافه، فلا يجوز للغير التمسك بها لأنّه أجنبي عن العقد.

بالمقابل، يحق للمقاول من الباطن ممارسة الدعوى غير المباشرة لمطالبة صاحب المشروع بأداء أجره المستحق على مدينه الأصلي، أي المقاول الأصلي غير أنّ ممارسة مثل هذه الدعوى يرتبط بضرورة توافر شروطها من جهة، ولا تحقق للمقاول من الباطن الهدف الذي يرجوه، وهو حصوله على أجره مباشرة، من جهة أخرى. كون أنّ الديون المتحصّلة من ممارسة الدعوى غير المباشرة تضم إلى ذمة مدين من باشرها لتشكل الضمان العام لجميع الدائنين.

ومن ثم، حصول المقاول من الباطن على أجره المستحق على المقاول الأصلي من صاحب المشروع عن طريق الدعوى غير المباشرة، لا يحميه من مشاركة باقي الدائنين له، فيتزاحم معهم في اقتسام أموال المقاول الأصلي ويتحمل قسمة الغرماء، لأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلاّ من كان له حق التقدم والأولوية طبقا للقانون فلا يستطيع المقاول من الباطن الاستئثار بحقوق المقاول الأصلي عند صاحب المشروع.

٢٥٨ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الرابع، عام ٢٠٠٤، صفحة ١٧٣.

ولذلك، ومن أجل ضمان حقه في الحصول على أجره بعيداً عن مزاحمة باقي الدائنين منح المشرّع اللبناني، متّبعا نظيره المصري، للمقاول من الباطن الحق في رفع دعوى مباشرة ضد صاحب المشروع لمطالبته بأجره المستحق له على ذمة المقاول الأصلي.

ومن ثم، يلتزم صاحب المشروع بأدائه للمقاول من الباطن أجره المستحق على المقاول الأصلي مباشرة، دون ضمه إلى ذمة المقاول ليتزاحم عليه جميع دائنيه. مما يجعل الدعوى المباشرة ذات أفضلية عن الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمقاول من الباطن، الذي يمارسها من أجل الحصول على أجره من صاحب المشروع، ما دام أن المشرع منحه هذه السلطة، فهي دعوى تقرر بناء على نص قانوني، ولا دخل لإرادة المتعاقدين لممارستها، كونها دعوى استثنائية مقررة بنص القانون.

وتعد الدعوى المباشرة من الدعاوى الخاصة التي تتعلق بأموال محددة في ذمة صاحب المشروع باعتباره مدينا للمقاول الأصلي، ولا تتعلق بكل أمواله، أي أنها تنحصر على ما يكون مستحقا للمقاول الأصلي تجاه رب العمل في الأصل.

امّا المشرّع الفرنسي، فلم ينص على أحقية المقاول من الباطن في المطالبة بأجره عن طريق الدعوى المباشرة من صاحب المشروع في القانون المدني، وإنّما خصّص العنوان الثالث من القانون رقم ٧٥-١٣٣٤ المتعلّق بالتعاقد من الباطن للدعوى المباشرة[٢٥٩]، بعد ما خصّص العنوان الثاني من القانون المذكور للدفع المباشر. ويتعلّق الدفع المباشر بالصفقات المبرمة من طرف الدولة، الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية،

---

259 Art. 12, L. n° 75-1334, du 31 décembre 1975, (mod. par art. 5, L. n° 94-475 du 10 juin 1994, JORF 11 juin 1994): « Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage. Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite. Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites. Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article ».

إذ منح للمقاول من الباطن للهيئات المذكورة حق مطالبتها بتسديد أجره مباشرة، شريطة أن يكون قد وافق عليه صاحب المشروع واعتمد شروط دفع أجره [٢٦٠].

ومن ثم، منح المشرع الفرنسي للمقاولين الفرعيين للمشاريع الخاصة حق مباشرة الدعوى المباشرة، ما دام لا يحق لهم المطالبة بالدفع المباشر لأجورهم.[٢٦١]

ثانياً: شروط رفع الدعوى المباشرة

ومن ناحية أخرى، يبقى أن نضيف على أنه يترتب على الدائن الذي يرغب بتقديم الدعوى المباشرة أن تستوفي دعواه الشروط التالية لكي ترد بالشكل:

أ- يجب أن تكون المقاولة من الباطن قانونية

يقصد بأن تكون المقاولة من الباطن قانونية، بأن تستوفي كافة الشروط الخاصة والعامة التي سبق وتطرقنا لها أي ألا يتضمّن عقد المقاولة الأصلي شرطاً يمنع التعاقد من الباطن، وأن تكون طبيعة العمل لا تعتمد على كفاءة المقاول الشخصية.

ب- يجب أن يكون حق المقاول من الباطن مستحق الأداء ومعين المقدار

---

260 Art. 6 al. 1, L. n° 75-1334 du 31 décembre 1975, (mod. par ord. 2000-916 du 19 septembre 2000, art. 5, JORF 22 septembre 2000 et L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001- art. 6 , JORF 12 décembre2001): « Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution ». v. aussi, Cass. civ., 3 décembre 2008, RDC 2009, n° 2, p. 633, note P. Puig : « L'institution dans les marchés public d'un paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage ne fait pas disparaître le contrat de sous-traitance et laisse au sous-traitant la faculté d'agir en paiement contre l'entrepreneur principal ou de solliciter la fixation de sa créance, sans être contraint d'épuiser auparavant les voies de recours contre le maître de l'ouvrage ».

261 Art. 11, L. n° 75-1334, : «Le présent titre s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II».

يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء دون حاجة لثبوته بسند تنفيذي أو لتحقق مقداره، لأن الغرض من إقرار الدعوى المباشرة هو خدمة الدائن وتمكينه من حصوله على حقه بسهولة سرعة.

فالأجر الذي يطالب به دائنوا المقاول الأصلي – المقاول من الباطن أو العمّال المخول لهم الحق في رفع الدعوى المباشرة – مستحق الأداء، وغير معلّق على شرط أو مقترن بأجل، كما يجب أن يكون حقهم موجوداً وغير متنازع فيه. بمعنى أن المبلغ الذي يتعيّن على صاحب المشروع دفعه إلى دائني المقاول الأصلي يتحدد بالقدر الذي يكون مديناً به له بتاريخ رفع الدعوى.

ج- يجب أن يثبت المقاول من الباطن تخلّف المقاول الأصلي عن دفع أجر

يجب على المقاول من الباطن أن يثبت تخلّف المقاول الأصلي في دفع مستحقاته، ولا يتسنّى له ذلك إلا بواسطة إنذار يوجهه إليه، غير أنّ المشرّع الجزائري، وعلى خلاف المشرع الفرنسي [٢٦٢]لم ينص على هذا الإجراء عند نصّه على الرجوع المباشر للدائني المقاول الأصلي على رب العمل. أمّا المشرع الفرنسي فقد ألزم المقاول من الباطن أن يوجّه نسخة من هذا الإنذار إلى صاحب المشروع. فقد إشترط المشرع الفرنسي لممارسة الدعوى المباشرة على المقاول من الباطن إنذار المقاول الأصلي بدفع أجره المستحق، وتبليغ نسخة من هذا الإنذار لرب العمل. ولا يكفي الإنذار، بل يجب فوات مهلة شهر واحد من تاريخ تبليغه، ولم يسدد خلالها المقاول الأصلي ما عليه، ومن ثم، يحق للمقاول من الباطن مباشرة الدعوى ضد صاحب المشروع تطبيقا للمادة ١٢ من القانون رقم ٧٥-١٣٣٤.

