

جامعة عين شمـــس
كليـــة الحقـــــوق
قسم القانون المدنى

الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من الباحث
أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د. محمد المرسى زهرة — رئيساً
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى بكلية الحقوق جامعة عين شمس

أ.د. فيصل زكى عبد الواحد — مشرفاً وعضواً
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق جامعة عين شمس

أ.د. محمد محيى الدين إبراهيم سليم — عضواً
أستاذ القانون المدنى ووكيل بكلية الحقوق جامعة المنوفية

سنة ٢٠٠٧ م



(يَا أَيّهَا الّذِينَ آمَنُواْ
أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ)

[سورة: المائدة - الأية: ١]

إهداء

إلى أساتذتى ولاءً وإعتزازاً

إلى روحى والدى الطاهرتين: اللذين بفضل رضائهما ودعائهما وفقنى الله لإتمام هذا البحث، طيب الله ثراهما، وأسكنهما فسيح جناته.

إلى إخوتى: راجياً أن يكون هذا العمل حافزاً ودافعاً لهم ولأولادهم.

إلى زوجتى المخلصة: شريكة العمر ورفيقة الحياة، إلى من وقفت بجانبى وشاطرتنى الجهد، والكفاح مقدرة فى صبر الجهد الذى يبذل فى إعداد الرسالة والوقت الذى ينفق فى البحث.

إلى أولادى: بسمة هذه الحياة وكل حاضرها ومستقبلها، إلى من أحاطونى بحبهم طوال سنوات إعداد هذا البحث، فكانت الشعلة التى أضاءت لى الطريق والزاد الذى استمد منه الصبر.

إليهم جميعاً أهدى ثمرة جهدى المتواضع عسى أن يكون خافياً لتقصير فى حقهم.

شكر وتقدير

يقول الله تعالى فى حديثه القدسى:

"لم يشكرنى من لم يشكر من أجريت النعمة على يديه"

ويقول رسوله الكريم:

"من أسدى إليكم معروفاً فكافئوه. فإن لم تقدروا فاشكروه، فإن لم تقدروا فادعوا له بالخير".

وتأسياً بهذا الأدب الرفيع. أرى لزاماً على بادئ ذى بدء. أن أنوه بالإشارة والتقدير إلى أساتذتى الكبار من علماء القانون لما قدموه لى من حفز ومساعدة حتى أسير على الطريق مهتدياً بهديهم ومستنيراً بفكرهم. راجياً من المولى عز وجل أن يثبهم عنى أجزل الثواب. وأن يمنحهم من العطاء العلمى والزاد الفكرى ما يجعلهم منارة شامخة لكل الأجيال وأخص منهم بالذكر:

١ ـ الأستاذ الدكتور/ محمد المرسى زهرة. أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى فى كلية الحقوق بجامعة عين شمس. الذى تفضل مشكوراً بقبول رئاسة لجنة المناقشة والحكم على هذه الرسالة، فقد كان لمؤلفاته المختلفة بالغ الأثر فى إثراء هذه الرسالة. وكان صاحب مدرسة متميزة فى القانون المدنى، ستنهل منها الأجيال على مر العصور بإذن الله فجزاه الله عنى وعن طلاب علمه خير الجزاء وله منى فائق الاحترام والتقدير.

٢ ـ الأستاذ الدكتور/ فيصل زكى عبد الواحد. أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق جامعة عين شمس. الذى تفضل مشكوراً بقبول هذا العمل والإشراف عليه حتى ظهر إلى حيز الوجود بالصورة التى عليها الآن. فكان قائداً ديمقراطياً فى إدارته لهذا العمل فلم يضيق يوماً برأى. وكان عظيماً فى تواضعه. كبيراً فى

ترفعه. حنوناً فى توجهه. صادقاً فى نصحه. أميناً فى إرشاده. عالماً فى فكره. فلن يضن على لحظة واحدة بعلمه ووقته رغم كثرة أعبائه. وكان من دماثة أخلاقه. ونبل صفاته ولمؤلفاته المختلفة أكبر الأثر فى إنجاز هذا البحث. فجزاه الله عنى وعن طلاب علمه خير جزاء، وله منى فائق الاحترام والتقدير.

٣ ـ الأستاذ الدكتور/ محمد محيى الدين إبراهيم سليم. أستاذ القانون المدنى ووكيل كلية الحقوق جامعة المنوفية لتفضله بالمشاركة فى لجنة المناقشة والحكم على هذه الرسالة. والذى كان لمؤلفاته المختلفة عظيم الأثر فى إثراء هذه الرسالة. فجزاه الله عنى وعن طلاب علمه خير جزاء، وله منى فائق الإحترام والتقدير.

المقدمـــــــة

لم يكن موقف الفقه والقضاء واضحاً بالنسبة للمقاولة من الباطن ــ بصفة عامة ــ خلال القرن التاسع عشر ــ وقبل ذلك ــ والنصف الأول من القرن العشرين فقد كانت نظاماً مهجوراً. ذلك أن عقود المقاولة آنذاك كانت ترد على أعمالٍ بسيطة، وكان يتم تنفيذها بمنتهى البساطة دون حاجة لأن يستعين المقاول الأصلى بمقاول من الباطن، فضلاً عن التأثر بمبدأ شخصية الإلتزام، ذلك المبدأ الذى حاز إقتناع أغلب الفقه فى ذلك الوقت، خاصة ما نتج عن هذا المبدأ من ضرورة التنفيذ الشخصى للإلتزام[١]. لذا كان ينظر إلى المقاولة من الباطن فى ذلك الوقت، على أنها أمر شاذ إستثنائى تأسيساً على أنها كانت تشبه فكرة المساومة وتختلط بفكرة المضاربة على الأيدى العاملة. لذا كانت المقاولة من الباطن تتم فى أضيق الحدود.

ولكن منذ قيام الثورة الصناعية فى أوربا وما صاحب ذلك من تطور تقنى شهدته المجتمعات الحديثة[٢]، بصفة خاصة فى المجال المهنى، وما أسفر عن ذلك من إيجاد نوع من تقسيم العمل والتخصص فيه، فأصبحت المهنة الواحدة تضم أكثر من متخصص فيها، فنجد ــ مثلاً ــ فى مجال الإنشاءات، إلى جانب المهندس المعمارى أو الإنشائى يوجد المهندس فى الأعمال الإلكترونية، وكذا المهندس المتخصص فى أعمال الكهرباء، كذلك المتخصص فى وضع الرسومات، أو تنفيذ المشروعات .. الخ. كذلك بالنسبة للمقاولين، فنجد بجانب من هو متخصص فى أعمال الخرسانة أو الحفر أو الردم، يوجد المتخصص فى الأعمال الصحية ومقاول للأعمال الكهربائية .. الخ.

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ سمير إسماعيل ــ الإعتبار الشخصى للإلتزام ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة الإسكندرية ــ عام ١٩٧٥. راجع أيضاً: د ــ وليد فاروق جمعة ــ حماية المقاول من الباطن فى إطار عقود الأشغال العامة ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة عين شمس ــ عام ٢٠٠٠ ــ ص ٣.

(٢) راجع فى ذلك من الفقه: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ دار الثقافة الجامعية ــ عام ١٩٩١/١٩٩٢ ــ ص ٨ وما بعدها. د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المسئولية المدنية للمقاولة من الباطن ــ دراسة مقارنة ــ فى القوانين المصرى والفرنسى والكويتى ــ بدون دار نشر ــ عام ١٩٩٩ ــ ص ٤ وما بعدها. راجع أيضاً من الفقه الفرنسى على سبيل المثال:
M. Boizard: Sous Traitance, Rec. V° Contrat d'entreprise, Marche's Public J. Ci. Civ. 1er Janvier 1991, p.2.

وكان من شأن تقسيم العمل والتخصص فيه، أن إنتشرت ظاهرة المقاولة من الباطن، فأصبح المقاول الذى يعهد إليه بتشييد بناء أو هدمه أو ترميمه وتعليته، يسند تنفيذ هذه المهمة سواء كلها أو جزء منها إلى مقاول من الباطن.

ولم يكن إنتشار المقاولة من الباطن فى مجال البناء والإنشاءات فقط، بل إنتشرت كذلك فى جميع أعمال المقاولات فى كافة المجالات الإقتصادية[١]، فلا يكاد ينجز مشروع أو عملية من العمليات دون أن يؤدى ذلك إلى قيام المقاول الأصلى بإبرام عقد ــ أو عقود ــ مقاولة من الباطن. فمثلاً رب العمل الذى يتجه نحو توسيع دائرة نشاطه جغرافياً، يكون مضطر إلى نقل منتجاته إلى مسافات طويلة ــ سواء عبر الدول أو عبر القارات أحياناً ــ يتعاقد مع مقاول ــ نقل ــ أصلى، ولا يتصور قيام هذا الأخير بإنجاز العمل بنفسه، بل إنه يضطر إلى إبرام عقود ــ نقل من الباطن ــ مقاولة من الباطن مع مجموعة من الناقلين، وذلك حتى تصل السلعة إلى يد المستهلك. كما أنه فى مجال المشروعات التى تقوم بإنتاج سلع مركبة (كالسيارات ــ أو الطائرات ــ أو السفن .. الخ)، فالمقاول الأصلى الذى عُهِد إليه بتنفيذ مثل هذا العمل ــ صناعة سيارة أو طائرة .. الخ ــ بالمواصفات التى يريدها رب العمل، فإن المقاول الأصلى لا يستطيع، وليس فى مصلحته أن يكرس إستثمارات ضخمة إلى إنشاء فروع تابعة، تتخصص فى إنتاج بعض أجزاء ــ لا ينتجها مشروعة ــ السيارة أو الطائرة ..، فذلك قد يعرضه لخسائر فادحة، فيجد نفسه مضطراً إلى إبرام عقود مقاولة من الباطن مع المتخصصين فى صنع هذه الأجزاء، ويعهد إليهم بتزويده بها، ويطلق الفقه على هذا النوع اسم المقاولة من الباطن التكاملية[٢]. واللجوء إلى المقاولة من الباطن، لا يكون فى الأحوال التى لا يتخصص فيها المقاول الأصلى فحسب، بل قد يلجأ هذا الأخير إلى مقاول من الباطن فى نفس تخصصه، ويحدث ذلك فى حالتين: **الأولى:** إذا عُهد إلى المقاول

---

(١) راجع فى ذلك من الفقه على سبيل المثال: د ــ جابر محجوب على ــ المسئولية عن فعل الغير فى إطار المجموعات العقدية ــ دراسة مقارنة ــ المحامى ــ السنة الثالثة والعشرون ــ أبريل/مايو/يونيو عام ١٩٩٩ ــ ص ٣ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك من الفقه وعلى سبيل المثال: د ــ نجم حمد الأحمد ــ التعاقد من الباطن فى نطاق العقود الإدارية ــ دراسة مقارنة ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة عين شمس ــ عام ٢٠٠١ ــ ص ٥ وما بعدها.
راجع أيضاً:

M. Boizard: Op. Cit. p.2 ets.

الأصلى بإنتاج عدد من الوحدات ــ يتخصص فى إنتاجها ــ وكان عدد هذه الوحدات يفوق بكثير قدرة مشروعه وقدرته الإنتاجية، فيصعب عليه تنفيذ هذا العقد بنفسه، فيضطرر إلى أن يلجأ إلى مقاول من الباطن فى نفس تخصصه ليعهد إليه بتنفيذ عدد الوحدات الزائدة عن قدرة مشروعه الإنتاجية. **الحالة الثانية:** ويلجأ فيها المقاول الأصلى إلى مقاول من الباطن فى نفس تخصصه؛ لتنفيذ جزء من العقد بسبب تزاحم الطلبات عليه فى ــ موسم معين ــ وقت معين. ويطلق الفقه على هذا النوع من المقاولة، المقاولة من الباطن الظرفية.

ولم تقتصر ظاهرة إنتشار المقاولة من الباطن فى العقود الخاصة، بل إنتشرت أيضاً فى العقود الإدارية. فبعد أن سادت النظرية التقليدية التى تقوم على مبدأ التنفيذ الشخصى للإلتزام[١]، فترة طويلة، وذلك لظروف معينة، فإنه نظراً لتغير الظروف، فقد تغيرت تبعاً لذلك المفاهيم والإعتبارات[٢]، فكيف يمكن للمقاول الأصلى بمفرده، فى ظل ما نشهده الآن من تطورات إقتصادية وسياسية وإجتماعية، وفى ظل الإتجاه نحو العالمية والجات والأسواق المفتوحة، وكيف له ونحن على أبواب الألفية الثالثة أن ينفذ بمفرده عقد أبرمه مع الإدارة ؟. فعلى فرض قدرة المقاول الأصلى المالية، وهذه حالة نادرة، خاصة بالنسبة للمشروعات العملاقة، فهل من المنطق أن يقدم على تنفيذ هذه المشروعات بمفرده، الأمر الذى قد يعرضه لمخاطر أو خسائر فادحة؟. نعم توجد مشاريع عملاقة تقوم الدول بتنفيذها، ولا يستطيع المقاول الأصلى بمفرده ــ على نحو ما بينا ــ القيام بها، ونذكر منها فى مصر مثلاً مشروع مترو الأنفاق، وكذا مشروع توشكى وشرق العوينات وغيرها، وإذا كانت هذه أمثلة لمشروعات تتم داخل الحدود المصرية، فإن هناك مشروعات دولية تمتد خارج حدود مصر، مثال ذلك مشروع مد الغاز الطبيعى من مصر إلى تركيا عبر مياه البحر الأحمر مروراً بالأردن وسوريا ...، فهذه المشروعات وغيرها لا يمكن للمقاول الأصلى بمفرده أياً كانت إمكانياته المالية، وقدرته الفنية من أن ينفذها بمفرده دون الإستعانة بمقاول أو مقاولين من الباطن. وأصبح الأن لجوء المقاول الأصلى إلى إبرام عقد ــ عقود ــ مقاولة من الباطن ضرورة لتسيير المرفق العام بإنتظام وإطراد وتأمين هذا السير المنتظم لهذا

---

[١] وهذا المبدأ يقوم ــ أصلاً ــ على مبدأ الإعتبار الشخصى للإلتزام.

[٢] راجع فى ذلك بالتفصيل: د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٥ وما بعدها.

المرفق تحقيقاً للصالح العام، تلك الغاية السامية التى تسعى الإدارة دائماً إلى تحقيقها.

ومما ساعد على إنتشار المقاولة من الباطن[١]، بالإضافة إلى الأسباب السابقة، رغبة بعض الأشخاص ــ سواء الطبيعية أو المعنوية ــ فى تحقيق كسب مادى، الأمر الذى أدى إلى ظهور طائفة من الوسطاء، منها مثلاً شركات للبناء لا تقوم بتنفيذ عملية البناء بنفسها، بل إنها تظهر أمام رب العمل بما لها من سمعة طيبة وقدرة مالية حتى يرسو عليها المزاد، ثم تعهد إلى شركات صغيرة من الباطن أو مقاولين للبناء من الباطن لتنفيذ المقاولة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من الوساطة لا يعد مخالفاً للقانون، لأن الشركة التى تقوم بهذا الدور تعد مقاولاً أصلياً بما له من حقوق وما عليه من إلتزامات فى مواجهة رب العمل، كما أن لجوئها إلى مقاولين من الباطن أمر أجازته معظم التشريعات بنصوص صريحة.

وإذا كنا قد ذكرنا بعض أسباب إنتشار المقاولة من الباطن فلم يكن ذلك إلا على سبيل المثال فأسباب إنتشار المقاولة من الباطن كثيرة ومتنوعة لا تقع تحت حصر.

مما سبق يتضح أن المقاولة من الباطن أصبحت ضرورة تحتمها كثير من الأعمال، سواء لإحتياجها لتخصصات مختلفة، أو ضخامة حجمها، أو تحقيقاً للصالح العام أو لغير ــ كما سبق أن بينا ــ ذلك من الأسباب. فالمقاولة من الباطن الآن فرضت نفسها على ساحة العمل، وأصبحت جزء من النسيج الإقتصادى سواء فى مصر أو فرنسا، أو غيرهما من الدول. ولا نبالغ إذا قلنا أن المقاولة من الباطن الآن أصبحت مقياساً لمدى التطور فى الدول، ومرآه تعكس التقدم الحضارى والإزدهار الإقتصادى.

والمقاولة من الباطن الآن لم تكن حقيقة واقعية فحسب، بل أيضاً أصبحت حقيقة قانونية، حيث نصت معظم التشريعات عليها، منها المشرع المصرى، حيث نص عليها بالمادة (٦٦١) المدنى حيث جاء به "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى المقاول من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الإعتماد على كفايته الشخصية".

---

[١] راجع فى ذلك: د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ٤ وما بعدها.

وينشأ عن المقاولة من الباطن ــ على الأقل ــ عقدان، هما: عقد المقاولة الأصلى، وعقد المقاولة من الباطن، يرتبط هذان العقدان ببعضهما برابطة موضوعية حيث أن الثانى وسيلة لتنفيذ الأول، ويستعير من هذا الأخير محله على النحو الذى سنبينه.

كما ينشأ عن عملية المقاولة من الباطن علاقات ثلاث:

الأولى: العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلى، وهذه العلاقة نظمها المشرع سواء فى مصر أو فى فرنسا فى إطار قواعد المسئولية العقدية ذلك على أساس أنهما يرتبطان برابطة عقدية مباشرة بمقتضى عقد المقاولة الأصلى الذى شاركا فى إبرامه.

وهذه العلاقة لا يختلف الفقه أو القضاء بشأن طبيعتها، ذلك أن كل من رب العمل والمقاول الأصلى قد إشتركا بإرادتهما فى تشييد عقد المقاولة الأصلى، وتنصرف إليهما الآثار الملزمة لهذا العقد، ومن ثم يعد كل منهما طرفاً بالمفهوم الموضوعى والشكلى[١].

الثانية: هى علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن، وهذه العلاقة أيضاً من طبيعة عقدية، حيث يرتبطان بعقد المقاولة من الباطن، الذى شاركا فى إبرامه، وتنصرف إليهما آثاره الملزمة.

وهذه العلاقة ــ أيضاً ــ ليست محلاً لخلاف فى الفقه أو القضاء، فقد أقر الفقة طبيعتها العقدية، كما طبق القضاء مبدأ المسئولية العقدية بين المقاول الأصلى، والمقاول من الباطن، وخلص إلى أن المقاول من الباطن يعد ملتزماً تجاه المقاول الأصلى بتنفيذ العمل على وجه غير معيب، وتسليم العمل بعد إتمامه فى الميعاد المحدد للعقد، وضمان سلامته من العيوب الخفية التى ظهرت وقت التسليم . كما أقر تطبيق المسئولية التقصيرية على المقاول من الباطن، وذلك فيما يحدثه من أضرار خارج نطاق العقد.

الثالثة: وهى العلاقة ــ محل الدراسة ــ بين رب العمل والمقاول من الباطن، فرب العمل لم يشارك المقاول من الباطن فى إبرام عقد واحد، إنما شارك فى إبرام عقد المقاولة الأصلى مع المقاول الأصلى، وساهم المقاول من الباطن مع هذا الأخير فى عقد المقاولة من الباطن.

---

(١) وكذا طرفاً بالمفهوم الشكلى إذا كان كل منهما قد ساهم فى تشييد الرابطة العقدية بنفسه وليس من خلال نائب.

وهذه العلاقة لم ينظمها المشرع بنصوص كافية، لذا أثير التساؤل فى الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن؟.

فذهب فريق ــ ويمثله الفقه التقليدى ــ إلى أن هذه العلاقة تعد علاقة أغيار، مما يستوجب خضوعهما لحكم القواعد العامة من ناحية وسائل المحافظة على الضمان العام وقواعد المسئولية التقصيرية. أما بالنسبة للدعوى المباشرة التى قررها المشرع المصرى بالمادة (٦٦٢) من القانون المدنى، وأعطى بها الحق للمقاول من الباطن ــ وعماله وعمال المقاول الأصلى ــ الرجوع على رب العمل مباشرة لمطالبته بمقابل ما نفذه من أعمال بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى، أن هذه الدعوى ــ وفقا لهذا الرأى ــ تعد إستثناءاً، وإستند رأيه هذا على تفسيره ــ من وجهة نظره ــ لمبدأ نسبية أثر العقود، حيث يرى أن رب العمل لم يشارك المقاول من الباطن فى إبرام عقد المقاولة الأصلى، كما أن هذا الأخير لم يساهم مع الأول فى إبرام عقد المقاولة من الباطن، وبالتالى يعد كلاً منهما من الغير بالنسبة للآخر.

أما الفريق الثانى (الفقه الحديث): فينادى بإقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، ذلك أنه برغم أن الأخير لم يساهم مع الأول فى عقد المقاولة الأصلى، إلا أنه شارك فى تكوين تصرف قانونى آخر متعاقب ومرتبط بهذا الأخير. وهذا العقد هو عقد المقاولة من الباطن، فهذا الأخير يعد وسيلة لتنفيذ كل أو جزء من الإلتزامات محل عقد المقاولة الأصلى. فضلاً عن ذلك فإن المقاول من الباطن يكون ملتزماً بإلتزام مطابق لإلتزام المقاول الأصلى تجاه رب العمل، ويترتب على ذلك أن إخلال المقاول من الباطن بإلتزاماته يؤدى إلى إخلال المقاول الأصلى بإلتزاماته تجاه رب العمل، مما قد يصيب رب العمل بأضرار.

وينتهى هذا الرأى إلى أن الإعتراف بالطبيعة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن لا يتعارض مع مبدأ نسبية أثر العقود.

ونرى مع بعض الفقه[1]، أن إختلاف الفقه والقضاء حول موضوع الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن يرجع إلى عدة عوامل أهمها:

---

(١) راجع من هذا الفقه على سبيل المثال: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥ وما بعدها.

١- إختلاف مدارس تفسير النصوص[١] مما أدى إلى تباين وجهات النظر.

٢- غموض النص التشريعى الذى يقرر مبدأ نسبية أثر العقود، فعند تفسير هذا النص تجاهل البعض أهم قواعد تفسير النصوص والتى من بينها وجوب ربط النص مع النصوص القانونية الأخرى، والوقوف على الحكمة من وضعه، إنطلاقاً من أن النص ليس مقصوراً لذاته ولكن من أجل تقرير غطاء قانونى معين. ونتج عن ذلك ــ غموض النص ــ أن كانت "الغالبية العظمى من الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا تذهب إلى تفسير هذا المبدأ على ضوء ما كان سائداً فى ظل القانون الرومانى، وعلى أساس أن جذر هذا المبدأ يمتد إلى هذا الأخير. وذلك بقصرهم فكرة الطرف على الأشخاص الذين يساهمون ــ فقط ــ فى تكوين العلاقة التعاقدية"[٢]. ومن ثم إنتهى هذا الإتجاه إلى إعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار، حيث لم يساهم المقاول من الباطن فى إبرام عقد المقاولة الأصلى مع رب العمل، كما أن هذا الأخير لم يشترك فى تكوين عقد المقاولة من الباطن مع الأول. فهذا الإتجاه يسول فى تحديده لمفهوم الطرف فى العقد على الناحية التكوينية فقط.

٣- تباين وجهات النظر بشأن موقف المشرع من النظرية المادية للإلتزام، فالبعض ذهب إلى القول بأن المشرع المصرى إعتد بالنظرية الشخصية للإلتزام كأصل عام، وأخذ بالمذهب المادى للإلتزام فى نطاق ضيق. ولم يقف الخلاف عند هذا الحد بل إن البعض منهم رغم إعترافه بأن المشرع المصرى قد أخذ بالمذهب المادى للإلتزام فى أنظمة عديدة، منها حوالة الحق وحوالة الدين والمقاولة من الباطن، إلا أنهم لم يطبقوا أحكام المذهب المادى للإلتزام على هذه الأنظمه إلا من حيث نشأتها فقط، أما عند إنتاج هذه الأنظمة لآثارها طبقوا عليها المذهب

---

(١) حيث توجد عدة مدارس لتفسير النصوص القانونية، نذكر منها على سبيل المثال، مدرسة الشرح على المتون، والتى تقوم على تقديس النصوص وتغليب قصد المشرع، وهذه المدرسة لها مزايا وعيوب، مثلها مثل غيرها من المدارس. لمزيد من التفاصيل فى عرض مدارس تفسير القانون راجع: د ــ محمد عرفه ــ مبادئ العلوم القانونية ــ الطبعة الثالثة ــ مكتبة دار النهضة المصرية ــ ١٩٥١ ــ ص ١٧٦ وما بعدها. وراجع أيضاً فى أنواع التفسير وطرقه المختلفة: د ــ عبد المنعم فرج الصدة، و د ــ رمزى طه الشاعر، ود ــ محمد رفعت الصباحى، د ــ نزيه الصادق المهدى، وأ ــ فتحى غنيم ــ المبادئ العامة للقانون ــ مكتبة عين شمس ــ بدون سنة نشر ــ ص ١٥٢ وما بعدها.

(٢) د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص٩

الشخصى للإلتزام، برغم أن المنطق يقتضى أن تعالج هذه الأنظمة – وليدة المذهب المادى للإلتزام – بمقتضى أحكام هذا المذهب من حيث المنشأ والآثار.

٤- عدم وقوف بعض الفقه على منهج تصنيف صور المسئولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية وموضوعية، والذى يتطلب حتماً وجود نطاق محدد لكل صورة لا يجب تعديه، أو التعدى عليه . وإنطلاقاً من هذا المنهج حاول الفقه والقضاء الحديثين تحديد مجال كل صورة من خلال الوقوف على مفهوم الطرف فى العقد. فهذا المفهوم ليس مقصوداً لذاته ولكن من أجل تحديد نطاق قواعد المسئولية العقدية والذى يبدأ بعد إنتهاء مجال تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية.

وإذا كان موضوع الرسالة يدور حول تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وهل هى من طبيعة عقدية، أم علاقة أغيار؟. فإن تحديد الطبيعة القانونية لهذه العلاقة ليس مقصوداً لذاته وإنما المقصود هو ما ينشأ عنها من آثار قد تضر أو تنفع طرفيها، ذلك أننا نهدف من وراء دراستنا لهذا الموضوع ثلاثة أهداف رئيسية:

- **الهدف الأول:** هو تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.
- **الهدف الثانى:** مدى ما تحققه طبيعة هذه العلاقة – محل الدراسة – من حماية لمصالح كل من رب العمل والمقاول من الباطن وكذا ما تحققه من توازن بين حقوق كل منهما.
- **أما الهدف الثالث:** فيترتب على الهدفين السابقين ويكمن فى تشجيع عملية المقاولة – من خلال توفير الامان لأطرافها – من الباطن، والتى أصبحت فى الوقت الحاضر ضرورة حتمية وطريقاً عادياً لتنفيذ العقود لإرتباطها بالإقتصاد الوطنى خاصة فى مقاولات البناء التى أصبحت من أهم مجالات الإستثمار.

فإذا أخذنا بوجهة نظر الإتجاه الفقهى والقضائى – التقليديين – القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار، فإنه يترتب على ذلك نتائج فى منتهى الأهمية، أهمها عدم إمكانية رجوع أيهما على الآخر إلا بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية، أو الدعوى غير المباشرة. أو بالدعوى المباشرة التى خص بها المشرع المقاول من الباطن، ومكنه بها من الرجوع مباشرة على رب

العمل طبقاً لأحكام المادة (٦٦٢) مدنى مصرى. فهل وسائل الرجوع هذه من شأنها أن توفر حماية فعالة لكل من رب العمل والمقاول من الباطن، أم أنها غير كافية ؟. مما يستوجب التنقيب عن حقيقة الطرف فى العلاقة التعاقدية من خلال النصوص القانونية التى تنظم هذه العلاقة من كافة جوانبها، ومعنى ذلك أنه يجب تفسير النص الذى يقرر مبدأ النسبية فى ضوء النصوص القانونية الأخرى وليس بمعزل عنها، بغض النظر عن الألفاظ والعبارات التى صيغ بها هذا النص، لأن العبرة بشأن النصوص القانونية بما إنصرف إليه قصد المشرع وليس بما عبر عنه.

والبحث فى الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن لم يكن سهلاً، لكنه ينطوى على بعض الصعوبات، أهمها:

١- أن المشرع ــ سواء فى مصر أو فرنسا ــ رغم تنظيمه لظاهرة المقاولة من الباطن بنصوص تشريعية، إلا أن هذه النصوص لم تكن كافية لتغطية كثير من جوانبها، وأهم هذه الجوانب هى عدم حسمه للطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل، والمقاول من الباطن. ليس هذا فحسب، بل إنه أورد نص المادة (٦٦٢) مدنى مصرى، والتى تخول للمقاول من الباطن الرجوع مباشرة على رب العمل لمطالبته بمقابل ما نفذه من أعمال، بما لا يجاوز ما له عند المقاول الأصلى وحقوق هذا الأخير لدى رب العمل.

فهذا النص من ناحية: قد خلق منطقة ضبابية حول طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، مما جعل غالبية الفقه والقضاء عند تناولهما لهذه العلاقة تسلم بأنها علاقة ــ غير تعاقدية ــ أغيار، إستناداً إلى أن المشرع لو أراد أن تكون هذه العلاقة من طبيعة عقدية لإمتنع عن وضع مثل هذا النص، وترك هذه المسألة للقواعد العامة التى تنظم الرجوع بمقتضى قواعد المسئولية العقدية. ومن ناحية ثانية: جعل كثير من الفقه لا يبحث فى حقيقة الروابط بين رب العمل والمقاول من الباطن وتحليلها وتحديد طبيعة الدعوى المباشرة التى قررها المشرع للمقاول من الباطن، وهل هذه الدعوى بما تخوله من رجوع مباشر لهذا الأخير على رب العمل تعد إستثناءاً، أم أنها أحد تطبيقات الطبيعة العقدية للعلاقة بينهما، حرص المشرع على النص عليها لعلة ما قد تكون ــ كما يرى بعض الفقه ــ حماية المقاول من الباطن.

٢- إنه بالبحث فى المكتبة القانونية والفقهية ــ برغم ما بذلت من جهد ــ لم أجد بحثاً مستقلاً يتناول بالدراسة والتحليل الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وما يترتب على ذلك من آثار . فقد تناولت بعض كتب الفقه القليلة فكرة عقد المقاولة بشكل عام وتضمنت هذه المؤلفات العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن فيما لا يتعد بضع صفحات، أو ــ فى بعض الأحيان ــ بضع فقرات. أما المؤلفات التى تناولت فكرة المقاولة من الباطن فرغم ندرتها، إلا أنها أيضاً لم تتناول الطبيعة القانونية للعلاقة بين المقاول من الباطن ورب العمل بالتحليل، بل سلم مؤلفيها بوجهة نظر الإتجاه الذى يرى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار، مع ما يترتب على ذلك من آثار خاصة ما يتعلق بوسائل الرجوع المتبادلة ــ والتى سبق أن ذكرناها ــ بينهما. وبالرغم من ذلك إستفدنا كثيراً من هذه المؤلفات، فقد أظهرت لنا مدى قصور هذه الوسائل فى تحقيق الحماية لطرفى هذه العلاقة، وقد نادى كثيراً منهم بالعمل على إيجاد روابط مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

٣- وإن ما زاد من صعوبة دراسة الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، هو قلة الأحكام القضائية المصرية خاصة المنشور منها، فى خصوص المسئولية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن. وهذا ما دفعنا إلى البحث فى الأحكام القضائية الصادرة فى الدول التى تتماثل نصوصها مع نصوص القانون المصرى. مثل الأحكام القضائية الصادرة فى دولة الكويت، وكذا الدول العربية الأخرى، كما رأينا أن نستفيد من التجربة الفرنسية فى معالجتها لظاهرة المقاولة من الباطن، سواء ما نظمه المشرع الفرنسى بنصوص، أو أحكام قضائية صادرة فى هذا الشأن، وكذا رأى الفقه وتعليقاته على النصوص التشريعية والأحكام القضائية.

. سوف نتبع فى هذا البحث المنهج الإستقرائى، ذلك أننا سنقوم بتحليل، وتأصيل طبيعة الروابط بين رب العمل والمقاول من الباطن، ونحاول من خلال هذا المنهج فهم، وتفسير، وتحليل وجهة نظر الإتجاه القائل بأن الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار، وما يترتب على ذلك من وسائل رجوع متبادلة. ثم نقوم ــ أيضاً ــ بتطبيق نفس المنهج على الإتجاه القائل، بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية. بالإضافة إلى

ذلك سوف نتبع المنهج الإستنباطى، خاصة عند تناولنا للأحكام القضائية التى تناولت المسئولية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن، خاصة ما صدر منها فى فرنسا، حتى يمكننا الوقوف على حقيقة الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

خطة الدراسة:

وإذا كنا ندرك من أول لحظة تناولنا فيها هذا البحث، أن أساس الإختلاف حول الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن هو إختلاف الفقه والقضاء حول تحديد مفهوم الطرف فى العقد، وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود. لذا قد يرى البعض أن أبدأ هذا البحث بدراسة هذا المبدأ وتحديد المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى العقد وفقاً لهذا المبدأ، ثم تطبيق ما ننتهى إليه على العلاقة محل الدراسة فينتج ما إذا كانت طبيعة هذه العلاقة علاقة أغيار أم علاقة عقدية.

إلا أننا إيماناً منا بأن تحديد الطبيعة القانونية لهذه العلاقة ليس مقصوداً لذاته، بل الهدف منه هو حماية حقوق ومصالح كل من رب العمل والمقاول من الباطن، وإحتراماً للفقه والقضاء التقليدين أنصار للإتجاه القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، هى علاقة أغيار. رأينا أن نبدأ أولاً بإستعراض هذا الرأى — بحياد تام — وما ترتب على هذا الرأى من وسائل رجوع متبادلة بين طرفى العلاقة محل الدراسة، وتقييم هذه الوسائل حتى نتمكن من الوقوف على مدى كفايتها لحماية مصالح كل من رب العمل والمقاول من الباطن. وحتى يتسنى لنا الوقوف على مدى إنسجام ما يقرره أنصار هذا الرأى مع حقيقة وطبيعة الروابط بين عقدى المقاولة الأصلى، والمقاولة من الباطن.

ثم نعرض بعد ذلك للإتجاه القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية، وما عرضه هذا الإتجاه من حجج وأسانيد دون أن نتخلى عن حيادنا. ونحاول أيضاً تقييم هذا الرأى، وهل يحقق حماية كافية لطرفى العلاقة أم لا ؟.

ونظراً لأن كلا الرأيين السابقين يستند إلى تفسير مبدأ نسبية أثر العقود، وتحديد المفهوم الفنى والقانونى للطرف وفقاً لهذا المبدأ.

لذا فإننا نحاول ــ بشئ من التفصيل ــ دراسة هذا المبدأ وأصوله التاريخية ونتتبع تطوره حتى الآن، حتى يتسنى لنا تحديد الهدف منه ، و كذا تحديد مفهومه الفنى والقانونى ، ومن ثم الوقوف على تحديد مفهوم الطرف، ثم نقوم بعد ذلك بتطبيق هذا المفهوم على رب العمل بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، والمقاول من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى. وبالتالى سوف يتضح لنا أياً من الإتجاهين السابقين أولى بالإتباع. وقبل ذلك كله سنعرض لتحديد المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن، من حيث تعريفها، وخصائصها، ومدى مشروعيتها، ونعرض كذلك لتحديد المركز القانونى لرب العمل، وكذا المركز القانونى للمقاول من الباطن، وتمييز هذا الأخير عن المراكز القانونية الأخرى التى قد تختلط به مثل المراكز القانونية للمتنازل إليه، والعامل، والبائع، والوكيل.

سوف نعرض لهذه الدراسة فى باب تمهيدى ، وبابين ، وذلك على النحو التالى:

الباب التمهيدى: المقاولة من الباطن، والمقاول من الباطن

- **الفصل الأول:** المقاولة من الباطن، مفهومها الفنى، خصائصها، صورها، تعريفها، مدى مشروعيتها.
- **الفصل الثانى:** المركز القانونى لرب العمل، والمركز القانونى للمقاول من الباطن، وتمييزه عما يختلط به من مراكز قانونية أخرى.

الباب الأول: الاتجاه القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار

- **الفصل الأول:** حجج وأسانيد هذا الرأى
- **الفصل الثانى:** وسائل وآليات الرجوع وفقاً للقواعد العامة (الدعوى غير المباشرة ــ المسئولية التقصيرية).
- **الفصل الثالث:** آليات الرجوع التى قررها المشرع (الدعوى المباشرة).

الباب الثانى: الإتجاه القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية.

- **الفصل الأول: الاتجاه القائل بوجود رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن**
- **الفصل الثانى: التطور التاريخى لمبدأ نسبية أثر العقود وتحديد المفهوم الفنى للطرف**
- **الفصل الثالث: مدى اعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة عقدية وأثر ذلك**

باب تمهيدى
المقاولة من الباطن والمقاول من الباطن

عرض وتقسيم:

نظراً لأن موضوع دراستنا يتمحور حول الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن؛ فقد ارتأينا أن نمهد لهذه الدراسة بإلقاء الضوء على محور هذه العلاقة الذى يدور حول المفهوم الفنى والقانونى للمقاولة من الباطن، ومن خلال تناولنا لهذا المفهوم، سوف تتاح لنا فرصة إلقاء مزيد من الضوء على المركز القانونى لرب العمل، وذلك فى إيجاز غير مخل، إلا أنه بالنسبة للمقاول من الباطن فلن ندخر جهداً فى سبيل الوقوف على مركزه القانونى، ذلك لأنه يمثل أحد محاور بحثنا بشكل عام.

وعلى ذلك فقد ذهبنا إلى تقسيم هذا الباب التمهيدى إلى فصلين، نتناول فى أولهما المقاولة من الباطن (أفكار عامة)، ونتناول فى ثانيهما المقاول من الباطن. وذلك على النحو التالى:

الفصل الأول: المفهوم الفنى والقانونى للمقاولة من الباطن.

الفصل الثانى: المفهوم الفنى والقانونى للمقاول من الباطن.

الفصل الأول
المفهوم الفنى والقانونى للمقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

سبق أن أشرنا إلى أن المقاولة من الباطن تمثل محوراً هامًّا فى موضوع بحثنا، فإبرام عقد المقاولة من الباطن يظهر الشخص الثانى فى العلاقة محل الدراسة، وهو المقاول من الباطن. والوقوف على مفهوم عقد المقاولة من الباطن وخصائصه و تعريفه وصوره، وحقيقة الإلتزامات الملقاه على عاتق طرفيه وعلاقتها بالإلتزامات الملقاه على عاتق المقاول الأصلى المبرم مع رب العمل، كل ذلك سوف يساعدنا كثيراً على تحديد الطبيعة القانونية بين رب العمل والمقاول من

الباطن. ومن ثم كان لزاماً علينا أن نبدأ من جهة بدراسة الأفكار المحددة للمقاولة من الباطن، وفى حدود ما يتطلبه موضوع بحثنا وفى حدود ما يمكن أن نرتكن إليه مستقبلاً، فى سبيل بحث ما يثار من أفكار خاصة لهذا البحث. ومن جهة ثانية نقف على مشروعية المقاولة من الباطن.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

- **المبحث الأول: المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن وتعريفها وخصائصها وصورها.**
- **المبحث الثانى: مشروعية المقاولة من الباطن.**

المبحث الأول

المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن، تعريفها خصائصها، وصورها

عرض وتقسيم:

نتناول هذا المبحث فى أربعة مطالب، نتناول فى المطلب الأول المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن، أما المطلب الثانى فنتناول فيه تعريف المقاولة من الباطن، ونخصص المطلب الثالث لخصائص المقاولة من الباطن فى إلمامة سريعة، وأخيرا نتناول صور المقاولة من الباطن فى المطلب الرابع.

المطلب الأول

المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن

المقاولة من الباطن هى أحد أساليب الفن التعاقدى الذي يهدف إلى تحقيق غاية محددة، محورها تنفيذ عقد المقاولة الأصلى[١].

ومعنى ذلك أن المقاولة من الباطن تقتضى وجود عقدين ــ على الأقل ــ كل منهما له كيان مستقل، هما عقد المقاولة الأصلى وهو يربط بين رب العمل والمقاول الأصلى والعقد الثانى ويبرم بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، وهو لاحق

---

[١] راجع فى ذلك د ــ حسن حسين البراوى ــ التعاقد من الباطن ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠٢ ــ بند ٦ ــ ص ١٢.

راجع أيضاً من الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

Molourie (PH) et Aynés(L): Cours de droit civil, les obligations. Tome, V1, éd. Cujas, 1996, p. 403; M. Boizard:, op.cit. P.16.

بالضرورة على عقد المقاولة الأصلى. وعلى الرغم من استقلال كل من العقدين عن العقد الآخر، من حيث إبرامه ومن حيث أشخاصه فإنه توجد بينهما روابط اقتصادية[١] ومادية، حيث إنهما يشتركان فى محل العقد وموضوعه، وهو القيام بعمل معين لصالح رب العمل[٢].

وهذا العمل هو ما يوكل تنفيذه فى النهاية إلى المقاول من الباطن[٣].

وتفترض المقاولة من الباطن ــ كما أشرنا ــ وجود عقود متتابعة، هذه العقود تشكل فيما بينها ترابطا عقديا، أو مجموعة عقدية. والغالب أن يكون هذا التتابع أو التعاقب على درجة واحدة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من تعاقب عقود المقاولة، ويحدث ذلك عندما يلجأ المقاول من الباطن بدوره، إلى مقاول من الباطن ــ ثان ــ آخر، لتنفيذ التزاماته أو جزء منها، فلا يوجد ما يمنع قانوناً من التعاقد أو يحد من التسلسل، ففى جميع هذه المراحل نكون بصدد عقود تتدرج فى إطار عقود المقاولة[٤].

---

(١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل:

TEYSSIE (B), Les groupes de contrats, Th. monpeilier, 1975.

حيث إنه أول من كشف عن فكرة الأسرة العقدية فى إطار العقود المتتابعة على مال واحد كالبيوع المتتالية، والعقود المترابطة بقصد تحقيق هدف اقتصادى موحد. وبين قوة الروابط الموضوعية بين عقود الأسرة العقدية الواحدة.

وراجع فى ذلك أيضاً:

NERET (J), Le sous contrat, L.G. E.j, 1979; M. Bacache-Gieili La Relativitité De Conventions et les groupes contrats, L.G.D.J, 1998, p. 100 et s.

د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٧١ وما بعدها، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك د ــ إبراهيم الدسوقى أبو الليل ــ علاقة المقاول من الباطن برب العمل ــ مجلة المحامى الكويتية ــ السنة الرابعة والعشرون ــ يناير /فبراير/ مارس ٢٠٠٠ ــ ص ١٣. د ــ أحمد عبد العال أبو قرين المركز القانونى للمتدخلين فى تنفيذ عقود المقاولات ــــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الأولى ٢٠٠١ ــ ص ١٠.

راجع أيضاً:

M. Bacache-Gibeili, op.cit. , P. 107 et s.

(٣) وسوف نتناول العلاقة بين العقدين بشىء من التفصيل، انظر فى هذا البحث لاحقا ص ٤٤وما بعدها .

(٤) راجع فى ذلك:

Bernerd Boubli. Contrat d, enterprise Repertoir droit civil 1994. V. 40, 237 ETS.; M. Boizard. Op. cit. p.6.

راجع فى عكس هذا الرأى د ــ مصطفى الجارحى ــ عقد المقاولة من الباطن ــ دراسة مقارنة ــ فى القانونين المصرى والفرنسى ــ الطبعة الأولى ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٨٨ ــ ص ٣٣ . حيث يرى سيادته، أن وصف المقاولة من الباطن، لا يثبت إلا بين ثلاثة أطراف، أى أن المجموعة

والمقاولة من الباطن تقتضى اشتراك المقاول من الباطن المباشر فى تنفيذ العقد الأصلى أو جزء منه، فإذا لم يوجد مثل هذا الاشتراك أو لم يتدخل المقاول من الباطن مباشرة فى تنفيذ العقد الأصلى، فلا يمكننا القول بوجود مقاولة من الباطن، وتأكيداً لما سبق فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها أن "إبرام المقاول الأصلى عقد مع مقاول آخر، يتعهد هذا الأخير بمقتضاه، بتوريد الكهرباء أو تأجير ضواغط الهواء أو الرافعات مع سائقيها، لا يكفى للقول بوجود عقد مقاولة من الباطن، إنما نكون بصدد أداء أو توريد يمثل عقد مقاولة، ولكنها لا تتصل مباشرة بتنفيذ العقد الأصلى[١]؛ ذلك لأن ما قام به المقاول الآخر، هو عبارة عن خدمات تساعد المقاول الأصلى على تنفيذ التزاماته بنفسه، كما أنه لم يتدخل فى التنفيذ سواء كان كليًا أو جزئيًا".

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية، فى أحكام عديدة، على ما سبق أن أوضحنا من ذلك مثلاً، أكدت على ضرورة أن يرتبط العقد التالى بالعقد الأصلى، فى حالة توالى العقود، حتى يمكن القول بوجود عقد مقاولة من الباطن. ويكون ذلك باشتراك المقاول من الباطن ــ بمقتضى عقد المقاولة من الباطن ــ فى تنفيذ عقد المقاولة الأصلى[٢].

وقد أكد الفقه، على أن العقد الأصلى والعقد اللاحق، يفترضان ذاتية المحل ووحدته، وأن المتدخل اللاحق ــ المقاول من الباطن ــ يجب أن يقوم بعمل يتدخل بمقتضاه فى تنفيذ العقد الأصلى، بحيث يكمل العقد اللاحق (المقاولة من الباطن)، العقد الأول (عقد المقاولة الأصلى)، الأمر الذى يجسد وحدة العمل، ووحدة العقد؛ ذلك لأن المقاولة من الباطن ــ كما يرى هذا الفقه ــ لا تعدو أن تكون فرعاً من العقد الأصلى[٣].

=العقدية لا تضم إلا عقدين، فإذا تعاقد المقاول من الباطن الأول مع مقاول آخر من الباطن، فإن عقد المقاولة من الباطن يصير عقدا أصلياً.

(١) Cass. Comm. 12 Mars 1991. Dalloz 1992 Somm. Comment P.112.

(٢) Obs A. Bénabent Sur, Cass Comm. 12 Mars 1991, Dalloz 1992, Somm. Comment. P.112.

(٣) Commette J. of Debat, Ass. Nat. Deuxinique Séance de 5 Dec, 1975, p.9462, cit par Doninique Rambure, le paiement du sous traitant, 1, action direct contre le Maitre d' Ouwraqe L.G.D. J.v. p.15 et s.

وعقد المقاولة من الباطن لا يستعير من عقد المقاولة الأصلى محله فقط بل هدفه أيضاً، فاللجوء إلى المقاولة من الباطن هدفه أن ينفذ المقاول الأصلى الإلتزامات الملقاه على عاتقه بمقتضى عقد المقاولة الأصلى، فدخول شخص ثالث هو المقاول من الباطن فى العملية العقدية الهدف منه تحقيق هدف العقد الأول، فالعقدان يسعيان لتحقيق هدف مشترك[١]. ويقصد بالهدف المشترك ذلك الهدف الذى يسعى إلى تحقيقه المقاول الأصلى بمقتضى عقده مع رب العمل.

وينبنى على ذلك، أن المقاول الأصلى عندما يلجأ إلى التقاول من الباطن لتنفيذ إلتزاماته التى تثقل كاهله بمقتضى عقد المقاولة الأصلى، فإننا نكون أمام تنفيذ واحد للإلتزامات. بمعنى أنة لو قام المقاول من الباطن بتنفيذ عقد المقاولة من الباطن برئت ذمته تجاه المقاول الأصلى وفى ذات الوقت برئت ذمة هذا الأخير تجاه رب العمل، ذلك أن تنفيذ عقد المقاولة من الباطن هو تنفيذ لعقد المقاولة الأصلى[٢].

وأخيراً تفترض المقاولة من الباطن، تدخل ثلاثة أطراف على الأقل، هم رب العمل وهو الدائن الأصلى بالأداء محل المقاولة من الباطن، والمقاول الأصلى وهو المدين الأصلى بالأداء محل المقاولة من الباطن، والمقاول من الباطن وهو المنفذ المادى ــ الفعلى ــ للأداء محل المقاولة من الباطن[٣].

هذا وتنشأ عن المقاولة من الباطن علاقات ثلاث:

- علاقة بين رب العمل والمقاول الأصلى، وينظمها عقد المقاولة الأصلى.
- وعلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، وينظمها عقد المقاولة من الباطن.
- والعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن[٤].

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك د- حسن حسين البراوى – المرجع السابق – ص ٦٥ ومابعدها. د- مصطفى الجارحى – المرجع السابق –ص٤ ومابعدها. راجع أيضا Néret. Op. Cit. n°.206.

(٢) راجع فى تفصيل ذلك، خاصة ما يتعلق بثنائية المطابقة بين المحل و الهدف وتقسيمات الفقه للعقود Teyssie (B). Op. Cit. n°. 174 ets.

(٣) M. Bacache-Gibeili Op., Cit. p. 103 et s ; Ph. Malourie, L. Aynés, Op. Cit. , p. 403.
راجع أيضاً: د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٦٤ ومــا بعــدها. د ــ مصطفى عبدالسيد الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص٤ ومابعدها.
راجع أيضاً Néret (J) – le sous-contrat, L.G. D.J, 1979. n°.192 ets.

(٤) وهذه العلاقة هى محل البحث، وسوف نقوم بدراستها بالتفصيل، فى البابين الأول والثانى من هذا البحث.

المطلب الثانى

تعريف المقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

حظى تعريف المقاولة من الباطن باهتمام منقطع النظير، فزخرت التشريعات والمؤلفات الفقيه فى مجال القانون الخاص والعام بالعديد من التعريفات. إلا أنه باستقراء هذا الموضوع لابد أن يتوقف المرء أمام بعض جوانبه. ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع:

الفرع الأول: التعريفات التشريعية للمقاولة من الباطن.

الفرع الثانى: التعريفات الفقهية للمقاولة من الباطن.

الفرع الثالث: تعريفات الفقه الإسلامى لعقد المقاولة من الباطن.

الفرع الرابع: التعريف المختار لعقد المقاولة من الباطن.

الفرع الأول

التعريفات التشريعية للمقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

عرف المشرع المصرى المقاولة من الباطن، كما عرفها أيضاً المشرع الفرنسى وكذا المؤسسات الدولية. وعرفها أيضاً المشرع فى العديد من الدول. ولكننا سوف نقتصر فى هذة الدراسة بغرض تعريف المشرع فى مصر وفى فرنسا، وكذا تعريف المؤسسات الدولية.

ولتتوضيح ذلك سوف نقسم هذا الفرع إلى أغصان ثلاثة هى:

الغصن الأول: تعريف المشرع المصرى.

الغصن الثانى: تعريف المشرع الفرنسى.

الغصن الثالث: تعريف المؤسسات الدولية.

الفصل الأول
تعريف المشرع المصرى

نصت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المصرى على أن: "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". كما نصت المادة ٦٦١ من القانون المدنى، على أن:

"(١) يجوز للمقاول أن يكل 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 مسئولاً عن المقاول من الباطن قِبَل رب العمل".

فقد تضمنت المادة ٦٤٦ تعريفاً عامًّا لعقد المقاولة، بما يشمل عقد المقاولة من الباطن ثم جاءت المادة ٦٦١ لتبين العناصر الخاصة لعقد المقاولة من الباطن، ومن جماعهما نستطيع أن نستخلص تعريف المشرع المصرى لعقد المقاولة من الباطن بأنه: "عقد يعهد بمقتضاه المقاول الأصلى للمقاول من الباطن بتنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه ما لم يكن هناك بند فى العقد يمنع ذلك أو كانت طبيعة العمل تعتمد على الكفاية الشخصية للمقاول الأصلى وذلك لقاء أجر على أن يبقى الأخير مسئولاً فى مواجهة رب العمل".

الفصل الثانى
تعريف المشرع الفرنسى[١]

على أن الأمر ليس بهذا الوضوح فى ظل التشريع الفرنسى، حيث تضمن القانون الفرنسى رقم ١٣٣٤ الصادر فى ١٩٧٥/١٢/٣١، المتعلق بتنظيم التعاقد من الباطن فى مادته الأولى التى نصت على أنه: "تلك العملية التى يعهد بموجبها

---

[١] وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسى لم يتعرض لتعريف المقاولة من الباطن إلا بمناسبة تنظيمه لبعض الضمانات الممنوحة للمقاول من الباطن وذلك عام ١٩٧٥. راجع فى ذلك:
C. Gavalda et G. Parléani, Droit Communautaire des affaires, 1988, Litec, n° 604.
وهذا يعنى أن القانون المدنى المصرى كان أسبق من القانون الفرنسى فى تنظيمه للمقاولة من الباطن، حيث نظمها بمقتضى القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

المتعاقد عن طريق التعاقد من الباطن وتحت مسئوليته إلى شخص آخر يطلق عليه اسم المتعاقد من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من المشروع أو العقد الإدارى المبرم مع صاحب العمل[١].

وفى مرحلة لاحقة عرف المشرع الفرنسى عقد المقاولة من الباطن فى المادة الأولى من مشروع مدونة العقود الإدارية[٢] بأنه:

"العملية التى يعهد من خلالها المتعاقد الأصلى، إلى الغير -وتحت مسئوليته- تنفيذ كل أو جزء من العقد المبرم مع الإدارة"، وبالرغم من صراحة هذه المادة فى إمكانية شمول التعاقد من الباطن تنفيذ كل الالتزام أو جزء منه، فإن المادة (١٥) من ذات المشروع جاءت مناقضة[٣] لما نصت عليه المادة الأولى إذ نصت المادة (١٥) على أن: "التعاقد الكلى من الباطن محظور"[٤].

الغصن الثالث

تعريف المؤسسات الدولية

عرّف المجلس الاقتصادى والاجتماعى فى فرنسا التعاقد من الباطن بأنه: "تلك العملية التى يعهد من خلالها مشروع إلى مشروع آخر، بتنفيذ جزء من أعمال

---

(١) "Au Sens de la lapersente lai la sous-traitance est l'aperation par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traite et sens sa responsabilitie, a une autre personne appelle sous-traitant tout ou portie de l'execution du contrat d'entreprise ou du marchie public onclu avec le matire de l'ouvrage".

(٢) مشروع مدونة العقود الإدارية الفرنسية، أودع الجمعية الوطنية الفرنسية منذ عام ١٩٩٢، لمعالجة المشاكل التى أظهرها تطبيق القانون المتعلق بتنظيم التعاقد من الباطن رقم ١٣٣٤ الصادر فى ١٩٧٥/١٢/٣١ .

(٣) راجع فى ذلك د- نجم حمد الأحمد - المرجع السابق - ص ١٥.

(٤) وقد أثارت المناقشات البرلمانية، الخاصة بالمادة (١٥) من مشروع مدونة العقود الإدارية تساؤلات عديدة، تتعلق بمدى إمكانية التعاقد من الباطن فى حدود ٩٩ % من العقد الأصلى، وهل يعد ذلك تعاقدا كليا تحظره المادة (١٥) من المشروع، أم أنه تعاقد جزئى ؟

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى، إلى أن التعاقد من الباطن شبه الكامل يجعل قاعدة تحريم التعاقد من الباطن الكامل العقد الإدارى، قاعدة مشلولة وعديمة الفائدة.

La Souse-Traitance total d'un marché public.

يراجع فى ذلك د- نجم حمد الأحمد - المرجع السابق - ذات الموضع ويراجع أيضا:

Moderne (FRANK). La sous-traitance des marchés publics. D. 1995, p. 11.

الإنتاج أو الخدمات، وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقاً، علـى أن يظـل المشـروع الأصلى مسئولاً عن التنفيذ بأكمله"[١].

وفى مجال العقود الدولية للإنشاءات، عرف الدليل القانونى[٢] التعاقد من الباطن بأنه "تعاقد المقاول مع طرف ثالث لأداء بعض التزامات المقاول بموجب عقد المنشأة".

الفرع الثانى
التعريفات الفقهية للمقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

أثار تعريف المقاولة من الباطن جدلاً حادًا فى الفقه، حيـث تناولـه فقـه القانون الخاص، والقانون العام بتعريفات متعددة، ولتوضيح ذلك نقسم هـذا الفـرع إلى غصنين:

الغصن الأول: تعريف فقه القانون الخاص.

الغصن الثانى: تعريف فقه القانون العام.

الغصن الأول
تعريف فقه القانون الخاص

فى مجال القانون الخاص، يمكن بسهولة ملاحظة اتفاق الفقهـاء علـى أن محل المقاولة من الباطن قد يكون كلا أو جزءا من العمل محل المقاولة الأصـلية. كما لا نجد كثير عناء للوقوف على تبرير هذا المسلك فى التعريفات، إذ تناولت هذه التعريفات -وبذات المفهوم فى المدى (كل أو جزء)- نصـوص القـانون المـدنى

---

(١) " l'opération par laquelle une enterprise confie a une autre le soin d'execution pour elle et selon un cahier des charges preetabli, une parlie des actes de production et des services don't elle conserve la responsabilite finale". J.O. Avis et rapports du CES.26 avril 1973.

ذهب الفقيه الفرنسى Benabént إلى أن هذا التعريف هو الذى اعتمدته غالبية فقهاء القانون العام فـى فرنسا، راجع فى ذلك، وعلى سبيل المثال:

Bénabent, Louge d'ourage et d'industrial-Contrat d'entreprise et sous-traitance. Juris. Ci. Civ. Art. 1987. Annexe. n°.49.

(٢) الدليل القانونى، للجنة الأمم المتحدة للقـانون التجـارى، بشـأن صـياغة العقـود الدوليـة للتشـييد . B2.CSER.9CN.

المصرى (٢/٢٦١)، والقانون الفرنسى رقم ١٣٣٤ فى ١٩٧٥/١٢/٣١، بشأن تنظيم التعاقد من الباطن (م/١). ولما كان ذلك فقد كان حريًا بفقهاء القانون – وحسناً فعله – أن يلتزموا فى تعريفاتهم بما ورد فى تلك النصوص لوضوحها، بل إننا نرى أن وجود النصوص ووضوحها فى تعريف عقد المقاولة من الباطن، قد قام كمانع أدبى أمام تطرق جمهور الفقه لوضع مثل هذا التعريف اكتفاءً بما ورد فى النصوص[١]. ومن ثم فقد لوحظ قلة بل ندرة تعريفات عقد المقاولة من الباطن عند فقهاء القانون الخاص، مقارنة بالوضع عند فقهاء القانون العام.

ومن فقهاء القانون الخاص، من عرف المقاولة من الباطن بأنها: "عقد يتفق فيه مقاول البناء الأصلى مع مقاول البناء من الباطن على تنفيذ كل أو جزء من البناء الذى التزم بإنشائه مع رب العمل"[٢].

وقد عرفها البعض من خلال تعريفه للمقاول من الباطن بأنه: "من يعهد إليه المقاول الأصلى بتنفيذ كل أو جزء من الصفقة التى أبرمها هذا الأخير مع رب العمل، وذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، وهو عقد يجب أن تتوافر له كافة خصائص عقد المقاولة"[٣].

وعرفها الأستاذ Bernard Boubli بأنها "عقد يعهد من خلاله أحد المقاولين إلى مقاول من الباطن وتحت مسئوليته تنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة المبرم مع مالك المشروع فرداً عاديًا أو شخصًا عامًا"[٤].

---

(١) فقد لاحظنا أن غالبية هذا الفقه تعلق – فقط – على التعريف التشريعى للمقاولة من الباطن، أو تبرز تعريف المقاولة من الباطن من خلال شرحها لتعريف المشرع للمقاولة من الباطن. راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال:

F. Collart Dutilleul, et PH. Delebecque Centrats Civils et commerciaux 3 ed, Dalloz, 1996, p. 787 et s. n° 911 et s.

ومن الفقه العربى راجع: د – قدرى عبد الفتاح الشهاوى – عقد المقاولة فى التشريع المصرى المقارن – منشأة المعارف بالإسكندرية – عام ٢٠٠٢ – ص ٢٣٦ وما بعدها.

(٢) د– رأفت محمد أحمد حماد – المسئولية المدنية لمقاولى البناء من الباطن فى القانون المدنى – دار النهضة العربية – دراسة مقارنة – عام ١٩٩٥ – ص ١٦.

(٣) د– عبد الرازق حسين يس – المسئولية الخاصة للمهندس المعمارى ومقاولى البناء – رسالة دكتوراه – طبعة ١٩٨٧ – هامش (١) – ص ٤٣٢.

(٤)

Bernard Boubli: Op. Cit., p. 237 ets

= وراجع أيضاً:

M. Boizard, Op. Cit., p. 4 et s.

الفصل الثانى

تعريف فقه القانون العام

على أنه من الجدير بالذكر، تبنى البعض فى فقه القانون العام ما ورد فى تعريفات فقهاء القانون الخاص، ويظهر ذلك فى تعريف البعض للمقاولة من الباطن بأنها: "الاتفاق الذى بمقتضاه يتخلى المتعاقد الأصلى عن كل أو جزء من العقد المبرم مع الإدارة لصالح شخص آخر على أن يبقى مسئولاً بصفة شخصية أمام الإدارة عن تنفيذ العقد المذكور"(١).

وعرفها الأستاذ Flamme بأنها "عقد بإنجاز عمل يجريه صاحب العقد المبرم مع الإدارة العامة، ويعهد من خلاله إلى مقاول آخر يطلق عليه اسم المتعاقد من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من الأشغال محل العقد، مع مراعاة أن يبقى المتعاقد الأصلى هو المسئول الوحيد عن تنفيذ الأشغال محل العقد وهو الدائن الوحيد للثمن المشترط كمقابل لتنفيذ العقد(٢).

إلا أنه تكاد تُجمع تعريفات فقهاء القانون العام ــ عدا التعريفين السابقين ــ لعقد المقاولة من الباطن، على أن محل هذا العقد، لا يجوز أن يشمل كل العمل المتعاقد عليه أصلاً، وإنما يجب أن يتمثل فى جزء منه فقط، وإن اختلفوا فى تحديد هذا الجزء.

ومن ذلك تعريف البعض للمقاولة بأنها: "أن يحل المتعاقد غيره محله فى تنفيذ بعض الالتزامات التعاقدية"(٣).

كما عرفها البعض بأنها: "التصرف الذى يبرمه المتعاقد الأصلى مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد"(٤).

---

(١) El Attar (FOUAD): Le marché du travaux publics. TMP, Université du Caire 1959, P. 133.

(٢) يراجع فى هذا التعريف ونقده ــ د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧.

(٣) راجع وعلى سبيل المثال: د ــ سليمان الطماوى ــ الأسس العامة للعقود الإدارية ــ دراسة مقارنة مطبعة جامعة عين شمس ــ سنة ١٩٩١ ــ ص ٤٤٠.

(٤) د ــ عبد المجيد فياض ــ نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى ــ دراسة مقارنة ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة عين شمس ــ سنة ١٩٧٥ ــ ص ١٢٦.

وقد سار على هذا النهج العديد من فقهاء القانون العام[١].

ويلاحظ كما سبق القول، أن تعريفات فقهاء القانون العام لعقد المقاولة من الباطن غزيرة، كما لوحظ أنها تتمحور من حيث محلها حول جزء من العمل محل التعاقد، ولم يقل أحد بكل العمل. ونلتمس لفقهاء القانون العام مبرراً في انتهاجهم هذا النهج، وذلك لأمرين هما:

الأمر الأول: أن النصوص غائبة في القانون العام، فلا يوجد تعريف تشريعي - مصري - لعقد المقاولة من الباطن؛ ونظراً لأن القانون الإداري يعتمد في المقام الأول على القضاء والفقه الإداريين، فقد كان يجب على هذا الأخير أن يتصدى لوضع هذا التعريف. وذلك على العكس في مجال القانون المدني، حيث تضمنت النصوص تعريفات واضحة لا غموض فيها، الأمر الذي دفع فقه القانون الخاص إلى العزوف عن التصدى لوضع التعريف محل الدراسة، أو على الأكثر ترديد ما ورد بهذه النصوص.

---

[١] وعرفها الدكتور محمد سعيد أمين بأنها "التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد - راجع رسالته للدكتوراه - الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة - جامعة عين شمس - سنة ١٩٨٣ - ص ١٧٢.

وعرفها الدكتور عادل عبد الرحمن خليل بأنها "التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الإدارة مع الغير، بقصد تنفيذ الالتزامات الواردة على جزء من محل العقد الأصلي أو عنصر من عناصره". راجع مؤلفه - العقود الإدارية آثارها وتنفيذها - دار الثقافة الجامعية - عام ١٩٩٩ - ص ١٣٠. د. أحمد فتح الله أبو سكينة - النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٦٥ - ص ٣٢٥، فقد عرفها سيادته بأنها "تلك الفكرة التي يضطلع بمقتضاها المتعاقد الأصلي الذي اختارته الإدارة بالدخول في علاقة قانونية مع طرف ثالث، لتنفيذ جزء من محل التعاقد بحيث يظل المتعاقد الأصلي مسئولا عن تنفيذ العقد برمته، وضامنا لهذا الطرف الثالث".

وعرفها الدكتور عبس الحسن بأنها "اتفاق المقاول الأصلي مع الغير لتنفيذ جزء من الأشغال موضوع العقد" - راجع رسالته للدكتوراه - التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة - جامعة القاهرة - عام ١٩٩٧ - ص ٤٢.

وعرفها الدكتور إبراهيم محمد على بأنها "أن يتفق المتعاقد مع الإدارة مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد" - راجع مؤلفه - آثار العقود الإدارية - جامعة المنوفية - عام ١٩٩٧ - ص ٣٩٥.

وعرفها الدكتور وليد فاروق جمعة بأنها "الفكرة التي يضطلع بمقتضاها المقاول الأصلي الذي اختارته الإدارة بالدخول في علاقة قانونية مع طرف ثالث لتنفيذ جزء من العقد الأصلي محل التعاقد، بحيث يظل المقاول الأصلي مسئولا عن تنفيذ العقد برمته، وضامنا لهذا الطرف الثالث الذي يطلق عليه المقاول من الباطن" - راجع رسالته للدكتوراه - مرجع سبق ذكره - ص ٨٦.

أما الأمر الثانى فيتمثل فى تأثر فقهاء القانون العام فى مصر بالوضع فى فرنسا، والذى حكمته فى مجال العقود الإدارية، مشروع مدونة العقود الإدارية الفرنسية، ذلك المشروع الذى وُضع لمعالجة المشاكل التى أظهرها تطبيق القانون المتعلق بتنظيم التعاقد من الباطن رقم ١٣٣٤ الصادر ١٩٧٥/١٢/٣١، والذى أودع الجمعية الوطنية الفرنسية منذ عام ١٩٩٢، حيث نصت المادة (١٥) منه على أن: "التعاقد الكلى من الباطن محظور".

ومن ثم، لم يكن من المستغرب، أن يعرف de loubedére أحد أساطين القانون العام فى فرنسا، عقد المقاولة من الباطن بأنها: "التصرف القانونى الذى يبرمه المتعاقد الأصلى بقصد تنفيذ جزء من محل العقد"[١].

و إنطلاق فقهاء القانون العام، فى تعريفاتهم بعيداً عن القانون المدنى المصرى محل نظر، ذلك أن هناك مبدأ يقضى بأنه يمكن اللجوء إلى أحكام القانون المدنى، فى حالة غياب النصوص فى القانون الإدارى، وفى حالتنا محل الدراسة لا توجد نصوص تُعرف وتنظم المقاولة من الباطن فى القانون الإدارى على غرار مدونة العقود الإدارية فى فرنسا. لذا كان يجب على الفقهاء أن يستدعوا من نصوص القانون المدنى ما لا يتعارض مع طبيعة العمل أو روابط القانون العام، والتى تبيح التعاقد من الباطن فى كل أو جزء من العمل محل المقاول الأصلى.

ولعل هذا المنحى، المفتقد لدى فقهاء القانون العام، يؤيده نهج الشريعة الإسلامية كما سنرى[٢]. بل ولعل المنطق يقول بتكامل المنظومة التشريعية فى البلد الواحد، فنصوص القانون المدنى المتضمنة للتعريف موجودة. والأولى أن يرجع إليها فقهاء القانون العام، خاصة إذا كانت هذه النصوص، فى تلك المسألة، تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية. أوليس ذلك بأدعى للتمسك بها وأن يطرح جانباً التأثر بما ورد بمجموعة العقود الإدارية الفرنسية!.

---

(١) راجع فى ذلك : Laubedere, Traité Contrats administratifs. Tome 2 L.G.D.J. 1984, P.12.

(٢) راجع فى ذلك تعريفات فقه الشريعة الاسلامية فى هذا البحث، الفرع التالى ص ٢٨.

الفرع الثالث

تعريفات الفقه الإسلامى لعقد المقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

لعله من البديهيات، أن نشير إلى أن الفقه الإسلامى، عرف عقد المقاولة أصلاً، وإن جاء تحت مسميات خاصة به، وهى: "عقد الأجير المشترك"، وهو من يعمل مستقلاً عن رب العمل، ويعمل لكافة الناس (من ذلك الكواء، الصباغ، والخياط، ...). أو عقد الاستصناع، وهو فرض يقوم فيه الأجير المشترك، بتقديم مادة الصنع والعمل لرب العمل، مثل (صانع الأثاث).

ولا نضيف جديداً، عندما نقرر أن الفقه الإسلامى، عرف أيضاً عقد المقاولة من الباطن، حيث ورد بالمُغنى أنه: "يجوز لرب العمل أن يقبل العمل الذى أداه الأجير بغيره"[١]. وأيضا ورد ببدائع الصنائع أنه: "للأجير أن يعمل بنفسه أو أُجرائه ..." [٢].

خلاصة القول، أن "الأجير المشترك من الباطن، هو أجير مشترك يستعين به الأجير المشترك الأصلى فى أداء العمل المكلف به، سواء كله أو جزء منه مقابل عِوض ويكون ضامناً له أمام صاحب العمل"[٣].

الفرع الرابع

التعريف المختار لعقد المقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

ومن الملاحظ[٤] ــ كما سبق أن بينا ــ أن غالبية تعريفات فقه القانون العام، أغفلت التقاول من الباطن لتنفيذ كل العقد المبرم بين المقاول الأصلى ورب العمل، لتقصرها على تنفيذ جزء من العقد فقط.

---

(١) راجع فى ذلك: المغنى للإمام الأجل ــ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ــ جزء (٥) ــ ص ٣٧٨.

(٢) راجع فى ذلك: بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للعلامة الفقيه ــ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكسانى الحنفى ــ الطبعة الأولى ــ سنة ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م ــ مطبعة الجمالية بمصر الجديدة ــ جزء (٤) ــ ص ٢١٠.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ مصطفى كامل عصيمى ــ عقد المقاولة من الباطن ــ القانون الوضعى والشريعة الإسلامية ــ رسالة دكتوراه ــ كلية الحقوق ــ جامعة أسيوط، ٢٠٠٢، ص ١١٨.

(٤) د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩.

وهذه التعريفات لا تتفق مع التطورات التكنولوجيـــة وتشـــعب العلاقـــات الاقتصادية من ناحية، ومن ناحية ثانية تفتح الباب أمام تحايل المقـــاول الأصـــلى، لينقل الجزء الأكبر من محل العقد، لينفذه مقاول من الباطن. وهذا ــ بعينـــه ــ مـــا كان محلاً لمناقشات فى البرلمان الفرنسى أثناء مناقشة نص المادة ١٥ من مشروع مدونة العقود الإدارية، وهذا فضلاً عن صعوبة تحديد النسبة التى يجـــوز للمقـــاول الأصلى أن يسندها للمقاول من الباطن.

كما أن هذه التعريفات أغفلت الإشارة، إلى حالة إلزام المقاول الأصلى على التعاقد مع مقاول من الباطن يحدده له رب العمل، أو إجباره على عدم التعاقد مـــع مقاول من الباطن بعينه، انطلاقاً من أن المصلحة العامة قد تقضى ذلك.

وقد راعى بعض الفقه[١] هذه الملاحظات فعرف التعاقد من الباطن بأنـــه: "مساهمة الغير فى تنفيذ كل أو بعض العقد الإدارى المبرم بين الجهة الإدارية ومن تعاقدت معه بحيث تنشأ بين طرفين جديدين هما المتعاقد الأصـــلى والمتعاقـــد مـــن الباطن رابطة عقدية جديدة مستقلة تماماً عن عقد المقاولة الأصلى، على أن يبقـــى المقاول الأصلى من حيث المبدأ مسئولاً عن تنفيذ العقد بأكمله مع إمكانية أن يصبح المتعاقد من الباطن دائناً (لرب العمل) للإدارة المتعاقدة فى حدود الأعمـــال المنفـــذة من قبله".

وعلى ذات النهج فإننا نعرف المقاولة من الباطن بأنها: مســـاهمة المقـــاول من الباطن فى تنفيذ كل أو بعض العقد المبرم بين رب العمل والمقـــاول الأصـــلى، بحيث تنشأ بين طرفين جديدين هما المقاول الأصلى والمقاول من البـــاطن رابطـــة عقدية جديدة، مستقلة تماماً من حيث تكوينها عن عقد المقاولـــة الأصـــلى إلا أنهـــا ترتبط بهذا الأخير برابطة موضوعية. على أن يبقى المقاول الأصلى مـــن حيـــث المبدأ مسئولاً عن تنفيذ العقد بأكمله فى مواجهة رب العمل.

---

[١] ونذكر من ذلك وعلى سبيل المثال : د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩.

المطلب الثالث

خصائص عقد المقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

نظراً لأن عقد المقاولة من الباطن يعتبر عقداً فإنه يجب أن تتوافر فيه من جهة جميع الأركان التى يجب توافرها فى العقد ــ الرضا والمحل والسبب ــ بصفة عامة[١]، ومن جهة ثانية شروط صحة العقد.

كما أن عقد المقاولة من الباطن ينفرد ــ بصفته عقد مقاولة ــ بعدة خصائص تثبت لعقد المقاولة، ولأن عقد المقاولة من الباطن أحد صور التعاقد من الباطن، فيجب أن تتوافر فيه بعض الخصائص الخاصة، التى تجعله يرتبط مع عقد المقاولة الأصلى برابطة التبعية. ونظراً لأن المقاولة من الباطن تدخل من وجهة نظر الفقه والقضاء الحديثين فى نطاق العائلة أو المجموعة العقدية فإننا نوضح العناصر العامة لعقد المقاولة من الباطن، والتى يجب أن تتوافر فيه بصفته عقد مقاولة، ثم نتناول الخصائص الخاصة بعقد المقاولة من الباطن. ثم نعرض بعد ذلك لأرتباط وتبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلى ، وصور هذا الأرتباط ، والنتائج المترتبة عليه .

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة :

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد المقاولة من الباطن.

الفرع الثانى: العناصر الخاصة لعقد المقاولة من الباطن.

الفرع الثالث: إرتباط وتبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلى، والنتايج المترتبة على ذلك.

---

[١] راجع فى ذلك: د. عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السابع ــ المجلد الاول ــ العقود الواردة على العمل ــ المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ــ تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغى ــ منشأة المعارف بالأسكندرية ــ عام ٢٠٠٤، بند ١ ــ ص ٦. أ- محمد عبد الرحيم عنبر ــ الوجيز فى عقد المقاولة والتوكيلات التجارية ــ الطبعة الثالثة ــ عام ١٩٨٨ ــ بند ٢ ــ ص ٧.

الفرع الأول
الخصائص العامة لعقد المقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

وهذه الخصائص ــ كما بيننا ــ يجب توافرها فى عقد المقاولة من الباطن، لكونه عقد مقاولة، فهذه الخصائص ــ خصائص عقد المقاولة ــ يجب توافرها فى عقد المقاولة من الباطن أولاً، حتى لا يختلط مع غيره من العقود التى قد تشتبه به.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى خمسة غصون:

الغصن الأول: عقد المقاولة من الباطن عقد رضائى.

الغصن الثانى: عقد المقاولة من الباطن عقد ملزم للجانبين (تبادلى).

الغصن الثالث: المعاوضة.

الغصن الرابع: عقد المقاولة من الباطن يرد على العمل المادى.

الغصن الخامس: استقلال المقاول من الباطن فى تنفيذ العقد.

الغصن الأول
عقد المقاولة من الباطن عقد رضائى[١]

لم يشترط المشرع لتكوين عقد المقاولة من الباطن شكلاً معيناً، أما الكتابة بالنسبة لهذا العقد فهى للإثبات فقط متى كانت ضرورية لذلك[٢]، ويقع التراضى بين

---

(١) راجع فى التراضى كركن من أركان العقد، على سبيل المثال: د ــ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ــ النظرية العامة للإلتزام ــ مصادر الإلتزام ــ الجزء الأول ــ المصادر الإرادية ــ مكتبة الجلاء بالمنصورة ــ عام ١٩٩٣ ــ ص ٥٥ وما بعدها. راجع أيضاً: د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الإلتزام ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٢ ــ ص ٨٧ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال: د- عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٦، هامش ١ ويشير سيادته إلى حكم نقض فرنسى فى ٢٣ أكتوبر ١٩٤٥ ــ داللوز ١٩٤٦ ــ ١٩ . ويشير إلى ذات الحكم د ــ لبيب شنب ــ شرح أحكام عقد المقاولة ــ الطبعة الثانية ٢٠٠٤ ــ دار النهضة العربية ــ ص ١٦ ، هامش ١ وهذا الحكم وإن كان قد صدر بالنسبة للمقاولة الأصلية فإنه ينطبق على المقاولة من الباطن.

راجع أيضاً: M. Boizard, Op. Cit. p.6.

المقاول من الباطن والمقاول الأصلى فى عقد المقاولة من الباطن على عنصرين هما:

العنصر الأول: الشىء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب أداؤه من المقاول من الباطن.

العنصر الثانى: هو الأجر الذى يتعهد به المقاول الأصلى. ولإيضاح خاصية الرضائية ــ فضلاً عما ورد ٦٤٦ سالفة الذكر ــ وتأكيداً لها ما جاء بالمادة ٦٥٨[١] (مدنى مصرى) التى لا تجيز للمقاول من الباطن أن يطالب بأية زيادة فى الأجر، ولو حدث فى التصميم المتفق عليه تعديل أو إضافة، ما لم يكن هناك اتفاق كتابى على ذلك، إلا إذا كان عقد المقاولة من الباطن قد اتفق عليه مشافهة[٢]. وخاصية الرضائية لا يفقدها عقد المقاولة من الباطن، حتى ولو كان العمل المطلوب منه هو بناء سفينة، إذ لا تشترط الرسمية إلا إذا كان العقد الواقع على السفينة بيعاً[٣].

وتجدر الإشارة إلى أن التساؤل أثير، بشأن المقاولة من الباطن فى العقود الدولية للإنشاءات، هل تعد من العقود الرضائية أم من عقود الإذعان؟، وقد أجابت هيئة التحكيم[٤] "بأن عقد المقاولة من الباطن لأعمال الهندسة المدنية لمعمل التكرير

---

(١) حيث تنص أحكام المادة ٦٥٨ من القانون المدنى المصرى على أنه: "إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكن مأذونا فيه واتفق مع المقاول على أجره".

(٢) د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ٧ ــ ص ١٦ .

(٣) د ــ على حسن يونس ــ فى أصول القانون البحرى ــ عام ١٩٦١ ــ ص ٢٠٠. د ــ على جمال الدين عوض ــ القانون البحرى ــ سنة ١٩٦٩ ــ دار النهضة العربية ــ بند ١٣ ــ ص ٨٧.

(٤) راجع فى ذلك:

١ ــ حكم تحكيم صدر عن هيئة تحكيم مشكلة وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، (C.C.I) حيث قامت الهيئة بالنظر فى عقد مقاولة، أبرم لتنفيذ الأعمال المدنيه لمعمل تكرير بإحدى الدول الإفريقية. هذا الحكم مشار إليه د ــ أحمد حسان الغندور ــ التحكيم العقود الدولية للإنشاءات ــ دار النهضة العربية ــ سنة ١٩٩٨ ــ ص ٥٠٨.

٢ ــ د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣، وأشار إلى حكم التحكيم بالهامش السابق.

بإحدى الدول الإفريقية كان محلاً للتفاوض طرفيه، وكان التفاوض بين الطرفين سابقاً على قبول المقاول لشروط العقد، ومن ثم فإن العقد لا يعد، كما يزعم المقاول من الباطن من عقود الإذعان..."[١] وكانت هيئة التحكيم قد انتهت إلى اعتبار عقد المقاولة من الباطن فى العقود الدولية للإنشاءات عقداً رضائيًا، وليس عقد إذعان، استناداً إلى أن ما تناوله الطرفان من مراسلات، وعدم اعتراض المقاول من الباطن على بعض وثائق العقد، لدليل على رضاه الضمنى بالعقد مجملاً.

ونرى أن المقاولة من الباطن تعد من العقود الرضائية، إذا أبرمت فى نطاق العقود الخاصة، ولا تفقد هذه الخاصية[٢] إذا أبرمت فى نطاق العقود الدولية لإنشاءات، أو إذا أبرمت فى نطاق العقود الإدارية، حيث يكون العقد دائماً محلاً للتفاوض بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، حتى فى الأحوال التى يُفرض فيها المقاول من الباطن على المقاول الأصلى[٣]، وإذا كانت درجة الرضا تقل فى هذه الحالة، إلا أن درجة الرضا تتسع كلما كان من حق المقاول الأصلى اختيار المقاول من الباطن من دائرة أكبر من الذين رشحهم رب العمل، وتكون أكثر اتساعاً إذا كان من حق المقاول الأصلى الاعتراض على المقاول من الباطن المرشح، وأن يطلب مقاول من الباطن آخر.

=٣ ــ انظر ما سوف نوضحه لاحقاً عن دراسة صور وأنماط المقاولة من الباطن ــ المقاولة من الباطن المفروضة ــ ص٥٢ ومابعدها .

(١) راجع فى مشكلة الإذعان ودوره فى تحديد النطاق العقدى فى نطاق القانون الفرنسى والقانون المصرى، د ــ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ــ مشكلتان متعلقتان بالقبول ــ السكوت والإذعان ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٨٥ ــ ص ١٥٦ وما بعدها.

(٢) ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة، وبالرغم من أن هذه المادة تخص عقد المقاولة، فإنه يجوز تطبيقاتها على المقاولة من الباطن أيضا وعلى نفس الحالة، أى فى حالة اتفاق المقاول مع المقاول من الباطن على أجر إجمالى.

(٣) حيث تنص أحكام المادة ٦٥٨ من القانون المدنى المصرى على أن "(١) إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأي زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره.

الفصل الثانى
عقد ملزم للجانبين (تبادلى)

فعقد المقاولة من الباطن عقد تبادلى ملزم للجانبين، حيث يترتب عليه منذ انعقاده التزامات تبادلية تقع على عاتق كل من المقاول الأصلى والمقاول من الباطن[١]، بحيث يكون كل منهما ملتزماً تجاه الآخر؛ لأن هذا الأخير قبل التزامه تجاه الأول. حيث يلتزم المقاول من الباطن بصنع شىء أو أداء عمل لحساب المقاول الأصلى، مقابل أجر يلتزم به هذا الأخير.

الفصل الثالث
المعاوضـــــــــــة

فعقد المقاولة من الباطن يظهر فيه صفة المعاوضة بوضوح، والحال أن كلاً من طرفيه يأخذ مقابلاً لما يعطى، فالمقاول من الباطن لا يصنع الشىء أو يؤدى العمل لحساب المقاول الأصلى بنية التبرع، بل يفعل ذلك مقابل اقتضائه أجراً من هذا الأخير، الذى يدفع الأجر مقابل اقتضائه العمل من المقاول من الباطن، لذا فإن كلاً من الطرفين تتوافر لديه نية أخذ المقابل ــ العوض ــ لما يعطى[٢].

---

[١] راجع فى ذلك: د ــ فتحى عبد الرحيم ــ شرح النظرية العامة للإلتزام ــ الكتاب الأول ــ مصادر الإلتزام ــ منشأة المعارف بالإسكندرية عام ٢٠٠١ ــ ص ٣٤. د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ــ ص ٦٩ وما بعدها. د ــ حسام الدين كامل الأهوانى ــ مصادر الإلتزام ــ الجزء الأول ــ دار الثقافة الجامعية ــ الطبعة الثانية ــ عام ١٩٩٥ ــ ص ٤٩. د ــ طلبة وهبه خطاب ــ النظرية العامة للإلتزام ــ مصادر الإلتزام ــ المصادر الإرادية ــ العقد والإرادة المنفردة ــ عام ٢٠٠٠/٢٠٠١ ــ ص ٣٠. راجع أيضاً:

M. Boizard, Op. Cit. p.6.

[٢] راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال: د ــ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦. د ــ فتحى عبد الرحيم عبد الله ــ شرح النظرية العامة للإلتزام ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٧٣ وما بعدها. د ــ حسام الدين كامل الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠. د ــ طلبه وهبه خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣.

الفصل الرابع

عقد المقاولة من الباطن يرد على العمل المادى

فى ضوء نصوص التشريع المدنى المصرى (المادتين ٦٤٦، ٦٤٧ مدنى[١])، يمكن القول بأنه يشترط أن يكون محل التزام المقاول من الباطن فى عقد المقاولة من الباطن أداء عمل أو صنع شىء مقابل أجر، ولا يجوز أن يكون محل التزامه إعطاء شىء أى نقل أو إنشاء حق عينى. وفى الحالة التى يلتزم فيها المقاول من الباطن بصنع الشىء، يجوز أن يقتصر التزامه على تقديم عمله فقط، على أن يقدم المقاول الأصلى المادة المستخدمة فى صنع الشىء، كما أجاز المشرع أن يتعهد المقاول من الباطن بتقديم العمل، والمادة التى يصنع منها الشىء، صورة عقد الاستصناع، واعتبرها إحدى صور عقد المقاولة من الباطن، وحسم بذلك خلافا أثير فى هذا الفرض[٢]، وهل هو عقد بيع لشىء مستقبل، أم هو مزيج من عقدى البيع والمقاولة من الباطن، أم أنه عقد مقاولة؟ [٣].

والمقاولة من الباطن لا يجوز قصر نطاقها على الأعمال المادية فقط، بل يجوز أن يتعهد المقاول من الباطن بالقيام بأعمال مادية أو أعمال ذهنية، لحساب المقاول الأصلى، ذلك لأن التفرقة بين الأعمال الذهنية والأعمال اليدوية منتقدة،

---

(١) تنص المادة ٦٤٦ مدنى مصرى على أن: "المقاولة عقد يتعد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعهد الآخر"، كما تنص المادة ٦٤٧ من القانون ذاته على أن:

"١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها، أو يستعين بها فى القيام بعمله.

٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً".

وينطبق ما يؤخذ من هاتين المادتين على المقاولة من الباطن.

(٢) انظر فى هذا البحث ما سيأتى لاحقاً فى عرض التفرقة بين عقد المقاولة من الباطن وعقد البيع ص١٤ ومابعدها.

(٣) لا شك أن الإجابة عن هذا التساؤل أثارت جدلاً حادًا فى الفقه والقضاء هذا من جهة، ومن جهة ثانية أثير النقاش بشأن هذه المسألة عند تناول الفقه والقضاء لمسألة الأسرة العقدية، وهل تقتصر على البيوع المتجانسة فقط أم أنها تشتمل العقود المتجانسة وغير المتجانسة. وسوف نعود لهذه المسألة بالتفصيل عند تناولنا لفكرة الأسرة العقدية فى مجال العقود المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك. راجع فى ذلك أيضاً د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢ وما بعدها.

بسبب عدم وجود عمل لا يكون للعقل دور فيه[١]، ويترتب على ذلك أن عمل الطبيب أو المهندس أو المحامى فى المرافعة وتقديم الاستشارات القانونية على سبيل المثال جميعها أعمال تصلح لأن تكون محلاً لعقد المقاول من الباطن[٢].

ويقوم المقاول من الباطن بالعمل ــ محل المقاولة من الباطن ــ على وجه الاستقلال، ولحساب المقاول الأصلى، ذلك أن المقاول من الباطن لا ينوب فى أداء عمله عن المقاول الأصلى ولا يمثله، وانطلاقا من أن عقد المقاولة من الباطن له كيان مستقل عن المقاول الأصلى، ولكن هذا لا يمنع من أن يقوم المقاول من الباطن بأعمال مادية وإبرام تصرفات قانونية باسم ولحساب[٣] ــ الموكل ــ المقاول الأصلى، ويجمع في هذه الحالة بين صفته كوكيل عن المقاول الأصلى، وصفته كمقاول من الباطن، ويجب تحديد الالتزامات على أساس وجود عقدين هما الوكالة والمقاولة من الباطن، ويجب تطبيق أحكام كل من العقدين كل فى نطاقه[٤].

---

(١) راجع فى ذلك أ/ عبد الرحيم عنبر ــ المرجع السابق ــ ص ٣١ .

(٢) راجع فى ذلك: د ــ عبد الظاهر حسين ــ المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٣ ــ ص ٥٩ وما بعدها. أ/ عبد الرحيم عنبر ــ المرجع السابق ــ ص ٣١، ص ٣٢، ص ٣٣، وراجع أيضا طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ فى جلسة ١٩٦٧/٥/١ ش ١٨ مجموعة أحكام النقض قاعدة ١٥٠ ص ١٠٥ . ومن أحكام النقض الفرنسية :

Civ. 3e, 28 Févr. 1984, Bull. Civ. III. no 51. D. 1984, I.R. 257, Rev. Trim. Dr. Civ. 1984. 743, Obs. Crit, p. Rémy.

وراجع أيضا ما سيأتى لاحقا فى هذا البحث بشأن التفرقة بين عقدى المقاول من الباطن والوكالة.

(٣) بل قد يقوم المقاول من الباطن بإبرام تصرف قانونى باسمه ولكن لحساب المقاول الأصلى، وفقاً لفكرة الوكالة بالتسخير وفى هذه الحالة يخضع التصرف لأحكام الوكالة العادية المستترة التى نظمها المشرع المصرى بالمواد (٦٩٩، ٧١٣ مدنى مصرى) والتى أحال بشأنها إلى أحكام النيابة فى التعاقد بالمواد (١٠٥، ١٠٦ مدنى مصرى) راجع فى توضيح هذه المسألة بالتفصيل: راجعع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد ــ وفقاً للقانونين الكويتى والمصرى ــ الرسالة الدولية للطباعة ــ عام ٢٠٠١/٢٠٠٢ - ص ١١٤ وما بعدها.

(٤) انظر فى تفصيل ذلك، هذا البحث نفس الهامش السابق.

الغصن الخامس

استقلال المقاول من الباطن فى تنفيذ العقد[١]

وهذه الخاصية أبرزها الفقه فى تعريفه لعقد المقاولة، وتعتبر من أهم أحكام عقد المقاولة عموماً سواء كانت مقاولة أصلية، أو مقاولة من الباطن، وتعنى أن يقوم المقاول من الباطن بالعمل المكلف به مستقلاً، دون أن يخضع لإدارة أو إشراف أو رقابة من جانب المقاول الأصلى[٢]، فهذا الأخير والمقاول من الباطن يحددان العمل أو النتيجة التى يريدها فى عقد المقاول من الباطن، ويكون هذا العقد هو المرجع للمقاول من الباطن عند تحديده للعمل المكلف به وليس المقاول الأصلى، وله أن يختار من الوسائل والأدوات ما يراه مناسباً وكفيلاً لأداء عمله أو تحقيق النتيجة، دون أن يكون للمقاول الأصلى أن يتدخل ــ سواء ــ لتوجيه هذا الاختيار أو الإشراف عليه أو رقابته.

إلا أن استقلال المقاول من الباطن فى تنفيذ عمله، لا يمنع من تلقيه بعض التعليمات من المقاول الأصلى[٣]، فاستقلال المقاول من الباطن ــ المهندس ــ بوضع تصميم مبنى مكلف ببنائه، لا يمنع أن يقول له المقاول الأصلى الخطوط العريضة الخاصة بهذا التصميم، ويذهب بعض الفقه[٤] وبحق إلى أن استقلال المقاول من الباطن فى أداء عمله، لا يمنع المقاول الأصلى عن مراقبته أثناء تأدية العمل، ولكن هذه الرقابة لا تصل إلى حد اعتبارها أحد صور التبعية القانونية، وإلا اعتبر المقاول من الباطن عاملاً لدى المقاول الأصلى، وتحكم علاقتهما أحكام عقد العمل، فهذه الرقابة لا تشكل أى تدخل فنى أو إدارى فى عمل المقاول من الباطن

---

(١) تجدر الإشارة إلى أن هذه الخاصية هى التى تميز بين عقد المقاولة من الباطن، وكل من عقدى العمل والوكالة، راجع ما سنوضحه لاحقاً ، ص١٤٢ ومابعدها.

(٢) وبذلك يختلف المقاول من الباطن عن العامل. راجع فى هذا البحث لاحقاً التمييز بين المقاول من الباطن والعامل ص١٤٢ ومابعدها. وراجع بصفة خاصة هامش ٣ ص١٤٢ ومابعدها.

(٣) د/ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦ .

(٤) راجع فى ذلك:

Bernard, Boubli: La responsabilitie des architectes des entrepreneurs et des autres locuteurs d'ouvroge 1979, N.137, 179, 181.

راجع أيضا د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦ وما بعدها، د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق، ص ٢٦ هامش (٢).

الذى يقوم به مستقلاً، إنما غاية هذه الرقابة هى تمكين المقاول الأصلى من تكشف ما قد ينجم عن عمل المقاول من الباطن من مخالفات، أثناء العمل حتى يتسنى له اتخاذ الإجراءات القانونية فى الوقت المناسب كالتنبيه عليه باتباع الطريقة السليم فى التنفيذ أو حتى طلب فسخ العقد، وهذه الرقابة تعتبر من قبيل الأعمال المادية، وليست التصرفات القانونية، وقد يقوم بها المقاول الأصلى بنفسه، وقد يشاركه فى هذه الرقابة ما يسمى فى الحياة العملية الفرنسية:

"Maitre d'ceuvre" ، ومكتب للإشراف الفنى "Control technique"

الفرع الثانى

العناصر الخاصة بعقد المقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

وإذا كانت المقاولة من الباطن، تتفق مع سائر عقود المقاولة، فيما سبق من خصائص، إلا أنها تنفرد بخصائص أخرى، وذلك من منطلق طبيعتها القانونية (كعقد مقاولة من الباطن).

ولتوضيح هذه الخصائص نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة غصون:

الغصن الأول: يجب أن يكون عقد المقاولة من الباطن مسبوقاً بعقد مقاولة أصلى.

الغصن الثانى: انتفاء صفة الطرف بالمفهوم الشكلى بين رب العمل والمقاول من الباطن.

الغصن الثالث: يجب أن يكون عقد المقاولة من الباطن وسيلة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلى.

الغصن الأول

يجب أن يكون عقد المقاولة من الباطن مسبوقاً بعقد مقاولة أصلى

يترتب على كون عقد المقاولة من الباطن أحد صور التعاقد من الباطن، وجوب أن يكون مسبوقاً بعقد أصلى. ذلك أن العقد الأصلى يعد سبباً لوجود العقد من الباطن، كما أن الأول يعير الأخير محله، لذا فإنه من الطبيعى أن يوجد العقد

الأصلى فى تاريخ سابق على تاريخ العقد من الباطن[١]، وإلا كان هذا الأخير عقداً أصليًّا.

كما يشترط فى العقد الأصلى الذى يسبق عقد المقاولة من الباطن، أن تكون طبيعته من نفس طبيعة عقد المقاولة من الباطن، أى أن يكون عقد مقاولة[٢]، فإذا لم يكن العقد السابق مقاولة كان العقد اللاحق عقد مقاولة أصلى، وليس عقد مقاولة من الباطن، ويترتب على ذلك أنه إذا اقتصر التزام المقاول فى العقد الأول على التعهد بأن يحصل على موافقة مقاول آخر على التعاقد مع رب العمل، فلو أنه نجح فى ذلك، فإن العقد الجديد الذى يبرمه رب العمل مع المقاول الآخر عقد مقاولة أصلى، ذلك أن المقاول فى العقد الأول يعتبر وكيلاً ينوب عن رب العمل فى إبرام عقد مقاولة مع ــ مقاول أصلى آخر ــ مقاول آخر، فيكون العقد الآخر عقد مقاولة أصلى وليس عقد مقاولة من الباطن. ويخضع العقد فى هذه الحالة لأحكام النيابة فى التعاقد، وليس لأحكام عقد المقاولة الأصلى. ومن هنا تبدو أهمية الوقوف على بنود التعاقد بمعزل عن الوصف الذى يُضفى على التعاقد من خلال طرفيه ويبنى على ذلك، أنه يجب على قاضى الموضوع تكييف العقد الذى أثير النزاع بشأنه قبل إعمال أحكامه.

وتجدر الإشارة إلى أنه فى مجال الإنشاءات العقارية فى فرنسا، توجد مهنة هامة يطلق عليها اسم البروموتير (Promoture) وصاحب هذه المهنة ليس مقاولاً، ولكنه يعتبر وكيلاً، ينوب عن رب العمل فى إبرام كافة التصرفات القانونية والإدارية، والتى تلزم لبدء وتنفيذ تلك الإنشاءات وبيعها، وتشمل هذه التصرفات ما

---

(١) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٣، د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٠. وتجدر الإشارة إلى أن هناك من يرى إمكانية وجود العقد من الباطن قبل وجود العقد الأصلى فى هذا الرأى د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٩. ويبدو أننا نتفق مع من يرى وجوب أن يسبق عقد المقاولة الأصلى عقد المقاولة من الباطن استنادا إلى أن العقد الأول يعد سبباً للثانى فإذا لم يكن هناك وجود للعقد الأول كان الثانى عقد فاقد لركن السبب مما يعرضه للبطلان.

(٢) راجع فى ذلك:
Roger saini alary: Cours de droit de construction propriety urbane 1971-1973, N.419 page 269; Bordeaux 2 Nov. 1989, Rev. Jwu'spr. Com. 1990.121, note C. Broca; Malaurie (P) et Aynès (L): Les contrats spéciaux, 3e éd., 1989 Cujas, nos 700 et s.

ويرى بعض الفقه خضوع البروموتير للضمان العشرى وفقا للمادة ١٧٩٢ مدنى.

يتعلق بشراء الأرض، وشراء المواد، والاقتراض باسم الموكل، والبيع باسمه وحدات المشروع، ويتفق الفقه على اعتبار صاحب هذه المهنة وكيلاً عن رب العمل، وتوصف هذه الوكالة بأنها وكالة ذات مصلحة مشتركة[١].

ويترتب على ذلك أن صاحب مهنة البروموتير إذا أبرم عقد مقاولة إنما يبرمه باعتباره وكيلاً عند رب العمل، لذا فإن هذا العقد لا يمكن اعتباره عقد مقاولة من الباطن، بل يعد عقد مقاولة أصليًا طرفاه رب العمل ــ الموكل ــ والمقاول الذى أبرم معه البروموتير العقد. ولا شك أن هذا التحديد تبدو أهميته بشأن تحديد نطاق الأسرة أو المجموعة العقدية فى نطاق المقاولة.

وتتشابه مهنة "وكيل الفنانين" بالمهنة السابقة، وذلك إذا اقتصر التزامه على أن يمثل صاحب الحفلة، وينوب عنه فى التعاقد مع الفنانين، حتى وأن تركت له سلطة واسعة فى اختيار بعضهم، أو تحديد أجرهم فى حدود أجر عام يتفق عليه، ويلتزم وكيل الفنانين بالقيام بما هو موكول إليه بحسن نية، فلا يتعاقد مع فنانين دون المستوى، بما لا يليق مطلقاً بمستوى الحفل، وبأجر لا يتقاضاه من هم فى مستواهم عادة[٢]، وبالتالى فإن عقد المقاولة الذى يبرمه وكيل الفنانين نيابة عن صاحب الحفل لا يعد عقد مقاولة من الباطن، بل هو عقد مقاولة أصلى، فهذا العقد أيضا ــ وإن كان يسبقه عقد مبرم بين صاحب الحفل ووكيل الفنانين ــ إلا أن هذا العقد السابق ليس من طبيعة العقد اللاحق، أى ليس عقد مقاولة بل عقد وكالة.

ويجب أن يكون التزام المقاول الذى يسبق فى وجوده عقد المقاولة من الباطن التزاماً عقديًا ناشئاً عن عقد مقاولة[٣]، وبالتالى إذا كان مصدر التزامه قانون أو لائحة أو اشتراط لمصلحة الغير، فإن العقد الذى يبرمه تنفيذاً لهذا الالتزام يكون عقد مقاولة أصلى، وليس عقد مقاولة من الباطن. ولا شك أن ذلك يساعد فى تحديد نطاق الأسرة أو العائلة العقدية فى نطاق المقاولات.

---

(١) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧. د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠.

(٢) Roger saini alary. Op. cit. p.269.

أشار إليه ــ د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨.

د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨ هامش (١) حيث يشيران إلى نفس المرجع بهذا الهامش.

(٣) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨. د ــ محمد رأفت حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨.

وقد أثير التساؤل حول ما إذا كان يوجد عقد آخر يقوم مقام عقد المقاولة الأصلى بحيث يعتبر العقد اللاحق له عقد مقاولة من الباطن؟. هذا التساؤل قد أثير عندما قام المشرع الفرنسى بإجراء تعديلات على المادة ١٧٩٢ بالقانون الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٧٨، وأخضع بمقتضاه للضمان العشرى بائع العقار بعد تمام بنائه، إذا كان هو الذى شيده أو عمل على تشييده، ويرى[١] بعض الفقهاء أن عقد البيع الذى يخضع لهذه الأحكام فى مقام عقد المقاولة الأصلية، وبالتالى فالعقد الذى يبرمه البائع مع المقاول لتنفيذ أعمال البناء أو التشييد هو عقد مقاولة من الباطن.

الفصل الثانى

انتفاء صفة الطرف بالمفهوم الشكلى بين رب العمل والمقاول من الباطن

فالمقاول من الباطن لا يشارك فى تكوين عقد المقاولة مع رب العمل[٢]، ومعنى ذلك أن الأخير ليس طرفاً بالمفهوم الشكلى فى عقد المقاولة من الباطن، كما أن المقاول من الباطن ليس طرفاً بالمفهوم الشكلى فى عقد المقاولة الأصلى. إما إذا وجدت علاقة عقدية[٣] مباشرة بين رب العمل والشخص الذى يقوم بأعمال من الباطن، كنا أمام حالة تعدد مقاولين أصليين، حتى ولو تم التنسيق بين هؤلاء فى تنفيذ العمل[٤]. وقد أكدت هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية عندما قضت بأن "عقد المقاولة من الباطن هو عقد لا يعد رب العمل طرفاً فيه"، وذلك لأن تدخله فى إبرامه يحوله إلى عقد مقاولة أصلى يخضع للمواد ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ من التقنين

---

(١) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧. ويشير سيادته إلى رسالته للدكتوراه المنشورة تحت اسم "ملكية الشقق دراسة عملية وفقهية مقارنة" ص ٢٢٩ وما بعدها. د ــ رأفت حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨، ص ٢٩.

(٢) بالرغم من انتفاء العلاقة العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، لعدم وجود عقد بينهما، فإن الفقه الحديث بدأ يتجه نحو إقرار المسئولية العقدية بينهما، أنظر ما سوف نناقشه لاحقاً فى الباب الثانى من هذا البحث .

(٣) أى إضفاء صفة الطرف بالمفهوم الشكلى والموضوعى على كل من رب العمل والشخص الذى يعمل مقاول من الباطن.

(٤) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٩.

المدنى الفرنسى[١]. وكذلك لا يمكن القول بوجود مقاولة من الباطن، عندما يكون المقاول الأصلى شخصاً معنويًا، إذا كان الأشخاص الطبيعيون التابعون لذلك الشخص هم الذين يقومون بتنفيذ العمل، فهؤلاء لا يعدون مقاولين من الباطن.

الفصل الثالث

يجب أن يكون عقد المقاولة من الباطن وسيلة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلى

يجب أن يكون الهدف من إبرام عقد المقاولة من الباطن، هو تنفيذ كل أو بعض الالتزامات الملقاة على عاتق المقاول الأصلى بمقتضى عقد المقاولة الأصلى، وهذه الخاصية واضحة من نص المشرع المصرى[٢] عليها بالمادة ٦٦١ الفقرة الأولى من القانون المدنى حيث جاء بها "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن" فقد أباح المشرع للمقاول الأصلى وهو فى سبيله لتنفيذ التزامه، أن يبرم عقود مقاولة من الباطن مع مقاولين من الباطن، يكون الهدف منها تنفيذ كل أو بعض ما التزم به بمقتضى عقد المقاولة الأصلى، لذا فإن عقد المقاولة من الباطن ما هو إلا وسيلة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلى.

---

(٤) Cass. Civ. 7 Juill. 1965. B. Civ. 1, n°. 458

هذا الحكم أشار إليه د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ١١.

[١] وقد جاءت نصوص بعض القوانين العربية تؤكد هذه الخاصية ونذكر منها مثلا المادة ٦٨١ من التقنين المدنى الكويتى حيث نصت على "(١) يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن . راجع فى ذلك على سبيل المثال: د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٦٤ وما بعدها.

الفرع الثالث
إرتباط وتبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة والنتائج المترتبة على ذلك

تمهيد وتقسيم:

إن أهم ما يلفت النظر إستعراضنا لخصائص ــ العامة والخاصة ــ عقد المقاولة من الباطن، هو قوة الروابط الموضوعية بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، فالثانى يفترض وجود الأول، وله صلة وثيقة به، كما أن عقد المقاولة الأصلى له تأثيره الواضح على وجود وبقاء وزوال عقد المقاولة من الباطن، فضلاً عن ذلك فإنه يحدد نطاق هذا الأخير ويطبعه بخصائصه ويوجه نظامه. وبرغم ذلك فإن عقد المقاولة من الباطن ينشأ مستقلاً ويبقى متميز، إلا إن إستقلاليته تبدو محصورة فى نطاق ضيق.

ونحن فى هذا الموضوع، سوف نحاول بإيجاز إلقاء الضوء على ذلك الذى يربط بين العقدين، وهو إتحادهما فى محل واحد وذلك فى الغصن الأول. وفى الغصن الثانى سوف نلقى الضوء على صور ومظاهر الروابط بين العقدين، أما الغصن الثالث فنخصصه لنتائج قوة الروابط بين العقدين.

الغصن الأول
وحدة المحل بين عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن[1]

يقصد بوحدة المحل، أن يستعيد عقد المقاولة من الباطن محله من عقد المقاولة الأصلى، وليس العكس، ووحدة المحل التى يستعيدها عقد المقاولة من عقد المقاولة الأصلى، تغنى أن يقوم العقد الأول بنفس الأداء الموجود فى الاخير. فإذا كان المقاول الأصلى قد إلتزم فى مواجهة رب العمل ببناء منزل لحساب هذا الأخير، فإن وحدة المحل بين عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن، تكون إذا كان محل التزام المقاول من الباطن فى هذا الأخير هو بناء كل أو جزء من

---

(١) راجع فى عرض ذلك من الفقه على سبيل المثال: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٤ وما بعدها. د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٩ وما بعدها. وراجع أيضاً:
Néret, Op. Cit. no. 155 ets M. Bacache-Gibeil, Op. Cit. no 141 ets, P.14 ets.

البناء الذى كُلف به المقاول الأصلى، ويقوم به المقاول من الباطن مستقلاً عن المقاول الأصلى، ومقابل أجر يتفق عليه مع هذا الأخير. ووحدة محل الإلتزام تأتى من أمرين: الأول: وحدة الشئ المادى محل العقدين، والثانى: وحدة طبيعة العقدين. سوف نقوم بتوضيح هذين الأمرين بإيجاز.

الأول: وحدة الشئ المادى محل الإلتزام[١]:

ولكى تتحقق الوحدة فى المحل بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، لابد أن يتحدا فى الشئ المادى محل العقد، أى أن يكون محل الأداء فى عقد المقاولة الأصلى، هو ذاته محل الأداء فى عقد المقاولة من الباطن. ويقصد بمحل الأداء "الشئ موضوع الأداء"[٢]. وبالتالى لا نكون أمام مقاولة من الباطن، إذا كنا أمام اتفاقين كليهما مقاولة، ولكن يختلف الشئ المادى محل العقد الأول عن الشئ المادى محل أداء العقد الثانى.

وتجدر الإشارة، أنه ليس المقصود بوحدة الشئ المادى فى العقدين، وجود تطابق تام بين الشئ المادى لكل من العقدين، بل أن وجود وحدة جزئين[٣] ــ للشئ المادى محل العقدين ــ يكفى لتحقيق الوحدة بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن. كما لو عهد المقاول الأصلى إلى المقاول من الباطن بتنفيد عملية الإنارة او السباكة فقط، وذلك فى المبنى الذى كُلف بتشييده المقاول الأصلى من قبل رب العمل بمقتضى عقد المقاولة الأصلى.

الثانى: وحدة الطبيعة القانونية لكل من العقدين[٤]:

ويتحقق ذلك، عندما يكون عقد المقاولة من الباطن من نفس طبيعة عقد المقاولة الأصلى. فإذا كان محل هذا الأخير هو قيام المقاول الأصلى بعمل لحساب

---

(١) راجع فى عرض ذلك: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٧. وراجع فى تفصيل ذلك: د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٣ وما بعدها. وراجع أيضاً:
Néret, Op. Cit. n° 126 ets.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ حمدى عبد الرحمن ــ الوسيط فى النظرية العامة للإلتزامات ــ الكتاب الأول ــ المصادر الإرادية ــ العقد والإرادة المنفردة ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٩ ــ ص ٣١٢.

(٣) راجع فى ذلك:
Néret, Op. Cit. n° 155, p.126 et n°.128 ets, P.103.

(٤) راجع فى ذلك:
Néret, Op. Cit. n° 126 ets.
راجع من الفقه أيضاً: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٤ وما بعدها. د ــ حسن البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٥.

رب العمل، ومستقلاً فى قيامه بالعمل عن هذا الأخير، فإن عقد المقاولة من الباطن يكون متحداً معه فى الطبيعة القانونية، إذا كان محل إلتزام المقاول من الباطن القيام بهذا العمل كل أو جزء منه، دون تبعية بينه وبين المقاول الأصلى.

وتتحقق وحدة الطبيعة القانونية بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، حتى ولو كان هناك إختلاف جزئى[١] فى الأداء المادى بين العقدين. فإلتزام المقاول من الباطن بمقتضى عقده بأعمال الإنارة أو السباكة، فإنه يكون متحداً فى الطبيعة القانونية مع عقد المقاولة الأصلى الملتزم بالقيام بتشييد المبنى كله.

ويرجع بعض الفقه[٢] سبب إتحاد عقد المقاولة الأصلى مع عقد المقاولة من الباطن، وتبعية هذا الأخير للأول، إلى أن عقد المقاولة الأصلى يلعب دور السبب بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، بحيث يكون وجود عقد المقاولة الأصلى هو سبب مشروعية عقد المقاولة من الباطن وأن قيام العقد الأول كسبب لعقد المقاولة من الباطن "يشبه قيام الإلتزام السابق كسبب للإبداء أو الوفاء اللاحق" ويسمى السبب بهذا المعنى تمييزاً له عن السبب كركن من أركان العقد، ذلك الذى يستقل كل من عقد المقاولة الأصلى، وعقد من الباطن بخصوصه، ولا تبعية بشأنه[٣].

الفصل الثانى

أوجه الربط وصور التبعية بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن

برغم أن عقد المقاولة من الباطن يعتبر مستقلاً من الناحية القانونية عن عقد المقاولة الأصلى، إلا أن هناك العديد من الوسائل القانونية، التى من عقد المقاولة من الباطن، تابعاً لعقد المقاولة الأصلى. ولهذه التبعية صور ومظاهر عديدة، سنعرض لبعضها بإيجاز.

---

(١) راجع فى ذلك:

Néret, Op. Cit. n° 155 ets.

(٢) راجع فى ذلك:

Néret, Op. Cit. n° 15 ets.

راجع أيضاً: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٧. د ــ حسن البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٠.

(٣) راجع من الفقه أيضاً: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص٧.

أولاً: عقد المقاولة الأصلى يحدد نطاق عقد المقاولة من الباطن[١]، فوجود هذا الأخير يتوقف ــ بداية ــ على وجود عقد المقاولة الأصلى، وتبعية عقد المقاولة من الباطن لهذا الأخير، تجعله يبرم غير متجاوز فى نطاقه لعقد المقاولة الأصلى، ولكن ليس معنى ذلك أن يكون عقد المقاولة من الباطن مطابقاً ــ فى كل الأحوال ــ تماماً لعقد المقاولة الأصلى، ذلك أن قد يعهد المقاول الأصلى للمقاول من الباطن بتنفيذ كل الإلتزامات محل عقد المقاولة الأصلى، وفى هذه الحالة يكون نطاق عقد المقاولة من الباطن مطابقاً لنطاق عقد المقاولة الأصلى. إما إذا عهد المقاول الأصلى للمقاول من الباطن بتنفيذ جزء من إلتزامه محل عقد المقاولة الأصلى، فإن نطاق عقد المقاولة من الباطن أقل من نطاق عقد المقاولة الأصلى.

وهذا يعنى أن عقد المقاولة الأصلى يحدد نطاق عقد المقاولة من الباطن، وأن الحقوق والإلتزامات التى تنشأ عن هذا الأخير تتوقف على الحقوق والإلتزامات التى تنشأ عن عقد المقاولة الأصلى. إلا أنه يجب أن يأخذ فى الاعتبار أن كل من العقدين ينشأ مستقلاً عن الآخر، وقد يضمنا طرفا كل عقد شروط تختلف عن العقد الآخر، هذه الشروط قد تكون ــ مثلاً ــ خاصة بالدفع وطريقته.

ثانياً: وتبدو كذلك تبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلى، فيما يتعلق بالمدد المحددة للتنفيذ وإمتدادها[٢]. فيجب على المقاول من الباطن أن يقوم بالتنفيذ فى ذات الإطار الزمنى المحدد للمقاول الأصلى، فى عقد المقاولة الأصلى، ولا يجوز له تجاوز هذا الإطار الزمنى بأى حال من الأحوال. فإذا أخل المقاول من البان بإلتزامه فى المواعيد المحددة فقد يتعرض للجزاء.

---

[١] راجع فى ذلك: د ــ حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٨. راجع أيضاً:
P. Jourdain Responsabilité contractual et Delectuelle, Rev. Trim, Dr., Civil., 1988, p.765.

[٢] راجع فى عرض ذلك بالتفصيل: د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥ وما بعدها حيث يعرض سيادته للحالات الاستثنائية التى يجوز فيها للمقاول من الباطن من أجل التنفيذ.

وفى ذات الإتجاه تقضى أحكام المادة ٧ من العقد النموذجى الصادر عن الإتحاد الأوربى للبناء[١]. وكذلك العقود شائعة الإستعمال، فى الدول الأنجلوسكسونية، حيث يستخلص من هذه العقود قيداً مشتركاً، هو أنه فى جميع الأحوال لا يجوز إمتداد المقاولة من الباطن، مدة تجاوز تلك التى منحت للمقاول الأصلى[٢].

ثالثاً: ومن صور الربط أيضاً بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، ما يتعلق بتأثير التعديلات فى الأعمال محل عقد المقاولة الأصلى على عقد المقاولة من الباطن. وعادة ما تنظيم العقود حكم هذه التعديلات وطريقة نقلها إلى المقاول من الباطن[٣].

رابعاً: وقد يكون الربط والتبعية بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، بإدماج نصوص الأول فى الثانى، أو بالإحالة إليها[٤]، ويتحقق ذلك عندما يتضمن عقد المقاولة من الباطن بنداً يقضى بأن المقاول من الباطن على علم بكافة الشروط الواردة فى العقد الأصلى، فيما يتعلق بالأعمال ــ سواء أكانت أعمال إنشائية أو غير ذلك من الأعمال ــ محل هذا الأخير وكذا علمه بشروطها ومواصفاتها، وأن هذه الشروط نافذة فى مواجهته.

وكذلك يتحقق الربط والتبعية ، إذا تم إدراج بنود العقد الأصلى فى عقد المقاولة من الباطن، أو إلحاقها بهذا الأخير، أو بالإحالة فى عقد المقاولة من الباطن إلى البنود الواردة فى عقد المقاولة الأصلى[٥].

---

(١) حيث تقضى هذه المادة بأن يلتزم المقاول من الباطن بأن يتوافق التنفيذ مع المخطط العام، الذى فرض على المقاول الأصلى أو صادق عليه. وأن يلتزم المقاول العام بإخطار المقاول من الباطن بالتعديلات التى أدخلها مالك المشروع على المخطط العام أو التعديلات التى من شأنها التأثير على تنفيذ الأعمال محل التقاول من الباطن. مشار إلى هذه المادة بمرجع د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٥٢ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع: د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٥٧ وما بعدها. وراجع أيضاً ما أشار إليه من مراجع هامش ١، ص ٥٧.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤.

(٤) راجع فى عرض هذه الحالة: د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨ وما بعدها.

(٥) راجع فى ذلك:
Panayatis Glavinis, Le contrat International de construction, ed. CLN, 1993, p.321.

ويترتب على ذلك من ناحية، أنه لا يجوز أن يعد زمن المقاول من الباطن أى عمل أو إمتناع عن عمل يمثل إخلالاً أو مخالفة للعقد الأصلى. ومن ناحية أخرى، يقترن هذا الربط بتحفظ ضمنى، يقضى بعدم مخالفة بنود المقاولة من الباطن، وأن الشروط الواردة فى عقد المقاولة الأصلى، لا تنفذ فى مواجهة المقاول من الباطن إلا إذا كانت متوافقة مع نصوص المقاولة من الباطن. فهدف هذا الربط هو ملائمة المقاولة من الباطن مع عقد المقاولة الأصلى وتفادى ما قد يحدث من تعارض بينهما[١].

ونظراً لأهمية التنسيق بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، لما يوجد بينهما عن روابط، فقد أوجب المشرع الفرنسى، وجود نوع من الشفافية، وذلك بإلزام المقاول الأصلى بالإعلان عن أسماء المقاولين من الباطن الذين يستعين بهم فى تنفيذ إلتزاماته وأخذ موافقة رب العمل عليهم وكذلك الإعلان عن شروط الوفاء بمستحقاتهم[٢].

خامساً: ومن صور الربط والتبعية بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، حالات التعاقد من الباطن المفروض[٣]. ذلك أنه برغم أن للمقاول الأصلى[٤] ــ بحسب الأصل ــ أن يلجأ إلى مقاول من الباطن، ليعهد إليه بتنفيذ كل أو جزء من الإلتزامات محل عقد المقاولة الأصلى، وذلك تطبيقاً لما تقضى به المادة ٦٦١ مدنى مصرى. إلا أنه يجوز لرب العمل أن يحدد المقاولين من الباطن، الذين يتعين على المقاول الأصلى أن يتعاقد معهم، وقد يحدد لهذا الأخير أيضاً قدر الأعمال التى يجوز له أن يتعاقد عليها من الباطن. ورب العمل إذ يلجأ إلى ذلك، فقد يكون لضمان الكفاءة الفنية والتأهيل المهنى للمقاولين من الباطن، أو لإعتبارات شخصية أو لغير ذلك من الأسباب.

---

(١) راجع فى ذلك:

Panayatis Glavinis, Op. Cit. 426 ets.

(٢) راجع فى ذلك:

H.L.J. Mazeaud, Lecons de droit civil, T.30, 20 Vol. par Michel De Juglart, Montchrestien.

(٣) راجع فى ذلك ما سوف نفصله لاحقاً فى هذا البحث وما يتعلق بصور التقاول من الباطن.

(٤) راجع فى هذا البحث ما سوف نوضحه بشأن مشروعية المقاولة من الباطن.

سادساً: قد يفرض المشرع أحد مظاهر الربط والتبعية بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، وذلك كما جاء فى المادة الثالثة من القانون رقم ٧٥-١٣٣٤ الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٧٥، حيث ألزمت المقاول الأصلى عند لجوءه إلى التقاول من الباطن، أن يعلن لرب العمل أسماء المقاولين من الباطن وسمتحقاتهم المالية، وأن يحصل على موافقة مالك المشرع بشأنها، وذلك أثناء إبرامه عقود المقاولة من الباطن، أو أثناء تنفيذها أو كلما طُلِب منه ذلك.

وتقضى المادة الخامسة من ذات القانون، بإلزام المقاول الأصلى عند تقديمه للعطاء، وقبل إبرام المقاولة، أن يحدد طبيعة الأداء الذى سوف يلجأ بشأنه إلى مقاولين من الباطن، وأن يحدد قيمة ومقدار هذا الأداء.

فضلاً عن ذلك قد نظم القانون الفرنسى كيفية حصول المقاول من الباطن على حقه من رب العمل مباشرة، وذلك عن طريق السداد المباشر[١] أو الدعوى المباشرة[٢].

وقد نظم المشرع المصرى أيضاً إمكانية رجوع المقاول من الباطن على رب العمل مباشرة[٣]، لمطالبته بمقابل ما نفذه من أعمال وذلك بالشروط والضوابط التى أودوها بنص المادة ٦٦٢ من القانون المدنى.

نخلص مما تقدم، أننا نلاحظ منذ البداية ــ مع بعض الفقه[٤] ــ أن المقاول من الباطن ليس متعاقداً مجهولاً بالنسبة لرب العمل، بل أن هذا الأخير قد يفرضه على المقاول الأصلى، أو أن القانون يلزم هذا الأخير ــ كما بيناً ــ أن يعلن أسماء المقاولين من الباطن الذين يرغب فى التعاقد معهم إلى رب العمل. لذا فإنه "يصعب إعتبار المقاول من الباطن غير وفقاً للمفهوم التقليدى الذى تعرفه نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى[٥].

وسوف يزداد الأمر وضوحاً عندما نستعرض أهم النتائج التى تترتب عَلى إرتباط وتبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلى.

---

(١) راجع فى هذا البحث ما سوف توضحه لاحقاً ويتعلق بالسداد المباشر.

(٢) راجع ما سوف نفصله لاحقاً بشأن الدعوى المباشرة.

(٣) راجع ما سوف نفصله لاحقاً فى هذ البحث ويتعلق بالدعوى المباشرة.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٤٥. راجع فى هذا المعنى:
M. Bacache-Gibeili, Op. Cit. no 112 ets, P.101 ets, P. Jourdain, Op. Cit., P. 765.

(٥) راجع فى ذلك: د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦.

الفصل الثالث

النتائج التى تترتب على إرتباط وتبعية عقد المقاولة الأصلى بعقد المقاولة من الباطن

يترتب على إرتباط وتبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلى عدة نتائج أهمها:

١ ــ أن المقاول من الباطن يكون مديناً فى مواجهة المقاول الأصلى بنفس الإلتزامات التى يكون هذا الأخير مديناً بها فى مواجهة رب العمل، ويصبح المقاول من الباطن دائناً للمقاول الأصلى، بنفس الحقوق التى يكون هذا الأخير دائناً بها لرب العمل[١].

وينبنى على ذلك أنه إذا أخل المقاول من البان بتنفيذ إلتزاماته محل عقد المقاولة من الباطن، فهذا يعنى إخلال المقاول الأصلى بإلتزاماته تجاه رب العمل، مما يلحق هذا الأخير بأضرار. ذلك أن المقاول من الباطن هو المؤدى الفعلى للخدمة ــ أو لجزء منها ــ أو العمل محل عقد المقاول الأصلى، وأن رب العمل هو المتلقى الفعلى للخدمة وأن الضرر الذى يلحق برب العمل نتيجة إخلال المقاول من الباطن بإلتزاماته، برغم أن الأول لا يرتبط مع الآخر ــ من الناحية الشكلية ــ بعقد واحد يرجع سببه إلى أن رب العمل دائناً بإلتزام مرتبط من الناحية الموضوعية ومطابق للإلتزام المدين به المقاول من الباطن للمقاول الأصلى أى أن رب العمل يستفيد وفقاً لعقد المقاولة الأصلى من إلتزام مطابق للإلتزام الذى أخل المقاول من الباطن بتنفيذه حيال المقاول الأصلى فضلاً عن ذلك أن الإلتزامات الناشئة عن عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، ترتكز ــ كما بيَّنا ــ على ذات الشئ محل الإلتزام، وتنطوى على ذات الموضوع[٢].

٢ ــ لا يجوز للمقاول الأصلى أن يقر للمقاول من الباطن بأكثر مما يكون له من حقوق تجاه رب العمل. ذلك أن ــ كما بيَّنا ــ عقد المقاولة الأصلى يحدد

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٨. د ــ حسن البــراوى ــ المرجــع السابق ــ ص ١٣٦. راجع أيضاً:

Néret, Op. Cit. n° 178 ets.

(٢) راجع فى ذلك بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٨٤ وما بعدها.

نطاق عقد المقاولة من الباطن، ومن ثم فلا يجوز أن تتجاوز الأعمال المكلف بها المقاول من الباطن الأعمال المكلف بها المقاول الأصلى[١].

٣ ــ لا يجوز للمقاول الأصلى، أن يلتزم فى مواجهة المقاول من الباطن بإلتزامات، لا يستطيع أن ينفذها لتعارضها مع عقد المقاولة الأصلى[٢].

٤ ــ يترتب أيضاً على إرتباط وتبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلى، أن الأول يرتبط مصيره بمصير الثانى. فإذا انقضى عقد المقاولة الأصلى لأى سبب من الأسباب انقضى معه بالتبعية عقد المقاولة من الباطن[٣].

المطلب الرابع

صور المقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

تتخذ المقاولة من الباطن صوراً عديدة[٤]، فإذا نظرنا إليها بحسب قدرة المقاول الأصلى فنيًّا على القيام بالعمل من عدمه، فإنها تنقسم إلى مقاولة من الباطن تكاملية وظرفية، وإذا نظرنا إليها من حيث تنفيذ المقاول من الباطن لمحل عقد المقاولة الأصلى بنفسه أو من خلال مقاول آخر من الباطن، فإنها تنقسم إلى مقاولة من الباطن على درجات أو على درجة واحدة، وإذا نظرنا إليها من حيث مدى حرية المقاول الأصلى فى اختيار المقاول من الباطن، فإنها تنقسم إلى مقاولة من الباطن مفروضة وأخرى اختيارية، كما أن المقاولة من الباطن قد تكون شفافة وقد تكون غير شفافة.

---

(١) راجع فى ذلك:

B. Teyssie, Op. Cit, no. 123; R. Juan, Sous, Contrat, Jurs, Juris, Classeurs, Contrats Distribution, Fasc. 170, n°.22.

راجع أيضاً: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٨. وراجع من الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

M. Bacache-Gibeili, Op. Cit. n° 112, ets, p.101 ets. P. Jourdain RRV. Trim dr. Civ. 1991, 732; Larroument, L'action de hature necesariment contractuelle et la responabilite civile dans les ensambles contractuels. J.C.P. 1988.1.3357.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٩.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ نفس الصفحة. د ــ حسن البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٧.

(٤) فى بيان صور التعاقد من الباطن د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠، د. وليد فاروق جمعه ــ المرجع السابق ــ ص ٩٤.

ولتوضيح هذه الصور نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع:

الفرع الأول: المقاولة من الباطن التكاملية والظرفية.

الفرع الثاني: المقاولة من الباطن على درجة واحدة والمقاولة من الباطن على درجات أو المتسلسلة.

الفرع الثالث: التعاقد من الباطن المفروض والاختيارى.

الفرع الرابع: التعاقد من الباطن الشفاف وغير الشفاف.

الفرع الأول

المقاولة من الباطن التكاملية والظرفية

عرض وتقسيم:

ينقسم هذا الفرع إلى غصنين هما:

الغصن الأول: المقاولة من الباطن التكاملية.

الغصن الثاني: المقاولة من الباطن الظرفية.

الغصن الأول

المقاولة من الباطن التكاملية[1]

ويطلق على هذه الصورة ــ أيضاً ــ المقاولة من الباطن التركيبية، وفيها يكون محل العقد المبرم مع المقاول الأصلى متضمناً عدة تخصصات يتقنها المقاول الأصلى بدرجات متفاوتة، وحرصاً على إتمام المقاولة على أفضل وجه يقوم المقاول الأصلى بالتعاقد مع مقاول من الباطن لإنجاز بعض مراحل المقاولة التى يكون المقاول من الباطن أكثر تخصصاً وخبرة فيها من المقاول الأصلى.

فالمقاول الأصلى والمقاول من الباطن كل منهما يقوم بتنفيذ جزء من المقاولة أو مرحلة من مراحلها يكون متخصصاً فيها أكثر من الآخر.

فقد تسند مقاولة بناء عمارة سكنية لمقاول واحد متخصص فى أعمال البناء والديكور فيقوم بدوره بإسناد أعمال الكهرباء لمقاول من الباطن متخصص فيها.

---

(١) راجع فى عرض هذه الحالة من الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

M. Boizard: Op. Cit., p.2 et s.

فالمقاول من الباطن يمتد عمله ليشمل محل عقد المقاولة بكامله ولكن فى تخصص واحد فيكمل عمل كل منهما عمل الآخر، ولعل هذا هو السبب فى تسمية هذه الصورة من صور المقاولة من الباطن بالتكاملية، وتعتبر هذه الصورة تطبيقاً من تطبيقات مبدأ تقسيم العمل والتخصص فيه. ولا شك أن هذه الصورة قد أثارت العديد من التساؤلات محورها مدى اعتبار هذه الصورة تطبيقاً لفكرة الأسرة العقدية[١].

الغصن الثانى
المقاولة من الباطن الظرفية[٢]

وفى هذه الصورة يكون المقاول الأصلى متخصصاً فى تنفيذ عقد المقاولة الذى أبرمه برمته، ولكنه نتيجة لتزاحم العمل لديه لن يتمكن من تنفيذه فيقوم بالتعاقد مع مقاول من الباطن لتنفيذ العقد أو جزء منه وسميت هذه الصورة بالظرفية لأن ظروف المقاول الأصلى هى التى منعته من تنفيذ العقد بالرغم من تخصصه فيه فقام بإسناد تنفيذه لمقاول من الباطن.

الفرع الثانى
المقاولة من الباطن على درجة واحدة والمقاولة من الباطن على درجات أو المتسلسلة

عرض وتقسيم:

يقصد بالمقاولة من الباطن على درجة واحدة تلك التى يعهد فيها المقاول الأصلى لمقاول من الباطن بتنفيذ جزء أو كل العقد الذى أبرمه المقاول الأصلى مع رب العمل ــ ما دامت طبيعة العقد تسمح بذلك ولم يكن هناك بند فى العقد يمنعه ــ فإذا قام المقاول من الباطن بتنفيذ العقد بنفسه فنحن بصدد مقاولة من الباطن على درجة واحدة، أما إذا قام المقاول من الباطن بالتعاقد مع مقاول آخر من الباطن لتنفيذ جزء أو كل العقد الذى أبرمه هو مع المقاول الأصلى فإننا نكون بصدد مقاولة من الباطن على درجات أو متسلسلة[٣].

---

(١) وسيأتى فى الحديث عن ذلك بالتفصيل عند تناولنا لفكرة الأسرة العقدية فى الباب الثانى من هذا البحث.

(٢) راجع فى عرض هذه الحالة من الفقهه الفرنسى على سبيل المثال:
M. Boizard, Op. Cit., p.2 et s.

(٣) نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٠.

وفى التعاقد من الباطن على درجات يصبح المقاول الاصلى بمثابة رب عمل[١] بالنسبة للمقاول من الباطن فى حين يصبح هذا الأخير مقاولاً أصليًا بالنسبة للمقاول من الباطن الثانى[٢].

وقد أشار المشرع الفرنسى فى المادة الثانية من القانون ١٣٣٤/ الصادر فى ١٩٧٥/١٢/٣١ إلى أنه "يعتبر المتعاقد من الباطن متعاقداً أصليًا تجاه من تعاقد معه من الباطن" كما أن القانون ١٣٣٤/٧٥ فى فرنسا قد قصر الاستفادة من ميزة السداد المباشر على المقاول من الباطن من الدرجة الأولى فقط، ونظام السداد المباشر ليس معمولاً به فى مصر.

الفرع الثالث

التعاقد من الباطن المفروض والاختيارى

عرض وتقسيم:

الأصل أن المقاول الأصلى حر فى التعاقد مع مقاول من الباطن أو تنفيذ العقد بنفسه، وإذا أراد التعاقد مع مقاول من الباطن فهو حر فى اختيار من يتعاقد معه وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة[٣] ــ والفرض

---

(١) راجع فى ذلك: نص المادة (٢) من قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ حيث جاء بها أن "المتعاقد من الباطن يعتبر بمثابة المقاول الأساسى حيال المتعاقدين من الباطن" وجاء نصها على النحو التالى:
"Le sous –Trarant est considere comme entrepreneur principal a le gard des ses propres sous traitants".

(٢) راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٨. حيث يقول سيادته: "تكون العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن علاقة رب عمل بمقاول ينظمها عقد المقاولة من الباطن". راجع أيضاً: د ــ مصطفى كامل عصيمى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٢ . وأكدت هذا المعنى أيضاً محكمة الإستئناف الكويتية حيث جاء فى حكمها "لما كانت المستأنف عليها الثانية ــ مقاولاً أصلياً ــ تُعد بمثابة رب عمل فى مواجهة المستأنف ــ المقاول من الباطن ــ وأن المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى تعليقاً على المادة ٦٨٢ من القانون المدنى، قد اعتبرت المقاول الأصلى بالنسبة للمقاول من الباطن فى حكم رب العمل. إستئناف كويتى ــ جلسة ٢١ أكتوبر ــ الدعوى رقم ٧٠٦ لسنة ١٩٨٦ تجارى ــ غير منشور ــ مشار إليه لدى مرجع د ــ عبد الحميد عثمان ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ طلبه وهبه خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٦٩ وما بعدها ، د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨ وما بعدها.

أنه لا يوجد بند فى العقد يمنعه من ذلك ـــ خاصة أن المقاول الأصلى يظل مسئولاً عن تنفيذ المقاولة فى مواجهة رب العمل.

إلا أن رب العمل ولاعتبارات معينة[١] قد يتدخل فى اختيار المقاول من الباطن فى أكثر من صورة، فقد يفرض عليه شخصاً بعينه، وقد يشترط عرض أسماء من يرغب المقاول الأصلى فى التعاقد معهم من الباطن ليوافق عليهم أو يرفض أو غير ذلك من صور التدخل فى اختيار المقاول من الباطن، وتسمى هذه الصورة بالمقاولة من الباطن المفروضة أو الاجبارية، بينما تسمى الصورة الأخرى التى يكون المقاول الأصلى فيها حرًّا فى اختيار من يتعاقد معه من الباطن بالمقاولة من الباطن الاختيارية.

فمن الاعتبارات التى تدعو رب العمل للتدخل فى اختيار المقاول من الباطن اتساع نطاق المقاولة وتضمنها للعديد من التخصصات والمجالات بحيث لا يمكن القول بتخصص المقاول الأصلى فيها جميعا الأمر الذى يدعو رب العمل بتحديد مقاول من الباطن بعينه لكى يتعاقد معه المقاول الأصلى فيضمن رب العمل بذلك إسناد كل مجال من مجالات المقاولة للمتخصص فيه ومن ناحية أخرى يكون لدى رب العمل ضامن واحد يضمن تنفيذ العقد بكامله ويكون مسئولاً أمامه إعمالاً لمبدأ وحدة الضمان[٢].

ويغلب فى واقع الحياة العملية أن يتم تحديد مقاول من الباطن بعينه فى العقود ذات الحساسية الخاصة كتلك الخاصة بمرفق الدفاع والأمن بحيث يجب أن يكون المقاول من الباطن شخصاً مقبولاً لدى رب العمل.

وقد يكون التدخل فى اختيار المتعاقد من الباطن مفروضاً بقوانين الدولة وقراراتها لاعتبارات وطنية أو اقتصادية أو لكليهما معاً، كما هو الحال فى المملكة العربية السعودية[٣]، حيث صدر قرار رئيس مجلس الوزراء السعودى رقم ١٢٤

---

(١) تنبثق من فكرة الاعتبار الشخصى فى التعاقد.

(٢) راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال : د ـــ وليد فاروق جمعة ـــ المرجع السابق ـــ ص ٩٦. د. نجم حمد الأحمد ـــ المرجع السابق ـــ ص ٦٥.

(٣) راجع فى شرح هذا القرار: د. عادل عبد الرحمن خليل ـــ النظام الإدارى السعودى ـــ دراسة مقارنة ومدعمة بقرارات وأحكام ديوان المظالم ط١ ـــ دار حافظ للطباعة والنشر ـــ جدة ـــ عام ١٩٩٣ ـــ ص ١٦٠.

لسنة ١٤٠١هـ بإلزام جهة الإدارة عند التعاقد مع شخص أجنبى أن تشترط فى العقد المبرم معه أن يتنازل لمقاول سعودى عن نسبة لا تقل عن ٣٠% من إجمالى العقد ما دام العقد من عقود الأشغال العامة وكان المقاول الأصلى أجنبيًا.

ولا شك أن تعاقد المقاول الأصلى مع مقاول من الباطن بعينه حدده له رب العمل قد يكون من شأنه أن يحد من مسئولية المقاول الأصلى فى مواجهة رب العمل خاصة إذا أثبت المقاول الأصلى أن التأخير مرده إلى أن المقاول من الباطن المفروض عليه لم يقم بالوفاء بالتزاماته فى الموعد المحدد[١].

التطبيقات العملية للمقاولة من الباطن المفروضة:

المقاولة من الباطن المفروضة، لها تطبيقات عملية عديدة منها:

١ ـ أن يفرض رب العمل على المقاول الأصلى أن يتعاقد مع مقاول من الباطن بعينه بحيث لا يجوز للمقاول الأصلى أن يتعاقد مع غيره، ويبدو المقاول الأصلى فى قبوله التعاقد مع المقاول من الباطن المفروض حريصاً على إبرام عقد المقاولة الأصلى إذ يشترط رب العمل فى هذه الحالة ضرورة التعاقد مع المقاول من الباطن الذى حدده بحيث لن يبرم عقد المقاولة الأصلى إلا مقترناً بذلك البند.

٢ـ أن يشترط رب العمل على المقاول الأصلى أن يعرض عليه اسم من يرغب فى التعاقد معه كمقاول من الباطن بحيث إذا لم يوافق رب العمل عليه فلا يجوز للمقاول الأصلى أن يتعاقد معه. ويغلب فى سوق العمل أن يشترط رب العمل ذلك حتى يتأكد من كفاءة المقاول من الباطن وقدرته الفنية على تنفيذ العمل محل المقاولة من الباطن فيجعل من نفسه رقيباً على اختيار المقاول الاصلى للمقاول من الباطن الذى يتعاقد معه.

---

(١) "Le dévelopment de la pratique du sour – Traitant (impasé) autitulaire du marché nous parait nécessairament li miter, la responsabilité de ce dernier accroitre celle de l Administration. Il n'est done pas étonnant qu'en France, en matiere de penalite pour retard l'adjudicataire en soit de chargé par des procédes divers il documenter que le sous-traitunt ou le four nisseur imposé na pas exécute en temps opportun ses obligation". Flamme. Op. Cit. P. 23.

مشار إليه فى: د ـ نجم حمد الأحمد ـ المرجع السابق ـ ص ٦٤ ـ هامش ٩٧.

٣ - أن يتم ذكر اسم المقاول من الباطن صراحة فى عقد المقاولة الاصلى، ويقوم المقاول من الباطن بالتوقيع على العقد وتسمى هذه الحالة بالتعاقد من الباطن المسمى أصلاً[١].

وهناك حالات أخرى للتعاقد من الباطن المفروض كأن يقوم رب العمل مثلاً بوضع قائمة بأسماء المقاولين من الباطن الذين يجوز للمقاول الأصلى أن يختار أحدهم للتعاقد معه أو أن يقوم رب العمل بإلزام المقاول الأصلى بأن يخطره بأسماء المقاولين من الباطن الذين يرغب فى التعاقد مع أحدهم فيقوم رب العمل باختيار أحدهم ليتعاقد معه المقاول الأصلى.

أما المقاولة من الباطن الاختيارية فيكون فيها للمقاول الأصلى الحق فى اختيار من يتعاقد معه من الباطن دون أن يلتزم بأخذ موافقة رب العمل أو حتى بإخطاره أنه تعاقد مع مقاول من الباطن، وهذه الصورة هى الأصل فى المقاولة من الباطن، خاصة أن المقاول الأصلى هو الضامن والمسئول عن تنفيذ العقد أمام رب العمل.

الفرع الرابع
التعاقد من الباطن الشفاف وغير الشفاف

عرض وتقسيم:

ذهب البعض من الفقه [٢] إلى التفرقة بين التقاول من الباطن الشفاف وغير الشفاف. فالتعاقد من الباطن الشفاف يرغب أطرافه فى نقل شروط عقد المقاولة الأصلى إلى شروط التقاول من الباطن بشكل منتظم وبمعنى آخر ألا يكون التقاول من الباطن مستقلاً عن العقد الأصلى وإنما مرتبطاً به.

أما التعاقد غير الشفاف فيحاول أطراف التقاول من الباطن التحرر من العقد الأصلى.

---

[١] نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٦٢.

[٢] د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥. د. أحمد حسان الغندور ــ المرجع السابق ــ ص ٥١٢.

ويسلم أنصار هذا الرأى[١] بالصعوبة البالغة فى تحرر العقد من الباطن من العقد الأصلى؛ لذلك فقد ذهب جانب من الفقه[٢] إلى القول بأنه لا يوجد عقد شفاف وآخر غير شفاف بشكل مطلق وإنما توجد درجات من الشفافية وعدم الشفافية.

وتبدو التفرقة بين التعاقد من الباطن الشفاف وغير الشفاف تفرقة مبهمة؛ فالتعاقد من الباطن يظل مرتبطاً بالعقد الأصلى ولا يمكن أن يتحرر منه.

ومن ناحية أخرى فإنه يصعب القول بأن العقد شفاف فى حالات محددة وغير شفاف فى حالات أخرى. وأخيراً فهذا التقسيم يبدو تقسيماً نظريًا يخلو من فائدة عملية.

المبحث الثانى
مشروعية المقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

نظراً لما ينطوى عليه دراسة مشروعية عقد المقاولة من الباطن، ذلك أنها تنظم وينشأ عنها العديد من العلاقات أهمها العلاقة ــ بين رب العمل والمقاول من الباطن ــ محل البحث، فإذا تصورنا عدم مشروعية المقاولة من الباطن، انعدم مع ذلك تصور أهمية هذه الدراسة، وانتفى كل دافع لها، ذلك لأنه لن تنشأ أصلاً ــ بفرض عدم المشروعية ــ علاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

والأصل هو إباحة التعاقد من الباطن[٣]، والاستثناء هو الحظر، ومصدر هذا الأصل هو القواعد العامة فى القانون المدنى، ولما كانت المقاولة من الباطن هى إحدى تطبيقات التعاقد من الباطن، فلا شك أن ينطبق هذا الأصل عليها، وبالتالى فإن الأصل هو إباحة المقاولة من الباطن، والحظر هو الاستثناء.

---

(١) د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٦.

(٢) راجع من الفقه الفرنسى:

Glavinis (P): Le contrat international de construction, Paris. GLN, Joly edition, 1993, P. 320.

(٣) د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣، د. عبد الرشيد مأمون ــ المسئولية العقدية عن فعل الغير ــ ١٩٨٦. دار النهضة العربية ــ ص ٥٣ وما بعدها.

ونظراً لأهمية المقاولة من الباطن فى الحياة العملية فقد أكد المشـــرع هـــذا الأصل بنص صريح فى إطار تنظيمه لعقد المقاولة عموماً وتنظيم بعـــض جوانـــب عقد المقاولة من الباطن.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: مشروعية المقاولة من الباطن فى القانون الخاص.

المطلب الثانى: مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الدولية للإنشاءات.

المطلب الثالث: مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية.

المطلب الرابع: مشروعية المقاولة من الباطن فى الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

مشروعية المقاولة من الباطن فى القانون الخاص

تقسيم:

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، هى:

الفرع الأول: الحجج المستمدة من القواعد العامة.

الفرع الثانى: الأساس القانونى المباشر لجواز المقاولة من الباطن.

الفرع الثالث: حالات حظر المقاولة من الباطن.

الفرع الأول

الحجج المستمدة من القواعد العامة

عرض وتقسيم:

تضمنت بعض نصوص القانون المدنى أحكاماً عامـــة استُخلصـــت منهـــا مشروعية المقاولة من الباطن، فمن ناحية تقضى أحكام المادتين (٢٠٨، ٣٢٣) من القانون المدنى المصرى، بأن القاعدة[١] هى جـــواز تنفيـــذ الالتـــزام بعمـــل مـــن

---

(١) تنص المادة (٢٠٨) على أن "فى الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق، أو استوجبت طبيعـــة الـــدين أن ينفـــذ المدين الإلتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء بإن غير المدين". كما تنص المـــادة ٣٢٣ علـــى أن: "(١) يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحه فـــى الوفـــاء، وذلـــك مـــع مراعاة ما جاء بالماده ٢٠٨ . (٢) ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء، ولو كان دون علم المدين أو رغم إرادته، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغيـــر إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض".

غير المدين إذا كانت له مصلحة فى ذلك، ولا يجوز للدائن أن يعترض إلا إذا استوجبت طبيعة العمل أو نص الإتفاق على ضرورة أن ينفذ المدين التزاماته بنفسه، كما أنه من حق المدين أن يسعى إلى تنفيذ التزامه بأى وسيلة، والتعاقد من الباطن لا يعدو أن يكون وسيلة لتنفيذ العقد الأصلى[١].

ومن ناحية ثانية، يحق للمتعاقد الأصلى الاستعانة ببدلاء ــ كمقاول من الباطن ــ فى تنفيذ العقد: ذلك لأن الأمر من وجهة نظر الدائن لا يختلف عن الاستعانة بعمال أو مساعدين، طالما أنه فى جميع الأحوال سيحصل على حقه. ويبرر الفقه[٢] هذه القاعدة بأن غاية التعاقد هو الحصول على قيمة موضوعية أى قيمة اقتصادية معينة. وليست غايته قيام شخص بعينه بتنفيذه.

ومن ناحية ثالثة، أجاز المشرع التصرف فى الحقوق الشخصية، سواء بنقلها أو باستغلالها أو بتداولها إذا كانت قابلة لذلك؛ لأنها أموال وينطبق عليها مبدأ حرية التداول[٣].

ومن ناحية رابعة، روح التشريع، حيث توجد نصوص كثيرة تجيز التعاقد من الباطن، فمثلاً القانون المدنى المصرى قد أجاز الإيجار من الباطن[٤]، وأجاز أيضاً الوكالة من الباطن[٥]، كما أجاز المقاولة من الباطن[٦]، كما تقضى أحكام

---

(١) د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١، د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢.

(٢) د. محمد لبيب شنب ــ دروس فى أحكام الالتزام ــ بدون طبعة ــ ص ١٥٤.

(٣) فقد جاء فى نص المادة (٣١٥) " تتم حوالة الدين بإتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين" ، المادة (٣٢١) فقرة ١ "يجوز أيضاً حوالة الدين بإتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن يحل محل المدين الأصلى فى إلتزامه". وقد تناولت هذه المواد بالشرح مؤلفات الفقه الخاصة بأحكام الإلتزام راجع فى شرح هذه المواد على سبيل المثال : د ــ جلال محمد إبراهيم ــ النظرية العامة للإلتزام ــ القسم الثانى ــ أحكام الإلتزام ــ عام ٢٠٠١/٢٠٠٢ ــ ص ٢٣١ وما بعدها.

(٤) حيث تنص المادة ٥٩٣ على أن: "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك".

(٥) تنص المادة ٧٠٨ على أن "إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية".

(٦) المادة ٦٦١ من القانون المدنى المصرى، وتعتبر هذه المادة الأساس القانونى المباشر للمقاول من الباطن، وسوف يأتى شرحها تفصيلاً.

المادة ١٥٧ /١ من قانون التجارة البحرية بجواز تأجير السفينة من الباطن. والمشرع لا ينظم شيئاً إلا إذا كان جائزاً.

ونظراً لأن المقاولة من الباطن تعد أحد الأمثلة النموذجية للتعاقد من الباطن، فإنها تستمد مشروعيتها من نفس الحجج السابقة. انطلاقا من أن محل إلتزام المقاول الأصلى هو القيام بعمل، وبالتالى يجوز تنفيذ هذا الالتزام عن طريق شخص آخر غير المدين كالمقاول من الباطن، ولا سيما إذا كان لهذا الأخير مصلحة فى تنفيذ هذا الالتزام، تتمثل فى وفائه بالتزامه تجاه المقاول الأصلى فى عقد المقاولة من الباطن، كما أن المقاول الأصلى يحق له الاستعانة ببدلاء مثل المقاولين من الباطن فى تنفيذ العقد، حيث إن ذلك لا يختلف من وجهة نظر رب العمل عن استعانة المقاول الأصلى بعمال أو مساعدين. طالما أنه فى جميع الأحوال سيحصل على حقه، فغاية رب العمل ليست قيام المقاول الأصلى بتنفيذ العقد، ولكن غايته الحصول على قيمة موضوعية أى قيمة اقتصادية معينة من جراء تنفيذ العقد، وللمقاول الأصلى أيضا فى سبيل تنفيذ عقد المقاولة أن يسعى إلى التنفيذ بأى وسيلة، والمقاولة من الباطن تعد وسيلة تنفيذ العقد الأصلى. فضلاً عن ذلك فإن عقد المقاولة يعتبر عقداً ماليًا يخضع لمبدأ حرية التداول، وهذا يعنى أن للمقاول الأصلى أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن.

واستناداً إلى القواعد العامة يتضح أن الأصل هو إباحة المقاولة من الباطن، والحظر هو الاستثناء، وبالتالى فإن عقد المقاولة من الباطن لا يحتاج إلى أذن سابق أو إقرار لاحق أو إعلان رب العمل، طالما أنه لا يوجد حظر، وحرية المقاولة من الباطن فى هذه الحالة تستند إلى الأصل العام، وليس إلى أذن ضمنى[1].

---

[1] راجع فى توضيح هذه المسألة بالتفصيل : د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٤.

الفرع الثانى
الأساس القانونى المباشر لجواز المقاولة من الباطن

بالرغم من كفاية القواعد العامة كمصدر لمشروعية المقاولة من الباطن، فإن المشرع إيماناً منه بأهمية المقاولة من الباطن، فى الحياة العملية، خاصة فى مجال الاقتصاد والاستثمار، فقد أكد على مشروعية المقاولة من الباطن بالنص المباشر عليها، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٦١)[1] على أنه: "يجوز للمقاول أن يوكل 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"، ويتضح من هذا النص بما لا يدع مجالا للشك أن الأصل هو إباحة المقاولة من الباطن، وأن المنع هو الاستثناء، وبالتالى فإن المقاول الأصلى لا يحتاج عند إبرام عقد المقاولة من الباطن إلى إذن سابق أو إقرار لاحق أو إعلان رب العمل، طالما لم يوجد حظر. والواضح أيضا من صياغة النص أن المشرع حصر أسباب المنع فى سببين، هما:

الأول: وجود بند فى العقد يمنع التقاول من الباطن، ولا شك أن تفعيل هذا البند إعمال لمبدأ حرية التعاقد المنحدر من مبدأ سلطان الإرادة، يقتضى حرمان المقاول الأصلى من التعاقد من الباطن.

الثانى: إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية.

---

[1] وقد جاء التقنين المدنى السورى المادة ٦٢٧ منه، والتقنين المدنى الليبى م.٦٦٠ منه، مطابقتان لنص المادة (٦٦١) من التقنين المدنى المصرى. أما التقنين المدنى العراقى فى المادة (٨٨٢) فجاءت موافقة لنص المادة (٦٦١) من التقنين المدنى المصرى. أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة (٦٣٥) فقد جاء نصها على النحو التالى .. من يؤجر عمله أو خدمته لا يجوز له أن يعهد فى الإجراء إلى شخص آخر إذا كان يستنتج من نوع العمل أو من مشيئة المتعاقدين أن من مصلحة المستأجر أن يقوم المؤجر نفسه بالعمل. جاء حكم المادة (١/٦٣٨) من نفس التقنين "يكون المؤجر مسئولا عن عمل الشخص الذى يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه". وحكم التقنين المدنى اللبنانى على هذا النحو يتفق وأحكام التقنين المصرى، هذا وقد جاء النص فى التقنين المدنى القديم م ٤١٣ "ويجوز للمقاول أن يقاول غيره على عمله كله أو بعضه إذا لم يوجد فى عقد المقاولة ما يمنع من ذلك، ولكنه يبقى مسئولاً عن عمل الثانى، وهذا النص أيضاً موافق لما نص عليه التقنين المدنى الجديد.

الفرع الثالث
حالات حظر المقاولة من الباطن

عرض وتقسيم:

الأصل ــ كما بينا ــ فى المقاولة من الباطن هو الإباحة وكل عقد مقاولة مستوفياً كافة شروط الصحة يكون صالحا لأن ينتج عقد مقاولة من الباطن، إذا لم يوجد نص قانونى يمنعها، أو كانت طبيعة العقد تستعصى على المقاولة من الباطن، أو لم يوجد بند فى عقد المقاولة يحظر على المقاول التقاول من الباطن، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاية المقاول الشخصية.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصون ثلاثة هى:

الغصن الأول: الحظر بنص القانون.

الغصن الثانى: الحظر بسبب طبيعة العقد.

الغصن الثالث: البنود العقدية التى تحظر المقاولة من الباطن.

الغصن الأول
الحظر بنص القانون

قد يحظر المشرع المقاولة من الباطن، ونذكر مثالاً لذلك، نص المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١، والتى جاء فيه بأنه: "لا يجوز إلا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة والمؤسسات العامة، والشركات التى تساهم فيها الحكومة، أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال، أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلى الشركات التى تساهم فيها الحكومة بنسبة لا تقل عن ٥٠% من رأس مالها، ولا يسرى هذا الحظر بالنسبة للأعمال التى لا تزيد قيمتها على ١٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة ٣٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل سنة ١٩٦٢) بشرط عدم تجزئة العمليات وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به من هذه العمليات إلى مقاول واحد فى السنة على ما قيمته ١٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة قبل تعديل سنة ١٩٦٢ قدرها ٣٠٠٠٠ جنيه) سواء عهد بها إلى جهة واحدة أو أكثر من الجهات المذكورة فى الفقرة الأولى[١].

---

[١] راجع فى ذلك قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١ ــ الصادر فى ١٩٦١/٧/٢٠. نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية للعدد ١٦٢ بتاريخ ١٩٦٢، وتجدر الإشارة، بالرغم من أننا لم نعثر على

وتطبيقاً لهذا القرار، قضى بأن ".... وكان هدف الشارع من ذلك تحقيق الصالح العام لما فى قصر هذه المقاولات الكبيرة على شركات القطاع العام والحكومة من دعم وضمان لحسن تنفيذ تلك الأعمال التى تتعلق بمصالح الدولة فأما مقتضى هذا الحظر الصريح وهو حظر عام وتمت إليه اعتبارات المصلحة العامة بترتيب البطلان المطلق"[١].

وبناء على ذلك، فإنه إذا تم حصول المقاول الأصلى على المقاولة، فلا يجوز له أن يقاول من الباطن، إلا إذا توافرت شروط هذا القرار فى المقاول من الباطن[٢]. ولكن هذا المنع ليس مطلقاً، إذ يزول بالحصول على قرار من رئيس الجمهورية.

جزاء مخالفة الحظر بنص القانون:

يختلف الجزاء، باختلاف ما إذا كان الحظر بنص من النصوص الآمرة أم من النصوص المكملة، فإذا كان الحظر بنص آمر، فإن التعاقد من الباطن الذى ورد بالمخالفة له، يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً حتى ولو صرح فى ذلك رب العمل فى بنود العقد الأصلى؛ لأن الاتفاق الذى يخالف النص الآمر يكون باطلاً. كما فى حالة مخالفة الحظر الوارد بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٣ لسنة٦١ . سالف الذكر [٣].

أما إذا كان النص يتضمن حكماً مكملاً، فإنه يمكن الاتفاق على خلافه، ولكن "يجب أن يكون هذا الاتفاق فى العقد الأصلى، أى يجب الحصول على إذن سابق، وإذا اعتبر النص المكمل جزءًا من العقد، فإن حكمه كحكم البند المانع" [٤].

= قرار أو قانون يلغى هذا القرار، أو يعد له، إلا أنه لم يعد يعمل بهذا القرار. ويرى أستاذنا الدكتور لبيب شنب، أنه يمكن القول ــ وبحق ــ بأن هذا القرار قد ألغى على الأقل بصدور القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٩٢ الخاص بإنشاء الاتحاد المصرى لمقاولى البناء، على أساس أن هذا القانون، ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرره رئيس الجمهورية رقم ١٢٣ لسنة ٦١ ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٩٤.

[١] راجع فى حكم محكمة النقض ــ الطعن رقم ١٩٨٤ ــ لسنة ١٩٥٨ ق ــ مكتب فنى ــ ص ٧٣٣ فى ١٩٩٠/٣/١٢.

[٢] راجع فى ذلك د ــ مصطفى كامل عصيمى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦.

[٣] راجع فى ذلك الطعن رقم ١٩٨٤ لسنة ٥٨ ق ــ سبق الإشارة إليه.

[٤] راجع فى ذلك د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧.

الفصل الثانى

الحظر بسبب طبيعة العقد[١]

من المسلم به، أنه لا تستجيب طبيعة كل العقود لأن يرد عليها التقاول من الباطن، لذا فإنه يجب أن نستبعد من نطاق المقاولة من الباطن العقود التى لا تستجيب طبيعتها للتعاقد من الباطن، وهى:

- العقود التى يجب فيها تنفيذ الالتزام فور إبرامها، ودون حاجة لإجراء آخر؛ ذلك لأن العقد من الباطن، يتطلب أن يقوم العقد الأصلى منشأ لالتزامات يستغرق تنفيذها فترة من الزمن، ويجوز أن يكون الزمن عنصراً فى المحل تقاس به حقوق الدائن والتزامات المدين، كما فى عقد الإيجار، ويجوز أن يكون الزمن وسيلة للتنفيذ، أى لكى يتمكن المدين من تنفيذ التزامه، يحتاج إلى وقت، كما فى عقد المقاولة[٢].
- العقود التى يكون محل الالتزام فيها الامتناع عن عمل، فإذا التزم ــ مثلاً ــ تاجر بعدم المنافسة، فلا يتصور أن يحل محله فى ذلك آخر، فمثل هذا الالتزام لا يقبل التعاقد من الباطن[٣].
- أيضاً العقود التى لا يعمل فيها المدين بالالتزام مستقلاً، بل يخضع لرقابة وإشراف شخص آخر بما يجعله تابعاً، فالتابع إذ يقوم بعمله تحت إشراف ورقابة المتبوع فإنه لا يمكن أن يحل محله؛ لذا فإنه لا يتصور أن يكون هناك عقد عمل من الباطن[٤]. فعقد العمل لا يجوز فيه التعاقد من الباطن لهذا السبب، وليس فقط لأنه قائم على الاعتبار الشخصى[٥].
- إذا كان محل العقد الأصلى نقل أو إنشاء حق عينى[٦]. فهل يقبل هذا العقد التعاقد من الباطن؟. للإجابة عن هذا السؤال، يجب أن نستبعد أولاً الفرض

---

(١) راجع فى عرض ذلك تفصيلياً د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠-١٣.

(٢) NERT (Jean), Le sous, Contrat, n°. 417.

(٣) NERT (Jean), Op. Cit., n°. 48.

(٤) راجع د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١.

(٥) TEYSSIE (Bernard), Op. Cit., no. 139.

(٦) راجع فى تفصيل ومناقشة فروض هذه الحالة د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١-١٢ .
راجع أيضاً د ــ مصطفى كامل عصيمى ــ المرجع السابق ــ ص ٦٢.

الذى يكون قد تم فيه نقل أو إنشاء الحق العينى، سواء بإتمام إجراءات الشهر العقارى، أو بإتمام الإقرار، أو بكونه منقول معين بالذات تنقل فيه الملكية بمجرد العقد؛ ذلك أنه فى هذا الفرض يكون العقد اللاحق، بالرغم من أنه مبنى على العقد الأول، إعادة لنقل هذا الحق، ولأن الحق العينى يخول سلطة مباشرة فليس من المتصور أن تتوافر تلك السلعة لمالكين أحدهما أصلى والآخر من الباطن.

وبالتالى- بعد إستبعاد الفرض السابق - ينحصر نطاق السؤال فى الفرض الذى يكون فيه العقد مازال يولد التزامات وحقوقاً شخصية بنقل أو إنشاء الحق العينى. ففى هذا الفرض هل يثبت وصف العقد من الباطن، على العقد الذى يبرمه المدين لكى يتملك أشياء مثلية من جنس أو نوع الأشياء المثلية التى التزم بنقل ملكيتها فى العقد الأول؟، وهل يثبت تكييف العقد من الباطن، على العقد الذى يبرمه من باع ملك غيره ليملك الشىء المباع فيتمكن بذلك من تنفيذ عقده؟ وهل يثبت تكييف العقد من الباطن على العقد الذى يبرمه الدائن المشترى لينقل حقوقه من عقد البيع إلى آخر[1]؟.

ونرى مع الفقه أنه لا يوجد فى هذه الفروض عقد من الباطن، ذلك أن العقد الأصلى والعقد من الباطن يجب أن يجمعهما زمن تنفيذ واحد، ففى المقاولة من الباطن - مثلا - إذا قام المقاول من الباطن بتنفيذ التزاماته، تجاه المقاول الأصلى، فيكون هذا الأخير، قد نفذ فى نفس الوقت التزامه تجاه رب العمل.

أما فى الفروض المطروحة، فإن تنفيذ أحد العقدين، يجب أن يتم أولاً قبل أن يتمكن الملتزم بتنفيذ عقده الآخر، فلابد أن تنتقل ملكية الأشياء المشتراة بالعقد الأول تمهيداً لنقلها فيما بعد للمشترى فى العقد الثانى. أما إذا قصد أن يتم التنفيذ مباشرة للمشترى فى العقد الثانى، فهذا لا يكون بطريق عقد من الباطن، بل بحوالة الالتزام أو الإنابة، أو الوفاء أو الاشتراط لمصلحة الغير فى العقد الثانى، أو بطريق التنازل عن العقد بالنسبة للمشترى الذى يريد أن يتنازل عن حقوقه.

---

[1] راجع فى عرض هذه التساؤلات والإجابة عليها د- مصطفى الجارحى- المرجع السابق- ص ١١ ومابعدها.

أما فى الفرض الذى يكون فيه العقد الأصلى منشئا لحق عينى متفرعاً عن حق الملكية، فالعقد اللاحق الذى يخول شخصاً آخر الانتفاع بالشىء أو استعماله أو سكنه لا يكون إلا بإنشاء حق شخصى وليس حقًا عينيًا؛ لأن الحقوق المتفرعة عن الملكية لا تنشأ إلا من جانب المالك. وعلى ذلك فهذا الفرض يتضمن عقدين، يرد كل منهما على محل مختلف تماماً، هذا مع القول ببقاء العقد مصدراً للحق العينى منتجاً لآثاره، ومن ناحية أخرى، فإن العقد اللاحق لا يأتى بحكم سلطته، فى العقد السابق، بل بحكم سلطته من الحق العينى، وبالتالى فإن العقد الصادر منه يعد عقداً أصليًا.

جزاء مخالفة الحظر بسبب طبيعة العقد:

يرى الفقه فى مصر أن جزاء إبرام عقد مقاولة من الباطن، فى العقود التى تخرج بطبيعتها عن دائرة التعاقد من الباطن، باطل بطلاناً مطلقاً[1].

الفصل الثالث

البنود العقدية التى تحظر المقاولة من الباطن

قد يتضمن عقد المقاولة الأصلى بندا يشترط فيه رب العمل حظر المقاولة من الباطن، وفى هذه الحالة يمتنع على المقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن.

ونظراً لوجود ارتباط وثيق بين عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن، فالبنود الموجودة فى عقد المقاولة الأصلى تؤثر بشكل كبير على وجود عقد المقاولة من الباطن.

ويقصد بالبنود العقدية هنا تلك التى يتفق عليها رب العمل والمقاول الأصلى ــ فى عقد المقاولة الأصلى ــ ينظمان بها جواز لجوء المقاول الأصلى إلى التقاول من الباطن، ونطاق عقد المقاولة من الباطن؛ لذلك فإن رب العمل والمقاول الأصلى قد يتفقان على بند فى العقد يشترط فيه رب العمل على المقاول

---

[1] راجع فى ذلك د ــ عبد الرشيد مأمون ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤. د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣.

الأصلى عدم اللجوء إلى المقاولة من الباطن، ويسمى هذا البند، البند المانع من التقاول من الباطن.

ومنع التقاول من الباطن ببند فى العقد جائز، ويتضح ذلك بجلاء من نص المادة ٦٦١ /١ مدنى مصرى "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه ذلك شرط فى العقد..."، فهذه المادة بعد أن قررت أن الأصل فى المقاولة من الباطن الإباحة، أجازت لرب العمل أن يشترط على المقاول عدم اللجوء إلى التقاول من الباطن.

والبند المانع قد يأتى فى صورة حظر صريح يمنع المقاول من اللجوء إلى التقاول من الباطن[١]، أو فى صورة تعهد المقاول بأنْ ينفذ التزامه بنفسه، كما أن بند الحظر قد يأتى فى صورة أخف كما لو تضمن عقد المقاولة حظر التقاول من الباطن إلا بموافقة رب العمل على العقد أو على المقاول من الباطن. وتختلف هذه الصور عن نوع آخر من البنود، لا تعتبر بنود حظر، ولكنها بنود توصف بأنها مقيدة[٢] للمقاول، كما لو كان البند يتطلب إعلان رب العمل بالمقاولة من الباطن، أو يشترط أن تتم المقاولة من الباطن فى ورقة رسمية وأن ترسل ورقة إلى رب العمل.

وأيًّا ما كانت صورة بند الحظر فالسؤال الذى يثور فى هذا الخصوص يدور حول ما إذا كان البند يجب أن يكون صريحاً أم أن يكفى أن يكون ضمنيًّا؟.

قد أثارت الإجابة عن هذا السؤال خلافاً حادًّا فى الفقه والقضاء:

فذهب فريق من الفقهاء إلى[٣]: أن بند المنع إما أن يكون صريحاً أو ضمنيًّا، وبالتالى فإن البند المنع قد يذكر صراحة فى عقد المقاولة الأصلى، كما لو تضمن هذا العقد بنداً يحظر فيه على المقاول الأصلى التقاول من الباطن، أو بندا يتعهد فيه المقاول بأن ينفذ العمل بنفسه.

---

(١) د- مصطفى الجارحى - المرجع السابق - ص ١٦.

(٢) د- مصطفى الجارحى - المرجع السابق - ص ١٧.

(٣) د- عبد الرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ٢٠٩. د- عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد والإرادة المنفردة - نادى هيئة قضايا الدولة عام ١٩٨٤- ص ٢٠٩ .

كما أن البند المانع قد يكون ضمنيًّا أى يمكن استخلاصه من الظروف نفسها، ويضرب أنصار هذا الرأى مثالاً للبند الضمنى كأن كان العمل محل المقاولة عملاً فنيًّا لجأ فيه رب العمل إلى مقاول بالذات؛ نظراً لكفايته الشخصية، فإنه يكون هناك بند ضمنى مقتضاه عدم إمكانية لجوء المقاول الأصلى إلى التقاول من الباطن، بل يتحتم أن يقوم به هو شخصيًّا. فإذا قاول شخص رساماً أو طبيباً أو مهندساً فإنه يغلب أن يستخلص من الظروف أن رب العمل قد اعتمد على كفاية المقاول الشخصية[١].

وذهب فريق ثان[٢] إلى ضرورة أن يذكر البند المانع من التقاول من الباطن صراحة فى عقد المقاولة الأصلى، وأن يرد فى ذات العقد، ولا يجوز أن يرد فى اتفاق حتى يمكن القول بأن رغبة المقاول الأصلى فى تشييد الرابطة العقدية هى التى دفعته إلى قبول البند المانع من التقاول من الباطن.

ونعتقد أننا نتفق مع الرأى الثانى فى ضرورة أن يذكر البند المانع من التقاول من الباطن صراحة فى العقد، كما أننا نتفق مع أنصار الرأى الأول فيما يتعلق بأن البند المانع قد يذكر صراحة فى العقد. ولكننا نختلف معه فى أن البند المانع قد يأتى ضمنيًّا يمكن استخلاصه من الظروف والملابسات التى تحيط بالعقد، وذلك للأسباب الآتية:

أولا: يرى أنصار هذا الرأى أن البند المانع من التقاول من الباطن يمكن استخلاصه من الظروف نفسها، وضربوا مثالاً تطبيقيًّا لهذه الظروف بأن تكون طبيعة العمل تعتمد على الكفاية الشخصية للمقاول من الباطن، كما لو كان العمل محل المقاولة عملاً فنيًّا لجأ فيه رب العمل إلى مقاول بالذات نظراً لمهارته وكفايته.

---

(١) د ــ عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٩ وانظر أيضاً د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ هامش رقم (١) ــ ص ٤١٤ حيث يرى فى نطاق عقد الإيجار أنه إذا تم تأجير الوحدة السكنية مفروشة فهذا يفهم منه أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد قصدت منع المستأجر من التأجير من الباطن.

(٢) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٦.

ولكن بالنظر إلى هذا التطبيق، نجد أن المشرع قد نص عليه كحالة أخرى مستقلة من حالات الحظر، حيث نصت المادة ٦٦١ من القانون المدنى المصرى على أنه "... إذا لم يمنعه من ذلك بند فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية"، وواضح من النص أن المشرع حصر الحظر فى حالتين، هما:

الأولى: محل المناقشة، وهى وجود بند مانع فى العقد الأصلى.

والثانية: أن تكون طبيعة العمل تعتمد على الكفاية الشخصية للمقاول الأصلى.

والملاحظ هنا أن أنصار هذا الرأى قد اعتبروا الحالة الثانية من حالتى الحظر أحد تطبيقات الحالة الأولى، بالرغم من أن المشرع قد ذكر كل حالة مستقلة عن الأخرى، وكل حالة لها تطبيقاتها الخاصة بها، ويؤكد ذلك أن المشرع لم يتطلب لمنع التقاول من الباطن سوى توافر إحدى حالتى الحظر الذى تضمنتها المادة ٦٦١ مدنى مصرى، والدليل على ذلك أن المشرع استخدم لفظ أو بين الحالتين الواردتين بالنص حيث نص على "... إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية"، ولفظ أو يفيد التخيير أى أن أحد الحالتين تكفى ــ إذا وجدت ــ للمنع.

ولو أن المشرع أراد ما انتهى إليه أنصار هذا الرأى، فلم يكن بحاجة إلى للنص على الحالة الثانية وهى حالة وجود بند مانع فقط، ويفسر البند المانع على أنه قد يذكر صراحة فى العقد وقد يكون ضمنيًا يستخلص من الظروف نفسها، وبالتالى يتضمن الحالة الثانية.

أما وقد جاء النص يتضمن الحالتين كل واحدة منهما مستقلة عن الأخرى، ويكفى وجود إحداهما لمنع التقاول من الباطن، فإن ما انتهى إليه أنصار هذا الرأى فيه إهدار لإرادة المشرع وقصده.

ثانيا: يرى أنصار هذا الرأى أن الحالة الثانية من حالتى الحظر، التى ذكرها المشرع فى المادة ٦٦١ وهى حالة كون طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول الأصلى، فإن الحظر فيها يستند إلى بند مانع ضمنى[١]، ونعتقد

---

(١) د ــ عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٩. ــ د. قدرى عبد الفتاح الشهاوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٦. كما أن بعض أنصار الرأى الذى يرى وجوب أن يرد شرط المنع صراحة فى العقد، يرى أن أساس المنع فى الحالة الثانية هو وجود بند مانع ــ ضمنى، د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق، ص ٣٤. د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٨٥.

أن تسليم أنصار هذا الرأى بأن أساس المنع فى هذه الحالة هو وجود بند مانع ضمنى، بالرغم من أن المشرع قد ذكرها مستقلة، فإن هذا دليل على أن الحالة الأولى ــ وجود شرط فى العقد ــ من الحظر لا تتضمن هذا الأساس ــ البند المانع الضمنى ــ أى أن الحالة الأولى وهى حالة وجود بند مانع، أساس المنع فيها هو البند المانع الصريح، وليس البند المانع الضمنى، لذلك فإن المشرع نص عليها استقلالاً وأساسها مستقل.

ثالثا: ما ذهب إليه أنصار الرأى الثانى من أنه يشترط أن يذكر البند المانع من التقاول من الباطن صراحة فى عقد المقاولة الأصلى[1]. فضلاً عن أنه يقطع فى الدلالة على أن العقد ما كان ليتم لولا قبول المتعاقد الأصلى لهذا البند، وذلك رغبة منه فى الحصول على العقد فإن ما انتهى إليه هذا الرأى.

من الناحية الأولى: يتفق مع ما انتهينا إليه من أن الأصل هو إباحة المقاولة من الباطن، وأن الحظر ذو طابع استثنائى حيث حصره المشرع فى حالتين، ونظراً لأن الاستثناء لا يجوز القياس عليه أو التوسع فيه فإنه يجب التشدد فى تفسير حالة وجود بند مانع فى العقد فيكون المقصود منها هو البند المانع الصريح.

ومن ناحية أخرى: فإن اشتراط منع التقاول من الباطن صراحة فى العقد يقطع فى الدلالة على اتجاه نية رب العمل والمقاول الأصلى إلى الحظر وقبولهما له، مما يقلل من حالات الشك التى تكتنف استخلاص بند المنع الضمنى من الظروف والملابسات التى تحيط بالعقد والتى يصعب حسمها فى كثير من الأحيان، وخصوصاً فى عقود المقاولات؛ لأن رب العمل الذى يريد أن يبنى منزلاً فيتعاقد مع مقاول فيقوم هذا الأخير بالتقاول من الباطن، ثم يعترض رب العمل بالرغم من عدم وجود بند مانع صريح، فسوف يثور السؤال حول ما إذا كان يوجد بند ضمنى أم لا؟ وإن وجد ما هو معيار استخلاصه؟ وهل رب العمل عندما تعاقد مع المقاول أراد أن يقوم المقاول بالذات ببناء المنزل بالرغم من أن هذا العمل يستطيع أى مقاول أخر القيام به؟ وهذه أسئلة يصعب الإجابة عنها جميعا.

---

(١) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٦. د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣.

لذا فإننا نرى أن البند المانع الوارد فى المادة ٦٦١ من القانون المدنى المصرى، يجب أن يذكر صراحة فى عقد المقاولة الأصلى حتى يمتنع على المقاول أن يكل تنفيذ العمل سواء فى جزء منه أو فى جملته إلى مقاول من الباطن.

وقد أثير فى الفقه تساؤل حول مدى إمكانية تخويل رب العمل حق النزول عن بند المنع من التقاول من الباطن، والآثار المرتبة عليه؟.

