بحث بعنوان

النظام القانونى لعقد المقاولة من الباطن في إطار عقود الإنشاء

إعداد الباحث

فواز سند فالح حجاب الفعر

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور

حسام الدين محمود حسن

استاذ ورئيس قسم القانون المدنى بكلية الحقوق - جامعة المنصورة

١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م

مقدمة

عرف القانون المدني الكويتي في المادة ٦٦١ عقد المقاولة بإنه يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه ، كما عرفه القانون المدني المصري في المادة ٦٤٦ عقد يتعهد بنقتضاه احد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو أن يؤدي عملًا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، كما أن هنالك مجموعة من الأركان الخاصة في عقد المقاولة وهي ([1])

١-الصيغة ٢-العاقدان ٣-المحل ٤-الأجرة ٥-السبب.

ظهرت فى الحياة العملية العديد من تطبيقات التعاقد من الباطن ، التى جاءت استجابة لمتطلبات معينة فرضتها الظروف الاقتصادية والاعتبارات الاجتماعية مما دفع بالمشرعين فى مختلف التشريعات إلى تنظيم هذه التطبيقات ، ومن هذا المنطلق يمكن القول أن التعاقد من الباطن فضلاً عن انه حقيقة واقعة فى حياتنا العملية فهو حقيقة قانونية أيضا ، حيث نصت التشريعات على تطبيقات له فالتعاقد من الباطن هو الذى يبرمه المتعاقد المشترك مع المتعاقد من الباطن إما بهدف تنفيذ الالتزامات التى تقع على عاتقه أو للحصول على منفعة ناشئة عن عقده مع دائنه ([2]).

توجد المقاولة من الباطن فى مجال المنشئات المعمارية ، عندما نكون بصدد التزام بعمل تم تنفيذه مادياً وفعلياً ليس عن طريق المدين الأصلى أى المقاول العام ولكن عن طريق الغير .

أهمية الدراسة:

يقع موضوع البحث في قلب المشكلات الحادة التي تواجها النظرية العامة للعقود المدنية ومن أهمها كيفية الاستفادة من الدور الهام الذي تقوم به عقود المقاولة من الباطن في اشباع الاحتياجات العامة واليومية للمواطنين والدول.

سبب اختيار موضوع البحث:

على الرغم من ان المشرع الكويتي قد افرد لهذا العقد نظاما قانونيا إلا أن هذه النصوص غير كافية بمفردها للإلمام بمختلف جوانب النظام القانوني لهذا العقد. ويعود السبب إلى أنه عقد شامل تندرج في إطاره العديد من أنواع العقود التي ترد على الخدمات. فالأعمال والخدمات التي يمكن أن تكون موضوعا لعقد المقاولة متعددة ولا يمكن حصرها.

([1]) فتحية قرة ، أحكام عقد المقاولة من الباطن ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر والتوزي ، الأردن ، ٢٠٠٩ ، صفحة ١٠١.

(٢) د. عامر عاشور عبدالله البياتى ، التعاقد من الباطن ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، ٢٠١٣ ، ص ٩

إشكالية البحث:

تتشكل اشكاليه بحثنا هذا في ان القانون الكويتي لم ينظم احكام عقد المقاولة من الباطن في تشريع خاص وتم ذكرها في ثلاث مواد فقط وتركة للاحكام العامه مما جعلنا نستنبط احكامها من خلال احكام القانون والقضاء

منهج الدراسة :

من المعلوم أن لكل بحث طبيعته الذاتية لذلك أستخدم الباحث نوعين من في هذه الدراسة وهما المنهج المقارن والمنهج الاستنباطي–الأستقرائي.

خطة البحث:

من خلال هذا البحث سوف نقوم بإلقاء الضوء حول ماهية التعاقد من الباطن وشروطه ، وأحكام التعاقد من الباطن وذلك من خلال مطلبين :

المطلب الاول : ماهية عقد المقاولة من الباطن وشروطه.

الفرع الأول : مفهوم عقد المقاولة من الباطن ومشروعيته.

الفرع الثاني : تمييز عقد المقاولة من الباطن عن الأنظمة القانونية المشابهة له.

المطلب الثاني : النظام القانوني لعقد المقاولة من الباطن(المنشآت المعمارية نموذجًا).

الفرع الأول : مهام وسلطات المهندس المعماري وممثله في موقع العمل وحدود التعاقد من الباطن.

الفرع الثاني : أوجه الربط وصور التبعية بين المقاولين من الباطن والعقد الأصلي.

المطلب الأول

ماهية عقد المقاولة من الباطن وشروطه .

تمهيد وتقسيم :

تفترض المقاولة من الباطن فى مجال المنشئات المعمارية وجود عقدين متتابعين لهما طبيعة قانونية واحدة هى المقاولة العقد الأول وهو الذى يربط مالك المشروع مع المقاول الأصلى أو ما نطلق عليه المقاول العام . والعقد الثانى وهو ذلك الذى يربط المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن . وبالرغم من الروابط الاقتصادية والمادية بين العقدين إلا أنهما مستقلان من الناحية القانونية سواء من حيث الأطراف أو من حيث الموضوع وما ينشأ عنهما من التزامات .

وأخذاً بهذه الاعتبارات فقد عرفت المقاولة من الباطن على أنها عقد يعهد من خلاله أحد المقاولين إلى مقاول من الباطن وتحت مسئوليته تنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة المبرم مع مالك المشروع فرداً عاديا أو شخصا عاماً .

وتفترض المقاولة من الباطن وجود عقدين متعاقبين تشكل فيما بينهما ترابطاً عقدياً وإذا كان الغالب أن يكون هذا التعاقب من درجة واحدة ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من تعاقب عقود المقاولة من الباطن . فنجد المقاول من الباطن قد يلجأ بدوره إلى مقاول آخر لتنفيذ التزاماته أو جزء منها . فليس هناك قانوناً ما يمنع من هذا التعاقب أو يحد من تسلسله . إلا أننا نكون فى جميع المراحل بصدد عقود تندرج تحت المقاولة .

وتقتضى المقاولة من الباطن الاشتراك المباشر للمقاول من الباطن فى تنفيذ العقد الأصلى أو جزء منه فإذا لم يوجد مثل هذا الاشتراك أو التدخل المباشر فى التنفيذ فلا يمكن القول بوجود مقاولة من الباطن .

وهذا ما أوضحته محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها . مقررة أن إبرام المقاول الأصلى مع مقاول آخر عقد يتعهد بمقتضاه المتعاقد الآخر بتوريد الكهرباء أو تأجير ضواغط الهواء أو الرافعات مع سائقها . لا يكفى للقول بوجود مقاولة من الباطن . فنحن بصدد أداء أو توريد خدمات تمثل عقد مقاولة ولكنها لا تتصل مباشرة بتنفيذ العقد الأصلى فهذه الخدمات هى وسيلة تساعد المقاول الأصلى على تنفيذ التزاماته بنفسه . كما أن هذا الأخير لم يتخل عن التنفيذ كليا أو جزئيا لمتعاقد آخر .

وإذا فلا يكفى للقول بوجود عقد مقاولة من الباطن أن يبرم المقاول الأصلى عقد مقاولة تالى . فتوالى عقود المقاولة لا يفيد بالضرورة وجود مقاولة من الباطن . بل لابد وأن يرتبط العقد التالى بالعقد الأصلى ، وذلك بأن يشترك المقاول من الباطن فى تنفيذ العقد الأصلى كليا أو جزئيا .

فالعقد الأصلى والعقد اللاحق يفترضان ذاتية المحل ووحدته وأن المتدخل اللاحق أو المقاول من الباطن يجب أن يقوم بعمل فى الموقع يتدخل بمقتضاه فى تنفيذ العقد الأصلى . وأن ذاتية المحل تعنى أن ترد المقاولة إما على الأرض أو على البناء محل التشييد ، بحيث يكمل العقد اللاحق (المقاولة من الباطن) العقد الأول (العقد الأصلى) .الأمر الذى يجسده وحدة العمل الإنشائى ووحدة العقد . إذ أن المقاولة لا تعدو أن تكون فرعا من العقد الأصلى ([1])

إن البحث فى ماهية التعاقد من الباطن يتطلب الوقوف على مفهومه ومشروعيته والتمييز بينه وبين ما يشتبه به من الأنظمة القانونية الأخرى .وبغية تفصل كل هذا ، فإن الأمر يقتضى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، نتناول فى المطلب الأول مفهوم التعاقد من الباطن ومشروعيته ، بينما نخصص المطلب الثانى لإلقاء الضوء حول التعاقد من الباطن عن الأنظمة القانونية المشابهة له.

الفرع الأول : مفهوم عقد المقاولة من الباطن ومشروعيته .

الفرع الثانى : تمييز عقد المقاولة من الباطن عن الأنظمة القانونية المشابهة له .

---

(١) د. احمد عبدالعال ابو قرين،المركز القانوني المتداخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشات المعمارية في ضوء الفقه واحكام القضاء والتشريع المقارن ، بدون دار نشر، الطلعه الاولى ،٢٠٠١، ص١٠ ومابعدها.

" وتساند محكمة النقض الفرنسية هذا التحديد فى العديد من أحكامها . وينظر إليه على أنه الأكثر اتفاقا مع مفهوم المقاولة من الباطن فى مجال الإنشاءات المعمارية . وتؤكد إحدى محاكم الاستئناف الفرنسية هذا التحديد الضيف لمفهوم المقاولة من الباطن فى مجال الإنشاءات المعمارية ، مقررة أن المقاول الذى يتولى تركيب الدعائم أو الشدات الخشبية اللازمة لإتمام أعمال البناء والطلاء . فإن مثل هذه الأعمال والتى لا تتضمن اشتراكا مباشرا من المقاول من الباطن فى أعمال البناء أو أعمال الصنعة أو تقديم المواد . وأن عمل المقاول من الباطن فى هذه الحالة ينحصر فى أنه يضع تحت تصرف المقاول القائم بأعمال البناء الأداة التى أعدت خصيصا لتلائم الغرض الذى يحتاجه هذا الأخير لإتمام أعمال البناء على خير وجه ممكن وخلصت المحكمة من ذلك إلى عدم اعتبارهذا العقد مقاولة من الباطن ، ولا يكون له الاستفادة من الأحكام التى قررها القانون فى هذا الشأن . وفى مثل هذه الفروض ، فإننا نكون بصدد عقد مقاولة مستقل لا يتحد ولو جزئيا مع محل المقاولة الأصلية ، وإن كان يساعد على إتمامها أو تنفيذها كما أشارت إلى ذلك محكمة الاستئناف فى الحكم المذكور . إلا أن مسلك محكمة الاستئناف فى الحكم المشار إليه يغاير ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية من اعتبار المقاول الذى قام بتجميع شدات معدنية وتسليمها للمقاول ، من اعتباره مقاولا من الباطن . لأنه نفذ عملاً له خصوصيته بالنسبة للمقاول الأصلى ومرتبطاً بأعمال إنشائية معينة ونفذ وفقا لتعليمات محددة من المقاول العام ، تجعل من المستحيل أن يحل محل المنتج محل التنازع منتج آخر أو أن يحتفظ بها المقاول الذى نفذها فى مخزنه ولكن ربما تبرر المغايرة فى الحكم هو أنه فى هذه الدعوى ، فإن التصميم قدم من المقاول العام وأن المنتج محل الدعوى ليس منتجا نمطيا يتوافر فى الأسواق . وهو ما ينظر إليه على أنه معيار للمقاولة

انظر بالتفصيل : د. أحمد عبدالعال أبو قرين ، مرجع سابق ، ص ١٣ .

الفرع الأول

مفهوم عقد المقاولة من الباطن ومشروعيته

ترتبط المقاولة من الباطن بتنفيذ المقاول من الباطن جزء من الأعمال محل العقد الأصلى وتحمله المسئولية عنها . وعلى ذلك يخرج عن إطار المقاولة من الباطن لجوء المقاول العام إلى أحد المقاولين لمده بالعمالة اللازمة للتنفيذ إذ أن مورد العمال لا يعتبر مقاولاً من الباطن ولا يحتاج المقاول العام إلى الحصول على موافقة مالك المشروع بشأنها . ويؤكد عقد الفيدك الصادر عن الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين على أن المقاول من الباطن هو كل شخص عهد إليه بجزء من الأعمال متى كان ذلك بموافقة المهندس الاستشارى أو الخلفاء الشرعيين له ومن باب أولى بموافقة مالك المشروع .وتعتبر المقاولة من الباطن إحدى وسائل التعاون بين المشروعات العاملة فى مجال الإنشاءات المعمارية والصناعية . ومن ثم ؛ يمكن النظر إليها على أنها وسيلة من وسائل التنمية الاقتصادية . وتتنوع المبررات التى تدفع المقاول العام للمشروع باللجوء إلى المقاولة من الباطن لتنفيذ جانب من الأعمال المعمارية التى يلتزم بها فى مواجهة مالك المشروع . وقد يكون مبعث اللجوء إلى المقاولة من الباطن ، هو رغبة المقاول العام فى تحقيق ربح مالى ، وذلك بأن ينفذ الأعمال محل التعاقد بتكلفة أقل مما هو متفق عليه مع مالك المشروع .

وقد يكون الدافع إلى اللجوء إلى المقاولة من الباطن ، هو تطلب الأعمال المعمارية محل التعاقد درجة عالية من الخبرة والتخصص الفنى ، لا تتوافر إلا لدى المقاول من الباطن . وقد يصل الأمر إلى تعدد المقاولين من الباطن إلى درجة يقتصر معها دور المقاول من العام على مجرد التنسيق بين المقاولين من الباطن المشاركين فى التنفيذ .