وتطبيقا للقواعد العامة لابد أن ينذر المقاول من الباطن المقاول الأصلي، بإعتباره مدينه الأصلي، ورب العمل بالوفاء، وذلك عن طريق إنذارهما على تنفيذ التزاماتهما تنفيذاً عينياً، وللإنذار أهمية خاصة في التصرفات التي يقوم بها صاحب المشروع تجاه المقاول الأصلي، فقبل الإنذار يكون وفاء صاحب المشروع

---

262 Art. 12 al.1, L. n° 75-1334 du 31 décembre 1975 (mod. par L. n° 94-475 du 10 juin 1994, préc.) « Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de soustraitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage ».

للمقاول الأصلي صحيحاً، وسارياً في حق المقاول من الباطن، ولكن بعد إنذاره يلتزم صاحب المشروع بالوفاء للمقاول من الباطن مباشرة.

ويكون أصحاب الحق في ممارسة الدعوى المباشرة المقاول من الباطن وهو الدائن في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأساسي وما يتبعه من نفقات تكبدها وأدوات استلزمها تنفيذ الاعمال، كما أن العمال الذين يعملون لدى المقاول والمقاول من الباطن بموجب عقد عمل، يكونون أيضاً طرفاً في المطالبة[٢٦٣].

والطرف الاخر في المطالبة، أي الطرف المدين في الدعوى المباشرة، هو صاحب العمل[٢٦٤]. كما يكون المقاول الأساسي والمقاول من الباطن مدينين بالنسبة إلى عمالهم الذين يرتبطون معهم مباشرة بعقد عمل.

أما بالنسبة للأجر المطالب به في الدعوى المباشرة، فيكون بالقدر الذي يكون صاحب العمل مديناً به للمقاول الأساسي، بموجب عقد المقاولة الأساسي وقت إقامة الدعوى المباشرة عليه من المقاول من الباطن.

وبعد الغوص بماهية الدعوى المباشرة وخصائصها، يقتضي أن نتطرق إلى الدعوى المباشرة في عقود المقاولة من الباطن التي يقيمها المقاول من الباطن بهدف تحصيل حقوقه من رب العمل أو التي يقيمها رب العمل بوجه المقاول الأساسي أو المقاول من الباطن مباشرةً مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة خطأ المقاول من الباطن.

الفقرة الثالثة: رفع الدعوى المباشرة من قبل المقاول من الباطن

إن حق المقاول من الباطن أو عمّال المقاول الأساسي أو الباطن، في إقامة الدعوى المباشرة على صاحب العمل، لا يعني أن المقاول الأصلي لا يحق له أن يتصرف في حقه المترتب على صاحب العمل بشتى أنواع التصرفات، فهو يستطيع أن يستوفي حقه كلياً أو جزئياً، ويكون وفاء صاحب العمل للمقاول الأساسي سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل. ويكون الحجز لدى ثالث الموقع من دائن المقاول الأساسي تحت يد صاحب العمل سارياً في حق المقاول من الباطن، أو العامل اذا كان قد حكم بصحة هذا الحجز قبل انذار صاحب العمل بالوفاء.

---

٢٦٣ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أنواع خاصة من عقود المقاولة، الجزء التاسع عشر، صفحة ٤١.

٢٦٤ أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، صفحة٢٢٧.

ويستطيع المقاول الأساسي أن يبرئ ذمة صاحب العمل، ولكن ذلك كله يصح قبل إقامة الدعوى مباشرة من قبل المقاول من الباطن أو العمال، لا بل قبل انذار صاحب العمل بالوفاء، ولكنه من وقت الإنذار بالوفاء يمتنع على المقاول الأساسي التصرف في حقه على صاحب العمل. وإذا تصرف بهذا الحق، فلا يسري تصرفه في حق المقاول من الباطن أو العامل الذي أنذره صاحب العمل بدفع حقوقه المترتبة للمقاول الأصلي على صاحب العمل، وفي حدود ما يكون للمقاول الأصلي في ذمة صاحب العمل.

وبالتالي إذا وفى صاحب العمل المقاول الأساسي حقه كله أو بعضه، فإن هذا الوفاء لا يسري في حق المقاول من الباطن أو العامل الذي يظل له الحق في أن يتقاضى من صاحب العمل أجرته في حدود ما له في ذمة المقاول الأصلي، وفي حدود ما للمقاول في ذمة صاحب العمل. ويحق لصاحب العمل أن يرجع على المقاول الأساسي بما دفعه للمقاول من الباطن او للعامل. ولا يجوز المقاصة بين حق المقاول الأساسي بما دفعه للمقاول من الباطن او للعامل، بعد انذاره صاحب العمل بالوفاء عن طريق الدعوى المباشرة.

والنتيجة هي إن إقامة الدعوى المباشرة على صاحب العمل، تمكن من أقامها (المقاول من الباطن او العامل) أن يحصل عن طريقها على ما هو مستحق في ذمة صاحب العمل للمقاول الأصلي وقت الإنذار بالوفاء، وذلك في حدود ما هو مستحق في ذمة المقاول الأصلي. فيتوقى بذلك مزاحمة سائر دائني المقاول الأصلي.

وهذه هي الميزة المهمة للدعوى المباشرة، ولكن رافعوا الدعوى المباشرة من المقاولين من الباطن والعمال، يتزاحمون فيما بينهم، فلو تعدد هؤلاء، ورفعوا جميعاً الدعوى المباشرة، ولم يكن ما في ذمة صاحب العمل للمقاول الأساسي كافياً ليفي بجميع حقوقهم، لقسموا ما يحصلون عليه من صاحب العمل قسمة الغرماء في ما بينهم كل بنسبة حقه. ويستوي في ذلك ان يكون التزاحم بين المقاولين من الباطن، او بينهم وبين عمال المقاول، أو هؤلاء جميعاً ومعهم عمال المقاولين من الباطن.

يعتبر المقاول من الباطن دائنا يطالب صاحب المشروع بالأداء له في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي، وله حق المطالبة فيما يتبع الأجر من نفقات وملحقات وفوائد. ويكون صاحب المشروع هو الطرف المدين، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلاّ بالقدر الذي يكون رب العمل مدينا به فقط للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من طرف المقاول من الباطن. على أنّ المقاول من الباطن لا يعتبر دائنا شخصيا لصاحب المشروع رغم المطالبة المباشرة به، إذ أن موضوع

الدعوى المباشرة هو نفس موضوع الدعوى غير المباشرة، هو المطالبة بدين المدين. فبسبب أن الحق يدخل مباشرة في ذمة المقاول من الباطن، لا يجوز أن تكون المطالبة بكل حقوق المقاول الأصلي إذا كانت تتجاوز قدر الدين المطالب به.

ويقع عبء إثبات الدين على عاتق رافع الدعوى المباشرة، فإذا كان المقاول من الباطن، فعليه إثبات حق مدينه المقاول الأصلي لدى مدين المدين (أي صاحب المشروع)، ولهذا الأخير إثبات انقضاء التزامه كله أو بعضه قبل رفع الدعوى.