فذهب فريق من الفقه[١] إلى أن رب العمل، يمكنه النزول عن البند المانع، وأن هذا النزول قد يكون صريحاً أو ضمنيًا[٢]. ويكون النزول صريحاً كما لو سمح رب العمل للمقاول الأصلى بالتقاول من الباطن، بخطاب موجه إلى هذا الأخير. أما النزول الضمنى فيكون باتخاذ رب العمل "موقف لا يدع ظروف الحال شكًا فى دلالته على قصد التنازل حسبما تقضى به المادة ٩٠ من القانون المدنى"[٣]، ومثال ذلك، أن يقوم رب العمل بصرف مستحقات المقاول من الباطن مباشرة من حساب المقاول الأصلى أو أن يوجه رب العمل خطاباً، للمقاول الأصلى، يخطره بضرورة إنهاء الأعمال التى يتولى تنفيذها هو والمقاول من الباطن، فى غضون مدة التنفيذ المحددة فى العقد.

وإذا نزل رب العمل عن البند المانع، سواء صراحة أو ضمناً، فلا يجوز له معاودة التمسك به؛ لأن رب العمل بنزوله عن البند المانع، يكون قد أفرغ إرادته بالرضا، ولا يحق له الرجوع عنه، متى وصل الأمر إلى علم الطرف الآخر وقبله[٤].

ونظراً لأن النزول عن هذا البند يعد تصرفاً قانونيًا فإنه يجب أن تتوافر بشأنه شروط صحة التصرف القانونى والتى تتمثل فى اكتمال الأهلية وخلو الإرادة

---

(١) د ــ عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٦ ــ بند ١٨ . د ــ قدرى عبد الفتاح الشهاوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٧. د ــ حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩.

(٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى صادر بجلسة ١٩٩٦/١/٧ طعن رقم ١٤١١ لسنة ٥٧ ق ــ قاعدة ٢٦ ــ مجموعة المكتب الفنى ــ ص ١١٩. وهذا الحكم قد صدر بشأن الإيجار ولا بأس فى تطبيق نفس المبدأ على عقود المقاولة.

(٣) راجع فى ذلك: نقض مدنى فى ١٩٩٥/١١/١٦ طعن رقم ٣١١٣ ــ لسنة ٦٨ ق ــ القاعدة ٢٢٨ ــ مجموعة المكتب الفنى ــ ص ١١٦٥.

(٤) راجع فى ذلك د ــ عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ نفس الهامش السابق.

من العيوب، وعلى ذلك إذا كان رب العمل قد أصيب بمرض عقلى (جنون أو سفه) بعد تكوين العقد أو كان قد تم إكراهه معنويًا أو ماديًا فإن هذا النزول لا يكون صحيحاً.

وغنى عن البيان أن البند المانع يعد قيداً على حرية المقاول الأصلى، لذا فإن له إثبات تنازل رب العمل، عن هذا البند ــ سواء كان التنازل صريحاً أو ضمنيًا ــ بكافة طرق الإثبات[١]، بما فى ذلك البينة والقرائن[٢].

جزاء مخالفة البند المانع:

إذا أخل المقاول الأصلى بالبند المانع سواء كان صريحاً أو ضمنيًا وقام بالتقاول من الباطن، فإنه يتعرض للجزاء، ويتمثل هذا الجزاء فيما يلى:

١- التنفيذ العينى:

ويعنى أنه يحق لرب العمل أن يطلب من المقاول الأصلى تنفيذ التزامه عينياً، أى أن رب العمل يجوز له أن يرفض تنفيذ العمل من قبل المقاول من الباطن، ويلزم المقاول الأصلى بتنفيذ العمل بنفسه.

٢- الفسخ:

كما يجوز لرب العمل، أن يطلب فسخ عقد المقاولة الأصلى، استناداً إلى إخلال المقاول الأصلى بأحد بنود العقد[٣]. وتطبيقاً لذلك قضى بأن من حق رب العمل،

---

(١) نقض مدنى ــ صادر بجلسة ٢٠٠٠/٢/٢٠ ــ طعن رقم ٢٥١٣ لسنة ٦٨ ق. المستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض دائرة الإيجارات من ١٩٩٩/١/١ حتى ٢٠٠٠/٩/٣٠.

(٢) نقض مدنى فى ١٩٩٩/١٢/٢ ــ طعن رقم ٢٠٥٦ لسنة ٦٣ ق. المستحدث، المرجع السابق.

(٣) ذلك لأن عقد المقاولة، هو من العقود الملزمة للجانبين، والقاعدة وفقاً لأحكام المادة ١/١٥٧ مدنى، أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه. حيث جاء فى هذا الحكم: "أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقده ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التى يقررها القانون. لما كان ذلك وكان واقع الدعوى أن الطاعنة قد اتفقت مع الشركات المطعون ضدها الثانية بموجب عقد مقاولة... على أن تقوم الشركة بإنشاء العمارات المبنية بالعقد لصالح الطاعنة وحظر عليها أن تسند تنفيذه فى جملته أو فى جزء منه إلى المقاول من الباطن وإلا كان الجزاء الفسخ ... وإذا لم يطبق الحكم العقد آنف الذكر على موضوع النزاع رغم وجود أعماله وطبق عقد المقاولة من الباطن، وإذا لم تكن الطاعنة طرفاً فيه ... فإنه يكون مشوباً بالقصور فى التسبب مما جره إلى الخطأ فى القانون وهو ما يوجب نقده".

أن يطلب فسخ عقد المقاولة الأصلى، استناداً إلى أن المقاول الأصلى، لم ينفذ التزامه بنفسه حسبما اتفق عليه فى عقد المقاولة الأصلى، وعهد إلى المقاول من الباطن لتنفيذ العمل[١]. ويجوز الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى أعذار أو حكم قضائى.

٣- التعويض:

ويجوز لرب العمل، أن يطلب التعويض من المقاول الأصلى إذا أصابه ضرر، من جراء مخالفة البند المانع.

كما أنه يجوز للمقاول من الباطن، إذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالتنفيذ العينى، أو بالفسخ، أن يرجع بدوره على المقاول الأصلى، يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم وفاء هذا الأخير بالتزاماته المستمدة من عقد المقاولة من الباطن[٢].

الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول الأصل (الاعتبار الشخصى)

بالرغم من أن عقد المقاولة يعتبر عقداً ماليًا[٣]، لا يقوم بحسب الأصل على الاعتداد بشخصية طرفية، إلا أن هناك حالات تكون فيها الكفاية الشخصية للمقاول الأصلى محل اعتبار، وهذه الحالات نصت عليها المادة ٦٦١[٤] من القانون المدنى المصرى والتى جعلت من الكفاية الشخصية للمقاول الأصلى إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد عليها، مانعاً لا يجوز معه للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن، كأن يكون العمل المطلوب هو إجراء عملية جراحية ولجأ رب العمل إنى طبيب بالذات نظراً لكفايته الشخصية فى هذا النوع من العمليات الجراحية، فيحظر عليه أن يكل تنفيذ العملية أو جزء منها إلى طبيب آخر. كذلك لو أن العمل محل المقاولة عملاً فنيًا لجأ فيها رب العمل إلى رسام أو مهندس

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٩٩/١/٢٧ الطعن رقم ٥٥٩١ ، ٥٦٠١ لسنة ٦٦ق، (غير منشور)، أشار إليه د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ٩ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك د ــ عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ الهامش السابق.

(٣) د ــ لبيب شنب ــ المرجع الساق ــ ص ٨٦.

(٤) حيث نصت المادة ٦٦١ على أن "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن .. .. .. أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية".

بالذات نظراً لخبرته وكفاءته الشخصية، فإنه لا يجوز للمقاول ــ الرسام أو المهندس فى المثال ــ أن يكل تنفيذ العمل فى جملته، وفى جزء منه إلى مقاول من الباطن.

وترى غالبية الفقه المصرى[١]، أنه فى حالة ما إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول فإن هذا الأخير يحظر عليه التقاول من الباطن دون حاجة إلى وجود بند مانع صريح، لأننا فى هذه الحالة نكون بصدد بند مانع ضمنى[٢].

ولا شك أن وجود الاعتبار الشخصى، المتمثل فى كفاية المقاول الشخصية يقف وراء منع المقاول من التقاول من الباطن. حيث إن المقاول له من الخبرة والمهارة ــ وهى صفات شخصية يتمتع بها المقاول ــ ما حمل رب العمل على الوثوق به والتعاقد معه.

ويعتبر الاعتبار الشخصى أهم الأسباب التى تجعل المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية محظورة، كأصل عام و إباحتهاإستثناءاً [٣].

ومن هنا أثير التساؤل حول ما إذا كان المشرع قد جعل من اعتماد طبيعة العمل على الكفاية الشخصية للمقاول أحد أمثلة الاعتبار الشخصى فى التعاقد بحيث يحظر التعاقد من الباطن فى غيرها من الحالات التى تكون شخصية المقاول فيها محل اعتبار؟ أم أن جعل هذه الحالة تطبيق خاص للاعتبار الشخصى فى التعاقد بحيث لا يجوز منع المقاولة من الباطن فى غيرها من الحالات؟ والإجابة عن هذا التساؤل تقتضى الوقوف على مفهوم الاعتبار الشخصى فى التعاقد وتحديد نطاقه.

---

(١) د ــ عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٩، دــ قدرى الشهاوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٦، دــ رأفت حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤.

(٢) دــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣ حيث لا يوافق سيادته على هذا التحليل.

(٣) سنوضح ذلك لاحقا.

المطلب الثانى
مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الدولية للإنشاءات

الأصل هو جواز المقاولة من الباطن فى العقود الدولية للإنشاءات، والحال أن التقاول من الباطن هو حق للمقاول الأصلى، إلا إذا ورد بند فى العقد يحظره أو أن طبيعة العمل كانت تقتضى أن ينفذ المقاول الأصلى هذه الأعمال بنفسه، كالتعاقد مع أحد الشركات المتخصصة فى مجال معين، والتى تم التعاقد معها بناء على الثقة بكفاءتها ومهارتها، وكان العمل محل التعاقد يعتمد على هذه الكفاءة. ففى هذه الحالة يجب على المقاول الأصلى ــ هذه الشركة ــ أن ينفذ هذه الأعمال بنفسه، ويحظر عليه التقاول من الباطن.

وتقدير ما إذا كانت الأعمال محل المقاولة الأصلية تفترض الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية من عدمه من المسائل الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع بناء على الأدلة المثارة فى الدعوى[١].

وإذا كان التقاول من الباطن هو حق مقرر للمقاول الأصلى فى العقود الدولية للإنشاءات، إذا أراد استعماله ــ إذا لم يوجد حظر ــ أو لا يستعمله. إلا أنه توجد أحكام قانونية فى بعض الدول، تفرض على المقاول الأصلى التقاول من الباطن مع مؤسساتها الوطنية أو مع مقاولين وطنيين. من هذه الدول المملكة العربية السعودية، وذلك إذا كان العقد من عقود الإنشاءات العامة أو الصيانة أو التشغيل، وكان المقاول الأصلى أجنبيًا. ففى هذه الحالة فإن قرار مجلس الوزراء السعودى رقم (١٢٤) لسنة ١٤٠٣ هجرية، يلزم الجهة الإدارية المتعاقدة، بأن تشترط صراحة فى العقد وجوب تخلى المقاول أو المتعهد الأجنبى، عن نسبة من الأعمال لمقاول سعودى، بحيث لا تقل هذه النسبة عن ٣٠%[٢]. وهذا يعنى إمكانية فرض التقاول من الباطن على المقاول الأصلى فى بعض العقود الدولية للإنشاءات.

---

(١) راجع فى ذلك د ــ محمد ماجد محمود ــ دور القواعد الحديثة فى المناقصات والمزايدات فى الدول النامية ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٧ ــ ص ٢٥٢.

(٢) راجع فى ذلك د. عادل عبد الرحمن خليل ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٩.

ونود أن نشير إلى أن رب العمل وهو بصدد حظره التقاول من الباطن بنص صريح، فى عقد المقاولة الأصلى، فقد يكون الحظر كليًا، وبالتالى لا يجوز للمقاول الأصلى أن يوكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن. وقد جاء فى الدليل الموحد إمكانية أن ينص فى العقد على أنه لا يحق للمقاول الأصلى التقاول من الباطن بشأن أى من التزاماته[١]. وبالرغم من صعوبة تحقق هذا الشرط فى الواقع، حيث إنه فى العقود الدولية للإنشاءات، يصعب على أى مقاول أيًا كانت قدرته المالية، أو كفاءته التخصصية أن ينفذ هذا العقد دون اللجوء إلى التقاول من الباطن[٢]. وقد يكون الحظر جزئيًا، وذلك إذا كان رب العمل قد راعى فى المقاول الأصلى بعض الصفات، كانت دافعاً للتعاقد معه، كخبرته فى مجال معين، أو تخصصه أو غير ذلك. ففى هذه الحالة فإن رب العمل قد يحظر على المقاول الأصلى التقاول من الباطن فى بعض الالتزامات، ويترك له الحق فى التقاول من الباطن بشأن بقية الالتزامات الأخرى.

ونخلص مما تقدم إلى أن الأصل هو جواز المقاولة من الباطن فى العقود الدولية للإنشاءات، والاستثناء هو الحظر. وبالتالى إذا لم يرد نص فى العقد يحرمها، أو استخلصها قاضى الموضوع من وقائع النزاع المطروح أمامه أو أن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاية المقاول الأصلى الشخصية، أو على صفة من صفاته كانت دافعاً لإسناد المقاولة إليه، فإن المقاولة من الباطن تكون مشروعة. كما أنه إذا أثير شك حول نصوص العقد التى تحظر التقاول من الباطن، كما لو كانت غامضة أو اكتنف الغموض مدى إمكانية اعتبار طبيعة العمل محل المقاولة الأصلية يعتمد على صفة من صفات المقاول الأصلى. فإننا نرى أنه يجب الرجوع إلى الأصل وهو ــ كما ذكرنا ــ إباحة المقاولة من الباطن. ذلك لضخامة العقود الدولية للإنشاءات، وحاجتها إلى رؤوس أموال كثيرة، وإمكانيات وخبرات متخصصة ومتنوعة، الأمر الذى يصعب معه على المقاول الأصلى أن ينفذ عقده بمفرده.

---

(١) لذا يرى بعض الفقه، أن تضمين هذا النص ــ نص الحظر الكلى ــ العقود الدولية للإنشاءات قد يحمل المقاولين الأصليين على التقاول من الباطن بشكل مستتر، الأمر الذى قد تتأثر معه حقوق المقاولين من الباطن المتعاقدين بهذه الطريقة.

(٢) راجع فى ذلك د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٨١ وما بعدها.

المطلب الثالث
مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية

اختلف موقف المشرع المصرى عن موقف القضاء فيما يتعلق بمدى مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية. أما موقف الفقه، فالبعض يرى أن الأصل هو إباحة المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية، والاستثناء هو الحظر، مسايراً بذلك موقف المشرع المصرى (مادة ٦٦١ مدنى مصر)، أما البعض الآخر فقد ساير منطق القضاء، فذهب إلى أن الأصل فى التقاول من الباطن فى العقود الإدارية هو الحظر، والاستثناء هو الإباحة.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مدى مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية فى فرنسا.

الفرع الثانى: الموقف فى مصر مدى مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية.

الفرع الأول
مدى مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية فى فرنسا

<u>تقسيم:</u>

تناول المشرع الفرنسى فكرة تخويل المقاول الأصلى حق اللجوء إلى التقاول من الباطن بشأن تنفيذ العمل الذى عهد إليه القيام به، ولاقت هذه الفكرة ترحابا من الفقه والقضاء. ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين:

الغصن الأول: موقف المشرع الفرنسى.

الغصن الثانى: موقف الفقه والقضاء.

الغصن الأول
<u>موقف المشرع الفرنسى</u>

تعرض المشرع الفرنسى لهذه المشكلة عند وضعه لمدونة فرنسا للعقود الإدارية، وأيضا فى دفاتر الشروط العامة، ويمكن القول بأنه قد كرس مبدأ حرية

التعاقد من الباطن، ولكن تحت تحفظ قبول الإدارة المتعاقدة للمقاول من الباطن، واعتماد شروط السداد المباشر[١].

كما أن المشرع قد أوجب على المقاول الأصلى، بأن يقدم المقاول من الباطن إلى ــ الإدارة ــ رب العمل[٢]، للحصول على موافقته بقبول المقاول من الباطن، فإذا لم تقبله الإدارة، فإن المقاولة من الباطن لا تقع باطلة، بل تظل صحيحة وسارية بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، وذلك لأن الإدارة ليست طرفا فى عقد المقاولة من الباطن، وبالتالى فإن قبولها ليس ركنا فى هذا العقد. إلا أن الأثر الوحيد المترتب على عدم قبول الإدارة للمقاول من الباطن هو عدم نفاذ عقد المقاولة من الباطن فى مواجهتها. وتقترب هذه الفكرة من فكرة المنع من التصرف فى القانون المدنى فى مصر وفرنسا.

وتجدر الإشارة إلى أن موافقة الإدارة على المقاولة من الباطن، قد تصدر إما عند إبرام المقاولة من الباطن، أو أثناء تنفيذ المقاول الأصلى للأعمال محل المقاولة.

الفصل الثانى

موقف الفقه والقضاء

أما القضاء الفرنسى فقد سار على نهج المشرع، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسى أن المقاولة من الباطن غير المقترنة بموافقة الإدارة، لا تسرى فى مواجهتها، ولا يمكن الاحتجاج بها عليها، وبالتالى تنتفى العلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن، ويبقى المقاول الأصلى هو المسئول فى مواجهة الإدارة، كما لو كانت المقاولة من الباطن غير قائمة[٣].

---

(١) راجع: Dafau: Marches des travaux publics JCP 1987, Fasc. 521, p.8.

(٢) راجع فى ذلك نص المادة الثالثة من القانون الخاص بالتعاقد من الباطن فى فرنسا، الصادر فى ١٩٧٥/١٢/٣١.

(٣) فى قضية Commune de la saprron ، C.E.T. 5 Janu. 1951, Rec. P.3 . انظر أيضا حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٢٤/٧/٩ فى قضية Cie Continental وهذان الحكمان مشار إليهما فى مرجع د. سليمان الطماى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤٢.

وإذا كان الأصل فى التقاول من الباطن فى العقود الإدارية فى فرنسا ــ كما بينا ــ هو الحظر، إلا إذا اقترن بموافقة جهة الإدارة. إلا أن هذا الاتجاه بدأ يتغير منذ صدور مرسوم ١٤ مارس سنة ١٩٧٣، حيث أصبح يسير فى اتجاه إيجاد روابط مباشرة بين الإدارة والمقاول من الباطن[١]. ويرجع ذلك إلى أن المشاريع الضخمة والعملاقة التى تريد جهة الإدارة تنفيذها ورغبتها فى التعاقد مع شخص واحد يكون مسئولاً أمامها عن تنفيذ العقد بأكمله، قد جعل الإدارة فى فرنسا، تنظر إلى المقاولة من الباطن على أنها حقيقة عملية لازمة، ويجب التعامل معها بشكل مباشر ومنتظم. فضلاً عن إيمان الإدارة فى فرنسا بالدور الذى تضطلع به المقاولة من الباطن خاصة فى تنشيط الحياة الاقتصادية، حيث تتمكن من خلالها الشركات الصغيرة والمتوسطة من الاشتراك فى تنفيذ المشاريع التى تتولاها الشركات الكبيرة[٢]. يضاف إلى ذلك أن الإدارة أصبحت تمارس صوراً من الرقابة على المقاول من الباطن، وبالتالى أصبح من المنطقى إمكانية تعاقد المقاول الأصلى مع مقاول من الباطن لتنفيذ العقد الإدارى[٣].

ولكن ليس معنى ما تقدم أن أصبح الأصل هو جواز المقاولة من الباطن فى فرنسا، بل تظل محظورة من حيث المبدأ، إلا أنه وللاعتبارات السابقة أصبح الموقف من الحظر يسير فى الاتجاه الأقل تشدداً فلا تزال موافقة الإدارة هى الشرط الأساسى للاحتجاج بالمقاولة من الباطن فى مواجهتها. والسبب فى ذلك يبدو فى الركون إلى فكرة الاعتبار الشخصى، تلك الفكرة التى تتخذ فى أغلب الأحوال كأساس لتبرير الحلول القانونية المترتبة على إبرام عقود المقاولة من الباطن وما يترتب عليها من آثار قانونية[٤].

---

[١] راجع فى ذلك ما سوف نفصله لاحقا فيما يتعلق الدعوى المباشرة والسداد المباشر.

[٢] د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٣.

[٣] د. عزيزة الشريف ــ دراسات فى نظرية العقد الإدارى ــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الأولى ــ ص ١٣٥ . Flamme Op. Cit. P. 26 .

[٤] راجع فى ذلك ــ د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٨٧ وما بعدها.

الفرع الثانى
الموقف فى مصر من مدى مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية

تقسيم:

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى أغصان أربعة هى:

الغصن الأول: موقف المشرع.

الغصن الثانى: موقف القضاء المصرى.

الغصن الثالث: موقف الفقه فى مصر.

الغصن الرابع: وجهة نظر الباحث.

الغصن الأول
موقف المشرع

يلاحظ أن المشرع المصرى، لم يتعرض لمدى مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية، لدى تنظيمه للمناقصات والمزايدات، سواء بالقانون الحالى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، أو بالقانون الذى يسبقه رقم ٩ لسنة ١٩٨٣.

ونظراً أن المشرع المصرى لم ينظم هذه المسألة بنصوص خاصة، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة فى هذا الشأن، تلك القواعد التى تقضى بأن الأصل فى الأشياء هو الإباحة، ووجوب تطبيق مبدأ الحرية التعاقدية.

الغصن الثانى
موقف القضاء المصرى

وعلى خلاف موقف المشرع المصرى، جاء موقف مجلس الدولة المصرى، حيث يمكن القول بأنه يسير فى نفس اتجاه نظيره الفرنسى، والذى يرى أن المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية محظورة من حيث الأصل، إلا إذا اقترنت بموافقة جهة الإدارة، ففى هذه الحالة يمكن الاحتجاج عليها بعقد المقاولة من الباطن.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة القضاء الإدارى بأنه "من المسلم به فى العقود الإدارية أنه يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله فى تنفيذ التزاماته كلها أو بعضها أو يتعاقد بشأنها إلا بموافقة الإدارة، فإن حدث التنازل عن العقد، أو التعاقد من الباطن دون موافقتها يكون باطلاً ولا يحتج به فى مواجهتها"[١].

كما قررت المحكمة الإدارية العليا أنه "من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات التعاقد مع الإدارة شخصية لا يجوز أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة. فإذا حصل التنازل يعتبر باطلاً، ولا يحتج به فى مواجهة الإدارة، فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن والإدارة أية علاقة، ويبقى المتعاقد الأصلى مسئولاً فى مواجهة الإدارة فى كلتا الحالتين[٢].

الفصل الثالث

موقف الفقه فى مصر

انشق الفقه المصرى إلى فريقين فى هذا الشأن:

فذهب فريق منهما: إلى أنه يشترط لمشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية، شرط أساسى، مقتضاه موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة على هذا التعاقد مقدماً، حيث إن مبدأ الموافقة المسبقة وارد ضمن دفاتر الشروط العامة النافذة لدى إدارات الدولة. ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه حتى ولو كانت هذه الدفاتر لم تتضمن هذا المبدأ ولم تشر إليه، فإن الحاجة إلى هذه الموافقة من المسائل التى لا شك فيها.

وقد استند هذا الاتجاه إلى حجة مؤداه أنه لا يتصور فى تنفيذ العقود الإدارية، أن نترك المقاول الأصلى يتعاقد مع من يشاء دون موافقة الإدارة؛ لأن ذلك من شأنه أن يضر بضمان التنفيذ والمصلحة العامة، وإذا كانت العوامل

---

[١] راجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ ــ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة فى خمسة عشر عاما من ١٩٤٦ ــ ١٩٦١ الجزء الثانى ــ ص ١٩١٨. راجع أيضا حكمها الصادر فى ١٩٦١/٦/٤ نفس المجموعة ص ١٩٢١.

[٢] راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣ المنشور فى مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة فى خمسة عشر عاما من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلى آخر ديسمبر ١٩٧٠.

الاقتصادية تبرر إباحة المقاولة من الباطن، فمن باب أولى أن تأخذ مقتضيات الصالح العام بعين الاعتبار. فمثلاً توجد بعض عقود الأشغال العامة تتطلب خبرة فنية ومقدرة عالية، قد لا تتوافر فى المقاول من الباطن، فضلاً عن ذلك فإن بعض عقود الأشغال العامة تتطلب السرية والأمن، وذلك كالعقود المتصلة بمرفق الدفاع الوطنى، ومن ثم لا يتصور أن يقوم المقاول من الباطن بتنفيذها دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة[١].

أما الفريق الثانى: فذهب إلى أن الأصل هو الإباحة أى مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية، متى كانت بخصوص جزء من الالتزامات التى تقررت بمقتضى العقد الأصلى، ما لم تكن محظورة بنص فى العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاية المقاول الأصلى الشخصية، كما لو كان فنيًا متخصصاً، وكان تخصصه الفنى هو سبب الوثوق به والتعاقد معه.

ويجد هذا الرأى سنده فى نص المادة ٦٦١ من القانون المدنى المصرى[٢]، ذلك لأنه لا يوجد أى تعارض فى تطبيق أحكام هذه المادة مع قواعد القانون العام التى تخضع لها تنفيذ العقود الإدارية، فحكم هذه المادة يتسع لدرجة تسمح بمراعاة مقتضيات سير المرافق العامة، فضلاً عن أنها تتفق مع ما يجمع عليه الفقه من بقاء المقاول الأصلى شخصيًا مسئولاً مباشرة عن تنفيذ كافة الالتزامات محل عقد المقاولة الأصلى، حتى فى حالة موافقة الإدارة على المقاول من الباطن سواء صراحة أو ضمناً.

لذا فإن المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية، متى كانت بخصوص جزء من الالتزامات محل عقد المقاولة الأصلى تكون مباحة، ما لم تكن محظورة بنص فى العقد، أو لم تكن هناك اعتبارات شخصية مطلوبة بصفة صارمة. وتكون موافقة الإدارة فى هذه الحالة مفترضة[٣].

---

(١) راجع فى ذلك، د. محمد السعيد أمين ــ المبادئ العامة فى تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها ــ دراسة مقارنة ــ دار الثقافة الجامعية ــ ١٩٩٥ ــ ص ٧٥. د. عبس الحسن ــ التزامات وحقوق المتعاقد فى تنفيذ عقود الأشغال العامة ــ رسالة دكتوراه ــ حقوق القاهرة ــ ١٩٩٧ ــ ص ٤٦.

(٢) راجع فى ذلك نص المادة (٦٦١) مدنى مصرى ــ سبق الإشارة إليها.

(٣) أنظر فى ذلك د. عبد المجيد فياض ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٥، ص ١٣٦ د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٧، ص ٩٨.

الفصل الرابع

وجهة نظر الباحث

مما لا شك فيه أن هدف الإدارة فى إبرام العقود وتنفيذها تحقيق الصالح العام. وأن كلاً من الاتجاهين السابقين يحاول الوصول لهذا الهدف. وكل منهما يضع فى الاعتبار أهمية المقاولة من الباطن عامة وبالنسبة للعقود الإدارية خاصة، وذلك فى إطار ضخامة المشروعات التى تتعاقد بشأنها الإدارة، وحاجة تنفيذ هذه المشروعات إلى رؤوس أموال كبيرة، وكذا خبرات متنوعة، خاصة إذا أخذنا فى الاعتبار التقدم الفنى والتطور التكنولوجى، وما يتعلق بذلك من تقسيم العمل والتخصص فيه. الأمر الذى يؤدى إلى ضرورة إسهام أكثر من مقاول فى تنفيذ مثل هذه العقود، أى أن الإدارة سوف تجد نفسها مضطرة إلى التعاقد مع أكثر من مقاول. فمثلاً لو أن الإدارة أرادت بناء مشروع سكنى يتضمن عدداً من الوحدات السكنية، فسوف تجد نفسها مضطرة إلى التعاقد مع مقاول لتنفيذ المبانى، ومقاول ثانٍ لتنفيذ الجزء الخاص بالصرف الصحى، وثالث لتركيب التوصيلات الكهربائية، ورابع متخصص فى صناعة وتركيب الأبواب والشبابيك... إلخ.

وإذا كان اتجاه من الفقه يذهب إلى أن تعاقد الإدارة مع أكثر من مقاول أصلى قد ينال من مبدأ وحدة الضمان، هذا المبدأ الذى يقوم على أساس وجود مقاول أصلى وحيد، يكون ضامناً ومسئولاً شخصيًّا عن تنفيذ كافة الالتزامات الواردة فى عقد المقاول الأصلى، وذلك فى مواجهة الجهة الإدارية التى تعاقدت معه[١]. وهذا ما يسمى بفكرة الاعتبار الشخصى فى تنفيذ العقد الإدارى[٢].

إلا أننا نرى أن بند الضمان الذى قد يتضمنه عقد المقاولة الأصلى ليس له قيمة سواء من الناحية العملية أو من الناحية القانونية، انطلاقاً من أن فكرة وأحكام

---

(١) راجع فى ذلك، د. محمد سعيد أمين ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤.

(٢) د. محمد سعيد أمين ــ المرجع السابق ــ ص ٥٢ حيث يرى سيادته أنه من الناحية الفنية لا يعنى هذا الالتزام (الالتزام الشخصى للمتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد) وجوب تنفيذ العقد من جانب المتعاقد شخصياً فى جميع الأحوال وإنما يعنى مسئولية المتعاقد الشخصية عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد.

الأسرة العقدية توفر حماية فعالة لجهة الإدارة، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن فكرة الاعتبار الشخصى فى التعاقد يجوز التنازل عنها من قبل جهة الإدارة[١].

وأمام عدم قدرة مقاول واحد على تنفيذ بعض العقود الإدارية، خاصة منها المتعلقة بالمشروعات الضخمة والعملاقة التى تتعاقد الإدارة بشأنها، ولا سيما تلك التى تتصل بالمرافق العامة، والتى تتسم بتنوعها فى الأشكال والخدمات. وإزاء عدم رغبة الإدارة فى التعاقد مع أكثر من مقاول أصلى انطلاقاً من مبدأ وحدة الضمان. فإن الأهمية العملية للمقاولة من الباطن فى مجال العقود الإدارية تكون واضحة؛ ذلك لأن مضمونها الفنى سوف يزيل الصعوبة الناتجة عن محاولة الموازنة بين الاعتبارين السابقين ــ كما سنرى لاحقاً ــ وذلك بالتوفيق بينهما، وحتى تتحقق المصلحة العامة.

ويبدو أنه، لا خلاف بين الرأيين السابقين حول الأهمية والفائدة العملية للمقاولة من الباطن، بالنسبة لتنفيذ العقود الإدارية وذلك من حيث المبدأ. وواضح أن الخلاف بين الرأيين يكمن فى كيفية إجرائها، أو بالأحرى على إجراء وحيد هو الحصول على موافقة جهة الإدارة على المقاول من الباطن.

فالرأى الأول يرى: أنه عند إجراء التقاول من الباطن فى العقود الإدارية، يجب الحصول على موافقة جهة الإدارة كشرط أساسى لمشروعيتها، وذلك بهدف تحقيق الصالح العام؛ وذلك لأن ترك المقاول الأصلى حرًّا فى اختيار المقاول من الباطن قد ينال من المصلحة العامة ووحدة ضمانُ التنفيذ[٢].

أما الرأى الثانى: فيرى أن تحقيق الصالح العام بجعل الأصل فى المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية هو الإباحة، والاستثناء هو الحظر، وأن موافقة الإدارة على التقاول من الباطن ليست شرطاً لمشروعيته، متى وردت على جزء من الالتزامات التى تقررت بمقتضى العقد الأصلى، ولم يرد بند فى هذا الأخير يحظرها، ولم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفاية المقاول الأصلى الشخصية.

---

(١) سيأتى الحديث عن ذلك فى الباب الثانى.

(٢) راجع ما سبق أن عرضناه من مبررات لهذا الرأى.

رأي الباحث: نحن من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه الرأى الثانى ــ من الفقه ــ من أن الأصل هو إباحة المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية، والاستثناء هو الحظر، وسندنا فى ذلك الاعتبارات الآتية:

الاعتبار الأول:

الأهمية العملية للمقاولة من الباطن فى الوقت الحالى، تلك الأهمية التى تعلمها جيداً جهة الإدارة[١]، والتى لا خلاف عليها فى الفقه، فكما بينا أنه ليس من المعقول فى ظل العوامل الاقتصادية الراهنة، والتقدم الفنى والتكنولوجى، وما ينتج عنه من تقسيم العمل والتخصص فيه، قيام المقاول الأصلى وحده وبمفرده بتنفيذ عقده مع الجهة الإدارية، لا سيما إذا كان التعاقد لتنفيذ أحد المشروعات العملاقة، مثل مشروعات مترو الأنفاق وغيرها. فالغالب فى واقع الحياة العملية أن المقاول الأصلى يرى، بل قد يكون من الواجب عليه، تحقيقاً للصالح العام، الاستعانة بمقاولين من الباطن.

ويمكن تفنيد حجج أنصار الرأى الأول بالآتى:

أولاً: فيما يتعلق بأنه لا يجوز أن يترك المقاول الأصلى للتعاقد مع من يشاء، الأمر الذى قد يضر بوحدة الضمان والصالح العام، وبالتالى يجب موافقة جهة الإدارة كشرط لمشروعية المقاولة من الباطن. يمكن الرد عليه بأن المقاول الأصلى سواء نفذ العقد بنفسه أو تقاول من الباطن بخصوص تنفيذ جزء منه، يظل ضامناً ومسئولاً شخصيًّا عند تنفيذ العقد فى مواجهة الإدارة المتعاقدة، حتى فى حالة موافقة هذه الأخيرة سواء الصريحة أو الضمنية. أى أن موافقة جهة الإدارة لا تعفى المقاول الأصلى من المسئولية؛ لذا فإن الربط بين موافقة جهة الإدارة وعدم موافقتها، وبين الإخلال بمبدأ وحدة الضمان والمسئولية الشخصية عن التنفيذ، هو ربط غير دقيق.

ثانياً: أما ترك المقاول الأصلى يتعاقد مع من يشاء وأثر ذلك على الصالح العام. فيمكن القول ــ كما بينا ــ بأنه فى كثير من الأحيان لا يكون تحقيق الصالح

---

[١] راجع فى ذلك ــ د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٨، ص ٩٩. د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ــ فكرة الاعتبار الشخصى فى مجال العقود الإدارية ــ دراسة مقارنة ــ دار النهضة العربية ــ ٢٠٠٣، ص ١١٢.

العام ممكناً إلا عن طريق اللجوء إلى المقاولة من الباطن. أما اختيار المتعاقد الأصلى للمتعاقد من الباطن، فهذا أمر لا حرج فيه، خاصة أن المقاول الأصلى تم اختياره من جانب جهة الإدارة، وقد راعت عند اختيارها له الاعتبارات الشخصية اللازمة، والكفاءات الفنية المناسبة لما أسند إليه من أعمال، لذا فإنه ــ باختيار الإدارة له ــ يكون بصفته رجلا فنيا هو الأقدر على اختيار المقاول من الباطن من ذوى الكفاءات والخبرات المناسبة، لا سيما أنه سيظل هو المسئول وحده والضامن لتنفيذ العمل محل العقد الأصلى، فى مواجهة جهة الإدارة، حتى عن الجزء الذى تم تنفيذه بمقاول من الباطن.

وبالرغم من ذلك فإننا نرى مع بعض الفقه[1]، أنه يجب على المقاول الأصلى أن يعلم جهة الإدارة بالمقاول من الباطن، حتى تتأكد من توافر الاعتبارات الشخصية التى تراعيها فى المقاول الأصلى عادة. ويكون لجهة الإدارة حق الاعتراض على المقاول من الباطن، مستخدمة فى ذلك ما تتمتع به من سلطة تقديرية، هذه السلطة التى تكون مشروطة بحسن استعمالها ومقيدة باستهداف الصالح العام، لذا فإن اعتراضها على المقاول من الباطن يخضع لرقابة القضاء، فإن هى اعترضت لأسباب معقولة وأسس مشروعة، فإنها لا تلتزم بالمقاولة من الباطن، وتبقى آثار الأخيرة مقتصرة على المقاول الأصلى والمقاول من الباطن فقط، أما إذا كان اعتراضها لأسباب غير معقولة، فإنها يتعين عليها الالتزام بالمقاولة من الباطن، ولا يجوز أن تتنكر لها.

ثالثاً: أما فيما يتعلق بتعرض الصالح العام للخطر، خاصة عند تنفيذ المشروعات المتعلقة بالمرافق التى تحتاج إلى سرية، كتلك المتعلقة بأمن الدولة أو غير ذلك. فيمكن الرد على ذلك، بأن جهة الإدارة سوف تقوم بمراعاة هذه الاعتبارات عند إعلامها بالمقاول من الباطن، فإن رأت أن الأعمال المراد تنفيذها على قدر كبير من السرية، فيجوز لها أن تعترض على المقاول من الباطن، أو أن تلزم هذا الأخير بعدم إباحة أسرار المشروع، وإلا تعرض للمسائلة والجزاء.

---

(١) راجع فى ذلك د. نجم حمد الأحمد، المرجع السابق ــ نفس الموضع د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ــ المرجع السابق ــ نفس الموضع.

الاعتبار الثانى:

إن عدم وجود نص فى القانون المنظم للمناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، يحظر المقاولة من الباطن[١]، يجعل من الواجب تطبيق القواعد العامة فى هذا الشأن، خاصة أنها لا تتعارض مع أحكام القانون العام المتعلقة بتنفيذ العقد؛ لذا فإننا نحيل إلى ذات المبررات التى عرضناها عند تناولنا لمشروعية المقاولة من الباطن فى القانون الخاص[٢]، سواء المستمدة من القواعد العامة، أو التى تستند إلى نص المادة ٦٦١ مدنى مصرى.

الاعتبار الثالث:

إذا أرادت جهة الإدارة أن تحظر المقاولة من الباطن، فإنه يتعين عليها أن تشترطه من خلال إدراج بند فى العقد يقضى بذلك، فإذا خالف المقاول الأصلى هذا البند، فإنه يكون قد أخل بالتزام عقدى، ومن ثم فإنه يجوز للجهة الإدارية طلب فسخ عقد المقاولة الأصلى. فإن قضى لها بذلك فإن ما يترتب عليه هو إنهاء عقد المقاولة من الباطن.

---

(١) تجدر الإشارة إلى أن هذه اللائحة قد تضمنت نصاً يحظر التنازل عن العقد الإدارى، وقد خلط بعض الفقه (فقه القانون العام) بين مصطلح التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد، فبعض الفقه يستخدم تعبير التنازل الجزئى عن العقد للدلالة على التعاقد من الباطن. بالرغم من وجود فارق كبير بينهما، يكمن هذا الفارق فى أنه عند تمام التنازل عن جزء من المقاولة، لا يصبح المقاول الأصلى مسئولاً أو ضامناً عن هذا الجزء، بل يخرج من حلبة التعاقد بالنسبة للجزء المتنازل عنه، ويصبح المتنازل إليه هو الشخص المسئول عن تنفيذ الجزء المتنازل عنه كأنه مقاول أصلى. أما فى المقاولة من الباطن، يظل المقاول الأصلى فيها ضامناً ومسئولاً مسئولية شخصية – إعمالاً لمبدأ وحدة الضمان والمسئولية الشخصية عن التنفيذ – عن تنفيذ العقد بأكمله فى مواجهة جهة الإدارة، حتى عن الجزء الذى عقده المقاول من الباطن. ولعل الخلط بين المصطلحين – التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن – هو الذى دفع بعض الفقه إلى القول بضرورة موافقة جهة الإدارة كشرط لمشروعية – فضلاً عن الأسباب الأخرى التى بيناها – المقاولة من الباطن، مثلها فى ذلك مثل التنازل عن العقد. راجع فى ذلك د. عزيزة الشريف – المرجع السابق – ص ١٣٥. د. عادل عبد الرحمن – المرجع السابق – ص ١٣٩ وما بعدها. راجع أيضاً ما تم عرضه بشأن التمييز بين التنازل عن المقاولة، والمقاولة من الباطن.

(٢) راجع فى تفصيل ذلك فى هذا البحث – مشروعية المقاولة من الباطن فى القانون الخاص – ص٥١ ومابعدها.

أما تطلب موافقة جهة الإدارة[١] على المقاولة من الباطن ــ حسب منطق أصحاب الرأى الأول ــ حتى تكون مشروعة، فإن الجزاء المترتب على عدم الموافقة ليس هو حظر المقاولة من الباطن مما يؤدى إلى إنهائها، بل هو عدم الاحتجاج بعقد المقاولة من الباطن فى مواجهة جهة الإدارة فقط. وتظل المقاولة من الباطن صحيحة ومنتجة لآثارها ولا تتعرض للإنهاء، ولكن أثرها يقتصر على العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن فقط.

الاعتبار الرابع:

أما بالنسبة لموقف مجلس الدولة المصرى، فإننا نرى مع جانب من الفقه[٢]، أنه قد آن الأوان لأن يغير موقفه المتشدد والصارم من المقاولة من الباطن، فالقضاء الإدارى، هو قضاء إنشائى، ويقع على عاتقه ابتداع الحلول الملائمة والمناسبة، التى تواكب مختلف التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فالمقاولة من الباطن لها من الأهمية العملية، بحيث يستعصى إنكار دورها ــ كما سبق أن أوضحنا[٣]ــ فى تنفيذ المشروعات والعقود التى تتعاقد بشأنها الدولة؛ لذا فإن مجلس الدولة المصرى، يجب عليه أن ينظر إلى المقاولة من الباطن على أنها حقيقة عملية لازمة لا بد من التعامل معها بشكل مباشر ومنظم، خاصة[٤] فى ظل

---

(١) وتجدر الإشارة أن قانون المناقصات والمزايدات رقم (٩) لسنة ١٩٨٣، والقانون الحالى رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، وكذا اللائحة التنفيذية لأيهما لم تتعرض لأحكام موافقة جهة الإدارة ويمكن أن يحمل ذلك على أن الأصل فى المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية هو الإباحة، وهذا يتفق مع ما قصد إليه المشرع، من أن موافقة جهة الإدارة ليست شرطاً المشروعية التقاول من الباطن، وبالتالى لم يتعرض لهذه الموافقة سواء فى القانون أو فى اللائحة كما فعل نظيره الفرنسى.

(٢) راجع فى ذلك ــ د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٤. د ــ عبد العليم عبد المجيد مشرف ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦.

(٣) راجع فى ذلك ما أسلفناه فى هذا البحث ص٥ ومابعدها، ص٧٨.

(٤) ونود أن ننوه إلى أن مجلس الدولة المصرى لا يتفق مع موقف المشرع، وأنه يساير فى هذا الصدد موقف مجلس الدولة الفرنسى، بالرغم من أن موقف هذا الأخير يتفق و موقف المشرع الفرنسى الذى كرس مبدأ حرية التعاقد من الباطن تحت تحفظ قبول الإدارة له. كما أن مجلس الدولة الفرنسى ــ وعلى الرغم من وجود نصوص تشريعية، قد بدأ يسير نحو إيجاد روابط مباشرة بين الإدارة والمقاول من الباطن، وبدأ ينظر إلى المقاولة من الباطن على أنها ضرورة عملية لازمة يجب التعامل معها بشكل

عدم وجود نص تشريعى ــ قانونى أو لائحى ــ يحظر على المقاول الأصلى أن يقاول من الباطن.

وتجدر الإشارة إلى أننا نتحفظ بشأن إباحة المقاولة من الباطن إذا وردت على جزء من العقد فقط، مما يوحى أن المقاولة من الباطن بشأن كل الالتزامات محل العقد الأصلى غير جائزة. ويرجع تحفظنا لاعتبارين هما:

أولهما: ينبثق من فكرة المسئولية عن الإخلال بالجزء الذى يجوز التقاول بشأنه من الباطن، هل هو المقاول الأصلى أم الإدارة، ومن يحسم الأمر عند الاختلاف. وما الحكم إذا قاول المقاول الأصلى نسبة كبيرة (٩٩,٩%) مثلا ــ من التزاماته لينفذها مقاول من الباطن.

وثانيهما: فيرجع إلى عدم وجود نص ــ قانونى أو لائحى ــ يمنع المقاولة من الباطن فى شأن كل العقد، فضلاً عن أن القواعد العامة تبيح ذلك.

وربما نرجع ذلك إلى أن وجود المقاول الأصلى ــ المتعاقد مع الإدارة ــ لينفذ جزءا ولو صغيرٍ جدًّا من العقد، يجعله موجودا بمسرح التنفيذ، مما يجعل جهة الإدارة مطمئنة إلى تحقيق مبدأ وحدة الضمان والتنفيذ الشخصى للعقد.

والجدير بالذكر، أنه فى غياب النصوص الضيقة الحاكمة، فإن القواعد العامة تلعب دوراً هاماً فى هذا الصدد، خاصة إذا كان مصدر هذه القواعد هو (القواعد العليا الضابطة) التى تضمنتها الشريعة الإسلامية، وهى أعلى بطبيعة الحال من الدستور ذاته، ومن ثم فهى أولى بالاعتبار والتطبيق. وكما سنرى[1] ــ حالا ــ أن الشريعة الإسلامية تجيز المقاولة والمقاولة من الباطن من حيث الأصل، وإذا كان ذلك فى ظل غياب نصوص القانون الإدارى، فلا نرى غضاضة فى الأخذ بمشروعية المقاولة من الباطن من حيث الأصل أيضاً، استناداً إلى هذه الفكرة القانونية على أننا فى ذات الوقت نسلم بما لولى الأمر من سلطة فى هذا الصدد كأن يضع الضوابط لذلك، إلا أن هذا كله رهين بعدم إفراغ الفكرة نفسها (المقاولة من الباطن) بوضع شرط يحظرها أو يفرغها من مضمونها.

منظم ومباشر. أما موقف مجلس الدولة المصرى مازال على موقفه، بالرغم من عدم وجود نص، وأن القواعد العامة تجيز المقاولة من الباطن من حيث الأصل.

[1] راجع فى هذا البحث المطلب الرابع ص٨٣ ومابعدها.

المطلب الرابع

مشروعية المقاولة من الباطن فى الشريعة الإسلامية

نستعرض فيما يلى، بعض أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية، والتى سبق أن سلمنا بمعرفتها بل وتنظيمها للمقاولة من الباطن، ومن هذه الأقوال: ما قاله الكسانى "وللأجير أن يعمل بنفسه أو أجرائه إذ لم يشترط عليه فى العقد أن يعمل بيده؛ لأن العقد وقع على العمل والإنسان قد يعمل بنفسه، وقد يعمل بغيره، ولأن عمل أجرائه يقع له فيصير كأنه عمل بنفسه إلا إذا اشترط عليه عمله بنفسه، لأن العقد وقع على عمل من شخص معين، والتعيين مقيد لأن العمال متفاوتون فى العمل فيتعين، فلا يجوز تسلمها من شخص آخر دون رضاء المستأجر"(١).

ويقول الحطاب: "إن صرح لكون العمل مضموناً كقوله استأجرتك على كذا فى ذمتى إن شئت عملته بيدك أو بغيرك.. أو معينا كاستأجرتك على عمل كذا بنفسك، فلكل منهما حكمه، وإن لم يصرح حمل على المضمون اتفاقاً إلا أن يعرف أنه يعمل بيده أو كان عمله مقصوداً"(٢).

ويقول المالكية: أنه إذا استأجر أجير للعمل وكان عمله مقصوداً لدقته مثلاً وجب على الأجير أن يعمل بنفسه، وليس له أن يستعمل غيره(٣).

ويقول صاحب المغنى: إن الإجارة إذا كانت على عمل فى الذمة يختلف باختلاف العقد كالنسخ فلا يقوم غير الأجير مقامه، فإذا قام غيره مقامه، فلا يلزم رب العمل القبول، ومثل هذه المسائل، فى سائر الأعمال التى تختلف باختلاف الأجراء(٤).

وأيضا يقول صاحب المغنى: ذهبوا إلى أنه يجوز لرب العمل أن يقبل العمل الذى أداه الأجير بغيره، كما أن له أن يقبل من المسلم إليه نوعاً غير المسلم

---

(١) بدائع الصنائع ــ ج٤ ــ جزء ٢١٠.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ــ ج ٥ ــ ص ٣٩٥. مشار إلى هذا المرجع لدى مرجع د ــ مصطفى كامل عصيمى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦.

(٣) شرح فتح الجليل ــ ج٣ ــ ص ٧٤٢. مشار إلى هذا المرجع لدى مرجع د ــ مصطفى كامل عصيمى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦.

(٤) المغنى لابن قدامة ــ ج٥ ــ ص ٣٧٩.

منه، بخلاف ما إذا كانت الإجارة ثابتة فى عين الأجير، فلا يجوز له أن يقيم غيره مقامه؛ لأن المعقود عليه عمل من عين معينة والعمل من غيرها ليس معقوداً عليه"[١].

وبالتدقيق فيما ما تقدم يتبين، أن الشريعة الإسلامية إذ أقرت المقاولة من الباطن، فإنها وضعت فى هذا العقد ضوابطَ لا يجب الخروج عليها. ومن هذه الضوابط ما تردده القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية "الأصل فى الأشياء الإباحة" والاستثناء هو الحظر، وهذا الاستثناء لا يجوز إلا بالنص عليه فى العقد. أى أنه لا يمتنع على المقاول الأصلى الالتجاء إلى التعاقد مع مقاول من الباطن، إلا إذا نص العقد على ذلك. أيضاً يمتنع على المقاول الأصلى إبرام عقد المقاولة من الباطن، إذا كان محل العمل يقوم على أساس الاعتبار الشخصى، ويتضح ذلك فى فرض "إذا ما استأجر أجير للعمل وكان عمله مقصوداً لدقته فعلاً وجب على الأجير أن يعمل بنفسه وليس له أن يستعمل غيره".

خلاصة ما تقدم، فإن الشريعة الإسلامية تجيز المقاولة من الباطن من حيث المبدأ وتحظرها استثناء، وبذلك تتفق أحكام القانون معها فى أن الأصل هو إباحة المقاولة من الباطن، وحظرها هو الاستثناء. حيث تعتبر الشريعة الإسلامية أن المقاول من الباطن أجير، ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الأجير يجوز له أن يكلف غيره بالقيام بالعمل، ذلك إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه، أو لم تكن طبيعة العمل تحتاج لكفاءة العامل الشخصية[٢]، ذلك لأن محل عقد المقاولة هو القيام

---

[١] المغنى لابن قدامة ــ ج ٥ ــ ص ٣٧٨. راجع فى هذا المعنى فضيلة الشيخ على الخفيف ــ أحكام المعاملات الإسلامية ــ الطبعة الثالثة ــ ١٩٤٧ ــ ص ٤٧٨ وما بعدها.

[٢] حيث يرى الحنابلة أن الإجارة إذا كانت على عمل فى الذمة يختلف باختلاف الإجراء كالنسخ مثلا فإن تنفيذ المقاول العمل بغير لا يلزم رب العمل بالقبول. ومثلها مثل الأعمال التى تختلف باختلاف الإجراء. راجع فى ذلك الشرح الكبير ــ للعلامة الشيخ ــ أبى البركات سيدى أحمد محمد الدردير العدوى الشهير بمالك الصغير ــ المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ــ على مختصر الشيخ خليل ــ مطبوع بهامش حاشية الدسوقى ــ الجزء السادس ــ طبع ونشر دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلى وشركاه بمصر ــ ص ١١٤. المغنى لابن قدامة ــ ج٥ ــ ص ٣٧٩. ويرى المالكية أنه إذا استأجر أجير العمل، وكان عمله بعينه مقصوداً لدقته مثلاً، ولم يصرحا فى العقد إذا كان مضموناً أو غيره، وجب على الأجير أن يعمل بنفسه ولا يستعمل غيره. المغنى لابن قدامة ــ ج٦ ــ ص ٣٧٩. الشرح الكبير ــ ج٦ ــ ص ١٦٤. وواضح أن الحنابلة والمالكية حظر المقاولة من الباطن إذا كان رب العمل قد قدر كفاية العامل الشخصية وأن العمل يحتاج إلى هذه الكفاية وهى التى دفعت رب العمل على التعاقد مع هذا العامل بالذات. وهذا ما عبرت عنه

بعمل، ومقصود رب العمل هو تحصيل العمل ولا يعنيه من يقوم به[١]، فإذا نفذ المقاول العمل بنفسه أو بغيره على النحو المشترط فى العقد، فقد وفى ما عليه[٢].

ونخلص مما تقدم أنه إذا أبرمت المقاولة من الباطن صحيحة، لا يشوبها عدم المشروعية، فإنه ينشأ عنها علاقات متنوعة، منها العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلى، وهذه العلاقة ينظمها عقد المقاولة الأصلى، كما تنشأ عنها أيضاً علاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، وهذه العلاقة ينظمها عقد المقاولة من الباطن. وهاتان العلاقتان لا تحتاجان إلى توضيح وبحث أكثر مما تناولته مراجع الفقه التى تتناول شرح عقد المقاولة بوجه عام، لذا فإننا نحيل إلى هذا فى شأنهما إلى هذه المراجع، حيث إنهما تخرجان عن موضوع بحثنا.

وأخيراً ينشأ عن إبرام المقاولة من الباطن صحيحة، علاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وهذه العلاقة هى التى تحتاج إلى بحث ودراسة، والتى سوف نتناولها بالتفصيل. ولكن قبل أن نتعرض لطبيعة هذه العلاقة فيجب أن نحدد المراكز القانونية لطرفيها، حتى لا تختلط مع المراكز القانونية التى تتشابه معها، وهذا ما سوف يكون موضوع بحثنا فى البحث التالى.

=المادة (٦٦١) من القانون المدنى المصرى بقولها " إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية".

(١) الهداية ــ ج٤ ــ ص ٢٣٤. حاشية العلامة الشيخ شمس الدين محمد عرفه الدسوقى ــ على الشرح الكبير للشيخ الدردير العدوى ــ الجزء الرابع ــ طبع ونشر دار إحياء الكتب العربية عيسى الباب الحلبى وشركاه بمصر ــ ص ٤، ٥، ٢٢، ٢٣. المغنى لابن قدامة ــ ج٥ ــ ص ٣٧٨، ٣٧٩.

(٢) المغنى لابن قدامة ــ ج٥ ــ ص ٣٧٨، ص ٣٧٩ . فضيلة الشيخ/ على الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ٤٧٢ وما بعدها.

الفصل الثانى
المقـــاول من الباطـــــن

عرض وتقسيم:

تناولنا فى الفصل السابق فكرة المقاولة من الباطن، والتـــى حظيـــت كمـــا أسلفنا، فى مجال تعريفها، باهتمام فقهى وتشريعى والذى يدور حول فكرة صـــنعت غالباً على أساس أنها ــ المقاولة من الباطن ــ التصرف القـــانونى الـــذى يبرمـــه المتعاقد الأصلى ــ أو المقاول الأصلى ــ مع الغير بقصد تنفيذ جـــزء مـــن محـــل العقد.

وإذا كان المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن يتمثل فى أنها أحد أساليب الفـــن التعاقدى، الذى يهدف إلى تحقيق غاية محددة، هى الاشتراك فى تنفيذ عقد المقاولـــة الأصلى، فإنه من خلال هذه الفكرة (تعريف عقد المقاولة من الباطن) وتلك (المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن) يمكن لنا بسهولة أن نضع أيدينا علـــى أشـــخاص هـــذه العلاقة. بدءًا بصاحب العمل محل عقد المقاولة الأصلى والذى يتولى تنفيذه كلـــه أو بعضه المقاول من الباطن. هذا الذى يمثل فى نطاق بحثنا أهم أشخاص المقاولة من الباطن. وفى هذا الفصل، نحاول إلقاء الضوء على المركز القانونى لصاحب العمل والمقاول من الباطن إذ يمثلان معاً بيت القصيد، بصدد بحثنا وننحى جانباً المقـــاول الأصلى. ولو إلى حين.

وعلى ذلك فإن هذا الفصل ينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: المركز القانونى لرب العمل.

المبحث الثانى: التمييز بين المركز القانونى للمقاول مـــن البـــاطن وغيـــره مـــن المراكز التى تختلط به.

المبحث الأول

المركز القانونى لرب العمل[١]

يقصد برب العمل الشخص الذى يتم العمل لحسابه، سواء كان شخصاً طبيعيًا أم معنويًا، خاصًا كان أو عامًا[٢].

وتكون لرب العمل هذه الصفة، دون إشتراط أن يكون قد ساهم بنفسه فى تكوين عقد المقاولة، فيكفى أن يكون قد أبرم العقد باسمه ولحسابه الخاص عن طريق وكيل عنه، سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية[٣]. ولا يشترط أيضاً، أن يكون رب العمل هو مالك الأرض الذى يقوم عليها البناء أو تشيد فوقها المنشأة الثابتة، وذلك فى مجال تشييد البناء، فقد تكون الأرض غير مملوكة له، وإنما أعطى ــ لغرض ما بأى طريقة كانت ــ حق بناء ما عليها لحسابه الخاص[٤].

وقد يكون رب العمل، شخصاً طبيعيًا كفرد معين أو شخصاً معنويًا كشركة أو مؤسسة أو جمعية، وكذلك قد يكون من أشخاص القانون الخاص، أو العام، كالدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى[٥]، ورب العمل هو الدائن الأصلى للأداء محل المقاولة والمقاول الأصلى هو المدين فى مواجهة رب العمل وذلك وفقاً لما يتضمن عقد المقاولة الأصلى من بنوده.

---

(١) يفضل البعض تسمية من يتم العمل لحسابه بملك المشروع، ولا يفضل تسميته برب العمل، حيث يرى أن هذه التسمية الأخيرة يفضل تخصيصها لعقد العمل. راجع فى ذلك د. محسن شفيق ــ عقد تسليم المفتاح ــ نموذج من عقود التنمية ــ دار النهضة العربية ــ بدون تاريخ نشر ــ ص ٣٣ ــ هامش ٢. راجع أيضا د. أحمد عبد العال أبو قرين - المرجع السابق - ص ١٠.

(٢) Malinvaud (PH) et Jestaz (PH): La loi 4 Jan. 1978 Relative a La responsabilites et a l'assurance dans le domaine de la construction "1 partie-des responsabilitie) J.C.P. 1978. 1, 2900 No 55- p.70.

(٣) راجع فى ذلك : د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٣ . وما أشار إليه سيادته من مراجع فى نفس الصفحة ــ هامش ٣.

(٤) راجع فى ذلك: Malinvaud (PH) et Jestaz (PH): Op. Cit. no. 55 – P. 70

راجع أيضا الشيخ / على الخفيف ــ "الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية" ــ طبعة ١٩٦٩ ــ ص ٥٩ ــ ٦٠.

(٥) راجع فى ذلك:د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٥٧٤ ــ. وراجع أيضا ، ما أشار إليه سيادته من مراجع وأحكام هامش ٥ نفس الصفحة.

ولكن قد يتشابه المركز القانونى لرب العمل، مع المركز القانونى للمقاول الأصلى، عندما يتعاقد هذا الأخير مع مقاول آخر من الباطن؛ لأن المقاول الأصلى، يلعب دور رب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن فى عقد المقاولة من الباطن. فهل يصل هذا التشابه إلى حد القول بأن حقوق والتزامات رب العمل الحقيقى فى عقد المقاولة الأصلى، تتطابق مع حقوق والتزامات المقاول الأصلى بصفته رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن؟.

والواقع أنه لا يمكن القول، بأن هناك تشابهاً تامًّا بين المركز القانونى لكل من رب العمل لعقد المقاولة الأصلى، والمقاول الأصلى بصفته رب العمل فى عقد المقاولة من الباطن[١]. إلا أن ذلك لا يمنع من وجود بعض مظاهر التشابه بينهما[٢]. فإذا كان لكل من رب العمل والمقاول الأصلى، صفة رب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن، إلا أن هذا التشابه لا يمكن معه القول بأن المقاول الأصلى فى علاقته بالمقاول من الباطن هو رب عمل حقيقى[٣].

وتأكيداً لذلك، فإن المقاول من الباطن يضمن للمقاول الأصلى ــ بعد التسليم ــ سلامة العمل، وضمانه هذا يخضع للقواعد العامة، وهذا الضمان يتعلق بالعيوب الخفية، وليس الضمان العشرى[٤]، فى حين أن المقاول الأصلى فى علاقته برب العمل يضمن لهذا الأخير سلامة العمل، وفقاً للضمان العشرى، وليس وفقاً لأحكام ضمان العيوب الخفية.

وقد ذهب أستاذنا الدكتور السنهورى إلى أن "العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن هى علاقة رب عمل بمقاول، ينظمها عقد المقاولة من الباطن.. ويكون المقاول من الباطن بالنسبة إلى المقاول الأصلى مقاولاً عليه جميع التزامات

---

(١) راجع فى ذلك د . عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣.

(٢) راجع فى ذلك د. مصطفى عبد السيد الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٨ وما بعدها. والتشابه الحاصل بين المركز القانونى لرب العمل فى عقد المقاولة الأصلى وبين المركز القانونى للمقاول الأصلى فى عقد المقاولة بصفته رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن، مرجعه إلى التشابه بين عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن وتبعية الأخير للأول.

(٣) راجع فى ذلك: Malivaud (PH) et Jestaz (PH) "Op. Cit.", no. 55-p.70.

(٤) راجع فى هذا البحث ما سوف نوضحه بالتفصيل، فيما يتعلق بالمدين بالضمان العشرى ص٤٣٣ ومابعدها.

المقاول"[١]. إلا أننا نعتقد مع بعض الفقه[٢]، أن أستاذنا الدكتور السنهورى، لم يقصد بذلك القول إن هناك تشابهاً تامًّا بين التزامات المقاول من الباطن فى علاقته بالمقاول الأصلى، والتزامات هذا الأخير فى علاقته برب العمل، بل إنه قال ذلك من باب المجاز القانونى.

ومما يؤيد ما نذهب إليه، من اختلاف المركز القانونى لرب العمل، عن المركز القانونى للمقاول الأصلى الذى يشغله فى عقد المقاولة من الباطن، ما سبق أن أوضحناه، بشأن تعريف رب العمل بأنه الشخص الذى يتم العمل محل المقاولة لحسابه، وهذا التعريف يقتصر على رب العمل فى عقد المقاولة الأصلى فقط، ذلك أن المقاول الأصلى وإن كان يعد رب العمل فى عقد المقاولة من الباطن، فإن العمل محل هذا العقد، لا يتم فى الحقيقة لحسابه.

ونخلص مما تقدم، إلى أن رب العمل المقصود فى بحثنا، وهو الشخص الذى يتم العمل لحسابه، على التفصيل السابق بيانه وإذا كان المركز القانونى لرب العمل، وهو الطرف الأول فى العلاقة محل البحث، لا يحتاج إلى توضيح أكثر من ذلك، إلا أن المركز القانونى للطرف الآخر من العلاقة؛ وهو المقاول من الباطن هى التى تحتاج توضيح أكثر، حتى يمكن الوقوف على تحديده، فصله عن المراكز القانونية الأخرى، التى تتشابه مع أو تختلط به، وهو ما سوف نوضحه فى المبحث التالى.

---

[١] راجع فى ذلك: د ــ عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٨.

[٢] راجع فى ذلك: د. عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ١٤.

المبحث الثانى
التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن وغيره من المراكز التى تختلط به

عرض وتقسيم:

وحتى يثبت للمتعاقد صفة المقاول من الباطن يشترط استقلاليته عن المقاول الأصلى، بتنفيذ ما عهد إليه به. ليس هذا فحسب بل يشترط أيضاً، أن تنتفى العلاقة العقدية المباشرة ــ من حيث الشكل ــ بين المقاول من الباطن ورب العمل ذلك أن رب العمل يعد من الغير بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن. وفى هذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "عقد المقاولة من الباطن هو عقد لا يعد رب العمل طرفاً فيه؛ وذلك لأن تدخله فى إبرامه يحوله إلى عقد مقاولة أصلى" (١).

وقبل هذا وذاك، يجب أن يمتهن المتعاقد أعمال المقاولة من الباطن. وينصب عمله على تنفيذ كل أو جزء من الإلتزامات محل المقاولة الأصلية. فلا يعد مقاولاً من يقتصر عمله على أعمال التوريد فقط أو الإقراض أو البيع، "فلا تتوافر صفة المقاول من الباطن فى الشركة المدعية وذلك بعد أن ثبت للمحكمة من خلال ما جاء فى الحكم المستأنف أن العمل الذى تقوم به كان مقصوراً على مجرد توريد قطع الغيار"(٢).

وفى حكم آخر، قضت محكمة فرساى بأنه "لا يعد مقاولاً من الباطن المتعاقد الذى تعهد بتوريد كمية من بلاط الأرضية الموجودة فى مخازنه، حيث كان هذا المتعاقد يرسل البلاط مصحوباً ببيان يوضح الكيفية التى يتم بها تركيبه. هذا فضلاً عن أن المتعاقد لم يقم الدليل على مشاركته فى عملية تركيب البلاط(٣).

وتأكيداً لذات الفكرة قضت محكمة باريس "بتوافر صفة المقاول من الباطن فى المتعاقد الذى تعهد بتقديم وتركيب مطابخ تم تصنيعها بمواصفات ومقاسات خاصة، للشقق التى تعهد المقاول الأصلى بتجهيزها"(٤).

---

(١) Cass. Civ. 21 Avril 1988. Cuv. 111, no.102.

(٢) محكمة النقض الفرنسية :

(٣) Cass. Com 17 Mars 1998 G.P. 1988 no.4, p. 196, Cass. Civ. 2 Nov. Versailles, 19 Mai 1988, D. 1988, Inf rap. 221. Cass. Civ. 1re Oct. 1991.

(٤) Paris 25 Mai 1990.

انتهينا للتو من وضع إطار عام لمن يشغل المركز القانونى للمقاول من الباطن؛ وذلك حتى يتسنى لنا دراسة مركزه القانونى فى مواجهة رب العمل وطبيعة العلاقة التى تربطهما. وهذا هو محور دراستنا إلا أن أمر تحديد المركز القانونى للمقاول من الباطن على وجه الدقه لا يخلو من الكثير من الغموض والضبابية تتمثل هذه الغموض وتلك الضبابية فى وجود العديد من المراكز قد تختلط بمركز المقاول من الباطن. نحاول إلقاء الضوء على عدد منها. ومن هذه المراكز، مركز الوكيل والبائع والعامل فى عقد العمل والمتنازل له عن العقد فى عقد التنازل.

ولتوضيح ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، هى:

المطلب الأول: التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن وبين المتنازل له عن الصفة العقدية.

المطلب الثانى: التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن وبين العامل.

المطلب الثالث: التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والبائع.

المطلب الرابع: التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والوكيل.

المطلب الأول
التمييز بين مركز المقاول من الباطن والمتنازل له عن الصفة العقدية

عرض وتقسيم:

مما لا شك فيه أن التنازل عن عقد المقاولة يُعد صورة من صور التنازل عن العقد[1]، كما أن عقد المقاولة من الباطن يعتبر أحد صور التعاقد من الباطن، لذا فإن التمييز سوف يكون فى الحقيقة تمييزاً بين التنازل عن الصفة العقدية والتعاقد من الباطن.

---

[1] وللتنازل عن العقد صور كثيرة منها القانونى ومنها الاتفاقى ومن أمثلة التنازل القانونى ما تنص عليه المادة ٣٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر حيث تنص على أنه استثناء من حكم المادة ع ٦٠ من القانون المدنى، تسرى عقود الإيجار القائمة على المالك الجديد للعقار ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على تاريخ انتقال الملكية، أما التنازل الاتفاقى الذى يتم بمحض إرادة طرفيه فمن أمثلته التنازل عن عقد الوكالة أو الإيجار أو التنازل عن عقد المقاولة.

انظر فى توضيح حالات التنازل القانونى والاتفاقى الأخرى. د ــ نبيل إبراهيم سعد ــ التنازل عن العقد ــ دار الجامعة الجديدة للنشر ــ عام ٢٠٠٤ ــ ص ٢١ وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن التمييز سوف يكون بين التنازل عن العقد وبين المقاولة من الباطن ــ إحدى صور التعاقد من الباطن ــ، ويقصد بالتنازل الاتفاقى ذلك الذى يتم باتفاق بين المقاول والمتنازل إليه[١]، أما التنازل القانونى الذى يفرضه المشرع فلا يدخل فى نطاق التمييز. على أن التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد ينطوى فى جنباته على أحكام التمييز بين المقاول من الباطن والمتنازل إليه إذ تختلف أحكام العقود والمراكز القانونية لأشخاص هذه العقود.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب لخمسة فروع:

الفرع الأول: المفهوم الفنى والقانونى للتنازل من خلال أحكام القضاء وآراء الفقه وذلك فى ضوء حكم القواعد العامة.

الفرع الثانى: مشروعية التنازل عن العقد.

الفرع الثالث: ضوابط التنازل عن الصفة العقدية.

الفرع الرابع: الفرق بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن.

الفرع الخامس: معيار التفرقة بين التنازل عن الصفحة العقدية للمقاولة والمقاولة من الباطن.

الفرع الأول

المفهوم الفنى والقانونى للتنازل من خلال أحكام القضاء وآراء الفقه وذلك فى ضوء حكم القواعد العامة

التنازل عن عقد المقاولة هو اتفاق، يتم بين كل من المقاول الأصلى والمتنازل إليه وهو شخص من الغير، بمقتضاه يتنازل المقاول إلى المتنازل إليه عن مركزه التعاقدى، بكل ما يتبعه من حقوق والتزامات وكذا كافة الآثار القانونية[٢]، وبالتالى يحل المتنازل إليه محل المقاول الأصلى ــ المتنازل ــ فى عقد المقاولة، بحيث يصبح المتنازل إليه هو المدين بكافة التزامات المقاول الأصلى تجاه رب العمل، ويصبح هو أيضا الدائن بكافة حقوقه، ويختفى المقاول الأصلى ــ المتنازل ــ ولا يعد له شأن فى المقاولة.

---

(١) وإذا تم ذلك، فالمتنازل إليه يصبح مقاولاً أصليًا، حتى يمكن التمييز بينه وبين المقاول من الباطن.

(٢) Paul Esmsin, Cession de Bail et sous-location, Rev. Tri. Dr. Ciu, 1924, p.17 et s.
مشار إليه ــ حسن حسين البراوى: المرجع السابق ، ص ٣٧ .

ومعنى ذلك أن التنازل عن عقد المقاولة الأصلى عبارة عن نقل الصفة العقدية من المقاول الأصلى إلى شخص من الغير.

وترى غالبية الفقه المصرى[١]، أن التنازل عن المقاولة لا يعد أن يكون سوى حوالة حق، وحوالة دين فى نفس الوقت. لذا يرى أستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهورى[٢] أن التنازل عن المقاولة يتخذ إحدى صورتين:

الصورة الأولى: وهى الأكثر وقوعاً وتتحقق بتنازل المقاول عن أجره لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق. وتجرى فى شأنها أحكام حوالة الحق، فتصح باتفاق بين المقاول الأصلى ــ المحيل ــ والشخص الثالث وهو المحال إليه وفى هذه الحالة يكفى لسريانها فى حق رب العمل إعلانه بالحوالة (م ٣٠٥ مدنى)، ويلجأ المقاول الأصلى عادة إلى هذه الصورة من التنازل إذا احتاج لما يمول به عملية المقاولة، فينزل عن حقه فى الأجر على سبيل الرهن، لأحد المصارف أو لأحد الممولين. وفى هذه الحالة يكون لرب العمل التمسك قبل المتنازل إليه بجميع الدفوع التى كان يستطيع التمسك بها فى مواجهة المقاول الأصلى وذلك طبقا للقواعد العامة فى حوالة الحق[٣] (م٣١٢ مدنى مصرى).

الصورة الثانية: وتتحقق عندما يتنازل المقاول الأصلى عن العقد بأكمله، بكل ما يشمله من حقوق والتزامات، إلى شخص ثالث، بحيث يصبح هذا الأخير هو المقاول تجاه رب العمل[٤] وفى هذه الحالة تطبق أحكام حوالة الحق فيما يتعلق بنقل

---

(١) انظر فى الفقه الذى يرى أن التنازل عن العقد حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت، المراجع التالية: السنهورى: الوسيط ــ جـ٧ ــ ص ٢٠٧ ــ ١٩٧٣ عبد المنعم الصده ــ محاضرات فى الإيجار ــ ١٩٥٥ ص ٢٥٥ . عبد الفتاح عبد الباقى: الإيجار ــ ص ٤٠٦ وما بعدها. حمدى عبد الرحمن: شرح قوانين إيجار الأماكن ــ ١٩٨٢ ــ دار النهضة ــ ص ٣٢٠. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥ . أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨ .

(٢) راجع فى هذه الصور بالتفصيل : د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ العقود الواردة عن العمل ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٩٢ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ جلال محمد إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣١ وما بعدها.

(٤) راجع فى شرح أحكام حوالة الحق بالتفصيل: د ــ سليمان مرقس فى الإلتزامات ــ أحكام الإلتزام ــ المجلد الرابع ــ الطبعة الثانية ــ تنقيح د ــ حبيب إبراهيم الخليلى ــ القاهرة ــ ١٩٩٢ــ ص ٦٢٣ وما بعدها.

الحق إلى المتنازل إليه، وحوالة الدَّين فيما يتعلق بنقل الالتـزام، ويكـون التنـازل باتفاق يتم بين المقاول الأصلى والمتنازل إليه، ويجب إقرار رب العمل حتى يصبح التنازل سارياً فى حقه (م. ٣١٦ مدنى).

ويبدو أن القضاء المصرى قد اعتنق هذا الأسـاس للتنـازل عـن العقـد، فاعتبرت محكمة النقض المصرية "التنازل عن الإيجار عقد يحيـل بـه المسـتأجر الأصلى إلى الغير كافة حقوقه والتزاماته الواردة فى العقد الأصلى..."[١].

ويرى الفقه الفرنسى التقليدى أن التنازل عن المقاولة هو حوالة حق للحقوق الثابتة للمقاول الأصلى، ونقل للالتزامات، انطلاقا مـن أن المشـرع الفرنسـى لا يعرف حوالة الدين.

ويبدو أن الرأى القائل بتكييف التنازل عن المقاولة، بأنه حوالة حق وحوالة دين فقط، قد تعرض لانتقادات كثيرة، سببها الأساسى هو عـدم تنظـيم المشـرع للتنازل عن العقد بقواعد عامة، فكان على الفقه البحث فى القواعد العامة فى القانون المدنى لإيجاد ما يرونه ملائماً للتطبيق على التنازل عن العقد، فلم يجد سوى تطبيق القواعد العامة فى حوالة الحق وحوالة الدين[٢]، دون الأخذ فى الاعتبـار الطبيعـة الخاصة للتنازل عن العقد، الأمر الذى أدى إلى صعوبات كثيرة فى التطبيق.

كما أن تطبيق قواعد حوالة الحق وحوالة الدين وهما نظامـان قانونيـان، سوف تؤدى إلى تجزئة العقد إلى حقوق والتزامات. الأمر الذى ترفضـه النظـرة التحليلية للعقد والتى تنظر إلى العقد ككل متكامل وكوحدة واحدة، كمـا أن القـانون الحديث يقف ضد أى تجزئة للعملية العقدية، ولما كان التنازل عن المقاولة ينصـب على عقد المقاولة ككل متكامل، فإن قواعد حوالة الحق وحوالة الدين سوف تـؤدى

---

(١) نقض مدنى فى ٣٠ أكتوبر ١٩٩٥ــ الطعن رقم ٤٢٣٩ السنة ٦٠ ق ــ مجموعة المكتـب الفنـى، ص ١٠٧١ــ وفى نفس المعنى نقض مدنى ١٨ نوفمبر ١٩٩٦ــ الطعـن رقـم ٨٤٢٢، لسـنة ٦٥ ق ــ المجموعة ــ ص ١٣٠٩ . وانظر نقض مدنى ٢٠ مارس ٢٠٠٢، الطعن ١٤٥٥، لسنة ٧٠ ق.

(٢) حيث يرى الفقه فى مجموعة أن التنازل عن الإيجار ــ حيث تمت دراسة عملية التنازل بإفاضة بصـدد التنازل عن الإيجار ــ يعتبر حوالة حق وحوالة دين. انظر فى ذلك السنهورى ــ المرجـع السـابق ــ جـ٦ ــ المجلد الأول .

إلى تجزئة عقد المقاولة الأمر الذى يجعل هذه القواعد عاجزة عن الاستجابة لعملية التنازل عن المقاولة[١].

ونعتقد مع البعض[٢] أن الصورة الأولى التى عرضها أستاذنا الدكتور السنهورى على أنها إحدى حالات التنازل عن العقد، تلك الخاصة بتنازل المقاول عن أجره فقط، والتى يطبق بشأنها الأحكام الخاصة بحوالة الحق. لا ينطبق عليها وصف التنازل عن المقاولة بالمعنى الدقيق، حيث إن التنازل عن المقاولة يعنى نقل الصفة العقدية من المقاول الأصلى إلى شخص من الغير بحيث يحل هذا الأخير (المتنازل إليه) محل المقاول الأصلى فى تحمل كافة الالتزامات التى يمليها عقد المقاولة، والاستفادة من كافة الحقوق المتولدة عنه، أما فى حوالة الحق فإن الالتزامات سوف تظل تثقل كاهل المقاول الأصلى، ولا تنتقل إلى المتنازل إليه الذى يستفيد فقط من الحقوق المالية الناشئة عن عقد المقاولة المحولة إليه أو جزء منها، وفقا لما تم الاتفاق عليه بينه وبين المقاول الأصلى.

ونقل الصفة العقدية يقتضى موافقة المتعاقد مع الشخص الذى يريد التنازل هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فأن حوالة الحق وإن كانت تنصب بصفة أساسية على الحقوق الشخصية فقط وأن عقد المقاولة الأصلى يرتب حقوق شخصية إلا أن الاعتبار الشخصى قد يلعب دوراً هامًّا فى نقل الصفة العقدية. ومن ناحية ثالثة، فإن حوالة الحق تقتضى مواجهة المدين (رب العمل) بقبوله لها أو إعلانه بها وذلك لا يمكن القول به فى إطار المقاولة.

ويبدو أن الفقه التقليدى الفرنسى الذى رأى التنازل عن المقاولة، بأنه حوالة حق وحوالة دين، لم يسلم أيضا من الانتقادات، فضلاً عن الانتقادات نفسها التى وجهت إلى الفقه المصرى فى هذا الصدد والتى يمكن توجيهها إليه، فإن هذا التكييف لا يستقيم مع القانون الفرنسى الذى لا يعرف حوالة الدين.

ونظراً للانتقادات التى وجهت إلى تكييف التنازل عن العقد، على أنه حوالة حق وحوالة دين، فإن الفقه الحديث سواء فى مصر أو فى فرنسا نادى بمفهوم جديد للتنازل عن العقد.

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٠ وما بعد ها حيث بين كيف أن قواعد حوالة الحق وحوالة الدين تؤدى إلى تجزئة العقد المتنازل عنه.

(٢) نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨ .

حيث يرى جانباً من الفقه المصرى[١] أن عملية التنازل عن المقاولة ليست مجرد حوالة حق وحوالة دين فقط ــ كما يرى البعض ــ بل إنها عملية أكبر من ذلك، حيث يترتب على التنازل عن المقاولة، تنازل المقاول الأصلى عن صفته التعاقدية، أو مركزه العقدى فى عقد المقاولة. ويحل المتنازل إليه محل المقاول الأصلى فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى عقد المقاولة، وما يترتب على ذلك من آثار ونتائج قانونية، ومن ثم تنشأ علاقة قانونية مباشرة بين رب العمل والمتنازل إليه.

وفى نفس الاتجاه يرى الفقه الحديث فى فرنسا أن التنازل عن عقد المقاولة، هو نقل للمركز التعاقدى من المقاول الأصلى إلى المتنازل إليه بكل مشتملاته[٢]، فالتنازل عن العقد هو تصرف ناقل[٣].

ومن جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه الفقه الحديث فى تحديده لمفهوم التنازل عن المقاولة، حيث إنه لا يعتبره مجرد حوالة حق وحوالة دين فقط، بل هى عملية أكبر من ذلك. فالتنازل عن المقاولة، عقد يبرمه المقاول الأصلى ــ المتنازل ــ مع الغير ــ المتنازل إليه ــ، يكون من شأنه أن يتنازل المقاول الأصلى عن صفته التعاقدية، وأن ينقل مركزه التعاقدى فى عقد المقاولة بكل مشتملاته ــ حقوقا والتزامات ــ إلى المتنازل إليه، وتنشأ علاقة مباشرة بين رب العمل ــ إذا قبل التنازل ــ وبين المتنازل إليه، ويخرج المقاول الأصلى من دائرة التعاقد[٤]، ويصبح من الغير بالنسبة له ولا يسأل عما ورد به من التزامات.

---

(١) د. نبيل إبراهيم سعد ــ المرجع السابق ــ ص ٨٤ .

(٢) مشار إليه. حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٨.

Henri Roland, Les Obligations Op. Cit. P. 4

(٣) مشار إليه. حسن حسين البراوى والمرجع السابق، ص ٣٠٩ .

Ph. Malaurie et L. Aynes, Les Obligations, Op. Cit. No., 445.

(٤) ويخرج أيضاً عن المسرح التعاقدى إلا إذا تواجد بصفة أخرى غير صفته التعاقدية التى تنازل عنها أى صفته كمقاول أصلى ويبدو أن خروج المقاول الأصلى من دائرة التعاقد هو ما دفع بعض الفقه إلى القول بأن التنازل عن العقد وسيلة تكفل للمتنازل الخروج من العلاقة العقدية دون أن تقضى، أن يحل شخص آخر محله. انظر فى ذلك. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق، ص ٢٧ .

والتنازل عن عقد المقاولة يجوز أن يكون بمقابل، فيكون فى هـذه الحالـة بيعاً أو مقايضة، ويجوز أن يكون بدون مقابل فيعتبر هبة[١]، مع ضـرورة تـوافر نية التبرع.

ويجوز أن يكون التنازل عن عقد المقاولة جزئيًا[٢]، وذلك إذا كان موضوع العقد يقبل الانقسام. وترجع عدم القابلية للانقسام طبقـاً لأحكـام القـانون المـدنى المصرى، إلى طبيعة الشىء أو العمل الذى يرد عليه العقد، أو إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تقسيمه، حتى لو كان بطبيعته قـابلاً للانقسام، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين ــ رب العمل والمقاولة الأصـلى ــ إلـى اعتبار الالتزام غير قابل للانقسام. وبالتالى إذا توافرت إحدى هذه الحالات وجب أن يكون التنازل كليًا.

الفرع الثانى
مشروعية التنازل عن الصفة العقدية

بالرغم من عدم وجود تنظيم خاص مستقل للتنازل عن العقد سـواء فـى مصر أو فرنسا، فإنه لا يوجد فى الفقه المصرى أو الفرنسى من يعارضـه، حيـث أصبح التنازل عن العقد حقيقة فى الواقع القانونى المصـرى والفرنسـى، يسـتمد مشروعيته من الأسانيد الآتية:

١ ــ يستند التنازل عن العقد إلى مبدأ الحرية التعاقدية، ويستند كذلك إلى النظرية العامة للعقود. حيث إن العقود لا تنحصر فى العقود المسماة فقط، بل أن هناك عقودًا غير مسماة، والتنازل عن العقد يدخل فى عداد العقود غير المسماة.

٢ ــ أن القانون المدنى المصرى نظم حوالة الحق وحوالة الدين، وهى وسائل تكفى لتحقيق التنازل عن العقد فى العقود الملزمة لجانب واحد.

---

[١] نقض فرنسى ١٢ نوفمبر ١٩٥٤ــ مشار إليه فى التقنين المدنى الفرنسى تعليقاً على المادة ١٧١٧ رقم ٧
- نقض مدنى مصرى فى ٢٠٠٠/١١/٦ ، الطعن رقم ١٠١٦٥، لسنة ٦٤ ق
- نقض مدنى مصرى فى ١٩٩٧/١١/٦، الطعن رقم ٦٤٣٨، لسنة ٦٣ ق
- نقض مدنى مصرى فى ١٩٩٥/٧/٢٤، الطعن رقم ٩١، لسنة ٩٥ ق.

[٢] د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق- ص ٢٨. رأفت محمد حماد ــ المرجع السـابق ــ ص ١٧ وما بعدها.

٣ ــ أقر القانون المدنى المصرى انتقال العقد ككل إلى الخلف العام أو إلى الخلف الخاص وذلك فى حدود أحكام المادتين ١٤٥، ١٤٦[١]. وبالرغم من أن هذا الانتقال هو انتقال بحكم القانون، وليس تصرفاً قانونيًّا، فإنه يمكن أن نستشف من روح التشريع عدم معارضته لمبدأ التنازل عن العقد[٢]. كما أن التنازل عن العقد ككل ورد فى عقد الإيجار[٣].

٤ ــ التطور فى النظريات الفقهية حول طبيعة الالتزام والعقد، سواء فى الفقه المصرى أو الفرنسى، حيث إن القانون المصرى أو الفرنسى لم يلتزم بنتائج النظرية الشخصية للالتزام أو الطابع الشخصى للعقد، حيث يرى الفقه أن الالتزام له قيمة مالية وأن العقد مال[٤] وبالتالى يمكن انتقاله.

---

(١) جاء بالمادة (١٤٥) من القانون المدنى المصرى أن "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام. كما نصت المادة ١٤٦ على أنه "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء، إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء".

(٢) د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠.

(٣) نصت المادة ٥٩٣ من القانون المدنى المصرى بأن "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك".

(٤) Gabriel Marty et Pierre Raynaud: Droit Civil Tome 11-1, Volume Les Obligations Sirey 1962/ Villar Op. Cit. Page 197.

مشار إليه د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦.

الفرع الثالث
ضوابط التنازل عن العقد

نظراً لأن التنازل عن الصفة العقدية يبدو على درجة كبيرة من الأهمية، سواء من الناحية العملية أو القانونية، فإنه يجب توضيح ضوابطه وفقاً لما استند عليه الفقه والقضاء وفى ضوء ما تقضى به القواعد العامة، وعلى ذلك سنقسم هذا الفرع إلى أربعة غصون، هى:

الغصن الأول: أن يكون عقد المقاولة قابلا للتنازل.

الغصن الثانى: أن يكون هناك محل يرد عليه التنازل.

الغصن الثالث: يشترط ألا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصى.

الغصن الرابع: مدى اشتراط موافقة رب العمل لنفاذ التنازل.

الغصن الأول
أن يكون عقد المقاولة قابلاً للتنازل

وعلى ذلك إذا كان عقد المقاولة الأصلى لا يصلح لأن يكون محل للتنازل فلا يمكن القول فى هذا الخصوص بالتنازل عن الصفة العقدية.

ويكون عقد المقاولة غير قابل للتنازل، إما لنص فى القانون، أو لبند فى العقد. وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١/٦٦١ من القانون المدنى المصرى "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل فى جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية"، وإذا كان هذا النص قد ورد ضمن النصوص المنظمة للمقاولة من الباطن، إلا أن تطبيقه على التنازل عن العقد يكون من باب أولى[1]، ويتضح من النص أن عقد المقاولة يكون غير قابل للتنازل، إذا تضمن عقد المقاولة بنداً يقضى بعدم جواز تنازل المقاول الأصلى عنه، أو إذا ثبت أن طبيعة العمل ــ محل المقاولة ــ تفترض الاعتماد على كفاية المقاول الأصلى الشخصية، ومن ثم فإنه لا يجوز قانوناً للمقاول الأصلى التنازل عن عقد المقاولة.

---

[1] قارن المادة ٢٠٨ مدنى مصرى والتى تنص على أن "فى محل الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين" انظر أيضاً المادة ١٢٣٧ مدنى فرنسى، انظر أيضا المادة ٦٦٦ مدنى مصرى، المادة ١٧٩٥ مدنى فرنسى.

الفرض الثانى
أن يكون هناك محل يرد عليه التنازل

وهذا الضابط بديهيًا يقتضيه المنطق، والحال أن التنازل عن عقد المقاولة يعنى حلول المتنازل إليه محل المقاول الأصلى فى عقد المقاولة الأصلى فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، فإذا كان عقد المقاولة الأصلى قد تم تنفيذه، فمعنى ذلك أن العلاقة التعاقدية قد تجاوزت مرحلة التنفيذ ودخلت فى مرحلة الانقضاء وبالتالى لا يكون هناك محل للتنازل[١].

الفرض الثالث
يشترط ألا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصى

بالرغم من تأكد الصفة المالية للالتزام فى الوقت الحاضر وما يترتب على هذه النظرة من إمكانية انتقاله، فإنه لا يمكن إغفال النظرة الشخصية للالتزام تماماً وأنه يعبر عن علاقة بين شخصين هما الدائن والمدين.

ولذلك إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار فى نظر المتعاقدين أو فى نظر أحدهما فإن العقد يكون والحال هكذا غير قابل للتنازل عنه. فالاعتبار الشخصى فى التعاقد يكون مانعاً من موانع التنازل[٢]. وبالتالى يشترط لكى يكون التنازل عن المقاولة صحيحاً ألا تكون شخصية المتنازل محل اعتبار فى عقد المقاولة؛ لأنه لو كانت كذلك لما صح التنازل إلا بموافقة المتنازل لديه[٣].

---

[١] انظر فى ذلك ــ د. نبيل إبراهيم سعد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٠ وما بعدها.

[٢] د. نبيل إبراهيم سعد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٦ .

[٣] راجع فى ذلك:

Marc Billi au et Christophe JAMIN op. Cit. P. 589.

مشار إليه لدى د ــ حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٩.

راجع أيضاً

Laurent Aynes, Cession de contrat: nouvelles precisions sur le role de cede, D., 1998, Ch.25.

الفصل الرابع

مدى اشتراط موافقة رب العمل لنفاذ عقد التنازل

لا شك أن التنازل عن عقد المقاولة، هو اتفاق بين المقاول الأصلى والمتنازل إليه ــ الغير ــ موضوعه حلول الثانى محل الأول فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، وقد يتم ذلك بمقابل أو بدون مقابل، ومن ثم فإن رب العمل ليس طرفاً فى اتفاق التنازل. ولكن من أهم آثار عقد التنازل، بل الهدف منه أن تنشأ علاقة مباشرة بين رب العمل والمتنازل إليه ــ الغير ــ وأن يحل هذا الأخير محل المقاول الأصلى فى الرابطة العقدية التى تربطه برب العمل. لذا فإن تساؤلا يثور حول ما إذا كان يلزم موافقة رب العمل على التنازل ورضاؤه بأن يصبح المتنازل إليه طرفاً فى عقد المقاولة بدلاً من المقاول الأصلى أم لا؟.

يجمع الفقه سواء فى مصر أو فى فرنسا على أن قبول رب العمل للتنازل، ورضاءه بأن يصبح المتنازل إليه طرفاً فى عقد المقاولة أمر لازم. ويبدو أن الفقه قد اختلف فى تبرير ذلك، فمن يرى منهم[١] أن التنازل عن المقاولة يتضمن حوالة حق وحوالة دين إلى المتنازل إليه، يبرر لزوم موافقة رب العمل على التنازل بأنه إذا كان يكفى فى حوالة الحق إعلان المدين به، فإنه فى حوالة الدين تجب موافقة ــ رب العمل ــ الدائن. أما من يرى من الفقه[٢] أن التنازل عن العقد ليس مجرد حوالة حق وحوالة دين فقط، بل هى عملية أكبر من ذلك، يبرر لزوم موافقة رب العمل، بأن التنازل عن عقد المقاولة ــ وهو عقد ملزم للجانبين ــ يؤدى إلى تغيير الدائن والمدين فى نفس الوقت، فلو نظرنا إلى التنازل من زاوية تغيير شخص الدائن فإنه لا يستلزم رضاء المدين، بشرط ألا تكون شخصية الدائن محل اعتبار فى التعاقد، ويكفى إعلان رب العمل بهذا التغيير، أما إذا نظرنا إلى التنازل من زاوية تغيير المدين بالالتزامات، فإنه يلزم موافقة رب العمل بالمدين الجديد، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التى تقضى بأن الدائن لا يجبر على قبول مدين جديد، وينتهى

---

(١) انظر من الفقه المصرى ــ د. عبد الرازاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص٢٦١، د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦ وما بعدها، د. عبد المنعم الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥٥ ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٦ وما بعدها. د. حمدى عبد الرحمن ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٠ .

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٢ .

هذا الرأى فى تبريره إلى أن قبول رب العمل للتنازل أمـر لازم تفرضـه طبيعـة التنازل ذاته.

ويرجع جانب[١] آخر من الفقه لزوم قبـول رب العمـل وموافقتـه علـى التنازل، إلى مبرر عملى مؤداه أنه فى كافة مجالات التنازل الاتفاقى ــ سواء كـان العقد من عقود الاعتبار الشخصى من عدمه ــ فإنه لا يمكن أن نهمل أو نتناسـى الشخص القائم بالتنفيذ فى مواجهة المتنازل إليه، خاصة أن تنفيـذ العقـد يقتضـى التعاون بينهما.

ونعتقد أنه أيًا كانت المبررات، فإن الفقه يجمع على أنه يلـزم قبـول رب العمل للتنازل عن العقد وقبوله أن يحل المتنازل إليه محل المقاول الأصلى، فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ناشئة عن عقد المقاولة ــ المتنازل عنه ــ، ولكن السؤال الآن هل يعتبر قبول رب العمل شرط ضرورى لصحة التنازل أو لوجـوده أم أنه مجرد شرط لازم لنفاذ التنازل فى مواجهته؟.

ويجيب الفقه[٢] سواء فى مصر أو فرنسا، أن قبول رب العمل التنازل عن عقد المقاولة، هو أمر لازم لنفاذ العقد فى مواجهته[٣]، وليس لازما لوجود أو صحة التنازل فى حد ذاته، ذلك أن التنازل عقد بين المقاول الأصـلى والمتنـازل إليـه، ولا يكون رب العمل طرفاً فيه، وبالتالى فليس لرب العمل أى دخل فى صحة عقـد التنازل أو عدم صحته، ولكن تظهر أهمية لزوم موافقة رب العمل علـى التنـازل، وهـل الموافقـة لازمـة لصـحة العقـد أم لنفـاذه؟، فـى حالـة رفـض رب

---

(١) Henri Roland. Droit Civil. Les Obigation, Regime Algoneral, Sixieme ed., Litec, p.5.
مشار إليهما ــ د. حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٤١ هامش ٢ .
M. Billiau et Ch. Jamin, Op. Cit., p. 589.

(٢) انظر فى عرض رأى الفقه والقضاء فى كل من مصر وفرنسا، حيث لا ينظم المشرع المصرى والفرنسى التنـازل عن العقد بقواعد عامة. د ــ نبيل إبراهيم سعد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٢ وما بعدها.

(٣) وينظر بعض الفقه إلى التنازل على أنه يعنى قابلية العقد للتداول وأن موافقة رب العمل تعنى رفع العائق الذى يمنع تداول العقد بتغيير أحد المتعاقدين، دون تغيير محتوى العقـد أو مضـمونه حيـث لا ينشـأ التنازل عقداً جديداً. ونرى أن هذا الفقه لم يشذ عن غيره من ضرورة موافقة رب العمل على التنـازل عن عقد المقاولة لينفذ فى مواجهته. انظر فى ذلك. د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السـابق ص ٤١، ٤٢ ونفس الصفحة هامش ١ .

العمل للتنازل، ففى هذه الحالة لا ينفذ التنازل فى مواجهته، ورأى الفقه فى هذا الخصوص يؤيده القضاء سواء فى مصر أو فرنسا، حيث إن القضاء يعلق نفاذ التنازل على رضاء المتنازل لديه.

وتجدر الإشارة إلى أن التقنين المدنى الإيطالى والتقنين المدنى البرتغالى[١]، يعتبر أن رضاء رب العمل وموافقته شرطاً لازماً لانعقاد عقد التنازل عن العقد، وبالتالى فإن موافقة رب العمل هنا تعطى فاعلية أكثر لعقد التنازل وخاصة ترتيب كامل لآثار هذا العقد، سواء من حيث خروج المقاول الأصلى من دائرة التعاقد، وبراءة ذمته، أو نشأة علاقة مباشرة بين رب العمل والمتنازل له.

وإذا كان قبول رب العمل لازماً لنفاذ التنازل عن عقد المقاولة فى حقه، فإن السؤال المطروح هل يلزم أن يكون هذا القبول أو الرضا وقت عملية التنازل أم من الممكن أن يكون سابقاً أو ولاحقاً عليها؟.

يرى الفقه الفرنسى أن قبول رب العمل للتنازل عن عقد المقاولة قد يكون وقت إبرام التنازل، وقد يكون قبل ذلك، كأن يحتفظ المقاول الأصلى بحقه فى التنازل عن عقد المقاولة إذا ضمنه بنداً يقضى بذلك، وقد يأتى قبول رب العمل للتنازل فى اتفاق لاحق. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الرأى السابق، حيث قررت بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها أنه إذا كان التنازل عن العقد يستلزم رضاء المتنازل لديه حتى يسرى التنازل فى مواجهته، إلا أنه لا يلزم أن يكون هذا الرضاء وقت إبرام اتفاق التنازل فقد يكون سابقاً عليه، وقد يصدر رضاء المتنازل لديه فى العقد محل التنازل أو فى وقت لاحق[٢]. ويُنتج التنازل أثره فيما بين رب العمل والمتنازل إليه من تاريخ الموافقة، وموافقة رب العمل يجب أن تكون على التنازل بأكمله دون تعديل، ولا يجعله هذا طرفاً فى عقد التنازل. ومن ناحية أخرى[٣] لا يجوز أن يتضمن التنازل أى تعديل فى شروط العقد المتنازل عنه سواء الشروط الأساسية أو الثانوية.

---

(١) من المعروف أن كلاً من التقنين الايطالى والتقنين البرتغالى ينظمان التنازل عن العقد بقواعد عامة حيث ينظم التقنين المدنى الايطالى التنازل عن العقد بالمواد من ١٤٠٦ إلى ١٤١٠، والتقنين المدنى البرتغالى فى المواد من ٤٢٤ إلى المادة ٤٢٧ .

(٢) Cass. Com. , Mai 1997 D. 1997, Not. Marec Billiau et Christophe Jamis, p.588.
مشار إليه فى مرجع د- حسين البراوى - مرجع سابق - ص ٤٢ - هامش (١).

(٣) د - مصطفى الجارحى - المرجع السابق - ص ٣٠.

فى حقيقة الأمر، إن موافقة رب العمل يجب أن تتم بعد تكوين عقد المقاولة ليس قبل ذلك.

وموافقة رب العمل على التنازل لا يشترط أن تكون صريحة أو مكتوبة، فقد تستخلص هذه الموافقة ضمنيًّا من واقع الحال كأن يقوم رب العمل بتسوية مستحقات المتنازل إليه مباشرة أو يعلم بتخلى المقاول العام عن تنفيذ عقد المقاولة إلى أحد المقاولين ولا يعترض[١].

نخلص مما سبق أنه يجب موافقة رب العمل على التنازل عن عقد المقاولة، وأن هذه الموافقة ليست لازمة لصحة عقد التنازل أو لوجوده ولكنها لازمة لنفاذ[٢] عقد التنازل فى مواجهة رب العمل، وأن هذه الموافقة قد تكون وقت إبرام عقد التنازل أو لاحقة له، وقد تكون بنداً فى عقد المقاولة المتنازل عنه، ولا يشترط فى هذه الموافقة أن تكون صريحة أو مكتوبة ولكن يمكن استنتاجها ضمناً من واقع الحال.

الفرع الرابع
الفرق بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن:

التفرقة بين التنازل عن العقد والمقاولة من الباطن لا تفترض، ولكنها تعبر فى حقيقة الأمر عن التعقيد المتزايد للعلاقات الاجتماعية، والحال أن التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن يعتبران من الوسائل الفنية التى تترجم فى الواقع التعقد المتزايد للأنظمة القانونية ذات الصياغة الفنية الدقيقة والتى تتميز بها الأنظمة الحديثة[٣]. لذا فإن التفرقة بينهما لم تعد محل خلاف فى الفقه ولكن الخلاف انحصر فى تحديد معيار التفرقة بينهما.

والفقه الحديث فى سبيل تحديده لأوجه التفرقة بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة، يقوم بتحليل مضمون كل من النظامين، من حيث الحقوق والالتزام وآثار كل من العمليتين وطبيعة العلاقات التى تنشأ بين طرفا كل منهما. فى ضوء ما تقدم فإنه يمكننا أن نظهر بسهولة الفروق الآتية:

---

(١) د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٤١.

(٢) خاصة فى مصر وفرنسا. أما فى التقنين الإيطالى والتقنين البرتغالى فالموافقة لازمة لصحة عقد التنازل.

(٣) د ــ نبيل إبراهيم سعد ــ المرجع السابق ــ ص ٨٢ .

١ ــ التنازل عن المقاولة غير جائز كأصل عام، وذلك خلافاً للمقاولة من الباطن[١]، ويعنى هذا أن القاعدة العامة فى التنازل عن المقاولة أنها غير جائزة، ما لم يوافق عليها رب العمل صراحة أو ضمنيًّا ويعنى ذلك أيضا أنه إذا لم يرد بند فى العقد يسمح بالتنازل، فإنه يفترض أن رب العمل يرفض التنازل عن العقد، أما بالنسبة للمقاولة من الباطن فإنها جائزة كقاعدة عامة[٢]، ما لم يوجد بند فى العقد يمنعها، أو كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاية المقاول الشخصية.

٢ ــ ينشأ عن التنازل عن عقد المقاولة علاقة مباشرة بين رب العمل والمتنازل إليه، أما فى المقاولة من الباطن فلا توجد علاقة مباشرة ــ بالمفهوم الشكلى ــ بين المقاول من الباطن ورب العمل[٣]، فيما عدا الحالة التى قررها المشرع بالمادة ٦٦٢ من القانون المدنى المصرى.

وذلك لأنه فى التنازل عن المقاولة يخرج المقاول الأصلى من العملية العقدية، ولا يكون له شأن فى تنفيذ العقد ولا يكون مسئولا عن التنفيذ وتنشأ علاقة مباشرة بين رب العمل والمتنازل إليه، ويكون الأخير مسئولا أمام الأول عن تنفيذ العقد مسئولية عقدية مباشرة.

أما فى المقاولة من الباطن فيظل المقاول الأصلى موجوداً فى العملية العقدية ويظل مسئولا أمام رب العمل عن تنفيذه عقد المقاولة، ولا يخرج من العملية العقدية بمجرد تعاقده مع المقاول من الباطن، وبالتالى تنشأ علاقة عقدية موضوعية ــ وليست شكلية ــ مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

٣ ــ فى حالة التنازل عن المقاولة، يوجد عقدان: الأول هو عقد المقاولة، ذلك العقد الذى يبرم لإنشاء التزام بعمل أو بإعطاء، ثم يأتى فى وقت لاحق عقد

---

(١) د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٣٩ .

(٢) انظر فى هذا البحث ــ مشروعية المقاولة من الباطن ــ ص٨٣ ومابعدها.

(٣) مشار إليه ــ د. حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤ .

Jacques GHESTIN, op. C: T. no. 677.

راجع أيضاً

Paul-Henri Antonmattei et Jacques Raynard, Droit civil contrats speciaux, 2002, Litec, no.311.

Ph. Malaurie et L. Aynes, les contrats speciaux, 2001/2002, no. 69 et s.

ونشير إلى أن الفقه الحديث بدأ يسير نحو الكشف عن وجود علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن ــ انظر لاحقاً ــ الباب الثانى من هذا البحث.

آخر هو عقد التنازل يبرم هذا العقد للتنازل عن العقد الأول إلى شخص من الغير. وبالتالى فإن محل عقد التنازل يختلف تماماً عن محل العقد الأول ــ عقد المقاولة ــ كما أنه يختلف أيضا من حيث الآثار والالتزامات[١].

أما فى المقاولة من الباطن فهناك أيضا عقدان الأول هو عقد المقاولة الأصلى، وهذا العقد الذى يبرم بين رب العمل والمقاول الأصلى محله هو إنشاء التزام بعمل أو بإعطاء، أما العقد الثانى فيبرم بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن يكل فيه المقاول الأصلى تنفيذ جزء أو كل العمل ــ محل عقد المقاولة الأصلى ــ إلى المقاول من الباطن. وبالتالى فإن محل عقد المقاولة الأصلى لا يختلف ومحل عقد المقاولة من الباطن[٢].

٤ ــ يهدف طرفا عقد التنازل عن المقاولة، أن يخرج المقاول الأصلى نهائيًا من دائرة العقد، وأن تتحول العلاقة العقدية المباشرة بين رب العمل والمتنازل إليه، فيصبح هذا الأخير مسئولاً وهو الدائن أو المدين ــ حيث يحل محل المقاول الأصلى المتنازل ــ بحيث تتحقق خلافة كاملة وتامة فى عقد المقاولة الأصلى[٣]. أما فى عقد المقاولة من الباطن فيهدف طرفاه إلى تنفيذ العقد الأصلى وإن تنوعت مبررات اللجوء إليها[٤].

٥ ــ يحدد كل من المقاول الأصلى والمقاول من الباطن الحقوق والالتزامات فى عقد المقاولة من الباطن، بشرط ألا تتجاوز حدود عقد المقاولة الأصلى. أما فى التنازل عن المقاولة، فالحقوق والالتزامات محددة سلفاً فى عقد المقاولة المتنازل عنه، ولا يجوز تغييرها أو تعديلها. ويرى الفقه أن فى التنازل يكون هناك عقد واحد تغيَّر أحد طرفاه وهو المقاول الأصلى بينما تظل بنود العقد دون تغيير[٥].

---

(١) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥ .

(٢) د ــ مصطفى الجارحى ــ الهامش السابق ــ نفس الصفحة.

(٣) Chorlos nilot le cession de contract en Droit

مشار إليه د. مصطفى الجارحى ــ ص ٢٥ .

(٤) د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ١١ ، ص ٢٥ .

(٥) د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠ .

٦ ــ قبول رب العمل للتنازل عن عقد المقاولة لازم حتى ينفذ هذا العقد فى مواجهته وينتج آثاره[١]. أما المقاولة من الباطن متى أبرمت صحيحة فإنها تنفذ وتنتج آثارها فى مواجهة رب العمل دون حاجة لموافقته.

من العرض السابق، يتضح وضوح وسهولة التفرقة بين التنازل عن عقد المقاولة، والمقاولة من الباطن حيث لا خلاف عليها فى الفقه، ولكن اختلاف الفقه كان حول وضع معيار للتفرقة بينهما وهذا الخلاف هو ما سوف نعرضه.

الفرع الخامس
معيار التفرقة بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن

بالرغم من سهولة ووضوح التفرقة بين كل من التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن، إلا أن معيار التفرقة بينهما لم يكن على نفس الدرجة من السهولة والوضوح، ويرجع ذلك إلى أن هناك حالات تثير اللبس حول ما إذا كانت مقاولة من الباطن أو أنها تجاوزت ذلك فأصبحت تنازلاً عن المقاولة؛ لذا فقد اقترح الفقه عدة معايير سوف نعرض لها بإيجاز.

المعيار الأول: يرى بعض الفقه[٢] أن معيار التفرقة بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن، يكمن فى طبيعة العملية القانونية، وهذا المعيار يرتكز أساساً على تخلف العلاقة المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن فى المقاولة من الباطن، وتنشأ علاقة مباشرة بين رب العمل والمتنازل إليه فى التنازل عن العقد، وخروج المقاول الأصلى من دائرة التعاقد تماماً ولا يكون له شأن بعقد المقاولة المتنازل عنه، هذا بعكس المقاولة من الباطن حيث يظل المقاول الأصلى موجوداً فى دائرة التعاقد ومسئولاً أمام رب العمل عن تنفيذ العقد الأصلى ومسئولا عن المقاول من الباطن[٣].

---

(١) انظر فى هذا البحث قبول رب العمل للتنازل عن العقد، وأثره فى نفاذ هذا العقد فى مواجهته ــ ص ١٠٠ ومابعدها.

(٢) د ــ نبيل إبراهيم سعد ــ المرجع السابق ــ ص ٨٤ وما بعدها. د. وليد فاروق جمعة ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٩ .

(٣) انظر المادة (٦٦١) من القانون المدنى المصرى التى تجيز للمقاول الأصلى التقاول من الباطن، حيث تنص فقرتها الثانية "ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل".

وطبقاً لهذا المعيار فإننا نكون بصدد تنازل عن عقد المقاولة، إذا ترتب على العقد المبرم بين رب العمل والغير، أن يحل الأخير محل المقاول الأصلى فى عقد المقاولة فى جميع الحقوق والالتزامات، وتنشأ علاقة مباشرة بينه وبين رب العمل، ويخرج المقاول الأصلى تماماً من دائرة التعاقد، فيصبح غير مسئول أمام رب العمل. أما إذا لم يخرج المقاول الأصلى من الدائرة العقدية وظل مسئولاً عن الغير ــ المقاول من الباطن ــ، ولم تنشأ علاقة مباشرة بين رب العمل والغير، وتقتصر العلاقة العقدية التى تنشأ بين المقاول الأصلى والغير عليهما فقط، فى هذه الحالة نكون بصدد مقاولة من الباطن.

ويبدو أن هذا المعيار لم يحسم التفرقة بين التنازل عن العقد والمقاولة من الباطن تماماً، حيث يؤخذ عليه:

أولاً: ارتكاز المعيار على نشأة علاقة عقدية مباشرة، أو تخلف هذه العلاقة مع رب العمل والغير، بالرغم من نشأة هذه العلاقة أو تخلفها من المسائل المتعلقة بآثار العقد المبرم بين المقاول الأصلى والغير، وهى مرحلة لاحقة لإبرام هذا العقد صحيحاً واتجاه إرادة طرفيه إلى ترتيب هذه الآثار[1]، فإذا اتجهت إرادتهما إلى خروج المقاول الأصلى من الدائرة العقدية وحلول الغير محله ونشأة علاقة مباشرة بين هذا الأخير ورب العمل، كنا بصدد تنازل عن العقد. أما إذا اتجهت إرادة المقاول الأصلى والغير إلى بقاء المقاول الأصلى فى الدائرة العقدية وعدم نشأة علاقة مباشرة بين رب العمل والغير، كنا بصدد مقاولة من الباطن. كما أن هذا المعيار لم يأخذ فى الاعتبار ضرورة موافقة رب العمل على التنازل عن العقد حتى ينفذ فى مواجهته، وعدم الحاجة إلى موافقته فى المقاولة من الباطن كقاعدة عامة.

ثانياً: هناك إتجاه فى الوقت الراهن يكشف عن حقيقة الرابطة المباشرة بين صاحب العمل والمتعاقد من الباطن، والدليل على ذلك الدعوة المباشرة التى قررها

---

[1] حيث إن إرادة طرفاه مسألة فى غاية الأهمية فلو أن إرادة الطرفين قد اتجهت نحو إبرام عقد مقاولة من الباطن، وعند تنفيذ هذا العقد خرج المقاول الأصلى من مسرح التعاقد، ففى هذه الحالة سوف نكون أمام تنفيذ معيب لما اتفق عليه الطرفان، لذا فإن اتفاق إرادة الطرفين على ترتيب آثار معينة هى الأساس.

المشرع للمقاول من الباطن[١]، والسداد المباشر للمتعاقدين من الباطن عن طريق رب العمل.

المعيار الثانى: ويرى البعض[٢] أن معيار التفرقة بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن، يكمن فى تواجد المقاول الأصلى، واحتفاظه بدور فى الإشراف والرقابة على التنفيذ فى موقع العمل. ومعنى ذلك أننا نكون بصدد مقاولة من الباطن، فى الحالة التى يكل فيه المقاول الأصلى للمقاول من الباطن، تنفيذ جزء من العمل ــ محل المقاولة بينه وبين رب العمل ــ أو كله، مع احتفاظه بدوره فى الرقابة والإشراف على التنفيذ، والتواجد فى موقع العمل. أما إذا تكفل المقاول من الباطن بجميع الأعمال، دون أن يكون هناك أى تواجد للمقاول الأصلى فى موقع العمل، فإننا نكون بصدد تنازل عن المقاولة.

ونعتقد أن هذا المعيار أيضاً لم يضع حدًّا فاصلاً بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن وذلك لعدة أسباب وهي:

<u>السبب الأول:</u> هذا المعيار يركز على التواجد المادى على المسرح التعاقدى والاطلاع بدور فى الإشراف والرقابة على التنفيذ، بصرف النظر عن السبب القانونى لهذا التواجد، والحال أنه ليس كل تواجد للمقاول الأصلى على المسرح التعاقدى واضطلاعه بدور فى الإشراف سببه القانونى وجود عقد مقاولة من الباطن، فقد يكون بين المقاول الأصلى والغير عقد تنازل، ولكن رب العمل أبرم مع الأول عقد عمل ليشرف على تنفيذ العقد المتنازل عنه، أو يستعين المتنازل إليه ــ الغير ــ بالمتنازل ــ المقاول الأصلى ــ بماله من خبره ليعمل عنده ويشرف على عماله الآخرين ويراقب تنفيذهم للعمل، وبالتالى يكون السبب القانونى لتواجد المقاول الاصلى على مسرح التعاقد هو عقد العمل المبرم بينه وبين رب العمل أو الغير وليس عقد المقاولة من الباطن، وبالتالى فإن تواجده على مسرح التعاقد لا

---

(١) انظر المادة (٦٦٢) من القانون المدنى المصرى حيث تنص الفقرة الأولى منها على أن "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 كل من المقاول الأصلى ورب العمل". انظر أيضاً لما سوف نقوم بعرضه لاحقاً.

(٢) د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٤١ وما بعدها.

يكون بصفته مقاولاً أصليا ــ حيث يكون قد تنازل عن هذه الصفة للغير ــ ولا يكون بصفته مقاولاً من الباطن ولكن بصفته عاملاً لدى رب العمل أو الغير. كما أن رب العمل قد يشترط للموافقة على التنازل عن المقاولة، بقاء المقاول الأصلى ملتزماً فى مواجهته بالوفاء بجميع حقوقه وتنفيذ جميع التزاماته وتنفيذ الشروط الواردة فى العقد المتنازل عنه، كما فى التنازل الناقص[١] عن العقد، ولكى ينفذ المقاول الأصلى هذا الشرط سوف يظل متواجداً على مسرح التعاقد مشرفاً ومراقباً للتنفيذ، ولكن ليس بصفته مقاولا أصليًا أو من الباطن، ولكن السبب الحقيقى لبقائه على المسرح التعاقدى هو تنفيذ شرط اشترطه رب العمل عليه.

السبب الثانى: لم يأخذ هذا المعيار أيضا بعين الاعتبار ما اتجهت إليه إرادة طرفي عقد التنازل أو المقاولة من الباطن، وقيمة موافقة أو عدم موافقة رب العمل على ما اتجهت إليه إرادة الطرفين فى أى من العقدين، والتركيز على آثار كل من التنازل عن العقد والتقاول من الباطن، حيث إن التواجد وعدم التواجد على مسرح التعاقد هو من قبيل الآثار اللاحقة على إبرام أى من العقدين صحيحاً ونافذاً.

السبب الثالث: حيث يرى البعض[٢] أنه للتمييز بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن، يجب النظر إلى إرادة المقاول الأصلى القائم بعملية التنازل أو التعاقد من الباطن، فإذا كانت إرادته تتجه نحو الخروج من العملية العقدية برمتها، فهو يرغب فى أن يترك "المسرح العقدى"، فنكون والحال هكذا بصدد تنازل عن المقاولة. فالمتنازل عن المقاولة يعلن بإرادته الخروج من دائرة التعاقد، تاركاً مركزه العقدى بما له من حقوق وما عليه من التزامات إلى المتنازل إليه[٣]. أما إذا اتجهت إرادة المقاول الأصلى إلى أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن مع بقائه على المسرح العقدى مشرفاً ومراقباً للتنفيذ، ومسئولاً أمام رب العمل عن المقاول من الباطن، كنا بصدد مقاولة من الباطن.

---

(١) انظر فى هذا الشرط ومناقشته. د ــ نبيل إبراهيم سعد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٥ وما بعدها.

(٢) د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣ .

(٣) Jacques GHESTIN, Op. Cit, n°. 677

مشار إليه ــ د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤.

ويبدو إن اضطراب الفقه والقضاء بشأن وضع الحد الفاصل بين المقاولة من الباطن والتنازل عن الصفة العقدية للمقاول الأصلى يرجع إلى الآتى:

١- عدم الوقوف على المفهوم الفنى والقانونى للتنازل حيث إنه ينصب فقط على الصفة العقدية دون المساس بجوهر العقد.

٢- إنكار الفقه لفكرة الأسرة العقدية[١].

٣- تركيز الفقه على مسألة التواجد المادى أثناء تنفيذ العقد.

ويبدو أننا نتفق مع أنصار المعيار الثالث ــ حيث يتفادى ما أخذ على المعيارين السابقين ــ الذى يرى أن التمييز بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن، يعتمد بشكل أساسى على النظر إلى إرادة المقاول الأصلى القائم بعملية التنازل، فإذا كانت إرادته تتجه نحو ترك مركزه العقدى فى عقد المقاولة ــ المتنازل عنه ــ وترك المسرح التعاقدى للمتنازل إليه كنا بصدد تنازل عن العقد، وخاصة إذا أضفنا إلى ذلك الأخذ بعين الاعتبار مسألتين هما:

الأولى: إرادة المقاول المتنازل إليه، وتوافقها مع ما اتجهت إليه إرادة المقاول الأصلى[٢]. والحال أن المتنازل إليه سوف يحل محل المقاول الأصلى فى مركزه العقدى فى الحقوق والالتزامات، وسوف يكون مسئولاً عن تنفيذ العقد المتنازل عنه فى مواجهة رب العمل.

الثانية: هى مسألة قبول رب العمل للتنازل، صحيح أن قبول رب العمل ليس شرطا لصحة عقد التنازل، ولكن لا يمكن تنفيذ[٣] هذا العقد فى مواجهته إلا بقبوله له، ذلك لأن طبيعة التنازل، باعتباره حلول شخص محل شخص آخر فى علاقة قانونية، تفترض ضرورة قبول رب العمل ــ المتنازل لديه ــ لهذا التنازل، أى قبوله أن يكون المتنازل له، بدلاً من المقاول الأصلى، طرفاً معه فى العلاقة القائمة، أما إذا رفض رب العمل التنازل فلا يستطيع المقاول الأصلى أن يخرج من العلاقة القانونية القائمة بينه وبين رب العمل، ويظل هو المسئول أمام رب العمل،

---

(١) راجع ما سوف نوضحه فى البحث ويتعلق بالأسرة العقدية فى الباب الثانى، ص ٣٣٨ ومابعدها.

(٢) ذلك لأن التنازل عن المقاولة هو عقد لا ينعقد إلا بتوافق إرادتى كل من المقاول الأصلى والغير ــ المتنازل إليه ــ أما إذا اختلفت إرادتهما، فلو أراد المقاول الأصلى التقاول من الباطن وأراد الغير التنازل فإن عقد التنازل أو المقاولة من الباطن لا ينعقد لتخلف ركن الرضا.

(٣) نود أن نشير إلى أهمية مرحلة تنفيذ العقد وأنها لا تقل أهمية عن مرحلة إبرام العقد.

ولن تتم عملية التنازل، صحيح أن عقد التنازل قد أبرم صحيحاً بين كل من المقاول الأصلى والمتنازل لديه، إلا أن هذا العقد لن يدخل حيز التنفيذ، ولن تتم عملية التنازل، وهذا أمر لم يرضه طرفا عقد التنازل، حيث إن عقد التنازل ليس مقصوداً لذاته، ولكن يقصد طرفاه من إبرامه ترتيب آثار معينة، وهذه الآثار لن تترتب على عقد التنازل إلا إذا دخل حيز التنفيذ أى إذا تم تنفيذه فى مواجهة رب العمل، ولا يمكن تنفيذه فى مواجهة رب العمل إلا بقبوله لهذا العقد، فإعمالاً لمبدأ حرية التعاقد وكذا فكرة الاعتبار الشخصى فى التعاقد يكون لرب العمل أن يقبل أو يرفض.

أما إذا كانت إرادة كل من المقاول الأصلى والغير قد اتجهتا نحو عدم ترك الأول مركزه العقدى، وعدم الخروج من المسرح التعاقدى، ولكنه يعهد فقط إلى الثانى بتنفيذ جزء من العمل أو كله، مع بقاء المقاول الأصلى مسئولاً عن التنفيذ أمام رب العمل، فإننا نكون بصدد مقاولة من الباطن، ترتب آثارها بمجرد العقد وتدخل حيز التنفيذ، دون حاجة لقبول رب العمل حتى ينفذ العقد[١].

الفرع السادس
أهمية التمييز بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن

التمييز بين التنازل عن عقد المقاولة والمقاولة من الباطن له أهمية كبيرة، خاصة فى بحثنا عن طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وتظهر هذه الأهمية فى أن التنازل عن عقد المقاولة تنتج عنه آثار من أهمها نشأة علاقة مباشرة بين رب العمل والمتنازل إليه[٢]، وبموجبها يستطيع رب العمل أن يطالب المتنازل إليه بجميع التزامات المقاول الأصلى (المتنازل)، ويستطيع المتنازل له أن يطالب رب العمل بجميع حقوق المقاول الأصلى (المتنازل) الناشئة عن عقد المقاولة المتنازل عنه، ويكون لكل منهما دعوى مباشرة فى مواجهة الآخر، ويخرج المقاول

---

(١) الأصل فى المقاولة من الباطن الإباحة، فهى حق للمقاول الأصلى يباشرها متى شاء مع مراعاة حالات الحظر الواردة بالمادة (٦٦١) من القانون المدنى المصرى التى تنص على "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العقد فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية.

(٢) وذلك بالرغم من اختلاف الفقه حول أساس هذه الرابطة المباشرة، وهذا الاختلاف سببه الخلاف حول طبيعة التنازل عن العقد.

الأصلى كوسيط بينهما. كما أنه يجوز للمتنازل إليه أن يتمسك قبل رب العمل بكافة الدفوع التى كان للمقاول الأصلى التمسك بها، ويكون لرب العمل أيضا التمسك قبل المتنازل إليه بكافة الدفوع التى كان يمكنه التمسك بها فى مواجهة المقاول الأصلى[١].

أما فى المقاولة من الباطن فقد اختلف الفقه[٢] بشأن طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، فالفقه التقليدى يرى أنه لا توجد علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، حيث يعتبر كلٌ منهما من الغير بالنسبة للآخر، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يرجع أيهما على الآخر إلا من خلال المسئولية التقصيرية أو الدعوى غير المباشرة، باستثناء الدعوى المباشرة التى قررها القانون بالمادة ٦٦٢ من القانون المدنى المصرى.

أما الفقه الحديث[٣]: فيسير فى اتجاه الكشف عن وجود علاقة عقدية بين كل من المقاول من الباطن ورب العمل، وسوف يتم تفصيل ذلك فى الباب الثانى من هذا البحث.

ويترتب على ما سبق، أن المركز القانونى للمقاول من الباطن يختلف عن المركز القانونى للمتنازل إليه فى مواجهة رب العمل، وذلك لاختلاف طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن عن العلاقة بين رب العمل والمتنازل إليه، وهذا كله راجع لاختلاف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد، وما يستتبعه من خضوع كل منهما لأحكام قانونية تختلف عن الآخر. فالتنازل عن عقد المقاولة إذا

---

(١) نعتقد دعوى الضمان العشرى لا تدخل ضمن الدعوى المباشرة التى يجوز لرب العمل رفعها ضد المتنازل إليه لتخلف شرط وجود رابطة عقدية مباشرة بين رب العمل والمتنازل إليه.

(٢) انظر فى عرض تفصيل ذلك. د. فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية مرجع سبق ذكره ــ ص ٧١ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك من الفقه المصرى: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٧١ وما بعدها.

وراجع أيضاً على سبيل المثال من الفقه الفرنسى:

Benabent (A) note sous Civ. 1. 29, 5 et civ. 3. 119.6. 1984. D. 85, p. 213 et sous Civ. 3.7.5. 1986, D. 87, 257 et note sous, ass. Plén. 7.2. 1986. D. 86. 293; Bertrand th, Prec; P. 408 ET .S. Georgess et Gross, art, Préc Berly, Obs, â .RR.T.D. civ. 1986, p. 364 conte (ph), note sous cour d'appel d'agen. 7.12 1988. G.P. 89, 11, 899; Counu, obs. â. R.T.D. civ. 1973, 171 et 1981, 169; Delebecque, la notion de de groupe de contrats, quells critéres, J.C.P. 1989, éd E, N special, p.25.

ما تم يفرز مقاولاً أصليًا جديداً له كل حقوق وعليه كل التزامات المقاول الأصلى، وتتضح الصورة أكثر إذا ما تم التنازل عن عقد المقاولة إلى المقاول من الباطن، حيث يتغير مركزه القانونى فى علاقته برب العمل، والتى لا تكاد ترتب آثاراً. ليصبح مقاولاً أصليًا تنظم العلاقة بينه، وبين رب العمل علاقة عقدية سندها عقد المقاولة الأصلى الذى تم التنازل عنه، ليبرز المقاول من الباطن كمقاول أصلى ويلزم رب العمل ويلتزم فى مواجهته.

المطلب الثانى
التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والبائع

تقضى المادة ٤١٨ من القانون المدنى المصرى ــ بشأن البيع ــ بأن "البيع عقد يتلزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقًا ماليًا آخر مقابل ثمن نقدى" ويتضح من النص، أن موضوع عقد البيع هو نقل ملكية شىء... فى مقابل ثمن نقدى.

كما تقضى المادة ١/٦٦١ من ذات القانون بأنه "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية"، وعقد المقاولة عقد موضوعه عمل سواء كان هذا العمل صنع شىء أو كان عملاً آخر غير الصنع كالنقل أو التوريد أو إصلاح آلة وذلك بمقابل.

وإذا كان عقد البيع فى شكله التقليدى يختلف عن عقد المقاولة من الباطن، ومن ثم يختلف مركز البائع عن مركز المقاول من الباطن إلا أن هناك حالات تشتبه فيها المقاولة من الباطن بالبيع، حيث إن المشرع سواء فى مصر[١] أو فى فرنسا[٢]،

---

[١] راجع فى ذلك ــ المادة (٦٤٧) مدنى مصرى " ١-يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله، على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله. ٢-كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا" وهذه المادة ــ أيضا ــ تنطبق على المقاولة من الباطن، حيث إنه كما بينا من قبل أن المقاول من الباطن هو مقاول، وعقد المقاولة من الباطن هو عقد مقاولة.

[٢] المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى :

قد جعل للمقاولة _ ومنها المقاولة من الباطن ــ صورتين الأولى: يقتصر المقاول من الباطن فيها على تقديم عمله فقط إلى المقاول الأصلى سواء تمثل هذا العمل فى صنع شىء، أو غير ذلك من الأعمال التى تصلح محلاً للمقاولة من الباطن.

أما الصورة الثانية: يكون العمل المطلوب أداؤه من المقاول من الباطن صنع شىء على أن يقدم المواد اللازمة للصنع من عنده.

إذا كانت النظرة السابقة فى التمييز بين المقاولة من الباطن والبيع، تصدق على الصورة الأولى من المقاولة من الباطن، إلا أنها لا تتفق والصورة الثانية، حيث يطلب من المقاول من الباطن تشييد بناء مع تقديمه المواد اللازمة للتشييد، أو إنشاء سفينة مع تقديم ما يلزم لإنشائها من خشب وخلافه من عنده، ويترتب على هذه الصورة أثران[١]:

الأول: هو قيام المقاول من الباطن بصنع الشىء وذلك بمواد من عنده.

الثانى: هو انتقال الشىء المصنوع بمقتضى العقد إلى المقاول الأصلى.

ويسمى هذا العقد "عقد الاستصناع"[٢].

وفى ظل عقد الاستصناع يثور التساؤل حول ما إذا كنا أمام عقد مقاولة من الباطن، محله صنع شىء. أم بصدد عقد بيع لشىء سيصنع فى المستقبل؟.

= Art. 1787 C. IV "Lorsqu'on charge que qu'un de laire un overage. On peut convenir qu'il faurnira saulment santravil ou san industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matiere".

(١) د. محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند (١٠) ــ ص ٦ . انظر أيضا هامش (٢) بنفس الصفحة. حيث يشير سيادته إلى مرجع الأستاذ. فرانسواه ديفيد فى عقد الاستصناع ــ رسالة دكتوراه ــ باريس ــ عام ١٩٣٧ ــ ص ٢٢١.

(٢) وقد عرف الفقه الإسلامى "عقد الاستصناع" عدة تعريفات، انتهى فيها إلى أنه عقد مبيع موصوف فى الذمة، مطلوب صنعه، مادته من الصانع. وصورته عندهم أن يتفق شخص مع نجار على أن يصنع لهم دولاباً بمواصفات معينة، نظير أجر معين، على أن الخشب من الصانع. وهذا مستخلص من تعريف البعض له بأنه عقد بيع فى الذمة وعرفه بعضهم على أنه عقد بيع فى الذمة شرط فيه العمل. انظر عقد الاستصناع فى الفقه الإسلامى على المذهب الحنفى، بدائع الصنائع للكسانى ــ جزء (٥) ـــ ص ٢ وما بعدها.

وفى هذا الصدد اختلفت آراء الفقه والقضاء[١]، وتباينت اجتهاداتهم فى مسألة تكييف هذا العقد، وذهبوا فى ذلك مذاهب متعددة نوجزها فيما يأتى:

الرأى الأول:

عقد الاستصناع عقد مختلط، يمتزج فيه كل من البيع والمقاولة من الباطن، والحال أنه لا يمكن اعتبار هذا العقد عقداً بسيطاً مقاولة من الباطن فقط، أو بيعاً فقط، ذلك لأن هذه العملية تحتوى على موضوع كل من العقدين، فهى ترد على العمل، وهو موضوع المقاولة من الباطن، كما ترد على انتقال ملكية الشىء المصنوع، وهذا موضوع عقد البيع، كما أن الأحكام المنفردة لكل من العقدين وجد أنها لا تكفى لمواجهة وضبط المسائل التى يثيرها مثل هذا العقد[٢].

وهذا الرأى بالرغم من أنه يسد النقص الذى يترتب على تطبيق أحكام أحد العقدين منفردة، فإنه مُنتقَد لإثارته صعوبات عديدة فيما يتعلق بالمسائل التى تتعارض فيها أحكام المقاولة من الباطن مع البيع، وأهمها ما يتعلق بطبيعة

---

(١) انظر فى عرض هذه الآراء، ومناقشتها المراجع الآتية:

- د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٩ وما بعدها.
- د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند (١١) ــ ص ١٦ وما بعدها.
- د. نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ بند (٢١) ــ ص ٤٤ وما بعدها.
- د. ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ ص ٦ وما بعدها.
- د. عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند (٦) ــ ص ٢٤ وما بعدها.
- د. قدرى الشهاوى ــ مرجع سابق ــ ص ٣٩ وما بعدها.
- م. فتيحة قرة ــ المرجع السابق ــ نفس الوضع السابق .

وهؤلاء الفقه كان عرضهم لهذه الآراء، بمناسبة التمييز بين عقد المقاولة وعقد البيع، ويمكن تطبيق نفس هذه الآراء على التمييز بين عقدى المقاولة من الباطن والبيع، اللذان قد يبرمهما المقاول الأصلى فى سبيل تنفيذه لعقد المقاولة الأصلى.

(٢) د. محمد كامل مرسى ــ العقود المسماه ــ بند (٥٧٣) ــ ص ٤٧٩، جـ٦ ــ بند (١٨) ــ ص ٢٩ . وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء المذهب الحنفى، حيث يقررون أن عقد الإستصناع فيه معنى عقدين جائزين هما: السلم والإيجارة، ذلك لأن السلم عقد مبيع فى الذمة، واستئجار الصانع يشترط فيه العمل. انظر فى توضيح هذا المعنى بدائع الصنائع ــ للكسانى ــ جـ (٥) ــ ص ٣. د. السنهورى ــ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ــ جـ (٣)، ص ٧٨. وانظر ــ أيضا ــ نقض مدنى فى الطعن رقم (١٨٧) لسنة ١٨ ق ــ جلسة ١٤ من ديسمبر ــ مجموعة أحكام النقض ــ س ٢ ــ رقم (٢٩) ــ ص ١٥٣.

العوض[١]، وتحديده وإنهاء العقد بالإرادة المنفرده، ففى هذه الأحوال. تجب المفاضلة بين العقدين، مما يؤدى إلى التحكم فى كثير من الأحيان.[٢] كما يأخذ البعض على هذا الرأى وبحق، تعارضه مع صريح نص المادة ٦٤٧ مدنى مصرى، والمادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى اللتين تجيزان أن يقدم المقاول العمل والمادة معاً[٣].

الرأى الثانى:

عقد الاستصناع المبرم مع المقاول الأصلى والمقاول من الباطن هو عقد مقاولة من الباطن ابتداءً وبيع انتهاءً، فيعتبر مقاولة من الباطن ما دام العمل قائما مستمرا، والشىء لم يتم صنعه بعد، فإذا تم الصنع وانتهى العمل، تحول وصار بيعاً للشىء المصنوع، حيث تنقل ملكيته إلى المشترى[٤].

ويؤخذ على هذا الرأى أمران، أولاً: يرى البعض[٥] وبحق أن هذا الرأى، ما هو إلا ترديد وتطبيق للرأى السابق بشكل مختلف، حيث إن الرأى السابق كان يرى أن هذه العملية مزيج من المقاولة من الباطن والبيع، وتطبيق أحكام كل من

---

(١) د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند (١١) ــ ص ١٧.

(٢) د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند (١١) ــ ص ١٧. د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١١.

(٣) د. أنور سلطان، جلال العدوى ــ العقود المسماه ــ عقد البيع ــ دار المعارف بمصر ــ طبعة ١٩٦٦ ــ ص ٥٨.

(٤) أوبرى وروأسمان ــ جزء (٥) ــ طبعة (٦) ــ بند (٣٧٤) ــ ص ٤٠٠ ــ هامش (٢) مشار إليه فى مرجع د. السنهورى ــ المرجع السابق ــ ج (٧) ــ بند (٦) ــ ص ٢٦ هامش (٣).

(٥) حيث إن المقاول من الباطن، يضمن العيوب الخفية فى عمله بعد تسلم رب العمل ــ المقاول الأصلى له ــ وقبوله له مدة خمسة عشر عاماً، وفقاً للقواعد العامة. وهذا ما جعل أصحاب هذا الرأى يقررون بقاء بعض أحكام المقاولة من الباطن ــ بعد تمام الصنع ــ سارية حتى بعد تنفيذ العمل، وتسليم الشىء المصنوع إلى المقاول الأصلى، وهذه الأحكام منها ضمان الصانع لعمله فهذا الضمان تسرى عليه أحكام المقاولة من الباطن وليس أحكام عقد البيع. راجع فى ذلك ــ أوبرى وروأسمان ــ جزء (٥) ــ طبعة (٦) ــ بند (٣٧٤) ــ ص ٤٠٠ ــ هامش (٢) مشار إليه فى مرجع د. السنهورى ــ المرجع السابق ــ ج (٧) ــ بند (٦) ــ ص ٢٦ هامش (٣) .

العقدين كل فى نطاقه تطبيق معاصر ــ فى نفس الوقت ــ أما الرأى الثانى: فيرى أيضاً تطبيق أحكام عقد المقاولة من الباطن أولاً، ثم يعقبها تطبيق أحكام عقد البيع بعد انتهاء العمل وتمام الصنع، أى أننا عند نقل ملكية الشىء المصنوع فى النهاية سوف نطبق أحكام كلاً من العقدين ولكن تطبيق متعاقب، فالفارق بين هذا الرأى والرأى السابق فارق فى تحديد النطاق الزمنى لتطبيق أحكام كل من العقدين.

أما الأمر الثانى: أن عيب هذا الرأى واضح، والحال أن تكييف العقد إنما يتم وقت انعقاده، ولا يجوز أن يتغير وصف العقد إذا ما نفذ فضلاً عن ذلك فإن المقاول من الباطن يضمن عمله مدة طويلة بعد صنع الشىء ومن ثم فإن المقاولة من الباطن لا تنقضى بمجرد إتمام الصنع[١].

الرأى الثالث:

الاستصناع عقد بيع، محله شىء يتم صنعه فى المستقبل وسند هذا الرأى، أن المقاول الأصلى ومن تعاقد معه، قد قصدا من التعاقد حصول الأول على شىء معين من المتعاقد الآخر، ولأن هذا الشىء لم يكن موجوداً وقت التعاقد ــ لأنه لو كان موجوداً لكان بيعاً لشىء حاضر ــ لزم أن يقوم المتعاقد الآخر بصنعه فى المستقبل، لذلك كان العقد بيعاً لشىء مستقبل، أما عمل المتعاقد الآخر فقد جاء تبعاً وليس أصلاً حيث إن هذا العمل هو وسيلة لتنفيذ الالتزام لإيجاد الشىء المطلوب صنعه[٢].

---

(١) د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٢ ــ ص ١٧. د. جلال العدوى وأنور سلطان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٦.

(٢) د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٣ ــ ص ١٧. د. أنور سلطان ــ العقود المسماه ــ البيع ــ طبعة ٢ ــ عام ١٩٥٢ ــ بند ٢١ ــ ص ٣١. د. منصور مصطفى منصور ــ مذكرات فى القانون المدنى ــ العقود المسماه ــ البيع والمقايضة والإيجار ــ عام ١٩٥٧ ــ بند ١٢ ــ ص ٢٤، وفى عرض هذا الرأى والتعليق عليه راجع ــ د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١١٢ وما بعدها. د ــ عبد الرازاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٦ ــ ص ٢٥ وما بعدها. د ــ أنور سلطان وجلال العدوى ــ المرجع السابق ــ بند ٧٧ ــ ص ٥٨ وما بعدها.

- ومن الفقه الفرنسى ــ ما أشار إليه الدكتور عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١١٢ هامش ١٦. وأنظر فى سند الرأى د ــ عبد الرازق السنهورى ــ ص ٢٥ ــ هامش (٢).

ويبدو أن هذا الرأى هو الراجح فى القانون الرومانى[١]، والراجح أيضا لدى شراح القانون التجارى[٢]، بالنسبة لعقد بناء السفينة، كما أن هذا الرأى يتفق مع ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية فى الفقه الإسلامى، حيث عرف بعضهم عقد الاستصناع بأنه عقد بيع، شرط فيه العمل[٣].

ويؤخذ على هذا الرأى، أنه لا ينظر إلا إلى أثر واحد من الآثار المرتبة على العقد، وهو نقل ملكية الشىء المصنوع، ولم يدخل فى اعتباره عمل الصانع للشىء ــ محل الصنع ــ وكيف أن هذا العمل هو المقصود الأساسى فى عقد الاستصناع بل وجوهره[٤] وإلا لأغنانا عقد البيع.

وكما كنا فى حاجة إلى عقد الاستصناع فإن قيام المتعاقد مع المقاول بالعمل، وهو صنع الشىء على الوجه المطلوب، ركن من أركان عقد الاستصناع[٥]، ومن المسلم به أن الشىء يفوت بفوات ركنه، والدليل على أن العمل ركن من أركان عقد الاستصناع، أن الصانع إذا أتى بالشىء من صنع غيره، أو صنعه هو ولكن قبل العقد ورضى به المستصنع، فإن ملكية هذا الشىء تنتقل إلى هذا الأخير، ولكن ليس بمقتضى عقد الاستصناع وإنما بمقتضى عقد آخر انعقد بتراضيهما على هذا الشىء[٦]. كما أن كون العمل ركن من أركان عقد الاستصناع

---

(١) انظر فى ذلك مدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى ــ ص ٢٣٠ ــ ترجمة عبد العزيز فهمى ــ عام ١٩٤٦ حيث جاء فيها "إذا اتفق تيتوس مع أحد الصاغة، على أن يأتى الصائغ بذهب من عنده، ويصنع له منه خواتم، بوزن مخصوص، وشكل معين، وأن يكون للصانع فى نظير هذا مبلغ عشرة دنانير مثلا، فقد جرى التساؤل عن هذا الاتفاق بيع هو أم إيجارة. وقد ارتأى كاسيوس أنه يتضمن عقدين، بيعاً للذهب، وإيجارة للعمل ولكن المفتى به أنه بيع فقط".

(٢) انظر فى ذلك د ــ على حسن يونس ــ المرجع السابق ــ بند ١٥٧ ــ ص١٠٧ وما بعدها.

(٣) انظر فى ذلك ــ بدائع الصنائع للكسانى ــ جزء ٥ ــ ص ٢.

(٤) دافيد : المرجع السابق ــ ص ٢٨.

(٥) د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٨ ــ ص ١٨. د. السنهورى ــ جزء ٧ ــ مرجع سبق ذكره ــ بند ٦ ــ ص٢٦. د. أنور سلطان وجلال العدوى ــ المرجع السابق ــ بند ٧٧ ــ ص ٥٨.

(٦) د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ نفس الموضع ــ بالهامش السابق. د. السنهورى ــ المرجع السابق ــ نفس الموضع بالهامش السابق..

يستفاد من الدلالة اللغوية لهذا الاسم فالاستصناع لغة هو طلب الصنعة، فما لا يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً[١].

الرأى الرابع:

استند هذا الرأى فى معرفة ما إذا كان عقد الاستصناع بيع أم مقاولة من الباطن، إلى القاعدة الأصولية التى تقضى بأن الفرع يتبع الأصل، وتطبيقاً لهذه القاعدة، فإن عقد الاستصناع قد يكون عقد مقاولة، أوعقد بيع بحسب الأحوال، وذلك تبعاً لتقدير قيمة كل من العمل والمادة فى العقد[٢]، والمقاولة بين كل من القيمتين، فإذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المادة، كانت المادة تابعة للعمل، وإذا كان الأداء الرئيسى فى العقد هو العمل، كان العقد مقاولة، حيث إن المادة فى هذه الحالة تعتبر فرعا تتبع الأصل وهو العمل، أما إذا كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل، كان العقد بيعاً، وذلك تطبيقاً للقاعدة السابقة[٣].

---

(١) المادة ٥٥٦ من مرشد الحيران، والمادة ٣١٤ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية، ص ٢٩٠ ، والمذكرة الإيضاحية له بذات الموضع. وراجع أيضاً المبسوط للسرخس ــ جزء ٥ ــ ص ٨٤ وما بعدها. حيث فى الاستصناع " والعمل مشروط فيه، وهذا لأن هذا النوع من العمل، اختص باسم فلابد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم، والاستصناع استفعال من الصنع، فعرفنا أن العمل مشروط فيه".

(٢) ويسمى هذا المعيار بالمعيار الإقتصادى أو معيار محكمة النقض الفرنسية، مشار إليه فى الدكتور عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥ ــ هامش ٢٨. وتجدر الإشارة أن هناك رأى فى الفقه، يرى " أن معيار تقدير أى العنصرين أهم، المادة أو العمل يقوم على الأهمية التى يسبغها المتعاقدان على كل عنصر، وليس على أساس الأهمية الموضوعية أو الاقتصادية أو المالية للعنصر. راجع فى ذلك، دكتور ناجى ياقوت ــ المراجع السابق ــ ص ٨.

(٣) ويأخذ بهذا الرأى الغالبية العظمى للفقه المصرى. راجع فى ذلك د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٦ ــ ص ٢٦ وما بعدها. د ــ منصور مصطفى منصور ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤. د ــ عبد الودود يحيى ــ دروس فى العقود المسماه ــ البيع والتأمين ــ طبعة ١٩٧٨ ــ ص ١٦ . د ــ توفيق حسن فرج ــ عقد البيع والمقايضة ١٩٧٩ ــ بند ٢٥ ــ ص ٤٥. د ــ محمد ناجى ياقوت ــ عقد المقاولة ــ النسر الذهبى للطباعة ــ عام ١٩٩٧ــ ص ٨. د ــ سليمان مرقص ــ العقود المسماه ــ مجلد ١ ــ عقد البيع ــ طبعة ١٩٨٠ــ بند ٢٤ ــ ص ٢٦. ومن تطبيقات القضاء المصرى لهذا المعيار حكم محكمة المنصورة ــ ٣ يونيو ١٩٦١ ــ المحاماة ــ ص ٤٣ ــ ق ٦٥٠ ، ص ١٠٨٢ حيث تقرر " أن العقد يكون بيعاً إذا كانت قيمة الخامات أكبر من قيمة العمل" ومفهوم المخالفة يقتضى العكس. وقد أخذ بهذا الرأى صراحة، قانون موجبات والعقود اللبنانى، حيث نصت المادة ٦٥٨ فقرة ٢ منه على أنه: "إذا كانت المواد التى يقدمها الصانع هى الموضوع الأصل فى العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً، كان هناك بيع للاستصناع".

وأورد الفقه أمثلة كثيرة على ذلك، منها حالة تشييد بناء على أرض مملوكة للمقاول، بمواد يقدمها المقاول من الباطن، يقولون إن العقد فى هذه الحالة يعتبر مقاولة على أساس أن مالك الأرض يتملك البناء أولاً فأول بالالتصاق، وإن الأرض تعتبر جزءا من المواد اللازمة، وبما أن المقاول هو الذى يقدمها فإنها تعتبر الأصل والمواد الفرع، ولذلك فإن العقد يعتبر مقاولة لا بيعاً[١]، وقد طبق القضاء[٢] الفرنسى نفس المعيار على الحالة السابقة.

الخياط الذى يقدم القماش إلى جانب عمله، فهو بائع، أما إذا اقتصر دوره على العمل فقط فهو مقاول، رغم أنه يقدم الخيط والأزرار والإبر وخلافه من لوازم الخياطة[٣].

ولكن قد تكون قيمة كل من المادة والعمل متقاربتين، بحيث يتعذر ترجيح قيمة إحداهما على الأخرى، فقد تكون المادة قيمة محسوسة بالرغم من أنها أقل من العمل، والعكس، ذلك كالخشب الذى يورده النجار لصنع الأثاث، ففى هذه الحالة يصبح العقد مزيجاً من بيع ومقاولة، وتطبق عليه أحكام البيع فيما يتعلق بالمادة، وتسرى عليه أحكام المقاولة من الباطن فيما يتعلق بالعمل[٤].

وقد تعرض هذا الرأى ــ أيضا ــ إلى انتقادات عديدة أهمها:

١ ــ أن هذا الرأى يعتبر تكرارا للرأى الأول القائل بأن عقد الاستصناع عقد مختلط من البيع والمقاولة[٥]، حيث يرى أنصار هذا الرأى تطبيق أحكام كل

---

(١) د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٦ ــ ص ٢٦ ــ هامش ٣ .

(٢) Civ., 10 Juin 1963, Bull. n°1 et n°302.

(٣) د. أنور سلطان ــ المرجع السابق ــ بند ٢١ ــ ص ٣١.

(٤) د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٦ ــ ص ٢٧ . وقد طبق القضاء المصرى هذا المعيار، انظر حكم محكمة المنصورة المنصورة فى ٣ من يونيو ١٩٦١ ــ الحكم السابق ــ ص ١٠٨٢ حيث تقرر "وعند تقارب القيمتين يكون العقد مزيجاً بين البيع والمقاولة".

(٥) راجع فى ذلك ما أسلفناه، فيما يتعلق بالرأى القائل، بأن عقد الاستصناع عقد مزيج من البيع والمقاولة. راجع فى ذلك د. نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨. د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١١٨. حيث يرى سيادته أن الرأى جميعه تكرار للرأى الأول، إلا أننا نتفق معه عندما تتساوى قيمتى المادة والعمل، أما فى حالة عدم التساوى فيرجح أحد العقدين طبقا للتفصيل السابق بيانه. ونعتقد أن ما دفعه إلى القول بذلك ما يراه من الأخذ بنظرية الاستغراق، إذا كان قيمة المادة أكبر بكثير من قيمة العمل والعكس. أما الفقه الذى قال بهذا الرأى لم يحدد ترجيح أحد القيمتين بكثير أو قليل انظر فى ذلك د ــ عبد الرازق يس نفس المرجع ــ ص ١١٦.

من عقدى المقاولة من الباطن والبيع كل فى نطاقه، يطبق أنصار الرأى محل النقد نفس الأحكام، وذلك فى حالة تساوى قيمة العمل وقيمة المادة.

٢ ــ وأن هذا الرأى لم يحدد الأساس الذى يرتكز عليه[١]، والحال أنه ليس من السهل تحديد العنصر الأساسى فى العقد، هل هو العمل أم المادة المستخدمة فيه، لذا وإزاء ذلك فإنه لا مفر من التحكم الأمر الذى يؤدى إلى نتائج غير منطقية ويدلل أنصار هذا النقد بعدة فروض[٢] نذكر منها:

إذا كان العمل المطلوب هو إقامة بناء على أرض يمتلكها المقاول الأصلى بمواد يقدمها المقاول من الباطن من عنده، فإن العقد عند أنصار هذا الرأى يعتبر مقاولة، على أساس أن قيمة العمل أكبر من قيمة المواد التى يقدمها المقاول من الباطن، فيعتبر العمل أصلا والمواد فرع، وإعمالاً لقاعدة أن الأصل يتيح الفرع، فإن العقد مقاولة من الباطن، وهذا يدل بوضوح على عدم تحديد المواد الأولية التى تدخل فى الصنع، فالمادة الأولية هى التى تستخدم فى صنع شىء بتحويلها أو تعديلها بحيث تفقد شكلها وتكوينها وتختلط بغيرها من المواد وتكون شيئاً جديداً فى البناء، فهل تعتبر الأرض من المواد الأولية التى يتغير شكلها وتختلط بالبناء، بحيث تعتبر من المواد الأولية المستخدمة فى الصنع والاعتداد بقيمتها لتحديد وصف العقد، وهل قيمة الأرض تظل دائماً ــ كما فى هذا المثال ــ أكبر من قيمة المواد المستخدمة فى البناء؟ فلو أن عمارة مكونة من ثلاثين طابقاً ومقامة على قطعة أرض مساحتها خمسمائة متر فهل فى هذه الحالة قيمة الأرض أكبر من قيمة المواد والعمل اللذين بذلا فى إقامة العمارة؟

وإذا عهد إلى مثّال كي يعمل تمثالا، فالذى يقال عادة، إن العقد مقاولة، وذلك لأن ما يأتيه المثال من عمل فنى أكبر من المواد التى يقدمها مثل الشمع والحجارة وغير ذلك، ولكن ما الحكم إذا كان التمثال سوف يصنع من الذهب الخالص، حيث تفوق قيمته قيمة الذهب المقدم من قبل المثال، قيمة الأجر الذى يتقاضاه المثال عن عمله.

---

(١) د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٤ ــ ص ٢٠. د. أنور سلطان وجلال العدوى ــ المرجع السابق ــ بند ٧٩ ــ ص ٦٠. الدورى فى رسالته السابقة ــ ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) انظر فى عرض بعض الفروض الأخرى ومناقشتها د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٤ ــ ص ٢٠ وما بعدها. د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١١٩ وما بعدها.

٣ ــ كما أن هذا الرأى، يجعل تكييف العمل غير ثابت، يختلف من وقت لآخر[١]، ومن مكان لآخر، وذلك إذا ما تغيرت الظروف، كارتفاع أسعار المواد، أو أجور المقاولين أو الصناع، فإن العقد قد يتعذر تكييفه، كما لو أن عقد استصناع قيمة العمل فيه أكبر من قيمة المادة فإن العقد يعتبر مقاولة، فإذا تغيرت الظروف فارتفعت أسعار المادة، فأصبحت أكبر بكثير من قيمة العمل ففى هذه الحالة سوف ينقلب العقد بيعاً والعكس.

ونظراً للانتقادات التى وجهت إلى هذا الرأى، فقد حاول بعض الفقه استبدال الأساس الذى يقوم عليه هذا الرأى، بأساس آخر ــ فى نظرهم ــ منضبط، هذا الأساس لا يقوم على مقارنة قيمة المادة بقيمة العمل، بل يقوم على معياريين آخرين:

الأول: معيار الاعتبار الشخصى فى العقد، أى يكون العقد مقاولة إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار فى العقد، أما إذا لم تكن كذلك فإن العقد بيع.

الثانى: معيار نية التخصص فى الصنع، أى أنه إذا كان من يقوم بصنع الشىء يقوم به خصيصاً لحساب الطرف الآخر. ففى هذه الحالة يكون العقد مقاولة، أما إذا كان الصانع يقوم بصنع الشىء أصلاً لحسابه، ثم يقوم بعد ذلك بعرضه للبيع، فإن العقد والحال هكذا يعتبر بيع لشىء مستقبل[٢].

ويلاحظ أن هذا الأساس، ينقل أساس التمييز بين العقدين، من المعيار الاقتصادى أو الموضوعى إلى معيار شخصى يقوم على مدى تدخل أطراف العملية إيجاباً أو سلباً.

وهو ما دفع بعض الفقه[٣] إلى القول، بأن تقدير أى العنصرين ــ العمل أم المادة ــ أهم، يقوم على ما يسبغه المتعاقدان من أهمية على كل عنصر وليس على أساس من الأهمية الموضوعية أو المالية للعنصر. فالعبرة ليست بالقيمة المالية للمادة المستخدمة فى الصنع بالنسبة للعمل، وإنما العبرة بمعرفة أى العنصرين أهم

---

(١) انظر فى ذلك: أ. عبد الرحيم عنبر ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣. الدورى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥.

(٢) د ــ أنور سلطان، وجلال عدوى ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠.

(٣) د ــ ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــص ٨.

فى نظر المتعاقدين، وإذا كانت قيمة المادة المستخدمة فى صنع الشىء هى العنصر الأساسى من وجهة نظر المتعاقدين، كان العقد بيعاً حتى ولو كانت قيمة العمل من الناحية الاقتصادية والمالية أكبر، والعكس، وإذا كانت قيمة العمل أكبر فى نظر المتعاقدين، كان العقد مقاولة، مهما كبرت قيمة المواد المستخدمة فى الصنع ــ عن العمل ــ من الناحية الاقتصادية.

ويبدو أن هذا الرأى منتقد؛ لأنه سيجعل العقد الواحد يمكن تكييفه على أنه عقد مقاولة، إذا كانت قيمة العمل فى نظر المتعاقدين أكبر من قيمة المواد المستخدمة، ونفس العقد يمكن تكييفه على أنه بيع، إذا كانت قيمة المواد المستخدمة فى العقد فى نظر المتعاقدين أهم من العمل. ومن ناحية أخرى، إذا أراد طرفاً عقد الاستصناع تطبيق أحكام عقد البيع على هذا العقد ــ بحسب مصلحتهما ــ فما عليهما سوى إسباغ أهمية لقيمة العمل، بالرغم من أن قيمة العمل قد تكون قليلة الأهمية من الناحية المالية عن المواد المستخدمة فى صنع الشىء. وبالتالى فإن تكييف العقد الواحد سوف يختلف باختلاف الأشخاص الأمر الذى يتنافى مع وجوب أن يكون وصف العقد يرتبط بعناصر ثابتة واضحة، حتى لا يتغير الوصف بتغير الأشخاص.

كما أن هذا المعيار لم يقدم لنا الحل، إذا كانت قيمة المادة لها أهمية من وجهة نظر أحد المتعاقدين، وكانت قيمة العمل أهم فى نظر المتعاقد الآخر. فهل يعتبر هذا العقد مقاولة أم بيع؟ وأى وجهتىْ النظر سوف نرجح؟.

الرأى الخامس:

يرى أنصاره[١] أن عقد الاستصناع عقد مقاولة خالصة، وليس فيها بيع لشىء مستقبل، ولا مزيج بينها وبين البيع، كما يرى أنصار الآراء السابقة، ذلك لأن موضوع التزام المتعهد هو القيام بعمل معين، وهو صنع الشىء المطلوب منه، ولا يكون المتعهد قد أوفى بما إلتزم به، إلا إذا أنجز هذا العمل، وإذا كان يترتب على صنع الشىء أن يتملكه المتعاقد مع المتعهد ــ رب العمل ــ فذلك ليس معناه أن

---

[١] راجع فى عرض هذا الرأى وتأييده د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٥ ، بند ١٦ ص ٢٢، وما بعدها. د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١٢١ وما بعدها. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠ وما بعدها.

العقد قد ورد منذ الأصل على الملكية، وبالتالى يعتبر عقد بيع، فتملك الأخير ــ رب العمل ــ للشيء الذى صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية ولازمة لكون المتعهد ــ المقاول ــ يعمل لحساب رب العمل. فالبيع ليس هو العقد الوحيد الذى يرد على الملكية، بل هناك عقود أخرى منها عقد الشركة، وعقد القرض، وعقد الدخل الدائم، وعقد الصلح، وأيضاً عقد المقاولة، إذا اتخذت صورة الاستصناع، أى إذا كان محلها صنع شيء بمواد يقدمها المقاول.

ويرى أستاذنا الدكتور محمد لبيب شنب "أن هذا الرأى هو الجدير بالاتباع"[١] حيث يرى سيادته:

أولاً: أن هذا الرأى يتفق مع مسلك التقنين المصرى، الذى عرف عقد المقاولة فى المادة ٦٤٦ منه والتى تنص على "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعهد الآخر"، ويستخلص من هذا التعريف "أن المشرع قد واجه صراحة الحالة التى لا يقتصر التزام المقاول على مجرد القيام بعمل فحسب بل قد يتعهد بعمل هو صنع أو إيجاد شيء لم يكن موجود من قبل، كما أن المشرع تحدث عن التزامات المقاول بالمادة ٦٤٧ الفقرة الثانية. "كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً"، وقد واجه المشرع مباشرة الصورة الثانية لعقد المقاولة وهي صورة عقد الاستصناع. ولا يختلف التقنين الحالى عن التقنين الملغى.

ثانياً: أن المشرع المصرى لم يورد فى التقنين المدنى نصًّا مقابلاً لنص المادة ١٧١١ من التقنين المدنى الفرنسى، حيث تقضى هذه المادة أن العقد يكون مقاولة إذا قدم رب العمل المادة، فاستخلص بعض الفقه الفرنسى منها بمفهوم المخالفة، أنه إذا قدم المقاول ــ الصانع ــ المادة فإن العقد يكون بيعاً[٢].

---

[١] د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٦ ــ ص ٢٢ وما بعدها.

[٢] د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٦ ــ ص ٢٣.

ثالثاً: أن المشرع، قد نظم مسئولية المقاول عن مادة العمل التى قدمها، فقرر مسئوليته عن جودتها، وعليه ضمانها لرب العمل[١]، ومفاد ذلك أن المشرع لو أراد أن يكون العقد بيعا لاكتفى بأحكام الضمان الواردة بشأن البيع.

رابعاً: أجاز المشرع لرب العمل[٢]، أن يتحلل من العقد، ويوقف تنفيذه فى أى وقت يشاء قبل إتمامه، ولم يفرق المشرع فى هذا بين ما إذا كانت مادة العمل، مقدمة من رب العمل، أم من المقاول. أى أن المشرع أخضع الحالتين لحكم واحد، ورد فى انقضاء عقد المقاولة. كما أن الترخيص فى إنهاء العقد بالإرادة المنفردة من الخصائص التى تتميز بها المقاولة والتى لا يجوز استعمالها فى البيع[٣].

ومما تقدم خلص سيادته إلى أن عقد الاستصناع، أو ذلك العقد الذى لا يقتصر المقاول فيه على تقديم عمله فقط، بل يقدم أيضا المواد اللازمة لصنع الشىء الذى، تعهد بصنعه يعتبر عقد مقاولة، أى أحد العقود التى ترد على العمل، ولكنه أيضا عقد منشئ للملكية إذ يترتب على تنفيذه انتقال ملكية الشىء المصنوع إلى رب العمل[٤].

وإن هذا الرأى يتفق ورأى أبى سعيد البردعى من فقهاء الحنفية[٥]، والكسانى[٦]، وأيضاً يتفق وقول السرخسى فيما يتعلق بعقد الإستصناع حيث جاء فيه "والعمل مشروط فيه، وهذا لأن النوع من العمل اختص باسم، فلابد من

---

(١) راجع فى ذلك المادة ٦٤٨ من التقنين المدنى المصرى والتى تنص على "إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسئولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل".

(٢) راجع فى ذلك نص المادة ٦٦٣ /١ من التقنين المدنى حيث تنص على "لرب العمل 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".

(٣) دي باج. ج (٤) ــ ص ٨٩٤ ــ مشار إليه د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ هامش (٢).

(٤) د ــ لبيب شنب ــ الهامش السابق.

(٥) ويذهب هذا الفقيه إلى أن العقد فى الاستصناع يرد على العمل، العين فيه تبع، راجع فى ذلك د ــ عبد الرازق السنهورى ــ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٧٨.

(٦) بدائع الصنائع للكسانى ــ ج٥ ــ ص ٢، حيث جاء فيه "أن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل، لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه.

اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم، والاستصناع من الصنع فعرفنا أن العمل مشروط فيه[١].

ومفاد ما تقدم، أن المقاول الأصلى إذا أبرم عقدا مع شخص آخر، على أن يقوم الأخير بصنع الشيء ــ محل المقاولة ــ أو جزء منه، مع تقديم المادة اللازمة للصنع من عنده، كان هذا العقد ــ صورة عقد الإستصناع ــ عقد مقاولة من الباطن، والشخص الذى تعاقد مع المقاول الأصلى هو مقاول من الباطن، وليس بائع.

ومن جانبنا نحن، نؤيد هذا الرأى لقوة حججه، فالعقد الذى يبرمه المقاول الأصلى، ويكل فيه إلى الطرف الآخر، صنع شيء ــ محل عقد المقاولة الأصلى ــ أو جزء منه، على أن يقدم المادة اللازمة للصنع ــ صورة عقد الاستصناع ــ من عنده، هو عقد مقاولة ــ خالصة ــ من الباطن وليس عقد بيع الشيء مستقبل، أو عقدا مختلطا تمتزج فيه المقاولة من الباطن مع البيع، المتعاقد مع المقاول الأصلى، هو مقاول من الباطن، وليس بائعا، ونستند فى تأييد هذا الرأى بالآتى:

أولاً: ذات الحجج التى ساقها أستاذنا الدكتور لبيب شنب، و نحيل إليها منعا للتكرار.

ثانياً: أن المشرع سواء فى مصر أو فرنسا قصد من إيراد هذه الصورة من التعاقد ــ عقد الاستصناع ــ ضمن الفصل الخاص بعقد المقاولة، أن تكون هذه الصورة من التعامل عقد مقاولة، تنطبق عليها أحكامه[٢]. وذات الحجة تنطبق على عقد الاستصناع المبرم بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، حيث إنه عقد مقاولة ولكن من الباطن، تنطبق عليه جميع النصوص المنظمة لعقد المقاولة، فيما لم يرد فى تنظيمها نص من النصوص المنظمة للمقاولة من الباطن.

ثالثاً: المشرع المصرى قد نص فى الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ من القانون المدنى على أنه "يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً"، وواضح من النص أن المشرع قد أطلق صراحة اسم "المقاول" على من يقدم العمل والمادة معاً، والمقاول هو من يكون طرفا فى عقد المقاولة وليس طرفاً فى

---

(١) المبسوط للسراخسى ــ ج٥ ــ ص ٨٤ وما بعدها.

(٢) د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥.

عقد البيع. وهذا دليل صريح من المشرع على اعتبار العقد الذى يبرمه الشخص ويتعهد فيه بتقديم المادة والعمل معاً، هو عقد مقاولة، ولو أراد المشرع غير ذلك لأفصح.

عيوب هذا الرأى والرد عليها:

وأهم كل ما ينعى على هذا الرأى ما يلى:

١ ــ ما رآه أستاذنا الدكتور السنهورى من أن "القول بأن المقاولة تنقل ملكية الشىء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقاولة بجعل المقاولة طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقد أبرم على العمل. ولم يقل أحد قبل ذلك إن المقاولة قد ترد على الملكية فتنقلها، وهى إذا وردت على الملكية فنقلتها فذلك إنما يكون إما لأنها إندمجت فى عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر. وهذا العقد الآخر الذى نقل الملكية فى نظير مقابل لا يمكن أن يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً، أو أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود، وإذا كان صحيحاً أن المشرع فى نصوص متفرقة قد أجاز أن يتعهد المقاول بصنع شىء يقدم فيه العمل والمادة (م ٢/٦٤٧ مدنى)، وأنه فى هذه الحالة يكون مسئولاً عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل (م ٦٤٨)، فليس معنى ذلك أن المقاولة تبقى مقاولة فحسب فى هذه الظروف ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقاولة بعقد آخر، هو الذى يقع على المادة، ويكون له بذلك دوران، دور البائع الذى قدم المادة ودور المقاول الذى قدم العمل"[١].

٢ ــ كما أن البعض يرى[٢] ــ نعياً على هذا الرأى ــ أن قيام المتعاقد بصنع الشىء، قد لا يكون العنصر الجوهرى فى التعاقد، الذى قد ينصب أساساً على انتقال ملكية الشىء، كما ــ مثلاً ــ فى حالة التعاقد مع شركة النصر لصناعة التليفزيون على حجز جهاز من الأجهزة التى تقوم بصنعها.

إلا أنه يمكن الرد على هذين النقدين، وذلك فيما يلى:

---

(١) د ــ عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٣ ــ ص ٢٤ وما بعدها.

(٢) د ــ أنور سلطان وجلال العدوى ــ المرجع السابق ــ بند ٧٨ ــ ص ٥٩.

١ ــ النقد الأول وهو ما أورده أستاذنا الدكتور السنهورى ــ فى وسيطه ــ من إنكار إمكانية أن ينقل عقد المقاولة الملكية، وقصر نقل الملكية على البيع والمقايضة فقط فى هذا المجال فيمكننا الرد عليه بما جاء فى الوسيط أيضا "من أن الصانع إذا أخذ المادة التى يستخدمها وأدمج فيها مادة من عنده، فأصبحا شيئاً واحداً ملك رب العمل هذا الشيء بعقد المقاولة لا بالالتصاق" [١].

وهذا يعنى أن عقد المقاولة يمكن أن يكون من عداد العقود المكسبة للملكية فى رأى أستاذنا الفاضل رحمه الله، خاصة أن ما أوردناه للرد على النقد فى الجزء التاسع أى لاحقاً على الجزء السابع الذى ورد به النقد. الأمر الذى دفع بعض الفقه[٢]، وبحق إلى القول برجوعه ــ رحمه الله ــ عن رأيه.

٢ ــ أما النقد الثانى الذى يرى أن قيام المتعاقد بصنع الشيء ليس عنصراً جوهريًّا فى التعاقد إنما التعاقد قد انصب على نقل ملكية الشيء المصنوع، كما هو الحال عند التعاقد مع شركة النصر للتليفزيون، على حجز جهاز من الأجهزة التى تقوم بصنعها، فيرى بعض الفقه وبحق ردًّا على هذا النقد أنه لا ينطبق على الحالة محل المثال، حيث إن هذه الحالة يفترض فيها أن قيام المتعاقد بصنع الشيء يعتبر عنصراً جوهريًّا فى التعاقد، وأن انتقال الملكية جاء تبعاً لقيام المقاول بصنع الشيء لحسابه. فالعمل هنا هو جوهر وقوام هذا العقد.

ويبدو أن سبب الآراء المختلفة وتباينها حول عقد الاستصناع هو إنكار إمكانية نقل الملكية على عقد المقاولة، وقصره على عنصر العمل فقط المتمثل فى صنع الشيء، فلو اعترف الفقه و القضاء لعقد المقاولة بإمكانية نقل الملكية، لما كنا بحاجة إلى كل هذا الجدل للوقوف على الطبيعة القانونية لعقد الاستصناع.

ولكن السؤال الآن، ما الذى يمنع من الاعتراف لعقد المقاولة بإمكانية نقل الملكية؟، وهل العقود المكسبة للملكية جاءت على سبيل الحصر؟، أم أنه يمكن أن نلحق بها عقود أخرى كلما دعت الحاجة إلى ذلك؟

---

[١] د ــ عبد الرازق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ ج٩ ــ فى أسباب كسب الملكية ــ ط ١٩٦٨ ــ بند ٨٩ ــ ص ٢٤٤.

[٢] د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٨.

ونرى مع بعض الفقه[١]، أنه ليس ثمة ما يمنع من ذلك قانوناً ذلك لأن العقود ليست أصلاً مقصودة لذاتها، بل إن العقود على اختلافها لم تقم إلا لإشباع حاجات قامت لدى الناس، ولما كانت حاجات الناس متنوعة، ولا تنتهى فقد تعجز العقود التى قامت لإشباع الحاجة لدى الناس، فى وقت معين، عن إشباع حاجات الناس فى وقت آخر، خاصة فى ظل السرعة الهائلة والتطور التكنولوجى الذى هو سمة هذا العصر.

ويؤيد ذلك قول الفقه الإسلامى[٢] "إن الحاجة أصل فى تشريع العقود"، وإن الأصل فى الأشياء الإباحة لا المنع ما لم يقم دليله، وعلى ذلك فإنه متى قامت الحاجة إلى عقد ما، تعين إيجاده، ما لم يمنع من ذلك دليل قطعى الثبوت.

وفى عقد الاستصناع بخاصة ــ سبق أن أوضحنا ــ أن الفقه الإسلامى قطع بإمكانية نقل الملكية بمقتضى هذا العقد، حيث جاء فى حكم الاستصناع "هو ثبوت الملك المستصنع فى العين، وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملك غير اللازم"[٣].

ولا نملك ــ فى تحديدنا للمركز القانونى للمقاول ــ وبصدد تمييزه عن مركز البائع أن نقفز على الاعتبارات العملية. أو أن نلتفت عنها، فالواقع العملى يفصح عن عملية مركبة تتمثل عناصرها فى تقديم المقاول من الباطن للعمل ومادة الصنع. "فلا تتوافر صفة المقاول من الباطن فى الشركة المدعية لاقتصار العمل الذى كانت تقوم به على مجرد توريد قطع الغيار". أيضاً لا يعد ــ مقاولاً من الباطن ــ المتعاقد الذى تعهد بتوريد كمية من بلاط الأرضية ذلك أنه لم يثبت مشاركته فى عملية تركيب البلاط.

كما أن تقديم المادة الخام يجب أن يكون نتيجة لاتفاق المقاول الأصلى مع المقاول من الباطن. وفقاً لما يحدده الأول من مواصفات إذ يعد بمثابة رب العمل بالنسبة للثانى. أيضاً يخضع لذات القاعدة العمل وكيفية الأداء. فإذا ما اقتصر دور المتعاقد معه على توريد المادة المطلوبة دون القيام بالعمل فيعد والحال هذه مقاولاً

---

(١) انظر د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٦ وما بعدها.

(٢) راجع: المبسوط للسرخسى ــ كتاب الإيجارات ــ ص ٧٥.

(٣) بدائع الصنائع للكسانى ــ ج ٥ ــ ص ٣.

من الباطن. وإذا قدم العمل دون المادة فليس بمقاول من الباطن أيضاً وفى الحالة الأولى يكون مورد أو بائعاً، وفى الثانية يكون عاملاً. وهو فى هذه الحالة أيضاً مستقل فى تنفيذ هذا العمل عن المقاول الأصلى فلا تربطه به علاقة تبعية.

أهمية التفرقة بين البائع والمقاول من الباطن:

للتمييز بين عقد البيع الذى يبرمه المقاول الأصلى، وبين عقد المقاولة من الباطن الذى يبرمه هذا الأخير أهمية كبيرة، هذه الأهمية تتبدى فى:

١ ــ فى المقاولة من الباطن، يجوز للمقاول الأصلى ــ باعتباره رب عمل ــ أن يتحلل من عقد المقاولة من الباطن بإرادته المنفردة[١]، بشرط أن يعوض المقاول من الباطن[٢]. أما بالنسبة لعقد البيع فالعقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم لا يجوز للمقاول الأصلى، أو البائع التحلل منه بإرادته المنفردة سواء بنقضه أو تعديله، إلا إذا اتفقا على ذلك، أو للأسباب التى يقررها القانون[٣].

٢ ــ فى عقد البيع تسرى الفوائد عن الثمن المستحق من البائع من يوم إعذار المشترى بدفعه، أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات، وإيرادات أخرى[٤]. أما فى المقاولة من الباطن فلا يستحق المقاول من الباطن فوائد عن الأجر المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية، طبقاً للقواعد العامة.

---

(١) راجع المادة (٦٦٣ مدني مصرى) سبق الإشارة إليها. وتجدر الاشارة إلى أنه إذا كان المشرع قد أعطى من جهة الإدارة سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فذلك يرجع إلى أن المصلحة العامة قد تقتضى ذلك. وإذا كنا قد اعتبرنا المقاول الأصلى يعد بمثابة رب عمل للمقاول من الباطن إلا أنه لا يمكن إعطاء المقاول الأصلى نفس السلطة لأن المقاول الأصلى يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة به.

(٢) راجع المادة (١٤٧ مدنى مصرى) والتى تنص على " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقده أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون".

(٣) ومن التطبيقات القضائية التى تقضى بوجوب تعويض المقاول إذا تحلل رب العمل فى العقد أو أوقف تنفيذه قبل إتمامه، راجع الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق وهذا الحكم ورد فى المقاولة ولا مانع من أن يطبق على المقاولة من الباطن ــ جلسة ١٩٦٧/٥/١٦ س٨ ــ ص ١٠٠٥.

(٤) راجع فى ذلك المادة (٤٥٨) فقرة (١) لا حق للبائع فى الفوائد القانونية على الثمن، إلا إذا أعذر المشترى، أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

٣ ــ البائع له حق امتياز على المبيع ولو كان منقولاً ضماناً لاستيفاء الثمن، بينما فى المقاولة من الباطن، فلا امتياز للمقاول من الباطن إلا إذا كان العمل ينصرف إلى تشييد بناء أو صيانته أو ترميمه[١].

٤ ــ فى المقاولة من الباطن لا يشترط تحديد الأجر عند التعاقد،[٢] ولا بيان العناصر التى تسمح بتحديده[٣]، ولا يترتب على ذلك ضرورة بطلان العقد. أما فى عقد البيع، فيجب أن يتفق المقاول الأصلى والبائع على مقدار الثمن، فإذا لم يتضمن العقد مقدار الثمن، أو لم يتضمن الأسس التى تسمح بتعيينه فى المستقبل، فإن عقد البيع يقع باطلاً.

---

[١] راجع فى ذلك نص المادة (١١٤٨ مدنى مصرى) حيث تنص على " (١) المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى، أو فى إعادة تشييدها، أو فى ترميمها أوفى صيانتها. يكون لها امتياز على هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه".

[٢] راجع فى ذلك المادة (٦٠٩ مدنى مصرى) والتى تنص على "إذا لم يحدد الأجر سلفاً، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول".