وفى ذات السياق : قد يكون اللجوء إلى المقاولة من الباطن بوصفها وسيلة للتنفيذ ، هو رغبة المقاول العام فى تقليل مخاطر المشروع وذلك عندما يكون المشروع المعمارى ذو تكلفة مرتفعة وتحفه مخاطر عديدة . فيفضل المقاول العام أن يشرك معه مقاولين آخرين فى التنفيذ ووسيلته فى ذلك إما تكوين تجمع للمقاولين يشتركون معا كمقاولين عامين فى التنفيذ أو اللجوء إلى أسلوب التقاول من الباطن .

بيد أن هذا الجانب الإيجابى من الباطن لا ينفى ما تحمله من مساوىء تتمثل فى استغلال المقاول العام لهيمنته الاقتصادية والفنية على حساب المقاول من الباطن ومن ثم ، قد تبدو عقود المقاولة من الباطن من هذا المنظور وكأنها إحدى وسائل السخرة كما أن العديد من المخاطر التى تهدد المقاول من الباطن وتحول دون الحصول على مستحقاته من المقاول العام وخاصة عند إفلاس هذا الأخير أو إعساره . الأمر الذى حدى بالمشرع الفرنسى إلى أن يضع تنظيما تشريعيا يضمن حقوق المقاول من الباطن واستيفائه لمستحقاته عند إفلاس المقاول العام أو مال المشروع .

وفى المقابل يضمن هذا التنظيم رقابة مالك المشروع على المقاولين من الباطن من حيث تأهيلهم وتخصصهم المهنى وكذلك إمكانياتهم الفنية والمادية على تنفيذ المشروع محل التعاقد ([1])

وحتى نستطيع تحديد التعاقد من الباطن لابد من الوقوف عند خصائص وصور هذا التعاقد على النحو التالى :

أولا : ماهية التعاقد من الباطن وخصائصه :

خلا القانون المدنى الكويتى من تعريف عقد المقاولة من الباطن ،بيد أن المشرع الفرنسى عرف التعاقد من الباطن بأنه تلك العملية التى يعهد بموجبها المتعاقد ، عن طريق التعاقد من الباطن ، وتحت مسئوليته إلى شخص أخر يطلق عليه اسم المتعاقد من الباطن ، بتنفيذ كل أو جزء من المشروع أو العقد الإدارى المبرم مع صاحب العمل ([2]) ، وفيما يتعلق بالتعريفات الفقهية ، فقد ذهب رأى فى الفقه ([3]) إلى أن التعاقد من الباطن هو العقد يبرمه المتعاقد المشترك مع شخص أجنبى عن العقد الأصلى يقال له المتعاقد من الباطن وذلك بهدف تنفيذ العقد الأصلى أو الحصول على منفعة ناشئة عن العقد الأصلى ، بينما يرى البعض الاخر من الفقه([4]) ، بينما يرى البعض الآخر من الفقه ([5]) أنه اتفاق يحل بمقتضاه شخص معين محل أحد أطراف العقد الأصلى لتنفيذ هذا العقد الأخير .

بينما يرى البعض أنه العقد الذى يسمح للمتعاقد المشترك بدلا من أن ينفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بنفسه ، بأن يكلف شخص أخر بتنفيذ هذه الالتزامات ، ومثالها المقاولة من الباطن حينما يعهد المقاول الأصلى إلى المقاول من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من الأعمال الموكلة إليه ، وكذلك الوكيل من الباطن حينما يعهد الوكيل الأصلى إليه بتنفيذ كل أو بعض المهمات المعهودة إليه . بينما يرى البعض الآخر بأنه عقد تابع لعقد آخر وهو العقد الأصلى وهناك علاقة وثيقة تربط العقد الأول بالعقد الثانى الذى يحل محله ولا وجود للعقد من الباطن إلا بوجود العقد الأصلى . بينما يرى البعض الأخر من الفقه هو ذلك التصرف القانونى الذى يعهد من خلاله المتعاقد إلى الغير بتنفيذ جزء من العقد([6]).

---

(١) PHILIPPE MALINVAUX PHILIPPE JESTAZ Droit de la promotion. Immobilized in this edition of Dalloz paris 1991. N°74 p66) .

(٢) انظر : د. عامر عاشور ، مرجع سابق ، ص ١٨

(٣) د. حسن حسين البراوى ، التعاقد من الباطن ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ٨٨ .

(٤) د. عبدالعليم عبدالمجيد مشـرف ، فكرة الاعتبار الشـخصـى فى مجال العقود الإدارية ، مكتبة الجامعة للطباعة ، ٢٠٠٣ ، ص ٨٨ .

(٥) د. نبيل إبراهيم سعد ، العقود المسماة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٤ .

(١) د. عامر عاشور ، مرجع سابق ، ص ١٩ .

من التعريفات المتقدمة يتضح أنها تؤكد أن ان عقد المقاولة من الباطن يهدف إلى تنفيذ العقد الأصلى فقط ، دون الإشارة إلى أن الهدف من التعاقد من الباطن قد يكون هو الحصول على منفعة الشيء محل العقد الأصلى كما هو الحال فى عقد الايجار من الباطن .

- خصائص التعاقد من الباطن :

أ- التعاقد من الباطن عقد رضائى :

يعد التعاقد من الباطن من العقود الرضائية التى تنعقد بمجرد اتفاق كل من المتعاقد المشترك والمتعاقد من الباطن ، إذ يكفى لانعقاده صحيحا توافق الإيجاب والقبول بين الطرفين واتجاه ارادتهم نحو إحداث أثر قانونى معين ، بشرط عدم وجود نص أو اتفاق يحول دون هذا التعاقد (١).

ويثور التساؤل : حول مدى ضرورة توافر رضا المتعاقد الأصلى عند إبرام العقد من الباطن ؟ يرى البعض من الفقه أنه إذا لم يوجد نص أو شرط يمنع المتعاقد المشترك من التعاقد من الباطن ، فليس من الضرورى توافر رضا المتعاقد الأصلى عند إبرام هذا العقد لأن الأخير ليس طرفا فى هذا العقد أما إذا اشترط المتعاقد الأصلى أخذ موافقته على إبرام العقد من الباطن ، فهنا لابد من توافر رضا المتعاقد الأصلى عند إبرام هذا العقد ، وذلك من أجل نفاذ العقد فى حقه .

ب- التعاقد من الباطن من العقود الملزمة للجانبين :

التعاقد من الباطن كمبدأ عام من العقود الملزمة للجانبين فعند إبرامه تتولد التزامات متبادلة بين المتعاقد المشترك والمتعاقد من الباطن وإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته جاز للطرف الأخر أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته أو يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان له مقتضى .

ووفقا للمادة ٢٠٩ /١ من القانون المدنى الكويتى فإنه فى العقود الملزمة إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله ،وبعد إعذاره ، جاز للمتعاقد الآخر إن لم يفضل التمسك بالعقد ، أن يطلب من القاضى فسخه مع التعويض إن كان له مقتض ، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصرا بدوره فى الوفاء بالتزامه ، وتقابلها المادة ١٥٩ من القانون المدنى المصرى .

ج- التعاقد من الباطن تنشأ عنه علاقات قانونية ثلاثية :

التعاقد من الباطن عملية عقدية تفترض وجود عقدين وثلاثة أطراف ، العقد الأول هو العقد الأصلى الذى يبرم بين طرفين يطلق على أحدهما المتعاقد الأصلى وعلى الأخر المتعاقد المشترك ، والعقد الثانى هو العقد من الباطن الذى يبرم بين المتعاقد المشترك وشخص أجنبى عن العقد الأصلى ويطلق عليه المتعاقد من الباطن (٢)

---

(٢) د. عامر عاشور ، مرجع سابق ، ص٢١ .

(١) د. نبيلة إسماعيل رسلان ، النظرية العامة للعلاقات الثلاثية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، ١٩٨٧ ، ص ١٦٣ .

رابعا : **التبعية** :

من أبرز خصائص التعاقد من الباطن ، تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلى ، فوجود العقد من الباطن رهن بوجود العقد الأصلى ، ولذا يوصف العقد من الباطن بأنه عقد تبعى ، والذى يعرف بأنه العقد الذى لا كيان له إلا بصورة تبعية للعقد الأصلى وعلى ذلك إذا زال العقد الأصلى زال معه العقد التبعى (١) وعلى ذلك تعد التبعية من جهة واحدة ، فالعقد من الباطن يتبع العقد الأصلى وليس العكس ، أما من حيث التنفيذ فيتعين على أطراف العقد من الباطن تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها فى العقد من الباطن لا فى العقد الأصلى فقد تكون الالتزامات مختلفة فى العقد من الباطن عنها فى العقد الأصلى (٢)

(٢) د. مصطفى العوجى ، القانون المدنى ، العقد ، ج١ ، مؤسسة بحسون للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص١٤٤ . مشار إليه لدى د. عامر عاشور ، مرجع سابق ، ص ٢٤ .

(٣) د. محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٨٦

الفرع الثانى

تمييز التعاقد من الباطن عن الأنظمة القانونية المشابهة له .

لكل شىء طبيعته التى يتصف بها وحقيقته التى يقوم عليها ، وبالتالى تكتمل جوانبه ، وتتحدد خصائصه ، وتتضح معالمه ، فيأخذ شكله العام ، ومظهره الذى يعبر عن هذه الحقيقة ، وتلك الطبيعة ، وبهذا تختلف الأشياء وتتميز عن بعضها(١) وعقد المقاولة من الباطن له حقيقته التى يقوم عليها ، وطبيعته التى يتسم بها ، وبالتالى يتعين تمييزه عما يشتبه به من أفكار مماثلة له

أولا : التمييز بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد (٢)

التنازل عن العقد هو عبارة عن نقل مركز أحد المتعاقدين فى العقد مع ما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى المتنازل له . فالتنازل عن العقد يتمثل فى اتفاق بين المتنازل والمتنازل له بمقتضاه ينقل المتنازل مركزه العقدى فى العلاقة القانونية الناشئة عن العقد المتنازل عنه إلى المتنازل له فالتنازل عن العقد يتضمن حلول المتنازل له محل المتنازل فى العقد المتنازل عنه فى جانبه الايجابى ، أى الحقوق ، وفى جانبه السلبى ، أى الالتزامات ، فى آن واحد بالاضافة إلى ما يترتب على هذا المركز العقدى أو الصفة العقدية من بعض الحقوق .

والسؤال الآن ، هل اتفاق التنازل عقد ملزم لثلاثة أطراف أى ينشأ عنه ثلاث علاقات قانونية مركبة ؟ فى الحقيقية أن التنازل عن العقد ينشأ عنه عملية قانونية مركبة ثلاثية الأطراف ، أو ذات أطراف ثلاثة ، ولكنه لا ينشىء علاقة قانونية ثلاثية (٣)

---

(١) د. محمود عبدالرحيم الديب ، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم ، دراسة لإشكالات التعهد عن الغير ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص ١١ .

(٢) التنازل عن العقد له صورتان ، الصورة الأولى – التنازل القانونى ، الصورة الثانية التنازل الاتفاقى وكلا منهم يتميز بسمات وخصائص مختلفة ، حيث نجد أن التنازل القانونى فى معظم حالاته يتم دون حاجة إلى رضاء المتنازل لديه بالتنازل ، كما أنه ينفذ دون حاجة إلى أى إجراء من جانب المتنازل له ، كذلك أيضا نجد أن التنازل القانونى فى العقود الملزمة للجانبين يكون هناك ارتباط وتبادل بين الحقوق والالتزامات وبالتالى براءة ذمة المتنازل من التزاماته ، كليا أو جزئيا ، بقوة القانون ، كذلك أيضا فإنه فى أغلب حالات التنازل القانونى عن العقد تتم بالتبعية لتصرف قانونى انظر بالتفصيل : د. نبيل إبراهيم سعد ، التنازل عن العقد ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص ٦٢ وما بعدها .