فالمقاول الأصلي يمكنه تعويض الأضرار التي تسبب بها المقاول من الباطن لصاحب المشروع ولكن بوجود علاقة تعاقدية فعلية بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي فهو ملزم بموجب هذه العلاقة تجاه المقاول الأصلي، وهذا الأخير يكون مسؤول تجاه رب العمل.

أولاً: فرقاء الدعوى المباشرة

نصت المادة ٦٧٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن " *جميع الذين استخدموا في إقامة المنشأ يحق لهم ان يداعوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذي يكون مديونا به للمقاول وقت إقامة الدعوى.*"

وقد جاء في القرار الصادر عن محكمة التمييز تحت رقم ٤٢ تاريخ ٢٠٠٧\٥\٣٠ التالي[٢٦٥]:

" وحيث ان المادة ٦٧٨ موجبات وعقود نصت على ما حرفتيه: " ان جميع الذين استخدموا في إقامة المنشأ يحق لهم، أن يداعوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذي يكون مديوناً به للمقاول وقت إقامة الدعوى

"وحيث بمقتضى هذه المادة يحق للمقاول من الباطن ولعماله ولعمال المقاول الأصلي، ان يقيموا الدعوى مباشرة بوجه صاحب المشروع للمطالبة بأجورهم المستحقة عن تشييد وإقامة المنشأ، وذلك في حدود وبالقدر الذي يكون فيه صاحب المشروع مديناً الى المقاول الأصلي بمقتضى عقد المقاولة الجاري بينهما ووقت إقامة الدعوى، علما ان المادة المذكورة وردت تحت عنوان في اجارة الصناعة او عقد التزام المشاريع".

---

٢٦٥ تمييز مدني، قرار رقم ٤٢، تاريخ ٢٠٠٧/٥/٣٠، صادر في التمييز، القرارات المدنية، الجزء الأول، سنة ٢٠٠٧، صفحة ٥٣٤.

وعليه، يكون فرقاء الدعوى المباشرة الناتجة عن أعمال المقاولة من الباطن المقاول الأصلي، المقاول من الباطن، عمال كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وصاحب المشروع.

أ- الدعوى المباشرة لعمّال المقاول الأصلي

إنّ حق العمّال الذين يعملون لحساب المقاول في رفع الدعوى المباشرة مقرر بمقتضى المادة ٦٧٨ من قانون الموجبات والعقود والتي نصت على: *"ان جميع الذين استخدموا في إقامة المنشأ يحق لهم ان يداعوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذي يكون مديونا به للمقاول وقت إقامة الدعوى"*.

فنص المادة ٦٧٦ م.ع، يقر بأحقية الاجراء الذين استخدمهم المقاول في إقامة البناء لمصلحة صاحب المشروع بمطالبة هذا الأخير مباشرة بما يستحق لهم قبل المقاول بقدر المبلغ الذي يكون المقاول مديناً به لصاحب الأمر[٢٦٦].

وهذا ما قرّره المشرّع الفرنسي كذلك بموجب المادة ١٧٩٨ من القانون المدني، إذ سمح للعمّال المطالبة مباشرة بأداء أجورهم من طرف المؤسسة التي أنجزت الأشغال لصالحها. فممارسة الدعوى المباشرة بناء على النص المذكور، ممنوحة للبنائين وجميع العمال ضد كل من أنجز العمل لصالحه بموجب عقد مقاولة الذي لم يكونوا طرفاً به، وذلك وفقاً لأحكام التعاقد لمصلحة الغير[٢٦٧].

ويمكن القول في الأخير أنه استناداً إلى فكرة علاقة العمل، لا يؤدي بطلان عقد العمل إلى زوال جميع الآثار الناجمة عنه كتعويض العامل الذي أنجز عملا لحساب صاحب العمل، رغم أنّ العقد المبرم بينهما باطلاً لمخالفته نص قانوني معين، كعدم إحترام السن الأدنى للعمل، ومن ثم فإن البطلان لا يؤدي إلى إلغاء روابط العمل التي قامت فعلا، ما لم يكن العقد باطلا لعدم مشروعيته أو لمخالفته النظام العام والآداب العامة.

---

٢٦٦ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء التاسع عشر، صفحة ٢٥٣.

٢٦٧ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعيل العقد، الجزء الثاني، عام ١٩٨٧، صفحة١٤٩.

ب- الدعوى المباشرة لعمّال المقاول من الباطن

تنص المادة ٦٧٨ موجبات وعقود من القانون اللبناني على ما يأتي " أن جميع الذين استخدموا في إقامة المنشأ يحق لهم أن يداعوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذي يكون مديونا به للمقاول وقت إقامة الدعوى".[٢٦٨]

يبدو إن هذه المادة تعطي الحق للذين استخدموا من قبل المقاول في أن يقيموا الدعوى مباشرة على صاحب العمل للمطالبة بأجرتهم، ولكن في حدود المبلغ الذي يكون صاحب العمل مديناً للمقاول به بتاريخ إقامة الدعوى. أما إذا زاد المبلغ المطالب به عن الحدود المذكورة، فلا يحق للمستخدمين المطالبة به مباشرة من صاحب المال.

ولكن لم تتطرق هذه المادة الى حقوق عمال المقاول من الباطن وما إذا كان لهم حق إقامة الدعوى مباشرة على صاحب العمل، ولكننا نرى إن صياغة المادة بالشكل الذي وردت به تفيد أن عمال المقاول من الباطن يمكنهم أن يطالبوا صاحب العمل ضمن الحدود المشار اليها. فعبارة" ان جميع الذين استخدموا في إقامة المنشأ". الواردة بهذا الشكل المطلق يمكن تفسيرها بأنها تشمل عمال المقاول من الباطن، طالما أنهم هم أيضاً، مع عمال المقاول الأساسي مستخدمون في إقامة المنشأ. ولكن المادة المذكورة لا تنص صراحة على حق العمال والمستخدمون بأن يكون لهم امتياز على المبالغ التي يطالبون بها صاحب العمل مباشرة.

فإذاً، يحق لعمال المقاول من الباطن الرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي، لأنه في حكم صاحب المشروع في علاقته بهم.[٢٦٩]وعليه، يمكن لعمّال المقاول من الباطن الإختيار إمّا الرجوع على صاحب المشروع أو على المقاول الأصلي عند عدم إستفاء أجورهم من قبل المقاول من الباطن.

---

٢٦٨ تقابل هذه المادة المادة ٦٦٣ من القانون المدني المصري: "لرب لعمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات ، وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.٢ – على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر أخر. "

٢٦٩ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعيل العقد، الجزء الثاني، عام ١٩٨٧، صفحة ٣٩.

اما إذا كان المقاول من الباطن قد قاول بدوره من الباطن، فللمقاول من الباطن الثاني حق الرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره في مكانة رب العمل بالنسبة له، فيستفيد بذلك المقاول من الباطن الثاني من الحماية.

ويطرح التساؤل حول ما هو الحكم فيما لو قاول المقاول من الباطن بدوره مقاولاً اخر من الباطن؟ فهل يحق للمقاول الثاني من الباطن أن يرجع بالدعوى المباشرة على صاحب العمل.