[٣] د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ١٥ ــ هامش (١).

المطلب الثالث
التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والمركز القانونى للعامل

من المسلم به أن المقاولة من الباطن تعتبر عقد مقاولة، طرفاه المقاول الأصلى ــ ويعتبر رب عمل عرضى ــ والمقاول من الباطن، وعقد المقاولة يرد على العمل.

ولما كان للمقاول الأصلى فى سبيل تنفيذه لعقد المقاولة أن يستخدم عمالاً، يرتبط معهم بعقد عمل، كما أن له يستخدم بدلاء أو مقاولين من الباطن يكل إليهم تنفيذ العمل فى جملته، أو فى جزء منه، إذا لم يمنعه من ذلك بند فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفاية المقاول الشخصية[١].

لذا فإنه فى سبيل تحديدنا للمفهوم الفنى والقانونى للمقاول من الباطن، الذى يرتبط مع المقاول الأصلى بعقد مقاولة من الباطن، تجب التفرقة بينه وبين العمال الذين يستخدمهم المقاول الأصلى لتنفيذ عقد المقاولة ويرتبط معهم بعقد عمل، وهذه التفرقة سوف تكون فى الحقيقة بين العقد الذى يرتبط به العامل مع المقاول الأصلى وهو عقد العمل، وبين العقد الذى يرتبط به المقاول الأصلى مع المقاول من الباطن وهو عقد المقاولة من الباطن. ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

الفرع الأول: أوجه الشبه بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والعامل.

الفرع الثانى: معايير التفرقة بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والعامل.

الفرع الثالث: أهمية التفرقة بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والعامل.

الفرع الأول
أوجه الشبه

إذا كان عقد المقاولة من الباطن يرتب مركزاً قانونيًا للمقاول من الباطن، يختلف عن المركز القانونى الذى يفرزه عقد العمل للعامل، إلا أنه يوجد تشابه بينهما وتبدو مظاهر ذلك فى الآتى:

---

[١] م ٦٦١ مدنى فقرة (١) يجوز للمقاول أن يكل 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.

قد أعطى المشرع[١] وفقاً لحكم المادة ٦٦٢ من القانون المدنى لكل من المقاول من الباطن والعامل اللذين يتعاقدان مع المقاول الأصلى، الحق فى مطالبة رب العمل مباشرة، بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى. ولهما أيضاً حق امتياز على ما يتم الحجز عليه تحت يد رب العمل. وجعل حقوق المقاولين من الباطن والعمال مقدمة على من ينزل له المقاول الأصلى عن دينه قبل رب العمل، وفى ضوء هذا التشابه فإن من المنطق أن تدق التفرقة بينهما، ويتعين قبل الفصل فى أى نزاع يقوم بشأن هذا العمل، أن يقوم القاضى بتكييف العقد المطروح أمامه، لتحديد ما إذا كان يعد العقد عقد مقاولة من الباطن أم عقد عمل. ولهذا التكييف أهمية كبيرة، حيث يترتب عليها نتائج قانونية هامة ــ سنبينها فيما بعد[٢] ــ تختلف باختلاف الأحكام الضابطة لكل من العقدين.

الفرع الثانى
معايير التفرقة بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والمركز القانونى للعامل

احتدم الخلاف فى الفقه والقضاء بشأن معيار التمييز بين المقاول من الباطن والعامل فى سبيل وضع معيار دقيق يفصل بين عقد العمل وعقد المقاولة من الباطن. وبعد تردد الفقه والقضاء لفترة من الزمن، بين عدة معايير[٣] تتفاوت فيما

---

[١] حيث تنص المادة ٦٦٢ مدنى مصرى على أن: (١) " يكون للمقاولين من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به المقاول الأصلى وقت رفع الدعوى ....". (٢) ولهم فى حالة توقيع الحجز تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو المقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة. (٣) وحقوق المقاولين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل.

[٢] راجع ما سوف نوضحه لاحقاً ويتعلق بأهمية التمييز بين عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل، ص١٣٩ ومابعدها.

[٣] هذه الآراء والمعايير قيلت عند التفرقة بين عقد المقاول وعقد العمل، ونفس هذه المعايير يمكن القول بها عند التمييز بين عقد المقاولة من الباطن ــ وهو عقد مقاولة ــ وعقد العمل. وتتلخص هذه المعايير فى الآتى:

الرأى الأول: ذهب إلى أن معيار التفرقة بين عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل، يكمن فى الطريقة التى يتم على أساسها حساب الأجر، فإذا كان الأجر يتم حسابه على أساس من الوقت ــ الشهر أو اليوم أو .. ــــ

= فإن العقد يكون عقد عمل، أما إذا كان الأجر يتم حسابه على أساس من الكمية التى تم إنجازها، فإن العقد يكون عقد مقاولة من الباطن. ولكن هذا الرأى أخذ عليه جعله معيار التمييز أمر غير جوهرى، حيث لا فرق بين عامل يتقاضى أجره على أساس الكمية التى أنجزها أو على أساس الوقت، فكلاهما عامل يعمل تحت إدارة وإشراف رب العمل.

الرأى الثانى: ذهب إلى أن معيار التفرقة بين العقدين، يكون فى فكرة المخاطر، ويقصد بذلك أن العامل لا يتحمل مخاطر المشروع، فسواء حقق المشروع ربحاً أم خسارة، فلا يؤثر ذلك على أجر العامل، أما المقاول من الباطن فيتحمل المخاطر الناشئة عن المشروع. ولكن أخذ على هذا المعيار أن فكرة المخاطر وإن كانت واضحة من الناحية الاقتصادية، إلا أنها غير واضحة من الناحية القانونية.

الرأى الثالث: ميز بين عقدى العمل والمقاولة من الباطن، بأن الأول يضع فيه العامل قوته الإنتاجية تحت تصرف رب العمل مقابل أجر يتقاضاه، أما الثانى فيلتزم المقاول من الباطن بإنجاز عمل معين قبل رب العمل، أى أن العامل يلتزم ببذل عناية، أما المقاول من الباطن فيلتزم بتحقيق نتيجة. ولكن هذا المعيار تعرض للنقد أيضاً من حيث إنه غير حاسم، فالعامل قد يلتزم بتحقيق نتيجة، كما أن المقاول من الباطن قد يلتزم ببذل عناية.

الرأى الرابع: وظهر فى فرنسا ويميز بين عقدى العمل والمقاولة من الباطن، بالطريقة التى يوجه بها الإيجاب للجمهور، فإذا كان موجه لجمهور الناس فإن العقد عقد مقاولة من الباطن، أما إذا كان موجه إلى شخص محدد كان العقد عقد عمل. ولكن هذا المعيار أيضاً تعرض للنقد لأنه غير محدد، فمتى يكون الإيجاب موجه للجمهور؟. كما أنه فى إطار الإيجاب موجه للجمهور قد ينتهى الأمر إلى عقد عمل، مثال ذلك العرض الذى يقدمه الطبيب للجمهور فإنه ينتهى به الأمر إلى التعاقد مع مريض. الرأى الرابع ويرى معالجة للإنتقادات التى وجهت للآراء السابقة، أن ما يميز عقد العمل عن عقد المقاولة من الباطن، هو رابطة الدوام والاستمرار، التى يتميز بها عقد العمل ولا مثيل لها فى عقد المقاولة من الباطن، إلا أن هذا المعيار لتعرض لنقد من ناحية أنه عاجز عن إقامة تفرقة واضحة ودقيقة بين عقد العمل وعقد المقاولة من الباطن.

انظر فى عرض الآراء السابقة ومناقشتها ونقدها، حتى استقر الفقه والقضاء على معيار التبعية القانونية المراجع الآتية فى الفقه المصرى د ــ محمد لبيب شنب ــ شرح قانون العمل ــ دار النهضة العربية ــ ١٩٦٤، بند ٤١ ص ٥٥ وما بعدها. د ــ محمد عمران ــ الوسيط فى شرح أحكام قانون العمل ــ ١٩٧٩ ــ ١٩٨٠ ــ مطبعة عين شمس ــ ص ٥٤ وما بعدها، د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ٢٠ ــ ص ٥٢ وما بعدها. د ــ حسن كيرة ــ أصول قانون العمل ــ ط ٣ ــ ١٩٧٩ ــ فقرة (٨٢) ص ١٦٤ وما بعدها . د ــ عبد الرازق السنهورى ــ الوسيط فى شرح قانون العمل ــ دار التراث العربى ــ ١٩٧٣ ــ ص ٨ وما بعدها. د ــ حمدى عبد الرحمن ــ قانون العمل ــ ١٩٧٦ ص ٥٨ وما بعدها. أ./ سعد عبد السلام حبيب المحامى ــ شرح عقد العمل فى القانون الموحد ــ ط ١٩٥٩ ــ بند ٦ ــ ص ١٦٠ ــ هامش ٤ بها.

ومن الفقه الفرنسى:

Durand et witu, DROIT DU Trauail, T, 11, No. 133, 134, 135

بينها بين الضيق والسعة، استقر الرأى فى الفقه والقضاء سواء فى مصر أو فرنسا منذ زمن على اعتماد معيار التبعية القانونية[١] كأساس للتفرقة بين عقد المقاولة من الباطن ــ وهو عقد مقاولة ــ وعقد العمل، فبينما يقوم عقد العمل على أساس وجود رابطة التبعية القانونية، فإن عقد المقاولة من الباطن يقوم على أساس إنتفائها، فيكون العقد عقد عمل إذا كانت هناك علاقة تبعية قانونية بين المقاول الأصلى ومن يتعاقد معه، ويكون العقد الذى يبرمه المقاول الأصلى عقد مقاولة من الباطن إذا انتفت هذه العلاقة بينه وبين من يتعاقد معه. فالمقاول من الباطن يعمل على استقلال عن المقاول الأصلى من جانب ولا تربطه علاقة تبعية برب العمل من جانب آخر.

ويقصد بالتبعية القانونية[٢] هيمنة رب العمل، على العامل أثناء تنفيذ الأخير للعقد، فهذه التبعية نوع من السلطة تكون لرب العمل على العامل، وتخول للأول الحق فى توجيه ما يؤدى له من خدمات، بحيث يقوم العامل بأداء ما هو مكلف به تحت إدارة وإشراف ورقابة رب العمل، بحيث يكون العامل تابعاً لرب العمل، وخاضعاً لرقابته وإشرافه، خضوعاً تامًّا من الناحية القانونية[٣].

ويرجع مصدر تبعية العامل لرب العمل، وحق الأخير فى الإشراف عليه وتوجيهه ورقابته، إلى حقه فى الاستفادة من مجهود العامل الاستفادة القصوى التى تحقق صالحه[٤]، لذا فإن رب العمل يدير مجهود العامل خلال مدة العقد، ويشرف عليه ويوجهه ويراقبه، ليتحقق من قيامه بالعمل على خير وجه يرتضيه[٥].

أما بالنسبة للمقاول من الباطن فهو فى مركز قانونى مختلف عن العامل، حيث لا يخضع فى أداء ما هو مكلف به لرب العمل، وليس لهذا الأخير الحق فى

---

(١) نفس المراجع المشار إليها فى الهامش السابق، بنفس الصفحات والإشارات.

(٢) د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦ وما بعدها، د ــ عبد الرازق يسن ــ المرجع السابق ــ ص ٩٤، د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال محمد إبراهيم ــ الوجيز فى مصادر الالتزام ــ ٢٠٠٠ م ــ ٢٠٠١ م ، ص ٤٠٧، د ــ عبد الرازق السنهورى، المرجع السابق ــ ص ١٢، د ــ محمد عمران ــ المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها.

(٣) د ــ محمد ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ ١٩٩٧ ــ ص ١٠ .

(٤) د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٩٥ .

(٥) حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى القضية رقم ١٩٨٥ ــ ٥٤ عمال كلى فى ١٩٥٥/٣/٢٦ ، مشار إليه فى مرجع الأستاذ/ سعد عبد السلام حبيب ــ المحامى ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٤ .

رقابته وتوجيهه والإشراف عليه، أى لا يكون تابعاً لرب العمل تبعية قانونية بالمفهوم السآبق، بل على العكس من ذلك عقد المقاولة يخول المقاول من الباطن، استقلالاً فنيًا وقانونيًا فى تنفيذه للعمل المتفق عليه. ومن ثم يكون للمقاول من الباطن الحق فى اختيار وسائل تنفيذ العقد ووقت التنفيذ، ما دام جاء عمله مطابقاً لما هو متفق عليه فى عقد المقاولة من الباطن، ومطابقا لما تفرضه الأصول الفنية للتنفيذ.

وتجدر الإشارة إلى أن التبعية القانونية تختلف ضيقاً واتساعاً، بحسب نشاط العامل والعمل المكلف به، وإمكانات رب العمل، وأظهرت التطبيقات العملية لعقود العمل تعدد أنواعها، فمثلا توجد التبعية الفنية ويخضع فيها العامل مباشرة لرب العمل فى الإدارة والإشراف، وهناك التبعية المهنية التى تقتصر على التضييق من حرية العامل فى ممارسة مهنته، كما أن هناك التبعية التنظيمية أو الإدارية والتى لا تمس غير الظروف التى يؤدى فيها العامل عمله[١].

واتفق الفقه[٢] على أن التبعية التنظيمية أو الإدارية، التى تقتصر على مجرد إصدار الأوامر بوجه عام والإشراف والرقابة على تنفيذ هذه الأوامر، تكفى لقيام التبعية القانونية، ذلك لأن استلزام التبعية الفنية وحدها، من شأنه التضييق من مجال عقود العمل، لأن من المتصور عدم إلمام رب العمل بكل الدقائق الفنية والتفصيلات المتعلقة بالعمل[٣].

هذا وقد أخذ التقنين المدنى المصرى بمعيار التبعية القانونية[٤]، للتميز بين عقدى المقاولة ــ سواء كانت من الباطن أم لا ــ وعقد العمل، فقد جاء فى نص

---

[١] د ــ محمود جمال الدين زكى ــ مشكلات المسئولية المدنية ــ الجزء الأول ــ فى ازدواج أو وحدة المسئولية ومسألة الخيرة ــ مطبعة جامعة القاهرة ــ عام ١٩٧٨ ــ بند ١١٧ ــ ص ٤٤٨ .

[٢] د ــ إيهاب حسن إسماعيل ــ قانون العمل ــ ج١ ــ مكتبة القاهرة الحديثة ــ بند ٣٩ ــ ص ٩١ .

[٣] راجع فى ذلك د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٨ ، د ــ محمد عمران ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨ .

[٤] ونود أن نشير إلى أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى، كان به نص يحمل هذا المعنى، حيث نصت المادة ٩٢٣ من المشروع على أن "يتميز عقد العمل عن عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل حق توجيه ما يؤدى له من خدمات، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بالخدمات"، ولكن هذا النص تم حذفه بمعرفة لجنة المراجعة ــ انظر فى ذلك الأعمال التحضيرية للقانون ــ ج ٥ ــ هامش ص ١٠٥ ــ ص ١٠٧ .

المادة ٦٤٦ منه بشأن تعريف عقد المقاولة بأنه "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" كما عرف عقد العمل فى المادة ٦٧٤ منه بأن "عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، كما عرفت المادة ٣٠ من قانون العمل الجديد الصادر برقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ بأنه "العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه لقاء أجر، كما عرف قانون العمل العامل فى مادته الأولى فقرة (أ) بأن "العامل كل شخص طبيعى يعمل لقاء أجر لدى صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه".

وواضح جلى من هذه المواد، أن المشرع أخذ بمعيار التبعية القانونية، للتفرقة بين عقدى المقاولة ــ سواء كانت من الباطن أم لا ــ والعمل، حيث حرص المشرع على إبراز أن العامل يقوم بالعمل تحت إدارة وإشراف رب العمل، فى حين أن تعريف المقاولة قد جاء خالياً من هذه الخاصية، وواضح أيضاً أن المشرع يقيم التفرقة بين العقدين على أساس معيار التبعية وحده، ولا يقيم وزناً لغير ذلك من ظروف العمل أو شروطه فى العقد[١] وخاصة الطريقة التى تتبع فى حساب الأجر، أو المكان الذى يؤدى فيه العمل وغير ذلك من الظروف[٢].

ولقد أخذ القضاء المصرى بهذا المعيار أيضاً، حيث تواترت أحكامه على التفرقة بين المقاول ــ عموماً سواء كان من الباطن أم لا ــ والعامل ، على أساس تبعية العامل القانونية ــ بمفهومها السابق ــ لرب العمل، فى حين أن المقاول يعمل مستقلاً، ولا يخضع لرقابة أو إشراف رب العمل، ولا يتلقى منه تعليمات وتوجيهات

= ويرى أستاذنا الدكتور السنهورى: أن حذف هذا النص، قد يرجع إلى أن تطبيق القواعد العامة قد تغنى عنه. راجع المزيد فى ذلك د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق، ص ١٣، ١٤.

راجع فى مضمون التبعية القانونية (السلطة الفعلية ــ الرقابة والتوجيه) : د ــ محمد محيى الدين إبراهيم سليم ــ أحكام مساءلة المتبوع عن خطأ التابع ــ دراسة مقارنة ــ مجلة البحوث القانونية والإقتصادية التى تصدر عن كلية الحقوق جامعة المنوفية ــ العدد التاسع ــ أبريل ــ عام ١٩٩٦ ــ ص ١٠٠ وما بعدها.

[١] د ــ جمال الدين زكى ــ الوجيز فى قانون العمل ــ ص ١٢ بند ٧١ .

[٢] فى توضيح ذلك راجع د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨ وما بعدها.

إلا إذا قضى العقد بذلك. حيث قضى[١] بأن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين، هما تبعية العامل لرب العمل، وتقاضيه أجراً عن عمله، وذلك وفقاً لمؤدى المادة ٦٧٤ من القانون المدنى والمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢. كما قضى[٢] بأن المناط فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود وهو توافر عنصر التبعية، التى تتمثل فى خضوعه لرب العمل وإشرافه ورقابته، وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من القانون المدنى المصرى، ويكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورة التبعية التنظيمية أو الإدارية.

هذا وقد اتخذت هيئة التحكيم أيضاً معيار التبعية القانونية للتمييز بين عقدى العمل والمقاولة، حيث انتهت[٣] إلى أن العقد المنظور أمامها يعتبر عقد عمل وليس عقد مقاولة، حيث إنه ثبت لديها أن رب العمل يشرف إشرافاً كاملاً على العمال، ويراقب حسن أدائهم لعملهم، مما تتوافر معه عنصر تبعية العمال القانونية لرب العمل، هذه التبعية التى تعتبر من أهم خصائص عقد العمل.

ونخلص مما تقدم إلى أن المقاول الأصلى إذا أبرم عقداً، وكان الطرف الآخر تابعاً له التبعية القانونية بمفهومها السابق، وبأحد مظاهرها المختلفة ــ الإشراف أو الرقابة أو التوجيه أو الإدارة ــ فإن العقد يعتبر عقد عمل، والطرف الآخر يكون عاملاً. أما إذا كان العقد الذى أبرمه المقاول الأصلى، والذى يوكل بمقتضاه تنفيذ العمل كله أو جزء منه إلى الطرف الآخر، ويخول لهذا الطرف الحق فى أن يعمل مستقلاً فى أداء الالتزام محل العقد، ولا يخضع لرقابة أو إشراف المقاول الأصلى، أى لا يكون تابعاً تبعية قانونية، ففى هذه الحالة يكون العقد الذى أبرمه المقاول الأصلى عقد مقاولة من الباطن، والطرف الآخر مقاول من الباطن.

---

(١) نقض مدنى مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ٣٦ ص ٣٧٠ .
انظر أيضا تأكيد على نفس المبدأ، طعن رقم ٣٨ لسنة ٣٣ ق بجلسة ١٩٧٢/٢/٢٣ ــ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ــ العدد الأول س ٣٢٣، نقض مدنى فى ١٩٧٧/١/٣١ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ رقم ٦٦ ص ٣٢٢ .

(٢) وأيدت محكمة النقض ما انتهت إليه هيئة التحكيم فى جلسة ٤ إبريل ١٩٥٧ ــ مجموعة أحكام النقض السنة الثامنة ص ٢٧٠ رقم ٣٦.

(٣) هيئة تحكيم القاهرة فى ١٨ يونيو ١٩٥٣ ــ المحاماة لسنة ٣٤ رقم ٢٠٣ ص ٣٢٥. المؤيد بحكم محكمة النقض بجلسة ٤ إبريل سنة ١٩٥٤ سبق الإشارة إليها.

وبالرغم من أن المقاول الأصلى، طرف فى كل من العقدين، إلا أن الآثار القانونية المترتبة على عقد المقاولة من الباطن، تختلف عن تلك التى تترتب على عقد العمل، مما يستتبع اختلاف ما يخضع له المقاول من الباطن ــ الطرف الثانى فى عقد المقاولة من الباطن ــ من أحكام، عما يخضع له العامل ــ الطرف الثانى فى عقد العمل ــ من أحكام، لذا فإن معرفة ما إذا كان العقد المبرم مع المقاول الأصلى، عقد مقاولة من الباطن، أم عقد عمل، له أهمية كبيرة سنوضحها حالاً.

الفرع الثالث
أهمية التمييز بين عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل

للتمييز بين عقدى المقاولة من الباطن والعمل أهمية كبيرة، وتبدو أهمية التمييز بين العقدين فى إبراز الأحكام القانونية التى يخضع لها المقاول من الباطن، والتى تختلف عن تلك التى يخضع لها العامل، حتى لا يختلط المركز القانونى للمقاول من الباطن بالمركز القانونى للعامل وتبدو أهمية وفوائد التمييز بينهما من عدة نواح[١]:

١ ــ يعتبر العامل تابعاً للمقاول الأصلى ــ باعتبار الأخير بمثابة رب عمل ــ، وبالتالى يلتزم المقاول الأصلى بتحمل الأضرار التى يحدثها العامل للغير بفعله غير المشروع، مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه[٢]، متى وقع منه

---

(١) أبرز معظم الفقه فوائد وأهمية التمييز بين عقدى المقاولة والعمل، وما قاله الفقه فى هذا الشأن، يمكن اعتبارها فوائد للتميز أيضاً بين عقد المقاولة من الباطن ــ حيث إنه بثك شك عقد مقاولة ــ وعقد العمل المبرم مع المقاول الأصلى، وذلك فى الحدود التى لا تؤثر على ما قد يكون للمقاول من الباطن من أحكام خاصة. راجع فى الفقه الذى أبرز أهمية التمييز بين عقدى المقاولة والعمل . د- لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥ ، وما بعدها ــ هامش ٢. د ــ نبيلة رسلان ــ عقد المقاولة ــ ١٩٩٧، ص ٢٦ وما بعدها. د ــ حمد عبد العال أبو قرين ــ الأحكام العامة لعقد المقاولة ــ الطبعة الأولى ٢٠٠٢ ــ ٢٠٠٣ دار النهضة العربية ــ ص ١٧ وما بعدها د ــ سعيد سعد عبد السلام ــ الوجيز فى العقود المدنية المسماة مقاولة وبيع ١٩٩٩ ــ دار النهضة العربية ص ٢١ وما بعدها. م. فتيحة قرة ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠ وما بعدها، د ــ محمد ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ ١٩٩٧ ص ١١ وما بعدها.

(٢) حيث تنص المادة ١٧٤ من القانون المدنى المصرى على أن "يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بفعله غير المشروع، متى كان واقعاً منه حالة تأدية وظيفته أو بسببها". راجع لمزيد من التفاصيل حول أساس مسئولية المتبوع عن عمل التابع : د ــ محمد محيى الدين إبراهيم سليم ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥ وما بعدها.

هذا الفعل حال تأدية وظيفته أو بسببها، حتى إذا كان رب العمل ــ المتعاقد مع المقاول الأصلى ــ هو المضرور بفعل العامل غير المشروع. أما المقاول من الباطن، فنظراً لأنه يعمل مستقلاً، وغير تابع لرب العمل، فيكون هو وحده المسئول عن أفعاله الضارة، حتى لو كان للمقاول الأصلى حق الإشراف البسيط عليه لضمان حسن سير العمل، إلا إذا كان المقاول الأصلى قد ارتكب خطأ شخصيًا، أو كان قد احتفظ لنفسه بحق الإشراف من الناحية الفنية، وفرض أوامره وتعليماته على المقاول من الباطن.

وبالرغم من أن القواعد العامة تقضى بمسئولية المقاول من الباطن عن أفعاله الضارة، تجاه الغير، ولا يكون المقاول الأصلى مسئولاً، إلا أن هذا الأخير يكون مسئولاً[١]، تجاه رب العمل عن تنفيذ المقاول من الباطن للعمل، إلا أن هذه المسئولية ليست مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة لاستقلال المقاول من الباطن فى تنفيذ عمله عن المقاول الأصلى، بل إنها مسئولية عقدية ــ باتفاق الفقه ــ عن فعل الغير[٢].

٢ ــ إذا كان العمل متعلقا بشىء، وهلك هذا الشىء بسبب أجنبى، ففى عقد المقاولة من الباطن، ليس للمقاول من الباطن أن يطالب المقاول الأصلى لا بأجره ولا برد نفقاته[٣]. أما فى عقد العمل فيمكن للعامل مطالبة المقاول الأصلى، بأجره بالرغم من هلاك الشىء[٤].

٣ ــ الدعاوى الناشئة عن عقد العمل تسقط بانقضاء سنة من وقت انتهاء العقد[٥]، كما تسقط حقوق العمال فى الأجر بمضى سنة على استحقاقها إذا كان العقد ما يزال قائماً. أما الدعاوى الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن، وخاصة

---

(١) انظر فى طبيعة هذه المسئولية وحدودها ونطاقها، ما سوف نبينه لاحقا، فى الباب الثانى.

(٢) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٧٧ .

(٣) انظر المادة ٦٦٥ الفقرة الأولى من القانون المدنى المصرى، حيث تنص على "إذا هلك الشىء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا يرد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها.

(٤) راجع فى ذلك د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥ ــ هامش ٢ د ــ إيهاب إسماعيل ــ الوجيز فى قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، ج ١ ، عقد العمل ــ طبعة ١٩٧٦، ص ٨٣.

(٥) انظر فى ذلك نص المادة ٦٩٨ مدنى مصرى "تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد.

المتعلقة بالمطالبة بالأجر، فتسقط طبقاً للقواعد العامة بمضى خمس عشرة سنة[١]، إذا كان المقاول من الباطن من أصحاب المهن الحرة كالمحامى أو الصيدلى أو الطبيب، ففى هذه الحالة فإن حقوقه تتقاوم بخمس سنوات[٢].

٤ ــ ينفسخ عقد العمل بقوة القانون بوفاة العامل[٣]. أما فى عقد المقاولة من الباطن فلا ينقضى ــ بوفاة المقاول من الباطن ــ من تلقاء نفسه، إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى التعاقد[٤].

٥ ــ لا يتمتع المقاول من الباطن بما يتمتع به العامل، من المزايا والرعاية المقررة فى القوانين والقرارات الخاصة بالتأمينات الاجتماعية، وكذلك القواعد المتعلقة توضح حدًّا أدنى للأجور وتلك المتعلقة بالإجازات وأوقات الراحة، وغيرها من القواعد التى تحمى العامل، والتى وردت فى تشريعات العمل المختلفة[٥]، وآخرها القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣. مع ملاحظة أنه يجوز لوزير العمل أن تقدر استفادة المقاولين ــ فمنهم المقاولين من الباطن ــ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الخاص بالتأمينات الاجتماعية، وذلك تطبيقاً للمادة الثانية منه.

٦ ــ تختلف قواعد إنهاء العقد بالإرادة المنفردة فى عقد المقاولة من الباطن، عنها فى عقد العمل[٦].

---

(١) راجع فى ذلك نص المادة ٣٧٤ مدنى مصرى "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشر سنة فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية".

(٢) راجع فى ذلك المادة ٣٧٦ مدنى مصرى "تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم عما أدوه من أعمال مهنتهم وتكبدوه من مصروفات".

(٣) راجع فى ذلك م ٦٩٧، مدنى مصرى، حيث تنص على أن لا ينفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل ما لم تكن شخصيته قد روعيت فى إبرام العقد، ولكن ينفسخ العقد بوفاة العامل".

(٤) راجع فى ذلك المادة ٦٦٦ مدنى مصرى "ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد. فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه".

(٥) ويرى أستاذنا الدكتور عبد الرازق السنهورى معلقاً على عدم تمتع المقاول من الباطن بما يتمتع به العامل، بأن المقاول ــ سواء كان من الباطن أم لا ــ يدفع ثمن استقلاله عن رب العمل.

(٦) راجع فى ذلك المادة ٦٩٤ الفقرة الثانية، حيث تنص على "فإن لم يتعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر. ويجب فى استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار وطريقة الاخطار ومدته تبينهما القوانين الخاصة.. راجع فى ذلك

٧ ــ يجوز للمقاول من الباطن فى سبيل تنفيذه لعقد المقاولة من الباطن، أن يبرم ــ هو الآخر ــ عقد مقاولة من الباطن، وذلك إذا لم يمنعه شرط فى العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد كفايته الشخصية[١]. وبالتالى يجوز له أن يحل غيره محله فى تنفيذ عقد المقاولة من الباطن. أما فى عقد العمل المبرم بين المقاول الأصلى والعامل، فلا يجوز للعامل أن يحل غيره محله فى تنفيذ العقد[٢]، فلا يوجد ما يسمى بعقد العمل من الباطن.

٨ ــ يترتب على تبعية العقد من الباطن، للعقد الأصلى، وأن هذا الأخير ليس فقط شرطا لوجود العقد من الباطن، بل إنه شرط لبقائه[٣]، إنه إذا زال عقد المقاولة الأصلى أى قضى بفسخة أو بطلانه، بطل عقد المقاولة من الباطن. وهذا المبدأ مستقر قضاءً[٤]. فى حين أنه لا يوجد تأثير لبطلان، أو فسخ عقد المقاولة الأصلى على عقد العمل[٥] المبرم مع المقاول الأصلى.

=أيضاً المادة ٧٢ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، وكذا المادتين ١٠٤، ١١٠ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ . راجع فى ذلك: د ــ محمد محمد أبو زيد ــ بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة (الإيدز) ــ مطبوعات جامعة الكويت ــ ١٩٩٦ ــ ص ١٢٦ وما بعدها. حيث يعرض سيادته لأثر الإصابة بالإيدز على علاقات العمل سواء فى مرحلة إبرام عقد العمل أو فى مرحلة تنفيذه.

(١) راجع فى ذلك نص المادة ٦٦١ مدنى مصرى، حيث تبين أن الأصل فى التقاول من الباطن المشروعية، والحظر هو الاستثناء، راجع فى هذا البحث الجزء الخاص بالمشروعية، ولم ينكر أحد من الفقه على المقاول من الباطن حقه فى ذلك، ما دام لم تتوافر أحد حالات الحظر.

(٢) تنص المادة ٦٨٥ مدنى مصرى على أن " يجب على العامل (أ) أن يؤدى العمل بنفسه، وأن يبذل فى تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد. راجع التعليق على هذا النص. د ــ محمد عمران ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦ حيث يرى سيادته أن هذه القاعدة ــ عدم جواز أن يحل العامل غيره فى تنفيذ عمله ــ ليست من النظام العام، وبالتالى يجوز للعامل والمقاول الأصلى ــ باعتباره رب العمل ــ الاتفاق على مخالفتها، ومن ثم يجوز للعامل بالاتفاق مع هذا الأخير أن يحل غيره محله فى تنفيذ التزامه. ونود أن ننوه أن حق المقاول من الباطن هو حق له مشروع كقاعدة يمارسه وقتما شاء، دون الإتفاق مع المقاول الأصلى أو الحصول على موافقته.

(٣) انظر فى ذلك د ــ حسن حسين البرواى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٦.

(٤) خاصة فى عقود الايجار من الباطن "عقود المقاولة من الباطن" راجع فى ذلك نقض مدنى فى ٢٤ فبراير ١٩٩٤ ــ الطعن ٣٥٨١ لسنة ٥٨ قضائية ــ مجموعة أحكام المكتب الفنى ــ ص ٤٢ .

(٥) حدد القانون المدنى وقوانين العمل طرق إنهاء عقد العمل، ويستخلص منها أنه فى حالة بطلان عقد المقاولة الأصلى، فلن يستطيع المقاول الأصلى تمكين العامل من القيام بعمله، وفى هذه الحالة يجوز للعامل طلب فسخ عقد العمل وفقاً لأحكام المادة ٧٦ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ والمادة ١١٢ من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، كما أن للمقاول الأصلى ــ بصفته رب عمل ــ بإرادته

واستناداً على ما تقدم فإنه يمكن القول ــ وبحق ــ إن المركز القانونى للعامل جد مختلف عن المركز القانونى للمقاول من الباطن، ويتفرع عن ذلك اختلاف كبير بين التزامات كل منهما. ومع ثبوت هذا الاختلاف فإن التزامات المقاول من الباطن المترتبة على تميز مركزه القانونى عن مركز العامل تبرز هذا المركز فى مواجهة المركز القانونى للعامل. بحيث يكون الخلط بينهما نادر الحدوث خاصة مع استقرار معيار التمييز بينهما فقهاً وقضاء بل وتشريعاً وذلك من خلال تعريف العامل. وتعريف المشرع أيضاً للمقاول من الباطن.

المطلب الرابع
التمييز بين المركز القانونى
للمقاول من الباطن والوكيل

عرض وتقسيم:

لا شك أن التمييز بين المركز القانونى لكل من المقاول من الباطن والوكيل، يبدو على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة، انطلاقاً من أن الوكيل العادى سواء كانت وكالته مكشوفة أو مستترة، ينتهى دوره بمجرد تكوين الرابطة العقدية، ويبقى الحال بالنسبة للمقاول من الباطن حيث إنه يظل على مسرح التعاقد إلى حين تنفيذ العقد، هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، إذا كان الفقه والقضاء قد اختلفا بشأن مدى اعتبار المقاول من الباطن طرفاً فى الأسرة العقدية، إلا أن إجماع الفقه والقضاء على أن الوكيل العادى لا يعد هكذا.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: أوجه الشبه بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والوكيل.

الفرع الثانى: معيار التمييز.

= المنفردة فى حالات معينة أن يطلب من العامل القيام بعمل معين، ويختلف عن العمل المتفق عليه ــ العمل محل عقد المقاول الأصلى ــ فإذا لم تتوافر إحدى هذه الحالات جاز للعامل فسخ العقد. راجع فى ذلك د ــ محمد عمران ــ المرجع السابق ص ١١٣ وما بعدها.

الفرع الأول
أوجه الشبه[١]

كل من عقد المقاولة من الباطن وعقد الوكالة، اللذان يبرمهما المقاول الأصلى مع شخص آخر، يرد على العمل ــ محل الالتزام فيه أداء عمل ــ فكل من المقاول من الباطن والوكيل يؤدى عملاً لمصلحة الغير.

ولتحديد شخص المقاول من الباطن، يجب التمييز بين عقدى الوكالة والمقاولة من الباطن.

الفرع الثانى
معيار التمييز

عرض وتقسيم:

وإذا كان الجامع بين العقدين أن محل الالتزام فى كل منهما أداء عمل، وأن هذا العمل يقوم به المقاول من الباطن أو الوكيل لمصلحة الغير، وهو المقاول الأصلى فى هذا الغرض. فإن الفقه والقضاء[٢]، يجمعان على أن الذى يميز بينهما أمران: أحدهما موضوعى والآخر شخصى.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين:

الغصن الأول: المعيار الموضوعى.

الغصن الثانى: المعيار الشخصى.

---

(١) وإذا كان الفقه والقضاء قد أقاما هذا التمييز بين عقدى المقاولة والوكالة، إلا أن نفس هذه المعايير تنطبق ــ بلا شك ــ للتمييز بين العقدين الذى يبرمهما المقاول الأصلى مع المقاول من الباطن أوالوكيل، حيث يعد عقده مع الأول مقاولة وعقده مع الثانى عقد وكالة. راجع فى الفقه الذى يميز بين عقدى المقاولة والوكالة د. عبد الرازق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السابع ــ المجلد الاول ــ العقود الواردة على العمل ــ طبعة ٢٠٠٤ ــ مرجع سبق ذكرة ــ بند ٩ ص ١٦ وما بعدها. د. محمد ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢. د. محمد لبيب شنب ــ شرح أحكام عقد المقاولة ــ الطبعة الثانية ــ عام ٢٠٠٤ ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٩ وما بعدها. د. عبد الرازق حسين يس ــ المرجع السابق ص ٩٨ د. قدرى الشهاوى ــ المرجع السابق ص ٢٩ وما بعدها د. أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ص ١٦. م. فتيحة قرة ــ المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها. أ ــ عبد الرحيم عنبر ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦ وما بعدها. د ــ محمد عبد الظاهر حسين ــ المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٣ ــ ص ٥٧ وما بعدها. راجع أيضاً من الفقه الفرنسى وعلى سبيل المثال:
Mazeaud, Cantract d' enterprise Enecycl-D, 1979, T,3, n°.1.

(٢) راجع جميع المراجع السابق الإشارة إليها فى هامش ١.

الغصن الأول

المعيار الموضوعى

هذا المعيار يتعلق بالعمل، محل الالتزام بالعقد، فإذا كان العمل المطلوب أداؤه لصالح المقاول الأصلى عملا ماديا، كان العقد مقاولة من الباطن، وكان المتعاقد مع المقاول الأصلى مقاولاً من الباطن. أما إذا كان العمل المطلوب أداؤه عملاً قانونيًا[١]، فإن العقد عقد وكالة، والمتعاقد مع المقاول الأصلى يكون وكيلاً.

الغصن الثانى

المعيار الشخصى

أساس هذا المعيار هو فكرة النيابة، أى قيام الصفة التمثيلية فى عقد الوكالة وتخلفها فى عقد المقاولة من الباطن، أى أن الوكيل يمثل المقاول الأصلى عند أدائه العمل محل عقد الوكالة، أما المقاول من الباطن فلا يمثله. صحيح أن كلاً من المقاول من الباطن والوكيل يقوم بالعمل لحساب المقاول الأصلى، إلا أن المقاول من الباطن يقوم بالعمل لحساب المقاول الأصلى وليس باسم المقاول الأصلى، كما أن المقاول من الباطن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عما يبرمه من تصرفات مع الغير، حيث تتصرف آثارها إليه وحده. أما الوكيل، فإنه يقوم بالعمل المتفق عليه لحساب ــ الموكل ــ المقاول الأصلى وباسمه فى الغالب من الأحوال[٢]، وتتصرف آثار العمل إلى هذا الأخير، ويختفى الوكيل بأثر رجعى.

---

(١) انظر المادة ٦٩٦ من القانون المدنى المصرى حيث تنص على الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل.

(٢) حيث يجوز فى بعض أنواع الوكالة، أن يتعاقد الوكيل باسمه الشخصى، كما يحدث فى الوكالة بالعمولة أو التعاقد باسم مستعار، أو النيابة بالتسخير. وسواء كان الوكيل العادى قد تعامل مع الغير باسمه الشخصى أو باسم الموكل ففى الحالتين تتصرف ثمار العقد فى ذمة الموكل مباشرة. راجع فى عرض ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١١٤ وما بعدها. راجع أيضاً د ــ عبد العزيز المرسى ــ التعاقد باسم مستعار ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٩ ص ٣ وما بعدها د ــ عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٢٠٨ ص ٣٤١. راجع أيضا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث جاء فيها: "يجب أن يعمل الوكيل دائماً لحساب الموكل. والأصل أن يعمل أيضاً باسم الموكل، إلا إذا أبيح له أن يعمل باسمه

ومعنى ذلك أن الوكيل العادى يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى دون الموضوعى[١] "بعكس الحال بالنسبة للمقاول من الباطن حيث إنه يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلىوكذا الطرف بالمفهوم الموضوعى"[٢].

مما تقدم يتضح، أن العقد الذى يبرمه المقاول الأصلى فى سبيل تنفيذه عقد المقاولة مع الغير، ويكون الأداء المطلوب من هذا الأخير القيام بأعمال قانونية، بحيث يقوم بها بصفته ممثلاً للمقاول الأصلى ونائباً عنه، فإن هذا العقد هو عقد وكالة، والمتعاقد مع المقاول الأصلى وكيل. إما إذا كان محل العقد المبرم مع المقاول الأصلى، عملاً ماديًا، ويؤديه المتعاقد معه باستقلال، وليس بصفته وكيلاً أو نائباً عن المقاول الأصلى، فإن العقد المبرم مع هذا الأخير يعد عقد مقاولة من الباطن، والمتعاقد مع المقاول الأصلى مقاول من الباطن.

إن التمييز بين عقد المقاولة من الباطن وعقد الوكالة واضح، إلا أنه هناك حالات يكلف فيها المقاول الأصلى شخصاً واحداً، وبمقتضى عقد واحد، بالقيام بأعمال قانونية و بأعمال مادية.

ونرى مع الفقه، أنه فى مثل هذه الحالات، إذا أمكن الفصل بين نوعى الأعمال، فليس هناك ما يمنع من اعتبار الشخص المتعاقد مع المقاول الأصلى مقاولاً من الباطن فيما يتعلق بقيامه بالأعمال المادية، ووكيلاً عنه قيامه بالأعمال القانونية. وتطبق عليه أحكام عقدى المقاولة من الباطن والوكالة، كل فى نطاقه الخاص[٣]، انطلاقاً من أنه ليس هناك ما يمنع من الناحية القانونية والعملية دون اجتماع أكثر من صفة فى شخص واحد.

=الشخصى فيكون فى هذه الحالة اسماً مستعاراً وهو فى الحالتين وكيل". مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ــ ص ١٩١.

(١) راجع فى ذلك فى هذا البحث ما سوف نوضحه لاحقاً بشأن الطرف بالمفهوم الشكلى، ص ٦١٨ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك فى هذا البحث ما سوف نوضحه لاحقاً بشأن الطرف بالمفهوم الموضوعى، ص ٦٢٨ ومابعدها.

(٣) د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ٢٤ ــ ص ٤٠، ص ٤١ . د. عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٥ ــ ص ١٨، ١٩.

أما إذا اختلطت الأعمال محل العقد الأصلى، بحيث تعذر الفصل بين الأعمال المادية والأعمال القانونية، ومن ثم أصبح من العسير تحديد نطاق كل منهما. فنرى مع غالبية الفقه[١]، تكييف هذه الأعمال تكييفاً موحداً وفقاً للصفة الغالبة فيها، فيعتبر العقد مقاولة من الباطن إذا كان عنصر النشاط المادى هو الغالب، ويعد وكالة إذا كان العنصر الغالب هو العمل القانونى. والبحث فى التمييز بين عقد المقاولة من الباطن وعقد الوكالة، يجرنا إلى البحث فى الوقوف على طبيعة بعض العقود التى يبرمها المقاول الأصلى فى سبيل تنفيذه لعقد المقاولة، وخاصة تلك التى يبرمها مع أصحاب المهن الحرة مثل المهندس المعمارى، والمحامى.

أولا: العقد المبرم بين المقاول الأصلى والمهندس المعمارى:

قد يكون الأداء المطلوب من المقاول الأصلى فى عقد المقاولة، تشييد بناء، أو ترميم مبنى قائم أو إضافة أدوار إليه أو إدخال تعديلات عليه، وقد يلجأ فى سبيل تنفيذه لهذا العمل إلى مهندس معمارى، تكون مهمته وضع الرسومات أو المقاييسات اللازمة لإقامة البناء، أو ترميمه، وقد يكلفه أيضاً بالإشراف على تنفيذها. وهذا يثير التساؤل حول الطبيعة القانونية للعقد الذى يبرمه مع المهندس المعمارى؟ وقد أثارت الإجابة عن هذا التساؤل خلافاً حادًا فى الفقه والقضاء فذهب فريق[٢] منهم إلى تكييف هذا العقد بأنه يعتبر عقد وكالة، ومن ثم فإنه يخضع لأحكام عقد الوكالة، من ناحية ارتباط المقاول الأصلى بالعقود التى يبرمها المهندس المعمارى، والتزامه بالحساب الذى يجريه مع العمال أو المقاولين ــ الذين قد يتعاقد المهندس معهم ــ من الباطن، وحق المحاكم فى مراجعة الأجر المتفق عليه بين المقاول الأصلى والمهندس المعمارى.

---

(١) د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٤١، أ. عبد الرحيم عنبر ــ المرجع السابق ــ بند ١٦، ص ٣٠، د. نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ بند ١٣ ــ ص ٢٩.

(٢) إلى هذا الرأى يذهب الرأى الغالب فى القضاء الفرنسى يؤيده بعض الفقه. راجع فى عرض ذلك د ــ محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص٤١ ومابعدها وراجع ما أشار إليه من مراجع وأحكام فرنسية هامش ٤ ص ٤١ ومابعدها.

وذهب جانب ثانٍ من الفقه[١] والقضاء[٢] إلى أن العقد الذى يبرمه المقاول الأصلى مع المهندس المعمارى ليس ــ بحسب الأصل ــ من طبيعة عقد الوكالة؛ لأن مهمة المهندس ــ بحسب طبيعتها ــ هى مهمة مادية خالصة. حيث تتمثل أعماله المادية فى وضع التصميمات، وعمل المقايسات، وعمل الرسومات، والخرائط المساحية، والإشراف على تنفيذ هذه الأعمال. صحيح أن هذه الأعمال المادية يغلب فيها جانب الفكر والعقل، إلا أن هذا لا يمنع من اعتبارها أعمالاً مادية

---

(١) انظر فى عرض ذلك ومناقشته د. عبد الرازق حسين يس ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٠ وما بعدها وكذا المراجع الذى أشار إليها فى هامش ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥، ٢٦، ٢٧. ونود أن ننوه، إلى أن ما عرضه الدكتور عبد الرازق يس، يتعلق بالعقد الذى يبرمه رب العمل مع المهندس المعمارى. إلا أن نفس الأحكام يمكن تطبيقها ــ بلا شك ــ على العقد المبرم بين المقاول الأصلى ــ حيث يعتبر رب عمل ــ وبين المهندس المعمارى.

(٢) من الفقه المصرى د. محمد كامل مرسى ــ العقود المسماه ــ جـ٤ ــ بند ٥٧١ ــ ص ٤٧٦ وما بعدها. د. محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ٢٦ ــ ص ٤٢ د. عبد الرازق السنهورى ــ =المرجع السابق ــ ص١٩ . د. قدرى الشهاوى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥ وما بعدها. د. ناجى ياقوت المرجع السابق ــ ص ١٣ وما بعدها. د. نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ بند ١٤ ــ ص ٣١. حيث ترى سيادتها ــ وبحق ــ أن السبب فى إثارة الجدل حول ما إذا كان عمل المهندس المعمارى من قبيل الأعمال المادية، أم من قبيل الأعمال القانونية، هو أن أعمال المهندس يغلب عليها جانب الفكر وأعمال الذهن. د. محمد شكرى سرور ــ مسئولية مهندسى ومقاولى البناء فى المنشآت الثابتة ــ دار الفكر العربى ــ عام ١٩٨٥ ــ ص ٢١ وما بعدها. ومن الفقه الفرنسى: مينفيل ــ فى رسالته ــ بند ٩٣، ٩٤ ــ ص ٦٢ وما بعدها، نريكمونت:

" La Responsabilité des architectes et entpreneurs en droit lelge at droit Francais. Brurelle-Paris 1965.

انظر فى القضاء المصرى على سبيل المثال الأحكام الآتية: حكم محكمة النقض فى ١٩ مارس سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ــ س ١٨ ــ ق ١٠٦ ــ ص ٦٨٨ وما بعدها . الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٣٣ فى ١٩٦٧/٥/١٦ ــ س ١٨ ــ ق ١٥٠ ــ ص ١٠٠٥ وما بعدها. نقد مدنى ١٤٩ فى ١٩٧٣/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض ــ س ٢٤ ــ ص ١١٤٠ وما بعدها ــ منشور فى المجموعة الذهبية قاعدة ٤٤٤ ــ ص ٢١٠. ج٩ ــ انظر فى القضاء الفرنسى ــ نقض مدنى فى ١٦ مارس ١٩٠٤ ــ دالوز ــ ١٩٠٥ ــ ١/٣٥٢ ، ٢ نوفمبر ١٩٢٦ ــ دالوز ، ١٩٢٧ ــ ١/٧٧ ، ٢١ يناير ١٩٦٣ ــ جازيت دى باليه ــ تعليق دوسيه ــ محكمة استئناف ــ بارس فى ٢٥ من أكتوبر ١٩٧١ ــ جازيت دى باليه ١٩٧٢ ــ ١ ــ مختصر ص ٢٥. مشار إلى هذه المراجع بمرجع د. عبد الرازق يس ــ ص ١٠١وما بعدها ــ هامش ٢٨ وما بعدها .

ليست تصرفات قانونية. فضلاً عن ذلك، فإن المهندس المعمـــارى إذ يقـــوم بهـــذه الأعمال، وبالرغم من كونه يقوم بها لحساب المقاول الأصلى، إلا أنه يعمل مســـتقلاً عنه، فالمهندس المعمارى يعمل باسمه الخاص، وليس بصفته ممثلاً أو نائبـــاً عـــن المقاول الأصلى.

ولما كان المهندس المعمارى يؤدى أعمالاً من قبيل الأعمال المادية، ويعمل مستقلاً عن المقاول الأصلى، دون أن يخضع لإشراف هذا الأخير أو رقابته، ولـــم يكن المهندس المعمارى فى قيامه بهذه الأعمال ممثلاً أو نائباً عن المقاول الأصلى. فإن العقد الذى يربط بينهما ـــ وفقا للمعايير السابقة ـــ لا يمكن أن يكـــون إلا عقـــد مقاولة من الباطن، والمهندس المعمارى يكون والحال هكذا مقاولاً من الباطن.

ويؤيد ما سبق أن المشرع المصرى، قد أورد القواعد الخاصة بالمهنـــدس المعمارى ضمن أحكام عقد المقاولة[١]، مما يؤكد أن المشرع اعتبر عمل المهنـــدس المعمارى من قبيل الأعمال المادية للمقاولات، ويندرج تحت صورها.

وقد أكد أيضاً المشرع الفرنسى[٢] الرأى الغالب فى الفقه والقضاء، عنـــدما عدل المادة ١٧٧٩ من المجموعة المدنية الفرنسية، التى تعدد المظـــاهر الإنتاجيـــة لعقد المقاولة، فأضاف إليها فقرة ثالثة، بمقتضاها أضاف إلى التعداد السابق، عقود المهندسين المعماريين ومقاولى البناء.

وإذا كان المهندس المعمارى ـــ كما سبق أن أوضحنا ـــ فى قيامه بالأعمال التى كلفه بها المقاول الأصلى، يعتبر مقاولاً من الباطن. إلا أن بعض الفقه[٣] يـــرى أنه لا يجوز له أن يقاول من الباطن إلا فى الأعمال الخاصة بالتنفيذ المادى للبنـــاء، أما ما يتعلق بالمهام التى يتولاها وتتعلق بما يقدمه من خدمات ذهنيـــة أو معنويـــة، كوضع الرسوم والتصميمات الهندسية فيجب عليه القيام بها بنفســـه، ولا يجـــوز أن يكل تنفيذها إلى مقاول ـــ ثان ـــ من الباطن.

---

(١) راجع فى ذلك أحكام المواد ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣ من القانون المدنى المصرى.

(٢) هذا التعديل مشار إليه بمرجع د. محمد شكرى سرور ـــ المرجع السابق ـــ ص ٢٢، ومشار إليه أيضـــاً بمرجع د. نبيلة رسلان ـــ المرجع السابق ـــ ص٣١.

(٣) راجع فى ذلك د. أحمد عبد العال أبو قرين ـــ المرجع السابق ـــ ص ٢٩ وما بعدها.

ويبرر هذا الفقه ذلك بأن المقاول الأصلى عندما يتولى تنفيذ أعمال يكون من بينها إقامته أبنية أو أعمال معمارية، فإنه يلجأ إلى مهندس معمارى بالذات نظراً لكفاءته وخبرته، مما يوحى بأن لهذا الالتزام طابعاً شخصيا.

واستخلص هذا الرأى استنادا للنظام القانونى المصرى، خاصة من نصوص القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء والمعدل بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ حيث تشترط المادة الخامسة من هذا القانون لاستخراج ترخيص البناء أن تكون الرسومات الهندسية، وما يطرأ عليها من تعديلات موقعة من مهندس معمارى، ويكون هذا الأخير مسئولاً مسئولية كاملة عن كل ما يتعلق بأعمال التصميم. كما أن إخلال المهندس المعمارى بأعمال التصميمات سوف يعرضه لعقوبة جنائية. ولما كانت العقوبة الجنائية شخصية فإنها تحول دون نقل التزام المهندس المعمارى للغير؛ لأنه لن يستطيع نقل مسئوليته الجنائية للغير.

ويبدو لنا أن هذا الرأى محل نظر لسببين، الأول: يتعلق بأن المقاولة من الباطن مشروعة من حيث الأصل، وهذا الأصل له ما يبرره ــ فضلاً عن النصوص التشريعية ــ من الناحية العملية، حيث التقدم الفنى والتكنولوجى الذى وصل إليه المجتمع الآن، وما استتبع ذلك من تقسيم للعمل والتخصص الدقيق فيه. وهذا يعنى أن المهندس المعمارى قد يكلف بوضع رسومات وتصميمات لبعض الأبنية والمنشآت وتتضمن أحدها مثلاً خبرات نادرة متخصصة قد لا تتوافر لدى المهندس المعمارى ــ المقاول الأصلى ــ المكلف بالعمل بدرجة كافية. فيرى هذا الأخير أنه من المناسب والأفضل أن يكل تنفيذ هذه الأعمال إلى مهندس معمارى ــ مقاول من الباطن ــ آخر. وبالتالى يضمن سلامة هذه الرسومات والتصميمات، لأنه هو فى النهاية مسئول بصفته مقاولا أصليا أمام رب العمل عن تنفيذ هذه الأعمال جميعها.

أما رب العمل فلن يضارّ فى ذلك والحال أنه فى النهاية يريد الحصول على درجة عالية من جودة التنفيذ. ومنع المهندس المعمارى من التقاول من الباطن فيه إهدار لإباحة التقاول من الباطن من حيث الأصل.

أما القول بأن رب العمل إذ يلجأ إلى مهندس معمارى فإنه يلجأ إلى صاحب خبرة وكفاءة، مما يوحى بأن تكليف رب العمل له يكون متضمناً طابعا

شخصيا، مما يحول دون أن ينفذ العمل غير المهندس المعمارى المكلف من قبل رب العمل.

فإنه يمكن الرد عليه بأن المشرع[١] حين شرع المقاولة من الباطن من حيث المبدأ، استثنى حالتين، الأولى: أن يرد نص فى العقد يمنع ــ المهندس المعمارى ــ المقاول الأصلى من التقاول من الباطن. والثانية: هى حالة أن تكون طبيعة العمل تعتمد على كفاءة ــ المهندس ــ المقاول الشخصية. أى أن رب العمل إذا أراد منع المهندس المعمارى من التقاول من الباطن، فيجب عليه أن يشترط ذلك ببند فى العقد. أما بالنسبة للاعتبار الشخصى الذى يمتنع معه على المهندس المعمارى التقاول من الباطن، فهو يتعلق ــ فقط ــ بأن تكون طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءة المهندس الشخصية، أى أن هذا الأخير صاحب كفاءة عالية فيما أسند إليه من أعمال ــ الرسم والتصميمات ــ وكان اللجوء إليه بسبب ذلك.

أما فى غير هاتين الحالتين، فإن المهندس المعمارى يخضع للقواعد العامة، والتى تقضى بإباحة المقاولة من الباطن من حيث الأصل. وقد يكون ذلك فى مصلحة رب العمل ــ بخلاف ما يرى أنصار الرأى محل المناقشة ــ حيث إن تنفيذ المهندس المعمارى المتعاقد معه الأعمال المكلف بها، بالرغم من عدم خبرته الدقيقة فى بعضها، قد يسبب أضرار بالأبنية، الأمر الذى قد يصيب رب العمل بأضرار.

أما القول بأن المادة ٢٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ والمعدل بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦، تعاقب المهندس المعمارى جنائيًا، إذا أخل بالتزاماته المتعلقة بالتصميمات الهندسية، وأن مبدأ شخصية العقوبة الجنائية يمنع أن ينقل المهندس المعمارى التزامه إلى الغير. يمكن الرد عليه بأن مبدأ شخصية[٢] العقوبة الجنائية يعنى أن من أخل بالتزاماته المتعلقة بالرسم والتصميم، أى من يرتكب هذه الجريمة هو الشخص الذى يتعرض للعقوبة فقط. فإذا قام المهندس المعمارى بنفسه بالعمل وأخلّ بما يتعلق بالرسومات والتصميمات فإنه هو شخصيًا الذى يتحمل العقوبة الجنائية. إما إذا قاول فى هذا العمل من الباطن، وأسند تنفيذه،

---

[١] راجع فى ذلك ما سوف نعرضه ويتعلق بمشروعية المقاولة من الباطن ــ ص٥٥ ومابعدها.

[٢] راجع د. يسر أنور على ــ شرح قانون العقوبات ــ النظرية العامة ــ دار الثقافة الجامعية ــ عام ١٩٩٥ ص ٦١٦.

أو جزءًا منه إلى مهندس معمارى آخر، فأخل هـذا الأخيـر بالأعمـال المتعلقـة بالرسومات والتصميمات، فإن المهندس ــ المقاول من الباطن ــ المعمارى الأخير هو الذى يتحمل شخصيًا العقوبة الجنائية، وليس المهندس المعمـارى ــ المقـاول الأصلى ــ المكلف من قبل رب العمل لأنه لم يرتكب الجريمة.

لذا فإنه ليس معنى أن يكل المهندس المعمارى ــ المقاول الأصلى ــ تنفيذ كل أو جزء من أعمال الرسومات والتصميمات، المكلف بها من جانب رب العمل، إلى مهندس معمارى ــ مقاول من الباطن ــ آخر، أن يكون من شـأن ذلـك نقـل المسئولية الجنائية المترتبة على الإخلال بالتزام وضع الرسومات والتصميمات إلى هذا الأخير. فهذه المسئولية لن تقع إلا على ما ارتكب جريمة الإخلال بهذا الالتزام، فإذا كان من قام بالإخلال هو المهندس المعمارى المكلف من قبل رب العمل فإنـه هو الذى يتحمل العقوبة، أما إذا كـان مرتكـب جريمـة الإخـلال بالرسـومات والتصميمات هو المهندس المعمارى ــ المقاول من الباطن ــ الثانى، المكلف مـن قبل المهندس المعمارى الأول المتعاقد مع رب العمل، فإن المهندس المعمـارى ــ المقاول من الباطن ــ الثانى هو الذى يتحمل شخصيًا العقوبة الجنائية. وهذه المسألة تخضع لقواعد الإثبات الجنائية، لتحديد من هو مرتكب الجريمة لتوقيـع العقوبـة الجنائية عليه شخصيًا، أما بالنسبة لتحديد المسئولية المدنية فيرجع فيها إلى قواعـد الإثبات الخاصة بها والنصوص التى تحدد المسئولية.

وإذا كان ــ كما سبق أن أوضحنا ــ المهنـدس المعمـارى عنـد قيامـه بالأعمال المكلف بها من قبل المقاول الأصلى يعد مقاولاً من الباطن، فـإن هـذا لا يمنع من أن يكلفه المقاول الأصلى بالقيام ببعض الأعمال التـى تعـد مـن قبيـل التصرفات القانونية. كأن يكلفه بشراء قطعة أرض، أو التعاقد مع مقاولين آخـرين لتنفيذ أعمال أخرى للمقاول الأصلى، وتسلم العمل بعد إنجازه، وفحصه ومطابقتـه وذلك فى غيبة المقاول الأصلى. فكل هذه الأعمال تعد من قبيل الأعمال القانونيـة، يقوم بها المهندس المعمارى، بصفته وكيلاً عن المقاول الأصلى. وفى هذه الحالـة

يكون العقد المبرم بين المهندس المعمارى والمقاول الأصلى عقد وكالة[١]، يخضع لأحكام هذا العقد، وليس عقد مقاولة من الباطن.

ويشترط فى هذه الوكالة أن تكون صريحة، أو على الأقل يجب أن تقطع ظروف الحال فى الدلالة عليها، ويستعان فى ذلك بما يجرى عليه العمل فى مثل هذه الظروف حتى يمكن استخلاص قيام الوكالة[٢]. والتشدد فى استخلاص الوكالة مرجعه إلى أن الأصل ــ كما أسلفنا ــ أن عمل المهندس المعمارى يعد من قبيل أعمال المقاولات، وبالتالى فإن اعتباره وكيلاً يكون على خلاف هذا الأصل، وإثبات الوكالة يكون وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات، حيث يقع عبء إثباتها على من يدعيها[٣].

وقد يكلف المقاول الأصلى المهندس المعمارى فى عقد واحد، القيام بأعمال مادية تعد من قبيل المقاولة، وأعمالاً قانونية يؤديها المهندس المعمارى نيابة عن المقاول الأصلى. وفى هذه الحالة إذا أمكن فصل الأعمال المادية عن الأعمال القانونية، فإنه يجب تطبيق أحكام عقد الوكالة وعقد المقاولة كل فى نطاقه الخاص. أما إذا كان من المتعذر التمييز بين نوعى الأعمال، فإن الرأى الغالب ــ من الفقه ــ يرى تغليب تطبيق أحكام عقد المقاولة باعتباره سيد هذا المجال، وما ينصرف إليه الذهن عند الإطلاق.

وتكييف العقد على أنه مقاولة من الباطن أو عقد وكالة، يقتضى من القاضى أن يرجع إلى ما أفرغه المتعاقدان من عناصر، وما اتجهت إليه الإرادة

---

(١) راجع فى ذلك د. عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٥ ــ ص ٢٣ . د. محمد كامل مرسى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٧٦ ــ د. نبيلة رسلان ــ المرجع السابع ــ بند ١٥ ــ ص ٣٢. د. محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ٢٦ ــ ص ٤٣ . نقض مدنى مصرى فى ١٩٧٢/٣/٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ ق ٥٩ ص ٣٧٦.

(٢) راجع فى ذلك د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ٢٦ ص ٤٣. ويشير سيادته فى نفس الصفحة هامش ١ إلى نقض مدنى فرنسى فى ٣ من نوفمبر ١٩٢٦ ــ دالوز ١٩٢٧ -١ - ٧٧ تعليق مينفييل باريس فى ١٧ مايو ١٩٣٦ ــ دالوز ١٩٣٩ ــ ٣٩٤ د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ص ١٠٣-١٠٤ .

(٣) د. السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٢٢٤ ــ ص ٣٧٣ هامش ١ .

المشتركة لترتيب أحكام أى من العقدين[١]، وعملية تكييف العقد من المسائل القانونية، التى تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض.

ونود أن نشير إلى أن مبدأ التكييف فى حد ذاته يعد من المسائل القانونية وبالتالى فإن عدم التصدى له يعتبر خطأ فى تطبيق القانون يستوجب الطعن فيه بطريق النقض، كما أن مسألة تكييف العقد من خلال وقائع النزاع مسألة موضوع لا يخضع القاضى بشأنها لرقابة محكمة النقض.

ثانياً: العقد المبرم بين المقاول الأصلى والمحامى:

المقاول الأصلى إذ يقوم بالعمل محل عقد المقاولة الأصلى، قد يحتاج إلى محام يقوم ببعض الأعمال، وهذا يثير التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا التصرف؟ والإجابة عن هذا التساؤل تقتضى من جهة تحديد الأعمال المكلف بها المحامى من قبل المقاول الأصلى، ومن جهة ثانية تطبيق المعايير التى استقر عليها الفقه والقضاء لتحديد طبيعة العقد فهل العقد المبرم بين المقاول الأصلى والمحامى عقد مقاولة من الباطن أم عقد وكالة؟.

والإجابة على هذا التساؤل، تقتضى منا تحديد الأعمال المكلف بها المحامى من قبل المقاول الأصلى، ثم بعد ذلك تطبق المعايير التى استقر عليها الفقه والقضاء لتحديد نوع العقد.

فإذا كان العمل المطلوب أداؤه من المحامى، يتمثل فى إعطاء المشورة القانونية للمقاول الأصلى، أو الدفاع عنه فى مجلس القضاء، سواء بالمرافعة الشفوية أو بالمذكرات المكتوبة، أو غير ذلك من الأعمال التى يشير بها المحامى على المقاول الأصلى، ويكون من شأنها حماية مصالح وحقوق هذا الأخير. فإن هذه الأعمال تعتبر من قبيل الأعمال المادية[٢]؛ لأن المحامى إذ يقوم بهذه الأعمال فإنه

---

[١] راجع فى ذلك د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ٢٧ ص ٤٤، ص ٤٥ . د. عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٥ ص ٢٣. راجع عكس ذلك د. محمد ناجى ياقوت ــ مسئولية المعماريين ١٩٨٤ ص ٢٧ هامش ١ حيث يرى ــ سيادته ــ ضرورة التمسك بتطبيق أحكام الوكالة على ما يقوم به المهندس المعمارى من أعمال مادية، وتطبيق أحكام المقاولة على ما يقوم به من أعمال مادية حيث إن ذلك من شأنه إهداء التفرقة بين العقدين.

[٢] انظر فى ذلك المراجع الآتية: د. عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص . د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ٣٥ ص ٥٧ وما بعدها. فتيحة قرة ــ المرجع السابق ص ٥٢ وما بعدها. د. قدرى الشهاوى ــ المرجع السابق ص ٣٤ وما بعدها. د. نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ بند ١٨ ــ ص ٣٨

يقوم بها باسمه الشخصى، لا باسم عميله، كما أنه لا ينوب عن المقاول الأصلى فى هذه الأعمال ولا يمثله فيها، ومن ثم لا يعتبر المحامى وكيلاً عن المقاول الأصـلى، لقيام الأول بأعمال مادية لا قانونية، يقوم بها استقلالاً، وانعدام الصفة التمثيلية بينـه وبين الأول. لذا فإن العقد الذى يربط بينه وبين المقاول الأصلى هو عقد مقاولة من الباطن، تسرى عليه أحكام هذا العقد.

هذا إذا لم يكن المحامى وهو يقوم بالعمل خاضع لإشراف ورقابة وتوجيـه المقاول الأصلى، كما لو كان المقاول الأصلى شركة أو مؤسسة ويعمـل المحـامى لديها. ففى هذه الحالة فإن العقد الذى يربط بين المحامى والمقاول الأصلى هو عقـد عمل[١]. وذلك لتوافر التبعية القانونية حتى ولو لم يكن المحامى متفرغـا لأعمـال المؤسسة أو الشركة[٢].

أما إذا كان عمل المحامى ممثلاً فى القيام بتقديم طلبات العميل ــ المقـاول الأصلى ــ ودفوعه فى الدعوى، أو يطعن فى الأحكام التى تصدر أو إبرام اتفـاق صلح مع خصم المقاول الأصلى أو توجيه يميناً حاسمة أو يرد هذا اليمـين، فهـذه الأعمال تعتبر من قبيل التصرفات القانونية التى يقوم بها المحـامى لـيس باسـمه الشخصى، بل نيابة عن المقاول الأصلى وفى هذه الحالة فإن العقد الذى يربط بـين المقاول الأصلى والمحامى عقد وكالة، تسرى عليه أحكام هذا العقد.

ولكن إذا كلف المقاول الأصلى المحامى بمقتضى عقد واحد، بأعمال مادية مثل تقديم المشورة، وأعمال قانونية مثل الطعن فى الأحكام ــ ففى هذه الحالـة، إذا

=وما بعدها. وهناك رأى لبعض الفقه يرى أن العقد المبرم بين المقاول الأصلى والمحـامى لا يمكـن أن يكون عقد مقاولة. راجع فى عرض هذا الرأى. د. نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ص ٤١ هـامش ١٠. د ــ عبد الظاهر حسين ــ المرجع السابق ــ ص ٥٨ وما بعدها. وراجع أيضـاً مـوريس المنقبـاوى ــ أتعاب المحاماه ــ مجلة المحاماه ــ السنة ٤٨ ــ عدد ٥ ــ ص ١٠٢. و من الفقه اللفرنسى راجع:
Mazeaud, Contrat d. entreperise Enecycl-D- 1979, T, 3, n° 1.
ونود أن ننوه بأن المراجع السابقة تناولت هذا التمييز بمناسبة التمييز بين عقدى المقاولة والوكالة، ولـيس هناك ما يمنع من تطبيق المعايير ذاتها عند التمييز بين عقد المقاولة من الباطن والوكالة.

(١) حكم استئناف مصر ١٩٥٨/٥/٢٤ ــ المدونة العمالية الدورية ــ مجموعة سنة ١٩٦٠ رقم ٢٤ ص ٥٠.

(٢) الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٥ قضائية بجلسة ١٩٧٢/٢/٢. مجموعة أحكام النقض سنة ٣٣ ــ العـدد الأول ــ قاعدة رقم ١٩ ص ١٢٤.

أمكن فصل الأعمال المادية، عن الأعمال القانونية، فيجب تطبيق أحكام كل من عقدى الوكالة والمقاولة من الباطن كل فى نطاقه[١].

أما إذا تعذر الفصل بين الأعمال القانونية والأعمال المادية، المكلف بهما المحامى، أو إذا تعارضت أحكام المقاولة من الباطن مع أحكام عقد الوكالة. فإن الغالب من الفقه يرى تطبيق أحكام عقد الوكالة، ذلك لأن الأعمال القانونية هى الغالبة على عمل المحامى[٢].

وعلى ذلك فإن المركز القانونى للوكيل، وما يترتب عليه من التزامات، يتحدد بالنظر إلى ما أسند إليه من أعمال من حيث طبيعتها، وهل هى أعمال قانونية بحتة، وفى هذه الحالة تنصرف آثار أعماله إلى الموكل وتبتعد تمام البعد عما يميز المركز القانونى للمقاول من الباطن، ذلك الذى لا يقوم إلا بأعمال مادية تنصرف آثارها إليه هو دون غيره حيث يعمل على استقلال حتى عن الطرف المتعاقد معه وهو المقاول الأصلى. وذلك بمراعاة حكم قيام الوكيل بأعمال مادية حيث تخضع هذه الأعمال للأحكام المنظمة لعقد المقاولة من الباطن وما يترتب عليه من آثار.

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ عبد الظاهر حسين ــ المرجع السابق ــ ص ٥٩.

(٢) راجع فى ذلك نفس المراجع المشار إليها بالهامش رقم (١) فى الصفحة السابقة. وانظر كذلك نقض مدنى فى ١٩٨٠/٢/٦. مجموعة أحكام النقض س ٣١ طعن رقم ٦٧١ س ٤٦ ق ص ٤١٣ حيث إن المحكمة بعد أن استعرضت الأعمال التى قام بها المحامى قالت " ... وكانت هذه الأعمال تغلب فيها صفته كوكيل وإن استتبعت القيام ببعض الأعمال المادية فهى تعتبر تابعة للعمل القانونى الذى باشره لصالحهم فإنه ــ الحكم المطعون فيه ــ قد التزم صحيح القانون حيث اعتبره وكيلاً عنهم". راجع أيضاً من الفقه وعلى سبيل المثال: د ــ عبد الظاهر حسين ــ المرجع السابق ــ ص ٥٩. د ــ فتحى والى ــ الوسيط فى قانون القضاء المدنى ــ دار النهضة العربية ــ سنة ١٩٨٦ ــ بند ٢٠١ ــ ص ٣٦٧. وفى هذا الإتجاه راجع: أ. محمود كامل ــ عقد الوكالة وعقد العمل أهم صور التفرقة والجمع بينهما فى القانون المصرى ــ مجلة المحاماه ــ السنة ٣٨ ــ العدد العاشر ــ ص ١٣١٢. قارن فى ذلك: د ــ طلبه وهبه خطاب ــ المسئولية المدنية للمحامى ــ مكتبة سيد عبد الله وهبه ــ سنة ١٩٨٦ ــ ص ٣٧، وأيضاً من أنصار أن العقد المبرم بين المحامى وعميله عقد مختلط مركب من عقد وكالة وعقد مقاولة. راجع من الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

Starck, Essi sur le mecanisme de la repress sentation dans les actes juridiques L.G.D. J. 1982, P.200

حيث يقول سيادته.:

"Le contrite liant l'avocat mondatair litam a son client est un contrat mixte, se dedoublant en un contrat de louge d'ouvarge".

الباب الأول
العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن
علاقة أغيار (غير تعاقدية)

تمهيد وتقسيم:

لم يكن تحديد طبيعة هذه العلاقة، من الأمور المجمع عليها فقهاً وقضـــاءً، حيث ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى القول بأن هذه العلاقة علاقة غير تعاقدية، أى علاقة أغيار، وذلك انطلاقا من المفهوم التقليدى لمبدأ نسبية أثر العقود.

الأمر الذى ترتب عليه، اعتماد بعض الوسائل القانونية، كوســـائل حمايـــة لأطراف العلاقة، تجد شريعتها حيناً فى القواعد العامة وهى:

- **الدعوى غير المباشرة.**
- **المسئولية التقصيرية.**

وفى أحيان أخرى، تجد هذه الوسائل أساسها، فى نصوص قانونية خاصـــة تقررها، وهى الدعوى المباشرة فضلاً عن بعض النصوص الخاصة الأخرى. على أننا فى نطاق دراستنا، لن نقتصر على دراسة هذه الوسائل، وإنما سنضـــع نصـــب أعيننا ما توفره هذه الوسائل من حماية، من حيث الواقع العملى. الأمر الذى دفعنـــا إلى إفراد هذا الباب لدراسة هذه الوسائل، التى تشكل -عند أنصار هذا الرأى- مـــا هو ممكن لتحقيق الحماية لطرفى هذه العلاقة؛ وحتى يتسنى لنا الحكم علـــى هـــذه الوسائل، وتقييمها كوسائل حماية للطرفين، وبحث مدى كفايتها.

وفى سبيل ذلك سوف نقسم دراستنا إلى ثلاثة فصول: نعرض فى الفصـــل الأول بإيجاز لحجج وأسانيد أنصار هذا الرأى ثم نتناول فى الفصل الثانى، وســـائل رجوع رب العمل والمقاول من الباطن كل منها على الآخر، وفقاً للقواعد العامـــة. ونخصص الفصل الثالث لدراسة وسائل رجوع رب العمل والمقاول من الباطن كل منها على الآخر بما تتيحه النصوص الخاصة فى القانون. وفى ضوء ذلك تكـــون خطة الدراسة فى هذا الباب وفقاً لما يلى:

الفصل الأول: حجج وأسانيد أنصار هذا الإتجاه.

الفصل الثانى: وسائل الرجوع المتبادلة بين رب العمل والمقـــاول مـــن البـــاطن وفقـــاً للقواعد العامة.

الفصل الثالث: وسائل الرجوع المتبادلة بين رب العمل والمقـــاول مـــن البـــاطن وفقـــاً للنصوص الخاصة فى القانون.

الفصل الأول

حجج وأسانيد أنصار الإتجاه القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار

يرى الفقه[١] والقضاء[٢] أنصار هذا الإتجاه أن المركز القانونى للطرف فى العقد – وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود– يقتصر على من شارك فقط فى تكوين العقد، أى أن الطرف فى العقد هو كل من شارك فى تكوين العقد ووقع عليه، سواء

---

(١) راجع من الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

Aynés, La cession de contarite et les opérations juridiques â trios personnes 1985 N° 157 ets.; Boubli, soliloque sur la transmission de l'action en garanite, J.C.P. 1974, 1, doc, 26446.; H. Mazaud, la responsabilité civile du vendeur. Fabbricant, R.T.D. Civ. 1955, 620; Goutal (JL): Essai sur le principe de l'éffet relative du cntrat, th, Paris, 1981. Weill, la relativité des contrats en droit privé Francais, th, Strasbourg, 1938.

ومن الفقه العربى على سبيل المثال:

د ــ أحمد حشمت أبو ستيت ــ نظرية الإلتزام ــ ١٩٤٥ ــ ص ٢١٣ وما بعدها. د ــ أحمد حسن البرعى ــ نظرية الإلتزام فى القانون المغربى ــ نظرية العقد ــ ١٩٨٠ ــ ص ١٩٤ وما بعدها. د ــ سليمان مرقس ــ نظرية العقد ــ ١٩٨٧ ــ ص ٥٩٦ وما بعدها. د ــ عبد المنعم البدراوى ــ مصادر الإلتزام ــ ١٩٧٥ ــ ص ١٥١ وما بعدها. د ــ محمد حسين منصور ــ المسئولية المعمارية ــ ١٩٨٤ ــ ص ٦٣ وما بعدها. د ــ ياسين محمد سليمان ــ النظرية العامة للإلتزام ــ ١٩٨٦ ــ ص ١٧٩ وما بعدها. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٩٠ وما بعدها. د ــ طلبه وهبه خطاب ــ النظرية العامة للإلتزام ــ مصادر الإلتزام ــ المصادر الإرادية ــ العقد ــ الإرادة المنفردة ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٦٣ وما بعدها. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٧٠ وما بعدها. د ــ منصور مصطفى منصور، جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٦ وما بعدها.

قارن فى ذلك: د ــ عبد الرسول عبد الراضى محمد ــ الإلتزام بضمان العيوب الخفية فى القانونين المصرى والكويتى ــ رسالة دكتوراه ــ ٣٧٩.

(٢) راجع من أحكام القضاء الفرنسى على سبيل المثال:

Com. 27.Mars.1973, D. 74, 138, note, Malinvaud; Civ. 17.11.1973, B. civ. 1, N° 298, p.265; Civ. 3.19.3.1984, B. Civ. III, N° 120, P.95, J.C.P. 85,.11, 20387, note, Malinvaud; 7.5. 1986, B. Civ. III., N° 62; D.87, 257, note Bénabent; 21.1.1987. B. Civ., 87, 390, Obs. Normand; Civ. 1.27.6.1978, D. 78., I.R, 409, Obs Larroumet; Civ. 2.8.6.1979, D.80, I.R., 33, Obs, Larroumet, D.80, 563, Obs, Malinvaud. R.T.D. Civ. 85, 588 et.s, Obs. HUET et 406, Obs, Remy; R.D. imob.84, 420, Obs Malinvaud. 13.12.1989 et 28.3.1990, D. 91, 25, note Kullmann; Civ. 3e, 11 Oct. 1995, Contrats Conc. Consom. 1995.21, Obs. Leveneur; Civ. 3e,, 1re mars 1983: Gas. Pal. 1984.1.119, note Plancqueel; Civ. 1re, 16 Fevr. 1994; Civ.1, n° 72; Defrénois 1994, 798, obs Delebecque; Civ. 1re, 13 Nov. 2003, D. 2004, P.657,note Ibrahim Najjar.

بنفسه أو عن طريق نائب، وبالتالى – ووفقاً لمنطق هذا الاتجاه – فإن الشخص الذى لم يشارك فى تكوين العقد سواء بنفسه أو بمن يمثله، يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد، حتى ولو كان هذا الشخص قد شارك فى تكوين علاقة تعاقدية أخرى، متعاقبة ومرتبطة بهذا العقد، لتحقيق هدف واحد.

وعلى ذلك فإن المركز القانونى للطرف – وفقا لمنطق هذا الاتجاه – يجب تحديده لحظة تكوين العلاقة التعاقدية بغض النظر عن مرحلة تنفيذها[١]، فيكون طرفاً فى العلاقة التعاقدية كل من شارك فى تكوينها، ويكون من الغير – بطريق الاستبعاد – كل من لم يشارك فى إبرام أو تكوين العلاقة التعاقدية، حتى ولو كان له دور فى تنفيذها، أو كان هو الذى نفذها بمفرده.

وقد أكد هذا المعنى الفقيه الفرنسى كاربونيه[٢] بقوله: "لا يجب عند تحديد مدلول الغير بالنسبة لعلاقة تعاقدية معينة، الأخذ فى الاعتبار الوجود الجسدى أو التنفيذ المادى للعقد، بل يعتد – فقط – بالإرادة القانونية التى تلزم وتلتزم".

وواضح أن هذا الاتجاه قد تأثر بالنظرية الشخصية للالتزام، التى نشأت فى ظل القانون الرومانى، والتى ترى أن الالتزام من ناحيته الشخصية، يقوم – فى جوهرة – على رابطة شخصية فيما بين طرفين هما الدائن والمدين[٣] ، ويعلق أستاذنا الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى على النظرية الشخصية للالتزام بقوله: "فلو أن الالتزام ليس فى جوهره إلا رابطة شخصية بين دائن ومدين، لما صح أن ينشأ التزام دون أن يوجد الدائن والمدين معاً وقت نشوء الالتزام، حتى تقوم الرابطة"[٤] .

وبتطبيق هذه النظرية فى إطار العلاقات التعاقدية لتحديد مدلول الطرف فى العقد، نجدها تقضى بوجوب الأخذ فى الاعتبار الإرادة الملتزمة لحظة تكوين

---

(١) انظر فى عرض ذلك: د. فيصل زكى عبد الواحد – المرجع السابق – ص ٢٣.

(٢) Droit, civil, le obligation. T, lu . N. 53 weill, th, prect , 11, N 450,p 420

(٣) راجع فى ذلك د. سليمان مرقس– نظرية العقد – سنة ١٩٥٦ – دار النشر للجامعات المصرية – بند ٣ ص٣ وما بعدها – بند ١١ – ص ١٤– وما بعدها د. عبد الرزاق السنهورى– المرجع السابق – ص ٧٢ ولمزيد من التفاصيل راجع فى هذا المعنى د. محمد محسوب – أزمة العدالة العقدية فى القانون الرومانى – دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانونى الحديث ــ دار النهضة العربية – عام ٢٠٠٠ــ ص ١٠٤ وما بعدها.

(٤) د. عبد الرزاق السنهورى – المرجع السابق – ص ٧٣.

العقد، ولا يعتد بمرحلة التنفيذ المادى له، أو طبيعة الأضرار الناتجة عن الإخلال بأحد الالتزامات المنبثقة منه [١]، ويلاحظ على هذا الاتجاه، أنه فسر مبدأ نسبية أثر العقد تفسيراً ضيقاً، فضيق بالتالى من نطاق تطبيق هذا المبدأ من حيث الأشخاص، وبحصرهم لمن يشغل المركز القانونى للطرف، وتنصرف إليه آثار العقد، فى الأشخاص الذين يشاركون فى تكوين العقد.

وعلى ذلك فإن كل شخص لم يشارك فى تكوين العقد، ولم يعبر عن إرادته وقت تكوينه، يعتبر من الغير بالنسبة للعقد، حتى ولو كان هذا الشخص قد شارك مع أحد طرفى العقد فى بناء علاقة تعاقدية أخرى، والتزم بمقتضاها بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات محل العقد الأول، وأصيب بأضرار نتيجة لارتباطه بهذه العلاقة التعاقدية. فهذا الشخص يعتبر من الغير – وفقاً لهذا الاتجاه – لعدم مساهمته فى تكوين العقد الأول، بالرغم من وجوده أثناء تنفيذه، وقيامه بتنفيذ كل ما تضمنه أو نفذ جزء منه.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا التفسير، كان له إنعكاس جد خطير بشأن تحديد العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وتحديد معنى الطرف فى العقد على هذا النحو، كان له عظيم الأثر فى العلاقات التعاقدية، وخاصة فى العلاقة -- موضوع بحثنا – بين رب العمل والمقاول من الباطن، الأمر الذى نتج عنه نتائج قانونية خطيرة سوف نوضحها فيما بعد.

فنظراً لأن المقاول من الباطن لم يشارك فى تكوين عقد المقاولة الأصلى، الذى يربط بين المقاول الأصلى ورب العمل، وأن هذا الأخير لم يشارك فى تكوين عقد المقاولة من الباطن، الذى يربط بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، ذلك العقد الذى يرتبط بعقد المقاولة الأصلى، وتم إبرامه مع أحد طرفى العقد الأخير، بقصد تنفيذ كل أو بعض ما تضمنه هذا الأخير من الالتزامات تقع على عاتق المقاول الأصلى. فإن كثيراً من الفقه والقضاء قد تأثروا – بالاتجاه السابق –

---

[١] راجع: HUET . (J) responsabilite delictuelle et responsabilite contractuelle , Essai de delimetation entre les deux , th, 1978 T. 11, P. 240 N 459; ESPAG No N (M) ast, prec P. 4 , N 8 ; LARR ou MET , note sous civ. 21. 6.1988 , D. 89 ,5.

نقلا عن د. فيصل زكى عبد الواحد – المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية – مرجع سبق – ص ٢٣ حيث يشير سيادته فى عرض هذه المسألة إلى المرجع المشار إليه – هامش ١٠.

بالتفسير الضيق لمدلول الطرف فى العقد، وحصرهم طرفى العقد فيمن شارك فى تكوينه – سواء بنفسه أو بمن يمثله – وبالتوقيع عليه.

ونتيجة لما ذهب إليه الاتجاه السابق، فلم يجد ـــ من تأثر به – كثير عناء عند حسمهم لطبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، حيث قرر أن "علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن علاقة غير عقدية، أى علاقة أغيار"[١].

ومعنى ذلك أن رب العمل يعتبر من الغير بالنسبة للمقاول من الباطن، إنطلاقاً من عدم مشاركتهما معاً فى تكوين علاقة تعاقدية ، فكل منهما لم يشارك فى تكوين العقد الذى أبرمة الآخر مع المقاول الأصلى، حيث أنه لم يشارك فى تكوين عقد المقاولة من الباطن وبالتالى لا يعتبر طرفاً فيه، ويعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد وبالنسبة لطرفيه، كما أن المقاول من الباطن لم يشارك فى إبرام أو تكوين عقد المقاولة الأصلى، ومن ثم يعتبر من الغير لهذا العقد وليس طرفاً فيه، صحيح أن عقد المقاولة من الباطن لم يبرم إلا لتنفيذ كل أو بعض الأداءات المطلوبة فى عقد المقاولة الأصلى ولكن هذه مسألة أخرى.

ويترتب – وفقاً لهذا الاتجاه – على انعدام العلاقة المباشرة، بين رب العمل والمقاول من الباطن، واعتبار كل منهما من الغير بالنسبة للآخر، عدة نتائج أهمها.[٢]

---

[١] راجع فى ذلك د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل – المرجع السابق ـــ ص .٨ د. عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرط القانون المدنى ـــ حـ ٧ – مرجع سبق ذكره – ص ٢٠٧ وما بعدها . د. محمد لبيب شنب – المرجع السابق– صـــ ١٥٩، ص ٢٠٢ وما بعدها د. حسين البراوى – المرجع السابق – ص ٢٢٩، ٢٣٠ وما بعدها د. مصطفى الجارحى – المرجع السابق – ص ـــ ١١٤ وما بعدها د. نجم حمد الأحمد –المرجع السابق– ص١٩٣. د. رأفت محمد أحمد حماد–المرجع السابق ص١٥٧ وما بعدها د. أحمد عبد العال أبو قرين – المرجع السابق – ص ٦٢ وما بعدها، ويرى سيادته أن اعتبار المقاول من الباطن ورب العمل، كلا منهما من الغير بالنسبة للآخر من البديهيات، التى لا تحتاج إلى تأكيد فى ظل القواعد القانونية المستقرة. راجع أيضاً د. عبد الحميد عثمان الحفنى – المرجع السابق ـــ ص ٨٧ وما بعدها. م – فتيحة قرة – المرجع السابق – ص ٢٤٧ أ / محمد عبد الرحيم عنبر – المرجع السابق – ص ٢٥١ وما بعدها د.قدرى الشهاوى – المرجع السابق – ص ٢٤٦ وما بعدها د. وليد فارق جمعة – المرجع السابق – ص ١٥٦ .

[٢] راجع فى ذلك د. السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٠٧ وما بعدها د . إبراهيم الدسوقى أبو الليل – المرجع السابق – ص ١٨ وما بعدها د. مصطفى الجارحى – المرجع السابق – ص ١١٤

أولاً: لا يملك رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بالتزاماته الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن:

فعقد المقاولة من الباطن الذى يربط بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، يرتب على عائق المقاول من الباطن بصفته مقاولاً، ثلاثة التزامات رئيسية هى:

الإلتزام الأول: وهو يدور حول إنجاز العمل، وهذا الالتزام لا يجوز لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بتنفيذه، لا بموجب عقد المقاولة الأصلى، حيث إن المقاول من الباطن ليس طرفاً فيه، ولا بموجب عقد المقاولة من عقد الباطن، حيث إن رب العمل من الغير بالنسبة لهذا العقد. وإنما يمكن لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بتنفيذ هذا الالتزام، من خلال فكرة الدعوى غير المباشرة[١] التى يرفعها باسم ولحساب – مدينه – المقاول الأصلى.

والالتزام الثانى: يتعلق بتسليم العمل بعد إنجازه، فلا يستطيع رب العمل مطالبة المقاول من الباطن بهذا الالتزام مباشرة، إلا أنه يمكنه ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة.

الالتزام الثالث: يدور حول الضمان حيث إنه لا يجوز لرب العمل مطالبة المقاول من الباطن بتنفيذه، ولكنه يستطيع ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة.

ثانياً: لا يملك المقاول من الباطن مطالبة رب العمل مباشرة بالتزاماته الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى:

لأن المقاول من الباطن ليس طرفاً فى عقد المقاولة الأصلى ومن ثم لا يجوز له أن يطالب رب العمل مباشرة بتنفيذ هذه الالتزامات.

فالالتزام بتمكين المقاول من إنجاز عمله، والالتزام بتسلم العمل وتقبله، لا يستطيع المقاول من الباطن أن يطالب رب العمل بهما مباشرة، وإنما إذا أراد ذلك فليس له سوى أن يسلك طريق الدعوى غير المباشرة، أى أن يستعمل حق- مدينه- المقاول الأصلى فى الرجوع على رب العمل.

أما بالنسبة للالتزام بدفع الأجر، فلا يستطيع المقاول من الباطن مطالبة رب العمل به مباشرة – كقاعدة عامة – بل يجوز له أن يستعمل حق – مدينه-

---

[١] أنظر ما سوف نقوم بتوضيحه لاحقاً بخصوص الدعوى غير المباشرة

المقاول الأصلى، ويرجع على – مدين مدينه – رب العمل بمقتضى الدعوى غير المباشرة.

إذا كانت هذه هى القاعدة، إلا أن المشرع قد أورد استثناء هامًّا عليها، أعطى به للمقاول من الباطن دعوى مباشرة فى مواجهة رب العمل، يمكنه من خلالها المطالبة بالمبالغ المستحقة له مقابل ما تم تنفيذه من أعمال بموجب عقد المقاولة من الباطن، بحيث لا تتجاوز مطالبته ما يكون للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل من أجر.

ثالثاً: رفض فكرة المسئولية العقدية بشأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن بصفة مطلقة[1]:

فالمسئولية العقدية تقوم نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالالتزام يفرضه العقد المبرم بينهما، ونتيجة لأن رب العمل لا يرتبط مباشرة مع المقاول من الباطن بعقد، فلا تتحقق مسئولية رب العمل التعاقدية تجاه المقاول من الباطن، ولا مسئولية تعاقدية لهذا الأخير تجاه رب العمل.

ويترتب على ذلك أن قواعد المسئولية التقصيرية تعتبر الطريق الذى يجب على رب العمل أن يسلكه، إذا أراد مساءلة المقاول من الباطن عن الأضرار التى لحقت به من جراء واقعة عدم تنفيذه عقد المقاولة من الباطن أو تنفيذه تنفيذاً معيباً، والحال أن رب العمل يعد من الغير بالنسبة لهذا العقد.

---

(١) راجع فى ذلك د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل – المرجع السابق– ص ١٩ وما بعدها د. مصطفى الجارحى –المرجع السابق – ص ١١٤ وما بعدها.

ونود الإشارة، إلى أنه وفقاً للاتجاه محل الدراسة (والذى يرى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيا)، لا تقوم المسئولية العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، إلا إذا اشترط المقاول الأصلى على المقاول من الباطن فى عقد المقاولة من الباطن، أن ينفذ العمل محل المقاولة من الباطن لمصلحة رب العمل، فتقرر بذلك دعوى عقدية مباشرة لصالح هذا الأخير تجاه المقاول من الباطن . كما أنه لو اشترط المقاول الأصلى على رب العمل فى عقد المقاولة الأصلى، أن ينفذ التزامه محل عقد المقاولة الأصلى – دفع الأجر – إلى المقاول من الباطن، فتتقرر بذلك دعوى عقدية مباشرة لهذا الأخير تجاه رب العمل. ودعوى رب لعمل تجاه المقاول من الباطن، ودعوى الأخير تجاه رب العمل، تكون وفقاً للقواعد المنظمة للاشتراط لمصلحة الغير.

راجع فى ذلك د . عبد الرزاق السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٠٦ هامش ٢

كما أن المقاول من الباطن لا يملك أن يسأل رب العمل، عن عدم تنفيذه – أو إخلاله – الالتزامات التى فرضها عليه عقد المقاولة الأصلى، مسئولية عقدية، ذلك أن المقاول من الباطن لم يساهم فى تكوين عقد المقاولة الأصلى، وبالتالى لا يستطيع الرجوع عليه إلا بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية.

خلاصة ما تقدم، أن أنصار هذا الرأى إذ التفتوا تماماً عن القول بوجود علاقة عقدية تكون الوسيلة للرجوع بين رب العمل والمقاول من الباطن، وإنما اعتبروا هذه العلاقة علاقة أغيار، لذا فإنه نتيجة لما انتهوا إليه فإنه لن تكون هناك آليات، لرجوع كلٍ منهما على الآخر، إلا ما تقرره القواعد العامة أو النصوص الخاصة فى القانون، تلك النصوص التى يعتبروها أنصار هذا الاتجاه نصوصاً استثنائية، إذ تقرر وجود علاقة مباشرة بينهما.

الفصل الثانى
آليات الرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن وفقاً للقواعد العامة

عرض وتقسيم:

يذهب أنصار الاتجاه التقليدى الذى ينفى الرابطة العقدية الموضوعية بين رب العمل والمقاول من الباطن إلى أن حماية المقاول وكذا رب العمل يمكن أن تتم من خلال آليات تقررها القواعد العامة. وهذه الآليات تحافظ على مبدأ نسبية أثر العقد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تحقق الحماية أو الغطاء القانونى لكل منهما. وهذه الآليات هى الدعوى غير المباشرة، والرجوع بالتعويض وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة

المبحث الثانى: المسئولية التقصيرية

المبحث الأول
الدعوى غير المباشرة

تمهيد وتقسيم:

انتهى أنصار الاتجاه التقليدى إلى الاستناد إلى الدعوى غير المباشرة، كوسيلة يمكن أن يلجأ بها كل من رب العمل، والمقاول من الباطن على الآخر.

ونظراً لأن موضوع الدعوى غير المباشرة قد تناوله الفقه، فإننا نحاول توظيف دراستنا لهذه الدعوى من خلال موضوع البحث، مستهدفين تقييمها كوسيلة للرجوع ومدى حمايتها لطرفى العلاقة، انطلاقاً من أن رب العمل لا يعد طرفاً مع المقاول من الباطن وفقاً لهذا الاتجاه. ولن يتسنى ــ الحكم الدقيق ــ لنا ذلك، إلا بتحليل كل عناصر هذه الدعوى تحليلاً دقيقاً، يمكننا فى نهاية الأمر من الوصول إلى ما وضعناه من أهداف، تتمثل فى مدى كفايتها فى نطاق علاقة رب العمل والمقاول من الباطن، ومدى تحقيقها للحماية المرجوة، وذلك بحصول كل طرف منهما على حقوقه.

وبمعنى آخر، فدراستنا لهذه الدعوى، ليست من قبيل استعراض ما سبقنا إليه أساتذتنا من أفكار بشأنها. وليست ــ كما نرى ــ من قبيل الطرف فى البحث

وإنما ندرسها بغية الوقوف على مدى جدواها، وقدرتها على تحقيق الحماية لطرفى العلاقة المشار إليها.

وعلى ذلك أن هذا المبحث ينقسم إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الدعوى غير المباشرة وطبيعتها والهدف منها.

المطلب الثانى: شروط الدعوى غير المباشرة وأثرها.

المطلب الثالث: تقييم الدعوى غير المباشرة.

المطلب الأول

مفهوم الدعوى غير المباشرة وطبيعتها والهدف منها

تمهيد وتقسيم:

لدراسة موضوع الدعوى غير المباشرة، فإن المنطق يقتضى التطرق بداية لتعريف هذه الدعوى، وتحديد طبيعتها، ومن ثم يمكن تحديد الهدف منها. وهذا ما سوف نتناوله فى هذا المطلب وفى فروع ثلاثة، هى:

الفرع الأول: مفهوم الدعوى غير المباشرة.

الفرع الثانى: طبيعة الدعوى غير المباشرة.

الفرع الثالث: هدف الدعوى غير المباشرة.

الفرع الأول

تعريف الدعوى غير المباشرة

الدعوى غير المباشرة هى إحدى الأنظمة القانونية التى تخول للدائن، متى توافرت شروط معينة، أن يستعمل باسم مدينه، حقوق هذا الأخير، وإذا لم يقم بنفسه باستعمالها[1]، ليدخل الحق المطالب به فى الذمة المالية للمدين، وبالتالى يدخل ضمن عناصر الضمان العام لحقوق دائنيه بمن فيهم الدائن رافع الدعوى.

---

(١) راجع فى تحديد وتوضيح مفهوم الدعوى غير المباشرة من الفقه على سبيل المثال: د. جلال محمد إبراهيم – أحكام الالتزام – مرجع سبق ذكره – ص ١٠٥ . وراجع أيضا فى هذا المعنى د . محمد لبيب شنب – أحكام الالتزام – دار نشر بدون، تاريخ النشر بدون صـ ٢٤١ وما بعدها. د – طلبه وهبه خطاب – أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى – دار الفكر العربى – عام ١٩٨٣– ص ٧٨. د – سعيد جبر – أحكام الالتزام – عام ١٩٩٧ – دار نشر بدون – ص ١٢١ وما بعدها. د – مصطفى الجمال – أحكام الالتزام – الفتح للطباعة والنشر –

فهذه الدعوى تفترض أن دائناً وجد مدينه دائناً لشخص آخر، ويتقاعس المدين عن مطالبة هذا الأخير مما يؤدى إلى تعرضه لمخاطر عدم الحصول على حقه، بسبب إعساره أو زيادة إعساره، فرعاية لمصلحة الدائن، أجاز له القانون أن يستعمل هذه الدعوى والتى يستطيع بمقتضاها أن يطالب مدين مدينه، بحقوق هذا الأخير لديه وتعتبر المقاولة من الباطن أحد المجالات النموذجية – بغض النظر عن فائدة هذه الدعوى لها ــ لهذه الدعوى.

فقد رأينا فيما سبق، أن المقاولة من الباطن تفترض وجود – على الأقل– عقدين، الأول: عقد المقاولة الأصلى ويتم تكوينه بين رب العمل والمقاول الأصلى، ونظراً لأن هذا العقد يكون ملزماً للجانبين، فإنه يقرر التزامات على عاتق رب العمل، تتمثل فى الأجر وغيرها من الالتزامات[1]، كما يرتب على عاتق هذا الأخير التزامات، يكون مديناً بها لرب العمل، وبالتالى يصبح ــ بمقتضى عقد المقاولة الأصلى ــ كل من رب العمل والمقاول من الباطن دائناً ومديناً للآخر.

ويأتى بعد ذلك – العقد الثانى – عقد المقاولة من الباطن وهو عقد – أيضاً– يكون ملزماً لطرفيه، ويتكون بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، ويحدد العلاقة بينهما، ويرتب الالتزامات على عاتق كل منهما، فيصبح بمقتضاه كل من المقاول الأصلى والمقاول من الباطن دائناً ومديناً للآخر.

ويكون بذلك المقاول الأصلى – بمثابة – وسيطاً بين رب العمل والمقاول من الباطن، حيث يعتبر دائناً ومديناً لكل منهما، فتتحقق شروط الدعوى غير المباشرة، التى تجيز للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا الأخير المالية، إذا

=عام ٢٠٠٠ ــ ص ٤٠٤ وما بعدها. د ــ سعيد سعد عبد السلام ــ الوجيز فى أحكام الالتزام ــ مطابع الولاء الحديثة ــ ٢٠٠٥ ــ ص ٩٦ وما بعدها. د ــ رمضان أبو السعود ــ أحكام الالتزام ــ دار المطبوعات الجامعية ــ عام ١٩٩٨ ــ ص ١٤٠ وما بعدها. د ــ إسماعيل غانم ــ فى النظرية العامة للالتزام ــ أحكام الالتزام ــ مطبعة النصر بشبرا ــ عام ١٩٥٦ ــ ص ١٧٧. د ــ محمود عبد الرحمن محمد ــ النظرية العامة للالتزام ــ الجزء الثانى ــ أحكام الالتزام ــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الأولى ــ عام ١٩٩٩ ــ ص ١٩٨ وما بعدها. د ــ محمد شكرى سرور ــ موجز الأحكام العامة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٥ ــ ص ٨٨.

[1] حيث إن عقد المقاولة يرتب التزامات أخرى، على عاتق رب العمل غير الأجر، منها الالتزام بتسلم العمل بعد إنجازه والالتزام بتمكين المقاول من العمل، والالتزام بتقديم المواد المتفق عليها فى عقد المقاولة.

أثبت أن هذا المدين قد تقاعس عن استعمالها، وأن ذلك كان من شأنه أن بسبب إعساره أو زيادة فى إعساره[١]، متى كانت هذه الحقوق غير متصلة بشخص المدين خاصة، وغير قابلة للحجز عليها[٢].

واستناداً إلى الدعوى غير المباشرة يستطيع رب العمل أن يطالب، باسم ولحساب المقاول الأصلى، بما يكون لهذا الأخير من حقوق مالية لدى المقاول من الباطن. ومعنى ذلك أن رب العمل يستطيع بمقتضى هذه الدعوى – إذا توافرت شروطها – الرجوع على المقاول من الباطن، ومطالبته بالتزاماته نحو المقاول الأصلى، سواء تلك الخاصة بإنجاز العمل، أو بتسليمه، أو بضمانه. كذلك إذا أخل المقاول من الباطن بأحد التزاماته تجاه المقاول الأصلى، الأمر الذى ترتبت عليه مسئوليته، وحكم عليها بمبلغ من المال على سبيل التعويض، يكون لرب العمل، بمقتضى الدعوى غير المباشرة، إذا توافرت شروطها، أن يطالب المقاول من الباطن بمبلغ التعويض.[٣]

وللمقاول من الباطن – أيضاً – استنادا إلى الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها، أن يرجع على رب العمل، باسم المقاول الأصلى ولحسابه، ونيابة عنه، بما يكون للمقاول الأصلى من الالتزامات فى ذمة رب العمل، سواء تلك المتعلقة بالأجر، أو الالتزام بتسلم العمل أو تقبله.[٤]

ويرى جانب من الفقه، وبحق، أن النظام القانونى محل الدراسة، ليست وسيلته الوحيدة هى رفع الدعوى التى كان على المقاول الأصلى رفعها فحسب، بل إن المشرع أراد أن يكون للمقاول من الباطن – أو رب العمل – أن يستعمل كل حق ثابت للمقاول الأصلى يكون مهملاً فى استعماله، سواء تَطَّلب ذلك رفع دعوى، أو تَطَّلب إجراءً قانونيًّا آخر، مثل قيامه بتسجيل عقد اشترى به المقاول الأصلى

---

(١) د ــ إبراهيم الدسوقى أبو الليل – المرجع السابق – ص ٢٣.

(٢) راجع المادة ٢٣٥ مدنى مصرى والتى تنص على " ..... طالما كانت هذه الحقوق غير متصلة بشخص المدين خاصة، أو غير قابلة للحجز " راجع أيضاً المادة (٣١٨) من القانون المدنى الكويتى، وهى مطابقة للمادة ٢٣٥ مدنى مصرى. فى هذا الشأن. راجع أيضا د. عبد الرزاق السنهورى – المرجع السابق ص ٢٢٤.

(٣) راجع فى ذلك د . إبراهيم الدسوقى أبو الليل – المرجع السابق – ص ٢٣، ٢٤

(٤) راجع فى ذلك د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل – المرجع السابق – ص ٢٣، ٢٤ د. عبد الرازق السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٤٤.

عقاراً، أو قطع تقادم يسرى ضد المقاول الأصلى؛ لذا فإن تسميه النظام القانونى محل الدراسة بالدعوى غير المباشرة هى تسميه غير دقيقة[١]. ولما كان استعمال الدعوى غير المباشرة فى النظام محل الدراسة، هو الشائع، فإن بعض الفقه[٢] يرى – وبحق – أن تسميه هذا النظام بالدعوى غير المباشرة قد جاء جريًا مع الغالب ليس إلا.

الفرع الثانى
طبيعة الدعوى غير المباشرة

بالرغم من وضوح الغرض من الدعوى غير المباشرة، وأن المشرع منحها للمقاول من الباطن أو رب العمل بصفته دائناً، إذا توافرت شروطها، ليرجع بها أيهما على الآخر، مستعملاً حقوق المقاول الأصلى المدين، فى مواجهة رب العمل أو المقاول من الباطن أيهما كان مديناً للمقاول الأصلى، ليس تنفيذاً لحق لدى المقاول الأصلى، وإنما هى مجرد وسيلة للحفاظ على أمواله وزيادتها تقوية للضمان العام، وتمهيداً للتنفيذ عليها.

إلا أن الفقه قد اختلف بشأن طبيعتها، فقد رأى بعض الفقه أن هذه الدعوى ليست مجرد وسيلة للحفاظ على أموال المقاول الأصلى (المدين) تمهيداً للتنفيذ عليها، بل إنها تدخل ضمن إجراءات التنفيذ، وبالتالى يجب أن يكون لدى المقاول من الباطن – أو رب العمل – رافع الدعوى غير المباشرة سنداً تنفيذيًا، ولا يكفى أن يكون مجرد صاحب حق مستحق الأداء[٣]. وذهب جانب آخر من الفقه، إلى أن

---

(١) راجع فى ذلك من الفقه على سبيل المثال: د. السنهورى – الوسيط حـ ٢ – ط٢ سنة ١٩٨٢ – صـ ١٢٥ د . جلال إبراهيم – المرجع السابق – ص ١٠٧ وما بعدها. د ـ لبيب شنب – المرجع السابق – صـ ٢٤٧. د ـ طلبة وهبة خطاب ـ المرجع السابق ـ ص ٧٨ . د ـ مصطفى الجمال ـ المرجع السابق ـ ص ٤٠٤. د ـ رمضان أبو السعود ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٢ وما بعدها. د ـ إسماعيل غانم ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٩ وما بعدها. د ـ محمود عبد الرحمن محمد ـ المرجع السابق ـ ص ١٩٩. د ـ محمد شكرى سرور ـ المرجع السابق ـ ص ٨٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى – المرجع السابق – نفس الهامش.

(٣) راجع فى ذلك:
Marty (G) , Raynaud (P) et destoz , (PH) . "Droit Civil les obligations" editition 1989. T.2. le reginse . no. p130.

الـدعوى غيـر المباشـرة تأخـذ موقعـاً وسـطاً بـين إجـراءات الـتحفظ، وإجراءات التنفيذ[١].

لكن غالبية الفقه[٢] ترى – وبحق – تصنيف الدعوى غير المباشرة ضمن التدابير الوقائية، استنادًا إلى مبررات تقرير الحق فى هذه الدعوى، والتى تتمثل فى وقاية المقاول من الباطن – أو رب العمل – الدائن (رافع الدعوى) من خطر نقص أموال المقاول الأصلى (المدين) مما يضعف الضمان العام، الأمر الذى يقلـل مـن فرص حصول دائنيه – ومنهم الدائن رافع الدعوى- على حقوقهم.

لذا فإن المشرع أجاز للمقاول من الباطن، أو غيره من الدائنين، أن يباشر هذه الدعوى، نيابة عن المقاول الأصلى (المدين)، ليحافظ بها علـى أمـوال هـذا الأخير التى تشكل الضمان العام لدائنيه، سواء لتفادى فقدان المقاول الأصلى لبعض الحقوق، أو لإدخال ما يجب إدخاله منها، سواء تطلب ذلك رفع دعوى، أو تطلـب إجراء قانونى آخر، فيفيد بذلك رافع الدعوى، أو القائم بالإجراء، وكذا سائر دائنـى المقاول الأصلى.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع فى سبيله لتحقيق الهدف من الدعوى غير المباشرة، قد استخدم النيابة القانونية كوسيلة فنية، فجعل المشـرع المقـاول مـن الباطن – أو رب العمل – رافع هذه الدعوى، نائباً قانونيًا عن المقـاول الأصـلى، وقد نص المشرع على ذلك فى المادة "٢٣٦ مدنى مصرى" فقرر أن "يعتبر الـدائن فى استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين"، وهذه النيابة مصدرها القـانون[٣]، وتختلف عن النيابة العادية فى أنها ليست مقررة لمصلحة المقاول الأصلى، بل إنها مقررة لمصلحة الدائن سواء كان رب العمل أو المقاول من البـاطن أو غيرهمـا، وبالتالى لا يجوز للمقاول الأصلى إنهاؤها، أو التقييد منها دون رضاء من تقـررت النيابة لمصلحته[٤].

---

(١) راجع فى ذلك:

"On saccorde oujourd hui' pour admettre qu' ell est á Mi – chemin entre une mesure cons etre vatoire " u" le Glecher – Barom (M) "les obligations" 5 edition . 1986, P.318.

(٢) راجع لمزيد من التفاصيل د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧

(٣) راجع فى ذلك : د ــ طلبه وهبه خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٨١.

(٤) راجع فى ذلك نص المادة ٧١٥ فقرة ٢ مدنى مصرى "غير أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل، أو لصالح أجنبى، فلا يجوز الموكل أن ينهى الوكالة، أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه".

ولما كانت الوسيلة الفنية التى استخدمها المشرع هى فكرة النيابة القانونية، فإن هذه الفكرة هى التى ستحدد – كما سنرى فيما بعد – آثار الدعوى غير المباشرة[١].

كما أنه يجب أن يؤخذ فى الاعتبار أن هذه النيابة ليست مطلقة، بل إنها محدودة بالهدف منها، وهو الحفاظ على الضمان العام للدائن، أى تحقيق نفس الهدف من الدعوى غير المباشرة، وذلك مع مراعاة مصلحة المقاول الأصلى (المدين)[٢].

الفرع الثالث

الهدف من الدعوى غير المباشرة

تهدف الدعوى غير المباشرة بالنسبة لرب العمل إلى المحافظة على الضمان العام وتقويته[٣] لدى المقاول الأصلى، وبالتالى تزيد فرص حصول رب العمل فى استيفاء حقه، حيث تمكنه هذه الدعوى من تلافى الضرر الذى قد يصيبه بسبب تقاعس المقال الأصلى (المدين) فى استعمال حقه. فكل حق يهمل المقاول الأصلى فى استعماله، سوف ينال من الضمان العام ويضعفه، ويقلل بالتالى من فرص حصول رب العمل على حقوقه، لذا أجاز القانون لهذا الأخير، أن يستعمل حقوق المقاول الأصلى، وفقاً لشروط معينة، سواء تطلب ذلك رفع دعوى فى مواجهة المقاول من الباطن (مدين المدين) – أو غيره من مدين المقاول الأصلى – أو تَطلَّب ذلك اتخاذ إجراء قانونى لا يرقى إلى مرتبة رفع الدعوى.

وتحقق الدعوى غير المباشرة نفس الغرض بالنسبة للمقاول من الباطن، حيث تحافظ على الضمان العام للمقاول الأصلى وتقويته، وبالتالى تزيد فرص حصوله على حقوقه، حيث يتمكن – هو أيضاً – بمقتضى الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها، أن يستعمل حقوق المقاول الأصلى (مدينه)، ونيابة عنه، فى

---

(١) د. جلال محمد إبراهيم – المرجع السابق – ص ١٠٧.

(٢) د. أحمد شرف الدين – نظرية الالتزام – أحكام الالتزام – بدون سنة – بدون دار النشر– ص ١١١.

(٣) د .سليمان مرقس – الوافى فى شرح القانون المدنى – فى الالتزامات – مجلد ٤ " أحكام الالتزام"، دار النهضة العربية – سنة ١٩٩٢ – ص ٣٠٢. د – إسماعيل غانم – المرجع السابق – ص ١٧٧ وما بعدها.

مطالبة رب العمل – أو غيره – بما للمقاول الأصلى عنده، سواء تَطَّلب ذلك رفع دعوى أو اتخاذ إجراءات قانونية أخرى.

وهكذا، وعن طريق الدعوى غير المباشرة، يمكن أن تنشأ علاقة غير مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، تساهم فى المحافظة على حقوق كل منهما تجاه الآخر[١].

المطلب الثانى
شروط الدعوى غير المباشرة وآثارها

تمهيد وتقسيم:

نتناول فى هذا المطلب، شروط الدعوى غير المباشرة، واضعين فى الاعتبار أن المشرع قد حدد لهذه الدعوى شروطاً، لا يمكن استعمال الدعوى غير المباشرة إلا عند توافرها، أى أن الدعوى غير المباشرة ترتبط بتحقق شروطها، وجوداً وعدماً، وسنتناول أيضاً فى فرع آخر آثار استعمال هذه الدعوى، واضعين نصب أعيننا فكرتين هامتين، وهما مدى تحقيق هذه الدعوى للهدف منها، والتكييف القانونى لمركز مستعملها.

وعلى ذلك فسوف نقسم دراستنا لهذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: شروط الدعوى غير المباشرة.

الفرع الثانى: آثار الدعوى غير المباشرة.

الفرع الأول
شروط الدعوى غير المباشرة

ضبط المشرع فكرة الدعوى غير المباشرة بشروط يجب توافرها، حتى يمكن الالتجاء إلى هذه الوسيلة، بمعنى أن الدعوى غير المباشرة، ليست متاحة فى كل وقت، وفى كل ظرف، بلا قيد أو شرط. وهذا أمر طبيعى، ونحسبه للمشرع على الرغم من انطوائه على تحديد لمكنات طرفى العلاقة (رب العمل والمقاول من الباطن)، فى مجال رجوع كل منهما على الآخر.

وقد ميز المشرع، بين ثلاثة أنواع من الشروط ترتبط المجموعة الأولى منها برب العمل أو المقاول من الباطن ــ أو غيرهما ــ أيهما كان دائناً، وتتمثل

---

[١] د. إبراهيم الدسوقى – المرجع السابق ــ ص ٢٣، ٢٤ .

فى وجوب أن يكون حق الدائن منهما محقق الوجود غير متنازع فيه، ويجب أن تكون لدى من يرفع منهما الدعوى مصلحة فى رفعها، ويجب إدخال المقاول الأصلى ــ المدين ــ فى الدعوى.

أما المجموعة الثانية من الشروط فخاصة ــ المدين ــ بالمقاول الأصلى وفيها يشترط أن لا يكون قد استعمل حقه أو تأخر فى استعماله، وأن يؤدى ذلك إلى إعساره أو زيادة إعساره.

والمجموعة الثالثة من الشروط، فترتبط بالحقوق التى تمثل محلاً للمطالبة بها عن طريق الدعوى غير المباشرة، ذلك أن المشرع أجاز استعمال حقوق ــ المدين ــ المقاول الأصلى كقاعدة عامة، ولكنه أورد استثنائين على هذه الحقوق لا يجوز أن تكون محلاً للمطالبة بها عن طريق الدعوى غير المباشرة، ويتعلق الأول بالحقوق اللاصقة بشخص هذا الأخير، والاستثناء الثانى يتعلق بالحقوق التى لا يجوز الحجز عليها.

ولما كانت شروط الدعوى غير المباشرة من المسائل التى تناولتها كتب الفقه العامة التى تتضمن أحكام الالتزام، وهى كثيرة ومتنوعة فإننا نحيل فى شرح وتحليل هذه الشروط إلى هذه المراجع[1].

الفرع الثانى
آثار الدعوى غير المباشرة

تمهيد وتقسيم:

نتناول فى هذا الفرع آثار الدعوى المباشرة، أى ما يترتب عليها من نتائج، وذلك تمهيداً ــ كما سبق القول ــ لتقييم هذه الوسيلة والوقوف على قدرتها فى توفير الحماية المطلوبة لطرفى العلاقة. وسوف نتناول هذه الآثار فى جوانبها

---

(١) نذكر منها على سبيل المثال: د ــ سعيد جبر ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٣ وما بعدها. د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٥ وما بعدها. د ــ طلبه وهبه خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٧٩ وما بعدها. د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٤ وما بعدها. د ــ إسماعيل غانم ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٠ وما بعدها ــ د ــ سعيد سعد عبد السلام ــ المرجع السابق ــ ص ٩٨ وما بعدها. د ــ محمود عبد الرحمن محمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٠ وما بعدها. د ــ محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٧ وما بعدها . د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٧ وما بعدها. د ــ محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ٨٨ وما بعدها. د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٩ وما بعدها.

المختلفة. فنستعرض بداية آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى (المدين)، ثم نتناول آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لمدين المقاول الأصلى (مدين المدين)، وأخيراً نتناول آثار الدعوى بالنسبة للدائن (رافع الدعوى) سواء كان رب العمل، أو المقاول من الباطن، أو غيرهما، وذلك فى ثلاثة أغصان متتالية.

وغنى عن البيان أن دراسة آثار الدعوى غير المباشرة، يجب أن يؤخذ فى الاعتبار فكرتين جوهرتين **الأولى:** تتعلق بالهدف الذى ابتغاه المشرع من تنظيمه للدعوى غير المباشرة، والذى يتمثل فى المحافظة على موجودات الحقوق المالية للمقاول الأصلى التى تشكل الضمان العام لدائنيه.

والثانية: أن رب العمل، أو المقاول من الباطن – أيهما كان دائناً – أو غيرهما من الدائنين، إذ يستعمل حقوق المقاول الأصلى، فإنه يستعملها بصفته نائباً عن هذا الأخير، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٣٦ من القانون المدنى المصرى بقولها "يعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدنيه نائباً عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين ضماناً لجميع دائنيه".

فهاتان الفكرتان هما اللتان تقوم عليهما آثار الدعوى غير المباشرة، وتحدد هذه الآثار، سواء بالنسبة للمقاول الأصلى (المدين)، أو بالنسبة لمدينه سواء كان رب العمل، أو المقاول من الباطن، أو غيرهما، أو بالنسبة لدائنى المقاول الأصلى سواء كان رب العمل، أو المقاول من الباطن أم غيرهما.

وتوضيح ذلك سوف نقوم بتقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة أغصان، هى:

الغصن الأول: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى (المدين).

الغصن الثانى: آثار الدعوى المباشرة بالنسبة لمدين المقاول الأصلى (مدين المدين).

الغصن الثالث: آثار الدعوى بالنسبة للدائن ــ رفع الدعوى ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن أو غيرهما.

الغصن الأول

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى (المدين)

بينا فيما سبق أن تقصير المقاول الأصلى فى استعمال حقه، مما يؤدى إلى إعساره أو زيادة إعساره، نتيجة فقد بعض حقوقه المالية التى تشكل الضمان العام

هو الذى جعل المشرع يجيز لدائنيه سواء كان المقاول من الباطن، أو رب العمل أو غيرهما من الدائنين، استعمال حقوق المقاول الأصلى نيابة عنه، وأن هذه النيابة نيابة قانونية مفروضة على هذا الأخير، لكنها مقررة لمصلحة الدائن[١]، لذا فإن بعض الفقه قد ذهب إلى أن رفع الدعوى غير المباشرة يترتب عليه تعلق حق رافعها بموضوعها تعلقاً يشبه تعلق حق الدائن الحاجز تحت يد الغير بالمال المحجوز عليه، وخاصة غل يد الغير فى تسليم ما لديه مباشرة إلى المقاول الأصلى (المدين)، وكذا غل يد هذا الأخير فى التصرف فى حقه الذى لدى الغير، أى أن استعمال الدعوى غير المباشرة يجعل المال محبوساً عن المقاول الأصلى تحت يد القضاء، فلا يجوز له التصرف فيه، أو القيام بشأنه بعمل يضر برافع الدعوى[٢].

ويبدو أن هذا الرأى قد حاول أن يتلمس فائدة لرافع الدعوى (الدائن)، سواء كان رب العمل، أو المقاول من الباطن، أم غيرهما، من خلال استعماله لحقوقه المقاول الأصلى، بمقتضى الدعوى غير المباشرة إلا أن القواعد الناظمة – كما رأينا – لهذه الدعوى لا تؤيد هذا الرأى.

لذا فإن المستقر عليه فقهاً[٣] وقضاءً[٤] عكس الرأى السابق، وما يتفق مع القواعد الناظمة للدعوى غير المباشرة والهدف منها، أنه لا يترتب على رفع

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٥.

(٢) راجع فى عرض ذلك د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص٢٩٤.

(٣) راجع فى ذلك د. جلال إبراهيم – المرجع السابق – ص ١٢٠ د. أحمد شرف الدين –المرجع السابق– صـ ١١٩ د. لبيب شنب – المرجع السابق – ص ٢٥٠. د. سليمان مرقس – المرجع السابق– ص٢٩٥. د ــ طلبه وهبه خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٨١. د ــ سعيد جبر ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٤. د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٥ وما بعدها. د ــ إسماعيل غانم ــ المرجع السابق ــ ص ١٩١ وما بعدها. د ــ سعيد سعد عبد السلام ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٦ وما بعدها. د ــ محمود عبد الرحمن محمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٤ وما بعدها.

(٤) من الأحكام القضائية . راجع حكم محكمة النقض المصرية فى ١٩٥٠/٢/٢ – س ١ رقم ٦١ ــ ٢٢٠ حيث جاء فيه "وإن كان المدين الذى يرفع الدائن باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظاً بحرية التصرف فى الحق المطالب به فيها ومن ثم يكون هذا التصرف نافذاً فى حق الدائن شأنه فيه شأن المدين الذى صدر منه ويكون الخصم المرفوع عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به فى مواجهة الدائن، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن ففى هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية.

الدعوى غير المباشرة من جانب رب العمل، أو المقاول من الباطن – أيهما كان دائناً – أو غيرهما، مستعملاً فى ذلك حقوق المقاول الأصلى (المدين)، أى تغيير فى المركز القانونى لهذا الأخير، إذ يظل هو صاحب الحق المطالب به، لذا تظل سلطاته كاملة بشأن هذا الأخير، فيكون له حرية التصرف فى هذا الحق بكافة أنواع التصرفات، وذلك لأن رافع هذه الدعوى ليس إلا نائباً عن المقاول الأصلى، والنيابة لا ترفع يد الأصيل. وتطبيقاً لذلك يجوز للمقاول الأصلى (المدين) أن يرفع دعوى مستقلة للمطالبة بالحق موضوع الدعوى غير المباشرة، أو أن يتصرف فى هذا الحق، سواء بنقله إلى الغير، أو التصالح عليه مع مدينه، أو حتى أن يتنازل عنه. وتكون هذه التصرفات نافذة فى حق رافع الدعوى غير المباشرة، وغيره من الدائنين، ويجوز لمدين المقاول الأصلى التمسك بهذا التصرف فى مواجهة رافع الدعوى – وغيره من الدائنين – ما لم يثبت هذا الأخير أن ثمة تواطؤ بين المقاول الأصلى ومدينه.[١]

ويعتبر تحويل المقاول الأصلى (المدين) حق التصرف فى الحق موضوع الدعوى غير المباشرة، من أهم سلبيات هذه الدعوى؛ لذا فإن بعض الفقه قد اقترح أن يكون علاج ذلك بالطعن فى تصرفات المقاول الأصلى عن طريق الدعوى البوليصية[٢] . ولكن بعض الفقه ذهب إلى أن الاستناد إلى الدعوى البوليصية يتطلب توافر شروط خاصة[٣] – أشد من تلك الواجب توافرها فى الدعوى غير المباشرة؛ لذا فإن غالبية الفقه ينصحون الدائن، سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن – أيهما كان دائناً – أن يلجأ إلى طريق حجز ما للمقاول الأصلى (المدين) لدى الغير (مدينه)[٤] ، وذلك إذا توافرت شروطه[٥] ذلك لأن هذا

---

[١] د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٢٩٥ د. عبد الرازق السنهورى – الوسيط ص٢١٣
Weill et terre. Op. Cit . p. 870

[٢] راجع فى ذلك د. عبد الرزاق السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٩٥.

[٣] راجع فى ذلك ما تقضى به المادة ٢٣٧ مدنى مصرى.

[٤] راجع د. جلال إبراهيم – المرجع السابق – ص – ١٢١ . د – أحمد شرف الدين – المرجع السابق- صـ١١٩، ١٢٠ .
Marty et Raynaud . op. Cit. P .139. Mazeaud et chabas. op. Cit.p. 1035

[٥] راجع فى ذلك المادة ٣٢٥ مرافعات مصرى حيث جاء بها "يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز ما يكون لمدينه لدى الغير من المنقولات، أو الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط " كما تنص المادة ٣٢٧ من ذات القانون على أن "إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى، أو كان دينه غير معين المقدار فلا يجوز الحجز إلا بأمر من قاضى التنفيذ يأذن فيه الحجز ويقدر دين الحاجز تقديراً

الحجز يفضل الدعوى غير المباشرة بأنه يؤدى إلى حبس المال المحجوز عليه عن (المقاول الأصلى) المحجوز عليه، فبعد إعلان ورقة الحجز، فإنه لا يحتج بأى تصرف للمقاول الأصلى- المحجوز لديه - فى الدين محل الحجز فى مواجهة الدائن الحاجز، وأيضاً لا يجوز لمدين المقاول الأصلى - المحجوز لديه - أن يفى بهذا الدين للمقاول الأصلى المحجوز عليه، فإن فعل فإن هذا الوفاء لا يكون نافذاً فى مواجهة الدائن الحاجز.

ونود أن نشير إلى أن محاولات الفقه لتفادى سلبيات الدعوى غير المباشرة، لا تكون إلا باتباع نظم قانونية أخرى، تختلف عن الدعوى غير المباشرة، سواء فى شروطها، أو فى آثارها، مثل اتباع طريقة الدعوى البوليصية، أو حجز ما للمدين لدى الغير، فإذا توافرت شروط إحدى هذه النظم وسلكها الدائن، سواء كان هذا الدائن هو رب العمل، أو المقاول من الباطن، أم غيرهما، فإننا نكون بذلك قد خرجنا عن نظام الدعوى - محل الدارسة - غير المباشرة.

لذا فإن السؤال الذى يتبادر إلى الذهن، ما هى فائدة الدعوى غير المباشرة؟ طالما يستطيع المقاول الأصلى (المدين) التصرف فى الحق موضوع الدعوى، قبل صدور حكم فيها، وبالتالى لا يستطيع دائنوه إدخال هذا الحق ضمن أمواله التى تشكل الضمان العام، وبالتالى لا يمكن تحقيق الهدف من هذه الدعوى. وبعبارة أخرى ما هى فائدة الدعوى غير المباشرة، إذا كانت عاجزة عن تحقيق الهدف منها وهو المحافظة على الضمان العام للمقاول الأصلى؟.

الفصل الثانى

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لمدين المقاول الأصلى (مدين المدين)

سواء كان رب العمل، أو المقاول من الباطن، أم غيرهما، من مدينى المقاول الأصلى: لا يكون للدعوى غير المباشرة أى آثار استثنائية بالنسبة لمدين المقاول الأصلى، إلا من حيث إنها تخول لدائن المقاول الأصلى، صفة النيابة عن المقاول الأصلى فى علاقته بمدين هذا الأخير.

=مؤقتاً، وذلك بناء على عريضة يقدمها طالب الحجز. ومع ذلك فلا حاجة إلى هذا الأذن إذا كان بيد الدائن حكم، ولو كان غير واجب النفاذ متى كان الدين الثابت معين المقدار" وهاتان المادتان تتضمنان شروط حجز ما للمدين لدى الغير.

إذ يظل لها ذات الآثار كما لو كان رافعها هو المقاول الأصلى، حيث يستوى لدى مدين المقاول الأصلى، أن يباشر الدعوى المقاول الأصلى بنفسه، أو دائن هذا الأخير بصفته نائباً عنه[١].

والنيابة التى تخولها هذه الدعوى عن المقاول الأصلى، ليس لها أى أثر فى المركز القانونى لمدينه، لذا فإنه يحق لمدين المقاول الأصلى أن يدفع مطالبة دائن هذا الأخير (المدعي) – بصفته نائباً – بكل ما يستطيع أن يدفع به فى مواجهة –المقاول الأصلي– دائنه المباشر. حيث إنه ليس لهذا الأول كنائب أكثر مما لمدينه (المقاول الأصلى) الأصيل.[٢]

ويترتب على ذلك أنه إذا كان دائن المقاول الأصلى هو رب العمل – أو غيره من الدائنين ــ وأراد أن يرجع على المقاول من الباطن (مدين المقاول الأصلى)، بمقتضى الدعوى غير المباشرة، ليطالبه – بصفته نائباً – بما للمقاول الأصلى عنده من حقوق نشأت عن عقد المقاولة من الباطن، فيحق للمقاول من الباطن أن يدفع مطالبة رب العمل بكافة الدفوع التى كان له أن يدفع بها فى مواجهة المقاول الأصلى، سواء منها التى تتعلق ببطلان عقد المقاولة من الباطن، أو بانقضاء الحق موضوع الدعوى بالوفاء، أو بالمقاصة، أو بالتجديد، أو بسبق الفصل فى الدعوى، حتى ولو كان سبب انقضاء الدين قد نشأ بعد رفع الدعوى، والحال أن رفع الدعوى ــ كما أسلفنا – لا يغل يد المقاول الأصلى عن التصرف فى الحق موضوع الدعوى[٣].

ويجوز للمقاول من الباطن التمسك بكل اتفاق بينه وبين المقاول الأصلى بشأن الحق موضوع الدعوى، سواء كان اتفاق تنازل عن هذا الحق، أو تصالح

---

(١) فى هذا المعنى راجع د. جلال إبراهيم – المرجع السابق – ص ــ ١٢١ د. أحمد شرف الدين – المرجع السابق – ص ــ ١٢٠.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٤١١. د ــ طلبه وهبه خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٨٢ . د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٦. د ــ إسماعيل غانم ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٢. د ــ محمود عبد الرحمن محمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٦.
راجع أيضاً:
Starck (B): "Action oblique, Rep. de dr. Cir. 1969, T.1, n° 53.

فيه، وحتى ولو كان من شأنه أن يحقق الضرر الذى أراد المقاول من الباطن تفاديه، أو كان لاحقاً على رفع الدعوى غير المباشرة.[١] .

ولكن لا يجوز للمقاول من الباطن أن يتمسك بدفع خاص بشخص رب العمل (الدائن)، لأن هذا الأخير فى مطالبته ليس إلا نائباً عن المقاول الأصلى، وتقضى قواعد النيابة بعدم جواز التمسك فى الدعوى التى يرفعها النائب إلا بالدفوع الجائز التمسك بها فى مواجهة الأصيل[٢].

وما قيل بشأن رجوع رب العمل – وغيره من الدائنين – بصفته دائناً للمقاول الأصلى، على المقاول من الباطن بصفته مدينا المقاول الأصلى، بمقتضى الدعوى غير المباشرة، يقال أيضاً بالنسبة لرجوع المقاول من الباطن – وغيره من الدائنين – بصفة نائباً عن مدينه المقاول الأصلى، على رب العمل بصفة مدين المقاول الأصلى لمطالبته بحقوق هذا الأخير، سواء منها ما كان مصدره عقد المقاولة الأصلى، أو كان له مصدر آخر. حيث يجوز لرب العمل دفع هذه المطالبة بكافة الدفوع التى يجوز استعمالها ضد المقاول الأصلى، سواء المتعلقة ببطلان عقد المقاولة أو قابليته للإبطال، أو الدفوع الخاصة بانقضاء الدين، وسواء نشأت هذه الدفوع قبل رفع الدعوى غير المباشرة، أو بعد رفعها.

ولا يجوز لرب العمل أن يدفع مطالبة المقاول من الباطن بدفع خاص بشخص هذا الأخير.

---

[١] راجع فى ذلك د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٢٩٨، ٢٩٩ ولكن يشترط أن يكون هذا الاتفاق ثابت التاريخ بعد رفع الدعوى ولمزيد من التفاصيل راجع د. سليمان مرقس – الوافى فى أصول الإثبات وإجراءاته – حـ ٥– ط ٥ – سنة ١٩٩١ ص ٣٠٩.د. جلال إبراهيم – المرجع السابق – ص ١٢١ وما بعدها إذ يرى سيادته أنه يجوز للمقاول من الباطن ألا يكتفى بمجرد الدفوع، ولكن يجوز له أن يلجأ إلى دعاوى المدعى عليه يوجهها إلى المدين نفسه، فيجوز له أن يطلب إجراء المقاصة القضائية إذا لم تكن شروط المقاصة القانونية متوافرة. راجع فى هذا المعنى أيضاً: د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٨٢.

الفصل الثالث

آثار الدعوى بالنسبة للدائن ــ رافع الدعوى ــ سواء كان رب العمل، المقاول من الباطن، أو غيرهما

الدائن رافع الدعوى غير المباشرة سواء كان رب العمل، أو المقاول من الباطن أو غيرهما، إنما يرفع الدعوى مستعملاً حقوق مدينه (المقاول الأصلى) ونيابة عنه، لذا فإنه لا يطالب مدين المقاول الأصلى بحق شخص، ولكنه يطالبه بحقوق المقاول الأصلى لديه، وبالتالى فإن ما يحكم به استنادا إلى هذه الدعوى، إنما يحكم به لصالح المقاول الأصلى ويدخل فى ذمته المالية، وتعتبر ضمن أمواله التى تشكل الضمان العام لدائنيه. فالحق المحكوم به لا يخرج عن ملك المقاول الأصلى، ولا يستفيد منه الدائن رافع الدعوى سواء كان رب العمل، أو المقاول من الباطن، أو غيرهما إلا بصفته أحد دائنى المقاول الأصلى، فكون رافع الدعوى غير المباشرة لا يمنحه أى أولوية أو أفضلية عن غيره من الدائنين، ذلك لأن كل ما يترتب على الدعوى غير المباشرة، هو غل يد المقاول الأصلى عن التصرف فى المال المحكوم به، مع بقاء هذا الحق فى ملكه، واعتباره من العناصر التى يتكون منها الضمان العام لدائنيه[١]. وبالتالى فإن الفائدة التى سيحصل عليها الدائن رافع الدعوى تكون غير مباشرة، حيث إنه سيقتسم مع سائر الدائنين هذا الحق قسمة غرماء، وليس هناك ما يمنع أن يكون من دائنى المقاول الأصلى دائنون ممتازون، فيتقدم هؤلاء على الدائن رافع الدعوى، سواء كان هذا الدائن هو رب العمل، أو المقاول من الباطن، أو غيرهما، فيستوفوا حقوقهم أولاً، وقد لا يتبقى من الحق المحكوم به فى الدعوى شىء، فيضيع بذلك جهد ووقت ومال الدائن رافع الدعوى، إلا إذا كان له امتياز بقيمة المصروفات القضائية، فيتقدم بها على أى دائن آخر[٢]، وهذا هو ما جعله يجيز للدائن رافع الدعوى المباشرة، أن يطالب بحقوق المقاول

---

[١] راجع فى ذلك المادة ٢٣٦ مدنى مصرى حيث جاء فيها "يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه". راجع فى توضيح ذلك: د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٤١١ وما بعدها. د ــ إسماعيل غانم ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٣ وما بعدها ــ د ــ سعيد سعد عبد السلام ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٦ وما بعدها. د ــ سعيد جبر ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٥ وما بعدها. د ــ محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ٩٧.

[٢] د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٣٠٠.

الأصلى لدى مدين هذا الأخير، حتى ولو كانت أكبر بكثير من دين رافع الدعوى لدى المقاول الأصلى؛ لأن دخول هذا الدين ذمة المقاول الأصلى قد يقلل من مخاطر وجود دائنين ممتازين.

المطلب الثالث

تقييم الدعوى غير المباشرة

تقديم وتقسيم:

بعد دراستنا السابقة للدعوى غير المباشرة، يتضح لنا أن هذه الوسيلة لا تمثل الوسيلة المثلى لتحقيق الحماية الفعالة لطرفى العلاقة ــ رب العمل والمقاول من الباطن ــ محل الدراسة، بل وتقعد تماماً عن تحقيق أى حماية فى أحيان أخرى. واستنادا إلى ذلك فإنه لا يمكننا بحال الاعتماد على هذه الوسيلة لتحقيق الحماية لطرفى علاقة هما فى أمس الحاجة لهذه الحماية، خاصة وأن هذه العلاقة يلعب طرفاها دوراً هامًّا فى تنمية المجتمعات، ولذا فإنهما جديران بهذه الحماية، لما يترتب على استقرارهما من آثار تنموية فى هذه المجتمعات هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإنه من خلال موضوع بحثنا يمكن وبيسر الوقوف على أهمية المركز القانونى لكل من المقاول من الباطن ورب العمل، ذلك أن الأول المنفذ ــ الفعلى ــ الحقيقى لكل أو لجزء من العمل. وعلى الجانب الآخر، فإن رب العمل هو المتلقى الفعلى لهذا العمل. ولا يمثل موقفنا من هذه الوسيلة قفزاً فى الظلام، إنما نستعرض ونحلل ونورد الأسباب التى أقمنا عليها هذا الموقف، على وجه التفصيل، وذلك فى ثلاثة فروع متتالية.

الفرع الأول

مظاهر ضعف الدعوى غير المباشرة

عرض وتقسيم:

من نافلة القول، أنه يمكن أن ينغلق باب الدعوى غير المباشرة أمام من يستعملها سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن، فى بعض الحالات، ومن ذلك حالة وفاة المقاول الأصلى (المدين)، وحالة سبق استعمال الدعوى من دائن آخر للمقاول الأصلى، غير رب العمل أو المقاول من الباطن. وأيضاً حالة نقص

أو انعدام أهلية المقاول الأصلى، وأخيراً فإن هذه الدعوى، تعجز عن تغطية كافة صور المقاولة من الباطن، سوف نقسم هذا الفرع إلى أربعة غصون، هى:

الغصن الأول: فى حالة وفاة المقاول الأصلى (المدين).

الغصن الثانى: عدم قبول الدعوى المباشرة ــ أحياناً ــ من رافعها سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن.

الغصن الثالث: إصابة المقاول الأصلى بعارض من عوارض الأهلية بعد تكوين عقد المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن أو إفلاسه.

الغصن الرابع: عجز الدعوى غير المباشرة عن تغطية كافة صور المقاولة من الباطن.

الغصن الأول

وفاة المقاول الأصلى (المدين)

من المعروف أن المشرع قد استخدم فكرة النيابة – كما أسلفنا – كوسيلة فنية لاستعمال الدعوى غير المباشرة، فمن يستعمل الدعوى غير المباشرة سواء كان رب العمل، أو المقاول من الباطن، لرجوع أيهما على الآخر، أنما يستعملها بصفته نائباً[١] عن المقاول الأصلى، مستعملاً حقوق هذا الأخير[٢]، وهذه النيابة نيابة قانونية تقررت رغماً عن المقاول الأصلى ولكنها لمصلحته؛ ولأن الأصل أن يباشر المقاول الأصلى (المدين) حقوقه بنفسه، وأن استعمال شخص آخر لحقوق هذا الأخير قد جاء استثناءً، لذا فإن المشرع قد حدد بدقة هدف هذه الدعوى، والوسيلة الفنية لممارستها، وحدد أيضاً شروطها، ومن أهم هذه الشروط تلك التى يجب توافرها فى المقاول الأصلى، والتى من أهمها إهمال هذا الأخير فى استعماله لحقه، وهذا الشرط يسبقه شرط بديهى وهو ضرورة وجود المقاول الأصلى (المدين). فإذا كان المقاول الأصلى (المدين) متوفياً. ففى هذه الحالة سوف تتخلف أحد شروط استعمال الدعوى غير المباشرة الخاصة بالمقاول الأصلى (المدين) لأنه متوفى، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يجوز استعمال الوسيلة الفنية التى حددها المشرع لاستعمال هذه الدعوى وهى النيابة القانونية، حيث إن النيابة لا تصح عن المتوفى.

---

[١] راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال: د ــ جلال محمد إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٧. د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩٤ وما بعدها.

[٢] وذلك بقوة القانون.

وبالتالى سوف ينغلق باب الدعوى غير المباشرة أمام رب العمل، أو المقاول من الباطن، فلن يجوز لأحدهما الرجوع على الآخر، مستعملاً حقوق المقاول الأصلى (المدين) والمطالبة بها نيابة عنه، لوفاة هذا الأخير.

وكذلك الحال إذا توفى المقاول الأصلى أثناء سير الدعوى غير المباشرة، ولكن هل يجوز لرب العمل، أو المقاول من الباطن، أن يرجع أحدهما على الآخر، مستعملاً حقوق ورثة المقاول الأصلى (المتوفى)، نيابة عنهم، بمقتضى الدعوى غير المباشرة؟.

ويبدو أن الطابع الاستثنائى للدعوى غير المباشرة، تمنع ذلك، فمن ناحية، أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه، وإدخال طائفة – لم يذكرها النص المنظم للدعوى غير المباشرة – ورثة المقاول الأصلى (المدين)، واستعمال دائنى هذا الأخير حقوق ورثته بمقتضى الدعوى غير المباشرة، حيث إن طائفة ورثة المقاول الأصلى (المدين) لم يذكرها النص.

وإذا افترضنا – جدلاً – من حيث المبدأ، جواز رجوع رب العمل والمقاول من الباطن أيهما على الآخر، مستعملاً حقوق ورثة المقاول الأصلى (المتوفى) فسوف يصعب التحقق من باقى شروط الدعوى غير المباشرة، والتى من أهمها: إهمال المدين فى استعمال حقه، ففى حالة تعدد الورثة يصعب تحديد من منهم المهمل فى المطالبة بحقوق موروثه. كما أنه يجب أن يؤدى عدم استعمال الورثة لحقوقهم إلى إعسارهم أو زيادة إعسارهم، فما هو الحال إذا كان بعض الورثة معسر والبعض الآخر غير معسر، كذلك عند حساب حالة إعسار الورثة إعساراً فعليًّا، فهل تحسب جميع أموال الورثة حتى التى كانت لديهم قبل وفاة مورثهم، واكتسبوها عن طريق آخر غير تركة (المقاول الأصلى) مورثهم، أم أنه يعتد فى حساب الإعسار بالأموال التى تلقوها عن مورثهم فقط، تطبيقاً للقاعدة المعمول بها فى الشريعة الإسلامية، والتى تقضى بأن الورثة لا يلتزمون بديون مورثهم إلا بقدر ما يؤول إليهم من التركة[1]. فالوارث قد يكون معسراً إذا تم

---

[1] راجع فى ذلك د. عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – الجزء الأول – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام– تنقيح المستشار / أحمد مدحت المراغى – سنة ٢٠٠٣ – ص ٤٣٩ – هامش (١)

حساب ما تلقاه عن مورثه فقط[١] وموازنته بديون، وقد لا يكون معسراً إذا تم حساب أمواله جميعاً.

فضلاً عن ذلك سوف نجد نوعين من الدائنين:

النوع الأول: هم دائنى الورثة، وتضمن ديونهم جميع أموال الورثة، سواء التى آلت لهم من مورثهم أم تلك التى كانت ملكهم من قبل وفاة مورثهم.

أما النوع الثانى: فهم دائنو المورث، وتضمن أموال التركة ما على المورث من ديون، بالرغم من انتقال هذه الأموال إلى الوارث، بحيث يستوفى دائنو المورث ديونهم أولاً من أموال التركة، ودون مزاحمة من دائنى الوارث، وبحيث لا تتعدى هذه الديون أموال التركة[٢].

وإذا قام أحد دائنى المقاول الأصلى (المتوفى) باستعمال هذه الدعوى مستعملاً حقوق الورثة – على فرض جواز ذلك – ثم حصل على حكم بالحق فالسؤال هل سيتقاسم هذا الحق مع جميع دائنى الورثة – الذين استعملت حقوقهم نيابة عنهم – سواء منهم من كان دائن لمورثهم، أو من كان دائن لهم؟، ومبعث هذا التساؤل يرجع إلى أن ما يحكم به فى الدعوى غير المباشرة، يستفيد منه جميع دائنى المدين الذى استعملت الدعوى غير المباشرة نيابة عنه، وهم فى هذا الفرض ورثة المقاول الأصلى. بينما تقضى قواعد الميراث ألا يزاحم دائنى المورث دائنى الوارث عند استيفاء حقوقهم من التركة، هذا مع العلم أن الحق الذى حكم به كان مستحق للمورث أى من ضمن عناصر التركة. لأنه كان المتلقى الفعلى للخدمة وهو المدين بالأجر، صحيح أنه فى حالة حياة المقاول الأصلى، يعتبر هو الدائن لرب العمل بالأجر، والمدين له بالعمل، وهو أيضاً دائن للمقاول من الباطن بالعمل، ومدين لهذا الأخير بالأجر، ولكن فى حالة وفاة المقاول الأصلى، لن يستطيع رب العمل أو المقاول من الباطن أن يرجع أيهما على الآخر، مستعملاً حقوق المقاول الأصلى، ونيابة عنه، بسبب وفاته. فإذا لم تتوافر شروط المسئولية التقصيرية، فكيف سيحصل كل من رب العمل والمقاول من الباطن على حقه؟

---

[١] حيث أنه ما تلقاه عن مورثهم من تركة، يقابله ديون كثيرة، والفرض أن مورثهم كان معسراً أصلاً، أى أن ديونه أكثر مما كان يملكه من أموال.

[٢] راجع فى ذلك د. منصور مصطفى منصور د. جلال إبراهيم – المرجع السابق– ص ٢٨٠

هذا بالرغم من أن حالة وفاة المقاول الأصلى، من الحالات التى تشتد فيها الحاجة للبحث عن علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وذلك لاعتبارين:

الاعتبار الأول: أن المقاول من الباطن هو المؤدى الفعلى للخدمة، حيث إنه يقوم بتنفيذ كل أو جزء من العمل محل عقد المقاولة الأصلى وهو المدين بالعمل، ورب العمل هو المتلقى – النهائى – والسؤال مَن مِن نوعى الدائنين له حق استعمال الدعوى غير المباشرة؟

وبناءً على ما تقدم نرى عدم إمكانية رجوع كل من رب العمل والمقاول من الباطن على الآخر، مستعملاً حق المقاول الأصلى، فى حالة وفاة هذا الأخير بمقتضى الدعوى غير المباشرة كما أنه لا يستطيع أحدهما الرجوع على الأخرى بمقتضى هذه الدعوى، مستعملاً حق الورثة ونيابة عنهم لما سبق أن أوضحناه.

الاعتبار الثانى: وفاة المقاول الأصلى، يفقد رب العمل ضمانة قررها له القانون، عند تنظيمه للمقاولة من الباطن، وهى بقاء المقاول الأصلى ضامناً لعمل المقاول من الباطن وذلك تطبيقاً لما تقضى به المادة ٢/٦٦١ مدنى مصرى.

الفصل الثانى

عدم قبول الدعوى غير المباشرة – أحياناً – من رافعها سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن

يحدث إذا استخدم الدعوى غير المباشرة، أحد دائنى المقاول الأصلى غير رب العمل، أو المقاول من الباطن، ليطالب هذا الأخير بحقوق المقاول الأصلى لديه، والناشئة عن عقد المقاولة من الباطن، وفشل فى الحصول على حكم ، وخسر دعواه أمام خصمه – مدين المدين – سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن. ففى هذه الحالة، إذا أراد رب العمل أن يرجع على المقاول من الباطن مستعملاً حقوق المقاول الأصلى الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن، فسوف يتعرض لعدم قبول الدعوى إذا دفع المقاول من الباطن بعدم قبولها لسبق الفصل فيها[1]، ونفس الشيء سوف يحدث للمقاول من الباطن، إذا ما أقام الدعوى أحد دائنى المقاول

---

[1] راجع فى ذلك د . جلال إبراهيم – المرجع السابق – ص ١٢٢

الأصلى، مستعملاً حقوق هذا الأخير، لمطالبة رب العمل بحقوق المقاول الأصلى الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى، وفشل - رافع الدعوى - فى إثبات دعواه فخسرها فإذا نشط المقاول من الباطن بمطالبة رب العمل بحقوق المقاول الأصلى الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى، فسوف يتعرض للحكم بعدم قبول دعواه غير المباشرة لسبق الفصل فيها، إذا دفع بذلك رب العمل.

وبالتالى لن يتمكن رب العمل أو المقاول من الباطن، من رجوع أيهما على الآخر بمقتضى هذه الدعوى، بالرغم من أنهما يستطيعان أكثر من أى دائن آخر للمقاول الأصلى إثبات الحقوق المطالبة بها، والتى نشأت عن عملية المقاولة من الباطن، والحال أنهما من أطراف هذه العملية، تلك العملية التى تتكون من عقدين - أو أكثر - مرتبطين ببعضهما بقصد تحقيق هدف واحد، ولكل من رب العمل والمقاول من الباطن حقوق، وعليه واجبات ناشئة عن هذه العملية، وبالتالى يكونان أكثر دراية بهذه الحقوق والأقدر على إثباتها من أى دائن آخر، ليس طرفاً فى أى من العقود المكونة لهذه العملية.

الغصن الثالث

حالة إصابة المقاول الأصلى بعارض من عوارض الأهلية أو إفلاسه[١]

إذا كان المقاول الأصلى قد طرأ عليه أحد عوارض الأهلية بعد إبرامه عقد المقاولة الأصلى وتم الحجر عليه ــ مثلاً ــ، فأصبح غير مؤهل للتصرف فى أمواله بنفسه، ومن باب أولى لا يستطيع أن يتصرف فى أمواله عن طريق نائب. وبالتالى لا يمكن لأى من رب العمل أو المقاول من الباطن، أن يرجع أحدهما على الآخر، مستعملاً حقوق المقاول الأصلى (ناقص الأهلية)، نيابة عنه، وبالتالى ينغلق باب الدعوى غير المباشرة أمام كل من رب العمل، والمقاول من الباطن، لعدم جواز نيابتهما عن المقاول الأصلى لأنه ناقص الأهلية، محجوراً عليه.

---

(١) راجع فى ذلك د. عبد الرازق السنهورى - المرجع السابق ــ ص ٦١٧ وما بعدها ولنفس المؤلف- الوسيط فى شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - المجلد الأول - بند ٨٧ ص ١٦٢ سنة ٢٠٠٣

أما إذا طرأ عارض الأهلية أثناء سير الدعوى، فإن السير فى الخصومة ينقطع، إذا لم تكن الدعوى قد تهيأت للحكم فيها [١].

وإذا كان هذا ما يقال فى حالة وجود عارض من عوارض أهلية الأداء للمقاول الأصلى، قبل رفع الدعوى غير المباشرة أو أثناء سيرها، فمن باب أولى تطبق نفس الأحكام فى حالة انعدام أهلية المقاول الأصلى قبل رفع الدعوى، أو أثناء سيرها، أو فى حالة إفلاسه، فإن كلاً من رب العمل والمقاول من الباطن لا يمكنهما أن يرجع أحدهما على الآخر بمقتضى الدعوى غير المباشرة، مستعملاً حقوق المقاول الأصلى نيابة عنه؛ ذلك لأن إفلاس هذا الأخير يترتب عليه منعه من التصرف فى أمواله وإدارتها بنفسه، فمن باب أولى لا يستطع ذلك عن طريق نائب.[٢]

كذلك إذا أفلس المقاول الأصلى أثناء سير الدعوى غير المباشرة، والحال أن النيابة تنتهى بالإفلاس، لغل يد المدين عن التصرف فى أمواله، ولأن شهر الإفلاس يترتب عليه وقف كافة الإجراءات الفردية.

---

(١) راجع فى ذلك المادة ١٣٠ من قانون المرافعات المصرى، المستبدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ – الجريدة الرسمية ــ العدد ٢٢ مكرر فى ١٩٩٢/٦/١، وقد جاء فيها " ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم، أو بفقد أهلية الخصومة، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين، إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها...".

(٢) ونود أن نشير إلى المادة ٢٢٠ من قانون التجارة الملغى، كانت تجيز للدائن رفع الدعوى غير المباشرة، باسم المدين المفلس ونيابة عنه، للمطالبة بحقوق لدى الغير، وكان هذا الحكم يمثل استثناءً على قاعدة منع الدعاوى والإجراءات الفردية، وكان تبريره أن الفائدة من هذه الدعوى تعود على جميع الدائنين. إلا أن قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، قد جاء مقرراً لمبدأ وقف الدعاوى والإجراءات الفردية، وحدد الاستثناءات الواردة عليه دون أن يذكر من بينها الدعوى غير المباشرة. لذا فإن الفقه يرى خضوع هذه الدعوى للمبدأ العام الذى يقضى بوقف الدعاوى والإجراءات الانفرادية، ولا يجوز رفعها إلا من السنديك دون أى من جماعة الدائنين. راجع فى ذلك د ــ ناجى عبد المؤمن – الإفلاس والصلح الواقى منه فى قانون التجارة الجديد ــ الجزء الأول ــ شروط الإفلاس وآثاره ــ سنة ٢٠٠٥ – ص ١١٢ وما بعدها.

الفصل الرابع

عجز هذه الدعوى عن تغطية كافة صور المقاولة من الباطن

فالدعوى غير المباشرة لا تكون إلا برجوع الدائن – فقط – على مدين مدينه، مستعملاً حق هذا الأخير؛ لذا فإن هذه الدعوى لا يمكن تطبيقها إلا على الصورة البسيطة للمقاولة من الباطن، تلك الصورة التى تتكون من عقدين ــ فقط ــ عقد المقاولة الأصلى ويربط بين رب العمل والمقاول الأصلى، وعقد المقاولة من الباطن ويربط بين هذا الأخير والمقاول من الباطن، وفى هذه الصورة يكون المقاول الأصلى دائناً ومديناً فى نفس الوقت لكل من رب العمل والمقاول من الباطن، اللذين يمكنهما أن يرجع أحدهما على الآخر مستعملاً حقوق المقاول الأصلى، وذلك لأن هذه الصورة تحقق نموذج تطبيق هذه الدعوى، حيث يوجد دائن ومدين، ومدين للمدين.

ففى هذه الصورة ــ مثلاً ــ إذا كان رب العمل هو الدائن للمقاول الأصلى، وهذا الأخير دائن للمقاول من الباطن، فيستطيع رب العمل استعمال الدعوى غير المباشرة، للمطالبة بحقوق المقاول الأصلى (المدين)، لدى المقاول من الباطن (مدين المدين).

أما فى الحالة التى تتكون فيها عملية التقاول من الباطن من أكثر من عقدين، كأن تتكون من عقد المقاولة الأصلى، والمقاولة من الباطن من الدرجة الأولى، والثانية، وتسمى هذه الصورة الأخيرة بعملية التقاول من الباطن على درجتين[١]، وهذه العملية – سواء التقاول على درجتين أو أكثر ــ جائزة قانوناً بل وكثيرة فى سوق العمل، نظراً لكبر حجم كثير من المقاولات والتخصص الدقيق فى الأعمال.

ففى هذه الصورة، إذا أراد رب العمل (الدائن)، أن يرجع على المقاول من الباطن (الثاني) مدين مدين المدين، بحقوق ــ مدينه ــ المقاول الأصلى، فلن يكون له ذلك بمقتضى الدعوى غير المباشرة؛ ذلك لأن رب العمل لن يستطيع استعمال سوى حقوق مدينه المباشر (المقاول الأصلى)، لأن هذا الأخير – هو وحده –

---

[١] راجع فى ذلك ما أسلفناه بخصوص صور المقاولة من الباطن ص ٤٣ ومابعدها.

المدين بحق مؤكد وموجود لرب العمل. وبالتالى فلن يستطيع هذا الأخير استعمال حقوق – مدين مدينه – المقاول من الباطن (الأول) وذلك لاعتبارين، هما:

- **الاعتبار الأول:** يدور حول انعدام حق مؤكد لرب العمل وموجود مباشرة لدى المقاول من الباطن (الأول)، وبالتالى نفقد أحد شروط استعمال الدعوى غير المباشرة، وسبب ذلك – كما يرى الفقه التقليدى- انعدام العلاقة المباشرة[1] بين رب العمل والمقاول من الباطن (الأول).
- **الاعتبار الثانى:** الأصل أن يباشر – أى شخص – المقاول من الباطن (الأول) حقوقه بنفسه، ولا يجوز لأحد مباشرتها نيابة عنه إلا بنص قانونى أو اتفاقاً أو قضاءً؛ ونظراً لأن الدعوى غير المباشرة تخول للدائن استثناء استعمال حقوق مدينه – فقط – نيابة عنه –وذلك عند عند توافر شروط معينة ولأهداف محددة- فإنه لا يجوز (للدائن) رب العمل أن يستعمل حقوق مدين مدينه (المقاول من الباطن) الأول نيابة عنه، للرجوع على مدين مدين مدينه (المقاول من الباطن) الثانى، حتى ولو كان المقاول من الباطن الأول قد سكت عن مطالبة هذا الأخير بحقوقه، وأدى ذلك إلى إعساره أو زيادة إعساره؛ وبالتالى يقف نظام الدعوى غير المباشرة، عاجزاً أمام تغطية مثل هذه الصورة.

وما قيل فى عدم إمكانية رجوع رب العمل على المقاول من الباطن الثانى، بمقتضى الدعوى غير المباشرة، يقال فى عدم إمكانية رجوع المقاول من الباطن الثانى على رب العمل، بالرغم من أنهما طرفى فى عقود مقاولة مرتبطة ببعضها لتحقيق هدف واحد، هو تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى، ذلك العقد الذى أوكل المقاول الأصلى تنفيذ جزء أو كل التزاماته الناشئة عنه إلى المقاول من الباطن الأول، وذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن (الأول)، ويستطيع هذا الأخير أن يوكل تنفيذ العمل فى جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن (ثان)، بمقتضى عقد مقاولة من الباطن (ثان)، حيث إن التقاول من الباطن جائز، ما لم يحظره بند فى العقد أو كانت طبيعة العمل تعتمد على كفاية المقاول الشخصية.

---

(١) حيث أننا مازلنا مع الرأى القائل بعدم وجود علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

ومفاد ما تقدم، أنه لا يستطيع رب العمل أو المقاول من الباطن الثـانى أن يرجع أحدهما على الآخر بمقتضى الدعوى غير المباشرة، بالرغم من أن المقـاول من الباطن الثانى هو المؤدى الفعلى للعمل أو على الأقل لجزء منه، والمضـرور من عدم تنفيذ رب العمل لالتزامه - فى عقد المقاولة الأصـلى - بـدفع الأجـر، وبالرغم من رب العمل هو المتلقى الفعلى للخدمة، والمضرور من التنفيذ المعيـب أو عدم تنفيذ المقاول من الباطن الثانى لالتزاماته.

ويزداد الأمر صعوبة عندما تكون عملية التقاول من الباطن على ثلاث أو أربع درجات أو أكثر، وهذا جائز طالما لم تتوافر حالات المنـع الـواردة بالمـادة ٦٦١ من القانون المدنى المصرى[١].

لذا فإن الدعوى غير المباشرة، تقف عاجزة عن تغطيـة كافـة صـورة المقاولة من الباطن.

الفرع الثانى
جدوى الدعوى غير المباشرة فى مرحلة سير الدعوى

إن من أهم أوجه قصور هذه الدعوى، وأهم ما يجعلها عديمـة الجـدوى، بالنسبة لرافعها، هو أن هذه الدعوى لا تغل يد[٢] المقاول الأصلى - المدين - عن التصرف فى الحق موضوع الدعوى، حيث إن هذا الأخير يظل محتفظاً بحقه الذى استعمله رافع الدعوى- سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن - لأن رافـع الدعوى ما هو إلا نائب عن - المدين - المقاول الأصلى، فيجـوز لهـذا الأخيـر التصرف فى هذا الحق بكافة أنواع التصرفات، فله أن يبيعه ويرهنه أو يتنازل عنه أو يتصالح فيه، ويكون هذا التصرف نافذاً فى حق رافع الدعوى، متى كـان قبـل صدور الحكم فيها، وحتى ولو لم يكن لهذا التصرف تاريخاً ثابتاً سابقاً على إقامـة الدعوى، ولا يحق للدائن رافع الدعوى، سواء كان رب العمـل أو المقـاول مـن

---

(١) سبق الإشارة إليها راجع فى ذلك ما سبق أن أسلفناه ص ٥٤.

(٢) أنظر ذلك فى ما أسلفناه بشأن أثر الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى ص ١٧٤ ومابعـدها. راجع- أيضاً د ـ إبراهيم الدسوقى أبو الليل - المرجع السابق - ص ٢٤ وما بعدها. د ـ مصـطفى الجارحى - المرجع السابق - ص ٩٢.

الباطن، أن يطعن أو يعترض على هذا التصرف إلا عن طريق الدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها[١].

وعلى ذلك فإذا رجع أى من رب العمل أو المقاول من الباطن على الآخر، بمقتضى الدعوى غير المباشرة، مستعملاً حقوق المقاول الأصلى، وبعد سير الدعوى وإهدار الوقت والجهد فى ترتيب أوجه الدفاع وانفاق المصروفات قد يفاجأ بتصرف المقاول الأصلى فى الحق موضوع الدعوى. وبالتالى يجعل هذه الدعوى عديمة الجدوى، بل قد تكون سبباً فى ضياع وقت وجهد ومال من يستعملها سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن.

وهذا الفرض ليس نادر الوقوع، خاصة أن الدعوى لا ترفع إلا على مقاول أصلى – المدين – معسر، أى تزيد ديونه عن أمواله التى تشكل الضمان العام، وبالرغم من ذلك قصَّر فى المطالبة بحقوقه، الموجودة فى ذمة الغير. وقد يكون هذا السكوت عن عمد، أو تواطؤ أو إهمال فمثل هذا المدين كثيراً ما يتوقع منه أن يتصرف فى حقوقه إضراراً ــ أو بسبب آخر ــ بدائنيه، وخاصة من نشط منهم واستعمل هذه الحقوق بمقتضى الدعوى غير المباشرة.

لذا، فإن كثيراً من الفقه، ينصح علاجاً لهذا العيب الخطير، أن يلجأ المقاول من الباطن أو رب العمل – أيهما كان دائناً – إلى طريق حجز ما للمقاول الأصلى – المدين – لدى رب العمل أو المقاول من الباطن (أيهما كان مديناً للمقاول الأصلى)، وذلك إذا توافرت شروط حجز ما للمدين لدى الغير[٢].

ونظراً لأن نظام حجز ما للمقاول الأصلى لدى رب العمل أو المقاول من الباطن – أيهما كان مديناً – يختلف فى شروطه وهدفه عن الدعوى غير المباشرة، ونصيحة الفقه لرب العمل أو المقاول من الباطن أيهما كان دائناً للمقاول الأصلى، باتباع طريق الحجز رعاية لمصلحته، لدليل قوى على فشل نظام الدعوى غير المباشرة – مفهوم المخالفة لوجهة نظر الفقه – فى رعاية مصلحة – من يستعملها – رب العمل والمقاول من الباطن عندما يرجع بمقتضاها أحدهما على الآخر.

---

(١) وهذه الشروط يصعب إثباتها من الناحية العملية. حيث تناولت هذه الشروط المواد (٢٣٧)، (٢٣٨)، (٢٣٩)، (٢٤٢)، من القانون المدنى المصرى. راجع فى شرح هذه الشروط كما وردت بالمواد السابق ذكرها : د ــ محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٤ وما بعدها. د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٧ وما بعدها.

(٢) د. جلال إبراهيم – المرجع السابق – ص ١٢٢.

الفرع الثالث

القيمة العملية للدعوى غير المباشرة بالنسبة لرافعها، سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن بعد صدور حكم فيها

إذا لم يكن باب الدعوى غير المباشرة منغلقاً، أمام رب العمل أو المقاول من الباطن، وإذا توافرت شروطها، ورجع بها أحدهما على الآخر مستعملاً حق المقاول الأصلى، ونيابة عنه، ولم يتصرف هذا الأخير فى الحق موضوع الدعوى حتى صدور حكم فيها، فإننا بذلك نكون قد تجاوزنا المرحلة الأولى، ولكن هناك مرحلة أخرى لا تخلو من خطورة، تبدأ هذه المرحلة بعد صدور حكم فى الدعوى.

فنتيجة لنيابة من يستعمل الدعوى غير المباشرة، سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن، عن – مدينه – المقاول الأصلى، فإن ما يحكم به فى هذه الدعوى يدخل فى ملك – الأصيل – هذا الأخير، حيث يعتبر ما يحكم به أحد العناصر التى يتكون منها الضمان لدائنيه، والأثر – الوحيد – الذى يترتب على صدور حكم فى هذه الدعوى هو غل يد المقاول الأصلى عن التصرف فى المال المحكوم به.

ويترتب على دخول المال المحكوم به الذمة المالية للمقاول الأصلي – المدين– واعتباره أحد عناصر الضمان العام لجميع دائنيه، أن رافع الدعوى سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن لا يستأثر بالحق المحكوم به، بل يستفيد منه جميع دائنى المقاول الأصلى؛ ذلك لأن الدعوى غير المباشرة وإن كانت فردية فى رفعها، فإنها جماعية فى آثارها[١].

ويعنى ذلك أن الدعوى غير المباشرة لا تخول لمن يستعملها[١] –سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن– حقًّا مباشراً لأحدهما فى مواجهة الآخر، فإذا أقام رب العمل هذه الدعوى ضد المقاول من الباطن ــ مثلاً ــ فإن ما يثبت من حقوق بمقتضاها للمقاول الأصلى يدخل فى الضمان العام لدائنيه.

---

(١) د. جلال إبراهيم – المرجع السابق – ص ١٢٢.

[٢] د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل – المرجع السابق – ص٢٤.

ويترتب دخول المال المحكوم به فى الدعوى غير المباشرة فى الضمان العام لدائنى المقاول الأصلى (المدين)، وتطبيقاً لقاعدة أن جميع الدائنين متساوون فى الضمان العام، فإنه يكون لأى من هؤلاء الدائنين أن يتدخل فى الدعوى أو فى إجراءات الحجز على هذا المال بعد الحكم به، وفى إجراءات توزيع الثمن الذى ينجم عن بيعه، ويتم تقسيم هذا المال قسمة غرماء بين جميع من تقدموا بطلباتهم، ودخلوا فى إجراءات التوزيع قبل إتمامها، بما فى ذلك رافع الدعوى سواء كان، رب العمل أو المقاول من الباطن، وبالتالى يتعرض هذا الأخير لقسمة الغرماء وقد يحصل على بعض حقه.

ولكن الخطورة تكمن بالنسبة لرافع الدعوى سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن، عند رجوع أحدهما على الآخر، فى أحد فرضين:

الأول: إذا لم يكن حق من يستعمل هذه الدعوى، سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن، مستحق الأداء أو لديه سند تنفيذى، ففى هذه الحالة لن يستطيع أن يتدخل ليتخذ إجراءات الحجز التنفيذى والتوزيع، فإذا تم التوزيع قبل أن يكون دينه مستحق الأداء أو لديه سند تنفيذى، فلا يكون له الحق فى أن يطالب بشىء من المال الذى تم تحصيله بمقتضى الدعوى غير المباشرة؛ وبالتالى يخرج الدائن رافع الدعوى دون أن يجنى منها سوى ضياع الوقت والجهد والمال.

وهذا الفرض يحدث فى أغلب الأحوال فى عملية المقاولة من الباطن، وخاصة فى الحالة التى يستعمل فيها رب العمل الدعوى غير المباشرة فى مواجهة المقاول من الباطن، لمطالبة هذا الأخير بحقوق المقاول الأصلى – المدين – الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن، والتى غالباً ما تكون مستحقة للمقاول الأصلي[1] قبل استحقاقها لرب العمل، وقد يرفع هذا الأخير الدعوى ويحكم فيها قبل استحقاقه للدين، وبالتالى لن يكون دين هذا الأخير مستحق الأداء، ولن يكون بيده سند تنفيذى، يستطيع بمقتضاه الدخول فى إجراءات التنفيذ والتوزيع.

---

[1] ذلك لأنه فى عملية المقاولة من الباطن، غالباً ما يقوم المقاول الأصلى بتحديد ميعاد تسلم العمل من المقاول من الباطن، فى عقد المقاولة من الباطن، قبل الميعاد المتفق عليه فى عقد المقاولة الأصلى، لتسليمه إلى رب لعمل، وبالتالى قد يستحق دين المقاول الأصلى لدى المقاول من الباطن، ويكون دين رب العمل موجود ومؤكد، وتتوافر شروط رفع الدعوى غير المباشرة الأخرى، ويحكم فيها، ويدخل المال المحكوم به ذمة المقاول الأصلى قبل أن يكون دين رب العمل لدى هذا الأخير مستحق الأداء.

الثانى: إذا كان بيد من استعمل الدعوى غير المباشرة، سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن سند تنفيذى، وكان له الحق فى اتخاذ إجراءات التنفيذ والتوزيع على المال المحكوم به – وأموال المقاول الأصلى الأخرى – مع غيره من الدائنين واقتسام هذه الأموال قسمة غرماء. ولكنه قد يفاجأ الدائن الذى استعمل الدعوى، بأن أحد دائنى المقاول الأصلى له حق التقدم على غيره من الدائنين، فيقوم صاحب التقدم باستيفاء دينه أولاً، قبل غيره من الدائنين العاديين، وقد يستغرق حق الدائن المرتهن أو الممتاز جميع أموال المقاول الأصلى، بما فى ذلك المال المحكوم به فى الدعوى غير المباشرة، فلا يحصل رافع الدعوى على شىء من وراء رفعها، فتضيع جهوده ما لم يكن له حق امتياز بقيمة المصروفات القضائية فيتقدم بها على سائر الدائنين الآخرين[١].

وتجدر الإشارة إلى أن رب العمل والمقاول من الباطن، إذا رجع أحدهما على الآخر، بمقتضى الدعوى غير المباشرة، وإذا لم يكن له حق التقدم قانوناً يستطيع أن يتجنب مشاركة الدائنين الآخرين له فى اقتسام الدين، إذا كان بيده سند تنفيذى، وكان الهدف من الدعوى هو تحصيل دين مستحق للمقاول الأصلى لدى مدينه. فمثلاً إذا أقام الدعوى رب العمل، ورجع بها على المقاول من الباطن، وكان الهدف من الدعوى هو تحصيل دين مستحق المقاول الأصلى لدى المقاول من الباطن، وكان بيد رب العمل سند تنفيذى، ولم يكن له حق التقدم قانوناً. ففى هذه الحالة يحق لرب العمل (رافع الدعوى)، بوصفه عاملاً فيها لمصلحته هو لا لمصلحة المقاول الأصلى، أن يطالب فى الدعوى ذاتها، الحكم بأن يختص مباشرة بالدين المذكور، وبالتالى فإنه بصدور الحكم يستطيع تجنب مشاركة باقى الدائنين له فى اقتسام المال محل الدعوى. ولكن إذا تمكن أحد الدائنين الآخرين – أو بعضهم – وكان بيده سند تنفيذى، من التدخل فى الدعوى قبل صدور الحكم باختصاص رب العمل بموضوعها، وطالب هو أيضاً باختصاصه بالمال موضوع الدعوى، فإنه يجب على المحكمة أن تقضى باختصاصهما معاً بالدين الذى فى ذمة المقاول من الباطن ويقتسمان المال المحكوم به كل منهما بنسبة دينه[٢].

---

[١] راجع فى ذلك د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٣٠٠.

[٢] راجع أيضاً د ــ سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٣٠١، ٣٠٢.

المبحث الثانى
المسئولية التقصيرية

تمهيد وتقسيم:

سبق أن عرضنا للإتجاه الذى جنح إلى التفسير الضيق لمبدأ نسبية أثر العقود من حيث الأشخاص، وقد ترتب على ذلك إعتبار المقاول من الباطن من الغير بالنسبة لرب العمل، حيث إنه لا يرتبط مع هذا الأخير بعقد مباشرة، ولم يكن طرفاً فى عقد المقاولة الأصلى، الذى يربط بين رب العمل والمقاول الأصلى. كما أن رب العمل يعتبر من الغير بالنسبة للمقاول من الباطن، حيث إن هذا الأخير ليس طرفاً فى عقد المقاولة من الباطن.

وبالتالى فإن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ــ وفقاً لمنطق هذا الاتجاه ــ علاقة ليست عقدية.

لذا فإن رب العمل أو المقاول من الباطن لا يستطيع أحدهما الرجوع على الآخر، إلا بما تتيحه القواعد العامة من آليات لهذا الرجوع، أو ما قرره المشرع بنصوص خاصة. أما بالنسبة لما قرره المشرع من قواعد، والتى تتمثل فى الدعوى المباشرة، الدفع المباشر فسوف نقوم بتوضيحه لاحقاً[1]. أما ما تتيحه القواعد العامة فيتمثل فى دعويين: الأولى: الدعوى غير المباشرة[2] وقد سبق أن أوضحناه. والثانية: هى الدعوى التى تستند إلى قواعد المسئولية التقصيرية.

وبصدد هذه المسئولية يمكن القول بأنه بالرغم من وجود ارتباط بين عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن، وأن كلا العقدين يتصلان بمحل واحد، وهو تنفيذ ذات العمل الوارد بعقد المقاولة الأصلى، إلا أن ــ وفقاً لمنطق أنصار التفسير الضيق لمبدأ نسبية أثر العقود ــ رب العمل يعتبر من الغير بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، حيث إنه لم يشارك فى تكوينه، وبالتالى من الغير بالنسبة للمقاول من الباطن، وهذا الأخير يعتبر من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى الذى لم يشارك فى تكوينه.

---

(١) أنظر ما سوف نوضحه لاحقاً ص ٢٤٣ ومابعدها، ص٥٢١ ومابعدها.

(٢) أنظر ما سبق أن أوضحناه ص١٧٥وما بعدها.

ويترتب على ذلك أنه ليست هناك ــ وفقاً لمنطق هذا الاتجاه ــ علاقة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، ولا تقوم مسئولية للمقاول من الباطن تجاه رب العمل، أو مسئولية لهذا الأخير تجاه المقاول من الباطن، إلا على أساس المسئولية التقصيرية.

وبالتالى لا يجوز أن يرجع المقاول من الباطن على رب العمل لتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى، ولا يجوز لهذا الأخير الرجوع على المقاول من الباطن لتنفيذ الأعمال محل عقد المقاولة الأصلى، إلا عن طريق المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها. كما أنه لا يجوز لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بتنفيذ العمل محل عقد المقاولة من الباطن إلا عن طريق المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها.

كما أنه يجوز لرب العمل إذا أصيب بأضرار ناتجة عن فعل المقاول من الباطن فى المستقبل عن عملية تنفيذ العقد من الباطن، أن يطالب هذا الأخير بتعويض الأضرار عن طريق المسئولية التقصيرية.

ويجب على من يستعمل الدعوى ــ المسئولية التقصيرية ــ أن يثبت الخطأ المكون لهذه المسئولية، ذلك الخطأ الذى يتمثل فى الإخلال بالواجب العام الذى يفرضه المجتمع على الكافة، أو مخالفة القوانين واللوائح المعمول بها.