(٣) هذا التحليل يؤدى بنا أيضا إلى طرح السؤالين الآتيين ، ما هو دور إرادة المتنازل لديه وما هو معناها فى اتفاق التنازل ؟ هل هى شرط فقط لنفاذ اتفاق التنازل فى مواجهة المتنازل لديه أم أنها شرط أساسى لانعقاد اتفاق التنازل ؟ ويرتبط بهذا السؤال سؤال آخر هام هل يبقى المتنازل لديه إلى جانب المتنازل له أم تبرأ ذمته بمجرد اتفاق التنازل ؟ أو بعبارة أخرى هل مجرد موافقة المتنازل لديه على التنازل تؤدى إلى براءة ذمة المتنازل ، أم أنه يبقى فى جميع الأحوال ملتزما فى مواجهته ؟ بدايه نجد ان التنازل عن العقد ما زال فى معظم التقنينات المقارنة نظام قانونى غير محدد وغير مكتمل ، كما أن طبيعة التنازل انقسمت التقنينات إلى قسمين : قسم يرى أن التنازل ليس إلا حوالة حق وحوالة دين فى

وإذا كانت التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن ، بات من المسلم بها الآن إلا أنها ما زالت تدق فى كثير من الأحيان ،ومحل خلاف فيما بين الفقهاء . فأصبح من المسلم به الآن أنه يجب التفرقة بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة . فى الوقت الحاضر فإن التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن لم تفترض ولكنها تقابل فى الحقيقة التعقيد المتزايد للعلاقات الاجتماعية فى المجتمعات الحديثة . فالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن وغيرها من أنظمة حديثة . تعتبر وسائل فنية تترجم فى الواقع التعقيد المتزايد للأنظمة القانونية ذات الصياغة الفنية الدقيقة والتى تتميز بها القوانين الحديثة . لذلك فإن مبدأ التفرقة لم يعد محل مناقشة أو خلاف ، وإنما الخلاف ينحصر فقط فى معيار التفرقة بينهما ، ويذهب الفقه الحديث إلى تحليل مضمون كل من النظامين ، من حيث الحقوق والالتزامات ويقيم التفرقة بينهما على أساس محل كل منهما .([1])

التمييز بين التعاقد من الباطن والأنظمة القانونية الأخرى :

السلسلة العقدية باعتبارها أحد الأشكال القانونية حديثة الظهور نسبيا فقد لاقت اعتناء الفقه ، حيث عرفها البعض بأنها عبارة عن مجموعة من الأشخاص الذين يساهمون فى تكوين تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد أو مترابطة بقصد تحقيق هدف اقتصادى مشترك ([2]) ، وبالتالى فهى مجموعة عقود يربطها وحدة الهدف ، كما لو أن هناك مجموعة من العقود المشتركة لتحقيق هدف واحد مثال ذلك مجموعة العقود التى تبرم من أجل بناء منشأة ، كما إذا تم إبرام عقد مقاولة أصلى وقام المقاول الأصلى بإبرام عقد مقاولة من الباطن وقام المقاول من الباطن بإبرام عقد لشراء المواد الخام ففى تلك المجموعة نجد أن هناك هدف واحد أو سبب واحد يجمع بين تلك العقود ويربطها وهو القيام بتنفيذ البناء محل عقد المقاولة الأصلى بحيث أن عدم تنفيذ أى من هذه العقود يؤثر على تحقيق ذلك الهدف ([3]).

وفى ذات السياق يتميز التعاقد من الباطن عن فكرة العقود غير المتسلسلة والتى تعنى مجموعة عقود تهدف إلى تحقيق هدف واحد ولكنها غير متسلسلة ، ومثال ذلك لو أن (أ) أراد بناء منشأة فأبرم عقد مع (ب) ليقوم بالبناء وأبرم فى نفس الوقت عقد مع (ج) للقيام بأعمال النجارة وعقد مع

نفس الوقت ، وقســـم آخر يرى أن التنازل عن العقد نظام قانونى مســـتقل عن حوالة الحق وحوالة الدين . ولذلك أورد قواعد قانونية عامة منظمة له ، انظر بالتفصيل : د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص ٦٨ وما بعدها .

(١) د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص ٨٢ وما بعدها .

(٢) د. فيصل زكى عبدالواحد ، المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ، دار الثقافة الجامعية ، ١٩٩١ –١٩٩٢ ، ص ١٢ ، د. أشـــرف عبدالعظيم عبدالواحد ، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ، رســـالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٥٤

(٣) د. محمود عبدالحى عبدالله بيصار ، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية أثر العقد ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٩ ، ص ٢١٢ وما بعدها .

(د) للقيام بأعمال الإنارة وتتميز تلك المجموعة بأنها توجد علاقات تعاقدية موضوعية فى نفس الوقت بين المتعاقد المؤسس وجميع المشاركين الآخرين فى المجموعة فالبناء فى هذه المجموعة بناء دائرى حيث أنها متزامنة فى الوجود ومتحدة فى الهدف ([1]).

فإذا كانت العقود المشتركة تتشابه مع التعاقد من الباطن فى وجود أكثر من عقد فى كلا النظامين ، إلا أن هذا التقارب بين النظامين لا يلغى الاختلاف القائم بينهما ، إذ أنهما يختلفان فى عدة نقاط جوهرية ، تبرز من خلالها خصوصية واستقلال كل منهما والتى يمكن إيجازها فى النقاط التالية :

أ- من حيث طبيعة العلاقات الناشئة عنهما :

التعاقد من الباطن لا يؤدى إلى نشوء علاقة مباشرة بين المتعاقد الأصلى والمتعاقد من الباطن ، فيما عدا الحالات الاستثنائية المنصوص عليها فى القانون ، بينما فى العقود المشتركة ، يرتبط المتعاقد الأصلى مع المتعاقدين المشاركين كافة بعلاقات عقدية مباشرة ، فيرجع كل متعاقد على المتعاقد الأصلى استناداً للعقد المبرم بينهما ([2]).

---

(١) ويرى البعض من الفقه أن مجموعة العقود غير المتسلسلة ذات البناء الدائرى لا تمثل صورة من صور السلسلة العقدية مستنداً فى ذلك إلى أن الأسرة العقدية تسمح بوجود دعوى تربط بين أطرافها أما المجموع العقدى ذات البناء الدائرى لا يسمح بإنشاء علاقة عقدية تربط بين شخصين غير متعاقدين حيث نجد أن إخلال (ب) بالتزاماته العقدية مع (أ) لا يسبب أضرار لكل من (ج) و (د) وبالتالى ليس لأحدهم (ج أو د) مصلحة فى مطالبة (ب) بتنفيذ التزاماته فالمضرور هو (أ) وله وحده حق مطالبة (ب) بمقتضى دعوى المسئولية العقدية ، انظر د. أشرف عبدالعظيم عبدالواحد ، مرجع سابق ، ص ٣٥٩ .

على العكس من الرأى المتقدم ذهب رأى إلى أن العقود غير المتسلسلة ذات البناء الدائرى تعد صورة من صور الأسرة العقدية وذلك لأن السماح أو عدم السماح بدعوى المسئولية العقدية فى نطاق المجموع العقدى ذو البناء الدائرى ليس دليل على أن تلك الأخير ليس من صور السلسلة العقدية ولا يصلح أن يكون دليل لأن السماح أو عدم السماح نتيجة لاثبات حقيقة معينة يقتضى إثبات حقيقة تلك الصورة وطبيعتها ويأتى بعد ذلك إقرار الدعوى العقدية باعتبارها أحد الأحكام الناجمة عن فكرة الأسرة العقدية أو عدم إقرار الدعوى إذا وجدنا أن المجموع العقدى ذو البناء الدائرى ينطبق عليه فكرة السلسلة العقدية حيث يجب إقرار دعوى المسئولية العقدية فى نطاقه وإلا العكس .

وفيما يتعلك بأن المجموع العقدى لا يسمح بإنشاء علاقة عقدية تربط بين شخصين غير متعاقدين نظرا لأن فى المثال الذى تم عرضه لا يسبب إخلال (ب) بالتزامه مع (أ) إضرار لكل من (ج أو د) ومن ثم ليس لأحدهما مصلحة فى مطالبة (ب) فى تنفيذ التزامه فالمضرور (أ) له وحده حق مطالبة (ب) بمقتضى دعوى المسئولية ، هذا القول : يرد عليه بأن : فكرة السلسلة العقدية لا تقوم الرابطة بين أطرافها على العلاقة المباشرة ولكنها تقوم على فكرة الرابطة الموضوعية المتمثلة فى وحدة المحل أو الهدف وتلك الرابطة الموضوعية متحققة فى صورة المجموع العقدى ذو البناء الدائرة . كذلك أيضا فإن المصلحة باعتبارها مناط الدعوى ، بصفة عامة سواء فى صورة العقد البسيطة أو السلسلة العقدية المتسلسلة أو غير المتسلسة وعدم وجود مصلحة لانعدام الضرر قد يتصور فى كافة الصور السالفة ومن ثم فلا يجب الإستناد إليه لإخراج تلك الصورة من صور السلسلة العقدية ، انظر بالتفصيل: د. محمود عبدالحى عبدالله ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ وما بعدها .

(٢) د. عامر عاشور ، مرجع سابق ، ص ٧٢ .

من حيث شكل البناء التعاقدى :

يأخذ البناء التعاقدى فى التعاقد من الباطن الشكل الرأسى أى سلسلة عقدية ، فى حين أن البناء التعاقدى فى العقود المشتركة يأخذ شكل البناء الأفقى .

من حيث الهدف :

فى التعاقد من الباطن قد يكون العقد الأصلى والعقد من الباطن متحدين فى الهدف كما هو الحال فى عقد المقاولة من الباطن ، إذ يكون الهدف هو تنفيذ العقد ، وقد يكون الهدف الأصلى مختلفا عن هدف العقد من الباطن .

من حيث التعاقب أو التزامن فى إبرام العقود :

فى التعاقد من الباطن لابد أن يكون العقد الأصلى سابقا فى وجوده على وجود العقد من الباطن لأن العقد الأخير يستعير وجوده من وجود الأول بينما تتميز العقود المشتركة بأنها قد تبرم فى وقت واحد ، أى قد يكون هناك تزامن فى وجود هذه العقود([1])

ولا يقتصر اللجوء إلى التقاول من الباطن على المقاول العام بل قد يلجأ المقاول من الباطن هو الآخر إلى مقاول من الباطن لتنفيذ التزاماته ويسمى المقاول من الباطن الأخير بالمقاول من الباطن من الدرجة الثانية . ووفقا للقواعد القانونية العامة فإن المقاول من الباطن يعتبر مقاولا عاما أو صاحبا للعمل لمن تعاقد معه من الباطن . وقد اكتسبت هذه المشكلة أهمية خاصة فى ظل القانون الفرنسى الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ والذى ينظم المقاولة من الباطن واستيفاء المقاولين من الباطن لحقوقهم مباشرة من رب العمل . فقد استلهم القضاء الفرنسى الحكمة من صدور هذا القانون ، فقرر الاعتراف بحق الرجوع المباشر لجميع المقاولين من الباطن ودون تمييز ، سواء كانوا من الدرجة الثانية أو أبعد من ذلك . إلا أن الرجوع يقتصر على مالك المشروع ، فلا يجوز لهم الرجوع على المقاول العام . الملاحظ على هذا القانون أنه اعتبر مالك المشروع هو رب العمل بالنسبة لجميع المقاولين من الباطن ، أيا كانت درجاتهم . وذلك خلافا للقواعد العامة من أن المقاول من الباطن يعتبر صاحب عمل بالنسبة لمن تعاقد معهم وليس المقاول العام أو مالك المشروع([2]).

ونلاحظ أخيرا أن تنظيم الوفاء بمستحقات المقاولين من الباطن لا يقتصر على المقاولات العقارية ، بل يشمل أيضا المقاولات التى ترد على منقولات . فهذا القانون يتجاوز حدود المقاولات المعمارية . وتحقيقا لحماية المقاولين من الباطن باعتبارهم الطرف الضعيف اقتصاديا فى علاقاتهم مع

---

(١) د. عامر عاشور ، مرجع سابق ، ص ٧٣ .

[2] الدكتور سنان الشطناوي،الدكتور محمد العزام ، عقد المقاولة من الباطن في القانونيين الاماراتي والفرنسي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، العدد ٧١ ، مارس ٢٠٢٠ ، صفحة ١٢.

المقاول العام . فقد أوجب القانون المشار إليه على المقاول العام أن يخطر مالك المشروع عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه باسم أو أسماء المقاولين من الباطن والشروط المتعلقة بالوفاء بمستحقاتهم ، وأن يحصل على موافقة مالك المشروع بشأنها . والجزاء المترتب على إخلال المقاول العام بهذا الالتزام هو عدم جواز تمسكه فى مواجهة المقاول من الباطن بأحكام العقد المبرم معه . وأن التمسك بنصوص هذا العقد من عدمه ، تقتصر على المقاول من الباطن . وفى حالة الحكم ببطلان العقد ، فإن مسئولية الطرفين تسوى وفقا للقواعد العامة فى المسئولية المدنية .

وتطبيقا لذلك فقد قضى ، بأن حرمان المقاول العام من التمسك بنصوص عقد المقاولة من الباطن ، لا تعنى بأننا بصدد حالة من حالات انعدام المسئولية . ذلك أن القانون لا يعرف حالة من حالات انعدام المسئولية لإنسان فى كامل وعيه . وفى هذه الحالة فإن العلاقة بين طرفى المقاولة من الباطن – عند الحكم ببطلانها – فإنه وإن كان من غير الممكن الحديث عن التزام عقدى بتحقيق نتيجة ، إلا أن هذه العلاقة تخضع لأحكام المسئولية التقصيرية ، بما يجيز الرجوع بالمسئولية على المقاول من الباطن على أساس الخطأ الواجب الإثبات .