إن النصوص القانونية المذكورة انفاً تفسر بأن المقاول من الباطن الثاني يحق له ان يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأساسي باعتباره صاحب العمل بالنسبة الى المقاول من الباطن الأول. ولكنه لا يحق له بالرجوع بالدعوى المباشرة على صاحب العمل لأن النص القانوني الاستثنائي لا يعطي الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن الا على صاحب العمل الذي قاول مقاوله الأساسي. ولا يجوز التوسع في تفسير النصوص الاستثنائية.

كذلك هو الامر بالنسبة الى عمال المقاول من الباطن الثاني الذين يحق لهم أن يرجعوا بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن الأول، وهو مدين مدينهم، وعلى المقاول الأساسي وهو مدين مدينهم، دون صاحب العمل وهو ليس الا مدين مدينهم.

ج- الدعوى المباشرة لصاحب العمل:

يطرأ التساءل على وضع صاحب المشروع الذي أقدم على التعاقد مع مقاول أساسي لإنجاز المشروع، فأقدم المقاول الأساسي على التعاقد مع مقاولين ثانويين. فهل من سبيل هنا لصاحب المشروع أن يداعي المقاولين الثانويين مباشرة للمطالبة بتعويض عن الاضرار الحاصلة نتيجة خطأ صادر عنهم، في ظل عدم وجود نصوص قانونية صريحة، أم عليه أن يداعي المقاول الأساسي الذي تعاقد معه مباشرةً.

فالغاية الأساسية من هذا التساءل هي بهدف إيصال المتضرر إلى تعويض عن الأضرار التي لحقت بمشروعه أو به، وذلك بأقرب وأبسط الطرق. فالعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن يتم لمصلحة صاحب المشروع، فهو صاحب المصلحة الوحيدة في طلب إصلاح العيب أو الضرر والتعويض عليه. وقد أقرّ الاجتهاد في لبنان حق المستفيد من العقد مداعاة الملتزم بالموجب مباشرة، كما هي الحال في عقود التأمين. ونورد أدناه بعض حيثيات القرار الإستئنافي الصادر في ١٩٥٨/١/١٠ عن محكمة إستئناف بيروت والمشار اليه أدناه:

" حيث إن إفتقار القانون اللبناني الى نص صريح يكرس الدعوى المباشرة لمصلحة المتضرر على الضامن لا يحول دون استخراج أساس لها من المبادئ القانونية العامة التي يمكن ان تتسع في مجال التطبيق الى تناول حالات خاصة تنظمها فكرة واحدة يجمع بينها غلاض واحد.

"وحيث ان نظرية التعاقد لمصلحة الغير التي تقدمت خطوات كبيرة في تطورها واتساع نطاقها هي مصدر خصيب يمكن للقاضي ان يرجع اليه في تفسير القانون وتطبيقه واكماله عند النقص فيه وذلك لتحقيق العدالة الاجتماعية ومعالجة القضايا الجديدة المنبثقة عن حاجات ملحة."

"وحيث ان مهمة الاجتهاد لا تقتصر على الانكماش في نطاق النصوص الجافة بل تتعدى الى نطاق حكم المبادئ العامة المستخرجة من هذه النصوص لتوفيقها مع الحاجات الملحة والضرورية الناشئة، بحيث تسخّر في سبيل الخير والعدالة الاجتماعية وتجيز للقاضي الخروج من دائرة تحفظه وانكماشه الى مساحة الانشاء فيسبق المشترع ويشق الطريق امامه منيراً خطاه في حقل التقنين".

" وحيث ان الدعوى المباشرة للمتضرر على الضامن هي وجه من أوجه العدالة الاجتماعية التي حملت بعض المشترعين على إقرار الامتياز له على بدل الضمان وعلى انشاء صندوق الضمان لحوادث السيارات..."

وبالفعل فإن المشرع اللبناني، بموجب القانون الصادر سنة ١٩٧٧ الخاص بضمان حوادث المركبات البرية عن الاضرار الجسدية التي تسببها للغير اذ نصت المادة ١٣ منه على أن للمتضرر ولاصحاب الحقوق حق الادعاء المباشر تجاه الضامن حتى امام المحاكم الجزائية اذا كانت الدعوى ناتجة عن الحادث عالقة امامها[٢٧٠].

وعليه، تكون الدعوى المباشرة ممكنة وذلك نتيجة الرابطة العقدية التي تنشأ فيما بين كل من العقدين، ويشترط لقيامها، من جهة أولى، أن يكون موضوع الأداء في العقد الأول أي العقد الذي إمتدّ إليه الضّرر، أي عقد صاحب المشروع، هو نفسه موضوع أداء موجب التشييد والبناء في العقد الثاني (عقد المقاولة من الباطن) مصدر الخطأ والضرر (بفعل الانتقال).

٢٧٠ المادة ١٣ من المرسوم الاشتراعي رقم ١٠٥ تاريخ ١٩٧٧/٦/٣٠:" للمتضررة ولاصحاب الحقوق حق الادعاء المباشر تجاه الضامن، يمكن مداعاة الضامن لدى المحاكم الجزائية، اذا كانت الدعوى الناتجة عن الحادث عالقة امامها".

ومن جهة ثانية يقتضي أن يكون للطرف المتضرر (رب العمل) رابطة مع الطرف الذي قام بالخطأ، والمتوفرة عن طريق تطابق الروابط العقدية وفقاً لما تم شرحه أعلاه.

ففي عقود الإجارة الاصلية مثلاً تخول المؤجر أن يقيم الدعوى مباشرة على المستأجر الثاني او على المتنازل له مع بقاء حقه بمقاضاة المستأجر الأصلي، ويحق للمستأجر الأصلي أن يتدخل دائماً بالدعوى وذلك سنداً لأحكام المادة ٥٨٨ موجبات وعقود.

كما نلاحظ، إن المادة ٦٩٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني أجازت للمودع أن يقيم الدعوى مباشرة على نائب الوديع (أي الذي حل محل الوديع) كما لو كانت على الوديع نفسه عندما يكون الوديع قد اناب اخر عنه بمقتضى المادة ٦٩٧ بعد حصول موافقة المودع صراحة، كما اجازت المادة ٥٨٨ موجبات وعقود[٢٧١] ان للمؤجر حق مقاضاة المستأجر الثانوي مباشرة[٢٧٢]،

فإذا أناب المقاول الأصلي مقاولاً ثانوياً عنه لتنفيذ بعض بنود العقد، وقد وافق على ذلك صاحب المشروع، أمكن لهذا الأخير إقامة الدعوى مباشرة على المقاول الثانوي وذلك قياساً على النصوص القانونية المبينة انفاً. والقياس ممكن هنا لتشابه الأوضاع القانونية الناشئة عن الاصالة او الانابة او التاجير الثانوي[٢٧٣].

وسبق وبحثنا بعض الحالات التي تحدث اثناء تنفيذ المشاريع، حيث يقوم المقاول من الباطن بالتنفيذ السيء للمشروع ويمتنع المقاول الأصلي عن التدخل لإصلاح الوضع والزامه بإنفاذ العقد وفقاً للمواصفات المتفق عليها. ففي هذه الحالة أمكن لصاحب المشروع فسخ العقد مباشرةً مع المقاول من الباطن نتيجة للشرح الذي اوردناه أعلاه، فاذا أدلى المقاول من الباطن بقاعدة نسبية العقود، عندها على صاحب المشروع طلب فسخ العقد مع المقاول الأصلي مما سيؤدي حتما الى فسخ العقد مع المقاول من الباطن.