ولتوضيح ذلك فإننا سوف نتناول المسئولية التقصيرية فى هذا الخصوص فى أربعة مطالب، هى:

المطلب الأول: المسئولية عن عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن.

المطلب الثانى: المسئولية عن عدم تنفيذ عقد المقاولة الأصلى.

المطلب الثالث: المسئولية عن الأخطاء المستقلة عن تنفيذ عملية المقاولة من الباطن.

المطلب الرابع: عجز المسئولية التقصيرية كوسيلة لحماية رب العمل والمقاول من الباطن.

المطلب الأول
المسئولية عن عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن

نظراً لأن رب العمل يعد من الغير ــ وفقاً لمنطق الاتجاه التقليدى ــ بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، فإن المقاول من الباطن لا يكون مسئولاً أمامه عن عدم تنفيذ هذا العقد، ولا يخضع لأحكام المسئولية العقدية[١]. ولا يكون لرب العمل إذا أراد الرجوع على المقاول من الباطن، عن الأضرار التى يعانى منها من جراء عدم تنفيذ العمل المتفق عليه سوى الرجوع بدعوى المسئولية التقصيرية؛ ذلك لأن المسئولية العقدية لا يكفى لتحريكها ــ مجرد ــ تحقيق أضرار ناتجة عن التزام عقدى، بل يلزم إلى جانب ذلك وجود رابطة عقدية مباشرة بين المتضرر ومحدث الضرر[٢]. وهذا يعد منتفياً انطلاقا من أن رب العمل لم يشارك فى تكوين عقد المقاولة من الباطن.

وتطبيقاً لذلك قام رب العمل برفع دعوى على المقاول من الباطن لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التى أصابته من جراء إخلال هذا الأخير بأحد الالتزامات التى تقع على عاتقه بمقتضى عقد المقاولة من الباطن الذى شارك فى تكوينه. وأسس رب العمل دعواه على قواعد المسئولية العقدية المباشرة، حتى يستفيد مما تتيحه هذه الدعوى من أحكام، إلا أن محكمة الموضوع قد رفضت الدعوى، على أساس أن رب العمل يعتبر من الغير بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن حيث إنه لم يشارك فى تكوينه، وبالتالى فإنه يكون من الغير فى علاقته بالمقاول من الباطن، مما يحول دون رجوعه هذا الأخير بدعوى المسئولية العقدية المباشرة لتخلف أحد أركانها.

طعن فى هذا الحكم أمام محكمة النقض، تأسيساً على أن قاضى الموضوع قد أخطأ فى تطبيق نص القانون، و يبدو ذلك من ناحيتين، هما:

---

[١] راجع فى ذلك: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥. د ــ عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٧. د ــ إبراهيم الدسوقى أبو الليل ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤.

[٢] راجع فى عرض هذا الحكم .Civ 3.22.6. 1988, Prec . د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥ وما بعدها.

- **الناحية الأولى:** أن الأضرار التى يطالب رب العمل بالتعويض عنها ناتجة عن الإخلال بالتزام تعاقدى.
- **الناحية الثانية:** أن رب العمل لم يصب بالأضرار إلا بسبب كونه دائناً للمقاول الأصلى، وهذا الأخير دائن للمقاول من الباطن، ومن ثم توجد رابطة عقدية موضوعية بين رب العمل والمقاول من الباطن، الأمر الذى يجب معه تطبيق المسئولية العقدية.

ولكن الدائرة الثالثة لمحكمة النقض قد رفضت هذا الطعن، مؤيداً قاضى الموضوع، فيما خلص إليه من نتائج، وقررت ــ فى هذا الخصوص ــ بأن الالتزام بتحقيق نتيجة فى تنفيذ الأعمال خالية من العيوب الذى يقع على عاتق المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلى أساسه ــ عقد المقاولة من الباطن ــ العلاقة الشخصية الموجودة بينهما، ومن ثم لا يمكن لرب العمل الذى يعد من الغير بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن التمسك به[١].

كما أن محكمة النقض الفرنسية قد أيدت ــ أيضاً ــ حكما صادرا من محكمة الاستئناف كان قد انتهى إلى أن وجود عيب بالجزء الذى قام المقاول من الباطن بتصنيعه، وذلك أثناء تنفيذ للأعمال المكلف بها بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، لا يعطى رب العمل عند مطالبته بالتعويض إلا بالحق فى إعمال المسئولية التقصيرية، ولا يجوز له الاستناد إلى المسئولية العقدية، إذ لا تربطه بالمقاول من الباطن أى رابطة عقدية[٢].

كما قضت محكمة "تولوز" الفرنسية فى هذا الخصوص -أيضاً- بأن المقاول من الباطن حال تنفيذه الأعمال المكلف بها بمقتضى عقد المقاولة من الباطن لا يعتبر مسئولاً مسئولية عقدية قِبل رب العمل، حيث إن هذا الأخير يعتبر أجنبيًّا عن عقد المقاولة من الباطن[٣].

---

(١) راجع فى ذلك:

(٢) Cass. 3 Ech. Civ. 17 Fev 1987, D. no. 36, p.543
Toulouse 22 Nov. 1994, Precite

(٣) Cass. 3 Ech. Civ. 13 Dec. 1989, et 28 Fiv 1990, Dalloz 1991,J.P.25. no. 36, P. 543

وقضت محكمة النقض الفرنسية فى أحكام أخرى مؤيدة هذا المنطق بـــأن الاتفاقات لا تنتج آثارها إلا فيما بين الأطراف المتعاقدة فقط، ونتيجة لذلك فإنـــه لا توجد أية علاقة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، وأن خطأ المقاول مـــن الباطن أثناء تنفيذه التزامه لا يستتبع مسئوليته عقدياً تجاه رب العمل[١].

وفى هذا المعنى قضت محكمة التمييز الكويتية فى حكم لها بأن "العلاقـــة بين رب العمل والمقاول الأصلى يحكمها عقد المقاولة الأصلى. وأن العلاقة بـــين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن يحكمها عقد المقاولة من الباطن. لذا لا تنشـــأ ـــ بحسب الأصل ـــ علاقة عقدية بين المقاول من الباطن ورب العمل، ومن ثم فإن كلاً منهما يعتبر من الغير بالنسبة للآخر.

ثم صدر حكم الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية[٢] مؤكداً هذا الاتجاه حيث قضت بأن الاتفاقات لا يتعدى أثرها الأطراف المتعاقدة، احتراما لمبدأ نســـبية أثر العقود، ومن ثم لا تقوم مسئولية المقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل، إلا على أساس تقصيرى. وتتأسس الدعوى التقصيرية لرب العمل على أساس المـــادة ١٣٨٢ وما بعدها[٣].

---

(١) راجع فى ذلك حكم محكمة التمييز الكويتية فى ٢٢ مارس ١٩٩٨ ـــ الطعن رقم ١٢ لســـنة ١٩٩٦ تجارى ـــ مشار إليه فى د ـــ عبد الحميد عثمان الحفنى ـــ المرجع السابق ـــ ص ٨٩.

(٢) حيث قضت محكمة النقض الفرنسية فى أحد الطعون التى طرح أمامها بأن المقاول من الباطن لا يرتبط بصورة عقدية برب العمل. راجع فى ذلك من أحكام القضاء الفرنسى على سبيل المثال:

Cass, Ass Plen 12 Juill 1991. Besse Bull Civ. No 5, R, P. 105 et 353, CConct Moutier Galc 11 ed, no 171, 174 (IV), D 1991, 549, note Ghestin, D. 1991. Somm 321 Obs Aubert, JCP 1991, II. 21743, note Viney, RTD UV. 1991, 750, Obs Jourdant Ibid 1992, 593 Phs Zenat.

وقررت أيضاً فى أحكام أخرى فى طعون طرحت أمامها أن الرجوع بين رب العمل والمقاول من الباطن لا يكون إلا بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية أو شبه التقصيرية. ومن هذه الأحكام راجع على سبيل المثال:

Civ 3e , 18 Nov 1992, Gaz Pal, 1993, 2.432, note Boubli (responsabilite de lictuelle pourr faute prouvee). 3 Avr 2002: RD Imm 2002, 242, Obs. Malinvaud (responsabilite de nature necessariement delictuelle). Action de nature delictuelle du locataire attributaire contre le constructeur. Civ. 3e, 11 Oct. 1995, Contrats Conc Consom, 1996, 21, Obs Leveneur.

(٣) راجع فى ذلك:

Cass. Ass. Plen. 12, Juiilet 1991, D., Juris, p. 579, note Jacques GHESTIN.

أنظر ما سوف نقوم بتوضيحه بالنسبة لهذا الحكم لاحقاً وراجع فى هذا المعنى أيضاً:

- Cass. Com., 4 Mai 1993, Bull. Civ. No. 173.
- Cass. Civ. 16, Fèv,1994 Bull.Civ.1994
- Cass. 3e Civ. 28 nov. 2001, Jcp, 2002, Juris Prudence, 10 0.37, Note Daniel Mainguy.

ويلاحظ أن هذه الأحكام جميعاً تستند فيما انتهت إليه، من اعتبار رب العمل والمقاول من الباطن كلاً منهما من الغير بالنسبة للآخر، إلى مبدأ نسبية أثر العقود الذى ورد بالمادة ١١٦٥ من القانون المدنى الفرنسى. حيث تأثر القضاء بالتفسير الذى ضيق من نطاق هذا المبدأ من حيث الأشخاص، حيث قصر طرف العقد على من يشارك فى تشييد العلاقة التعاقدية.

ويتضح من هذه الأحكام جميعاً، أن المقاول من الباطن لا تربطه علاقة عقدية برب العمل، ومن ثم يكون هذا الأخير من الغير بالنسبة للمقاول من الباطن، الذى لا يكون مسئولاً عن تنفيذ الأعمال المكلف بها بمقتضى عقد المقاولة من الباطن مسئولية عقدية تجاه رب العمل.

وبالتالى إذا أراد رب العمل أن يرجع على المقاول من الباطن، بسبب إخلاله بتنفيذ ما التزم به بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، فليس له إلا أن يرجع عليه بدعوى المسئولية التقصيرية. ولكن ذلك يتطلب إثبات رب العمل الضرر الذى لحق به وخطأ المقاول من الباطن الذى يتمثل فى الانحراف عن مسلك الرجل العادى ورابطة السببية بين الخطأ والضرر. وإذا كان الخطأ العقدى المتمثل فى الإخلال التعاقدى ينتج عنه فى أغلب الأحوال خطأ تقصيرى إلا أن هذا الغالب ليس مطلقاً، انطلاقا من أن المفهوم الفنى والقانونى للخطأ العقدى، يختلف عن المفهوم الفنى للخطأ التقصيرى المتمثل فى الانحراف عن مسلك الرجل العادى.

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه إلى أى مدى يمكن لرب العمل التمسك بإخلال المقاول من الباطن بالتزامه العقدى كخطأ تقصيرى؟.

المطلب الثانى

المسئولية عن عدم تنفيذ عقد المقاولة الأصلى

لا يلتزم المقاول من الباطن بأحكام عقد المقاولة الأصلى مباشرة، ولا يكون مسئولاً أمام رب العمل عن عدم تنفيذ هذا العقد، ولا يسأل مسئولية عقدية، لانتفاء العلاقة التعاقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، حيث إن هذا الأخير لا يعد ــ وفقاً لمنطق أصحاب التفسير الضيق لمبدأ النسبية ــ طرفاً فى عقد المقاولة الأصلى، ذلك العقد الذى يربط بين رب العمل والمقاول الأصلى.

وبالتالى يعد المقاول من الباطن شخصاً من الكافة عليه واجب عام باحترام حقوق رب العمل، فإذا أخل بهذا الواجب فيمكن أن يسأل مسئولية تقصيرية[١].

ومن ناحية أخرى ولذات الاعتبارات، لا يجوز للمقاول من الباطن أن يطالب رب العمل مباشرة بتنفيذ التزاماته الواردة فى عقد المقاولة الأصلى، ولا يجوز أن يسأله عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات مسئولية عقدية، كما لا يجوز أن يطالب بحقوقه عن الأعمال التى قام بتنفيذها عن طريق الدعوى العقدية[٢]. إلا أن رب العمل يعتبر ــ بالنسبة للمقاول من الباطن ــ كأى شخص من الكافة عليه واجب عام باحترام حقوق المقاول من الباطن، وبالتالى يجوز لهذا الأخير أن يرجع على رب العمل بمقتضى دعوى المسئولية التقصيرية، وذلك فى حالة ثبوت الخطأ التقصيرى فى جانب هذا الأخير.

ولكن قد لا يتوافر ركن الخطأ التقصيرى[٣] مما يؤدى إلى إهدار الحماية القانونية للمقاول من الباطن. فمثلاً قد يتوفى المقاول الأصلى دون أن يكون له خلف عام (أو يختفى...) ففى هذه الحالة لا يكون أمام المقاول من الباطن سوى الرجوع على رب العمل وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية، ولكن ذلك يتطلب توافر ركن الخطأ التقصيرى وهذا قد لا يتحقق فى بعض الفروض، منها التزام رب العمل بتسليم الموقع والضرر الناتج عن عدم تنفيذه لهذا الإلتزام.

---

(١) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٤. د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٧. د ــ أنور طلبة ــ التعليق على نصوص القانون المدنى ــ الجزء الثانى ــ دار المطبوعات الجامعية ــ سنة ١٩٧٦ ــ ص ٦١.

(٢) Cass. Ass. Plen, 12 Juillet 1991, Précité

(٣) فيما عدا حالات الدعوى المباشرة

المطلب الثالث

المسئولية عن الأضرار المستقلة عن عدم تنفيذ عقود عملية المقاولة من الباطن

تمهيد وتقسيم:

قد يرتكب المقاول من الباطن خطأ مستقلاً عن تنفيذ التزاماته المنبثقة عن عقد المقاولة من الباطن، فيصيب رب العمل بضرر، وقد يقع من هذا الأخير خطأ لا ينسب إلى إخلاله بالتزاماته التى نشأت عن عقد المقاولة الأصلى فيصيب المقاول من الباطن. ففى هذه الحالة يجوز للمضرور ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ منهما الرجوع على من كان منهما مسئولاً عن ارتكاب الخطأ بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية[١].

غير أنه فى حالات معينة[٢] يمكن أن تطبق قواعد المسئولية عن فعل الغير، أو المسئولية عما تحدثه الأشياء التى تقع تحت حراسته من أضرار.

ولتوضيح ذلك سوف نتناول هذا الموضوع فى ثلاثة فروع، هى:

الفرع الأول: المسئولية عن الأعمال الشخصية.

الفرع الثانى: مسئولية رب العمل أو المقاول من الباطن عن حراسة البناء.

الفرع الثالث: مسئولية المقاول من الباطن أو رب العمل عن أخطاء من يتبعهما.

الفرع الأول

المسئولية عن الأعمال الشخصية

إذا كان الضرر الذى أصاب رب العمل ــ أو الغير ــ راجعاً للفعل الشخصى للمقاول من الباطن، أو كان الضرر الذى أصاب هذا الأخير نتيجة للفعل الشخصى لرب العمل، فإنه يحق للمضرور منهما أن يرجع على- الآخر- المسئول بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية، ويجب عليه فى هذه الحالة أن يثبت الخطأ فى جانب المسئول، ذلك لأن قوام المسئولية عن الأعمال الشخصية الخطأ الواجب

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٧. د ــ عبد الحميد عثمان ــ المرجع السابق ص ١٠٠ وما بعدها ــ د ــ رأفت حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٠.

(٢) راجع فى نفس المراجع فى نفس الصفحات بالهامش السابق.

إثباته[١]، وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها بقولها: "يسأل المقاول من الباطن ــ فى مواجهة رب العمل ــ على أساس القواعد العامة للمسئولية التقصيرية، المنصوص عليها فى المادة ١٣٨٢ مدنى، أى المسئولية المبنية على الخطأ الواجب الإثبات" [٢]. ويترتب على ذلك - مثلاً- أن رب العمل المضرور إذا لم يفلح فى إثبات الخطأ فى جانب -المسئول - المقاول من الباطن، أو استطاع هذا الأخير دفع المسئولية بإثبات أن خطأه لم يكن السبب فى إحداث الضرر، كما لو أثبت أن هذا الضرر يرجع لسبب أجنبى عنه[٣]، فإن المسئولية التقصيرية لا تقوم فى هذه الحالة فى جانب المقاول من الباطن.

وقد يكون الضرر الذى أصاب رب العمل ــ أو الغير ــ راجعاً لفعل إيجابى من المقاول من الباطن، وهذا هو الغالب[٤] والأكثر وقوعاً فى العمل. كما أن الضرر قد يكون راجعاً إلى إهمال، أو عدم تبصر المقاول من الباطن، من ذلك مثلاً أن يترك المقاول من الباطن حفرة حفرها فى الطريق العام، دون أن يضع ما ينبئ عنها، فيقع فيها رب العمل أو الغير، ومن ذلك أيضاً أن يترك المقاول من الباطن مخلفات العمل دون أن يتخذ الاحتياطات الواجبة، فيصطدم بها رب العمل أو أحد المارة. ففى هاتين الحالتين، تنعقد مسئولية المقاول من الباطن على أساس

---

(١) راجع فى ذلك فضلاً عن المراجع بالهامش ١، د ــ عبد الحكم فودة ــ الخطأ فى المسئولية التقصيرية ودراسة تحليلية عملية فى ضوء الفقه وقضاء النقض ــ دار الفكر الجامعى ــ١٩٩٦ ص ١٥٧. د ــ السيد عيد نايل ــ المصادر غير الإدارية للالتزام ــ ــ المسئولية التقصيرية ــ الإثراء بلا سبب ــ دار النهضة العربية ــ ٢٠٠٠/٢٠٠١ ــ ص ٦١. راجع أيضاً من أحكام محكمة النقض المصرية، نقض مدنى جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢ ــ المكتب الفنى لسنة ١٨ رقم ٢٠٠ ص ١٣١٦، نقض مدنى فى ١٩٧٦/١١/٢٥، المجموعة ٢٧-٣٠٥-١٦٦١. مع مراعاة تأثير الظروف الخاصة للمضرور على تقدير مسئولية الدائن أو مقدار التعويض، راجع فى ذلك: د ــ محمد محيى الدين إبراهيم سليم ــ الظروف الخاصة بالجار المضرور ومدى تأثيرها على مبدأ المسئولية أو مقدار التعويض ــ دراسة مقارنة فى إطار نظرية مضار الجوار غير المألوفة ــ مجلة البحوث القانونية والإقتصادية التى تصدر عن كلية الحقوق ــ جامعة المنوفية ــ العدد الصادر فى أبريل عام ١٩٩٤ ــ ص ٤٤ وما بعدها.

(٢) Cass. Civ. 20 Juin 1989, Précite.

(٣) راجع فى ذلك د ــ محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٧، د ــ مصطفى منصور، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦٦ وما بعدها وما أشار إليه هامش ٢ ص ٣٧٠ من أحكام نقض مصرى.

(٤) ذلك لأن الواجبات القانونية كثيراً لا تقتصر على النهى عن أعمال معينة، ولا تأمر بالقيام بعمل إلا نادراً، لذا فإن الأخطاء الإيجابية أكثر وقوعاً من الأخطاء السلبية وراجع فى ذلك د ــ السيد عيد نايل ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠.

المسئولية التقصيرية[١]. انطلاقا من أن فعله هـذا يعـد إخـلالاً بالواجـب العـام المفروض على الكافة.

والأضرار التى تقع وتستدعى تحرك قواعد المسئولية التقصيرية، إمـا أن تكون أثناء تنفيذ عقد المقاولة من الباطن أو بمناسبته، وإما أن تكون بعيـدة تمامـاً عن التنفيذ[٢].

ومثال الأولى، أن يقود المقاول من الباطن سيارة لنقل بعض المواد التـى تستخدم فى تنفيذ التزامه ــ الناشئ عن عقد المقاولة من الباطن ــ دون أن يتخـذ الاحتياطات اللازمة كأن يقودها ليلاً دون أن يوقد المصباح، أو يغفل تنبيه المـارة حيث يجب التنبيه، فإذا أصاب رب العمل أو الغير بضـرر، يجـوز للمضـرور مطالبة المقاول من الباطن بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية.

ومن أمثلة الطائفة الأولى أيضاً: عدم اتخاذ المقاول من الباطن الإجراءات والاحتياطات اللازمة، التى نصت عليها اللائحة التنفيذية للقانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ والتى جاء فيها "من يقوم بالأعمال المنصوص عليها فى المادة من هـذا القـانون (وهى الأعمال المتعلقة بإنشاء المبانى، أو توسـيعها، أو تعليتهـا أو تعـديلها، أو تدعيمها، أو هدمها، أو إجراء أية تشطيبات خارجية بها) واتخاذ إجراءات الأمـن اللازمة لوقاية وسلامة الجيران وأملاكهم والمارة، والشوارع، وما قد يكـون فـى باطن الأرض من أجهزة ومنشآت المرافق العامة وغيرها"، فإذا ترتب على عـدم اتخاذ هذه الإجراءات إضرار برب العمل، فإن المقاول مـن البـاطن يسـأل فـى مواجهته مسئولية تقصيرية[٣].

---

[١] راجع فى ذلك نص المادة ١٣٨٣ مدنى فرنسى والتى نصت على " لا تقتصر المسئولية على ما يقع من خطأ فحسب بل أيضاً عما يقع من إهمال أو عدم تبصر"

[٢] راجع فى د-مصطفى الجارحى- المرجع السابق- ص١١٨. د. رأفت حماد- المرجع السابق- ص٢٠٠.

[٣] وتجدر الإشارة إلى أن من الأضرار التى تخضع للمسئولية التقصيرية أيضاً، تلك التى تصيب الجيـران نتيجة مخالفة القواعد واللوائح والقوانين، والتى تلحق بهم أضراراً غير مألوفة، ذلك لأن مسلك المقاول من الباطن فى هذه الحالة يخالف مسلك الرجل العادى، من ذلك مثلاً أن يختار المقـاول مـن البـاطن طريقة للتنفيذ تلحق بالجيران أضراراً غير مألوفة، أو يقصد الإضرار بهم، محققـاً بـذلك مصـلحة لا تتناسب مع ما يسببه من أضرار. راجع فى تفصيل ذلك: د ــ محمد محيى الـدين إبـراهيم سـليم ــ المرجع السابق ــ ص ٦١ وما بعدها. حيث يوضح سيادته ضوابط عدم مألوفية الضـرر. ويوضـح

ومثال الثانية: أن يحضر رب العمل إلى موقع العمل ويجلس مع المقاول من الباطن، فيتبادلان حديثاً وتحدث بينهما مشادة تنتهى بمشاجرة ينتج عنها ضرب أحدهما أو جرحه، فيكون للمضرور منهما أن يطالب المسئول بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية.

الفرع الثانى
التزام المقاول من الباطن ورب العمل بتعويض الضرر الناتج عن أعمال من يتبعهما

الأصل أن كلاً من المقاول من الباطن أو رب العمل لا يسأل إلا عن فعله الشخصى، ولا يسأل أيهما عن فعل الغير إلا إذا كان هذا الأخير تابعاً لأحدهما سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن، بحيث تكون لهما سلطة فعلية فى رقابة وتوجيه التابع فى عمل يقوم به لحساب من يتبعه منهما، وذلك إذا وقع الخطأ من التابع أثناء تنفيذ هذا العمل أو بسببه، ويقوم التزام رب العمل أو المقاول من الباطن عن أخطاء من يتبع أيهما، حتى ولو لم يكن المتبوع منهما حرًّا فى اختيار التابع، متى كانت للأول سلطة فعلية فى رقابة وتوجيه الأخير[1].

=سيادته مدى تأثير الظروف الخاصة بالجار المضرور على مبدأ المسئولية أو مقدار التعويض، و يميل سيادته إلى الإتجاه "الذى لا يعتد بالظروف الخاصة بالجار المضرور وأن الجار مصدر الضرر يمارس نشاطه فى حدود حقه المشروع وإتخاذ الإحتياطيات اللازمة للحد من قدر الضرر حتى أن ما يصدر عنه يكون فى حدود المألوف وما يسود المنطقة من أعباء وليس مطلوباً منه أكثر من ذلك ... " ويستطرد سيادته القول بأن " المعول عليه هو تقدير مألوفية الضرر وعدم مألوفيته وفقاً لإعتبارات الموضوعية"، ص ١٠٨. د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٨ ــ وبنفس الصفحة هامش (٢).

(١) راجع فى ذلك: شرح أحكام المسئولية عن فعل الغير، المراجع الآتية: د ــ سليمان مرقس ــ فى الالتزامات ــ فى الفعل الضار والمسئولية المدنية ــ المسئوليات المفترضة ــ الطبعة الخامسة ــ دار الكتب شتات مصر ــ سنة ١٩٨٩ ــ تنقيح د ــ حبيب إبراهيم الخليلى ــ ص ٧٢٨ وما بعدها. د ــ منصور مصطفى منصور و د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٧ وما بعدها. د ــ سيد عيد نايل ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٧ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ٨٥٨ وما بعدها.

وبالتالى إذا كان الضرر الذى أصاب رب العمل أو الغير، لا يرجع إلى فعل المقاول من الباطن نفسه ولكنه يرجع إلى خطأ أحد تابعيه، كخطأ العمال الذى يستخدمهم المقاول من الباطن لتنفيذ العمل محل المقاولة من الباطن. ففى هذه الحالة، يلتزم المقاول من الباطن على اعتبار أنه متبوعاً فى مواجهة رب العمل أو الغير، وذلك متى ثبت أن الخطأ قد وقع من التابع حالة تأديته وظيفته أو بسببها. وخطأ العامل (التابع) قد يكون أحد أمرين:

- **الأول:** خطأ فى تنفيذ العمل مما أدى إلى الإضرار برب العمل من جراء ذلك وهنا تكون المسئولية عقدية فى ضوء ما ورد بنص المادة ٢١٧ فقرة (٢) مدنى مصرى.
- **الثانى:** تعدى أحد العمال على رب العمل وهذا يتحقق من خلال أحد المظاهر الآتية:

أ ــ أن يكون تعدى العامل على رب العمل بسبب وجود مشادة بين هذا الأخير والمقاول من الباطن (هذا يعد خطأ بسبب الوظيفة).

ب ــ وجود عداوة بين أحد العمال ورب العمل، واستغل الأول وجوده فى الموقع ثم اعتدى على الأخير (هذا يعد خطأ بمناسبة الوظيفة).

جـ ــ أثناء قيام العامل بالعمل حدثت مشادة بينه وبين رب العمل فقام بالاعتداء على هذا الأخير.

كذلك إذا كان الضرر الذى أصاب المقاول من الباطن أو الغير، نتيجة فعل من يستخدمهم رب العمل فى أداء عمله محل عقد المقاولة الأصلى، فإن هذا الأخير يلتزم بتعويض الضرر الناتج عن فعل من يستخدمهم باعتباره متبوعاً فى مواجهة المقاول من الباطن.

ويثور التساؤل فى هذا الصدد، حول مدى مسئولية المقاول من الباطن عن أخطاء مقاول ثانٍ من الباطن؟، وسبب هذا التساؤل يرجع إلى أن الأصل هو جواز التقاول من الباطن، وبالتالى يجوز للمقاول من الباطن، أن يوكل تنفيذ جزء من ــ أو كل ــ العمل المسند إليه إلى مقاول ثانٍ من الباطن. فهل يسأل المقاول من الباطن عن أخطاء المقاول الثانى من الباطن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه؟.

بداية، لا شك فى أن العلاقة التى تنشأ بين المقاولين المتتابعين من الباطن شأنها شأن العلاقة التى تنشأ بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن[١]. وسبق أن أوضحنا[٢] أن المقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلى، وليس تابعاً

---

[١] راجع فى عرض ذلك: د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٢.

[٢] راجع ما أسلفنا بشأن التمييز بين المقاولة من الباطن وعقد العمل.

لهذا الأخير، وبالتالى لا يسأل المقاول الأصلى باعتباره متبوعاً عن أخطاء المقاول من الباطن.

وقياساً على ذلك فإن المقاول الثانى من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأول من الباطن، ولا يكون تابعاً لهذا الأخير عندما يؤدى عمله، لذا فإن المقاول الأول من الباطن، لا يسأل أمام الغير عن أخطاء المقاول الثانى من الباطن، تأسيساً على أحكام مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة. ولكن للغير -المضرور- أن يرجع على المقاول الثانى من الباطن، بمقتضى المسئولية عن الأعمال الشخصية.

الفرع الثالث
مسئولية رب العمل أو المقاول من الباطن عن الأشياء التى تقع تحت حراسته

تمهيد وتقسيم:

يُسأل رب العمل أو المقاول من الباطن عما تحدثه الأشياء، التى يستخدمها أيهما فى تنفيذ التزاماته العقدية، من أضرار للغير، وذلك بصفته حارساً لها، تأسيساً على أحكام المادتين ١٧٧ فقرة (١)، و١٧٨ من القانون المدنى المصرى[١].

وتطبيقاً لذلك يُسأل بصفته حارساً للأشياء ــ غير البناء ــ المستخدمة فى تنفيذ ما التزم به وهو ما سنوضحه فى الغصن الأول. ويُسأل أيضاً رب العمل أو المقاول من الباطن بصفته حارساً للبناء، عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، تأسيساً على أحكام المادة ١٧٧ مدنى مصرى والمادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى، وسوف نوضح ذلك فى الغصن الثانى.

---

(١) تنص أحكام الفقرة الأولى من المادة ١٧٧ من القانون المدنى على أن: " (١) حارس البناء ولو لم يكن مالكاً له، مسئولاً عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداما جزئياً ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة، أو قدم فى البناء، أو عيب فيه" كما تنص أحكام المادة ١٧٨ من ذات القانون على أن : " كل من يتولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة، أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة. راجع فى شرح أحكام هاتين المادتين: د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ بند ٣٠٩ وما بعده ــ ص ٩٧٢ وما بعدها، ص ١٠٥٢ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٧١١ وما بعدها ــ ص ٩٠٧ وما بعدها. د ــ منصور مصطفى منصور ود ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٤١٧ وما بعدها. والمادتين ١٣٨٤، ١٣٨٦ من القانون المدنى الفرنسى

الفصل الأول
مسئولية رب العمل أو المقاول من الباطن
بصفته حارساً للأشياء

قد تقع هذه المسئولية بالنسبة للمقاول من الباطن، عندما يكون حارساً للأشياء التى أحدثت الضرر، ويكون المقاول من الباطن حارساً لهذه الأشياء، عندما تكون له السيطرة الفعلية المستقلة عليها، ولو لم يكن مالكاً لها، أى يسيطر عليها لحسابه الخاص، حيث يفترض أنه يستخدمها فى تنفيذ الأعمال المكلف بها.

وهذا يعنى أن كون المقاول من الباطن حارساً لموقع العمل، لا يجوز أن يفهم منه أنه حارس لكل ما يوجد به من أشياء خطرة أو آلات ميكانيكية، ولكن مسئوليته تقتصر على ما يسيطر عليه من هذه الأشياء والآلات سيطرة فعلية لحسابه الخاص[1]. وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه، وذلك فى حكمها

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ محمد شكرى سرور ــ مسئولية مهندس ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٩٧، ٣٩٨. أ ــ ناصر محمد عبد الله سلطان ــ المسئولية عن فعل الأشياء التى تتطلب عناية خاصة والآلات الميكانيكية ــ رسالة ماجستير ــ عام ٢٠٠٤ ــ جامعة القاهرة ــ ص ٦٨ وما بعدها، وص ٨٤ وما بعدها. راجع أيضاً د ــ محمد لبيب شنب ــ المسئولية عن الأشياء غير الحية ــ دراسة فى القانون المصرى مقارناً بالقانون الفرنسى ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة القاهرة ــ عام ١٩٥٧ ــ بند ٦٤ ــ ص ٨٥. د ــ عبد القادر الفار ــ أساس مسئولية حادث الأشياء ــ دراسة مقارنة بين الأنظمة الثلاث (اللاتينى ــ الانجلو الأمريكى ــ الإسلامى) ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٨٩ ــ جامعة القاهرة ــ ص ٣١ وما بعدها، وراجع ما أشار إليه سيادته من أحكام فى متن الصفحات المشار إليها. راجع فى هذا الإتجاه أيضاً د ــ أمجد محمد منصور ــ المسئولية المدنية عن حراسة الأشياء ــ دراسة مقارنة ــ فى القانون المدنى المصرى والفقه الإسلامى ــ جامعة المنصورة ــ ١٩٩٤ ــ ص ٥٣ وما بعدها.

وراجع من أحكام محكمة النقض المصرية فى بعض الطعون التى طرحت أمامها وتتعلق بذات الموضوع، حيث جاء بأحد أحكامها " أن الحراسة الموكلة للمسئولية طبقاً للمادة ١٧٨ من القانون المدنى ــ وعلى ما يجرى به قضاء هذه المحكمة ــ إنما تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعى أو المعنوى على الشئ سيطرة فعلية فى الإستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه" انظر الطعون أرقام (٢٠٣٣) لسنة ٥٧ ق فى ١٩٩٠/٣/٧، والطعن رقم ٥٧٠ لسنة ٤٦ قضائية فى ١٩٨١/٦/٢ ــ س ٢٣ ــ ص ١٦٣ ، ٤٩٢ لسنة ٥٦ ق فى ١٩٨٩/١/٥ ــ المستشار / أحمد وهبه ــ ــ موسوعة مبادئ النقض فى المسئولية المدنية ــ ط١ ــ مصادر المسئولية وأركانها ــ ج١ ــ ١٩٩١ ــ ص ١٠٠.

الصادر بتاريخ ١٩٧٧/٣/١ فى الطعن الذى تتلخص وقائعه، فى أن مقاولاً كلفته إحدى الشركات بسد الفتحات التى فى أبواب المبانى المملوكة لها، فأصيب أحد العمال التابعين للمقاول بأضرار، نتيجة مروره على سلك كهربائى مستقر على حائط فى المبنى. وقد أكدت المحكمة، أن حراسة هذا السلك، تقع على عاتق الشركة المالكة بوصفها صاحب السيطرة الفعلية على البناء وما يوجد به من أسلاك كهربائية، وهذه الحراسة لم تنتقل إلى المقاول، حيث ما أسند إليه من أعمال؛ لا شأن لها بالأسلاك الكهربائية الموجودة فى المبنى أصلاً[١].

وبالتالى يسأل المقاول من الباطن بصفته حارساً للأشياء، إذا أحدثت هذه الأشياء ضرراً برب العمل أو شخص آخر من الغير، متى كانت تحت حراسته. فالمقاول من الباطن الذى يترك شيئاً خطيراً كسلك كهربائى ــ مثلاً ــ فى الطريق، دون أن يتخذ الإجراءات التى تلزم لحماية المارة، فإنه يسأل مسئولية تقصيرية، بصفته حارساً لهذا السلك، عما يحدثه من أضرار نتيجة الصعق الكهربائى لرب العمل أو الغير، وكذلك الحال إذا انفجرت إحدى الآلات الميكانيكية التى يستخدمها المقاول من الباطن، وتسببت فى إصابة رب العمل أو غيره من المارة بضرر[٢].

= وفى هذا السياق قضت المحكمة الإتحادية العليا بالإمارات بأن "العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية هى سيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية فى الإستعمال والتوجيه والرقابة سواء كان مالكاً أو غير مالك مادامت تحت السيطرة لحساب نفسه". الطعون أرقام (١٩٩، ٢٢٨، ٢٥١) لسنة ٢١ ق مدنى ــ جلسة ٢٠٠١/٢/٢١ ــ مجموعة الأحكام ــ س٢٣ ــ ٢٠٠١ ــ ط١ ــ العدد ١ ــ المحكمة الإتحادية العليا ــ المكتب الفنى ــ مطبوعات جامعة الإمارات ــ ١٤٢٣ ــ ٢٠٢ ــ ص ٣٦٩. راجع أيضاً ما جاء فى حكم محكمة تمييز دبى أن "التعبير بأن كل من كان تحت تصرفه أشياء أو آلات قصد به من له السيطرة الفعلية على الشئ سواء كان مالك أو غير مالك" الطعن رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ حقوق ــ فى ١٩٩٦/١٢/٢٨ ــ مجلة القضاء والتشريع ــ العدد ١ ــ محكمة تمييز دبى ــ المكتب الفنى ــ مطابع البيان التجارية ــ دبى ــ ١٩٩٨ ــ ص ٦٤٤.

[١] حكم محكمة النقض المصرية والصادر بتاريخ ١٩٧٣/٣/١ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٨، ص ٥٩٢ ــ رقم ١٠٩ بند ا. وما يتضمنه هذا الحكم من مبادئ يصح أن تطبق على المقاول من الباطن وذلك بصفته مقاولاً.

[٢] د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٤. راجع أيضاً فى هذا المعنى: أ ــ ناصر محمد عبد الله سلطان ــ رسالة ماجستير ــ المرجع السابق ــ ص ٩٢ وما بعدها. د ــ عبد القادر الفار ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦ وما بعدها. د ــ أمجد محمد منصور ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦ وما بعدها.

ويسأل ـــ أيضاً ـــ رب العمل بصفته حارساً، فى مواجهة المقاول من الباطن أو أى شخص آخر من الغير، إذا كان لرب العمل سيطرة فعلية على أشياء خطرة، أو آلات ميكانيكية، فأحدثت تلك الأشياء أو هذه الآلات، ضرراً بالمقاول من الباطن أو أى شخص آخر من الغير. ويسأل رب العمل بصفته حارساً لهذه الأشياء، حتى ولو كان ذلك أثناء تنفيذ المقاول من الباطن لالتزاماته، فالعبرة بسيطرة رب العمل على هذه الأشياء سيطرة فعلية مستقلة. ومثال ذلك وقائع الدعوى التى صدر فيها حكم النقض السابق ذكره[١]، لو أن المقاول الذى كلف بسد الفتحات التى فى أبواب المبانى المملوكة للشركة، قد أوكل تنفيذ هذا العمل فى جملته أو جزء منه إلى المقاول من الباطن، وأثناء تنفيذ هذا الأخير لما كلف به، أصيب بأضرار نتيجة مروره على سلك كهربائى على حائط المبنى، ففى هذه الحالة يُسأل رب العمل ـــ الشركة ـــ بصفته حارساً للمبنى وما يحويه من أسلاك كهربائية، وذلك لأن ما أسند إلى المقاول من الباطن من أعمال لا علاقة له بما يحويه المبنى من أسلاك كهربائية.

ومسئولية المقاول من الباطن أو رب العمل هنا ـــ أيهما كان حارساً للأشياء ـــ تكون على أساس حراسة الأشياء، سواء الخطرة منها أو كانت آلات ميكانيكية، ولا يعفى المسئول منهما فى مواجهة المضرور، سواء كان المضرور أحدهما، أو أى شخص آخر من الغير، إلا إذا أثبت أن الضرر الذى أصاب المضرور، كان بسبب أجنبى لا يد له فيه[٢]. ويعفى أيضاً من المسئولية بشكل جزئى، إذا أثبت أن المضرور قد ساهم فى بخطئه فى وقوع الضرر، خاصة إذا كان المضرور من الفنيين، الذين يتعين عليهم أن يبدوا قدرًا أكبر من الاحتياط، أثناء تواجدهم بمواقع العمل[٣].

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية والصادر بتاريخ ١٩٧٣/٣/١ ـــ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٨ ق ـــ ص ٥٩٢ ـ رقم ١٠٩.

(٢) راجع فى ذلك: نص المادة ١٧٨ مدنى مصرى، حيث جاء فيها ".... ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يدله فيه".

(٣) Mazeaud et Jestaz "Traite the orque de la responsabilite dellectuelle et contractuelle III 1970, P.60, n°.10703.

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن ثمة تفرقة بين المسئولية عن حراسة الأشياء، والمسئولية عن فعل الأشياء المستخدمة فى تنفيذ العقد[١]، فالأولى يسأل عنها المقاول من الباطن أو رب العمل متى كان حارساً للشيء، أى له السيطرة الفعلية عليه، وقت إحداثه ضرر للغير. أما المسئولية العقدية الشيئية، فلا يشترط لقيامها أن يكون المتعاقد سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن، الذى استخدم الشيء فى تنفيذ التزاماته العقدية، حارساً لهذا الشيء، بل إن المسئولية لا تقوم ولو كان الشيء فى حراسة المضرور، حيث إن هذه المسئولية لا تقوم على أساس الخطأ المفترض فى سلوك الحارس، ولكنها تقوم على أساس افتراض تعيب الشيء الذى استخدم فى تنفيذ العقد مما أدى إلى الإخلال بالالتزام العقدى بضمان السلامة[٢]. وبالتالى إذا كان إحداث الضرر للغير، راجعاً إلى تعيب الشيء المستخدم فى تنفيذ الالتزامات العقدية، فإن المسئولية عن هذا الضرر تكون مسئولية عقدية موضوعية، يسأل عنها منتج هذا الشيء، متى كان الضرر الذى أحدثه الشيء المستخدم فى تنفيذ العقد معزواً تماماً إلى خلل فى الصناعة.

ويترتب على ذلك، أن المقاول من الباطن ــ مثلاً ــ عندما يستخدم شيئاً فى تنفيذ التزاماته بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، فأصاب هذا الشيء ــ الغير ــ رب العمل بضرر، فإن هذا الأخير يستطيع الرجوع على المقاول من الباطن، بصفته حارساً للشيء محدث الضرر، والرجوع يكون بمقتضى قواعد وأحكام حراسة الشيء الخطر، متى كان الضرر الذى أحدثه الشيء ناتجاً عن الخطأ المفترض فى سلوك الحارس، أى سلوكه فى رقابة الشيء وتوجيهه. أما إذا كان الضرر الذى أحدثه الشيء، ناتجا عن عيب فى تكوين الشيء ذاته أى فى صناعته أو تركيبه، ففى هذه الحالة لا يسأل المقاول من الباطن عن الضرر الذى أحدثه هذا الشيء، حتى ولو كان هذا الشيء يقع تحت حراسته، إلا فى حالة ما إذا كان هو

---

(١) راجع فى عرض ذلك وتفصيله: د ــ أشرف جابر سيد ــ المسئولية عن فعل الأشياء المستخدمة فى تنفيذ العقد ــ دار النهضة العربية ــ ٢٠٠٢ ــ ص ٣٨ وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك اتجاه يذهب إلى التفرقة بين حراسة التكوين وحراسة الاستعمال. فمثلاً إذا كان المقاول يستخدم آلات وانفجرت واحدة منها بسبب عيب فى صناعتها فذلك يدخل فى حراسة التكوين. راجع فى ذلك: د ــ حسام الدين كامل الأهوانى ــ المصادر غير الإرادية للالتزام .

(٢) راجع فى ذلك الحكم الشهير Cass. Civ. 1re, 17 Janviere 1995, Cass Civ. 1, no. 43, D. 1995, p. 350, et note dourdan res Civ. Essur, 1995, Comm. P. 123 et chion H. Groutel, no 13, dcp 1995, 1, 3853, no. 9 et so obs G. Viney

الذى قام بصنع الشىء وتركيبه، فهنا يسأل عنه أمام رب العمل ــ المضـــرور ــ مسئولية عقدية شيئية. أما إذا كان المقاول من الباطن قد اشترى هذا الشـــىء مـــن منتجه ليستخدمه فى تنفيذ العقد، وكان الضرر الذى أحدثه الشىء ناتجاً عن عيـــب فى تكوينه أو صناعته، ففى هذه الحالة، لا يسأل المقاول من الباطن فى مواجهـــة المضرور حتى ولو كان هو حارس هذا الشىء، بل يجـــب علـــى رب العمـــل ــ المضرور ــ الرجوع على منتج الشىء بمقتضى المسئولية العقدية الشيئية[١]، وذلك على الرغم من عدم إرتباط منتج الشىء مع رب العمل بعقد[٢].

الغصن الثانى

مسئولية رب العمل أو المقاول من الباطن عن حراسة البناء

وهذه المسئولية يمكن تصورها، عندما يتعلق عقد المقاولة الأصلى بتنفيـــذ مشروع سكنى، يتكون من بناء أو عدة أبنية، ثم يكل المقاول الأصلى تنفيـــذ هـــذا العمل كله أو جزء منه إلى مقاول من الباطن؛ لذا فالتســـاؤل يثـــور حـــول مـــدى مسئولية حارس البناء سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن عـــن حراســـته لتلك الأبنية؟.

ففى مصر، يكون المقاول من الباطن حارساً لما يقوم بتنفيذه من بنـــاء أو إنشاءات، كما أنه يعد حارساً للمبنى الذى سلم إليه ليقـــوم بترميمـــه أو هدمـــه أو تعليته، حيث إنه يسيطر عليه لحساب نفسه بقصد تنفيذ عقـــده[٣]. وبالتـــالى يســـأل المقاول من الباطن بصفته حارساً للبناء وفقاً لأحكام المادة ١٧٧ من القانون المدنى

---

[١] متى توافرت شروط هذه المسئولية، حيث يجب أن يكون الشىء المستخدم فى تنفيذ العقد معيبـــاً، أى أن يكون تعييبه هو مصدر خطورته، ويجب أن يتدخل الشىء إيجابياً فى إحداث الضرر، ويجب أن يكون أحد المتعاقين ملتزماً بالحفاظ على سلامة المتعاقد الآخر، كما يجب أن يكون المتعاقد المدين بـــالالتزام بضمان السلامة مهنياً ومحترفاً. راجع فى ذلك: دـــ أشرف جابر ــ المرجـــع الســـابق ص ٨٧ ومـــا بعدها.

[٢] وهذا يعد خروجاً على الأثر النسبى للعقود. راجع فى عرض ذلك: د ــ أشرف جابر ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦ هامش ٦٠، ص ٤٧ وما بعدها.

[٣] وإذا كان هذا ما تقضى به القواعد العامة، وليس محلاً لشك، إلا أنه يمكن أن يتفق صراحة على انتقـــال الحراسة إلى المقاول من الباطن. راجع فى ذلك د ــ مصـــطفى الجـــارحى ــ المرجـــع الســـابق ــ ص ١١٨.

المصرى[١]، عما يصيب رب العمل، أو أى أحد آخر من الغير، من أضرار، وذلك إذا كان الضرر ناتج عن تهدم البناء الكلى أو الجزئى. إلا إذا أثبت أن الحادث الذى سبب الضرر، يرجع إلى سبب آخر غير الإهمال فى الصيانة، أو قدم فى البناء، أو عيب فيه[٢].

أما فى فرنسا، فإن المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى، تقضى بأن يسأل مالك المبانى عن الأضرار الناشئة عن تهدمها إذا كان سببه عيب فى تشييدها أو نقصاً فى صيانتها. وبالتالى فإن القانون الفرنسى يجعل مناط المسئولية عن الضرر الناجم عن تهدم البناء الكلى أو الجزئى، ملكية هذا البناء وليس حراسته، أى أن مالك البناء يكون هو المسئول، ولو لم يكن هو حارسه. إذا ثبت أن التهدم كان سببه عيب فى الصيانة أو إنشاء المبنى[٣]. وبالتالى لا يسأل المقاول من الباطن بوصفه حارساً للبناء، عن الأضرار التى يحدثها تهدم هذا البناء الكلى أو الجزئى.

وبالرغم من ذلك فإن القضاء الفرنسى، قد اعتبر نص المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى التى تنظم المسئولية عن تهدم البناء، حالة خاصة[٤] من حالات المسئولية

---

(١) راجع فى ذلك المادة ١٧٧ من القانون المدنى المصرى، حيث تنص على " (١) حارس البناء، ولو لم يكن مالكاً له، مسئولاً عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداما جزئياً ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء".

(٢) راجع فى ذلك: Cass Cin. 7-2, 1962, 1962, 933, note Estnein. Cass. Civ. 15-01-1969, Jep, 1965, II. 13992. Cass. Civ. 29-9-1966. Bull. Civ. 1966. p. 361 no. 507.

(٣) راجع فى عرض وجهة نظر الفقه الفرنسى بشأن حكم نص هذه المادة. د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٩٥٨ وما بعدها.

(٤) راجع فى ذلك : د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٩٦٠ وما بعدها. حيث عرض سيادته لموقف القضاء الفرنسى ــ وهو فى سعيه نحو توفير حماية أكبر للمضرور ــ من حكم المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى والتى رأى فيها ــ القضاء الفرنسى ــ أن نص المادة الذى يتعلق بمسئولية مالك البناء عن الأضرار التى تنشأ من تهدمه، حكماً خاصاً يوفر حماية أقل لصالح المضرور من الحكم العام الذى ورد بنص المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى وبين ــ سيادته ــ أيضاً كيف أن القضاء الفرنسى ــ قديماً ــ كان يوسع من تفسير نص المادة ١٣٨٦، حيث مد حكمه ــ مثلاً ــ إلى مسئولية مالك البناء عن الأضرار الذى يحدثها بفعل منقولات أصبحت عقاراً، بالتخصيص، أو حتى بفعل آلات. ثم عاد واعتبر حكم المادة ١٣٨٦ حكماً خاصاً يطبق إذا توافرت شروطه، وضيق القضاء من تفسيره لهذا النص، بحيث إذا تخلف أحد شروطه، قام القضاء بتطبيق نص المادة ١٣٨٤ حيث إن هذه المادة توفر حماية أكبر للمضرور. راجع فى ذلك أيضاً، ما ورد فى ذات المراجع، فى نفس الصفحات، هامش (٧)، هامش (٨، ٩، ١٠، ١١، ١٢). راجع أيضاً فى عرض ذلك د ــ محمد شكرى سرور ــ المرجع

المفترضة عن الأشياء، التى تكون فى حراسة الشخص، وهذه الحالة يشترط فيها شروطاً خاصة، حاصلها أن يكون تهدم البناء ــ إذا كان عقار بطبيعته ــ مرده التشييد أو نقص فى صيانته، فإذا توافرت هذه الشروط، طبق الحكم الخاص الوارد فى المادة ١٣٨٦. أما إذا كان تهدم البناء يرجع لسبب آخر، غير الأسباب الواردة فى المادة ١٣٨٦، فإن القضاء الفرنسى يطبق المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى، وهو النص المتعلق بالمسئولية عن حراسة الأشياء، سواء ثابتة أو منقولة حيث يسأل حارس الشىء عما يسببه هذا الشىء من أضرار للغير. وعلى ذلك فإنه فى فرنسا، يسأل مالك البناء بمقتضى حكم المادة ١٣٨٦ مدنى، عن تهدم البناء، إذا كان عقاراً بطبيعته، وكان مردُّ التهدم عيبا فى التشيد أو نقصا فى الصيانة، ولا يسأل المقاول من الباطن عن تهدم البناء لهذه الأسباب حتى ولو كان هو حارس البناء. ولكن يسأل المقاول من الباطن، عن الأضرار التى يسببها البناء الذى يتولى تشييده[١]، بوصفه حارساً للبناء، وفقا للمادة ١٣٨٤ مدنى، إذا كان تهدم البناء راجعاً إلى سبب آخر غير تلك الواردة بالمادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى، وسواء كان البناء عقاراً بطبيعته أم عقاراً بالتخصيص.

وقد أثير التساؤل حول تاريخ انتقال حراسة البناء من المقاول من الباطن إلى المقاول الأصلى، وقد أثارت الإجابة عن هذا التساؤل جدلاً حاداً فى الفقه والقضاء، حيث انشق الفقه والقضاء إلى فريقين: فذهب فريق إلى أن التسليم المؤقت للمبنى إلى المقاول الأصلى، وسيطرته الفعلية عليه، وبالتالى انتقال الحراسة إليه، يعفى المقاول من الباطن من المسئولية[٢]. بينما يرى فريق آخر من الفقه، بقاء حراسة المبنى على عاتق المقاول من الباطن إلى حين التسليم النهائى[٣].

=السابق ــ ص ٤٠١ وما بعدها. وراجع فى نفس الصفحات، المراجع التى أشار إليها سيادته فى هامش ٦١، ٦٢، ٦٥، ٦٦.

(١) راجع فى ذلك: Cass. Civ. 7-2, 1962, D. 1962, 933. note Esmein
Cass. Civ. 154-1964, JCP, 1965. 11, 13992.
Cass. Civ. 29-4-1964, Bull, Civ. 1966, p.361, no. 507.

(٢) د ــ محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٤.
Mazeaud, Op. Cit. p.57, no. 1070-3.

(٣) Labin Op. Cit. P.269

ومن جانبنا نميل إلى الرأى الأول؛ لأنه ينسجم مع مفهوم الحراسة، حيث يعتبر الشخص حارساً للبناء، متى كانت له السيطرة الفعلية على المبنى لحساب نفسه أو لحساب غيره، وهذه السيطرة تثبت للمقاول الأصلى من لحظة التسليم المؤقت، وبالتالى يسأل عن الأضرار التى يسببها المبنى بوصفه حارساً للبناء. وقد يعترض على هذا الرأى[١]، بالقول بأن التسليم المؤقت هو وضع البناء تحت الاختبار، للتأكد من سلامته وخلوه من العيوب، وذلك على اعتبار أن بعض هذه العيوب لا يظهر ــ فى الواقع ــ إلا بالاستعمال، وبالتالى يكون من غير المنصف أن نفترض مسئولية المقاول الأصلى عن مبنى وهو يجهل حالته الحقيقية إلا أنه يمكن القول ــ ردًا على هذا الإعتراض ــ بأنه قد يكون فى إمكان رجوع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن بما دفع للمضرور، أو اختصامه فى دعوى المسئولية المرفوعة عليه، ما قد يصحح الوضع، ويحقق العدالة[٢].

المطلب الرابع

عجز المسئولية التقصيرية كوسيلة لحماية رب العمل والمقاول من الباطن

عرض وتقسيم:

بعد أن تناولنا، بالتحليل فكرة المسئولية التقصيرية، كوسيلة لحماية طرفى العلاقة (رب العمل ــ المقاول من الباطن)، وذلك فى فروض عدة إذ تناولنا المسئولية عند عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن، مبرزين مدى العلاقة بين هذه المسئولية وبين المسئولية العقدية. كما تناولنا المسئولية التقصيرية فى فرض عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن. وأردفنا بدراسة المسئولية عن الأضرار المستقلة عن عقدى المقاولة (عقد المقاولة الأصلى ــ وعقد المقاولة من الباطن)، ومنها

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٤.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٥ . وقد أشار سيادته إلى حكم محكمة النقض البلجيكية والتى جاء فيها: "... بالنظر إلى أن المضرور سوف لا يكون بمقدوره ــ عادة ــ أن يعرف الشخص الذى ينسب إليه الإهمال فى الصيانة أو العيب فى تشييد المبنى، فقد قصد المشرع أنه يمكنه من أن يقاضى فى كل الأحوال، المالك، دون إخلال بحق هذا الأخير فى الرجوع ــ عند الاقتضاء ــ على مرتكب الخطأ، وهذا الحكم يجوز تطبيقه على المقاولة من الباطن. النقض البلجيكى فى ١٩٥٥/٢/٣.

المسئولية عن الأعمال الشخصية، والمسئولية عن العمال والتابعين، وتطرقنا لدراسة مسئولية طرفى العلاقة أيهما فى مواجهة الأخر فى حالتى حارسة أشياء و المسئولية الشيئية.

و بعد التعرض لكل ما سبق، فقد بدا لنا ضرورة تقييم هذه الوسيلة من خلال ما انتهت إليه دراسة صورها وعناصرها، وبصدد هذا التقييم فإننا نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع، كما يلى:

الفرع الأول: إهدار القوى الملزمة للعقد.

الفرع الثانى: إهدار القواعد القانونية التى تنظم التعويض عن الأضرار.

الفرع الثالث: قواعد التقادم.

الفرع الأول
إهدار القوى الملزمة للعقد

تناولت مبدأ القوة الملزمه للعقد التقنيات المدنية[١]، ومنها التقنين المدنى المصرى، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ منه على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون"[٢]، كما تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى

---

(١) راجع فى ذلك د ــ حسام الدين كامل الأهوانى ــ النظرية العامة للالتزام ــ الجزء الأول ــ مرجع سبق ذكره ــ بند ٤٢ ص ٣٠٦.

(٢) ومبدأ القوة الملزمة للعقد، وما يتضمنه من أن العقد شريعة المتعاقدين، يعتبر من القواعد القديمة التى عرفها الرومان، ونقلها التشريع الفرنسى القديم، ونصت عليها بالمادة ١١٣٤ مدنى، كما أن هذا المبدأ أصبح من المبادئ الأولية فى تشريع كل بلد. أما القانون المدنى المصرى القديم كان قد جاء خلوه من النص على هذا المبدأ، وبالرغم من ذلك فإن الفقه والقضاء قد أخذ به على اعتبار أنه من المبادئ القانونية العامة. إلا أن المشرع المصرى حرصاً منه على استظهار ما يكون للعقد من قوة فى الإلزام، فقد نص على هذا المبدأ فى المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد. راجع فى توضيح ذلك على سبيل المثال: د ــ سليمان مرقس ــ نظرية العقد ــ مرجع سبق ذكره ــ بند ٢٥٩ ــ ص ٣٢٩ وما بعدها أ. حسين عامر ــ القوة الملزمة للعقد ــ بدون ناشر ــ الطبعة الأولى ــ القاهرة ١٩٤٩ ــ بند ٩ ــ ص ١٣ وما بعدها. د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٢ وما بعدها. د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢٨ وما بعدها. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٣٨ وما بعدها. وراجع من أحكام القضاء : حكم محكمة النقض المصرية ــ طعن رقم ١٤٠٢ ــ لسنة ٥٢ ق ــ جلسة ١٩٨٦/١١/١٥. حكم محكمة النقض المصرية طعن رقم ١٨٤٥ لسنة ٤٩ ق ــ جلسة رقم

على أن "الاتفاقات المعقودة على وجه شرعى تعتبر مقام القانون لمن عقدوها"، ثم جاء بالفقرة الثانية لهذه المادة أنه "لا يجوز إلغاؤها إلا باتفاقهم أو للأسباب التى يقررها القانون".

وهذه النصوص تقطع فى الدلالة، على أن مبدأ القوة الملزمة للعقد، وما يتضمنه من أن العقد شريعة المتعاقدين، يعنى أن "العقد هو الشريعة أو القانون الذى يحكم علاقة المتعاقدين، وأحكامه ملزمة لهما"[١]، أى أن العقد يلزم طرفيه بما جاء فيه كما يلتزمان بنصوص القانون سواء بسواء، وبعبارة أخرى "أن كافة الالتزامات التى تنبثق عن علاقة تعاقدية معينة تعادل فى قوتها الالتزامات التى يكون مصدرها القانون"[٢].

والعقد إذ يكون شريعة المتعاقدين بالمعنى المتقدم، فإن القانون هو الذى أراد له ذلك، والعقد بهذه المثابة يصير "نوعاً من القانون الخاص لمن عقدوه برضائهم"[٣].

وعلى ذلك فإن العقد متى تكون صحيحاً، أى نشأ فى الدائرة التى يجيزها القانون، وغير متعارض مع القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام والآداب[٤]، فإن نتائج عديدة تترتب على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، يجب تطبيقها[٥].

=١٩٨٣/٤/١٢ ــ المجموعة ــ س ٣٤ ــ ص ٩٤٨. حكم محكمة النقض المصرية ــ الطعن رقم ٣٤٣ ــ لسنة ٢٣ ق ــ جلسة ١٩٥٨/١/٩ ــ المجموعة ــ س ٩ ــ ص ٦٢.

(١) راجع فى ذلك د ــ أحمد سلامة ــ مذكرات فى نظرية الالتزام ــ الكتاب الأول ــ مصادر الالتزام ــ دار نشر ــ بدون ــ ١٩٩٦ ــ بند ١٠٦ ــ ص ١٥٧.

(٢) راجع فى ذلك د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠.

(٣) راجع فى ذلك د ــ حسين عامر ــ مرجع سبق ذكره ــ بند ١٢ ــ ص ١٤.

(٤) راجع فى ذلك د ــ طلبه وهبه ــ النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-المصادر الإرادية- مرجع سبق ذكره -ص٤٤٧. وتجدر الإشارة إلى أنه فى حالات معينة يمكن لأحد الطرفين إنهاء العقد بالإرادة المنفردة (الوكيل ــ الموكل)، كما أن المشرع أجاز للقاضى التدخل بناء على طلب أحد الخصمين لتعديل بنود العقد (نظرية الظروف الطارئة). راجع فى ذلك لمزيد من التفاصيل : د ــ محمد محمد أبو زيد ــ نحو بعد جديد فى سلطة القاضى عند معالجة أثر الظرف الطارئ ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٥ ــ ص ٥ وما بعدها.

(٥) ولمبدأ العقد شريعة المتعاقدين نتائج عديدة، منها ما يتعلق بطرفى العقد، ومنها ما يتعلق بالمشرع، ومنها ما يتعلق بالقاضى. راجع فى ذلك: أ ــ حسين عامر ــ المرجع السابق ــ بند ١٣ وما بعده ص ١٥ وما بعدها. د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ بند ١٠٦ ــ ص ١٥٧. د ــ أيمن إبراهيم

ومن أهم نتائج هذه القاعدة، أنه لا يجوز للطرف بالمفهوم الموضوعى — أو المادى— فى العقد أن يتحلل من التزامات أثقلت كاهله بمقتضى هذا العقد الذى شارك فى تكوينه[١]، ويجب عليه تنفيذها؛ لأن هذه الالتزامات بالنسبة للطرفين تعادل — كما سبق أن أوضحنا — الالتزامات التى يكون مصدرها القانون، وأنه لا يجوز لأى شخص، أن يتحلل من التزامات فرضها هذا الأخير عليه.

ونتيجة لمبدأ سلطان الإرادة، فإن الأشخاص لهم الحرية فى التعاقد أو عدم التعاقد، وإذا قرروا التعاقد، فإن هذا المبدأ يجيز لطرفى العقد أن يُضمِّنا عقدهما ما يشاءون من بنود، متى كانت هذه البنود غير مخالفة للنظام العام أو الآداب[٢]، أو العادات الجارية التى يقر لها القانون بهذه الصفة.

وعلى ذلك فإنه فى عملية المقاولة من الباطن، والتى تتكون من عقدين – أو أكثر– مرتبطين بقصد تحقيق هدف واحد، يستطيع طرفا كل عقد أن يضمنا عقدهما ما يشاؤون من بنود، فيمكن لطرفى العقد أن يتفقا على أن يتضمن عقدهما بند يقضى بوجوب اللجوء إلى التحكيم فى حالة نشوء نزاع بينهما، أو يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، متى كانت العلاقة ذات طابع أجنبى كأن يكون المقاول شركة أجنبية مثلاً أو المحكمة المختصة بنظر النزاع، أو الإعفاء أو التخفيف من المسئولية، أو التشديد فى المسئولية، أو يحدد مقدماً قيمة التعويض المستحق — البند الجزائى — فى حالة عدم تنفيذ العقد أو التأخير فيه[٣]. كما أن المشرع وهو بصدد تنظيمه للعلاقات التعاقدية، والمسئولية عن الإخلال بأحد بنودها، قد قصد التعويض كأصل عام، ويعتبر بعض الفقه هذا الحكم بمثابة بند اتفاقى على مقدار

=العشماوى — مفهوم العقد وتطوره — دار النهضة العربية، ٢٠٠٢ — ص ٣٦ وما بعدها. وراجع فى سلطة القاضى فى تعديل بنود العقد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة: د — محمد محمد أبو زيد — المرجع السابق — نفس الموضع. وراجع من أحكام النقض التى تؤكد هذه النتائج — نقض مدنى مصرى فى ١٩٨٦/١١/١٥ طعن رقم ١٤٠٢ لسنة ٥٢ ق — مجلة القضاه ـ ص ١٣٨.

(١) راجع فى ذلك د — فيصل زكى عبد الواحد — المرجع السابق — ص ٤٠.

(٢) ونذكر على سبيل المثال نص المادة ١٣٥ مدنى مصرى على أن "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"، كما تنص المادة ١٣٦ من ذات القانون على أن إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

(٣) راجع فى ذلك نص المادة ٢٢٣ مدنى مصرى "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠".

التعويض[١]. فإذا تضمن عقد المقاولة الأصلى أو عقد المقاولة من الباطن البنود أو بعضها، وجب على رب العمل والمقاول الأصلى طرفا العقد الأول، وكذا المقاول الأصلى والمقاول من الباطن طرفا العقد الثانى، أن يحترم كل منهما البنود وكذا الالتزامات العقدية الأخرى التى وردت بالعقد الذى شارك فى تكوينه، كما لو كان القانون هو مصدر هذه البنود والالتزامات ومظهر هذا الاحترام، لا يكون إلا بعدم جواز تحلل أحدهما منفرداً عن هذه الالتزامات أو تلك البنود[٢]. ووجوب تنفيذ كل منهما لها وإلا انعقدت مسئوليته عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بأحد بنود العقد.

ولكن إذا أخل المقاول من الباطن بالبنود والالتزامات العقدية المنبثقة عن عقد المقاولة من الباطن، فلا شك أن هذا الإخلال يؤدى ــ بدوره ــ إلى إخلال المقاول الأصلى بالتزاماته تجاه رب العمل، مما يترتب عليه إصابة هذا الأخير بأضرار أو أخل هذا الأخير بالبنود أو الالتزامات التى تضمنها عقد المقاولة الأصلى، فترتب على ذلك إضرار للمقاول من الباطن. فوفقاً للاتجاه محل المناقشة والذى يرى أن كلاً من رب العمل والمقاول من الباطن من الغير بالنسبة للآخر؛ فترتب على ذلك أن مطالبة المضرور منهما بالتعويض فى مواجهة ــ المسئول ــ الآخر لا تكون إلا بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية باعتبارها الشريعة العامة للمسئولية المدنية.

ولكن تخويل المضرور ــ فى الفرض السابق ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن، الرجوع على المسئول منهما، بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية، سوف يترتب عليه إهدار مبدأ القوة الملزمة للعقد[٣]، ذلك أن الرجوع بمقتضى قواعد هذه المسئولية سوف يخول للطرف المتضرر سلطة التخلص من بنود العقد الذى شارك فى تكوينه. وهذا هو ما تبناه واعترف به أنصار هذا الاتجاه، بتقريرهم ــ كما سبق أن أوضحنا ــ أنه لا يجوز للطرف المضرور،

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠ وما بعدها وما أشار إليه من مراجع هامش (٣٧).

(٢) هذا ما لم يكن هناك حادث فجائى أو قوة قاهرة يكون من شأنها إعفاء المتعاقد من تنفيذ العقد.

(٣) راجع فى عرض ذلك د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٤١. راجع أيضا:
Viney, L'acion en responsabilite entre participante a une chaine de contrats. Mèlange, Holleaux 1990, p.407.
مشار إليهما لدى د ــ فيصل زكى عبدالواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٤١ ــ هامش ٣٨.

سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن، أن يتمسك ببنود العقد الذى شارك فى تكوينه أو عدم تنفيذ المسئول ــ منهما ــ بنود عقده لإثبات خطأ المسئول، ولا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بأنه قد نفذ بنود العقد الذى ساهم فى بنائه حتى يدفع مسئوليته[١] حيث إن كلاً منهما يعتبر من الغير بالنسبة للآخر.

ليس هذا فحسب، ولكن سوف يتخلص الطرف المضرور من القاعدة التى نص عليها القانون، والتى تقضى ــ كأصل عام ــ بقصر التعويض على الضرر المباشر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد فقط.

وإذا كان الفقه يرى أن سلوك المضرور لطريق المسئولية التقصيرية، يخوله سلطة التخلص من بنود العقد الذى شارك فى تكوينه، أو بنود العقد الذى ساهم الطرف المسئول فى بنائه، فإننا نرى ــ وفقاً لمنطق الاتجاه محل المناقشة ــ اتباع طريق هذه المسئولية لا يخول الطرف المسئول سلطة التخلص من بنود العقد فقط، بل الأدق أن يقال إن ذلك واجب عليه، أى أنه لا يستطيع أن يتمسك ببنود العقد أو لا يتمسك به، فليست له سلطة فى ذلك، بل إن سلوكه طريق المسئولية التقصيرية هو الذى فرض عليه ذلك، وهذا يترتب عليه إهدار القوى الملزمة للعقد.

وعلى ذلك، إذا تعاقد رب العمل مع مقاول ــ مقاول أصلى ــ على بناء منزل، فأوكل الأخير جزءًا من العمل أو العمل كله إلى مقاول من الباطن بمقتضى عقد مقاولة من الباطن، وأخل المقاول من الباطن بالتزامه تجاه المقاول الأصلى، فذلك يترتب عليه إخلال هذا الأخير بالتزاماته تجاه رب العمل، مما يؤدى إلى الإضرار به. ففى هذه الحالة يكون لرب العمل الحق فى أن يرجع على المقاول الأصلى، كما أن هذا الأخير يمكنه الرجوع على المقاول من الباطن. ويجب أن تأسس دعوى رب العمل ضد المقاول الأصلى، ودعوى هذا الأخير ضد المقاول من الباطن على أساس قواعد المسئولية العقدية. احتراما لمنهج تصنيف صور المسئولية المدنية الذى تبناه المشرع المصرى. عندئذ يظل مبدأ القوة الملزمة للعقد محتفظاً بقوته وكيانه[٢]؛ لأن المقاول الأصلى يستطيع أن يتمسك ببنود عقد المقاول الأصلى فى مواجهة رب العمل، فيمكن للمقاول الأصلى أن يتمسك ببند الإعفاء أو

---

(١) راجع ما أسلفناه بشأن صعوبة إثبات الخطأ ــ ص ١٩٧ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠١ وما بعدها

التخفيف من المسئولية، متى ورد هذا البند ــ مثلاً ــ فى عقد المقاولة الأصلى، كما أن المقاول الأصلى يستطيع أن يتمسك بقاعدة قصر التعويض على الضرر المتوقع فقط. ويستطيع رب العمل التمسك ببند التشديد الذى يشدد من مسئولية المقاول الأصلى إذا ورد بعقد المقاولة الأصلى، وأيضاً يستطيع المقاول من الباطن أن يتمسك بهذه القاعدة، أو بذلك البند، فى مواجهة المقاول الأصلى، متى كانت أحد بنود عقد المقاولة من الباطن.

كما يستطيع المقاول الأصلى إذا كان قد ضمن عقد المقاولة من الباطن بنداً يقضى بتشديد مسئولية المقاول من الباطن _ أن يتمسك بهذا البند فى مواجهة المقاول من الباطن.

ولكن يثور التساؤل فى الحالة التى يمثل إخلال المقاول من الباطن بالتزامه التعاقدى خطأً تقصيريًا، فهل يجوز لرب العمل أن يختار بين أن يسلك طريق المسئولية العقدية، أو المسئولية التقصيرية، دون أن يصطدم بقاعدة عدم جواز الخبرة بين المسئولين؟.

يرى الفقه أنه عندما يكون إخلال المقاول من الباطن بالتزامه التعاقد، يمثل فى نفس الوقت خطأً تقصيريًا؛ ومن ثم يستطيع رب العمل أن يختار بين الرجوع على المقاول الأصلى بمقتضى قواعد المسئولية العقدية[١]، أو على المقاول من الباطن بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية؛ لاختلاف المدين فى المسئولية العقدية عنه فى المسئولية التقصيرية، فالمدين فى الأولى هو المقاول الأصلى، أما فى الثانية، فهو المقاول من الباطن، ولكن المحظور هو أن يجمع بين المسئوليتين، أو أن يختار من بين شروط المسئوليتين ما يحقق مصلحته[٢].

---

[١] د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥. فى هذا المعنى د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢. د ــ رأفت حماد ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٧.

[٢] وقد يُفهَم أنه وفقاً لمنطق هذا الاتجاه أن رب العمل يمكنه الحصول على تعويض من المقاول من الباطن وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية، ويحصل أيضاً على تعويض من رب العمل وفقاً لقواعد المسئولية العقدية. وعلى ذلك فإن مسايرة منطق هذا الاتجاه يترتب عليه إهدار المبدأ الذى يقضى بأنه لا يجوز جبر الضرر سوى مرة واحدة.

وهناك اتجاه يرى، أنه ليس هناك ما يمنع رب العمل من الرجوع على المقاول من الباطن على أساس المسئولية التقصيرية، على الرغم من رجوعه على المقاول الأصلى بمقتضى المسئولية العقدية. وذلك

ولكن إذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى، فليس لـــه الرجـــوع إلا بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، ولا يستطيع الرجوع عليـــه بمقتضـــى قواعـــد المسئولية التقصيرية استنادا إلى خطأ المقاول من الباطن التقصـــيرى؛ لأن قاعـــدة عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين تطبق على فعل المدين وفعل من يسأل عـــنهم، حيث لا يجوز التمييز فى فعلهم ــ من يسأل عنهم المدين ــ بـــين خطـــأ عقـــدى محض أو خطأ تقصيرى[1]، ففى الحالتين المدين يكون واحد (المقاول الأصـــلى)، والمسئولية قائمة عن عدم التنفيذ.

ونخلص مما تقدم ووفقاً لما يذهب إليه أنصار الاتجاه التقليدى الذى ينكـــر فكرة الأسرة العقدية، أنه فى حالة إخلال المقاول من الباطن بالتزامـــه التعاقـــدى، وكان هذا الإخلال يمثل فى نفس الوقت خطأً تقصيريًا، فإن لرب العمل ــ تحقيقـــاً لمصلحته ــ أن يرجع على المقاول الأصلى بمقتضى المســـئولية العقديـــة، أو أن يرجع على المقاول من الباطن بالمسئولية التقصيرية، وليس فى ذلك تعـــارض ــ كما أسلفنا ــ مع مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين.

وبالتالى فإن رب العمل ــ وفقاً لما يراه الاتجاه التقليدى ــ وفقاً لما يـــراه محققاً لمصلحته، له أن يرجع بدعوى المسئولية العقدية على المقاول الأصـــلى، أو أن يرجع بدعوى المسئولية التقصيرية على المقاول من البـــاطن. وعـــادة يفضـــل الرجوع على المقاول من الباطن بمقتضى الدعوى الأخيرة، وذلك ليـــتخلص مـــن ناحية: من القاعدة التى تقضى بقصر التعويض على الضرر المتوقع فقط، فيطالب المقاول من الباطن بتعويض الضرر المباشر المتوقع وغيـــر المتوقـــع، وبالتـــالى الحصول على تعويض كبير.

ورجوعه بمقتضى المسئولية التقصيرية، يترتب عليه أيضاً تخلصه من بند الإعفاء أو التخفيف من المسئولية الذى تضمنه عقد المقاولة الأصلى، وفـــى هـــذا خرق لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

= لاختلاف المدين فى الحالتين، حيث يرى أنصار هذا الإتجاه جواز الجمع بين المسئوليتين. راجع فى ذلك د ــ رأفت حماد ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٨.

[1] راجع فى ذلك د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥.

ومعنى ذلك أن احترام مبدأ القوة الملزمة، أصبح رهناً بمشيئة رب العمل وما يريده[١]، فإذا اختار احترام القوة الملزمة للعقد، فإنه سوف يتبع طريق المسئولية العقدية، وإذا أراد أن يهدم ويهدر قيمة مبدأ القوة الملزمة للعقد ــ سواء عقد المقاولة الأصلى أو عقد المقاولة من الباطن ــ فسوف يختار سلوك طريق المسئولية التقصيرية[٢].

وقد يضطر رب العمل إلى اتباع طريق المسئولية التقصيرية، خاصة إذا كان رجوعه بمقتضى المسئولية العقدية على المقاول الأصلى لن يفيده، وذلك فى حالة إعسار المقاول الأصلى أو إفلاسه، أو وفاته دون وجود من يخلفه، حيث إن ذلك يحول دون حصول رب العمل على تعويض من المقاول الأصلى، فلا يكون أمامه سوى الرجوع على المقاول من الباطن ــ الذى يعتبر من الغير وفقاً لمنطق هذا الاتجاه ــ بدعوى المسئولية التقصيرية، وبالتالى إهداره للقوة الملزمة للعقد.

ويبدو أمر اعتبار المقاول من الباطن ــ وفقاً للاتجاه محل المناقشة ــ من الغير بالنسبة لرب العمل، أكثر خطراً، على مبدأ نسبية أثر العقود، عندما لا يشكل إخلال المقاول من الباطن التعاقدى خطأً تقصيرياً، أى أن واقعة الإخلال بالالتزام التعاقدى لا تتطابق مع الإخلال بالواجب العام المفروض على الكافة، أو مخالفة القوانين واللوائح المعمول بها. ففى هذه الحالة فإن رب العمل لن يستطيع الحصول على تعويض من المقاول الأصلى لوجوده فى حالة إعسار أو إفلاس. أو كان قد توفى وليس له خلف عام وفى نفس الوقت لن يستطيع الرجوع على المقاول من الباطن بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية، ولأن خطأه التعاقدى، لا يعد خطأً تقصيرياً[٣]. على الرغم من إخلاله بالتزاماته محل عقده مع المقاول الأصلى، هو السبب فى إخلال هذا الأخير بالتزاماته تجاه رب العمل.

---

[١] وهذا معناه إهدار قيمة النص التشريعى، الذى قرر مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويعنى أيضاً تغليب لإرادة الأفراد على إرادة المشرع، وهذا لا يمكن التسليم به انطلاقا من أن إرادة المشرع تكون واجبة الاحترام.

[٢] راجع فى عرض هذه المسألة بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢.
وراجع أيضاً : ESPAGNON, art, Préc, p. 4, No.9

[٣] راجع فى هذا المعنى .ESPAG NON. Art, préc. P.6.No.16 .وراجع أيضاً ــ د ــ فيصل زكى ــ المرجع السابق ــ ص٤٣.

وهذا يعنى تفريغ عقدى المقاولة الأصلى، والمقاولة من الباطن من محتواهما مما يجعل تكوينهما عديم الجدوى وما ينبنى على ذلك من آثار قانونية خطيرة[١].

الفرع الثانى
إهدار القواعد القانونية التى تنظم التعويض عن الأضرار

من المسلم به، أن المشرع قد وضع قاعدة عامة بشأن التعويض عن الأضرار، تقضى بوجوب التعويض عن جميع الأضرار المباشرة، دون النظر عما إذا كانت متوقعة أو غير متوقعة[٢]، إلا أن المشرع قد خرج على هذه القاعدة، بالنسبة للتعويض المستحق عن الأضرار الناتجة عن الممارسات العادية والمشروعة للحقوق[٣]، وكذا التعويض المستحق عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالتزام تعاقدى. فقصر التعويض للأولى على الأضرار التى تجاوز نطاق العادية فقط[٤]، أما الثانية، فقد وضع بشأنها قاعدة عامة، تقضى بقصر التعويض على الأضرار المباشرة المتوقعة فقط، إلا إذا كان الإخلال للالتزام التعاقدى ناتجًا عن خطأ جسيم أو غش، فيكون التعويض فى هذه الحالة عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة. ذلك أن أساس قصر التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط، يقوم على افتراض انصراف إرادة طرفى العلاقة التعاقدية إلى ذلك[٥].

---

(١) راجع ما سوف نبينه لاحقاً، عند استعراض الرأى الذى لا يعتبر المقاول من الباطن من الغير، وأثر ذلك على القوة الملزمة للعقد. ص ٦٦٥ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك نص المادة ١/٢٢١ من القانون المدنى المصرى، حيث جرى سياقها على النحو التالى: " إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون، فالقاضى هو الذى يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فى الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية، إذ لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول". راجع أيضاً فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٢.

(٣) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ أضرار البيئة فى محيط الجوار والمسئولية المدنية عنها ــ رسالة دكتوراه ــ١٩٨٨/١٩٨٩ ــ ص ٩٩ وما بعدها.

(٤) راجع فى ذلك : د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٣١ وما بعدها.

(٥) راجع فى ذلك نص المادة ٢٢١ /٢ مدنى مصرى، حيث جاء فيها "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد". راجع فى شرح هذه المادة د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٧٠ وما بعدها. راجع أيضاً:
Aubert (L-J) Groupe de contrats. R.N. Def. 1989, p.358.

وبناء على ما تقدم، فإن اعتبار المقاول من الباطن فى علاقته برب العمل من الأغيار، يعنى تطبيق الأحكام المتعلقة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع عليهما، عند رجوع أحدهما على الآخر، ومن ثم يسأل عن التعويض عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، وذلك أن رجوع طرفى العلاقة ــ محل الدراسة ــ كل منهما على الآخر بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية، "يحتم على القاضى غض النظر عن البنود الواردة فى العلاقة التعاقدية (التى يرتبط بها كل منهما)، وكذلك الأحكام القانونية التى تنظم هذه الأخيرة"[١]، ويتعين عليه تطبيق القاعدة التى تقضى بوجوب التعويض عن الأضرار المباشرة، سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة[٢]، وسواء كان المسئول رب العمل أو المقاول من الباطن.

وهذا يعنى، إلزام الطرف المسئول، سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن، بأكثر مما انصرفت إليه إرادته[٣]، و"وجوب النظر إلى هذا الأخير على أنه وعاء مالى يتم الأخذ منه دون ضوابط، وهذا يتنافى مع قصد المشرع من تقريره لقواعد المسئولية المدنية"[٤].

الفرع الثالث
إهدار القواعد القانونية الخاصة بالتقادم

لا شك أن اعتبار كلاً من رب العمل والمقاول من الباطن ــ وفقاً لمنطق الاتجاه محل المناقشة ــ من الغير بالنسبة للآخر، يقتضى تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية عند رجوع أيهما على الآخر، وعدم اعتبارهما أطرافاً فى أسرة عقدية واحدة، مكونة من عقدين ــ أو أكثر ــ مرتبطين بقصد تحقيق هدف واحد، مما يمكن من تطبيق أحكام المسئولية العقدية بينهما، سوف يؤدى إلى فقد القواعد التى

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٦٣.

(٢) Viney (G)-L'action en responsabilite entre participants a une chaine de contrats, p. 407.

(٣) Teyssie (B). Th. Prcec, P. 247

وراجع فى توضيح هذه المسألة بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥٤ وما بعدها.

(٤) راجع فى ذلك : د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٦٤.

تنظم التقادم عند تطبيق المسئولية التقصيرية لحدودها، وذلك فى المنطقة التى تقتحم فيها المسئولية التقصيرية مجال المسئولية العقدية.

فالمشرع قد انتهج منهج تصنيف صور المسئولية المدنية إلى مسئولية عقدية، مسئولية تقصيرية، مسئولية موضوعية[١]. وقد وضع كل صورة قواعد تنظمها من هذه القواعد تلك الخاصة بالتقادم.

فالمشرع قد وضع قواعد قانونية تحكم دعوى التعويض، من ذلك نص المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى المصرى والذى جاء فيه "تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع"، وواضح من هذا النص أنه قد حدد مدة تقادم دعوى التعويض التى تستند إلى قواعد المسئولية التقصيرية، بثلاث سنوات من تاريخ العلم بالضرر، والشخص المسئول عنه، أو خمس عشرة سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار، وهذه المدة تسرى سواء نشأت هذه المسئولية عن الفعل الشخصى، أو عن فعل الغير، أو عن حراسة الأشياء؛ ذلك لأنها فى كل الأحوال ناشئة عن العمل غير المشروع[٢]. كما أن هذه المادة قد حددت تاريخ بدء سريان مدتى التقادم. فإذا كان المضرور قد علم بالضرر والشخص المسئول، فإن مدة الثلاث سنوات تبدأ من تاريخ اليوم التالى لواقعة العلم[٣]. أما إذا لم يكن المضرور يعلم بالضرر أو الشخص المسئول عنه، فإن مدة الخمسة عشر عاماً تبدأ من تاريخ وقوع الفعل غير المشروع.

---

(١) راجع فى توضيح هذا المنهج بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ أضرار البيئة فى محيط الجوار ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٥٤ وما بعدها.

(٢) هذا وتنص أحكام الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدنى مصرى على أن " إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية". أى أن دعوى التعويض الناشئة عن المسئولية التقصيرية لا تسقط بمعنى أن المديتين المنصوص عليهما فى المادة ١/١٣٢، بل تظل قائمة إلى أن تسقط الدعوى الجنائية. راجع فى شرح علة هذا النص. د ــ محمد لبيب شنب ــ مصادر الالتزام ــ ١٩٨٧ ــ ص ٤٩٤. وراجع فى عرض هذه المادة. د ــ سيد عيد نايل ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥٤ وما بعدها وما أشار إليه من أحكام نقض فى هامش ١.

(٣) المقصود بالعلم هنا هو العلم الحقيقى، ذلك لأن مرور ثلاث سنوات على علم المضرور علماً حقيقيًا بالضرر والمسئول عنه، ينطوى على تنازل المضرور عن حقه فى التعويض، وهذا التنازل

كما أن المشرع قد وضع قواعد قانونية تحكم تقادم دعوى التعويض التى تستند إلى قواعد المسئولية العقدية، حيث نصت المادة ٣٧٤ من القانون المدنى المصرى على أن "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون، وفيما عدا الاستثناءات الآتية"، ويستخلص من هذا النص القاعدة العامة لتقادم دعوى المسئولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام التعاقدى، فقرر أن هذه الدعوى تنقضى بمرور خمس عشرة سنة، تبدأ من تاريخ واقعة إخلال المسئول بالالتزام التعاقدى.

ولكن المشرع قد خرج لاعتبارات معينة عن القاعدة العامة، عندما حدد مدة تقادم تخص الإخلال بالالتزام التعاقدى إذا كان العقد تجاريًا[١].

وخرج المشرع أيضاً عن القاعدة العامة فى التقادم، فقرر مدة تقادم قدرها عشر سنوات لدعوى الضمان القانونى، الملقى على عاتق كل من المهندس المعمارى والمقاول والتى تنشأ عن التهدم الكلى أو الجزئى فيما شيدوه من مبان، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى[٢]. وتبدأ مدة التقادم هذه من تاريخ تسلم رب العمل البناء[٣].

وعلى ذلك إذا قام رب العمل بالتعاقد مع مقاول لإنشاء منزل، فأوكل هذا الأخير بناء هذا المنزل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن بمقتضى عقد مقاولة من الباطن. فإذا أخل المقاول من الباطن بأحد التزاماته العقدية، فألحق ضرراً برب العمل، فإذا أراد هذا الأخير الرجوع على المقاول من الباطن فإنه ــ وفقاً لمنطق الاتجاه محل المناقشة ــ سوف يرجع عليه بمقتضى أحكام المسئولية التقصيرية.

=لا يفترض، إلا فى حالة العلم الفعلى. وقد جرى قضاء النقض على ذلك. راجع فى ذلك حكم محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٨/٢/١٨. مجموعة المكتب الفنى ــ س ٣٩ ــ حيث ١، ص ٢٦٨. واستخلاص العلم الحقيقى من مسائل الموضوع الذى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض. راجع فى ذلك من أحكام النقض حكم بتاريخ ١٩٩٤/٢/١٧ ــ مجموعة أحكام المكتب الفنى ــ س ٤٥ ــ ص ٣٨٨.

(١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥٨ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك حكم المادة ١/٦٥١ مدنى مصرى.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ عبد الرازق حسين يس ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦٧.

إلا أن ذلك كان محلاً لنقد بعض الفقه الذى يرى أن كلاً من رب العمل والمقاول من الباطن، أطراف فى مجموعة عقدية واحدة[١]، هذه المجموعة مكونة من عقدين هما عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن، وأن هذا العقد الأخير قد أبرم بقصد تنفيذ العقد الأول، الذى يعتبر سبب وجود العقد الثانى. كما أن فى هذه المجموعة يعتبر رب العمل هو المتلقى الحقيقى للعمل، ويعتبر المقاول من الباطن هو المؤدى الأصلى للخدمة. لذا فإن أنصار هذا الاتجاه يرون توحيد قواعد المسئولية المدنية بين أطراف الأسرة العقدية، والذى يقتضى تطبيق أحكام المسئولية العقدية على هذه العلاقة، وبالتالى فإنهم يرون أن الاتجاه الذى يرى تخويل رب العمل الرجوع بمقتضى المسئولية التقصيرية محل نقد للاعتبارات الآتية:

- **الاعتبار الأول:** أن رجوع رب العمل ــ المضرور ــ على المقاول من الباطن ــ المسئول ــ بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية، يعنى إهدار إرادة المشرع فى تصنيفه للمسئولية المدنية[٢]؛ لأن معنى تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية واقتحامها جزءا من نطاق تطبيق المسئولية العقدية، هو تطبيق قواعد التقادم الخاصة بها سواء من ناحية مدتها أو تاريخ بدء سريانها، وإهدار قيمة النصوص التى تحكم مدد التقادم الأخرى[٣]. ولا نعتقد فى انصراف إرادة المشرع نحو ذلك.
- **الاعتبار الثانى:** يؤدى هذا ــ أيضاً ــ من ناحية: وجود المقاول من الباطن ــ المسئول ــ فى مركز قانونى غير مستقر؛ ذلك لأنه إذا رجع عليه رب العمل، فسوف يرجع عليه بمقتضى المسئولية التقصيرية، مما يستتبع تطبيق قواعد التقادم الخاصة بها. أما إذا تم الرجوع عليه من قبل المقاول الأصلى، فسيكون الرجوع بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، مما يستتبع تطبيق قواعد التقادم

---

[١] راجع ما سوف نقوم بعرضه لاحقاً لتوضيح هذا الاتجاه الفقهى.

[٢] راجع فى ذلك:

BERTRAND, L'opposalilite des contrats aux tiersith, Paris, II, 1979, P.408 وبعض المراجع الأخرى المشار إليها فى مرجع د ــ فيصل زكى ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠.

[٣] راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠.

الخاصة بها، والتى تختلف بحسب ما إذا كان عقد المقاولة من الباطن مدنيًا أم تجاريًا[١]. هذا كله على الرغم من أن المقاول من الباطن عندما أبرم عقده مع المقاول الأصلى، اتجهت إرادته إلى تطبيق المسئولية العقدية ــ دون غيرها ــ عليه والتى من بينها القواعد الخاصة بالتقادم. كما أن رب العمل حينما ساهم فى تكوين عقد المقاولة الأصلى انصرف قصده نحو تطبيق قواعد المسئولية العقدية عليه.

ومن ناحية أخرى تخويل رب العمل ــ المضرور ــ الرجوع على المقاول من الباطن بمقتضى المسئولية التقصيرية، وما يستتبعه ذلك من تطبيق لقواعد التقادم الخاصة بهذه الأخيرة، وتخويله ــ أيضاً ــ إمكانية الرجوع على المقاول الأصلى بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، يعنى تخويله حق اختيار النظام القانونى الذى ينطبق عليه، والذى يتفق مع مصلحته. وفى هذا إهدار لإرادة المشرع، التى قررت نظام التقادم لكل صورة من صور المسئولية، وبالتالى تكون قد قصدت إلى حرمان رب العمل من هذا الحق، وأوجبت خضوعه للنظام والقواعد التى تحكم المركز القانونى الذى يشغله.

- **الاعتبار الثالث:** من النتائج الغريبة التى تنتج عن تخويل رب العمل الرجوع على المقاول من الباطن بمقتضى المسئولية التقصيرية ــ وفقاً لمنطق الاتجاه محل المناقشة ــ، أنه يكون لرب العمل ــ فى المثال الذى ذكرناه - الرجوع على مقاول البناء، من الباطن بدعوى المسئولية التقصيرية، وذلك على فرض عدم سقوطها بالتقادم، ولا عبرة عند حساب مدة التقادم بتسليم رب العمل المبنى؛ ذلك لأن مقاول البناء من الباطن يعتبر من الغير بالنسبة لواقعة التسليم[٢]. فى حين أن رب العمل لا يستطيع أن يرجع على المقاول الأصلى الذى يخضع للضمان العشرى، بدعوى المسئولية التقصيرية، وذلك سواء قبل انقضاء مدة العشر سنوات أو بعد انقضائها؛ لأن فى ذلك جمع بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية وهذا لا يجوز[٣]. وبالتالى يظل مقاول البناء من

---

[١] راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠.

[٢] راجع فى ذلك د-عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السابع ــ المجلد الأول ــ العقود الواردة عن العمل ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١١٣ وما بعدها.

[٣] راجع فى ذلك د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٢.

الباطن ــ سواء كان عمله مدنيًا أو تجاريًا ــ مهدد برجوع رب العمل عليه مدة خمسة عشر سنة من تاريخ ارتكاب الخطأ، وهى مدة سقوط الدعوى التقصيرية، بينما يكون المقاول الأصلى مهدداً برجوع رب العمل عليه لمدة عشر سنوات فقط، تبدأ من تاريخ تسلم هذا الأخير للعمل. بالرغم من أن الأول هو المتعاقد مباشرة مع الأخير، وهذا يعنى ــ أيضاً ــ أنه بعد مرور عشر سنوات من تاريخ تسلم رب العمل المبنى، لا يكون له سوى الرجوع على مقاول البناء من الباطن بدعوى المسئولية التقصيرية، وسوف يكون مقاول البناء من الباطن هو المسئول الوحيد.

ونود أن نشير إلى أن السبب فى ذلك هو إنكار الرابطة العقدية الموضوعية بين رب العمل والمقاول من الباطن والذى يترتب عليه عدم خضوع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشرى[١].

الفرع الرابع

عجز فكرة الخطأ[٢] التقصيرى عن مواجهة بعض الحالات

وبصدد إثارة المسئولية التقصيرية لمقاول البناء من الباطن فى مواجهة رب العمل التى تعد وسيلة يستخدمها رب العمل فى رجوعه على مقاول البناء من الباطن وفقاً لما يذهب إليه الاتجاه التقليدى. "فانعدام الرابطة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن لا يحول دون رجوع الأول على الثانى مطالباً بالتعويض عن

---

(١) راجع فى ذلك ما سوف نفصله لاحقاً فى الضمان العشرى وعدم خضوع المقاول من الباطن له ومناقشة الفقه لهذه الأسباب فى هذا البحث ص٤٧٧ وما بعدها . راجع فى ذلك أيضا د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ نفس الموضع.

(٢) وتجدر الإشارة إلى أن فكرة الخطأ من المسائل التى تكتنفها مشاكل عديدة إبتداءاً من تعريف الخطأ ومروراً بتحديد مدلوله، فى المسئولية العقدية وكذا فى المسئولية التقصيرية ..، وإنتهاءاً بإثباته خاصة عندما يتعلق الأمر بإثبات الخطأ التقصيرى، راجع فى ذلك: د ــ أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوى ــ تطور فكرة الخطأ كأساس للمسئولية ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة عين شمس ــ عام ١٩٩٨ ــ ص ١٨ وما بعدها. وكذا ما عرضه سيادته فى خاتمة الرسالة ص ٤١٩ وما بعدها. (وقد أشار سيادته فى مقدمة الرسالة أنه سيقتصر فى الدراسة على دراسة تطور مفهوم الخطأ فى المسئولية التقصيرية فقط). راجع أيضاً فى تحديد المفهوم الفنى للخطأ:

Rabut (Abert): De la nation de laute en droit prive, thése paris, 1948, p.199-200.
Carbonnier (Jean), Droit, Civil, 4, Les, Obligations, 14 e edition, P.U.F. Paris, 1990, n° 224, p.405.

الأضرار التى أصابت المنشأة والتى كانت نتيجة لخطأ الثانى وذلك وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية"[١]. إلا أنه يجب فى جميع الأحوال أن يتوافر فى الخطأ الذى يستند إليه رب العمل فى رجوعه على المقاول من الباطن الصفة التقصيرية. وفى هذا الصدد نبهت محكمة النقض الفرنسية قضاء الموضوع أن يبينوا فى حكمهم توافر الصفة التقصيرية لخطأ المشيد المؤدى إلى الضرر الذى أصاب الغير، ويكون حكمهم بالإدانة معيباً لو أنهم اكتفوا فقط بتبيان أن هناك خطأ عقديا من جانب المشيد المدين بالتعويض متمثلاً فى عدم تنفيذ التزام منصوص عليه بصفته مع رب العمل[٢].

وإذا كان الأصل أن الصلة بين رب العمل ومقاول البناء من الباطن لا تنظمها عقد ما، وإنما هى من وجهة نظر هذا الجانب من الفقه لا تعدو أن تكون علاقة أغيار. الأمر الذى يترتب عليه أن المقاول من الباطن لا يسأل عما أوكل إليه تنفيذه أمام رب العمل على أساس المسئولية العقدية. وإنما يسأل الأول أمام الثانى على أساس الخطأ التقصيرى[٣].

وفى الواقع فإنه قد ينتج الخطأ التقصيرى عن الخطأ العقدى إلا أنه ليس هناك تلازم[٤] ضرورى بينهما.

فاستعمال المقاول من الباطن ــ على سبيل المثال ــ المواد المخالفة للمواصفات المحددة بالصفقة إذا كان يعتبر خطأ عقديًا يمكن أن يستثير مسئوليته العقدية، فى مواجهة رب العمل، فقد لا يحسب عليه خطأ تقصيريًا إذا لم يكن قد أثر على سلامة المبنى ولم يكن ــ بالتالى ــ هو السبب فى الضرر الذى أصاب

---

(١) Cass. Civ. 21 Janv. 1987 RDI 1987

(٢) V. Civ. 4/4/1968.

(٣) راجع فى ذلك د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦ وما بعدها. وراجع فى تحديد مفهوم الخطأ التقصيرى وضبط معياره. د ــ سليمان مرقس ــ محاضرة ألقيت فى مساء يوم الإثنين ١٩٧٠/٥/١٢ بقاعة الكتب بمدينة حلب فى افتتاح موسم المحاضرات التى نظمته لسنة ١٩٧٠، مشار إليها بمرجع المؤلف ــ بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ــ دار الكتب القانونية شتات ــ عام ١٩٩٨ ــ ص ٣ وما بعدها.

(٤) راجع فى ذلك د ــ شكرى سرور ــ مسئولية مهندسى ومقاولى البناء ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٨٨٨. راجع أيضاً فى نفس المعنى د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣. د ــ رأفت حماد ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٣ وما بعدها. د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٤ وما بعدها.

الغير. فى حين يكون ــ على العكس ــ مخطئاً تقصيريًا ومن ثم يكون مسئولاً إذا كان قد استخدم فى مواد البناء، مواد يجب أن يعلم بصفته فنيًا مجرباً أنها تنطوى على مخاطر حتى ولو كانت هذه المواد مطابقة للمواصفات المحددة بالصفقة.

وتأسيساً على ذلك فإنه يمكن تصور انفصال بين الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى، بحيث يقع أحدهما دون الآخر. وما يهمنا فى هذا المقام ما يتعلق بالخطأ التقصيرى الذى تقوم على أساسه، المسئولية التقصيرية والذى يتطلب توافر الصفة التقصيرية وإثبات تلك الصفة فى حالة ارتباطه بالخطأ العقدى، وهذا ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية بقولها بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها.

ولا جدال فى أن الأمر لا يخلو من صعوبة إثبات الخطأ التقصيرى ذلك أنه لا يكفى أن يستند المضرور على مجرد مخالفة المشيد لأحد التزاماته العقدية، وإنما يلزم أن يكون مسلك المشيد "وموجهاً فى ذاته وبمعزل عن أى مفهوم عقدى"(١) مسلكاً خاطئاً(٢) هذا من جهة. ومن جهة ثانية، لا يمكن تجاهل فرض ــ كثير الوقوع فى الحياة العملية ــ يتمثل فى حدوث الخطأ العقدى دون حدوث توافر مقومات الخطأ التقصيرى وليس خافياً أنه فى هذه الحالة، يمتنع على المضرور سواء أكان رب العمل أو المقاول من الباطن الرجوع على الآخر وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية.

وهذا يترتب عليه تحجيم لوسائل الرجوع بين طرفى العلاقة، خاصة فى ظل المسئولية التقصيرية وهو ما يمثل انتقاصا فى الحماية المنشودة لهما.

---

(١) Civ. 9/10/1962 D 1963 – I – P – 1et note lueaux

(٢) Civ. 7/4/1962 J.C. P. 1963-1987 et note Esmein.

الفصل الثالث

آلية الرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن استنادا إلى النصوص القانونية التى تقرر الدعوى المباشرة

تمهيد وتقسيم:

سبق أن تناولنا بالشرح والتحليل آليات الرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن، التى أفرزتها القواعد العامة، وانتهينا فى هذا الصدد إلى أن تأثير هذه الآليات، وما يترتب على استعمالها، لا يحقق حماية لطرفى العلاقة – رب العمل والمقاول من الباطن – إلا فيما ندر.

واستكمالا لما ذهب إليه الاتجاه السابق، والذى انتهى إلى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، تدخل فى منطقة الأغيار بصفة مطلقة، مستبعدين تماماً إمكانية الرجوع استناداً إلى المسئولية العقدية، مؤسسين نهجهم على التفسير الضيق لمفهوم مبدأ نسبية أثر العقود.

وإذا كنا قد بحثنا ما قالوا به من آليات، ترد إلى القواعد العامة وهى (الدعوى غير المباشرة – المسئولية التقصيرية)، وانتهينا إلى عدم توافر حماية إلا فى أحوال نادرة استنادا لهما.

وإذا كان أنصار هذا الرأى قد انتهوا – كما أسلفنا – إلى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، علاقة أغيار، فقد نظروا إلى النصوص التى تتيح الرجوع المتبادل، والتى تقرر الدعوى المباشرة أنها نصوص استثنائية، وترتب على هذه النظرة آثار سوف ندرسها لاحقاً.

وتعتبر الدعوى المباشرة آلية الرجوع الوحيدة التى قررها المشرع للمقاول من الباطن، وسوف نتناولها من وجهة نظر الاتجاه السابق، والذى انتهى إلى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار.

ونود أن نشير إلى أن هذه الدعوى لم تنل حظها من الدراسة فلم نجد فى كتب الفقه العامة التى تتعلق بأحكام الالتزام سوى تنويه عنها فيما لا يتعدى بضع صفحات، ولا يختلف الأمر كثيراً فى كتب الفقه – القليلة – التى تناولت عقد المقاولة بصفة عامة، أو تلك – النادرة – التى تناولت المقاولة من الباطن. وأن

كل من تناولها من الفقه لم يتعرض ــ ربما كان ذلك عن غير قصد ــ إلى تحليل كافة جوانبها من حيث ماهيتها، وطبيعتها والمستفيدين منها، وآثارها، حتى يمكنه الحكم عليها من حيث كونها تحقق حماية لرب العمل أو المقاول من الباطن، أو على الأقل ــ لمن تقررت له ــ لهذا الأخير. فضلاً عن ذلك فإن أنصار الاتجاه ــ محل الدراسة ــ الذى ينكر وجود علاقة عقدية موضوعية بين رب العمل والمقاول من الباطن ينظرون إلى النصوص التى قررت هذه الدعوى على أنها نصوص استثنائية ويثنون فى نفس الوقت على ما توفره من حماية للمقاول من الباطن.

ونظراً لأننا فى هذا البحث نحاول ــ كهدف غير مباشر ــ تحقيق حماية كافية لكل من رب العمل والمقاول من الباطن، لأهمية دورهما فى الحياة العملية، ولاقتناعنا لضرورة تحديد المسئوليات بشأنهما حماية للأرواح والأموال، فإننا نجد لزاماً علينا دراسة وتحليل بعض جوانب هذه الدعوى ــ بحياد تام ــ حتى يمكننا الوقوف على مدى ما تحققه من حماية لطرفى العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، هى:

المبحث الأول: ماهية الدعوى المباشرة وطبيعتها القانونية.

المبحث الثانى: المستفيدون من الدعوى المباشرة وشروط وكيفية ممارستها.

المبحث الثالث: آثار الدعوى المباشرة.

المبحث الرابع: تقييم الدعوى المباشرة كوسيلة للرجوع المتبادل بين طرفى العلاقة.

المبحث الأول

ماهية الدعوى المباشرة وطبيعتها القانونية

عرض وتقسيم:

سوف نقوم بتحديد ماهية الدعوى المباشرة فى كل من مصر وفرنسا، ثم نحدد طبيعتها القانونية.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، هما:

المطلب الأول: ماهية الدعوى المباشرة.

المطلب الثانى: تحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة.

المطلب الأول

ماهية الدعوى المباشرة

عرض وتقسيم:

سنقوم بتحديد ماهية الدعوى المباشرة فى مصر، فى الغصن الأول، وفى الغصن الثانى نحدد ماهيتها فى فرنسا.

الفرع الأول

ماهية الدعوى المباشرة فى مصر

الدعوى المباشرة عندما تطلق كاصطلاح، فإنه يقصد بها تلك الدعوى التى يقررها القانون بنص بعيد عن إرادة المتعاقدين[١]. ولقد نص المشرع فى المادة ٦٦٢ مدنى مصرى على أن[٢]:

"أولاً: يكون للمقاولين من الباطن والعمال 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 كل من المقاول الأصلى ورب العمل". وقد رأى جانب من الفقه أن هذه الدعوى تعد من الدعاوى الاستثنائية[٣] حيث لا تتقرر إلا بنص، كما أن الفقه يتفق على أن حكم هذه الدعوى يتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز النزول عنها مقدماً فى عقد المقاولة من الباطن أو فى عقد

---

(١) راجع، ذلك د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٧. د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣.

(٢) قد جاء النص على الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن وعماله فى مواجهة رب العمل فى كثير من التقنيات المدنية والعربية، منهى مثلا التقنين المدنى السورى فى نص المادة ٦٢٨ منه وجاءت مطابقة لنص المادة ٦٧٨ من تقنين الموجبات اللبنانى فقد نص على "إن جميع الذين استخدموا فى إقامة المنشأة يحق لهم أن يداعوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذى يكون مديونا به للمقاول وقت إقامة الدعوى والمال مباشرة بقدر المبلغ الذى يكون مديونا به للمقاول وقت إقامة الدعوى وهذا النص يتفق مع أحكام القانون المدنى المصرى. راجع فى ذلك د. السنهورى ــ المرجع السابق ــ ٢٠٨، ٢٠٩ هامش ١.

(٣) راجع ما سوف نوضحه لاحقا ص . تابع هامش . راجع أيضا فى الاتجاهات التى اتخذتها التقنيات العربية بخصوص الدعوى المباشرة. د. مصطفى كامل عصيمى ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٠ هامش ١.

العمل[١]. ويستند هذا الفقه إلى أن علاقة رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار؛ ولأنها تخالف مبدأ نسبية أثر العقود. إلا أن جانب آخر من الفقه يرى أنه توجد علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن وبالتالى فإن هذه الدعوى ليست استثناء بل تطبيق لمبدأ نسبية أثر العقود.

فالدعوى المباشرة على النحو السابق بيانه من الدعاوى الخاصة، فهى لا تشمل كل أموال المدين، بل إنها تتعلق بأموال محددة فى ذمة مدين المدين، فهى مقصورة على ما يكون للمقاول الأصلى لدى رب العمل فى الأصل، على أنه لا يجوز للمقاول من الباطن ــ أو عماله ــ أن يطالب رب العمل بما يجاوز ما هو مستحق للمقاول من الباطن فى ذمة هذا الأخير، فالعبرة ليست بقيمة الحق الأصلى، ولكن العبرة بالقدر الذى مازال رب العمل أو المقاول الأصلى فى دعوى عمال المقاول من الباطن، مديناً به لحظة رفع الدعوى[٢]، والسبب فى ذلك هو اعتبار المقاول من الباطن من الغير ــ كما يرى البعض ــ بالنسبة لرب العمل، حيث لا يجمعهما عقد واحد؛ وبالتالى فإن المقاول من الباطن ليس دائناً شخصياً لرب العمل رغم المطالبة المباشرة، بل هو يطالب بحق ــ مدينه ــ المقاول الأصلى.

---

(١) راجع فى ذلك د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٧. د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣.

(٢) راجع فى ذلك ــ د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣، د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٧.

الفرع الثانى

ماهية الدعوى المباشرة فى القانون الفرنسى

تقرير المشرع الفرنسى للدعوى المباشرة قد مر بثلاث مراحل، المرحلة الأولى[١] هى مرحلة ما قبل صدور القانون رقم (٧٥/١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥ فى ١٩٧٥/١٢/٣١، المرحلة الثانية[٢] بعد صدور القانون المذكور.

---

(١) وهى مرحلة ما قبل صدور القانون (٧٥/١٣٣٤) لم يعرف المشرع الفرنسى الدعوى المباشرة بالنسبة للمقاول من الباطن، حيث لم يرد ذكره ضمن الأشخاص الذين تم منحهم هذه الدعوى بمقتضى المادة (١٧٩٨) مدنى فرنسى. إلا أن الفقه والقضاء قد استقرا ــ آنذاك ــ على أن نص المادة (١٧٩٨) من القانون السابق ذكره، كذا نص المادة (٤٧) من قانون العمل، إنما تقران بالحق فى الدعوى المباشرة فقط للعمال وللمقاول الذى يعمل بيده، أو الذى يعمل مستعيناً ببعض العمال الذين يعملون تحت إشرافه، بشرط أن لا يترك العمل كلية لهم، فكانت الدعوى تثبت لمن يعمل بيده فقط، فمصدر حقهم فى الدعوى المباشرة هو العمل، لذا يخرج عن نطاق هذه الدعوى المقاول من الباطن الذى لا يعمل بيده.
راجع فى عرض ذلك. د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٤ . د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٣.

(٢) هذه المرحلة تبدأ منذ صدور القانون رقم (٧٥ /١٣٣٤)، الصادر فى ١٩٧٥/١٢/٣١ حيث تقرر بمقتضى المادة (١٢) من هذا القانون والمعدلة بالقانون رقم (٤٧٥/٩٤) الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٦/١٠ منح المقاول من الباطن الحق فى الدعوى المباشرة، وطبقاً لهذه المادة ــ وتعديلاتها ــ يكون للمقاول من الباطن دعوى مباشرة فى مواجهة رب العمل (سواء كان رب العمل شخص خاص أو جهة إدارية) بشرط أن يثبت عدم قيام المقاول الأصلى بالدفع بموجب الإنذار الذى يوجهه المقاول من الباطن إلى المقاول الأصلى، وفوات شهر دون وفاء، ويجب إرساله نسخة من هذا الإنذار لرب العمل أو لجهة الإدارة. وتظهر أهمية إخطار رب العمل أو جهة الإدارة بصورة من الإنذار، فى أن رب العمل لا يكون ملزما فى مواجهة المقاول من الباطن إلا بقدر الحقوق التى تكون فى ذمته للمقاول الأصلى وقت تسلمه الإنذار. وللمقاول من الباطن حق رفع الدعوى ولو كان المقاول الأصلى فى حالة تصفية قضائية أو إفلاس، وفى هذه الحالة فإن هذه الدعوى تغطية ميزة أو أفضلية يتقدم بها على غيره من دائنى المقاول الأصلى. ولا يجوز للمقاول من الباطن استيفاء سوى الحقوق التى تكون فى مقابل أعمال مقاولة قام بتنفيذها فعلاً وعادت على رب العمل بالنفع.
راجع فى ذلك نص المادة (١٢) من هذا القانون بعد تعديلها بالقانون رقم (٤٧٥/٩٤) الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٦/١٠ على النحو التالى:
" Le sous-traitant a action directe contre le maitre de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie un mois après en avoir ete mise en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance; copie de cette mise en demeure est addressee au maitre de l'ouvrage.
Toute renunciation a l'action directe est repute non ecrite.
Cette action directe subsite meme si l'entrepreneur principal est en etat de liquidation des biens de reglement judiciaire ou de suspension proviso ire des poursuites.
Les dispositions du deuxieme alinea de l'article 1799-1 du Code civil sont applicable au sous-traitant qui remplit les conditions edictees au present article".
وراجع فى عرض ذلك: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٣، ١٠٤. راجع أيضاً فى شرح النص وترجمته د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٤. Art. 13 de la loi du 31-12-1975.

أما المرحلة الثالثة وتبدأ من تاريخ ١٩ فبراير ١٩٩٠ حيث عدل المشرع الفرنسى المادة ١٧٩٨ من القانون المدنى بالقانون الصادر فى التاريخ السابق، فنص المشرع صراحة[١]، على أن للمقاول من الباطن الحق فى الدعوى المباشرة. ليس هذا فحسب، بل منح هذا الحق إلى المقاول من الباطن من الدرجة الثانية معتبراً المقاول الأصلى فى هذه الحالة بمثابة رب عمل، والمقاول من الباطن فى الدرجة الأولى بمثابة مقاول أصلى. وباستقراء الفقرة الثانية من المادة (١٧٩٨) من القانون المدنى الفرنسى، نجد المشرع الفرنسى لم يعطِ للمقاول من الباطن من الدرجة الثانية وما يليها الحق فى ممارسة الدعوى فى مواجهة رب العمل الأصلى. والحال أن التصنيف الافتراضى المنصوص عليه فى الفقرة المذكورة قد جاء بخصوص التعاقد من الباطن فى الدرجة الأولى ولا يشمل بقية الدرجات فى حال تدرج العقد[٢].

ونخلص مما تقدم، أنه فى ظل اعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار، أى علاقة ــ وفق منطق الفقه محل المناقشة ــ غير تعاقدية، فإن الدعوى المباشرة تعتبر آلية قانونية لا يمكن أن تنشأ إلا بناء على نص قانونى بمقتضاها يمنح شخص ثالث لم يكن طرفاً فى الرابطة العقدية، حق خاص فى مواجهة مدين مدينه. وهذا يعنى أن الدعوى المباشرة تتم بمعزل عن إرادة طرفى عقد المقاولة الأصلى، فإذا اتفق رب العمل والمقاول الأصلى فى هذا العقد على أن يدفع الأول مباشرة المقابل المالى أو جزء منه، للمقاول من الباطن كمقابل لما ينفذه هذا الأخير من أعمال، فمطالبة هذا الأخير لرب العمل بهذا المقابل تكون وفقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير وليس طبقاً لقواعد الدعوى المباشرة. كما أن هذه الدعوى لا يمكن أن تقرر بناء على بند متفق عليه بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن فى عقد المقاولة من الباطن، ذلك لأن هذا البند لا يمكن أن يلزم رب

---

(١) راجع فى شرح النص ــ د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٥ ــ حيث جاء النص بالصيغة التالية:

Art 1798 du Code civil modifie par la loi du 19 fevrier (1990) "Les macons, charpentiers, artisans et sous-traitants qui ont ete employes a la construction d'un batiment ou d'autres ouvrages ont action directe contre le maitre de l'ouvrage jusqu'a concurrence de ce don't celui-ci se trouve debiteur envers l'entrepreneur au moment ou leur action est intentee. Le sous-traitant considere =comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maitre de l'ouvrage a l'egard des propres sous-traitants du premier".

(٢) راجع فى ذلك ــ د. نجم حمد الأحمد ــ نفس المرجع ــ نفس الصفحة.

العمل لأنه وفق منطق هذا الاتجاه ليس طرفاً فى العقد الذى ورد بـه هـذا البنـد، وذلك وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود.

لذا فإنه لولا وجود النص القانونى الذى تقررت به هذه الدعوى ــ وفـق منطق هذا الاتجاه ــ لما تمكن المقاول من الباطن من الرجوع علـى رب العمـل فهذا الأخير غير ملزم تجاه الأول بشىء فلا يجوز للمقاول من البـاطن أن يحمـل رب العمل على عمل شىء أو الامتناع عن عمل شىء، فهذا الأخير لا يدين بـأى مبالغ نقدية للأول.

هذا كله بالرغم من أن المقاول من الباطن، هو المؤدى الفعلى لكل أو على الأقل لجزء من العمل، ورب العمل هو المتلقى الفعلى للخدمة، وهذا الواقع لا يمكن إنكاره، وهذا بالفعل وهو ما دفع المشرع إلى منح المقاول مـن البـاطن دعـوى مباشرة فى مواجهة رب العمل[١]، ويلاحظ أيضاً أن المقاول من الباطن إذ يمارس هذه الدعوى فإن ذلك لا يكون بسبب ارتكاب رب العمل لخطأ عقدى ــ حيـث لا يربطهما عقد واحد ــ موجب للتعويض وإنما بسبب كونه مديناً للمقاول الأصـلى وارتباط هذا الدين بدين هذا الأخير للمقاول من الباطن. وموضوع هذه الدعوى ــ أساساً ــ هو المطالبة بمبلغ نقدى، هذا المبلغ هو المتفق عليه بين كل من المقـاول من الباطن، والمقاول الأصلى فى عقد المقاولة من الباطن، فالأول يحق له بمقتضى هذه الدعوى أن يطالب رب العمل مباشرة بثمن ما نفذه من أعمال بموجـب عقـد المقاولة من الباطن، بحيث لا يتجاوز ما يطالب به ما يكون للمقاول الأصلى لـدى هذا الأخير، وهذه المطالبة المباشرة تجنب المقاول من البـاطن مزاحمـة دائنـى المقاول الأصلى الآخرين.

وهدف المشرع من هذه الدعوى هو حماية المقاول من البـاطن بوصـفه صاحب مركز قانونى ضعيف[٢] فزوده المشرع بضمانة مهمة هى وجود مـدينين له، هما المقاول الأصلى، ورب العمل مع ملاحظة أن هذا الأخير لا يلتزم بالسـداد للمقاول من الباطن إذا لم يكن مديناً للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى[٣].

---

[١] يلاحظ أن المشرع لم يعط مثل هذه الدعوى لرب العمل للرجوع بها على المقاول من الباطن، انظر مـا سوف نوضحه لاحقاً من اعتبار ذلك محل نقد، ص ٣٢٩ .

[٢] راجع ما سوف نناقشه لاحقاً بخصوص هذا الهدف، ص ٣٢٩ .

[٣] راجع فى ذلك ما سوف تتم مناقشته بخصوص الشروط الواجب توافرها فى دين رب العمل ص٢٨١ ومابعدها .

المطلب الثانى
تحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة

عرض وتقسيم:

حاول بعض الفقه، أن يرد الدعوى المباشرة إلى أحد الأنظمة القانونية المعروفة حتى يجعل من السهل ترتيب الآثار القانونية لهذا النظام عليها، إلا أنه نظراً لأن الدعوى المباشرة نظام جديد، لم تبدأ فكرته إلا منذ صدور القانون المدنى الفرنسى، فإنه كان من الصعب ردها إلى أحد النظم القانونية التى وجدت فى تشريعات لم تعرف الدعوى المباشرة. وإلا كيف يفسر نظام جديد لم تعرفه الشرائع بنظام قانونى قديم؟.[1] والسبب فى هذه الصعوبة، هو إنكار أنصار هذا الاتجاه لوجود علاقة عقدية موضوعية بين رب العمل والمقاول من الباطن.

إلا أن بعض الفقه، يرى أن الدعوى المباشرة التى قررها المشرع ــ سواء المصرى أو الفرنسى ــ تعد أحد تطبيقات الأسرة العقدية، ذلك أنه توجد علاقة عقدية موضوعية ــ من وجهة نظره ــ بين رب العمل والمقاول من الباطن.

وسوف نحاول بإيجاز استعراض أهم هذه المحاولات وأسباب عدم قدرة النظم القانونية التى حاول الفقه رد الدعوى المباشرة إليها إلى استيعاب هذه الدعوى ثم نستعرض أخيراً فكرة الالتزام التضاممى ومدى قدرته على استيعاب فكرة الدعوى المباشرة.

ولتوضيح ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى عشرة فروع، هى:

الفرع الأول: الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للدعوى المباشرة.

الفرع الثانى: حق الامتياز كأساس للدعوى المباشرة.

الفرع الثالث: حجز مال المدين لدى الغير كأساس للدعوى المباشرة.

الفرع الرابع: الوكالة العادية كأساس للدعوى المباشرة.

الفرع الخامس: الحوالة القانونية كأساس للدعوى المباشرة.

الفرع السادس: نظرية الحلول كأساس للدعوى المباشرة.

---

(١) راجع فى ذلك د. رمضان أبو السعود ــ الدعوى المباشرة ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٧٤ ــ ص ٤٤٠.

الفرع السابع: الإثراء كأساس للدعوى المباشرة.

الفرع الثامن: الالتزام البدلى كأساس للدعوى المباشرة.

الفرع التاسع: الالتزام التضاممى كأساس للدعوى المباشرة.

الفرع العاشر: مبادئ العدالة كأساس للدعوى المباشرة

الفرع الحادى عشر: المسئولية العقدية كأساس للدعوى المباشرة.

الفرع الأول

رد الدعوى المباشرة إلى نظام الاشتراط لمصلحة الغير[١]

حاول بعض الفقه[٢] رد الدعوى المباشرة، التى خولها المشرع للمقاول من الباطن إلى نظام الاشتراط لمصلحة الغير. فقد رأى هذا الاتجاه أن المقاول الأصلى فى تعاقده مع رب العمل، إنما يشترط لمصلحة ـ دائنه المباشر ـ المقاول من الباطن، فتكون الدعوى المباشرة التى يمارسها هذا الأخير على اعتبار أنه المستفيد من الاشتراط، فى مواجهة رب العمل بإعتباره المتعهد.

وبالرغم من أن هذه النظرية قد لاقت قبولاً فى بعض التطبيقات القضائية[٣] إلا أنها كانت محلاً لنقد شديد وأهم ما وجه إليها من نقد.

---

(١) راجع فى عرض وشرح الإشتراط لمصلحة الغير وأحكامه من الفقه المصرى: د ـ منصور مصطفى منصور، د ـ جلال إبراهيم ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٩ وما بعدها. د ـ حسام الدين كامل الأهوانى ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦٥ وما بعدها. د ـ أحمد سلامة ـ المرجع السابق ـ ص ١٨٤ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د ـ عبد الرزاق السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى ـ الجزء السابع ـ المجلد الثانى ـ طبعة ١٩٩٠ ـ ص ١٠٢ وما بعدها. د ـ عبد الحى حجازى ـ نظرات فى الإشتراط لمصلحة الغير ـ مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ـ السنة الخامسة ـ العدد الأول ـ يناير ١٩٧٣ ـ ص ١٨١ وما بعدها. وراجع أيضاً فى عرض هذا الرأى : د ـ رمضان أبو السعود ـ المرجع السابق ـ ص ٤٤٣ وما بعدها. ويشير سيادته إلى أنصار هذا الرأى فى نفس الصفحة هامش ٣٠٦، ٣٠٧.

ومن الفقه الفرنسى راجع: Neguid Ali, Op. Cit., p. 58.

(٣) راجع فى ذلك من أحكام القضاء: الطعن رقم ١٣٨٩ ـ لسنة ١٦ ق ـ جلسة ١٩٦٥/٤/٣٠ ـ مجموعة أحكام النقض ـ السنة ١٦ مدنى ـ قاعدة ٢٧ ـ ص ١٧٢. الطعن رقم ١٣٨٩ ـ لسنة ٥٦ ق ـ جلسة ١٩٩٥/٤/٣٠ ـ المستشار / فتحى جابر العقيلى ـ المستحدث فى المبادئ التى قررتها الدوائر المدنية من أول أكتوبر ١٩٩٤ حتى ١٩٩٥/٩/٣٠ ـ طبعة ١٩٩٦ ـ ص ٩٩، ١٠٠. راجع أيضاً فى ذلك ما أشار إليه: د ـ رمضان أبو السعود ـ المرجع السابق ـ ص ٤٤٦ ـ هامش ٣١٢.

أولاً: أن الاشتراط لمصلحة الغير، يقوم على انصراف نية كل من رب العمل والمقاول الأصلى فى عقد المقاولة الأصلى[١]، إلى تحقيق فائدة للمقاول من الباطن باعتبار أنه المستفيد من الاشتراط. وهذه النية ليست موجودة فى عقد المقاولة الأصلى حيث لم تتجه إرداة كل من رب العمل والمقاول الأصلى إلى أن يتعهد رب العمل بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن مباشرة. وإذا كان المشرع قد جعل المقاول من الباطن يستفيد من عقد المقاولة الأصلى من خلال مطالبته بالأجر، فليس معنى ذلك أن العقد يتضمن اشتراطاً لمصلحته، بل يجب أن تتجه نية طرفى عقد المقاولة الأصلى إلى إفادة المقاول من الباطن، وبالتالى يستطيع المطالبة مباشرة بهذه ــ الأجرة ــ الفائدة[٢].

ثانياً: نظراً لأن الإرادة ــ كما بينا ــ هى الأساس بشأن الاشتراط لمصلحة الغير، فإنها تتنافى مع الدعوى المباشرة؛ لأن هذه الأخيرة مقررة بقوة القانون، ولا دخل لإرادة طرفى عقد المقاولة الأصلى فى ترتيب آثارها. بل أكثر من ذلك، أن حكم نص المادة ٦٦٢ مدنى مصرى، هو نص آمر لا يجوز الاتفاق على مخالفته، أى لا يجوز أن يتفق كل من رب العمل والمقاول الأصلى فى عقد المقاولة الأصلى على حرمان المقاول من الباطن من هذه الدعوى، ولا يجوز أن ينزل عنها هذا الأخير فى عقد المقاولة من الباطن[٣]. وهذا يحول بما لا يدع مجال للشك دون اعتبار الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للدعوى المباشرة.

---

(١) راجع فى ذلك د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٦. د ــ حسام الأهوانى ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٦٢. ولمزيد من التفاصيل راجع فى عرض هذه النظرية ونقدها من الفقه: د ــ سعد سالم بعد الكريم العسيلى ــ التأمين فى نطاق المسئولية الطبية فى القانون المقارن ــ رسالة دكتوراه ــ عام ٢٠٠٠ ــ ص ٤٤٤ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك نقض مدنى فرنسى فى ١٩١١/١٢/٢٠ دالوز ١٢-١-٤٨٦ حيث جاء فيه "وجود الاشتراط لمصلحة الغير لا ينتج بالضرورة من كون العقد قد أفاد شخصاً غير أطراف العقد، بل يجب أن تتجه نية الأطراف بوضوح إلى تحقيق فائدة التعاقد لهذا الغير". وأشار إليه د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤٧.

(٣) راجع فى ذلك د ــ إبراهيم الدسوقى أبو الليل ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨ . د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٢ هامش ١

لهذه الأسباب لا يمكن تأصيل الدعوى المباشرة، على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الثانى
حق الامتياز[1] كأساس للدعوى المباشرة

ذهب بعض الفقه[2] إلى أن الدعوى المباشرة، التى يحق للمقاول من الباطن بمقتضاها مطالبة رب العمل مباشرة ترتب للمقاول من الباطن حقاً ممتازاً، حيث تسمح له هذه الدعوى قانوناً، أن يلجأ إلى رب العمل مباشرة لمطالبته بمقابل ما نفذه من أعمال، بوصف رب العمل مدين مدينه، فهذا الوضع يضمن له أفضلية فى مواجهة دائنى المقاول الأصلى، ويعفيه من تحمل عبء المزاحمة مع بقية الدائنين. فالدعوى المباشرة ــ لدى هذا الفقه ــ ليست إلا أداة لتحقيق الامتياز على الدين، فالقانون عندما يقر امتيازاً لشخص فإنه يمنحه فى نفس الوقت دعوى مباشرة، والعكس، والدعوى المباشرة ما هى إلا دعوى للمطالبة بالدين محل الامتياز.

=وإن كان بعض الفقه يرى أن الدعوى المباشرة، قد تجد سندها فى الاشتراط لمصلحة الغير. راجع فى ذلك د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٣، ٢١٤.

راجع أيضاً من الفقه الفرنسى:

Neguida (ALI): L.obligation d'assuurance technique d'intérêt social de protection des victims, thèse, Lyon-III-1977, p.59.

(١) تعرف المادة ١١٣٠ من القانون المدنى المصرى حق الإمتياز بأنه " ... أولوية يقررها القانون بحق معين مراعاة منه بصفته"، راجع فى توضيح ذلك من الفقه: د ــ حمدى عبد الرحمن ــ حقوق الإمتياز فى القانون المدنى المصرى ــ دار الحقوق للطبع والنشر ــ ١٩٨٨ ــ ص ١١ وما بعدها. د ــ سليمان مرقس ــ حق الإمتياز والحق فى الحبس وفقاً لتقنين المدنى الجديد ــ المطبعة العالمية ــ ١٩٥٢ ــ ص ٤٦٨ وما بعدها. حيث يعرف سيادته حق الإمتياز بأنه " سلطة مباشرة يقررها القانون لمصلحة فئة معينة من الدائنين مراعاة لصفات ديونهم على جميع منقولات المدين وعقاراته أو على عقار معين منها وتخول الدائن أن يتقدم دائنين آخرين غيره فى إستيفاء حقه من ثمن تلك الأموال فى أى يد تكون".

(٢) راجع فى عرض آراء الفقه المؤيد لهذه النظرية د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤٨ وما بعدها. د ــ سعد سالم عبد الكريم العسيلى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٢ وما بعدها.

ومن الفقه الفرنسى راجع:

CH. Jamin: La notion D.action Directe, L.G.D.J., 1991; Larroumet, L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels, J.C.P. 1988 I 3327.

ولكن هذه النظرية لم تلقَ قبولاً من الاتجاه الغالب فـــى الفقـــه والقضـــاء ووُجهَت إليها سهام النقد[١]، على النحو التالى:

أولاً: أن من أسس ومبادئ القانون المدنى أنه لا امتياز إلا بنص[٢] فتقرير الامتياز لدائن معين إنما هو من سلطة المشرع، ولا شأن للفقه والقضاء فى تقريره. وواضح من نص المادة ٦٦٢ مدنى مصرى أنها لم تقرر حق امتياز للمقاول من الباطن فى شأن ما يطالب به رب العمل بمقتضى الدعوى المباشرة.

ثانياً: حق الامتياز يقوم على افتراض التزاحم بين الدائن الممتاز، وهو المقاول من الباطن ــ كما يرى هذا الاتجاه ــ وغيره من دائنـــى المقـــاول الأصـــلى، فيسعى الجميع إلى رب العمل ــ مدين المدين ــ لمطالبته بالدين الثابت فـــى ذمته لهذا الأخير، فيبرز المقاول من الباطن بصفته دائنـــاً ممتـــازاً علـــيهم فيستوفى حقه أولاً. إلا أن هذا التزاحم لا يتحقق فـــى الـــدعوى المباشـــرة المقررة للمقاول من الباطن الذى يسعى إلى رب العمل سعياً مباشراً، باسمه ولحسابه. أما بقية الدائنين فلا يستطيعون ملاحقة رب العمل إلا عن طريـــق السعى غير المباشر، بمقتضى الدعوى غير المباشرة[٣].

ثالثاً: حق الامتياز على دين معين، يمكن صاحبه من ممارسة حـــق علـــى مـــال موجود فى ذمة مدينه، وتكون وظيفته استبعاد الدائنين الآخرين، أما بالنسبة للدعوى المباشرة فتمكن ــ صاحبها ــ المقاول من الباطن من ممارسة حق مال موجود لدى ــ مدين المدين ــ رب العمل[٤].

---

(١) راجع فى ذلك على سبيل المثال: د ــ حامد زكى ــ تعليقات على الأحكام المدنيـــة ــ مجلـــة القـــانون والإقتصاد ــ السنة الثامنة ــ ص ٧٠٥. د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢٣.

(٢) راجع فى ذلك نص المادة ١١٣٠ مدنى مصرى حيث جاء فيها "(٢) ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون".

(٣) راجع فى ذلك: د ــ عبد الحى حجازى ــ النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتى ــ الجـــزء الأول ــ المجلد الثانى ــ مطبوعات ــ جامعة الكويت ــ سنة ١٩٨٢ ــ بند ٦٥٥.

(٤) راجع فى ذلك:

CH. Demolombe, Traite des contrats ou des obligations on general. V.11, 2e édition, n° 140, p.146.

رابعاً: يمكن أن يوجد حق امتياز دون وجود دعوى مباشرة والعكس[١]، ومما تقدم يتضح اختلاف الدعوى المباشرة، عن النظام القانونى لحق الامتياز، الأمر الذى لا يمكن معه رد تلك الدعوى إلى هذا النظام.

الفرع الثالث

حجز ما للمدين لدى الغير كأساس للدعوى المباشرة[٢]

يذهب جانب من الفقه[٣] إلى أن الدعوى المباشرة لها نفس طبيعة حجز ما للمدين لدى الغير، ووصل ذلك إلى حد القول بأن الدعوى المباشرة، هى أحد صور هذا الحجز، ولعل ما دفع أنصار هذا الرأى إلى ذلك، أن كلا النظامين يشتبهان فى بعض الأوجه. من ذلك ــ مثلاً ــ أن حجز ما للمدين لدى الغير[٤] إجراء يسمح لدائن المقاول الأصلى بمتابعة السداد إزاء رب العمل، كما أن الدائن يتصرف باسمه الخاص، كما هو شأن الدعوى المباشرة، ويؤيد ذلك ــ أيضاً ــ أن الحجز من شأنه تجميد الدين الذى تم الحجز عليه، وذلك ابتداءً من لحظة الحجز، فيصبح ما تم الحجز عليه غير قابل للتصرف فيه، وهذا أيضاً ما يحدث فى الدعوى المباشرة.

إلا أن التشابه بين الدعوى المباشرة وحجز ما للمدين لدى الغير، لا يمكن أن يؤدى إلى دمج الأولى فى هذا الأخير، واعتبار الدعوى المباشرة من طبيعة حجز ما للمدين لدى الغير، أو اعتبارها صورة من صوره، فالتشابه الحاصل بين النظامين "لا يذهب إلى حد طمس الحدود التى تفصل بينهما، فلا زال للنظامين استقلال نظراً لاختلاف طبيعة وآثار كل منهما"[٥]، وتُظهر أهم هذه الاختلافات فيما يلى:

---

(١) راجع فى ذلك:

Cozian: L'action directe, Thèse. Dijon. 1967, p.288.

(٢) راجع فى ذلك نص المادة (٣٣٠) من قانون المرافعات المصرى. راجع فى التعليق عليها المستشار ــ عز الدين الدناصورى، حامد عكاز ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣٢: ٩٣٣.

(٣) راجع فى عرض هذا الرأى د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص٣٠، ص ٣١، ص ٤٦٤ وما أشار إليه سيادته من مراجع ص ٤٦٤ هامش (٣٤٣ مكرر).

(٤) راجع فى ذلك: د ــ أنور سلطان ــ النظرية العامة للإلتزام ــ الجزء الثانى ــ أحكام الإلتزام ــ دار المعارف ــ بدون تاريخ ــ ص ٩٢١ وما بعدها.

(٤) د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦٤.

أولاً: أن حجز ما للمدين لدى الغير هو إجراء قانونى ذو طبيعة شكلية، أكثر تشدداً من الدعوى المباشرة، فهذه الأخيرة تتميز عن حجز ما للمدين لدى الغير ببساطة إجراءاتها. فحجز ما للمدين لدى الغير، يبدأ بإعلان الحجز إلى المحجوز لديه، ويجب أن يتضمن هذا الإعلان بيانات إلزامية نص عليها المشرع[١]. ثم بعد ذلك يبلغ الحجز إلى المحجوز عليه وذلك بنفس ورقة الحجز، بعد إعلانها إلى المحجوز لديه، ويجب تعيين موطن مختار للحاجز فى البلدة التى بها حق المحكمة الواقع فى دائرتها موطن المحجوز عليه، ويجب على هذا الأخير، خلال الثمانية أيام التالية لإعلان الحجز إلى المحجوز لديه، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن[٢].

ثم بعد ذلك تأتى مرحلة أخرى، وفيها يلتزم الحاجز برفع دعوى صحة الحجز، وذلك إذا كان الحجز قد تم بأمر قاضى التنفيذ، ويكون هذا فى الحالات التى لا يكون فيها بيد الحاجز سند تنفيذى، أو حكم قضائى غير نافذ[٣]. أما إذا أقر المحجوز لديه ــ رب العمل ــ بما فى ذمته، فإنه يلتزم بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ إقراره بأن يدفع للحاجز ــ المقاول من الباطن ــ المبلغ الذى أقر به أو ما بقى منه بحق الحاجز، متى كان حقه ثابتاً بسند تنفيذى، وقد يقوم المحجوز لديه بالإيداع[٤]. أما إذا لم يقم المحجوز لديه بالوفاء أو الإيداع، كان للحاجز أن ينفذ على أموال المحجوز لديه بموجب سنده التنفيذى مرفقاً به صورة رسمية من تقرير المحجوز لديه[٥].

مما تقدم يلاحظ طول وتعقيد إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير، أما الدعوى المباشرة فإنها تفضله بكثير، فليس فيها سوى إجراء وحيد هو رفع الدعوى من المقاول من الباطن ــ الدائن ــ على رب العمل ــ مدين المدين ــ والحصول

---

(١) راجع فى ذلك نص المادة (٣٢٨) من قانون المرافعات المصرى، رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨. وراجع فى التعليق على هذه المادة وشرحها. المستشار عز الدين الدناصورى، حامد عكاز ــ المرجع السابق ــ ص٩٣٢ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك نص المادة (٣٣٢) من قانون المرافعات المصرى. راجع فى التعليق عليها المستشار ــ عز الدين الدناصورى، حامد عكاز ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣٢، ص ٩٣٣.

(٣) راجع فى ذلك نص المادة (٣٣٣) من قانون المرافقات المصرى.

(٤) راجع أحكام الإيداع بالمادتين (٣٠٢، ٣٠٣) مرافقات مصر.

(٥) راجع فى ذلك المادة (٣٤٦) مرافعات مصر.

على حكم يلزمه بالوفاء. وبالتالى تحقق هذه الدعوى تبسيط للإجراءات لا يتحقق فى غيرها من الأنظمة القانونية المشابهة[١].

ثانياً: أن حجز ما للمدين لدى الغير يختلف عن الدعوى المباشرة، فالأول طريق من الطرق العامة، وبالتالى يجوز لأى دائن للمقاول الأصلى أن يسلكه بما فيهم المقاول من الباطن، ومن يسلك هذا الطريق لا يكون فى مركز متميز أو مانع، إذ يمكن لأى دائن آخر أن يسلك نفس الطريق ويوقع الحجز. أما فى الدعوى المباشرة فهى مقصورة على المقاول من الباطن وعماله، وعمال المقاول الأصلى فقط. وإذا نهض أحدهم برفعها كان ذلك مانعاً من البدء فى الحجز أو الاستمرار فيه[٢].

ثالثاً: حجز ما للمقاول الأصلى لدى رب العمل يكون أوسع نطاقاً من حيث التطبيق، حيث إنه يتعلق بكل ديون المدين، بما فى ذلك المنقولات التى بين يدى الغير، وذلك بخلاف الدعوى المباشرة[٣].

رابعاً: إن الحبس الذى يحققه حجز ما للمدين لدى الغير، لا يمنع قيام المقاول الأصلى ــ المدين ــ بحوالة حقه قبل ــ مدينه ــ رب العمل، صحيح أن هذه لا تؤثر على المقاول من الباطن ــ الحاجز الأول ــ بشكل مطلق، إلا أنها تؤثر بشكل ما فى حقوقه وفى حقوق الحاجزين وفى حقوق الحاجزين بعده، وذلك إذا أعلنت الحوالة قبل صدور الحكم بالصحة فى حكم الحاجز، حيث يعد هذا الأخير محال له[٤]. أما فى الدعوى المباشرة فيترتب على رفعها أنه يمتنع على المقاول الأصلى أن يتصرف بحقه لدى صاحب العمل، وإن فعل فإن هذا التصرف لا ينفذ فى حق المقاول من الباطن ــ

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣١.

(٢) راجع فى ذلك : د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٩.

ومن الفقه الفرنسى راجع:

Cozian, Op. Cit., n°. 452, et s, p. 275 et s.

(٣) راجع فى ذلك من الفقه الفرنسى:

Taffo (RENE), Les raports entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal et le maitre de l'ouvrage dans les relations internationals. Thèse. Université de Paris X-Nanterr. MAI.1981, p.309.

(٤) د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦٥.

رافع الدعوى ــ أو عماله، أو عمال المقاول الأصلى، شريطة مشاركتهم فى رفع الدعوى أو توجيه الإنذار[١].

مما تقدم يتضح أنه رغم التشابه بين الدعوى المباشرة وبين حجز ما للمدين لدى الغير، إلا أن ذلك لا يذهب إلى حد القول بطمس الحدود بينهما، وأن طبيعة الدعوى المباشرة من طبيعة حجز ما للمدين لدى الغير، وأنها إحدى صوره. فالدعوى المباشرة تختلف عن ــ كما بينا ــ حجز ما للمدين لدى الغير من حيث الطبيعة والآثار.

الفرع الرابع

الوكالة العادية[٢] كأساس للدعوى المباشرة

وذهب رأى آخر لبعض الفقه[٣]، إلى القول بأن طبيعة الدعوى المباشرة من نفس طبيعة الوكالة، فهذا الفقه يرى، أنه ليس من الصعب تبرير وجود دعوى مباشرة تحقق رابطة قانونية، بين رب العمل والمقاول من الباطن، فلا يوجد شك – من وجهة نظرهم ــ أن الاتفاقات لا تفيد، إلا من كانوا أطرافا فيها، أو كانوا ممثلين بواسطة غيرهم فى هذه الاتفاقات، ويعتقد أنصار هذا الرأى، أن رب العمل ممثلاً فى عقد المقاولة من الباطن بواسطة المقاول الأصلى، وأن الأول بعدم حظره المقاولة من الباطن، قد منح الأخير وكالة ضمنية، بمقتضاها يكون المقاول الأصلى حرًّا فى اختيار عماله أو المقاولين من الباطن.

وبمقتضى الوكالة تنشأ رابطة تعاقدية مباشرة بين رب العمل ــ من تعاقد مع الوكيل – والمقاول من الباطن، ويكون ذلك فى حدود السلطات التى منحها رب العمل للمقاول الأصلى[٤]، إلا أن هذا الرأى، وإن كان ينطوى على بعض الوجاهة،

---

(١) راجع ما سوف نوضحه لاحقاً فيما يتعلق بآثار الدعوى المباشرة، ص ٣٠٠وما بعدها .

(٢) راجع فى عرض هذه النظرية كأساس للدعوى المباشرة ونقدها: جاك جستان، كريستوف جامان ومارك بيو ــ ترجمة منصور القاضى ــ مراجعة د ــ فيصل كلثوم ــ مج المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ــ ٢٠٠٠ ــ ص ٩١٦ وما بعدها.

(٣) راجع فى عرض ذلك:

Coziàn, Op. Cit., n°. 71, p. 47.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٥٨ وما بعدها. ويشير سيادته فى عرض هذا الرأى إلى: Guillouard ومؤلفه عقد الإيجار ــ باريس ــ عام ١٨٨٤ ــ ج١ ــ فقرة ٣٣٩ ــ ص ٣٥٩، ص ٣٦٠. وهذه الفقرة كانت تخص الإيجار من الباطن، إلا أنه ما جاء بها، يمكن أن ينطبق على المقاولة من الباطن.

ولكن بإمعان النظر فيه يبين أنه محل نقد، ذلك لإفراطه فى الاستنتاج ومجاوزته لقصد المشرع، ويبدو مظاهر ذلك فى الآتى:

أولاً: لا يمكن القول بأن المشرع قصد من عدم تحريم المقاولة من الباطن اعتبار رب العمل قد وكل المقاول الأصلى بأن يتعاقد مع مقاولين آخرين، فيصبح المقاول الأصلى وكيلاً عن رب العمل فى التقاول من الباطن؛ لأن الوكالة عقد وبالتالى يجب التعبير عن الإرادة، ولا يمكن القول بأن السكوت يصح تعبيراً عن الإرادة فى هذا المقام، لعدم توافر إحدى حالتى السكوت التى يصح تعبيراً عن الإرادة. وعلى ذلك فإن سكوت رب العمل لا يعنى سوى أنه قد تنازل عن مكنة الحظر التى يملكها بمقتضى نص المادة ٦٦١ مدنى مصرى. ويبدأ بالتالى المقاول الأصلى فى مباشرة حقه فى التقاول من الباطن، ويفعل ذلك ليس بصفته وكيلاً عن رب العمل، ولكن باعتباره أصيلاً عن نفسه ومستقلاً عن هذا الأخير[١].

ثانياً: يجب على الوكيل أن يعمل لمصلحة موكله، وفى الحدود المرسومة له، كما ورد فى مصدر وكالته سواء كان القانون أو الاتفاق، فإذا تجاوزها "فإنه ينحسر عن الأصيل، فلا ينصرف إليه، أثر العمل الذى قام به النائب[٢]". ولكن السؤال: هل ينطبق ما سبق على المقاول الأصلى؟، وهل يعمل هذا الأخير لمصلحة رب العمل فى كل الأحوال؟. نعتقد أن ذلك غير صحيح.

ثالثاً: إذا قام المقاول الأصلى بالتعاقد مع مقاول من الباطن على أن يقوم بتنفيذ جميع الأعمال محل عقد المقاولة الأصلى، وحدد أجر هذا الأخير فى عقد المقاولة من الباطن، وكان هذا الأجر يقل بكثير عن أجر المقاول الأصلى فى

---

(١) راجع فى ذلك ما سبق أن بيناه فيما يتعلق بالتمييز بين الوكالة العادية و المقاولة من الباطن ــ ص ١٥٤وما بعدها .

وتجدر الإشارة إلى أنه نظراً لأن الوكالة العادية تعد إحدى صور النيابة فى التعاقد فإن مسايرة منطق هذا الاتجاه يترتب عليه هدم المفهوم الفنى والقانونى للنيابة كما عناه المشرع وعرفه الفقه والقضاء منذ القدم. وراجع أيضاً:

M. Billau: La delegation de creance-Essi d'une theorie generale de la delegation en droit des obligation, L.G.D.J. 1989, no. 139 ets., Civ. 1.17.3.1992 et Civ. III. 25.

(٢) راجع فى ذلك د ــ طلبه خطاب – المرجع السابق – ص ٥٨ وما بعدها . راجع أيضاً د ــ أحمد سلامة – المرجع السابق ــ ص ٨٨ وما بعدها.

عقده مع رب العمل. فإن تطبيق فكرة الوكالة تعنى إمكانية أن يطالب المقاول من الباطن رب العمل بكل الأجر الوارد فى عقد المقاولة الأصلى ــ مصدر الوكالة والمحدد لحدودها ــ فمنطق الوكالة يقضى بوجود علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، إلا أن هذا لم يقل بـــه أحـــد، والحـــال أن الدعوى المباشرة لها ضوابط، فهى لا تخول للمقاول من الباطن الحـــق فـــى الرجوع على رب العمل إلا فى حدود ما تضمنه عقد المقاولة من الباطن هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يسأل رب العمل إلا فى حدود ما ورد فـــى عقد المقاولة الأصلى.

رابعاً: بالإضافة إلى ذلك، فإن من آثار الوكالة العادية اختفـــاء الوكيـــل (المقـــاول الأصلى) بمجرد تكوين العقد وتنشأ الرابطة العقدية مباشرة بين رب العمـــل (بصفته موكلاً) والمقاول من الباطن، ويكون رجوع أحدهما على الآخر من خلال قواعد المسئولية العقدية؛ وبالتالى لا نكون بحاجة للدعوى المباشـــرة. أما فى المقاولة من الباطن فإن المقاول من الباطن لا يختفى بمجرد إبرامـــه عقد مقاولة من الباطن، بل يظل موجودا ومسئولا أمام رب العمل عما ينفـــذه المقاول من الباطن من أعمال.

خامساً: فضلاً عن ذلك إذا أبرم المقاول الأصلى العقد بصـــفته وكـــيلاً يجـــب أن تتوافر لديه نية التعاقد نيابة عن رب العمل وانصراف قصـــد المقـــاول مـــن الباطن نحو ذلك، وهذه النية المشتركة لا توجد فى حالة التقاول من الباطن.

لذا فإن هذا الرأى لا يمكن قبوله، حيث إن منطق الوكالة وطبيعتها وآثارها، يختلف عن منطق وطبيعة وآثار الدعوى المباشرة.

الفرع الخامس

الحوالة القانونية[١] كأساس للدعوى المباشرة

وهناك رأى[٢] يرى أن الدعوى المباشرة تنتج من محض انتقال قانونى للحق، فحقوق المقاول الأصلى تنتقل بقوة القانون إلى المقاول من الباطن أو عماله، أو عمال المقاول الأصلى -الدائن وصاحب الدعوى المباشرة-. وحيث ينتقل الحق، بحالته التى يوجد عليها، تنتقل معه كل أسباب البطلان والدفوع والسقوط التى تسبق هذا الانتقال.

ويرى أنصار هذا الرأى، أن فكرة الحوالة القانونية لا تحدث إلا بممارسة الدعوى المباشرة، حيث إن هذه الممارسة تعد وكأنها إعلان عن الحوالة الاتفاقية. لذا فإن كل وفاء يحدث من رب العمل - مدين المقاول الأصلى- قبل الإعلان، يحتج به على المقاول من الباطن المحال إليه. يجب ألا يحدث وفاء بعد رفع الدعوى بين رب العمل والمقاول من الباطن. وأنه بعد انتقال الحق لا يمكن توقيع حجز ما للمدين لدى الغير، أو القيام بأى إجراء تنفيذى آخر؛ لأن الحق لم يعد عنصراً فى ذمة المقاول الأصلى. أما فى حالة إفلاس المقاول الأصلى فإن المقاول من الباطن، بعد انتقال الحق من الأول إليه، فإنه لا يلتزم بإدراج هذا الحق فى التفليسه، لأن هذا الانتقال أصبح حقًا مكتسباً. كما أن ــ من وجهة نظر أنصار هذا الرأى - انتقال الحق بهذه الصورة يحقق آثار الامتياز بل أنه يفضله. ويضيف أصحاب هذا الرأى أن القضاء يعرف مثل تلك الحوالة غير الاتفاقية للحق، وهذا كما فى حجز ما للمدين لدى الغير.

ولكن بالرغم من أن نظرية الحوالة القانونية، قد تفسر لنا إلى حد ما انتقال الحقوق والالتزامات بين المقاول الأصلى باعتباره محيلا، والمقاول من الباطن باعتباره محالا إليه، وبين رب العمل باعتبار أنه محال عليه. إلا أن هذه النظرية -

---

(١) راجع فى عرض نظرية الحوالة القانونية كأساس للدعوى المباشرة، ونقد هذه النظرية: جاك جستان ــ المرجع السابق ــ ص ٩١٥ وما بعدها. د ــ سعد سالم العسيلى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤١ وما بعدها.

(٢) راجع فى عرض هذا الرأى د ــ رمضان أبو السعود ــ الدعوى المباشرة ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٥٥ . وقد أشار سيادته إلى أنصار هذا الرأى فى نفس الصفحة هامش ٣٣١ . وقرب من هذا الرأى:
Maurice (PICARD): L'auttomomie de l'action direct R.T.D.C. Tome 4, p.726;
M. Cozian, Op. Cit., n°. 97, p. 60.

أيضاً- كانت هدفاً للنقد الشديد، وذلك إذا حاولنا اعتبار طبيعة الدعوى المباشرة، من نفس طبيعتها.

ويكفى لتأييد الاختلاف بين طبيعة الدعوى المباشرة، وبين نظام حوالة الحق، ودون الدخول فى تفصيلات ليس هذا محلها. إن أهم ما يميز هذه الأخيرة، هو أنها تنقل إلى المحال إليه - المقاول من الباطن- الحق ذاته، الذى كان - للمقاول الأصلى - للمحيل، فيحل الأول محل الثانى فى العلاقة ذاتها التى كانت تربطه - برب العمل - بالمدين، بحيث تظل هذه العلاقة محتفظة بصفاتها ومميزاتها، ولا يطرأ عليها أى تغيير سوى إحلال المحال إليه محل المحيل[١]. وينتج عن ذلك، أن الحق ينتقل من - المحيل - المقاول الأصلى، إلى - المحال إليه - المقاول من الباطن، بكل ملحقاته وتوابعه، وبكل أوصافه ومميزاته التى تؤثر فيه قوة أو ضعفاً[٢]. ويستطيع رب العمل - المدين - أن يتمسك قبل - المحال عليه - المقاول من الباطن، بكافة الدفوع، التى كان له أن يتمسك بها قبل - المحيل - المقاول الأصلى وقت نفاذ الحوالة فى حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة[٣].

---

(١) راجع فى ذلك حكم محكمة النقض المصرية، الطعن ٦٠٥ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢٣ المجموعة س ١٨ ص ١٧٤٤. وقد جاء فى هذا الحكم أن " حوالة الحق لا تنشئ التزاما جديداً فى ذمة المدين وإنما هى تنقل الالتزام الثابت أصلاً فى ذمته من دائن إلى دائن آخر، باعتبار هذا الالتزام حقًّا للدائن المحيل، وينتقل بها الالتزام بعد حوالته محكوماً بذاته بجميع مقوماته وخصائصه، ويبنى على ذلك أن يظل هذا الالتزام بعد حوالته محكوماً بذات القانون الذى نشأ فى ظله من حيث طبيعته وإثباته وقابليته للحوالة، والشروط اللازمة لذلك. وإذا صدر قانون جديد فلا يسرى على هذا الالتزام إلا فى نطاق ما يستحدثه من قواعد آمرة تتصل بالنظام العام، ومن ثم فإن كان القانون الذى نشأ الالتزام فى ظله يشترط لإمكان حوالته رضاء المدين بالحوالة فإن صدور قانون جديد يجعل هذا الرضاء غير لازم لا يسرى قبله. راجع أيضاً لنفس المحكمة الطعن ٣٥٢ لسنة ٤١ ق فى ١٩٧٧/٣/٢٢ المجموعة س ٢٨ ص ٧٣٢.

(٢) راجع فى ذلك نقض مدنى رقم جلسة ١٩٨٣/٥/١٢ المجموعة س ٣٤ ص ١١٥٦.

(٣) راجع فى ذلك المادة ٣١٢ مدنى مصرى. وراجع أيضا فى توضيح هذه الأحكام د- جلال محمد إبراهيم - المرجع السابق - ص ٢٤٨ ما بعدها راجع توضيح د/ سليمان مرقس - الوافى فى شرح القانون المدنى - (٢) فى الالتزامات والمجلد الرابع - إحكام الالتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٦٣٨ وما بعدها.

إذا كان ما تقدم هو منطق الحوالة، وما ينتج عنها آثار، إلا أن الثابت بالنسبة للدعوى المباشرة، أنها بتوافر شروطها، ورفعها من جانب المقاول من الباطن، فإنه لا يجوز لرب العمل أن يحتج عليه بالدفوع اللاحقة على رفع الدعوى[١].

مما تقدم يتضح، أنه لا نستطيع قبول الرأى الذى يرى إمكانية رد طبيعة نظام الدعوى المباشرة، إلى طبيعة نظام حوالة الحق.

الفرع السادس
نظرية الحلول كأساس للدعوى المباشرة

وقد ذهب جانب من الفقه[٢] إلى أن الحق قد ينتقل من شخص إلى شخص آخر، عن طريق غير طريق الحوالة، فقد ينتقل الحق عن طريق الحلول فى نفس الحق محل الدائن.

للحلول مصدران، إما القانون وإما الاتفاق، والحلول القانونى نصت عليها المادة ٣٢٦ مدنى مصرى[٣]، وحددت هذه المادة أحواله، وقد جاء فيها "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية:

أ- إذا كان الموفى ملتزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه.

ب- إذا كان الموفى دائناً ووفَّى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عينى، ولم يكن للموفى أى تأمين.

---

[١] راجع فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود - المرجع السابق ــ ص ٤٠٧ وما بعدها وكذا ما أشار إليه سيادته من مراجع وأحكام هامش ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣.

[٢] راجع فى ذلك د ــ أنور سلطان، د ــ جلال العدوى - رابطة الالتزام. عام ١٩٦٨ - فقرة ٥١١ــ٥٤٨. د ــ جلال العدوى - مبادئ الالتزامات ــ الجزء الثانى - طبعة ١٩٧٣ - ص ٢٧٠.

[٣] راجع فى عرض هذه المادة وشرحها وبيان حالاتها د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق - ص ٧٥٩ وما بعدها. د ــ جلال محمد إبراهيم - المرجع السابق - ص ٢١ وما بعدها.

ونود الإشارة إلى أن هناك بعض حالات للحلول القانونى، جاءت بشأنها نصوص خاصة راجع فى د ــ سليمان مرقس - نفس المرجع - ص ٧٦٣ وما بعدها.

ج- إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاءً لـدائنين خصـص العقـار لضمان حقوقهم.

د- إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول.

ووفقاً لنص هذه المادة، فإن الموفى يحل محل الدائن بقـوة القـانون، دون الحاجة إلى أى إجراء آخر، والحالات التى وردت بالنص، جـاءت علـى سـبيل الحصر، لا يجوز القياس عليها، أو التوسع فى تفسيرها.

أما الحلول الاتفاقى فله صورتان: الأولى: تكون بالاتفاق بين الغير الموفى والدائن المستوفى، أما المدين فليس طرفاً فى الحلول؛ لذا فإن موافقته ليست شرطاً لوجوده، كما أن اعتراض المدين لا يحول دون قيامه، فهذا الحلول صحيحاً متى تم الاتفاق عليه ولم يتأخر لوقت الوفاء[١].

أما الصورة الثانية للحلول الاتفاقى، فتكون باتفاق بين المـوفى والمـدين، وقد نصت عليها المادة ٣٢٨ مدنى مصرى، حيث جاء فيها "يجوز أيضاً للمدين إذا أقترض مالاً وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه، ولـو بغير رضاء هذا الدائن، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد[٢]". والفقـه الذى يرى أن طبيعة الدعوى المباشرة، يمكن ردها إلى طبيعة الحلـول الشخصـى خاصة أن هذه الحلول له أنواع متعددة، فيها الحلول بسبب الشفعة، والحلول بسبب الوفاء، والحلول الذى يحدث فى استرداد الحق المتنازع عليـه إذا حولـه الـدائن لشخص آخر أو الحلول بسبب الارتباط بين الديون، والنوع الأخير من الحلول هو ما يتحقق فى الدعوى المباشرة، حيث تعد هذه الـدعوى إحـدى صـور الحلـول الشخصى.

---

[١] راجع فى ذلك، نص المادة ٣٢٧ مدنى مصرى. حيث جاء فيها "للدائن الذى إستوفى حقه من غير المدين أن تتفق مع هذا الغير على أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء".

[٢] راجع فىّ عرض هذه المادة وشرحها د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥٩. د ــ جـلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥، ٢٦.

وهذا يعنى أن المقاول من الباطن باستعماله الدعوى المباشرة، يحل محل المقاول الأصلى فى مطالبة رب العمل، والأساس الذى يرتكز عليه هذا الحلول هو ارتباط دين المقاول من الباطن لدى المقاول الأصلى بدين هذا الأخير لدى رب العمل. وهذا التكييف للدعوى المباشرة – من وجهة نظر هذا الفقه – هو الذى يبرر كيف يكون للمقاول من الباطن – الدائن – الحق فى أن يختار بين مطالبة – مدينه – المقاول الأصلى أو– مطالبة مدين مدينه – رب العمل. فرجوعه على هذا الأخير لا يحرمه من الرجوع على – المدين الأصلى – المقاول الأصلى. أى أن الدعوى المباشرة حينئذ هى دعوى الحلول، بينما تكون دعوى المقاول من الباطن – الدائن – قبل – المدين – المقاول الأصلى هى الدعوى الشخصية[١].

وبالرغم من أن هذا الرأى يفسر كيف أن المقاول من الباطن صاحب الدعوى المباشرة، لا يستطيع مطالبة رب العمل، إلا بالقدر الثابت فى ذمته للمقاول الأصلى، حيث إن هذا القدر هو الذى يحدث فيه الحلول، إلا أننا لا نستطيع قبول أن الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة يمكن ردها إلى طبيعة الحلول القانونية، وذلك للاعتبارين الآتيين[٢]:

الاعتبار الأول: أن أنصار هذا الرأى، لم يبينوا لنا أحكام الحلول بسبب ارتباط الديون؛ الأمر الذى يفهم منه أن هذا النوع من الحلول يخضع للأحكام العامة للحلول فى القانون المدنى، وأهم هذه الأحكام ــ التى تسرى على الحلول القانونى والاتفاقى ــ هو ما ورد بنص المادة ٣٢٩ مدنى مصرى والتى تنص على " من حل قانونيًا أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن". وهذا يعنى أن المقاول من الباطن إذا حل محل المقاول الأصلى، سوف يوجد فى نفس المركز القانونى لهذا الأخير قبل رب العمل، ويكون بالتالى لرب العمل أن يدفع مطالبة المقاول من الباطن، بكافة الدفوع التى كان له التمسك بها فى مواجهة المقاول الأصلى، سواء

---

(١) راجع فى عرض هذا الرأى ز د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٤٥٦، ٤٥٧.

(٢) راجع فى نفس المعنى د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق ــ ص ٤٥٧ وما بعدها.

كانت دفوع سابقة على ممارسة الدعوى المباشرة، أو لاحقة عليها. وهـذا يخالف مبدأ من أهم المبادئ التى تخضع لها الدعوى المباشرة، وهو عـدم جواز الاحتجاج بالدفوع اللاحقة على رفعها.

الاعتبار الثانى: من ناحية أخرى أن هذا الفقه بدأ – كما بينا – باعتبار أن للحلـول صور متعددة، وأن بعض هذه الصور لا يمكن إنكاره، مثل حق المسـترد فى الحلول محل المحال إليه قبل المحال عليه، وكذا حلول الشـفيع محـل المتصرف إليه. إلا أن الحلول الذى يتم نتيجة ارتباط الـديون، بمقتضـى الدعوى المباشرة، هذا النوع مـن الحلـول لا يعرفـه التشـريع المـدنى المصرى. والدليل على ذلك، أن الحلول المعروف فى القانون، هو الحلول بسبب الوفاء، كما أن المادة ٣٢٦ مدنى مصرى قد حددت حالات الحلـول القانونى على النحو الذى لا يجوز معه القياس عليه أو التوسـع فيـه. ولا يمكن الارتكان إلى الفقرة الأخيرة من ذات المادة والتى تقضى بأن الحلول يمكن أن يتم "إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول". فهـذه الفقرة أيضاً تتحدث عن الحلول بسب الوفاء. إلا أنه فى الدعوى المباشرة، لا يقوم المقاول من الباطن، بالوفاء للمقاول الأصلى، حتى يحل محل هـذا الأخير قبل رب العمل ومطالبته بالقدر الذى وفاه.

الفرع السابع
الإثراء بلا سبب[1] كأساس للدعوى المباشرة

ذهب البعض[2] إلى إمكانية تأسيس الدعوى المباشرة على نظرية الإثـراء بلا سبب، ويرون أن شروط هذه النظرية متوافرة فى طرفى الدعوى المباشـرة، على النحو التالى:

---

[1] راجع فكرة الإثراء بلا سبب بالتفصيل: د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٨ وما بعـدها. د ــ السيد عيد نايل ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦٥. د ــ حسام الدين كامل الأهوانى، د ــ حمدى عبـد الرحمن ــ أصول القانون ــ ١٩٩٦ ــ دار نشر بدون ــ ص ٨٤٦. د ــ أنور سلطان، د ــ جـلال العدوى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٣٧ وما بعدها.

[2] راجع فى عرض هذا الرأى د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق –ص ٤٦٧و كذا ما أشار إليـه هامش ٣٤٤. حيث يشير سيادته إلى مرجع – الأستاذ – سوليس – التعليق العقلانـى علـى القـانون

أولاً: من ناحية شرط الافتقار فإنه يكون متوافراً فى المقاول من الباطن أو عماله، فكل منهما يفتقر بقَدر ما قدم من عمل، ولم يتقاض عنه مقابل أو أجر، وبالتالى فقد خرج عنصر من ذمته المالية دون أن يقابله دخول آخر.

ثانياً: من ناحية شرط الإثراء، لا يمكن القول بأن رب العمل قد أثرى على حساب المقاول من الباطن، صحيح أنه قد استفاد من تدخل هذا الأخير فى تنفيذ عقد المقاولة من الباطن، وإن ما نفذه هذا الأخير كان وفاء بالتزامه تجاه المقاول الأصلى، إلا أن ما قام به المقاول من الباطن – فى الحقيقة – يدخل فى نهاية الأمر ذمة رب العمل فتثرى به. ولكن إثراء ذمة هذا الأخير، كان له سبب هو عقد المقاولة الأصلى، الذى يلتزم بمقتضاه بأن يوفى للمقاول الأصلى، مقابل ما أثرى به.

كما أنه لا يمكن اعتبار المقاول الأصلى، قد أثرى على حساب المقاول من الباطن؛ لأن لإثرائه سبب وهو عقد المقاولة من الباطن، الذى يلتزم بمقتضاه بالوفاء بالالتزامات المقابلة تجاه المقاول من الباطن.

لذا فإن أنصار هذا الرأى يرون، أن الإثراء يمكن أن يتحقق، بالنسبة للمبالغ التى سوف يحرم منها المقاول من الباطن المزود بالدعوى المباشرة، إذا ما شاركه غيره من دائنى المقاول الأصلى، فى اقتسام المبلغ الثابت فى ذمة رب العمل، فيتحقق الإثراء إذن فى جانب الدائنين[1].

ثالثاً: من ناحية علاقة السببية بين إثراء دائنى المقاول الأصلى، وافتقار المقاول من الباطن، فهؤلاء الدائنون ما كانوا ليقبضوا شيئاً لولا القيمة التى دخلت (أو التى ستدخل) ذمة مدينهم بفعل المقاول من الباطن صاحب الدعوى المباشرة.

رابعاً: ويرى أنصار هذا الرأى ــ أيضاً ــ أن الإثراء يكون غير عادل، لأنه يجب ألا ننسى أن المقاول الأصلى يكون معسراً، وأن دائنيه سيحرمونه بالتالى من كل رجوع عليه. ولكن بوجود عقد المقاولة الأصلى، يصبح هناك دين لمصلحة المقاول الأصلى، ولكنه قدم عن طريق المقاول من الباطن صاحب

=الفرنسى – باريس ١٨١٩ – الجزء الثالث ص ٣٠٩ حيث يرى سيادته أن الدعوى الثابتة للعمال بمقتضى المادة ١٧٩٨ إنما تستند إلى فكرة الإثراء بلا سبب.

[1] راجع د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – نفس الموضع.

الدعوى المباشرة، فلم يوجد الدين إلا بناءً على العقد الذى كان الأخير طرفًا فيه. فإذا كان لدائنى المقاول الأصلى الآخرين، مشاركة المقاول من الباطن ثمرة العقد الثانى، مما قد يؤدى إلى عدم حصوله على حقه، فإنه بذلك يتحقق ضرر المقاول من الباطن فى هذه الحدود، وهذا أمر غير عادل.

لذا وبالبناء على ما تقدم، ينتهى أنصار هذا الرأى، إلى أن إثراء دائنى المقاول الأصلى الآخرين غير عادل وبلا سبب، الأمر الذى أدى إلى منح المقاول من الباطن دعوى الإثراء بلا سبب هذه، أو الدعوى المباشرة، لمطالبة رب العمل – مدين مدينه – بدين المقاول الأصلى لديه، دون أن يزاحمه فى ذلك أى من دائنى المقاول الأصلى.

والخلاصة – لدى أنصار هذا الرأى – أن الدعوى المباشرة، هى من نفس طبيعة دعوى الإثراء بلا سبب.

والواقع أننا لا نوافق على هذا الرأى، بالرغم أنه بين لنا عدم العدالة، فى عدم حصول المقاول من الباطن على حقه، بالرغم من أنه المنفذ الفعلى للخدمة، أو على الأقل لجزء فيها والتى تلقاها رب العمل فعلاً. وأن مشاركة دائنى المقاول الأصلى الآخرين، للمقاول من الباطن ثمرة مطالبته لرب العمل بقيمة دين المقاول الأصلى والناشئ عن عقد المقاولة الأصلى، من الأمور غير العادلة. إلا أن منح المقاول من الباطن دعوى مباشرة، ليحصل مقابل ما نفذه من أعمال من رب العمل، واستثاره بثمرة المطالبة، لا يمكن أن يكون أساسها دعوى الإثراء بلا سبب، لتخلف شروط هذه الدعوى، فى خصوص الدعوى المباشرة، ويتضح ذلك فيما يلى:

أولاً: إذا كان هناك افتقار فعلاً للمقاول من الباطن – كما أوضحنا – من جراء ما نفذ من أعمال، ولم يحصل مقابل ذلك على أجر. إلا أن السؤال فى كيفية تحقق عنصر الإثراء[1]؟.

فكما تقدم فإن رب العمل لا يمكن أن يثرى، وكذلك المقاول الأصلى، فكلاهما يعطى مقابلاً لما يحصل عليه. وبالتالى فإن عنصر الإثراء يكون غير متوافر فى حقهما. أما بالنسبة لدائنى المقاول الأصلى، فهؤلاء قد منحهم القانون

---

[1] راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٤٦٨.

الحق فى الضمان العام على جميع أموال مدينه، سواء الموجود منها أو ما سيوجد فى المستقبل. ويستطيع هؤلاء ممارسة حقهم فى الضمان بالنسبة لأى مال من أموال المقاول الأصلى، فإذا قاموا بالتنفيذ على حق المقاول الأصلى لدى رب العمل الناشئ عن عقد المقاولة الأصلى، فهذا حقهم المقرر قانوناً، وبالتالى فإن لإثرائهم سبب، بل إنه لا يتحقق إثراء لهم على الإطلاق، والحال أنهم يحصلون على حق لهم. فإذا كان هذا قد أدى إلى حرمان المقاول الأصلى من استيفاء حقه بالكامل، فلا يكون هذا الحرمان بفعل هؤلاء الدائنين، فليس عمل هؤلاء غير مشروع.

ثانياً: أن دعوى الإثراء بلا سبب، يجب أن ترفع ضد المثرى لاسترداد قيمة ما أثرى به. والمثرى هنا- كما أوضح أنصار الرأى محل المناقشة- هو دائنى المقاول الأصلى، وبالتالى يجب أن ترفع على هؤلاء الدائنين، ولا توجه ضد - مدين المقاول الأصلى - رب العمل. هذا بخلاف الدعوى المباشرة التى ترفع ضد رب العمل مباشرة.

الفرع الثامن
الالتزام البدلى كأساس للدعوى المباشرة

إلا أن بعض الفقه[١] حاول تكييف الدعوى المباشرة بفكرة الالتزام البدلى، الخاص بتعيين المدين، فيوجد فى الدعوى المباشرة مدين أصلى (المقاول الأصلى)، مدين تابع (رب العمل)، وأن لصاحب الدعوى المباشرة (الدائن)، أن يختار بينهم من يسأله الوفاء.

ولكن لا يمكننا الأخذ بهذا الرأى أيضاً، وذلك للاعتبارات الآتية:

الاعتبار الأول: أن الالتزام البدلى هو التزام موصوف يكون محله شىء واحد، ولكن يجوز للمدين أن يبرئ ذمته، إذا قام بأداء شيئاً آخر بدلاً من هذا الشىء[٢].

---

[١] راجع عرض هذا الرأى د ــ رمضان أبو السعود - المرجع السابق ص ٦٩، ويشير سيادته فى هامش ٣٤٧ إلى الأستاذ سوليس فى عرضه لهذا الرأى، فى مؤلفه السابق ذكره فقرة ٧٩ ص ١٠٦.

[٢] راجع فى ذلك نص المادة ٢٧٨، حيث جاء فيها " ١-يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شىء آخر". راجع فى شرح الالتزام البدلى. د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦٣.

ففى الالتزام البدلى يكون التعدد فى محل الالتزام، أما التعـــدد – إن وجـــد – فهو تعدد فى أطراف الالتزام، فالدائن وصاحب الدعوى المباشرة هو المقاول مـــن الباطن، ومدينه المباشر هو المقاول الأصلى، ورب العمل المدعى عليه فـــى هـــذه الدعوى هو المدين الثانى، حيث يلتزم هذا الأخير بجانب المـــدين الأول المقـــاول الأصلى.

الاعتبار الثانى: وإذا كان – كما يرى أنصار هذا الرأى – المقاول مـــن البـــاطن، بصفته الدائن، هو من له الخيار فى الرجوع على رب العمل بالدعوى المباشرة، أو الرجوع على المقاول الأصلى بمقتضى عقده معه، فإننا نكون – والحال هكذا– أمام التزام تخييرى وليس التزاما بدليا؛ لأن فى هذا الأخير يكون الخيار دائماً للمدين[١].

الاعتبار الثالث: المدين الثانى أو التابع (رب العمل)، لم يتعاقد أصلاً مـــع الـــدائن صاحب الدعوى المباشرة (المقاول من الباطن)[٢]، كما أن هذا الأخيـــر إذا اختـــار الرجوع عليه، فلا يكون له الحق فـــى الرجـــوع علـــى المـــدين الأول (المقـــاول الأصلى)، وهذا ما يرفضه منطق الدعوى المباشرة.

وإذا كانت الحجة الأولى، تكفى للقول بعدم إمكانية تكييف الـــدعوى المباشـــرة وتحديد طبيعتها، على أساس فكرة الالتزام البدلى. إلا أننا ذكرنا الحجتين التـــاليتين، حتى يتأكد لنا اختلاف وتباعد نظام الدعوى المباشرة، عن نظام الالتزام البدلى.

الفرع التاسع
الالتزام التضاممى[٣] كأساس للدعوى المباشرة

إزاء فشل كافة المحاولات السابقة لرد طبيعة الدعوى المباشرة، إلى أحـــد الأنظمة القانونية المعروفة والتى سبق عرضها، فإن هناك اتجاه ذهبت إليه غالبيـــة الفقه[٤]، إلى رد طبيعة الدعوى المباشرة إلى نظام الالتزام التضاممى.

---

[١] راجع فى ذلك د ـــ سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٥٦٣.

[٢] د ـــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٤٦٩.

[٣] راجع فى عرض أحكام الإلتزام التضاممى فى القانونين المدنى الفرنسى والمصرى: د ـــ محمـــد جـــاد محمد جاد ـــ أحكام الإلتزام التضاممى ـــ فى القانونين المصرى والفرنسى ـــ دار نشر بدون ـــ عـــام ٢٠٠٣ ـــ ص ٩٧ وما بعدها.

[٤] راجع من هذا الفقه على سبيل المثال:

فانطلاقا من أن هدف الدعوى المباشرة، هو الحفاظ وحماية بعض الحقوق فإن أنصار هذا الرأى، قد ذهبوا فى معرض بيانه للطبيعة القانونية لهذه الدعوى إلى القول بأن أساسها يقوم على التضامم، فهم يرون أن المقاول الأصلى من جهة، ورب العمل من جهة أخرى، يلتزمان تضاممياً تجاه المقاول من الباطن، فيما يتعلق بحقوقه تجاه المقاول الأصلى. كما أن كل من المقاول الأصلى، والمقاون من الباطن، ملتزمين تضاممياً، فى مواجهة رب العمل عن ما قد يصيبه من ضرر نتيجة التنفيذ[١].

وفى الالتزام التضاممى، نكون بصدد عدة مدينين ملتزمين بشىء واحد قبل دائن واحد، بحيث يلتزم كل مدين منهم بأن يؤدى الدين بأكمله، دون أن يكون بينهم تضامن، ودون أن يكون الدين قابلاً للانقسام[٢].