وفى هذا المجال تجدر الإشارة إلى المادة ٦٦٢ من القانون المدنى المصرى ، والتى أجازت للمقاول من الباطن وعماله الرجوع بحقوقهم مباشرة على رب العمل ، بما لا يجاوز القدر الذى يكون به مدينا للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى مع ملاحظة أن حق الرجوع فى المادة المذكورة ، لا يرتبط بتنظيم معين للإعلان عن المقاولين من الباطن المشاركين فى تنفيذ الأعمال الإنشائية على النحو الوارد فى التشريع الفرنسى سابق الذكر (١)

---

(١) وقد قضت محكمة التمييز الكويتية ، الدائرة التجارية ، جلسة ٢٠٠٣/١٢/١٠ ، الطعن رقم ٢٠٠٢/٦٨ تجاري وحيث إن الوقائع –وعلى ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصل في أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ١٩٩٧/٤٠٩ تجاري كلي على المطعون ضدهم بطلب الحكم وفق طلباتها الختامية أولاً: بإلزام المطعون ضدها الأولى والثاني بالتضامن والتضامم بدفع قيمة خطابي الضمان وقدرها ٨٠٨٠٠ د.ك والفوائد القانونية بواقع ٧٪ سنوياً من ١٩٩٨/١٠/١٣ وحتى تمام السداد. ثانياً: بإلزام المطعون ضدها الأولى والمطعون ضده الثاني بصفته بالتضامن والتضامم بأن يدفعا لها مبلغ ١٦٢.٧٥٤.٧٦٠ د.ك والفوائد القانونية بواقع ٧٪ من تاريخ رفع الدعوى في ١٩٩٧/٥/٧ وحتى تمام السداد. ثالثاً: بصحة وتثبيت إجراءات الحجز التحفظي رقم ١٩٩٧/٥٣٧ المؤرخ ١٩٩٧/١٠/٢١ والحجز التحفظي رقم ١٩٩٨/٥٢٠ المؤرخ ١٩٩٨/١٠/١٤ واحتياطياً إلزام المطعون ضدهما الأولى والثاني بصفته بالتضامن والتضامم بأن يؤدوا لها مبلغ ٢٤٣.٥٥٤.٧٦٠ د.ك والفوائد القانونية بواقع ٧٪ من تاريخ رفع الدعوى وقالت بياناً لدعواها إنه بموجب عقد مقاولة من الباطن مؤرخ ١٩٩٥/٨/٢٤ تعاقدت مع الشركة المطعون ضدها الأولى على القيام بتوريد وتركيب أعمال التكييف في مشروع مجمع البريد والبرق والهاتف في جنوب منطقة الصباحية والذي كانت قد تعاقدت على تنفيذه المطعون ضدها الأولى مع المطعون ضده الثاني وقامت بتنفيذ جميع التزاماتها التعاقدية حتى أوقفت عن العمل بسبب خلاف ثار بين المطعون ضدهما المذكورين وقام المطعون ضده الثاني بتاريخ ١٩٩٧/١١/١١ بإلغاء العقد المبرم بينه وبين المطعون ضدها الأولى وكانت الطاعنة قد قامت بتنفيذ تعاقدها بتوريد معدات التكييف المتعاقد عليها وبلغت قيمة الأعمال المنفذة مبلغ ٢٤٧٦٣٠.٨٢٩ د.ك ولم تتسلم منها سوى

مبلغ ٢٠٢٠٠ د.ك فيكون جملة المستحق لها في ذمة المطعون ضدها الأولى مبلغ ٢٢٧.٤٣٠.٨٢٩ د.ك امتنعت عن سداده، كما أنها أصدرت خطابي ضمان مصرفيين صادرين عن بنك برقان بمبلغ ٤٠٤٠٠ د.ك ولم يعد لهذين الخطابين مبرر بعد إلغاء التعاقد مع المقاول الرئيسي وأن وجودهما تحت يد المطعون ضدها الأولى يشكل خطرا على حقوقها ولذا فقد أقامت الدعوى، كما أقامت الطاعنة الدعوى رقم ١٩٩٧/٩٨٠ تجاري كلي ضد المطعون ضدهما الأولى والثاني بطلب الحكم بإثبات صحة إجراءات الحجز التحفظي رقم ١٩٩٧/٥٣٧ والمؤرخ ١٩٩٧/١٠/٢١ في مواجهة المطعون ضده الثاني بصفته كما أقامت الطاعنة أيضا الدعوى رقم ١٩٩٨/١٠٥٤ تجاري كلي ضد المطعون ضدهم عدا الثاني بطلب الحكم بإثبات صحة إجراءات الحجز التحفظي رقم ١٩٩٨/٥٢٠ تجاري كلي والمؤرخ ١٩٩٨/١٠/١٤. ضمت المحكمة الدعاوي الثلاث ثم ندبت خبيراً وبعد أن أودع تقريره قضت أولاً: في الدعوى رقم ١٩٩٧/٤٠٩ تجاري كلي بإلزام المطعون ضدها الأولى بأن تؤدي للطاعنة مبلغ ٨٠٨٠٠ د.ك قيمة خطابي الضمان وفوائده القانونية بواقع ٧٪ من تاريخ السحب الحاصل في ١٩٩٨/١٠/١٣ حتى تمام السداد وبإلزامها بأن تؤدي لها مبلغ ١٦٢.٧٥٤.٧٦٠ د.ك والفوائد القانونية بواقع ٧٪ من تاريخ المطالبة القضائية الحاصلة في ١٩٩٧/٥/٧ ورفضت الدعوى قبل باقي المطعون ضدهم. ثانياً: في الدعوى رقم ١٩٩٧/٩٨٠ تجاري بصحة إجراءات الحجز التحفظي رقم ١٩٩٧/٥٣٧. ثالثاً: في الدعوى رقم ١٩٩٨/١٠٥٤ تجاري كلي بعدم الاعتداد بالحجز التحفظي رقم ١٩٩٨/٥٢٠ المؤرخ ١٩٩٨/١٠/١٤ واعتباره كأن لم يكن وزوال كافة ما ترتب عليه من آثار. استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٩٩٩/١٣٩ تجاري، وبتاريخ ١٨ رمضان ١٤٢٠ هـ الموافق ١٩٩٩/١٢/٢٦ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق التمييز وأودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن، وإذ عرض على هذه المحكمة في غرفة المشورة حددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد من ثلاثة أوجه تنعي الطاعنة بالوجه الأول منها على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب إذ لم يعرض لأسبابها التي أوردتها بصحيفة استئنافها ومذكرات دفاعها مما يعيبه ويستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي غير مقبول، ذلك أن من المقرر –في قضاء هذه المحكمة– أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ من قانون المرافعات قد حددت على سبيل الوجوب البيانات التي يلزم إدراجها في صحيفة الطعن ومن بين تلك البيانات الأسباب التي بني عليها الطعن والمقصود بهذا البيان أن يكون محدداً بذاته لأسباب الطعن وعلى صورة يتعسر معها لمن يطالعها أن يفهم الموضوع الواقع فيه الخطأ القانوني والقواعد القانونية التي خولفت وأن يكون كل سبب يراد التحدي به مبيناً على وجه اليقين والتحديد كاشفاً عن المقصود منه كشفا نافياً عنه الغموض والجهالة ويبين منه العوار الذي يعزوه الطاعن إلى الحكم وموضعه منه وأثره في قضائه أما الاقتصار على عبارات عامة مبهمة فهو لا يؤدي إلى ما قصده الشارع. لما كان ذلك، وكانت الطاعنة لم تبين ماهية الأسباب والدفاع الذي أوردته بمذكرتها وما قدمه أمام المحكمة أو بصحيفة استئنافها والتي لم يعرض لها الحكم وأثرها في قضائه فإن نعيها بهذا الوجه يكون مجهلاً ومن ثم غير مقبول.

وحيث إن الطاعنة تنعي بالوجه الثاني من سبب الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب وفى بيان ذلك تقول إنه قضى بإلزام المطعون ضدها الأولى بالمبلغ المحكوم به ورفض إلزام المطعون ضده الثاني (وكيل وزارة المواصلات) على الرغم من أن الخبير المنتدب في الدعوى أثبت أن للأولى لدى الثاني بصفته مبلغ ٧٢٨٨٠.٧٦٧ د.ك ومن ثم يكون لها الحق في هذا المبلغ لامتياز دينها طبقاً للمادة ٦٨٢ من القانون المدني، كما رفض الحكم إلزام بنكي برقان والكويت الوطني برد قيمة خطابي الضمان رغم خطئهما وتواطؤهما مع المطعون ضدها الأولى وتسييل قيمتهما بالرغم من توقيع الحجز التحفظي عليها سيما وأنها أخطرت بنك برقان بعدم أحقية المستفيد (المطعون ضدها الأولى) في صرف قيمة الخطابين سالفي الذكر مما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه.

المطلب الثانى

النظام القانونى لعقد المقاولة من الباطن (المنشئات المعمارية نموذجا) .

تتميز المقاولة من الباطن فى مجال المنشئات المعمارية بأن المقاول من الباطن يقتصر دوره على تقديم الخدمات والمتمثل فى تنفيذ المبانى وفقا للأصول الفنية المتعارف عليها . إلا أنه يبدو أن الاتجاهات الحديثة تتجه إلى توسيع مفهوم المقاولة من الباطن . بحيث يدخل فى عدادها العقود التى يبرمها المقاول الأصلى مع موردى المواد والتى كان ينظر إليها تقليديا على أنها من عقود البيع أو التوريد .

وحيث إن هذا النعي في جملته مردود، ذلك أن مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٦٨٢ من القانون أنه وإن كان المشرع قد أعطى للمقاول من الباطن دعوى مباشرة قبل رب العمل بما هو مستحق له قبل المقاول الأصلي، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلي ناشئاً عن عقد المقاولة، كما أن من المقرر أن صدور خطاب الضمان بناء على طلب العميل لا ينشأ له حقاً على قيمته لأن البنك لم يتعهد بأدائها له وإنما بضمانه في حدودها، كما لا تمثل حقاً للعميل لدى المستفيد، ومن ثم فإن العميل لا يستطيع المطالبة بها ولا يجوز لدائنيه توقيع الحجز عليها تحت يد البنك أو لدى المستفيد ولا تدخل في ذمة الأخير المالية إلا إذا طلبها هو شخصياً في حدود التزام البنك وشروطه المبينة في الخطاب. لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى قبل المطعون ضده الثاني (وكيل وزارة المواصلات) ورفض طلب إلزام بنكي برقان والكويت الوطني بالتضامن برد قيمة خطابي الضمان وببطلان الحجز رقم ١٩٩٨/٥٢٠ على ما خلص إليه من أن الثابت من تقرير الخبير المنتدب أن العقد المبرم بين المدعى عليها ووزارة المواصلات قد تم إلغاؤه بسبب تقصيرها وإخلالها بالعقد المبرم بينهما، وأنه لم تتم التسوية بينهما بسبب عدم إنجاز المشروع بواسطة المقاول المستكمل للأعمال،وأنه من حق وزارة المواصلات عند سحب العملية أن ترجع على المقاول الذي أخل بالتزامه معها بكافة ما تكبدته من خسائر وتعويضها عن الأضرار وذلك خصماً من أية مبالغ مستحقة قبلها وأن المبلغ الذي أظهره الخبير وهو ٧٢٨٨٠.٧٦٨ د.ك لا يكون مستحقاً بل من المحتمل أن يكون محل منازعة بينهما ولم يكن مستحقاً حتى تاريخ رفع الدعوى، وأن صدور خطابي الضمان بناء على طلب الشركة المدعية لا ينشئ للأخيرة حقاً على قيمتها لدى البنك لأن الأخير لم يتعهد بأداء ثمنها لها وإنما بضمانها في حدودها، كما أن البنك مصدر خطابي الضمان لا يملك الامتناع عن أداء قيمتهما للمستفيد متى طلب ذلك خلال المدة المبينة بالخطابين وأن الثابت أن المستفيد قام بصرف قيمتهما خلال مدة سريانهما ويكون تصرف البنكين قد تم وفق صحيح القانون وكان لا يحق للعميل المطالبة بقيمة خطابي الضمان خلال المدة المبينة به ولا يجوز للطاعنة توقيع الحجز التحفظي عليه تحت يد البنك أو لدى المستفيد ويكون الحجز رقم ١٩٩٨/٥٢٠ الموقع منها باطلاً، وكان هذا الاستخلاص سائغاً ويتفق وصحيح القانون فإن النعي عليه بهذا الوجه يكون على غير أساس.

وحيث إن الطاعنة تنعي بالوجه الثالث من سبب الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول إنه انتهى إلى بطلان الحجز التحفظي رقم ١٩٩٨/٥٢٠ المؤرخ ١٩٩٨/١٠/١٤ لبطلان إعلان المطعون ضدها الأولى المحجوز عليها خلال الثمانية أيام التالية لتوقيع الحجز في حين أن إعلان هذا الحجز تم صحيحاً وخلال المواعيد المقررة قانوناً وأنها قدمت أمام المحكمة ما يفيد تدهور أوضاع المطعون ضدها الأولى وأن موطنها غير معلوم ويكون إعلانها في مواجهة النيابة العامة قد تم صحيحاً خلافاً لما انتهى إليه الحكم المطعون فيه مما يعيبه ويستوجب تمييزه.

وفى هذا الإطار تجدر الإشارة إلى القرار الصادر من المجموعة الأوربية رقم ٨٢-٨٥٤ فى ١٠ ديسمبر ١٩٨٢ والذى يعرف عقد المقاولة من الباطن بطريقة لا تميز بين المقاول والمورد فقد ورد فيه أنه من الملائم أن يقصد بالمقاولة من الباطن : بأنها تعنى ذلك الوضع الذى يبرم فيه أحد المشروعات والذى يطلق عليه المقاول الأصلى عقداً مع مشروع (المقاول من الباطن) يتفق فيه على أن يلتزم فيه هذا الأخير بتليم عناصر أو مكونات أو أن يقوم بأداء ، يتعين على المقاول الأصلى إدماجه أو استعماله فى مركب أو مجمع أو مجمعات طلبت منه ، من قبل المشترى ، على أن يكون من المعلوم أنه من الناحية القانونية ، فإن المقاول من الباطن ليس موقعا على العقد المبرم بين المتعاقد الأصلى والمشترى . ويظل المتعاقد الأصلى هو المسئول الوحيد عن تنفيذ العقد فى مواجهة المشترى وتقع عليه كافة المخاطر التى يمكن أن تكون محلا للتأمين .