---

٢٧١ – المادة ٦٩٩ من قانون الموجبات والعقود: يحق للمودع ان يقيم الدعوى مباشرة على نائب الوديع كما لو كانت على الوديع نفسه.

– المادة ٥٨٨ من قانون الموجبات والعقود:" للمؤجر، في جميع الاحوال التي يحق له فيها مقاضاة المستأجر الأصلي، أن يقيم الدعوى مباشرة على المستأجر الثاني وعلى المتنازل له مع بقاء حقه في مقاضاة المستأجر الاصلي. ويحق للمستأجر الاصلي دائما ان يتدخل في الدعوى.

٢٧٢ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السادس، عام ٢٠٠١، صفحة ٢٩٢.

٢٧٣ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، عام ١٩٩٦، صفحة ١٥٤.

ولكن إذا رغب صاحب المشروع الحفاظ على علاقته مع المقاول الأصلي الممتنع عن فسخ التزامه مع المقاول من الباطن، فاعتبر في هذه الحالة بعض الفقه[٢٧٤] انه يمكن اللجوء الى الدعوى غير المباشرة التي نصت عليها المادة ٢٧٦ م.ع. بالاستناد الى الأضرار اللاحقة به، وبالتالي ممارسة دعوى الفسخ التي تعود اصلاً للمقاول الأصلي[٢٧٥]. فالمادة ٢٧٦ موجبات وعقود تتيح للدائنين ان يستعملوا باسم مديونهم جميع الحقوق وأن يقيموا جميع الدعاوى المختصة به ما خلا الحقوق او الدعاوى المتعلقة بشخصه دون سواه.

أما بالنسبة لعمال المقاولين فقد أجازت المادة ٦٧٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني المقابلة للمادة ١٧٩٨ من القانون المدني الفرنسي[٢٧٦]، الذي يشتغل في اعمال يقوم بها مقاول لمصلحة شخص آخر، ان يطالب هذا الأخير بقدر ما يكون للأول من مبالغ مستحقة له على المقاول[٢٧٧].

ثانياً: الآثار المترتبة على رفع الدعوى المباشرة

يعتبر الدائن في الدعوى المباشرة صاحب الحق بالدين الذي لمدينه في ذمة مدين هذا الأخير. ولهذا يجوز أن يطالبه مباشرةً من دون حاجة الى إثبات إعسار مدينه او إهماله، وله أن ينفذ عليه مباشرة.

إن حق المقاول من الباطن أو عمّال المقاول والمقاول من الباطن في إقامة الدعوى المباشرة على صاحب العمل، لا يعني إن المقاول الأصلي لا يحق له أن يتصرف في حقه المترتب على صاحب العمل بشتى أنواع التصرفات، فهو يستطيع أن يستوفي حقه كلياً او جزئياً، ويكون وفاء صاحب العمل للمقاول الأصلي صحيحاً ونافذاً بوجه المقاول من الباطن. غير إنّ هذا الوفاء يعتبر صحيحا فقط إذا تم إقامة الدعوى

---

٢٧٤ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، عام ٢٠٠٩، صفحة ١٥٥.

٢٧٥ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الرابع، عام ٢٠٠٤، صفحة ١١٣.

276 Article 1789 of the French civil law: Masons, carpenters and other workmen who have been employed in the construction of a building, or of other works made as part of the construction, have an action against the person for whom the works have been done only up to the amount for which such person owes the contractor, as of the time when their action is instituted.

٢٧٧ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الرابع، عام ٢٠٠٤، صفحة ١٧٩.

المباشرة وقبل إنذار صاحب العمل بالدفع من قبل المقاول من الباطن[٢٧٨]، ويستطيع المقاول أن يبرئ ذمة صاحب العمل إذا عاد وسدد الأجر المطالب به الى المقاول من الباطن.

فالمقاول الأصلي يتمتع قبل إقامة الدعوى المباشرة بالحرية في التصرف في حقّه المتوجب على صاحب المشروع، فله أن يستوفيه من مدينه أو أن يتنازل عنه، أو أن يحيله إلى الغير، أي قد يعمد المقاول الأصلي إلى التنازل عن حقه الثابت في ذمة صاحب المشروع عن طريق حوالة الحق. وفي هذه الحالة فإن قبول رب العمل لهذه الحوالة تجعل الدعوى المباشرة عديمة الفائدة.

أمّا بعد رفع الدعوى المباشرة، فإنه يمنع على المقاول الأصلي أن يتصرّف في حقه تصرفاً لا يسري في حق. فإذا وفى صاحب المشروع بعد رفع الدعوى المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي، فإن هذا الوفاء لا يسري تجاه المقاول من الباطن، بل أن هذا الأخير يتقاضى من رب العمل الحق كله وفي حدود الأجر الدائن به للمقاول الأصلي، ولصاحب المشروع بعد ذلك الحق في الرجوع على المقاول الأصلي بما دفعه للمقاول من الباطن أو للعمال[٢٧٩].

وقد نصت بعض القوانين العربية على هذا النوع من الإجراء، فقضت بأن حقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة، مقدمة على حقوق من يتنازل له المقاول عن دينه قبل صاحب العمل (الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٢ مدني مصري[٢٨٠] ومن يماثلها من التشريعات العربية).

---

٢٧٨ أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، عام ١٩٦٤، صفحة ٢٣٠.

٢٧٩ أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، عام ١٩٦٤، صفحة ٢٢٩.

٢٨٠ المادة ٦٦٢ من القانون المدني المصري: ١- يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل آل من المقاول الأصلى ورب العمل.٢- ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة. ٣- وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل.

ويستخلص من القوانين العربية هذه، أن حوالة الحق لا تسري في حق المقاول من الباطن او العامل، ولو كان نفاذها سابقاً على الإنذار بالوفاء او على توقيع الحجز، بل يقدم، في جميع الأموال، حق المقاول من الباطن او العمال على حق المحال له[٢٨١].

والنتيجة هي إن إقامة الدعوى المباشرة على صاحب العمل، تمكّن من أقامها، أي المقاول من الباطن، أن يحصل عن طريقها على ما هو مستحق في ذمة صاحب العمل للمقاول الأصلي وقت الإنذار بالوفاء، وذلك في حدود ما هو مستحق في ذمة المقاول الأصلي[٢٨٢]. فيتوقى بذلك مزاحمة سائر دائني المقاول الأصلي. ولكن رافعوا الدعوى المباشرة من المقاولين من الباطن والعمال، يتزاحمون فيما بينهم، فلو تعدد هؤلاء، ورفعوا جميعاً الدعوى المباشرة، ولم يكن ما في ذمة صاحب العمل للمقاول الأساسي كافياً ليفي جميع حقوقهم، لقسموا في هذه الحالة ما سيحصلون عليه من صاحب العمل قسمة الغرماء في ما بينهم كل بنسبة حقه، أي توزع الديون لكل دائن مبلغاً يستغرق من الثمن المعد للقسمة بين الدائنين ما يعادل نسبة هذا الثمن الى مجموع الديون.[٢٨٣]

٢٨١ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء التاسع عشر، المجلد الثاني، صفحة ٤٠.

٢٨٢ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أنواع خاصة من عقود المقاولة، الجزء التاسع عشر، صفحة ٤٤.