فالالتزام التضاممى ــ إذن ــ يقوم على تعدد المدينين[٣]، بحيث يلتزم كل منهم بكل الدين أمام الدائن، وتكون ديونهم متمايزة عن بعضها البعض؛ نظراً لتعدد مصادرها وإن تمثلت فى أداءات متماثلة، حيث تتجه هذه الأداءات جميعاً إلى إشباع حاجة الدائن، ويقع ذلك إما بالصدفة، مدام على أثر ظروف لا دخل للدائن بها.

وقد أشارت محكمة النقض المصرية، فى حكمها الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦٧ م[٤] إلى هذا النوع من الالتزام، حيث جاء فى حكمها أن مقتضى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً. أنه يجوز للدائن، أن يطالب أى مدين بكل الدين، ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما؛ ولأنه إنما دفع عن نفسه. وتطبيقا لذلك قضت نفس المحكمة، فى حكمها الصادر فى ١٧ فبراير سنة ١٩٦٦[٥]، بأنه إذا كانت الشركة الطاعنة (شركة التأمين)، ملتزمة

=Marty et P. Paynaud: Droit Civil T1 re ed, 1962, p.802, no. 798.

د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٩ وما بعدها.

[١] راجع فى ذلك

Marty (G) et Raynoud (p). Droit Civil, les obligations, Tome 1, 2e édition, Sirey, Paris, 1988 p. 82.

[٢] راجع فى ذلك د ــ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٦١٢.

[٣] راجع فى ذلك Narttet op. oparytboyd op . cit ., No. 197.p.800. مشار إليه فى مرجع د ــ رأفت محمد احمد حماد - المرجع السابق ــ ص ٢٢٠ هامش ٤ وهو نفس ما أطلقه عليه بعض الفقه الفرنسى، ولكن أستاذنا الدكتور السنهورى يفضل أن يسميه بالالتزام التضاممى ليقابل به الالتزام التضامنى ــ الوسيط ــ الجزء الثالث المجلد الأول ــ أوصاف الالتزام والحوالة ــ ط ٢ ــ ١٩٨٣ ــ ص ٣٢٢ هامش (٢).

[٤] راجع فى ذلك نقض مدنى مصرى صادر فى ١٩٧٦/١١/٢١ ــ مجموعة أحكام النقض ١٨ ــ ١٧١٧.

[٥] نقض مدنى مصرى مجموعة أحكام النقص - ١٧ - ٣٢٩.

بالتعويض نتيجة عقد التأمين واعتبرت الشركة المطعون ضدها الثانية ملتزمة به نتيجة الفعل الضار، فإنهما يكونان ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان. ومن ثم تتضامم ذمتاهما فى هذا الدين دون أن يتضامنا إذ إن الالتزام التضامنى يقتضى وحدة المصدر.

وللالتزام التضاممى فى فرنسا تطبيقات عديدة، سواء تشريعية، أو قضائية، ومن أمثلة التطبيقات التشريعية، التزام المسئولين المتعددين عن الضرر الواحد بتعويض هذا الضرر، حيث لا يوجد فى القانون الفرنسى ــ فيما عدا النص على التعويض عن الجرائم الجنائية ــ نص على تضامنهم فى هذا الالتزام. ولكن لأن كلاً من المسئولين يعتبر متسبباً فى إحداث كل الضرر، فإنه يكون ملزماً بكل الدين طبقاً للقواعد العامة[١].

ومن الأمثلة التشريعية، ما تنص عليه المادة ٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى، فى باب الكفالة من أنه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، وكان التزامهم بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم. وهذا يعنى أن التزام الكفلاء فى هذه الحالة لا يكون تضامنيًا لعدم وجود اتفاق على التضامن، ولا يكون غير قابل للانقسام لا بسبب طبيعته ولا بسبب اتفاق الطرفين، ولكن القانون نص ــ مع ذلك ــ على أن يكون كل من الكفلاء مسئولاً عن الدين كله[٢].

من هذا القبيل، ما أشار إليه القانون رقم ١٩٥٦ الصادر فى ١٩٦٥/١١/٢٢ الذى يتعلق بالمسئولية الناجمة عن انفجارات السفن النووية، فقد أشارت المادة ٢/١١ من هذا القانون، إلى وجود مسئولية تضاممية عن تلك الأضرار الناجمة عن هذه الانفجارات، فى حالة تعذر تحديد نصيب كل فاعل فى الأضرار التى نسبت إليه. أما بالنسبة لتطبيقات الالتزام التضاممى، الذى أورده القضاء الفرنسى[٣]، فهى كثيرة ومتعددة، نذكر منها التزام المؤمن والمسئول عن تعويض المضرور تضامنياً، وتعدد المسئولية عن الفعل الضار، ولعل أشهر هذه التطبيقات فى هذا الشأن هو مسئولية المهندس المعمارى والمقاول.

---

(١) راجع فى ذلك Marty et. Raynoud. Op . cit, p, 113

(٢) راجع فى عرض هذه الحالة د ــ سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٦١٣، ٦١٤ ويعرض سيادته أيضاً لمثال آخر فى القانون الفرنسى، وهو حالة الالتزام بالنفقة الذى يقع على عدة أقارب من درجة واحدة، فإن كلاً من هؤلاء الأقارب يكون ملزماً بكل النفقة اللازمة لقريبة المعسر، ويجوز للأخير أن يطالب أيهما بالنفقة كاملة. راجع أيضاً ما أشار إليه سيادته من مراجع هامش ٢١٩ ــ ص ٦١٣.

راجع فى عرض هذه الحالة د ــ رأفت محمد أحمد حماد – المرجع السابق – ص ٢٢٣.

(٤) راجع فى عرض هذه التطبيقات وغيرها د ــ رأفت محمد أحمد حماد – المرجع السابق وراجع أيضاً ما أشار إليه من أحكام هامش ١، ٢، ٣، ٤،٥ نفس الصفحة.

وقد أقر القانون المصرى ــ فقهاً وقضاء ــ فكرة الالتــزام التضــاممى، إلا أن مجال تطبيقها يعد أضيق مما هو عليه الحال فى القانون الفرنسى[١]، حيث إن المشرع قد أقر هذه الفكرة فى المادة ١٦٩ من القانون المدنى، وقد نصت هذه المادة على أن "إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التــزامهم بتعــويض الضــرر، وتكــون المسئولية فيما بينهم بالتساوى، إلا إذا عين القاضى نصيب كل مــنهم فــى التعــويض"، وواضح من هذه المادة، أنها قررت تضامن المسئولين المتعددين فى التزامهم بتعــويض المضرور، إلا أن هذا الالتزام يعد نظاماً استثنائيا لا يجوز التوسع فى تفسيره[٢]، وهذا ما جعل الفقه والقضاء، يستقر على قصر تضامم المسئولين المتعــددين وفقــاً للمــادة ١٦٩ مدنى، على حالة وحدة مصدر التزامهم بالتعويض. هذا وقد اشترطت محكمة الــنقض – فى مصر – تحديد مسئولية كل شخص من محدثى الضرر[٣].

أما فى الحالة التى تتعدد فيها مصادر الالتزام بتعويض الضرر، كما هو الحــال بالنسبة لمسئولية رب العمل والمقاول الأصلى فى مواجهة المقاول من الباطن، حيث تكون مسئولية رب العمل ــ لاعتباره من الغير لدى أنصار الرأى محل المناقشة ــ تقصــيرية، ومسئولية المقاول الأصلى مسئولية عقدية، ففى هذه الحالة يتنحى الالتزام التضامنى لكــى يترك المكان للالتزام التضاممى[٤].

ومما تقدم يتضح، أن أهم ما يميز الالتزام التضاممى هو وحدة المحل مع قابليته للتجزئة بطبيعته، وعدم الاتفاق على عدد غير قابل للانقسام[٥]، ويتميــز أيضــاً بتعــدد المدينين، وعدم وجود تضامن فيما بينهم.

---

[١] راجع فى ذلك د ــ رأفت مجمد أحمد حماد– المرجع السابق –ص ٢٢٤.

[٢] د ــ رأفت حماد – نفس المرجع – ونفس الصفحة فى الهامش السابق.

[٣] راجع فى ذلك حكم محكمة النقض المصرية، الصادر بتاريخ ١٩٨١/١١/١٢ فى الطعن رقم ٩٢٤، مجموعة المكتب الفنى، س ٤٥ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عام، من سنة ١٩٣١ حتى ١٩٨١/١٢/٣٠ جز ٦ ص ٥٧٨.

[٤] راجع فى ذلك حكم النقض المصرى، الصادر فى ١٩٨٣/٢/٢٧، مجموعة المكتب الفنى، س ٣٤ – رقم ١٢٥ – ص ٥٨٨. وفى هذا الحكم أقرت المحكمة إلزام المسئولين المتعددين بالتضامن نظــراً لوحــدة مصدر الالتزام بالتعويض، وهو المسئولية التقصيرية، وعندما وجدت مسئولاً أخر إلى جانبهم، ولكــن على الأساس العقدى قررت أن يلتزم معهم ليس بالتضامن، ولكن بالتضامم. راجــع فــى ذلــك : د ــ محسن البيه ــ التضامن والتضامم فى قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية ــ مقارناً بالقضاء بــين الفرنسى والمصرى ــ طبعة ١٩٩٠ ــ الناشر مكتبة الجلاء بالمنصورة.

[٥] راجع عكس ذلك Marty et Raynaud . op . cit .p . 122 حيث لا يقران هذا الرأى، ويريان أن الغالب هو وحدة المحل.

ويترتب على الالتزام التضاممى ما يلى[١]:

١- أن الدائن يجوز له أن يطالب أى من المدينين بكل الدين وأن وفاء الدين من أحدهم يبرئهم جميعاً.

٢- يجوز لأى مدين وفاء الدين، ويكون له أن يرجع على الباقين كل منهم بنصيبه حتى لا يثرى غير الموفى على حساب الموفى، ويكون رجوعه إما بدعوى الحلول وفقاً للمادة ٣٢٦ فقرة (أ) وإما بدعوى الفضالة.

٣- لا يكون بين المدينين تضامن، ولا تحدث بينهم الآثار التى تترتب فيما بين المدينين المتضامنين على النيابة التبادلية.

٤- أن يكون الدين قابلاً للانقسام بين ورثة أى من المدينين، بحيث يلتزم كل وارث على قدر نصيبه من الدين، ولا يسأل عن نصيب من يعسر منهم.

٥- إذا وجهت المطالبة لأحد المدينين، جاز لمن وجهت إليه المطالبة أن يدفع الدعوى بطلب التقسيم، ويقضى له به، على أن يظل مسئولاً عن نصيبه فى حصة من يعسر من المدينين الآخرين.

وإذا كنا قد عرضنا ــ بإيجاز- لمفهوم فكرة الالتزام التضاممى، ومدى الأخذ بها سواء فى مصر أو فرنسا، وما يترتب عليها من نتائج، يبقى السؤال: هل تصلح هذه الفكرة كأساس للدعوى المباشرة؟، وبمعنى آخر هل يمكن رد نظام الدعوى المباشرة إلى الطبيعة القانونية للالتزام التضاممى؟.

نعتقد ــ مع بعض الفقه[٢] ــ أن فكرة الالتزام التضاممى، لا تصلح وحدها، كأساس للدعوى المباشرة للمقاول من الباطن. صحيح أن الالتزام التضاممى، يفسر لنا كيفية رجوع المقاول من الباطن على كل من رب العمل والمقاول الأصلى، بالرغم من اختلاف - كما يرى بعض الفقه - مصدر التزام كل منهما إلا أن من أهم نتائج الالتزام التضاممى، أن للمقاول من الباطن الحق فى أن يطالب كلاً من رب العمل أو المقاول الأصلى بكل الدين، وهذا أمر غير ممكن فى جميع الأحوال، خاصة فى مواجهة رب العمل. لأن هذا لا يكون ملزماً فى مواجهة المقاول من الباطن، إلا فى الحدود التى يكون مديناً بها للمقاول الأصلى. وعلى ذلك إذا كان دين المقاول من الباطن لدى المقاول الأصلى، يزيد عن المبلغ الذى يكون لهذا الأخير لدى رب العمل، فإن المقاول من الباطن، لا يستطيع مطالبة رب العمل، إلا بقدر ما هو مدين به للمقاول الأصلى، ولا يلتزم رب

---

[١] راجع فى ذلك د ــ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٦١٥ - ٦١٦ .

[٢] راجع فى نفس الرأى د ــ نجم أحمد الأحمد - المرجع السابق - ص ٣٥٧.

العمل إذا طالبه المقاول من الباطن بكل الدين إلا بقدر المبلغ المدين به للمقاول الأصلى. وقد لا يحصل المقاول من الباطن على شيء، من مطالبته بالدعوى المباشرة لرب العمل، إذا كان هذا الأخير قد وفى بكامل دينه للمقاول الأصلى، قبل ممارسة المقاول من الباطن لدعواه المباشرة؛ ذلك لأن العبرة بوجود دين للمقاول الأصلى لدى رب العمل وقت رفع المقاول من الباطن للدعوى المباشرة.

وإذا كان المقاول من الباطن فى حالات لن يحصل على الدين بأكمله، كما أنه فى حالات أخرى قد لا يحصل على شيء، فإننا بالتالى نفقد أهم ميزة للالتزام التضاممى، وهى إمكانية رجوع الدائن على أى من المدينين بالدين كله.

الفرع العاشر
مبادئ العدالة كأساس للدعوى المباشرة

يرى بعض الفقه[١]، أن الدعوى المباشرة تجد أساسها فى نظرية العدالة. ويقول هذا الرأى أن الدعوى المباشرة كنظام جديد، من التعسف إرجاعها إلى النظريات القديمة. ويستند أنصار هذا الرأى إلى أنه ليس من العدالة فى شيئ عدم تعويض من أصيب بضرر، فقواعد العدالة تأبى ذلك، وبالتالى تعتبر العدالة هى الأصل البعيد للدعوى المباشرة.

إلا أن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، فمن ناحية أن العدالة فكرة مجردة تستوعب جميع الأنظمة القانونية، إذ جميعها تهدف إلى تحقيق العدالة، ومن ناحية ثانية، فإن فكرة العدالة غير محددة يختلف مفهومها من عصر إلى آخر ومن مجتمع إلى آخر[٢]. ومن ناحية ثالثة، أن هذه الفكرة يصعب إن لم يكن يستحيل الوصول إلى المقصود منها بدقة[٣].

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ سعد واصف ــ التأمين من المسئولية ــ رسالة دكتوراه ــ ١٩٥٨ ــ ص ٤٢٨.
راجع أيضاً:
Neguida Ali: Op. Cit., p.44.

(٢) راجع فى ذلك على سبيل المثال: د ــ حسام الدين كامل الأهوانى، د ــ حمدى عبد الرحمن ــ أصول القانون ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٩٥ . حيث أوردا أن "العدالة شعور يختلف بحسب البلاد والأشخاص أكثر منها فكرة ثابتة محددة".

(٣) راجع فى ذلك على سبيل المثال: د ــ سمير عبد السيد تناغو ود ــ محمد حسين منصور ــ القانون والإلتزام ــ الجزء الأول ــ مصادر الإلتزام ــ دار المعارف الجامعية للطباعة والنشر ــ الاسكندرية

الفرع العاشر
الأسرة العقدية[١] كأساس للدعوى المباشرة

يرى بعض الفقه[٢]، بعض إنتقاده لجميع التصورات السابقة كأساس للدعوى المباشرة، أن عقد المقاولة الأصلى الذى يربط بين رب العمل والمقاول الأصلى، يرتبط برابطة موضوعية بعقد المقاولة من الباطن الذى يربط هذا الأخير بالمقاول من الباطن، وأن كل من العقدين يكونان مجموعة عقدية واحدة، وأن الأطراف فى هذه العقود يكونون أسرة عقدية واحدة.

وبعد أن تناول هذا الفقه الروابط بين أطراف هذه العقود، وكيف أن هذه الروابط تبرر وجود دعوى مباشرة بينهم إنتهى هذا الفقه إلى أن فكرة الأسرة العقدية هى أساس الدعوى المباشرة التى تخول للمقاول من الباطن الرجوع على رب العمل، هى أحد تطبيقات المسئولية العقدية المباشرة، بين كل منهما الناشئة من كونهما طرفين فى أسرة عقدية واحدة.

ولكن هذه النظرية وقد وجهت إليها أيضاً سهام النقد، حيث يرى بعض الفقه الذى يعترض على فكرة الأسرة العقدية كأساس للدعوى المباشرة على أنها تخالف مبدأ نسبية أثر العقود، وأنها ذات أساس غامض من حيث طبيعة الروابط التى تربط العقود المكونة لها، حيث لا يوجد معيار يحدد هذه الفكرة.

ونود الإشارة أننا فى هذا الموضع من البحث لن نتعرض لتحليل هذا النقد وتفنيده والرد عليه، فهذا مكانه موضع آخر[٣] ــ نحيل إليه ــ عند دراستنا لفكرة الأسرة العقدية بصفة عامة.

=تاريخ نشر بدون ــ ص ٥٠ . حيث أوردا أنه " وفى الحقيقة فإن مبادئ القانون الطبيعى والعدالة تعتبر فكرة غير محددة ولا يعبر هذا المصدر عن قواعد محددة منضبطة بالمعنى الصحيح ... ".

(١) راجع لاحقاً بالتفصيل ما سوف نعرضه ويتعلق بالأسرة العقدية نظراً لأهميتها وأثرها البالغ فى فهمنا لطبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن. راجع هذا البحث ص ٣٤٩.

(٢) راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال:

B. Teyssie, Op. Cit. p. 269 et s et J. Neret, Op. Cit. 319 et s.

راجع أيضاً: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٣٢ وما بعدها.

(٣) جاك جستان بالإشتراك مع كرستوف جامان ومارك بيو ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣١ وما بعدها.

J. Mestre, Les principles de l'effect relative et de sa relativite R.T.D., Civ. 1988, n° 10, p. 125 et s.

راجع ما سوف نوضحه لاحقاً بالتفصيل فى هذا البحث ص ٤١٠ ومابعدها.

المبحث الثانى
المستفيدون من الدعوى المباشرة وضوابط وكيفية ممارستها

تمهيد وتقسيم:

حدد المشرع المستفيدون من الدعوى المباشرة، كما أنه حدد شروط وكيفية ممارستها.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، هى:

المطلب الأول: المستفيدون من الدعوى المباشرة.

المطلب الثانى: شروط ممارسة الدعوى المباشرة.

المطلب الثالث: كيفية ممارسة الدعوى المباشرة.

المطلب الأول
المستفيدون من الدعوى المباشرة

بيَّن القانون المستفيدون من الدعوى المباشرة، أو من يكونون أطرافاً فى المطالبة فى الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ من القانون المدنى المصرى. وقد حصرهم النص فى المقاول من الباطن، وعمال المقاول الأصلى، وعمال المقاول من الباطن.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، هى:

الفرع الأول: المقاول من الباطن.

الفرع الثانى: عمال المقاول الأصلى.

الفرع الثالث: عمال المقاول من الباطن.

الفرع الأول
المقاول من الباطن

يعتبر المقاول من الباطن دائناً، فى حدود الأجر المستحق له فى ذمة المقاول الأصلى، وما يتبع الأجر الأصلى من نفقات وثمن مهمات وأدوات وفوائد... والطرف الآخر فى المطالبة، هو رب العمل، بوصفه مديناً للمقاول

الأصلى علماً بأن المقاول من الباطن لا يطالب رب العمل، إلا بالقدر الذى يكون هذا الأخير، مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى[١].

وتعليل ذلك، أن المقاول من الباطن، ليس دائناً شخصيًا لرب العمل، على الرغم من المطالبة المباشرة، فهو يطالب مدين مدينه بحق مدينه. أى أن موضوع الدعوى المباشرة، هو نفسه موضوع الدعوى غير المباشرة، حيث يقوم على أساس المطالبة بدين مدين المدين، مع الأخذ فى الاعتبار اختلاف الدعوى المباشرة عن الدعوى غير المباشرة من حيث الأحكام والآثار.

وبمعنى آخر نظراً لأن الحق موضوع الدعوى المباشرة، يدخل مباشرة فى ذمة المقاول من الباطن، فإنه لا يجوز أن تكون المطالبة بكافة حقوق المقاول الأصلى إذا كانت أكبر، وهذا القيد لا محل له فى الدعوى غير المباشرة[٢].

ولتوضيح ما يكون للمقاول من الباطن الحق فى المطالبة به، نعرض المثال الآتى: فإذا فرضنا أن المقاول من الباطن دائن للمقاول الأصلى بستمائة جنيه، وأن هذا الأخير دائن لرب العمل بألف جنيه، فإن المقاول من الباطن لا يجوز له، أن يطالب رب العمل إلا بستمائة جنيه. أما إذا كان رب العمل مدين للمقاول الأصلى، بخمسمائة جنيهاً فقط، فإن المقاول من الباطن لا يطالب رب العمل إلا بخمسمائة جنيه.

ويقع عبء إثبات الدين، على ــ المقاول من الباطن ــ رافع الدعوى المباشرة، فعليه أن يثبت حق ــ المقاول الأصلى ــ مدينه، ثم يكون على رب العمل، بوصفه مدين المدين، أن يثبت أيضاً انقضاء التزامه، سواء فى ذلك كل الالتزام أو جزء منه، قبل رفع الدعوى، إذا دفع بذلك فى مواجهة صاحب الدعوى المباشرة[٣].

ويجوز للمقاول من الباطن، أن يقاول هو أيضاً بدوره من الباطن، وذلك إذا لم يمنعه من ذلك بند فى العقد، أو لم تكن الأعمال الملتزم بتنفيذها، تفترض

---

(١) راجع فى ذلك: د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٠.

(٢) راجع فى ذلك: د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٩.

(٣) د. إبراهيم الدسوقى أو الليل ــ المرجع السابق ــ ص ١٧، د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ نفس الصفحة.

الاعتماد على كفايته الشخصية. ففى هذه الحالة يجوز للمقاول الثانى من الباطن، أن يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلى، باعتباره رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن الأول، ذلك أنه ليس له، أن يرجع على رب العمل، فنص المادة ٦٦٢ مدنى، لا يعطى حق الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن، إلا على رب العمل الذى قاول مقاوله، وهو فى هذا الفرض المقاول الأصلى[١]. فضلاً عن ذلك فإن الدعوى المباشرة تعتبر وفقاً لما يذهب إليه الفقه التقليدى استثناءً من مبدأ نسبية أثر العقود وتماشياً مع منطقهم فإن من شأن المحافظة على هذا المبدأ، أنه لا يجوز القياس عليها والتوسع فى مجال تطبيقها.

وإذا كان المقاول من الباطن، له حق مطالبة رب العمل، بالثابت فى ذمته للمقاول الأصلى، عن طريق الدعوى المباشرة، وذلك فى عقود المقاولة، المبرمة فى نطاق القانون الخاص. إلا أن الوضع فى القانون الإدارى خلاف ذلك، حيث أنه لا يجوز للمقاول من الباطن، أن يطالب الإدارة مباشرة، عن طريق الدعوى المباشرة، بأى مطالبات قضائية[٢]. حتى ولو كانت جهة الإدارة قد وافقت على التقاول من الباطن[٣]. إستناداً إلى أنه لا يوجد نص قانوني، فى نطاق القانون العام، يجيز للمقاول من الباطن هذه الدعوى إلا أن هذا المبرر من وجهة نظرنا غير كاف. ذلك أننا نرى أنه يمكن الاستناد إلى قواعد القانون المدنى فى هذا الشأن، خاصة إذا كانت لا تتعارض مع روابط القانون العام، التى يتسم بها القانون الإدارى. إعمالاً لمبدأ عام يقضى بأن أحكام القانون الخاص (الأحكام الخاصة بالعقود) تكون واجبة التطبيق على العقود الإدارية، فيما لم يرد بشأنه حكم خاص فى القانون الإدارى وفيما لا يتعارض مع روابط وطبيعة القانون العام.

---

(١) د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٢.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ عبد العليم عبد المجيد مشرف ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٢ وما بعدها .

(٣) ولا محل هنا، لإثارة فرض التقاول من الباطن، غير المقترن بموافقة جهة الإدارة، ذلك لأن هذا النوع من التقاول من الباطن، من وجهة نظر ــ رغم تحفظنا على ذلك ــ مجلس الدولة المصرى، باطل بطلاناً مطلقاً. راجع فى ذلك: حكم محكمة القضاء الإدارى. الصادر فى ٢٧ يناير ١٩٥٧ ــ سبق الإشارة إليه.

الفرع الثانى
عمال المقاول الأصلى

فالعامل الذى يعمل لدى المقاول الأصلى ومرتبط معه بعقد عمل يكون له الحق أيضاً فى الدعوى المباشرة، سواء قام المقاول الأصلى بالعمل كله بنفسه، أو قاول على جزء منه من الباطن، ففى كل الأحوال، يستطيع عامل المقاول الأصلى أن يرجع فى حدود الأجر المستحق له وكل حق له فى ذمة المقاول الأصلى، بموجب عقد العمل على رب العمل بما هو مستحق فى ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلى، بموجب عقد المقاولة الأصلى وقت ممارسة الدعوى المباشرة[1]. أما إذا كان ما تولد من حقوق للعامل، فى ذمة المقاول الأصلى ليس مصدره عقد المقاولة الأصلى، كما لو كان مصدره العمل غير المشروع، فلا يرجع العامل على رب العمل فى هذه الحالة بالدعوى المباشرة.

وإذا كان هذا ــ ما تقدم ــ حال عمال المقاول الأصلى فى العقود التى يبرمها هذا الأخير، مع أحد أشخاص القانون الخاص، والتى تخضع لأحكام القانون المدنى. فالسؤال يثور حول مدى إمكانية لجوء عمال المقاول الأصلى، للدعوى المباشرة، لمطالبة رب العمل، فى حالة ما إذا كان هذا الأخير، هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، وكان عقد المقاولة من العقود الإدارية، أو من عقود الأشغال العامة؟.

وفى معرض الإجابة عن هذا التساؤل، ذهب جانب من الفقه، إلى أن العمال الذين يعملون لحساب المقاول الأصلى، فى عقود المقاولة التى يبرمها هذا الأخير مع الدولة، أو غيرها من أشخاص القانون العام، لا يجوز لهم أن يستفيدوا من الدعوى المباشرة الثابتة بالمادة ٦٦٢ من القانون المدنى المصرى. وقد علل هذا الفقه رأيه بأن عقد المقاولة المبرم بين المقاول الأصلى والدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام، لا يخضع لأحكام وقواعد العقود المدنية فهو عقد إدارى، ومن ثم فلا محل لتطبيق القواعد الخاصة بعقد المقاولة، الواردة بالقانون المدنى ومن بينها القواعد المرتبة للدعوى المباشرة، على العقد الذى تكون الدولة أو

---

[1] راجع فى ذلك: د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١١، أ. عبد الرحيم عنبر ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥٣.

غيرها من أشخاص القانون العام طرفاً فيه. ويرى أنصار هذا الرأى، أنه ليس هناك ما يمنع أن يتضمن العقد اشتراطا لمصلحة عمال المقاول الأصلى، فيكون لهم دعوى فى مواجهة الإدارة، ولكن أساسها هو الاشتراط لمصلحة الغير، وليس الدعوى المباشرة.

إلا أن هذا الرأى محل نظر فقد أخذ عليه ــ وبحق ــ بعض الفقه[١]، تأثر أنصاره بما يذهب إليه جانب من الفقه الفرنسى[٢]، إلى أن عمال المقاول الأصلى فى عقود الأشغال العامة، لا يجوز لهم الرجوع على الإدارة، استنادا لنص المادة (١٧٩٨) من القانون المدنى الفرنسى. على الرغم من أن ما ذهب إليه، هذا الجانب من الفقه الفرنسى، له ما يبرره فى القانون الفرنسى، وهو أن هؤلاء العمال يستطيعون الرجوع على الإدارة وفقاً لأحكام امتياز Pluviôse الذى صدر فى السنة الثانية للثورة الفرنسية. وهذا الامتياز يمكن العمال من الحجز على المبالغ الخاصة بالمقاول الأصلى فى ذمة الدولة، أو غيرها من أشخاص القانون العام. أما فى مصر فلا يوجد، فى نطاق القانون العام نظير لامتياز Pluviôse فإنه ليس من العدل استثناء عمال المقاول الأصلى فى عقود الأشغال العامة من الاستفادة بحكم المادة ٦٦٢ مدنى مصرى.

أما القول بأن هذه المادة خاصة بعقود المقاولة المبرمة فى ظل القانون الخاص، لذا فإنها لا تطبق على المقاول الأصلى فى عقود الأشغال العامة، فإنه لا يتفق وطبيعة القانون الإدارى فليس من اللازم أن يمتنع القضاء الإدارى عن تطبيق قاعدة من قواعد القانون المدنى، طالما أنه لا يوجد نص فى نطاق القانون الإدارى يمكن إعماله، بل إن القاضى الإدارى قد يبتكر الحل بأكمله تطبيقاً لقواعد القانون المدنى، بما لا يتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية والقول بعدم تمكين عمال المقاول الأصلى فى نطاق العقود الإدارية من الدعوى المباشرة فيه مجافاة للعدالة فى الوقت الذى يستفيد فيه عمال المقاول من الباطن من هذا الحق، بالرغم من أن كلتا الفئتين فى وضع قانونى متشابه، وتقرير الدعوى لأى منهما جاء للاعتبارات ذاتها.

---

(١) راجع فى ذلك: د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤١، ٣٤٢.

(٢) راجع فى ذلك:

Beudant et Lerebours (P) : Course de droit circuit français, 19 Vol. 2e Edition 1948.

ونحن نميل إلى هذا الرأى الأخير، وذلك لقوة حججه، السابق عرضها، فطالما أن تطبيق حكم نص المادة ٦٦٢ مدنى مصرى، لا يتعارض مع أحكام نصوص القانون العام، ولا يتعارض أيضاً مع روابط هذا الأخير، فليس هناك ما يمنع القاضى الإدارى من تطبيقها، كى يستفيد عمال المقاول الأصلى فى عقود الأشغال العامة منها. ولأن عدم تطبيقها فيه مجافاة للعدالة، خاصة وأن عمال المقاول من الباطن من المستفيدين من هذه الدعوى، بالإضافة إلى أن العمال، من الأطراف الضعيفة وحمايتهم من مخاطر عدم حصولهم على حقوقهم، بما هو متاح من وسائل.

الفرع الثالث
عمال المقاول من الباطن[1]

كى يستفيد العامل من الدعوى المباشرة يجب أن يكون العامل مرتبطاً مع المقاول من الباطن بعقد عمل، ويكون رجوع العامل على المقاول الأصلى بمقتضى الدعوى المباشرة وفى حدود حقوقه المنبثقة من ذلك العقد، وذلك على النحو التالى:

أولاً: على المقاول الأصلى، باعتباره رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن. ويرجع بقدر ما هو مستحق فى ذمة المقاول الأصلى للمقاول من الباطن، بموجب عقد المقاولة من الباطن، وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على المقاول الأصلى.

ثانياً: يستطيع هذا العامل مطالبة رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلى، فهو مدين مدين المدين، ويكون الرجوع بقدر ما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى، بموجب عقد المقاولة الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل. وهذا ما صرحت به العبارة الأخيرة، من نص المادة ١/٦٦٢ مدنى مصرى، حيث جاء فيها "ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل"، وإذا قاول المقاول من الباطن هو الآخر من الباطن، كان لعمال المقاول من الباطن الثانى، الرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول من

---

[1] راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١١.

الباطن الأول، باعتباره مدين مدينهم، كما أن لهم الرجوع على المقاول الأصلى باعتبار أنه مدين مدين مدينهم[١].

والجدير بالذكر أن الدعوى المباشرة، تكون مقصورة على العمال، أما موردو المقاول الأصلى، فليس لهم هذا الحق فى مواجهة رب العمل، وليس لهم أيضاً حق امتياز، ذلك لأن المادة ٦٦٢ مدنى مصرى لم تشمل الموردين، وبالتالى لا يستطيعون مطالبة رب العمل مباشرة، بثمن ما ورده للمقاول الأصلى[٢].

ولكن، يجوز فى دفتر الشروط ــ مثلاً ــ أن يكفل رب العمل المقاول الأصلى فى الديون التى تنشأ فى ذمة هذا الأخير للموردين[٣].

وبعد عرضنا، لمن له الحق فى الدعوى المباشرة، كما جاء فى نص المادة ٦٦٢ مدنى مصرى، نود الإشارة إلى أن هذه الدعوى تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإنه لا يجوز للمقاول من الباطن، أن ينزل عنها مقدماً، فى عقد المقاولة من الباطن، وإلا عد هذا التنازل باطلاً وغير مؤثر على عقد المقاولة ذاته[٤] هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإنه لا يجوز لرب العمل، أن يشترط على المقاول الأصلى، عدم رجوع المقاول من الباطن أو العمال عليه بالدعوى المباشرة، ذلك أن هؤلاء الآخرين يعتبرون من الغير بالنسبة لمثل هذا الاتفاق، فضلاً عن أن حقهم مستمد من القانون مباشرة[٥].

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٢.
ويثور التساؤل عن مدى إمكانية استفادة المقاول من الباطن من الدرجة الرابعة من الدعوى المباشرة، وهل يمكنهم الرجوع على المقاول من الباطن من الدرجة الثالثة؟. ونعتقد أنه وفقاً للاتجاه التقليدى الذى يرى أن الدعوى المباشرة تعتبر استثناءً، ومن ثم لا يجوز القياس عليه أو التوسع فى مجال تطبيقها، ونظراً لأن المشرع لا ينص عليهم فلا يمكنهم الاستفادة من الدعوى المباشرة.
ونود أن نشير إلى أن الاتجاه الحديث الذى يرى أن الدعوى المباشرة تعد أحد تطبيقات الأسرة العقدية وليست استثناءا فالقياس عليها جائز والتوسع فى نطاقها جائز أيضاً، ومن ثم فإنه يجوز لعمال المقاول من الباطن من الدرجة الرابعة الاستفادة من الدعوى المباشرة.

(٢) وقد قضى بذلك فى ظل القانون المدنى القديم. حكم محكمة استئناف مختلط ــ فى ١٤ فبراير سنة ١٩٣٣ ــ م ٤٥ ــ ص ١٦٨.

(٣) راجع فى ذلك: أ/ عبد الرحيم عنبر ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥٤. ويذهب بعض الفقه إلى اعتبار كفالة رب العمل للمقاول الأصلى، إلى أنها اشتراط لمصلحة الغير. راجع فى ذلك كوالان وكابيتان ودى لامور أندير ــ فقرة ١١١١ ــ مشار إليهم فى مرجع أ/ عبد الرحيم عنبر ــ نفس المرجع السابق ــ هامش ٥٤٦ ــ نفس الصفحة.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ إبراهيم الدسوقى أبو الليل ــ المرجع السابق ــ ص ١٨.

(٥) راجع فى ذلك: أ/ عبد الرحيم عنبر ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٤.

المطلب الثانى
ضوابط ممارسة الدعوى المباشرة

تمهيد وتقسيم:

يجب لإمكانية ممارسة الدعوى المباشرة، أن تتوافر ضوابط بعضها يتعلق بالمقاول من الباطن، والبعض الآخر يتعلق بالمقاول الأصلى، وضوابط أخرى تتعلق برب العمل.

ونظراً لأهمية هذا الضوابط من حيث كونها تؤثر مباشرة على ما يمنحه المشرع من حماية قانونية بمقتضى هذه الدعوى للمقاول من الباطن؛ ونظراً لأن كتب الفقه لم تتناولها بالقدر الكافى[1]، لذا فإننا سوف نتناول هذه الضوابط بشىء من التفصيل حتى نتمكن من الوقوف على مدى هذه الحماية.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، هى:

الفرع الأول: الضوابط التى تتعلق بالمقاول من الباطن.

الفرع الثانى: الضوابط التى تتعلق بالمقاول الأصلى.

الفرع الثالث: الضوابط التى تتعلق برب العمل.

الفرع الأول

الضوابط التى تتعلق بالمقاول من الباطن

عرض وتقسيم:

يشترط لكى يباشر المقاول من الباطن الدعوى المباشرة، أن يكون دائناً للمقاول الأصلى، وأن تتوافر فى هذا الدين ما يجب توافره من شروط عامة.

ويجب أخيراً أن تكون للمقاول من الباطن مصلحة فى ملاحقة رب العمل، وإذا كان هذا الضابط الأخير ما هو إلا تطبيق لمبدأ "لا دعوى حيث لا مصلحة"،

---

(١) فقد أشرنا فى مقدمة الدعوى المباشرة أن كتب الفقه التى تناولت هذه الدعوى لم تتناولها بالقدر الكافى خاصة ما يتعلق بضوابطها باستثناء مرجع أستاذنا الدكتور ــ رمضان أبو السعود.

وبالتالى إذ لم يكن للمقاول من الباطن مصلحة فى ممارسة الدعوى مباشرة ضد رب العمل، فإن دعواه لن تكن مقبولة[١] فإنه لا يحتاج لتوضيح أكثر من ذلك.

لذا فإننا سوف نقسم هذا الفرع إلى غصنين، هما:

الغصن الأول: يجب أن يكون المقاول من الباطن دائناً للمقاول الأصلى.

الغصن الثانى: الضوابط التى يجب توافرها فى دين المقاول من الباطن.

الغصن الأول

يجب أن يكون المقاول من الباطن دائناً للمقاول الأصلى

يجب لكى يباشر المقاول من الباطن الدعوى المباشرة، أن يكون دائناً للمقاول الأصلى، فالمقاول من الباطن إذ يقوم بمطالبة رب العمل مباشرة عن طريق هذه الدعوى، فإنه لا يفعل ذلك لأنه دائناً شخصيًا لرب العمل، بل أنه يطالب بحقه لدى المقاول الأصلى، وإذا كان المشرع منحه دعوى مباشرة فى مواجهة رب العمل، فإن ذلك ليحصل بها على مبلغ نقدى مقداره يساوى مقدار دينه لدى المقاول الأصلى، بحيث لا يتجاوز ما يكون لهذا الأخير لدى رب العمل. وتجدر الإشارة إلى أنه إذا لم يكن المقاول من الباطن دائناً للمقاول الأصلى، كما لو كان قد أدى عمله الذى أسند إليه من قبل المقاول الأصلى متبرعاً فإنه فى هذه الحالة لا يكون له الحق فى ممارسة الدعوى المباشرة[٢].

الغصن الثانى

الضوابط الواجب توافرها فى دين المقاول من الباطن

ويشترط فى حق المقاول من الباطن لدى المقاول الأصلى ما يلى:

أولاً: يشترط أن يكون حق المقاول من الباطن مستحق الأداء:

بالرغم من أن هذا الشرط لم يرد فى أى من النصوص التى قررت الدعوى المباشرة، فإن هذا الشرط من الشروط الضرورية، وذلك بالنظر إلى الغاية التى تحققها تلك الدعوى، بل إن المصلحة وهى مناط الدعوى تتخلف إذا لم يكن لدى المقاول من الباطن حق مستحق الأداء لدى المقاول الأصلى. فإذا كان هذا

---

[١] راجع فى ذلك المادة ١٣١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، راجع فى شرح شرط المصلحة المستشارين عز الدين الدناصورى، حامد عكا ــ المرجع السابق ــ ص ١٢ وما بعدها.

[٢] Marty (Gabriel) et Raynaud (Piere): Droit Civil, Op. Cit. n°694-696

الحق معلقاً على شرط أو إذا كان مضافاً إلى أجل، فإنه لا يجوز للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل لانتفاء المصلحة، إلا إذا حل الأجل أو تحقق الشرط[١].

ثانياً: يجب أن يكون حق المقاول من الباطن موجودا غير متنازع فيه:

وهذا الشرط يبدو طبيعيًّا ذلك لكون الدعوى المباشرة من وسائل التنفيذ فإذا كان هذا الحق محل منازعة، فإنه يجب أن ينم الفصل فى المنازعة بحكم قضائى قبل ممارسة هذه الدعوى[٢]، ويشترط أن يكون حق المقاول من الباطن لدى المقاول الأصلى موجود وغير متنازع فيه لحظة ممارسة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة، ويترتب على ذلك أن دعوى المقاول من الباطن لا تكون مقبولة، وذلك إذا انقضى حقه لدى المقاول الأصلى سواء بالتقادم أو باتخاذ الذمة أو بالوفاء أو بالمقاصة[٣].

ثالثاً: ولكن هل يشترط أن يكون حق المقاول من الباطن معلوم المقدار؟:

يرى جانب من الفقه الفرنسى، عدم ضرورة هذا الشرط بالنسبة للدعوى المباشرة المرفوعة من قبل المقاول من الباطن[٤]، وذلك على أساس أن هذه الدعوى سوف تفقد فاعليتها كوسيلة سريعة للتنفيذ، إذا ما تطلبنا أن يكون حق المقاول من الباطن قبل المقاول الأصلى معلوم المقدار. فتطلب هذا الشرط سوف يكون من شأنه تأخير رفع الدعوى، فتكون هناك فترة بين نشأة حق المقاول الأصلى قبل رب العمل، وبين اللحظة التى يجب ممارسة الدعوى المباشرة ابتداءً منها، فهذه الفترة قد تمكن رب العمل ــ مدين المدين ــ بأن يفى بالحق للمقاول الأصلى، حيث إن غل اليد يتحقق من وقت ممارسة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة وليس من وقت نشوء حق المقاول الأصلى[٥].

---

(١) د. رمضان أبو السعود ــ الدعوى المباشرة ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٢٣.

(٢) Taffo, Op. Cit, P.319

(٣) راجع فى ذلك: د. رمضان أبو السعود ــ نفس المرجع ــ نفس الصفحة.

(٤) حيث يرى البعض ضرورة أن يكون الدين معلوم المقدار، كشرط لممارسة الدعوى المباشرة التى يرفعها المصاب ضد مؤمن المسئول، أى فى حالة التأمين. وراجع فى ذلك د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٢٤ وما أشار إليه من مراجع هامش ١١.

(٥) راجع فى عرض هذا الرأى د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٥ وما أشار إليه من مراجع هامش ١١٥ ــ ص ٣٢٤ ــ راجع أيضاً Marry et Payment, Op. Cit, P. 117.

إلا أننا نرى مع أستاذنا الدكتور رمضان أبو السعود[١]، أنه ضروري أن يكون حق المقاول من الباطن معلوم المقدار كشرط لمباشرته الدعوى المباشرة، وذلك تحقيقاً لمصلحته، حيث إن مطالبته بحق معلوم المقدار سيمكن رب العمل من الوفاء بالحق دون انتظار صدور حكم فى الدعوى، كما أنه يمكن رب العمل من الوفاء للمقاول الأصلى بما يتبقى فى ذمته بعد الوفاء للمقاول من الباطن.

أما من يعترض على ذلك، بالقول بأن اشتراط معلومية مقدار الحق المطالب به فى الدعوى المباشرة، سيؤدى إلى الإضرار بحق المقاول من الباطن، حيث إنه لا يتحقق فيها تجميد مسبق للدين لمصلحة الدائن المباشر، فيتمكن بذلك رب العمل من الوفاء بالحق إلى المدين الأصلى. فيمكن الرد على هذا الاعتراض بأن تلك هى طبيعة الدعوى المباشرة، فهى دعوى غير كاملة لا يسبق ممارستها حقوق تجميد للدين لمصلحة المقاول من الباطن، فهى لا توفر للمقاول من الباطن ذات الضمان الذى توفره له الدعوى المباشرة فى تأمين المسئولية.

رابعاً: يشترط أن يكون حق المقاول من الباطن، الذى يطالب به رب العمل مقابلاً للالتزامات التى قام بتنفيذها بمقتضى عقد المقاولة من الباطن. كما أنه يجب أن يكون ما قام هذا الأخير بتنفيذه قد عاد بالنفع على رب العمل[٢].

وتترتب على هذا الشرط نتيجتان هامتان:

- **الأولى:** أن المقاول من الباطن لا يمكنه مطالبة رب العمل، بقيمة ما نفذه من أعمال عن طريق الدعوى المباشرة، لمجرد أن هذه الأعمال قد أسندت إليه بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، بل يجب أن تكون هذه الأعمال غير مخالفة لما طلبه رب العمل من المقاول الأصلى فى عقد المقاولة الأصلى[٣].

---

(١) راجع فى ذلك د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٦.

(٢) جاء النص على الشرط فى المادة (١٣) من القانون الفرنسى رقم (٧٥/ ١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥ حيث جاء فيه:
L'action direte ne peut viser que le pairement correspondent aux prestations prevues pas le contrat des sous-traitance et dent le maitre de l'ovrage est effectivement beneficaire.
وهذا ولم يتضمن نص المادة ٦٦٢ من القانون المدنى المصرى هذا الشرط، ولكن يمكن استنتاجه منها.

(٣) راجع فى ذلك Trib de con, Paris, 16 Novembre 1977.

- أما النتيجة الثانية: فتتعلق بأن رب العمل لا يلزم بالسداد للمقاول من الباطن الذى يطالبه بالدعوى المباشرة، إذا كان تنفيذ هذه الأخير للعمل ناقصاً أو معيباً. أى أن لرب العمل أن يعارض المقاول من الباطن فى استناده للدعوى المباشرة، وذلك أساس تنفيذه المعيب للالتزامات المنوطة به[١].

خامساً: هل يشترط أن يكون بيد المقاول من الباطن سنداً تنفيذيًّا؟ للفقه فى الإجابة عن هذا التساؤل رأيان، الأول: ذهب إلى ضرورة وجود سند تنفيذى بيد المقاول من الباطن كشرط لممارسته الدعوى المباشرة، سواء تم ممارسة الدعوى عن طريق رفعها أو عن طريق الحجز، لأن علاقة المقاول من الباطن بالمقاول الأصلى على سابقة على ممارسة الدعوى المباشرة، لذا فإن المقاول من الباطن فى سعيه إلى رب العمل ــ مدين مدينه ــ يجب أن يكون حقه ثابتاً فى سند تنفيذى[٢]، أما الرأى الثانى: فيرى عدم تطلب هذا الشرط لكى يباشر المقاول من الباطن دعواه المباشرة، على أساس أن تطلب وجود سند تنفيذى بيد المقاول من الباطن لم يرد بجميع النصوص المرتبة للدعوى المباشرة، كما أن هذا الشرط يبدو فيه بعض التشديد على المقاول من الباطن[٣].

ويبدو أننا نميل إلى الرأى الثانى، استنادا إلى ما عرضه من حجج خاصة إذا أخذنا فى الاعتبار أن المقاول من الباطن ــ وفقاً لرأى بعض الفقه ــ هو الطرف الأضعف، وأن الدعوى المباشرة قد شرعت لحمايته وللتسهيل عليه فى الحصول على حقه، وأن من شأن تطلب وجود تنفيذى بيده كشرط لممارسته الدعوى المباشرة فيه تشدد، بالرغم من أن النصوص التى رتبت الدعوى المباشرة لم تتضمن هذا الشرط.

---

(١) Toff. Op. Cit. P. 321.

(٢) راجع فى ذلك، د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٧، وراجع أيضاً الحكم الذى أشار إليه فى نفس الصفحة ــ هامش ١١٩.

(٣) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٩. د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦٢. د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٨.

الفرع الثانى
الضوابط المتعلقة بالمقاول الأصلى

عندما يمارس المقاول من الباطن حقوق المقاول الأصلى، نيابة عنه مستعملاً الدعوى غير المباشرة، فإنه يتقيد بما يفرض المشرع بشروط تتعلق بهذا الأخير فيجب أن يتقاعس المقاول الأصلى عن ممارسة حقه، وإن يؤدى هذا التقاعس إلى إعساره أو زيادة إعساره.

ولكن هل يلزم لمباشرة المقاول من الباطن الدعوى المباشرة أن يهمل المقاول الأصلى فى استعمال حقه؟ وهل من اللازم أن يؤدى إهماله هذا إلى إعساره أو زيادة إعساره؟ سوف نقوم بالإجابة عن هذا التساؤل بشقيه:

أولاً: هل يلزم أن يهمل المقاول الأصلى فى استعمال حقه ليباشرها المقاول من الباطن؟: لا تتصل الدعوى المباشرة بالمحافظة على الضمان العام[١]، فالمقاول من الباطن إذ يباشر هذه الدعوى، لا يهدف منها المحافظة على الضمان العام للمقاول الأصلى، بل إنه يمارس حقًا خاصًا به قرره له القانون فهذه الدعوى تعد ضماناً خاصًا للمقاول من الباطن، فهذا الأخير لا يهدف من سعيه إلى رب العمل، الحصول على حق أهمل المقاول الأصلى فى استعماله[٢]. ليس هذا فحسب بل إن المقاول من الباطن إذا نهض لممارسة هذه الدعوى، فبمجرد ممارسته لها، يمتنع على المقاول الأصلى الاتصال بالحق موضوع الدعوى، فلا يكون باستطاعته أن يتحرك لممارسة هذا الحق كما يحدث فى الدعوى غير المباشرة. فإهمال المدين أو عدم إهماله لا محل لإثارته فى هذا الصدد[٣].

---

(١) راجع فى ذلك د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤٨ وما بعدها، ويرى سيادته أن الدعوى المباشرة تقترب من إجراءات التنفيذ وتبتعد عن الإجراءات التحفظية، وأن موقع الدعوى كإجراء تنفيذ له أثر كبير على تحديد شروط الدعوى التى تتعلق بالمقاول الأصلى.

(٢) راجع فى ذلك:

Neret (Jean): Le sous-contrat, p.324.

(٣) د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٩.

ثانياً: هل يلزم أن يكون المقاول الأصلى معسرا؟

فى الحقيقة إن هدف المشرع من الدعوى المباشرة هو زيادة ضمان وتأمين المقاول من الباطن، وذلك بأن يجعل له مدينين بدلاً من مدين واحد، وتحقيق هذا الهدف يقتضى أن يكون للمقاول من الباطن الحرية فى السعى إلى المقاول الأصلى أو رب العمل، دون أن يتقيد فى ذلك بموجب إثبات مسبق لإعسار المقاول الأصلى[١].

لذا فإننا نؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه[٢] عن عدم اشتراط أن يكون المقاول الأصلى معسراً حتى يتمكن المقاول من الباطن من ممارسة الدعوى المباشرة، إذا من الممكن أن يباشر المقاول من الباطن هذه الدعوى ضد رب العمل بالرغم من يسار المقاول الأصلى. فهذه الدعوى منحها ــ كما أسلفنا ــ المشرع للمقاول من الباطن، تحقيقاً لأهداف معينة ويحق للمقاول من الباطن استعمالها بغض النظر عن يسار المقاول الأصلى أو إعساره.

وتجدر الإشارة، إلى أن إفلاس المقاول الأصلى ــ أيضاً ــ لا يمنع المقاول من الباطن من الرجوع على رب العمل بمقتضى الدعوى المباشرة، بالرغم من تقدمه والدخول فى كتلة التفليسية حتى يمكنه الحصول على جميع حقوقه سواء من التفليسة أو من رب العمل[٣].

---

(١) حيث ذهب بعض الفقه، إلى ضرورة تثبت المقاول من الباطن، من إعسار المقاول الأصلى كشرط لازم يسبق ممارسة الدعوى ضد رب العمل. حتى لا يتعرض المقاول من الباطن للدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة من قبل رب العمل، راجع فى عرض آراء مدى تطلب إعسار المقاول الأصلى قبل ممارسة الدعوى المباشرة، د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣٢ ما أشار إليه سيادته من مراجع هامش ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٧ وما أشار إليه من أحكام هامش ١٢١، ١٢٦، ١٢٩.

(٢) راجع فى ذلك د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٣٤ ــ ص ٢٠٢، د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٢، د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٨، د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٩.

(٣) راجع فى ذلك ــ د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٨.
Taffo (RENE): Op. Cit., p.321.

الفرع الثالث
الضوابط التى تتعلق برب العمل

عرض وتقسيم:

الدعوى المباشرة التى منحها المشرع للمقاول من الباطن، تخوله الحق فى مطالبة رب العمل، بما هو ثابت فى ذمته للمقاول الأصلى؛ لذا يشترط أن يكون دين المقاول الأصلى موجود (أولاً) وثابت فى ذمة رب العمل (ثانياً) ولكن هل يجب لممارسة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة ضد رب العمل، أن يكون دين هذا الأخير مستحق الأداء للمقاول الأصلى؟ (ثالثاً) وسوف نقوم بتوضيح هذه الضوابط فيما يلى:

الأول: يشترط أن يكون دين رب العمل موجوداً وقت رفع الدعوى المباشرة:

فهذه الدعوى يرفعها المقاول من الباطن للمطالبة بحق المقاول الأصلى لدى رب العمل؛ لذا يجب أن يكون هذا الأخير مديناً وقت رفع الدعوى للمقاول الأصلى. وهذا الشرط واضح من المادة ٦٦٢ من القانون المدنى المصرى، حيث جاء فيها "يكون للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة صاحب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى".

ويترتب على ذلك أنه إذا لم يكن رب العمل مديناً للمقاول الأصلى، وقت رفع الدعوى المباشرة، من قبل المقاول من الباطن، فإن دعوى هذا الأخير لن تقبل، حتى ولو أصبح رب العمل مديناً للمقاول الأصلى بعد ذلك، فالعبرة بتحقق مديونية رب العمل فى لحظة ممارسة الدعوى المباشرة[١]، ويستطيع رب العمل أن يدفع دعوى المقاول من الباطن بعدم القبول لانقضاء دين المقاول الأصلى قبل رفع الدعوى[٢].

---

[١] راجع فى ذلك

Durand et Vitu "traite de droit du travail, Tom 11, 1950, p.633

[٢] راجع فى ذلك ــ د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٥ وما بعدها، حيث يعرض سيادته لما قيل بشأن أثر انقضاء دين رب العمل قبل مباشرة الدعوى المباشرة.

الثانى: يشترط أن يكون دين رب العمل غير متنازع فيه:

الدعوى المباشرة تعتبر طريقة من طرق الوفاء والمقاول من الباطن إذ يسعى إلى رب العمل مستعملاً إياها فإنه يفعل ذلك للحصول على ما هو ثابت فى ذمته للمقاول الأصلى. ولكن الدين الذى يطالب به المقاول من الباطن رب العمل قد يكون متنازع فى أصله أو فى مقداره[١]. فإذا كان الدين متنازع فى أصله فإنه لا يعد ثابت فى الذمة، حيث إن ثبوت الدين فى الذمة هى عملية تالية لفض النزاع بشأنه، لذا فإنه لا يجوز للمقاول من الباطن استعمال الدعوى المباشرة ليطالب رب العمل بما يدين للمقاول الأصلى به، إذا كان هذا الدين متنازعا فيه. والقول بغير ذلك يؤدى إلى تفويت ما يهدف إليه المشرع من مقاصد من تشريعه لهذه الدعوى، فإن أهم ما تهدف إليه هو تبسيط الإجراءات وسرعة الحصول على الحق. وهذه الغاية لا تتأتى إذا اقتضى الأمر ضرورة رفع دعوى فرعية لفض النزاع حول دين رب العمل.

أما بالنسبة للنزاع حول مقدار الدين، فلا يمنع من ممارسة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة ضد رب العمل؛ ذلك لأن الدين المتنازع فى مقداره لا يعد ديناً غير ثابت بالذمة، كما أن عدم معلومية مقدار الدين الثابت فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى، لا تحول دون أن ترتب الدعوى المباشرة أثرها التحفظى، فيتم بذلك حبس الدين لمصحة ــ صاحب هذه الدعوى ــ المقاول من الباطن[٢].

الثالث: هل يشترط أن يكون دين رب العمل مستحق الأداء؟

إذا ما تأملنا نص المادة رقم ٦٦٢ من القانون المدنى المصرى، فسوف نجده يتضمن عبارة "الذى يكون مديناً به وقت رفع الدعوى ويقصد بالمدين ــ المدعى عليه ــ هنا رب العمل، أى ما يكون رب العمل مديناً به، وهذه العبارة وضعت للدلالة على التزام رب العمل قبل المقاول من الباطن مباشرة، وليس الهدف منها اشتراط أن يكون دين رب العمل مستحق الأداء. فالمهم هو وجود دين فى ذمة رب العمل لحظة ممارسة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة، ولا يشترط أن يكون هذا الدين مستحق الأداء[٣].

---

[١] راجع فى ذلك د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤٥.

[٢] راجع فى ذلك د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤٦.

[٣] راجع فى ذلك د. رمضان أبو السعود ــ نفس المرجع ــ ص ٣٤٧.

الفرع الثالث
كيفية مباشرة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة

إذا كان المشرع قد منح المقاول من الباطن الحق فى الدعوى المباشرة، يستطيع بمقتضاها ــ إذا باشر إجراءاتها[1] ــ أن يرجع مباشرة على رب العمل،

---

[1] قد خص المشرع الدعوى المباشرة بإجراءات معينة، يجب على صاحب الحق فيها أن يتبعها وسوف نوضح هذه الإجراءات. إذا تحققت الشروط الموضوعية – السابق بيانها- للدعوى المباشرة، فإن مصلحة المقاول من الباطن تتحقق تبعاً لذلك فى ممارسة هذه الدعوى، ضد رب العمل. وإذا كان من غير اللازم عند ممارسة الدعوى غير المباشرة، إنذار رب العمل؛ لأن المقاول من الباطن إذا رفعها على هذا الأخير، نيابة عن ــ المدين ــ المقاول الأصلى، لا يهدف من ورائها الحصول على حقه من مدين المدين رب العمل، هذا بخلاف الدعوى المباشرة، حيث يهدف المقاول من الباطن بممارستها، الحصول من حقوق المقاول الأصلى الثابتة فى ذمة رب العمل، لذا فإن التساؤل يثور عن مدى ضرورة قيام المقاول من الباطن، بإنذار رب العمل، قبل ممارسة الدعوى المباشرة [1]؟. راجع فى ذلك : د ــ رمضان أبو السعود- المرجع السابق – ص ٣٥٢ حيث يقوم سيادته باستنباط شروط الدعوى المباشرة، بمقارنتها بشروط الدعوى غير المباشرة، التى أوردها المشرع فى المادة ٢٣٥ من القانون المدنى المصرى.

وإذا كان المشرع يقضى، بالمادة ٢/٢٣٥ ــ مدنى مصرى ــ لأنه "لا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه"، فهل هذا الحكم أيضاً يمكن تطبيقه عند ممارسة الدعوى المباشرة، أم أنه يجب إعذار المقاول الأصلى عند ممارسة هذه الدعوى؟.

يقضى المشرع المصرى أيضاً – كما سبق أن بينا – بضرورة إدخال المقاول الأصلى فى الدعوى غير المباشرة، وذلك لإفساح المجال لأن يستعمل حقه بنفسه. وإذا كان المقاول من الباطن، إذ يمارس الدعوى المباشرة، فإنه لا يقوم باستعمال حق المقاول الأصلى، وإنما يهدف دعواه أن يستأثر بحق المقاول الأصلى فى حدود حقه، لذا لنا أن نتساءل عن ضرورة إدخال المقاول الأصلى خصماً فى الدعوى؟.

= لذا فإننا سوف نتناول إجراءات الدعوى المباشرة، وذلك بالإجابة على التساؤلات السابقة، ثم نوضح بعد ذلك الجهة التى تختص بنظر هذه الدعوى.

أولاً: مدى لزوم إنذار رب العمل :

يتم إنذار المنفذ ضده، كى يسارع بالوفاء بالحق إلى طالب التنفيذ، فيتفادى بذلك رفع الدعوى عليه، وما يستتبع ذلك من مصروفات قضائية يلتزم بها. ولكن التكليف بالوفاء، يقتضى أن يكون من وجه إليه التكليف، مديناً لطالب التنفيذ، فإذا لم يكن مديناً له فلا يكلف بالوفاء عن طريق الإنذار[1].راجع د/ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٣٥٥.

ولكن رب العمل، لا يعد مديناً للمقاول من الباطن، صاحب الحق فى الدعوى المباشرة قبل ممارسة هذه الدعوى، لذا فإن التساؤل يثور، حول مدى ضرورة إنذار رب العمل، وتكليفه بالوفاء للمقاول من الباطن، وهذا الأخير لم يصبح دائناً للأول بعد، وذلك قبل ممارسة المقاول من الباطن الدعوى المباشرة ؟. وفى الإجابة على هذا السؤال، هناك رأيان:

=*الرأى الأول*: ويرى أنصاره، ضرورة إنذار رب العمل، وتكليفه بالوفاء من قبل المقاول من الباطن صاحب الحق فى الدعوى المباشرة، قبل أن يمارس هذا الأخير هذه الدعوى. إلا أنهم اختلفوا فى عرض أسباب هذا الرأى، فمنهم من يرى بضرورة إنذار رب العمل، على أساس أنه بمجرد إنذاره وتكليفه بالوفاء، يصبح المقاول من الباطن دائناً لرب العمل، فمن لحظة الإنذار يتحقق حبس الدين فى ذمة رب العمل لصالح المقاول من الباطن. ومنهم من أسس ضرورة إنذار رب العمل وتكليفه بالوفاء، قبل ممارسة الدعوى المباشرة على الأسباب الآتية: إن رب العمل وهو من ستمارس الدعوى المباشرة ضده، لذا فإن من حقه أخذ الاستعدادات اللازمة لذلك. كما أنه قد لا يرغب فى أن تباشر هذه الدعوى ضده، فقد يستطيع – إذا تم إنذاره – أن يحمل المقاول الأصلى أن يسدد للمقاول من الباطن مستحقاته المالية. وربما يقوم رب العمل بالسداد إلى المقاول من الباطن، ابتداء على أن يخصم ما سدده لهذا الأخير من المستحقات المالية المقررة للمقاول الأصلى. لذا فإن تقدير هذا الشرط قد يعود بالنفع على كل من رب العمل والمقاول من الباطن، ولن يضار منه أحد.

الرأى الثانى :ويرى أنصاره، أنه لا يلزم إنذار رب العمل وتكليفه بالوفاء، قبل أن يرفع المقاول من الباطن دعواه المباشرة ضده، ذلك لأن استلزام هذا الشرط سوف يفضى إلى عدم قبول الدعوى إلا إذا تم الإنذار، كما أن هذا الشرط لم يذكر فى النصوص المقررة لدعوى المقاول من الباطن المباشرة ضد رب العمل. د – نجم حمد الأحمد – المرجع السابق – ص٧٠ ٣

Cozian " lacrion directe" Op. Cit .p.230.n.378.

ومن جانبنا، نميل إلى الرأى الثانى، لأن الرأى الأول لا يمكن قبوله للأسباب الآتية: فمن ناحية قد أسس ضرورة إنذار رب العمل وتكليفه بالوفاء قبل رفع الدعوى، بأن مجرد الإنذار يجعل المقاول من الباطن، دائناً لرب العمل، وأن من لحظة الإنذار يحبس الدين فى ذمة هذا !لأخير، لمصلحة المقاول من الباطن. وهذا الأساس يخالف صراحة نصوص القانون التى تقرر هذه الدعوى، حيث إنها لا تجعل رب العمل مديناً للمقاول من الباطن بمقتضى الإنذار، ولكن تتحقق المديونية بعد صدور حكم فى الدعوى، يقضى بإلزام رب العمل بالوفاء. وبالرغم من أن بعض أنصار الرأى الأول، ليتفادى النقد السابق، قد أسس ضرورة إنذار رب العمل وتكليفه بالوفاء قبل رفع الدعوى، على أن هذا الإجراء قد يحقق نفع لكل من المقاول من الباطن ورب العمل معاً، ذلك لأن هذا الإجراء قد يحمل رب العمل بأن يدفع المقاول الأصلى للمقاول من الباطن مستحقاته المالية، أو يقوم رب العمل ابتداء بالسداد، ويقوم بخصم ما دفعه للمقاول من الباطن من حقوق المقاول الأصلى لديه. إلا أننا لا نوافق على هذا الرأى – الرأى الأول – رغم ما تتضمنه أسانيده من بعض الوجاهة. وذلك لأن الهدف من الإنذار أصلاً، هو تحقيق أحد أمرين: **الأول**: قد يكون هدفه تكليف المنذر بالوفاء وإلا رفعت عليه الدعوى، والأمر **الثانى** :أن الإنذار قد يعنى أن الشخص الذى وجه الإنذار لديه الرغبة المؤكدة فى استيفاء الحق من المنذر إليه، وأن على الأخير أن يحبس الحق عن متناول المدين ودائنيه الآخرين، وأن نطاق حق الذى وجه الإنذار يتحدد بالقدر الموجود وقت الإنذار. وهذه الأهداف لن يحققها الإنذار، فى خصوص الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن ضد رب العمل، ذلك لأن هذا الأخير لا يكون مديناً للمقاول من الباطن قبل صدور حكم فى الدعوى، وبالتالى فلا يوجد محل لإنذار رب العمل وتكليفه بالوفاء، قبل صدور هذا الحكم.

فضلاً عن ذلك – وكما يرى أنصار الرأى الثانى – فإن اشتراط الإنذار، قد يقضى إلى عدم قبول الدعوى إلا إذا تم. وأن اشتراط إنذار رب العمل وتكليفه بالوفاء، لم يرد ذكره فى النصوص التى تقرر هذه الدعوى للمقاول من الباطن ضد رب العمل، ولو أن المشرع أراد هذا الشرط لأورده فى النص المقرر لهذه

=الدعوى، كما هو الحال فى نص المادة ١/٥٩٦ مدنى مصرى[1]، حيث قضى المشرع بلزوم إنذار المستأجر من الباطن، قبل أن يمارس المؤجر دعواه المباشرة. راجع فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٣٥٦. وراجع أيضاً أحكام المادة ١/٥٩٦ مدنى مصرى على أن " يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر".

لذا فإننا نرى مع أنصار الرأى الثانى، أنه لا يلزم ــ ولا يشترط – إنذار رب العمل وتكليفه بالوفاء، قبل ممارسة المقاول من الباطن لدعواه المباشرة ضده.

ثانياً: مدى ضرورة إعذار المقاول الأصلى:

والإعذار حالة قانونية، يعتبر المدين فيها ممتنعاً عن الوفاء بالتزامه، أو مقصراً فى الوفاء به، أى أن الإعذار يضع المدين موضع المتأخر فى الوفاء بالتزامه. وللإعذار أهمية كبيرة، خاصة أنه يسبق التنفيذ الجبرى، ويرتب عليه القانون آثاراً، أهمها، اعتبار المدين فى موطن التقصير، والتزامه بمصروفات المطالبة القضائية، وإلزامه بالتعويض عن التأخير فى الوفاء، وتحمله تبعة الهلاك. وعدم إعذار المدين، يدل على أن الدائن راضياً بتأخير المدين فى الوفاء، ولا يجوز له أن يرفع الدعوى ويحمل المدين مصاريفها، قبل أن يفصح لهذا الأخير ــ بالإعذار ــ عن رغبته فى اقتضاء دينه وعدم رضائه بالانتظار. د/ سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٧٥ وما بعدها.

مما تقدم يتضح أن الإعذار ضرورى، سواء سيتم التنفيذ على ما للمدين تحت يده، أم سيتم التنفيذ على مال له تحت يد الغير.

وبتطبيق ما سبق على الدعوى المباشرة، نجد أن فى هذه الدعوى يقوم المقاول من الباطن، بالتنفيذ على ما للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل، لذا فإن التساؤل يثور حول مدى ضرورة إعذار المقاول الأصلى، قبل قيام المقاول من الباطن بهذا الإجراء؟.

ذهب بعض الفقه، وهو نفس ما طبقته محكمة استئناف باريس إلى القول بعدم لزوم الإعذار، ذلك لأن المقاول الأصلى بعد إعذاره، قد يسارع إلى رب العمل، لاستيفاء حقه، الذى يرغب المقاول من الباطن فى الحصول عليه، عن طريق الدعوى المباشرة، فعل يد المقاول الأصلى لا يترتب على إعذاره، بل إن سلطاته تظل كاملة على حقه برغم الإعذار. ويمكن التقريب بين الدعوى المباشرة فى هذا الشأن، بحجز ما للمدين لدى الغير، فتوقيع هذا الحجز لا يحتاج إلى إعذار المحجوز إليه أولاً. فضلاً عن ذلك، فإن الهدف الأول من الحجز أو الدعوى المباشرة، هو أن يتم حبس المال تحت يد الغير، وهذا لهدف لن يتحقق إذا ما أعذر المقاول الأصلى أولاً. د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٣٥٣ . د- نجم حمد الأحمد – المرجع السابق ص ٣٧١. CA Paris. 17/8/19 K,3 . D. 19,3.11.150

ونحن نميل إلى تأييد هذا الرأى، وذلك لأن الهدف من الدعوى المباشرة، هو حماية المقاول من الباطن، على اعتبار أنه الطرف الأضعف، وأن هذه الحماية لا تتحقق إلا إذا تمكن المقاول من الباطن، من ممارسة دعواه بالسرعة الكافية. حتى يتمكن من منع المقاول الأصلى من التصرف فى الحق موضوع الدعوى. وتطلب إعذار المقاول الأصلى قبل رفع الدعوى، سوف يضر بمصلحة المقاول من الباطن، التى شرعت هذه الدعوى لحمايتها. ذلك لأن بإعذار المقاول الأصلى، سوف يجعله ينتبه إلى عزم المقاول من الباطن على رفع دعواه المباشرة، فينهض مسرعاً لاقتضاء حقه من رب العمل، وقد يستجيب هذا الأخير لطلب المقاول الأصلى، خاصة إذا رغب رب العمل فى عدم إقامة دعوى عليه. ويساعد على هذا كله، أن منع المقاول الأصلى من التصرف فى الحق موضوع الدعوى لا يكون بإعذاره، ولكنه يكون بإجراء معين

=هو رفع الدعوى. لذا فإنه يمكن القول ــ مع أنصار هذا الرأى - أن طبيعة الدعوى المباشرة، تقتضى عدم إعذار المقاول الأصلى قبل ممارسة الدعوى المباشرة من قبل المقاول من الباطن.

ثالثاً: مدى تطلب إدخال المقاول الأصلى فى الدعوى المباشرة:

يسعى المقاول من الباطن صاحب الدعوى المباشرة، بمقتضى هذه الدعوى إلى رب العمل، ليطالبه بما هو ثابت فى ذمته للمقاول الأصلى. فإذا كان حق هذا الأخير لدى رب العمل، غير متنازع فيه، ومعلوم المقدار، فإن إدخال المقاول الأصلى خصماً فى الدعوى أمر غير لازم.

وفى هذا تختلف الدعوى المباشرة عن الدعوى غير المباشرة، ففى هذه الأخيرة - كما سبق أن بينا - يشترط المشرع المصرى، فى المادة (٢/٢٣٥) من القانون المدنى، وجوب إدخال المقاول الأصلى خصماً فى الدعوى، والإجاز لرب العمل، أن يدفع الدعوى المرفوعة عليه من المقاول من الباطن بعدم القبول. ولكن إدخال المقاول الأصلى فى الدعوى غير المباشرة له ضرورة، هذه الضرورة - كما يرى البعض - تتمثل فى قصد المشرع، فى أن يسرى الحكم الصادر فيها، فى حق المقاول الأصلى وجميع دائنيه، وأن يعطى للمقاول الأصلى فرصة لممارسة حقه بنفسه.

إلا أنه فى الدعوى المباشرة، لا يستطيع المقاول الأصلى أن يمارس حقه بنفسه، إذا ما نهض المقاول من الباطن إلى ممارسة دعواه المباشرة ضد رب العمل. فقد خص المشرع المقاول من الباطن - صاحب الدعوى المباشرة - بهذا الحق دون المقاول الأصلى.

كما أن الحكم الصادر فى الدعوى المباشرة، لا يستفيد منه دائنى المقاول الأصلى الآخرين، فقد خص المشرع المقاول من الباطن بهذا الحق فقط.

فالدعوى المباشرة، هى دعوى منحها القانون للمقاول من الباطن. فهذه الدعوى يمارسها هذا الأخير- بخلاف الدعوى غير المباشرة- باسمه الخاص ولحسابه، وهى دعوى أصلية، وليست احتياطية، لذا فإنه يمكن للمقاول من الباطن ممارستها، دون أن يسبق له اختصام المقاول الأصلى فيها، أو إدخاله فيها خصماً بعد رفعها. راجع فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٣٦١، وقد أشار سيادته إلى تطبيق قضائى، قضى فيه بأنه لا يلزم إدخال المقاول فى الدعوى المباشرة المرفوعة من العمال قبل رب العمل، صدر الحكم من محكمة السين المدنية فى ١٨٦٦/٨/٣١ - دالوز-٦٧ - ٢ - ١٦٧. راجع أيضاً

Bigot. Lemais l'assure par la unctine exercant l'action direte contes l'asswer. Jecp . 1966.1.1970

رابعاً: الاختصاص القضائى بالدعوى المباشرة :

الدعوى المباشرة - محل الدراسة ــ لها طرفان، هما المقاول من الباطن - أو عماله أو عمال المقاول الأصلى - ورب العمل، لذا فإن تحديد جهة الاختصاص، يجب أن يراعى إلى هذين الطرفين .

فإذا كان طرفا الدعوى المباشرة، من أشخاص القانون الخاص، فمن الطبيعى أن ينعقد الاختصاص للقضاء العادى، وبالتالى يستطيع العامل أو المقاول من الباطن أن يرفع هذه الدعوى، ضد رب العمل، أمام المحكمة التى يقع فيها موطن هذا الأخير، أو المحكمة التى تم الاتفاق عليها. وللعمال، وسواء كانوا عمال المقاول الأصلى أو المقاول من الباطن، يستطيعون رفع دعواهم المباشرة ضد رب العمل، أمام - فضلاً عن المحكمتين السابقتين- المحكمة التى نفذ فى دائرتها العقد، متى كان فيها موطن العامل. راجع فى ذلك المادة (٤٩) من قانون المرافعات المصرى. وراجع أيضا نص المادة (٥٦) من قانون المرافعات المصرى، والتى تقضى بأنه فى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال

للحصول على حق المقاول الأصلى عند هذا الأخير، بما لا يجاوز حقه هو عند المقاول الأصلى. فهل يلزم أن يتخذ المقاول من الباطن، صورة رفع دعوى على رب العمل ــ دائماً ــ عند ممارسته للدعوى المباشرة؟ أم يمكنه أن يمارس هذا الحق عن طريق الحجز؟.

=والصناع والإجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى. ويرى بعض الفقه أن أجر المقاول من الباطن لا يسرى عليه هذا النص. راجع فى ذلك د ــ أحمد أبو الوفا – التعليق ــ ص ٢٨٢ .

ولكن إذا كان رب العمل هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، وكان عقد المقاولة من عقود الأشغال العامة، التى يختص بنظرها القضاء الإدارى. ففى هذه الحالة إذا أراد المقاول من الباطن أو العامل، ممارسة هذه الدعوى فى مواجهة – الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة- رب العمل، فهل يستطيع اللجوء إلى القضاء العادى، أم ينعقد الاختصاص للقضاء الإدارى، بوصفه المختص بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة ؟.

يرى البعض عدم اختصاص القضاء الإدارى بنظر هذه الدعاوى، على أساس أن دعوى المقاول من الباطن فى مواجهة جهة الإدارة، لا تعد منازعة فى العقد الإدارى، لذا فإنها تخرج من اختصاص هذا القضاء ليختص بها القضاء العادى. ويخلص هذا الرأى، إلى أن الاختصاص بالدعوى المباشرة لا ينعقد للقضاء الإدارى، سواء كان على سبيل الأصل، أم تبعاً لدعوى مرفوعة أمام هذا القضاء. راجع فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٣٧٠. وراجع أيضاً ما أشار إليه سيادته من مراجع فى نفس الصفحة، هامش ١٨٨ .

ونحن نميل إلى ما ذهب إليه جانب من الفقه أن الاختصاص يجب أن ينعقد للقضاء الإدارى لا العادى، وذلك لأن الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن، تكون بخصوص أجره عن تنفيذه لجزء من العقد الإدارى وأن المنطق القانونى يقتضى ألا نخضع الجزء لنظام قانونى مختلف عن النظام القانونى للكل. فضلاً عن أن تعدد جهات القضاء، قد يؤدى إطالة أمد التقاضى، وتعارض الأحكام. كما أن القاضى الإدارى المصرى، هو صاحب = الاختصاص العام للمنازعات الإدارية، والمقاول من الباطن إذ يرفع دعواه المباشرة على جهة الإدارة، فإنه يرفعها عليها باعتبارها سلطة عامة، لها الحق فى ممارسة، جميع مظاهر السلطة العامة فى مرحلتى الإبرام والتنفيذ المتعلقتين بالعقد الأصلى، وما المقاولة من الباطن إلا وسيلة لتنفيذ هذا العقد. فضلاً عن ذلك فإن المقاولة من الباطن – كما سبق أن بينا – فى العقود الإدارية محظورة، إلا إذا وافقت عليها جهة الإدارة حتى تتأكد من توافر الاعتبار الشخصى فى المقاول من الباطن، وبالتالى يكون المقاول من الباطن على علم بأنه يتعامل من جهة الإدارة وهى صاحبة سلطة عامة، ويعلم أيضاً أنه يقوم بتنفيذ جزء من عقد من عقود الأشغال العامة. راجع فى ذلك: د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٣.

نرى مع الفقه[١]، أن للمقاول من الباطن، الحق في ألا يسلك طريق الدعوى المباشرة، وأن يسلك طريقاً آخر تقضى به القواعد العامة، وهو طريق حجز ما للمدين لدى الغير، وإذا كان هذا الطريق مفتوح لكافة دائني المقاول الأصلى، فإنه لا يكسب المقاول من الباطن إذا أتبعه، مركزاً متميزاً أو مانعاً فلغيره من الدائنين أن يسلكه ويوقع حجزاً آخر. وبالتالى فإن الحجز فى هذه الحالة، يعتبر أضعف من رفع الدعوى المباشرة على رب العمل لأن هذه الدعوى تمنع الحجز.

إلا أن الحجز الذى أورده المشرع، بالمادة ٢/٦٦٢ مدنى مصرى، قد منح أصحاب الدعوى المباشرة، سواء المقاول من الباطن وعماله، أو عمال المقاول الأصلى، امتيازا على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل، حيث تنص المادة ٢/٦٦٢ على أن "ولهم فى حالة توقيع الحجز (أى نفس الأشخاص المستفيدين من الدعوى المباشرة) 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" وإعمال هذا الامتياز يقتضى توقيع حجز ما للمقاول الأصلى لدى رب العمل. أى بدلاً من أن يرفع المقاول من الباطن الدعوى المباشرة، بالطرق العادية لرفع الدعاوى، فيمكنه توقيع الحجز تحت يد رب العمل.

ومتى تم الحجز صحيحاً من قبل المقاول من الباطن، التزم رب العمل، بأداء تلك المبالغ للمقاول من الباطن، دون حاجة إلى رفع دعوى لإلزامه بالوفاء[٢].

ومما سبق يتضح أن المقاول من الباطن يستطيع أن يسلك طريق الحجز، بدلاً من أن يسلك طريق الدعوى المباشرة.

---

(١) د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٩. د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٣. د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦٦.

(٢) وتقول العبارة الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ مدنى .. "ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة". وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه التالى: "ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى". فحذفت عبارة "دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى". فى لجنة المراجعة دون أن يبين سبب الحذف، والغالب أن يكون الحذف لعدم الحاجة إلى العبارة المحذوفة، فيبقى المعنى بالرغم من حذف العبارة. راجع فى ذلك مجموعة من الأعمال التحضيرية ــ ٥ ــ ص ٥٣. راجع أيضاً د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء ٧ ــ العقود الواردة على العمل ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٢١٥ وما بعدها ــ هامش ٧، وراجع فى نفس المرجع هامش ١ ــ ص ٢٠٨.

فائدة اتباع المقاول من الباطن لطريق الحجز:

يرى الفقه[١] ــ وبحق ــ أن المشرع قد قرن الحجز بميزتين، مما أدى إلى جعل الحجز طريقاً أفضل عن طريق الدعوى المباشرة.

الميزة الأولى: حيث جاء فى نص المادة ٢/٦٦٢ مدنى مصرى بقولها "ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد ربّ 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".

وهذا يعنى أن الحجز الذى يوقعه المقاول من الباطن، على حقوق المقاول الأصلى عند رب العمل، يعطى له امتياز يستطيع أن يحتج بمقتضاه فى مواجهة دائنى رب العمل العاديين، وله حق التقدم عليهم، أما بالنسبة للعمال أو المقاولين من الباطن الآخرين المشتركين فى الحجز فإن الامتياز مقرر لهم جميعاً[٢].

ويثبت الامتياز المتقدم، ضماناً للحقوق المستحقة للمقاولين من الباطن ولعماله ولعمال المقاول الأصلى بسبب قيامهم بالعمل موضوع عقد المقاولة الأصلى، المنعقد بين المقاول الأصلى ورب العمل، فلا يثبت الامتياز لأى حق آخر تجاه المقاول الأصلى[٣].

وتجدر الإشارة، إلى أنه لا يشترط لوجود الامتياز، أن يوقع حجز تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى، كما قد توحى به صياغة المادة ٦٦٢ فقرة ٢، ذلك لأن فائدة الحجز، لا تبدو إلا فى تحديد محل الامتياز بالمبالغ التى تكون فى ذمة رب العمل وقت الحجز، دون ما يكون قد انقضى قبل ذلك من ديونه[٤].

أما الميزة الثانية تتمثل فى أن رب العمل يستطيع بناء على الحجز أن يقوم بالوفاء مباشرة للمقاول من الباطن، مقدماً إياه على سائر دائنى المقاول الأصلى، حتى ولو حجز هؤلاء تحت يده، ودون إذن من القضاء، ودون تحول الحجز إلى حجز تنفيذى[٥].

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٩ وما بعدها.

(٢) د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٤ د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٥.

(٣) د ــ إسماعيل غانم ــ فى قانون العمل ــ عام ١٩٩١ ــ فقرة ١٧٤ــ ص ٣٥٨ .

(٤) د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ص ٢٠٤.

(٥) راجع فى ذلك: د ــ إسماعيل غانم ــ المرجع السابق ــ بند ١٨٤ ــ ص ٢٥٦.

المبحث الثالث

آثار الدعوى المباشرة

عرض وتقسيم:

استكمالا لما نحن بصدده، من دراسة تحليلية للدعوى المباشرة نرى أنه لا بد من الوقوف على آثار الدعوى المباشرة على جميع الأطراف، هذا من جانب والتمييز بين آثار الدعوى قبل صدور الحكم فيها، والآثار بعد صدور الحكم ذلك فى مطلبين متتاليين:

المطلب الأول: آثار رفع الدعوى المباشرة.

المطلب الثانى: آثار الحكم الصادر فى الدعوى.

المطلب الأول

آثار رفع الدعوى المباشرة

عرض وتقسيم:

لا تؤتى الدعوى المباشرة ثمارها، إلا بعد اتخاذ الإجراءات القانونية لمباشرتها (رفعها مباشرة ــ أو الإعذار). وقد أكد ذلك نص المادة ٦٦٢ مدنى مصرى. إذ قضت بحق المقاول من الباطن، فى مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى. وترجع علة ذلك، إلى أن هذه الدعوى دعوى غير كاملة.

وانطلاقا من أن الدعوى المباشرة، المزود بها المقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل، دعوى غير كاملة[1]، فإن هذه الدعوى لا تنتج آثارها فى مواجهة رب العمل، قبل أن تتخذ الإجراءات القانونية لمباشرتها، سواء كان ذلك

---

(١) حيث أفصح المشرع المصرى عن قصده، فى اعتبار هذه الدعوى غير كاملة، وذلك عندما نص المادة ٦٦٢ مدنى حيث جاء فيها "(١) ...، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى" "(٢) ولهم فى حالة توقيع الحجز ....امتياز على المبالغ المستحقة وقت توقيع الحجز"، ويستفاد من هذا النص بدلالة الإشارة أن المقاول الأصلى يمكنه قبل رفع الدعوى، التصرف فى حقه. وفى هذا تختلف هذه الدعوى، حيث يتم رفعها على مدين المدين، عن الدعوى المباشرة التى ترفع على المدين مباشرة، حيث تعد الأخيرة دعوى كاملة . راجع فى ذلك د ــ مصطفى الجارحى – المرجع السابق ــ ص ٩٥.

برفعها مباشرة، أو بالإعذار أولاً ثم رفعها. أما قبل اتخاذ إجراءات رفع الدعوى، يكون للمدين (للمقاول الأصلى)، الحق فى التصرف فى حقه، المترتب فى ذمة رب العمل بكافة أنواع التصرفات، ويكون هذا التصرف سارياً فى حق كل من المقاول من الباطن و العامل. فيستطيع المقاول الأصلى، أن يستوفى هذا الحق من رب العمل كله أو بعضه، ويكون هذا الوفاء سارياً فى حق المقاول من الباطن، ويعتبر هذا الأخير من الغير بالنسبة لهذا الوفاء، فيحتج على المقاول من الباطن به، إذا كان هذا الوفاء ثابت التاريخ [١]، حتى ولو كان رب العمل يعلم، بأن المقاول الأصلى مدين بمبلغ للمقاول من الباطن، مادام لم يتم - بعد - رفع الدعوى. هذا إذا لم يثبت أن هناك غش أو تواطؤ بين رب العمل والمقاول الأصلى[٢]. ويجوز للقاضى تبعاً للظروف، أن يجعل الوفاء حجة على المقاول من الباطن، ولو لم يكن ثابت التاريخ، وذلك تطبيقاً للمادة ٢/٣٩٥ مدنى مصرى [٣].

وإذا استوفى المقاول الأصلى، حقه من رب العمل، فإنه لا يجوز للمقاول من الباطن الرجوع عليه، سواء بالمسئولية التقصيرية، أو بدعوى الإثراء بلا سبب؛ ذلك لأن المقاول الأصلى فى هذه الحالة، يكون قد استوفى حقه قبل رب العمل، فى مقابل تنفيذ الالتزامات المنوطة به، بموجب العقد الأصلى. كما أنه لم يثر على حساب الغير، والحال أنه قد استوفى حقه استنادا إلى تصرف قانونى صحيح، هو عقد المقاولة الأصلى المبرم بينه وبين رب العمل[٤].

---

(١) د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص٢١٢، ويرى البعض، أنه يشترط لأن يكون الوفاء حجة على المقاول من الباطن، أن يكون بحسن نية، راجع فى ذلك" يودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٣٥ ــ إنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louaged, ouv. et d,ind فقرة ٦١.

(٢) راجع فى ذلك دــ عبد الرزاق السنهودى - المرجع السابق . ص ٢١٣ هامش (١). وإن كان بعض الفقه يرى، أنه يجوز الاحتجاج بالتصرف الثابت التاريخ، ولو إنطوى على غش، حيث لا يشترط حسن النية فى هذه الحالة راجع فى ذلك د ــ مصطفى الجارحى - المرجع السابق ــ ص ٩٦. إلا أنه غالبية الفقه ترى عكس - كما بينا - ذلك، استنادا إلى نص المادة (١٤٨) مدنى مصرى، التى تقضى بأن الأصل هو إفتراض حسن النية راجع د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢٦.

(٣) د ــ إسماعيل غانم - فى قانون العمل - مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٥٧. هامش ٣. د ــ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٠٣ هامش ١. د ــ رأفت محمد أحمد حماد - المرجع السابق ــ ص٢٢٥.

(٤) راجع فى ذلك د ــرأفت محمد أحمد حماد - المرجع السابق - ص ٢٢٦ . د ــ الرزاق السنهورى - المرجع السابق ــ ص ٢١٣ هامش ١.

وقد تقع المقاصة بين ما يكون للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل، وما عليه له، إذا كان ذلك سابقاً على تاريخ إنذار رب العمل وتكليفه بالوفاء، أو رفع الدعوى المباشرة عليه من قبل المقاول من الباطن، ويحتج على هذا الأخير بها، إذا كانت ثابتة التاريخ[١].

كما يستطيع المقاول الأصلى، أن يبرئ ذمة رب العمل، طالما كان الإبراء صادراً قبل إنذار هذا الأخير، أو رفع الدعوى المباشرة عليه. إلا أن جانباً من الفقه، يرى أن هذا الإبراء ينطوى على تبرع، وبالتالى لا ينفذ فى حق المقاول من الباطن، ولا يشترط أن يثبت غش المقاول الأصلى، أو تواطؤ رب العمل، طالما أن هذا التبرع يؤدى إلى إعسار المقاول الأصلى، أو زيادة إعساره، سواء علم المقاول الأصلى بذلك أو لم يعلم، وسواء قصد الإضرار بالمقاول من الباطن، أو لم يقصد، فمن غير المعقول أن ينفذ تبرع المقاول الأصلى فى حق المقاول من الباطن، إذا لم يكن لديه ما يكفى لسداد ديونه، ولا يتغير هذا الحكم حتى إذا كان المقاول الأصلى حسن النية، والحال أن المقاول من الباطن، هو الطرف الأضعف والأولى بالرعاية، من – من صدر له التبرع- رب العمل حتى ولو كان هذا الأخير حسن النية.

وإذا كان المقاول الأصلى، يتمتع بمطلق الحرية قبل رفع الدعوى المباشرة، فى التصرف فى حقه – على النحو الذى بيناه – قبل رب العمل. إلا أنه برفع هذا الدعوى، تقيد حريته فى التصرف فى حقه لدى رب العمل. وهذه الدعوى لا تفيد سوى رافعها، فلا يستفيد منها جميع من لهم هذه الدعوى، إلا إذا كان بينهم تضامن، فإنهم يستفيدون من هذا الإجراء النافع، أو من وقت توقيع الحجز أيهما أسبق[٢].

ونرى مع غالبية الفقه[٣]، أن توجيه إنذار إلى رب العمل وتكليفه بالدفع، يقوم مقام رفع الدعوى، فتقيد به حرية المقاول الأصلى فى التصرف فى حقه لدى

---

(١) د ــ رأفت محمد أحمد حماد – المرجع السابق – ص ٢٢٦.

(٢) راجع فى ذلك : د ــ رأفت محمد أحمد حماد – المرجع السابق –ص ٢٢٧.

(٣) راجع فى ذلك د ــ رأفت محمد أحمد حماد – المرجع السابق – نفس الصفحة. راجع أيضاً الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٢ وما بعدها.

رب العمل. هذا على الرغم كما أسلفنا[٣] من أن إنذار رب العمل، ليس شرطاً لقبول الدعوى.

ونرى أيضاً مع بعضه الفقه، أنه يجب أن يلزم المشرع المقاول من الباطن، بضرورة إرسال نسخة، من الإنذار الموجه لرب العمل إلى المقاول الأصلى، حتى يكون هذا الأخير على بينة من أمره، وذلك استكمالا للفن التشريعى[١].

ويترتب على رفع الدعوى المباشرة، أو إنذار رب العمل وتكلفيه بالوفاء، عدة آثار، منها ما يتعلق بالمقاول الأصلى، ومنها ما يتعلق برب العمل، كما تحقق هذه الدعوى نتائج تتعلق بالدائنين الآخرين، وسوف نقوم بإلقاء الضوء على هذه النتائج.

ورفع الدعوى المباشرة ينتج آثاراً بالنسبة للمقاول الأصلى من جهة، ورب العمل من جهة ثانية، كما ينتج رفعها آثاراً بالنسبة لدائنى المقاول الأصلى الآخرين، لذا فإننا سوف نتناول هذه الآثار فى فروع ثلاثة، هى:

الفرع الأول: آثار رفع الدعوى المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى.

الفرع الثانى: آثار رفع الدعوى المباشرة المتعلقة برب العمل.

الفرع الثالث: آثار رفع الدعوى المباشرة بالنسبة لدائنى المقاول الأصلى الآخرين.

الفرع الأول

آثار رفع الدعوى المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى

أهم آثار الدعوى المباشرة إن لم يكن الأثر الأساسى لهذه الدعوى، هو غل يد المقاول الأصلى عن حقه، أو التصرف فيه، وغل يد المقاول الأصلى له عدة مظاهر هى:

الأول: يمتنع عليه أن يستوفى حقه من رب العمل[٢]:

يمتنع على المقاول الأصلى أن يستوفى حقه من رب العمل، سواء كان هذا الوفاء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. هذا وقد قضت محكمة استئناف Liege،

---

[١] راجع ما أسلفناه، فى شروط الدعوى المباشرة. الشرط المتعلق بمدى ضرورة اشتراط إنذار رب العمل وتكليفه بالوفاء كشرط لقبول الدعوى المباشرة.

[٢] د ــ رأفت محمد أحمد حماد – المرجع السابق –ص ٢٢٧.

[٣] راجع فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق ــ ص ٣٨١. د ــ رأفت حماد – المرجع السابق ــ ص ٢٢٨-٢٢٩.

مبينة ما سبق ومؤكدة عليه، بأن ما يترتب على رفع الدعوى المباشرة من المقاول من الباطن، أن المبلغ المذكور فى صحيفة الدعوى، والذى يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلى، يصبح غير قابل للتصرف فيه من قبل رب العمل[١].

فإذا وفى رب العمل بالحق للمقاول الأصلى، تعرض الأول للوفاء مرة أخرى للمقاول من الباطن؛ وذلك لأن هذا الوفاء لا يسرى فى حق المقاول من الباطن، بل إن هذا الأخير، يستطيع أن يتقاضى من رب العمل الحق كله، وذلك فى حدود ذمة المقاول الأصلى، أو فى حدود ما لهذا الأخير لدى رب العمل، وقت رفع الدعوى أو توجيه الإنذار أو الحجز أيهما أقرب. ويجوز لرب العمل بعد ذلك، الرجوع على المقاول الأصلى بما دفعه للمقاول من الباطن، حتى ولو كان هذا الوفاء واقعاً على حق مستحق الأداء، لأن تجميد الحق ورصده لمصلحة المقاول من الباطن، إنما يكون كأثر لرفع الدعوى المباشرة فى مواجهة المقاول الأصلى ورب العمل على السواء.

الثانى: عدم جواز المقاصة[٢]:

كذلك المقاصة التى تقع فى علاقة المقاول الأصلى، برب العمل، لا يحتج بها فى مواجهة المقاول من الباطن، منذ التاريخ الذى يتحقق فيه غل اليد، أى من وقت رفع الدعوى، أو الإنذار أو توقيع الحجز.

الثالث: عدم جواز إبراء رب العمل[٣]:

لا يجوز أيضاً للمقاول الأصلى، أن يبرئ رب العمل من الدين، وهذا الإبراء لا يحتج به فى مواجهة المقاول من الباطن إذا وقع -كما أسلفنا- منذ تاريخ غل اليد.

الرابع: عدم جواز حوالة المقاول الأصلى حقه قبل رب العمل:

من مقتضى غل يد المقاول الأصلى عن حقه، هو عدم تمكنه من حوالة حقوقه قبل رب العمل بعد رفع الدعوى المباشرة، فهذه الحوالة تكون عديمة الأثر،

---

(١) راجع فى ذلك C.A.Liege. 3e ch. 8/1/1996, J.M.L.B.1997,376

صدر هذا الحكم بجلسة ١٩٩٦/٥/٢٣ مشار إلى هذا الحكم على شبكة الإنترنت على الموقع ه >. int http.//www. Demine. Com. Jurnews/acdrifq.htm.<loi>.1999.

(٢) أنظر فى ذلك د ــ محمد لبيب شنب – المرجع السابق ص٢٠٢.

(٣) أنظر فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود- المرجع السابق -ص ٣٨١،٣٨٢ .

فى مواجهة المقاول من الباطن. كما أن الحوالة التى تقع قبل رفع الدعوى المباشرة، لا تقف عقبه فى سبيل تلك الدعوى، وذلك إذا لم تكن حوالة تامة، كما لو كان ينقصها قبول رب العمل أو إعلانه بها، ففى هذه الأحوال، تظل الحوالة عديمة الأثر بالنسبة للمقاول من الباطن حتى ولو قبلت أو أعلنت بعد رفع الدعوى المباشرة.

أما بالنسبة للحوالة التى تمت ونفذت قبل رفع الدعوى أو الإنذار أو توقيع الحجز فإن حكمها وفقاً للقواعد العامة، هو أنها تسرى فى حق المقاول من الباطن والعمال. إلا أن المشرع على خلاف القواعد العامة قد أمعن فى رعاية المقاول من الباطن والعمال، حيث قررت المادة (٦٦٢/ ٣) من القانون المدنى المصرى أنه "... وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمه على حقوق من ينزل له عن دينه قبل رب العمل"، وهذا النص واضح فى الدلالة، على أن حوالة الحق لا تسرى فى مواجهة المقاول من الباطن والعمال، حتى ولو كانت ثابتة التاريخ، قبل رفع الدعوى أو الإنذار أو توقيع الحجز، حيث يقدم حق المقاول من الباطن أو العمال على حق المحال إليه[١] ويؤيد هذا التفسير، ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى، بشأن تفسير كلمة (نزول) التى وردت بالنص السابق، فقد جاء بالمذكرة، والفقرة تقرر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة، على تقديم حقوق المقاول من الباطن على المحال له الذى نزل له المقاول الأصلى عن دينه قبل رب العمل حتى ولو كانت الحوالة سابقة على الحجز[٢].

هذا وقد استقر الفقه - بالرغم من عدم وضوح النص- فى تفسير النص السابق، على أنه يخول للدائنين الممتازين سلطة تتبع الدين الذى يرد عليه حقهم فى أى يد تكون، بحيث لا يحتج عليهم بحولة هذا الدين، ولو تمت قبل توقيع الحجز تحت يد رب العمل[٣].

---

[١] راجع فى ذلك د ــ رأفت محمد أحمد حماد - المرجع السابق - ص ٢٣١ وما بعدها.

[٢] راجع فى ذلك - مجموعة الأعمال التحضيرية - جزء ٥ - ص ٥٣.

[٣] راجع فى ذلك - د ــ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٠٤-٢٠٥ ويسلم سيادته بهذا الرأى بالرغم من عدم وضوح النص. راجع أيضاً د ــ عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق ــ ص ٢١٦.

وهذا التفسير – فى الواقع– هو ما يستقيم مع المعنى المستفاد من النص السابق؛ لأنه لو كان المقصود به عدم نفاذ الحوالة الحاصلة بعد الإنذار أو الحجز، لكان مجرد تطبيق للقواعد العامة، ولما كانت هناك حاجة إلى النص عليه صراحة[١].

وإذا كنا نقبل الرأى السابق، فيما انتهى إليه من أن الحوالة لا تنفذ فى حق المقاول من الباطن والعمال، حتى ولو تمت ونفذت قبل رفع الدعوى أو توقيع الحجز أو الإنذار. إلا أننا نشك فى رد هذه النتيجة إلى ما تقضى به قواعد حق الامتياز، تلك التى تعنى أن المقاول من الباطن والعمال بصفتهم دائنين ممتازين، لهم سلطة تتبع الدين الذى يرد عليه حقهم فى أى يد تكون، وبالتالى لا يحتج عليهم بحوالة هذا الدين ولو تمت قبل توقيع الحجز تحت يد رب العمل. ويرجع السبب فى هذا الشك إلى أمرين:

الأول[٢]: أن القواعد العامة فى الامتياز تقضى إلى نتيجة حتمية مؤداها انقضاء الامتياز على الدين، إذا ما أحيل الحق الوارد عليه الامتياز إلى الغير. ذلك لأن الامتياز على الدين لا يثبت فيه حق التتبع، بل ينقضى بالتصرف فى الحق المحمل بالامتياز. وبالتالى فإن حق المحال له يقدم على حق المقاول من الباطن والعمال، إذا نفذت الحوالة قبل توقيع الحجز.

أما الأمر الثانى: فإن الأفضلية التى تحققها الدعوى المباشرة، ليست بذات أثر رجعى، فلا تؤثر فى حقوق الغير المكتسبة قبل ممارسة الدعوى[٣].

لذا فإننا نرى مع بعض الفقه[٤]، تبرير ما قرره المشرع المصرى، بأنه قد راعى أن المقابل المتفق عليه فى عقد المقاولة الأصلى ليس حقًا خالصاً للمقاول الأصلى.

---

[١] راجع فى ذلك د ــ رأفت محمد أحمد حماد – المرجع السابق – ص ٢٣٢.

[٢] راجع فى عرض هذا الرأى د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٤٩١، والمرجع الذى أشار إليه سيادته، بهامش ٢٢٢ فى نفس الصفحة.

[٣] د ــ عبد المنعم البدراوى – التأمين فى القانون المصرى والمقارن– القاهرة– عام ١٩٥٧ – فقرة ١٦٣– ص ٢٢٩، ٢٣٠.

[٤] راجع فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق– ص ٣٩٢، وهذا الرأى يؤكد قوة العلاقة بين عقد المقاولة الأصلى، وعقد المقاولة من الباطن، وكذا قوة الروابط بين أطراف هذين العقدين لدرجة تعلق حق المقاول من الباطن الذى قد يتعاقد معه المقاول الأصلى، بالمقابل فى العقد الأصلى منذ نشأته.

فهذا المقابل يشمل بالضرورة، حقوق المقاولين من الباطن والعمال الذين قد يستخدمهم المقاول الأصلى فى تنفيذ التزاماته تجاه رب العمل، وأن حقوق العمال والمقاولين من الباطن تتعلق بهذا المقابل منذ نشأته، فإذا نهض المقاول الأصلى بحوالة حقه إلى الغير، فهو فى الحقيقة يحيل حقه وحق غيره. لذلك كان لابد من حماية المقاولين من الباطن والعمال من مثل هذا التصرف المحتمل.

الفرع الثانى
آثار رفع الدعوى المباشرة المتعلقة برب العمل

الدعوى المباشرة – كما أسلفنا– قد يمارسها المقاول من الباطن، عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير، أو عن طريق رفعها أمام القضاء. فإذا قام المقاول من الباطن بمباشرة الدعوى، فالسؤال يثور حول الآثار التى تترتب على مجرد رفع الدعوى، أو توقيع حجز ما للمدين لدى الغير، بالنسبة لرب العمل؟.

إنه بمجرد رفع الدعوى على رب العمل أو توقيع الحجز تحت يده، تترتب بالنسبة له عدة آثار، هى:

الأول: فيما يتعلق بوفاء رب العمل بالدين للمقاول الأصلى:

يمتنع على رب العمل أن يفى بالحق إلى المقاول الأصلى، فإن وفى بعد رفع الدعوى أو توقيع الحجز إلى المقاول الأصلى، التزم بالوفاء مرة أخرى للمقاول من الباطن.

الثانى: أما فيما يتعلق بالفوائد التأخيرية:

تقضى أحكام المادة ٢٢٦ من القانون المدنى المصرى، بأن تسرى الفوائد التأخيرية من تاريخ المطالبة القضائية، وذلك فى حالة ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، وكان معلوم المقدار وقت المطالبة. فهل يملك المقاول من الباطن بالدعوى المباشرة، مطالبة رب العمل بالفوائد التأخيرية عن المبلغ الثابت فى ذمته؟. فى معرض الإجابة عن هذا السؤال نعتقد مع بعض الفقه[1] أنه لا يجوز للمقاول من الباطن، مطالبة رب العمل بالفوائد التأخيرية، ذلك لأن هذا الأخير لا

---

[1] راجع فى نفس هذا الرأى د ــ رمضان أبو السعود– المرجع السابق – ص ٣٩٥

يعتبر مديناً للمقاول من الباطن، بمجرد رفع الدعوى أو توقيع الحجز. وإنما تتحقق المديونية بعد صدور الحكم فى الدعوى المباشرة، أو فى دعوى صحة الحجز فى حجز ما للمدين لدى الغير. ومنذ تاريخ صدور الحكم، يستطيع المقاول من الباطن، أن يطالب رب العمل بالفوائد التأخيرية.

الثالث: فيما يتعلق بقطع التقادم الحاصل لمصلحة رب العمل:

نصت المادة ٣٨٣ من القانون المدنى المصرى بأن "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه بالحجز، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى".

فعلى الرغم من أن المقاول من الباطن ليس هو الدائن المباشر لرب العمل، فإننا نرى مع الفقه[١]، أن رفع الدعوى المباشرة من الأول على الأخير، يقطع التقادم الحاصل لمصلحة رب العمل. أما الاحتجاج بالقول بأن رافع الدعوى، ليس هو صاحب الحق الأصلى مما قد يحول دون قطع التقادم، فإن هذا الاحتجاج مردود عليه **فمن ناحية** إذا كان رفع الدعوى، إلى محكمة غير مختصة -كما تنص المادة السابقة- يقطع التقادم، على الرغم من عدم اتخاذها صورة المطالبة القضائية الصحيحة، فإن رفع الدعوى من المقاول من الباطن (الدائن) على -مدين المدين- رب العمل، يجب أن يقطع التقادم الحاصل على حق المقاول الأصلى - المدين الأصلى - قبل - مدينه - رب العمل. **ومن ناحية أخرى**، إذا كان هذا الحل مقبول فى الدعوى غير المباشرة، فإنه يجب أن يقبل فى حالة الدعوى المباشرة.

وإذا قام المقاول من الباطن، بمباشرة دعواه، عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير، فإن هذا الحجز - أيضاً - يؤدى إلى قطع التقادم الحاصل على حق المقاول الأصلى قبل رب العمل[٢].

وإذا كانت ممارسة الدعوى المباشرة، تقطع التقادم الحاصل لمصلحة رب العمل، بخصوص دينه قبل المقاول الأصلى، فهل ممارسة هذه الدعوى يؤدى إلى قطع التقادم الحاصل على حق المقاول من الباطن قبل المقاول الأصلى؟.

---

(١) راجع فى هذا د ـ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٣٩٦

(٢) راجع د ـ رمضان أبو السعود - نفس المرجع السابق - نفس الصفحة وراجع أيضاً ما أشار إليه سيادته من مراجع - هامش ٢٢٤ نفس الصفحة وما بعدها.

قد أثير هذا السؤال فى خصوص حجز ما للمدين لدى الغير، وذهب الفقه فيه إلى رأيين:

أولهما[١]: يرى أن تقادم حق -الحاجز - المقاول من الباطن، قبل المقاول الأصلى - المحجوز عليه - لا ينقطع بمجرد إعلان ورقة الحجز، إلى - المحجوز لديه - رب العمل، ولكنه ينقطع بإجراء لاحق هو إبلاغ الحجز- للمقاول الأصلى - للمحجوز عليه وتبرير هذا الرأى، أن قطع التقادم يتم بعمل يوجه إلى - المقاول الأصلى - المدين، وإعلان حجز ما للمدين لدى الغير لا يوجه إلى المقاول الأصلى - المدين - وإنما إلى الغير.

أما الرأى **الثانى**[٢]: وهو الرأى الذى نؤيده، حيث يرى أنصار هذا الرأى أن هذا الحجز يقطع التقادم الحاصل على حق - الدائن - المقاول من الباطن، قبل - مدينه - المقاول الأصلى، وذلك للأسباب الآتية:

(أ) أن المادة ٣٨٣ مدنى مصرى، والتى تقضى بأن الحجز يقطع التقادم، قد جاءت عبارتها عامة وبالتالى تسرى على حجز ما للمدين لدى الغير.

(ب) من المسلم به أن هذا الإعلان يرتب سائر آثار الحجز، برغم أن بعضها يترتب فى العلاقة بين الحاجز والمحجوز عليه.

(ج) ليس فى طبيعة التقادم أو قطعه أو فى نصوص القانون، ما يستلزم أن يوجه العمل القاطع للتقادم، إلى المدين، فكل ما يلزم هو أن يدل العمل على حرص الدائن على حقه، لذا فإنه من المسلم به أن ما يتخذه الدائن من أعمال للمحافظة على حقه أثناء سير الدعوى، تقطع التقادم، ولو وجهت إلى المحكمة ولم توجه إلى المدين، كما أن إنذار حائز العقار يقطع حق الدائن، برغم أنه لا يوجه إلى المدين.

(د) كما أن المقاول من الباطن - الدائن - صاحب الدعوى المباشرة، لا يرفعها إلا للمطالبة بحقه هو، ولكن فى حدود الثابت فى ذمة - مدين المدين - رب العمل.

---

(١) ويراه غالبية الفقه راجع فى ذلك د ـ رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية - الطبعة الثامنة - القاهرة - ١٩٦٩ - فقرة ٣٢٥-ص ٣٤٥.

(٢) راجع فى عرض هذا الرأى وأسانيد د ـ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٣٩٧،٣٩٨ . وراجع أيضاً ما أشار إليه سيادته من مراجع هامش ٢٢٦ ص ٣٩٨.

ونخلص من ذلك، أن ممارسة المقاول من الباطن دعواه المباشرة، سواء عن طريق رفعها على رب العمل، أو توقيع الحجز تحت يده، يقطع التقادم الحاصل على حق المقاول من الباطن قبل المقاول الأصلى.

الرابع: فيما يتعلق بالدفوع اللاحقة على مباشرة الدعوى[1]:

يترتب على مباشرة المقاول من الباطن- كما أسلفنا- للدعوى المباشرة، تجميد وحبس الحق موضوع الدعوى تحت يد رب العمل لصالح المقاول من الباطن، ولكن هل يجوز للأول أن يدفع مطالبة الثانى؟. والسؤال بمعنى أخر ما مدى حق رب العمل بأن يدفع مطالبة المقاول من الباطن بدفع نشأ الحق فيه بعد ممارسة الأخير للدعوى المباشرة؟.

القاعدة فى هذا الشأن، أن أى دفع يطرأ سببه بعد ممارسة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة، لا يجوز لرب العمل الاحتجاج به فى مواجهته، وبالتالى لا يجوز لرب العمل أن يحتج بالوفاء الحاصل أو بالمقاصة التى توافرت شروطها بعد ممارسة الدعوى المباشرة، وكذلك حكم الحوالة الحاصلة بعد ممارسة الدعوى، فلا يحتج بها فى مواجهة المقاول من الباطن، كما أن حجز ما للمدين لدى الغير الموقع بعد ممارسة الدعوى يكون عديم الأثر بالنسبة للمقاول من الباطن.

وإذا كانت هذه هى القاعدة، إلا أن هناك دفوعاً تتحقق أسبابها بعد ممارسة الدعوى المباشرة، ويمكن لرب العمل أن يدفع بها فى مواجهة المقاول من الباطن. ويحدث هذا، إذا ما نهض هذا الأخير لمباشرة الدعوى، ثم نشأ لرب العمل الحق فى تخفيض الأجر لسبب وارد فى القانون، كتأخير المقاول الأصلى فى تسليم العمل، أو التنفيذ المعيب أو غير ذلك من الأسباب، فهل يمتنع على رب العمل دفع دعوى المقاول من الباطن، بمقولة أن الحق فى الدفع قد نشأ بعد ممارسة الدعوى؟.

فى معرض الإجابة عن هذا السؤال، نعتقد مع بعض الفقه[2]، أنه يجوز لرب العمل الاحتجاج فى مواجهة المقاول من الباطن بهذا الدفع، على الرغم من نشأة الحق فيه بعد ممارسة الدعوى المباشرة؛ ذلك لأن مضمون ونطاق حق

---

[1] راجع فى هذا الشأن د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٤٠٧ وما بعدها. وراجع أيضاً ما أشار إليه سيادته من مراجع هامش ٢٥١-٢٥٢-٢٥٣ ــ ص ٤٠٧ وما بعدها.

[2] راجع فى هذا الرأى د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٤١٠.

المقاول من الباطن، لا يختلف عن مضمون وحق المقاول الأصلى قبل رب العمل، فليس للمقاول من الباطن حقوقاً أكثر من حقوق المقاول الأصلى قبله. فالدعوى المباشرة وإن كانت تحقق ضماناً وتأميناً للمقاول من الباطن، فإنها لا تنشئ على عاتق رب العمل عبئاً جديداً بتقدير التزامه التزاما مجرداً قبل المقاول من الباطن، فالدعوى المباشرة بحسب مفهومها الدقيق لا تشدد من موقف رب العمل.

ونخلص من ذلك، أن الدفوع التى تنشأ بعد ممارسة الدعوى المباشرة، والتى لا يمكن لرب العمل الاحتجاج بها فى مواجهة المقاول من الباطن، هى تلك التى تتصل بغل اليد الذى تحدثه الدعوى بالنسبة للمقاول الأصلى على حقه، وتلك التى تتصل بالتجميد والحبس - للحق موضوع الدعوى - الذى تحدثه الدعوى المباشرة لحق المقاول الأصلى تحت يد رب العمل.

الفرع الثالث
آثار رفع الدعوى المباشرة بالنسبة لدائنى المقاول الأصلى الآخرين

كما سبق وأن أوضحناه أن ممارسة الدعوى المباشرة، يترتب عليه حبس الدين، الذى للمقاول الأصلى، والثابت فى ذمة رب العمل، لمصلحة المقاول من الباطن. ولكن هل حبس الحق موضوع الدعوى، يؤثر على حقوق دائنى المقاول الأصلى الآخرين؟، وبمعنى آخر، هل يملك دائنى المقاول الأصلى الآخرين الحق فى الرجوع على رب العمل بالدعوى غير المباشرة، أو بتوقيع حجز المدين لدى الغير؟. والإجابة عن هذا السؤال تقتضى بيان، مدى حق دائنى المقاول الأصلى من غير أصحاب الدعوى المباشرة، فى ممارسة الدعوى غير المباشرة بالنسبة للحق موضوع الدعوى، ضد رب العمل، أو توقيع حجز ما للمقاول الأصلى عنده.

فمما لا شك فيه، أن دائنى المقاول الأصلى، يتمتعون بالحق فى الضمان العام، على جميع أحوال المقاول الأصلى، والمحافظة على هذا الضمان؛ لذا فإن القانون قد منح هؤلاء الدائنين عدة وسائل للمحافظة على هذا الضمان، ومن أهم الوسائل الدعوى غير المباشرة.

ورأينا فيما سبق، أن دائنى المقاول الأصلى، عندما يمارسون حق المقاول الأصلى عن طريق الدعوى غير المباشرة، إنما يمارسون هذه الدعوى نيابة عنه، ويسعون إلى هدف محدد، هو إثبات حق المقاول الأصلى لدى رب العمل، ثم المطالبة بهذا الحق وإدخاله إلى ذمة المقاول الأصلى، تمهيداً للتنفيذ على هذا الحق.

وإذا كان من أهم الآثار، التى تترتب على رفع الدعوى المباشرة، هى انقطاع صلة المقاول الأصلى بالحق موضوع الدعوى فلا يجوز لهذا الأخير أن يتصرف فى هذا الحق أى أن المقاول الأصلى، يكون ممنوعاً من وقت رفع الدعوى المباشرة، من التصرف فى حقه والمطالبة به.

وإذا أخذنا فى الاعتبار ما تقدم، فإننا نعتقد مع بعض الفقه[1]، أنه بمجرد رفع الدعوى المباشرة على رب العمل، فإنه يمتنع على دائنى المقاول الأصلى الآخرين، مباشرة حق – مدينهم – المقاول الأصلى فى مواجهة رب العمل، بالنسبة للحق موضوع الدعوى، وذلك لسببين: **الأول**: أن دائنى المقاول الأصلى الآخرين، إذ يمارسون الدعوى غير المباشرة، فإنهم يستعملونها نيابة عن المقاول الأصلى، وإذا كان هذا الأخير ممنوع من التصرف فى الحق موضوع الدعوى المباشرة، فكيف يباح ذلك لنائبه؟، أما السبب **الثانى**: أن دائنى المقاول الأصلى، يهدفون من وراء استعمالهم حق هذا الأخير، عن طريق الدعوى غير المباشرة إلى المحافظة على الضمان العام، بإعادة الحق موضوع الدعوى غير المباشرة، إلى ذمة المقاول الأصلى، لتقوية ضمانه العام، وتمهيداً للتنفيذ عليه. وهذا الهدف لا يمكن تحقيقه مع وجود المقاول من الباطن صاحب الدعوى المباشرة، حيث يستأثر هذا الأخير بالحق الثابت فى ذمة رب العمل.

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة للدعوى غير المباشرة، حيث لا يتمكن دائنو المقاول الأصلى الآخرون من ممارسة حقوق المقاول الأصلى نيابة عنه، بعد رفع الدعوي المباشرة وذلك بالنسبة لنحق موضوع هذه الدعوى. فالسؤال المطروح: هل بإمكانهم توقيع حجز ما للمقاول الأصلى لدى رب العمل، تحت يد رب العمل بعد رفع الدعوى، بالنسبة للحق موضوع هذه الدعوى؟.

---

[1] راجع فى ذلك – د ــ رأفت محمد أحمد حماد – المرجع السابق – ص ٢٢٩.

من المعلوم أن الدائن الذى يوقع حجز ما للمدين لدى الغير، لا يستعمل حقاً لمدينه قبل الغير، ولكنه يستعمل حقاً أصيلاً له فى التنفيذ على كافة أموال المدين. فتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير، هو أحد طرق التنفيذ على أموال المدين.

بعض الفقه شبه هذه الحالة [١] بحالة وجود شرط مانع من التصرف، حيث يرى أستاذنا الدكتور / حسن كيرة فى هذا الشرط أنه "إذا كان شرط المنع من التصرف يمتنع به على المالك التصرف تصرفاً إراديًا فى ملكه طوال المدة المشترط فيها المنع، فإن ذلك يجب أن يستتبع فى الأصل امتناع التنفيذ على الشىء الممنوع التصرف فيه، إذ التنفيذ يؤدى إلى التصرف فى الشىء بطريقة غير مباشرة ببيعه بالمزاد فيكون من العبث منع المالك من التصرف المباشر بإرادته من ناحية، وإباحة التصرف بطريق غير مباشر فى نفس الوقت بتمكين الدائنين من التنفيذ على الشىء من ناحية أخرى، فضلاً عن أنه لو أبيح التنفيذ مع امتناع التصرف على المالك، لكان من اليسير عليه التحايل على شرط المنع، عن طريق الارتباط قبل الغير بالتزامات جدية أو صورية يمتنع عن الوفاء بها، مما يستتبع التنفيذ على الشىء الممنوع فيه وإخراجه من ذمته"[٢].

وموقف المقاول الأصلى فى الدعوى المباشرة، يماثل مركز المالك الممنوع من التصرف. فإذا رفعت الدعوى المباشرة، فأهم ما يترتب عليها هو حبس دين المقاول الأصلى، الثابت فى ذمة رب العمل، على نحو يمتنع معه على المقاول الأصلى التصرف فيه، سواء بطريقة مباشرة أو عن طريق غير مباشر، وذلك بالتنفيذ على هذا الدين من دائنى المقاول الأصلى الآخرين.

وبالتالى فإنه من وقت رفع الدعوى المباشرة على رب العمل، يمتنع على دائنى المقاول الأصلى الآخرين، توقيع حجز ما لهذا الأخير، لدى رب العمل، على الحق موضوع هذه الدعوى[٣].

ولكن إذا تم توقيع حجز ما للمدين لدى الغير، قبل رفع الدعوى المباشرة، ثم صدر الحكم بصحة الحجز بعد رفعها، فهل يؤثر هذا الحكم على حق المقاول من الباطن؟.

---

(١) راجع فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٤٢٣

(٢) راجع فى ذلك د ــ حسن كيره – أصول القانون المدنى – الجزء الأول فى الحقوق العينية الأصلية – مصادرها وأحكامها – عام ١٩٦٣ – بند ٩٢– ص ٣٠٥.

(٣) راجع فى ذلك – د ــ رأفت محمد أحمد حماد – المرجع السابق ــ ص ٢٣٠.

فى فرنسا، ذهبت بعض أحكام القضاء[١] إلى أن الدعوى المباشرة إذا تم رفعها، قبل صدور حكم بصحة الحجز، فلا تتأثر بصدور هذا الحكم، وذلك على أساس أن الحبس الذى يحققه حجز ما للمدين لدى الغير، لا يحتج به فى مواجهة المقاول من الباطن. وهذا يعنى أن المقاول من الباطن (صاحب الدعوى المباشرة) له أفضلية على الدائن صاحب حجز ما للمدين لدى الغير. صحيح أن حجز ما للمدين لدى الغير يبدأ كإجراء تحفظى، والدعوى المباشرة لا يتأثر قبولها بمجرد إجراء تحفظى، لذا فإنها إذا رفعت رغم توقيع الحجز، فإنها تقبل. وبصدور حكم بصحة الحجز، يصبح حجز ما للمدين لدى الغير إجراء تنفيذى، وبالتالى نكون أمام دائنين، لكل منهما وسيلة تنفيذ، فأحدهما بيده حكم صحة الحجز، والثانى قام برفع دعوى مباشرة وهى وسيلة تنفيذ أيضاً.

ففى هذه الحالة، نرى مع بعض الفقه[٢]، أنه لا محل لتفضيل – صاحب الدعوى المباشرة– المقاول من الباطن، على الدائن الحائز على حكم بصحة الحجز، فالأول يعد كالدائن الحاجز، ويشتركان فى توزيع حصيلة التنفيذ. هذا بشرط ألا يكون حكم صحة الحجز قد أعلن إلى رب العمل (المحجوز لديه)؛ لأن هذا الإعلان يؤدى إلى نقل الحق نهائياً إلى ذمة الحاجز، ويحتج بذلك حتى على المقاول من الباطن برغم دعواه المباشرة.

أما فى القانون المصرى، يختلف الأمر إذا كان يشترط رفع دعوى لصحة الحجز أم لا، والسبب فى ذلك، أن القانون المصرى لا يشترط فى جميع الحالات رفع دعوى صحة الحجز؛ لذا فإننا نرى مع بعض الفقه أنه فى الحالات التى يشترط فيها المشرع[٣] رفع دعوى صحة الحجز، فإنه – كما هو الحال فى فرنسا – إذا صدر حكم بصحة الحجز، بعد رفع الدعوى المباشرة، فإننا سوف نكون أمام دائنين كل منهما مزود بسند تنفيذى، لا أفضلية لأحدهما على الآخر، فيشتركان فى اقتسام حصيلة التنفيذ. هذا إذا لم يتم إعلان الحكم للمحجوز لديه، فيتم بهذا الإعلان نقل الحق المحجوز عليه لذمة الحاجز.

---

[١] راجع فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق– ص ٤٢٤ وما بعدها. وما أشار إليه سيادته من مراجع وأحكام – هامش ٢٧٦-٢٧٧-٢٧٨-٢٧٩.

[٢] د ــ رمضان أبو السعود – الهامش السابق – نفس الموضوع.

[٣] راجع فى ذلك حكم المادة ٣٢٧ من قانون المرافعات المصرى، حيث تنص على "إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى أو كان دينه غير معين المقدار فلا يجوز الحجز إلا بأمر من قاضى التنفيذ".

أما فى الحالات التى يشترط فيها المشرع، الحكم بصحة الحجز، وذلك إذا كان بيد الدائن سند تنفيذى، وكان الحق معلوم المقدار. ففى هذه الحالات، إذا أقر - المحجوز لديه - رب العمل بما فى ذمته، التزم بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره، أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذى أقر به، أو ما يفى به حق الحاجز[١]. وبالتالى فإنه إذا قام المقاول بمباشرة الدعوى المباشرة، بعد توقيع الحجز، فإن رفعها لا يحول دون قيام-المحجوز لديه- رب العمل من التقرير بما فى ذمته، ثم الوفاء بعد ذلك إلى الدائن الحاجز، وبالتالى لا يحصل المقاول من الباطن بالدعوى المباشرة على شىء فى مثل هذا الفرض.

إلا أن هناك رأى لبعض الفقه، يرى أن الحجز إذا بدأ قبل رفع الدعوى المباشرة، ثم صدر الحكم بصحة الحجز بعد رفع الدعوى المباشرة، فإن الحكم بصحة الحجز لا ينفذ فى موجهة المقاول من الباطن، على أساس أن الحجز التنفيذى ليس إلا طريقاً إجباريًا للوفاء، فسواء تم لمصلحة المقاول الأصلى، أو لمصلحة الدائن الحاجز[٢]، فإن ثمرة الوفاء سوف تعود على المقاول الأصلى، حيث تبرأ ذمته من دين الحاجز، وبالتالى يعتبر المقاول الأصلى كأنه استوفى حقه، فلا ينفذ ذلك فى مواجهة المقاول من الباطن إلا بنفس الشروط التى يستلزمها النص لجواز التصرف فى الحق واستيفائه[٣].

---

[١] راجع فى ذلك المادة ٣٤٤ من قانون المرافعات المصرى، حيث تنص على أنه "يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذى أقر به أو ما يفى منه بحق الحاجز، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذى وكانت الإجراءات المنصوص عليها بالمادة ٢٨٥ قد روعيت". راجع فى التعليق على هذه المادة د ـ أحمد أبو الوفا ص١٠٧٠ - راجع أيضاً حكم محكمة النقض المصرية - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٧ سنة ٢٦ق - ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨.

[٢] راجع فى ذلك د ـ رمضان أبو السعود- المرجع السابق ـ ص ٤٢٥.

[٣] راجع فى ذلك د ـ مصطفى الجارحى - المرجع السابق - ص ٩٨ ويرى سيادته " أن القول بغير ذلك يجعل صاحب الدعوى المباشرة فى مركز أضعف من مركز الحاجز على الحق، بينما أراد المشرع أن يضع الدائن فى مركز متميز بالنسبة لهذا الحق بالذات (ص ٩٨ هامش ١) يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديراً مؤقتاً وذلك بناء على عريضة يقدمها طالب الحجز.

ومع ذلك فلا حاجة إلى هذا الإذن إذا كان بيد الدائن حكم ولو كان غير واجب النفاذ متى كان الدين الثابت به معين المقدار".

راجع فى التعلق على هذه المادة، وما بعدها من مواد من نفس القانون المستشار/ عز الدناصورى، الأستاذ/ حامد عكاز - المرجع السابق - ص ٩٢٥ وما بعدها.

وبالرغم من أن هذا الرأى ينطوى على بعض الوجاهة؛ وذلك لأنه يجعل المقاول من الباطن صاحب الدعوى المباشرة، فى مركز أفضل ومتميز، عن مركز الحاجز بالنسبة للحق موضوع الدعوى، وإذا كان هذا ما نتغياه حتى تتسع فرصة المقاول من الباطن للحصول على حقه، إلا أننا لا نستطيع قبول هذا الرأى وذلك للأسباب الأتية:

السبب الأول أنه يتجاهل واقع حجز ما للمدين لدى الغير، والذى يبدأ بإجراء تحفظى مما يسمح للمقاول من الباطن برفع الدعوى المباشرة، وقبولها لأنها وسيلة تنفيذ، لا يتأثر قبولها بمحض إجراء تحفظى ويصبح حجز ما للمدين لدى الغير، إجراءً تنفيذيًا، بمجرد الحكم بصحة الحجز، وفى هذه الحالة نكون أمام دائنين كليهما له وسيلة تنفيذ، هما المقاول من الباطن صاحب الدعوى المباشرة، والثانى هو الحاجز، ولا يمكن تفضيل أحدهما على الآخر. فلو أن المشرع أراد تفضيل المقاول من الباطن بدعواه المباشرة، عن الدائن الحاجز، لصرح بذلك كما فعل فى الحالة التى يقوم فيها المقاول من الباطن، بإتباع طريق حجز ما للمقاول الأصلى لدى رب العمل، تحت يد هذا الأخير، فقد نص المشرع المصرى فى المادة ٢/٦٦٢ بقولها "ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى، امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو المقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة".

فهذا النص، قد صرح بتفضيل المقاول من الباطن، عندما يوقع حجز على حقوق المقاول الأصلى، تحت يد رب العمل. فيكون للمقاول من الباطن امتيازاً، إذا زاحمه باقى الدائنين العاديين لرب العمل أو المقال الأصلى، فلا يتزاحمون معه.

السبب الثانى يؤخذ على هذا الرأى أيضاً، أنه لا يؤخذ فى الاعتبار، أن المشرع المصرى لا يتطلب فى جميع حالات حجز ما للمدين لدى الغير، رفع دعوى بصحة الحجز. فإذا كان بيد الدائن سند تنفيذى وكان دينه معلوم المقدار، ففى هذه الحالة، إذا أقر رب العمل المحجوز لديه، بما فى ذمته، التزم بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره، بأن يدفع للحاجز المبلغ الذى أقر به، أو ما يفى منه بحق الحجز، وذلك إعمالا للمادة ٣٤٤ من قانون المرافعات المصرى. وبالتالى إذا تم توقيع مثل هذا الحجز، ثم رفعت الدعوى المباشرة، ثم أقر رب العمل المحجوز لديه بما لديه، فإن هذا الأخير سوف يلتزم بدفع المبلغ الذى أقر به، أو ما يفى منه

بحق الحاجز، بعد خمسة عشر يوماً، والقول بغير ذلك فيه إهدار لإرادة المشرع لإهدار وتعطيل نص المادة ٣٤٤ من قانون المرافعات المصرى.

السبب الثالث وتدعيماً لما سبق نضيف ما يراه بعض الفقه، من أنه فى حالة تطلب حكم بصحة الحجز، وصدور هذا الحكم بعد رفع الدعوى المباشرة، وقبل صدور حكم فيها. فإن إعلان المحجوز لديه بالحكم بصحة الحجز، يترتب عليه نقل الحق نهائيًا إلى ذمة الحاجز، ويحتج بذلك على المقاول من الباطن[1]، وبالتالى لا يحصل هذا الأخير على شىء.

فلهذه الأسباب فإننا نميل إلى عدم قبول هذا الرأى، فلن يدفعنا حرصنا، على حماية المقاول من الباطن، وزيادة فرص حصوله على حقه، إلى إهدار بعض النصوص التشريعية، والقواعد المستقرة الخاصة بحجز ما للمدين لدى الغير.

المطلب الثانى
آثار الحكم الصادر فى الدعوى المباشرة

عرض وتقسيم:

إذا توافرت شروط ممارسة الدعوى المباشرة، وصدر حكم لصالح المقاول من الباطن. فهذا الحكم يحقق بذاته نقلاً للحق موضوع الدعوى. فإذا كان مجرد ممارسة الدعوى المباشرة، يؤدى فوراً إلى حبس الحق موضوع الدعوى، إلا أن انتقال الحق إلى المقاول من الباطن، لا يتحقق إلا بصدور الحكم فى الدعوى المباشرة، أو بصدور الحكم فى دعوى صحة الحجز، إذا اختار المقاول من الباطن أن يمارس الدعوى المباشرة عن طريق الحجز.

وللحكم الصادر فى الدعوى المباشرة آثار، منها ما يتصل بالمقاول الأصلى، ومنها ما يخص رب العمل، ومنها ما يتعلق بحقوق الدائنين الآخرين، وسوف نقوم بإلقاء الضوء على هذه الآثار.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة:

الفرع الأول: آثار الحكم فى الدعوى المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى.

الفرع الثانى: آثار الحكم فى الدعوى المباشرة التى تخص رب العمل.

الفرع الثالث: آثار الحكم فى الدعوى المباشرة التى تتصل بحقوق الآخرين.

---

[1] راجع فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود – المرجع السابق – ص ٤٢٥. وراجع أيضاً ما يشير إليه سيادته، من مراجع بنفس الصفحة – هامش ٢٧٩.

الفرع الأول
آثار الحكم الصادر فى الدعوى المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى

المقاول من الباطن إذ يمارس الدعوى المباشرة ضد رب العمل، إنما يفعل ذلك لمطالبة هذا الأخير بما لديه للمقاول الأصلى، فى حدود، ما للمقاول من الباطن لدى هذا الأخير؛ لذا فإن الحكم الصادر فى الدعوى، يجب أن يتثبت من مديونية المقاول الأصلى، ويحدد مقدار ما يلتزم به قبل المقاول من الباطن.

وبصدور الحكم فى الدعوى المباشرة، محدداً حق المقاول من الباطن، يصبح لهذا الأخير مدينان، هما المقاول الأصلى ورب العمل، يلتزمان قبله بوفاء الحق موضوع الدعوى.

وتذهب غالبية الفقه والقضاء إلى أن التزام المقاول الأصلى ورب العمل، تجاه المقاول من الباطن هو التزام تضاممى، وليس التزام تضامنى، وعلى ذلك يستطيع المقاول من الباطن أن يطالب أى من المقاول الأصلى أو رب العمل بالدين كله، وإذا استوفاه من أحدهما يبرئ ذمة الآخر. كما أن أى منهما يستطيع أن يفى للمقاول من الباطن بكل الدين، فتبرأ بذلك ذمة الآخر.

ويترتب على ما سبق، أنه بصدور حكم فى الدعوى المباشرة، لصالح المقاول من الباطن، فإن هذا الأخير يحتفظ بحقه فى الرجوع على المقاول الأصلى. فإذا رجع على رب العمل فتبين له أنه معسر، كان له الحق فى الرجوع على المقاول الأصلى. كما أن للمقاول من الباطن، بعد صدور الحكم فى الدعوى المباشرة، أن يرجع ابتداء على المقاول الأصلى، إذ تغير حاله بعد صدور الحكم، وأصبح موسراً عن رب العمل.

وتجدر الإشارة، إلى أن صدور حكم فى الدعوى المباشرة، لا يترتب عليه انقضاء حق المقاول الأصلى، فى مواجهة رب العمل، إلا إذا تم تنفيذ الحكم على هذا الأخير[١].

---

(١) راجع فى ذلك: د- رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٤٢٩.

الفرع الثانى

آثار الحكم فى الدعوى المباشرة التى تخص رب العمل[١]

صدور حكم فى الدعوى المباشرة، يجعل رب العمل مديناً مباشرا للمقاول من الباطن، فيلتزم بالوفاء بالحق لهذا الأخير فإن امتنع، كان للمقاول من الباطن أن يُكرَه على هذا الوفاء، بكافة طرق التنفيذ الجبرية، بشرط أن يكون الحكم الصادر فى الدعوى، قد أصبح نهائيًا فى حق المقاول الأصلى.

ونتيجة لاعتبار رب العمل، مديناً شخصيًا ومباشراً للمقاول من الباطن، بمقتضى الحكم الصادر فى الدعوى المباشرة، فإن لهذا الأخير الحق فى التنفيذ على كافة أموال رب العمل. وللمقاول من الباطن، أن يطالب رب العمل، بحق المقاول الأصلى عنده، وله الاستفادة من توابع هذا الحق، فى حدود ماله من حق، كما أن له أن يستفيد بالامتياز المقرر بالمادة ١١٤٨ من القانون المدنى المصرى.

وجدير بالذكر أن المقاول من الباطن بعد صدور الحكم فى الدعوى المباشرة، لا يعتبر سوى دائن عادى بالنسبة لرب العمل، إلا إذا كان المقاول الأصلى متمتعاً بتأمين عينى أو شخصى، فيأخذ المقاول من الباطن صفة المقاول الأصلى. أما إذا لم يكن لهذا الأخير أفضيلة على دائنى رب العمل فإن المقاول من الباطن يكون دائناً عاديًا مثله مثل باقى دائنى رب العمل.

---

[١] راجع فى عرض ذلك: د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٠ وما بعدها. وراجع ما أشار إليه سيادته من مراجع، هامش ٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ص ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣. وللمقاول من الباطن باعتبار أنه بمقتضى الحكم، دائناً شخصياً لرب العمل، فله الرجوع على مدينى هذا الأخير بمقتضى الدعوى غير المباشرة، المقررة بالمادة ٢٣٠ مدنى مصرى. راجع فى ذلك د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٣. وما أشار إليه سيادته فى نفس الصفحة ــ هامش ٢٩٢.

الفرع الثالث
آثار الحكم فى الدعوى المباشرة التى تتصل بحقوق الدائنين الآخرين

من أهم آثار الدعوى المباشرة إستئثار المقاول من الباطن الذى باشر هذه الدعوى بالحق المحكوم له فيها، دون أن يشاركه فى هذا الحق غيره من دائنى المقاول الأصلى. وتتضح ميزة الدعوى المباشرة فى هذا الصدد عند إفلاس أو إعسار المقاول الأصلى[١] إلا أن الفقه قد اختلف فى تبريره لهذا الاستئثار.

فذهب البعض[٢] إلى أن الدعوى المباشرة تفترض وجود حق امتياز لصالح صاحب هذه الدعوى المقاول من الباطن، وإن استئثار هذا الأخير بالحق موضوع الدعوى نتيجة طبيعية لهذا الامتياز.

إلا أن هذا الرأى لا يمكن قبوله، لمخالفته للأسس القانونية، فحق الامتياز لا يتمتع به دائن إلا بنص فى القانون.

وذهب رأى آخر، إلى أنه لما كانت الدعوى المباشرة، تمكن المقاول من الباطن من السعى مباشرة إلى رب العمل، وهو مدين مدينه، فإنها بذلك تقضى على تزاحم بين المقاول من الباطن وغيره من الدائنين. فالتزاحم لا يتصور إلا بالنسبة لذمة المقاول الأصلى، أما المقاول من الباطن بدعواه المباشرة، يسعى إلى ذمة رب العمل، وهى ذمة أخرى غير ذمة المقاول الأصلى، وذمة رب العمل لا يمكن لأى من دائنى المقاول الأصلى الآخرين، السعى مباشرة إليها وبنفس الطريقة.

إلا أن هذا الرأى أيضاً، لا يمكن التسليم به، ذلك لأن الدعوى المباشرة، لا تصل إلى حد الفصل التام بين الحق موضوع الدعوى، وبين المقاول الأصلى، وفى هذا يقوم ستارك "فالطابع المباشر للدعوى لا يصل إلى حد حذف الأساس المزدوج للدعوى المباشرة: وهو دين الدائن قبل المدين الأصلى، ودين الأخير قبل مدين المدين. والدعوى المباشرة تحقق حبساً للدين فى ذمة مدين المدين مع استمرار

---

(١) راجع فى ذلك ديداى ص ٨٤، مشار إليه فى مرجع د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٥ هامش ٢٩٤.

(٢) راجع فى ذلك: جوسران جـ ٢ فقرة ١٦٠٢. مشار إليه ــ مرجع د ــ رمضان أبو السعود ــ نفس المرجع ص ٤٣٥ هامش ٢٩٥.

وجود الدين في الضمان العام للمدين الأصلي، ولذلك يجب أن يبحث عن أساس آخر للأفضلية التي تحققها الدعوى المباشرة[١].

وهناك رأي يرى أن الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن، تحقق الأفضلية لهذا الأخير، عن طريق الحبس الذي تحققه لحق المقاول الأصلي في ذمة رب العمل، ويجعل الحق الثابت في ذمة هذا الأخير ضماناً خاصًّا للمقاول من الباطن بمقتضى دعواه المباشرة، وإذا كان رب العمل، يمتنع عليه الوفاء للمقاول الأصلي، فإن هذا الامتناع يسري كذلك على حق دائني هذا الأخير[٢].

ونعتقد أن السبب في اختلاف الفقه، حول تبرير ما تحققه الدعوى المباشرة من أفضلية للمقاول من الباطن على سائر دائني المقاول الأصلي ــ من غير أصحاب الدعوى المباشرة ــ الآخرين هو اعتبار المقاول من الباطن، دائن عادي، يتساوى مع دائني المقاول الأصلي الآخرين، واعتباره ــ أيضاً ــ من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي، وبالتالي اعتباره من الغير بالنسبة لرب العمل، مثله في ذلك مثل دائني المقاول الأصلي الآخرين. وتجاهل الفقه حقيقة مهمة، تتعلق بالمقاولة من الباطن، وهي قوة ارتباط عقدي المقاولة الأصلي، والمقاولة من الباطن، وأن المقاول من الباطن يعتبر المؤدي الحقيقي للخدمة أو لجزء منها على الأقل، وأن رب العمل هو المتلقي الفعلي لهذه الخدمة، وأن تقصير المقاول من الباطن في أداء التزاماته محل عقد المقاولة من الباطن، سوف يترتب عليها تقصير المقاول الأصلي في التزاماته، محل عقد المقاولة الأصلي فتصل في النهاية الخدمة بتنفيذها المعيب إلى رب العمل.

فإذا أخذنا في الاعتبار ما سبق، فهل يعتبر المقاول من الباطن من الغير ــ فعلاً ــ بالنسبة لرب العمل، مثله في ذلك مثل دائني المقاول الأصلي العاديين أم لا؟.

وإذا كنا في هذا الموضع من البحث، لن نتعرض للإجابة على هذا السؤال، وبالتالي لن نحدد موقفنا من تبرير الأفضلية، التي منحها المشرع للمقاول من الباطن في دعواه المباشرة، على سائر دائني المقاول الأصلي الآخرين،

---

(١) راجع في ذلك:ستارك ــ فقرة ٩٧ مشار إليه في مرجع د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ــ ص ٤٣٥ ــ هامش ٢٩٦.

(٢) د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٦.

بخصوص استئثاره بالحق موضوع الدعوى، ونرجئ الإجابة على هذا السؤال إلى الباب الثانى من هذا البحث[١].

وإذا كانت الأفضلية، التى منحها المشرع للمقاول من الباطن بالدعوى المباشرة، تكون بلا شك لهذا الأخير على دائنى المقاول الأصلى العاديين. فإنها تسرى أيضاً على دائن المقاول الأصلى من أصحاب الحقوق العينية التبعية. كما تسرى أيضاً على دائنى هذا الأخير، الذين نهضوا إلى استعمال حقهم قبل رب العمل، عن طريق الدعوى غير المباشرة، قبل رفع المقاول من الباطن للدعوى المباشرة[٢].

ولكن إذا إتحد من منحهم المشرع الدعوى المباشرة، ونهضوا جميعاً لمباشرة هذه الدعوى، كما لو قام العمال والمقاولون من الباطن ورفعوا جميعاً الدعوى المباشرة. فإنهم يتزاحمون فيما بينهم، فإذا لم يكن فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى ما يفى بجميع حقوقهم، قسموا ما يحصلون عليه من رب العمل، قسمة غرماء، فيما بينهم، كل بنسبة حقه. ويستوى فى ذلك أن يتزاحم المقاولون من الباطن، وعمال المقاول الاصلى، أوهؤلاء جميعاً ومعهم عمال المقاولين من الباطن[٣]. ولكن يشترط لإعمال القاعدة السابقة، أن ترفع الدعاوى المباشرة، من أصحاب الحق فيها، على رب العمل فى نفس الوقت، حتى يكون لكل منهم الحق فى التزاحم واقتسام حصيلة الدعوى، قسمة غرماء على النحو الذى بيناه.

أما إذا رفع البعض دعواهم المباشرة، وتقاعس الآخرين، حصل من بادر برفع الدعوى أولاً على الحق الثابت فى ذمة رب العمل، فإذا لم يتبقَ منه شىء، أصبحت الدعاوى المباشرة الأخرى عديمة الجدوى[٤].

---

(١) راجع فى ذلك ما سوف نوضحه لاحقاً بشأن اعتبار المقاول من الباطن تربطه برب العمل رابطة عقدية موضوعية، وأثر ذلك على الدعوى المباشرة.

(٢) راجع فى عرض ذلك: د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٦ وما بعدها. راجع أيضا ما أشار إليه سيادته من مراجع فى نفس الصفحات هامش رقم ٢٩٧، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١.

(٣) راجع فى ذلك: د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٤ هامش (٣).

(٤) د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٧.

المبحث الرابع
تقييم الدعوى المباشرة كوسيلة للرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن

عرض وتقسيم:

ننطلق فى تقييمنا للدعوى المباشرة من منطلقين، يتمثل أولهما فى أن الدعوى المباشرة وسيلة من وسائل الرجوع المتبادل بين طرفى العلاقة، ويهمنا فى هذا المقام بحث وتفنيد كل ما يرتبط بقدرتها على تحقيق الحماية لرب العمل والمقاول من الباطن. ولن يتأتى ذلك إلا بتحليل ما يشوبها من عيوب. وما لها من مزايا. أما المنطلق الثانى فمن الطبيعة الاستثنائية للنصوص المقررة للدعوى المباشرة. ذلك أن هذه الصفة الاستثنائية ألقت ــ وبلا شك ــ بظلالها على تقييم هذه الدعوى، باعتبارها وسيلة حماية ــ خاصة ــ فى ظل اتجاه فقهى يقرر أن علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن، علاقة أغيار لا تربطها رابطة عقدية.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، هما:

المطلب الأول: مزايا الدعوى المباشرة كوسيلة لتحقيق الحماية.

المطلب الثانى: سلبيات الدعوى المباشرة.

المطلب الأول
مزايا الدعوى المباشرة كوسيلة لتحقيق الحماية[١]

بعد أن انتهينا من تحليل الدعوى المباشرة، وحددنا ماهيتها، وطبيعتها القانونية والمستفيد من هذه الدعوى، وشروطها، وكيفية ممارستها. و بعد أن تناولنا آثار هذه الدعوى لم يبق إلا أن نحدد ما يحسب لهذه الدعوى من مزايا.

ذلك أن تحديد مزايا هذه الدعوى وقدراتها على تحقيق الحماية، يمثل الخطوة الأولى للحكم عليها فى هذا الصدد.

---

[١] د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠٣، ص ٣٠٤. حيث يستعرض سيادته. هذه الميزات بعد استعراضه لعيوب الدعوى غير المباشرة.

فمن ناحية، أن هذه الدعوى، يرفعها المقاول من الباطن، باسمه الخاص وليس باسم المقاول الأصلى، وبالأصالة عن نفسه لا بالنيابة عنه، ومن ثم لا يجوز للمقاول الأصلى، أن يمنعه عنها، كما أنه لا يشترط، فى استعمال المقاول من الباطن للدعوى المباشرة، أن يكون ــ مدينه ــ المقاول الأصلى معسراً، كما هو الحال بالنسبة للدعوى غير المباشرة، فهذه الأخيرة يشترط لممارستها، أن يكون المقاول الأصلى معسراً.

ومن ناحية ثانية، تخول الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن، حقًّا مباشراً قبل ــ مدين مدينه ــ رب العمل، وهذا الحق يتعلق بما فى ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلى. ويمتنع بالتالى على رب العمل، أن يفى بهذا الحق إلى المقاول الأصلى، ولا يؤثر فى حق المقاول من الباطن، تصرف المقاول الأصلى فى هذا الحق، أو نزوله عنه[١]، بعد رفع الدعوى المباشرة.

ومن ناحية ثالثة، فالدعوى المباشرة، تجعل المقاول من الباطن، يستمد حقه قبل ــ مدين مدينه ــ رب العمل، من نص القانون مباشرة، ويترتب على ذلك، أنه لا يجوز لرب العمل أن يتمسك بالدفوع، التى يكون له أن يتمسك بها ضد المقاول الأصلى[٢]، فلا يحق له ــ مثلاً ــ الدفع بالمقاصة بين ما عليه من دين، ما له من حق طرف المقاول الأصلى، وإن كان له الحق، فى أن يدفع بالمقاصة دين وبين حق له عند المقاول من الباطن.

ومن ناحية رابعة، أن الميزة الكبرى للدعوى المباشرة، تتحصل فى استئثار المقاول من الباطن ــ رافعها ــ بما يحكم به فيها. أى أن الحكم، الذى يصدر استنادا إلى هذه الدعوى، من شأنه، أن يجعل المحكوم به، حقًّا خالصاً للمقاول من الباطن، يختص به، دون أن يزاحمه فيه، سائر دائنى المقاول الأصلى[٣].

---

(١) ويسمى هذا، بغل يد المقاول الأصلى عن التصرف فى حقه قبل رب العمل.

(٢) ليست جميع الدفوع، حيث يستثنى منها الدفع الناشئ عن إنقاص الأجر، كما بيننا ص٣٠٠ ومابعدها.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٤. د ــ رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٠. د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٣. د ــ قدرى عبد الفتاح الشهاوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥٣ . د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٤. وهذه الدعوى، تحقق ميزة كبيرة، تفضل بها الدعوى غير المباشرة، وحجز ما للمدين لدى الغير ــ راجع فى ذلك د. رمضان أبو السعود المرجع السابق ــ ص ٤٥.

ويرى بعض الفقه[١]، أن هذا يعد بمثابة حق امتياز يمنح للمقاول من الباطن، ولما كان هذا الامتياز، يعد خروجاً على أحكام الضمان العام، لذا فإنه يتعين ثبوته بنص خاص.

ومن ناحية خامسة، أن حكم القاعدة القانونية، التى قررت الدعوى المباشرة لدى المقاول من الباطن، آمرة.

وهذه الميزات للدعوى المباشرة، تكون إذا تمت مباشرتها عن طريق، رفع دعوى قضائية، أما إذا تم مباشرتها عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير، فإن المشرع قد قرن هذا الحجز ــ كما بينا[٢] ــ بميزتين، وهاتين الميزتين استخلصتا من نص المادة ٢/٦٦٢ مدنى مصرى. ونعرض لهما ــ منعاً للتكرار ــ بإيجاز.

والميزة الأولى: حاصلها أن الحجز، الذى يوقعه المقاول من الباطن، أو غيره من المزودين بهذه الدعوى، على حقوق المقاول الأصلى عند رب العمل، يعطى لهم حق امتياز، فلا يزاحمهم فيه، باقى الدائنين العاديين لرب العمل أو للمقاول الأصلى، كما يكون لهم حق التقدم عليهم.

وأما الميزة الثانية: تتلخص فى أنه رب العمل، يستطيع أن يوفى مباشرة، للمقاول من الباطن، ودون إذن من القضاء، ودون تحول الحجز إلى حجز تنفيذى.

ومن ناحية سادسة، أن الدعوى، تخول للمقاول من الباطن، الرجوع على رب العمل مباشرة، ولا يمنعه من ذلك إفلاس المقاول الأصلى، حتى ولو كان المقاول من الباطن، قد تقدم فى كتلة التفليسة، ويتمكن بذلك من الحصول على كامل حقه، سواء من رب العمل أو التفليسة.

---

(١) راجع فى ذلك د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠٤. راجع عكس هذا الرأى ــ ما أسلفناه بشأن مدى إمكانية رد الدعوى المباشرة لحق الامتياز.

(٢) راجع فى هذا البحث ما يتعلق بميزة حجز ما للمدين لدى الغير ــ ص ٢٨٨ ومابعدها.

المطلب الثانى
سلبيات الدعوى المباشرة

عرض وتقسيم:

بعد أن حددنا، مزايا الدعوى المباشرة كخطوة أولى ضرورية للحكم عليها باعتبارها وسيلة؛ لتحقيق الحماية المنشودة. فإن الصورة لن تكتمل إلا ببحث ما يؤخذ على هذه الدعوى، فعندها يمكن الحكم على هذه الدعوى وتقييمها، والوقوف على مدى قدرتها على تحقيق الحماية لطرفى العلاقة.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثمانية فروع، على النحو التالى:

الفرع الأول: ما يجب أخذه فى الاعتبار عند تقييم الدعوى المباشرة.

الفرع الثانى: عدم قبول الدعوى المباشرة فى بعض الأحوال.

الفرع الثالث: الدفوع التى تنشأ بعد ممارسة الدعوى المباشرة ويكون لرب العمل الاحتجاج بها.

الفرع الرابع: عدم حصول المقاول من الباطن على شىء، بالرغم من توافر شروط الدعوى ورفعها من قبله فى بعض الفروض.

الفرع الخامس: فى حالات معينة لا جدوى من رفع المقاول من الباطن للدعوى المباشرة.

الفرع السادس: قد لا يستأثر المقاول من الباطن بثمرة الدعوى المباشرة.

الفرع السابع: عدم جواز لجوء المقاول من الباطن للدعوى المباشرة فى نطاق العقود الإدارية.

الفرع الثامن: إهدار الحماية القانونية لرب العمل.

الفرع الأول
ما يجب أخذه فى الاعتبار عند تقييم الدعوى المباشرة

يجب عند تناولنا لتقييم الدعوى المباشرة، للوقوف على مدى حمايتها، لرب العمل والمقاول من الباطن، أن نأخذ فى الاعتبار ما يلى:

الاعتبار الأول: أننا ما زلنا نعيش مع الاتجاه القائل، بأن علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن علاقة أغيار، حيث إنه لا يجمعهما عقد واحد. ويترتب على ذلك أنهم ينظرون إلى أى علاقة مباشرة بينهما، نظرة استثنائية، ومن ثم لا يجوز أن تتجاوز -العلاقة المباشرة- مورد النص الذى قررها.

وبالتالى، فإن الدعوى المباشرة، تعتبر من وجهة نظرهم دعوى استثنائية. وإزاء عدم إمكانية رد نظام الدعوى المباشرة، إلى أحد الأنظمة ــ كما أسلفنا ــ القانونية المعروفة، حتى يمكن استعارة أحكامه، لسد النقص الذى قد يعترى النص المقرر للدعوى المباشرة؛ لذا فعند قصور النص الذى يقرر هذه الدعوى، فى تنظيم أمر من أمورها، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة للعلاقة بين الأغيار، كقواعد المسئولية التقصيرية والدعوى غير المباشرة[١]، مما أفقد هذه الدعوى ــ كما سنرى فيما بعد ــ كثيراً من مزاياها.

الاعتبار الثانى: أن الدعوى المباشرة، تنصب على الحقوق المالية فقط، وهذا يعنى أن المقاول من الباطن، لا يستطيع أن يطالب رب العمل؛ إلا بالأجر المقابل لما نفذه من أعمال، بحيث لا يتجاوز ما للمقاول الأصلى لدى هذا الأخير. فلا يجوز أن يطالبه بأى التزام آخر. كالالتزام بتيسير مهمة المقاول من الباطن، والالتزام باستلام الأعمال التى نفذها هذا الأخير. فقد يماطل رب العمل فى تسليم الموقع لتشييد عمليات ــ مثلاً ــ البناء لسبب أو لآخر، وقد يكون المقاول من الباطن مستعداً لبدء عملية التنفيذ وبناءً عليه تعاقد لشركات (أسمنت + حديد + زلط + ... أشياء أخرى)، ويحتاج مكان لتخزين هذه الأشياء.

الاعتبار الثالث: ربط المشرع، بين حق المقاول من الباطن، فى ممارسة هذه الدعوى، وبين تنفيذه الأعمال التى أسندت إليه، بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، ويجب أن يكون تنفيذه لهذه الأعمال تامة، وغير معيبة. كما يجب أن تكون هذه الأعمال قد عادت بالنفع على رب العمل[٢]. ويلاحظ أن هذه الدعوى لم تراع، أن طريقة ووقت الوفاء بالأجر، من المسائل التى يتفقُ عليها طرفى كل عقد. فقد يتفق طرفا عقد المقاولة الأصلى، على أن يوفى رب العمل، بالأجر كله للمقاول الأصلى، فى ميعاد سابق، على ميعاد وفاء المقاول الأصلى، بأجر المقاول من الباطن، كما لو كان ميعاد وفاء رب العمل للمقاول الأصلى هو تاريخ ٢٠٠٥/٦/١، وميعاد استحقاق المقاول من الباطن لأجره، ذلك الميعاد المتفق عليه فى عقد المقاولة من الباطن هو تاريخ ٢٠٠٥/١٠/١، أو كان هذا الميعاد لاحقا على ميعاد

---

[١] وقد رأينا فيما سبق، كيف أن قواعد المسئولة التقصيرية، ليست قادرة على حماية رب العمل أو المقاول من الباطن، راجع فى ذلك تقدير المسئولية التقصيرية فى هذا البحث ص ١٩٥ ومابعدها.

[٢] راجع فى ذلك فى هذا البحث، شروط ممارسة الدعوى المباشرة، خاصة الشرط الرابع من الشروط المتعلقة بدين المقاول من الباطن لدى رب العمل، ص٢٧٧ ومابعدها.

تسليم المقاول من الباطن لعمله بعد الانتهاء من التنفيذ، فلو كان ميعاد تسليمه العمل مثلاً فى ٢٠٠٥/٧/١ فإن المقاول من الباطن، لن يستطيع ممارسة الدعوى المباشرة، برغم من تنفيذه العمل، وذلك لسببين، هما:

أولهما: هو فقد الدعوى لأحد شروط ممارستها، وهو أن يكون دين المقاول من الباطن مستحق الأداء، وهذا الدين، بالرغم من تنفيذ المقاول من الباطن للعمل إلا أنه لم يحل ميعاد استحقاقه[١].

ثانيهما: يتعلق بعدم مديونية رب العمل للمقاول الأصلى[٢]، حيث إن الأول قد وفى للأخير بكامل أجره فى ميعاد سابق، على ميعاد استحقاق المقاول من الباطن للأجر.

ونظراً لأن ميعاد استحقاق الأجر فى عقود المقاولة، يخضع لاتفاق الطرفين، فقد يربط طرفا العقد، ميعاد استحقاق الأجر بتاريخ الانتهاء من تنفيذ العمل، وقد يربطان ميعاد الاستحقاق، بميعاد آخر، قد يكون قبل تنفيذ العمل أو بعده، وقد يربط طرفا عقد المقاولة من الباطن، ميعاد استحقاق الأجر بتنفيذ العمل، ويفاجأ المقاول من الباطن، ببند فى عقد المقاولة الأصلى، يقضى بحصول المقاول الأصلى على كامل حقه قبل ميعاد تنفيذه العمل. فلطرفى عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن، أن يضمنا عقديهما، ما يشاءون من بنود متى كانت هذه البنود مشروعة.

ويلاحظ أيضاً، أن النصوص التى قررت الدعوى المباشرة، لم تحدد من الذى سوف يحكم بتمام تنفيذ المقاول من الباطن للعمل المكلف به، هل هو المقاول الأصلى، أم رب العمل، أم جهة أخرى؟. وذلك لأن تمام التنفيذ شرط للممارسة الدعوى المباشرة.

وأخيراً يلاحظ أن منطق الدعوى المباشرة، لا يأخذ فى الاعتبار، أن عدم تنفيذ المقاول من الباطن، للعمل المسند إليه، بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، قد يكون بسبب المقاول الأصلى، أو رب العمل نفسه، وذلك لأن المادة ٦٤٧ مدنى مصرى، الفقرة الأولى قد نصت على: "يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها، أو يستعين بها فى القيام

---

(١) راجع شروط ممارسة الدعوى المباشرة، المتعلقة بدين المقاول من الباطن، فى هذا البحث ص٣٠١ومابعدها.

(٢) راجع شروط الدعوى المباشرة، خاصة المتعلقة برب العمل، فى هذا البحث ص٢٩٢ ومابعدها.

بعمله"، وواضح من هذه المادة، أن رب العمل، قد يتعهد بتقديم المادة، التى سوف يستخدمها المقاول الأصلى فى أداء العمل المكلف به، ويقتصر هذا الأخير على تقديم عمله فقط. ففى هذه الحالة إذا تقاول المقاول الأصلى، بشأن كل العمل أو بعضه مع مقاول من الباطن، ولم يقم رب العمل بتقديم مواد العمل أو بعضها، فسوف يترتب على ذلك، عدم تنفيذ المقاول من الباطن لعمله، أو عدم تمام هذا التنفيذ، وبالتالى لن يتوافر شرط ممارسة الدعوى المباشرة، لسبب يرجع إلى رب العمل، خاصة أن المقاول من الباطن، لن يستطيع مطالبته مباشرة بهذا الالتزام، والحال أنه ليس طرفاً ــ وفقاً لما يذهب إليه الاتجاه التقليدى ــ فى عقد المقاولة الأصلى. كما قد يكون السبب فى عدم التنفيذ، أو تمامه راجع إلى المقاول الأصلى، لعدم تقديمه للمواد التى يستخدمها المقاول من الباطن فى العمل. صحيح أن هذا الأخير يستطيع أن يرجع على المقاول الأصلى بمقتضى المسئولية العقدية، لكن هذه مسألة أخرى، المهم هنا أنه لا يستطيع ممارسة الدعوى المباشرة، فى مواجهة رب العمل، حتى ولو كان قد أتم جزء كبير مما أسند إليه، ولم يتبق إلا جزء يسير.

مما سبق يتضح أن الربط بين تنفيذ العمل، وبين استحقاق الأجر، وبين ممارسة الدعوى المباشرة، ربط غير محدد، وغير واضح، الأمر الذى أدى إلى عجز الدعوى المباشرة ــ كما سنرى فيما بعد ــ تحقيق كثير من مزاياها.

الاعتبار الرابع: دعوى المقاول من الباطن المباشرة ليست من الدعاوى الكاملة[1]:

من المعلوم أن الدعوى المباشرة، اصطلاحا، هى الدعوى التى تثبت للدائن (للمقاول من الباطن)، فى مواجهة مدين مدينه (رب العمل)، لذا فإنها، تختلف عن

---

(١) تجدر الإشارة إلى أن الفقه، يقسم الدعاوى إلى نوعين: النوع الأول، هو الدعوى المباشرة الكاملة، ويقصد بها، الدعوى التى مجرد وأن يقررها القانون لصالح فئة، دون أن يشترط مباشرتها، يترتب عليه، تجميد ورصد ونقل كامل الحق، موضوع هذه الدعوى، والذى للمدين، لدى مدينه، لصالح صاحب الدعوى المباشرة، بحيث لا يحق للمدين، التصرف فى هذا الحق، ودون حاجة إلى أى إجراء من جانب صاحب الدعوى المباشرة، كما لا يجوز له أن يستوفيه، أو أن يبرئ منه المدين، أو يتمسك بالمقاصة، فضلاً عن ذلك فإن هذا الحق يخرج عن الضمان العام للمدين، فلا يزاحم دائنيه مع صاحب الدعوى المباشرة، أما فيما يتعلق بانقضاء الحق بالتقادم، فإن بعض الفقه، يرى انقضاء الحق موضوع هذه الدعوى بالتقادم، ذلك لأن المدين، وإن كان ممنوعاً من التصرف فى هذا الحق، إلا أنه ما زال أيضاً دائناً به، ويستطيع أن يتخذ الإجراءات التحفظية، والدعوى المباشرة الكاملة، لها أثر تحفظى وانتقالى بقوة القانون. أما النوع الثانى: فهو الدعوى المباشرة الغير كاملة، وهى مثل الدعوى محل الدراسة. راجع فى عرض نوعى الدعوى: د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٧، ١٠٨. وراجع أيضا:

Cozian. (Maurice). Laction directe. 1979. Thèse. Dijon, no.355.

الدعوى المباشرة، التى تثبت للدائن (للمقاول من الباطن)، فى مواجهة مدينه (المقاول الأصلى)، الذى يرتبط معه بعقد المقاولة من الباطن. وهذا الأخير يستمد دعواه المباشرة من القانون مباشرة.

ودعوى المقاول من الباطن، من الدعاوى الغير كاملة. فهذه الدعوى لا تؤدى إلى إخراج الحق من الضمان العام لدائنى ــ المدين ــ المقاول الأصلى، ولا تمنع هذا الأخير من التصرف فى حقه؛ لذا فإنه يجب لكىْ تنتج هذه الدعوى أثرها، فى مواجهة رب العمل والمقاول الأصلى، أن يتخذ المقاول من الباطن الإجراءات القانونية اللازمة لمباشرة الدعوى، سواء بالأعذار أولاً ثم رفعها، أو برفعها مباشرة أمام القضاء، أو باتخاذ إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير[١]. يضاف إلى ذلك، أن الدعوى المباشرة ــ محل الدراسة ــ غير الكاملة، لا ترتب إلا أثرا تحفظيا منذ رفعها، ولا يكون لها أثر انتقالى إلا بصدور حكم فيها. وهذا بخلاف الدعوى المباشرة الكاملة، التى يكون لها أثر تحفظى وانتقالى بقوة القانون[٢].

وبناءً على ما تقدم، إذا أخذنا ما سبق فى الاعتبار، يمكننا بسهولة تحديد سلبيات الدعوى المباشرة، وهو ما سنتناوله فى الفروع التالية.

الفرع الثانى
عدم قبول الدعوى المباشرة فى بعض الأحوال

قد لا تقبل الدعوى المباشرة، ففى هذه الدعوى ــ كما تقدم ــ وحيث لا يتم تجميد ورصد الحق موضوع الدعوى، لمصلحة المقاول من الباطن منذ نشأته، ومن ثم يجوز أن ينقضى دين رب العمل قبل المقاول الأصلى، قبل ممارسة الدعوى المباشرة، وبالتالى يحكم بعدم قبولها ويحدث ذلك فى الأحوال الآتية:

أولاً: فى حالة وفاء رب العمل، للمقاول الأصلى، بالدين كاملاً، ويكون هذا الوفاء صحيحاً، إذا تم قبل ممارسة الدعوى المباشرة. ولا يشترط لكى يكون هذا الوفاء صحيحاً، أن تكون المخالصات ثابتة التاريخ، قبل ممارسة الدعوى سواء كان ذلك الوفاء بحسن نية، أو بسوء فيه، أو كان وفاء معجلاً فتمام

---

(١) راجع ما تقدم فى هذا البحث بخصوص الآثار التى ترتب على رفع الدعوى المباشرة ص ٣٠١ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٨.

الوفاء قبل ممارسة الدعوى المباشرة[١]، لا يعطى مجالاً للبحث عن سوء أو حسن النية. ذلك ما لم يثبت غش أو تواطؤ بين رب العمل أو المقاول الأصلى[٢].

ثانياً: وإذا وقعت المقاصة، بين ما للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل، وما عليه له وكان ذلك فى تاريخ سابق، على تاريخ ممارسة الدعوى المباشرة.

ثالثاً: كذلك إذا قام المقاول الأصلى، بإبراء ذمة رب العمل، متى كان الإبراء سابقاً فى تاريخه، على تاريخ ممارسة الدعوى المباشرة.

رابعاً: وأيضاً فى حالة تنازل المقاول الأصلى عن حقه فى ذمة رب العمل للغير، وذلك عن طريق حوالة الحق، متى صارت هذه الحوالة نافذة، وذلك بقبول المحال عليه لها أو إعلانه بها، قبل ممارسة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة.

ففى جميع هذه الحالات، ينقضى دين المقاول الأصلى فى ذمة رب العمل الناشئ عن عدم تنفيذ عقد المقاول الأصلى وبالتالى يتخلف أحد شروط قبول الدعوى المباشرة، فيحكم بعدم قبولها، وخاصة أن حالات انقضاء الدين السابقة، تتم -عادة- بين رب العمل والمقاول الأصلى، دون علم المقاول من الباطن، الذى يفاجئ بعدم ممارسته للدعوى المباشرة ضد رب العمل، بدفع هذا الأخير، بعدم قبول الدعوى، للأسباب السابقة.

وفضلاً عن الدفوع السابقة، فإنه أيضاً يجوز لرب العمل، أن يدفع دعوى المقاول من الباطن المباشرة، بالدفوع الآتية:

١- الدفع ببطلان عقد المقاولة الأصلى، فإذا كان هذا العقد باطلاً فيجوز لرب العمل أن يدفع بالبطلان، فى مواجهة المقاول من الباطن، صاحب الحق فى الدعوى المباشرة.

---

(١) راجع فى ذلك حكم محكمة الاستئناف المختلط فى ١٩٤٣/٥/٥ - م٥٥ - ص ١٤٥ أشار إليه: د. عبد الرازق السنهورى - المرجع السابق، ص ٢١٣ - هامش (١).

(٢) راجع فى ذلك - ترولون جـ ٣، فقرة، ١٠٥١ ص ٢٦٠، يرى سيادته أنه يحتج رب العمل على العامل بسبق الوفاء للمقاول الأصلى، حتى ولو كان يعلم فقد ما بينه العمال فى ممارسة الدعوى المباشرة مشار إلى هذا المرجع لدى د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٣٣٧.

٢- إذا كان لرب العمل، الحق فى الدفع بعدم التنفيذ، فى مواجهة المقاول الأصلى، فيستطيع أن يدفع بذات الدفع، فى مواجهة المقاول من الباطن. فالحق فى الدفع بعدم التنفيذ، تقرره القواعد العامة، وتؤكد عليه النصوص المقررة للدعوى المباشرة فتقضى القواعد العامة، بأن من يطالب بحق لشخص فى ذمة الغير وسواء تم ذلك اتفاقاً أو بحكم القانون، فإنه لا يكون له أكثر من حقوق هذا الشخص قبل الغير. وبالتالى فإذا كانت الدعوى المباشرة، تحقق ضماناً للمقاول من الباطن، إلا أنها لا تؤدى إلى التشديد على موقف رب العمل، فهو يلتزم فى حدود علاقته بالمقاول الأصلى، لا فيما وراء ذلك. وأكدت نفس الحكم النصوص الذى تقرر الدعوى المباشرة، حيث يحدد نطاق التزام رب العمل، إزاء المقاول من الباطن، بذلك الثابت فى ذمته وقت ممارسة الدعوى[١].

ففى كافة الحالات السابقة، فإن الدعوى المباشرة، لن تفيد المقاول من الباطن، ولن يجنى من ممارستها، سوى ضياع الجهد والوقت والمال.

الفرع الثالث
الدفوع التى تنشأ بعد ممارسة الدعوى المباشرة، ويجوز لرب العمل الاحتجاج بها

وإذا كانت ــ كما أسلفنا ــ القاعدة، أن أى دفع ينشأ سببه، بعد ممارسة الدعوى المباشرة، لا يجوز لرب العمل، أن يحتج به فى مواجهة المقاول من الباطن، إلا أن هناك دفوعاً، قد تطرأ أسبابها، بعد ممارسة الدعوى المباشرة، ويحق لرب العمل أن يدفع بها، مطالبة المقاول من الباطن المباشرة، وذلك كما فى الحالة التى ينشأ فيها لرب العمل، الحق فى تخفيض المقابل المتفق عليه، فى عقد المقاولة الأصلى، نتيجة عدم إتمام العمل، أو لسوء التنفيذ. فإذا تحقق سبب هذا الدفع، بعد ممارسة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة، فإن لرب العمل أن يدفع دعوى هذا الأخير، بعدم مديونيته للمقاول الأصلى، وذلك إذا كان مقدار التخفيض

---

[١] راجع فى ذلك ــ د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠١-٤٠٢.

بسبب التنفيذ المعيب، أو عدم تمام التنفيذ، يتجاوز المتبقى من المقابل المتفق عليه[1].

ونود أن نشير فى هذا الصدد، إلى أن عدم حماية الدعوى المباشرة، للمقاول من الباطن، تزداد وضوحاً خاصة إذا كان السبب الذى نشأ عنه تخفيض المقابل، فى عقد المقاولة الأصلى، لا يد للمقاول من الباطن رافع الدعوى فيه. فقد يكون هذا الأخير، قد نفذ ما أوكل إليه، بمقتضى عقد المقاولة من الباطن تنفيذاً كاملاً غير معيب، وأن سبب التخفيض يرجع إلى المقاول الأصلى، فقد يكون هذا الأخير، لم يتم تنفيذ ما احتفظ بتنفيذه بنفعه، أو نفذه تنفيذاً معيباً، أو كان قد أوكل تنفيذ جزء من العمل، إلى مقاول من الباطن، غير رافع الدعوى -آخر-، ولم يقم بتنفيذه أو نفذه تنفيذاً سيئاً.

وتجدر الإشارة، إلى أن إمكانية دفع رب العمل، مطالبة المقاول من الباطن المباشرة بهذا الدفع، بالرغم من نشأة سببه، بعد ممارسة الدعوى المباشرة، وبالرغم من أن المقاول من الباطن، قد نفذ التزامه كاملاً غير معيب. تؤكد من ناحية نظرتنا إلى أن الربط بين مباشرة الدعوى المباشرة، وتنفيذ رافعها ما أوكل إليه من التزامات بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، هو ربط غير واضح ومبهم.

ومن ناحية أخرى، تؤكد الربط الشديد بين التزامات المقاول الأصلى وحقوقه، تجاه رب العمل، وبين التزامات المقاول من الباطن وحقوقه، تجاه المقاول الأصلى لعمل رب العمل. وأن اعتبار هذا الأخير من الغير بالنسبة للمقاول من الباطن، مسألة محل شك.

صفوة القول، أنه إذا نجح رب العمل، فى إثبات سبب أحد الدفوع السابقة، سواء منها الناشئة قبل أو بعد ممارسة الدعوى المباشرة، على النحو السابق بيانه، ففى هذه الحالة، لن يستطيع المقاول من الباطن، الحصول على حقه، بل أنه فوق ذلك، سوف يتحمل مصاريف، ويضيع وقته ومجهوده بالرغم من أنة الأضعف - عند بعض الفقه- من الناحية الاقتصادية.

---

[1] راجع فى ذلك فى هذا البحث ــ آثار الدعوى المباشرة ــ ص٢٩٠ ومابعدها، الدفوع التى تنشأ بعد ممارسة الدعوى المباشرة، ص٣٠٠ ومابعدها .راجع أيضاً ديداى ص ١٠٢. مرجع مشار إليه لدى د. رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ص ٤٠٢ هامش ٢٣٣.

الفرع الرابع

عدم حصول المقاول من الباطن على شيء، بالرغم من توافر شروط الدعوى ورفعها من قبله في بعض الفروض

كما ذكرنا ــ آنفا[١] ــ أن القانون المصرى، لا يشترط فى جميع الحالات، رفع دعوى لصحة الحجز، ولكن يمكن توقيع الحجز، متى كان بيد الدائن سند تنفيذى، وكان الحق معلوم المقدار، فإن الحاجز فى هذه الحالة، لا يلتزم برفع دعوى صحة الحجز. ففى هذا الفرض، إذا تم الحجز على ما للمقاول الأصلى، لدى رب العمل، من أحد دائنى المقاول الأصلى غير المزودين بالدعوى المباشرة، وبدأت إجراءات هذا الحجز، قبل ممارسة المقاول من الباطن دعواه المباشرة. فإذا قام المقاول من الباطن بعد ذلك برفع دعواه المباشرة، ثم قام رب العمل المحجوز لديه بالإقرار بما فيه ذمته، التزم المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره، بأن يدفع للحاجز، المبلغ الذى أقربه، أو ما يفى منه بحق الحاجز؛ ذلك لأن رفع الدعوى المباشرة، لا يحول دون قيام رب العمل المحجوز لديه، بالتقرير بما فى ذمته ثم الوفاء بعد ذلك للحاجز والقول بغير ذلك فيه تعطيل لأحكام قانون المرافعات ــ المصرى ــ المتعلقة بحجز ما للمدين لدى الغير، خاصة المادة ٣٤٤ منه.

ويتضح من هذا الفرض، أنه قد يستغرق حق الدائن الحاجز، جميع ما للمقاول الأصلى لدى رب العمل، بما فيها الديون الناشئة عن تنفيذ عقد المقاولة الأصلى، وبالتالى فلا يحصل المقاول من الباطن على شيء.

---

[١] راجع فى هذا البحث ما أسلفنا، ويتعلق بآثار الدعوى المباشرة المتعلقة بدائنى المقاول الأصلى الآخرين ص ٣١٢ ومابعدها.

الفرع الخامس
فى حالات معينة لا جدوى من رفع المقاول من الباطن للدعوى المباشرة

فى تحديد المستفيد من الدعوى المباشرة، تبين أنه ليس المقاول من الباطن فقط هو المستفيد الوحيد، بل إن هذه الدعوى يستفيد بها أيضا عمال المقاول الأصلى وعمال المقاول من الباطن[1]. فإذا قام هؤلاء جميعاً بمباشرة الدعوى المباشرة مع المقاول من الباطن، فإن هذا الأخير يتقاسم معهم ثمرة الدعوى، قسمة غرماء، أما إذا قام العمال أو أحدهم، برفع الدعوى المباشرة قبل المقاول من الباطن، ثم قام الأخير برفع الدعوى حصل ــ العمال ــ العامل الذى بادر برفع الدعوى أولاً، على الحق الثابت فى ذمة رب العمل، فإذا لم يتبق منه شىء، تصبح دعوى المقاول من الباطن عديمة الفائدة.