وفى هذا الأطار فإن الملاحظ على المستوى الدولى والوطنى إدماج الموردين والصناع فى عداد المقاولين من الباطن . وهو ما أخذ به التشريع الفرنسى رقم ٧٥-١٢٢٤ والصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ والمتعلق بالمقاولة من الباطن . وفى ذات المنظور الذى يوسع من دائرة المقاولين من الباطن ، تنص المادة ١/٩٥ من عقد الفيديك على اعتبار جميع المتخصصين والتجار القائمين بالتنفيذ لأى من الأعمال ، أو من يعهد إليهم بعمليات توريد البضائع والمواد والخدمات وكان أولئك قد رصدت لعملياتهم مبالغ تقديرية فى عقد المقاولة والتزم المقاول العام بالتعاقد معهم ، فإنهم يعتبرون مقاولين من الباطن . ويطلق عليهم المقاولين من الباطن المعينين . بمقتضى العقد أو مقاولى الباطن المسمين بالعقد [١]

وفى إطار عقد الفيدك فإنه متى تطلب العقد الأصلى من المقاول العام استعمال منتج بعينه فى تنفيذ عمليات البناء أو جزء منها ، فإن صانع هذا المنتج أو مورده يعتبر مقاولا من الباطن معينا بمقتضى العقد ويلتزم المقاول العام بالتعاقد معه متى كان هناك مورد واحد أو صانع وحيد لهذا المنتج وذلك دون حاجة لأن يعين هذا المورد أو المنتج بالأسم . ويطبق فى شأنه القواعد الخاصة بحساب المبالغ المستحقة للمقاول العام فى تعاقداته مع المقاولين من الباطن ([٢]) ، و سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الأول : مهام وسلطات المهندس المعمارى وممثله فى موقع العمل وحدود التعاقد من الباطن

الفرع الثانى : أوجه الربط وصور التبعية بين المقاولين من الباطن والعقد الأصلى

---

[١] التعاقد من الباطن يحددها القانون المدني الفرنسي رقم ٧٥- ١٣٣٤ في ٣١ ديسمبر عام ١٩٧٥، La sous-traitance est régie par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 (J.O. du 3 janvier 1976). modifiée à plusieurs reprises

(٢) الدكتور مصطفى كامل عصيمي ، عقد المقاولة من الباطن في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة اسيوط ، سنة ٢٠٠٢ ، صفحة ٢٢٠.

الفرع الأول

مهام وسلطات المهندس المعمارى وممثله فى موقع العمل وحدود التعاقد من الباطن .

يعد المهندس المعمارى ممثلا لمالك المشروع فى موقع العمل ، فى الرقابة على تنفيذ الأعمال المعمارية ، وتحرص الشروط العامة على تحديد سلطات المهندس المعمارى التى عليه أن يباشرها بنفسه وتلك التى يجوز له أن يفوض فيها لمن يمثله فى موقع العمل .

أولا : مهام المهندس المعمارى وحدود التعاقد من الباطن :

تقتصر المقاولة من الباطن فى مجال المنشئات المعمارية على المهام التى يقوم بها المقاول الأصلى ، وهى التنفيذ المادى لأعمال البناء وعلى ذلك لا يجوز المقاولة من الباطن فيما يتعلق بالمهام التى يتولاها المهندس المعمارى ، وتتمثل فيما يقدمه من خدمات ذهنية أو معنوية تتمثل فى وضع الرسوم والتصميمات الهندسية .وقد حظر تقنين الواجبات المهنية على المهندس المعمارى فى فرنسا على المهندس المعمارى أن يقبل من الباطن القيام بوضع التصميمات الهندسية لمشروع معمارى أو أن يتنازل عن واجبه فى القيام بها إلى الغير . وهذا الحظر له ما يبرره لما لهذا الالتزام من طابع شخصى إذ أن مالك المشروع يعهد به إلى المهندس المعمارى لما يتمتع به هذا الأخير من خبرة وكفاءة خاصة (١)

ثانيا : مهام ممثل المهندس المعمارى فى موقع العمل ومسئوليته :

تنظيم لمسئولية ممثل المهندس المعمارى وواجباته فى الإشراف والرقابة على تنفيذ الأعمال المعمارية. يرجع فى شأنها إلى ما أورده المتعاقدان فى الشروط العامة فى العقد وعند النقص يرجع إلى القواعد العامة فى المسئولية المدنية . وعادة ما يرد فى العقود بند يقيد سلطة المهندس فى تفويض واجباته فى مراقبة تنفيذ العقد ، ويربطها بشرط موافقة صاحبة العمل .

ويعد ممثل المهندس المعمارى شأنه فى ذلك شأن بقية الفنيين الذين يستعين بهم المهندس المعمارى لإنجاز مهامه ، تابعاً له . ويسأل عنه المهندس وفقا للمادة ١٧٤ من القانون المدنى المصرى مسئولية المتبوع عن الأضرار التى يحدثها تابعه بعمله غير المشروع .

---

(١) عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ١٩٨٧، ص٥٥٠ ومابعدها.

ولا يستطيع المهندس المعمارى دفع مسئوليته أو الإعفاء من التزامه بالضمان ، استناداً إلى الأخطاء الصادرة عن ممثلة أو تابعه بصفة عامة ، فلا يجوز له ذلك ولو لم يكن حراً فى اختيارهم ، بأن كان رب العمل هو الذى أمده بهم . إذ يكفى لتحقيق رابطة التبعية أن يكون للمتبوع سبطة فعلية فى الرقابة والتوجيه ([1])

وفى عقد الفيدك والمتعلق بشروط عقود مقاولات الهندسة المدنية الصادر عن الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين ، فقد تعرض فى المادة الثانية (الجزء الأول الشروط العامة) تعرض لاختيار ممثل المهندس ولسلطة المهندس فى تفويض اختصاصاته .

فقررت المادة ٢/٢ : أن المهندس يعين ممثله لكى يباشر الواجبات والمسئوليات التى يتم تفويضه فيها ويكون مسئولا أمام المهندس المعمارى .

والنص يتحدث عن تعيين ممثل المهندس دون أن يحدد طبيعة العقد الذى يتم بمقتضاه هذا التعيين . ونعتقد أن تعيين ممثل المهندس لا يكون إلا فى إطار عقد العمل . لأن هذا الأخير يخضع لرقابة وتوجيه المهندس ويكون له عزله عند الاقتضاء . ولا يتمتع ممثل المهندس بالاستقلال فى مباشرة ما يفوض فيه أعمال وهو ما يباعد بينه وبين المقاولين من الباطن .

وأجازت المادة ٣/٢ من العقد المذكور للمهندس أن يفوض فى بعض اختصاصاته وسلطاته إلى من يمثله فى موقع العمل . كما أن له أن يلغى هذا التفويض . إلا أن التفويض وكذلك إلغائه ، يجب أن يكون كتابة . كما أن هذا التفويض ، لا يعتبر نافذاً فى مواجهة المقاول أو مالك المشروع ، إلا إذا تم إخطارهم كتابة بالتفويض وبصورة من قرار التفويض الصادر عن المهندس([2]).

وتتلخص مهام ممثل المهندس فى الرقابة عن تنفيذ الأعمال الإنشائية والتأكد من جودة المواد المستخدمة فى البناء وإعطاء الموافقة عليها . إلا أن السلطات التى يباشرها ممثل المهندس بالتفويض لا تنزع اختصاصات الأصيل وهو المهندس المفوض إذ يجوز لهذا الأخير أن يعترض على الموافقة الصادرة من ممثلة ويرفض اعتماد استخدام مواد معينة ، أو إصدار تعليمات بتصحيح أوضاع معينة (م/٣ من عقد الفيدك) . وبصفة عامة يكون القرار الصادر من ممثل المهندس

---

(١) الدكتور أحمد البهجي ، عقود الفيديك وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل ،دار الجامعة الجديدة ، الطبعة الثانية ، سنة ٢٠٠٢ ، صفحة ٢٤٠.

[2] لاحظ عقود الفيديك المعروف لدي الاتحاد الدولي للاستشارات الهندسية بالفرنسية والإنجليزية Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils) حقيقة أن المنظمة تدعى بالفرنسية) يجمل شهادة على تأسيسها في عام ١٩١٣ من قبل ثلاثة بلدان ناطقة بالفرنسية كليا أو جزئيا. الدول الأعضاء المؤسسين لفيديك كانت بلجيكا، فرنسا وسويسرا.

فى حدود التفويض فى قوة القرار الصادر من المهندس نفسه ، كما أنه يجب أن يكون مكتوبا . ويكون للمقاول الاعتراض على القرارات الصادرة من ممثل المهندس ، ويفصل المهندس المفوض فى هذا الاعتراض.

ويكون للمهندس ولممثلة سلطة تعين الفنيين المساعدين اللازمين للمعاونة فى أداء المهام التى يباشرها ممثل المهندس . ولكن لا يكون لهؤلاء الفنيين ، إصدار أوامر تعليمات إلى المقاول إلا فى حالة الضرورة وفى حدود اختصاصات ممثل المهندس . وان تكون هذه التعليمات متعلقة بالموافقة على المواد أو المعدات المستخدمة فى البناء ، متى كانت مطابقة للمواصفات المحددة فى العقد (م٤/٢) وتكون التعليمات الصادرة عنهم فى قوة التعليمات الصادرة عن ممثل المهندس(١) وفى النهاية فإن ممثل المهندس المعمارى عندما يباشر اختصاصاته وسلطاته التقديرية فى تعيين ممثله فى موقع العمل أو تعيين الفنيين المساعدين ، فإن عليه أن يلتزم بالحيدة والموضوعية فى هذا الاختيار . وأنه يمكن للمقاول أو صاحب العمل المنازعة فى قرارات المهندس ، إذ لم تتوافر فيها الحيدة والموضوعية .

الفرع الثانى

أوجه الربط وصور التبعية بين المقاولين من الباطن والعقد الأصلى

وفقا لمبدأ نسبية آثار العقود ، وأن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقديها ، فإن المقاول من الباطن يعتبر غيراً بالنسبة لمالك المشروع . كما أنه لا يجوز الاحتجاج عليه . بما ورد من شروط ، فى عقد المقاولة المبرم بين المقاول الأصلى ومالك المشروع . وأن هذا العقد لا يمكن أن يكون مصدراً لالتزامات تقع على عاتق المقاول من الباطن . فمثل هذا العقد – وفقا لهذا المبدأ – لا يمثل سوى واقعة مادية مستقلة عنه ، ولا تولد فى مواجهته أثراً قانونياً .

ولا شك أن مثل هذا المبدأ ، وتطبيقه بصورته المجردة تلك ، لا يلائم عقود المقاولات ، التى تقتضى التنسيق بين العقد الأصلى والمقاولة من الباطن ، لكى يأتى التنفيذ مطابقاً لما اتفق عليه . كما أن المبدأ المذكور قد أصبح محل شك كبير . إذ أن عقود المقاولات المعمارية ، لا تقبل مثل هذا الانفصال . وغالبا ما يوجد نوع من الارتباط بين العقد الأصلى والمقاولة من الباطن .

وهذا الارتباط يأخذ صوراً متعددة ، تفيد فى مجملها تقييد سلطة المقاول العام فى التعاقد من الباطن . وأن يكون تعاقده فى إطار العقد الأصلى المبرم مع مالك المشروع . ويتقيد المقاول فى عقود المقاولة من الباطن ، بتعيين المقاولين من الباطن وذلك من خلال تسميتهم وتحديد أشخاصهم .

---

(١) د. احمد ابو قرين ، مرجع سابق ، ص٣٤.

كما قد تفرض قيود على المقاول العام ، تتعلق بمحتوى العقود التى يقوم بإبرامها من الباطن . لكى تأتى متناسقة مع العقد الأصلى وتدعم مسئولية المقاول من الباطن ، ليس فقط فى مواجهة المقاول الأصلى ولكن أيضا فى مواجهة مالك المشروع ([1])

١- تعيين المقاولين من الباطن وإلزام المقاول العام بالإعلان عنهم :

إذا كان الأصل هو جواز اللجوء إلى مقاول من الباطن فى تنفيذ الأعمال محل التعاقد ، كليا ، أو جزئيا كما أوضحت ذلك المادة ٦٦١ من القانون المدنى المصرى والمادة ٦٨١ من القانون المدنى الكويتى فإن سلطة المقاول فى ذلك ترد عليها العديد من القيود .

إذ قد يحدد مالك المشروع المقاولين من الباطن الذين يتعين على المقاول العام التعاقد معهم . ويلجأ مالك المشروع إلى ذلك الأسلوب لضمان الكفاءة الفنية والتأهيل المهنى للمقاولين من الباطن المشاركين فى التنفيذ . وحتى يضمن أيضاً تنفيذ الأعمال الإنشائية وفقاً للمواصفات المتفق عليها من خلال إلزام المقاول العام بالتعاقد مع مقاولين معروفين بالخبرة والكفاءة .