٢٨٣ غالب غانم والقاضي كبريال سرياني، قوانين التنفيذ في لبنان، الجزء الثاني، عام ١٩٩٠، صفحة ٣٥٤.

الخاتمة

لقد أصبح التعاقد من الباطن في يومنا من أهم الطرق التي يلجأ لها المقاول والوسيلة الوحيدة أمامه لتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه، بموجب عقد المقاولة المبرم بينه وبين صاحب المشروع بهدف إنجاز المشروع في المدة المحددة.

ويتجلى ذلك من تطور أعمال المقاولة وضخامة المشاريع لا سيما في مجال البناء، إذ يصعب على المقاول تنفيذ كامل المشروع بنفسه لانحصار تخصصه في مجال واحد، فأصبح المقاول يلجأ الى التعاقد من الباطن مع مقاولين فرعيين ذو اختصاصات في مجالات لا يتقنها المقاول الأصلي أو بالنظر الى قصر المدة المحددة في العقد يصعب عليه إنجاز الأعمال في مهلة محددة.

ولا يعتبر التعاقد مع مقاولين اخرين بمثابة تنازل عن المقاولة، إذ يختلف هذا النوع من التعاقد من الباطن عن التنازل. ففي التنازل عن المقاولة ينقل المقاول الأصلي كافة التزاماته وحقوقه الى المقاول المتنازل له ويحل محله في العلاقة مع صاحب المشروع. أما في التعاقد من الباطن فيبقى كل طرف ملزماً بالتزاماته العقدية.

غير أن هذا النوع من التعاقد لم يلحظه المشرّع اللبناني الذي تطرّق الى أعمال المقاولة الأصلية وأغفل التطرق الى أحكام المقاولة من الباطن التي تعتبر من اهم العلاقات التعاقدية التي لا بد من تنظيم أحكامها واثارها القانونية لا سيما في حالة تضرر صاحب المشروع نتيجةً لعدم قيام المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن بتنفيذ التزاماته العقدية.

فمبدأ نسبية العقود قائم في لبنان بموجب المادة ٢٢٥ من قانون الموجبات والعقود، ونصها "*ان العقد لا ينتج في الأساس مفاعيله في حق شخص ثالث، بمعنى أنه لا يمكن ان يكسب هذا الشخص حقوقاً أو يجعله مديناً. فإن للعقد مفعولاً نسبياً ينحصر فيما بين المتعاقدين او الذين نالوا حقوق هؤلاء بوجه عام*".

فإذا أردنا تطبيق هذا النص حرفياً لما أمكن لصاحب المشروع من مقاضاة المقاول من الباطن على أساس المسؤولية العقدية، لأنه خارج عن العلاقة التعاقدية القائمة بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع. اما المادة ٦٧٨ من قانون الموجبات والعقود فقد خولت من استخدم في المشروع مداعاة صاحب المشروع مباشرة ضمن حدود مديونية هذا الأخير نحو المقاول الأصلي تحصيلاً لحقوقهم وأجورهم.

لذلك أصبح تدخّل المشرع ضروري ومستعجل من أجل وضع إطار قانوني خاص ينظم العلاقات التي تحكم التعاقد من الباطن، أي العلاقة العقدية بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي، والتي أساسها عقد المقاولة المبرم بينهما، والعلاقة العقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، والتي يحكمها عقد المقاولة من الباطن، وعلاقة المقاول من الباطن بصاحب المشروع، التي تعد علاقة ينظمها القانون بنص خاص، بسبب انتفاء علاقة تعاقدية بينهما.

المراجع

١- في اللغة العربية:

أ- المراجع العامة:

١. ادوارد حنا، الوسيط في قانون العمل، الجزء الثاني، عام ١٩٧٤.

٢. إدوار عيد، الوسيط في القانون المدني التجاري، الجزء الأول، الاعمال التجارية والتجار.

٣. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، عام ١٩٦٤.

٤. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، عام ١٩٨٦.

٥. الياس ناصيف، قانون الموجبات والعقود، الجزء الرابع، عام ٢٠١٨.

٦. إميل تيان، الموجبات والعقود، عام ٢٠٠٩.

٧. جورج سيفوي، النظرية العامة للموجبات والعقود،عام،١٩٩٤.

٨. حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل اللبناني، عام ٢٠٠٢.

٩. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، مطبعة صادر، عام ٢٠٠٤.

١٠. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء السادس.

١١. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، عام ١٩٩٢.

١٢. عاطف النقيب، نظرية العقد، عام ١٩٨٨.

١٣. عفيف شمس الدين، المصنف في قضايا الموجبات والعقود والمسؤولية، عام ١٩٩٢

١٤. مروان كركبي، العقود المسماة، البيع، المقايضة، الايجار، الوكالة، طبعة خامسة.

١٥. مصطفى العوجي، القانون المدني، عام ١٩٩٦.

١٦. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السابع.

١٧. يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، القانون الجرم وشبه الجرم، عام ١٩٧٨.

ب- المراجع الخاصة:

١. إدوار عيد، أثر إنخفاض قيمة العملة على الإلتزامات المدنية، عام ١٩٩٠.

٢. احمد باباكير احمد، ما هو الفرق بين عقد العمل وعقد المقاولة.

٣. احمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١.

٤. الياس ناصيف، انشاء عقد العمل الفردي وعناصره، الجزء الأول، عام ٢٠١٨.

٥. الياس أبو عيد، نماذج عقود واتفاقيات، الجزء الثاني، عام ١٩٩٣.

٦. الياس أبو عيد، نماذج عقود واتفاقات عقد الضمان (التأمين)، عقد المقاولة بين مالك عقار ومهندس معماري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.

٧. الياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ، عام ١٩٩١، صفحة ٢٩.

٨. حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد، دراسة قانونية مقارنة، عام ٢٠١٥.

٩. حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٢.

١٠. سليمان أيوب، مفهوم الخطأ في المسؤولية التعاقدية، عام ١٩٩٦.

١١. سامي محمد، الأسس القانونية لعقود الإيجار، عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن، دار الكتاب الحديث ، عام ٢٠٠٩،ص. ١٣٨ .

١٢. شربل طالنوس صابر، عقد الوكالة في التشريع والفقه والإجتهاد، عام ١٩٩٨.

١٣. صادر في الاجتهاد المقارن، النظام العام، عام ٢٠١٢.

١٤. صادر في الاجتهاد المقارن، المحاماة، عام٢٠٠٠.

١٥. صادر في الاجتهاد المقارن، الهبة، عام ٢٠٠٥.

١٦. صادر في الاجتهاد المقارن، العقد، عام ٢٠٠٧.

١٧. طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، أطروحة دكتور جامعية، جامعة باريس للإقتصاد والعلوم الجامعية، عام ١٩٧٤.

١٨. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، عام ١٩٨٧.

١٩. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، عام ١٩٩٩ ص ١٨٥.

٢٠. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، عام١٩٨٧.