الفرع السادس
قد لا يستأثر المقاول من الباطن بثمرة الدعوى المباشرة

سبق القول إن من أهم آثار الدعوى المباشرة، هو استئثار ــ رافعها ــ المقاول من الباطن، بثمرتها، دون أن يشاركه فيها غيره من دائنى المقاول الأصلى قلنا ــ أيضاً ــ أن هذه الميزة، تظهر بوضوح، عند إفلاس أو إعسار المقاول الأصلى. وتحقق الدعوى المباشرة، أفضلية للمقاول من الباطن، على دائنى المقاول الأصلى، حتى ولو كان أحدهم صاحب حق عينى تبعى.

وإذا كانت الدعوى المباشرة، تحقق للمقاول من الباطن، أفضلية على دائنى المقاول الأصلى، فإن هذه الدعوى، لا تحقق له أفضلية، بالنسبة لدائنى رب العمل، فهو يعتبر مع دائنى رب العمل، من الدائنين العاديين. إلا فى الحالة التى يكون فيها، المقاول الأصلى، مزود بتأمين عينى أو شخصى، فيأخذ المقاول من الباطن صفة المقاول الأصلى. أما إذا لم يكن المقاول الأصلى، له أفضلية على دائنى رب العمل، فإن المقاول من الباطن، يعتبر بالنسبة لدائنى رب العمل، دائناً عادياً.

---

[1] راجع فى ذلك ما يتعلق بالمستفيد من الدعوى المباشرة، ص٢٧٨ ومابعدها.

وتظهر هذه المشكلة، إذا تم الحكم لصالح المقاول من الباطن، فيصبح دائناً شخصياً لرب العمل، بمقدار المبلغ المحكوم به ويكون باستطاعته بعد ذلك، التنفيذ على كافة أموال رب العمل. فإذا كان لهذا الأخير دائنان آخران، فإنهم سوف يتقاسمون حصيلة بيع ما يتم التنفيذ عليه من أموال المدين قسمة غرماء، وقد لا يحصل المقاول من الباطن، إلا على جزء يسير من حقه.

ونود أن نشير هنا إلى أنه إذا كانت غاية المقاول من الباطن، من الدعوى المباشرة، هو الحصول على حكم بحقه، فإن هذا الحكم، لا يمكنه فوراً ومباشرة، من الحصول على هذا الحق، ولكنه يصبح بهذا الحكم دائناً شخصيًّا لرب العمل بالمبلغ المحكوم به، مثله فى ذلك مثل جميع دائنى هذا الأخير. ثم تبدأ بعد ذلك مرحلة تنفيذ هذا الحكم، فيمكنه الحجز على أى مال من أموال رب العمل، وقد يتقاسم معه دائنى هذا الأخير، حصيلة التنفيذ على هذه الأموال، إذا لم يكن من بينهم صاحب حق ممتاز، فيستوفى حقه أولاً، وقد يستغرق حقه على حصيلة التنفيذ، فلا يحصل المقاول من الباطن على شىء. أما إذا تبقى جزء من حصيلة التنفيذ، بعد استيفاء الدائن الممتاز لحقه، تقاسم هذا الباقى المقاول من الباطن، مع دائنى رب العمل الآخرين.

الفرع السابع
عدم جواز لجوء المقاول من الباطن للدعوى المباشرة فى نطاق العقود الإدارية

إذا كان المشرع، فى المادة ٦٦٢ مدنى مصرى، قد قرر دعوى المباشرة، للمقاول من الباطن، يستطيع بها، الرجوع على رب العمل، لمطالبته، بأجره عما تم تنفيذه، من أعمال، وذلك بالضوابط والشروط ــ السابق توضيحها ــ المتعلقة بهذه الدعوى، فعالج بذلك بعض نواحى الضعف، فى حماية المقاول من الباطن، وذلك فى العقود المدنية، والتى تبرم فى ظل أحكام القانون الخاص. إلا أنه فى نطاق القانون الإدارى فإنه لا يوجد نص قانونى يجيز للمقاول من الباطن إمكانية اللجوء إلى الدعوى المباشرة.

وبالتالى فإنه لا يجوز للمقاول من الباطن، أن يطالب الإدارة بصفتها رب العمل، عن طريق الدعوى المباشرة، بأية مطالبة قضائية.

والسبب فى ذلك، هو اعتبار المقاول من الباطن من الغير، بالنسبة لجهة الإدارة، فهذه الأخير لم تكن طرفاً فى عقد المقاولة من الباطن، والأول لم يكن طرفاً فى عقد المقاولة الأصلى، لذا فإنه وفقاً للتفسير الضيق لمبدأ نسبية أثر العقود، حيث يترتب على هذا التفسير، عدم وجود صلات قانونية، بين كل من المقاول من الباطن وجهة الإدارة، وبالتالى فإن الإدارة تكون ملتزمة بدفع الثمن دائماً للمقاول الأصلى، حتى بالنسبة للجزء المنفذ بواسطة المقاول من الباطن، فليس لهذا الأخير أية صفة فى أن يتقاضى الثمن المستحق له، مباشرة من الإدارة، كما لا يملك حق مقاضاتها به[١].

وعدم تمكين المقاول من الباطن، من اللجوء للدعوى المباشرة، فى نطاق العقود الإدارية يكون، سواء كان تعاقده مع المقاول الأصلى، مقترن بموافقة جهة الإدارة أو بدون موافقتها[٢].

وتجدر الإشارة فى هذا الشأن، إلى أنه من الناحية العملية، سوف يتعرض المقاول من الباطن، فى نطاق العقود الإدارية، إلى مخاطر ومشكلات -كثيرة حقيقية-، ويحدث ذلك سواء تمت المقاولة من الباطن بموافقة، أو بدون موافقة جهة الإدارة، وهذه المشكلات تتعلق أساساً بالحصول على حقوقه المالية عما تم تنفيذه من مراحل العقد، وخاصة إذا قام بتنفيذ أعمال إضافية نافعة وضرورية للتنفيذ السليم للعقد، فقد يتم تصفية شركة المقاول الأصلى، أو يصدر حكم بشهر إفلاسه، ومن ناحية أخرى، قد يلجأ المقاول الأصلى، إلى إحدى هيئات التمويل، لتمويل مشروعه مع الإدارة، ويقوم مقابل ذلك برهن العقد، أو التنازل عن الديون الناتجة عنه إلى ذلك الممول. وعند إفلاس شركة المقاول الأصلى فإن مجموع المبالغ المستحقة للمقاول من الباطن، سيتم سدادها للدائن المرتهن أو المتنازل إليه؛ وبالتالى فإن المقاول من الباطن سوف يظل دائناً، دون أن يتمكن من استيفاء

---

(١) راجع فى ذلك: د. عبد العليم عبد المجيد شرف ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٢، ص ١٣٣. د. عادل عبد الرحمن خليل ــ آثار العقود الإدارية ــ وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية مطبعة الإيمان، بدون عام نشر، ص ١٤٧.

(٢) مما يجعلنا نتساءل، حول قيمة موافقة جهة الإدارة على المقاولة من الباطن، طالما أنها لا تنشأ صلات قانونية مباشرة بين المقاول من الباطن وبين جهة الإدارة، فنفس الآثار تترتب إذا تم التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة. فليس للمقاول من الباطن فى الحالتين الحق فى اللجوء إلى الدعوى المباشرة، ليطالب الإدارة مباشرة، بمقابل ما نفذه من أعمال، وفق ضوابط وشروط الدعوى المباشرة.

حقوقه، لأنه سيعد أجنبيا عن ــ رب العمل ــ الإدارة. وحتى فى الفرض الــذى لا يقوم فيه المقاول الأصلى برهن العقد أو التنازل عن الديون الناتجة عنه، فإنــه إذا صدر حكم بشهر إفلاسه أو تصفيته قضائيًا. فإن المقاول من الباطن لــن يســتطيع الرجوع مباشرة على الإدارة المتعاقدة، بما يكون مستحقاً له عن الأعمال التى قــام بتنفيذها، لأنه لا يرتبط الإدارة بأية رابطة[١].

وأهم ما يترتب على عدم توفير وسائل لحماية المقاول من الباطن، وتمكنه من الحصول على مستحقاته المالية من جهة الإدارة، هو جعل المقاول من الباطن، غير مطمئن للحصول على مقابل ما قام بتنفيذه، الأمر الذى ينعكس ســلباً، علــى حسن أدائه لما أسند إليه من أعمال، فيؤدى ذلك إلى التأثير ســلبياً علــى المرفــق العام، ووجوب سيره بانتظام واطراد.

لذا فإننا ننادى مع بعض الفقه[٢]، بضــرورة أن يتجــه مجلــس الدولــة المصرى، بتمكين المقاول من الباطن، من ممارسة الدعوى المباشرة، فى مواجهــة جهة الإدارة المتعاقدة؛ ذلك لأن هذه الدعوى، تعد وسيلة قانونية ــ بالرغم من أنها ليست وسيلة فعالة ــ تساعد المقاول من الباطن، بوصفه ــ لدى بعض الفقه ــ أنه الطرف الضعيف، فى الحصول على مستحقاته المالية، خاصة فى الحالات، التــى يتعرض فيها المقاول للإفلاس، أو التصفية القضائية.

ويدفعنا إلى ما ننادى به، ما يلى:

أولاً: أنه فى إطار القانون الإدارى لا يوجد نص قانونى: يجيز للمقاول من الباطن، أن يلجأ إلى ممارسة الدعوى المباشرة، أو بالتالى فإن المعول عليه فى هذا الشأن، القانون المدنى[٣]، باعتبار أن هذه الأحكام تعد الشــريعة العامــة وتكــون واجبــة

---

[١] راجع فى ذلك–د.عادل عبد الرحمن خليل– المرجع السابق – ص١٤٧.

[٢] راجع فى ذلك: د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ذكره ــ ص ٥٢٠.

[٣] راجع فى ذلك: فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، بجلســتها بتــاريخ ١٩٨٦/٢/٣ فقــد أشارت هذه الفتوى إلى أن ما تقضى به المواد (٦٥٨، ٦٦١، ٦٦٢) من القانون المدنى، أنه فى حالــة وجود مقاولة من الباطن، فان الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة، بين المقاول من الباطن و ــ رب العمــل ــ الإدارة، حيث لا يربطهما أى تعاقد، والتزام ــ رب العمل ــ الإدارة بدفع الأجر، إمــا يكــون فــى مواجهة المقاول الأصلى فقط، وكما هو متفق عليه فى عقد المقاولة الأصلى. وهذه الفتوى تشــير إلــى تطبيق قواعد القانون المدنى، فيما يتعلق بالمقاولة من الباطن، على عقود المقاول من الباطن، فى إطار القانون الإدارى، وهذا يعنى أن تطبيق هذه المواد ــ المشار إليها آنفاً ــ لا يتعارض مع روابط القانون العام. وإذا كانت الفتوى قد أشارت إلى المادتين (٦٦١، ٦٦٢) من القانون المدنى المصرى، فإذا كانت

التطبيق فيما لم يرد بشأنه حكم خاص، متى كانت نصوصه لا تتعارض مع طبيعة روابط القانون العام، التى تتسم بها القانون الإدارى.

ثانياً: أن أحكام الدعوى المباشرة، تقضى أن المقاول من الباطن، إذ يباشرها، فإنه لا يطالب إلا بما يكون للمقاول الأصلى، من حقوق مالية لدى ــ رب العمل ــ الإدارة، وبما لا يتجاوز ما له لدى المقاول الأصلى وقت ممارسة الدعوى. وأن- رب العمل ــ جهة الإدارة، لن تضار فى هذه الحالة، ذلك لأن ما تدفعه للمقاول من الباطن، بمقتضى الدعوى المباشرة، تستطيع أن تخصمه من المبلغ المستحق للمقاول الأصلى.

ثالثاً: فإن منح المقاول من الباطن فى العقود الإدارية، حق اللجوء إلى الدعوة المباشرة، سوف يجعله مطمئن إلى الحصول على مستحقاته المالية، خاصة عند تعرض المقاول الأصلى للإفلاس أو التصفية القضائية، فينعكس ذلك بشكل تلقائى، على حسن أدائه لما التزم به، فيعود بأثر إيجابى على المرفق العام.

وعدم توفير حماية للمقاول من الباطن، فى العقود الإدارية فى مصر، يظهر بوضوح، عندما نعرض للضمانات ووسائل حماية المقاول من الباطن، فى القانون الفرنسى، والتى تتمثل فى السداد المباشر[1] والدعوى المباشرة.

الفرع الثامن

إهدار الحماية القانونية لرب العمل

فالدعوى المباشرة ــ كما أسلفنا ــ قررها المشرع للمقاول من الباطن حيث يستطيع من خلالها أن يطالب، رب العمل مباشرة، بما للمقاول الأصلى لدى هذا الأخير، بحيث لا يتجاوز ما للمقاول من الباطن عند المقاول الأصلى. ولم يمنح المشرع لرب العمل دعوى مماثلة.

=المادة ٦٦١ تتعلق بإجازة المقاولة من الباطن، فإن المادة ٦٦٢ تخص الدعوى المباشرة وأحكامها. ويلاحظ أن الجمعية العمومية بقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى، قد طبقت المادة ٦٦١ مدنى مصرى، واستنتجت منها، عدم وجود علاقة مباشرة بين- رب العمل- والإدارة والمقاول من الباطن، ولم تقم بتطبيق باقى أحكام المقاولة من الباطن، خاصة المادة ٦٦٢ مدنى مصرى، المتعلقة بالدعوى المباشرة، رغم الإشارة إليها.

[1] راجع ما سوف نتناوله لاحقاً، بشأن السداد المباشر فى الباب الثانى.

وإذا كان المشرع، قد أراد حماية المقاول من الباطن، وقد برر بعض الفقه ذلك، بأن المقاول من الباطن، هو الطرف الأضعف، فى الروابط التى تتولد عن المقاولة من الباطن[١]، خاصة من الناحية الاقتصادية، بحيث لا يمكنه مناقشة بنود العقد. وبالتالى يكون مجبراً على قبوله خوفاً من ضياع فرصة التعاقد. لذا فإن المشرع والحال هكذا، قد دعم المقاول من الباطن بالدعوى المباشرة، باعتبار أنها وسيلة قانونية، تساعده فى الحصول على مستحقاته المالية، خاصة فى الحالات التى يتعرض فيها المقاول الأصلى، للإفلاس أو التصفية القضائية[٢].

وإذا كانت حماية المقاول من الباطن، بوصفه الطرف ــ كما يرى بعض الفقه ــ الضعيف، تقف وراء تخصيص الدعوى المباشرة له من قبل المشرع. وهذا يعنى، بمفهوم المخالفة، أن عدم منح رب العمل، دعوى مماثلة، سببه أن هذا الأخير، يعتبر فى مركز اقتصادى أقوى.

ونعتقد أن هذه العلة محل نظر، ذلك لأن المقاول من الباطن لا يعتبر فى جميع الأحوال الطرف الضعيف، من الناحية الاقتصادية، ومن ثم فإن حمايته حتى تكون أولى، من حماية رب العمل. بل على العكس من ذلك حيث إن هناك حالات ــ ليست قليلة ــ يكون فيها رب العمل الطرف الضعيف. خاصة إذا كان رب العمل، هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، أو إذا كان شخصا مليئاً، فإنه بوصفه مالك للمشروع، أو العمل الذى سوف ينفذ، يعتبر هو الأقوى من الناحية الاقتصادية، فهو الذى يختار المقاول الأصلى، ويتفاوض معه، وقد يفرض عليه مقاول من الباطن بالذات، أو يترك له حرية اختيار هذا الأخير، أو يمنعه من التعاقد من الباطن. ففى مثل هذه الحالة، فإن المقاول من الباطن، يكون فى مركز ضعف ويكون ــ على نحو ما بينا ــ جدير بالحماية.

ولكن فى حالات أخرى، كما لو كان رب العمل شخص مريض ــ مثلاً ــ يحتاج إلى إجراء عملية، وكانت حالته من الناحية الاقتصادية ضعيفة، فجمع ما يملك، وذهب إلى طبيب ما، أو إلى مستشفى، فأوكل ذلك الطبيب أو هذه المستشفى، إجراء هذه العملية كلها، أو فى جزء منها، إلى طبيب آخر، أو مستشفى آخر من الباطن، وذلك فى الأحوال التى لا يتوافر فيها الاعتبار الشخصى الذى

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٧.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤٤.

يحول دون التقاول من الباطن. ففى هذه الحالة، من أجدر بالحماية، أو من هو الضعيف من الناحية الاقتصادية، هل المريض الذى جمع كل ما يملك، وهو يعتبر فى هذه الحالة رب العمل، أم الطبيب أو المستشفى وهى مؤسسة علاجية، باعتبارها مقاول من الباطن، ومزود بالدعوى المباشرة؟ خاصة أن المريض وحالته الاقتصادية هكذا، وهو يشغل من الناحية القانونية مركز رب العمل، قد لا يكون له اختيار المقاول الأصلى، أو المقاول من الباطن.

وتتوافر نفس العلة، فى الشخص الذى حدث نزاع بشأن أحد حقوقه ــ فأصبح معسراً ــ، فذهب إلى محام، طلباً للمشورة القانونية، أو المرافعة، فأوكل المحامى، باعتبار أنه مقاول عند أدائه لمثل هذه الأعمال، تنفيذ ما أسند إليه من أعمال، إلى محام آخر، على اعتبار أن هذا الأخير مقاول من الباطن، ففى مثل هذه الحالة فإن هذا الشخص يشغل المركز القانونى لرب العمل، وهو فى هذا المثال قد ضاعت حقوقه، مما أدى إلى إعساره، ويأمل فى استرداد ما ضاع منه، ربما لينفق على أسرته أو ليعطى المحامى أجره. فمن يكون أجدر بالحماية، هل رب العمل، أم المحامى ــ المقاول من الباطن ــ، الذى قد يكون شركة، أو مؤسسة؟.

وأيضاً فى مجال المعمار، قد يكون رب العمل شخصاً، جمع ما يملك، حتى يبنى منزلاً يؤوى أسرته، فتعاقد مع أحد شركات المقاولة التى تعمل فى مجال المعمار، فأوكلت هذا البناء سواء كله أو جزء منه، إلى شركة أخرى تعمل فى مجال المعمار أيضاً. ففى هذه الحالة أيضاً من يكون أجدر بالحماية، هل رب العمل، وهو الشخص الذى أراد أن يبنى منزلاً يؤوى أسرته، فدفع كل ما يملك وربما افترض لهذا الغرض، أم المقاول من الباطن وهو شركة، وأقوى من الناحية الاقتصادية، وقد زوده المشرع بالدعوى المباشرة؟، ولو أضفنا إلى ذلك، إن من يشغل المركز القانونى، للمقاول من الباطن، فى الأمثلة السابقة، قد يقع منه إخلال فى تنفيذ التزاماته محل المقاولة من الباطن، فهل يملك رب العمل، دعوى مباشرة لمطالبته بتنفيذ هذه الالتزامات، أو التعويض عنها؟ ولكن لا يفهم من العرض السابق، أننا لا نريد حماية المقاول من الباطن، فهذا ليس ــ أبداً ــ رأينا، وليس هذا ما قصدنا إليه، فهدفنا من العرض السابق، هو تفنيد السبب، الذى رأى بعض الفقه، أنه وراء منح المشرع المقاول من الباطن دعوى مباشرة. بالرغم من أن

نفس العلة، قد تتوافر فى جانب رب العمل، ومع ذلك لم يمنحه المشرع دعوى مماثلة.

وإذا قيل أن التشريع، إنما يكون للغالب الأعم، وليس للقليل النادر، وأنه فى معظم الأحيان، وأعمها يكون المقاول من الباطن الطرف الضعيف، فإن هذا القول أيضاً غير دقيق، لأن هناك مجالات من المقاولات، يكون فيها من يشغل المركز القانونى لرب العمل، هو الأضعف من الناحية الاقتصادية، وهو الأجدر بالحماية، وذلك كما فى المجال الطبى، أو الشركات التى تتولى إصلاح الآلات الكهربائية، أو السيارات، أو صيانتها، وشركات صناعة السيارات، إذا أبرم معها رب العمل عقد مقاولة، لتصنع له سيارة بمواصفات خاصة، فقامت بالتعاقد من الباطن مع شركة أخرى، لتصنيع أحد أجزاء هذه السيارة. ففى جميع ــ وحالات أخرى عديدة ــ هذه الحالات، يكون من يشغل المركز القانونى لرب العمل، هو الأضعف من الناحية الاقتصادية، وهذه الحالات ليست نادرة.

وإذا سلمنا بأن المقاول من الباطن تم منحه الدعوى المباشرة لضعفه من الناحية الاقتصادية، ففى المقاولة من الباطن على درجات، إذ قام برفع هذه الدعوى المقاول من الباطن من الدرجة الثالثة، فسوف يرفعها على المقاول من الباطن من الدرجة الأولى، بصفة هذا الأخير رب عمل، بالنسبة للمقاول من الباطن رافع الدعوى، وبالتالى فإن الدعوى سيتم رفعها على مقاول ــ أيضاً ــ من الباطن، ضعيف من الناحية الاقتصادية[1].

ـ مما تقدم يتضح، أن الفقه الذى يرى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار، لا يستطيع تبرير منح المشرع، دعوى مباشرة للمقاول من الباطن، وعدم منح رب العمل دعوى مماثلة. بل إن البعض منهم ينتقد بشدة، عدم وجود دعوى مباشرة لرب العمل فى مواجهة المقاول من الباطن، وفى ذلك يقول بعضهم: "ومع اعترافنا بأن إقرار القضاء للدعوى التقصيرية، يعد تطبيقاً

---

[1] وإذا كنا نرى، أن المقاول من الباطن، لا يكون دائماً الطرف الأضعف من الناحية الاقتصادية، وأن المشرع أراد حمايته بالدعوى المباشرة ، فأننا نؤكد ذلك بأن المشرع قد منح المؤجر دعوى مباشرة فى مواجهة المستأجر من الباطن، لاستيفاء الأجرة، بالرغم من أن المؤجر هو صاحب العقار، ويفترض فيه أنه الأقوى من الناحية الاقتصادية، والمستأجر من الباطن هو الطرف الأضعف من الناحية الاقتصادية. راجع فى ذلك للمادة ٥٩٦ مدنى مصرى.

صحيحاً لمبدأ نسبية آثار العقد، إلا أننا نرى أنه من المفيد أيضاً الاعتراف لرب العمل بالرجوع بدعوى مباشرة على المقاول من الباطن"، ويبرر هذا الفقه ذلك بقوله "فرب العمل هو صاحب المصلحة الحقيقية فى العمل الذى يقوم به المقاول من الباطن بل هو مقدم العمل، ومن ثم يعد المفتقر أو المضرور الحقيقى من أخطاء المقاول من الباطن"[1].

فضلاً عن ذلك، إذا كان رب العمل هو الدولة، أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، فإنه لا يستطيع أيضاً، الرجوع على المقاول من الباطن. فإذا كان تنفيذ هذا الأخير للالتزام معيب، أو غير تام. فإن رب العمل لا يستطيع الرجوع على المقاول من الباطن، وبالتالى يمكن أن تتعرض أموال الدولة، وهى أموال عامة للضياع، خاصة إذا كان المقاول الأصلى، قد أفلس أو توفى ولم يكن له خلف عام، أو كان أجنبيًا ورجع إلى وطنه. صحيح أن جهة الإدارة، تحاول وضع الضمانات اللازمة، وتتحقق من الاعتبارات الشخصية، التى يجب توافرها فى المقاول الأصلى، إلا أن توافر هذه الاعتبارات، يكون التحقق منها وقت التعاقد، وقد يفقدها المقاول الأصلى أثناء تنفيذ العقد، فقد يفقد ملاءته المالية، أو أحد الاعتبارات الأخرى، ولا يحق لجهة الإدارة، مقاضاة المقاول من الباطن مباشرة ــ وفقاً لما يذهب إليه الاتجاه التقليدى ــ بسبب تنفيذه العمل بطريقة مخالفة لما ورد بالعقد.

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٢.

الباب الثانى
الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن

عرض وتقسيم:

عرضنا فى دراستنا فى الباب الأول من هذا البحث الاتجاه القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن تدخل فى منطقة الأغيار، وأوضحنا وسائل إمكانية الرجوع بينهما، والتى تمثلت فى الدعوى غير المباشرة -المسئولية التقصيرية- باعتبارها استثناء -من وجهة نظرهم- من مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية.

ومن خلال مناقشتنا لهذا الاتجاه فى ضوء النصوص القانونية اتضح لنا أن سبب الرأى السالف الإشارة إليه (اعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار) إنما يرجع إلى تفسير مبدأ نسبية أثر العقود تفسير ضيق، خاصة فى نطاق إعمال هذا المبدأ من حيث الأشخاص.

كما تبين لنا أن الوسائل الثلاث المشار إليها كآليات لهذا الرجوع عجزت عن تحقيق الحماية الكاملة للطرفين كل فى مواجهة الآخر. وإذا كنا قد سلمنا بوجود اتجاه آخر يرى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية؛ فكان لزاماً علينا أن نولى توضيح وجهة نظر هذا الاتجاه اهتماما، ومن ثم فقد خصصنا الباب الثانى لدراسة هذا الاتجاه.

وقد ذهبنا إلى إفراد الفصل الأول من هذا الباب لإلقاء الضوء على هذا الاتجاه؛ وذلك فى ثلاثة مباحث، سنتناول بالدراسة ما قال به أنصار الأسرة العقدية وذلك فى المبحث الأول، ثم نتناول فى المبحث الثانى دراسة اتجاهات ــ فقهية ــ أخرى تنتهى إلى ذات الرأى. وهو ما يتضح فى دراسة موضوع الضمان العشرى وموقف الفقه منه من حيث الاتجاه نحو تحديد مدى توافر روابط عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن بوصفها ضرورة حتى يتمكن الأول من الرجوع على الثانى بهذا الضمان. وينسحب كل ما تقدم بيانه بصدد الضمان العشرى على التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية للمهندس والمقاول.

وفى المبحث الثالث من هذا الفصل، سوف نلقى الأضواء على الإيجار من الباطن والوكالة من الباطن باعتبارهما من الموضوعات التى تمثل مع المقاولة من الباطن الصور الأساسية للتعاقد من الباطن. ففى الإيجار من الباطن وكذا الوكالة من الباطن، عمد المشرع إلى تنظيمهما بنصوص قانونية تؤكد الطبيعة العقدية بين المؤجر والمستأجر من الباطن فى الإيجار من الباطن، والموكل ونائب الوكيل فى الوكالة من الباطن.

وإذا كانت المقاولة من الباطن تتشابه تماماً معهما، فإن المشرع أحجم عن أن يضع لها مثل تلك القواعد، الأمر الذى دفعنا إلى دراسة هذين الموضوعين (الإيجار من الباطن ــ الوكالة من الباطن) بالقدر المناسب ــ حتى لا نخرج عن موضوع دراستنا ــ وذلك فى محاولة لتحليل دوافع المشرع فى ذلك، على الرغم من ضرورة وجود هذه القواعد ــ عندنا ــ فى العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

وسنتناول أيضاً السداد المباشر، الذى نظمه المشرع الفرنسى بقواعد تنظم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن لها طبيعة تعاقدية ــ عند البعض ــ، حيث يتولى رب العمل مهمة السداد المباشر للمقاول من الباطن. فوفقاً لهذا النظام يقوم المقاول من الباطن بالاتصال المباشر برب العمل للمطالبة بحقوقه المترتبة علىَ اتفاق التعاقد من الباطن، الأمر الذى يكشف عن وجود علاقة مباشرة بينهما، ناتجة عن علاقة عقدية.

ولعل دافعنا لتناول الموضوعات المشار إليها سابقاً على وجه التحديد ــــ دون غيرها ــ هو ما تتميز به من وجود تشابه وصلة وثيقة بمجال المقاولة من الباطن. ونحن إذ نتناول هذه الموضوعات فإننا نعرض لها بالقدر الذى يحقق هدفنا، وهو إلقاء الضوء على طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

وفى الفصل الثانى من هذا الباب، نتناول مبدأ نسبية أثر العقود وذلك باعتباره أهم العوامل التى يمكن استنادا إليها القول بوجود رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن أو رفض القول بوجود هذه الرابطة. حيث مَثَّل هذا المبدأ الأساس لدى الرأى القائل بوجود رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، وقد كان لزاماً علينا فى هذا البحث أن نتعرض لعدة نقاط، أهمها دراسة

مبدأ نسبية أثر العقود والإتجاه الحديث فى تفسيره ، وأثر ذلك على تحديد مفهوم الغير ومفهوم الطرف فى العقد.

أما فى الفصل الثالث فنحاول تطبيق ما انتهينا إليه من تحديد لمفهوم الطرف على العلاقة محل الدراسة فإذا ما إنتهينا إلى أن هذه العلاقة من طبيعة عقدية سوف نتناول الرجوع المتبادل بين كل من رب العمل والمقاول من الباطن بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، وأهمية الرجوع بمقتضى هذه المسئولية وضوابطه. وعلى ذلك فإن خطة الدراسة فى هذا الباب تكون على النحو التالى:

الفصل الأول: الاتجاه القائل بوجود رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن.

الفصل الثانى: الإتجاه الحديث فى تفسير مبدأ نسبية أثر العقود وأثره على مفهوم الطرف.

الفصل الثالث: مدى إعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة عقدية وأثر ذلك

الفصل الأول
الاتجاه القائل بوجود رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن

تمهيد وتقسيم:

سوف نتوقف خلال دراستنا لهذا الاتجاه أمام مجموعة من النقاط. تتمثل أولاهما فيما قال به أنصار الأسرة العقدية، وقد استند اهتمامنا بهذا الموضوع إلى أنه يمثل ــ عندنا ــ أقوى الاتجاهات التى نادت بوجود علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، ليس هذا فحسب بل أوضحت لنا علة ذلك، وضوابط وشروط إعمال العلاقة العقدية المباشرة.

وتتمثل ثانيهما فيما انتهى إليه الفقه نحو تحديد مدى توافر رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن؛ وذلك بوصفها ضرورة حتى يتمكن الأول من الرجوع على الثانى إعمالاً لأحكام الضمان العشرى، وذلك لشديد الصلة بين هذا الموضوع ــ الضمان العشرى ــ وبين رب العمل والمقاول من الباطن. ويرتبط بذات النقطة موضوع التأمين الإجبارى من المسئولية، والخاصة بالمهندس والمقاول. حيث ينادى الفقه بوجود رابطة عقدية بين المقاول من الباطن ورب العمل حتى يمكن تطبيق أحكام هذا النوع من التأمين على المقاول من الباطن.

أما النقطة الثالثة فتدور حول دراسة موضوعات الإيجار من الباطن، والوكالة من الباطن، باعتبارهما من الموضوعات التى تمثل مع المقاولة من الباطن الصورة الأساسية للتعاقد من الباطن. إلا أنه باستقراء الموضوعين (الإيجار من الباطن ــ الوكالة من الباطن)، وللوهلة الأولى يتضح تنظيم المشرع لهما بنصوص قانونية تؤكد الطبيعة العقدية للعلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، وكذا الموكل والوكيل من الباطن، وذلك على الرغم من التشابه التام بين الموضوعين السابقين والمقاولة من الباطن، ومع ذلك فقد التفت المشرع عن وضع مثل تلك القواعد فى حالة المقاولة من الباطن، الأمر الذى يجسد دافعنا لدراسة هذه الموضوعات، وهذا يدفعنا إلى التساؤل حول علة عدم وضع قواعد خاصة بهذه المسألة، وهل يرجع ذلك إلى رؤية المشرع نحو إعمال قواعد الأسرة العقدية أم لا؟.

وعلى ذلك، فإن خطة الدراسة فى الفصل الأول تتمثل فيما يلى:

المبحث الأول: أنصار الأسرة العقدية والطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

المبحث الثانى: اتجاهات فقهية أخرى.

المبحث الثالث: الإيجار من الباطن والوكالة من الباطن والسداد المباشر.

المبحث الأول

أنصار الأسرة العقدية والطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن

تمهيد وتقسيم:

ولعل الاتجاه الذى يناصر الأسرة العقدية من أقوى الاتجاهات، والتى أفرد لها الفقه مساحة غير قليلة وسايره فى ذلك القضاء، حيث نادت بوجود علاقة مباشرة من طبيعة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن؛ ونظراً لكون هذا الاتجاه هو أقوى الاتجاهات فى هذا الصدد، فإننا سنحاول فى هذا الموضع من البحث دراسة هذا الاتجاه بشكل يتلاءم مع موضوع بحثنا مستهدفين تطبيق ما قال به هذا الاتجاه فى مجال العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وفى سبيل ذلك، سنقسم دراستنا إلى عدة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول: الأسرة العقدية ومفهومها وصورها فى الفقه.

المطلب الثانى: الأسرة العقدية فى القضاء.

المطلب الثالث: شروط تطبيق المسئولية العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن فى ضوء الأسرة العقدية.

المطلب الرابع: نقد فكرة الأسرة العقدية ومحاولة الرد عليه

المطلب الخامس: تقدير فكرة الأسرة العقدية وأثرها على طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن

المطلب الأول
الأسرة العقدية ومفهومها وصورها فى الفقه

لا شك أن فكرة الأسرة أو العائلة العقدية تعد من الأفكار القديمة رغم أن واقع الحياة العملية لم يكن بنفس الصورة التى نجدها فى سوق العمل فى الوقت الحالى. وإذا كان هناك اتجاه فى الفقه والقضاء قد حاول إنكار هذه الفكرة، فإن الاتجاه الحديث قد نقب عن جذور هذه الفكرة من خلال النصوص القانونية التى تنظم الروابط العقدية. وقد ركز هذا الاتجاه على روح النصوص بمعزل عن الألفاظ والعبارات التى صيغت بها، انطلاقا من أن العبرة فى هذا الشأن بقصد المشرع وليس بالألفاظ والعبارات التى استخدمها فى التعبير عن القصد، ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فروع أربعة هى:

الفرع الأول: ظهور الأسرة العقدية فى ظل الواقع العملى والقانونى.

الفرع الثانى: كشف الفقه لفكرة الأسرة العقدية.

الفرع الثالث: صور الأسرة العقدية.

الفرع الرابع: الاتجاه القائل بالعلاقة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن.

الفرع الأول
ظهور الأسرة العقدية فى الواقع العملى والقانونى

الأسرة العقدية نتاج التطور الاقتصادى الذى يعيشه العالم، فمنذ بداية الثورة الصناعية فى أوربا، وما تلا ذلك من إحلال الآلة محل الإنسان فى معظم المجالات[١]، ونتيجة لما صاحب ذلك من تطور متلاحق، أصبحت العمليات الاقتصادية تتسم فى المجتمع المعاصر بالتعقيد الشديد، فضلاً عن أن القائمين بها هم ــ غالباً ــ من ذوى التخصص الدقيق[٢]. نتج عن ذلك أن أصبح من النادر، بل

---

(١) راجع لتوضيح ذلك بالتفصيل: د- فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٧.

(٢) راجع لتوضيح ذلك بالتفصيل: د- فيصل زكى عبد الواحد - المرجع السابق ــ ص ٧١ وما بعدها.
د-جابر محجوب على ــ المرجع السابق ــ ص ٣.
راجع أيضاً:
B. Tessyie-Thése precitee p.239 et s.
Espagnon (M): la regle du non-cumul des responsabilite delictuelle et responsabilite contractuelle, essai de delimation entre les deux, th, paris, I, 1980, p.239.

من الصعب أن يتم إنجاز عملية اقتصادية إلا من خلال الارتباط بمجموعة من العقود تتباين فى الطبيعة والأهمية[١]. فقد أصبح من الثابت الآن أن وحدة الهدف لم تعد تتطابق مع وحدة الخدمة[٢].

وقد أثر ذلك على فكرة العقد، خاصة من ناحية مضمونه ونطاق إنتاجه لثماره. فبدأت تنتشر فكرة الترابط بين مجموعة من التصرفات القانونية بغرض القيام بعملية مشتركة، أو تجتمع عدة عقود حول محل واحد تتعاقب عليه ويكون محلا لكل منها[٣]. وأصبحت هذه الفكرة "سمة من سمات العصر، سواء على مستوى المشروعات الاقتصادية أو المعاملات الفردية"[٤].

ففى إطار المشروعات الاقتصادية، من النادر أن ينجز مشروع اقتصادى بمفرده عملية من العمليات، دون أن يؤدى ذلك إلى أن يبرم مجموعة من العقود المتتابعة أحياناً والمكملة أحياناً، فمثلاً إذا أراد صاحب المشروع توسيع دائرة نشاطه جغرافيًّا فسوف يضطر إلى نقل منتجاته إلى مسافات طويلة عبر الدول وربما عبر القارات، وذلك غير متصور من خلال عقد واحد، بل يتطلب العديد من العقود سواء مع الناقلين أو الوسطاء أو المستوردين أو البائعين... إلخ، وذلك حتى تصل السلعة إلى المستهلك، فيتحقق بذلك هدفه، ومن ذلك أيضاً فى مجالات عمليات البناء، بدأت تنشأ شركات تتولى إقامة المنشآت الضخمة سواء بنفسها أو عن طريق التعاقد مع شركات أخرى تسند إليها تنفيذ هذه الأعمال، دون أن تتوافر بينهم رابطة التبعية؛ ولأن عملية البناء تحتاج ــ مثلاً ــ إلى رسومات هندسية، ومواد خام مصنعة تتولى إنتاجها شركات معينة، فإن الشركة التى تتولى عملية الإنشاء كانت تتعاقد مع الشركة الهندسية، أو الشركة المنتجة للمواد التى تستخدم فى عمليات البناء[٥]. وقد تلجأ تلك المشروعات أو هذه الشركات إلى إبرام عدة عقود مع عدد من الموزعين أو التجار، وذلك من أجل إنشاء شبكة توزيع تحمل

---

(١) د- جابر محجوب على ــ نفس الهامش السابق.

(٢) راجع فى ذلك :

Guseppe Valeri-Transporti Cumulative-1913- no.1-p1

(٣) راجع د- مصطفى الجمال ــ مصادر الالتزام ــ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ الطبعة الأولى ــ بدون دار نشر ــ بدون سنة نشر ــ بند ٢٦٤ ــ ص ٣٧٤.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ جابر محجوب ــ المرجع السابق ــ ص ٤.

(٥) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى ــ المرجع السابق ــ ص ٧ وما بعدها.

العلامة التجارية للمشروع ــ أو الشركة ــ وتخضع لهيمنته و إشـــرافه. ويـــرتبط بعملية التوزيع مسألة الدعاية للمنتج، ذلك أن المنتج أو الموزع لا يمكنه أن يقـــوم بحملة دعائية إلا من خلال التعاقد مع عدد من الموهوبين والمتخصصين فى هـــذا المجال، فضلاً عن التعاقد مع أداة من أدوات الإعلان، تلتزم بوضع الإعلام موضع العلانية، وذلك بنقل الرسالة الإعلانية من المعلن إلى المتلقى[١].

وعلى مستوى الأفراد، فإنهم يضطرون فى كثير من الأحيان، لإبرام عدد من العقود من أجل تحقيق هدف معين. فمثلاً من يرغب فى تشييد بناء له، يضطر لإبرام أكثر من عقد، فهو يتعاقد مع المقاول ويتعاقد مع عدد من العمال وقد يتعاقد مع مورد. وقد يتفرع عن هذه العقود عقود أخرى، فقد يتعاقد المقاول مـــع مقـــاول من الباطن من أجل تنفيذ العملية كلها، أو جزء منها، وقد يتعاقد المقاول من الباطن مع مقاول ــ ثان ــ من الباطن، أو يتعاقد مع عدد من العمال. كما أن المورد الذى يلتزم بتوريد مواد البناء، قد يتعاقد مع تجار جملة، وقد يتعاقد ــ أيضاً ــ مع ناقـــل لنقل هذه المواد إلى عملائه... إلخ[٢].

وإذا كان ما عرضناه هو بعض الأمثلة لمجالات الأسرة العقدية، فإنها تبين بوضوح أن فكرة الأسرة العقدية لم تترك مجالاً من مجالات النشاط الاقتصادى إلا وامتدت إليه. فنجدها فى مجال الإنتاج والتوزيع والنقل والإعلان والتأمين والتشييد والهندسة ونقل التكنولوجيا[٣]. كما أنها تنتشر أيضاً فى نطاق التصـــرفات الناقلـــة للملكية، وكذا العلاقات الإيجارية[٤].

---

(١) راجع فى ذلك د ــ عبد الفضيل محمد أحمد ــ الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية ــ مكتبة الجلاء بالمنصورة ــ عام ١٩٩١ ــ ص ٦٤ وما بعدها.

(٢) راجع د ــ جابر محجوب على ــ المرجع السابق ــ ص ٥.

(٣) راجع فى ذلك:

G. Viney-L'action en responsabilité entre participants â une chaine de contrats-mélanges Holleax-Litec 1990, p.400 etc.

(٤) د- فيصل زكى ــ المرجع السابق ــ ص ٨.

الفرع الثانى
كشف الفقه لفكرة الأسرة العقدية

لا شك أن انتشار الأسرة العقدية على النحو السابق بيانه، أثار العديد من التساؤلات حول النظام القانونى الذى تخضع له[١]. خاصة فى العلاقة بين الأطراف المتباعدة، اللذين لا يرتبطون ــ من ناحية الشكلية ــ بعلاقة عقدية مباشرة. فالسؤال هل يجوز أن يرجع أحد هذه الأطراف مباشرة على الطرف الآخر؟. وحتى فى الأحوال التى يقرر فيها المشرع بنصوص خاصة متفرقة، تحت مسمى الدعوى المباشرة[٢]. فهل يمكن استعمال هذه الدعوى فى مجال المسئولية، لتأسيس دعوى مسئولية عقدية مباشرة من أحد أطراف الأسرة العقدية ضد طرف آخر فيها، دون أن يكون بينهما رابطة عقدية مباشرة؟

وأهمية هذا السؤال تكمن فى أن مجال تطبيق قواعد المسئولية العقدية ــ كأصل عام ــ كان قد اقتصر على طرفى العلاقة العقدية، تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقود كما فسرته غالبية الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا، فقد كان هؤلاء يفسرونه فى ضوء ما كان سائداً فى ظل القانون الرومانى، على أساس أن جذوره تمتد إلى هذا الأخير. وذلك بقصرهم فكرة الطرف على الأشخاص الذين يساهمون ــ فقط ــ فى تكوين العلاقة التعاقدية. وبالتالى فإن الشخص الذى لم يساهم فى تكوين علاقة عقدية يعد من الغير بالنسبة لهذا العقد، حتى ولو كان هذا الشخص قد شارك فى بناء تصرف قانونى آخر متعاقب أو مرتبط بهذا التصرف، ومن ثم لا يكون له حق الرجوع على المدين بمقتضى هذا الأخير إلا بدعوى تؤسس على قواعد المسئولية التقصيرية متى توافرت شروطها[٣]. بالرغم مما ينتج عن ذلك من نتائج خطيرة.

---

(١) راجع:
B. Teyssie-Thése precitee, p.135 ets.

(٢) انظر فى دراسة حالات الدعوى المباشرة ــ الفقه المصرى ــ د- رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ١٥ وما بعدها. د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠٤ وما بعدها.
انظر فى الفقه الفرنسى:
M. Cozian-l'action directe. Op. Cit. 1967
A. Ponsard: Chr. Jamin La Nation de L'action directe L.G.D.J- 1991

(٣) راجع فى ذلك د- فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق - ص ٩.

وقد كان للفقيه الفرنسى[١] Bernard Teyssie الفضل الأول فى أن يلفت النظر إلى فكرة الأسرة العقدية، والنظام القانونى الذى تخضع له، فقد أعد سيادته عام ١٩٧٥ دراسة قانونية متخصصة، فى مجال العلاقات التعاقدية التى تبرم متتابعة كسلسلة واحدة بقصد تحقيق هدف واحد، أو العقود التى تتعاقب على مال واحد، وأطلق على هذه الدراسة اسم (المجموعات العقدية)، وكشف فيها عن بعض النتائج الخطرة المترتبة على ربط تطبيق قواعد المسئولية العقدية بالمفهوم التقليدى لفكرة الطرف، ويرى سيادته أن العقود المتتابعة على مال واحد، أو المبرمة بقصد تحقيق هدف واحد ترتبط ــ من الناحية الموضوعية ــ فيما بينها برباط واحد تجعلها متحدة فى مصيرها[٢]. وأنه يجب خضوعها لنظام قانونى واحد، وذلك يتطلب استبعاد أحكام المسئولية التقصيرية ووجوب تطبيق قواعد المسئولية العقدية.

ومنذ عام ١٩٧٥ بدأ الفقه الفرنسى[٣] في تناول هذه الفكرة بالدراسة والتحليل، وذلك تحت مسمى المجموعات العقدية أو سلسلة العقود أو الأسرة العقدية أو قنوات العقود.

وإذا كان الفقه الفرنسى ــ خاصة الفقيه تيسيه ــ قد كشف عن فكرة الأسرة العقدية، فإن الفقه المصرى لم يكن من ذلك ببعيد، فقد كان لأستاذنا الدكتور فيصل زكى عبد الواحد[٤] الفضل فى الكشف عن فكرة الأسرة العقدية فى الفقه العربى وتحديد ضوابط الرجوع بين أطرافها وأساسها القانونى، حيث إنه أول فقيه ــ بحسب علمنا[٥] ــ عربى تناول هذه الفكرة بالدراسة والتحليل، فقد أعد سيادته

---

(١) Bernard Teyssie, these.

(٢) B. Teyssie- Op.- Cit- No. 15.

(٣) راجع فى الفقه الفرنسى وعلى سبيل المثال ممن تناول هذه الفكرة:
Jean-NERET-Le sous-contrat-L.G.D.J.-1979. G. Viney- L'action en responsabilite entre participants a une chained ed contrats, mélanges Holl EAUX-Litec-1990. Christian-LARROUMET- L'action de nature necessairement contractuelle et la responsabilite civil dans les unsambles contractuels-JCP-ed E-1989-15430. Henri-ROLAND et Laurent Boyer, Droit Civil. Obligation contrat litect.-1989-et les groupes de contrats-L.D.G.J.-1998. H.R. Dand-L. Boyer-Obligation and Contrat Litec-1995, R 440-ets. J. Marc Mausseran Technique Contractuelle ed Juridiques lefebrere -p.157 ets.

(٤) راجع مؤلفه ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ دار الثقافة الجامعية ــ ١٩٩١/١٩٩٢.

(٥) حيث لم نرصد أثناء إعداد هذا البحث، مرجع عربى يتناول فكرة الأسرة العقدية بالدراسة والتحليل إلا بعد الدراسة التى أعدها أستاذنا الدكتور فيصل عام ١٩٩١/١٩٩٢.

دراسة قانونية متخصصة بعنوان "المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية" وذلك فى عام ١٩٩٢، ووضَّح من خلالها طبيعة المسئولية المدنية بين أطراف الأسرة العقدية، ودعوى المسئولية العقدية المباشرة، والأسس التى قيلت بشأنها، وبعد هذا التاريخ بدأ الفقه العربى فى تناول هذه الفكرة[١]. انطلاقا من أنها تتواءم مع روح النصوص القانونية.

وقد انطلق الفقه ــ الفرنسى والمصرى ــ فى دراسته للمسئولية العقدية فى مجال الأسرة العقدية من نقطة انطلاق واحدة، هى تحديد مفهوم الطرف فى العقد. حيث ذهب Teyssie [٢] إلى أن الحياة العملية تحتم تحديد مدلول الطرف فى ضوء فكرة التعاقب لبعض التصرفات القانونية على محل واحد، أو الترابط بين مجموعة من العلاقات التعاقدية بقصد القيام بعملية مشتركة.

ويضيف Neret [٣] إلى أن العقود المكونة للأسرة العقدية، سواء المتعاقبة على مال واحد أو المرتبطة بقصد تحقيق هدف واحد، تدور حول مصلحة اقتصادية واحدة، وهذا من شأنه أن يجعل من كل طرف فى هذه المجموعة طرفاً فى عقد الآخر.

وفى هذا الصدد، يطرح أستاذنا الدكتور فيصل زكى عبد الواحد[٤] تساؤلاً يدور حول الوقوف على حقيقة فكرة الطرف فى إطار التصرفات القانونية وهل

---

(١) راجع من الفقه العربى، الذى تناول هذه الفكرة تحت مسميات مختلفة. د ــ حمدى عبد الرحمن ــ الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات ــ الكتاب الأول ــ المصادر الإرادية للالتزام ــ ١٩٩٩ ــ دار النهضة العربية ــ ص ٥١٠ وما بعدها ــ د- مصطفى محمد الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٤ وما بعدها. د- مصطفى محمد الجمال ود- عكاشة محمد عبد العال ــ التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ــ منشورات الحلبى الحقوقية ببيروت ــ عام ١٩٩٨ ــ ص ٤٩٤ وما بعدها ــ د- حسام الدين كامل الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٠ وما بعدها، د- حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٤ وما بعدها. د ــ جابر محجوب على ــ المرجع السابق ــ ص ١١١ وما بعدها، د- هناء خيرى أحمد خليفة ــ المسئولية المدنية فى نطاق الأسرة العقدية ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة عين شمس ــ عام ٢٠٠٢. د- أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٦١٢ وما بعدها ــ د ــ فايز عبد الله الكندرى ــ مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة للغير ــ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ــ جامعة عين شمس ــ العدد الثانى ــ السنة ٤٢ يوليو سنة ٢٠٠٠ ــ ص ٢٢٠ وما بعدها.

(٢) Teyssie, Op. Cit. n°.45.

(٣) Neret, Op. Cit. n° 333.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٤.

وراجع أيضاً: M. Bacache-Gibeili, Op. Cit. no. 107

حيث بدأ حديثه عند تعريف المجموعة العقدية والسؤال عن الغير الذى يستحق الحماية؟ وهل الغير هم أولئك الذين لحق بهم ضرر عقدى ناشئ عن الإخلال العقدى للمدين بمعناه الضيق؟، أم أن الأمر يتعلق

يتعين تحديد هذه الفكرة فى ضوء الناحية التكوينية للعلاقة التعاقدية، أم أنه يلزم الأخذ فى الاعتبار عملية تنفيذ هذه الأخيرة وبعبارة أخرى، هل يتم تحديد مجال تطبيق قواعد المسئولية العقدية، وفقاً لمعيار شخصى، مؤداه قصر فكرة الطرف على من يساهم فى تكوين العلاقة التعاقدية؟، أم وفقاً لمعيار موضوعى مضمونه مدى تأثر الشخص بالعلاقة التعاقدية، بسبب أنه قد ساهم فى تكوين تصرف قانونى آخر متعاقب أو مرتبط بهذه العلاقة؟.

وقبل الإجابة عن هذا التساؤل نعرض فى عجالة لصور الأسرة العقدية؛ وذلك كى تزداد الأمور وضوحاً.

الفرع الثالث
صور الأسرة العقدية

تقسيم:

يقسم الفقه[1] الأسرة العقدية إلى صورتين، نعرض كل صورة فى غصن مستقل:

الغصن الأول: ويضم مجموعات العقود المتسلسلة، ويتفرع عنها نوعين من المجموعات، هما:

- النوع الأول: العقود المتجانسة

- النوع الثانى: العقود غير المتجانسة.

الغصن الثانى: العقود غير المتسلسلة وفكرة الأسرة العقدية

الغصن الأول
العقود المتسلسلة وفكرة الأسرة العقدية

ويقصد بالعقود المتسلسلة، مجموعة العقود المتعاقبة على مال واحد، أو المرتبطة بقصد تحقيق هدف واحد. وهى تنقسم إلى نوعين:

- النوع الأول: العقود المتجانسة - النوع الثانى: العقود غير المتجانسة.

النوع الأول: العقود المتجانسة

مجموعة العقود المتعاقبة على مال واحد، وتتميز هذه المجموعة بأنها تتعلق بشيء واحد، وتدور العقود المكونة للمجموعة حول أداء رئيسى واحد، كما

= بمحدودية الغير؟. ومن المعروف أن تحديد المقصود بالغير، هو فى نفس الوقت تحديد للطرف فى العلاقة التعاقدية. وذلك أن من لم يكن من الغير يعد طرفاً فى العلاقة التعاقدية.

(١) B. Teyssie Op. Cit. P. 33 ets.

أنها تتابع من حيث إبرامها، وتتميز هذه العقود ــ أيضاً ــ بالتسلسل، ويعتبر العقد الأول محور ومرتكز للعقد الثانى، وهذا الأخير يعد محور وأساس العقد الثالث وهكذا. وتتميز بأن العقد الثانى يأتى فى تاريخ نشوئه بعد العقد السابق. ومثال هذا النوع، أن يقوم شخص يبيع سيارة إلى (أ) ثم باع (أ) نفس السيارة إلى (ب) ثم قام (ب) ببيع ذات السيارة إلى (جـ)، ففى هذه الحالة توجد أسرة عقدية مكونة من عدة عقود، هذه العقود ــ جميعها ــ يربطها وحدة الطبيعة، كما أنها تعاقبت على ــ محل واحد ــ سيارة واحدة، ويميز هذه العقود أن العقد الثانى لا يوجد إلا بعد تمام العقد الأول، كما أن هذه العقود لا يفصل بينها عقد من طبيعة أخرى كعقد التوريد مثلاً.

النوع الثانى: العقود غير المتجانسة:

مجموعة العقود المرتبطة بقصد تحقيق هدف واحد[١] ويجمع بين هذه العقود وحدة السبب، والوحدة فى الطبيعة القانونية، بمعنى أن العقد الثانى له نفس الطبيعة القانونية للعقد ــ المنحدر منه ــ الأول، والعقد الثالث له نفس هذه الطبيعة ما يسبقه من عقود، وتحقق الطبيعة القانونية بين العقود المكونة لهذه المجموعة حتى ولو اختلف الأداء المادى بين هذه العقود واختلافا جزئيًا وقد عبر عن ذلك تيسيه بقوله إنه "حينما يرغب أحد أطراف العقد فى تخفيف أو إنقاص الالتزامات الملقاة على عاتقه ــ والتى يجب تنفيذها ــ فإنه يلجأ إلىٰ إبرام عقد من الباطن يلحق بالاتفاق الأول، ولا يتجاوز هذا العقد من الباطن حدود ومحتوى ومدة العقد الأصلى"[٢].

ومثال ذلك، فى عقد المقاولة الأصلى، يلتزم المقاول بأداء عمل معين لمصلحة رب العمل، وذلك على وجه الاستقلال ودون وجود علاقة تبعية بينه و بين رب العمل، فإذا أبرم المقاول عقد مقاولة من الباطن، فإن هذا العقد يكون متحدًا مع عقد المقاولة الأصلى فى الطبيعة القانونية، ذلك إذا كان محل التزام

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢ وما بعدها، د ــ هناء خيرى ــ المرجع السابق ــ ص ٣١ وما بعدها، د ــ حسام الدين كامل الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣١. ومن الفقه الفرنسى راجع:
B. Teyssie, Op. Cit, P.33 ets; M. Becache, Gileeili, Op. Cit no.139, p.123; Roland, L. Boyer, Op. Cit. P.448.

(٢) B. Teyssie, Op. Cit., no. 174.

المقاول من الباطن هو القيام بالعمل كله أو بعضه الملتزم بـه المقـاول الأصـلى ودون أن يكون تابعاً لهذا الأخير ووحدة الطبيعة القانونية بين العقدين متحدة حتـى ولو اختلف الأداء المادى فى أحدهما، فعقد المقاول من البـاطن والملتـزم بالقيـام بأعمال التدفئة المركزية متحد فى الطبيعة القانونية مع عقـد المقـاول الأصـلى، الملتزم بالقيام بعملية البناء، فضلاً عن ذلك فإن الجامع بين هذين العقدين هو تحقيق غرض مشترك، وهو القيام بتنفيذ عملية البناء محل عقد المقاولة الأصلى.

وتجدر الإشارة إلى أن صورة الأسرة العقدية التى عرضنا لها حالاً، والتى تضم المجموعات العقدية المتسلسلة بنوعيها، تتضمن مجموعات عقدية متجانسـة، فمجموعة العقود التى تتعاقب على مال واحد والتى مثلنا لها بالبيوع المتوالية على ذات الشىء تعد متجانسة؛ لأن كافة التصرفات التى تعاقبت على هذا الأخيـر مـن طبيعة قانونية واحدة وهو البيع ولم يفصل بينها عقد من طبيعة أخرى.

وكذلك مجموعة العقود المتسلسلة بقصد تحقيق هدف واحد، والتى مثلنا لها بعقود المقاولة المتوالية، تعد أيضاً من المجموعـات المتجانسـة، لاتحـاد العقـود المتسلسلة فى الطبيعة القانونية.

وإذا كانت مجموعات العقود المتسلسلة المتجانسة، هى النمـوذج المثـالى للأسرة العقدية إلا أن الفقه والقضاء يريان أنه يوجـد مجموعـات عقديـة غيـر متجانسة[1] ومثالها البيوع المتوالية على مال واحد والتى يفصل بينهـا عقـد مـن طبيعة أخرى كعقد مقاولة أو توريد. كذلك العقود المتسلسلة بقصد تحقيـق هـدف واحد، كعقود المقاولة والمقاولة من الباطن، قد يفصل بينها-أيضاً عقد مـن طبيعـة قانونية أخرى، كعقد البيع أو التوريد. ففى الحالتين السابقتين تتحقق إحدى حـالات المجموعات العقدية، والتى تخضع لأحكام الأسرة العقدية.

---

(١) M. Becache-Gibeileili-Op. Cit. p.125, et 5. H. Roland L. Boyer, Op. Cit, P. 748, Supra no. 145 et 5.

وقسم سيادته الأسر العقدية الغير متجانسة إلى ثلاثة أنواع، هى: الغيـر متجانسـة بصـورة ظرفيـة والمتكافئة وغير المتكافئة. راجع فى ذلك أيضاً: د- فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥ وما بعدها.

الفصل الثانى

العقود غير المتسلسلة وفكرة الأسرة العقدية

وهذه الصورة، عبارة عن مجموعة عقود تهدف إلى تنفيذ هدف معين، ولكنها غير متسلسلة ويضرب تيسيه مثالاً لذلك، لو أن (أ) أراد بناء منشأة فأبرم عقدًا مع (ب) ليقوم بعملية البناء، وأبرم أيضاً فى نفس الوقت عقداً مع (جـ) للقيام بأعمال النجارة فى البناء، وأبرم أيضاً عقد مع (د) للقيام بأعمال الإنارة. فجميع العقود التى أبرمها (أ) مع (ب)، (جـ)، (د) تهدف إلى تحقيق هدف مشترك وهو بناء المنشأة. وما يميز هذه المجموعة العقدية، أنها توجد علاقات تعاقدية موضوعية فى نفس الوقت بين المتعاقد المؤسس وجميع المشاركين الآخرين فى المجموعة. فالبناء فى هذه المجموعة بناء دائرى، وهى بذلك تختلف عن سلسلة العقود.

والجامع بين هذه الاتفاقات ــ ذات البناء الدائرى ــ جميعاً، سواء كانت اتفاقات أساسية أو فرعية هو التزامن فى الوجود، كما أن كل عقد من هذه المجموعة لا يسعى إلى تحقيق هدف خاص، وإنما جميع العقود داخل هذه المجموعة سواء العقد الأول، أو الأخير، أو الوسط تهدف إلى تحقيق هدف مشترك واحد[١].

ونرى مع الفقه[٢] أن المجموعة العقدية ذات الهيكل الدائرى، لا تعتبر أسرة عقدية كما عناه الفقه، فالأسرة العقدية كما عناها هذا الأخير تسمح بوجود

---

[١] راجع فى عرض هذه الصورة
B. Teyssie, Op. Cit, n°, 174 et s. M. Bacache-Gibeili, Op. Cit, Ho, 121 ets. P.109 ets.
د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٧.

[٢] راجع فى ذلك:
M. Bacache-Gibeile, no. 122, p.109.
Certains auteurs avaient propose de limiter le domaine de l'action contractuelle aux draines de contracts a l'exclusion des ensembles circulaires: G.Darry la distinction de la responsabilite delictuelle et de la responsabilite contractuelle instut le droit compare de l'universite McGill. Monreal. 1986, no. 127, Viney, Op. Cit, p.399.
راجع أيضا د- فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢ وما بعدها حيث أوضح فى تعريفه للأسرة العقدية أن لها شكلان، الأول: مجموعة العقود التى أبرمت وتعاقبت بمال واحد، ومجموع العقود المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك ولم يذكر فى دراسته للمسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية أن منها المجموعات العقدية ذات الهيكل الدائرى.

دعوى عقدية تربط بين أطرافها. أما المجموع العقدى ذو البناء الدائرى، لا يسمح بإنشاء علاقة عقدية تربط بين شخصين غير متعاقدين، ففى المثال الذى عرضناه، لا يسبب إخلال (ب) بالتزاماته العقدية مع (أ) أضراراً لكل من (جـ) أو (د) ومن ثم فليست لأحدهما (ج)، (د). مصلحة فى مطالبة (ب) بتنفيذ التزاماته فالمضرور هو (أ)، وله وحده حق مطالبة (ب) بمقتضى دعوى المسئولية العقدية[١].

لذا فإن القضاء[٢] الذى ظل يقر بالطبيعة التقصيرية لدعوى المهندس المعمارى والمتعاقد مع رب العمل، ضد المقاول المتعاقد أيضاً مع هذا الأخير، لا يعارض نظرية الأسرة العقدية.

وقد كشفت هذه الدراسات[٣]، عن وجود نوع من الارتباط والتبعية بين العقود المكونة للأسرة العقدية، إلى الحد الذى يجعل من هذه العقود كلاً واحداً، يكون من الصعب الفصل بين وحداته، سواء من الناحية الاقتصادية أو من الناحية القانونية. وهذا من شأنه أن يجعل من الطرف فى أى من العقود المكونة للأسرة

=راجع أيضا د ــ هناء خيرى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨ وما بعدها، حيث لم تذكر أن المجموع العقدى ذو البناء الدائرى، يعد صورة من صور الأسرة العقدية.

(١) راجع فى ذلك:

Civ juillet 1979, J.C.P. 1979, IV P.305, Civ. Octobre 1979 IV p.359.

(٢) Civ Juillet 1968, J.C.P. 1969, II 15860 note soinne Rev. Trim dr Civ. 1969, 776 Obs Durry, Civ.16 Janvier 1989, B.III no 43, Supra no25 et S notamment Civ. 16 Fevreier 1999, J.C.P. 1999, 13781 Obs. Ch. Jannin. D. 1994, Sem. P. 211, Obs. Ph. Delebecque. Defrenois 1997, Art, 35895 p.798 no.63 Obs. pH Delebecque.

(٣) B. Teyssie, Op. Cit. P.239, et S.M.Bacache, Gibeili, Op. Cit. no112, ets, p100.

فقد حاول سيادته، إستخلاص الروابط بين العقود المكونة للأسرة العقدية على اختلاف صورها، سواء مجموعة العقود المتسلسلة أو تلك التى يكون بناؤها دائريا.

ESPAGNON (M): Op. Cit. P. 9 No. 29 ets.

Poure l'etude detaillee de la notion netret le sous contrat L.G.D.J. 1979

راجع د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٨٣ وما بعدها. د- مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٥ وبند ٢٦٤. هذا وقد ذهب بعض الفقه، فى اطار بيانه للارتباط بين عقود الأسرة العقدية بأن من أبرم عقدا من العقود التبعية يأخذ مركزاً مماثلاً للمستفيد من حوالة العقد الأصلى. راجع فى ذلك:

Marty Raymoud – Obligation. 3, no. 262.

إلا أن جانب من الفقه لا يقر مثل هذا التشابه. راجع:

L. Aynes-La cassin de contrat et les operations juridique a trios personnes these 1984, Prefrace Malaurie no.136, a 141.

العقدية طرفاً فى كل العقود المكونة لها، دون حاجة لأن يكون قد شارك فى إبـرام بقية العقود الداخلة فيها[١].

وانتهى أنصار الأسرة العقدية، إلى ضـرورة توحيـد النظـام القـانونى لأطراف الأسرة العقدية الواحدة، وذلك بتقريرهم أن مسئولية الطرف المدين ـ فى إطار الأسرة العقدية ـ عن الأضرار التى لحقت بالطرف الـدائن والناتجـة عـن إخلاله بأحد التزاماته التى تثقل كاهله، لا تنعقد إلا وفقاً لأحكام المسئولية العقديـة، بغض النظر عما إذا كان الرجوع عليه قد تم من جانب المتعاقد مـع مباشـرة، أو المتعاقد مع هذا الأخير[٢]. فلا يشترط -وفقاً لما يذهب إليه أنصار هذا الاتجاه- من أجل تطبيق قواعد المسئولية العقدية، أن يكون الطرف المتضرر والطرف المسئول قد ساهما - معاً- فى بناء علاقة تعاقدية، بل يكفى وجود رابطة عقدية موضوعية بينهما ناتجة عن تعاقب التصرفات القانونية ـ سواء كانت ناقلة للملكية من عدمـه ـ على مال واحد، أو ترابط بعض العلاقات التعاقديـة بهـدف تحقيـق مصـلحة مشتركة[٣].

---

(١) راجع فى ذلك:

Neret, Op. Cit. no 311-p.227, Teyssie, Op. Cit. P. 239, et s. Ibid, P.339, no. 474. .

وراجع أيضاً فى عرض ذلك:

M. Bacache, Gileili, Op. Cit. no. 164 ets P.142 ets.

د ـ فيصل زكى عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص ٧١ وما بعدها.

(٢) Neret Op. Cit. no.378, p.470 Tessie, Op. Cit. no. 475, p.237 L'existence de rapports contractuels entre les paries all meme group "permet de se demander si la responsabilite encourue par l'une a l'egard de l'autre n'est pas en tout etat cause de nature contractuelle.

راجع أيضاً: د ـ فيصل زكى عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص ٧٨ وما بعدها.

M. Bacache Gileile Op. Cit, no. 179, p.153 ets.

(٣) د ـ فيصل زكى عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص ٨٦ وما بعدها.

الفرع الرابع
حجج الاتجاه القائل بالعلاقة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن

عرض وتقسيم:

لا شك أن تحديد الصورة التى تنطبق على المقاولة من الباطن من صور الأسرة العقدية، تساعد فى توضيح حجج أنصار العلاقة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن. ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين:

الغصن الأول: المقاولة من الباطن والأسرة العقدية.

الغصن الثانى: حجج الاتجاه القائل بالعلاقة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن.

الغصن الأول
المقاولة من الباطن والأسرة العقدية

يشكل عقد المقاولة من الباطن مع عقد المقاولة الأصلى أسرة عقدية واحدة، يجمع بين العقدين المكونين لها الوحدة فى الطبيعة القانونية، التى تهدف إلى تحقيق هدف مشترك، هو القيام بالعمل محل عقد المقاولة الأصلى. والعقود المكونة لهذه الأسرة فضلاً عن أنها عقود متجانسة، فإنها عقود متسلسلة[١]. وتعد مجموعة عقود المقاولة من الباطن أحد النماذج المثالية التى لا يختلف بشأنها الفقه[٢]كنموذج للأسرة العقدية. فعقد المقاول الأصلى المبرم بينه و بين رب العمل، يلتزم فيه الأول بالقيام بعمل لمصلحة الأخير. ولكي يقوم المقاول الأصلى بتنفيذ هذا العمل، فإنه قد يعهد إلى مقاول من الباطن لتنفيذ هذا العمل كله، أو جزء منه، عن طريق إبرام عقد مقاولة من الباطن، فإذا أخل المقاول من الباطن بأحد الالتزامات التى تقع على عاتقه، فإن ذلك يترتب عليه ــ بالضرورة ــ إخلال المقاول الأصلى بالتزامه تجاه رب العمل، مما يلحق أضراراً بهذا الأخير.

---

(١) راجع فى ذلك: ما أسلفناه بشأن صور الأسرة و العقدية ص ٣٥٦ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٩ وما بعدها. د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٥ وما بعدها ــ ص ١٩٧ وما بعدها. راجع فى اختلاف الفقه حول بعض المجموعات العقدية، وهل تعد أسر عقدية أم لا؟، خاصة المجموعات العقدية ذات البناء الدائرى. راجع فى ذلك ما أسلفناه بشأن صور الأسرة العقدية، ص ٣٤٨ ومابعدها ــ هامش ٢ ص ٣٤٨.

كما أنه ــ فى نفس المثال ــ إذا أخل رب العمل بأحد الالتزامات التى تثقل كاهله، بمقتضى عقد المقاولة الأصلى، كالتزامه بتمكين المقاول الأصلى من إنجاز عمله أو التزامه، فإن ذلك يترتب عليه إلحاق ضرر بالمقاول من الباطن.

الفصل الثانى

الاتجاه القائل بالعلاقة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن

رغم أن رب العمل لم يشارك فى بناء علاقة تعاقدية مع المقاول من الباطن، فإن عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن يكونان أسرة عقدية واحدة، هذه الأسرة العقدية يكون الرجوع بين أطرافها على أساس المسئولية العقدية، أى أن أنصار الأسرة العقدية يقولون بوجود صلة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن تسمح لكل منهما بأن يرجع على الآخر مباشرة، ويستندون فى ذلك إلى الحجج الآتية:

أولاً: الحجة الأولى:

وتدور حول مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، وعلاقة هذا المبدأ بالأسرة العقدية، خاصة فيما يتعلق بالرجوع المباشر بين أطرافها وكان للفقه فى هذا الصدد ثلاثة اتجاهات:

(أ) **الاتجاه الأول:** يرى أن الرجوع المباشر بين المقاول من الباطن ورب العمل، يصطدم بمبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، إلا أن هذا الرأى يرى ــ ردًّا على ذلك ــ أن هذا المبدأ لا يتلاءم -والعقد من الباطن عموماً- والمقاولة من الباطن[1]. فرب العمل يتأثر ــ بلا أدنى شك ــ بتنفيذ المقاول من الباطن لعقد المقاولة من الباطن، ذلك أن بالنظر لوحدة المحل، فى كل من عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن (أسرة عقدية)، فإن تنفيذ عقد المقاولة من الباطن، ينطوى فى نفس الوقت على تنفيذ عقد المقاولة الأصلى، كما أن رب العمل يتأثر بالتنفيذ السيئ أو عدم التنفيذ من قبل المقاول من الباطن، وينتهى

---

(١) J. Neret, Op. Cit. no.311 ets "L'inadéquation du principle de la relativiteé des conventions au domain du sous, conrat.

هذا الاتجاه إلى أنه لا يمكن تطبيق مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية على المقاول من الباطن فى علاقته برب العمل، واعتباره من الغير[١].

(ب) **الاتجاه الثانى:** يرى أن الحياة العملية، هى التى حتمت التواء مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، من أجل احتضانه لفكرة الأسرة العقدية، بحيث يشمل الأشخاص الذين يساهمون فى تنفيذ العلاقة التعاقدية، دون أن يكون لهم دور فى تكوينها[٢]. فهذا من شأنه المحافظة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وتحقيق التوازن العقدى، وتوفير حماية الطرف المتعاقد[٣].

(جـ) **الاتجاه الثالث:** ويرى أن مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية يتواءم وفكرة الأسرة العقدية، فهذا المبدأ لا يصطدم مع هذه الأخيرة، كما أن الحياة العملية ليست هى التى أدت إلى التواء هذا المبدأ ليحتضنها، بل إن مبدأ آثار التصرفات القانونية ينطق بالأسرة العقدية ويظهر ذلك بوضوح، إذا تم تفسير النص الذى يقرر هذا المبدأ تفسيراً صحيحاً[٤]، وذلك باتباع الأصول الواجب

---

(١) راجع فى عرض مدى تأثر رب العمل بتنفيذ المقاول من الباطن لالتزاماته والعكس، نظر لأنهما طرفان فى أسرة عقدية واحدة. من الفقه الفرنسى:

V.P. Jourdain Rev. Trim Dr. Civ. 1991, 752: L'auteur se pronounce en faveur de l'action en responsabilité contractuelle "Lorsque le prejudice de la vicine quoiqu'il résulte de l'inexécution d'un contrat auquel elle n'est pas partie, correspond en même temps a la violation d'une oblgation don't elle est elle-même creanciere. C'est en effect cette coincidence du dammage de la victime avec l'inexecution a la fois de l'obligation du responsible et de celle de son concentratant direct qui Justifiait le mieux le choix en faveur d'une responsabilite contractuelle". adde D. 1992 chr.p.149.

راجع فى ذلك أيضاً من الفقه:

Larroumet " L'action de nature nécessairment contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels" J.C.P. 1988 I. 3357, Il est essential de remarquer d'abord que la victime n'éprouve de préjudice que parce qu'elle est créanciese en vertu d'un control qui la lie au créancier de l'obligation qui n'est pas execute (... Il n'y de préjudice pour le maitre de l'auvrage que parce qu'il est creancier du locateur principal d'ouvrage."

وراجع فى عرض ذلك من الفقه العربى: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٦ وما بعدها، د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٦٤ وما بعدها.

(٢) JORDAIN, Obs sous civ 1-8-3-1989 J.C.P. 88-11-21070, note sous com 17-2-1987-D-87-543. Teyssie, Th Prec No 564, Houin (B), et Berlioz (G), Le Droit des contrats face á l'evalution economique, etudes, Affortes á Houin, 1985, p.17.

(٣) راجع فى عرض ذلك:

ESPAGNON (M): Droit a repuration art J.C. Sous art 1165, Fasc 16-2-p.7, No.21.

(٤) راجع فى ذلك بالتفصيل د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٣ وما بعدها. فقد خصص سيادته المبحث الثانى من الفصل الثانى من الباب الأول من هذا البحث ــ وعنوانه ــ مدى =

مراعاتها فى تفسير النصوص[١]. انطلاقا من أن العبارات والألفاظ التى تستخدمها اللجنة التشريعية التى تتولى إعداد وصياغة النصوص قد لا تتواءم فى بعض الأحوال مع قصد المشرع.

ويبين من الاتجاهات الثلاثة السابقة إجماعها على وجود رابطة عقدية موضوعية بين رب العمل والمقاول من الباطن، الأمر الذى يترتب عليه الرجوع المباشر بينهما بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، ذلك أنهما طرفان فى أسرة عقدية واحدة. انطلاقا من أن قواعد المسئولية العقدية لا تتحرك منذ تكوين العلاقة التعاقدية، ولكن منذ دخول هذه الأخيرة فى حيز التنفيذ.

ثانياً: الحجة الثانية:

تتركز هذه الحجة حول فكرة الطرف[٢]، الذى تنصرف إليه الآثار الملزمة للتصرف القانونى. حيث يرى أنصار الأسرة العقدية، أنه يجب ألا ينحصر المفهوم

= تواؤم الأسرة العقدية مع مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية. وناقش سيادته الآراء التى قيلت فى هذا الشأن فى الفقه الفرنسى، وانتهى فى ذلك إلى أن مبدأ نسبية أثر العقود يتواءم ويتفق مع فكرة الأسرة العقدية. ويرى سيادته أن أنصار الاتجاه القائل باصطدام مبدأ نسبية أثر العقود بفكرة الأسرة العقدية، أو التواءه لاحتضان هذه الفكرة "لم يراعوا فى تفسيرهم للنص الذى يقرر هذا المبدأ الأصول الواجب مراعاتها عند إزالة المنطقة الضبابية التى تخيم على مجال تطبيق نص تشريعى معين، والتى تقضى بأنه يتعين من أجل إزالة هذا الغموض ربط هذا النص بالنصوص التشريعية الأخرى التى تتواءم مع العلة التى دفعت المشرع إلى تقرير هذا النص، بل إنهم قاموا بتفسير هذا الأخير بمعزل عن باقى النصوص، ومن هنا كانت وجهة نظرهم على النحو سالف الذكر راجع فى ذلك ص ١٣٤ ومابعدها.

(١) راجع بصفة عامة من المراجع المتخصصة فى تفسير النصوص د ــ جاسم على سالم الشامى ــ تفسير قانون المعاملات المدنية وتأويله ــ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ــ العدد الأول ــ السنة الواحد والأربعون ــ يناير سنة ١٩٩٩ ص ١٥١ وما بعدها.

(٢) تحديد مفهوم الطرف فى التصرف القانونى، والتمييز بينه وبين الغير، من المسائل التى شغلت كثير من الفقه، وذلك لارتباطها بنطاق تطبيق مبدأ نسبية أثر العقود من حيث الأشخاص. وزادت ضرورة تحديد المفهوم الفنى للطرف فى العقد وكذا الغير بعد الكشف عن فكرة الأسرة العقدية. راجع فى التمييز بين الطرف فى العقد والغير من الفقه المراجع الآتية:

J. Ghestin, M. Billiau: Traite De Droit Civil "Les obligations, Les effects Dus contrat, L.G.D.J, Paris, 1992, P.554. ets; Malaurie et Aynes, Droit Civil Obligations, 1985, no.431, ets.

Jean LUC Aubert, A propos d'un Distinction renovelé des parties et des tiers, Rev. Tri Dr Civ. 1993, p.63.

Catherine Gueffucci, Thibierge, De L'elargissement de la motion de partie au contrat A l'elargissement de la portee du principle de l'effect relative Rev. Tri/. Dr. Civ. 1994, p.275.

ESPAGNON: note Sous Civ 2-8-6-1979, d.80 p.563.

الفنى للطرف فى التصرف القانونى فى من يشارك ــ فقط ــ فى إبرامه، بل يجب أن يشمل أيضاً المشاركين فى تنفيذ هذا التصرف نتيجة لارتباطهم مع أحد طرفى هذا الأخير. فاعتبار المقاول من الباطن فى علاقته برب العمل من الغير فيه تعسف، ذلك أن مفهوم الغير ــ عندهم ــ يعنى كل شخص لا يرتبط ولا يتصل ولا يتأثر بالرابطة العقدية. وفى ذلك يقول الفقيه الفرنسى Veaux إنه "لا يقصد بالغير فى إطار السلسلة العقدية الشخص الذى يكون أجنبيًا عن أحد العقود التى تتكون منها هذه الأخيرة، ولكن يقصد به الشخص الذى لم يساهم فى تكوين كافة العقود التى تتكون منها هذه السلسلة"(١)، وعلى ذلك "فإنه يلزم التفرقة بين الشخص الذى لم يكن له دور فى تكوين وتنفيذ العلاقة التعاقدية وهذا ما يطلق عليه الغير الأجنبى، وبين ذلك، الذى يشارك فى تنفيذ العلاقة التعاقدية، دون أن يكون له دور فى بنائها، وهذا يسمى الغير المستفيد"(٢)، وقرر أنصار الأسرة العقدية اعتبار الأول ــ فقط ــ من الغير، وفى هذه الحالة تؤسس دعواه استنادا إلى نص المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى، والتى يقابلها فى القانون المدنى المصرى نص المادة ١٦٣، أى استنادا إلى قواعد المسئولية التقصيرية، أما الشخص الثانى، ذلك الذى يجد نفسه شريكاً فى تنفيذ الالتزامات التى تنشأ عن العقد ــ والفرض أنه لم يشارك فى إبرامه ــ يصبح طرفاً فى المجموعة العقدية التى تتكون من عقود متتابعة، ويصبح بمركزه هذا فى وضع مماثل لمركز المتعاقدين مع المدين(٣). ومن المسلم به أن عقد المقاولة من الباطن وعقد المقاولة الأصلى بينهما وحدة فى المحل، ويجمعهما هدف مشترك، مما يجعلهما ــ كما سبق وبينا ــ أسرة عقدية واحدة، وهذا من شأنه

=M. Bacache Gibeili: Op Cit. P.142 et S.B. Strack, H. Rland, L. Boyer, Droit Civil Les Obligations. 2 Contrat, Ged Litec, 1089, p.502 ets.

ومن الفقه العربى: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥ وما بعدها حيث عرض سيادته للمفهوم الفنى للطرف، والتمييز بينه وبين الغير، من خلال عرضه لمدى تواؤم مبدأ نسبية أثر العقود مع الأسرة العقدية، ونطاق تطبيق هذا المبدأ من حيث الأشخاص. راجع أيضاً: د ــ نبيلة رسلان ــ الرسالة ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٢٧ وما بعدها ــ وسوف نتناول فكرة الطرف على شىء من التفصيل فى موضع لاحق من هذا البحث.

(١) VEAUX (D): Effects des conveitions á l'egard de.tiers J.C.P. Fasc 37-1 et 31-2-p7, no21.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦. راجع أيضاً فى هذا المعنى: M. Bacache-Gibeili-Op. Cit. P.1548 ets.

(٣) راجع فى هذه الفكرة:
Neret, Op. Cit No.311, P.227, no.378-p.270. Teyssie, Op. Cit. no.475, p.237.

أن يجعل المقاول من الباطن وهو أحد أطراف هذه الأسرة العقدية، مسئولاً أمام رب العمل وهو طرف آخر فى نفس الأسرة، على أساس المسئولية العقدية، فهما وإن لم يجمعهما عقد واحد، فإنهما ينتميان إلى أسرة عقدية واحدة[١]، تضم عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن.

ثالثاً: الحجة الثالثة:

أساسها مبدأ المصلحة[٢]، حيث يسمح هذا المبدأ داخل إطار الأسرة العقدية[٣] بوجود علاقة بين رب العمل (المتلقى النهائى للخدمة)، وبين المقاول من الباطن (المنفذ الحقيقى لها). ذلك أن المقاول من الباطن الذى أوكل إليه تنفيذ كل أو بعض الالتزامات محل عقد المقاولة الأصلى، بمقتضى عقد المقاولة من الباطن — الذى أبرمه مع المقاول الأصلى — يكون ملتزماً بالتزام مطابق — كليًّا أو جزئيًّا — لالتزام المقاول الأصلى تجاه رب العمل، وإذا كان المقاول من الباطن هو المنفذ الفعلى لهذا الالتزام، وينفذه باستقلال ودون تبعية للمقاول الأصلى، وأن رب العمل هو المتلقى — النهائى — الحقيقى لهذه الخدمة أو هذا الالتزام. فإن ذلك يعنى من ناحية أن المقاول من الباطن هو المدين الفعلى لرب العمل، ومن ناحية أخرى فإن

---

(١) راجع فى نفس الهامش السابق، حيث يرى كل من نيريه، وتيسيه أن انتماء الأشخاص كأطراف فى أسرة عقدية واحدة، يترتب عليه امتناع لجوء أى منهم إلى المسئولية التقصيرية فى العلاقات الداخلية بينهم، وأن الدعاوى الناشئة بين أطراف الأسرة العقدية الواحدة لا تكون إلا من طبيعة عقدية.

(٢) راجع فى مبدأ المصلحة بين الأطراف الموضوعية للعقد من الفقه المصرى. د — نبيلة رسلان — النظرية العامة للعلاقات الثلاثية فى القانون المدنى المصرى — رسالة دكتوراه — عام ١٩٨٧ م — بند ٦٨ إلى بند ٨٧ ص ١٢٧-١٥٥ ، وراجع ما أشارت إليه سيادتها من مراجع فى هوامش الصفحات المشار إليها — راجع أيضاً د — حسين حامد حسان — نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى — رسالة دكتوراه — طبعة ١٩٧١ — ص ١٥ وما بعدها، د — عبد الودود يحيى — نظرية الغلط فى القانون الألمانى — طبعة ١٩٦٩ — ص ٦١ وما بعدها — وقد ربط سيادته بين فكرة المصلحة وفكرة السبب. وراجع أيضاً فى هذا المعنى: د — محمد محمد أبو زيد — عقد التأمين فى القانون الكويتى — مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر — الطبعة الأولى — ١٩٩٦ — ١١١ وما بعدها.

(٣) راجع فى إبراز المصلحة بين أطراف العقود المكونة للأسرة العقدية. د — فيصل زكى عبد الواحد — المرجع السابق — ص ٩٢ وما بعدها — د — هناء خيرى — المرجع السابق — ص ٢٧٠ وما بعدها. وراجع من الفقه الفرنسى

M. Bacache-Gibeili-Op. Cit. P159 ets.

I. HUET, responsabilite delicatuelle et responsibilité contractuelle, esai de delimation entre les dues, these 1978, no.684. ets p.650 ets; Viney (G) Op. Cit. p.407 ets; Teyssie, Op. Cit, no.567 ets P203 ets.

هذا الأخير له مصلحة حقيقة أن يتم التنفيذ على نحو ما اتفق عليه مع المقاول الأصلى، فإن لم يتم تنفيذ الخدمة أو العمل، فإن لرب العمل دعوى تجاه المنفذ الفعلى وهو المقاول من الباطن. وهذه الدعوى إما أن تكون دعوى "تنفيذ العقد" فى حالة عدم التنفيذ، وإما أن تكون دعوى "التعويض" فى حالة التنفيذ السيئ[١].

رابعاً: الحجة الرابعة:

يتيح المشرع المصرى فى حالات، تعد نماذج للأسرة العقدية، الرجوع المباشر بين أطراف العقود المكونة لهذه الأسر. نذكر منها، حالة الرجوع المباشر بين الموكل والوكيل من الباطن فى الوكالة من الباطن[٢]، وكذا حالة الرجوع المباشر بين المؤجر والمستأجر من الباطن فى الإيجار من الباطن[٣].

ويسير فى ذات الاتجاه الفقه والقضاء فى فرنسا، حيث يسمحان ــ أيضاً ــ فى بعض الحالات، بالرجوع المباشر بين أطراف عقود مكونة لأسر عقدية.

---

(١) راجع فى ذلك:

J. Neret, Op. Cit, no. 333 ets.

راجع أيضاً فى ذلك د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٥ وما بعدها، حيث يرى سيادته "تخويل الطرف المتضرر حق الرجوع على المدين الأصلى، بكافة الدعاوى المتولدة من العلاقة التعاقدية الأصلية"، ويبرر سيادته ذلك بالقول "حيث أنه متى تم إضفاء صفة الطرف على شخص المتضرر، وذلك فى علاقته بالمدين الأصلى، فإن ذلك يستلزم تخويله الحق فى ممارسة كافة الدعاوى المتولدة من العقد الأصلى" ــ راجع ص ٢٣٧. راجع أيضا:

JURDAIN, Obs, á, R.T.D. Civ. 1989-552.

(٢) راجع فى ذلك نص المادة ٧٠٨ من القانون المدنى المصرى، حيث جرى نصها على النحو التالى: "(١) إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له فى ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية. (٢) أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه فى اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدر له من تعليمات. (٣) ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر. راجع فى توضيح ذلك ما سوف نعرض له فى هذا البحث ص ٤٩٣ وما بعدها. وراجع أيضاً فى شرح هذه المادة المراجع التى أشرنا إليها فى هوامش الصفحات المشار إليها.

(٣) راجع ذلك للمادتين ٥٩٦، ٥٩٧ من القانون المدنى المصرى، وراجع أيضاً ما سوف نوضحه فى هذا الشأن الشىء من التفصيل فى هذا البحث ص ٤٨٤ وما بعدها وفى شرح هاتين المادتين راجع المراجع المشار إليها فى هوامش هذه الصفحات.

منها مثلاً السماح للمتملك النهائى للخدمة الرجوع على منتج الشىء المبيع[١]، إذا وُجد عيبٌ فى هذا الشىء. ومن ذلك أيضاً السماح بالرجوع المباشر بين الموكل والوكيل من الباطن[٢].

وإذا كان المشرع وكذا الفقه والقضاء، يسمحان فى العديد من الحالات بالرجوع المباشر ــ كما سبق أن بينا ــ بين أطراف العقود المكونة لأسر عقدية. فلماذا لا نعترف لرب العمل وهو المتلقى النهائى للخدمة، بالرجوع المباشر على المقاول من الباطن، وهو المنفذ الحقيقى للخدمة، وكذا رجوع هذا الأخير على رب العمل؟ [٣].

خامساً: الحجة الخامسة:

إذا كان عقد المقاولة الأصلى يتحد مع عقد المقاولة من الباطن من حيث طبيعته، كما أنه يحدد مدته، ويعين نطاقه، وبصفة عامة يوجه نظامه[٤]. فإنه من غير المنطقى إخضاع المقاول من الباطن للمسئولية التقصيرية فى علاقته برب العمل، بينما يخضع المقاول الأصلى للمسئولية العقدية فى علاقته بهذا الأخير؛ لأن هذا من شأنه أن يشدد من مسئولية المقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل، عنه بالنسبة

---

(١) Civ, 9/10/1979-Ino. 241-p.192 D. 80-I.R. P.222-Obs larrounet, Civ. 27 Janvier, 1993, Bull, In. 45, Genevieve, Vinezytraite de droit civil, Introduction a la responsabilite L.G. D.J. 1995, NO.189-1 ets.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السابع ــ المجلد الأول ــ العقود الواردة على العمل ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٥٥ هامش ٢، حيث بين سيادته أن نص المادة ٢/١٩٩٤ من القانون المدنى الفرنسى تجيز للموكل دعوى مباشرة ضد نائب الوكيل، ولا يوجد نص فى فرنسا يجيز لنائب الوكيل دعوى مباشرة فى مواجهة الموكل، إلا أن كثيراً من الفقه يذهب إلى إعطاء نائب الوكيل دعوى مباشرة فى مواجهة الموكل لتقابل دعوى الأخير قبل نائب الوكيل. راجع ما أشار إليه سيادته فى نفس الهامش فى أصحاب هذا الرأى، خاصة چيوار ــ فقرة ١٢٨، بودروفال فى الوكالة فقرة ٥٨٧ ص ٣١٠.

راجع أيضاً:

Neret-Op. Cit. no. 296, Teyssie. Op. Cit. no.549, P. 272 ets. Civ. 1re sect. 27 Dec, 1960, D.1961, 491, note, J.Bigot, Rep. Commaile, 1961-465, Obs. B. Starte, Com. 31 Jev. 1956 III. P.38, no.41

وقد جاء فى هذا الحكم:

"La mandataire substitute est ui au mandant par u lien conractuel".

(٣) Neret, Op. Cit. no. 364.

(٤) راجع فى ذلك:

J. Neret, Op. Cit. no.374-p.397 ets et 404 ets.

G. Viney-sous-traitance et responsabilite civile in la sous-traitance detravux demarches et de services 1978, no.50.

لمسئولية ا408لمقاول الأصلى ــ الملتزم الأساسى ــ حيال هذا الأخير[١]. ولعل من أهم مظاهر التشدد فى مسئولية المقاول من الباطن، والتى يجلبها تطبيق المسئولية التقصيرية عند رجوع رب العمل عليه، هو حرمان المقاول من الباطن من الاستفادة ببنود العلاقة التعاقدية ــ عقد المقاولة من الباطن ــ التى ساهم فى تكوينها خاصة التى تقضى بإعفائه من المسئولية أو التخفيف منها[٢]، كما أن خضوع المقاول من الباطن للمسئولية التقصيرية، من شأنه أن يحرمه من الاستفادة بالأحكام التى قررها المشرع بشأن تنظيم العلاقات التعاقدية، خاصة التى تتعلق بمدى التعويض[٣]، وتقادم دعوى المسئولية[٤].

وإذا كان الحال هكذا، فإن الفقه يتساءل، لماذا يكتسب رب العمل مركز قانونى أفضل لمجرد لجوء المقاول الأصلى للتقاول من الباطن؟، ولماذا يخضع المقاول من الباطن لمسئولية أشد، من تلك التى يتحملها المقاول الأصلى الملتزم الأساسى بتقديم الخدمة؟[٥]؛ لذا فإن الفقه يرى أنه من الطبيعى أن تؤسس دعوى المتلقى النهائى للخدمة ــ رب العمل ــ تجاه المقاول من الباطن المسئول عن عدم التنفيذ أو التنفيذ السيئ على أساس قواعد المسئولية العقدية[٦].

---

(١) راجع فى عرض مظاهر تشديد المسئولية التى تثقل كاهل المقاول من الباطن، عندما يكون هو المسئول عن عدم التنفيذ أوالتنفيذ السيئ، ونتيجة تطبيق المسئولية التقصيرية على العلاقة بينه وبين رب العمل. د/ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٥٣ وما بعدها. وراجع فى هذا البحث ما أسلفناه ص ١٩٥ وما بعدها.

راجع أيضاً: B. Teyssie, Op. Cit. no. 564 ets p282 ets

(٢) راجع فى ذلك:

Viney, Op. Cit., p.420, B. teyssie, Op. Cit, N495, p.247.

راجع فى ذلك أيضاً نص المادة (٢/٢١٧) من القانون المدنى المصرى، حيث تقضى بأنه يجوز فى نطاق المسئولية العقدية الإعفاء أو التخفيف باستثناء حالتى الغش والخطأ الجسيم. كما تقضى أحكام الفقرة الثالثة بنفس المادة بعدم جواز الإعفاء أو التخفيف من المسئولية التقصيرية حيث أن الأخيرة مقررة بنص القانون.

(٣) راجع فى ذلك: نص المادة (٢/٢٢١) من القانون المدنى حيث تقضى بأن التعويض فى المسئولية العقدية يشمل الضرر المباشر المتوقع فقط، أما بالنسبة للمسئولية التقصيرية فالتعويض يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع.

راجع فى ذلك: B. Teyssie, Op. Cit. no. 567, p.288.

راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ نفس الهامش السابق ــ نفس الصفحة.

(٥) Néret, Op. Cit. no. 377

(٦) من الفقه راجع :

Neret-Op-Cit-no 351-ets. G. viney-Op-Cit-no. Jrmey-Ops-a R-T-D-Civ-1986-P.605 et 606

المطلب الثانى
موقف القضاء من فكرة الأسرة العقدية

تمهيد وتقسيم:

إذا كان الفقه قد كشف عن فكرة المجموعة العقدية من خلال الدراسة القانونية المتخصصة التى قام بها الفقيه الفرنسى "Teyssie"[١]. فإن ذلك يفهم منه بالضرورة، أن الفكرة كانت موجودة أصلاً فى الواقع العملى وأن بعض القضاء الفرنسى قد تبناه، دون أن يطلق عليها المصطلح الشائع فى هذا الصدد وهو (المجموعة العقدية)، كما أن تبنى بعض القضاء لتلك الفكرة قد أضفى عليها أهمية مما كان، فأصبحت تحتل مكانة فى المجال العملى والفقهى أيضاً.

ولتوضيح ذلك نقسم دراستنا لهذا الموضوع إلى فروع أربعة، هى:

الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسى.

الفرع الثانى: موقف القضاء المصرى.

الفرع الثالث: حجج منكرو فكرة الأسرة العقدية ومحاولة الرد عليها.

الفرع الرابع: تقييم الباحث.

الفرع الأول
موقف القضاء الفرنسى

تدرجت الأحكام وكثرت فى اتجاه كامل الاعتراف بالأسرة العقدية، ثم تراجع القضاء عن هذا الاتجاه، وذلك بالحكم الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية فى يونيو ١٩٩١[٢].

وسوف نتناول فى هذا الموضع من البحث، المراحل التى طرأت على فكرة المجموعة العقدية، فى ضوء موقف القضاء الفرنسى.

وجدير بالذكر أن القضاء الفرنسى قبل تبنيه للفكرة، قد أخذ بفكرة المسئولية التقصيرية فى المجال ذاته "الأسرة العقدية"، وذلك لتحديد المسئولية بين أطراف لا تجمعهم رابطة عقدية مباشرة، وسنتناول تلك المراحل فى ثلاثة أغصان،

---

(١) د ــ فيصل عبد الواحد زكى ــ المرجع السابق ــ ص ٧١.

(٢) لم يكن فى القضاء الفرنسى مجمع على هذا الاتجاه على طول الخط، وإنما كان هناك اختلاف بين الدائرة الأولى والدائرة الثالثة فى كثير من الأحيان .

يتناول كل غص منهم مرحلة من مراحل تطور موقف القضاء فى مجال المسئولية بين الأطراف المتباعدة المنتمية لأسرة عقدية واحدة.

الغصن الأول

مرحلة تطبيق المسئولية التقصيرية فى نطاق الأسرة العقدية

نزولاً على حكم المادة (١١٦٥) مدنى فرنسى والتى تقضى بأن العقود لا تضر ولا تنفع إلا طرفيها، فإن القضاء الفرنسى فى هذه المرحلة قد جرى على أنه، لا يمكن رجوع الغير على المسئول رغم مشاركته مع هذا الأخير فى أسرة عقدية واحدة ما لم تتوافر رابطة عقدية مباشرة بينهما، وأن سبيل الرجوع بينهما لا يجوز إلا عن طريق الدعوى التى تؤسس على قواعد المسئولية التقصيرية فقط، وذلك يستتبع ضرورة توافر شروط تحرك هذه المسئولية (الخطأ ــ الضرر ــ علاقة السببية).

وتطبيقاً لذلك، انتهت الدائرة التجارية بمحكمة النقض فى قضية تتلخص وقائعها، فى ما يلى: "عهد الزوجان نيقولاس إلى السيد/ Miran ببيع بضائع قاما بتصنيعها، مخصصة لتنظيف السيراميك والتى يستخدمها العاملون فى تربية المحار بغرض تنظيف الصدف. قام بعد ذلك السيد/ Miran ببيع إحدى هذه الماكينات إلى السيد/ Berthot بعد أن اشتراها من الزوجين نيقولاس، ثم رأى بعد ذلك الأخير عدم ملاءمة الماكينة لاستخدامه، الأمر الذى دفع به إلى مقاضاة الأول والبائعين السابقين الزوجين نيقولاس. وعند نظر محكمة الاستئناف للدعوى قررت قبول دعوى المسئولية العقدية ضد البائعين الأصليين. إلا أن محكمة النقض (الدائرة التجارية) نقضت حكم الاستئناف السابق تأسيساً على أن المشترى من الباطن لا يملك صلاحية رفع أى دعوى مباشرة ضد الزوجين، مقررة "أن محكمة

الاستئناف خالفت أحكام المادة /١١٦٥ مدنى على هذا النحو مستشهدة بـأن "مبدأ النسبية يحول دون رفع دعوى المسئولية العقدية لصالح الغير"(١).

ونخلص مما تقدم إلى أن غياب الرابطة العقدية الشكلية امتنع معه الالتجاء إلى إعمال قواعد المسئولية العقدية داخل الأسر العقدية، ومن ثم اتجه القضاء إلى تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية(٢).

كما قضى أيضاً بأن رب العمل يعد من الغير فى علاقته بالمقاول من الباطن من الدرجة الثانية. ذلك أن المقاول من الباطن من الدرجة الثانية لم يساهم فى تكوين عقد المقاولة من الباطن من الدرجة الأولى، وبالتالى يعد من الغير بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن الأول. ومن ثم فإن سبيل الرجوع فى الحالة المذكورة والحالات المماثلة لا يتسنى إلا من خلال إثارة قواعد المسئولية التقصيرية(٣)، لانتفاء الرابطة العقدية(٤). وقد أنزل القضاء الفرنسى الحكم السابق بالنسبة لمسئولية المستأجر من الباطن فى مواجهة المؤجر(٥). أيضاً يسرى نفس المبدأ على الأسر العقدية الأخرى. كما فى حالة مسئولية مستأجر السفينة من الباطن(٦)، والناقل من الباطن(٧).

وتطبيقاً ــ أيضاً ــ لذلك قضى فى دعوى تتلخص وقائعها، فى مطالبة رب العمل للمقاول من الباطن بالتعويض عما لحقه من أضرار، والتى لحقت به نتيجة إخلال الأخير بأحد التزاماته الواردة فى عقد المقاولة من الباطن. وقد أقام

---

(١) Com- 27 Fev- 1973- D-1978-138- Note-Malinvaud- J-C-P-73- II- 17445-Note R-SAVATIER-Ga3. Pal-1973- 2- 737-Note Plancqueel- R-T-D-Civ-1973-582 Obs-Cor-Nu.

ويراجع أيضا:

B. Strackt, H. Roland et L. Boyer: Obligations, 2-Contrat, 5ed, Litec 1995, p.749

(٢) يراجع فى عرض ما تقدم د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤ وما بعدها.

(٣) Cass- Civ- G-Mats-1964- Bull- Civ-I-No-138. Com-Dec-1968, Bull-Civ-IV-n°366-Civ-3°-5-dec-1972-D-1973-401.Note-J-Mazeaud: Com-14-Fev-1981-Bull- Civ-IV, n° 87)

(٤) Civ- 13- 12- 1989- D- 91- 25

(٥) Cass.-Civ- 6-Mai- 1935- D-H.- 1935- p.332

(٦) Cass- Com- 22-Janv-1973-BULL-Civ-IV-no-28.

(٧) Cass-Com- 4Fev- 1964- Bull- Civ- III- no. 57

أيضاً حكم بأن الناقل لا يمكنه الرجوع على مقاول الشحن إلا بدعوى المسئولية التقصيرية، تأسيساً على انتفاء الرابطة العقدية بينهما انطلاقاً من أن الأول لا يكلف الثانى بالقيام بعملية النقل.

Com-15- 7- 1987- R-D-M-F- 88- 34- Obs-CHRISTAN SCAPEL

رب العمل دعواه على أساس أحكام المسئولية العقدية، حتى يستفيد من الالتزام بنتيجة الذى يقع على عاتق المقاول من الباطن تجاه رب العمل، ويتمثل هذا الالتزام فى وجوب تسليم البناء مطابقاً لمواصفات معينة. إلا أن محكمة الموضوع قررت رفض الدعوى، تأسيساً على أن رب العمل يعد من الغير بالنسبة للمقاول من الباطن، لانتفاء الرابطة العقدية المباشرة بينهما، مما يمتنع معه، الرجوع على هذا الأخير بدعوى المسئولية للعقدية لتخلف أحد أركانها.

طُعِن فى هذا الحكم أمام محكمة النقض، وتأسس الطعن على أن قاضى الموضوع قد أخطأ فى تطبيق القانون، ذلك أنه من ناحية: أن الأضرار التى يطالب رب العمل بالتعويض عنها، قد نتجت مباشرة عن الإخلال بالتزام تعاقدى. ومن ناحية أخرى، أن رب العمل لم يُصبْ بالأضرار إلا بسبب كونه دائنا للمقاول الأصلى، وهذا الأخير دائن ــ بدوره ــ للمقاول من الباطن، بالتالى فإنه توجد رابطة عقدية موضوعية بين رب العمل والمقاول من الباطن، الأمر الذى يستوجب تطبيق قواعد المسئولية العقدية.

إلا أن الدائرة الثالثة لمحكمة النقض قد رفضت هذا الطعن، وأيدت قاضى الموضوع فيما انتهى إليه من نتائج، وقررت أن الالتزام بنتيجة فى تنفيذ الأعمال خالية من العيوب، والذى يقع على عاتق المقاول من الباطن، أساسه العلاقة الشخصية الموجودة بينه وبين المقاول الأصلى، وبالتالى فإن رب العمل يعتبر أجنبيًّا عن عقد المقاولة من الباطن، ولا يجوز له التمسك به[١].

الفصل الثانى

مرحلة تطبيق المسئولية العقدية داخل الأسرة العقدية

انطلق فكر القضاء المتبنى لتطبيق أحكام المسئولية العقدية مما وجه من انتقادات لما سبق من وسائل رجوع بين الأطراف المتباعدة فى الأسرة العقدية الواحدة، وذلك استناداً إلى ما ساد من اعتبار العلاقة بين الأطراف المتباعدة فى الأسرة العقدية الواحدة (كما فى حالة رب العمل والمقاول من الباطن) علاقة

---

(١) Civ- 3-22- 1988- D-.88- IR-200

راجع فى عرض هذا الحكم. د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥-٢٦ . وراجع أيضاً فى هذا المعنى Civ-III-No-250-28-3-1990-D-91-25-note-Kullmann

أغيار، ومن ذلك ما وجه للدعوى المباشرة من انتقادات[١]، وأيضاً ما وجه لفكرة المسئولية التقصيرية[٢] والدعوى غير المباشرة[٣]. الأمر الذى دفع الفكر القضائى للبحث عن وسيلة أخرى للرجوع بين هؤلاء الأطراف ارتكزت تلك الوسيلة على فكرة المسئولية العقدية، وإن لم يأخذ القضاء بتلك الفكرة دفعة واحدة، وإنما تطور هذا القضاء متدرجاً فى سبيل الإقرار الكامل والصريح للأخذ بأحكام المسئولية العقدية.

بدأت مراحل هذا التطور فى مجال البيوع المتعاقبة، بل إنه فى هذا الصدد ميز القضاء بداية بين البيوع المتجانسة ليعمل بشأنها أحكام المسئولية العقدية على خلاف البيوع غير المتجانسة والتى تم تطبيق أحكام ذات المسئولية بصددها فى مرحلة لاحقة.

ففى هذا الصدد قضى[٤] فى دعوى تتلخص وقائعها فى وقوع حادث بسبب وجود عيب خفى فى صناعة سيارة كانت محلاً لتصرفات قانونية متعاقبة، حيث وقع الحادث أثناء قيادة المتملك النهائى لها، وقد قام الأخير برفع دعوى ضد منتج السيارة مباشرة لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به. هذا وقد أسس المتملك النهائى دعواه على أساس قواعد المسئولية العقدية.

وإذا كان قاضى الموضوع قد انتهج عند نظره لهذه الدعوى النهج الذى ساد فى المرحلة السابقة والذى يتمثل أساسه فى اعتبار العلاقة بين الأطراف المتباعدة فى ذات الأسرة العقدية علاقة أغيار، فالمتملك النهائى لا تربطه علاقة عقدية مباشرة بالمنتج. ومن ثم فقد رفض قاضى الموضوع إعمال أحكام المسئولية العقدية. وبالتالى فإنه لا سبيل للرجوع بينهما إلا عن طريق دعوى المسئولية التقصيرية[٥].

إلا أنه عند الطعن على هذا الحكم انتهت محكمة النقض إلى أن "الدعوى المباشرة للمشترى من الباطن ضد الصانع أو البائع الوسيط عن الضمان الخاص

---

(١) راجع ما أسلفناه فى الباب الأول بشأن تقدير الدعوى المباشرة ــ ص ٣٢٧ ومابعدها.

(٢) راجع ما أسلفناه فى الباب الأول بشأن الدعوى الناشئة عن المسئولية التقصيرية ــ ص ٢٢٥ ومابعدها.

(٣) راجع ما أسلفناه فى الباب الأول بشأن الدعوى غير المباشرة ص١٩١ ومابعدها.

(٤) حكم الدائرة الأولى بمحكمة النقض الفرنسية فى ١٩٧٩/١٠/٩.

(٥) راجع فى عرض وقائع هذا الحكم : د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٢.

بالعيب الخفى للشيء المباع من لحظة تصنيعه تعتبر بالضرورة ذات طبيعة عقدية..."[١].

وإذا كان هذا هو موقف القضاء بصدد البيوع المتجانسة، استنادا إلى ضمان العيوب الخفية، فإنه بصدد البيوع غير المتجانسة كان له موقف آخر[٢]، حيث رفض إعمال أحكام المسئولية العقدية، كوسيلة للرجوع بين الأطراف المتباعدة داخل الأسرة العقدية الواحدة. فقد طبق قواعد المسئولية التقصيرية استنادا إلى عدم إمكانية الأخذ بفكرة ضمان العيوب الخفية، والتى لا تتوافر فى حالة البيوع غير المتجانسة.

وقد لاقى هذا الاتجاه انتقادات من غالبية الفقه[٣] ذهبت إلى أنه "لا يوجد سبب منطقى أو عملى على ضوئه يتم التفرقة بين المتملك للماء ورب العمل الذى آلت إليه ملكية المواد التى اشتراها المقاول من أجل استخدامها فى عملية البناء، وتخويل الأول حتى الرجوع على المنتج للمال بدعوى المسئولية العقدية المباشرة، مؤسسة على ضمان العيب الخفى وحرمان الثانى من هذا الحق على أساس عدم وجود تجانس بين التصرفات القانونية التى بمقتضاها تعاقب المال واستقر بين يديه"[٤].

---

(١) "L'action directe don't disose le sous-acquereur contre le fabricant ou un vendeur intemediaire pour la garante du vice cache affectant la chose vendue des sa fabrication et necessairement de nature contractuelle) Ga3, Pall, 1980-1-249-D-1980-Inf-Rap-222-Obs- Larroument.

(٢) Boyer, La garantie des vices caches dans le credit-bail mobilier R.J. Com.1981, doc, P.50, No29

(٣) راجع فى ذلك:

BENABENT (A): Note sous civ-1-29-5 et civ-3-19-6-1984-D-85-213 et sous-civ-3-7-5-1986-D-87-257 ET SOUS,ASS-Plén-7-2-1986-D-86-293. DELEBECQUE, La notion de groupe de contrats, quells criteres, J-C-P-1989, ed E-No special, p. 25. AUBERT (j.1) Op. cit., P.356; Obs. A R-T-D-Civ 1988-355. DURRY, La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, universite M.C.CILL. 1986. VINEY, Op. Cit -399. SOUS-Traitance et responsabilité civile in a lsous-traitance de travaux et de services, Economica 1978;

MESTRE (J): Obs a R-T-D-Civ-1987-101 et 1989-74 a 76.

راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤ وما بعدها.

راجع أيضاً: د ــ محمد المرسى زهرة ــ المبانى تحت الإنشاء ــ ١٩٧٨ ــ ص ٣٦٣ وما بعدها.

د ــ محمد شكرى سرور ــ مسئولية مهندسى ومقاولى البناء ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤١٤ .

(٤) Durry, Obs, á, R. T. D. Civ 1981, 634; Larroumet, note Sous Civ. 21.6.1988, D. 89. 5.

وإزاء تلك الانتقادات، غيرت الدائرة التجارية من توجهها في هذا الموضوع. حيث قضت في طعن عرض أمامها تتمثل وقائعه فيما يلي "قام مقاول عهد إليه رب العمل ببناء عمارة بشراء كمية من النسيج المقطرن، من أجل استخدامه في تغطية الأسقف، لمنع تسرب مياه الأمطار. وبعد إتمام عمليات البناء وتسليمه لرب العمل، اكتشف هذا الأخير وجود تسرب في المياه داخل الشقق، بسبب وجود عيب خفي في صناعة النسيج، فقام برفع دعوى المسئولية العقدية المباشرة على المنتج لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا العيب، قرر قاضي الموضوع رفض الدعوى، على أساس أن المدعي لم يشارك في تكوين عقد البيع ومن ثم فإنه يعد من الغير في علاقته بالمدعى عليه، مما يحول دون تحريك قواعد المسئولية العقدية"(١).

وعند الطعن على هذا الحكم انتهت الدائرة الأولى لمحكمة النقض، إلى أن "رب العمل يستطيع الرجوع بدعوى مباشرة بضمان العيب الخفي في الشيء المبيع ضد الصانع في المواد التي قدمها المقاول من لحظة تصنيعه، وهذه الدعوى تؤسس بالضرورة على قواعد الأسرة العقدية"(٢).

إلا أنه، في قضية مماثلة في وقائعها للقضية السابقة انتهت الدائرة الثالثة بمحكمة النقض إلى رفض دعوى رب العمل قبل المنتج الذي تعاقد معه المقاول، والتي أسسها المدعي على أحكام المسئولية العقدية، استناداً إلى أن رب العمل يعد أجنبيًا عن عقد البيع، ومن ثم يعد من الغير في علاقته بالمنتج الأمر الذي يمثل عائقاً في سبيل تطبيق قواعد المسئولية العقدية(٣).

وبعرض الموضوع على الجمعية العامة لمحكمة النقض لفض التنازع بين الدائرتين الأولى والثالثة، انتهت إلى تأييد ما أخذت به الدائرة الأولى. حيث أقرت مبدأ مقتضاه أن دعوى المسئولية داخل الأسرة العقدية تكون من طبيعة عقدية. أي

---

(١) Com- 14-10- 1981- G-P- 82- 1- Pan- J- 128- 17- 5- 1988B- Civ -N 182- P- 162
راجع في عرض وقائع الدعوى د. فيصل زكي عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٦.

(٢) Civ. 19. 984. 8. 3 not BENABENT, J.C.P 85. 11. 20387 Obs. MALINVAUD GP. 85. 11 434. note. SOULEAU. R. T. D. Civ. 85. 407. Obs. REMY. Et 588. Obs. HUET. R. D. Imob. 84. 420. Obs. MALINVAUD et BOUBLU

(٣) Civ.19.6.1984.D.85.213 note BENABENT, J. C. P. 85. 11.20387.Obs-. MALINVAUD. G. P. 85. 11.434. note. SOULEAU. R.T.D-Civ.85.407.Obs.REMY. Et 588.Obs.HUET. R.D.Imob.84.420.obs.MALINVAUD et BOUBLU

أن رب العمل يتمتع شأنه فى ذلك شأن المتملك بكافة الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشىء، والتى كانت مقررة لسلفه، ومن ثم يمكنه الرجوع على الشركة المنتجة مباشرة بدعوى المسئولية العقدية المؤسسة على مطابقة المواد التى اشتراها المقاول من هذه الشركة من أجل استخدامها فى هذا البناء لما تم الاتفاق عليه فى عقد البيع(١).

٥ وإذا كان حكم الدوائر مجتمعة لمحكمة النقض فى ١٩٨٦/٢/٧، قد أيد ــ من حيث المبدأ ــ ما انتهت إليه الدائرة الأولى، إلا أنها لم تقف عن حد رجوع رب العمل على المنتج بدعوى ضمان العيب الخفى فقط، بل تجاوزت ذلك، حيث جعلت رب العمل "شأنه فى ذلك شأن المشترى من الباطن يتمتع بكافة الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشىء المنتمى إلى صاحبه، ومن ثم فإنه يملك صلاحية تحريك الدعوى العقدية المباشرة القائمة على أساس عدم مطابقة الشىء ــ محل البيع ــ لما ورد فى عقد البيع"(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن غالبية الفقه، ترى أن محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٨٦/٢/٧ ــ السابق عرضه ــ ، قد استندت على نقل الدعوى العقدية، بصورة لاحقة لنقل ملكية الشىء(٣).

---

(١) "Le maitre de l'ouvrage dispose contre le fabricant de materiaux poses par un enter preneur d'une action directe pour la garantie device cache uendue des sa fabrication la aquelle action est necessairement de nature contracluelle directe fondee sur la non-conformite de la chose livree". Ass. Plen.7.fevr. 1986, JCP. 1986 II 20616 note MALINVAUD. D 1986-293 note BENABENT. Gaz. Pal. 1986-2-543-note J-M-BERLY

H. Roland et L. Boyer: Op. Cit- No-1821- p.751.

(٢) وقد تأكد الموقف الذى اتخذته محكمة النقض بدوائرها المجتمعة، فى حكمين صادرين لها فى نفس اليوم، فى قضايا متشابهة. راجع فى ذلك:

7Fev-1986- D- 1986-293-Note BENABENT.J-C-P-II- 20616- Note Malivaud. Gaz-Pal-1986-2-543-Note-J-M-Berly. R-T-D- Civ-1986-364-Obs-Huet et al 605-Obs-RÉMY.

ويلاحظ أن دعوى العيب الخفى، تختلف عن دعوى عدم المطابقة، من حيث المضمون والشروط التى يجب توافرها لتحريك الدعوى، وكذا الأحكام القانونية الواجبة التطبيق. راجع فى ذلك:

Karila (JP): Garantie legales et responsabilité contractuelle de droit commun de locateurs d'ouvrages immobliers après la receptions de l'ouvrages ch-D-1990-p.307

(٣) V. Lesmotifs des ASS-plen-7fev-1986-Préc.

وراجع أيضاً نفس المراجع بالهامش السابق.

وفى تطور آخر صدر عن الدائرة الأولى بمحكمة النقض الفرنسية حكمان، يعدان من أهم الأحكام التى صدرت فى مجال الأسرة العقدية، حيث صدر كلاهما فى أسر عقدية مكونة من مجموعة عقود مقاولة، وسلم الحكمان بمبدأ الدعوى العقدية المباشرة لرب العمل ضد المقاول من الباطن.

الحكم الأول:

صدر فى ٨ مارس ١٩٨٨[١] فى طعن على حكم صدر عن محكمة استئناف باريس فى قضية تتلخص وقائعها، فى أن أحد الأفراد قد عهد برسوم إلى فنى التصوير الفوتوغرافى بغرض تكبيرها، فتعاقد هذا الأخير من الباطن بخصوص هذا العمل مع معمل متخصص، إلا أن المعمل تسبب فى ضياع الرسومات، مما دفع رب العمل ــ صاحب الصورة ــ إلى رفع دعوى مسئولية ضد المعمل. أصدرت محكمة استئناف باريس حكماً بإلزام المعمل بالتعويض على أساس أحكام المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى. إلا أن المعمل ــ المقاول من الباطن ــ أراد أن يستفيد من الشروط المقيدة للمسئولية، الواردة فى العقدين اللذين يربطان المعمل بالشركة (عقد المقاولة من الباطن) من ناحية، ورب العمل بالشركة (عقد المقاولة الأصلى) من ناحية أخرى، لذا فقد طالب المعمل بتطبيق قواعد المسئولية العقدية بينه وبين رب العمل، وذلك بالطعن على حكم محكمة استئناف باريس أمام محكمة النقض.

وقد قبلت محكمة النقض الطعن، وتم نقض الحكم استنادا لوجود خطأ فى تطبيق أحكام المادتين ١٣٨٢، ١١٤٧ مدنى فرنسى، وقضت فى حيكمها الصادر فى ٨ مارس ١٩٨٨ بأنه "فى الحالة التى يعهد فيها المدين بتنفيذ التزام عقدى، إلى شخص آخر، بتنفيذ هذا الالتزام، فإن الدائن بهذا الالتزام، لا يملك حيال هذا الشخص إلا مباشرة دعوى عقدية، حيث يمكنه مباشرتها فى حدود حقوقه، وامتداد ارتباط حقوق المدين البديل"[٢]، أى أن رب العمل (الدائن الفعلى بالالتزامات)،

---

(١) Cass-Civ-8Mars-1988-Bull-Civ-1988-1-no69.

(٢) - Cass. Civ. 8Mars 1988 Bull. Civ. 1988 1 n° 69. Rev. Jurirpr. Com.1988.304.Note Ph. Delefecque. JCP.988.I.1070. note P.Jourdain.T.Civ.988.51.bs.Remx.741.Obs. Mestre.

وراجع فى عرض وقائع هذا الحكم والتعليق عليه أيضاً:

P. Jourdain: Responsabilite contractural et delectuelle.Rev.trim.Dr.Civ.1988. p.761-ets.; H.Roland et L. Royer: Op. Cit., p. 751. et s.

يستطيع الرجوع على المعمل (المنفذ الفعلى للالتزامات) مباشرة بدعوى هى من طبيعة عقدية، وهذه الدعوى تكون مقيدة مما يكون لرب العمل فى مواجهة فنى التصوير (المقاول الأصلى)، وبما يكون المقاول من الباطن (المعمل) ملتزما به فى مواجهة المقاول الأصلى.

وهذا الحكم قد أحدث تحولاً فى القضاء الفرنسى، فحتى ذلك الحين لم يكن من الممكن تحريك دعوى المقاول من الباطن ضد رب العمل، والعكس، إلا على أساس قواعد المسئولية التقصيرية وحدها[١]. وبهذا يكون هذا الحكم، قد وسع من مجال الدعوى العقدية المباشرة، لتشمل الأسر العقدية المكونة من مجموعة عقود مقاولة، وانتهى أخيراً إلى تطبيق الدعوى العقدية المباشرة بين الأطراف المتباعدة لهذه العقود، وهى عقود محل التزام المتعاقدين فيها ــ المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ــ القيام بعمل، أى أن الأمر لم يعد يتعلق بانتقال الدعوى العقدية بصورة لاحقة لانتقال الشىء أو انتقال ملكيته[٢].

ورغم أن هذا الحكم قد صدر بشأن المقاولة من الباطن، فإن عمومية الألفاظ التى استخدمها، تبتعد بالحكم عن أن تقيده بحالة ــ خاصة ــ المقاولة من الباطن فقط، بل يميل إلى مد نطاقه على كافة العقود من الباطن ذلك أن الحكم قد استخدم ألفاظ (المدين والمدين البديل والدائن) تثير فكرة التعاقد من الباطن بصفة عامة، أكثر من تناولها لفكرة المقاولة من الباطن خاصة[٣].

الحكم الثانى:

صدر الحكم الثانى بتاريخ ٢١ يونية ١٩٨٨[٤]، عن الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض، فى طعن على حكم محكمة استئناف باريس فى قضية تتلخص

---

(١) راجع فى ذلك:
Civ. 1re. 9mars. 1964. Bull. Civ.1. no. 138. Com. 18. Dec. 1968. Bull. Civ.1V. no366. Civ.3.5.Dec.1972.D.1973.401.Note.J.Mazeaud. Com. 17.Fevr.1981. Bull. Civ. IV.no. 87.

(٢) راجع فى ذلك :
Ass Plén, 7 Fev- 1986- Percé. P- Jourain- Op- Cit- p.761.

(٣) راجع فى ذلك :
P. Jourdain: Op. Cit., p.762.

(٤) راجع فى ذلك :
Civ-1-Bull-no 202-P-141

وقائعها فى الآتى[١]، أن مستغل مطار باريس قد ارتبط بشركة الملاحة النرويجية بعقد مقاولة، بشأن المعاونة فى إبعاد الطائرات التابعة للشركة من نقطة شحن الركاب إلى ساحة الإقلاع. استلزم تنفيذ هذا الالتزام اللجوء إلى جرار اشتراه المطار من شركة Saxby. حيث تعمل هذه الشركة فى مجال إنشاء، وتوريد الآلات، وقد بادرت شركة Saxby بدورها بالتوجه إلى شركة Soderep لشراء آلة إغلاق هوائية (بالضغط) لدعم الجرار. وباختصار فقد تم إبرام عقد بيع بين الشركتين Saxby, Soderep ، ثم عقد بيع آخر بين هذه الأخيرة ومطار باريس، وأخيراً عقد مقاولة بين مطار باريس وشركة الملاحة النرويجية.

وأثناء إحدى عمليات إبعاد الطائرة وقهقرتها، انفصل الجرار عن قضيب الدفع الخاص به، واصطدم مع الطائرة. والسبب فى هذا الحادث يرجع إلى انفلات ضغط الهواء، نتيجة عيب فى محبس الغاز الذى اشترته شركة Saxby من شركة Soderep لدعم الجرار. تعرضت الطائرة للضرر، الأمر الذى دفع الشركة النرويجية Brathens (مالكة الطائرة التى لحق بها ضرر) إلى مطالبة مستغل مطار باريس المتعاقد معها مباشرة بالتعويض، وطالبت بالتعويض أيضاً كل من شركتى Saxby (بائع الجرار) وشركة Soderep (بائع وصانع منفذ الغاز).

رفضت محكمة استئناف باريس طلب التعويض ضد مستغل المطار المتعاقد بسبب وجود شرط عدم الرجوع Clause de nonrecours الوارد فى عقد المقاولة، الذى يربط بين الشركة مالكة الطائرة والمطار. ولكنها قبلت طلب التعويض ضد الشركتين الأخريين، على أساس المسئولية التقصيرية طعن فى هذا الحكم أمام محكمة النقض، استناداً إلى ضرورة أن تكون للدعوى طبيعة عقدية.

وقبلت محكمة النقض الطعن، وبعد أن استشهدت بالمادتين ١١٤٧، ١٣٨٢ قررت أن محكمة استئناف باريس خالفت أحكام المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى (التى تنظم المسئولية العقدية)، وأخطأت فى تطبيق أحكام المادة ١٣٨٢ من نفس القانون (التى تنظم المسئولية التقصيرية).

---

[١] راجع فى عرض وقائع هذه القضية:
Ph. Rémy. R. T. D. Op. Cit. p.108. ets; P. Jourdain. Rev.Trim.Dr.Civ.1988, p.760. ets; M.Bacach.Gibeili. Op. Cit. P.117. ets

ثم جاء فى حكمها "بما أنه فى مجموعة العقود، تحكم المسئولية العقدية بالضرورة طلب تعويض أولئك الذين لحق بهم ضرر لكونهم كانوا على صلة بالعقد الأساسى، فى هذه الحالة، كان من الواجب على المدين أن يتوقع نتائج عجزه، بحسب القواعد العقدية القابلة لتطبيق فى هذا الموضوع، ولا يملك المضرور ضد المدين سوى الدعوى العقدية حتى فى حالة عدم وجود عقد بينهم[١].

بداية، نلاحظ على هذا الحكم، تأثر أنصار الأسرة العقدية بالفقه، ويظهر ذلك بوضوح من ناحيتين:

الأولى: استخدامه لاصطلاح "مجموعة العقود" فهذا الإصلاح مأخوذ عن الأستاذ B-Teyssie، فهو أول من اقترحه منذ أعوام[٢].

أما الثانية: ففى استخدامه لعبارة "أولئك الذين لحق بهم ضرر لكونهم كانوا على صلة بالعقد الأساسى"، فهذه العبارة مأخوذة بالنص عن الأستاذ Durry الذى برر على هذا النحو الطابع العقدى لدعوى المشترى من الباطن ضد الصانع[٣].

واستخدام القضاء لاصطلاح ــ لأول مرة ــ الأسر العقدية، والتنسيق بينه وبين عبارة Durry، قد أعطى لأحكام الدائرة الأولى المدنية والمبادئ المستمدة منها عمومية كبيرة[٤]. فقد أصبحت الدعاوى العقدية المباشرة داخل الأسر العقدية لا تتقيد بالعقود من الباطن، كما كان الاعتقاد عقب صدور حكم ٨ مارس ١٩٨٨. ولكن هذه الدعاوى خصت كافة العقود المكونة لأسر عقدية[٥].

---

(١) "Attendu que, dans un groupe de contrats, la responsabilite contractuelle regit mecessairement la demande en reparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le control initial, qu'en effect, dans ce cas, le debiteur a yant du prevoir les consequences de sa de faillance selon les regles contractuelles applicables en la maliere, la victime ne peut disposes contre lui que d'une action de mature contractuelle, meme en l'absence de contrite entre eux.", Civ 1, 21 Juin, 1988, Op. Cit.

(٢) Les group de contrats, thése montepellier, Op.Cit.;Obs. Sous. Cass. Civ. 1, Goct. 1979, Cett Revue, 1980, 355

(٣) Obs. Sous. Cass. Civ.1e. Goct. 1979. Cett.Revue.1980, 355.

(٤) راجع فى ذلك:

Ph.Rémy. R.T.D.E.O p. Cit. P. 107. P. Jourdain. Rev. trim. Dr. Civ. 1988. P.760. ets. M-Bacach-Gibaili-Op-Cit-P117 ets.

(٥) راجع نفس المراجع بالهامش السابق.

سواء منها الأسر العقدية المتجانسة[١]، أو غير المتجانسة[٢]، والناقلة للملكية منها أو غير الناقلة للملكية[٣].

وإذا كان القضاء بهذا الحكم، قد اعترف تماماً بفكرة الأسر العقدية، وأكد على تطبيق قواعد المسئولية العقدية بين الأطراف المتباعدة فيها، فإن هذا الحكم لم يقف عند هذا الحد، بل قدم تبريراً لذلك مؤداه أنه يجب على المدين توقع النتائج القانونية بعجزه، بحسب القواعد العقدية القابلة للتطبيق فى هذا الشأن.

ويرى جانب من الفقه[٤] ــ وبحق ــ انطلاقا مما قدمه الحكم من تبرير، أن احترام توقعات الأطراف، على الأخص المسئول، واحترام توازن العقد، هى التى ترتكز عليها الطبيعة العقدية للمسئولية. فضلاً عن ذلك فإن هذا الحكم يمنع إخضاع تعويض الأضرار لنظم تتباين بحسب ما إذا كانت الأضرار قد لحقت بالمتعاقد المباشر أو الغير من العقد الذى وجد نفسه فى مركز مماثل للمتعاقد[٥].

ونود الإشارة إلى أن هذا القضاء قد يؤدى إلى إعادة تنظيم المسئولية العقدية، فى اتجاه عدم حصرها فى الروابط بين المتعاقدين المباشرين[٦]، بحيث تنعقد مسئولية المتعاقد على المستوى العقدى فى مواجهة الغير المضرور، متى كان الضرر ناشئًا عن عدم تنفيذ التزام عقدى. الأمر الذى دفع البعض إلى القول بامتداد "نطاق المسئولية العقدية إلى خارج حدود مجموعات العقود. والقيد الوحيد هنا ينحصر فى أن الضرر ينتج بصورة مباشرة عن عدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد"[٧].

---

(١) مثل البيوع المتتالية، راجع فى ذلك:
Cass. Civ. 1e goct. 1979. prec

(٢) مثل البيع + المقاولة راجع فى ذلك:
Cass. Ass. Plen. 7 Fev. 1986 Cette Revue 1986 364, Obs Huet 595 Obs Mestre 605 nos obs.

(٣) Cass. Civ. 1e Mars 1988 Precs

(٤) P. Jaurdain: Op. Cit. P. 762 et 763. Ph. Reny. Op. Cit., P 109 ets. J. Mestre-Rev-Trim. Dr. Civ. 88. Jam. V. Mars. 1989 P 74 ets.
وراجع أيضا د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٥) راجع فى ذلك نفس المراجع بالهامش السابق.
وراجع أيضا:
G. Viney, La responsibilities les conditions 1982, n° 240.

(٦) J. Huet. Responsabilité délictuelle et responsabilite contractuelle Essai de delimintation des deux orders de responsabilite thése Paris, II- 1978

(٧) P. Jourdain. Op. Cit. P.763

ولكن الدائرة المدنية بمحكمة النقض، قد قيدت قضائها بالفروض الخاصة بالأسر العقدية[١]. وهذا واضح مما ورد فى حكمها، من أنه فى مجموعة العقود تحكم المسئولية العقدية .." [٢]. وهذا ما دفع بعض الفقه إلى القول بأن مجرد "الانتماء إلى الأسرة العقدية هو الذى يبرر الاستثناء الوارد على أحكام المادة ١١٦٥ من القانون المدنى"[٣]، و "أن وجود أسرة عقدية يكفى فى حد ذاته لإنشاء الدعوى العقدية، لذلك الذى لم يلحق به ضرر إلا بحكم صلته مع العقد الأساسى دون نقل الدعوى الأصلية، ولا الحلول فى تنفيذ العقد الأساسى"[٤].

الفصل الثالث

العودة إلى تطبيق المسئولية التقصيرية بين الأطراف المتباعدة داخل الأسرة العقدية الواحدة.

ففى الأسرة العقدية المكونة من عقد مقاولة، ومقاولة من الباطن ظلت الدائرة المدنية الثالثة بمحكمة النقض على موقفها، فقد قررت هذه الدائرة فى حكمها الصادر فى ٢١ يناير ١٩٨٧ أن رب العمل لا يجوز له أن يرجع على المقاول من الباطن إلا استنادا إلى قواعد المسئولية التقصيرية أو شبه التقصيرية[٥]، وقد تواترت أحكام هذه الدائرة على ذات النهج[٦]. وبررت ذلك بانتفاء الرابطة العقدية بينها، وضرورة احترام مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية المقرر بمقتضى المادة ١١٦٥ مدنى فرنسى.

وفى نفس الوقت أصرت الدائرة الأولى على موقفها، وقد سبق أن أوضحنا موقف هذه الدائرة[٧]، خاصة فى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٨٨[١]،

---

(١) B.teyssie et Neret. Op. Cit

(٢) B.Teyssie et Neret, Op. Cit.

(٣) Cit, P.763-P-Jourdain- Op

(٤) Ph-Rémy, Op. Cit. p108

(٥) Cass.Civ.3e. 21. Janv. 1987, Bull. 1987, III n° 10.

(٦) Civ. 3e. 13dec, 1989. Civ. 3e 28 Mars, 1990 D 1991, P.25, ets note J. Kullmann.Civ 3e 22 Juin 1988, JCPI.11.21125, note P. Jourdain Civ. 1 2e 21 Juin 1988 D 1989. Somm 232 et Defrenois 1989 356 Obs J L Aubrt JCP ed E 1988 II 21125 et RTD, Civ. 1988, 762 notes, P Jourdain, JCP ed. E. 1988. II. 15294 note pH Delebecque. D. 1989, 5 note, CH Larroument.

(٧) راجع فى ذلك، ما سبق أن عرضناه بشأن (المرحلة الثانية) تطبيق أحكام المسئولية العقدية، بين الأطراف المتباعدة داخل الأسرة العقدية الواحدة ص ٣٧٤ ومابعدها.

والذى قضى بأنه، فى كل حالة يعهد فيها المقاول الأصلى بالتزاماته العقدية، أو بجزء منها — إلى مقاول من الباطن، ليقوم هذا الأخير بتنفيذ هذه الالتزامات، فإن رب العمل هو الدائن بالالتزامات يرجع على المقاول من الباطن (وهو المنفذ لهذه الالتزامات) بدعوى من طبيعة عقدية.

هذا وقد أكدت الدائرة الأولى المدنية هذا الموقف صراحة، وذلك فى حكمها الصادر بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٨٨[٢].

وإزاء هذا التعارض بين أحكام الدائرة المدنية الأولى، وأحكام الدائرة الثالثة المدنية، عرض الأمر عل الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية. وكان هذا الحكم بشأن رب عمل، قد ادعى وجود عيوب بالصنعة عقب مرور عشرة أعوام على استلام الأعمال، مما دفعه إلى رفع دعوى قضائية ضد المقاول الأصلى، والسباك المتعاقد من الباطن الذى تدخل فى العملية بصفته مكلف بخدمة، بدون أن يجرى أى توريد. وقد قررت محكمة استئناف نانسى، أن المقاول من الباطن (المدعى عليه) بإمكانه الاحتجاج فى وجه رب العمل بمهلة السقوط العشرى. ذلك أن رب العمل، لا يملك فى مواجهة المقاول من الباطن سوى الرجوع بدعوى من طبيعة عقدية، يمارسها فى حدود حقوقه وتعهد المقاول من الباطن. وقد كان ما قررته محكمة نانسى، تكراراً لذات الصيغة التى وردت فى حكم الدائرة المدينة الأولى الصادر فى ٨ مارس ١٩٨٨[٣].

ونقضت الجمعية العامة لمحكمة النقص الفرنسية هذا الحكم فى حكمها الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩١[٤]، استنادا إلى حكم المادة ١١٦٥ من القانون المدنى،

---

(٨) راجع فى عرض هذا الحكم — فى هذا البحث ص ٣٧٩ ومابعدها.

(١) راجع فى عرض هذا الحكم — فى هذا البحث — ص ٣٨٠ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك ما عرضنا لهذا الحكم فى هذا البحث — ص ٣٧٩ ومابعدها.

(٣) Bull. Civ. Ass. Plen. n°5 p.7. J C P 91 II 21743 note G Viney. D 1991 549-Note J GHESTIN et somm. Comm.. 321 Obs AUBERT. R T D Civ 1991 750 Obs JOURDAIN. R T D Civ 1992, 593 Obs Zenati Ch LARROUMET, L'effet relative des contrats et la negation de l'existence d'une action en responsabilite necessairement contractuelle dans les ensembles contractuels: J-C-P-91-I-3531-Ch JAMIN, Une restauration de l'effet relative du contrat (a propos de l'arret de l'ASSEMBLEE PLENIERE DU 12 Juillet 1991): D-1991, Chron-257-P. JOURDAIN, La nature de la responsabilite civile dans les chaines de contrats après l'arret de l'Assemblee pleniere du 12 juillet 1991: D-1992, Chron-149-B.BOUBLI, Transport de propriete et responsabilite dans les groupes de contrats (a propos de l'arret de l'assemblee pleniere du 12 Juillet 1991): Rev. Dr. Imm. 1992, 27

فبعد أن أعلنت أن "الاتفاقات لا مفعول لها إلا بين الطرفين المتعاقدين، قررت أن الدعوى العقدية لا يمكن قبولها، ذلك أن المقاول من الباطن ليس مرتبطاً عقدياً برب العمل"(١).

ويلاحظ أن الحكم السابق، وإن لم يقرر صراحة العودة إلى قواعد المسئولية التقصيرية، بين الأطراف المتباعدة داخل الأسرة العقدية الواحدة، إلا أنه قد قرر صراحة أن الاتفاقات لا يتعدى أثرها الأطراف المتعاقدة، احتراماً لمبدأ نسبية أثر العقود، ثم انتهى فى ذات الوقت: إلى أن المقاول من الباطن لا يرتبط بعلاقة تعاقدية مباشرة مع رب العمل، ومن ثم فإن هذا الأخير لا يملك مقاضاة الأول إلا وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية بالرغم من انتمائهما لأسرة عقدية واحدة.

ويلاحظ أيضاً أن هذا الحكم، قد أوقف تقدم القضاء نحو تطبيق أحكام المسئولية العقدية، بين رب العمل والمقاول من الباطن المنتميين لأسرة عقدية واحدة، كلما كان التزام المقاول من الباطن القيام بعمل، أى كلما كان التزامه بتقديم خدمة. أما دعوى رب العمل، أو المقاول من الباطن ضد صانع الشىء المبيع، أو مواد البناء ما تزال من طبيعة عقدية، وهذا يعنى أن الجمعية العامة لمحكمة النقض لم ترد أن تعارض قضائها الصادر فى ٧ فبراير ١٩٨٦(٢).

وقد انتهجت الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية، نفس ما قررته الجمعية العامة للمحكمة فى حكمها الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩١، وتحولت بذلك عن قضائها السابق. فقد قضت فى طعن عرض عليها فى ٧ يوليو ١٩٩٢، بأن الاتفاقات لا يتعدى أثرها الأطراف المتعاقدة، ولما كان رب العمل لا يرتبط عقديًا مع المقاول من الباطن، فإن رب العمل لا يملك الرجوع بدعوى عقدية إلا

---

(١) Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Voile l'art. 1165C. Civ. La cour d'appel qui, pour declarer irrecevables les demandes formees par le maitre de l'ouvrage contre le sous-traitant en reparation due prejudice subi du fait de l'apparition de desordres apparus plus de dix annees après la reception de l'immeuble d'habitation, redicent que, dans le cas ou le debiteur d'une obligation contractuelle a charge une conre cette derniere que d'une action necessairement cntractuelle, dns la limite de ses droits et de l'engagement du debiteur substitute, et en deduit que le sous-traitant peut opposer au maitre de lk'ouvrage tous les moyens de l'entrepreneur principal, ainsi que des dispositions legales qui le regissent, en particulier la forclusion decennale, alors que le sous traitant n'est pas contractuellement lie au maitre de l'ouvrage. Cour de Cassation, Ass. Plen. 12, Juillet 1991, D, 1991, Juris, P.549, note Jacques GHESTIN

(٢) H. Roland et L. Boyer: Op. Cit. O755

مع من تعاقد معه مباشرة[١]. وقد تأكد ذلك فى حكمها الصادر فى ٢٣ يونيو ١٩٩٢[٢]. وكذلك حكمها الصادر فى ١٦ فبراير ١٩٩٤[٣].

وفى ذات الاتجاه، كان قضاء الدائرة التجارية بمحكمة النقض، حيث قضت فى حكمها الصادر فى ٤ مايو ١٩٩٣ بأن عدم وجود رابطة عقدية جعل المسئولية تؤسس على قواعد المسئولية التقصيرية[٤].

أما بالنسبة للدائرة المدنية الثالثة بمحكمة النقض، فإن موقفها كان محدداً منذ البداية، فهذه الدائرة لم تغير موقفها حتى قبل صدور حكم ١٢ يوليو ١٩٩١، حيث إنها لم تقض بوجود دعوى مباشرة من طبيعة عقدية بين المقاول من الباطن ورب العمل لعدم وجود رابطة عقدية مباشرة بينهما. وتأكيداً لذلك فقد قضت هذه الدائرة فى حكم حديث لها، بأن المقاول من الباطن لا يكون مسئولاً فى مواجهة رب العمل إلا على أساس قواعد المسئولية التقصيرية[٥].

الفرع الثانى
موقف القضاء المصرى

لقد كان القضاء المصرى واضحاً وصريحاً، فى إعمال قواعد المسئولية التقصيرية بين الأطراف المتباعدة والمنتمية لأسرة عقدية واحدة، وبالتالى، فإن القضاء المصرى ــ على عكس القضاء الفرنسى فى فترة معينة ــ كان يطبق قواعد المسئولية التقصيرية عند رجوع رب العمل على المقاول من الباطن

---

(١) Les conventions n'ont d'efft qu' entre les parties contractants, il s'ensuit que le sous-traitant n'etant pas contractuellement lie au maitre de l'ouvrage, ce dernier n'a pas le droit d'agir sur le fondement de la responsabilite contractuelle contre la personne que son contractant direct s'est substituee pour l'execution due contrat) Cass. Civ. 7 Juillet 1992, Bull. Civ., 1992, I, no. 221

(٢) Aux termes de l'article 1165 du Code Civil, Les conventions n'ont d'effect qu'entre les parties contractantes. Le sous-traitant n'est donc pas contractuellement lie au maitre de l'ouvrage. Des lors, fait un exact application des articles 1147 et 1382 du code civil la cour d'appel qui se fonde sur les regles de la responsabilite =quasi delictuelle pour apprecier la responsabilite du sous-traitant d'une enterprise a l'egard du maitre de l'ouvrage qui n'avait contracte = qu'avec cette derniere. Cass-Civ-23 Juin 1992, Bull. Civ-1992, no. 195.

(٣) Cass-Com, 4 Mai 1993, Bull. Civ. 1993, no. 173

(٤) L'architecte lie par une convention au maitre de l'ouvrage, n'est pas contractuellement lie a l'entreprise qui aealise les travaux, Cass. Civ. 16, Fev. 1994, Bull. Civ. 1994, no.72.

(٥) Cass. 3e Civ. 28 Nov. 2001, J-C-P, 2002-Jurisprudence, 10037, note Daniel MAINGUY.

والعكس. ذلك أنه كان يعتبر العلاقة بينهما علاقة أغيار حيث لا يربطهما عقد واحد.

وأحكام القضاء المصرى بشأن إعمال قواعد المسئولية التقصيرية كثيرة، سواء كنا بصدد مقاولة من الباطن أو بصدد صور التعاقد من الباطن الأخرى، مثل الإيجار من الباطن، والوكالة من الباطن. من ذلك مثلاً ما قضت به محكمة النقض بأنه: "الأصل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن عقد الإيجار من الباطن لا ينشئ علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الأصلى لانعدام التعاقد بينهما، إلا فى حدود ما تقضى به المادتان (٥٩٦، ٥٩٧) من القانون المدنى... حتى ولو كان مصرحاً للمستأجر بالتأجير من الباطن"[١]. وهذا المبدأ طبقته محكمة النقض على المقاولة من الباطن والوكالة من الباطن، وقد تواترت أحكامها على هذا النحو[٢].

المطلب الثالث

شروط تطبيق المسئولية العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن فى ضوء الأسرة العقدية

تمهيد وتقسيم:

إذا كان الفقه والقضاء المؤيد لفكرة الأسرة العقدية قد أقر بالطبيعة العقدية لدعوى الرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن، فإن أنصار هذه الفكرة قد اشترطوا لذلك ضرورة توافر شروط تطبيق المسئولية العقدية بصفة عامة. فضلاً عن ذلك فإن أنصار الأسرة العقدية، يرون ضرورة توافر بعض الشروط الخاصة، حتى يمكن إثارة دعوى المسئولية العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن وهما ينتميان لأسرة عقدية واحدة.

---

(١) راجع فى ذلك: نقض مدنى فى ١٩٧٧/٥/٢٥ – الطعن رقم ٦٨٢ – لسنة ٤٣ ق – موسوعة الفقه والقضاء فى أحكام عقد الإيجار فى التقنين المدنى الجديد للمستشار / محمد عزمى البكرى – ص ٩٨٥.

(٢) نذكر منها: نقض مدنى فى ١٩٨٤/١١/١ – الطعن رقم ١٠٧٧ لسنة ٤٩ ق – المرجع السابق – ص ٩٨٦. نقض مدنى فى ١٩٨٨/١٢/٢٩ – الطعن رقم ٦١١ لسنة ٥٢ ق – المستحدث من المبادئ التى قررتها دوائر الإيجارات بمحكمة النقض – المكتب الفنى – محكمة النقض – ص ١٣١ . نقض مدنى فى ١٩٩٠/١٠/٢٨ – الطعن رقم ١٩٨٤ – لسنة ٥٦ ق – مجموعة المكتب الفنى – السنة الحادية والأربعون – ص ٥٨١ – نقض مدنى فى ٢٠٠٠/٣/٢٢ – الطعنان رقما ١٠١٢ ، ١٠٩٥ لسنة ٦٩ ق المستحدث – مرجع سبق ذكره – ص ١٣١ . نقض مدنى فى ١٠ فبراير ٢٠٠٢ – الطعن رقم ١٤٢٢ لسنة ٧١ ق – غير منشور.

ويترتب على تخلف أحد هذه الشروط، عدم إمكانية رجوع المضرور — سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن — على المسئول بقواعد المسئولية العقدية، بل تكون المسئولية التقصيرية، أو المسئولية الموضوعية هى واجبة التطبيق، إذا توافرت شروط هذه أو تلك.

وفى هذا الصدد، سوف نقوم بإلقاء الضوء على الشروط العامة بإيجاز فى الفرع الأول من هذا المطلب، ثم نتبعها بتوضيح الشروط الخاصة بشىء من التفصيل فى الفرع الثانى.

الفرع الأول

الشـــروط العامـــة

وإذا كانت الشروط العامة لتطبيق المسئولية العقدية، والتى تتمثل فى ضرورة وجود رابطة عقدية وأن يكون هناك إخلال بالتزام تعاقدى وأن ينتج عن هذا الإخلال ضرر، قد تناولتها المراجع الخاصة بدراسة المصادر الإرادية للالتزام ونظرية العقد، وهى كثيرة ومتنوعة[١].

ونحيل فى شرح تلك الشروط إلى هذه المراجع، إلا أننا سنتناول هذه الشروط بإيجاز، وبالقدر الذى يبين لنا بعض الأمور. ذلك أننا بصدد أطراف متباعدة داخل أسرة عقدية واحدة، لم يبرم أحدهما مع الآخر — من الناحية الشكلية — عقداً.

الغصن الأول

وجود رابطة عقدية بين الأطراف — رب العمل والمقاول من الباطن — المنتمية لأسرة عقدية[٢]

يشترط لتحريك المسئولية العقدية المباشرة، بين رب العمل والمقاول من الباطن، وجود رابطة عقدية بينهما، ويعتبر أنصار فكرة الأسرة العقدية أن هذا

---

(١) من هذه المراجع راجع د — محمود جمال الدين زكى — المرجع السابق — ص ٩٦ وما بعدها. د — حمدى عبد الرحمن — المرجع السابق - ص ٤٩٩ وما بعدها. د — أحمد شوقى عبد الرحمن — النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة — فى الفقه وقضاء النقض المصرى والفرنسى — منشأة المعارف — ٢٠٠٤ من ص ٣٩٤: ص ٣١٥ من ص ٣١٥ وما بعدها. د — عبد المنعم فرج الصده — المرجع السابق — ص ٣٧٢ وما بعدها. د — عبد الرزاق السنهورى — المرجع السابق — ص ٥٣٦ وما بعدها.

(٢) راجع تفصيل هذا الشرط د — فيصل زكى عبد الواحد- المرجع السابق — ص ١٤٨ وما بعدها.

الشرط متوافر، لانتماء المضرور والمسئول منهما لأسرة عقدية واحدة[١]، وإن لم يرتبطا بعقود حقيقة. ويتحقق ذلك ــ كما سبق أن أوضحنا ــ إذا كان المضرور ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ قد ساهم فى بناء علاقة تعاقدية متعاقبة أو مرتبطة بالتصرف القانونى الذى شارك المسئول فى تكوينه.

ويترتب على انتفاء الرابطة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، عدم إمكانية رجوع أيهما على الآخر بمقتضى المسئولية العقدية؛ لتخلف أحد العناصر الجوهرية لتحرك هذه المسئولية.

فقد تنتفى الرابطة العقدية، بالرغم من أضرار قد نتجت عن تطابق إرادتين، وذلك لتخلف الخصائص العقدية، التى تلزم لتحرك المسئولية العقدية. ويحدث ذلك فى أحوال كثيرة منها، النقل بالمجان، فالراكب بالمجان ــ رغم تطابق إرادته مع إرادة الناقل ــ لا يستطيع الرجوع على منتج السيارة بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به، نتيجة حادث نجم عن عيب خفى فى السيارة، أى لا يجوز له تحريك المسئولية العقدية. ذلك أنه فى رأى بعض الفقه[٢]، أن النقل بالمجان لا تتوافر فيه الخصائص العقدية، "ولا وجود ــ فى حالة النقل بالمجان ــ فيه لعقد ولو غير مسمى، لأن الناقل، الذى يعرض أو يقبل تأدية خدمة، بنية المجاملة أو بدافع المروءة، لا تنصرف البتة إرادته إلى ترتيب أثر قانونى على عرض أو قبوله كما لا يقصد من يقبل، أو يرجو هذه الخدمة منه أن يرتب التزاما بأدائها له، ولا يمكن تبعاً لهذا، أن ينشأ عن تراضيهما الأثر القانونى، الذى لا يقوم عقد بغير اتجاه التراضى إلى إحداثه"[٣].

---

(١) راجع فى ذلك:

M- Bacache-Gibeili- Op- Cit- No 194- ets- p.166 ets

P. JAURDAIN Responasabilité Contractuel et Delectruelle. Rev., Trim. Dr. Civ. 1988, p.762. ets. LARROUMET Nots Sous Civ.1.21.6.1988, D. 89.P.. JOURDAIN Obs, á R.T.D Civ. 1988, p.760

(٢) راجع فى عرض رأى هذا الفقه د ــ طلبه وهبه خطاب ــ المسئولية المدنية لناقل الاشخاص بالمجان ــ دار الفكر العربى ــ ص ٣٦٠ وما بعدها. وراجع أيضاً فى تفصيل ما إذا كان الراكب بالمجان يعتبر من الغير أم لا ــ د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المفهوم القانونى للمستفيد من التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية عن حوادث المركبات الآلية، "وفقا للقانونين الكويتى والمصرى" ــ مطبوعات جامعة الكويت ــ ١٩٩٤ ــ ص ٢٧ وما بعدها.

AUBRY et RAU-L'droit Civil Français, Responasabilité délictuelle Par Esmein, T. V1-2, 1989 et T. 111, Jéd - P.207- No 93.

(٣) راجع فى ذلك بالتفصيل ــ د ــ محمود جمال الدين زكى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٥ وما بعدها.

وإذا كان انتفاء الرابطة العقدية، يحول دون تحريك قواعد المسئولية العقدية، إلا أن ذلك مقرون بعدم وجود نص تشريعى يقرر عكس ذلك[١].

ويختلف الأمر تماماً إذا كان النقل بمقابل، ففى هذه الحالة توجد رابطة عقدية موضوعية[٢]، بين كل من الراكب ومنتج السيارة، تخول للأول الرجوع على الآخر بمقتضى المسئولية العقدية، للتعويض عن الأضرار التى قد تلحق به نتيجة وجود عيب خفى فى صناعة السيارة.

ويجب أيضاً، كى يستطيع المضرور الرجوع على المسئول بمقتضى قواعد المسئولية العقدية المباشرة، أن يكون الضرر الذى أصابه، قد حدث وهو — بالفعل — ينتمى والمضرور لأسرة عقدية واحدة. أما إذا كان الضرر قد أصابه قبل دخوله[٣] الأسرة العقدية، أو حتى فى مرحلة التفاوض[٤] — وهى مرحلة سابقة على

---

(١) كما هو الحال فى التشريع الفرنسى، حيث قرر المشرع بمقتضى القانون رقم ٦٧٧/٨٥ الصادر فى ١٩٨٥/٧/٥، استفادة جميع الأشخاص الذين يوجدون على متن السيارة بهدف نقلهم من مكان لآخر بغض النظر عما إذا كانت عملية النقل قد تمت بمقابل أو بالمجان. وراجع أيضا القانون الصادر فى ١٩٨٥/٧/٢٥ والخاص بمسئولية المنتج عن الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، حيث جاء فيه "المتضرر لا يمكنه الرجوع على المنتج إلا بدعوى المسئولية العقدية، بغض النظر عما إذا كانت هناك رابطة عقدية من عدمه".

(٢) راجع فى ذلك: د — فيصل زكى عبد الواحد — المرجع السابق — ص ٢٢ وما بعدها.

(٣) د. — فيصل زكى عبد الواحد — المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية — مرجع سبق ذكره — ص ١٥٠.

(٤) راجع فى ذلك:

AUBRY et Ruy, Op. Cit, P.207, No93, Com 20-3-1972, J.C.P. P13, II, 17543-Obs, Schmide

قارن فى ذلك: د — حسام الدين كامل الأهوانى — المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولى — مجلة العلوم القانونية والإقتصادية — العدد الثانى — السنة الثامنة والثلاثون — يوليو ١٩٩٦، ص ٣٩٣ وما بعدها. د — نزيه محمد الصادق — الإلتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد — سنة ١٩٨٢. د — محمد محمد أبو زيد — المفاوضات فى الإطار التعاقدى (صورها — وأحكامها) — دار النهضة العربية — عام ١٩٩٥ — ص ٩ وما بعدها. وراجع بصفة خاصة خاتمة هذا المرجع ص ١١٧ وما بعدها. د — محمد حسام محمود لطفى — المسئولية المدنية فى مرحلة التفاوض — دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى — بدون دار نشر ١٩٩٥، ص ٥٨ وما بعدها، ص ٧٦ وما بعدها.

راجع أيضاً:

Cass, Civ, 12 AV, 1976, Bull, No.122-Civ. 161, et, Cass, Civ, 2-15 Fev, 1984 Bull, Civ. 11-1229

نشوء الرابطة العقدية ــ بشأن دخوله فى الأسرة العقدية، فإنه لا يجوز له تحريك دعوى المسئولية العقدية ضد المسئول الذى ينتمى إلى هذه الأسرة، ذلك أنه لا يمكن اعتباره طرفاً فيها[١].

وإذا كنا نتحدث عن المسئولية العقدية، بين أطراف تنتمى إلى أسرة عقدية واحدة، فإنه يلزم "أن تكون هناك أسرة عقدية بمدلول الكلمة[٢]" وهذا يعنى أن يكون المتضرر طرفاً فى علاقة تعاقدية ترتبط من الناحية الموضوعية بالعلاقة التعاقدية التى ساهم المسئول فى تكوينها. وهذا يتطلب من جهة أن يكون المضرور طرفاً فى تصرف قانونى، وأن يكون هذا التصرف صحيحاً ولا يزال قائماً، فإذا كان هذا التصرف باطلاً، أو قابلاً للإبطال وحكم به[٣]، أو تم فسخه، فإنه لا يجوز للمضرور الرجوع على المسئول بمقتضى قواعد المسئولية العقدية.

ومن جهة ثانية يجب أن يكون الشخص قد دخل الأسرة العقدية عن طريق ــ كما بينا ــ تصرف قانونى، وليس عن طريق واقعة ــ وذلك كأصل عام ــ مادية. وتطبيقاً لذلك فإن الشخص الذى يكتسب ملكية شىء عن طريق الحيازة، لا يجوز له أن يرجع على المنتج، بدعوى المسئولية العقدية المباشرة، لمطالبته بالتعويض، عن الأضرار التى أصابته نتيجة عيب خفى فى صناعة هذا الشىء، ذلك أن دخول هذا الشخص إلى الأسرة العقدية، كان عن طريق واقعة ــ الحيازة ــ مادية، وليس عن طريق تصرف قانونى، وبالتالى فإنه لا يعد طرفاً فى الأسرة العقدية التى ينتمى المنتج[٤] إليها.

فضلاً عن ذلك يجب "ألا تكون الأسرة العقدية قد قطعت بمقتضى واقعة مادية"[٥]، فلو أن شخص اكتسب ملكية شىء عن طريق الحيازة وهى واقعة مادية، ثم قام بالتصرف فى هذا الشىء لشخص آخر، واكتشف هذا الأخير عيبا خفيا فى

=راجع أيضاً حكم محكمة النقض المصرية فى أحد الطعون الذى نظر أمامها ــ صدر بتاريخ ١٩٦٦/١/٢٧ ــ مجموعة المكتب الفنى ــ س ١٧ ــ رقم ٢٤، ص ١٨٢.

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٠.

(٢) د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٠ وما بعدها.

(٣) PARIS, 26-3-1987-B-Trans-1988-285

(٤) راجع فى ذلك :

DELEBECQUE. Obs. Sous. Civ.1-21-6-1986, J. GP 88-11-15294

(٥) د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥١ وما بعدها.

الشيء مما أصابه بأضرار، فلا يجوز له أن يرجع على منتج هذا الشيء، بدعوى المسئولية العقدية المباشرة، وذلك لانقطاع الرابطة العقدية بينهما.

وإذا كانت الواقعة المادية، تمنع ـ كأصل عام ـ دخول الشخص في أسرة عقدية معينة، إلا أن ذلك رهن بعدم وجود نص تشريعي، يقضي بخلاف ذلك. فإن وجد نص تشريعي يقضي بدخول الشخص الأسرة العقدية، بمجرد اكتسابه شيئا عن طريق واقعة مادية، فإنه يجب احترام إرادة المشرع[١]. وتطبيقاً لذلك قرر المشرع المصري في المادة "١٤٥ مدني" بأنه "ينصرف أثر العقد... إلى الخلف العام". فمن الواضح أن المشرع قد اعتبر الخلف العام في حكم الطرف، بالرغم من أن فكرة الاستخلاف العام تتم عن طريق الوفاة، والتي تعد من قبيل الوقائع المادية. وبالتالي يجوز للخلف العام، الذي اكتسب شيئا نتيجة هذا الاستخلاف، إذا لحقه ضرر نتيجة وجود عيب خفي في هذا الشيء، أن يرجع على منتج هذا الشيء بدعوى المسئولية العقدية المباشرة، لمطالبته بالتعويض. ويكون لمن تصرف إليه الخلف العام في الشيء محل الاستخلاف، إذا أصابه ضرر نتيجة عيب خفي في الشيء، الرجوع بالتعويض على منتج هذا الشيء، وذلك بدعوى المسئولية العقدية المباشرة، ذلك أن واقعة الاستخلاف بالرغم من أنها واقعة مادية، إلا أن المشرع قد جعل الخلف العام في حكم الطرف لاعتبارات عملية وليست فنية.

الفصل الثاني

إخلال المسئول (سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن) داخل الأسرة العقدية بالتزام تعاقدي[٢]

يلزم لتحريك المسئولية العقدية المباشرة بين أطراف الأسرة العقدية الواحدة، أن يخل المسئول بالتزام تعاقدي[٣]. فانتماء المسئول والمضرور لأسرة

---

(١) راجع عرض ذلك بالتفصيل: د ـ فيصل زكي عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص١٤٠، ص١٥١ وما بعدها.

(٢) راجع في عرض هذا الشرط، د ـ فيصل زكي عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٤ وما بعدها

(٣) Larroumet. Note sous Civ. 1.21.6.1988 D 1989 5. JOURDAIN(P) Obs a R.T.D. 1988, 763. DELEBCQUE (04) Obs Sous Civ.1, 21.6.1988, J. EP, 86.IOI. 15294. M. Bcache Gibeili-Op. Cit. no 172 et s P.152, ets. (PH).Rémy, Group de contrats , R.T.D. E-1988, P. 107 ets

عقدية واحدة، وارتباط كل منهما بالآخر برابطة عقدية موضوعية، لا يكفى لإثارة المسئولية العقدية بينهما.

فالمقاول من الباطن، الذى أخل بأحد الالتزامات العقدية، التى تقع على عاتقه والمنبثقة من التصرف القانونى ــ عقد المقاولة من الباطن ــ الذى ساهم فى تكوينه، يسأل مسئولية عقدية مباشرة أمام رب العمل وينبنى على ذلك، أنه إذا أوفى المقاول من الباطن بكافة الالتزامات التى تقع على عاتقه، بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، فإنه لا يجوز لرب العمل إثارة دعوى المسئولية العقدية ضده، ولا يكون أمام رب العمل، إلا الرجوع عل المقاول الأصلى، بمقتضى قواعد المسئولية العقدية إذا كان هذا الأخير قد أخل بالتزاماته[١].

الغصن الثالث

وجود ضرر ناتج عن الإخلال بالالتزام التعاقدى

يلزم ــ فضلاً عن توافر الشرطين السابقين ــ إصابة أحد أطراف العقود المكونة للأسرة العقدية بأضرار حتى يمكنه تحريك قواعد المسئولية العقدية، ضد المسئول. فإذا لم تكن هناك أضرار قد لحقت بأحد أطراف الأسرة العقدية، بالرغم من إخلال المسئول بأحد الالتزامات التى تقع على عاتقه، بمقتضى العلاقة التعاقدية التى شارك فى بنائها، فلا يمكن مساءلة هذا الأخير بمقتضى المسئولية العقدية المباشرة[٢].

وعلى ذلك فربُّ العمل لا يجوز له أن يطالب المقاول من الباطن بالتعويض بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، عن إخلاله بالتزامه التعاقدى الناشئ عن عقد المقاولة من الباطن، إلا إذا كان هذا الإخلال قد نتج عنه إضرار برب العمل.

ويجب أن تكون الأضرار التى لحقت برب العمل، قد نتجت مباشرة عن إخلال المقاول من الباطن بالتزامه التعاقدى[٣]. وهذا ما أوضحته المادة ٢٢١ /١ من القانون المدنى حيث جاء فيها "ويشمل التعويض.. بشرط أن يكون هذا نتيجة

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٤.

(٢) Jourdain (P), obs a R.T.D. Civ 1988, 760, et Ibid 1989, 324, Larroumet. Art, Prec, Aubert, (J.L), Op. Cit., P. 358, Delebecque, Art, Prec

(٣) د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٦.

طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخير فى الوفاء.. " فبذلك يتضح أن المشرع قد تطلب لتحريك المسئولية العقدية أن تكون الأضرار التى لحقت بالمتعاقد ناتجة مباشرة عن الإخلال بالتزام تعاقدى. ويحدث ذلك فى إطار الأسرة العقدية التى ينتمى إليها رب العمل والمقاول من الباطن. وهذا هو ما قاله Durry ، فى معرض تعليقه على حكم محكمة النقض الصادر فى أكتوبر ١٩٧٩ حيث جاء فيه "على هذا النحو يستقر التيار الفقهى القوى الذى أكد ضرورة إخضاع كافة الذين لم يلحق بهم ضرر إلا لكونهم على صلة بالعقد الأساسى، لنظام المسئولية العقدية، ذلك أن رب العمل ــ فى المثال السابق ــ لم يصب بأضرار، إلا لكونه دائناً بالتزام تعاقدى مرتبط من الناحية الموضوعية بالالتزام الذى أخل المقاول من الباطن بتنفيذه.

وهذا المبدأ هو الذى أكدت عليه محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢١ يونية ١٩٨٨، فى مجموعات العقود، حيث جاء به "تحكم المسئولية العقدية بالضرورة طلب التعويض للذين لم يلحق بهم ضرراً إلا لكونهم يرتبطون مع العقد الأساسى"[١]، أى أن المحكمة تشترط وجود صلة بين سبب الصلة وبين العقد الأساسى.

وينبنى على ذلك، أنه يجب أن يكون الضرر ــ كله أو جزء منه ــ ناتجًا عن إخلال بالتزام تعاقدى. أما إذا كان المقاول من الباطن قد أخل بالتزام تعاقدى، وقام ــ فى نفس الوقت ــ بالاعتداء على رب العمل الدائن الأصلى بهذا الالتزام، مما لحق به بأضرار. فإن رب العمل فى هذه الحالة، يستطيع مطالبة المقاول من الباطن بالتعويض، تأسيساً على قواعد المسئوية العقدية، بالنسبة للضرر الذى أصابه نتيجة إخلال المقاول من الباطن بالتزامه العقدى. كما أن لرب العمل ــ أيضاً ــ مطالبة المقاول من الباطن بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به من جراء اعتداء هذا الأخير عليه، مؤسساً دعواه على قواعد المسئولية التقصيرية، ذلك أن الضرر ناتج عن إخلال المقاول من الباطن بالواجب العام المفروض على الكافة، وإذا كان رب العمل فى هذا المثال يستطيع تأسيس دعواه على قواعد المسئوية العقدية والتقصيرية، فإن ذلك لا يشكل إهدار مبدأ عدم جواز الجمع بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية؛ لأن الأضرار التى يطالب الطرف المتضرر ــ رب العمل ــ بالتعويض عنها لم تنتج ــ فقط ــ من الإخلال بالتزام

---

[١] راجع فى ذلك:

Jourdain, obs, a, R.T.D. Civ. 1988, 763, Aubry et Rau, Op. Cit., 215, No.94; Delebecque, Obs sous civ. 1-21-6-1988. J.C.P, 88-11-15294-Civ.-3-29-4-1987, B-Civ.. 111 No 90 Civ. 1. 21, 6 1988 J C P 88 11. 15294. Civ. 1.2.11.1988. B. Civ.1.No.327.

تعاقدى، بل يوجد جزء منها نتج عن الإخلال بالواجب العام المفروض على الكافة، والذى يقضى بعدم الإضرار بالغير.

وتجدر الإشارة إلى، أنه إذا كان الإخلال بالالتزام التعاقدى، قد نتج عن فعل شخص تابع للمقاول من الباطن ــ فى المثال السابق ــ، أو كان ناتجاً عن فعل الشىء المستخدم فى تنفيذ التزامه. فإننا نرى مع بعض الفقه، أن رب العمل ــ المضرور ــ لا يجوز له الرجوع إلا بمقتضى قواعد المسئولية العقدية.

الفرع الثانى
الشروط الخاصة لممارسة دعوى المسئولية العقدية

إذا كنا قد استعرضنا ــ بإيجاز ــ الشروط العامة التى يجب توافرها لممارسة دعوى المسئولية العقدية، بين رب العمل والمقاول من الباطن المنتمين لأسرة عقدية واحدة، إلا أن بعض الفقه برى أن هذه الشروط ليست كافية حتى يمكن لأيهما الرجوع على الآخر مباشرة. لذا أن هذا الفقه يضيف شروطاً خاصة، بعضها يتعلق بالمقاول من الباطن، والبعض الآخر يتعلق برب العمل.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين، هما:

الغصن الأول: الشروط الخاصة لممارسة رب العمل لدعوى المسئولية العقدية المباشرة فى مواجهة المقاول من الباطن..

الغصن الثانى: الشروط الخاصة الواجب توافرها ليمارس المقاول من الباطن دعوى عقدية فى مواجهة رب العمل.

الغصن الأول
الشروط الخاصة لممارسة رب العمل لدعوى المسئولية العقدية المباشرة فى مواجهة المقاول من الباطن

يرى بعض أنصار الأسرة العقدية، وجوب توافر شروط معينة فى جانب المقاول من الباطن من أجل إمكانية مساءلته بمقتضى قواعد المسئولية العقدية المباشرة تجاه رب العمل. وتتمثل هذه الشروط، فى ضرورة علم المقاول من الباطن بأنه تابع لأسرة عقدية تجمعه ورب العمل، ويجب أن يكون مديناً لهذا الأخير، وسوف نستعرض هذين الشرطين بشىء من التفصيل.

أولاً: يجب أن يعلم المقاول من الباطن أنه تابع لأسرة عقدية:

اشترط بعض من أنصار الأسرة العقدية[١]، ضرورة علم المقاول من الباطن بأنه تابع لأسرة عقدية تضمه مع رب العمل؛ حتى يمكن لهذا الأخير أن يرجع عليه بدعوى المسئولية العقدية المباشرة، ذلك أن هذا من شأنه، أن يجعل المقاول من الباطن يتصرف وهو على علم بأن ما يؤديه من خدمة لا تقدم إلى المقاول الأصلى، وإنما تقدم إلى رب العمل.

ويرى الفقه أن هذا العلم مفترض فى جانب المقاول من الباطن، ففى كافة الفروض التى تتحقق فيها المقاولة من الباطن يعلم المقاول من الباطن ــ فى أغلب الأحوال ــ بأنه يدخل أسرة عقد لتنفيذ كل أو جزء من عقد المقاولة الأصلى، أو أن يحصل على منفعة ناشئة عن هذا العقد، وافتراض علم المقاول من الباطن، يعنى عدم قبول ادعائه بأنه يجهل رب العمل، أو أنه يجهل وجود عقد المقاولة الأصلى متى أعلمه المقاول الأصلى بذلك[٢].

ويرى هذا الجانب من الفقه، أنه إذا انتفى علم المقاول من الباطن بأنه تابع لأسرة عقدية تضم عقد المقاولة من الباطن وعقد المقاولة الأصلى، وأنه ورب العمل ينتميان لهذه الأسرة، فإنه لا يجوز ــ والحال هكذا ــ أن يرجع هذا الأخير على رب العمل بالمسئولية العقدية المباشرة[٣].

ثانياً: يجب أن يكون المقاول من الباطن مديناً للمقاول الأصلى:

وهذا الشرط يبدو بديهيًّا، ذلك أنه لا يجوز لرب العمل الرجوع على المقاول الأصلى، إلا إذا كان هذا الأخير مديناً له، كما أن المقاول الأصلى لا يملك

---

(١) راجع فى ذلك من الفقه: J-NERET-OP-Cit-n° 383 ets قرب من ذلك:
R. Demogue, "Traite des obligations t. VII 2, 1933, p.599 ets n° 1176 ets.
قارن فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠١ وما بعدها
Civ. 1. 21. Juin 1988, Prec. Note, p. 762 et s.

(٢) ويؤيد ذلك فى الواقع العملى، ما يرد بنماذج عقود المقاولة من الباطن من بنوده. راجع فى ذلك (على سبيل المثال) المستشار/ أنور طلبة ــ نماذج العقود والتصرفات القانونية ــ سنة ٢٠٠١ ــ المكتب الجامعى الحديث ــ ص ٥٥٩ فقد جاء فى النموذج ١٧٤ (عقد المقاولة من الباطن) البند التالى: يقر الطرف الثانى ــ المقاول من الباطن ــ بأنه أطلع على عقد المقاولة المبرم فيما بين الطرف الأول ــ المقاول الأصلى ــ وبين السيد (رب العمل) والمتعلق بالمقاولة الأصلية وقد أحاط ببنوده إحاطة تامة، كما قام بمعاينة محل المقاولة الأصلية وأنه قبل إبرام عقد المقاولة من الباطن عل هذا الأساس.

(٣) J. NERET. Op. Cit. n° 384.

الرجوع على المقاول من الباطن، إلا إذا كان هذا الأخير مديناً له. فإذا لم يكن المقاول من الباطن مديناً للمقاول الأصلى، فلا يجوز لهذا الأخير الرجوع عليه بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، ولا يجوز ذلك أيضاً لرب العمل المنتمى للأسرة العقدية التى تضم المقاول الأصلى والمقاول من الباطن.

ويكون المقاول من الباطن مديناً للمقاول الأصلى، إذا كان قد ارتكب خطأ أدى إلى عدم تنفيذ الالتزام العقدى، أو تنفيذه تنفيذاً معيباً، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى ألا يكون المقاول من الباطن قد أعفى من التزاماته فى مواجهة المقاول الأصلى. سوف توضح ذلك بشىء من التفصيل.

(أ) يجب أن يكون المقاول من الباطن قد ارتكب خطأ عقديًا:

وإذا كنا قد تناولنا ضرورة ارتكاب المقاول من الباطن لخطأ عقدى، ضمن الشروط العامة الواجب توافرها لتحريك المسئولية العقدية فيما بين الأطراف المتباعدة للأسرة العقدية الواحدة، فإننا نحيل إلى ما سبق أن أسلفنا بهذا الشأن[1].

ولكننا فى هذا الموضع سوف نعرض لصعوبة محددة، هذه الصعوبة تتلخص فى الآتى: إذا كان يشترط لمسئولية المقاول من الباطن مسئولية عقدية فى مواجهة رب العمل، أن يكون قد أخل بالتزام تعاقدى، فالسؤال الذى يتبادر إلى الذهن، أى التزامات عقدية يتعين النظر إليها لتقرير مسئولية المقاول من الباطن فى حالة الإخلال بها؟ هل هى الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى؟ أم تلك الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن؟.

ويرى أنصار الأسرة العقدية أن هذا الأمر ــ المقاول من الباطن ــ لا يثير جدلاً فى حالة الأسرة العقدية المكونة من عقدى مقاولة ومقاولة من الباطن. ذلك أن عقد المقاولة من الباطن ما وجد إلا ليضع عقد المقاولة الأصلى موضع التنفيذ. لذلك فإنه يمكن أن تكون الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن مطابقة للالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى، وهذا التطابق ناتج عن وحدة المحل فى العقدين. وبالتالى فإن التزام المقاول من الباطن هو ذاته التزام المقاول الأصلى، وإخلال المقاول من الباطن بالتزاماته فى مواجهة المقاول الأصلى، هو

---

[1] راجع فى ذلك: M. Bacache Gibeili Op. Cit. p.124 et s

فى نفس الوقت إخلال هذا الأخير بالتزاماته فى مواجهة رب العمل[١]. وذلك كما لو اتفق رب العمل مع مقاول، على أن يبنى هذا الأخير للأول منزل بمواصفات معينة وبمواد معينة وحظر عليه استخدام نوع معين من المواد، فعهد المقاول الأصلى إلى مقاول من الباطن بناء هذا المنزل بنفس المواصفات والمواد التى وردت بعقد المقاولة الأصلى، وحظر عليه استخدام نفس المواد التى وردت بهذا الأخير.

ففى هذا المثال فإن إخلال المقاول من الباطن بالتزاماته تجاه المقاول الأصلى، وهو فى نفس الوقت إخلال هذا الأخير بالتزاماته فى مواجهة رب العمل.

ولكن فى حالات معينة، قد يحدث تباين بين الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى وتلك الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن، ومن ذلك ــ مثلاً ــ أنه قد يتضمن عقد المقاولة الأصلى بنداً يقضى بعدم البناء بمواد معينة، ولم يرد هذا البند فى عقد المقاولة من الباطن، وهنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية القول بمخالفة المقاول من الباطن للالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى فى حالة قيامه بالبناء بالمواد المحظورة؟ وقد أجاب الفقه والقضاء[٢] عن هذا التساؤل بقولهما إن الطرف المسئول (المقاول من الباطن) لا يكون ملتزماً إلا فى إطار

---

[١] راجع فى هذا البحث ما أسلفنا، ص ٣٩٣ .

[٢] راجع فى ذلك:

P-Jourdain. Op. Cit. p. 765 ets Paris 22. Mai, 1986. D. 1986, 563 note, Ph., Delebecque, Obs Sous Civ. 1, 21.6.1988, J.C.P. 88.11.15294, et note sous Civ. 8.3.1988, R.J.Com 88. P. 308, Ph. Remy, Op. Cit. 109, et s. DOMINIQUE(R). L'action directe contre le marître l'ouvrage, 1990, p-56 ets-no 55 ets Viney, L'action en responsabilite entre participants a une chaine de contrats, p.422, NERET, Op. Cit. no 387 ets. Teysse, Op. Cit. no 275, M. Cozian, L'action directe, L.G.D.J, 1969-no 321 et s.

وراجع فى عرض هذه القاعدة بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٤ وما بعدها.