وقد يقتضى تنفيذ الأعمال الإنشائية اشتراك العديد من المقاولين من تخصصات متباينة ومن ثم ؛ إبرام عدد من العقود فيفضل مالك المشروع أن يتعاقد مع مقاول عام واحد تاركاً لهذا الأخير ، إمكانية التعاقد من الباطن مع المقاولين الآخرين . ويفضل مالك المشروع هذا المسلك ، حتى ينأى بنفسه عن مغبة إبرام عقود مقاولة متعددة ، لعدم توافر الخبرة اللازمة لديه لإبرامها أو عدم قدرته على التنسيق بينهم أو الرقابة عليهم . وبالتالى يضمن له أسلوب التعاقد من الباطن عن طريق المقاول العام تحقيق تلك الأغراض معا . كما يحقق هذا الأسلوب وفراً فى التكلفة لرب العمل أو مالك المشروع . وقد أطلق عقد الفيدك فى المادة ١/٥٩ على هؤلاء المقاولين من الباطن تسمية المقاولين المعينين . وعلى ضوء ذلك فإن المقاول من الباطن ليس متعاقداً مجهولا بالنسبة لمالك المشروع حيث أن التعاقد من الباطن تم بناء على طلب منه بل أن التعاقد مع المقاول من الباطن قد يكون مفروضاً على المقاول العام بمقتضى العقد الأصلى([2]) .

ولقد نظم المشرع الفرنسى بالقانون رقم ٧٥ – ١٣٣٤ الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ والمتعلق بالمقاولة من الباطن ، لجوء المقاول العام ، إلى مقاولين من الباطن لتنفيذ التزاماته فى مواجهة مالك المشروع . حيث بينت المادة الثالثة من القانون المذكور أن المقاول العام ملزم أثناء إبرام العقد أو خلال تنفيذه ، بأن يعلن إلى مالك المشروع أسماء المقاولين من الباطن

---

(١) د. أحمد أبو قرين ، مرجع سابق ، ص ٤٣ .

(١) د. أحمد أبو قرين ، مرجع سابق ، ص ٤٤ .

ومستحقاتهم المالية ، والحصول على موافقة مالك المشروع بشأنها وإعلانه بأسماء المقاولين من الباطن كلما طلب منه ذلك ([1]).

وفى ذات السياق الزمت المادة الخامسة من ذات المقاول العام عند تقديمه للعطاء ، وقبل إبرام المقاولة ، تحديد طبيعة الأداء الذى سوف يلجأ بشأنه إلى مقاول أو مقاولين من الباطن ، و تحديد قيمة الأداء ومقداره .

كما نظم هذا القانون بصفة عامة كيفية حصول المقاول من الباطن على مستحقاته مباشرة من مالك المشروع ([2]). وذلك كنوع من حماية المشروعات التى تقوم بأعمال المقاولة من الباطن ، والتى ينظر إليها عادة على أنه الطرف الضعيف من الناحية الاقتصادية فى علاقاتها بالمقاول العام ([3])

---

[1] في القانون المدني الفرنسي عقد المقاولة، المسمى بعقد من عقود العمل في المواد ١٧٧٩ ١٧٩٩ ، وهذا هو العقد الذي يتطلب العمل بدون تبعية، بحيث لا يعطي للعامل المقاول راتبا ولكن في الحصول على مقابل على شكل سعر.

(١) حماية للمقاول الباطن في استيداء حقه قبل رب العمل أجاز المشرع المصرى في المادة ٦٦٢ من القانون المدنى والمشرع الكويتى في المادة ٦٨٢ من القانون المدنى بإقامة دعوى مباشرة قبل رب العمل وهى دعوى يرفعها الدائن على مدينه وقد أخذ المشرع الكويتى بمعيار العمل كأساس لممارسة الحق في مباشرة تلك الدعوى حيث تنص المادة ٦٨٣ من القانون المدنى على أن : " للمقاول من الباطن والعمال المذكورين في المادة السابقة أن يستوفوا حقوقهم بالامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن ويستوفون حقوقهم عند تزاحمهم بنسبة دين كل منهم ".

وقد أراد المشرع من كفالة حق المقاول من الباطن في رفع الدعوى المباشرين تحقيق غايتين :

الغاية الأولى : مساعدة المقاول من الباطن في الحصول على حقوقه المالية المشغول بها ذمة المقاول الأصلى .

وهو ما عبرت عنه محكمة التمييز الكويتية بأنه : " ولئن كان الأصل طبقا للقواعد العامة عدم قيام علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن ، إذ لا يربطهما أى تعاقد يسمح لأحدهما مطالبة الآخر بتنفيذ التزاماته ، وليس من سبيل أمام المقاول من الباطن سوى الدعوى غير المباشرة بمطالبة رب العمل بما هو مستحق في ذمته للمقاول الأصلى ، إلا أنه لما كانت هذه الدعوى تسمح لدائنى المقاول الأصلى لمزاحمة المقاول من الباطن ، فقد رأى المشرع حمايته من هذه المزاحمة فأعطاه بموجب المادتين ٦٨٢ و٦٨٣ من القانون المدنى دعوى مباشرة وحق امتياز يجنبانه مزاحمه المقاول الأصلى ودائنيه ، بشرط أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلى بما هو مستحق في ذمته" تمييز كويتى ، الطعن رقم ١١ لسنة ٢٠٠٣ تجارى ، جلسة ٢٠٠٦/٣/٤ ، الطعن رقم ١٩٩٢/٧٥ تجارى ، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٨ .

الغاية الثانية : توقى رب العمل تأخير تنفيذ العمليات بسبب أى خلافات بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، انظر : د. عيدة مبارك فالح الرشيدى ، ضوابط الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن وأثارها في القانون الكويتى ، دراسة مقارنة ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، بدون تاريخ أو سنة نشر ، ص ٥ .

وقد أثير التساؤل في حالة ما إذا فشل المقاول من الباطن أو غيره من الذين خولهم القانون حق اللجوء إلى الدعوى المباشرة في الوفاء بديونه المستحقة له لدى رب العمل مانعا لرفع الدعوى ضد المقاول الأصلى ؟ ويرى البعض من الفقه أنه لا يوجد مانع يحول دون مقاضاه رب العمل أو المقاول الأصلى انظر د. نجم الأحمدى ، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠١ ، ص ٣٦٥ .

(١) الآثار القانونية التى تترتب على الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن :

وكما يكون لمالك المشروع أن يجيز وجود مقاولين من الباطن ، أو أن يقيد منهم فإن بوسعه أن يحظر على المقاول العام الاستعانة بمقاولين من الباطن فى تنفيذ عقده . وفى جميع الأحوال فإن المقاول من الباطن يتواجد فى موقع العمل الذى يظل خاضعا لإدارة مالك المشروع ورقابته .

أ- إمتناع رب العمل عن الوفاء بمستحقات المقاول الأصلى :

قبل رفع الدعوى وقبل إنذار رب العمل بالوفاء يجوز للمقاول الأصلى أن يتصرف في حقه المترتب في ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات ويكون هذا التصرف سارياً في حق المقاول من الباطن بيد أن الأمر يختلف مع إنذار المقاول من الباطن أو عماله للمقاول الأصلى ولرب العمل برفع الدعوى المباشرة فإنه يمتنع على رب العمل الوفاء للمقاول الأصلى بما هو من مستحق في ذمته ، ومن ثم تجميد مستحقات المقاول الأصلى لدى رب العمل ، ولا يملك المقاول الأصلى التصرف بأى صورة من صور التصرفات في حقه الثابت في ذمة رب العمل ومن آثار رفع الدعوى المباشرة هو امتناع رب العمل عن الوفاء بديون المقاول الأصلى بمجرد الإنذار بالوفاء دون الحاجة إلى توقيع حجز تحت رب العمل. د اسامه محمد طه, النظريه العامة لعقود الباطن، دار الكتاب الحديث ، ص٢٣٠.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن : " أن الأصل عدم قيام علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن ، ويجوز للأخير مطالبة رب العمل بما هو مستحق في ذمته للمقاول الأصلى بالدعوى المباشرة ، ويكون له حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى ، كما يمتنع على رب العمل من تاريخ رفعها الوفاء للمقاول الأصلى " تمييز كويتى ، الطعن رقم ٣١٤ /١٩٩٠ تجارى جلسة ١٩٩٢/٥/١١ .

كما قضت أيضا : " بأنه متى أقيمت الدعوى المباشرة امتنع على رب العمل من تاريخ رفعها الوفاء للمقاول الأصلى بما هو مستحق له في ذمته ، فإذا وفى له رغم ذلك بكل أو بعض حقه ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق المقاول من الباطن ". تمييز كويتى ، الطعن رقم ٩٨/٧٤٧ تجارى ٢٠٠٠/٣/٢٥ ، الطعن رقم ٩٤/٢١١ تجارى جلسة ١٩٩٥/١/٣.

ثانيا : عدم نفاذ تصرفات رب العمل في مواجهة المقاول من الباطن أو عماله :

يترتب على رفع الدعوى المباشرة عدم سريان تصرفات رب العمل في مواجهة المقاول من الباطن أو عماله أو ما يعرف بحوالة الحق أو المقاصة عملا بأحكام المادة ٣٤٩ مدنى كويتى والتى نصت على :

" لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين الآخر " . يضاف إلى ذلك فإن رب العمل إذا وفى إلى المقاول الأصلى ببعض أو كل حقه فلا يسرى هذا الوفاء غى حق المقاول من الباطن الذى يستطيع استيفاء حقه بموجب الدعوى المباشرة في حدود ما كان مستحقا له في ذمته للمقاول الأصلى ، مع عدم الإخلال بحق رب العمل في الرجوع على المقاول الأصلى في حدود ما استوفاه المقاول من الباطن بمقدار ما كان في ذمة رب العمل لحساب المقاول الأصلى إذ يكون رب العمل من الغير بالنسبة للمقاول من الباطن .

ثالثا : انتقال الحق موضوع الدعوى إلى المقاول من الباطن :

عند رفع الدعوى المباشرة ينتقل موضوع الدين إلى الدائن مباشرة (المقاول من الباطن) دون أن المرور بذمة المقاول الأصلى ليدخل في الضمان العام المقرر لجميع دائنيه . كما أن المقاول من الباطن يرفع الدعوى المباشرة باسمه لا باسم مدينه (المقاول الأصلى) فيستأثر بالحق وحده دون باقى دائنى المقاول وينتقل هذا الدين الى المقاول من الباطن من حيث الحلول أو الأجل .

رابعا : عدم جواز المقاصة بين رب العمل والمقاول الأصلى :

يترتب على رفع الدعوى المباشرة عدم جواز المقاصة بين حق المقاول الأصلى في ذمة رب العمل وبين الدين المستحق له بعد الإنذار وتوقيع الحجز فيبطل أى تصرف من هذا القبيل . انظر : د. عيدة مبارك ، مرجع سابق ، ٣٥ وما بعدها

وفى هذا الإطار يصعب اعتبار المقاول من الباطن غيراً وفقا للمفهوم التقليدى الذى تعرفه نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى والقانون الكويتى ([1]) .

كما أن ذلك لا يمنع من الناحية القانونية ، من اعتبار عقد المقاولة من الباطن ، عقداً مستقلاً من الناحية القانونية عن العقد الأصلى ، الذى يربط المقاول العام مع مالك المشروع ([2])

---

(١) د. أحمد أبو قرين ، مرجع سابق ، ص ٤٦.

(٢) وقد اشترط المشرع في التشريعات المختلفة مجموعة من الضوابط لمباشرة المقاول من الباطن الدعوى المباشرة تجاه رب العمل لاستيفاء حقوقه التى يحبسها عنه وتتمثل في:

وجوب مراعاة الضوابط الشكلية :

أولا : إنعدام الشرط المانع للمقاولة من الباطن :

يشترط لرفع المقاول من الباطن دعوى مباشرة ضد رب العمل للمطالبة بحقوقه المالية المشغول بها ذمة المقاول الأصلى ألا يكون هناك موانع ، سواء كانت موانع قانونية أو اتفاقية ، تحظر لجوء المقاول الأصلى للمقاول من الباطن . وإذا كان من غير الجائز لرب العمل منع المقاول الأصلى من الاستعانة بعمال لتنفيذ المقاولة ، إلا أنهم لا يرتبطون بالمقاول الأصلى بعقد مقاولة ، ولكن بعقد عمل ، ومن ثم يشترط لرفع المقاول من الباطن الدعوى المباشرة ألا تكون طبيعة العمل تعتمد على الكفاءة الشخصية للمقاول الأصلى . محكمة التمييز الكويتية ، الطعن رقم ١٥٠٧ لسنة ٢٠١٢ تجارى /١ ، جلسة ٢٠١٣/٤/١٠ ، مشار إليه لدى د. بدوى عبدالعليم ، أحدث المبادىء القانونية التى قررتها محكمة التمييز الكويتية في المواد المدنية والتجارية والعمالية والإدارية ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٦ ، ص ٥٢٢ .

وفى ذات السياق : قد يتنازل رب العمل صراحة أو ضمنا عن هذا الشرط المانع ، مع علمه بعدم جواز الرجوع في هذا التنازل ، فيكون من حق المقاول من الباطن رفع الدعوى المباشرة . بيد أن هناك من يرى بجواز ذلك في حالة وجود الموانع الاتفاقية ، أما الموانع القانونية ، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على تجاوزها ،وذلك استناداً إلى أن شروط العقد المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلى تتقيد بالنصوص القانونية التى تحكم العقد بما لا يجوز معه للمقاول من الباطن رفع (الدعوى المباشرة) في هذه الحالة ضد رب العمل ، وبالتالى يعد ذلك الأمر مانع قانونى يتقيد بين الأطراف .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن اللجوء لاستخدام تلك الدعوى يستلزم عدم وجود مانع في العقد يحول بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن في كل أو جزء من عقد المقاولة .