٢١. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، عام ١٩٧١.
٢٢. عفيف شمس الدين، المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد، عام ٢٠٠٧.
٢٣. غالب غانم والقاضي كبريال سرياني، قوانين التنفيذ في لبنان، الجزء الثاني، عام ١٩٩٠.
٢٤. فؤاد ضاهر، مرور الزمن، الجزء الأول،عام ٢٠٠١.
٢٥. محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في اطار مجموعة العقود، طبع عام ٢٠١١.
٢٦. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١.
٢٧. محمد جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، عام ٢٠١١.
٢٨. محمد خليل شهاب، التزامات البائع وفقاً لإتفاقية فيينا للبيوع الدولية للبضائع، عام٢٠٠٧.
٢٩. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، منشاة المعارف، لاسكندرية.
٣٠. نجاح شمس، الوكالة في القانون اللبناني والمصري والفرنسي، المجلد الثاني، عام ١٩٩٩.
٣١. نعيم مغبغب، مقاولات البناء الخاصة، عام ٢٠٠٩.

٢- في اللغة الأجنبية:

1. Christian Larroumet, Droit Civil, Les obligation le Contract, 2e partie, effects, en 2007.
2. Briomont, La responsabilite des architectes et des entrepreneurs, 1965.
3. Chapus, responsabilite publique et responsabilite privee.
4. Emile Tyan, Droit Commercial, page 76, en 1968.
5. Encylopedie Dalloz, Droit civil V, architecte.
6. Fidic 1999 Red Book.
7. Fidic 2017 Yellow Book.
8. Gaston Albert, les responsabilites des constructeurs, 1949.
9. Henri Capitant, Les grands arrest de la jurisprudence civile, 2015.
10. Jacque Ghestin, Droit Civil, La Formation de Contract, en 1996.
11. Jeremy Clover, Understanding of the fidic red book, page 5, year 2006.

12. René Chapus ،Droit administratif général, Droit administrative général, T. 2, 15eme éd., op. cit, p. 622
13. Roger Chidiac, Le Salaire En Droit Positif Libanais, page 71, en 1967.
14. Soine Bernard, La responsabilite des architectes et entrepreneurs apres la reception des travaux L.G.D.J. 1968.

٢- مقالات

١. دراسة فايز الحاج شاهين، في المسؤولية السابقة للتعاقد الناشئة عن قطع المحادثات ، مجلة العدل، سنة ١٩٤٩، صفحة ١-١٣.

٢. محمد خليل شهاب، موجب ضمان السلامة في عقد البيع، مجلة العدل، عدد ٣، عام ٢٠١٧، صفحة ١١٧٥.

٣. مجلة جامعة البعث، المجلد ٨٣ العدد ٤٩ ، زياد العرسان وعمار التركاوي، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الادارية.

٣- القوانين:

١. القانون اللبناني
٢. القانون الفرنسي
٣. القانون الأردني
٤. القانون العراقي
٥. القانون المصري
٦. القانون القطري

٤- الاحكام والقرارات القضائية

١. بداية مدني، قرار رقم ٤٨، تاريخ ٢٠٠١/٢/٢، مجلة العدل، العدد ٢، سنة ٢٠١٠.
٢. بداية مدني، قرار رقم ٤١ ، تاريخ ٢٠١٤\٢\٢٧، مجلة العدل ، عام ٢٠١٤، عدد ٣، صفحة ١٥٠٩.
٣. منفرد مدني في زحلة، تاريخ ١٩٥٥/٧/٢٠، النشرة القضائية، عام ١٩٥٥، ص ٦٨١.
٤. تمييز مدني، قرار رقم ٨، تاريخ ٢٠٠٠/١/٣١، صادر في التمييز، ص ٢٧.
٥. تمييز مدني، قرار رقم ٢٠٠٩/٣٤، تاريخ ٢٠٠٩/٤/٦، كساندر، ٢٠٠٩، جزء ١-٤، ص. ٦٥٧.
٦. منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٧/١٠٢، تاريخ ٢٠١٧/٤/٢٧، كساندر، ٢٠١٧، جزء ١-٤، ص. ٦٨٠
٧. تمييز مدني، قرار رقم ٣٥، تاريخ ٢٠٠٧\٣\٢٩، منشور في صادر، سنة ٢٠٠٧، جزء اول، صفحة ٢٣٧.
٨. تمييز مدني، قرار رقم ١١، تاريخ ١٩٥٢/١٠/١٣، باز، عام ١٩٥٢، ص ٦٧.
٩. تمييز مدني، الغرفة الثانية ، قرار رقم ٤، تاريخ ٢٠١٣\١\١٠، عام ٢٠١٣، صادر في التمييز.
١٠. إستئناف مدني، قرار رقم ٧٥، النشرة القضائية اللبنانية، الجزء الرابع، ١٩٦٩، ص ٤٥٠.
١١. استئناف جزائي، قرار رقم ١٩٥٣\٢\١٨، النشر القضائية ١٩٥٣، صفحة ١٩٠.
١٢. منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٥/٣١٢، تاريخ ٢٠١٥/١٢/٢٦، كساندر، عام ٢٠١٥، ص ٢٤٢٠ .
١٣. تمييز مدني، قرار رقم ٤٢، تاريخ ٢٠٠٧/٥/٣٠، منشور في صادر في التمييز، الجزء الأول، سنة ٢٠٠٧، صفحة ٥٣٤.
١٤. منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٦/٣٢، تاريخ ٢٠١٦/٨/٢٠، كساندر، عام ٢٠١٦، ص ١٦٠٢.
١٥. تمييز مدني، قرار رقم ٤٦، تاريخ ٢٠٠١/٣/٢٧، منشور في صادر في التمييز، سنة ٢٠٠١، صفحة ٦٠.
١٦. تمييز مدني، تاريخ /١٩٦٣/٢/٦، النشرة القضائية، سنة ١٩٦٣، صفحة ٧٨٢.
١٧. إستئناف مدني، قرار رقم ٢٠١٠/٣٨٩، تاريخ ٢٠١٠/٣/٣٠، كساندر، عام ٢٠١٠.
١٨. استئناف بيروت، قرار رقم ١٠٠١ تاريخ ١٩٥٥/١٠/١١، حاتم ج٢٦ ص ٥٥.
١٩. تمييز مدني فرنسي، قرار رقم ٣، تاريخ ٤ كانون الثاني ١٩٩٥، البلتان المدني لعام ١٩٩٥.
٢٠. إستئناف مدني، قرار رقم ١٤٠١، تاريخ ١٠ آب ١٩٦٠، منشور في مجموعة حاتم، جزء ٤٢، ص ٦٧.
٢١. تمييز مدني، قرار رقم ٥، تاريخ ١٩٢٥\٣\١٨، العدل ١٩٨٣، ص ٧٥.
٢٢. تمييز مدني، قرار رقم ٢٠٠٩/٢٣، تاريخ ٢٠٠٩/٦/١٦ ، كساندر، سنة ٢٠٠٩.
٢٣. منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٢/٤٣٣، تاريخ ٢٠١٢/١٢/٢٠، كساندر، سنة ٢٠١٢.

٢٤.منفرد مدني، قرار رقم ٢٠١٦/٣٢، تاريخ ٢٠١٦/٨/٢٠، كساندر، عام ٢٠١٦، ص ١٦٠٢.
٢٥.إستئناف مدني، قرار رقم ٢٣، عام ١٩٦٧، نشرة القضائية، صفحة ١٨٦.
٢٦.منفرد مدني، قرار رقم ٢٠٠٢/٦٦٢، تاريخ ٢٠٠٢/١١/٦، مجلة العدل،جزء ٢-٣، سنة ٢٠٠٢، صفحة ٤٥٨.
٢٧. بداية مدنية، قرار رقم ٥، تاريخ ٢٠١١\٥\١٧، مجلة العدل، عام ٢٠١١، عدد ٤، صفحة ١٨٤٤.
٢٨. نقض سوري، رقم ٣٠٠٤ تاريخ ١٩٦٤/١٢/١٣- طعمه واستانبولي، التقنين المدني السوري ج ١ ص ٨٩٥.
٢٩. نقض مصري، تاريخ ١٩٦٣/١٢/١٣- طعمه واستانبولي، التقنين المدني السوري ج ٢ ص ١٣٨٦.