وراجع فى هذا المعنى من الفقه المصرى: د ــ منصور مصطفى منصور ــ عقد الإيجار ــ سنة ١٩٧٠ ــ ص ٢٨٢. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السادس ــ المجلد الأول ــ العقود الواردة على الإنتفاع بالشىء ــ الإيجار ــ دار القلم بدون تاريخ نشر ــ ص ٧٤٠ وما بعدها، د ــ مصطفى الجمال ــ الموجز فى أحكام الإيجار ــ الطبعة الأولى ــ الفتح للطباعة والنشر ــ عام ٢٠٠٢ ــ ص ٢٠٠/٢٠٠٤. د ــ عبد الناصر توفيق ــ شرح أحكام الإيجار ــ سنة ١٩٩٠ ــ الطبعة الثالثة ــ ص ٦٨. د ــ محمد على عمران ــ عقد الإيجار ــ عام ١٩٧٨ ــ ص ٢٧٠.

العقد الذى ساهم فى تكوينه؛ ونظراً لأن عقد المقاولة من الباطن لم يتضمن هذا الحظر، فإنه لا يمكن القول بانعقاد مسئولية المقاول من الباطن.

وتطبيقاً لذلك، قام رب العمل برفع دعوى على الشركة المنتجة للمواد التى اشتراها المقاول لاستخدامها فى عملية البناء، لمطالبتها بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به من جراء إخلالها بالتزامها بالمطابقة، فقررت محكمة النقض بأن الشركة المدعى عليها يمكنها التمسك فى مواجهة المدعى، بكافة الوسائل التى يمكن التمسك بها فى مواجهة المقاول، وعلى وجه الخصوص مدة التقادم العشرى، التى تخضع لها العلاقة التجارية[١].

ويعتد أيضاً بمضمون الالتزامات التى تثقل كاهل المقاول من الباطن، إذا اختلف مع مضمون الالتزامات الواردة فى عقد المقاولة الأصلى، فإذا كان مضمون التزام المقاول من الباطن، الوارد فى العقد ــ عقد المقاولة من الباطن ــ الذى شارك فى تكوينه، هو التزام بتحقيق نتيجة، فإن رب العمل ــ المضرور ــ لا يكلف إلا بإثبات عدم تحقق النتيجة المطلوبة. أما إذا كان مضمون التزام المقاول من الباطن هو بذل عناية، ففى هذه الحالة يكلف رب العمل ــ المضرور ــ بإثبات عدم بذل هذا الأخير العناية المطلوبة[٢].

(ب) عدم إعفاء المقاول من الباطن من المسئولية فى مواجهة المقاول الأصلى:

يرى أنصار الأسرة العقدية، أنه يجب ألا يكون المقاول من الباطن قد تم إعفاؤه من المسئولية فى مواجهة المقاول الأصلى. ذلك أن المقاول من الباطن، لا يمكن أن يسأل إلا فى حدود ما أراد أن يلتزم به[٣]، فلو أن المقاول من الباطن قد أدى ما ألتزم به فى عقد المقاولة من الباطن، أو كان قد أورد فى هذا العقد بنداً يقضى بإعفائه من المسئولية فى مواجهة المقاول الأصلى، فإنه لا يجوز لرب العمل الرجوع عليه.

---

(١) راجع فى ذلك:

BENABENT, note, Sous Ass. Plen. 7.2.1986.
D 86.293, JOURDIN Op. Cit. p.765.

(٢) Ph. REMY Groupe de contrat R.T.D.C, 1988, p110.

راجع أيضاً: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٥.

(٣) راجع فى ذلك

J. Néret: Op. Cit. n° 388. P. Jourdain. Art. Prèc. p.569. G. VENEY – Op. Cit. – 422; cass- civ – l'- 8 Mars 1988, Cette Renue. 1988, 551. Obs n° 3 Prèc. Ph–Rémy, Op. Cit. P109 et s

راجع توضيح هذه المسألة بالتفصيل : د- فيصل زكى عبد الواحد – المرجع السابق. ص ١٧١ وما بعدها.

الفصل الثانى

الشروط الخاصة الواجب توافرها ليمارس المقاول من الباطن دعوى عقدية فى مواجهة رب العمل

يشترط أنصار الأسرة العقدية، حتى يتمكن المقاول من الباطن من الرجوع على رب العمل بدعوى عقدية مباشرة، عدة شروط، سنعرض لها فيما يلى:

أولاً: يجب أن يكون المقاول من الباطن دائنا للمقاول الأصلى:

فإذا لم يكن المقاول من الباطن دائنا للمقاول الأصلى، وهذا الأخير دائن - بدوره - لرب العمل، فإنه لا يجوز للمقاول من الباطن الرجوع على رب العمل. ذلك أن المقاول من الباطن إذ يرجع على رب العمل فإنه يستعمل دعوى مدين مدينه. لذا فإنه يشترط فى دين المتعاقد من الباطن كافة الشروط الواجب توافرها فى أى دين مشمول بالنفاذ المعجل[١]، ويجب أن يتطابق ما أداه المقاول من الباطن.

ويجب لرجوع المقاول من الباطن على رب العمل، أن يكون ما أداه الأول من التزامات، مطابقاً مع الأداء الذى استفاد منه الثانى ــ وهذا أمر منطقى ــ إذ يتعين أن تكون هناك مطابقة فى المحل بين عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن. ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقم المقاول من الباطن بتنفيذ التزاماته، أو قام بتنفيذها تنفيذاً معيباً، فلا يمكنه الرجوع على رب العمل، بل على العكس، يجوز هذا الأخير الرجوع عليه بالتعويض عما لحقه من ضرر عدم التنفيذ أو التنفيذ السيئ.

ويرى أنصار الأسرة العقدية أن ذلك نتيجة منطقية للعلاقات العقدية بين أطراف الأسرة العقدية الواحدة التى تتكون من اتفاقين، فإذا كان للمقاول من الباطن أن يرجع على رب العمل بدعوى مباشرة يطالبه بالدفع لصالحه، فإن رب العمل يملك الرجوع على المقاول من الباطن بدعوى مباشرة ليطالبه بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التنفيذ السيئ[٢].

ثانياً: يجب أن يعلم رب العمل أنه تابع لأسرة عقدية:

ذلك أنه لا يوجد عقد يربط رب العمل بالمقاول من الباطن مباشرة، وأن رجوع هذا الأخير على الأول، لا يكون إلا لكونهما ينتميان لأسرة عقدية واحدة.

---

(١) راجع فى ذلك: J.Néret Op. Cit. n° 445

راجع فى عرض هذا الشرط: د ــ حسن حسين البراوى- المرجع السابق - ص ٢١٠.

(٢) J. Néret. Op.Cit. n°. 447

ويرى أنصار الأسرة العقدية، أن علم رب العمل يمكن أن يتحقق فى حالة الإذن للمقاول الأصلى بالتقاول من الباطن، وهذا الأذن يعنى إمكانية رجوع المقاول من الباطن بدعوى رفع على رب العمل[١].

ثالثاً: كما يشترط أيضاً أن يكون رب العمل مديناً لمقاول الأصلى، فإذا لم يكن هذا الأخير دائناً لرب العمل، فإنه لا يجوز للمقاول من الباطن الرجوع عليه[٢]. ويحدث ذلك إذا كان رب العمل قد وفى بجميع ما التزم به للمقاول الأصلى[٣].

المطلب الرابع
نقد فكرة الأسرة العقدية ومحاولة الرد عليه

تمهيد وتقسيم:

تعرضت فكرة الأسرة العقدية لنقد وجهه إليها بعض الفقه ربما كان هو السبب فى إيقاف تقدم القضاء نحو إقرار المسئولية العقدية بين الأطراف المتباعدة داخل إطار الأسرة العقدية الواحدة. إلا أن أنصار فكرة الأسرة العقدية قد تصدوا لهذا النقد بتفنيده والرد عليه. وسوف نعرض بإيجاز لهذا النقد والرد عليه، وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول، نتناول فيه النقد الخاص بأن فكرة الأسرة العقدية تتعارض مع مبدأ نسبية أثر العقود والرد على هذا النقد، والثانى: سوف نخصصه لعرض النقد الخاص بعدم وجود معيار محدد لفكرة الأسرة العقدية والرد على هذا النقد.

---

(١) راجع فى ذلك: J. Néret. Op. Cit. n°. 450

(٢) راجع فى ذلك: J. Néret.Op.Cit. n° 452

(٣) ويحدث أيضاً إذا كان العقد الأصلى بدون مقابل، كما فى حالة الوكالة التبرعية، وفى نفس الوقت كان (العقد من الباطن) الوكالة من الباطن بمقابل، ففى هذه الحالة لا يجوز للوكيل من الباطن الرجوع بدعوى الدفع على الموكل.
راجع فى ذلك: J. Néret. Op. Cit. No 452

الفرع الأول

النقد الخاص بتعارض فكرة الأسرة العقدية مع مبدأ نسبية أثر العقود وتقديره

سوف نقسم هذا الفرع إلى غصنين، نعرض فى الغصن الأول للنقد، وفى الثانى نعرض لتقدير هذا النقد والرد عليه.

الغصن الأول

تعارض الأسرة العقدية مع مبدأ نسبية أثر العقود

يرى البعض[١]، أن الأسرة العقدية والتى كانت ــ وما تزال ــ موضوع للعديد من كتابات الفقه[٢] وتطبيقات القضاء[٣]، تتعارض مع مبدأ نسبية أثر العقود، كما ورد فى المادتين ١١٦٥ مدنى فرنسى و١٤٥ مدنى مصرى. أو أنها ــ فكرة الأسرة العقدية ــ ترتكز على تفسير واسع لفكرة الأطراف ــ بالمادتين السابقتين ــ فلم تعد هذه الفكرة تقصر الأطراف على الأشخاص الذين يشاركون فى إبرام الرابطة العقدية فقط، بل أصبح كل طرف من أطراف أى عقد من العقود المكونة للأسرة العقدية مرتبط برابطة عقدية بجميع أطراف العقود الأخرى[٤].

---

(١) راجع فى عرض أوجه النقد. من الفقه منتقدى فكرة الأسرة العقدية. جاك جستان وكريستوف جامان ــ ومارك بيو ــ المطول فى القانون المدنى ــ مفاعيل العقد أو آثاره ــ ترجمة منصور القاضى ــ مراجعة: د ــ فيصل كلثوم ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣٤ وما بعدها.

Jereme Kullmann note Civ. 3, 13 Dec., 1989 et Civ. 3. 78, Mars 1990, D 1991, p.26.

(٢) راجع من هذا الفقه:

B. Teyssie Th. Op. Cit. G-Cormu, RTD Civ. 1973, 141 et 1981, 169. J Neret, Op. Cit. J. Huet. Responsabilite contractuelle et responsabilite delictuelle, These Paris-II 1978. F Bertrand, L'opposabilité de contrst aux tiers thése Paris II 1979.

ومن الفقه العربى: د- فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق. د ــ جابر محجوب على ــ المرجع السابق. د ــ هناء خيرى أحمد خليفة ــ المرجع السابق.

(٣) راجع من هذه الأحكام:

Civ. 8 , Mars 1988, Op. Cit.Civ.1. 21.6.1988, Op. Cit. Ass. Plén 7, Fev. 1986, Perce

(٤) ويبدو أن من الأمور التى ساعدت منتقدى فكرة الأسرة العقدية من ناحية أنها تتعارض مع مبدأ نسبية آثار التصرفات، هو قول بعض أنصار الأسرة العقدية أن مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية لا يتلاءم وفكرة الأسرة العقدية. راجع فى ذلك:

J. Néret, Op. Cit. n° 311 ets.

وفى هذا المعنى راجع أيضاً:

B. Teyssie, Op. Cit. n° 589, p. 292.

وربما كان إنكار الرابطة العقدية، واحترام مبدأ نسبية آثار التصرفات، هو ما استند إليه القضاء فى رفضه تطبيق قواعد المسئولية العقدية بين أطراف الأسرة العقدية الواحدة[١].

وفى هذا الاتجاه يرى بعض الفقه[٢] أن نظرية الأسرة العقدية ترتكز على مفهوم موضوعى لفكرة الطرف تقوم على أساس التبادل الاقتصادى، وهذا يتناقض مع المعيار الشخصى ــ لفكرة الطرف ــ المبنى على دور الإرادة فى إبرام العقد وإرادة الالتزام به.

الفصل الثانى

الرد على النقد الخاص بتعارض فكرة الأسرة العقدية مع مبدأ نسبية أثر العقود

وإذا كنا ــ كما سبق القول ــ لن نقوم بتفنيد ومناقشة ما جاء على لسان منتقدى فكرة الأسرة العقدية، فليس هنا موضع ذلك، إلا أننا سنكتفى هنا بأن نعرض بإيجاز ردًا على هذا النقد للدراسة التى أعدها أستاذنا الدكتور فيصل زكى عبد الواحد، لبحث علاقة الأسرة العقدية بمبدأ نسبية التصرفات القانونية، والتى انتهى فيها إلى أن الأولى تتواءم تماماً مع الثانى، ولا يوجد ثمة تعارض بينهما. كما أننا نحيل إلى هذه الدراسة فى تفصيل ذلك[٣].

=حيث يقول سيادته، أن الدعاوى المباشرة بالضمان وبالدفع تبرز وجود علاقات بين أطراف ذات مجموعة العقود المكونة لأسرة عقدية واحدة

"Excluent que les parties soient considerees comme des triers dans leurs rapports reciproques. Eliminant le principle relativite au sein des groupes".

و يستبعد أن يكون هؤلاء الأطراف من الغير فى علاقاتهم المتبادلة مما يستبعد تطبيق مبدأ نسبية العقود لدى المجموعات العقدية.

ثم قال البعض الآخر: إن ضرورات الحياة العملية هى التى حتمت التواء مبدأ نسبية أن التصرفات القانونية، حتى يمكنه أن يشمل ــ بجانب الطرفين اللذين شاركا فى إبرام العقد ــ الأشخاص الذين يساهمون فى تنفيذ العقد. راجع من هذا الفقه. راجع فى عرض ذلك:

Jorudain, Obs. Sous, Civ. 1, 8.3.1988, J.C.P, 88. 21070, note sous com. 17.2.1987, D.87, 543 ESPAGNON art. Prec, n° 21 ets.

[١] راجع فى ذلك من الأحكام:

Civ, 3e 22 Juin 1988, Op. Cit. Civ. 1989, III December, 1989, Op. Cit. Cass, COM-17 Fév. 1981, Op. Cit. Ass. Plen, 12 Juillet, 1991, Op. Cit.

[٢] راجع فى ذلك جاك جستان وكريستوف وجامان ومارك بيو ــ المرجع السابق ــ فقرة ٧٥٨.

[٣] راجع بالتفصيل هذه الدراسة بمرجع سيادته ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ المرجع السابق ــ ص ١١٣ وما بعدها حيث خصص الفصل الثانى من الباب الأول لدراسة علاقة بين مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية بالأسرة العقدية.

فقد عرض سيادته لموقف الفقه والقضاء، حول مدى تواؤم فكرة الأسرة العقدية مع مبدأ نسبية التصرفات القانونية.

وقد تبين أن بعض الفقه مؤيد ببعض أحكام القضاء، يرى أن المشرع قد استقى مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، من القانون الرومانى الذى كان يعول على الشكليات، فلم تكن آثار العقد تلزم إلا الأشخاص الذين تفوهوا بالألفاظ والعبارات التى تكون منها التصرف، أى الأشخاص الذين شاركوا ــ فقط ــ فى إبرام التصرف، أما ما عدا ذلك يعد من الغير، أى أن المشرع عند صياغته لهذا النص قد تأثر بالمذهب الشخصى للالتزام وشخصية الرابطة العقدية[١].

لذا فإن هذا الفقه[٢] رأى أن ضرورات الحياة العملية، هى التى أوجبت التواء مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، بحيث يشمل الأشخاص الذين شاركوا فى إبرام العلاقة العقدية والأشخاص الذين ساهموا فى تنفيذ هذه العلاقة، أما من لم يكن له دور فى بناء العلاقة التعاقدية أو تنفيذها يعد من الغير.

وذهب جانب آخر من الفقه،إلى أن المشرع حين تولى وضع النص الذى يقرر مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، لم يشأ الأخذ بمضمون النظرية الشخصية للالتزام، بل أنه أخذ بمضمون النظرية الموضوعية التى نشأت فى ظل التطور التكنولوجى. ورتب هذا الفقه على ذلك، أن فكرة الطرف وفقاً لمبدأ نسبية أثر التصرفات ــ القائم على النظرية الموضوعية ــ لا تقتصر على الأشخاص الذين يساهمون فى بناء التصرف القانونى فحسب، بل أنها تشمل كل شخص يظهر على مسرح الوجود أثناء تنفيذ هذا التصرف، دون أن يكون له دور فى تكوينه[٣].

وبناء عليه ــ فى رأى هذا الفقه ــ فإن مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية لا يجب النظر إليه على أنه يخص كل علاقة تعاقدية على حده، ولكن يجب النظر إليه على أنه يشمل جميع التصرفات القانونية المتعاقبة على مال واحد، أو المترابطة بقصد تحقيق هدف واحد. وأن أطراف هذه التصرفات القانونية، سواء المتعاقبة

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥ وما بعدها.

(٢) نفس المرجع السابق ــ المراجع التى أشار إليها سيادته ــ فى هامش ١٧٠ ص ١١٥، هامش ١٧١، ١٧٢ ص ١١٦.

(٣) نفس المرجع السابق ــ ص ١١٧، وراجع ما أشار إليه سيادته من مراجع فى هامش ١٧٤ نفس الصفحة.

على مال واحد المترابطة لتحقيق هدف واحد، لا يعتبرون، وفقاً لمبدأ آثار التصرفات القانونية، من الغير بالنسبة لعلاقتهم ببعض.

ثم انتقل سيادته إلى تقييم الفقه والقضاء المتقدمين[١]، وذلك من خلال تحديده لمفهوم مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية. فحدد ــ سيادته ــ المشكلة وتتلخص فى أنه إذا كانت هناك علاقة تعاقدية، فإنه إذا أخل أحد طرفيها بالتزامه، فأصيب الطرف الآخر بضرر، فإن هذا الأخير يستطيع الرجوع عليه بمقتضى قواعد المسئولية العقدية. أما إذا أضير شخص من الغير ــ لم يشارك فى بناء أو تنفيذ العقد ــ من جراء إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه التعاقدى، فإن الأول لا يمكنه الرجوع على هذا الأخير إلا بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها. وإذا كان الطرف والغير وفق هذا التحديد ليس محل خلاف، حيث إن الغير هو ذلك الشخص الذى لم يشارك أو لم يكن له دور فى تنفيذ العقد، إلا أن المشكلة فى الغموض الذى يكتنف موقف الذين يشاركون فى تنفيذ العلاقة التعاقدية دون أن يكون لهم دور فى تنفيذها. فتساءل سيادته عن مدى اعتبار هؤلاء أطراف فى هذه العلاقة العقدية أم لا؟[٢].

والإجابة عن هذا السؤال، هى ذاتها الإجابة عن التساؤل الخاص، حول مدى تواؤم فكرة الأسرة العقدية مع مبدأ نسبية التصرفات، هل تعد أجنبية عنه، مما يستلزم من أجل إقرارها وجوب تدخل المشرع، أم أنها لا تعدو، وأن تكون تطبيق خالص لهذا المبدأ؟.

وبعد أن استعرض سيادته التفسير الصحيح لمبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، وذلك من خلال ربطه بالنصوص التشريعية الأخرى، خاصة التى تتعلق بتنظيم قواعد المسئولية المدنية، وإتباع المشرع منهج تصنيف صورها إلى عقدية وتقصيرية، وموضوعية[٣]، وقرر لكل صورة نظام قانونى خاص بها، ولكل منها نطاق محدد، لا يجب تعديه أو التعدى عليه.

---

(١) نفس المرجع السابق ــ ص ١٢١ وما بعدها. راجع فى هذه الصفحات الأمثلة التوضيحية التى عرضها سيادته ــ والمراجع التى أشار إليها ص ١٢٣ هامش ١٨٣ .

(٢) المرجع السابق ــ ص ١٢٥ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك بالتفصيل: د.ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ أضرار البيئة فى محيط الجوار ــ رسالة دكتوراه ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٣٩ وما بعدها.

وربط سيادته أيضاً بين النص الذى يقرر هذا المبدأ، وبين النص الذى يقرر مبدأ القوة الملزمة للعقد، ذلك النص الذى يعترف بقدسية العلاقة التعاقدية، والتى يفرض احترامها حرمان الشخص ــ كأصل عام ــ من مكنة التخلص من بنود العلاقة التعاقدية التى كان طرفاً فيها.

ويرى سيادته، أنه من ناحية الفكرة التى كانت تسيطر على ذهن المشرع وقت صياغته لنصوص المجموعة المدنية، فلا جدال أن إرادته قد اتجهت إلى النظر إلى الشخص على أنه مركز أو حالة قانونية وليس كذمة أو وضع مالى.

وخلص سيادته[١] إلى أنه لكى يمكن المحافظة على جوهر النص الذى يقرر مبدأ القوة الملزمة للعقد، والنصوص التى تنظم قواعد المسئولية المدنية، والفكرة التى تبناها المشرع بشأن وضع الشخص ــ متضرراً كان أم مسئولاً ــ، فإن ذلك يقتضى خضوع الشخص المتضرر للنظام القانونى الذى ينطبق عليه. ومن ثم فإنه إذا كان الشخص لم يعان من الأضرار إلا بسبب كونه دائناً بالتزام تعاقدى، فإنه يتعين خضوعه لقواعد المسئولية العقدية، أما إذا كان هذا الشخص لم يلحق به الضرر إلا بسبب كونه من الغير، فإنه يجب خضوعه للمسئولية التقصيرية متى توافرت شروطها. ذلك لأن هذا الأخير ــ الغير ــ يمارس حقًّا متولداً من النتائج القانونية المترتبة على واقعة الإخلال بالالتزام التعاقدى.

أما الطرف ــ فى إطار الأسرة العقدية ــ لا يمكن القول بأنه يمارس حقًّا مترتباً على النتائج القانونية لواقعة إخلال الطرف المسئول بأحد الالتزامات التى تثقل كاهله بمقتضى التصرف القانونى الذى شارك فى تكوينه، بل إنه يستعمل حقًّا منبثقاً من التصرف القانونى الذى ساهم فى بنائه، والذى يكون متعاقباً أو مرتبطاً بهذا الأخير.

وقرر سيادته أن اللجنة التشريعية التى وضعت نصوص المجموعة المدنية، قد أخذت بمضمون النظرية الموضوعية التى تقضى بوجوب الأخذ فى الاعتبار، "عند تحديد صفة الطرف بالنسبة لعلاقة تعاقدية معينة، الحالة التى يكون فيها المتضرر لحظة حدوث الضرر، فإذا كان الشخص لم يعان من الأضرار إلا

---

[١] فى مؤلفه : المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٢٩ وما بعدها.

بسبب كونه دائناً بالتزام متولد من علاقة تعاقدية متعاقبة أو مرتبطة بعلاقة تعاقدية أخرى، فلا يمكن اعتباره من الغير فى علاقته بالطرف المسئول.

أى أنه لا يقصد بالغير فى إطار الأسرة العقدية الشخص الذى يكون أجنبيًا عن أحد العقود التى تتكون منها هذه الأخيرة، ولكن يقصد به الشخص الذى لم يساهم فى تكوين كافة العقود التى تتكون منها المجموعة، وإذا كان ليس معنى عدم مساهمة الشخص فى تكوين علاقة تعاقدية معينة اعتباره من الغير بالنسبة لهذه العلاقة، فإنه من ناحية أخرى ليس معنى تأثر الشخص بعلاقة تعاقدية معينة اعتباره طرفاً فيها، بل يلزم لاعتباره طرف أن يكون تأثره بهذه الأخيرة ناتجاً عن كونه دائناً بالتزام تعاقدى مرتبط من الناحية الموضوعية بالالتزامات المنبثقة منها[١].

وانتهى سيادته إلى أن مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية لا يتعارض مع فكرة الأسرة العقدية، بل على العكس من ذلك فإنه يتواءم معها تماماً، ليس هذا فحسب بل إن هذا المبدأ ينطق بفكرة الأسرة العقدية، كما تعد الأخيرة تطبيق خالص لهذا المبدأ.

لذا انتقد سيادته[٢] الاتجاه ــ من أنصار الأسرة العقدية ــ القائل بأن فكرة الأسرة العقدية تتعارض مع مبدأ نسبية أثر العقود، كما أنه لا يتفق مع الاتجاه القائل بأن الحياة العملية هى التى حتمت التواء مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية من أجل احتضانه لفكرة الأسرة العقدية. ذلك أن أنصار الاتجاهين السابقين لم يراعوا فى تفسيرهم للنص الذى يقرر مبدأ النسبية الأصول الواجب اتباعها عند إزالة المنطقة الضبابية التى تخيم على مجال تطبيق نص تشريعى معين، والتى تقتضى ربط هذا النص بالنصوص التشريعية الأخرى التى تتواءم مع العلة التى دفعت المشرع إلى تقرير هذا النص. بل إنهم قاموا بتفسير هذا الأخير بمعزل عن باقى النصوص. ومن هنا كانت وجهة نظرهم السابق ذكرها، والتى سهلت على منكرى فكرة الأسرة العقدية توجيه أسهم النقد إلى هذه الفكرة من ناحية تعارضها مع مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية.

---

[١] راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٨.

[٢] نفس المرجع السابق ــ ص ١٣٤.

وتجدر الإشارة إلى أن عدداً ــ غير أستاذنا الفاضل ــ من الفقه[١]، قد توصل إلى ذات النتيجة فى معرض بحثهم فى تحديد الغير والطرف بالنسبة للتصرفات القانونية، وانتهوا إلى أنه لا يجب أن ينحصر المركز القانونى للطرف فى الأشخاص الذين يشاركون فى إبرام التصرف، بل يجب أن يمتد ليشمل المشاركين فى تنفيذه. أما الغير فهو ذلك الشخص الذى لم يساهم فى بناء الرابطة العقدية أو فى تنفيذها، أى أنه كل شخص أجنبى عن الأسرة العقدية. أما الشخص الذى يجد نفسه شريكاً فى تنفيذ الالتزامات التى تنشأ عن العقد ــ دون أن يساهم فى بنائه ــ يصبح طرفاً فى الأسرة العقدية، متى كان التزامه بالتنفيذ ناشئ عن عقد من أحد العقود المكونة لها.

ويتضح لنا مما تقدم، أن مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، يتواءم تماماً مع فكرة الأسرة العقدية، بل لن نكون قد تجاوزنا إذا قلنا أن هذه الأخيرة تعد تطبيقاً خالصاً لهذا المبدأ. أما من قال بأن ــ منكرو فكرة الأسرة العقدية ــ فكرة الأسرة العقدية تتعارض مع مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، أو أن هذا الأخير قد تم التواؤه بفعل الضرورات العملية ــ بعض أنصار الأسرة العقدية ــ حتى يمكنه احتضان الأولى. فإن نظرتهم هذه ترجع إلى:

أولاً: تأثرهم الشديد بالنظرة الشخصية للالتزام، وشخصية الرابطة العقدية التى تقصر مفهوم الطرف على الأشخاص الذين يشاركون فى بناء العلاقة التعاقدية فقط، وهذه النظرة ناتجة عن تأثرهم بمبدأ نسبية آثار التصرفات كما ورد بالقانون الرومانى، ذلك القانون الذى كان يعول على الشكليات.

ثانياً: عدم إتباعهم الأصول التى يجب مراعاتها عند تفسير النص القانونى المتضمن مبدأ النسبية وذلك بربطه بالنصوص التشريعية الأخرى ذات الصلة.

---

[١] راجع فى ذلك من الفقه العربى: د ــ نبيلة رسلان ــ رسالة الدكتوراه ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٢٧ وما بعدها. راجع أيضا فى هذا البحث ما سوف نعرض له بالتفصيل، فى تحديد مفهوم الطرف والغير بالنسبة للعقد. وذلك فى الفصل الثانى من هذا الباب.

راجع من الفقه الفرنسى:

Jean (L) et Aubert (A): Propos d'un destinction renouvelée des parties et des tiers-Rev-Tri. Dr. Civ. 1993, p. 263.

Catherine Guelfucci-Thibierge-De l'élarginement de la notion de partie au contrat ..... á l'elargissement de la portée du principle de l'éffect relatife, Rev. Tri. Dr. Civ. 1994, p. 275, B. Starckt, H. Roland, L. Boyer, Droit civil les obligations, 2-Contrat, 6ed, Litec.1999, p.502 ets, Veaux-Art, Op. Cit. p.7, n°21.

وبناء على ذلك، فإن الأسرة العقدية التى تتكون من مجموعة عقود مقاولة، فإن رب العمل الذى شارك فى بناء عقد المقاولة الأصلى فقط، يعد طرفاً فى عقد المقاولة من الباطن، كما أن المقاول من الباطن الذى ساهم فى بناء العقد الأخير ــ فقط ــ يعد طرفاً فى عقد المقاولة الأصلى. وهذا يعنى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية.

الفرع الثانى

النقد الخاص بعدم وجود معيار محدد لفكرة الأسرة العقدية والرد على هذا النقد

سوف نقسم هذا الفرع إلى غصنين، نعرض فى الأول للنقد القائل بعدم وجود معيار محدد لفكرة الأسرة العقدية، أما الغصن الثانى فسنخصصه للرد على هذا النقد.

الغصن الأول

النقد القائل بعدم وجود معيار محدد لفكرة الأسرة العقدية

يرى بعض الفقه أن الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقد فى حكمها الصادر بتاريخ ٢١ يونية ١٩٨٨ أوضحت أن المسئولية العقدية فى مجموعة العقود تحكم بالضرورة طلب التعويض لصالح أولئك الذين لم يلحق بهم ضرر إلا لكونهم مرتبطين بالعقد الأساسى[١].

ويرى هذا الفقه أن المحكمة قد اعتبرت أن وجود أسرة عقدية هو الذى يشكل أساس دعوى المسئولية العقدية المباشرة[٢]. إلا أنه يرى أنه من الصعب رسم حدود فكرة الأسرة العقدية[٣]. أى أنه لا يوجد معيار محدد للعقود التى تكون أسرة

---

(١) راجع فى ذلك:

Civ. 1re, 21 Juin 1988, Précité-Adde Ch. Larroumet, L'action de nature necessairement contractuelle et al responsabilité civile dans les ensembles contractuels, prec; G. Viney, L'action en responsabilité entre participants a une chaine de contrats, prec

(٢) راجع فى ذلك:

Ph. Rémy, RTD civ. 1989.107.

(٣) راجع فى ذلك:

Notamment (H).: Groutel, note sous, Com. 30 oct. 1989, Resp. Civ. Et assur. 1989, n° 402.

راجع فى عرض ذلك بالتفصيل: جاك جستان، كريستوف جامان ومارك بيو ــ المرجع السابق ــ بند ٧٥٦ وما بعدها، ص ٩٣١ وما بعدها.

عقدية واحدة، الأمر الذى يجعل فكرة الأسرة العقدية فكرة غير منضبطة ويكتنفها الغموض، وربما كان ذلك هو الذى دعا بعض الفقه إلى قصر الدعوى العقدية المباشرة على الأسر العقدية التى تتكون من سلسلة عقود فقط[١]، أى قصرها على مجموعات العقود ذات الهيكل المستطيل[٢].

وفى نظر هذا الفقه أن هذا النقد يعد السبب الأساسى فى إيقاف تقدم القضاء فى تطبيق قواعد المسئولية العقدية داخل إطار الأسرة العقدية[٣]. هذا، وقد سعى قضاء النقض إلى بيان فكرة الأسرة العقدية وتحديد معيار للعقود المكونة لها ولكنه اعتمد فى ذلك على أفكار أخرى تتسم بالاتساع والغموض[٤]. وقد كانت للفقه أيضاً محاولات لوضع معيار محدد للعقود المكونة للأسرة العقدية، وسوف نعرض لمعيار القضاء ومعيار الفقه فيما يلى.

الفصل الثانى

الرد على النقد القائل بعدم وجود معيار محدد لفكرة الأسرة العقدية

وللرد على هذا النقد سوف نورد، أولاً لمحاولات القضاء لوضع معايير محددة للأسرة العقدية، ثم لمحاولات الفقه (ثانياً).

أولاً: محاولات القضاء لوضع معايير محددة للأسرة العقدية:

ليس الفقه وحده من عنى بمحاولات إيجاد معيار لمجموعات العقود المكونة لأسر عقدية، بل إن القضاء ــ أيضاً ــ قد بذل محاولات فى هذا الاتجاه.

---

(١) راجع فى ذلك:

G. Durry, Cours professe a l'Uninversite Mc Gill de Montreal en 1986, Cite par G. Viney, art. Precite in Melanges Holleaux, P.419, Ch. Larroumet, note D. 1989, 9; p. Jourdain, note au JCP 1988. II. 21070, n°4.

(٢) راجع فى ذلك:

Sur cette notion, cf. B. Teyssite, Les groupes de Contrats, prec.

(٣) راجع فى ذلك:

Civ. 3, 13 del 1949: Civ.3, 28 Mars 1990, D. 1991, notes, Jerome KullMANN. P.27 et s.

(٤) راجع فى ذلك:

Ibid. Civ. 3, 13 del 1949: Civ.3, 28 Mars 1990, D. 1991, notes, Jerome KullMANN. P.27 et s.
Ph. DELEBECQUE, La nation de groupe de contrats: quells criteres cah. Dr ent. 1989, 2, p.25 et s.

وإذا كان القضاء لم يصرح بتحديد معيار، إلا أن ذلك يمكن ــ بسهولة ــ استنتاجه من صياغة أحكامه الخاصة بإقرار المسئولية العقدية داخل مجموعات العقود المكونة لأسرة عقدية واحدة.

ولعل من أهم هذه الأحكام، حكم الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢١ يونية ١٩٨٨.[١] فقد حاولت هذه الدائرة، وضع تصور لمجموعة العقود المكونة لأسرة عقدية، حيث جاء فى هذا الحكم "بما أن فى مجموعات العقود، تحكم المسئولية العقدية بالضرورة طلب تعويض أولئك الذين لحق بهم ضرر لكونهم كانوا على صلة بالعقد الأساسى".

وهذه الصياغة قد أتاحت تحديد مجال الدعوى العقدية المباشرة، ويعد شرط "الصلة" الذى تحدثت عنه المحكمة، بمثابة المعيار المحدد لمجموعات العقود التى تدخل مجال تطبيق هذه الدعوى، ويكمن هذا المعيار فى وحدة ــ الشىء ــ المحل بين التزامين ناشئين عن عقدين، حيث كان المدين المقصر، والغير المضرور طرفين فيهما[٢].

ولكن هذا المعيار قد تعرض للنقد، وذلك بعد تحليل مضمون العقود محل الطعن المعروض[٣].

---

[١] راجع فى عرض وقائع هذا الحكم هذا البحث ص ٣٦٩ وما بعدها.

[٢] راجع فى ذلك:

M. Bacache, Gibeili, Op. Cit. n° 124 et s , p.111 ets.

[٣] ففى تحليل مجموعة العقود محل الطعن تلاحظ الآتى: يوجد ثلاثة عقود هى، الأول: عقد مقاولة يربط مطار باريس بشركة الملاحة النرويجية، يلتزم فيه المطار بإبعاد الطائرات المملوكة للشركة النرويجية من مكان شحن الركاب إلى ساحة الإقلاع. والعقد الثانى: ويربط بين مطار باريس بشركة Soxby التى تعمل فى مجال توريد الآلات، وكانت قد وردّت جرار لمطار باريس ثم قامت بشراء ضاغط هواء لدعم الجرار من شركة Soderep، حتى يمكن للمطار استخدام الجرار فى تنفيذ إلتزامه فى العقد الأول. أما العقد الثالث: فذلك الذى يربط بين شركتى Soderep, Soxby، اشترت بموجبه الأولى من الثانية ضاغط الهواء لتوريده لمطار باريس.

أما بالنسبة للحادث الذى وقع خلال إبعاد إحدى الطائرات نتيجة انفصال الجرار عن قضيب الدفع الخاص به، مما سبب اصطدام الطائرة بالجرار فألحق بها أضرار، فإن السبب فى هذا الحادث هو إنفلات ضغط الهواء نتيجة عيب فى محبس الغاز الذى اشترته شركة Soxby من شركة Soderep بمقتضى العقد الثالث، وعندما قامت الشركة النرويجية بمطالبة مطار باريس بالتعويض، كما طالبت شركتى Soxby, Soderep أيضاً بالتعويض، ورفضت محكمة استئناف باريس طلب التعويض المقدم

فقد أخذ هذا النقد على التصور الواسع للفظ "الصلة"[١] التى يجب أن تكون بين مجموعة العقود المكونة لأسرة عقدية. فقد ذكرت المحكمة، أن العقود تـرتبط

=ضد مطار باريس لوجود بند عدم الرجوع الوارد فى عقد المقاولة. وقبلت الطلب المقدم ضد شركتى Soderepو Saxby على أساس المسئولية التقصيرية.

إلا أن محكمة النقض قد نقضت الحكم واستندت فى ذلك على ضـرورة أن تكـون دعـوى الشـركة النرويجية ضد الشركتين Soderep و Soxby من طبيعة عقدية، على أساس أن شركتى Soderep و Soxby قد ارتكبتا خطئاً عقديًا، ذلك أنهما لم تسلما منتج خالى من العيوب وكـفء للإسـتعمال لمطار باريس، الأمر الذى سبب ضرر ــ أيضاً ــ لهذا الأخير، الذى بـادر بـدور بمطالبـة هـاتين الشركتين بالتعويض نتيجة ما سببه عيب الشئ ــ ضاغط الهواء ــ الذى تسلمه منهما.

فقد اعتبرت محكمة النقض النظر فى حكمها المشار إليه، دعوى الشركة النرويجية، ودعوى مطـار باريس ضد شركتى Soderep, Soxby من طبيعة عقدية. حيث اعتبرت أن صلة العقود التى تـربط بين الشركة النرويجية بمطار باريس ــ العقد الأول ــ وهذا الأخير بشركة Soxby ــ العقد الثانى ــ وهذه الشركة Soderep على نفس درجة صلة العقد الثانى الذى يربط مطار باريس بشركة Soxby بالعقد الثالث الذى يربط هذه الأخيرة بشركة Soderep .

وفى الحقيقة أن وضع مطار باريس يختلف عن وضع الشركة النرويجية. فمطار باريس فى وضع من لحق به ضرر عقدى ناشئ عن الإخلال العقدى لشخص آخر غير الشخص الذى تعاقد معه المطار أى شركة Soxby، وبسبب وحدة الالتزام الذى يربط العقدين ــ كلاهما بيع ومحله شىء واحد ــ اللـذين يربطان من جانب شركتى Soderep و Soxby، ومن جانب آخر هذه الأخيرة بمطـار بـاريس. إن كلا العقدين يشكل أسرة عقدية واحدة. وبالتالى فإن دعوى مطار باريس ضد شـركة Soderep فـى مثل هذه الظروف تعد دعوى عقدية.

أما بالنسبة لموقف الشركة النرويجية من شركتى Soderep و Soxby ، فإنه يختلف عن موقف مطار باريس بالنسبة لهما. فالشركة النرويجية لا تشتكى ضرر ناجم عن الشىء الذى تسلمته من الشـركتين، أى لا تشتكى عدم قدرة الجرار على الاستخدام للغرض المحدد له. كما أنها لا تشتكى عـدم الحصـول على ما لم توعد به، ولكنها تشتكى من ضرر ناشئ عن الشىء المسلم تنفيذاً لعقـدى بيـع. فالشـركة النرويجية تطالب بتعويض الضرر الذى أصاب الطائرة نتيجة عيب خفى فى الجرار (ضاغط الهواء). وبناء عليه تكون هذه الشركة قد عانت من ضرر تقصيرى ناجم عن الإخلال بالالتزام العقـدى. أى أن الخطأ مصدر الضرر هو خطأ تقصيرى يتطابق مع الخطأ العقدى، فترويج الشىء المعيب من شأنه أن يشكل خطأ تقصيرياً كفيل بإنعقاد المسئولية التقصيرية للبائع فـى مواجهـة الغيـر ضـحايا الضـرر التقصيرى. راجع فى عرض هذا التحليل:

M. Bacache, G'beili, Op. Cit., p.112 et s 124.

[١] راجع فى هذا الشأن أيضاً من الفقه:

N.R. Mourieer conclusions sous Assemblee pleniere 12 Juillet 1991 RJDA 1991, p.583 "La decision va tres loin car elle appliqué le regine contractual ( ) a un group de contrats juxraposes eu ends le plus large. Le lien avec le contrat initial evoque par l'arret est ici reduit a sa plus simple expression.

لقد ذهب القضاء لأبعد من هذا لأنه يطبق النظام العقدى على مجموعة العقود المتراكبة بالمعنى الأكثر إتساعاً والصلة مع العقد الأساسى التى ذكرها الحكم تنحصر هنا فى هذا التعبير البسيط. راجع أيضاً:

Ph. Rémy, Op. Cit., p.109 ets.

لأن الضرر وقع فى تنفيذ اتفاقية التعاون المرفقى بسبب شىء به عيب فى الصنعة منسوب إلى شركة الأولى Soderep ، وتجهيز الجرار المكلفة به الشركة الثانية Soxby، أى أن الرابطة التى تجمع العقدين ليست سوى الشىء محل الالتزام فى العقد الأول، وطريقة تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد الثانى.

ويرى بعض الفقه، أن هذه الرابطة من الاتساع، بحيث إنها لا تسمح بتعيين جميع الفروض التى يلحق فيها الغير ضرر عقدى مرتبط برابطة سببية بالخطأ العقدى للمدين، حيث إنه فى هذه الحالة فقط يمكن ــ للرابطة ــ أن تؤدى دورها[1].

أى أنه يجب استلهام المعيار المحدد لمجموعة العقود المكونة لأسرة عقدية من سبب وجودها، فالغير الذى يستطيع تحريك دعوى المسئولية العقدية، هو من يلحق به ضرر عقدى، ناشئ عن الإخلال بالالتزام العقدى للمدين الملتزم بالتزام مطابق للالتزام الذى يستفيد منه المضرور.

وبالتالى ــ والحديث ما زال لهذا الفقه ــ فإن مجموعة العقود التى تتيح الدعاوى العقدية المباشرة، تتكون من عقدين ــ أو أكثر ــ متما يزين لهما على لأقل التزام مطابق.

أما تعاقب عقد البيع وعقد المقاولة، اللذان يستلزم تنفيذهما استخدام الشىء المباع لا يشكلان أسرة عقدية، ذلك أن عقد المقاولة الذى يربط مطار باريس بشركة الملاحة، لا يرتب على عاتق المطار التزام بضمان البائع وبالمقابل فإن عقد البيع لا يجعل على كاهل شركتى Soderep, Soxby التزام بنقل الطائرة من مكان شحن الركاب وحتى ساحة الإقلاع.

ولكن النقد لا يفقد هذا المعيار كل الفائدة، فتطبيقه عل العقود موضوع الطعن هو الذى أثار النقد، وإنما بالنظر إلى هذا المعيار فإنه يلاحظ أنه يتضمن مبدأين، الأول: يكمن فى الصلة التى يجب أن توجد بين العقود المكونة لأسرة عقدية واحدة، الثانى: هو تفسير هذه الصلة تفسيراً واسعاً إلى الدرجة التى جعلت من وحدة الشىء محل الالتزام ــ وحدها ــ فى العقود كافية لتحقيق الصلة بينهم،

---

[1] راجع فى ذلك:

M. Bacache, Gibeili, Op. Cit., p.113.

على الوجه الذى يجعل منهم مجموعة عقود مكونة لأسرة عقدية واحدة، بكل ما يترتب على ذلك من آثار.

ويرى الباحث مع بعض الفقه[١]، أنه يمكن الاحتفاظ بالمبدأ الأول. وذلك مع إعطاء لفظ "الصلة" معنى محدد يقتصر على الغير الذين لحق بهم ضرر عقدى ناشئ عن إخلال المدين بالتزاماته العقدية؛ لأن هذا الغير كان على صلة بالعقد الأساسى، درجة هذه الصلة تجعله يستفيد من التزام مطابق لذات الالتزام الذى التزم به المدين المقصر.

نخلص مما تقدم أن التطابق فى الشىء محل الالتزام، لا يعتبر فى حد ذاته معيار كاف لوجود مجموعة عقدية[٢]، أما إذا أضيف إليه وجود صلة أخرى بين

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٨.
M Bacache, Gibeile, Op. Cit. p113.

(٢) ربما كان ذلك الدافع وراء حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة التجارية الصادر فى ١٩٨٩/١٠/٣٠.
راجع فى ذلك:
M. Bacache Gibeili, Op. Cit. p.113, Com. 30, Octobre 1989, Rev. Trem. Dr Civ. 1990, 290 Obs, P Jourdain.
وتتلخص وقائع هذا الطعن فى مشترى من دولة الكويت اتفق مع شركة Berliet على أن تشترى له نصف قاطرة، فقامت هذه الأخيرة بشرائها من شركة Fruehauf وهذا التعاقب فى عقود البيع يضاف إليه تعاقب فى عقود الخدمات. حيث قامت شركة Berliet بإبرام عقد مع ناقل بحرى لنقل نصف القاطرة، فقام هذا الأخير بالإتفاق مع مسئول شحن البضائع ليضع السيارات (نصف القاطرة) على ظهر السفينة، وهو عمل من الباطن لصالح شركة رفع، وخلال تنفيذ العمل انكسر ذراع الرفع الخاص بشركة الرفع. السبب فى ذلك هو ثقل نصف القاطرة. فقامت شركة الرفع برفع دعوى المسئولية ضد شركة Fruehauf التى أخطأت عندما ذكرت أن وزن نصف القاطرة أقل من الوزن الفعلى، وقد ذكرت ذلك لشركة Berliet. وإذا قمنا بتحليل مضمون هذه العقود، نجد أن الذى يربط بينهما هو الشئ محل الإلتزام ــ فقط ــ والمتمثل فى نصف القاطرة. فهذا الشئ هو محل الالتزام بإعطاء الذى يقع على عاتق شركة Fruehauf وهو ذاته يشكل محل الالتزام الواقع على كاهل شركة الرفع ولا توجد رابطة موضوعية أخرى تربط بين العقدين اللذين يعد المضرور، والمقصر من أطرافهما. ولما كان وحدة الشىء موضوع الالتزام لا يكفى بذاته لتحقيق الصلة بين العقدين إلى الحد الذى يجعلهما أسرة عقدية واحدة.
لذا فإن الذى انتهت إليه محكمة النقض الدائرة التجارية، من رفض الطعن المقدم من حكم محكمة الاستئناف بقبول الدعوى على أساس المسئولية التقصيرية، يعد مقبولاً. فدعوى شركة الرفع ضد شركة Fruehauf لا تكون إلا من طبيعة تقصيرية، ذلك أنهما لا يجمعهما عقد واحد، وأن العقدين اللذين يعدان من أطرافهما لا ينطبق عليهم وصف أسرة عقدية. راجع فى عرض وقائع الطعن:
Bacache-Gibeili: Op. Cit., p.114.

هذه العقود، بالمعنى الذى أسلفناه، فإنه فى هذه الحالة يمكن القول بوجود مجموعة عقود مكونة لأسرة عقدية.

ثانياً: محاولات الفقه لوضع معايير محددة للأسرة العقدية:

(أ) محاولة Teyssie:

لفهم المعايير التى وضعها تيسيه لتحديد مجموعات العقود المكونة لأسر عقدية، يجب تحديد نقطة انطلاقه، فقد انطلق سيادته من ملاحظة الواقع الاقتصادى، فكانت معاييره لإقرار المجموعات العقدية بمثابة ترجمة أو تصوير قانونى للحالة الاقتصادية[١]. وحاول سيادته التوفيق بين الجانب الاقتصادى، والجانب الاجتماعى، وذلك من خلال إثبات وحدة الموضوع ووحدة السبب (بمعنى الهدف المشترك) [٢] اللذان يربطان ــ أو أحدهما ــ بين العقود المكونة للأسرة العقدية الواحدة.

ونتج من هذين المعيارين ــ وحدة السبب ووحدة الموضوع ــ أن أقر سيادته طائفتين[٣] من الأسر العقدية، الطائفة الأولى: الأسر المكونة من عقود يجمع بينهم وحدة الموضوع، ولفظ "موضوع" استخدمه تيسيه هنا بمعنى موضوع العقد أى موضوع الالتزام المميز. وهذه الطائفة ترتكز على معيار وحدة الالتزام الرئيسى، ويجمع بين عقودها أنها تدور حول أداء رئيسى واحد، وتتابع من حيث الإبرام فى تسلسل بحيث إن العقد الثانى ينحدر من الأول والثالث ينحدر من الثانى وهكذا، كما أنها عقود يجمع بينها وحدة الطبيعة والمحل، سواء كان تسلسل هذه العقود بالإضافة ــ كما فى عقود البيع المتوالية على مال واحد ــ، أو كان تسلسلها بالانكسار، أى كان العقد الثانى يقوم على تجزئة العقد الأول وهكذا[٤].

---

(١) راجع فى ذلك:

B.Teyssie: Op. Cit. n° 62, p.28.
M-Bacache-Gibeile: Op. Cit., p.113.

(٢) راجع فى ذلك:

Ibid, n° 62, ets, p.33 ets.

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالسبب هنا، هو الهدف المشترك لمجموعة العقود المبرمة. وليس المقصود به السبب كركن فى العقد.

Ibid, n° 492, p.426.

(٣) راجع ف ذلك ما سبق أن عرضناه فى هذا البحث، ص ٣٤٥ وما بعدها.

(٤) راجع فى هذا البحث ص ٣٤٨ وما بعدها.

والمتأمل فى هذا المعيار وحده، يجد أنه غير قادر علـى احتـواء كافـة فروض مجموعات العقود التى يمكن أن تكون أسر عقدية، تلك المجموعات التـى أفرزها الواقع الاقتصادى، ذلك وأن معيار وحدة الموضوع ـ وحده ـ لا يمكنـه استيعاب جميع الفروض التى يترتب على قصور المدين فيها إلحاق ضرر عقـدى بالغير. فهذا المعيار يغطى فقط مجموعات العقود المتجانسة، كعقود البيع المتواليـة على محل واحد دون أن يفصل بينهم عقد من طبيعة أخرى، أو مجموعـة عقـود المقاولة التى لا يفصل بينها عقد ـ من طبيعة أخرى ـ بيـع أو توريـد[١]. أمـا بالنسبة لمجموعات العقود غير المتجانسة، فإن معيار وحدة موضـوع الالتـزام لا يمكنه احتواؤها.

لذا كان المعيار الثانى، وهو معيار وحدة السبب بمعنـى وحـدة الهـدف المشترك، ولكن هل هذا المعيار قد احتوى باقى مجموعات العقود التى يترتب فيها على إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه إلحاق ضرر عقدى بالغير؟. هذا المعيـار وإن كان قد احتوى مجموعات العقود غير المتجانسة واعتبرها أسر عقدية، إلا أنه كان محلاً لنقد شديد، فقد أخذ عليه أنه معيار غير محكم وعائم وواسع، بحيث يؤدى إلى انعدام اليقين من حيث تحديد الصور أو التنسيقات العقدية التى تستحق وصفها بأسر عقدية[٢]. فمن جهة: فقد أدخل سيادته بهذا المعيار لطائفة ثانية، وتضم مجموعـات العقود ذات البناء الدائرى[٣]، ومن أمثلتها، أن يريد (أ) (رب عمل) إقامة مستشفى، فيتعاقد مع (ب) (مقاولاً لإنشاء المبنى)، ويتعاقد (أ) مـع (جـ) لتوريـد الأدوات الطبية، ويتعاقد أيضاً مع (د) ليقوم بأعمال النجارة والإنارة، ثـم يتعاقـد (أ) مـع الأطباء. فالجامع بين هذه العقود أنها مبرمة مـع رب العمـل (أ) مـن ناحيـة ـ كطرف مؤسس ـ وكافة المشاركين فى المجموعة (ب)، (جـ) والأطباء ـ مـن

---

(١) راجع فى ذلك:

M. Bacache-Gibeili, Op. Cit. n° 171, p.148.

(٢) راجع فى ذلك:

Ph. Delebacque La notion de group de contrats quells critéres, Op. Cit n° 4, p.25, "Toutefois, Si La nation de chaine de contrats ne souleve pas de serieuses difficulties d'interpretation, car le concept d'object est assaz bien determine, il n'en est pas de meme pour la notion d'ensenble contractual, le terme de cause se pretant a de multiple definitios".

(٣) راجع فى ذلك:

B. Teyssie, Op. Cit. n° 174 ets, p. 95 ets.

ناحية أخرى ـ وأن أى من هذه العقود التى أبرمها (أ) لا تسعى إلى تحقيق هدف خاص، وإنما جميعها تسعى إلى تحقيق هدف واحد وهو إقامة المستشفى. ولكن الجدير بالملاحظة أنه لا يترتب على إخلال (ج) بالتزامه التعاقدى مع (أ) إلحاق أضرار بـ (د) أو (ب)، الأمر الذى لا يتحقق معه شروط إقرار المسئولية العقدية، حيث يعد (ج) من الغير بالنسبة لـ (د) و (ب). لذا كان إجماع الفقه[١]، على خروج هذا النوع من مجموعات العقود من مجال فكرة الأسرة العقدية كما عناها أنصارها خاصة ما تتيحه من الرجوع المباشر بين الأطراف المتباعدة فيها بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإنه داخل مجموعات العقود المتسلسلة، إذا كان هذا المعيار يسمح بإقرار مجموعات عقدية، مرتبطة بوحدة السبب أو الهدف المشترك، فإن ذلك يثير التساؤلات الآتية[٢]، هل من الممكن تصور دعوى المسئولية لدى مجموعات العقود المستقلة للتأمين المشترك، أو الدعاية؟، وهل من الممكن تقرير الدعوى العقدية المباشرة لدى الأسر العقدية ذات التبعية من جانب واحد، والمكونة من عقد عمل، وعقد إيجار ثانوى، أو عقد قرض وعقد كفالة؟، ومدى إقرار الدعوى العقدية المباشرة لدى عقد مقاولة المتبوع بعقد إيجار أو عقد بيع؟، وما هى لحظة تقرير وجود السبب المشترك؟ وهل يتم تقديره بصورة مسبقة أم بصورة لاحقة؟، فهل رب العمل ـ مثلاً ـ يبنى دون نظر إلى الإيجار، أو البيع، وبعد ذلك يبيع، أو يؤجر؟، وهل هذه العقود على فرض ترابطها بوحدة الهدف المشترك، هل ترابطها إلى درجة عدم قابليتها للتجزئة، أم تقبل التجزئة [٣]؟، وهل مجموعات العقود ترتبط من خلال (التعايش) البناء الدائرى، أم التتابع؟، وأين توجد الشخصية المحورية أو الهيكل المستطيل؟.

ففى الحقيقة ـ كما أسلفا ـ أن بعض مجموعات العقود غير المتجانسة يمكن أن تتطابق مع معيار وحدة السبب (الهدف). وهذا ما يتحقق فى حالة تتابع

---

(١) راجع فى هذا البحث ما أشرنا إليه من مراجع ص ٣٥٩ومابعدها .

(٢) راجع فى عرض ذلك:

M.Bacache-Gibeili, Op. Cit., p.149.

وفى هذا المعنى راجع:

Ph Delebcque, Op. Cit., n° 2, p. 25.

(٤) راجع فى ذلك:

Ibrahim Najjor, Note, 1re Civ., 13 Nov, 2003, D2004 , p.637.

عقد البيع، وعقد المقاولة، ففى هذه الحالة يرى ــ وبحق ــ الأستاذ تيسيه[١]، أن عقد البيع قد أبرمه المقاول لتيسير تنفيذ عقد المقاولة، والمقاول الأصلى هنا يلعب دور الشخصية المحورية لتعاقده مع رب العمل من جهة، ومع البائع من جهة أخرى. أما التنسيق بين سلاسل العقود الأخرى غير المتجانسة (عقد مقاولة وبيع ــ أو عقد مقاولة وإيجار) ، فإنها لا تستجيب إلى معيار وحدة السبب (الهدف) ــ كما ذكرنا ــ إلا بصعوبة، مما يجعل هذا المعيار غير مؤكد.

لذا فإننا نرى مع الفقه[٢]، أن معيار وحدة السبب (الهدف) كما حدده تيسيه معيار غير مؤكد ومفرط فى الاتساع، وذلك فيما يتعلق بمجال الدعوى العقدية المباشرة بين الأطراف المتباعدة المنتمية لأسرة عقدية واحدة.

إلا أنه تجدر الإشارة، إلى أن تيسيه لم يطالب بربط هذه المجموعات كافة بإقرار الدعوى العقدية المباشرة، بين أطرافها المتباعدة، ولكنه قصد إلى ربطها بالآثار القانونية الأخرى، خاصة تأثير بطلان عقد على آخر داخل المجموعة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، لم يطالب سيادته بتوحيد شكل جميع المجموعات العقدية ونظمها القانونية.

ولكن هذا القول محل نظر، ذلك أن الآثار القانونية المرتبطة بفكرة مجموعات العقود ليست واحدة، وأن كل أثر من هذه الآثار يستجيب لاعتبارات مختلفة ولحاجات مختلفة، فالأسباب التى تقود إلى التسليم بدعوى المسئولية العقدية المباشرة ليست هى ذاتها التى تسمح ببطلان عقد ينحدر من عقد آخر، أو الأسباب التى تحدد إنشاء المسئولية عن فعل الغير[٣].

---

(١) انظر:

B Teyssie, Op. Cit. n° 223, p.119.

(٢) راجع فى ذلك:

M Bacache-Gibeili, Op. Cit., p.149.

راجع أيضاً: جاك جستان ــ كريستوف جامان ــ ومارك بيو ــ المرجع السابق ــ بند ٧٥٧ ص ٩٣٣ وما بعدها.

وفى هذا المعنى راجع أيضاً:

J. Moury: De l'indivisibilité entre les obligatios et entre les contrats, Rev. Trim. Civ. 1994, p.255, ets.

(٣) من هذا الفقه راجع:

M. Bacache-Gibeili,: Op. Cit., p.150

وبالتالى فإن الآثار القانونية التى تناولها الأستاذ تيسيه بتطبيقها فى شموليتها على كل ما يوصف بأنه مجموعة عقدية، هو ما دفع بعض الفقه[١] إلى القول بأن القاعدة التى لا تنطوى على آثار قانونية واحدة، وغير يقينية لا تستحق وصفها بالفكرة القانونية؛ لأنها لا تنتهى إلى تطبيق نظام قانونى واحد". ذلك أن مجال بحث الآثار القانونية المرتبطة بكل صور مجموعات العقود السابقة يعتبر واسع إلى درجة كبيرة، فهو يشمل شروط إنشاء وصحة العقود، وكذا طرق تنفيذها وتفسيرها، وكل أثر من هذه الآثار يجب دراسته بشكل منفصل، ذلك أنه ــ كما ذكرنا ــ يستجيب لاعتبارات معينة، ويقود بالتالى إلى شكل مختلف ناجم عن معايير مختلفة. ومثل هذا التصور البحثى سوف يفضى إلى وضع فكرة متحللة وغير يقينية لمجموعات العقود المكونة لأسر عقدية.

ولكن ــ فكما سبق أن أشرنا ــ ربما كان السبب الأساسى لهذه النتيجة، هو النقطة التى انطلق منها تيسيه فى بحثه مجموعات العقود، فقد انطلق سيادته من ملاحظة الواقع والحقائق الاقتصادية وما تحويه من مجموعات عقدية، بهدف ترجمتها إلى اصطلاحات قانونية، وصورة قابلة للفهم بطريقة قانونية، وهذه الغاية التى سعى إليه تيسيه، هى التى فرضت عليه تبنى معايير متنوعة واسعة قادرة على احتواء الواقع الاقتصادى فى تنوعه[٢].

وإذا كانت محاولة الأستاذ تيسيه، لوضع معيار ضابط لمجموعات العقود المكونة لأسر عقدية، قد تعرضت لنقد كما سبق أن أوضحنا، فقد كانت هذه المحاولة هى أولى المحاولات فى هذا الشأن، وقد تبعتها محاولات أخرى سنوجزها فيما يلى:

---

(١) Ibid, p.150

(٢) راجع فى عرض تفاصيل ذلك:

D Chedeville: La liaison entre contrats, Thése Parise, II, 1977.

راجع أيضاً:

J. Moury: Op. Cit P. 255. CA Parise-19 Mars 1993, G.P. 27-28 Avril 1994, p.8, note véret. CA-Paris 17 Novembre 1994, Rev. Trim. Dr. Civ. (1995, 363), Obs. J. Mestre.

(ب) محاولة Neret:

انطلق نيريه من رصد الواقع الاقتصادى[١] أيضاً، ولكنه لم يرصد جميع عقود هذا الواقع ــ كما فعل تيسيه ــ وما يربط بعضها ببعض، وإنما اقتصر سيادته على رصد ما يفرزه هذا الواقع من عقود من الباطن فقط.

والعقد من الباطن كما عرّفه Neret، هو أحد أنواع مجموعات العقود، ذلك أن التعاقد من الباطن يتضمن ــ على الأقل ــ عقدين، الأول: العقد الأساسى، الثانى: العقد من الباطن، هذان العقدان يرتبطان بوحدة الموضوع، أى بوحدة الالتزام الأساسى، وهذا الالتزام هو التزام بعمل؛ لذا فإن العقد الأساسى مع العقد من الباطن يكونان مجموعة عقدية متجانسة.

وواضح من مجال دراسة Neret، والتى حصرها فى العقد من الباطن، أن المعيار الذى اتخذه لضبط مجموعات العقود المكونة لأسر عقدية، هو وحدة موضوع الالتزام الأساسى، وأن هذا الالتزام هو التزام بعمل. وهذا المعيار لم يتح له إقرار وجود أنواع أخرى من الأسر العقدية، سواء متجانسة كتلك التى تتكون من مجموعة عقود يكون الالتزام الرئيسى فيها التزام بإعطاء أو غير متجانسة والتى تتكون من مجموعة عقود تختلف فى طبيعتها، ولكن الالتزام المشترك بينهم التزام بعمل.

وبالرغم من ذلك، فقد طالب سيادته بالإقرار القانونى لمجموعات العقود غير المتجانسة، متى كان الالتزام المشترك بين هذه العقود هو التزام بعمل[٢]. حتى يستفيد من الدعوى العقدية المباشرة داخل إطار هذا النوع من الأسر العقدية. وقد وصف سيادته هذا النوع من مجموعات العقود بالعقود من الباطن[٣]. وأوضح سيادته هذه النتيجة بما يلى: أن العقد الأساسى يمكن أن يتضمن التزامات متنوعة بعمل لا يكون لها نفس الأهمية. فالالتزام الأساسى هو وحده الذى يحدد الطبيعة القانونية للعقد، إلا أن هذا الالتزام قد يصاحبه أو يحيط به التزامات إضافية أخرى يمكن أن تنفصل شأنها فى ذلك شأن الالتزام الأساسى. وأن الالتزام الإضافى فى العقد الأساسى يمكن أن يصبح التزام أساسى فى عقد آخر.

---

(١) راجع فى ذلك:
Néret: Le sous Contrat , LGDJ 1979, Préface Catala.

(٢) راجع
Ibid, no.155,p.125

(٣) راجع
Ibid, no 155,p.126

ويضرب سيادته مثالاً لذلك، بالناقل الذى يدعو مقاول تفريغ البضائع، إلى إجراء عمليات الشحن والتفريغ للبضاعة، التى تعتبر جزءا لا يتجزأ من التزاماته. كذلك عندما تستعين شركة نقل بناقل، وتتولى هى عمليات تكبيس البضائع وعرضها[١]، فى هذه الفروض التى لا تنفصل فيها الالتزامات الثانوية عن العقد الأساسى، وترتبط بحكم طبيعتها الخاصة بالعقد الثانى، نكون أمام تعاقد من الباطن.

وجدير بالذكر، أن نريه لكى يصل إلى هذه النتيجة، قد اضطر إلى إضفاء المرونة على معيار العقود من الباطن الذى وضعه آنفاً[٢]، والذى يكمن فى وحدة موضوع الالتزام، واكتفى بإقرار الوحدة الجزئية لموضوع الالتزام[٣].

وكان دافع نيريه فى ذلك، هو الرغبة فى تطبيق النظام القانونى الذى ربطه سيادته بهذه الفئة ــ العقود من الباطن ــ على الأشكال الجديدة لمجموعات العقود، بالنظر إلى وجود دعوى عقدية مباشرة[٤].

ويتفق الباحث مع بعض الفقه[٥]، مع ما وصل إليه الأستاذ Néret، من إقرار الدعوى العقدية المباشرة لدى الأسرة العقدية المكونة من مجموعة عقود غير متجانسة. ولكننا لا نوافق على الوسيلة التى استخدمها سيادته للوصول إلى هذه النتيجة، تلك الوسيلة المتمثلة فى اعتبار مجموعات العقود غير المتجانسة من فئة العقد من الباطن.

ولكن يجب أن يؤخذ فى الاعتبار، أن المنهج الذى اتبعه الأستاذ نيريه، لوضع معايير لمجموعات العقود، كان مفروضاً عليه من خلال دراسته فى رسالته للدكتوراه والمحددة بالعقود من الباطن[٦].

ونخلص مما تقدم، أن معيار Néret الذى وضعه لمجموعات العقود المكونة لأسرة عقدية، هو نفس معياره لتحديد العقود من الباطن، ويكمن هذا المعيار فى الوحدة الجزئية لموضوع الالتزام، ويجب أن يكون هذا الالتزام هو التزام بعمل.

---

[١] راجع فى ذلك: Néret, Op., Cit., n° 155, p.126

[٢] راجع فى ذلك: Ibid, n°128 ets, p.103, ets

[٣] راجع فى ذلك: Ibid, n° 156, p.126

[٤] راجع فى ذلك: M. Bacache-Gibeili: Op. Cit. n° 169, p.144 ets

[٥] راجع فى ذلك: Ibid, n°169, p.146

[٦] راجع فى ذلك: Ibid, n° 169, p.146

لذا فإن هذا المعيار، قد تعرض لنقد من ناحيتين، الأولى: خاصة بالوسيلة التى اتخذها نيريه للوصول إلى معيار لتحديد العقود المكونة لأسرة عقدية، تلك الوسيلة المتمثلة فى التعاقد من الباطن ومعيار تحديده، فقد جعل من هذا الأخير معياراً لتحديد العقود المكونة لأسرة عقدية.

أما الثانية: عدم قدرة هذا المعيار على استيعاب كافة صور مجموعات العقود المكونة لأسر عقدية، وأهمها تلك التى يكون الالتزام الرئيسى فيها التزام بإعطاء، حتى ولو كانت مجموعات متجانسة، وذلك كعقود البيع المتوالية على مال واحد. وهذا النقد ليس إلا نتيجة طبيعية للنقد السابق، فالتزام نيريه بمنهج بحثه فى دراسته للدكتوراه والخاصة بالتعاقد من الباطن، قد جعله يحصر الصور الخاصة بمجموعات العقود المكونة لأسر عقدية فى الفروض الخاصة بالتعاقد من الباطن، بهدف إقرار المسئولية العقدية المباشرة المعترف بها للأولى على هذه الأخيرة.

(ج) معيار Hunry[١]:

حاول سيادته وضع معيار لمجموعات العقود المكونة لأسر عقدية، وذلك باتباعه نفس مسار Néret . فقد حاول هنرى توسيع مجال تطبيق القانون رقم ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ الخاص بالدعوى المباشرة للمقاول من الباطن ضد رب العمل. لذلك فقد أخذ سيادته بالمعنى الواسع لعقد المقاولة من الباطن كما حدده القانون، بحيث يشمل عقد النقل[٢]. ومن ثم فإن تتابع عقد النقل وعقد المقاولة، يعد ــ فى نظره ــ أحد نماذج التعاقد[٣] من الباطن (كما حدد معياره Néret)، وذلك بغية إقرار الدعوى العقدية المباشرة ضد المتعاقد مع الناقل، فتتابع عقد النقل وعقد المقاولة يشكلان أسرة عقدية غير متجانسة، حيث إن الالتزام الثانوى الخاص بتقديم الخدمات، والذى يتضمنه عقد النقل، يدخل فى الالتزام الأساسى المميز لدى عقد المقاولة.

والملاحظ أن المعيار الذى اتخذه الأستاذ هنرى، هو نفس المعيار الذى حدده Néret، وهو الوحدة الجزئية لموضوع الالتزام، وذلك حتى يمكن تطبيق

---

(١) راجع فى ذلك:
X.Hunry Le Tecknique des qualifications contractuell thése Nancy 1992 n° 933. p.1090

(٢) راجع فى ذلك:
M. Bacache-Gibeile, Op. Cit. , p.146.

(٣) راجع فى ذلك:
X.Hunry: Op. Cit. p953, p.1090

الدعوى العقدية المباشرة ــ كما سبق أن ذكرنا ــ للمقاول ضد المتعاقد مع الناقل. وفى سبيل ذلك اتخذ من التعاقد من الباطن ــ كما فعل Néret ــ وسيلة للوصول إلى هذه النتيجة. فجعل من المعايير المحددة للعقود المكونة للتعاقد من الباطن، هى ذاتها المعايير الضابطة للعقود المكونة لأسر عقدية.

لذا فإن المعيار الذى حاول هنرى وضعه، لم يسلم من نفس النقد الذى تعرض له Néret، من حيث أن هذا المعيار غير قادر على استيعاب كافة صور مجموعات العقود التى تكون أسر عقدية، وأنه قد حصر هذه الصور فى الفروض الخاصة بالعقد من الباطن.

(د) محاولة أستاذنا الدكتور فيصل زكى عبد الواحد:

بالرغم من أن سيادته لم يتصد مباشرة لدراسة وضع معايير لتحديد العقود المكونة لأسر عقدية، إلا أننا نستطيع بسهولة استنتاج هذه المعايير، من خلال تعريف سيادته للأسرة العقدية، وما تلا ذلك من تحديد لصورها، ودراسته للنظام القانونى فى إطار الأسرة العقدية وضوابطه، وتحليل آراء الفقه والقضاء فى هذا الشأن[١]. وسوف نحاول بيان ذلك بإيجاز.

ففى اختياره مصطلح الأسرة العقدية، وتبرير هذا الاختيار بقوله "لأن مجموعة التصرفات القانونية المتعاقبة على محل واحد أو المترابطة بقصد تحقيق عملية اقتصادية مشتركة، تنبثق من تصرف قانونى أصلى لولا وجوده لما تكونت هذه التصرفات. وهذا هو الحال بالنسبة للأسرة المدنية، حيث إنها تبدأ برابطة قانونية بين شخصين ثم تتفرع بعد ذلك إلى روابط أخرى"[٢]. ثم فى تحديده المقصود بها بقوله "مجموعة الأشخاص الذين يساهمون فى تكوين تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد، أو مترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك". ثم أتبع ذلك ببيان الفكرة الجوهرية التى تقوم عليها الأسرة العقدية، والتى "تكمن فى أن مجموعة التصرفات القانونية التى تجمع بينها وحدة المحل، وتلك التى يربط بينها وحدة السبب أن كل منهما ينشأ مستقلاً عن الآخر، ولكن عدم تنفيذ أحدهما يؤثر فى تنفيذ

---

[١] راجع فى ذلك بالتفصيل: فى دراسة سيادته، المرجع السابق ــ ص ٧ وما بعدها.
[٢] المرجع السابق ــ ص ١٢.

التصرفات الأخرى[١]. فضلاً عن ذلك فقد حدد سيادته الشروط الواجب توافرها[٢]، حتى يمكن تطبيق قواعد المسئولية العقدية ــ فى غير موضع من بحثه ــ والتى من أهمها ما جاء فى قوله "لا يكفى من أجل تحريك قواعد المسئولية العقدية المباشرة انتماء المتضرر والمسئول لأسرة عقدية واحدة، وإخلال هذا الأخير بأحد الالتزامات التى تقع على عاتقه. بل يلزم بجانب ذلك إصابة أحد أطراف الأسرة العقدية بأضرار من جراء الإخلال بأحد الالتزامات المنبثقة من هذه الأسرة"[٣]. ويحدث ذلك فى الحالة التى ــ كما يقول سيادته ــ يكون فيها "الطرف المتضرر لم يعان من الأضرار إلا بسبب كونه دائناً بالالتزام تعاقدى، مرتبط من الناحية الموضوعية، بالالتزام الذى لم ينفذ. حيث إن عدم تنفيذ الطرف المسئول للالتزام الذى يقع على عاتقه بمقتضى التصرف القانونى الذى شارك فى تكوينه، يترتب عليه عدم تنفيذ الالتزام الذى يكون الطرف المتضرر دائناً به، والمنبثق من العلاقة التعاقدية التى ساهم فى بنائها". وأخيراً ــ وليس آخراً ــ فى عرض لأهمية إقرار دعوى المسئولية العقدية المباشرة بين الأطراف المتباعدة المنتمية لأسرة عقدية واحدة[٤]، وعرضه لقواعد هذه المسئولية[٥]، وأساسها[٦].

ولعله مما سبق، وما أشرنا إلى الإحالة عليه بالتفصيل فى دراسة سيادته، يتضح المعيار الذى اتخذه لتحديد مجموعات العقود التى تكون أسرة عقدية واحدة، وسوف نوجز ذلك فيما يلى:

١- من خلال اختياره لاصطلاح الأسرة العقدية، وتحديده للمقصود بها، تبين أن سيادته يقصد إلى مجموعات العقود التى تنحدر فى سلسلة، سواء كانت هذه العقود متعاقبة على مال واحد، أو التى أبرمت بقصد تحقيق هدف مشترك، وبالتالى فإنه يستبعد المجموعات العقدية ذات البناء الدائرى من مجموعات العقود التى تكون أسراً عقدية، ومتفقاً فى ذلك مع غالبية الفقه[٧].

---

(١) نفس المرجع السابق ــ ص ١٢.
(٢) نفس المرجع السابق ــ ص ١٤٧ وما بعدها.
(٣) المرجع السابق ــ ص ١٥٦.
(٤) المرجع السابق ــ ص ٩٠ وما بعدها.
(٥) المرجع السابق ــ ص ١٤٥ وما بعدها
(٦) نفس المرجع السابق ــ ص ٢٣٩ وما بعدها.
(٧) راجع فى هذا البحث ص ٣٥٩ وما بعدها.

٢- أن المعيار الأول الذى حدده سيادته، يكمن فى وحدة المحل (المال) الذى تتعاقب عليه العقود المكونة لأسرة عقدية، سواء كانت هذه العقود متجانسة كالبيوع المتعاقبة على مال واحد، أو كانت غير متجانسة كالبيوع المتتالية على مال واحد فصل بينهم عقد توريد أو مقاولة.

٣- المعيار الثانى يكمن فى وحدة السبب بمعنى وحدة الهدف المشترك. وإذا كانت بعض مجموعات العقود تستجيب لهذا المعيار، مثل تتابع عقود المقاولة، وهى تشكل مجموعة عقود متجانسة، يربط بين كل منها وحدة موضوع الالتزام (الالتزام بعمل)، إلا أن هناك بعض مجموعات العقود المتسلسلة المبرمة بقصد تحقيق هدف مشترك، تختلف قوة الروابط بين عقودها من مجموعة إلى أخرى، لذا كان هذا المعيار محل نقد من هذه الناحية.

٤- إذا كان معيارا وحدة المحل ووحدة السبب قد تعرضا لنقد سبق وأن عرضناه ، إلا أنه بتأمل ما عرضه أستاذنا الدكتور فيصل زكى من تطبيقات للأسرة العقدية، نجد أنه تلافى معظم أوجه النقد التى وجهت إلى هذين المعيارين، ونوضح ذلك فيما يلى:

ففى معيار وحدة المحل، قد عرض سيادته للتطبيق الخاص بالبيوع المتعاقبة على مال واحد[١]، أو عقود الإيجار المتتابعة على مال واحد. ومثل هذه العقود تشكل مجموعات متجانسة، يربط بين عقود كل منها وحدة المحل ووحدة موضوع الالتزام وطبيعة هذه العقود. ففى ــ مثلاً ــ تتابع عقود البيع التى ترتكز على ذات المال وتنطوى على ذات موضوع الالتزام، هذا الذى يكمن فى تسليم شىء مطابق للعقد وصالح للاستعمال، فإن تسليم البائع الأساسى للشىء المبيع غير مطابق للعقد أو غير صالح للاستخدام فيما أعد له، فإن المشترى من الباطن (الثانى) هو الذى سوف يلحق به الضرر، ذلك لأنه يستفيد بحكم عقد البيع الثانى ــ المبرم بينه وبين المشترى الأول ــ من الالتزام باستلام هذا الشىء ذاته مطابق

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك، د. فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ حيث عرض سيادته لذلك فى غير موضع من هذا البحث، نذكر من ذلك ص ٣٠ وما بعدها، ص ٧١ ومابعدها، ص ٨٥ وما بعدها، ص ١٢٣ وما بعدها.

للعقد ووفقاً للاستخدام المخصص له، وهكذا الحال بالنسبة لعقود الإيجار المتتابعة على ذات المال[١].

وبهذا يتضح عدم اكتفاء سيادته بمعيار وحدة المحل، بل أضاف إليه معيار آخر هو وحدة موضوع الالتزام الذى يربط بين العقود المكونة لأسرة عقدية وبالتالى تلافى النقد الموجه لمعيار وحدة المحل ــ وحده ــ لعدم كفايته بذاته لوجود أسرة عقدية[٢].

أما بالنسبة لمعيار وحدة السبب، فقد عرض سيادته، لأمثلة تطبيقية أهمها، عقود المقاولة المتتابعة، وعقود النقل المتتابعة، وهى أيضاً مجموعات ــ متجانسة ــ يجمع بين عقود كل منها وحدة موضوع الالتزام، وهو الالتزام بعمل. كما أنه عرض الأمثلة لمجموعات العقود غير المتجانسة، منها تتابع عقد بيع وعقد مقاولة، حيث إن عقد البيع قد أبرم بقصد تيسير تنفيذ عقد المقاولة[٣]. ولكن تتابع عقد بيع ومقاولة أو عقد بيع وإيجار، برغم أنهما عقود متسلسلة يجمع بين كل منهما وحدة السبب (الهدف المشترك)، إلا أن قوة الربط بين عقود كل مجموعة منهما تختلف ــ قوة أو ضعفاً ــ من مجموعة إلى أخرى، مما يشكك فى أن عدم تنفيذ أحدهما قد يؤثر على عدم تنفيذ الآخر.

لذا قد تلافى سيادته هذا النقد، عندما أضاف إلى معياري وحدة المحل ووحدة السبب ضابط آخر، يتمثل فى العلة التى من أجلها تم إقرار المسئولية العقدية داخل إطار الأسرة العقدية، ومؤداها أن يكون المضرور داخل إطار مجموعة العقود لم يعان من الأضرار إلا لكونه دائناً بالتزام تعاقدى مرتبط من الناحية الموضوعية بالالتزام الذى لم ينفذ [٤].

---

[١] راجع نفس المرجع السابق ــ وذلك فى مواضع كثيرة، نذكر منها ص ٢٩ وما بعدها، ص ٨٥ وما بعدها

[٢] راجع: M. Bacache-Gibeili,Op. Cit., p.114

[٣] راجع فى ذلك: B. Teyssie, Op. Cit. n° 223, p.119.

[٤] راجع فى ذلك مؤلفه المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ المرجع السابق، وقد تناول سيادته هذا المعنى فى غير موضع فى هذا المؤلف نذكر منها ص ٨٤ وما بعدها، ص ١١٧ وما بعدا، ص ١٤٨ وما بعدها، ص ١٥٤ وما بعدها، ص ١٥٩ وما بعدها.

أى أن انتماء المسئول والمضرور لمجموعة عقود متعاقبة على مال واحد، أو يجمعهم الهدف المشترك، سواء كانت هذه العقود ــ أو تلك ــ متجانسة أو غير متجانسة، ليس معناه انتماءهما لأسرة عقدية واحدة مما يترتب على ذلك من آثار. ولكن يجب أن يكون المضرور لم يعان من الأضرار، إلا لكونه مرتبطا بعقد يرتبط من الناحية الموضوعية بالعقد الذى لم يقم المسئول بتنفيذ التزامه فيه.

وبتأكيد سيادته على هذا المعيار الأخير، واعتباره أحد شروط ممارسة الدعوى العقدية داخل إطار الأسرة العقدية، دليل على إظهاره لمدى قوة الرابطة الموضوعية، التى يجب أن تكون بين العقود المكونة لأسرة عقدية واحدة، إلى الحد الذى يصل بنا إلى اعتبار أى طرف من أطراف العقود المكونة لها طرف فى كل العقود.

(هـ) محاولة M. Bacache-Gibeili:

ولعل هذه المحاولة هى الأحدث والأهم، فقد أعد سيادته دراسة متخصصة عام ١٩٩٨[١]، عرض سيادته فيها إلى وضع معيار لتحديد العقود التى يمكن أن تكون أسرة عقدية، بما يترتب عليها من آثار، ودون الدخول فى تفاصيل هذه الدراسة، سوف نوجز أهم جوانبها وما انتهى إليه.

فقد بدأ سيادته بالسؤال عن الغير الذين يستحقون الحماية؟ هل الغير هم أولئك الذين لحق بهم ضرر عقدى ناشئ عن القصور العقدى للمدين بمعناه الضيق أم أن الأمر يتعلق بفئة غير محددة للغير؟[٢].

وأجاب عن هذا التساؤل قائلاً: إن المقصود بالغير ــ عضو مجموعة العقود ــ فى هذه الدراسة ذلك الذى لحق به ضرر عقدى ناشئ عن إخلال المدين بالتزامه العقدى بصورة ضيقة ورتب على ذلك ثلاث مقتضيات، هى[٣]:

---

[١] وهذه الدراسة بعنوان La Ralativite des conventions et les groupes de conrtrats وقد خصص سيادته الباب الثانى من هذه الدراسة للتحليل المتجدد لمجموعات العقود Une Analyse Renouveles وخصص سيادته الفصل الأول من هذا الباب لفكرة مجموعة العقود، وتعرض فيه للمعايير الضابطة للعقود المكونة لها وتطبيقات هذه المعايير. ص ٩٩ إلى ص ١٥١.

[٢] راجع: M. Bacache-Gibeil: Op. Cit. n°.107, p.99

[٣] انظر فى ذلك: Ibid, n° 108.

- **فى المقام الأول:** يجب أن يكون هناك شخص يشتكى ضرراً عقديا قد لحق به.
- **فى المقام الثانى:** يجب أن يكون هناك شخص آخر، لم يتعاقد معه الأول قد ارتكب خطأ عقديا بصورة ضيقة.
- **فى المقام الثالث:** يجب أن يكون الضرر ناشئ عن عدم التنفيذ العقدى، أى أنه يجب أن تكون هناك رابطة سببية بين الخطأ من جانب، والضرر من جانب آخر.

واستطرد قائلاً: إن وضع معيار لمجموعة العقود التى تكون أسرة عقدية واحدة يكمن فى إثبات رابطة السببية بين خطأ المدين العقدى والضرر الذى أصاب الدائن ــ عضو المجموعة ــ الذى لم يتعاقد معه مباشرة.

ومن هنا بدأ من نقطة وضع معيار ضابط لرابطة السببية فى المجال العقدى[١]. وانطلق سيادته من أن المسئولية العقدية ــ بخلاف المسئولية التقصيرية ــ تقوم على روابط شديدة الضيق، وأن الخطأ والضرر لا يشكلان فى المجال العقدى واقعين مستقلين، ولا يمثلان فى ذات الوقت إلا جانباً من الحقيقة، ولا يعكسان سوى النموذج الخاص بعدم تنفيذ الالتزام العقدى[٢].

ففى الواقع، أن الغير بالنسبة للعقد الذى يعتبر طرف في المجموعة العقدية هو الشخص الذى يصاب بضرر نتيجة لكونه ارتبط مع أحد طرفى العقد بعقد، وأخل المتعاقد معه بالتزاماته وهذا الإخلال ناتج عن إخلال المسئول الأصلى لأحد التزاماته ومن هنا تنشأ الرابطة العقدية الموضوعية. فهذا الغير يستفيد بحكم عقده الخاص من التزام عقدى و الضرر العقدى الذى يشتكى منه ناجم عن عدم تنفيذ التزام عقدى بصورة ضيقة صادر لصالحه، وفقاً لعقد آخر، ويقع على كاهل مدين آخر[٣]، داخل إطار الأسرة العقدية.

---

[١] راجع فى ذلك:
Ibid, n°109

[٢] راجع فى توضيح ذلك:
Ibid, n° 109, p.100
وراجع أيضاً ما أشار إليه سيادته من مراجع فى هامش (١) نفس الصفحة.

[٣] راجع فى ذلك:
P. Jourdain, Rev. Trim. Dr. Civ. 1991. 752: "L'outeur se proonoce en favour de L'ation en responsabilite contractudle larsque le prejudice de la victine, quoi qu'il resulte de.l'inexecution d'un contrat auquel elle n'est pas partie, correspond en meme temps a la violation d'une obligation don't elle est elle-meme creanciere. C'est en effect cette

وخلص سيادته فى هذا الصدد، إلى القول بأن الغير الذى لحق به ضرر ناشئ عن الخطأ العقدى للمدين، هو من الغير الخاص، العضو فى مجموعة عقود تكونت من خلال عقدين ــ مثلاً ــ هما: العقد الأول: ويربط بين المدين والدائن. والعقد الثانى: ويربط الغير المضرور بمدينه[١].

وبناء عليه، فإن الفرض الخاص بوجود ضرر عقدى لحق بشخص من الغير بالنسبة للعقد، فإن المقصود هنا هو إثبات رابطة السببية بين خطأ مدين فى عدم التنفيذ القانونى للالتزام المطروح، والضرر الكامن فى عدم التنفيذ المادى للالتزام الآخر[٢]. ذلك أن الخطأ والضرر لا ينشآن عن عدم تنفيذ التزام منفرد؛ لذا فرابطة السببية لم يعد من اليسير إثباتها بجلاء، إذ إنهما يرتبطان بأركان التزامين مختلفين: عدم تنفيذ التزامين ناتجين عن عقدين متمايزين. فعدم التنفيذ المادى الذى ألحق ضرر بالدائن (الغير)، لم يعد ركنا فى عدم التنفيذ القانونى الصادر عن المدين، إذ الأمر يتعلق فى كل مرة بعدم تنفيذ التزام مختلف[٣].

وبالمقابل، فإن عدم التنفيذ المادى الذى يضر بالدائن يعتبر ركن لعدم التنفيذ القانونى للالتزام الواقع على عاتق متعاقده الخاص، وإن الالتزام الذى لم يتم تنفيذه يضمن إذن رابطة السببية بين الضرر الذى لحق بالدائن وخطأ المتعاقد معه، فوجود الرابطة القانونية ــ عقد ــ بين الدائن والمتعاقد معه تضمن رابطة السببية الضرورية بين خطأ إحداهما والضرر الذى لحق بالآخر. وكذلك الشأن فإن عدم التنفيذ القانونى لالتزام المدين المقصر، يشتمل على عدم تنفيذ مادى آخر، الحق ضرر بالمتعاقد معه[٤].

=coincidence du dommage =de la victime avec l'inexecution a la fois de l'obligation du responsible et de celle de son cocontractant direct qui justifiait le mieux le choix en faveur d'une resonsabilite contractuelle" adde D. 1992 chr. p.149.

[١] انظر فى ذلك:

" Larroumet-L'action de naure necessairement contractuelle et la responsabilite civile dans les ensembles contractuels. J.C.P. 1988. I. 3357: " II est essential de remarquer d'abord que la victime n'eprouve de prejudice que parce qu'elle est creanciere en vertu d'un contrat qui la lie au creancier de l'obligation qui n'est pas execute (...) II n'y a de prejudice pour le maitre de l'ouvrage que parce qu'il est creancier du locateur principal d'ouvrage".

[٢] راجع فى ذلك :

M-Bacache-Gibeili: Op. Cit. , n° 112, p.101.

[٣] راجع فى ذلك:

Ibid., n° 112, p.10.

[٤] راجع فى ذلك :

Ibid, n° 112, p101.

وواضح مما سبق أن وجود رابطة قانونية، بين المدين الذى أخل بالتزامه التعاقدى والمتعاقد معه، تضمن رابطة السببية بين خطأ الأول والضرر الذى لحق بالآخر.

وإذا كان الأمر واضح بالنسبة للدائن المضرور والمدين المقصر المرتبطان برابطة عقدية مباشرة، إلا أن الأمر ليس على هذا النحو فى الحالة التى لا توجد فيها هذه الرابطة بين الأول والأخير[١]. الأمر الذى دفع سيادته إلى البحث عن رابطة السببية فى هذه الحالة الأخيرة.

ويرى سيادته، أن رابطة السببية يمكن استنتاجها، من خلال الإجابة على السؤال التالى، كيف، ولماذا يمكن أن يؤدى عدم التنفيذ القانونى لالتزام ناشئ عن عقد يمكن أن يؤدى إلى عدم التنفيذ المادى لالتزام آخر ناشئ عن عقد آخر[٢].

وقد طرَحَ سؤالاً يدور حول مفهوم رابطة السببية بين الضرر والإخلال بالالتزام التعاقدى؟

وأجاب سيادته عن هذا السؤال بالتفصيل[٣]، وانتهى إلى أن الضرر الذى لحق بالغير، هو ضرر عقدى مطابق للضرر الذى لحق المدين المقصر، وأن عدم التنفيذ المادى للالتزام الناشئ عن عقد الدائن المضرور، يطابق عدم تنفيذ الالتزام الناتج عن عقد المدين المضرور. فالالتزام الخاص بدائن الغير المضرور يطابق بالضرورة التزام المدين المقصر، ذلك أن عدم تنفيذهما يفضى إلى ضررين عقديين متطابقين[٤].

فهناك إذن تطابق فى عدم التنفيذ المادى لالتزامين متمايزين، فالالتزامان اللذان يربطان المدين والدائن بمتعاقديهما ينطويان على نقطة مشتركة؛ ومن ثم فإن عدم تنفيذهما يفضى إلى ضررين متطابقين. فالعقدان اللذان يضمان المدين والمضرور يرتبطان من حيث وحدة الالتزامات[٥].

---

[١] راجع فى ذلك : Ibid. p. 101, ets.

[٢] راجع فى ذلك : Ibid, p.102

[٣] راجع فى ذلك : Ibid, p.102, ets

[٤] راجع فى ذلك : Ibid, n° 113, p.103

[٥] انظر فى ذلك : Ibid, n°.113, p.103

وبناء عليه، فإن الشرط الضرورى لإثبات رابطة السببية بين خطأ المدين وضر الغير الدائن، يتمثل فى وجود تطابق عدم التنفيذ المادى، بين التزامين ناشئين عن عقدين متمايزين، حيث نجد من بين أطرافهما المدين المقصر والدائن المضرور.

وإذا كانت رابطة السببية بين خطأ المدين وضرر الدائن تستنتج من التطابق بين التزامين متمايزين، مع غياب وحدة الالتزامات. فإن هذا معناه أن هذه الرابطة لم تعد تستنتج من الرابطة القانونية الموحدة بين الدائن المضرور والمدين المقصر، فرابطة السببية إذن تعتمد على وحدة الرابطتين المتمايزتين[١].

ثم بيَّن سيادته درجة ومدى التطابق بين الالتزامين المتمايزين الناشئين عن عقدين، والتى يمكن الاستناد إليهما فى استنتاج رابطة السببية بين ضرر الدائن فى عقد وخطأ المضرور فى عقد آخر[٢].

ولم يتوقف سيادته، عند الحد الذى يبرز فيه قدرة معيار وحدة موضوع الالتزام (الرابطة الموضوعية)، على بيان رابطة السببية بين الخطأ العقدى للمدين فى عقد وضرر الدائن فى عقد آخر، من العقود المكونة لأسرة عقدية واحدة، وهو ما يسمى بالعناصر الموضوعية للالتزام. بل إنه أوضح دور هذه الرابطة فى إبراز العناصر الشخصية للالتزام. فتساءل سيادته عن العناصر الشخصية للالتزام داخل إطار الأسرة العقدية؟. وسبب التساؤل هو أن الدائن فى أحد الالتزامين يعتبر من الغير بالنظر إلى المدين فى العقد الآخر، وهذا يعنى تباين الأطراف على الأقل بصورة جزئية.

لذا فقد طرح سيادته السؤال الآتى: هل اختلاف الأطراف يعتبر تامًّا؟ بعبارة أخرى هل الدائن بالتزام واقع على كاهل المدين المقصر، وهو شخص قانونى متمايز عن المدين بالتزام، هل كلتا الصفتين تجتمعان فى ذات الشخص، أم تتوزعان بين شخصين متمايزين؟ وهل الالتزامان مرتبطان بوحدة الأطراف الجزئية؟[٣].

---

[١] انظر فى ذلك : Ibid, p.103, ets

[٢] انظر فى ذلك : Ibid, n° 114, ets, p.104 ets

[٣] انظر فى ذلك : Ibid, no. 120, p.108

وقال سيادته مجيباً على هذا التساؤل، بأنه فى الواقع، أن الالتزامين ــ المرتبطين بوحدة الموضوع ــ يرتكزان على ذات المال، لذا فإن صاحب الحق على الشيء موضوع الالتزام يستطيع إبرام العقود المتعلقة بهذا الشيء، وكذلك كل شخص ــ صاحب حق على هذا الشيء ــ يملك هذه الصلاحية. وهذا يعنى أن كافة العقود المتعلقة بذات الشيء يمكن أن تشكل أسرة عقدية غير قابلة للانفصام. وانطلاقا من كل من المتعاقدين، نستطيع الوصول إلى وحدة المتعاقد الشريك، وذلك بالتصاعد فى سلسلة العقود من عقد إلى عقد[١].

وبناء عليه، حينما يرتكز الالتزامان المتطابقان على ذات موضوع الالتزام، فإن الدائن المتعاقد مع المدين بالالتزام الأول، والمدين المتعاقد مع الدائن فى الالتزام الثانى، يمكن اعتبارهما شخصا واحدا، أو شخصين متمايزين، ولكن مرتبطين بصورة عقدية، أى شخصين غير مرتبطين بصورة عقدية مباشرة ولكنهما ينتميان لمجموعة العقود. وأن وحدة موضوع الالتزام تعطى بالضرورة لمجموعة العقود هيكل مستطيل، خاصة مع توافر الوحدة الجزئية للأطراف[٢].

ويرى سياديه، من جهة أخرى، أن من نتائج ضرورة أن تتخذ مجموعة العقود المكونة لأسرة عقدية، شكل مستطيل، أن المتعاقد المشترك فى عقدين يكونان أسرة عقدية، يجب أن يشغل مركزين متمايزين[٣]: دائن بالالتزام فى أحد العقود، ومدين بالتزام مطابق فى العقد الآخر، وهكذا تتكون مجموعة العقود من عقد أساسى وعقد من الباطن[٤].

---

(١) راجع فى ذلك : Ibid, p.108

(٢) انظر فى ذلك : Ibid, p.108

(٣) وذلك كما هو الحال بالنسبة للمقاولة من الباطن، فالمقاول الأصلى وهو المتعاقد المشترك، يشغل مركزين متمايزين : مدين بالإلتزام فى عقد المقاولة الأصلى، ودائن بنفس الإلتزام فى عقد المقاولة من الباطن. أما فى الحالة التى تأخذ فيها مجموعة العقود شكل دائرى، فإن المتعاقد المشترك فيها يشغل مركز قانونى واحد، وذلك مثل رب العمل الذى يتعاقد مع مقاول أصلى (أ) لإقامة البناء، ويتعاقد مع مقاول أصلى (ب) للقيام بأعمال الإنارة والسباكة فى نفس المبنى، فرب العمل فى هذا المثال هو المتعاقد المشترك. ويشغل مركز واحد، وهو الدائن بالالتزام يعمل فى العقد الأول وأيضاً فى العقد الثانى، وهذه الحالة لا يمكن أن تمثل أسرة عقدية.

(٤) راجع فى ذلك: Ibid, n° 121, p.108

وأخيراً يرى سيادته، أن مقتضى الهيكل المستطيل الضرورى لوجود مجموعة العقود المكونة لأسرة عقدية، ينبع من الدور الذى تقوم به هذه الأسر فى القانون الوضعى، ذلك أن الأسر العقدية تتيح تحديد هوية الغير ضحايا الأضرار العقدية الناشئة عن عدم التنفيذ العقدى من جانب المدين المقصر حتى يمكن منحهم ضد هذا الأخير دعوى التعويض، فالغير داخل إطار الأسرة العقدية له وضع خاص، فهو والمدين المقصر لا يشغلان إذن ذات الوضع بالنسبة إلى الالتزام المطابق، فالغير دائن بالالتزام الناتج عن عقده الخاص، ويطابق الالتزام الذى يخضع له المدين المقصر[١].

ومن جماع ما تقدم، يتضح ما انتهى إليه M-Bacnche-Gibeile من معايير ضابطة لمجموعات[٢] العقود التى تكون أسرة عقدية واحدة، فقد خلص سيادته إلى أن الغير ضحايا الأضرار العقدية، يرتبطون بمجموعة العقود المرتكزة على ذات المال، والتى تنشئ على الأقل التزامين متطابقين من حيث موضعهما، ويشكلان هيكلاً مستطيلاً، بحيث إن المتعاقد المشترك لا يشغل ذات الوضع فى العقدين، بالنظر إلى الالتزام المتطابق (الموحد).

وهذا يعنى أن مجموعة العقود التى تكون أسرة عقدية واحدة، يجب أن تتوافر فيها المعايير الآتية: يجب أن تكون متسلسلة (تأخذ هيكل مستطيل)، أى ينحدر العقد الثانى من العقد الأول والعقد الثالث من الثانى وهكذا[٣]. ويجب من ناحية أخرى أن ترتكز هذه المجموعات على ذات المال وتنطوى على التزامين متطابقين فى طبيعتهما.

---

[١] راجع فى ذلك : Ibid, p.108, ets

[٢] راجع فى ذلك : Ibid, n°123, p.111

ويظهر ذلك واضحاً من قول سيادته:

" Les tiers victims de dommages contractuels font partie d'un groupe de contrats portent sur le meme bien, donnant naissance au moins a deux obligations en nature identiques quant a leur object, et formant une structure lineaire de sorte que le cocontractant commun n'occupe pas la meme position dans les deux contrats vis-à-vis de l'obligation identique. Le groupe de conrats est une chaine lineaire de contrats portent sur le meme bien et ayant en commun au moins deux obligations en nature identiques".

[٣] وتخرج بالتالى مجموعات العقود ذات البناء الدائرى، من مجموعات العقود التى تكون أسر عقدية.

ولأهمية هذه المحاولة، ونظراً لأنها تفند أهم نقد وجه إلى الأسرة العقدية، ذلك النقد الخاص بصعوبة تحديد معيار لمجموعات العقود المكونة لها؛ لذا فإننا سوف نزيد المعايير التى انتهى إليها M. Bacach-Gibeile وضوحاً، وذلك بما سوف نورده من تطبيقات عملية لها على مجموعات العقود التى أفرزها الواقع العملى، وذلك على النحو التالى:

تطبيق هذا المعيار على مجموعات العقود المتجانسة[١]:

هذه المجموعات، والتى تتكون من عقدين ــ أو أكثر ــ وتأخذ شكلاً مستطيلاً، ويجمعهما طبيعة واحدة، فضلاً عن وحدة الشىء محل الالتزام تشكل أسر عقدية بصورة حتمية، فكلا عقديها يشتركان بالضرورة فى التزامهما المميز، والذى ينتظم بحسب الحاجة مع التزام آخر مقابل ومحايد.

وتطبيق هذا المعيار على هذه المجموعات يمكن بحثه بسهولة، ذلك أن وجود عقدين ــ على الأقل ــ يشتركان بالضرورة فى التزامهما المميز، من حيث الطبيعة، وموضوع الالتزام، يستنتج منه بيسر، أن الدائن بالتزام أساسى، وناشئ عن العقد الأول، قد يلحق به ضرر عقدى، ناتج عن تنفيذ الالتزام الرئيسى المطابق، والناشئ عن العقد الثانى.

أى أن خطأ المدين وإخلاله بأحد الالتزامات الأساسية، يمكن أن يسبب ضرر عقدى للغير الدائن بالتزام مطابق، فضلاً عن ذلك، فإن العقدين الذين يشكلان أسرة عقدية متجانسة، قد ينطويان على التزامات إضافية ترتبط بطبيعتها بالالتزام الرئيسى، وقد يترتب على عدم تنفيذ هذه الالتزامات الإضافية (الثانوية) ضرر عقدى بصورة جزئية، بالغير الدائن بالتزام ثانوى مطابق[٢].

وصنف سيادته الالتزامات الأساسية فى المجموعات المتجانسة إلى نوعين، بحسب ما إذا كان الالتزام الأساسى هو التزام بإعطاء أو التزام بعمل، وضرب أمثلة توضيحية لكل من نوعى الالتزام، وسنعرض لمثال لكل منهما.

---

[١] راجع فى عرض ذلك بالتفصيل:

M-Bacache-Gibeili, Op. Cit. n° 139, ets, p.123 ets.

[٢] راجع فى ذلك : Ibid, n° 139.

النوع الأول[١]:

ويخص مجموعات العقود المتجانسة، التى يكون الالتزام الرئيسى فيها التزام بإعطاء، ومثال ذلك عقود البيع المتتابعة على مال واحد، وأسماها سلسلة العقود المتنقلة ،وبين سيادته ، كيف أن الغير (عضو المجموعة) قد يتعرض لضرر عقدى ناشئ عن إخلال المدين بالتزام عقدى.

وقال سيادته شارحاً لذلك، أن البائع الأساسى يخضع لعدد معين من الالتزامات العقدية، أهمها تسليم شيء مطابق للعقد، وصالح للاستخدام للغرض المخصص له. والأضرار التى تمس الشيء تعد أضراراً عقدية بصورة ضيقة، وأن المشترى الأول المتعاقد مع البائع، هو الذى تلحق به الأضرار نتيجة الأضرار التى تلحق الشيء، وهو الوحيد القادر على مباشرة دعوى عقدية مباشرة ضد البائع لمطالبته بتعويض هذه الأضرار.

وإذا كان هذا واضحاً، فإن التساؤل يثور عن كيفية تفسير أن الغير من هذا العقد (عضو المجموعة)، وهو المشترى من الباطن يمكن أن تلحق به ذات الأضرار؟ كيف يمكن تفسير أنه يتعرض للأضرار نتيجة الأضرار التى لحقت بالشيء، أو نتيجة أن الشيء لم يكن مطابق للاستخدام؟ وفسر ذلك سيادته ــ مجيبا عن التساؤل ــ على النحو التالى: فمن ناحية، أن المشترى من الباطن (المشترى من المشترى الأول) يستفيد من الالتزامات العقدية الناشئة عن عقده الخاص، وهذه الالتزامات تطابق الالتزامات التى يستفيد منها المتعاقد مع البائع الأساسى.

ومن ناحية أخرى، أن الالتزامات الناشئة عن عقدين متتابعين بالبيع، والتى ترتكز على ذات الشيء أو على ذات المال محل التزام البائعين، والمنطويان على ذات موضوع الالتزام، الذى يكمن فى تسليم الشيء وفقاً للعقد ووفقاً للاستخدام. هذا التطابق فى موضوع الالتزام، والقبول المزدوج له (قبول البائعين الأول والثانى)، تضمن رابطة السببية الضرورية بين خطأ البائع الأساسى، والضرر الذى يلحق المشترى من الباطن[٢].

---

[١] راجع فى عرض هذا النوع وأمثلته: Ibid, n° 140, p.124

[٢] راجع فى ذلك : Ibid, n° 140.

وبالتالى فحينما يسلم البائع الأساسى شيء غير مطابق للاستعمال، فإن المشترى من الباطن هو الذى يلحق به هذا الضرر؛ لأنه يستفيد بحكم عقد البيع (الثانى) من الالتزام باستلام هذا الشيء ذاته مطابقاً للعقد ووفقاً للاستعمال المخصص له.

النوع الثانى[١]:

ويخص مجموعة العقود المتجانسة التى يكون الالتزام الرئيسى فيها هو التزام بعمل. ويظهر هذا النوع من مجموعات العقود من خلال تتابع العقد الأصلى والعقد من الباطن (التعاقد من الباطن). فهذا النوع من مجموعات العقود يمثل سلسلة عقدية (قناة مستطيلة) لعقود من ذات الطبيعة، وترتكز على ذات الشيء محل الالتزام، حيث إن الالتزام الرئيسى فيها التزام بالقيام بعمل.

ومن الأمثلة النموذجية لهذا النوع[٢]، تتابع عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن. فحينما يسئ المقاول من الباطن تنفيذ العمل الذى عهد به إليه المقاول الأصلى، فإن رب العمل، وهو من الغير ــ وعضو المجموعة ــ بالنسبة للعقد الغير منفذ (المقاولة من الباطن) هو الذى يلحق به ضرر عقدى بشكل ضيق. ذلك أنه من ناحية، أن رب العمل يستفيد وفقاً لعقده الخاص من التزام مطابق للالتزام غير المنفذ حيال المقاول الأصلى. ومن ناحية أخرى، أن الالتزامات الناشئة عن عقدى المقاولة، ترتكز على ذات الشيء محل الالتزام، وتنطوى على ذات الموضوع، الذى يكمن فى الإصلاح أو البناء إلى آخر... وهذه الوحدة تضمن رابطة السببية بين خطأ المتعاقد من الباطن وضرر رب العمل، كما أنها تفسر لنا أن رب العمل يمكن أن يلحق به ضرر ناتج عن إخلال المقاول من الباطن بالتزامه العقدى.

وينتهى سيادته وبحق، إلى أن انتماء سلسلة العقود المتجانسة إلى الأسرة العقدية يعد مؤكداً ومأموناً، وذلك لتوافر المعيار المحدد لهذه الأخيرة فيها[٣].

---

[١] راجع فى عرض ذلك بالتفصيل: Ibid, n° 141, p.124 ets.

[٢] راجع أمثلة أخرى: Ibid, 125 ets, n° 142 ets.

[٣] راجع فى ذلك: Ibid, n° 144, p.125.

تطبيق المعيار على مجموعات العقود غير المتجانسة[١]:

فى مثل هذه المجموعات تختلف العقود المكونة لها من حيث الطبيعة، ولا تعد جميع مجموعات العقود الغير المتجانسة أسر عقدية، ذلك لعدم توافر معيار هذه الأخيرة فى بعضها؛ ولذا فقد حدد سيادته الفروض التى تعد أسر عقدية، لتوافر معيار هذه الأخيرة فى عقودها، وسوف نوجز هذه الفروض فيما يلى:

- **الفرض الأول:**

فى الحالة التى يقرر فيها القانون، الأخذ بتكييف مختلف لكل عقد من العقود لذات الالتزام الرئيسى[٢].

ومثال ذلك مجموعة العقود المكونة من تعاقب عقد البيع وعقد الهبة، فالعقدين ينصبان على ذات المال، ويتضمنان التزام أساسى واحد، ولكن لكل منهما طبيعة مختلفة، فهذه المجموعة تكون أسرة عقدية مع ما يترتب على ذلك من آثار، ذلك أن الدائن بالالتزام فى عقد الهبة، سوف يلحق به ضرر ناشئ عن إخلال المدين فى العقد الأول (البائع) بالتزامه الخاص بتسليم الشىء مطابق للعقد وصالح للاستخدام فيما أعد له؛ لأنه يستفيد وفقاً لعقده الخاص (عقد الهبة) بالتزام مطابق للالتزام الذى تم الإخلال به[٣].

- **الفرض الثانى:**

وهو فرض نادر، يحدث حينما يستلزم تكييف عقد مراعاة العناصر الخارجية لموضوع الالتزام الرئيسى، وعلاقات الأطراف بعضهم ببعض[٤]. وهذا ما نراه فى عقد العمل بالمقارنة بعقد المقاولة. ففى العقد الأول، فإن العامل يؤدى عمله تحت سلطة وإشراف رب العمل، أما المقاول فينفذ عمله لصالح رب العمل بشكل مستقل. ذلك أن معيار تمييز عقد العمل عن عقد المقاولة، ليس هو طبيعة الخدمة أو الالتزام الموعود به، ولكن رابطة التبعية القانونية[٥]. ومجموعة العقود

---

[١] راجع فى تفصيل ذلك: Ibid, n° 125 ets, n° 145 ets

[٢] راجع فى ذلك : Neret, Op. Cit., n° 133.

[٣] راجع: M. Bacache-Gibeili, Op. Cit. n° 145, p.126.

[٤] راجع Ibid-p.126

[٥] راجع فى هذا البحث ص ١٤٢ وما بعدها حيث عرضنا للتمييز بين عقدى العمل والمقاولة من الباطن، وراجع أيضاً ما أشرنا إليه من مراجع فى الصفحات المشار إليها.

المكونة من تتابع عقد مقاولة وعقد عمل، تشكل أسرة عقدية، تنطوى على وحدة الالتزامات الرئيسية، بالرغم من اختلاف طبيعة كل من العقدين. وهذه الوحدة تفسر لنا السبب فى أن عدم تنفيذ العمل، أو تنفيذه تنفيذاً رديئاً من جانب العامل، المكلف بأدائه من قبل المقاول، يمكن أن يلحق ضرر عقدى برب العمل.

وتجدر الإشارة إلى أن Bacach-Gibeili يرى – وبحق – أن الفرضين الأول والثانى يمثلان أسر عقدية غير متجانسة بصورة عرضية، الأمر الذى يؤدى إلحاق ضرر بالدائن بالالتزامات فى العقد الأول، نتيجة عدم تنفيذ المدين فى العقد الثانى لالتزاماته[١].

- **الفرض الثالث[٢]:**

ويكون عندما يتطابق الالتزام الرئيسى لعقد باعتباره عنصر من عناصر تكييف الالتزام الثانوى فى عقد آخر، يعد عنصر تكييفه الشامل الملموس. أى أن هياكل توصيف عقد، يتوافق بصورة جزئية مع التوصيف الرئيسى لعقد آخر ويحدث ذلك حينما يشغل التزام أساسى لعقد، مرتبة الالتزام الثانوى فى عقد آخر، وفى هذه الحالة يعتبر العقد الآخر عقد مختلط.

وبالتالى تعد أسرة عقدية، مجموعة العقود التى تتكون من عقد مختلط، وعقد بسيط يستقى من العقد المختلط التزامه الثانوى، بحيث يكون هذا الالتزام هو الالتزام الرئيسى فى العقد البسيط.

- **الفرض الرابع:**

ويحدث فى حالة تطابق الالتزام الثانوى لعقد مع التزام آخر ثانوى فى العقد الثانى[٣]. فبالرغم من اختلاف طبيعة ــ تكييف ــ كل من العقدين، إلا أن الهياكل الشاملة يمكن أن تتوافق بصورة جزئية، ففى هذه الحالة، نجد أن الالتزام

---

[١] راجع فى ذلك :

M-Bacache-Gibeili, Op. Cit., n° 125.

حيث يقول سيادته:

"Ces groupes peuvent recevoir L'appellation de "chaines heterogenes par accident" Ibid, n°147, p.129.

[٢] راجع:

[٣] راجع فى عرض ذلك بالتفصيل:

M-Bacache Gileili, Op.Cit., n° 147, p.129.

المطابق هو التزام ثانوى بصورة موضوعية، ويشغل مرتبة ثانوية، وهو ما يتحقق فى الالتزام بضمان[١].

ويلاحظ أن Bacache-Gibeili قد فسر الأسر العقدية ذات العقود الغير متجانسة إلى نوعين[٢]، بحسب ما إذا كانت الالتزامات المتطابقة تشغل من عدمه ذات الدرجة لدى العقود المكونة للأسرة.

- **النوع الأول:** أسر عقدية متكافئة، عندما يكون الالتزامات المتطابقة تشغل درجة الالتزام الرئيسى فى العقود المكونة للأسرة.
- **أما النوع الثانى:** أسر عقدية غير متكافئة، وذلك عندما يكون الالتزامات المتطابقة، تشغل درجة الالتزام الأساسى فى عقد، ودرجة الالتزام الثانوى فى عقد آخر.

ويتضح مما سبق، أن سيادته قد قصر مجموعات العقود غير المتجانسة، والتى يمكن أن تكون أسر عقدية، على تلك التى تدخل ضمن الفروض الأربعة السابقة، ذلك أن هذه الفروض هى التى يمكن أن ينطبق عليها معايير العقود المكونة لأسرة عقدية.

المطلب الخامس
تقدير فكرة الأسرة العقدية وأثرها على طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن

بعد أن تناولنا فكرة الأسرة العقدية، وعرضنا لحجج وأسانيد مؤيديها من الفقة والقضاء، وكذا الإنتقادات الأساسية والمهمة ــ من وجهة نظرنا ــ التى وجهت إليها، ورد أنصارالأسرة العقدية عليها . لاحظنا أن تردد بعض الفقه والقضاء فى قبول فكرة الأسرة العقدية ، يرجع إلى سببين هما :

---

[١] راجع فى ذلك :
B-Gross, La nation d'obligation de garntie dans le droit des contrats LGDJ 1964.
مشار إليه فى المرجع السابق هامش ٦٥ نفس الصفحة

[٢] راجع فى ذلك : M-Bacache Gibeili, Op.Cit., p.129.

الأول : هوالإعتقاد بعدم وضوح بعض جوانب فكرة الأسرة العقدية [١].

ونود أن ننوه إلى أن هذا السبب لايعد ــ من وجهة نظرنا ــ نقداً لفكرة الأسرة العقدية، لذا فإننا لم نتناوله عندما تناولنا الإنتقادات الأساسية لهذه الفكرة، ولكننا نرى الأمر لا يحتاج أكثر من إيضاح لبعض جوانب الأسرة العقدية التى يعتقد البعض ــ من الفقة والقضاء ــ أنها غامضة.

لذا فإننا سوف نحاول إلقاء الضوء ــ بإيجاز ــ على هذه الأمور ونحيل فى تفصيلها للمراجع ــ والدراسات ــ المتخصصة .

الثانى: هو حكم الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٢ يوليو ١٩٩١[٢]، خاصة أنه صدر بشأن الأسر العقدية التى تتكون من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة ومقاولة من الباطن.

لذا فإننا سوف نحاول التعليق على هذا الحكم وتحليله للوقوف على دوافع صدوره وحقيقة نطاقه، وهل يشمل جميع الأسر العقدية التى تتكون من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة أم لا ؟.

لذا فإن سنقسم دراستنا فى هذا المطلب إلى فرعيين:

الفرع الأول: إيضاح بعض جوانب الأسرة العقدية.

الفرع الثانى: التعليق على حكم الدوائر الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩١ فى شأن المقاولة من الباطن.

---

(١) وكان ذلك بسبب نقص الدراسات ــ المتاحة ــ المتخصصة، التى تتناول بالشرح والتحليل هذه الجوانب ، خاصة فى الفترة التى سبقت حكم الجمعية العامة لمحكمة النقض الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩١، اما بعد هذا التاريخ فقد ظهرت العديد من الدراسات التى عنت بتوضيح معظم ــ بل بكافة ــ جوانب الأسرة العقدية، مما يمكن معه القول بزوال هذا السبب.

(٢) فقد لاحظنا أن معظم الفقة الذى يتردد فى قبول الأسرة العقدية، يشير إلى هذا الحكم ــ ويتوقف عنده ــ دون بحث نطاق دوافع صدوره. فنجد على سبيل المثال قول بعضهم أن " حكم ١٢ يوليو ١٩٩١ أوقف بشكل واضح وصريح تقدم القضاء الفرنسى، نحو إقرار مبدأ المسئولية العقدية داخل نطاق المجموعات العقدية، وهو بهذه المثابة قد أعاد لمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية الذلى تقرره المادة ١١٦٥ من القانون المدنى الفرنسى هيبته وقدسيته" راجع فى ذلك د ــ حسن البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢٣.

الفرع الأول
إيضاح بعض جوانب الأسرة العقدية

إن من أهم الجوانب التى تحتاج إيضاحاً ما يلى:

١ ــ أن بعض الفقه[١] يرى أن أحكام الأسرة العقدية، تجد أساسها فى فكرة الترابط بين التصرفات القانونية، التى تنشأ بقصد تحقيق هدف واحد أو تلك المتعاقبة على مال واحد. وهذا يعنى عند أنصار هذا الرأى، أن فكرة الأسرة العقدية، هى ذاتها أساس قبول دعوى الرجوع المباشر بين الأطراف المشاركين فى هذه الأسرة. وهذا الرأى ينطلق من أن تخويل المتضرر حق الرجوع على الطرف المسئول بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية، سوف يرتب نتائج ــ قد بيَّناها ــ خطيرة. ونتيجة لذلك فإن الحياة العملية قد حتمت وجود فكرة الأسرة العقدية.

وهذا الرأى قد ساهم بشكل كبير فى تردد كثير من الفقه فى قبول فكرة الأسرة العقدية، حيث خلق عند هذا الأخير، إعتقاد بأن فكرة الأسرة العقدية تجد أساساً جديداً، يضاف إلى الأسس المستقر عليها لقبول الدعوى العقدية المباشرة، بين طرفين لم يشتركا فى إبرام عقد واحد.

إلا أننا نرى مع بعض الفقه[٢]، أن هذا الرأى قد خلط بين المصدر والأساس، فلا شك فى أن دعوى المسئولية العقدية تجد مصدرها فى فكرة تعاقب أو ترابط مجموعة التصرفات القانونية. ولكن لا يمكن القول بأن الحياة العملية هى

---

[١] راجع فى ذلك من الفقه على سبيل المثال:

Neret, Op. Cit., N° 375; Teyssie, Th, Préce, N° 497; Jourdain-Art. Préc, P.565; obs, Sou, Civ. 1.8.3.1988. J.C.P. 88, 11, 21070.

ومن الفقه المصرى راجع على سبيل المثال د. حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢٧ حيث يقول سيادته "أن فكرة المجموعات العقدية لم تعد تصلح كأساس لقبول دعوى الرجوع المباشر بين المشاركين فى المجموعة العقدية".

[٢] راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٨. راجع أيضا:

M. Bacache-Gibeili: Op. Cit. 162 ets. n° 1.B.

التى حتمت وجودها، بل على العكس من ذلك تماماً حيث أن هـذه الفكـرة تجـد مصدرها فى مبدأ نسبية التصرفات القانونية. أما بالنسبة لأساس دعوى المسـئولية العقدية داخل إطار الأسرة العقدية، فمازال هناك خلاف حول تحديده[١].

٢ ــ أن كثير من منكرى فكرة الأسرة العقدية، يستندون فى ترددهم بشأن قبولهـا، على إعتقادهم، بأن دور الأسرة العقدية يتركز فى إخضاع كافة الروابط بين أطراف العقود المكونة لها للمسئولية العقدية، دون أن يأخـذ فـى الإعتبـار طبيعة الخطأ وأصل الضرر. ويعتقدون أيضاً أن دور الأسرة العقدية يكمـن فى مماثلة أطرافها ــ خاصة المتباعدين ــ بالطرفين اللذين اتجهت إرادتهما إلى إبرام أحد العقود المكونة للأسرة[٢].

إلا أن هذا الإعتقاد ليس صحيحاً، ذلك أن أنصار الأسرة العقدية قد أكدوا أنه لا يكفى من أجل تحريك دعوى المسئولية العقديـة المباشـرة إنتمـاء المتضـرر والمسئول لأسرة عقدية واحدة، وإخلال هذا الأخير بأحد الإلتزامات التى تقع علـى عاتقه ، بل يلزم بجانب ذلك إصابة الأول بأضرار مـن جـراء الإخـلال بأحـد الإلتزامات المنبثقة من هذه الأسرة، ويشترط الفقه والقضـاء ــ أنصـار الأسـرة العقدية ــ فى الضرر أن يكون نتيجة طبيعية مباشرة عن الإخلال بإلتزام تعاقـدى،

---

(١) فقد قيل أنها تقوم على أساس فكرة الإرادة الضمنية، كما قيل أنها تؤسس على فكرة الإشتراط لمصلحة الغير، وقيل كذلك أن أساسها فكرة إقامة التوازن بين الحقوق. راجع فـى عـرض أساس وتحليل الأسس التى قال بها الفقه والقضاء بشأن دعوى المسئولية العقدية. د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٩ وما بعدها.

(٢) راجع بالتفصيل فى توضيح وجهة نظر الفقه.

M. Bacache-Gibeili, Op. Cit. P.165 ets. n° 193 ets.

وقد ساعد على خلق هذا الاعتقاد، قول بعض الفقه من أنصار الأسرة العقدية، أن إنتماء الأشخاص كأطراف فى أسرة عقدية واحدة، يترتب عليه إمتناع لجوء أى منهم إلى المسئولية التقصيرية فى العلاقات الداخلية بينهم، وأن الدعاوى الناشئة بين أطراف الأسرة الواحدة لا تكون إلا من طبيعة عقدية. راجع فى ذلك:

Néret Op. Cit. N°. 311 ets; Teyssie. Op. Cit. N° 475, p.237 ets.

وأن يرتبط من الناحية الموضوعية بالإلتزام الدائن به المضرور. أما إذا كانت الأضرار المدعاه ليست نتيجة مباشرة للإخلال بإلتزام تعاقدى، فإنه لا يجوز للمضرور الرجوع على المسئول بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، حتى لو كان الضرر مرتبط بتنفيذ إلتزام منبثق عن علاقة تعاقدية. ذلك أن قواعد المسئولية العقدية، لا تتقرر للشخص على أساس كونه ــ طرفا بالمفهوم الشكلى ــ متعاقدا ، ولكن على أساس أنه مستفيداً ــ طرفا بالمفهوم الموضوعى ــ من العلاقة التعاقدية[1].

وعلى ذلك ففى المقاولة من الباطن، إذا كان المقاول من الباطن قد إعتدى أثناء قيامه بتنفيذ عملية البناء على رب العمل، أو كان قد سبب له مضايقات تتجاوز نطاق العادية، فلا يجوز لهذا الأخير الرجوع على الأول بالتعويض عن هذه الأضرار بمقتضى دعوى المسئولية العقدية المباشرة. لأن الأضرار المدعاه وإن كانت مرتبطة بتنفيذ إلتزام تعاقدى، إلا أنها لم تلحق به، بإعتباره طرفاً دائناً بمقتضى الأسرة العقدية، بل بإعتباره شخص من الغير، مما يحول دون مطالبته بالتعويض على أساس دعوى المسئولية العقدية المباشرة، ولا يكون أمامه سوى الرجوع بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية، أو نظرية اضطرابات الجوار متى توافرت شروط هذه أو تلك.

كذلك، إذا كانت هناك أضرار مرتبطة بعدم تنفيذ إلتزام تعاقدى، كما لو أن المقاول من الباطن ــ فى المثال السابق ــ قد أخل بتنفيذ إلتزامه التعاقدى، وقام فى

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك الشروط التى وضعها الفقه والقضاء أنصار الأسرة العقدية وقد عرضنا لها فى هذا البحث، ص ٣٧٨ وما بعدها، ص ٣٨٥ وما بعدها. وراجع ما أشرنا إليه من مراجع فى هامش الصفحات المشار إليها. وراجع بصفة خاصة: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٦ وما بعدها. ومن الفقه الفرنسى:

M. Bacache-Gibeili. Op. Cit p.165 ets n° 193 ets.

فبعد أن حدد سيادته المشكلة بقوله: "إن عثرة الفقه والقضاء تكمن فى إخضاع كافة الروابط المتبادلة بين أعضاء المجموعة العقدية للمسئولية العقدية. دون أن يأخذ فى الإعتبار طبيعة الخطأ وأصل الضرر" ثم بدأ بعد ذلك فى عرض وتحديد الروابط المتبادلة بين أعضاء الأسرة العقدية التى تخضع لقواعد المسئولية العقدية، وتلك التى تخضع لقواعد الأسرة التقصيرية.

نفس الوقت بالإعتداء على رب العمل الدائن الأصلى بالإلتزام الذى لم ينفذ، فإن هذا الأخير يحق له الرجوع على المقاول من الباطن لمطالبته بالتعويض، وذلك بمقتضى المسئولية العقدية والتقصيرية.

ونود أن نشير إلى أن رجوع رب العمل بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية والعقدية لمطالبة المقاول من الباطن بالتعويض، لا يعد إهداراً لمبدأ عدم جواز الجمع بين المسئوليتين[1]، ذلك أن الأضرار التى يطالب رب العمل بها، لم تنتج جميعها عن عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدى الذى يثقل كاهل المقاول من الباطن، بل أن بعضها نتج عن الإخلال بالواجب العام المفروض على الكافة، والذى يقضى بعدم الإضرار بالغير.

صفوة القول فى هذا الصدد أن دور الأسرة العقدية، لا يكمن فى إخضاع كافة الروابط المتبادلة بين أطراف العقود المكونة لها لقواعد المسئولية العقدية، ولا فى مماثلة أطرافها المتباعدة بالطرفين اللذين إتجهت إرادتهم إلى إنشاء العقد الذى لم ينفذ. ذلك أن ــ كما سبق أن أوضحنا ــ الروابط فيما بين الأطراف المتباعدة فى الأسرة العقدية، لا تخضع للمسئولية العقدية، إلا إذا كان الطرف المضرور لم يصب بأضرار إلا بسبب كونه دائناً بالإلتزام تعاقدى مرتبط ــ من الناحية الموضوعية ــ بالإلتزام التعاقدى الذى لم يقم المسئول بتنفيذه أو نفذه تنفيذاً معيباً. أى أن المضرور لا يمكنه تحريك دعوى المسئولية العقدية ضد أحد الأطراف ــ الذى لم يبرم معه عقد من الناحية الشكلية ــ المتباعدة، إلا إذا كان هذا الأخير قد أخل بإلتزام عقدى مطابق للإلتزام الدائن به المضرور، وأن خطأ المسئول العقدى الصرف هو الذى سبب ضرر لهذا الأخير. أما فى غير هذه الحالة فإنه يجب تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية أو الموضوعية متى توافرت شروط هذه أو تلك.

٣ ــ ومن أسباب تردد بعض الفقه والقضاء فى قبول فكرة الأسرة العقدية، هو القول بعدم وضوح بعض جوانبها، من ذلك مثلاً ، الأعتقاد بصعوبة إعمال الأحكام الخاصة ببند الإعفاء أو التخفيف من المسئولية، خاصة وأن الأسرة

---

[1] راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٩.

العقدية ــ كما سبق أن أوضحنا ــ تتكون من مجموعة تصرفات قانونية كل منها ينشأ مستقلاً عن الآخر، وقد يترتب على ذلك من جهة إنتفاء علم وقبول الطرف المتضرر، ببند الإعفاء والتخفيف من المسئولية الذى تضمنه التصرف القانونى، الذى شارك الطرف المسئول فى تكوينه . ومن جهة أخرى وجود بعض النصوص التشريعية الآمرة التى توفر حماية لبعض الأشخاص الذين يشغلون مركز قانونى معين، من ذلك الأحكام التى قررها المشرع الفرنسى لحماية المستهلك عام ١٩٧٨.

كذلك يرى هذا الفقه أن هناك صعوبة فى إعمال القيد المزدوج عند تحريك المسئولية العقدية[١]، وكذا عدم وضوح نطاق وموضوع الدعوى العقدية المباشرة بين أطرافها المتباعدة.

إلا أن ذلك قد أوضحته الدراسات المتخصصة التى قام بها أنصار الأسرة العقدية. ونظراً لكثرة تفصيلاتها التى توضح بجلاء هذه الأمور، ونظراً لأن هذا الموضع يضيق عن استعراضها. لذا فإننا نحيل إلى الدراسات المتخصصة فى هذا الشأن والتى تتعلق بكل منها[٢].

---

(١) راجع فى ذلك د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص١٦٦ومابعدها ــ راجع أيضاً ماأشار إليه سيادته من مراجع ودراسات فى هامش الصفحات المشار إليها.

(٢) راجع فى ذلك د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٥ ومابعدها، ص ٢٢٣ ومابعدها، راجع أيضاً ماأشار إليه سيادته من مراجع ودراسات فى هامش الصفحات المشار إليها.

M-Bacache Gibeili, Op.Cit., p.99.ets.

راجع أيضاً ماأشار إليه سيادته من مراجع ودراسات فى هامش الصفحات المشار إليها.

الفرع الثانى
التعليق على حكم الدوائر مجتمعة الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩١ فى شأن المقاولة من الباطن

تقسيم:

سوف نقسم هذا الفرع إلى غصنين، نتناول فى الغصن الأول نبذه عن الأحكام التى صدرت بشأن الأسر العقدية التى تتكون من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة فى الفتره ما قبل صدور هذا الحكم، أما الغصن الثانى فنخصصه لعرض هذا الحكم وتحليله والتعليق عليه.

الغصن الأول
الأسرة العقدية فى مجال المقاولة فى القضاء الفرنسى قبل صدور حكم ١٢ يوليو ١٩٩١

تبين ــ مما تقدم ــ لنا، من الأحكام التى صدرت على مدى أكثر من عشرة أعوام قبل صدور حكم الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٢ يوليو ١٩٩١ الأتى:

صدور حكم فى ١٩٨٦/٢/٧ [١] ، قررت فيه الجمعية العامة لمحكمة النقض إقرار الدعوى العقدية المباشرة، داخل إطار الأسرة العقدية المكونة من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة، وذلك إذا كانت هذه العقود ناقلة للملكية، أى يجوز لرب العمل أن يرجع على المقاول من الباطن، فى الحالة التى يتعهد فيها هذا الأخير بتقديم مادة الصنع والعمل (عقد الإستصناع).

أما بالنسبة للأسرة العقدية المكونة من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة، والتى يتعهد فيها المقاول من الباطن بتقديم عمله فقط فقد إختلفت بشأنها الدائرة المدنية الأولى، مع الدائرة المدنية الثالثة.

فقد قررت الدائرة المدنية الأولى فى حكمها الصادر فى ١٩٨٨/٣/٨، إقرار الدعوى العقدية المباشرة داخل إطار الأسر، سواء إلتزام المقاول من الباطن

---

[١] راجع فى ذلك ما عرضنا بشأن هذا الحكم فى هذا البحث ــ ص٣٧٨ ومابعدها.

بتقديم عمله ومادة الصنع، أو تقديم عمله فقط. وقد أكدت ذلك فى حكمها الصادر فى ١٩٨٨/٦/٢١[١].

أما الدائرة المدنية الثالثة، فقد قررت فى حكمها الصادر فى ١٩٨٧/١/٢١[٢]، أن رب العمل لايجوز له أن يرجع على المقاول من الباطن إلا إستناداً إلى قواعد المسئولية التقصيرية، وأصرت على هذا الموقف، حيث تواترت أحكامها على هذا النهج، وبررت ذلك بإنتفاء الرابطة العقدية بينهما ــ رب العمل والمقاول من الباطن ــ وضرورة إحترام مبدأ نسبية أثر العقود.

الغصن الثانى

تعليق الباحث على حكم الدوائر مجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩١

إزاء التعارض بين أحكام الدائرة المدنية الأولى، وأحكام الدائرة المدنية الثالثة، فقد تم عرض الأمر على الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية وذلك فى دعوى تتلخص وقائعها فيما يلى[٣]: عهد السيد Besse رب العمل إلى السيد/ Alhada بصفته مقاول مهمة بناء عقار سكنى، وقد تعاقد هذا الأخير بدوره من الباطن مع السيد/ Protois بشأن أعمال السباكة. ظهرت بعد ذلك أن هذه الأعمال معيبة، الأمر الذى دفع برب العمل إلى مباشرة دعوى المسئولية ضد المقاول من الباطن عقب مرور عشرة سنوات على تسليم هذه الأعمال.

قضت محكمة إستئناف نانسى بعدم قبول الدعوى، واستندت فى تسبيب حكمها على المبدأ الذى صاغته الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٨ مارس ١٩٨٨، حيث قررت أنه "فى الحالة التى يعهد فيها المدين

---

(١) راجع فى هذا البحث ــ ص٣٨٠ حيث عرضنا هذا الحكم بشئ من التفصيل.

(٢) راجع فى موقف الدائرة المدنية الثالثة ــ ما عرضنا فى هذا البحث ص٣٨٤ .

(٣) راجع فى عرض وقائع هذا الحكم:

H. Capitant. F. Terré. Y. Lequette: les grandes arrétts de la Juris prudence civil, 11 éd, Dalloz, 2000, p. 165 ets, et P. 171 ets.

وفى التعليق على هذا الحكم نفس الهامش السابق ص ١٧١ وما بعدها.

بإلتزام عقدى إلى شخص آخر بتنفيذ هذا الإلتزام، فإن الدائن لا يملك سوى الدعوى العقدية فى وجه هذا الأخير فى حدود حقوقه وحدود إلتزام المدين البديل". وإنتهت المحكمة فى النهاية إلى أن المقاول من الباطن يستطيع، شأنه فى ذلك شأن المقاول الأصلى، أن يدفع ــ يحتج ــ فى وجه رب العمل بسقوط الحق عقب مرور عشرة أعوام فيما يخص عقد الإنشاء (المادتان ١٧٩٢، و ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى). ثم جرى بعد ذلك الطعن بالنقض فى هذا الحكم.

ونقضت الدوائر المجتمعة هذا الحكم لمخالفته المادة ١١٦٥ من القانون المدنى الفرنسى، وقد جاء بالحكم "إن المقاول من الباطن لا يرتبط بصورة عقدية برب العمل" ذلك أن "لا ترتب الإتفاقات أثرها إلا بين الأطراف المتعاقدين" وصدر هذا الحكم فى ٧ يوليو ١٩٩١.

وهذا الحكم لم يقرر صراحة العودة إلى قواعد المسئولية التقصيرية بين الأطراف المتباعدة داخل إطار الأسرة العقدية، ولكنه رفض بعبارات عامة مطلقة أن يعترف لرب العمل بالرجوع بالمسئولية العقدية على المقاول من الباطن.

وهذا القضاء على هذا النحو، قد تجنب الحل الذى إنتهجته الدائرة المدنية الأولى. وأقر الحل التقليدى الذى ناصرته وأكدت عليه الدائرة المدنية الثالثة.

ولكن نظراً لأن عبارات هذا الحكم جاءت عامة مطلقة، فإنه يجب علينا أن نقف على حقيقة نطاق هذا الحكم، هل يشمل جميع الأسر العقدية المكونة من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة أم بعضها فقط؟.

والإجابة عن هذا السؤال، تقتضى الإجابة عن تساؤل آخر مقتضاه هل هذا الحكم يعارض بشكل منفرد قضاء الدائرة المدنية الأولى الصادر فى ٢١ يونية ١٩٨٨[١] ؟ أم أنه يعارض بالإضافة إلى ذلك قضاء الدوائر مجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٩٨٦/٢/٧، والذى يقر بأن دعوى المشترى الثانى ضد البائع الأول دعوى عقدية، وأقر لرب العمل الحق فى تحريك الدعوى العقدية

---

[١] راجع فى عرض هذا الحكم بالتفصيل هذا البحث ص ٣٨٤ وما بعدها، ويراجع ما أشرنا إليه من تعليقات للفقه هامش ١، ٢، ٣ ص٣٨٣، هامش ٥ ص ٣٨٥، وهامش ص ٣٨٦، ص ٣٨٧.

المباشرة القائمة على أساس عدم مطابقة الشئ ــ محل البيع ــ لما ورد فى عقد البيع. ذلك تأسيساً على نظرية المستلزمات؟

وفى هذا الصدد نرى مع غالبية الفقه[١]، أن هذا الحكم يعارض بشكل منفرد الحكم الصادر عن الدائرة المدنية الأولى بتاريخ ٢١ يونيه ١٩٨٨. وأكد ذلك ما أوضحه المستشار/ Lieclercq ، [٢] السيد/ Mourier المحامى العام، حيث أكدا أنهما لا يرغبان فى معارضة القضاء المستقر على أساس الحكم الصادر فى ٧ فبراير ١٩٨٦. فضلاً عن ذلك فإننا لا نجد تعارض بين قضاء الدوائر مجتمعة لمحكمة النقض الصادر فى ١٩٨٦/٢/٧، وبين قضائها الصادر فى ١٩٩١/٧/١٢. ذلك أن الدعوى المباشرة تنتقل مع الشئ الذى تضمنه، وذلك بالنظر إلى صفة وتطابق مشارطات العقد بإعتبارها تابعة له ومن مستلزماته، وبالتالى فإن الدعوى المباشرة للخلف الخاص لا تتعارض مع أحكام المادة ١١٦٥ مدنى فرنسى. وهذا ما أكدته الأحكام الصادرة من الدوائر المختلفة بمحكمة النقض الفرنسية، حيث أكدت جميعها على الطبيعة العقدية للدعوى التى يباشرها المقاول من الباطن ــ أو المشترى من الباطن ــ ضد أى شخص فى سلسلة العقود الناقلة للملكية[٣] داخل إطار الأسرة العقدية.

---

[١] راجع فى عرض هذا الحكم فى هذا البحث ص ٣٦٦ وما بعدها، وراجع ما أشرنا إليه من مراجع هامش ١، ٢، ٣ ص ٣٦٦، هامش ١، ٢، ٣ ص ٣٦٧.

[٢] راجع فى ذلك من الفقه على سبيل المثال:

H. Capitant. F. Terré. Y. Lequette-Op. Cit. P.171; RJDA 1991, 583 ets, SP, P.590; Viney, Note JCP 1991. II.21743; H. Roland et L. Boyer Op. Cit. 155.

وفى هذا المعنى راجع من الفقه العربى على سبيل المثال: د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المركز القانونى للمتدخلين فى تنفيذ عقود المقاولات ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٦٦ وما بعدها ــ د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢٤ وما بعدها.

مشار إليهما لدى مرجع:

H. Capitant. F. Terré. Y. L. Lequette Op. Cit. P.171.

[٣] نذكر من هذه الأحكام:

Civ. 1re 28 Oct. 1991 et Civ. 3e 30 Oct. 1991, Contrats, Cons. Consom. 1992, n° 25, Obs. Leveneur; Com 10 Dec. 1991, Contrats, Conc. Consom 1992, n° 47, Obs. Leveneur; Civ. 3e 26 mai 1992, IV. 2156, JCP 1993 I. 3625, n° 14, Obs. Viney.

يمكننا الآن تحديد نطاق الحكم الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩١، بالنسبة للأسر العقدية التى تتكون من سلسلة عقود مقاولة، حيث يمكن القول بأن هذا القضاء ــ وما تلاه من أحكام ــ قد فرق بين طائفتين منها:

الطائفة الأولى: الأسر العقدية التى تتكون من تتابع عقد مقاولة أصلى وعقد ــ أو عقود ــ مقاولة من الباطن التى تتعلق بإكتساب الملكية، ويحدث ذلك عندما يتعهد المقاول من الباطن بأداء العمل، فضلاً عن تقديمه المواد التى يستعان بها فى أداء هذا الأخير. ففى هذه الحالة، يكون لكل من رب العمل والمقاول من الباطن رجوع أيهما على الآخر بمقتضى قواعد المسئولية العقدية. ويرى غالبية الفقه فى نظرية الملحقات أو المستلزمات أساساً معقولاً لقبول هذه الدعوى[1].

الطائفة الثانية: الأسر العقدية التى تتكون من تتابع عقود مقاولة، التى لا تتعلق بإكتساب الملكية، أى عندما يتعهد المقاول من الباطن بتقديم عمله فقط. ففى هذه الحالة يعد رب العمل والمقاول من الباطن من الأغيار كل منهما بالنسبة للآخر، ولا يجوز رجوع أيهما على الآخر بمقتضى قواعد المسئولية العقدية.

وببحث الأسباب التى دعت الدوائر مجتمعة لمحكمة النقض، إلى معارضة الحكم الصادر من الدائرة الأولى لهذه المحكمة فى ١٩٨٨/٦/٢١ وجدنا أنها تتلخص فيما يلى:

أن قضاة الدائرة الأولى قد أفرطوا ــ بلا شك ــ فى نظام الدعوى العقدية المباشرة. ذلك أنهم قرروا أن المسئولية تكون عقدية، ليس فقط فى إطار الأسرة العقدية التى تتكون من سلاسل العقود الناقلة للملكية، أو العقود من الباطن، ولكن

---

(١) ويرى بعض الفقه أن أساس الرجوع هو فى نظرية التنازل الضمنى عن الحقوق، والبعض الآخر يرى أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير هى أساس الرجوع، أما الغالبية تؤيد نظرية كأساس للرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن. برغم النقد الذى وجه إلى هذه النظرية والذى سوف نعرض له فيما يلى حول أساس الرجوع بهذه فى الفقه الفرنسى. راجع على سبيل المثال:

Aubry et Rau, Cours de droit civil, Francais, T.2, 7 ed, Par P. Esmin, n° 69, J. Ghestinet B. Deché des contrats, La vente, L.G.D.J., n°. 1027 ets.

وراجع فى تفعيل أسس الرجوع وتفنيدها من الفقه العربى، د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٩ وما بعدها.

بصفة عامة، جميع مجموعات العقود، دون تحديد للصلة التى تربطهم، مما يعنى "أن الدائرة المدنية الأولى قد خطت طريقاً ينطوى على شئ من المغامرة"[١].

بالإضافة إلى ذلك، عدم وضوح بعض جوانب الأسرة العقدية[٢]، خاصة تلك التى تتعلق بنطاق ونظام الدعوى العقدية المباشرة، التى يباشرها الأطراف المتباعدة داخل إطار الأسرة العقدية الواحدة، والصعوبة العملية فى إعمال نظام الحد المزدوج، وعدم الوقوف على حقيقة المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى التصرف القانونى، وكذا عدم وضوح المفهوم الفنى والقانونى لمبدأ نسبية أثر العقود.

ونرى مع بعض الفقه[٣]، أن الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية، قد تأثرت ــ آنذاك ــ بالأسباب السابقة، وما وجهه الفقه من إنتقادات لنظام الأسرة العقدية، فضلاً عن أنها إصطدمت بصعوبة البناء القضائى لهذا الأخير، الأمر الذى جعلها تفضل الأخذ بحل عملى بسيط، فأصدرت حكمها فى ١٢ يوليو ١٩٩١.

وإذا كانت الدائرة الأولى لمحكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٨٨/٦/٢١، قد أفرطت فى نظام الدعوى العقدية المباشرة ــ على النحو الذى بيناه ــ داخل إطار الأسرة العقدية، فلنا أن نتساءل ألم تفرط الجمعية العامة لمحكمة النقض فى الحيطة عندما أصدرت حكمها فى ١٢ يوليو ١٩٩١؟.

ويرى الباحث، أن الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية، بهذا الحكم قد أفرطت فى الحيطة[٤]، ويدفعنا إلى تبنى هذا الرأى أسباب عديدة أهمها:

---

(١) راجع فى ذلك:

H. Capitant, F. Terré. Y. Lequette Op. Cit. p.172.

راجع عرضنا لما وجه إلى المعيار الذى وضعته الدائرة المدنية الأولى فى حكمها الصادر فى ١٩٨٨/٦/٢١ والخاص بالصلة التى تربط العقود المكونة لأسرة عقدية واحدة. راجع هذا البحث ص ٤٠٠ وما بعدها.

(٢) وقد حاولنا بإيجاز توضيح هذه الجوانب. راجع هذا البحث ص ٤٤٢ .

(٣) راجع فى هذا الفقه وعلى سبيل المثال:

H. Capitant. F. Terre Y. Lequette Op. Cit. P. 172.

راجع فى هذا المعنى ايضاً جاك جستان، كريستوف جامان ومارك بيو ــ المرجع السابق ــ بند ٧٣٣ ص ٩٠٧.

(٤) راجع فى هذا المعنى، من الفقه على سبيل المثال:

أولاً: أننا لا يمكن أن نغفل الأسباب التى دعت الدائرة المدنية الأولى، إلى إقرار الدعوى العقدية المباشرة بين أطراف الأسرة العقدية، التى تتكون من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة، سواء كان الأداء المكلف به المقاول من الباطن هو تقديم عمله فقط، أو تعهد بتقديم المواد فضلاً عن تقديمه العمل. وهذه الأسباب تتركز فى النتائج الخطيرة التى تترتب على رجوع رب العمل والمقاول من الباطن أيهما على الأخر بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية[١]، أو الدعوى غير المباشرة[٢]، أوالدعوى المباشرة التى قررها المشرع للمقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل[٣]. فضلاً عن قوة الروابط الموضوعية بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، وإشتراكهما فى محل واحد ولهما ذات الطبيعة[٤]، وأثر هذه الروابط على الحقوق والإلتزامات المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

ثانياً: أن الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية ــ بحكمها المشار إليه ــ قد إقتصرت على إعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار، دون أن تعالج المشاكل التى تترتب على ذلك، خاصة تلك النتائج ــ التى أشرنا إليها[٥] ــ الخطيرة التى تترتب على الرجوع المتبادل بين المضرور والمسئول منهما.

ثالثاً: تخلى هذا القضاء عن قاعدة إستقلال الأخطاء العقدية عن الأخطاء التقصيرية، صحيح أن الخطأ العقدى ــ كما بيَّنا ــ قد ينتج عنه خطأ تقصيرى، ولكن هذا ليس بلازم، فقد يحدث إخلال بإلتزام عقدى دون أن ينتج عنه خطأ تقصيرى.

=H. Capitant F. Terré. Y. Lequette, Op. Cit, P. 172; M. Bacache, Gibeili, Op. Cit. P. 103 ets.

(١) راجع فى هذا البحث ــ ص ٢٢٥ وما بعدها.

(٢) راجع فى هذا البحث ــ ص ١٩١ وما بعدها.

(٣) راجع فى هذا البحث ــ ص ٣٢٧ وما بعدها.

(٤) راجع فى هذا البحث ــ ص ٤٦ وما بعدها، ص ٤٢٤ وما بعدها،ص٤٢٨ومابعدها.
راجع أيضاً: M. Bacache Gibeili, Op. Cit. P. 100 ets n°. III ets.
د. حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٧ ومابعدها.

(٥) راجع البند أولاً.

رابعاً: عدم وقوف هذا القضاء على حقيقة المفهوم الفنى والقانونى لفكرة الطرف فى التصرف، وفقاً لمبدأ نسبية أثر التصرفات، والهدف من إقرار المشرع لهذا الأخير. الأمر الذى ترتب عليه، عدم وضوح المجال الحقيقى لقواعد المسئولية العقدية "وهل تقتصر ــ كأصل عام ــ على الأشخاص الذين ــ يشاركون ــ فقط ــ فى تكوين التصرف القانونى، أم أنها تشمل الأشخاص الذين يظهرون على مسرح الوجود أثناء تنفيذ العلاقة التعاقدية دون أن يكون له دور فى بناء هذه العلاقة"[١].

خامساً: عدم وجود علة مقنعة ــ مع تقديرنا للقضاء الفرنسى ــ لعدم إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، عندما يقوم الأول بتقديم مواد الصنع وإلتزام الأخير بتقديم عمله فقط، وإقرار الطبيعة العقدية ــ فى حالة عقد الاستصناع[٢] ــ عندما يقوم المقاول من الباطن بتقديم مواد الصنع فضلاً عن تقديمه عمله.

هذا رغم أن كل من الحالتين أسر عقدية يتتابع فيها عقود مقاولة ومقاولة من الباطن، وأن طبيعة الروابط بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن واحدة فى كل حالة، فضلاً عن ذلك فإن المقاول من الباطن فى الحالتين، يلتزم بإلتزام مطابق لإلتزام المقاول الأصلى ــ فى حدود عقد المقاولة من الباطن ــ تجاه رب العمل، وأن المقاول من الباطن إذا أخل بإلتزامه فإن ذلك من شأنه إخلال المقاول الأصلى بإلتزامه تجاه رب العمل، مما يؤدى إلى إلحاق الضرر بهذا الأخير.

بالإضافة إلى ذلك، فإن المشرع الفرنسى فى معالجته للمقاولة من الباطن، لم يضع نصوصاً خاصة بإحدى الحالتين دون الأخرى، بل على العكس من ذلك تماماً، حيث أن النصوص القانونية التى نظم بها المقاولة من الباطن تنطبق على الحالتين، خاصة ما يتعلق منها بالسداد المباشر، أو الدعوى المباشرة، وغيرها من النصوص.

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٠.
راجع أيضاً من الفقه الفرنسى:
M. Bacache – Gibeili, Op. Cit. P.152, ets n° 178 ets.

(٢) راجع فى تفصيل هذا العقد، ما اسلفنا بشأن التمييز بين عقدى المقاولة من الباطن والبيع فى هذا البحث، ص ١٢٣ وما بعدها.

ربما قد ساهم فى إتخاذ الجمعية العامة لمحكمة النقض ــ بحكمها المشار إليه ــ هذا المنحى، تأثرها بجانب من الفقه[١]، والقضاء[٢] الذى يرى فى نظرية المستلزمات أساساً معقولاً لقبول دعوى المسئولية العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، داخل إطار الأسرة العقدية التى ينتميان إليها.

ونرى مع جانب من الفقه، أنه بمعايشة فكرة المستلزمات كما عناها المشرع، أن هذه الفكرة لا تصلح لتأسيس دعوى المسئولية العقدية داخل إطار الأسرة العقدية[٣] بصفة عامة. كما أنها بصفة خاصة لا تصلح كأساس دعوى المسئولية العقدية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن، داخل إطار الأسرة

---

(١) راجع من الفقه الفرنسى على سبيل المثال:
Aubert, note Defrénois 1991, 1303; Leveneur, Obs. Contrats, Conc. Consom. 1991, n° 200; P. Jourdain, la nature de la responsabilité civil dan les chaines de contrats après l'arrêt de l'assemblée pléniere du 12 Juillet 1991, D. 1992, 149 ets.

(٢) راجع بصفة خاصة قضاء الجمعية العامة لمحكمة النقض الصادر فى ١٩٨٦/٢/٧، راجع ما اسلفناه بشأن هذا الحكم وما جاء فى هذا البحث صا٣٧٨ ومابعده. وراجع المراجع التى اشرنا إليها فى هامش ١، ٢، ٣ فى نفس الصفحة وراجع أيضاً من أحكام القضاء الفرنسى التى أنتهجت نفس النهج، على سبيل المثال:
Civ. 3e, 29 Oct. 1986, SA Rousselot Sader, Duport, arrêt n° 1.13, non publié au Bulletin; Civ. 1re 28 Oct 1991. et Civ. 3e 30 Oct. 1991, Contrats, Conc. Consom. 1992, n° 25, Obs. Leveneur; Civ. 3e 26 mai 1992, JCP 1992, TV. 2156, JCP 1993 I. 3625, n° 14, Obs. Viney.

(٣) راجع فى تفصيل عرض الآراء التى قيلت بشأن نظرية المستلزمات كأساس لدعوى المسئولية العقدية داخل إطار الأسرة العقدية، وتقييم هذه الآراء وتحليلها. د ــ فيصل زكىعبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦٢ وما بعدها. وإنتهى سيادته إلى عدم صلاحية نظرية المستلزمات كأساس للدعوى العقدية المباشرة داخل إطار الأسرة العقدية الواحدة. ذلك أن من شأن هذه النظرية، قصر نطاق الأسرة العقدية على التصرفات القانونية الناقلة للملكية والمتعاقبة على مال واحد فقط، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية سوف تجعل وجود الأسرة العقدية متوقفاً على ما إذا كان هناك عرف يقضى بذلك. ومن ناحية ثالثة، فإن هذه النظرية تؤدى إلى تشويه فكرة الاسرة العقدية. وقد عرض سيادته بالتفصيل لأوجه النقد السابقة. راجع ايضاً من الفقه على سبيل المثال:
Jérome Kullmann note Sous, Civ. 3e 28 Mas, 1990, D.1991 P.27 ets, Viney, L'action en responsabilié entre participants á une chaîne de contrats, mélange Holl EAUX P. 416 ets.

العقدية التى ــ ينتميان إليها ــ تتكون من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة ومقاولة من الباطن ــ وذلك لأسباب عديدة أهمها:

١ ــ فهذه النظرية سوف تؤدى إلى قصر نطاق الأسرة العقدية التى تتضمن عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة ومقاولة من الباطن، على تلك التى يلتزم فيها المقاول من الباطن على تقديم المادة التى تستخدم أو يستعان بها فى العمل فضلاً عن تقديم عمله، أى عندما يتخذ عقد المقاولة من الباطن صورة عقد الاستصناع[١]، ويخرج ــ وفقاً لمنطق هذه النظرية ــ عن نطاق الأسرة العقدية الحالة التى يقدم فيها المقاول من الباطن عمله فقط، برغم أن كل من العقدين مقاولة من الباطن، لهما ذات الطبيعة وينظمهما المشرع بقواعد قانونية واحدة.

٢ ــ وإذا سلمنا بقصر نطاق الأسرة العقدية المكونة من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة ومقاولة من الباطن، على حالة الإستصناع، مسايرة للآراء القائلة بنظرية المستلزمات، فإن هناك سبب آخر يمنع ــ وفقاً لمنطق هذه النظرية[٢] ــ إعمال دعوى المسئولية العقدية، بين رب العمل والمقاول من الباطن، هذا السبب يكمن فى ــ تخلف أحد شروطها ــ أن رب العمل فى علاقته بالمقاول من الباطن، أو المقاول الأصلى بالنسبة للمقاول من الباطن من الدرجة الثانية، أو العكس، يخرج من نطاق الإستخلاف حيث أنه لا يمكن إعتبار رب العمل خلفاً خاص للمقاول الأصلى الذى لا يمكن إعتباره ــ أيضاً ــ سلف له[٣].

---

(١) راجع فى عقد الإستصناع وإعتباره من العقود الناقلة للملكية. هذا البحث ص ١١٥ وما بعدها. وراجع أيضاً: د ــ محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ١٩ وما بعدها.

(٢) راجع فى شروط هذه النظرية: د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٩٨ وما بعدها. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ نظرية العقد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥٧٧ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٢ وهامش ٤٠٠ بنفس اصفحة. راجع أيضاً:

Jêrome Kulimann, note Civ. 3e, 28 Mars 1990, Op. Cit. P.31, P. Jourdain, La responsabilité civil dans les groups de contrats, L. Assurance Française, 1990. P. 567.

٣ ــ وإذا سلمنا جدلاً بتطبيق فكرة المستلزمات كأساس للدعوى العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، فى إطار الأسرة العقدية التى ينتميان إليها، فإن ذلك سوف يؤدى إلى نتائج خطيرة، أهمها:

(أ) حرمان المقاول الأصلى من حق الرجوع على المقاول من الباطن، وذلك بمجرد إنتقال ملكية الشئ محل عقد الاستصناع لذمة رب العمل بمقتضى عقد المقاولة الأصلى[١]. ذلك أن إنتقال ملكية الشئ ــ وفقاً لنظرية المستلزمات ــ يفيد بأن المقاول الأصلى، قد تنازل عن كافة الدعاوى المقررة له لرب العمل. وهذا يعنى أنه لا يجوز للمقاول الأصلى الرجوع على المقاول من الباطن، لمطالبته بالتعويض عما لحقه من أضرار، خاصة إذا كان الأول قد أصيب بأضرار نتيجة رجوع رب العمل عليه. وهذه النتيجة الغير منطقية ترجع إلى أن فكرة المستلزمات تقتضى تنازل المقاول الاصلى لرب العمل عن كافة الحقوق، التى كانت مقررة له قبل المقاول من الباطن، وبالتالى فإنه لا يمكنه الرجوع على هذا الأخير.

(ب) حرمان رب العمل من حق الرجوع على المقاول من الباطن ــ المسئول ــ والمقاول الاصلى ــ المتعاقد معه مباشرة ــ على سبيل التضامم[٢]. ذلك أن منطلق التنازل ــ وفقاً لفكرة المستلزمات ــ يفيد أن المقاول الأصلى سوف يعد أجنبياً، ذلك بمجرد تصرفه، وهذه النتيجة لا تتفق مع أحكام الأسرة العقدية بصفة عامة، وأحكام المقاولة من الباطن بصفة خاصة، ذلك أن فى هذه الأخيرة يظل المقاول الأصلى موجوداً فى العملية العقدية لا يخرج منها[٣].

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٢ وما بعدها.

راجع أيضاً:

Mestre, Obs, á R.T.D. Civ. 1989, P.76.

(٢) راجع فى ذلك بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٤ .

راجع ايضاً:

Viney, l'action en responsabilité entre participants á une chaîne de contrats, Op. Cit. P.416.

(٣) راجع هذا البحث ــ ص ١١٣ وما بعدها.

وإزاء النقد الذى تعرضت له نظرية المستلزمات، كأساس لقبول الدعوى العقدية المباشرة، بين رب العمل والمقاول من الباطن، داخل إطار الأسرة العقدية التى ينتميان إليها. فقد تخلت الدائرة الأولى لمحكمة النقض عن هذه الفكرة لبعض الوقت[١]، ففى حكمها الصادر فى ١٩٨٨/٦/٢١ والذى جاء فيه "فى إطار مجموعات العقود، تحكم المسئولية العقدية بالضرورة طلب تعويض أولئك الذين لحق بهم ضرر لكونهم كانوا على صلة بالعقد الأساسى .." [٢]، هذا الحكم يوضح أن محكمة النقض قد قررت دعوى المسئولية العقدية، دون أن تشير إلى نظرية المستلزمات.

سادساً: إذا كنا قد بينا الأسباب التى دفعت محكمة النقض لإصدار حكمها فى ١٢ يوليو ١٩٩١، وبينا أيضاً أهم الأسباب التى دفعتنا إلى القول بأن الجمعية العامة لمحكمة النقض بحكمها هذا قد أفرطت فى الحيطة خاصة وأن هذا الحكم قد صدر بعد إكتشاف فكرة الأسرة العقدية بسنوات قليلة[٣]، وقبل تطبيق الدعوى العقدية المباشرة فى داخل إطار الأسر العقدية التى تتكون

---

(١) ذلك أن هذه الدائرة قد إلتزمت بحكم الدوائر مجتمعة الصادر فى ١٩٩١/٧/١٢.

(٢) راجع فى عرض هذا الحكم ــ هذا البحث ــ ص ٣٦٩ وما بعدها، والمحكمة بهذا الحكم اكدت على هجرها لفكرة المستلزمات كأساس لقبول الدعوى العقدية داخل إطار الأسرة العقدية، حيث صدر عنها حكم آخر ــ قبل صدور حكم ١٩٨٨/٦/٢١ فى ١٩٨٨/٣/٨ جاء فيه "المدين بإلتزام تعاقدى والذى يعهد إلى غيره بتنفيذه، فالدائن بهذا الإلتزام لا يمكنه الرجوع على هذا الأخير إلا بدعوى المسئولية العقدية". راجع فى عرض هذا الحكم هذا البحث ــ ص ٣٦٨ وما بعدها. وبذلك تكون هذه الدائرة قد تخلت عن هذه الفكرة.
راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٦ وما بعدها.
راجع أيضاً:
Jourdain, note sous Civ. 1.21.6.1988, J.C.P. 88, II, 21125. "On rappellera que ce fondement est d'ailleurs étranger a l'arrêt de la premiere chamber civile du 8.3.1988, Ou il n'y dans l' espéce aucun transfert de propriété de la Chose"

(٣) فقد تم الكشف عن فكرة الأسرة العقدية بالدراسة التى أعدها (تسيه) عام ١٩٧٥، إلا أننا نرى مع بعض الفقه أن فكرة الأسرة العقدية فكرة قديمة قدم مبدأ نسبية أثر العقود، حيث تجد مصدرها فى هذا الأخير راجع فى ذلك من الفقه على سبيل المثال د. فيصل زكى عبدالواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٩.

من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة ومقاولة من الباطن بأقل من ست سنوات. وهذا الوقت ــ فى إعتقادنا ــ لم يكن كافياً لأن تتضح كافة جوانبها. حيث إحتدم الخلاف فى الفقه والقضاء بشأن هذه الفكرة ــ آنذاك ــ بين مؤيد ومعارض لها. لذا فضلت الجمعية العامة للمحكمة الأخذ بحل عملى بسيط.

وربما كان إفراطها فى الحيطة آنذاك ــ وقت صدور الحكم عام ١٩٩١ ــ أفضل لتعميق البناء القضائى الذى مهدت له الدائرة المدنية الأولى بالمحكمة، وذلك بتحديد تطبيقه، فضلاً عن الأسر العقدية التى تتكون من عقود ــ مستلسلة ــ ناقلة للملكية، "على الأسر العقدية الهيكلية التى تتكون من عقود من الباطن"، وخاصة التى تتضمن عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة ومقاولة من الباطن سواء تعهد المقاول من الباطن بتقديم مواد الصنع وعمله أم قد عمله فقط حيث أن إنتماء عقود المقاولة من الباطن إلى الأسر العقدية إنتماء مأموناً لا خلاف عليه فى الفقه.

سابعاً: وبعد مرور أكثر من خمسة عشر عاماً على صدور هذا الحكم، توالت فيها الدراسات والأبحاث المتخصصة، التى بينت الجوانب المختلفة لأحكام الأسرة العقدية، خاصة ما يتعلق بنظام ونطاق الدعوى العقدية المباشرة داخل إطارها، ومدى ــ قوة ــ الترابط بين العقود التى تكون هذه الأسر، وكيفية إعمال قاعدة القيد المزدوج. كما بينت هذه الدراسات المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى التصرف، وذلك وفقاً للتفسير الصحيح لمبدأ نسبية اثر العقود، وبينت كذلك عدم وجود تعارض بين فكرة الأسرة العقدية وهذا الأخير. الأمر الذى يمكن معه القول بلا تردد، أنه قد زالت الأسباب التى دفعت الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية، لإصدار حكمها ــ محل المناقشة ــ فى ١٢ يوليو ١٩٩١. خاصة فيما يتعلق بالأسر العقدية التى تتضمن مجموعة عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة ومقاولة من الباطن.

لذا فإننا ندعو القضاء الفرنسى، خاصة الجمعية العامة إلى إعادة النظر فى هذا الحكم فى إتجاه الإقرار بالدعوى العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن المنتميان إلى أسرة عقدية واحدة سواء كانت هذه الأخيرة تتعلق بإكتساب الملكية أو لا تتعلق بإكتساب الملكية، أى سواء تعهد المقاول من الباطن بتقديم مادة الصنع فضلا عن عمله أو تعهد بأداء العمل فقط.

المبحث الثانى
اتجاهات فقهية أخرى تنادى بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول هنا موضوعين شديدى الصلة بمجال المقاولة من الباطن، وهما الضمان العشرى، والتأمين من المسئولية المدنية للمهندس والمقاول، وعلى ذلك فإن هذا المبحث ينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: المقاول من الباطن والضمان العشرى.

المطلب الثانى: التأمين الإجبارى لكل من المقاول والمهندس وموقف المقاول من الباطن منه.

المطلب الأول
المقاول من الباطن والضمان العشرى

تمهيد وتقسيم:

سوف نقوم أولاً بعرض لأطراف الضمان العشرى وطبيعته القانونية فى الفرع الأول، ثم الاتجاه الرافض لتطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن فى الفرع الثانى، وأما الفرع الثالث فسنخصه لمناقشة الأسانيد والحجج التى استند إليها الفقه فى رفضهم لتطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن.

الفرع الأول
أطراف الضمان العشرى وطبيعته القانونية

تقسيم:

سوف نوضح من خلال هذا الفرع المفهوم الفنى والقانونى لأطراف الضمان العشرى ثم نناقش الطبيعة القانونية لهذا النوع من الضمان؛ ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين، هما:

الغصن الأول: أطراف الضمان العشرى

الغصن الثانى: الطبيعة القانونية للضمان العشرى.

الفصل الأول

أطـــراف الضمـــــان العشـــــــرى

تمهيد وتقسيم:

لا شك أن الوقوف على المفهوم الفنى والقانونى لأطراف الضمان، تبدو أهميته فى تحديد مدى إمكانية خضوع المقاول من الباطن لهذا النوع من الضمان. (وبالتالى مدى إمكانية رجوع رب العمل عليه مباشرة لما لذلك من أثر فى تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بينهما.)

ولا جدال فى أن الضمان العشرى، مرتبط بوجود عقد مقاولة ينصب على مبانٍ ومنشآت ثابتة؛ لذا فإن طرفا هذا العقد هما طرفا الضمان، فهما بالتالى المهندس والمقاول من جهة، ورب العمل من جهة أخرى.

والمستفيد من الضمان هو رب العمل (أولاً) أما المسئول عن الضمان فالمقاول والمهندس المعمارى (ثانياً) وسوف نقوم بإلقاء الضوء على كل من المستفيد من الضمان والمسئول عنه.

أولاً: المستفيد من الضمان

الأصل أن الدائن بالضمان، هو رب العمل الذى يكون طرفاً فى عقد المقاولة مع المقاول أو المهندس[١]، فرب العمل هو الذى يضار من جراء تهدم البناء أو ظهور عيب فيه. وهذا ما يفهم من نص المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى[٢]، وورد النص عليه صراحة فى نص المادة ١٧٩٢ من قانون ١٩٧٨ فى فرنسا[٣].

وجدير بالذكر أن هذا النوع من الضمان، وإن كان قد تقرر بنص فى القانون فإنه يعد من قبيل الالتزامات العقدية، فهذه الأخيرة قد تتقرر بمقتضى الإرادة وقد تنشأ بفعل القانون وقد تتقرر بحكم من القاضى[٤].

---

(١) B. Boubli. Op. Cit. 2 ed N.195.

(٢) المادة ٦٥١ مدنى مصرى سبق الإشارة إليها وعرض نصها.

(٣) راجع أيضاً نص المادة، ١٧٩٢ من قانون ١٩٧٨ مدنى فرنسى. راجع فى ذلك: د. مصطفى أبو علم ــ مقال (المسئولية عن تهدم البناء) ــ مجلة إدارة قضايا الحكومة ــ س٢ ــ ١٩٥٨ العدد الرابع ــ ص ٢٧، ٢٩.

(٤) كما هو الحال بالنسبة للالتزام بضمان السلامة، حيث أن هذا الالتزام من خلق القضاء.

ويكون رب العمل ــ فى الأصل ــ هو المستفيد من الضمان، سواء كان هو الذى أبرم عقد المقاولة بنفسه، أو من خلال وكيل، ويجوز أن يمارس رب العمل دعوى الضمان بنفسه أو من خلال مَن ينوب عنه، كما أن الشخص المعنوى قد يكون هو رب العمل، بالرغم من أن ممثله هو الذى يبرم عقد المقاولة، ويمارس دعوى الضمان[١].

ولا يشترط أن يكون رب العمل هو المالك للأرض التى يشيد عليها البناء أو المنشآت الثابتة، فقد تكون الأرض ليست ملكه، ولكنه منح حق البناء عليها لحسابه الخاص[٢]، أيا كانت طريقة منحه هذا الحق، أو الغرض منه.

وإذا كان الأصل أن رب العمل هو المستفيد الأول بالضمان، فإنه من المتفق عليه أن ينتقل الحق فى الضمان إلى ورثته فى حالة وفاته، بوصفهم خلفاً عامًّا له فى كافة ماله من حقوق[٣].

كذلك يسلم الفقه المصرى، والفقه الفرنسى[٤]، بأن للخلف الخاص أيضاً الحق من الاستفادة بالضمان، متى كانت ملكية المبنى، قد انتقلت إليه حال حياة رب العمل. أى أن خلف هذا الأخير الخاص كالمشترى، أو الموهوب له يستطيع أن يرجع بدعوى الضمان، على المقاول والمهندس المعمارى لأن الحق فى الرجوع بالضمان، يعد من ملحقات البناء، التى تنتقل معه متى انتقلت الملكية وذلك دون النص عليها صراحة فى العقد، حتى ولو كان سبب نقل الملكية لا يلزم الناقل

---

(١) راجع فى ذلك: د. محمد حسين منصور ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠.
وراجع أيضاً: A Caston, la responsabilité des constructeur. 2édition. 1979. p.164.

(٢) راجع فى ذلك: د. عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــالجزء التاسع ــ المجلد الأول ــ فى أسباب كسب الملكية ــ تنقيح المستشار/ مصطفى الفقى ــ الطبعة الثانية ــ عام ١٩٩٢م بند ١٠٢-١١٤ ص ٢٧٣. راجع أيضاً الشيخ/ على الخفيف ــ الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الغربية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥٩-٦٠.

(٣) راجع فى ذلك: د. عبد الرزاق السنهورى ــ جـ ٧ ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٠٢ بند ٦٣. د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ١٦١، بند ١٠٦. راجع المادة ١٤٥ مدنى مصرى، حيث جاء فى نصها "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام.... "

(٤) راجع فى ذلك: د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٢ بند ٦٣ راجع أيضاً : د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ١٦١ بند ١٠٦. راجع أيضاً د. ناجى ياقوت ــ مسئولية المعماريين ــ سبق ذكره ــ ص ٧٥-٧٦ ــ بند ٢٨. راجع أيضاً يودرى وفال ٢ ف ٣٩٢٥ وفى ٣٩٥٨ " بلانيول وبيبد ورواست" فقرة ٩٦١ ص ٣٦٢ مشار إلى المراجع الفرنسية لدى د. ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ ص ٧٢ هامش ١٥٣.

بالضمان. وأساس هذا الحكم، هو ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية والمؤيد من غالبية الفقه، حيث جاء فى قضاء هذه المحكمة، أن الحق فى الرجوع بالضمان الخاص على المهندس المعمارى والمقاول، فيما يظهر فى المبنى من عيوب، يعد حماية قانونية مرتبطة بالمبنى المشيد ارتباطا وثيقاً، وغير متصلة بشخص رب العمل وحده بالذات، دون غيره من الأشخاص الذين تنتقل إليهم ملكية البناء، بل إن هذه الحماية القانونية تتبع ملكية العقار وتندمج معها باعتبارها من ملحقاته طيلة مدة الضمان المنصوص عليه فى المادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى. هذا وقد قنن المشرع الفرنسى، ما استقرعليه القضاء، فى حكمه السابق من ثبوت حق الخلف الخاص فى الاستفادة من الضمان العشرى، وذلك بنص صريح فى المادة ١٧٩٢ من التقنين المدنى الحالى[١].

ويلاحظ أنه وإذا كان المشرع الفرنسى، قد نص صراحة على الخلف الخاص، فى المطالبة بالضمان على النحو السابق بيانه. حيث جاء نص المادة بعد تعديلها بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ بأن الالتزام بالضمان ينشأ نحو رب العمل أو من يكتسب ملكية البناء. أما المشرع المصرى فظل كما هو، حيث لم يتكلم النص المصرى[٢]، إلا عن "رب العمل" وعن "المتعاقدين" فقط، ولم يذكر شيئاً عن الأشخاص الآخرين الذين تجوز لهم الاستفادة من الضمان الخاص.

وتجدر الإشارة، إلى أن المقاول الأصلى، لا يستطيع أن يطالب بالضمان، بصفته رب عمل (عرضى)، إذا عهد إلى مقاول من الباطن، بتنفيذ كل العمل أو بعضه، فالمقاول الأصلى فى هذه الحالة، لا يجوز له التمسك بالضمان، فى مواجهة المقاول من الباطن[٣]. ويعلل الفقه هذا النظر[٤]، بأن المقاول الأصلى والمقاول من

---

(١) والأحكام الصادرة فى هذا الشأن، قبل صدور تعديل نص المادة ١٧٩٢ سالفة الذكر، كثيرة نذكر من هذه الأحكام Cass-Civ-23/3/1968-D-1970. P.663 et note JESTAZ ويقول JESTAZ فى تعليقه على هذا الحكم، وكذا مقاله المنشور فى ج.ب. (مشار إلى هذا المقال لدى د. ناجى ياقوت ــ مسئولية المعماريين ــ ص ٧٧ هامش ١٥٧) يقول سيادته إنه قبل هذا الحكم، ما كان للخلف الخاص الحق فى الرجوع على مسئولى الضمان إلا بالمسئولية التقصيرية.

(٢) راجع فى ذلك نص المادة ٦٥١ مدنى مصرى، حيث ظلت متبعة فى صياغتها، نفس أسلوب صياغة المادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ قبل تعديلهما بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨.

(٣) وهذا القول كما سنرى محل نظر، انظر ما سوف نوضحه، ص ٤٤٩ بخصوص مدى إمكانية خضوع المقاول من الباطن للمسئولية العشرية.

(٤) راجع فى ذلك: عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠٣ وراجع أيضاً ما ذكر سيادته من مراجع هامش (٢) نفس الصفحة.

الباطن متساويان من الناحية الفنية، ومن ثم فلا حاجة لتقدير مسئولية استثنائية بينهما. أما رب العمل (الفعلى) لا يمكن اعتباره فى مستوى المهندس والمقاول من الناحية الفنية. هذا وقد قضت المادة ٦٥١ صراحة أنها لا تسرى على ما يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن، وبناءً عليه لا يخضع المقاول من الباطن، فى علاقته بالمقاول الأصلى لأحكام الضمان العشرى.

ويستفيد ــ أيضاً ــ من الضمان العشرى مالكى البناء المشتركون، حيث يكون لمأمور اتحاد الملاك، مطالبة المسئول عن الضمان العشرى، إذا وقع الخلل الموجب للضمان. كما أن لكل شريك يصيب الخلل الجزء من العقار الذى يختص بملكيته، المطالبة بهذا الضمان أيضا[١]. أما فى البيع الإيجارى فيجوز للمستأجر الذى أصبح مالكاً بسداده القسط الأخير، عند ظهور العيب أن يطالب بالضمان[٢].

والخلاصة، أن المستفيد بالضمان، هو بحسب الأصل رب العمل، كما ينتقل هذا الحق إلى خلفه العام (بعد وفاته) وإلى خلفه الخاص[٣]. ويستفيد ــ أيضاً ــ من الضمان العشرى، المالكون المشتركون للبناء، كما يستفيد المستأجر ــ فى البيع الإيجارى ــ الذى أصبح مالكاً عند سداده القسط الأخير، وظهور العيب الموجب للضمان قبل مرور المهلة العشرية.

ثانياً: الملتزم بالضمان:

يختلف نطاق الملتزم بالضمان، فى القانون المصرى عنه فى القانون الفرنسى، فنطاق هذا الضمان، يعد أوسع بكثير فى هذا القانون الأخير. لذا فسوف نعرض للمسئولين بالضمان فى القانون المصرى[٤]، ثم نعرض للملتزم بالضمان فى القانون الفرنسى.

---

(١) راجع فى ذلك: عرض ذلك بالتفصيل د. محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٦-٢١٠. بند ١٨١-١٨٩. وراجع أيضا ما أشار إليه سيادته من مراجع وأحكام فى نفس الصفحات هامش ٤٨-٦٠. راجع أيضا د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠٤-٦٤٣.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٤-٢٠٦ وما تم الإشارة إليه من مراجع وأحكام هامش ٤٢-٤٨.

(٣) نود أن ننوه أن استفادة الخلف الخاص من الضمان لا يعدو أن يكون إلا تطبيقاً للقواعد الضابطة للأسرة العقدية.

(٤) وتجدر الإشارة إلى أن المادة ٤٠٩/٥٠٠ مدنى مصرى ملغى، كانت تقضى بأن "المهندس المعمارى والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء...".