ثانيا : ضرورة إعذار رب العمل قبل رفع الدعوى المباشرة :

وقد اختلف الفقه في هذا الصدد حيث ذهب رأى إلى وجوب إعذار المقاول من الباطن للمقاول الاصلى بالسداد كشرط لقبول دعواه مع تكليفه بالوفاء . بينما ذهب رأى اخر إلى عدم اشتراط إعذار المدين الأصلى قبل ممارسة الدعوى المباشرة ، وذلك قياسا على حجز ما للمدين لدى الغير ، وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالاتجاه الثانى ، انظر د. عيدة مبارك ، مرجع سابق ، ص ١٦ .

ثالثا : أن يكون رب العمل على علم بتعاقد المقاول الأصلى مع المقاول من الباطن :

لم يتبين من أحكام المواد ٦٨٢ ، ٦٨٣ من القانون المدنى الكويتى ضرورة علم رب العمل بشخص المقاول من الباطن كشرط لرفع الدعوى غير المباشرة ، وهو ذات الأمر في المادة ٦٦٢ من القانون المدنى المصرى .

الضوابط الموضوعية لمباشرة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة :

أولا : أن يكون رب العمل مديناً للمقاول الأصلى بسبب عقد المقاولة :

نصت المادة ٦٨٢ من القانون المدنى الكويتى على أن : " ١- للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلى في تنفيذ العمل ، أن يطالبوا رب العمل مباشرة بما يستحق لهم قبل المقاول الأصلى في حدود القدر الذى يكون لهذا الأخير على رب العمل وقت رفع الدعوى .

٢- محتوى المقاولة من الباطن وأوجه الربط وصور التبعية مع العقد الأصلى :

يعد عقد المقاولة من الباطن عقداً مستقلاً من الناحية القانونية عن العقد الأصلى بيد أن هناك العديد من الوسائل القانونية التى تجعل من عقد المقاولة من الباطن، تابعا لعقد المقاولة الأصلى .

وتتحقق التبعية عندما تتجه إرادة طرفى العقد الأصلى إلى جعل الالتزامات المتولدة عنه جزء من المحتوى العقدى للمقاولة من الباطن ، وحينئذ فإن المقاولة من الباطن تمثل انعكاسا للعقد الأصلى ، وهو ما يطلق عليه حالة الشفافية بالمقابلة لحالة الإعتام حيث لا ينعكس المحتوى العقدى للعقد الأصلى على المقاولة من الباطن . وفى هذا الشأن يشير جانب من الفقه إلى وجود درجات متفاوتة من الشفافية أو الاعتام فى مجال المقاولة من الباطن على أن يؤخذ فى الاعتبار أن مجرد تعيين المقاول من الباطن من قبل مالك المشروع لا تعنى بالضرورة أن العقد شفاف بالمعنى المشار إليه (١)

٢- ولعمال المقاول من الباطن أيضا دعوى مباشرة قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل في حدود المستحق عليه ". وفى ضوء ذلك قضت محكمة التمييز الكويتية بأن : " للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلى في تنفيذ العمل أن يطالبوا رب العمل مباشرة بما يستحق لهم قبل المقاول الأصلى في حدود القدر الذى يكون لهذا الأخير على رب العمل وقت رفع الدعوى مفاده أنه يشترط لرجوع المقاول من الباطن على رب العمل أن يكون الأخير مديناً للمقاول الأصلى " تمييز كويتى الطعن رقم ١٠٧١ لسنة ٢٠٠٧ ، الطعن رقم ٣٤٩ / ٨٩ تجارى ، جلسة ١٩٩٠/٤/١ ، الطعن رقم ٥٣٢ /١٩٩٦ تجارى ، جلسة ١٩٩٨/٢/١٥ .

كما قضت محكمة التمييز الكويتية أيضا بأنه : " يشترط لقبول الدعوى المباشرة أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلى ناشئة عن عقد المقاولة ، وبموجب الدعوى المباشرة يمتنع على رب العمل الوفاء من تاريخ رفعها بما تكون ذمته مشغولة بها للمقاول الأصلى ، ولا يسرى هذا الوفاء في حق المقاول من الباطن ، الذى له في هذه الحالة أن يستوفى حقه من رب العمل ، بقدر ما تكون ذمة رب العمل مشغولة بها للمقاول الأصلى . تمييز كويتى ، الطعن رقم ٢٣٦٨ لسنة ٢٠١٠ تجارى

يستفاد مما تقدم : أن محكمة التمييز الكويتية اشترطت أن يكون رب العمل مشغولاً ذمته للمقاول الأصلى في حدود مستحقات المقاول من الباطن في ذمة المقاول الأصلى كى يتمكن المقاول من الباطن من رفع الدعوى المباشرة ، وأن يكون هذا الدين عن ذات المقاولة التى هى محل عقد المقاولة مع المقاول الأصلى ، حتى وإن تعددت المقاولات بينهما وأن يكون هذا الدين ثابتا قبل رب العمل غير متنازع فيه بين رب العمل والمقاول الأصلى أو المقاول العام ، فإذا كان هذا الدين محل نزاع تأجل رفع الدعوى إلى حين الفصل في المستحقات محل النزاع ، وأن يكون الدين ثابتا وقت رفع الدعوى فلا تقبل الدعوى إذا كانت ذمة رب العمل قد برأت نتيجة انقضاء الالتزام بسداده ، وفيما يتعلق بشرط وجود الدين ، فيتعين ألا يكون دين المقاول الأصلى المشغول به ذمة رب العمل قد انقضى بالتقادم فلا تقبل الدعوى المباشرة في هذه الحالة ، إذ لم يعد المدعى عليه مدينا للمدين الأصلى .

انظر : د. أسامة محمد طه ، النظرية العامة لعقود الباطن ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ص ٤١١ ، د. أشرف عبدالعظيم عبدالقادر ، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٧ ، ص ١٧٨.

(١) د. أحمد أبو قرين ، مرجع سابق ، ص ٤٧ .

إذ أن علم مالك المشروع أو حتى موافقته عليه أو اختياره له ، لا يعنى بالضرورة تماثل المحتوى العقدى للمقاولة من الباطن مع العقد الأصلى . كما أن العلم الفعلى للمقاول من الباطن بوجود العقد الأصلى أو بشروطه لا يحقق الربط بين العقدين من الناحية القانونية . ويتحقق الربط بين العقدين بعدة وسائل نستعرضها فيما يلى :

١- الربط بإدماج نصوص العقد الأصلى أو بالإحالة إليها :

ويتحقق الربط بين العقد الأصلى وبين عقد المقاولة من الباطن بالنص فى العقد الأخير على علم المقاول من الباطن بكافة الشروط الواردة فى العقد الأصلى فيما يتعلق بالأعمال الإنشائية والفنية وشروطها ومواصفاتها وأن هذه الشروط نافذة فى مواجهته . كما يتحقق الربط أيضا بإدراج نصوص العقد الأصلى فى المقاولة من الباطن أو إلحاقها به أو بالإحالة فى عقد المقاولة من الباطن ، إلى النصوص الواردة فى العقد الأصلى .

ويستتبع هذا الربط التزام المقاول من الباطن بألا يصدر عنه أى عمل أوامتناع يمثل إخلالا أو مخالفة للعقد الأصلى ، إلا أنه حتى مع وجود مثل هذا الالتزام تظل المقاولة من الباطن – باعتبارها عقدا من عقود البناء مستقلة عن العقد الأصلى المبرم بين المقاول العام ومالك المشروع .

كما أن هذا الربط يقترن بتحفظ ضمنى ، هو عدم مخالفة شروط المقاولة ، وأن الشروط الواردة فى العقد الأصلى ، لا تنفذ فى مواجهة المقاول من الباطن إلا إذا كانت متوافقة مع نصوص المقاولة من الباطن ، ومثل هذا الربط يهدف – إلى عدم ملائمة المقاولة من الباطن مع العقد الأصلى وتفادى ما يوجد من تعارض . ونظراً لما يستتبعه الربط بين العقد الأصلى وعقد المقاولة من الباطن من تنسيق فى العلاقات القانونية الناشئة عن العقدين . فقد أوجب المشرع الفرنسى فى المادة الثالثة من القانون رقم ٧٥-١٣٣٤ الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ حدوث نوع من الشفافية ، وذلك بإلزام المقاول العام بالإعلان عن أسماء المقاولين من الباطن الذين يستعين بهم فى تنفيذ التزاماته واخذ موافقة رب العمل عليهم وكذلك الإعلان عن شروط الوفاء بمستحقاتهم ([1]).

ويتعرض الفقه الإنجلوسكسونى للروابط والتبعية بين العقد الأصلى وعقد المقاولة من الباطن وذلك فيما يطلق عليه انتقال شروط العقد الأصلى إلى المقاولة من الباطن فقد ينص عقد المقاولة من الباطن على إدماج بعض أو كل شروط العقد الأصلى ، بطريق الإحالة إليها فى عقد المقاولة من الباطن ([2])

---

[1] القانون المدني الفرنسي رقم ٧٥-١٣٣٤ في٣١ ديسمبر ١٩٧٥.

(١) د. أحمد أبو قرين ، مرجع سابق ، ص ٤٩.

ويأخذ عقد الفيدك بذات الأساليب المشار إليها ، فى الربط بين العقدين الأصلى والمقاولة من الباطن . وهى الربط بطريق تضمين المقاولة من الباطن ،شروط العقد الأصلى أو الإحالة إليها . أو الربط بطريق الإدماج وذلك بإلحاق نصوص العقد الأصلى بنصوص عقد المقاولة من الباطن . وقد أخذ عقد الفيدك بهذا الأسلوب فيما يتعلق بشروط إيجار معدات المقاول والواردة فى المادة ٥/٥٤ .

ويهدف هذا الشرط إلى حماية مالك المشروع ، عند إنهاء العقد مع المقاول العام (لخطأ ارتكبه هذا الأخير مثلا) قبل إتمام الأعمال الإنشائية محل التعاقد إذ يلتزم المقاول بترك معداته فى موقع العمل واعتبار مالك المشروع مستأجراً لها من المؤجر الأصلى من تاريخ إنهاء عقده . على أن تدفع القيمة الإيجارية خصماً من مستحقات المقاول ، وذلك حتى إتمام الأعمال الإنشائية . وقد الزم عقد الفيدك المقاول العام بإدماج هذا الشرط فى عقود المقاولة من الباطن التى تهدف إلى تنفيذ الأعمال محل التعاقد أو جزء منها وذلك فى المادة ٧/٥٤ وأن يكون إدماجها بالإحالة أو بأى طريقة أخرى . كذلك ألزمت المادة ٣/٥٩ المقاول العام بتضمين متطلبات التصميم صراحة فى عقد المقاولة من الباطن وأن ينص العقد صراحة على مسئولية المقاول من الباطن عند الإخلال بها والتزامه بدفع ما يستحق بشأنها من تعويضات وحماية المقاول العام بشأنها

وفى ذات الاعتبار وهو تحقيق الربط بين العقد الأصلى وعقود المقاولة من الباطن ، فإن المادة ٢/٥٩ من عقد الفيدك ، أجازت للمقاول العام الاعتراض على التعاقد مع المقاولين من الباطن المعينين فى العقد وذلك فى حالتين :

الأولى : أن يرفض المقاول من الباطن تضمين العقد مسئوليته فيما يتعلق بالأعمال أو البضائع والمواد أو الآلات أو الخدمات محل التعاقد من الباطن والتزامه بأن يفى بكل الالتزامات المتعلقة بها وأن يقى المقاول العام أى مسئولية بشأنها وأن يتحمل بكافة التعويضات والمصروفات التى يتكبدها المقاول العام بشأنها.

الثانية : أن يرفض المقاول من الباطن تضمين العقد شرطاً يقرر مسئوليته فى مواجهة المقاول العام والتزامه بالتعويض عما يلحق هذا الأخير من أضرار مصدرها أى إهمال أو خطأ يصدر عن عمال المقاول من الباطن أو موظفيه أو مستخدميه أو سوء استخدام أى منهم لأى منشآت مؤقتة قدمها المقاول العام بغرض تنفيذ العقد([1]) .

ويبرز إعطاء المقاول العام حق رفض التعاقد مع المقاولين المعينين بمقتضى العقد أهمية الربط بين العقد الأصلى وعقود المقاولة من الباطن وذلك سواء بالنسبة لمالك المشروع وللمقاول العام على السواء .

---

[1] الدكتور عبدالرزاق حسين يس، مرجع سابق صفحه ،ص٥٣٠.

وإذا كانت المادة ٢/٥٩ قد قيدت سلطة المقاول العام فى الاعتراض بأن يكون الاعتراض معقولاً وأن معقولية الاعتراض تتعلق بتوقيته وبمحتواه على السواء وهذا ما يعنى وجوب تقديم الاعتراض فى وقت مبكر وفى أسرع وقت ممكن وأنه يكون لمالك المشروع أن يرفض اعتراضاً قدم إليه فى وقت متأخر ودون سبب معقول .

ويؤدى قبول الاعتراض إلى مشاكل متعددة ، كما أنه يؤدى إلى تأخير تنفيذ العقد وقد يقوم مالك المشروع بتعيين مقاول آخر من الباطن ، أو يكلف المقاول العام بأن يقوم بالتنفيذ بنفسه . وهى حلول قد لا تكون ميسورة إذا تعلق الأمر بتصميم الأعمال محل التعاقد أو التعديل فيها .