٥- المواقع الإلكترونية

١. https://www.bayt.com/ar/specialties/
٢. https://www.bayt.com/ar/specialties/
٣. http://www.e-basel.com

الفهرس

ملخص ١

المقدمة ٦

القسم الأول: ماهية المقاولة من الباطن ٨

الفصل الأول: مفهوم عقد المقاولة من الباطن ٩

المبحث الأول: تعريف المقاولة من الباطن ١٠

الفقرة الأولى: التعريف التشريعي لعقد المقاولة من الباطن ١٠

أولاً : تعريف عقد المقاولة من الباطن في التشريع الفرنسي ١١

ثانياً: تعريف عقد المقاولة من الباطن في تشريعات الدول العربية ١١

الفقرة الثانية: غياب تعريف عقد المقاولة من الباطن من التشريع اللبناني ١٣

أولاً: التعريف الفقهي لعقد المقاولة من الباطن ١٣

ثانياً: إستخلاص التعريف من نصوص قانون الموجبات والعقود ١٤

المبحث الثاني: التمييز بين المقاولة من الباطن والتصرفات المشابهة ١٧

الفقرة الأولى: التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة ١٧

أولاً: حالة التنازل عن أجرة المقاولة ١٩

ثانياً: حالة التنازل عن عقد المقاولة ٢٠

الفقرة الثانية: التمييز بين المقاولة من الباطن والعقود التي ترد على عمل: ٢٤

أولاً: المقاولة من الباطن وعقود العمل ٢٤

ثانياً: عقد المقاولة من الباطن وعقد الوكالة ٣١

ثالثاً: عقد المقاولة من الباطن وعقد الفيديك ٣٢

الفصل الثاني: تكوين عقد المقاول من الباطن ٣٥

المبحث الأول: كيفية تكوين عقد المقاولة من الباطن ٣٦

الفقرة الأولى: الشروط العامة لإنشاء عقد المقاولة من الباطن ٣٦

أولاً: الرضى في عقد المقاولة من الباطن ٣٦

ثانياً: الموضوع في عقد المقاولة من الباطن ٣٧
ثالثاً: السبب في عقد المقاولة من الباطن ٤١
الفقرة الثانية: الشروط الخاصة في تكوين عقد المقاولة من الباطن ٤٢
أولاً: إنتفاء الشرط المانع من عقد المقاولة من الباطن ٤٢
ثانياً: إنتفاء الإعتبارات الشخصية لقيام عقد المقاولة من الباطن ٤٥
ثالثاً: شرط توافر عقد مقاولة صحيح ٤٦
المبحث الثاني: صفات عقد المقاولة من الباطن ٥١
الفقرة الأولى: الصفات العامة لعقد المقاولة من الباطن ٥١
أولا: عقد المقاولة من الباطن من العقود الرضائية: ٥١
ثانيا: عقد المقاولة من الباطن من العقود المتبادلة ٥٤
ثالثا: عقد المقاولة من الباطن من عقود المعاوضة ٥٦
رابعاً: الصفة المدنية او التجارية لعقد المقاولة من الباطن ٥٧
الفقرة الثانية : الصفات الخاصة لعقد المقاولة من الباطن ٦٠
أولاً: عقد المقاولة من الباطن من العقود المهنية ٦٠
ثانياً: عقد المقاولة من الباطن من العقود غير المسماة ٦١
ثالثاً: عقد قائم على الاعتبار الشخصي ٦٢
القسم الثاني: الآثار المترتبة عن التعاقد من الباطن ٦٤
الفصل الأول: الآثار المترتبة على عقد المقاولة من الباطن ٦٤
المبحث الأول: الإلتزامات التعاقدية الثلاثية الأطراف ٦٥
الفقرة الأولى: العلاقة القائمة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ٦٦
أولاً- التزامات المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن: ٦٦
ثانياً- التزامات المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي: ٦٨
الفقرة الثانية: العلاقة القائمة بين المقاول الأساسي وصاحب العمل ٧٠
أولاً: التزامات صاحب العمل تجاه المقاول الأساسي: ٧٠
ثانياً: التزامات المقاول الأساسي تجاه صاحب العمل: ٧١

الفقرة الثالثة: العلاقة القائمة بين صاحب العمل والمقاول من الباطن ٧٦
أولاً: علاقة صاحب العمل بالمقاول من الباطن..... ٧٦
ثانياً: حق صاحب المشروع التدخل بأعمال المقاولة ٧٨
المبحث الثاني: الإخلال بالتزامات المقاولة من الباطن..... ٧٩
الفقرة الأولى: شروط مسؤولية المقاول من الباطن تجاه المتعاقدين الاخرين ٨٠
أولاً: الخطأ العقدي للمقاول من الباطن..... ٨١
ثانياً: الضرر الناتج عن عدم التنفيذ ٨٧
ثالثاً: الرابطة السببية بين الخطأ العقدي والضرر ٨٨
الفقرة الثانية: مسؤولية المقاول من الباطن تجاه صاحب المشروع..... ٨٩
أولاً: حلول المقاول الأصلي مكان المقاول من الباطن في مسؤوليته تجاه رب العمل ٩٠
ثانياً: ترتب المسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن تجاه رب العمل ٩٥
الفصل الثاني: وسائل دفع المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتفيذ ٩٨
المبحث الأول: طرق دفع المسؤولية ٩٨
الفقرة الأولى: وسائل دفع المسؤولية المترتبة على المقاول من الباطن..... ٩٨
أولاً: نفي الخطأ العقدي ٩٨
ثانياً: إثبات السبب الأجنبي ٩٩
الفقرة الثانية: الحالات التي لا يجوز فيها الإعفاء من المسؤولية..... ١٠١
أولاً : بطلان البند النافي للمسؤولية ١٠١
ثانياً: حالة الغش والخطأ الجسيم..... ١٠٣
المبحث الثاني: الضمانات الناشئة عن التعاقد من الباطن ١٠٥
الفقرة الأولى: الضمانات العامة عبر فرض البند الجزائي والغرامة الإكراهية..... ١٠٦
أولاً : فرض بند جزائي ١٠٦
ثانياً: فرض غرامة إكراهية..... ١٠٨
الفقرة الثانية : الضمانات الخاصة عبر الدعوى المباشرة ١١٠
أولاً: مفهوم الدعوى المباشرة في المقاولة من الباطن ١١٠

ثانياً: شروط رفع الدعوى المباشرة..... ١١٣
الفقرة الثالثة: رفع الدعوى المباشرة من قبل المقاول من الباطن ١١٥
أولاً : فرقاء الدعوى المباشرة..... ١١٧
ثانياً: الآثار المترتبة على رفع الدعوى المباشرة..... ١٢٣
الخاتمة..... ١٢٦
المراجع..... ١٢٨