ويحقق الربط بين العقد الأصلى والمقاولة من الباطن ، أيا كان الأسلوب المتبع فى ذلك بالتنسيق بين الأحكام الواردة فى كل منهما . كما تفسر النصوص الواردة فى عقد المقاولة من الباطن ، فى ضوء العقد الأصلى . إذ يكون لهذا الربط قيمة تفسيرية عند غموض النصوص .

أما إذا لم يتحقق الربط بين العقدين فإن عقد المقاولة من الباطن يكون عقداً غير شفاف ولا يتأثر بأحكام العقد الأصلى ويبدو فى هذه الحالة وكأنه عقد بناء مستقل ، وليس تابعاً لعقد آخر (١)

٢- الربط بين العقد الأصلى والمقاولة من الباطن من حيث التعديلات فى الأعمال محل التعاقد ومدد التنفيذ :

وتبدو أهمية الربط فى هذه الحالة لما لهذه التعديلات من أثر على المقاولة من الباطن وعادة ما تنظم عقود المقاولات من الباطن . حكم هذه التعديلات الصادرة من مالك المشروع وطريقة نقلها إلى المقاول من الباطن . وقد يكون المقاول من الباطن مخولا بمقتضى العقد بالاشتراك فى تقييم التعديلات أو الأعمال التكميلية الجائز إدخالها بمقتضى العقد الأصلى . وتكون نتائج هذا التقييم نافذة تلقائيا فى مواجهة المقاول من الباطن . وبصفة عامة فإن فى إطار العقود الشفافة فإن ما ينفذ فى مواجهة المقاول العام ينفذ تلقائيا فى مواجهة المقاول من الباطن إذ أن هذا الأخير يكون دائما على علم بشروط تنفيذ العقد وبشروط تعديله .

أما فى العقد غير الشفاف فإنه لا يفترض فى المقاول من الباطن إلا بالعلم بشروط عقده . وأن تعديل المقاولة من الباطن لا يكون إلا بالشروط الواردة فيه . وفى الغالب فإن هذا العقد يحيل إلى المقايسات الوصفية الخاصة بالمشروع وإلى نسب التعديلات التى يمكن إدخالها فيه . وفى حالة

---

(١) الدكتور رأفت محمد احمد حماد ، المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٦٢.

تخطى النسب المحددة أو تجاوزها فإنه يكون للمقاول من الباطن أن يطالب بفسخ العقد . إذ أن العقد غير الشفاف يبدو كعقد مقاولة أصلى ومستقل عن عقد المقاول العام مع مالك المشروع (١)

٣- تبعية المقاولة من الباطن وارتباطها بالعقد الأصلى فيما يتعلق بالمدد المحددة للتنفيذ وامتدادها :

يتعين أن يتم التزام المقاول بالتنفيذ فى ذات الاطار الزمنى المحدد للمقاول العام وألا يتجاوزه بحال من الأحوال . وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه بالتسليم فى المواعيد المحددة ، فإنه ، يلتزم – عادة – بمقتضى العقد بدفع غرامات التأخير المفروضة على المقاول العام .

وفى هذا الصدد تقضى المادة ٧ من العقد النموذجى للمقاولة الصادر عن الاتحاد الدولى الأوربى للبناء بأن المقاول من الباطن يلتزم بأن يتوافق التنفيذ مع المخطط العام الذى فرض على المقاول العام أو صادق عليه . والتزام المقاول العام بإخطار المقاول من الباطن بالتعديلات التى أدخلها مالك المشروع على المخطط العام أو بالتعديلات التى من شأنها التأثير على تنفيذ الأعمال محل عقد المقاولة من الباطن (٢)

وعلى ذلك إذا طرأت أسباب من شأنها أن تبرر للمقاول من الباطن ، المطالبة بمد الأجل المقرر للتنفيذ فإنه يكون له التمسك بذلك . كما أن العقود النموذجية للمقاولات من الباطن ، تعطى للمقاول من الباطن ، الحق فى المطالبة بمد أجل التنفيذ فى كل حالة يجيز فيها العقد الأصلى للمقاول العام التمسك بذلك (٣)

ومثل هذه الشروط – عند تبنيها – تؤدى إلى التنسيق بين العقد الأصلى وعقد المقاولة من الباطن من حيث مدد التنفيذ .

وبالتالى تظهر أهمية الربط والتبعية بين المقاولة من الباطن والعقد الأصلى ، فى تحديد مدة التنفيذ فى عقد المقاولة من الباطن بطريقة تجعله متوافقا مع العقد الأصلى . وهو ما يثير مشكلة امتداد عقد المقاولة من الباطن بالتبعية لامتداد العقد الأصلى

٤- ارتباط المقاولة من الباطن بالعقد الأصلى عند البحث عن مسئولية المقاول عن التأخير فى التسليم :

يتحمل صاحب العمل جانبا من المسئولية ، عن المقاولين من الباطن الذين قام بتعيينهم والزم المقاول العام بالتعاقد معهم وتعطى نماذج العقود شائعة الاستعمال فى الدول الأنجلوسكسونية للمقاول العام الحق فى المطالبة بامتداد العقد ، إذا كان التأخير يرجع لأسباب تتعلق بالمقاول من

---

(٢) د. أحمد أبو قرين ، مرجع سابق ، ص ٥٤ .

(١) د. أحمد أبو قرين ، مرجع سابق ، ص ٥٥.

(٢) د. أحمد أبو قرين ، مرجع سابق ، ص ٥٦ .

الابطن فى العقد أو الموردين من الباطن والذين تم التعاقد معهم عن طريق المقاول العام ، أو تعاقد معهم مالك المشروع مباشرة . وذلك متى أثبت المقاول العام أنه اتخذ الإجراءات اللازمة لمنع التأخير أو الحد من آثاره .

وبتقرير مسئولية مالك المشروع ، عن أخطأ المقاول من الباطن أو المقاول المسمى والذى عينه هذا الأخير والزم المقاول العام بالتعاقد معه فإن الأنظمة المذكورة تتخطى ما يوجد من فاصل نظرى وقانونى بين العقد الأصلى وعقد المقاولة من الباطن لتلزم مالك المشروع بالنتائج الضارة ، المترتبة على خطأه فى اختيار المقاول من الباطن ([1]).

(٣) عبدالحميد عثمان الحنفي،المسؤوليه المدنيه للمقاول من الباطن، دراسة مقارنه في القانون المصري والفرنسي والكويتي سنة النشر ١٩٩١، دون دار طباعه ص٤٩.

الخاتمة

الآن وقد فرغنا من هذا البحث ، نريد أن نتساءل عن النتيجة التى خلصنا إليها والتى كان البحث – فى شتى مراحله – مقدمة تؤدى إليها . والحق أن خاتمة بحث من الأبحاث يجب أن تحفل بإبراز الثمرة أو النتيجة التى أسفر عنها ، لا أن نعيد موجز ما سبق أن تم عرضه مفصلا ([1]).
وإذا كان الأمر كذلك فإننا نستطيع أن نقول إن النتيجة التى أسفر عنها البحث ، تتمثل فى رفع اللثام عن نظام قانونى له معالمه المميزة ، كأحد أهم العقود التى أفرزها القرن الحادى والعشرين حاليا التى فرضت نفسها على الواقع العملى نظراً للدور الحيوى الذى تلعبه على المستوى الداخلى والدولى.

النتائج:

١- كشفت الدراسة عن وجود عقود المقاولة من الباطن فى مجال المنشئات المعمارية ، عندما نكون بصدد التزام بعمل تم تنفيذه مادياً وفعلياً ليس عن طريق المدين الأصلى أى المقاول العام ولكن عن طريق الغير . فالمقاولة من الباطن هى اتفاق يتعهد بمقتضاه فرد أو شركة (المقاول من الباطن) بتنفيذ عمل معين ، حدده شخص آخر ، وأن هذا العمل يمثل جزءاً من منشأة أو مبنى تعهد بتنفيذه المقاول الأصلى فالمقاولة من الباطن تمثل طريقا لتنفيذ العقد عن طريق الغير
٢- بينت الدراسة أن وجود المقاول من الباطن لا يتعارض مع مباشرة المقاول الأصلى نوعا من الرقابة على المقاول من الباطن طالما أن هذه الرقابة لا تصل إلى حد توجيه أوامر ملزمة إلى المقاول من الباطن لا تترك له استقلالاً فى التنفيذ . كما أنه إذا كان الغالب أن يبرم عقد المقاولة من الباطن من الناحية الزمنية فى وقت لاحق على العقد الأصلى . إلا أنه ليس هناك ما يمنع من إبرامه قبل إبرام العقد الأصلى .
٣- كشفت الدراسة أن اللجوء إلى المقاولة من الباطن بوصفها وسيلة للتنفيذ قد يكون رغبة من المقاول العام فى تقليل مخاطر المشروع وذلك عندما يكون المشروع المعمارى ذو تكلفة مرتفعة وتحفه مخاطر عديدة . فيفضل المقاول العام أن يشرك معه مقاولين آخرين فى التنفيذ ووسيلته فى ذلك إما تكوين تجمع للمقاولين يشتركون معا كمقاولين عامين فى التنفيذ أو اللجوء إلى أسلوب التقاول من الباطن .
٤- كشفت الدراسة أنه على الرغم من وجود تنظيم لعقد المقاولة من الباطن فى القانون المدنى الكويتى إلا أنه خلا من إيراد تعريف له ، وذلك أسوة بالمشرع المصرى .

التوصيات :

١-وضع تنظيم تشريعي متكامل خاص بعقود مقاولات الانشاء وذلك مواكبة للتطور الحدث الذي اصاب تلك العقود.
٢- ان يضع المشرع الكويتي تعريف واضح وصريح لعقد المقاوله من الباطن اسوة في المشرع المصري.

---

(١) د. جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية القصد فى القانون المصرى والقانون المقارن ، بدون دار نشر ، ٢٠٠٨ ، ص٥١٨ .

قائمة المراجع:

أولا:المراجع العربية:

١- د. احمد عبدالعال ابوقرين ،المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشات المعمارية في ضوء الفقه واحكام القضاء والتشريع المقارن، بدون دار نشر، الطلعه الاولى،٢٠٠١.

٢- د.حسن حسين البراوى،التعاقد من الباطن،دار النهضه العربية ،٢٠٠٣.

٣- د.عامر عاشور عبدالله البياتي ،التعاقد من الباطن ، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية،٢٠١٣.

٤- د.عبدالعليم عبدالمجيد مشرف ،بطلان العقد في القانون المدني الكويتي ،الاسباب والاثار،دراسة مقارنه،دار النهضه العربية للنشر والتوزيع ، السوق الكبير ، المخازن سابقا،الكويت،٢٠١٠.

٥- د.فيصل زكي عبدالواحد،المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية،دار الثقافة الجامعية،١٩٩١-١٩٩٢.

٦- د.محمد حسين منصور،العقود الدولية،دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،٢٠٠٦.

٧- د.محمود عبدالرحيم الديب،مدى الزام الغير بما لم يلتزم، دراسة لاشكالات التعهد عن الغير ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،بدون نشر.

٨- د.مصطفى عبدالسيد الحاجي،فسخ العقد ،دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي،دار النهضه العربية الطبعة الاولى ، ١٩٨٨.

٩- د.نبيل ابراهيم سعد،التنازل عن العقد ، منشاة المعارف الاسكندرية، بدون سنة نشر

١٠- د.اشرف عبدالعظيم عبدالواحد،الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق،جامعة عين شمس،٢٠٠٧.

١١- د.نبيلة اسماعيل رسلان،النظرية العامة للعلاقات الثلاثية ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا ،١٩٨٧.

١٢- د.نجم الاحمدى ،التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،٢٠٠١.

١٣- د.محمود عبدالحي عبدالله بيصار ،المشكلات القانونية لمبدا نسبية اثر العقد،رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،٢٠٠٩.

١٤- د.اسامة محمد طه،النظرية العامه لعقود الباطن،دار الكتاب الحديث، بدون سنة نشر.

١٥- أ.عيدك مبارك فالح الرشيدي،ضوابط الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن واثارها في القانون الكويتي،دراسةمقارنة، مجلة كلية الحقوق،جامعة المنوفية، بدون تاريخ او سنة نشر.

١٦–د.الحميد عثمان الحنفي،المسؤوليه المدنيه للمقاول من الباطن، دراسة مقارنه في القانون المصري والفرنسي والكويتي سنة النشر ١٩٩١،دون دار طباعه.

١٧– فتحية قرة ، أحكام عقد المقاولة من الباطن ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر والتوزي ، الأردن ، ٢٠٠٩ .

١٨– الدكتور سنان الشطناوي،الدكتور محمد العزام ، عقد المقاولة من الباطن في القانونيين الاماراتي والفرنسي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، العدد ٧١ ، مارس ٢٠٢٠ .

١٩– الدكتور مصطفى كامل عصيمي ، عقد المقاولة من الباطن في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة اسيوط ، سنة ٢٠٠٢ .

٢٠– عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، ومقاول البناء ، شروطها، نطاق تطبيقها الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ١٩٨٧ .

٢١– الدكتور رأفت محمد احمد حماد ، المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

ثانيا :المراجع الاجنبيه:

(١PHILIPPE MALINVAUX PHILIPPE JESTAZ Droit de la promotion. Immobilized in this edition of Dalloz Paris 1991. n°74 p66 .

(٢)La sous-traitance est régie par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 (J.O. du 3 janvier 1976). modifiée à plusieurs reprises