(أ) المسئولون بالضمان فى القانون المصرى:

نصت المادة ٦٥١ مدنى مصرى[١]، على أن "يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث، خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى..". وواضح من هذه المادة، أنها تقرر أن الملتزم بالضمان العشرى، فقط، المهندس المعمارى، والمقاول الأصلى، دون غيرهما ما لم يقم بنفس دورهما، أو دور أى منهما. ويؤكد هذا المعنى، ما يستخلص من أحكام المادتين ٦٥٢، ٦٥٣ مدنى مصرى، كما يؤكده أيضاً ما جاء بالمادة الخامسة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦، بالرغم من أن هذه المادة جاءت عامة فتحدثت عن مهندس نقابى متخصص[٢].

وجدير بالذكر أن المادة ١٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦، قد أضافت إلى المهندس المعمارى ــ عندما ألزم طالبى البناء بأن يعهدوا إلى مهندس نقابى، بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بها ــ المهندس المدنى[٣]. هذا وقد أناطت هذه المادة بالوزير المختص[٤]، أن يصدر قراراً يبين فيه الحالات التى يكون الإشراف على التنفيذ فيها لأكثر من مهندس نقابى، من ذوى التخصصات المختلفة، تبعاً لنوعية الأعمال المرخص بها. وهذا يعنى أن الضمان العشرى، لا يكون مقصوراً على المهندسين المعماريين فقط، وإنما يمتد أيضاً إلى المهندسين المدنيين الذين يتصل تخصصهم بعملية المعمار[٥].

---

(١) راجع فى ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، جـ ٥ ص ٢١ وما بعدها فقد جاء بها، "أن المشروع (مشروع القانون المدنى الجديد) يحافظ على النطاق التقليدى لهذه المسئولية فيجعلها شاملة للمهندس المعمارى والمقاول، ولا يطبقها على المهندس الميكانيكى إلا إذا قام بوظيفة المهندس المعمارى". ونود الإشارة فى هذا الصدد، إلى أن القانون المدنى المصرى الحالى، لم يختلف فى تحديده للملتزمين بالضمان، عما جاء بالمادة ١٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى، فى صياغتها الأولى منذ عام ١٨٠٤ حيث كانت تقصر الملتزمين بالضمان، على المهندس المعمارى والمقاول فقط.

(٢) راجع فى ذلك: د. محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٣.

(٣) ويكون ذلك إذا زادت قيمة الأعمال، عن خمسة آلاف جنيهاً مصريًا..

(٤) والوزير المختص هو وزير الإسكان والتعمير، ويقوم بإصدار هذا القرار، بعد أخذ رأى مجلس نقابة المهندسين.

(٥) راجع فى ذلك: د. محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٣. هذا وقد أكدت المادة ٨ من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣، أن الضمان العشرى لا يكون مقصوراً على المهندسين المعماريين فقط، عندما تكلمت عن وثيقة تأمين تغطى "المسئولية المدنية للمهندس"، فهذه المادة لم تحدد فئة معينة من المهندسين. راجع فى ذلك د. محمد حسين منصور ــ المرجع السابق ــ ص ٤٥.

وإذا كانت مهمة المهندس المعمارى، أو أى مهندس له صلة بالمعمار، هى وضع التصميم والرسومات، فإن هذه المهمة تعتبر من قبيل الأعمال المادية، للمقاولات، وتندرج فى صورها، وأن اختلاط الفكر بهذه الأعمال، لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية، لا من قبيل التصرفات القانونية. وبالتالى فإن وصف العقد لا يتغير من مقاولة إلى وكالة[١].

وتذهب غالبية الفقه، إلى أنه لا يشترط، أن يكون المهندس المعمارى، حاملاً مؤهلاً علميًّا، ولا مقيد بنقابة المهندسين، وإنما يقصد بكلمة المهندس المعمارى، فى لغة القانون، خاصة فيما يتعلق فى مجال المسئولية المدنية عن عيوب البناء، هو من يقوم فى الواقع بمهمة تشبه مهمة المهندس المعمارى، بالمعنى الفنى، فإن فعل، كان مسئولاً بالضمان الخاص للمهندسين المعماريين المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ مدنى مصرى، حتى ولو لم يكن مهندساً، كأن كان مقاولاً غير مؤهل، أو شخصاً عاديًّا أو كان مهندساً ميكانيكيًّا أو كهربائيًّا. متى قام بأحد مهام المهندس المعمارى، كوضع التصميمات[٢]. أما المقاول الملتزم بالضمان العشرى فهو من يعهد إليه بتشييد المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى[٣]، بناء على ما يقدم له من تصميمات، وذلك مقابل أجر، ودون أن يخضع فى عمله لإشراف أو إدارة[٤].

وغنى عن البيان، أنه إذا اشترك عدة مهندسين معماريين، أو أشخاص آخرين (مقاولون مثلاً)، بعملية التشييد، كانوا جميعاً مسئولين، كل فى حدود المهمة التى قام بها[٥]. والمرجح فى تحديد المهمة، التى قام بها كلاً منهم، هو العقد المبرم بينه وبين رب العمل، باعتباره شريعة المتعاقدين[٦].

---

(١) راجع فى ذلك فى هذا البحث ما أسلفناه، بشأن عمل المهندس المعمارى هل هو وكالة أم مقاولة، ص ١٤٧ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د. محمد ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ ص ٣٩. راجع أيضاً يوردى وفال ف ٢ ص ١٠٩٦ د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ص ١٠١ ود. محمد حسين منصور ــ المرجع السابق ص ٤٤. راجع فى تفصيل المقصود بالمهندس المعمارى ودوره فى عملية التشييد. د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ص ٤١٢-٤١٩.

(٣) راجع فى ذلك: د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ص ١٠١.

(٤) راجع فى ذلك: د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٩ بند ١٠٥.

(٥) راجع: د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ص ١٥٧، ويرى سيادته، أن الشخص الذى يعض الرسومات والتصميمات اللازمة، لإقامة البناء ويشرف على تنفيذها يعتبر فى حكم المادة ٦٥١ مهندساً معماريًا، ويسأل سواء كان له الحق فى حمل اللقب، أو لم يكن له، وسواء كان مقيدا بنقابة المهندسين أم لا فالعبرة بطبيعة الأعمال التى يقوم بها.

(٦) د. ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ بند ١٥ ــ ص ٣٦.

ونود أن نشير ــ مؤقتاً [١] ــ إلى أن بعض الفقه [٢]، يشترط لمساءلة المهندس والمقاول، وفقاً للمادة ٦٥١ مدنى مصرى، أن يكونا مرتبطان مع رب العمل بعقد مقاولة. فإذا كانا أو أحدهما، يؤدى هذا العمل مجاناً، لرب العمل، أو يعمل تحت إشراف وإدارة هذا الأخير، بمقتضى عقد عمل، فإنه لا يكون مسئولاً بمقتضى المادة ٦٥١ مدنى مصرى، بل يسأل فى الحالة الأولى بمقتضى المسئولية التقصيرية، وفى الحالة الثانية يسأل وفقاً لأحكام عقد العمل.

(ب) <u>الملتزم بالضمان فى القانون الفرنسى:</u>

إن نطاق المسئولية العشرية من حيث الملتزمون بها، يعد أوسع بكثير منه فى القانون المصرى، وبالرغم من اتفاق المادة ٦٥١ مدنى مصرى، مع المادة ١٧٩٢ من المجموعة المدنية الفرنسية، فى صياغتها الأولى سنة ١٨٠٤، حيث كانت كل منهما تقصر أحكام هذه المسئولية على المهندس المعمارى، والمقاول فقط. إلا أن الفقه والقضاء فى فرنسا، قد تجاوزا هذا التحديد بكثير، فقد وسعا من نطاق من المسئولية العشرية، ليشمل المهندسين المعماريين، ومكاتب الدراسات الهندسية، والرسامين والقياسيين، ومهندس الديكور، والجيولوجين، والطبوغرافيين، والمثالين[٣]. وهذا ما قننه المشرع الفرنسى بالفعل، بقانون ٣ يناير سنة ١٩٦٧، فأضاف هذا القانون إلى تعبير "المهندسين المعماريين والمقاولين"، وكل من يربطهم برب العمل عقد إيجار عمل (مقاولة) (المادة ١٧٩٢ من هذا القانون).

وإزاء التطور الهائل فى عمليات البناء والتشييد، وتعقد الأعمال المعمارية، وتزايد أعداد المشتركين فيها، طبقاً لتنوع التخصصات، وما يستتبع ذلك من الاشتراك فى المسئولية وصعوبة تحديدها. فقد استجاب المشرع لهذا التطور،

---

(١) راجع فى هذا البحث، ما سوف نوضحه لاحقاً، لدى مناقشة مدى خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى.

(٢) راجع فى ذلك: د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٠٥ ص ١٥٨ ــ ١٦٠. د. ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠-٣١. وراجع المؤلفات العلميه التى أشار إليها سيادته هامش ٣١ فى نفس الصفحات.

(٣) راجع فى ذلك :

CASTON. Op. Cit. P.187-No-400. GABOL DE 1968. No. 3. 5Aint, A -Lary- La Vented'immeubles á constriue et l'obligation de garantie a raison des vices de construction, J.C.P. 1968-, 1-doct-2146., No. 56 es.

ومن أحكام القضاء .Ci-8/3/1965, J.C.P. 1952-2-14140.

وأصدر قانون ٤ يناير سنة ١٩٧٨، ليدفع بالتوسع فى مد نطاق المتلزمين بالضمان، إلى مدى أبعد[١]، فيحمل هذا الضمان أشخاصاً حتى غير فنيين، ولا يساهمون فى عملية التشييد والبناء إلا بشكل غير مباشر.

فقد قضت المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى[٢]، لم يعد تعديلها على القانون سالف الذكر بأن "كل بناء يتولى تشييد عمل يكون مسئولاً فى مواجهة صاحبه أو من ستؤول إليه ملكيته، وذلك عن الأضرار التى قد تنشأ، بما فى ذلك الناجمة عن عيب فى الأرض، والتى يكون من شأنها أن تعرض البناء للخطر وتؤثر فى صلابته أو فى أحد عناصره التأسيسية أو التجهيزية، على نحو يصبح معه العمل غير صالح للهدف الذى أنشئ من أجله، إلا إذا كان السبب فى ذلك أجنبيًا.

---

[١] راجع فى ذلك: د. محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٤.

[٢] وقد جاء نصها على النحو التالى:

(1) Art 1792 (L. n.78 12, 4 Fanvier 1978 art ler et (14): 1 Tout constructeur est responsible de plein drait, envers le maitre ou l'acquereur de l'auvrage, des damages, meme resultant d'un vice du sal, qui compromettent la solidile de l'ouvrage ou qui, I' affeclant dans l'un de ses elements conslitutifs ou l'un de ses elements d'equipment, le rendent improper a sa deslinatioin une telle responsabilite n'a point lieu si le consteucleur prouve que les damages proviennent d'une cause e l rangerre Ar I.1792-I (L. n. 78-12, 4 Janvier 1978, Art. 2 et 14): << Est repurte constructeur de l'ouvrage:
<< 1-Tout architeete, entrepreneur, technician ou, autre dersanne liee au maitre de l'ouvrage par un contrite de louage d'ouvrage
(2) Loule personne qui vend, après achievement, un ouvrage qu'clle a construit ou fait construire.
(3) Tout personne qui, bien qu'agissant en qualite'de mandataire du proprietaire de l'ouvrage, accomplitune assimilable celle d'un la cuteur de l'ouvrage>>
Art. 1792 2-(L.n. 78-12, 4 janvier, 1978, art. 2 et 14): La presumption de responsabilite etablie par l'article 1792 s'etnd egalement aux damages qui affectent la salidile des elements d'equipement d'un baliment, mains seulement larsque ceux-ci font indissociablend corps avec les ouvrages des foundation, d'assature, de clos ou de couvert.
Un element d'equipment est considere comme formaint indissociablement. Corps avec l'un, des ouvrages mentismmes a'l alimenna precedent lorsque sa depose, san demontage ou son remplacement n peut s'effectuer sans deterioration ou enlevement de matiere de cet ouvrage >>.
Art. 1792-3 (L. n. 78-12, 4 Fanvier 1978, Art, 2 et 14)
: << Les autres elements d'equipements du batiment font l'object d'une garantie de bon fonctiomment d'une duree minimale de deux aus a compter de la reception de l'ouvrage >>.
Art 1792-4 (L. 78-12, 4 Fanvier 1978, art 2 et 14) 66 Le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'une element d'equipement concs et produit pour satisfaire, en et al de service, a des exigencies precises et determinees a l'avance, est solidairement responsible des abligations oeuvre, sans modification et conforment auxregle.

ويعد مشيداً للعمل:

أ ــ كل مهندس معمارى، أو مقاول، أو فنى، أو أى شخص يرتبط مع صاحب العمل بعقد مقاولة.

ب ــ كل من يتولى بيع العمل بعد تشييده، سواء تم التشييد من قبله أو من قبل آخرين.

جـ ــ كل من يقوم بعمل مشابه لعمل المشيد، حتى فى الحالات التى يتصرف فيها بوصفه وكيلاً عن المالك.

٢ ــ تمتد قرينة المسئولية المقررة بموجب هذه المادة لتشمل الأضرار التى تصيب متانة العناصر التجهيزية للبناء، متى كانت هذه العناصر تؤلف جسماً غير قابل للانفصال عن المنافع العامة، أو عن الأعمال المتعلقة بتأسيسه، أو هيكله، أو أسواره، أو مظلاته، ويعد عنصر التجهيز مشكلاً لجسم غير قابل للانفصال على النحو السابق. إذا كانت هناك استحالة فى تركيب العنصر أو رفعه أو إستبداله، دون أن يترتب على ذلك هدم أو تلف أو رفع مواد من العمل المشار إليه.

٣ ــ أما بالنسبة للعناصر التجهيزية الأخرى فى البناء، فإنها تخضع لضمان حسن أدائها لوظائفها لفترة سنتين على الأقل من تاريخ إستلام العمل.

٤ ــ كل صانع لعمل أو لجزء منه، أو عنصر من عناصره التجهيزية التى صممت وأنتجت لأغراض خاصة به وفقاً للمواصفات المحددة يكون مسئولاً مسئولية تضامنية عن الالتزامات الناجمة عن المادة ٢٢٣/١٧٩٢ من القانون الحالى، والملقاة على كاهل المقاول الذى تولى هذا العمل أو جزء منه أو عنصر من عناصره التجهيزية التى تمت صناعته وفقاً للقواعد الموضوعة من قبل الصانع دون إجراء أى تعديل عليها. ويعد فى حكم من يصنع هذه المادة، الشخص الذى يستورد عملاً مصنوعاً كله أو جزءا منه، أو عنصراً تجهيزيا تمت صناعته فى الخارج، وكذلك الشخص الذى يقدم العمل المصنوع على أنه من صناعته، أو فى الحالات التى يضع فيها اسمه أو الماركة المتعلقة به أو أى علاقة مميزة أخرى على العمل المذكور.

الفصل الثانى

الطبيعة القانونية للضمان العشرى

تمهيد وتقسيم:

نظراً لأهمية تحديد طبيعة الضمان العشرى القانونية، على موضوع البحث، خاصة مدى إمكانية أن يخضع المقاول من الباطن لهذه المسئولية، فإننا سوف نستعرض بإيجاز الاتجاهات الفقهية والقضائية، المتعلقة بتحديد الطبيعة القانونية لهذا الضمان، ثم نوضح بشىء من التفصيل الاتجاه الذى استقر عليه غالبية الفقه والقضاء.

وبالرغم من تعدد الاتجاهات الفقهية والقضائية، عند تناولها للطبيعة القانونية للضمان العشرى، إلا أنه توجد ثلاثة اتجاهات رئيسية:

الاتجاه الأول: يرى أن هذه المسئولية، مسئولية قانونية، أى تجد مصدرها فى القانون، أو مسئولية تقصيرية.

أما الاتجاه الثانى: فيرى فيها أن هذه المسئولية تطبيق خاص للنظرية العامة للالتزام بالضمان.

أما الاتجاه الثالث: فيرى فيها أنها من نوع المسئولية العقدية.

والسبب الأساسى حول تعدد الآراء، بشأن الطبيعة القانونية للضمان العشرى، يرجع فى الحقيقة، إلى الاختلاف حول مسألة أولية، تتعلق بتحديد أثر تسليم الأعمال على عقد المقاولة نفسه، فى العلاقة بين رب العمل والمقاول[١].

ونعرض لهذه الاتجاهات فيما يلى:

أولاً: الاتجاه القائل بالطبيعة التقصيرية للضمان العشرى

فقد كانت بعض أحكام القضاء، ويؤيدها بعض الفقهاء المحدثين، ترى أن تسليم الأعمال ينهى عقد المقاولة، بين كل من رب العمل والمهندس أو المقاول؛ لأن العقد فى لحظة التسليم يكون قد إستنفذ كل آثاره. ويترتب على ذلك، أن بقاء مسئولية المقاولون والمهندسون، بعد تسليم العمل، لا يمكن أن يكون إلا بالإرادة العليا للمشرع. وأن هذه المسئولية لا تكون إلا على أساس تقصيرى؛ ذلك لأن الالتزام التعاقدى قد انتهى بتسليم الأعمال[٢].

---

(١) راجع فى عرض ذلك : د. محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ بند ٢٤٦ ــ ص ٢٧٢.

(٢) راجع فى ذلك: د. ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩٤. د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥. راجع أيضا من أحكام القضاء المصرى التى أيدت هذا الرأى الحكم الصادر

غير أن هذا الرأى، قد تعرض لانتقادات؛ نظرًا لوجود فروق جوهرية، بين نظام الضمان العشرى، والمسئولية التقصيرية، وأهم هذه الفروق أن المسئولية العشرية، تظل قائمة حتى ولو كان سبب التهدم مجهولاً، ذلك لأنها تقوم على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، بينما فى المسئولية التقصيرية يجب على المتضرر أن يثبت خطأ المدين، وكذا الضرر وعلاقة السببية[١].

فضلاً عن ذلك، فإن المسئولية التقصيرية، تحقق أركانها إذا وجد الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، دون وجود عقد بين المتضرر والمسئول، أما المسئولية العشرية، لا بد لقيامها وجود عقدين رب العمل والمهندس أو المقاول[٢].

ثانياً: الاتجاه القائل بأن هذه المسئولية تطبيق خاص للنظرية العامة للالتزام بالضمان:

ويرى هذا الاتجاه أن المسئولية الخاصة للمهندسين ومقاولى البناء، تعد أحد التطبيقات الخاصة، للنظرية العامة للالتزام[٣]، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذا الضمان التزام يضاف فى بعض عقود المعاوضة التى يكون هناك محل فيها لخشية الدائن، أن ينخدع فى شأن الحقوق التى تؤول له من المتعاقد الآخر إلى بعض الالتزامات الناتجة عن العقد، وذلك ليكفل للدائن النتائج العملية للتنفيذ العادى للاتفاق. ويخلص هذا الرأى إلى أن المسئولية الخاصة ــ محل الدراسة ــ تواجه سوء تنفيذ المهندسين أو المقاولين لالتزامها طبقاً لقواعد فن المعمار وأصوله، فهذه مخالفة تزول بالتسليم، ولكنها فى الواقع تجازى "إخلالاً خاصاً بالتزام خاص

=بجلسة ١٩٣٩/١/٥ مجموعة عمر ــ جـ ٢ ــ ص ٤٥٢ ــ رقم ١٥٤ حيث أخذت محكمة النقض فى هذا الحكم بالاتجاه الذى يرى أن تسليم الأعمال ينهى عقد المقاولة راجع الفقه الفرنسى.

V. BERENGER Cite par caston P. 13 note 5 et pair BRICMON pp. 80 et 81 N 70.

من أحكام النقض الفرنسية المؤيد بهذا الاتجاه ــ نقض مدنى فرنسى فى ١٦ مايو ١٩٠٤ ــ داللوز ١٩٠٥-١-٣٩٣، نقض مدنى فى ١٨ يونية ١٩٢٩، داللوز الأسبوعى ١٩٢٩-٣٩٣.

(١) راجع فى ذلك: د. عاطف النقيب ــ النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصى ــ بيروت، الطبعة الأولى، عام ١٩٨٣، ص ٣٠ وما بعدها.

(٢) د. مصطفى كامل عصيمى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٩.

(٣) راجع فى عرض هذا الرأى، د ــ محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٩-٢٨١. وراجع من الفقه الفرنسى:

Soinne: Note civ Juillet 1968, J.C.P. 1969. p.389.

بضمان متانة البناء خلال مدة محددة". وهذا الالتزام الخاص ينشأ عند إبرام عقد المقاولة، ولكن لا يستفاد منه إلا بعد تسلم الأعمال.

ولكن هذا الرأى أيضاً، لم يسلم من النقد؛ ذلك لأنه يقوم على أساس خاطئ، فمسئولية المشيدين والمقاولين، فى التقنينات المدنية هى مسئولية من أجل الخطأ. ولا يصح القول بأنها مسئولية لضمان الخطر والدليل على ذلك، أن المسئول يستطيع دفع الضمان العشرى، عن طريق إثبات السبب الأجنبى وهذه النتيجة لا تتفق مع فكرة الضمان كما أن المسئولية العقدية، كافية لضمان تعويض رب العمل إذا ما أخل المشيد بالتزاماته، دون حاجة إلى فكرة تكميلية، بشرط مراعاة خصوصيات مسئولية المشيدين العقدية، وفقاً لإرادة المشرع[١].

ثالثاً: الاتجاه القائل بأن الضمان العشرى من طبيعة عقدية، نظم القانون أحكامها[٢]:

وهذا الاتجاه هو الغالب فى الفقه، حيث يرى هذا الاتجاه أن تسليم الأعمال، لا يمكن أن ينهى بذاته عقد المقاولة. وأن المسئول فى الضمان العشرى هو المهندس، وهو مرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة، موضوع هذا العقد هو قيام المسئول عن هذا الضمان، بعملية التشييد، وفقاً للتصميم المعد. وفى ذلك يقول أستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهورى "وهذه المسئولة هى لا شك مسئولية عقدية، لأنها تقوم على التزام عقدى أنشأه عقد المقاولة. وهذا يصدق أيضاً على المنشآت الثابتة على الأرض فهى كسائر المقاولات تنشئ التزاما فى ذمة المقاول أن تكون هذه المنشآت خالية من العيب، فإذا إنهدم البناء، أو ظهر عيب فيه تحققت المسئولية العقدية للمقاول، أو المهندس"[٣]. وفى هذا المعنى قال أستاذنا الدكتور لبيب شنب "فأطراف المسئولية إذن مرتبطان عقديًا، فضلاً عن ذلك فإن هذه المسئولية لا تتحقق إلا إذا حصل تهدم أو عيب، أى إذا حصل إخلال بالالتزام بسلامة البناء.

---

(١) راجع فى عرض هذه الانتقادات:

Caston. Op. Cit. P.32 es No.42.

وراجع أيضاً ما أشار إليه د ــ محمد شكرى سرور ــ هامش ٣٢٦، ص ٢٨١.

(٢) وهذا الاتجاه هو ما استقر عليه ــ تقريباً ــ حديثاً الفقه والقضاء سواء فى مصر أو فى فرنسا.

(٣) راجع فى ذلك: د. عبد الرازق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٤.

وهذا الالتزام ينشأ عن العقد المبرم بين المهندس والمقاول من جهة، ورب العمل من جهة أخرى، ولذلك فمن المسلم به أن مسئولية المهندس المعمارى والمقاول وفقاً لنص المادة ٦٥١ هى مسئولية عقدية؛ لأنها ناشئة عن الإخلال بالتزام عقدى، سواء نص على هذا الالتزام صراحة فى العقد، أم لم ينص لأن هذا الالتزام يترتب على كل عقد مقاولة بنص القانون"[١].

وقد أكدت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها هذا الاتجاه حيث قضت بأن "مسئولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقاً للمادة ٤٠٩ مدنى (من القانون السابق)، لا يمكن اعتبارها مسئولية تقصيرية أساسها الفعل الضار....، ولا يمكن كذلك اعتبارها قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسئولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة، وإنما هى مسئولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء، سواء نص عليها فى العقد أم لم ينص، كمسئولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها ما يترتب قانوناً على عقد البيع الصحيح"[٢].

وهذا المبدأ، وإن كان فى ظل القانون المدنى السابق، فإنه لم يتغير فى ظل القانون المدنى الحالى، وتطبيقاً لنفس المبدأ، فقد قضى حديثاً بأن "ضمان المهندس المعمارى أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ"[٣]، وقضى أيضاً بأن "ضمان المهندس المعمارى لتهدم البناء وللعيوب التى تهدد سلامته أساسه المسئولية العقدية المنصوص عليها فى المادتين ٦٥١، ٦٥٢ من القانون المدنى، فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه إلى المهندس المعمارى قبل رب العمل بهذا الضمان" [٤].

---

(١) د. محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٣-١٨٤ ــ بند ١١٩. وراجع أيضاً فى هذا المعنى: د. ناجى ياقوت ــ مسئولية المعماريين ــ سبق ذكره ــ ص ٢٩٤. د ــ محمد كامل مرسى ــ المرجع السابق ــ فقرة ٥٩٤.

(٢) راجع فى ذلك نقض مدنى مصر، جلسة ١٩٣٩/١/٥ ــمجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ــ ص ٤٥٢.

(٣) نقض مدنى مصرى فى ١٩٧٣/١١/٢ ــ مجموعة أحكام النقض ــ س ٢٤ ــ رقم ١٩٩، ص ١١٤٦.

(٤) نقض مدنى فى ١٩٧٢/٥/٣١ ــ س ٢٦ ــ ص ١٠٤٨.

وقد أيد ــ أيضاً ــ هذا الاتجاه، غالبية الفقه الفرنسى، فيرى بوبلى[١]، بقاء المهندس المعمارى والمقاول مسئولان بالضمان العشرى، رغم تسليم الأعمال، وذلك فى ضوء تحديد محل التزام كل منهما تجاه رب العمل. وقد أسس ــ سيادته ــ ذلك، بأن كل العقود التى يكون محل الالتزام فيها القيام بعمل، تتضمن مرحلتين، هما:

الأولى: مرحلة تنفيذ الالتزام.

والثانية: مرحلة التحقق من فاعلية أو جودة هذا التنفيذ ومدة هذه المرحلة الأخيرة هى مدة الضمان العشرى، أى المدة التى يتحمل ويلتزم فيها المقاول والمهندس المعمارى بالضمان، ويرى سيادته أن هذا ــ ما قاله ــ يصدق على عقد المقاولة، كما يصدق على عقد البيع...، أو على التعاقد مع جراح.

ويرى بعض الفقه[٢] أيضاً، معبراً عن نفس الفكر، أن عقد المقاولة لا يعتبر قد تم إنجازه، لمجرد تمام تنفيذ الالتزام بالتسليم؛ ذلك لأن التسليم ليس له أثر منهى، طالما أنه يمكن أن تكون هناك بعض العيوب الخفية، لذا نظم القانون فترة اختبار تترك لرب العمل، حتى يثبت من خلو المبنى الذى تم تشييده من العيوب.

وفى نفس الاتجاه، يرى بعض الفقه[٣]، أن الالتزام العقدى، يظل محتفظاً بخاصيته كالتزام عقدى، إلى نهاية التنفيذ الكامل للعقد، وأن استلام الأعمال لا يعنى موافقة أو إخلاء طرف، إلا بالقدر الذى يكون فيه الشىء الذى تم تسليمه معلوماً لرب العمل، فالتسليم ليس معناه تنازل هذا الأخير عن كل ضمان، بالنسبة للعيوب التى يجهلها.

وإذا كان الفقه ــ كما سبق أن بينا ــ قد اتفق، على أن المسئولية الخاصة للمهندس المعمارى والمقاول من طبيعة عقدية، إلا أن هذا الفقه قد تفرق إلى اتجاهين، هما:

الأول: يرى أن ضمان المهندس المعمارى والمقاول، هو مجرد تطبيق عادى، للقواعد العامة فى المسئولية العقدية[٤]، أى أنه ليس استثناء منها.

---

(١) راجع فى ذلك:

Boubli. : le point de la juris prudence sur la responsibilité des entreprencurs. J. C. P-1975-1-2721 N° 8. "la responsibilité des architectes, des entrepreneurs et autres locateurs d'ouvrages ed paris. 1971. P.IX". Soimne. OP. Cit. P.228.

(٢) Labin. Op. Cit., p.125.

(٣) Mazeaud. (H.L.J) P.81, No.1070.6

(٤) راجع من الفقه المصرى، عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٤. د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٨٣، ١٨٤، وراجع أيضا من الفقه الفرنسى

الثانى: ويرى أن هذا الضمان، يعد ضماناً استثنائيا، من القواعد العامة، للمسئولية العقدية[١]، وأضاف البعض منهم، أن المسئولية عن الضمان العشرى، من طبيعة عقدية أخضعها المشرع لنظام خاص، إلا أن هذا النظام الخاص لا يغير من طبيعتها.

وتذهب غالبية الفقه ــ المصرى والفرنسى ــ إلى أن المسئولية عن الضمان العشرى، من طبيعة عقدية، ونحن نميل إلى هذا الرأى، انطلاقا من أنه ينسجم مع روح النصوص القانونية التى تنظم صور المسئولية المدنية، وإذا كان أنصار هذا الاتجاه قد عرض حجج قد يبدو أن بها بعض الاختلاف، إلا أننا نرى أن جميع هذه الحجج تعبر عن معنى واحد، وإن اختلفت مبانيها فكل هذه الحجج تدور أصلاً، حول ارتباط رب العمل من جهة، والمهندس المعمارى أو المقاول من جهة أخرى، بعقد مقاولة، وأن التسليم لا ينهى هذا العقد، وأن حصول التهدم، أو ظهور عيب خلال مدة الضمان، يعد إخلالاً بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد؛ ذلك لأن التسليم لا يغطى إلا العيوب الظاهرة فقط وإن هذه المسئولية لا تقوم أصلاً بدون وجود عقد.

وإذا كان بعض الفقه، بعد أن سلم بأن المسئولية العشرية، من طبيعة عقدية، قد نظم المشرع بعد أحكامها، مما جعلها استثناء من القواعد العامة للمسئولية العقدية والبعض الآخر، رأى أن المسئولية العشرية، مجرد تطبيق عادى المسئولية العقدية فإننا لا نرى اختلافا بين هذين الرأيين ذلك لأن إخضاع المشرع، هذه المسئولية لتنظيم خاص، لم يخرجها عن طبيعتها العقدية[٢].

---

(١) =Boubli- Op. Cit. 1975, No.8. Lobin Op. Cit. P.125.
Boubli, Op. Cit. 1971, p.32. Planc Queel. A note. Civ. 19/12/1964.
D. 1965. –I- 409.
ويرى هذا الفقه أن المشرع، قصد من الضمان العشرى، توفير حماية خاصة لرب العمل فى مواجهة المشيدين، ذلك لعدم تخصصه وعدم معرفته بأصول فن المعمار.

(٢) وتجدر الإشارة عن البعض، قد عول على التنظيم القانونى للمسئولية الخاصة، إلى الحد، الذى أخرج هذه المسئولية عن الطبيعة العقدية، واعتبرها مسئولية قانونية بحته؛ نظراً لأن القانون هو الذى نظم أحكامها ونص عليها راجع فى ذلك:
Odent. Cours de contertiex administrative. les cours de droit, 1977, p.22.

فغنى عن البيان، أنه لم يعد غريباً، فى الوقت الحاضر، أن يتدخل المشرع فى المجال العقدى ليضع الكثير من الأحكام الأمرة التى تخالف المألوف والمعهود فى القواعد العامة وما يتفق عليه الأفراد وذلك انطلاقا من اعتبارات تتعلق بالنظام العام الاقتصادى والاجتماعى[١].

وتأكيد لذلك فإن البعض يرى أن "هذا التدخل يكون مدفوعا بجملة اعتبارات اجتماعية واقتصادية وسياسية وفنية تقوم أساساً على التضامن الاجتماعى، مستهدفاً وراءها مصلحة عامة أو خاصة جديرة بالحماية. ونظراً لتقدم العمران، وانتشار الحضارة، ازداد تغلغل الأعمال الهندسية فى جميع مرافق الحياة، وتعددت فروعها وتنوعت مسئولياتها بالشكل الذى جعل صلة الهندسة بالقانون، واعتمادها عليه أمر بالغ الأهمية.

ولذلك قرر القانون مبدأ هامًّا لحماية الأعمال وأصحاب الأعمال والصالح العام بأن جعل المهندس والمقاول مسئولين مسئولية تامة بالتضامن عن كل خطأ أو خلل يصيب المنشآت والأعمال التى يقومان بها لمدة عشر سنوات بعد انتهاء التنفيذ ليجعلهما حريصين غاية الحرص فى مراعاة الدقة والالتزام بالقواعد الفنية السليمة فى التنفيذ. كما أنها قررت أيضا لحماية رب العمل الذى غالباً ما يكون جاهلاً بأمور الفن فى البناء خلافاً للمقاول والمهندس اللذين يتمتعان بكفاءة ومقدرة فنية عالية فى هذا المجال ويفتقر إليها رب العمل فى غالب الأحوال. وقد دفع هذان الاعتباران المشرع إلى إقرار هذه المسئولية التى تكفل هو بتحديدها، ورسم مداها"[٢].

لذا فإن تنظيم المشرع لهذه المسئولية، تنظيماً خاصًّا، يتلاءم مع خصوصيات المشكلات العملية التى تنتج عن مقاولات المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى، محاولاً إقامة التوازن العادل والمعقول بين طرفى هذا النوع من العقود، على النحو الذى بيناه، لا يغير من الطبيعة العقدية لهذه المسئولية، فهى فى النهاية ــ كما يرى بعض الفقه ــ مؤسسة فى الأصل على"عقد سيئ تنفيذه"[٣].

---

(١) د. محمد حسين منصور ــ المرجع السابق ــ ص ٩٤.

(٢) راجع فى ذلك: د. فتحى غيث ــ قانون المهندس ــ طبيعة عام ١٩٦٠ ــ دار المعرفة ــ ص ١١.
راجع فى هذا المعنى أيضا. أ. عبد الرحيم عنبر ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٨.

(٣) راجع فى ذلك:
Boubli. 1975. No. 8, Planc Queel. Note D. 1965. Precite. P.409.

والخلاصة فى هذا الشأن، أن المسئولية العشرية[١]، هى إحدى التطبيقات الخاصة، للنظرية العامة للمسئولية العقدية[٢]. وتحديد الطبيعة القانونية، للضمان العشرى، وأنه من طبيعة عقدية، لها عظيم الأثر فى تحديد، ما إذا كان المقاول من الباطن سوف يخضع لهذه المسئولية أم لا؟

الفرع الثانى
حجج الاتجاه الرافض لتطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن

عرض وتقسيم:

الاتجاه المعارض لتطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن، قد استند إلى عدة اعتبارات، منها اعتبارات فنية (الغصن الأول)، واعتبارات مالية (الغصن الثانى) واعتبارات قانونية (الغصن الثالث). وسوف نستعرض هذه الاعتبارات بشىء من التوضيح.

=راجع أيضاً د. محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٠، حيث يرى سيادته أن المسئولية العشرية، هى إحدى التطبيقات الخاصة، للنظرية العامة للمسئولية العقدية، فلم يعتبرها سيادته أنها استثناءً أمن القواعد العامة للمسئولية العقدية، فتنظيمها التشريعى لم يخرجها عن طبيعتها العقدية، ويتفق سيادته مع الفقه الذى يرى، أن هذه المسئولية، تظل دائما مؤسسة الأصل على عقد سيئ تنفيذه.

(١) وينبنى على اعتبار المسئولية العشرية، من طبيعة عقدية، أن الخاضعين لهذه المسئولية، لا يسألون إلا عن الأضرار المتوقعة فقط، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٢٢١ مدنى مصرى. وراجع فى ذلك، د. محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ بند ٣٤٨ ص ٣٦٧. راجع أيضاً د. لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٤.

(٢) نود أن نشير هنا، أن هناك بعد الاتجاهات الأخرى، التى قيلت بشأن الطبيعة القانونية، للمسئولية العشرية منها ما قاله بعض شراح القانون العام من أنها "مسئولية لاحقة على العقد أنشأها القانون الخاص بين أشخاص ارتبطوا بعقد نفذ فيما بعد أو بين خلف هؤلاء الأشخاص".

راجع فى ذلك:

ODENT. Cité – Per – Costa – P. 46-Note 51.

ويرى بعض الفقه أيضاً، أن المسئولية العشرية تعد نظاماً مستقلاً اصلاً "لا يتبع مباشرة وكلية، أية طائفة من الأنظمة القانونية".

راجع فى ذلك: GABLDE. 1968 مشار إليه فى مرجع ــ د. محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ص ٢٨٢. ومن الفقه أيضاً من يرى، أن المسئولية العشرية، "مسئولية قانونية فى جوهرها لكن لها مع ذلك بعض الصفات التى تقر بها من المسئولية العقدية راجع فى هذا الرأى:

MODERNE (F): Les rapports entre responsibilité controctuelle et responsabilitié décennale et respoensabilité extracontractuelle.D.1971.1.ChrP.272. Col. 2. Note 64.

الفصل الأول
الاعتبارات الفنية ومدى صحتها

وهذه الاعتبارات إعتمد عليها المشرع، فى تبريره لتطبيق الضمان العشرى، على المقاول والمهندس المعمارى. فبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية، للقانون المدنى المصرى، يتضح أن المشرع قد أراد بتقريره الضمان العشرى، حماية رب العمل، انطلاقا من عدم خبرته من الناحية الفنية بفن التشييد والبناء، فإذا أراد أن يشيد بناء، أو يقيم منشأة ثابتة، فإنه يتعامل مع أهل فن وخبرة ودراية تامه بما هو جاهله. ومن هذا المنطلق هدف المشرع إلى حمايته من تلاعب المقاولين أو المهندسين، الذين قد يلجأ ــأو إلى بعضهم ــ إليهم، فى مجال التشييد والبناء، وقد يكون دافع هؤلاء إلى التلاعب، وعدم إتقانهم لعملهم وإخلاصهم فيه، معرفتهم بجهل رب العمل وعدم درايته. ولو أن المشرع قد قرر أن هناك تساويا بين خبرة رب العمل من جهة وخبرة وعلم المهندس والمقاول، فى مجال التشييد والبناء من جهة أخرى، لما أعوزه هذا التشدد فى حماية رب العمل، بتقريره هذا الضمان الخاص، ولاكتفى بالقواعد العامة، وبما تتضمنه من حماية لحقوقه[١].

وهذا الاعتبار أيضاً، هو ما دفع المشرع الفرنسى إلى تقرير الضمان العشرى، عند وضعه للمجموعة المدنية الفرنسية سنة ١٨٠٤، وأيضاً عند تعديله لأحكام هذه المسئولية سنة ١٩٦٧، فقد أقرعدم إخضاع المقاولين من الباطن لأحكام الضمان العشرى. وإذا رجعنا إلى الأعمال التحضيرية، للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، يتضح لنا، أن أثناء عرض مشروع هذا القانون المقدم من الحكومة، على مجلس الشيوخ فى لجنته التشريعية، اقترح أحد أعضاء هذه اللجنة[٢]، أن يكون

---

[١] راجع فى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد جـ ٥ ص ٢٣، حيث ورد بها ما نصه " ثم إستفسر فى اللجنة (لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب) عما إذا كانت المسئولية الاستثنائية الواردة بالمادة ٦٧٩ من المشروع (المادة ٦٥١ من القانون) تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، فأجيبت بأن الفقرة الرابعة من المادة ذاتها صريحة فى أن هذه المسئولية الاستثنائية استحدثها المشرع إلى جانب المسئولية المقررة بالقواعد العامة؛ لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره فى مستوى المهندس والمقاول من الناحية الفنية.. ". راجع فى ذلك د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٦٠ ص ٩٦-٩٧ هامش ١.

[٢] راجع فى ذلك، الجريدة الرسمية بفرنسا، الصادرة بتاريخ ٣ يناير سنة ١٩٧٦، ص ٤٥ وراجع اقتراح.

المقاول من الباطن مسئولاً بالتضامن مع المقاول الأصلى، عن الالتزامات التى تقرضها على عاتق هذا الأخير، المادة ١٧٩٢ مدنى وبعدها، وذلك من الوقت الذى يكون فيها رب العمل قد قبل المقاولة من الباطن، وأقر شروط الدفع التى وضعها أطرافها، طبقاً لما تقضى به المادة الثالثة من القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥، الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ الخاص بتنظيم عقد المقاولة من الباطن.

هذا، وقد طرح مشروع القانون فى مجلس الشيوخ متضمناً هذا الاقتراح، إلا أن هذا الاقتراح، قد تم حذفه من المشروع، لدى عرضه على الجمعية الوطنية (مجلس النواب)، وذلك لاعتراض بعض النواب عليه..

الغصن الثانى

الاعتبـــــارات الماليـــــــة

فيرى من يقول بها، أن المقاول من الباطن، أو الشركات التى تقوم بالمقاولة من الباطن، تكون ــ فى أغلب الأحوال ــ إمكانياتها المادية والتمويلية والفنية ضعيفة، وليس لديها الكفاءة المطلوبة، سواء من الناحية الفنية أو المالية، كى تكون قادرة على تحمل مسئولية العمل المطلوب تشييده فى مجموعه، فإذا أخضعنا المقاول من الباطن للمسئولية المشددة، فسوف يعرضه ذلك للإفلاس والانهيار[1].

الغصن الثالث

الاعتبارات القانونية

أما الاعتبارات القانونية، فمؤداها ثلاثة أمور، **الأمر الأول:** يرى البعض أن إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشرى، فيه مخالفة القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ سالف الذكر، ذلك القانون الذى صدر بقصد حماية المقاولين من الباطن،

=M. Plollet "La Saus-traitanst accepte par le maitre de M. Pillet l'suvrage, dans les conditions visees a l'l article de lation 75, 133 4 du 31 dec 1915 soit salidaire meut responsible des abligations mise a la charge du lacateur douvrage par les art 1998 ets je deb ass No. 20 dec 1977, p.8980.

[1] راجع فى ذلك:

Bigot (J): La reforme de l'assurance construction ed l'arhus p.72-43 Paris-1980.

من إفلاس أو تصفية أعمال المقاول الأصلى، والذى جعل هذا الأخير مسئولاً عن المقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل[١].

الأمر الثانى: أن الضمان العشرى، يتطلب لتطبيق أحكامه، وجود عقد مقاولة يربط بين رب العمل من جهة، والمقاول من جهة أخرى، وهذا العقد غير موجود بين رب العمل والمقاول من الباطن. ففى عملية المقاولة من الباطن، يوجد عقدان، هما عقد المقاولة الأصلى ويربط بين رب العمل والمقاول الأصلى، وعقد المقاولة من الباطن ويربط بين هذا الأخير والمقاول من الباطن. وهذان العقدان، وإن تداخلا موضوعاً، إلا أنهم اختلفا أشخاصاً. وتطبيقاً لمبدأ نسبية ــ كما يراه أيضاً هذا الاتجاه ــ أثر العقد، فإنه لا يمكن تطبيقه أحكام الضمان العشرى على المقاول من الباطن، دون أن يربطه برب العمل عقد مقاولة[٢].

الأمر الثالث: ويتعلق باستبعاد تطبيق الضمان العشرى، على المقاول من الباطن، فيما يتعلق بعلاقته مع المقاول الأصلى[٣]. بالرغم من ارتباط هذا الأخير مع المقاول من الباطن بعقد مقاولة، ويعد المقاول الأصلى بمثابة رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن، كما أن هذا الأخير يعد من الناحية الفعلية مشيداً إذا كان الأمر يتعلق بمقاولات البناء والمنشآت الثابتة.

ففى مصر، يبرر الفقه هذا الرأى، بأن المشرع ــ فى المادة ٤/٦٥١ مدنى مصرى ــ قد نص على أنه "ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن"، فهم يرون أن هذه الفقرة، صريحة فى أن

---

(١) وهذا الاعتبار هو ما قاله بعض نواب الجمعية الوطنية، راجع فى ذلك الجريدة الرسمية لمناقشات الجمعية الوطنية الفرنسية (J.O.Deo.AN) فى ديسمبر ١٩٧٧.
Caston (A): La responsabilite des constructeure No.391, p.183.

(٢) راجع فى ذلك (Coston) نفس الهامش السابق. راجع أيضا د. ناجى ياقوت ــ مسئولية المعماريين ــ سبق ذكره ــ ص ٣٠-٣١. د. محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٠٥ ــ ص ١٥٩.

(٣) وإذا كان موضوع بحثنا هو العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وأنه يجب التركيز على هذه العلاقة. وأن عدم تطبيق الضمان العشرى على العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، تخرج عن موضوع البحث، إلا أننا وجدنا من الأهمية أن ندرس بإيجاز هذا الموضوع فى هذا الموضع، لأن استبعاد المشرع والقضاء لتطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن قد ساهم فى خلق شعور عام عند بعض الفقه والقضاء دفعهم إلى استبعاد تطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن فى علاقته مع رب العمل الأصلى.

أحكام الضمان العشرى، لا يطبق على العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن[١].

هذا، وقد ذهب الفقه المصرى[٢]، وهو بصدد تعليقه على هذه الفقرة، إلى أنه يجب أن يكون، عقد المقاولة قد أبرم مع رب العمل الأصلى[٣]، حتى يمكن تطبيق أحكام الضمان العشرى ولما كان عقد المقاولة من الباطن، لم يبرمه المقاول من الباطن مع رب العمل، فإن الضمان العشرى ــ والحال هكذا ــ قد فقد شرط تطبيقه، فضلاً عن ذلك، فإن الضمان العشرى، يعد مسئولية خاصة، تقررت بنصوص خاصة، استثناء من القواعد العامة، والاستثناء لا يجوز أن يتجاوز فى تفسيره مورد النص، كما أنه لا يجوز القياس عليه أو التوسع فيه.

أما فى فرنسا، وعلى الرغم من عدم وجود نص مماثل، لنص المادة ٦٥١ /٤ من القانون المصرى، إلا أنه الرأى الغالب فقهاً وقضاءً، يذهب إلى عدم خضوع العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، لأحكام الضمان العشرى، ويرى الفقه فى هذا الصدد، أن استبعاد الضمان العشرى فى هذا الخصوص، يرجع إلى اشتراط القانون رقم ٦٧-٣ بتاريخ ٣ يناير ١٩٦٧، وكذا المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى، وجود عقد مقاولة مبرم مع رب العمل.

وفى هذا الشأن يقول أحد الفقه "ولما كان المقاول من الباطن لا يرتبط برب العمل بعقد مقاولة؛ لذا فإن أحكام القانون المدنى المنظمة للعلاقة التعاقدية بين المقاول ورب العمل لا تطبق على العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن. فالحكمة التى تغياها المشرع من أحكام المسئولية العشرية، وهى توفير

---

(١) راجع لتوضيح ذلك، الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، حيث بررت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون حكم الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ منه بالآتى "أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان وليس هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهم". مجموعة الأعمال التحضيرية ــ ج ٥ ــ ص ٢٣.

(٢) راجع فى هذا الصدد. د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٦٣ ــ ص ١٠٣، هامش (٢) نفس الصفحة، د. محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ بند ١٧٤ ــ ص ١٩٩. د. محمد ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠-٣١. د. محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ١٠٥ ــ ص ١٦١. ويرى سيادته أنه: "لا تنطبق المادة ٦٥١ فى العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، فلا يلتزم هذا الأخير بالضمان قبل المقاول الأصلى لانتقاء حكمة التشديد".

(٣) تميزاً لأنه عن المقاول الأصلى الذى يعتبره الفقه بمثابة رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن.

الحماية القانونية لرب العمل، باعتباره من غير المهنيين المتخصصين لا تتحقق فى العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن" [١]. هذا وقد ذهب الفقه الفرنسى، إلى أن المادة ١/١٧٩٢ مدنى فرنسى، قد حددت على سبيل الحصر، الأشخاص الخاضعين لأحكام الضمان العشرى، وليس من بينهم المقاول من الباطن. وفى ذلك دلالة على رغبة المشرع فى استثنائهم من الخضوع لهذا الضمان، فلو أن المشرع أراد إخضاعه لحكم الضمان العشرى لصرح بذلك، خاصة وأنه يعلم أنه إذا وضع مثل هذا النص، فإنه يضع نصًّا استثنائيا يتخطى به القواعد العامة[٢].

هذا، وتواترت أحكام القضاء الفرنسى[٣]، على استبعاد المقاول من الباطن من الخضوع للضمان العشرى، فى علاقته بالمقاول الأصلى ولم يخرج القضاء فى تبريره لذلك عن تبرير الفقه.

تلك هى الاعتبارات الفنية والمالية، والقانونية التى دفعت المشرعين المصرى، والفرنسى ــ قديماً وحديثاً ــ وكذا القضاء وبعض الفقه، إلى إقصاء المقاول من الباطن من الضمان العشرى.

---

(١) راجع فى ذلك، (ليت فو) L. Veaux J. Cl., Const 201- Cno.13.

(٢) راجع فى ذلك د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٤. وراجع أيضاً د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥-١١٧.

(٣) وأحكام القضاء الفرنسى كثيرة فى هذا الصدد، نذكر منها Cass. Cin.17Dec. 1997, Precte حيث جاء فى هذا الحكم "لما كان المقاول من الباطن، لا يلتزم إلا فى مواجهة المقاول الأصلى، بالتزام عقدى بتحقيق نتيجة، لذا فإنه لا يخضع لقرينة المسئولية العشرية المنصوص عليها فى المادة ١٧٩٢ مدنى، ومن ثم لا يسأل مسئولية عشرية. راجع أيضا الأحكام الآتية الصادرة من محكمة النقض الفرنسية

Cass-Ciu, 20 Juin 1989. Cass-Ciu 17 Jull, 1992.

وفى الكويت، فإنه ــ أيضا ــ على الرغم، من عدم وجود نص يمنع من خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى فى علاقته بالمقاول الأصلى، إلا أن القضاء الكويتى قد تواترت أحكامه على عدم خضوعه لهذا الضمان، ولذات الاعتبارات التى قامت لدى المشرع المصرى، وكذا القضاء وبعض الفقه فى فرنسا، وهذا واضح من قضاء محكمة استئناف الكويت أن "المادة ٦٩٠ من القانون المدنى وردت لتحمى رب العمل، وهو عادة رجل غير فنى قليل الخبرة، من المقاول، وهو دائما رجل فنى واسع الخبرة، ومن ثم لا يسرى إلا على عقد المقاولة المبرم بين رب العمل الأصلى والمقاول، أما عقد المقاولة المبرم بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن فلا يسرى عليه نص المادة آنفة الذكر، وذلك أن حكمة هذا النص لا تتوافر فى العلاقة بين هذين المقاولين، إذ هما يتساويان فى المعرفة الفنية والخبرة، ومن ثم يكفى فى العلاقة بينهما أن تسرى فى القواعد العامة، راجع فى ذلك حكم محكمة استئناف الكويت ت الصادر فى ٢٦ ديسمبر ١٩٨١ فى الدعوى رقم ٢١٢ تجارى غير منشور.

إلا أن هذه الحجج والأسانيد تحتاج إلى مناقشة وتحليل، حتى يمكننا الوقوف على ما إذا كان يمكن استثناء المقاول من الباطن من الضمان العشرى أم لا، وهذا هو ما سوف نعرض له فيما يلى ثم نتبعه برأينا فى الموضوع.

الفرع الثالث
مناقشة وتحليل الاعتبارات والحجج والأسانيد القانونية

تمهيد وتقسيم:

يجب أن نسجل أولاً ما لهذه الاعتبارات والأسانيد من وجاهة، وتضمنها لبعض القوة، تجعلها قادرة على الإقناع. ويرجع ذلك لسببين، الأول: استنادها إلى التفسير الصحيح للنصوص القانونية، ففى مصر نجد نص المادة ٦٥١ /٤ مدنى مصرى وجاءت صريحة فى عدم تطبيق أحكام الضمان العشرى، على العلاقة بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلى. كما أن المقاول من الباطن، لا يلتزم بالضمان العشرى فى مواجهة رب العمل، لعدم وجود عقد يربط بينه وبين هذا الأخير، هو أحد شروط تطبيق هذا الضمان. أما فى فرنسا فنجد نص المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى، والتى اشترطت لتطبيق أحكام الضمان العشرى، وجود عقد مقاولة مبرم مع رب العمل، كما أن هذه المادة قد حددت على سبيل الحصر المشيدين الذين يخضعون للضمان العشرى، ولم تذكر منهم المقاول من الباطن.

أما السبب الثانى: تواتر أحكام القضاء، على استبعاد المقاول من الباطن من الخضوع للضمان العشرى، سواء فى مصر أو فرنسا.

إلا أننا نرى ــ مع بعض الفقه[1] ــ أن هذه الاعتبارات والأسانيد، يجب أن ينظر إليها ويجب تقييمها من خلال الواقع العملى، الذى يؤكد انتشار ظاهرة المقاولين من الباطن، والدور الذى يلعبه المقاولون من الباطن فى حياتنا اليومية، مع ازدياد ظاهرة التخصص، الأمر الذى زاد من كثرة اللجوء إليهم، وإسناد مهام خطيرة إليهم، وقيامهم من الناحية العملية ــ فعلاً ــ بنفس المهام، التى يقوم بها

---

(١) راجع فى ذلك، د. عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٨ د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٩.

المقاول الأصلى فى مجال التشييد والبناء، بل أكثر من ذلك قد يعهد هذا الأخير إلى المقاول من الباطن بتنفيذ ــ تنفيذاً فعليًا ــ كل الصفقة، التى أبرمها مع رب العمل.

لذا فإننا سوف نقوم بمناقشة وتحليل، هذه الاعتبارات والأسانيد حتى يتبين لنا وجه الصواب في هذا الموضوع، وسنبدأ بمناقشة وتحليل الاعتبارات الفنية (الغصن الأول) ثم الاعتبارات المالية (الغصن الثانى)، ثم بعد ذلك الحجج والأسانيد القانونية (الغصن الثالث).

الغصن الأول
مناقشة وتحليل الاعتبارات الفنية والرد عليها

ويخلص هذا الاعتبار، إلى أن المشرع إنما أراد بتقريره الضمان العشرى حماية رب العمل، ذلك لأنه غريب عن مجال التشييد والبناء، وليست له دراية فنية به، فأراد المشرع حمايته، من تلاعب المقاولين والمهندسين، وعدم إخلاصهم فى عملهم، وهم أهل الخبرة والدراية فى هذا المجال. وأول ما قيل فى هذا الاعتبار قائم بالنسبة لرب العمل، فى مواجهة المقاول من الباطن. إلا أنه يمكن الرد على ذلك، بأن المقاول الأصلى، يظل مسئولاً مسئولية خاصة عن أعمال المقاول من الباطن تجاه رب العمل، تأسيساً على التزامه بأعمال مساعديه، ولو لم يعتبروا من أتباعه بالمعنى المفهوم بشأن التزام المتبوع بتعويض الضرر الناتج عن أعمال التابع، كما لو كانوا مقاولين من الباطن[1].

إلا أننا يمكننا الرد ــ مع بعض الفقه ــ على هذه الحجة كما يلى:

أولاً: إذا كان مبرر المشرع فى تقريره لهذا الضمان حماية رب العمل على الوجه الذى بيناه، فإن ذات المبرر قائم بالنسبة لرب العمل، فى مواجهة المقاول من الباطن. وإذا قيل ــ ردًا على ذلك ــ أن المقاول الأصلى، يظل مسئولاً مسئولية خاصة عن أعمال المقاول من الباطن، فى مواجهة رب العمل وإن هذه

---

[1] راجع فى ذلك، أوبرى ورو دأسان والمرجع السابق ــ ج٤ بند ٣٧٤ ــ ص ٤١٤ وهما من أنصار الاتجاه الرافض، لتطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن. راجع أيضاً نص المادة ٢/٦٦١ مدنى مصرى، حيث جرى نصها على النحو التالى"ولكنه يبقى فى هذه الحالة (أى المقاول الأصلى) مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل". راجع أيضاً فى هذا المعنى. د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٦٢، ص ١٠٢.

المسئولية المشددة، سوف تجعل المقاول الأصلى يشدد من رقابته، على المقاول من الباطن، مما يدفع هذا الأخير إلى إتقان عمله[١]. فهذا القول مردود عليه. بأن مسئولية المقاول الأصلى عن أعمال المقاول من الباطن، لا ترقى إلى اعتبارها كمسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه، لأن هذا الأخير يباشر عمله باستقلال عن المقاول الأصلى وتطبيقاً لذلك حكم، بمسئولية المقاول الأصلى بوصفه ضامناً لأعمال المقاول من الباطن[٢]. فضلاً عن ذلك أن ما تبناه المشرع من حماية لرب العمل قد تهدر تماماً، خاصة فى حالة رجوع رب العمل على المقاول الأصلى بالضمان، عند حدوث سببه خلال مدة العشر سنوات، فلم يجد هذا الأخير، كما لو كان المقاول الأصلى شركة تمت تصفيتها قبل حدوث سبب الضمان، أو كان أجنبيًّا وعاد إلى وطنه، أو كان قد توفى ولم يكن له خلف عام. ففى هذه الحالة لن تتحقق حماية لرب العمل. بمقتضى القواعد الناظمة للضمان العشرى، ذلك لأن رب العمل فى هذه الحالة لن يستطيع مطالبة المقاول من الباطن بالضمان، لعدم خضوعه ــ وفقاً للرأى محل المناقشة ــ له، بالرغم من أنه قد يكون هو المنفذ الفعلى لكل البناء، أو لجزء منه، وقد يكون هو المتسبب فى حدوث التهدم أو العيب. وبالتالى فإنه باستبعاد المقاول من الباطن من الضمان العشرى، استنادا إلى مسئولية المقاول الأصلى عنه، قد تؤدى إلى إهدار حماية ــ كما بينا ــ رب العمل، وبالتالى إهدار الاعتبار الذى من أجله شرعت القواعد الناظمة للضمان العشرى، مما قد يفرغ إرادة المشرع من مضمونها. خاصة وأن حدوث سبب الضمان يكون ــ وفقاً لأحكام الضمان ــ بعد تسليم العمل، وقبوله من قبل رب العمل.

ثانياً: وإذا كنا نرى، أن القول، بأن عدم دراية رب العمل الفنية فى مواجهة المقاول الأصلى، تتوافر أيضاً فى مواجهة المقاول من الباطن، ومن ثم كان من المنطقى انسحاب أحكام الضمان العشرى على هذا الأخير، لتوافر ذات العلة التى تقرر من أجلها هذا الضمان. فعدم دراية رب العمل الفنية، تقوم أيضاً فى مواجهة المقاول من الباطن المتخصص فى أعمال التشييد والبناء.

---

(١) راجع فى ذلك، د. مصطفى كامل عصيمى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢٧ وما بعدها.

(٢) iv. 13. 3-1991, Bull. Civ. n°. 90.

والدليل على ذلك، أن القضاء سواء فى مصر أو فرنسا، لم يقتصر فى تطبيق أحكام الضمان العشرى، على المهندس المعمارى والمقاول، استنادا إلى أسباب شخصية، تتعلق بشخصيتهما، وإنما طبق أحكام هذا الضمان، استنادا إلى معيار أكثر موضوعية، حيث إنه أخضع كل من يباشر مهام هذه الشخصية لأحكام الضمان العشرى. ولو افتقد الصفة أو أعوزه اللقب ما دام من يباشر هذا العمل، كان مرتبطاً مع رب العمل بعقد مقاولة[١].

ويبنى على ما تقدم، أن أساس تطبيق الضمان العشرى، هو مباشرة مهام التشييد والبناء، أى مباشرة مهمة كل من المهندس والمقاول. ولما كان المقاول من الباطن يباشر هذه المهمة، فإن المنطق يقضى، بخضوعه لأحكام هذا الضمان، ذلك لقيامه فعلا بتنفيذ كل العمل أو ــ على الأقل ــ جزء منه .

وإذا كان أساس تطبيق أحكام الضمان العشرى، هو مباشرة مهام التشييد والبناء، أى مباشرة مهمة المهندس المعمارى والمقاول فإننا نتساءل مع بعض الفقه[٢]، لماذا إذن، لم يخضع المقاول من الباطن لأحكام هذا الضمان؟، أو ليس المقاول من الباطن، مقاولاً فعلاً؟، أو ليس هو الذى يقوم فعلاً بتنفيذ العمل كله، أو على الأقل جزءاً منه؟. خاصة أن من أخص أعمال المقاول من الباطن، هو تنفيذ العمل. فلِمَ إذن يخضع المقاول الأصلى للضمان العشرى، بالرغم من أنه قد لا يباشر من التنفيذ شيئا بينما يفلت من هذا الضمان المقاول من الباطن، بالرغم من أنه قد يباشر تنفيذه كله، أو ــ على الأقل ــ جزء منه؟.

---

(١) راجع فى ذلك، ما أسلفناه، فى هذا البحث بخصوص المسئولين بالضمان العشرى ــ ص ٤٣٨، وراجع ما أشرنا إليه من مراجع فى هامش رقم ٢، ٣، ٤ فى نفس الصفحات وراجع أيضاً فى هذا المعنى د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ص ٤٣٣، د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ت بند ٦٢، ص ١٠١. د. عبد الناصر توفيق العطار ــ تشريعات تنظيم المبانى ومسئولية المهندس والمقاول ــ مطبعة السعادة ــ عام ١٩٧٢ بند ٥٢ ــ ص ١٢٢ وما بعدها. د. محمد ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ بند ٨ ــ ص ٢٢-٢٣، وراجع أيضاً ما أشار إليه سياته من مراجع فى الصفحات المشار إليها.

Karila (JP): La reconnaissance de responsabilité constructeurs, conditions des existence des effects "G.P." 1978, 2, p.35. ets.

(٢) راجع فى هذا المعنى د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٣ د. عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٨-١١٩.

ثالثاً: وإذا كنا لا نشك فى انصراف إرادة المشرع، نحو تقرير الضمان العشرى، لحماية رب العمل المفتقر إلى الدراية الفنية، فى مواجهة المقاول الأصلى والمهندس المعمارى، إلا أنه ليس معنى ذلك أنه أهدر المصلحة العامة، فهذه المصلحة تقتضى "سريان هذه المسئولية تجاه المقاول من الباطن حتى تكون دافعاً له على ضرورة إتقان ما يؤديه من عمل، لأن أى إهمال فى أداء العمل ينعكس بالضرر على المجتمع حيث يضار بعض أفراد الجماعة المستخدمين لهذا البناء"[١]. وإذا كان المشرع لم يخضع المقاول من الباطن للضمان العشرى، لحماية مصلحته الخاصة، فإن حماية المصلحة العامة أولى وأوجب، وليس أدل على أن المشرع لم يهمل المصلحة العامة، فى تقريره الضمان العشرى، من أنه قد ربط بين هذا الضمان والنظام العام، فقيد من حرية الأفراد فى تعطيل أحكام هذا الضمان، أو الحد منه[٢]، وذلك بنصه فى المادة ٦٥٣ مدنى مصرى على أنه "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه". كما قضى نص المادة ١٧٩٢/٥ مدنى فرنسى، بطلان كل شرط فى العقد يكون مقتضاه استبعاد المسئولية المنصوص عليها، فى المواد ١٧٩٢/١، ١٧٩٢/٢ أو الحد من هذه المسئولية، أو استبعاد الضمان المنصوص عليه فى المادة ١٧٩٢/٣ أو التضييق من نطاقه أو استبعاد التضامن المنصوص عليه فى المادة ١٧٩٢/٤ أو الحد منه. وبذلك جعل المشرع، سواء فى مصر أو فرنسا، البطلان جزاء كل بند يدرج فى العقد يلغى الضمان العشرى، أو يحد منه[٣].

وهذا كله يعنى أن المشرعين المصرى والفرنسى قد تغييا المصلحة العامة بتقريره الربط بين الضمان العشرى وبين النظام العام، على النحو الذى بيناه، مما يستوجب خضوع المقاول من الباطن لهذا الضمان.

---

(١) راجع فى ذلك، د. رأفت محمد أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٣.

(٢) راجع فى ذلك. د ــ فتحى غيث ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤، د. عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٧٥، ص ١٣٢-١٣٣.

(٣) وقضى، بأن مقتضى ما نصت عليه المادتان ٦٥١، ٦٥٣ من القانون المدنى (المصرى) أن كل شرط فى عقد الصلح يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من ضمان ما لم يكن ممن انكشف وقت إبرامه من العيوب التى يشملها الضمان يكون باطلاً ولا يعتد به، إذ لا يجوز نزول رب العمل مقدماً، وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه فى الرجوع. راجع نقض مدنى مصرى الصادر بجلسة ١٩٦٧/٤/١٣ طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ ق ــ مجموعة أحكام النقض ــ الدائرة المدنية ــ س ١٨ ــ ص ٨٣٥.

ومما يزيدنا يقيناً بضرورة خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، أن عدم خضوعه لهذا الضمان فيه إهدار لمصلحة المقاول الأصلى، فهذا الأخير يكتسب مركز رب العمل فى علاقته بالمقاول من الباطن، وسوف يضار من جراء عدم خضوع العلاقة بينه وبين المقاول من الباطن للضمان العشرى. ذلك لأن المقاول الأصلى سوف يتحمل وحده آثار الضمان العشرى فى مواجهة رب العمل، وذلك فى الوقت، الذى قد يكون فيه، سبب عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب، الذى أنشأ سبب الضمان راجعاً للمقاول من الباطن. وتكون النتيجة، أن يسأل المقاول الأصلى طبقاً لأحكام الضمان العشرى، دون أن يكون له حق الرجوع على المقاول من الباطن بالأحكام نفسها التى أدين بها. صحيح أن للمقاول الأصلى الحق فى الرجوع على المقاول من الباطن بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، إلا أنه مما لا شك فيه، أن أحكام الضمان العشرى تعد أشد، إذا ما قورنت بأحكام المسئولية العقدية، فالأولى قد صيغت بقواعد آمرة، لا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو الحد منها، أما المسئولية العقدية فيمكن الاتفاق على الحد أو الإعفاء منها. والعدالة تأبى الرجوع على المقاول الأصلى بأحكام مشددة، ولا تخوله الرجوع على المقاول من الباطن، إلا بقواعد المسئولية العقدية المخففه[١].

ولا ينال من ذلك، القول بأن المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، متساويان من الناحية الفنية، ومن ثم فليس هناك حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية بينهما[٢]. فهذا القول مردود عليه، بأن الواقع العملى يؤكد أن الأساس فى التقاول من الباطن ليس فى القوة أو الضعف الفنى، وإنما فى نوع التخصص، وقدرة المقاول الأصلى على القيام به من الناحية الفنية. فإذا قرر هذا الأخير أنه قادر على القيام بالتخصص من الناحية الفنية، فلن تكن له حاجة إلى التقاول من الباطن، أما إذا لم تكن لديه قدرة فنية كافية للقيام بما عهد إليه أو بجزء منه، فإنه فى هذه الحالة سوف يكون فى حاجة إلى أن يعهد بهذه الأعمال، إلى مقاول من الباطن يكون

---

(١) راجع فى ذلك، د ــ أحمد السعيد الزقرد ــ دعوى المشترى بالضمان الخاص للمبانى والإنشاءات فى مواجهة المقاول أو المهندس ــ مجلة الحقوق الكويتية ــ عدد خاص ــ السنة الثانية والعشرون ــ العدد الثانى ــ يونيو ١٩٩٨ ــ ص ٥٤٢ فقرة ٦٢ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك، مجموعة الأعمال التحضيرية ــ ج٥ ــ ص ٢٣ سبق الإشارة إليها. راجع فى هذا البحث ص كذا هامش نفس الصفحة.

متخصصا وذا كفاءة فنية كافية. أى أن المقاول الأصلى، غالباً، ما يلجأ إلى مقاول من الباطن، لتنفيذ الأجزاء من العمل، التى لا طاقة له بها فنيًا، منها ــ مثلاً ــ أعمال الحفر ودق الأساسات والتركيبات الفنية الكبرى التى يحتاج إليها البناء، وهذه الأعمال تعد على درجة عالية من الأهمية، وأن التهاون فى تنفيذها، أو تنفيذها ممن ليس صاحب كفاءة فنية، كما لو قام بها المقاول الأصلى بنفسه دون أن تتوافر فيه الدراية الفنية الكافية، فإن ذلك غالباً ما يكون سبباً فى الحوادث والانهيارات التى تحدث فى المنشآت والأبنية[١].

ونخلص من ذلك أن المقاول الأصلى، إذ يلجأ إلى المقاول من الباطن فإنه يكون ــ فى أغلب الأحوال ــ غير متساوٍ معه من الناحية الفنية، بخصوص العمل الذى عهد به إليه، ومما يؤكد اقتناعنا بذلك، فضلاً عما ذكرنا آنفاً. أنه من ناحية، أن رب العمل عادة ما يفضل اللجوء إلى مقاول أصلى واحد، حتى يكون مسئولاً أمامه عن جميع الأعمال محل المقاولة، وقد يكون هذا المقاول ليس على دراية فنية بكافة الأعمال محل المقاولة، لحاجة هذه الأعمال إلى تخصصات مختلفة، فيلجأ بدوره إلى مقاولين من الباطن من المتخصصين فى هذه الأعمال، وأصحاب خبرة ودراية فنية بها أكثر منه. وذلك يظهر واضحاً فى المقاولة من الباطن ذات الطبيعة التكاملية[٢].

ومن ناحية أخرى، فليس هناك فى الواقع، مجالان عمل مستقلان، لكل من المقاولات الأصلية والمقاولات من الباطن، فالأمر جد مختلط[٣]. لأن الأساس فى التقاول من الباطن ــ كما بينا ــ هو حاجة المقاول الأصلى، إلى خبرات فنية فى تخصصات ليست لديه، أو كانت لديه إلا أنها ليست كافية لإنجاز العمل. وهذا يعنى أن المقاول الأصلى إذ يلجأ إلى مقاول من الباطن، فغالباً ما يكون ذلك لفقد فى الخبرة والدراية الفنية فيلجأ بسبب ذلك للمقاول من الباطن، أو تكون خبرته ودرايته بالتخصص غير كافية، أى أقل من خبرة وكفاءة المقاول من الباطن، وفى الحالتين

---

(١) راجع فى عرض ذلك، د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤٤. ود ــ رأفت محمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٢-١٨٣.

وراجع أيضاً: Bigot-Op-Cit.P.42-43.

(٢) راجع فى ذلك، فى هذا البحث صور المقاولة من الباطن، ص ٥٢ ومابعدها.

(٣) راجع فى ذلك: د. عبد الرازق يس ــ الهامش السابق.

فعدم التساوى واضح بين خبرة ودراية المقاول الأصلى وخبرة ودراية المقاول من الباطن. الأمر الذى يجعل هذه الحجة غير مقنعة، عند تبرير عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، فى علاقته بالمقاول الأصلى. فتكون النتيجة هو إهدار حماية ــ كما أسلفنا ــ هذا الأخير، دون مبرر مقنع. وغنى عن البيان، أن حماية المقاول الأصلى، بتقرير خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، سوف يدعم ما تغياه المشرع من حماية للمصلحة العامة. فالمقاول الأصلى هو، من ناحية أحد أفراد المجتمع، الذين تجب حمايتهم، أو على الأقل يجب عدم الإضرار بهم، ومن ناحية أخرى، هو أحد أعمدة وأركان عملية التقاول من الباطن، التى لا وجود لها إلا به. فحمايته تعنى تدعيم سبل وأسباب نجاح هذه الظاهرة، التى أصبح لا غنى ــ كما بينا ــ فى الوقت الحاضر.

الفصل الثانى

مدى صحة الاعتبارات المالية

فيرى ــ أيضاً ــ الاتجاه الرافض، لخضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، أن السبب يرجع إلى الضعف المالى والتمويلى والفنى للمقاولين من الباطن، أو شركات المقاولة من الباطن، لذا وجب حمايتهم من جانب المشرع، حتى لا ينهار هذا النوع من النشاط، إذا تم إخضاع القائمين به للضمان العشرى[1].

وهذه الحجة وإن كانت مستندة إلى الواقع إلا أنه يمكن الرد عليها ــ أيضاً ــ بأدلة واقعية. وفى هذا الصدد نود أن نشير إلى ما سبق أن بينا، وإلى ما قاله بعض الفقه، من أن ما يجرى عليه العمل ــ فعلاً ــ فى مجال التشييد والبناء سواء فى مصر أو فرنسا هو إسناد المقاول الأصلى للمقاول من الباطن الأعمال التى لا طاقة للأول بها فنيًا أو ماديًا، كأعمال الأساسات والتركيبات الفنية الكبرى التى يحتاجها البناء، والتى تحتاج إلى تخصص وكفاءة فنية وقدرة عالية لا تتوافر غالباً فى جانب المقاول الأصلى. وقد يعترض البعض على ذلك بقولهم بأنه "فى مصر كثير من عقود المقاولين العرب عثمان تتم بمقاولين من الباطن مع أن المقاولين

---

[1] راجع فى ذلك:

Roussel (A) et Colloborteurs, Responsibilité et Assurances des constructeurs "Guide pratique et Theorique, Paris 1978, P.3E8; Bigot Op.Cit. P42-43.

العرب أكثر قدرة وتخصصاً". ولكن يمكن الرد على ذلك: بأن هذه الحالة مبنية على الأمر النادر وليس الأمر الغالب. فالغالب أن معظم شركات المقاولات، ليست متخصصة فى جميع أعمال البناء والتشييد، وإنما يكون تخصصها فى فرع فقط من هذه الأعمال، أما باقى الأعمال والتجهيزات، فغالباً ما تكون ليست متخصصة فيها، وتستعين بمقاولى البناء من الباطن المتخصصين، خاصة فى ظل نظام المناقصات التى يدخلها معظم الشركات استنادا إلى سبق الأعمال فقط، والتى قد تكون ــ أصلاً ــ تمت بواسطة مقاولى البناء من الباطن، واعتمادا فقط على القدرة المالية وحسن السمعة، كما أن تفرع عمليات البناء وتشعبها تستلزم الاستعانة بمقاولى البناء من الباطن كل فى تخصصه[١].

ولا يختلف الوضع فى فرنسا، عن الواقع العملى فى مصر، إذ يضرب الفقه الفرنسى[٢]، مثالاً ــ يؤيد ما سبق ــ عمليًا لذلك، "بأن أكبر مركز ثقافى، وهو المسمى (بمركز بمبيدو) قام بتنفيذ أعمال التركيبات، وأعمال التكييف المركزى فيه هما شركتان تقاولتا على تنفيذ كل هذه الأعمال من الباطن، علماً بأن هذا الذى قامتا به الأكثر أهمية سواء من حيث الكم والكيف مما قام به المقاول الأصلى فى العملية...".

وهذه الأمثلة العملية، لما يجرى عليه العمل فعلاً، سواء فى مصر أو فرنسا، تهدم الاستدلال بهذه الحجة، وتؤكد ما سبق أن أوضحناه، من أن الأساس فى إسناد العمل للمقاول من الباطن، ليس فى الفقر أو الغنى المالى، أو القوة أو الضعف الفنى، وإنما هو فى نوع التخصص، ومدى قدرة المقاول الأصلى على القيام به، أو أن يعهد هذا الأخير بالعمل، أو بجزء منه، إلى شركة متخصصة، تكون أكثر منه فى القدرات الفنية، والأكفأ من حيث الطاقة التمويلية[٣].

---

(١) راجع فى عرض هذه الحجة والرد عليها د ــ رأفت محمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٢. وراجع المثال الذى ساقه سيادته والرد عليه، هامش ٢ نفس الصفحة.

(٢) راجع فى ذلك، بريدو (L.Brideu) منشور فى الوقائع القانونية للملكية العقارية سبتمبر س ١٩٧٩ تحت Le rôle de L'expert مشار إليه لدى Bigot.Op.Cit.p.43.

(٣) د. عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤٤.

لذا فإن الواقع العملى سواء فى مصر أو فرنسا، يثبت أن ما ينفذه مقاول البناء من الباطن أعمال، قد يكون أكثر أهمية من تلك التى يقوم بتنفيذها المقاول الأصلى[١].

مما تقدم يتضح، أنه لا يمكننا مسايرة الاتجاه القائل، بإعفاء المقاول من الباطن من الخضوع للضمان العشرى، استنادا إلى ضعف قدرته الفنية، وإمكانياته المالية.

ولم يبق أمامنا فى هذا الصدد، إلا مناقشة الحجج والأسانيد القانونية، للوقوف على مدى إمكانية الاستناد إليها، لإعفاء المقاول من الباطن من الخضوع للضمان العشرى، أم أنه يمكن الرد عليها. وهو ما سوف نناقشه فيما يلى.

الفصل الثالث

مدى صحة الأسانيد والحجج القانونية

يستند أنصار الاتجاه الرافض لتطبيق الضمان العشرى، إلى حجج وأسانيد قانونية، سبق أن عرضنا لها.[٢]، والآن جاء دور مناقشتها والرد عليها.

وتجدر الإشارة فى هذا الشأن، بأن الحجج والأسانيد القانونية، هى من أهم الاعتبارات التى حاول الفقه والقضاء الاستناد إليها، لتبرير عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى وسوف نقوم بعرض مناقشة هذه الحجج على النحو التالى:

أولاً: بالنسبة للحجة الأولى:

والتى تتمثل فى أن إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشرى، فيه مخالفة للقانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥[٣]، ذلك الذى صدر بقصد فرض حماية

---

[١] راجع فى ذلك، Bigot-Op.Cit. P.43.

[٢] راجع فى هذا البحث، ما عرضناه بشأن الحجج والأسانيد القانونية، ص ٤٥١ ومابعدها.

[٣] وسبق أن أوضحنا فى هذا البحث، أن القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥، قد نظم بعض جوانب المقاولة من الباطن، وأعطى المقاولين من الباطن ضمانات تكفل لهم المحافظة على حقوقهم تجاه رب العمل والمقاول الأصلى، سواء كان فى مجال المقاولات الخاصة، أو التى تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرف فيها.

راجع فى هذا البحث ما عرضناه بشأن الدعوى المباشرة، ص٢٣٥ ومابعدها.

قانونية لهذا الشخص، ضد عدم أداء المقاول الأصلى الأجر له، وهذه الحجة هى ما استندت إليه الجمعية الوطنية الفرنسية.

ويمكن الرد على هذه الحجة بالآتى:

(أ) الأصل أن مخالفة القانون، إما أن تتحقق بمخالفة النص، أو بتجاوز محتوى النص، وهذا لم يحدث بالنسبة للنصوص، التى قيل بمخالفتها. فمن ناحية، أن هذه النصوص لم تنص صراحة أو ضمناً على عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، حتى يمكن القول بوجود تجاوز لمحتوى النص، أو مخالفة له[١]. ومن ناحية أخرى، إذا كان قصد المشرع قد انصرف إلى عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، لنص على ذلك صراحة، فالأمر فى النهاية مرده إلى المشرع، متى توافرت لديه الأسباب والدواعى[٢].

(ب) إذا كان المشرع، قد قرر حماية المقاول من الباطن، من مماطلة المقاول الأصلى فى الوفاء بالأجر عن الأعمال التى تم إنجازها، فخوله الرجوع مباشرة إلى رب العمل، ليطالبه بهذا الأجر، إذا توافرت لديه، شروط ممارسة الدعوى المباشرة الأخرى[٣]. فإنه من المنطقى، والمعقول الاعتراف لرب العمل بالرجوع مباشرة على المقاول من الباطن، خاصة فى مجال التشييد والبناء، فرب العمل ــ إن لم يكن قد تصرف فى البناء ــ هو المضرور الحقيقى، من حدوث أحد الأسباب المنشئة للضمان العشرى، وهو من قرر المشرع هذا الضمان لحمايته، واكتمال هذه الحماية، لا يكون إلا بخضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، ورجوع رب العمل به عليه مباشرة، إذا كان هو من تسبب فى إحداث سبب الضمان.

لذا فإننا لا نرى تعارض بين أحكام القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥، وبين إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشرى، بل إن إخضاعه لهذا الضمان، يتماشى مع المنطق القانونى، وسوف تتحقق به ــ حماية رب العمل ــ الغاية، التى من أجلها قرر المشرع هذا الضمان.

---

(١) راجع فى ذلك: د. رأفت أحمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٥.

(٢) راجع فى ذلك: Roussel (A) et callabborateurs: Op. Cit.,P. 3E8. Paris-1978

(٣) راجع فى هذا البحث، شروط ممارسة الدعوى المباشرة، ص٢٧٤ ومابعدها.

(ج) ومن جهة ثالثة، فإن الدعوى المباشرة التى قررها المشرع للمقاول من الباطن تجاه رب العمل، تعد تطبيقاً للأسرة العقدية وليس استثناء من مبدأ النسبية كما يذهب إلى ذلك الفقه والقضاء التقليديين بدليل أن المشرع ينظر إلى الطرف فى العلاقة التعاقدية على أنه مركزاً قانونيًّا وليس وعاءً ماليًّا يتم الغرف منه دون حساب.

ثانياً: الحجة الثانية:

وتخلص هذه الحجة، إلى عدم وجود عقد مقاولة، أو عدم وجود رابطة عقدية، تربط بين رب العمل والمقاول من الباطن، تسمح بالقول، بتطبيق أحكام الضمان العشرى على المقاول من الباطن. وغنى عن البيان، أن وجود رابطة عقدية، تربط بين رب العمل وبين من يرجع عليه بالضمان العشرى، هو الشرط الأهم لتطبيق أحكام الضمان العشرى، خاصة وأنه تم الرد على حجج الاتجاه الرافض لتطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن، التى تتعلق بالاعتبارات العملية أو المالية.

وفى حقيقة الأمر أن الاتجاه القائل بذلك قد خلط بين الطرف بالمفهوم الشكلى، والطرف بالمفهوم الموضوعى، مع أنه يوجد فارق ــ من الناحية الفنية والقانونية ــ بين هذا وذاك، وقد رتب المشرع آثاراً قانونية هامة على التفرقة بين هذين النوعين من الطرف، ومن أبرز الأمثلة على ذلك، التعاقد من خلال النيابة. فالنائب يعد طرفاً بالمفهوم الشكلى والأصيل يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الموضوعى فى علاقته بمن [١] تعاقد معه النائب.

(أ) إن الطبيعة القانونية للضمان العشرى، محل اختلاف وجدل فقهى وقضائى ــ كما بينا[٢] ــ كبير، ومنعاً لتكرار عرض هذه الاختلافات، فإننا سوف نوجزها فيما يلى: فهنا رد اتجاه يذهب إلى أن الضمان العشرى من طبيعة عقدية، فهناك اتجاه آخر يقيمها على أساس تقصيرى، رأى ثالث يرى أن الضمان العشرى ذات طبيعة مزودجة بين العقد والقانون، ورأى رابع يرى أنها مسئولية

---

[١] ولتوضيح ذلك راجع د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٦ وما بعدها.

[٢] راجع ما سبق أن أوضحنا، فى هذا البحث بشأن الطبيعة القانونية للضمان العشرى، ص ٤٤٢ وما بعدها، وراجع أيضاً ما أشرنا إليه من مراجع وأحكام قضائية فى هوامش هذه الصفحات، وراجع بصفة خاصة د. محمد شكرى سرور ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧١ وما بعدها ــ بند ٢٤٥ وما بعده، حيث يعرض سيادته لمختلف الآراء التى قيلت بشأن الطبيعة القانونية للضمان العشرى.

استثنائية لاحقة على العقد أنشأها المشرع بمقتضى النص القانونى، بين أشخاص ارتبطوا بعقد نفذ بينهم أو بين خلف هؤلاء الأشخاص[١].

وأمام هذا الخلاف، حول الطبيعة القانونية للضمان العشرى، يمكن القول بأن الاستناد إلى ضرورة وجود الرابطة العقدية، لتطبيق الضمان العشرى، على المقاول من الباطن، لن تكون له أهمية بالنسبة لأصحاب الآراء، التى ترى أن أساس الضمان العشرى، ليست عقديا، إنما هو قانونى أو تقصيرى[٢].

(ب) ويستند هذا الفقه، فى الرد على الحجة السابقة، لتأكيد عدم ضرورة وجود الرابطة العقدية، لتطبيق أحكام الضمان العشرى على المقاول من الباطن، إلى ما يلى:

١ ــ أن المشرع الفرنسى، قد خرج بنفسه على هذه الحجة، فقد طبق الضمان العشرى فى بعض الأحوال، دون أن يتطلب أى رابطة عقدية، تربط بين رب العمل، وبين من يقومون ببعض أعمال المقاولات. ومن ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسى فى المادة ١٧٩٢/٤ [٣]. من القانون المدنى الفرنسى، من إخضاع الصانع لعمل، أو لجزء من عمل[٤]، أو لعنصر تجهيزى فيه. وكذلك المستورد أو الموزع لكل هذا، أو حتى البعض منه[٥]، دون أن يكون بينه، وبين رب العمل رابطة عقدية.

---

[١] راجع فى ذلك:
ODENT: Cit par coto (J.I), La responsabilité des-constructeurs, d'apres la loi du 4 janver 1978, D 1979, Ch2. p. 46 Note 51- .

[٢] راجع فى ذلك: د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤٠. د ــ رأفت محمد حماد ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٨. د ــ محمد رفعت الصباحى ــ المسئولية المدنية للمقاول من الباطن فى أعمال التشييد والبناء ــ عام ١٩٩٥ ــ مكتبة عين شمس ــ ص ٩٧.

[٣] راجع فى ذلك المادة ١٧٩٢ فقرة ٤ من القانون المدنى الفرنسى، سبق عرض نصها .

[٤] راجع فى ذلك. فى مسئولية الصانع عن منتجاته المعيبة بصفة عامة.
Mazeaud (H): "La responsabilité du vendeur fabricant R.T.D.F. 1965, P. 611 ets. S. C. Stora: L'obligation de garantie et al responsabilite des fabricants de materiaux" A. J.P. I. 1980 p.213 ets.
د ــ محسن شفيق ــ مسئولية المنتج ــ "دراسة فى قانون التجارة الدولية" ــ محاضرات على الآلة الكاتبة ــ ألقاها على طلبة الدراسات العليا (دبلوم القانون الخاص) ــ جامعة القاهرة ــ عام ١٩٧٦/١٩٧٧. د ــ محمد ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ بند ٢٢ ــ ص ٥٦ وما بعدها. د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٨٢ وما بعدها. د ــ محمد رفعت الصباحى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٧ وما بعدها.

[٥] راجع فى عرض الجدل الفقهى، حول تبرير إخضاع هؤلاء للضمان العشرى. د ــ عبد الرازق يس ــ المرجع السابق ــ صـ ٤٩٨ ــ ٥٣٨.

ونرى مع الفقه[1] أن المشرع الفرنسى قد سلب بنفسه من هذه الحجة قيمتها وأهدر أهميتها بعدم التزامه بشرط الرابطة العقدية، بكثرة ما استثناه منها بنصوص خاصة، جاءت فى القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧٨، وإزاء ذلك أما كان أقدر بالمشرع أن يخضع للضمان العشرى ــ بنص خاص أيضاً ــ المقاول من الباطن! خاصة أن الصالح العام والخاص، أحوج ــ كما بينا آنفاً ــ إلى إخضاعه.

٢ ــ كما أن المشرع الفرنسى لم يلتزم أيضاً بضرورة وجود عقد مقاولة، يربط بين رب العمل والمقاول من الباطن. فقد قرر هذا الضمان بنصوص خاصة، فى حالات عديدة، ودون أن يتطلب وجود هذا العقد، كما فى حالة بيع عقار تام الإنجاز (م ١٧٩٢ – ٢/١ مدنى فرنسى)، وحالة بيع عقار تحت التشييد (م ١٦٤٦ – ١– مدنى فرنسى)، كذلك فى حالة عقد الوكالة (م ١٧٩٢ – ٣/١ مدنى فرنسى)، وأيضاً حالة عقد التمويل العقارى (م ١٨٣١ –١ مدنى)، وأخيراً عقد معمارى المساكن الخاصة أو الفيلات. (م ٤٥–١ من قانون رقم ٥٧٩ لسنة ١٩٧١ المعدل بالقانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٧٢).

وبالنظر إلى تنامى وتزايد الاستثناءات، على شرط ضرورة توافر رابطة عقدية بين رب العمل، وبين المقاول أو المهندس، حتى يمكن القول بإنزال أحكام الضمان العشرى عليها فى مواجهة رب العمل. وإزاء إخضاع المشرع الفرنسى طوائف للضمان العشرى، دون اشتراط توافر عقد مقاولة، بين المستفيد من الضمان والخاضع له. إزاء ذلك كله، أضحى هذا الشرط مهلهلاً من جراء كثرة هذه الاستثناءات، الأمر الذى يمكن معه القول، بأن المشرع الفرنسى قد يكون قد خرج على تلك القاعدة. بحيث أصبحت تلك الحجة كسند لعدم تطبيق قواعد وأحكام الضمان العشرى على المقاول من الباطن، من الأمور التى تفتقر إلى سند من المنطق والواقع. ونتيجة لذلك نستطيع القول ــ وبإصرار ــ أن خضوع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشرى، أمر لا مناص منه، ولا تردد فيه.

---

[1] راجع فى ذلك: د ــ عبد الرازق بس ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤١. د ــ رأفت حماد ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٩.

(جـ) وتأكيداً لعدم ضرورة توافر رابطة عقدية، فقد تدخلا المشرع المصرى والفرنسى وأوجدا علاقة قانونية بين المقاول من الباطن ورب العمل، وذلك عندما أعطيا للأول ـ بشروط خاصة[١] ـ حق رفع الدعوى المباشرة ضد رب العمل، لمطالبته، بما هو مستحق للمقاول الأصلى طرفه، للوفاء بأجر المقاول من الباطن، أو القدر المتبقى منه[٢]. كما أن المشرع الفرنسى، قد منح المقاول من الباطن حماية أكثر فاعلية، عند تقريره له حق السداد المباشر [٣]، إذا توافرت شروطه، التى من أهمها، قبول رب العمل للمقاول من الباطن، وموافقته على شروط الدفع التى وضعها أطرافها. فمكنَّ المشرع المقاول من الباطن، من الرجوع مباشرة على رب العمل، ليطالب بأجره. فخلق المشرع الفرنسى بذلك، علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن. وإذا كان المشرع سواء المصرى أو الفرنسى، قد فعل ذلك حماية للمقاول من الباطن، وتحصيناً له عن إفلاس المقاول الأصلى، أو تصفية أعماله؛ لذا فإننا نتساءل مع بعض الفقه[٤] أليس رب العمل والصالح العام فى حاجة إلى مثل هذه الحماية أيضاً؟، ولم لا تكون لرب العمل دعوى مباشرة، فى مواجهة المقاول من الباطن للرجوع عليه مباشرة لمطالبته بأداء العمل، أو التعويض عما يلحق من أضرار كان المقاول من الباطن سبباً فيها؟.

وجهة نظر الباحث:

بعد استعراض حجج الإتجاه الرافض، لتطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن، وبعد مناقشة هذه الحجج والرد عليها، سواء من الفقه الذى يرى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار، أو من الفقه الذى يرى أن العلاقة بينهما علاقة عقدية.

---

(١) راجع فى ذلك: شروط الدعوى المباشرة، فى القانون المصرى والفرنسى، فى هذا البحث ص ٢٨٥ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك نص المادة ٦٦٢ بفقراتها الثلاث، من القانون المدنى المصرى، وراجع أيضاً : المادة ١٢ من القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ فى ١٩٧٥/١٢/٣١. وقد سبق الإشارة إلى هذه المواد.

(٣). د ـ رأفت محمد أحمد حماد ـ المرجع السابق ـ ص ٤٤٣.

(٤) راجع فى ذلك: د- عبد الرازق يس- المراجع السابقة ـ ص ٤٤٣.

يلاحظ أن أنصار الإتجاه الذى يرى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، علاقة أغيار، بعد أن فندوا وناقشوا الحجج المتعلقة بالإعتبارات العملية، سواء الخاصة بعدم دراية رب العمل الفنية، أو ضعف الإمكانيات المادية والفنية للمقاول من الباطن. وجدوا صعوبة عند ردهم على الحجة الخاصة، بضرورة توافر رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، لتطبيق الضمان العشرى على هذا الأخير، وحاولوا للرد على هذه الحجة الاستشهاد بما يحدث فى فرنسا، وأن المشرع الفرنسى لم يتطلب ضرورة توافر رابطة عقدية، بين رب العمل ومن يخضع للضمان، وفى أحيان أخرى، لم يتطلب ضرورة وجود عقد مقاولة أصلى.

ويرى الباحث أن الإستشهاد بالقانون الفرنسى، فيما يتعلق بالمقاولة من الباطن محل نظر، لأن القانون الفرنسى ــ كما بينا سلفاً ــ يتأثر بمبدأ شخصية الإلتزام بما يؤثر على مفهوم الطرف وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود، كما ورثه من القانون الرومانى، إلا أن المشرع المصرى قد نهج نهجاً مختلفاً، حيث إنه لم يتأثر بمبدأ شخصية الالتزام فقط، بل إنه أخذ أيضاً بالمذهب المادى للإلتزام، الأمر الذى يمكن معه القول أن المقاول من الباطن يرتبط مع رب العمل برابطة عقدية موضوعية[1]. ويؤكد ذلك التفسير الصحيح لمبدأ نسبية أثر العقود كما قرره المشرع، وكذا النصوص القانونية المرتبطة به.

وبالتالى فإن شرط وجود رابطة عقدية، بين رب العمل والمقاول من الباطن، والذى يعد من أهم شروط تطبيق الضمان العشرى، شرط متوافر فى العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

أهمية الإعتراف بوجود رابطة عقدية موضوعية بين رب العمل والمقاول من الباطن فى مجال الضمان العشرى:

هذه الأهمية ظهرت لدى اعتراف بعض الفقه بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن. ومؤداها ضرورة تطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن، لانتفاء مبرر لعدم تطبيق هذا الضمان عليه، وتتمثل هذه الأهمية فيما يلى:

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥ وما بعدها. راجع أيضاً ما سوف نعرضه بشأن مبدأ نسبية أثر العقود فى هذا البحث الفصل الثانى .

١ ــ تأكيد حماية رب العمل، هذه الحماية التى كانت هدف المشرع الأساسى من تقرير هذه المسئولية، خاصة فى حالة وفاة المقاول الأصلى، دون أن يكون له خلف، أو كان المقاول الأصلى شركة تم تصفيتها، أو أجنبى وسافر إلى وطنه، وكان الوفاة أو التصفية أو السفر قبل حدوث السبب المنشأ للضمان. ففى هذه الأحوال، سوف تهدر هذه الحماية كلية، على فرض عدم إمكانية رجوع رب العمل على المقاول من الباطن بهذا الضمان. وفى حالة وجود المقاول الأصلى عند حدوث سبب الضمان، فإن خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى فيه تأكيد لحماية رب العمل، وذلك بإيجاد مسئول آخر ــ شرط أساس ــ بجانب المسئول الأول، وهو المقاول الأصلى. وبالتالى تتأكد حماية رب العمل وتتحقق مصلحته بصورة أسهل وأيسر.

٢ ــ وفى خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، تحقيق للمصلحة العامة، خاصة، إذا علمنا أن معظم أعمال التشييد والبناء، إنما تتم عن طريق التقاول من الباطن. ذلك حثًا لهذا النوع من النشاط، على بذل أقصى طاقته، وإعطاء كل ما عنده من قدرات فنية وخبرات متمرسة، فى مجال التشييد والبناء. فيكون من شأن ذلك، أن ينجز عمله على أحسن وجه، ونحفظ بالتالى على المجتمع أمنه وسلامته، ونصون له جهده واقتصاده، ونحافظ على جزء هام من رأس ماله العقارى محميًّا، ومصوناً، لا يهدده الدمار، ولا تقوضه عيوب الصنعة، ولا شوائب المادة[١].

٣ ــ إن خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، يحاصر محاولات الغش فى العمل، وكذا الغش فى المواد المستعملة فى البناء، والتى تهدف إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الكسب غير المشروع، خاصة إذا علم المقاول من الباطن، أن مسئوليته سوف تنتهى بمجرد تسليم العمل للمقاول الأصلى، وأن هذا الأخير وحده هو من يكون مسئولاً أمام رب العمل. ولو أراد رب العمل الرجوع على المقاول من الباطن، لا يستطيع أن يرجع عليه إلا وفقاً للقواعد العامة. ولا يخفى ما فى ذلك من إرهاق للمقاول الأصلى، وتضييع لحقوقه[٢].

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ فتحى غيث ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤.

(٢) راجع فى ذلك: بلانيول وريبير ورواست ــ جـ ١١ ــ بند ٩٥٤ ــ ص ١٩٨. د ــ محمد رفعت الصباحى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٥.

٤ ــ فى نطاق القانون الفرنسى، وبعد أن أصبح الصانع مسئولاً بالتضامن مع المقاول الأصلى الذى قام بالتركيب[١]، عن ذات الالتزامات التى وردت فى المادة (١٧٩٢/٤)، وكذا المواد (١٧٩٢) بفقرتيها الثانية والثالثة، والتى يلتزم بها هذا الأخير. فإن القول باستبعاد المقاول من الباطن من الخضوع للضمان العشرى، من شأنه أن يفتح الباب واسعاً أمام الصانع، لكى يفلت من الضمان الذى فرضه عليه القانون. وذلك بالعمل على أن يقوم بالتركيب ــ ما يريده الصانع ــ مقاول من الباطن ــ وليس المقاول الأصلى ــ لا يخضع للمسئولية العشرية، وبالتالى يفلت الصانع من الخضوع للضمان العشرى.

ولعل السؤال الذى يثور فى هذا الصدد، ما هو مبرر استبعاد المقاول من الباطن من الخضوع للضمان العشرى، فى الوقت الذى يخضع فيه الصانع لهذا الضمان؟. فهل هناك وجه للتفرقة بينهما؟، خاصة أننا قد انتهينا ــ فيما سبق ــ إلى عدم جواز النظر إلى المقاول من الباطن، على أنه دائماً الطرف الضعيف اقتصاديا، وعدم اعتبار ذلك مبرر لاستبعاده من الضمان العشرى.

---

(١) راجع فى بيان شروط خضوع الصانع للضمان العشرى، بالتضامن مع المقاول الأصلى، الذى قام بتركيب العناصر التجهيزية فى المنشأة وفقاً لتعليمات الصانع. د ــ أحمد عبد العال أبو قرين ــ المرجع السابق ــ ص ٨٤ إلى ص ١٠١.

المطلب الثانى
التأمين الإجبارى لكل من المقاول والمهندس وموقف المقاول من الباطن منه

تمهيد وتقسيم:

تذهب غالبية الفقه إلى أن نظام التأمين من المسئولية من نتاج العصر الحديث[١]. وأنه وليد التطورات المطردة فى المجال القانونى[٢]. ويعد التأمين الإجبارى لمسئولية المقاول والمهندس المعمارى المدنية أحد تطبيقات فكرة التأمين من المسئولية.

وقد أثير فى الفقه تساؤل حول مدى خضوع المقاول من الباطن لأحكام هذا النوع من التأمين.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تطبيق أحكام التأمين الإجبارى على المقاول والمهندس.

الفرع الثانى: مدى خضوع المقاول من الباطن لأحكام التأمين الإجبارى.

الفرع الأول
التأمين الإجبارى على المقاول والمهندس
النصوص القانونية وبواعث التأمين

يُنظِّم التأمين الإجبارى المسئولية المدنية للمهندس والمقاول فى مصر، وذلك بالمادة الثامنة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦، فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء[٣].

---

(١) راجع فى ذلك: د-حسام كامل الأهوانى-المبادئ العامة للتأمين -سنة ١٩٩٥ -ص١١. د- عبد الرزاق السنهورى-الوسيط فى شرح القانون المدنى-الجزء السابع-المجلد الثانى ـ مرجع سبق ذكره ـ ص٢٠٦٩. د-أحمد شرف الدين-أحكام التأمين -الطبعة الثالثة-طبعة نادى القضاة-١٩٩١.د-توفيق حسن فرج- أحكام التأمين-الجزء الأول-مؤسسة الثقافة الجامعية-الإسكندرية-١٩٩٦-ص٢٦.
M.Piacard et A. Besson: Les assurances terrestres, tome. 1, le contrat dassurance, 5 édition. Paris 1982, P.4.

(٢) د-عبد الودود يحيى-التأمين على الحياة- الطبعة الأولى-١٩٦٣-ص٣.

(٣) وقد جرى نصها على النحو التالى: "لا يجوز صرف ترخيص البناء أو البدء فى التنفيذ بالنسبة إلى الأعمال التى تصل قيمتها عشرة آلاف جنيه فأكثر إلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة تأمين، ولا

أما فى فرنسا، فكان ينظم هذا النوع من التأمين، المادة ٢٤١ ــ وما بعدها ــ من تقنين التأمين، كما كان ينظمه أيضاً المادة ١٧٩٢ وما بعدها من القانون المدنى الفرنسى[١].

وقد تأثر المشرع المصرى بنص المادة ٢٤١ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى. إلا أنه نظراً للانتقادات التى وجهت إلى النص المصرى، والتعديل الذى أدخله المشرع الفرنسى بالقانون الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٧٨، والذى بدأ العمل به فى أول يناير ١٩٧٩، أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢. وتضمن هذا القانون، إلغاء المادة الثامنة من القانون السابق، وعدل أحكامها[٢].

=تدخل قيمة التأمين ضمن التكاليف التى يقدر على أساسها إيجار الأماكن. وتغطى وثيقة التأمين المسئولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن الأضرار التى تلحق بمالك البناء أو بالغير خلال فترة التنفيذ وذلك باستثناء عمال المقاولين، كما تغطى مسئوليتهم خلال فترة الضمان المنصوص عليها فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى وكذا الأضرار التى تقع للغير خلال هذه الفترة بسبب ما يحدث فى المبانى والمنشآت من تهدم كلى أو جزئى أو ما يوجد بها من عيوب تهدد متانتها وسلامتها. ويكون الحد الأقصى لما يدفعه المؤمن بالنسبة إلى المبانى بقيمة ما تم من أعمال، وبالنسبة إلى الأضرار المادية والجسمانية التى تصيب الغير بمبلغ مائة ألف جنيه عن الحادث الواحد على ألا تتعدى مسئولية المؤمن قبل الشخص الواحد عن الأضرار الجسمانية مبلغ خمسة آلاف جنيه. ويصدر قرار من وزير التأمينات بالاتفاق مع وزير الإسكان والتعمير بالقواعد المنظمة لهذا التأمين وشروطه وقيوده وأوضاعه والأحوال التى يكون فيها للمؤمن حق الرجوع على المسئول عن الضرر، كما يتضمن القرار قسط التأمين الواجب أداؤه والشخص الملزم به، على ألا يجاوز القسط ١% من قيمة الأعمال المرخص فيها. وتكون وثيقة التأمين طبقاً للنموذج الذى يعتمده وزير التأمينات. ولا تسرى أحكام هذه المادة على الأعمال التى سبق الترخيص أو البدء فى تنفيذها قبل تاريخ العمل بهذا القانون".

(١) راجع فى ذلك: د ــ عبد الودود يحيى ــ مسئولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها ــ مقال ــ مجلة مصر المعاصرة ــ السنة السبعون ــ العدد ٣٧٦ ــ أبريل ١٩٧٩ ص ١١٧. راجع أيضاً د ــ نزيه المهدى ــ دراسة انتقادية لنظام التأمين الإجبارى ــ من المسئولية المدنية للمهندس المعمارى والمقاول ــ عام ١٩٨٢ ــ ص ٢٣-٢٦.

(٢) حيث ألغى هذا القانون المادة الثامنة من القانون السابق، وعدل أحكامها على النحو التالى، إذ تنص المادة الأولى منه على أن: "يستبدل بنص المادة ٨ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء النص الآتى: "لا يجوز صرف ترخيص البناء أو البدء فى التنفيذ بالنسبة إلى الأعمال التى تصل قيمتها ثلاثين ألف جنيه، والتعليات مهما بلغت قيمتها، إلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة تأمين، ويستثنى من الحكم المتقدم التعلية التى لا تجاوز قيمتها خمسة عشر ألفاً من الجنيهات لمرة واحدة ولدور واحد وفى حدود الارتفاع المقرر قانوناً. وتغطى وثيقة التأمين المسئولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن الأضرار التى تلحق بالغير بسبب ما يحدث فى المبانى والمنشآت من تهدم كلى أو جزئى وذلك بالنسبة لما يلى:

١- مسئولية المهندسين والمقاولين أثناء فترة التنفيذ باستثناء عمالهم.

٢- مسئولية المالك أثناء فترة الضمان المنصوص عليه فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى.

والنصوص التى تقرر هذا التأمين، "تعد انعكاساً واضحاً للتطور الاقتصادى والاجتماعى العميق الذى يشهده المجتمع المصرى فى الآونة الأخيرة، فالتوسع المتزايد فى حركات البناء والعمران، وإن كان يعد استجابة طبيعية للتضخم السكانى، إلا أنه قد تأثر تأثراً واضحاً بالأوضاع الاقتصادية الجديدة التى فتحت الباب أمام الاستثمارات والقطاع الخاص للمساهمة فى هذا الميدان. ولسنا فى حاجة إلى الإشارة إلى النقص الشديد الذى ما يزال يسيطر على هذا القطاع، ذلك النقص قد دفع بدوره القائمين بأعمال البناء إلى سرعة الإنجاز، بل وفى كثير من الأحيان إلى عدم مراعاة المواصفات الهندسية والفنية اللازمة، مما ترتب على ذلك كثير من الحوادث والأضرار[١].

ولا تعد النصوص المتعلقة بالتأمين الإجبارى، انعكاسا للتطورات التشريعية التى تشهدها صناعة البناء فى مصر فحسب، بل أنها تمثل التطور التشريعى لصناعة البناء على الصعيد العالمى، ذلك أن المبانى والمنشآت، تعد من أهم عناصر الثروة القومية فى المجتمع، باعتبارها إحدى ركائز دفع عجلة الاقتصاد، وتوفير سلامة المواطنين[٢].

وغنى عن البيان، أن النصوص التى تتعلق بهذا التأمين، تلعب دورين أساسيين، هما:

=ودون الإخلال أو التعديل فى قواعد المسئولية الجنائية، يتولى المؤمن مراجعة الرسومات ومتابعة التنفيذ وذلك عن طريق أجهزته أو من يعهد إليه بذلك وتتحدد مسئولياتهم المدنية وفقاً لأحكام هذا القانون. ويكون الحد الأقصى لما يدفعه المؤمن بالنسبة للأضرار المادية والجسمانية التى تصيب الغير، مبلغ مليونى جنيه عن الحادث الواحد، على ألا تتعدى مسئولية المؤمن قبل الشخص الواحد عن الأضرار الجسمانية مبلغ ٥٠ ألف جنيه.

ويصدر قرار من وزير الأقتصاد بالاتفاق مع الوزير المختص بالإسكان بالقواعد المنظمة لهذا التأمين وشروطه وقيوده، وأوضاعه، والأحوال التى يكون فيه للمؤمن حق الرجوع على المسئول عن الضرر، كما يتضمن القرار قسط التأمين الواجب أداؤه والشخص الملزم به، على ألا يجاوز القسط ١% من قيمة الأعمال المرخص بها، ويحسب القسط على أساس أقصى خسارة محتملة وذلك بالنسبة للمشروعات ذات الطبيعة الخاصة، والتى يصدر بها قرار من الوزير المختص بالإسكان بالاتفاق مع وزير الاقتصاد وتكون وثيقة التأمين طبقاً للنموذج الذى يعده وزير الاقتصاد". راجع فى ذلك: الجريدة الرسمية ــ بتاريخ ٩ سبتمبر ١٩٧٦ ــ العدد ٣٧. ويسرى القانون ابتداءً من تاريخ نشره وهو ١٩٧٦/٩/٩.

(١) راجع فى ذلك: د ــ محمد حسين منصور ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٨.

(٢) راجع فى ذلك: Saint-Alary " Droit de la construction" 1ere ed. Paris, 1977, p.5

الدور الأول: وقائى حيث ضمنها المشرع الضوابط والأحكام، التى تتعلق بالرقابة على عمليات البناء والتشييد حتى تتم وفقاً للمواصفات والأسس المعمارية المطلوبة.
والدور الثانى: إصلاحى يتمثل فى وضع القواعد التى تكفل إصلاح الأضرار وضمان تعويض المضرورين من جراء عمليات البناء وما قد يصحبهما من قصور[١].

الفرع الثانى
مدى خضوع المقاول من الباطن لأحكام التأمين الإجبارى

وإذا كان للتأمين الإجبارى فى مجال المنشآت والأبنية هذه الأهمية، فإن التساؤل يثور، حول مدى خضوع المقاول من الباطن لهذا التأمين؟، خاصة أنه هو المنفذ الفعلى للبناء أو على الأقل لجزء منه.

قبل الإجابة عن هذا السؤال، يجب توضيح الهدف من التأمين، لارتباط مدى خضوع المقاول من الباطن لهذا التأمين به. هذا ويختلف الهدف من التأمين فى مصر عنه فى فرنسا.

ففى فرنسا، فإن المتفق عليه فى الفقه[٢] والقضاء[٣]، أن نص المادة ١/٢٤١ من تقنين التأمين قد جاء صريحاً وقاطعاً فى اقتصار التأمين الإجبارى على تغطية آثار الضمان العشرى. وإذا كان هذا هو هدف هذا النوع من التأمين فى فرنسا، فإنه من المقطوع به هناك، هو عدم خضوع المقاول من الباطن لهذا النوع من التأمين، لكونه لا يرتبط برب العمل بعقد مقاولة، كما أنه لا يستطيع التمسك بقرينة الضمان العشرى المنصوص عليها فى المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى، وهذا هو ما استقرت عليه أحكام القضاء الفرنسى.

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ ناجى ياقوت ــ المرجع السابق ــ ص ٣، ٤.

(٢) Cass. Civ. Gmai – 1979. D. 1979, Ir + 488-8 Fev. B. Civ. 1-no.53.

(٣) راجع فى ذلك:

Cass. Civ. 31 Mai 1989 jcp, 1989, ed G iv – 281, 20 Juin 1989 Rev. gen d 'as – ter 1989 – p.868, note J. Bigot. Cass. Ass. Plen 12 Juill, 1991, Ibib. 1991, p.891, R.D. 1-1992, p. 27, Ph. Dubois, Sous, Traitance et ass R.D. 1-1989, P.483.

أما فى مصر يهدف هذا النوع من التأمين ــ أساساً ــ إلى تغطية المسئولية المدنية للمهندس والمقاول[١]، وذلك كما جاء بنص المادة الثامنة، المشار إليها، فقد اختلف الفقه بشأن مدى تغطية التأمين الإجبارى لمسئولية المقاولين من الباطن إلى رأيين:

الأول: يذهب إلى أن التأمين الإجبارى من المسئولية عن أعمال البناء لا يغطى مسئولية المقاولين من الباطن. ومن ذلك قول أحدهم "ويستبعد كذلك المتعاقدين من الباطن مع المقاول أو المهندس لأنهم لا يخضعون لنظام المسئولية المعمارية ولا يرتبطون بعلاقة تعاقدية مع رب العمل"[٢]. ويتضح من ذلك، أن أنصار الاتجاه الرافض لعدم خضوع المقاول من الباطن لهذا التأمين، هى نفس الأسباب التى يستند إليها الفقه والقضاء فى فرنسا، والتى تتمثل فى عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، لعدم وجود رابطة عقدية بينه وبين رب العمل.

الرأى الثانى: هو رأى غالبية الفقه المصرى، حيث يرون أن التأمين الإجبارى، فى مصر، وفقاً لنص المادة الثامنة، بعد تعديلها بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢، يغطى نوعين من المسئولية، مسئولية المهندس والمقاول تجاه الغير فى أثناء فترة التنفيذ، ومسئولية المالك أثناء فترة الضمان العشرى. إلا أن هذه الأخيرة لا تغطى على أساس أحكام المسئولية العشرية، وإنما وفقاً لأحكام الحراسة المنصوص عليها فى المادة ١٧٧ مدنى مصرى. ذلك أن البناء خلال هذه الفترة يكون تحت حراسة المالك (رب العمل)، وبالتالى فإن مسئوليته تجاه الغير لا تكون إلا بوصفه حارساً"[٣]. وينتهى هذا الرأى إلى أن التأمين الإجبارى فى مصر لا يرتبط بالمسئولية العشرية.

---

(١) راجع فى ذلك:
B. Boubli – La resp. et l'ass den architects – des entrepreneurs et autres constructeurs. Ed- lib. Des tour des notaries et avocats 199- p. 384, J. Bigot- La loi – no 78 – 12 du 4 janv – 1978, jep – 1978-2-2923 – no11.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ محمد حسين منصور ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٦.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ عبد الودود يحيى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٧-١٣٧. وراجع أيضاً للمؤلف نفسه تقرير مجموعة تأمين المسئولية العشرية بمناسبة القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢ وللمؤلف أيضاً نفسه ــ التأمين للمبانى فى مصر ــ مقالة غير منشورة ــ ص ١١. راجع أيضاً: د ــ نزيه المهدى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦. د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٢.

ويسلم الفقه فى مصر، بأن التأمين الإجبارى يغطى مسئولية المقاول والمهندس أثناء فترة التنفيذ تجاه الغير، والمسئولية فى مواجهة الغير هى دائماً مسئولية تقصيرية[١].

وعلى ذلك، فإن التأمين الإجبارى فى مصر، لا يغطى المسئولية العقدية للمقاول من الباطن، ولكن ليس على أساس أن التأمين الإجبارى فى مصر يرتبط بالضمان العشرى، ولكن على أساس أن هذا التأمين فى مصر لا يغطى إلا المسئولية التقصيرية للمهندس والمقاول أثناء فترة التنفيذ. وتؤسس هذه المسئولية على أساس الحراسة.

ونخلص مما تقدم، إلى أن المقاول من الباطن، لا يخضع للتأمين الإجبارى، ذلك التأمين الذى سبق أن بينا أهميته. وإذا كان الوضع مستقر فى فرنسا فقهاً وقضاءً على أن أساس عدم خضوع المقاول من الباطن للتأمين الإجبارى هو فى التحليل النهائى، عدم وجود رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن.

أى أن الاتجاه القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ليست علاقة تعاقدية، بل هى علاقة أغيار، حال دون خضوع المقاول من الباطن للتأمين الإجبارى بالرغم من أهميته.

وغنى عن البيان، أن بعض الفقه فى مصر، قد اعتمد نفس هذا الاتجاه فى فرنسا ولنفس الأسانيد.

أما البعض الآخر من الفقه فى مصر، قد انتهى أيضاً إلى عدم خضوع المقاول من الباطن للتأمين الإجبارى، ولكن ــ بطريق آخر ــ على أساس آخر بيناه.

أى أن المقاول من الباطن، لا يخضع للتأمين الإجبارى الخاص بالبناء، سواء فى مصر أو فى فرنسا، وكان لاتجاه بعض الفقه والقضاء ــ الذى يرى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار ــ عظيم الأثر فى عدم خضوع المقاول للتأمين الإجبارى، بالرغم من أننا فى أمس الحاجة إليه ــ كما سبق أن بينا ــ فى مجال البناء.

---

[١] راجع فى ذلك: د ــ عبد الحميد عثمان الحفنى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥.

المبحث الثالث
إقرار المشرع للطبيعة العقدية بين أطراف لم يجمعهما عقد واحد

تمهيد وتقسيم:

فى هذا الموضع من البحث، سوف نقوم بإلقاء الضوء على حالات قرر فيها المشرع بنصوص علاقة مباشرة بين أطراف لم يجمعهما عقد واحد. ذلك أن إمعان النظر فى تلك الحالات دفع كثير من الفقه إلى مطالبة المشرع بإقرار علاقة مباشرة بين رب العمل و المقاول من الباطن، خاصة إذا أخذنا فى الإعتبار توافر نفس العله التى من أجلها أقر المشرع هذه العلاقات فى تلك الحالات. ونذكر من هذه الحالات، الإيجار من الباطن والوكالة من الباطن، وسوف نقوم بمقارنتهما بالمقاولة من الباطن (المطلب الأول) وكذا السداد المباشر الذى قرره المشرع الفرنسى لحماية المقاول من الباطن (المطلب الثانى).

المطلب الأول
طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن بالمقارنة بالوكالة من الباطن والإيجار من الباطن

إذا كان أنصار الأسرة العقدية، يجمعون ــ وبحق ــ على أن عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن، يمثلان مجموعة عقدية واحدة. وإذا كنا ننتهى معهم إلى خضوع أطراف هذه العلاقة، لقواعد المسئولية العقدية.

فإن الباحث يزداد قناعة، عندما يجد المشرع المصرى، قد أجاز وبنصوص خاصة، وردت فى القانون وجود علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، فى عقد الإيجار من الباطن. وكذا الموكل ونائب الوكيل، فى الوكالة من الباطن. وإذا كنا نبحث فى الإيجار من الباطن، والوكالة من الباطن. ذلك أنهما يمثلان مع المقاولة من الباطن النماذج الأساسية للتعاقد من الباطن، ويخضعون للقواعد العامة والمبادئ التى قررها المشرع والفقه والقضاء لهذا الأخير.

فإذا كان المشرع من ناحية، قد قرر وجود علاقة مباشرة، بين المؤجر والمستأجر من الباطن ، يستطيع بمقتضاها المؤجر والمستأجر من الباطن، أن يرجع كل منهما على الآخر مباشرة، لمطالبته بتنفيذ التزاماته العقدية، وذلك في حدود ما يلتزم به كل منهما فى مواجهة المستأجر الأصلى، وذلك بالرغم من أن المؤجر لم يشارك فى تشييد عقد الإيجار من الباطن، كما أن المستأجر من الباطن لم يشارك فى بناء عقد الإيجار الأصلى[1].

---

(١) وذلك بمقتضى الدعوى المباشرة المقررة بنص المادة ٥٩٦ مدنى، وقد جرى نص هذه المادة على النحو التالى:"(١) يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر.(٢) ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لإتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن". راجع فى تفصيل الدعوى المباشرة المقررة بمقتضى نص المادة ٥٩٦ مدنى مصرى، المراجع الآتية: د ــ محمد لبيب شنب ــ الوجيز فى شرح أحكام الإيجار ــ عام ١٩٩٦ ــ ص ٢٠٦ وما بعدها.

كما هو واضح من النص، أن المشرع، قد منح المؤجر دعوى مباشرة، فى مواجهة المستأجر من الباطن، وهذه الدعوى محددة بما يكون ثابتاً فى ذمة المستأجر من الباطن من أجره ــ مدين بها ــ للمستأجر الأصلى، وذلك فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر. ويلاحظ أن هذه الدعوى تقتصر على الأجرة فقط دون باقى التزامات المستأجر الأخرى. كالتزامه بالمحافظة على العين المؤجرة، والتزام المستأجر بإجراء الترميمات التأجيرية، وغير ذلك من الالتزامات. وقد كان بعض الفقه والقضاء يرى أنه طالما أن المؤجر لم يقر التأجير من الباطن، فإنه لا توجد علاقة مباشرة بينه وبين المستأجر من الباطن، ومن ثم لا يجوز لأحدهما مطالبة الآخر مباشرة استنادا إلى ما يخوله له الإيجار من حقوق، وذلك سواء كان التأجير من الباطن جائزاً أو محظوراً بمقتضى شرط فى العقد، أو نص فى القانون، فلا يجوز للمؤجر أن يطالب المستأجر من الباطن بأى التزام يفرضه عليه عقد الإيجار من الباطن، كما لا يجوز للمستأجر من الباطن مطالبة المؤجر بالتزام يفرضه عليه عقد الإيجار. ولكن القواعد العامة، وتطبيقاً للمادة ١/٢٣٥ مدنى مصرى، فإنه يجوز لكل من المؤجر والمستأجر من الباطن أن يرجع أحدهما على الآخر بدعوى غير مباشرة، وهى دعوى المستأجر الأصلى. إلا أن الدعوى غير المباشرة لا تحقق للمؤجر فائدة كبيرة. راجع فى ذلك د ــ محمد لبيب شنب ــ شرح أحكام الإيجار ــ وفقاً للمجموعة المدنية والتشريعات الخاصة ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٦٤ ص ٤١٧-٤١٨. د ــ نبيلة رسلان ــ عقد الإيجار فى ضوء أحكام القانون المدنى وقوانين إيجار الأماكن رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ ــ بدون دار نشر ــ عام ١٩٩٨/١٩٩٩ ــ بند ١٧٤، ص ٣٦٧ وما بعدها، هذا بالرغم من أن سيادتها من أنصار وجود رابطة عقدية موضوعية، راجع فى ذلك رسالتها للدكتوراه ــ النظرية العامة للعلاقات الثلاثية ــ عام ١٩٨٧. راجع فى ذلك أيضاً د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٣ وما بعدها. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ محاضرات فى عقد الإيجار ــ عام ١٩٥٥ ــ ص ٢٨٠. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ عقد الإيجار ــ الأحكام العامة ــ الجزء الأول ــ ص ٤٤١. د ــ محمود عبد الرحمن محمد ــ الوسيط فى شرح أحكام عقد الإيجار ــ الجزء الأول ــ الأحكام العامة ــ عام ١٩٩٨ ــ دار النهضة العربية ص ٧١٧. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السادس ــ المجلد الأول ــ العقود الواردة على الانتفاع بالشىء ــ الإيجار والعارية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٧٤٠ وما بعدها.د ــ سمير عبد السيد تناغو ــ عقد الإيجار ــ

منشأة المعارف بالإسكندرية عام ١٩٩٨/١٩٩٧ ــ بند ١٧٣ ــ ص ٢٨٥. وراجع أيضاً من أحكام القضاء نقض مدنى جلسة ١٩٤٨/٣/٢٥ ــ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ــ الجزء الأول ــ ص ١١٠.

لذا فإن الفقه يرى أنه لو كانت مطالبة المؤجر للمستأجر من الباطن بمبلغ تعويض لإتلافه العين المؤجرة مثلاً، فإن مطالبته هذه تخرج عن نطاق الدعوى المنصوص عليها بالمادة ٥٩٦ مدنى =مصرى. راجع فى ذلك: د ــ محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٤١٩. د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٣. د ــ سمير عبد السيد تناغو ــ المرجع السابق ــ بند ١٧٣ ــ ص ٢٨٦. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤١. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٠. ويستند هذا الرأى، إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من أنه "توجد علاقة مباشرة ما بين المؤجر والمستأجر من الباطن فى شىء واحد هو الأجرة". والأجرة التى يمكن استيفاؤها بالدعوى المباشرة، هى تلك التى تستحق فى ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلى، عن المدة التى تلى الإنذار، أو ما يكون قد استحق من أجرة وقت الإنذار، ولم يكن المستأجر من الباطن قد دفعها للمستأجر الأصلى. فى ظل عدم تحديد النص لمفهوم الإنذار وشكله، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن الإنذار المقصود وهو الإنذار الرسمى على يد محضر. راجع فى ذلك د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤٠، ونفس الصفحة هامش ٣. راجع أيضاً: د ــ محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٤١٩. هذا، وقد أضافت الفقرة الثانية من المادة ٥٩٦ مدنى مصرى، أنه لا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر، بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف، أو لاتفاق ثابت وقت الإيجار من الباطن. ولعل المشرع قد قصد بهذا الحكم، منع التواطؤ بين المستأجر من الباطن والمستأجر الأصلى، بهدف تفويت الفرصة على المؤجر فى استعماله الدعوى المباشرة. راجع فى ذلك: د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٧، د ــ حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٨، ٢٣٩. وتجدر الإشارة، إلى أن الدعوى المباشرة، مقررة للمؤجر حتى فى حالة عدم موافقته على التأجير من الباطن، وأن تحريك المؤجر لهذه الدعوى لا يشترط فيه سبق موافقته، أو اعترافه بالإيجار من الباطن. وإذا كان الفقه الذى يرى أن الدعوى المباشرة، التى منحها المشرع للمؤجر تعد استثناءً على مبدأ نسبية أثر العقود، فقد ترتب على ذلك أنه لا يجوز للمؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن إلا لمطالبته بالأجرة فقط، دون سائر الالتزامات الأخرى. راجع فى ذلك: د ــ أحمد محمد سعيد ــ شرح أحكام إيجار الأماكن فى القانون المصرى واليمنى ــ سنة ١٩٨٩ ــ ص ٧٠٥. د ــ نبيلة رسلان ــ آثار عقد الإيجار ــ عام ١٩٨٩ ــ ص د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٤-٤٠٥. د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٢-١٧٣، ويقول سيادته "والواقع أن الدعوى المباشرة تمثل خروجاً على القواعد العامة من ناحيتين: فهى أولاً تمثل خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقد. إذ أن من تقررت له ينتفع من عقد لم يكن طرفاً فيه وهى ثانياً تمثل خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين". راجع أيضاً د ــ محمد محيى الدين إبراهيم سليم ــ نطاق مبدأ نسبية أثر العقد فى القانونيين الإنجليزى والمصرى ــ دراسة مقارنة ــ مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ١٤ ــ السنة السابعة ــ أكتوبر عام ١٩٩٨ ــ ص ٦٣. إلا أن الفقه الحديث يرى أن عقد الإيجار الأصلى وعقد الإيجار من الباطن يمثلان مجموعة عقدية واحدة، ومن ثم فإن دعوى المؤجر ضد المستأجر من الباطن لا تشكل استثناء من مبدأ نسبية أثر العقود، ذلك أن هذه الدعوى تعالج حالة من حالات الأسرة العقد، "ونظراً لأن فكرة الأسرة العقدية تدخل فى مجال تطبيق مبدأ نسبية أثار التصرفات القانونية، فذلك يترتب عليه أن هذه الدعاوى تقوم على رابطة عقدية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن النصوص التى تقررها لا تشكل خروجاً على مبدأ النسبية". راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٥. وما يدفعنا إلى قبول الرأى الأخير وتأييده أمران: الأمر

الأول: يتعلق بالحكمة التى تقف وراء تقرير المشرع لهذه الدعوى، فقد وجد المشرع، أن هناك ارتباطا وثيقا بين التزام المستأجر من الباطن، والتزام المستأجر الأصلى، وهذا الارتباط، متحقق بين الديون، بسبب وحدة محل عقد الإيجار الأصلى وعقد الإيجار من الباطن. فمحل عقد الإيجار الأصلى هو منفعة العين المستأجرة، هذه المنفعة هى محل عقد الإيجار من الباطن، ولذلك يتحقق الارتباط بين التزام =المستأجر الأصلى بدفع الأجرة للمؤجر، والتزام المستأجر من الباطن بدفع الأجرة إلى المستأجر الأصلى. راجع فى ذلك: د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠٣ ويرى سيادته أن "المؤجر الذى لم يستوف الأجرة من المستأجر جدير بأن يختص بالأجرة المستحقة للأخير لدى المستأجر من الباطن، وليس من العدل أن يقاسمه فيها دائنو المستأجر الآخرون". راجع أيضاً. د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ ص ١٩.

راجع أيضاً: Labb (E). Des Privileges speciaux sur creamces, Rev. Crit. 1976, no.2, p 573.

ويصيغ سيادته هذا الارتباط بما يلى "يقول المؤجر لدائنى المستأجر الأصلى: بفضلى، وعن طريق الشىء الذى قدمته لمدينكم، أصبح هذا المدين دائناً بالأجرة من الباطن، وأنتم تثرون على حساب خسارتى إذا ما اقتسمتم هذا المبلغ قبل حصولى على الأجرة المستحقة لى، لذلك يبدو من العدل أن أستأثر وحدى بهذا الدين". مشار إلى هذا المرجع لدى د ــ رمضان أبو السعود ــ الهامش السابق ــ نفس الصفحة.

أما الأمر الثانى: يتعلق بواقع التأجير من الباطن، حيث يوجد عقدان، الأول عقد الإيجار الأصلى، ويبرم بين المؤجر والمستأجر الأصلى، وبمقتضى هذا العقد يكون كلاهما دائناً ومديناً للآخر، فإذا قام المستأجر الأصلى بتأجير العين من الباطن لشخص آخر، فهذا العقد ــ الإيجار من الباطن ــ يولد التزامات على عاتق طرفيه. فإذا أخل المؤجر الأصلى بأحد الالتزامات التى تقع على عاتقه كالالتزامات بالصيانة، فإن ذلك سيترتب عليه إخلال المستأجر الأصلى ــ بدوره ــ بالتزامه تجاه المستأجر من الباطن، مما يلحق بهذا الأخير من أضرار. كما أنه إذا أخل المستأجر من الباطن بالتزاماته، سواء التى تتعلق بدفع الأجرة، أو القيام بالإصلاحات اللازمة فى العين المؤجرة، فذلك يترتب عليه إخلال المستأجر الأصلى بالتزامه تجاه المؤجر، الأمر الذى قد يلحق أضراراً بهذا الأخير. وبالتالى فإنه على الرغم من عدم مساهمة المؤجر فى تكوين عقد الإيجار من الباطن، وأن المستأجر لم يشارك فى تكوين عقد الإيجار الأصلى، فإن كلاهما يتأثر بإخلال الآخر بالتزامه. فالمؤجر يتأثر ــ بدون شك ــ بعقد الإيجار من الباطن، والمستأجر من الباطن يتأثر ــ بدوره ــ بعقد الإيجار الأصلى. "وبالتالى فإنه توجد رابطة عقدية موضوعية تخول لأحدهما حق الرجوع على الآخر بدعوى المسئولية العقدية المباشرة". راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٨٥. وإذا كان المشرع بإقراره الدعوى المباشرة، للمؤجر لمطالبة المستأجر من الباطن بالأجرة، قد أقر وجود رابطة مباشرة بين شخصين لم يشتركان معاً فى عقد واحد. مما دفع بعض الفقه ــ وبحق ــ إلى القول بأن هذه الدعوى لا تعد استثناءً من مبدأ نسبية أثر العقود، وأنها تقوم على تلمس المشرع لوجود روابط عقدية مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، وإن كان فى المادة ٥٩٦ مدنى مصرى قد نص على رجوع المؤجر على المستأجر من الباطن لمطالبته بالأجرة فقط، فربما كان ذلك حرصاً من المشرع على أهم الالتزامات التى تتولد عن الإيجار من الباطن، فخصها بنص خاص، ولكن هذا النص لا يعد فى نظر جانب من الفقه ــ نؤيده ــ استثناءً من عدم وجود روابط عقدية بين المؤجر والمستأجر من الباطن بل إنها أحد تطبيقات هذه الرابطة العقدية. وسوف يزداد الأمر وضوحاً ــ تأييداً لما انتهينا إليه ــ عندما نعرض لنص المادة ٥٩٧ مدنى مصرى، والتى أقر فيها المشرع بوجود روابط مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، إذا قبل الأول الإيجار من الباطن.

حيث تنص المادة ٥٩٧ مدنى مصرى على أنه "تبرأ ذمة المستأجر الأصلى قبل المؤجر، سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له فى حالة التنازل عن الإيجار، أم فيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأصلى من التزامات فى حالة الإيجار من الباطن.

أولاً: إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار، أو الإيجار من الباطن.

=ثانياً: إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له، أو من المستأجر من الباطن دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر لأصلى".

وواضح من نص المادة ٥٩٧ السابقة، أنها تتناول حالة نشأة علاقة مباشرة، بين المؤجر والمستأجر من الباطن، وذلك إذا قبل الأول الإيجار من الباطن. وقبول المؤجر للإيجار من الباطن قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنيًا يستفاء من الظروف، كما لو استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المستأجر من الباطن، ودون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلى. راجع فى ذلك: د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٤-٢٠٥. د ــ برهام محمد عطا الله ــ إيجار الأماكن ــ عام ١٩٨٥ ــ ص ٣٣٩. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦٧.د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٠. د ــ سمير عبد السيد تناغو ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٧. ويترتب على قبول المؤجر للإيجار من الباطن، نشوء علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، وبراءة ذمة المستأجر الأصلى. يستند الفقه فى ذلك، إلى عبارات مذكرة المشروع التمهيدى لهذا النص، والتى جاء فيها "أما سائر التزامات المستأجر، غير دفع الأجرة، فتبقى العلاقة غير مباشرة ما بين المؤجر والمستأجر من الباطن يتوسط بينهما المستأجر الأصلى، إلا إذا قبل المؤجر الإيجار من الباطن بعد صدوره دون تحفظ، أو استوفى الأجرة من المستأجر من الباطن دون تحفظ، فعندئذ يختص المستأجر الأصلى، وتصبح علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن علاقة مؤجر بمستأجر، لكل منهما أن يطالب بحقوقه بطريق الدعوى المباشرة". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ــ الجزء الرابع ــ ص ٥٧٠. راجع من الفقه: د ــ سمير عبد السيد تناغو ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٧. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ ص ٧٤٣.

ويرى بعض الفقه، أن ما يترتب على قبول المؤجر للإيجار من الباطن، من وجود علاقة مباشرة بينه وبين المستأجر من الباطن، وبراءة ذمة المستأجر الأصلى، يقوم على أساس حوالة الدين. راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤٤. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨١. د ــ سليمان مرقس ــ الوافى فى شرح القانون المدنى ــ ٣ ــ فى العقود المسماة ــ المجلد الثانى ــ عقد الإيجار ــ ١٩٩٣ ــ ص ٦٥٧ د ــ محمود عبد الرحمن ــ المرجع السابق ــ ص ٧٢٢. د ــ برهام محمد عطا الله ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٢، ص ٣٣٣ ــ هامش ٤. ويرى سيادته أنه يترتب على الإيجار من الباطن، آثار تشبه تلك المترتبة على حوالة الحق وحوالة الدين.

طبقاً لأحكام المادة ٣٢١ /١ مدنى مصرى، والتى جاء فيها "يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه، يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه". وهذا يعنى أن "المؤجر وهو دائن المستأجر الأصلى اتفق مباشرة مع المستأجر من الباطن على حوالة الالتزامات التى فى ذمة المستأجر من الباطن، فتتحول هذه الالتزامات من ذمة المستأجر الأصلى ويحل محله فيها المستأجر من الباطن طبقاً لأحكام حوالة الدين (م ٣٢١ مدنى). د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤٣-٧٤٤.

إلا أن بعض الفقه، قد جعل الإنابة فى الوفاء، هى أساس لقبول المؤجر للإيجار من الباطن وما ينشأ عن ذلك من علاقة مباشرة. راجع فى ذلك: د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤٣. وفى فرنسا، وإزاء عدم معرفة القانون الفرنسى لحوالة الدين (وكذا التقنين المدنى المصرى القديم)، فإن الفقه الفرنسى كان يقيم براءة ذمة المستأجر الأصلى من التزاماته نحو المؤجر على الإبراء. ذلك أن للمؤجر فى القانون الفرنسى دعوى مباشرة على المستأجر من الباطن، وهو فى الوقت ذاته دائن للمستأجر الأصلى فيبرئه من الدين، ويستبقى المستأجر من الباطن وحده مديناً له.

وقد انتقد رأى فى الفقه المصرى الأسس التى قال بها غالبية الفقه، فمن ناحية أن حوالة الدين لا تتم إلا باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين (م ٣١٥)، أو باتفاق بين الدائن والمحال عليه، يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه (م ٢/٣٢١) ومن ناحية أخرى، فإن الإنابة تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م ١/٣٥٩). لذا فإن كل هذه =العمليات تتطلب فضلاً عن موافقة الدائن، موافقة الشخص الأجنبى (المستأجر من الباطن) الذى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. وينتهى هذا الرأى، على ضرورة موافقة المستأجر من الباطن على أن تنشأ علاقة مباشرة بينه وبين المؤجر، "ولا يقال أن المستأجر من الباطن إذا تعاقد مع المستأجر الأصلى قد أوجب فى نفس الوقت إلى المؤجر برغبته فى إقامة علاقة تعاقدية مباشرة معه، بحيث أن إقرار المؤجر للتأجير من الباطن يعتبر قبولاً لهذا الإيجاب، به ينعقد اتفاق جديد، فمثل هذا الإيجاب يكون افتراضيا محضاً لا أساس له من الواقع". راجع فى ذلك: د ــ محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢٣ ــ ويخالف سيادته بهذا الرأى غالبية الفقه المصرى، الذى ترى أن العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن تنشا بمجرد قبول المؤجر للإيجار من الباطن. راجع من هذا الفقه د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤٩ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤٤. وإذا كان للرأى السابق وجاهته، فيما يتعلق بعدم إمكانية نشأة علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، دون موافقة هذا الأخير، إذ قد يكون المستأجر من الباطن مصلحة فى ألا تنشأ علاقة مباشرة بينه وبين المؤجر. راجع فى ذلك د ــ حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٢. راجع أيضاً: د ــ محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢١. إلا أن غالبية الفقه، ترتب على مجرد قبول المؤجر للإيجار من الباطن، نشأة علاقة مباشرة بينه وبين المستأجر من الباطن، يستطيع أيهما الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة. فيستطيع المؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن، فى حدود التزامات هذا الأخير فى مواجهة المستأجر الأصلى، بمقتضى عقد الإيجار من الباطن. كما يملك المستأجر من الباطن الرجوع المباشر على المؤجر، ولكن هذا الرجوع مقيد بألا يتجاوز ما يلتزم به المؤجر فى مواجهة المستأجر الأصلى، بمقتضى عقد الإيجار الأصلى. راجع فى ذلك على سبيل المثال:د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤٤. د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٤، ص ٢٠٥، د ــ برهام محمد عطا الله ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٩. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦٧ وما بعدها. د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٦٥٧ وما بعدها.

وإذا كان بعض الفقه يذهب إلى أن العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن علاقة أغيار من حيث الأصل، حيث لم يشارك أى منهما فى إبرام عقد مع الآخر. لذا فإن هذا الفقه ــ كما سبق أن أوضحنا ــ يرى أنه لا توجد علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، إلا بمقتضى الدعوى المباشرة المقررة بالمادة ٥٩٦ مدنى مصرى، وكذا ما قرره المشرع بالنص عليه بالمادة ٥٩٧ مدنى مصرى. إلا أن هناك رأيًا فى الفقه ــ نؤيده ــ يرى أنه توجد رابطة عقدية موضوعية بين المؤجر والمستأجر من الباطن، تنبثق من العلاقة الموضوعية بين عقد الإيجار الأصلى وعقد الإيجار من الباطن، مما يستوجب تطبيق قواعد المسئولية العقدية بينهما. راجع فى ذلك:

Conte (PH): Note sous cour d'appel d' agen 7, 12, 1988, G.P. 89, 11, 899.

ذلك أن "الرابطة العقدية لا تقتصر على الأشخاص الذين يساهمون فى بناء التصرف القانونى، بل تشمل ــ أيضاً ــ كل شخص يساهم فى تنفيذ العلاقة التعاقدية حتى ولو لم يكن له دور فى عملية تكوين هذه العلاقة". د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٨٥. راجع أيضا ما سوف نوضحه لاحقاً، فيما يتعلق بمن يعد طرفاً فى العقد وإذا كان للرأى السابق وجاهته، فيما يتعلق بعدم إمكانية نشأة علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، دون موافقة هذا الأخير إذ قد يكون للمستأجر من الباطن مصلحة فى أن لا تنشأ علاقة مباشرة بينه وبين المؤجر. ذلك أن الأصل فى العلاقة الإيجارية أنها تبنى على الاعتبار الشخصى، ومن هنا لا يجوز بحسب الأصل

التأجير من الباطن، ولكن يجوز للمؤجر التنازل عن هذا الإعتبار. راجع فى ذلك: د ـ حسين البراوى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٤٢. راجع أيضاً د ـ محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ـ ص ٤٢١.

ولبيان هذا الرأى يقول بعضهم إن "عقد الإيجار يبرم بين المؤجر والمستأجر، والذى بمقتضاه يكون كلاهما دائناً ومديناً تجاه الآخر. فإذا قام المستأجر بتأجير العين من الباطن لشخص آخر، فهذا العقد يولد ـ =بدوره ـ التزامات متبادلة على عاتق طرفيه. فإذا أخل المؤجر الأصلى بأحد الالتزامات التى تقع على عاتقه، كالالتزامات بالصيانة. فذلك يترتب عليه إخلال المستأجر الأصلى بالتزامه تجاه المستأجر من الباطن بالتزامه بدفع الأجرة، أو القيام بالإصلاحات اللازمة فى العين المؤجرة، فذلك يترتب عليه إخلال المستأجر الأصلى ـ بدوره ـ بالتزامه تجاه المؤجر الأصلى بالتزامه بدفع الأجرة، مما يلحق بهذا الأخير بأضرار. أو العكس إذا أخل المستأجر من الباطن بالتزامه بدفع الأجرة، أو القيام بالإصلاحات اللازمة فى العين المؤجر الأصلى، مما يلحق بهذا الأخير بأضرار. ومن ثم إذا لم يكن المؤجر الأصلى قد ساهم فى بناء عقد الإيجار من الباطن، والمستأجر من الباطن لم يكن قد شارك فى تكوين عقد الإيجار الأصلى، إلا أن كلاهما لا يعد من الغير فى علاقته بالآخر. لأن المؤجر الأصلى يتأثر ـ بدوره ـ بعقد الإيجار الأصلى. وبالتالى فإنه توجد بينهما رابطة عقدية موضوعية تخول لأحدهما حق الرجوع على الآخر بدعوى المسئولية العقدية المباشرة". راجع فى ذلك: د ـ فيصل زكى عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص ٨٥.

ويرى أنصار هذا الرأى. راجع فى عرض ذلك : د ـ فيصل زكى عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص ٧١ وما بعدها.

أن الرابطة العقدية الموضوعية بين المؤجر والمستأجر من الباطن، كانت موجودة من حيث الأصل، وكشف عنها الفقه، ولم تنشأ بالنصوص التى قررها المشرع فى المادتين ٥٩٦ و ٥٩٧ من القانون المدنى المصرى. وإن كان المشرع بهاتين المادتين، قد كشف ـ هو الآخر ـ عن هذه الرابطة وأكد وجودها على النحو الذى يزول معه أى شك لدى الفقه فى وجود هذه الرابطة، كما أن المشرع بهاتين المادتين قد ساعد الفقه ـ كثيراً ـ فى رسم حدود هذه العلاقة.

وإذا كنا من جانبنا نؤيد هذا الرأى، فإن ما يزيد قناعتنا به أمرين:

الأمر الأول: محاولات الفقه والقضاء، قبل صدور القانون الجديد، عام ١٩٤٨، لتلافى النتائج السلبية المترتبة على تطبيق القواعد العامة، على العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، خاصة ما يتعلق برجوع كل منهما، بمقتضى الدعوى غير المباشرة. راجع فى عرض سلبيات الدعوى غير المباشرة فى هذا المبحث ص١٩١ ومابعدها. وإذا كنا تناولناها بالتطبيق على المقاولة من الباطن، فإن نفس السلبيات تتوافر ـ أيضاً ـ فى حالة الإيجار من الباطن، فى العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن. وراجع أيضاً فى هذه السلبيات. د ـ محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ـ ص ٤١٨.د ـ عبد الرزاق السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص ٧٣٢-٧٣٣. وراجع ما أشار إليه سيادته من مراجع هامش ١. ص ٧٣٣.

أو المسئولية التقصيرية. راجع فى عرض سلبيات الدعوى المؤسسة على قواعد المسئولية التقصيرية، بين كل من المؤجر والمستأجر من الباطن، فى هذا البحث ص ٢٢٥ وما بعدها. ومأشرنا إليه من مراجع هذه الصفحات.

ومن أهم محاولات القضاء، ما ذهبت إليه محكمة أسيوط، من أنه للمؤجر أن يرفع دعوى مباشرة على المستأجر من الباطن، ويكون المستأجر الأصلى ضامناً للمستأجر من الباطن. راجع فى ذلك : حكم محكمة أسيوط ـ جلسة ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٣٢ ـ المحاماة ـ ١٣ ـ رقم ٦٤٢ ـ ص ١٢٤٦ غير أن محاولة القضاء هذه لم تنجح، تأسيساً على افتقارها للسند القانونى. راجع فى ذلك: محكمة السنبلاوين الجزئية ـ جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٣٣ ـ المحاماة ـ ١٦ ـ رقم ٢٧٦ ـ ص ٢٦٥٨ وهذا واضح مما ورد بالمذكرة الإيضاحية ـ القانون المدنى الجديد، حيث

جاء فيها "ويلاحظ أن التقنين الحالى (القديم) لا ينص على هذه العلاقة المباشرة، ولذلك لا يستطيع القضاء أن يقررها". راجع فى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ــ الجزء الرابع ــ ص ٥٧٠.

وهذا يعنى من ناحية، أن الفقه والقضاء منذ ذلك التاريخ، كان يدرك من خلال نظرته إلى واقع الإيجار من الباطن، وقوة الارتباط بين عقدى الإيجار الأصلى والإيجار من الباطن، وحقيقة العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، والارتباط الموضوعى بين حقوق كل منهما والتزاماته، أنه لا يمكن تنظيم العلاقة بينهما إلا عن طريق مباشر وذلك أن النظر إلى العلاقة بينهما على أن كل منهما من الغير بالنسبة للآخر، وأنه لا توجد علاقة مباشرة بينهما، وما يترتب على ذلك من تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية والدعوى غير المباشرة، فى حالة رجوع أيهما على الآخر، فإن الفقه ــ كما سبق أن أوضحنا ــ قد أثبت أن هذه القواعد لم تكن قادرة على تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، على النحو الذى يحقق العدالة بينهما، ويتفق مع حقيقة هذه العلاقة. راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٧٣٤. وراجع ما أشار إليه سيادته من مراجع وأحكام فى نفس الصفحة، هامش (٤)، وهامش (٥) وتكملته ص ٧٣٥. ومن ناحية أخرى، أن السبب الرئيسى، فى اعتبار الفقه والقضاء ــ آنذاك ــ العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن علاقة أغيار، هو تفسيرهم الضيق لمبدأ نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص، ذلك أن المؤجر لم يشارك مع المستأجر من الباطن فى تشييد عقد الإيجار من الباطن، كما أن المستأجر من الباطن لم يبرم عقد الإيجار الأصلى مع المؤجر. الأمر الذى أدى إلى وجود فجوة بين نظرتهم إلى حقيقة الإيجار من الباطن، والارتباط بين حقوق والتزامات كل من المؤجر والمستأجر من الباطن، وما استقر فى ضمائرهم من ضرورة وجود علاقة مباشرة بينهما، وبين ما يطبق من قواعد على هذه العلاقة ــ المسئولية التقصيرية والدعوى غير المباشرة ــ اعترف الفقه والقضاء بقصورها.

ويعتقد أن محاولات الفقه والقضاء، فى ظل التقنين المدنى القديم، لإيجاد علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، حتى يمكن لأيهما الرجوع على الآخر مباشرة، تلك المحاولات التى نتجت من نظرة الفقه والقضاء لواقع الإيجار من الباطن، وما ينشأ عنه من إرتباط، ووجود ارتباط وثيق بين حقوق والتزامات كل من المؤجر والمستأجر من الباطن، ما هى إلا قراءة واقعية لحقيقة الإيجار من الباطن، وأنه توجد علاقة موضوعية مباشرة بينهما فعلاً. غير أن ما منع الفقه والقضاء من الاعتراف بهذه العلاقة المباشرة، هو نظرتهم الضيقة لمجال تطبيق مبدأ نسبية أثر العقود من حيث الأشخاص. راجع ما سبق أن أوضحناه، فى الباب الأول من هذا البحث، ص ١٦٨وما بعدها . تلك النظرة التى كانت محلاً لنقد بعض الفقه ــ نؤيده ــ فيما يتعلق بعدم استيعابها لبعض الأشخاص الذين لم يساهموا فى تشييد الرابطة العقدية، ولكنهم يتأثرون بهذا العقد، وذلك كما فى حالة المؤجر والمستأجر من الباطن. راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥ وما بعدها.

وهذا يعنى أن العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، هى علاقة عقدية موضوعية أصلاً، لا تحتاج إلى نص يقررها. و يكون لكل من المؤجر والمستأجر من الباطن الرجوع على الآخر بدعوى المسئولية العقدية مباشرة.

الأمر الثانى: هو أن غالبية الفقه المصرى، بعد صدور التقنين المدنى المصرى الجديد، وتضمينه المادة (٥٩٧)، تؤسس ما ينشأ من علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، تطبيقاً لهذه المادة على أساس حوالة الدين قارن فى ذلك د ــ لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢٢ وما بعدها. راجع أيضاً د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤٣، حيث يرى أن الإنابة فى الوفاء هى أساس قبول المؤجر، وما ينشا عن ذلك من علاقة بينه وبين المستأجر من الباطن.

وإذا كانت حوالة الدين، إما أن تتم باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين (م ٣١٥)، أو باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن يحل الأخير محل المدين الأصلى فى التزامه (م ٣٢١/٢). راجع فى ذلك: د ـ محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ـ ص ٤٢٢. د ـ سليمان مرقس ـ الالتزامات ـ أحكام الالتزام ـ سبق ذكره ـ ص ٦٥٧ وما بعدها. راجع أيضاً حكم محكمة النقض المصرية ـ جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ ـ مجموعة أحكام النقض ٢٩-١٠٣١-٢٠٤.

=فإن هناك دراسة قانونية متخصصة، قد أثبتت أن أطراف حوالة الدين، هم أطراف فى علاقة عقدية واحدة، راجع فى ذلك: د ـ نبيلة إسماعيل رسلان ـ مرجع سبق ذكره ـ ص ١٦٥ وما بعدها. ونود أن ننوه، أننا نتوجه باللوم إلى أستاذتنا الدكتورة نبيلة رسلان. ذلك لأنها تعد من أوائل الفقه العربى، الذى نادى بضرورة تطبيق فكرة الطرف بالمعنى الموضوعى، تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقود، وما ينتج عن ذلك من وجود رابطة عقدية موضوعية بين أطراف الأسرة العقدية، كما هو حال المؤجر والمستأجر من الباطن والمستأجر الأصلى. راجع رسالتها للدكتوراه السابق الإشارة إليها. إلا أنها تقرر فى نفس الوقت بأن "الأصل أن المؤجر والمستأجر من الباطن لا تربطهما علاقة". راجع فى ذلك مؤلفها عقد الإيجار ـ فى ضوء أحكام القانون المدنى وقوانين إيجار الأماكن رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ ـ سبق الإشارة إليه ـ بند ١٧٤، ص ٣٦٧ وما بعدها.

وذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقود، ووفقاً لفكرة الطرف بالمفهوم الموضوعى.

وهذا يعنى من ناحية أن المؤجر بقبوله الإيجار من الباطن، تنشأ علاقة عقدية مباشرة، بين كل من المؤجر والمستأجر من الباطن والمستأجر الأصلى تجدر الإشارة فى هذا الصدد، إلى أن بعض الفقه يرى أن بقبول المؤجر للإيجار من الباطن، تنشأ بينه وبين المستأجر من الباطن علاقة مباشرة، علاقة مؤجر لمستأجر، وحينئذ يختفى تماماً المستأجر الأصلى. واستند هذا الفقه إلى عبارة المذكرة الإيضاحية "وعندئذ يختفى المستأجر الأصلى" راجع فى ذلك من الفقه د ـ سمير عبد السيد تناغو ـ عقد الإيجار ـ المرجع السابق ـ ص ٢٨٧. راجع أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ـ الجزء الرابع ـ ص ٥٧٠. إلا أننا نرى مع بعض الفقه، أن عبارة "وعندئذ يختفى المستأجر الأصلى" التى وردت بالمذكرة الإيضاحية، لا تتفق وطبيعة التعاقد من الباطن، ذلك أن أهم ما يميز التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد هو وجود المتعاقد المشترك ـ المستأجر الأصلى فى هذه الحالة ـ الذى يتوسط العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن. أما إذا كان النص قد جعل من آثار قبول المؤجر للإيجار من الباطن، أن تبرأ ذمة المستأجر الأصلى، فإن هذا لا يعنى اختفاء المستأجر الأصلى. ذلك أن وجوده شرط للقول بأننا بشأن إيجار من الباطن. فأهم ما يميز هذا الأخير، هو وجود عقدين وثلاثة متعاقدين، أما أذا اختفى المستأجر من الباطن (المتعاقد المشترك) من العملية العقدية، فإننا لن نكون بصدد إيجار من الباطن بالمعنى الصحيح، بل أننا سنكون أمام عقد آخر يختلف عن الإيجار من الباطن. راجع فى ذلك د ـ محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ـ ص ٤٢٣. د ـ حسن حسين البراوى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٤٢. ولا شك أن ما يرد فى المذكرة الإيضاحية لا يكون ملزماً خاصة وإذا كان يصطدم مع المفهوم الفنى والقانونى لبعض الأنظمة القانونية ـ بصفتهم أطراف الحوالة ـ تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقود.

ومن ناحية أخرى أن المشرع بالمادتين ٥٩٦، ٥٩٧ مدنى مصرى، لم ينشأ ـ كما بينا ـ علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، بل كشف عن هذه العلاقة، وأكد عليها، وقضى على ما قد يثور عند بعضهم بشأن وجود هذه العلاقة، كما أنه خلق للقضاء سنداً تشريعيًّا، ليحكم باطمئنان بوجود علاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن استناداً إليه. ذلك أنه عندما حاول القضاء، قبل صدور التقنين المدنى الحالى، إيجاد علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، لتلافى آثار تطبيق الدعوى غير المباشرة فإن هذه المحاولات لم تنجح لافتقارها ـ من وجهة نظرهم ـ إلى السند القانونى ـ راجع فى ذلك حكم محكمة السنبلاوين الجزئية ـ جلسة ١٩٣٣/١١/١٥ ـ المحاماة ١٦-٢٧٦-٢٦٨. وراجع أيضاً د ـ محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ـ ص ٤١٨. ويشير سيادته أيضاً إلى هذا الحكم فى نفس الصفحة هامش (٢).

وننتهى بعد العرض السابق إلى أنه إذا كان جانب من الفقه، ينظر إلى المادتين ٥٩٦ و ٥٩٧ من القانون المدنى، أن المشرع قد أنشأ بهما علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن. فإن جانباً آخر من الفقه

ومن ناحية أخرى قرر ــ المشرع ــ أيضاً وجود علاقة مباشرة بين الموكل والوكيل من الباطن. يستطيع بمقتضاها الموكل والوكيل من الباطن، أن يرجع كل منهما على الآخر مباشرة، ليطالبه بتنفيذ التزاماته العقدية، وذلك فى حدود ما يلتزم به كل منهما فى مواجهة الوكيل الأصلى، وذلك رغم عدم مشاركة الموكل فى تكوين عقد الوكالة من الباطن ولم يشارك الوكيل من الباطن فى إبرام عقد الوكالة الأصلى[1].

ــ يؤيده ــ يرى أن المشرع بهاتين المادتين، قد كشف عن وجود هذه العلاقة، وأكد عليها، وحسم ما ثار من خلال بين الفقه والقضاء، حول وجودها قبل صدور القانونى المدنى الجديد. إلا أن الفقه قد أجمع الآن على وجود علاقة عقدية مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر، إذا قبل هذا الأخير الإيجار من الباطن، وإن كان بعض الفقه، يرى أن هذا الأثر لا يتحقق إلا بقبول المستأجر من الباطن رجوع المؤجر عليه.

=راجع فى ذلك. د ــ محمد لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ بند ٢٧٨ ــ بند ٢٧٩ ص ٤٢١ وما بعدها. راجع أيضاً د ــ حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٢، ص ٢٤٣.والفضل فى هذا الإجماع يرجع للمشرع، فنص المشرع قد وحد كلمة الفقه، وجعلها تتفق مع تطبيقات القضاء، التى أصبحت تستند إلى نص المشرع.

(١) فقد قرر المشرع العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل وذلك بنص المادة ٧٠٨ من القانون المدنى المصرى على أنه:"(١) إذا أناب الوكيل غيره عنه فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية.(٢) أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه فى اختيار نائبه أو خطئه فيما أصدره من تعليمات.(٣) ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر". يقابل هذا النص فى التقنيات العربية، نص المادة ٦٧٤ مدنى سورى، وهذا النص مطابق للنص المصرى. وأيضاً يطابق النص المصرى نص المادة ٧٠٨ من التقنين المدنى الليبى. أما تقنين الموجبات اللبنانى فتنص المادة ٧٨٢ منه على أنه "لا يجوز للوكيل أن ينيب عنه شخصاً آخر فى تنفيذ الوكالة إلا فى الأحوال الآتية: أولاً: إذا كان الموكل قد خوله هذا الحق صراحة. ثانياً: إذا كان تخويله هذا الحق ناجماً عن ماهية العمل، أو عن الظروف. ثالثاً: إذا كانت الوكالة عامة مطلقة". كما تنص المادة ٧٨٣ منه على أن "الوكيل الذى لا يملك التوكيل يكون مسئولاً عمن ينيبه منابه كما يسأل عن نفسه، وإذا كان التوكيل مباحاً له، فلا يكون مسئولاً إلا إذا أختار شخصاً لم تتوافر فيه الصفات المطلوبة للوكالة، أو إذا كان مع إحسان الاختبار، قد أعطى نائبه تعليمات كانت سبباً فى الضرر، أو أغفل السهر عليه عندما كانت تقتضيه الضرورة". وتنص المادة ٧٨٤ من نفس التقنين على أنه "فى جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولاً لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه، وتكون له حقوق الوكيل نفسها". وتقنين الموجبات اللبنانى، يختلف مع التقنين المدنى المصرى فى بعض المسائل، هى: (أ) فالأول لا يجيز للوكيل أن يقيم عنه نائباً إلا بإذن الموكل، أو إذا كانت الوكالة مطلقة، فى حين أن التقنين المصرى، يجيز للوكيل أن ينيب غيره ما لم يكن ممنوعاً صراحة. (ب) فى التقنين اللبنانى يكون الوكيل مسئولاً عن نائبه مسئوليته عن نفسه إذا كان ممنوعاً عن إقامة النائب، فإذا رخص له الموكل بذلك لم يكن مسئول عن هذا النائب إلا فى أحوال معينة. أما فى التقنين المصرى فيكون الوكيل مسئولاً عن نائب مسئوليته عن نفسه إذا كان ممنوعاً عن إقامة نائب أو كان غير ممنوع ولكن الموكل لم يرخص له بذلك صراحة، فإذا رخص له لم يكن مسئولاً إلا فى أحوال معينة. (ج) فى التقنين اللبنانى ليس لنائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل، أما فى مصر فلنائب الوكيل هذه الدعوى. راجع

فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السابع ــ المجلد الأول ــ العقود الواردة على العمل ــ سبق الإشارة إليه ــ ص ٤٥١ ــ هامش ٣.

وتطبيقاً لهذا النص، قضت محكمة النقض المصرى، فى أحد الطعون التى طرحت أمامها بأنه "يدل نص المادة ٧٠٨ من القانون المدنى على أنه يجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ جميع ما وكل =فيه أو فى جزء منه ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص خاص فى سند وكالته، ويكون له من باب أولى إذا تضمن سند التوكيل الترخيص له فى كل ذلك سواء عين الموكل شخص النائب أو أطلق أمر اختياره للوكيل، ويترتب على تلك الإنابة متى قامت صحيحة متوافرة الأركان قيام علاقة مباشرة بين نائب الوكيل والموكل ينصرف بموجبها إلى الأخير كافة التصرفات التى يبرمها النائب متى تحققت شروط إعمال هذا الأثر، ولا يكون لوفاة الوكيل بعد إبرامه عقد الإنابة ــ باعتباره من التصرفات التى يخولها له سند وكالته وينصرف أثرها مباشرة إلى الموكل ــ أى أثر فى علاقة النائب بالموكل فيما يأتيه من تصرفات أو فى توافر صفته فى القيام بأى إجراء يتسع له عقد الإنابة كنتيجة لتلك العلاقة المباشرة. نقض مدنى مصرى ــ رقم الطعن ٢٢٥٦ ــ لسنة ٦٥ ق ــ جلسة ١٩٩٦/٥/٨. وواضح من هذا النص، وكذا التطبيق القضائى له، أنه يجوز للوكيل أن ينيب غيره عنه فى تنفيذ الوكالة، سواء كان ذلك بترخيص من الموكل، أو دون ترخيص منه، أو فى حالة ما إذا أناب الوكيل غيره وأقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها. راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٢٦٢ ــ ص ٤٥٤. د ــ مصطفى عبد الحميد عدوى ــ الوجيز فى عقد الوكالة فى القانون المصرى والأمريكى ــ عام ١٩٩٧ ص ٩٧ وما بعدها. وفى جميع الحالات السابقة، يجوز للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الوكيل، يطالبه فيها بكافة التزامات الناشئة عن عقد الإنابة (عقد الوكالة من الباطن). كما يجوز لنائب الوكيل أن يرجع على الموكل مباشرة، ويتحدد نطاق هذا الرجوع، بما يكون الموكل ملتزماً به فى مواجهة الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الأصلى. راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٢٦٢ ــ ص ٤٥٤ ــ ص ٤٥٥. مصطفى عبد الحميد عدوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٠. د ــ حسن البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٠-٢٤٧.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "مفاد المادتين ٧٠٨، ٧١٠ من القانون المدنى مرتبطتين أنه يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بما التزم به نحو الوكيل الأصلى، وذلك سواء كان الموكل قد رخص للوكيل بتوكيل غيره فى تنفيذ الوكالة أم لم يرخص له بذلك، ويكون رجوع نائب الوكيل على الموكل شأنه فى ذلك شأن ما يرجع به الوكيل الأصلى على الموكل". نقض مدنى مصرى ــ فى الطعن رقم ٣٨٨ ــ لسنة ٢٤ ق ــ س ١٩ ــ ص ١٣٩٦ ــ جلسة ١٩٦٨/١١/١٩.

ويترتب على ذلك من ناحية، أن نائب الوكيل يكون مسئولاً قبل الموكل مباشرة عن أى خطأ يرتكبه فى تنفيذ الوكالة. ولا يجوز لنائب الوكيل، أن يدفع مطالبة الموكل، بمقاصة قد تكون بين التزاماته، وبين ما له من حقوق قبل الوكيل الأصلى. ومن ناحية أخرى، لا يشارك دائنو الوكيل الموكل، فى رجوع هذا الأخير مباشرة على الأول، كما أنه لا يجوز أن يحتج نائب الوكيل على الموكل، بحكم صادر على الوكيل حائز لقوة الأمر المقضى. أن نص المادة ٣/٧٠٨ مدنى مصرى، تتضمن إحدى حالات الدعوى المباشرة، فقررت هذه الدعوى لكل من طرفى العلاقة الموكل والوكيل من الباطن، يباشرها أى منهما فى مواجهة الآخر بشكل مباشر. ويرى جانب من الفقه. راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٦٢، ص ٤٥٤. د ــ محمد كامل مرسى ــ شرح القانون المدنى الجديد ــ العقود المسماة ــ ١٩٤٩ ــ المطبعة العالمية ــ ص ٢٩٦ وما بعدها. د ــ محمد على عرفه ــ أهم العقود المدنية ــ الكتاب الأول ــ فى العقود الصغيرة ــ عام ١٩٤٥ ــ مكتبة عبد الله وهبه ــ ص ٤١ وما بعدها، د ــ مصطفى عبد

الحميد عدوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٠. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ بند ٣٣٨ ــ ص ٤٠٥.د ــ سليمان مرقس ــ أحكام الالتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ بند ١٥٧ ــ ص ٣٠٥. د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١١٣.

=إلا أن جانبا آخر من الفقه يرى، أن نص المادة ٣/٧٠٨ لا يتضمن إحدى حالات الدعوى المباشرة بالمعنى الدقيق، بل يرى هذا الفقه أنه توجد رابطة مباشرة أصلية بين الموكل ونائب الوكيل، وفى ذلك يذهب أستاذنا الدكتور أكثم أمين الخولى إلى القول بأن العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل لا تتضمن "حالة من حالات الدعوى المباشرة بالمعنى الدقيق لهذا التعبير، وأن الصحيح هو أن هناك رابطة مباشرة أصلية بين الموكل ونائب الوكيل، لا مجرد دعوى مباشرة ولا شأن لهذه الرابطة المباشرة بفكرة الدعوى المباشرة، بل هى نتيجة طبيعة لما يعترف به القانون من أن الوكيل يستطيع ــ ما لم يمنع من ذلك صراحة ــ أن ينقل سلطته فى العمل لحساب الموكل إلى شخص آخر ولا يعنى هذا الجواز إلا أن النائب يصير بدوره وكيلاً عن الموكل". د ــ أكثم أمين الخولى ــ الصلح والهبة والوكالة ــ عام ١٩٥٧ ــ بند ١٨٥ ــ ص ٢٣٢.

وفى هذا الاتجاه يقول ــ أيضاً ــ الدكتور رمضان أبو السعود: "وتقوم العلاقة مباشرة بين الأصيل ونائب الوكيل، ويصبح للموكل دعوى شخصية قبله، ولكنها ليست من قبيل الدعاوى المباشرة". راجع فى ذلك: د ــ رمضان أبو السعود ــ المرجع السابق ــ بند ٧٠ ــ ص ٩٥ وما بعدها.

وينتهى هذا الرأى، إلى أنه عندما يقيم الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة، فإنه يختفى فلا يكون له علاقة بنائبة فيما أنابه فيه، وتنشأ علاقة مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل.

وإذا كان الباحث يتفق مع هذا الرأى الأخير، فى أن المشرع قد أقر بوجود روابط مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل، يستطيع بموجبها الموكل الرجوع مباشرة على نائب الوكيل، لمطالبته بالتزاماته العقدية الناشئة عن عقد الإنابة، فى الحدود التى يكون فيها الوكيل من الباطن مديناً بها للوكيل الأصلى، هذا بالرغم من أن الموكل لم يشارك فى إبرام عقد الإنابة. كما أن للوكيل من الباطن، أن يطالب الموكل بتنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن عقد الوكالة الأصلى، وذلك فى الحدود التى يكون فيها مديناً للوكيل الأصلى، بالرغم من أن الوكيل من الباطن لم يشارك فى تشييد عقد الوكالة الأصلى.

إلا أن الباحث يختلف مع هذا الرأى، فيما انتهى إليه من أن الوكيل الأصلى يختفى تماماً بعد إنابته للوكيل من الباطن فى تنفيذ عقد الوكالة، فلا يكون له علاقة بنائبه، وذلك للاعتبارات الآتية:

الاعتبار الأول: القول باختفاء الوكيل الأصلى، فلا تكون له علاقة بنائبه، فيه إغفال لعقد الإنابة وما يترتب عليه من حقوق والتزامات بين الوكيل ونائبه.

الاعتبار الثانى: إن من أهم خصائص التعاقد من الباطن، هو بقاء المتعاقد الأصلى موجوداً فى العملية القانونية، وإلا فإننا فى فرض اختفاء وخروج المتعاقد الأصلى من العملية القانونية لا نكون بصدد تعاقد من الباطن، وإنما نصبح بصدد عملية مختلفة فى طبيعتها وآثارها عن العقد من الباطن. هذه العملية تعد من قبيل التنازل عن العقد، ومسايرة هذا الاتجاه سوف يؤدى إلى تشويه المفهوم الفنى والقانونى للتنازل عن العقد. راجع فى التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والتنازل عن العقد، ص ١٢٣ وما بعدها.

وتطبيقاً لذلك فإن خروج الوكيل الأصلى، واختفاءه من العملية القانونية، بعد إنابته لوكيل من الباطن، يؤدى إلى أننا لا نكون بصدد تعاقد من الباطن، وهذا ما لم يقل به أحد، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن مسايرة هذا المنطق يؤدى إلى الخلط بين التعاقد من الباطن والتنازل عن الصفة فى التعاقد مع أن إرادة المشرع انصرفت ــ وبحق ــ إلى التمييز بينهما.

إلا أننا بصدد عقد المقاولة من الباطن، نجد المشرع قد اقتصر على إنشاء علاقة مباشرة، بين رب العمل والمقاول من الباطن، بمقتضى الدعوى المباشرة، التى نص عليها بالمادة ٦٦٢ مدنى مصرى. وقد سبق أن أوضحنا أن هذه الدعوى لا تحقق إلا حماية محدودة لصاحب الحق فيها وهو المقاول من الباطن، ولا توفر أدنى حماية لرب العمل(١).

وإذا كانت المقاولة من الباطن، تمثل ــ كما سبق أن أشرنا ــ مع الإيجار من الباطن والوكالة من الباطن، النماذج الأساسية للتعاقد من الباطن.

وهذه النماذج الثلاثة، لها عناصر واحدة تتميز بها، فكل منهم تعد من أساليب الفن التعاقدى التى عرفها القانون، وتتكون من عقدين ــ على الأقل ــ عقد أصلى وعقد من الباطن، وأن هذا العقد الأخير، يستند فى وجوده ونطاقه ومدته على العقد الأصلى(٢)، ذلك أن هذا الأخير يعد سبباً فى وجود الأول. فضلاً عن ذلك فإن المتعاقد الأصلى لا يختفى فى جميع نماذج التعاقد من الباطن، بل يظل موجوداً بين العقد الأصلى والعقد من الباطن.

كما أن المقاولة من الباطن والإيجار من الباطن والوكالة من الباطن، تخضع جميعها لقواعد عامة واحدة، وخصائص عامة واحدة، كما أنهم جميعاً يعدون أشكالاً للأسرة العقدية فى أوضح صورها.

الاعتبار الثالث: وتأكيدا لما نراه، ما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى لهذا النص، فقد جاء فيه: ويجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة إلا إذا اشترط الموكل منعه من ذلك، هذا بخلاف التقنين الحالى (القديم م ٥٢٠) حيث يشترط فى جواز الإنابة الترخيص الصريح. فإذا أناب عنه غيره، كان =النائب مسئولاً عن جميع الالتزامات التى تقع على الوكيل، لا قبل الوكيل وحده، بل قبل الموكل، وبطريق مباشر. فيستطيع الموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على النائب، كما يرجع النائب على الموكل بالدعوى المباشرة كذلك". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ــ الجزء الخامس ــ ص ٢١٤.

وواضح من عبارات المذكرة الإيضاحية، أن مسئولية الوكيل من الباطن لا تكون فى مواجهة الموكل فقط، بل أيضاً فى مواجهة الوكيل الأصلى، وهذا يعنى أن الوكيل الأصلى يظل موجوداً فى العملية العقدية، وآية ذلك أن الوكيل من الباطن يظل مسئولاً فى مواجهته، حتى مع وجود العلاقة المباشرة بين الموكل والوكيل من الباطن.

(١) راجع فى ذلك ما أسلفناه، بشأن سلبيات الدعوى المباشرة، فى الباب الأول من هذا البحث، ص٣٢٧ وما بعدها.

(٢) Berenard Teyssie, Op. Cit., n°. 123 ets

راجع أيضاً فى عرض ذلك د ــ حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٨ وما بعدها.

فضلاً عن ذلك، فإن العلة التى من أجلها أقر المشرع وجود رابطة عقدية مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن ، وكذا الموكل والوكيل من الباطن، تتوافر أيضا فى حالة المقاولة من الباطن[١]. مما يدفعنا إلى التساؤل عن سبب عدم إقرار المشرع لوجود علاقة عقدية مباشرة، بين رب العمل والمقاول الأصلى؟ [٢].

ونتفق[٣] مع الاتجاه الفقهى[٤] الذى يذهب إلى القول بأنه لا داعى لوجود نص يقرر علاقة عقدية مباشرة، بين رب العمل، والمقاول من الباطن ذلك أن هذه العلاقة موجودة فعلاً، وقد اعترف المشرع بها، عند صياغته لمبدأ نسبية أثر العقود بالمادة ١٤٥ من القانون المدنى المصرى. صحيح أن الألفاظ والعبارات التى صيغ بها هذا النص لا تعبر عن محتوى قصد المشرع المستخلص من إقراره مبدأ القوة الملزمة العقد[٥]، وإقراره منهج صور تصنيف المسئولية المدنية، وأيضاً إقراره للاختصاص القضائى. ومعنى ذلك أننا نكون بصدد اختلاف التعبير مع محتوى القصد. ومن ثم يكون النص غامضاً وبالتالى لا يجب تفسيره إلا فى ضوء النصوص القانونية التى تقرر المبادئ السابقة وليس بمعزل عن هذه النصوص. فإذا تم تفسير النص الذى يقرر مبدأ نسبية أثر العقود بربطه بالنصوص ــ كما أوضحنا ــ السابقة. لتحتم القول بأن المشرع قد أخذ بمضمون النظرية الموضوعية، التى تقرر أنه عند تحديد فكرة الطرف. يجب أن يأخذ فى الاعتبار ليس فقط مرحلة تكوين العلاقة التعاقدية، بل أيضاً عملية تنفيذ هذه الأخيرة.

وينتهى هذا الرأى إلى أن النص التشريعى، لإيجاد علاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن موجود أصلاً، وهو النص الذى يقرر مبدأ نسبية أثر العقود، فتطبيقاً لهذا المبدأ، فإن كل من رب العمل والمقاول من الباطن الحق فى أن يرجع

---

(١) راجع ما سبق أن أسلفناه، بشأن تطبيق الدعوى غير المباشرة، والمسئولية التقصيرية والدعوى المباشرة المقررة بالمادة ٦٦٢ من القانون المدنى المصرى، وعدم كفاية هذه القواعد وسلبياتها على العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن .

(٢) وإذا كنا نثير هذا التساؤل إلا أننا نتفق مع الفقه على أن رب العمل والمقاول من الباطن تجمعهما أسرة عقدية واحدة.

(٣) راجع فى هذا البحث ما سوف نفصله بشأن فكرة الطرف فى العقد ص ٥٩٧ وما بعدها.

(٤) راجع فى عرض ذلك د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥ وما بعدها.

(٥) راجع فى ذلك:

Néret: Op. Cit. No.373, Teyssie, th prec No 564, Laaoumet (c) Art Prec No.12, et note sous civ 1.21.6 1988.

كل منهما على الآخر بدعوى المسئولية العقدية؛ لأن كل منهما يعد طرفاً فى علاقة عقدية مع الآخر، وذلك وفقاً للمفهوم الموضوعى لفكرة الطرف[١].

وإذا كنا قد تساءلنا عن عدم إقرار المشرع، لوجود علاقة عقدية مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن. فإن هذه التساؤل ليس معناه أننا بحاجة لنص تشريعى لإنشاء هذه العلاقة، لاعترافنا بوجودها أصلاً، واستنادها إلى النصوص التشريعية التى تقرر مبدأ نسبية أثر العقود[٢]. أما الدعوة للمشرع للتدخل لوضع نص يفسر مبدأ النسبية (تفسير تشريعى) وذلك لحسم الخلاف الفقهى والقضائى بشأن نطاق تطبيق مبدأ النسبية، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن وظيفة هذا النص سوف تكون كاشفة عن العلاقة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن ومؤكدة عليها، ويتوحد به كلمة الفقه، ويجد القضاء[٣] سنداً تشريعيًّا واضحاً للحكم بوجود علاقة عقدية مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن. ونتلافى بذلك السلبيات والنتائج غير العادلة، التى تنتج عن اعتبار كل من رب العمل والمقاول من الباطن من الأغيار بالنسبة للآخر. خاصة أن المشرع قد فعل ذلك فى حالتى الوكالة من الباطن والإيجار من الباطن، وهما أكثر خطورة من المقاولة من الباطن.

المطلب الثانى

السداد المباشر[٤]

---

(٦) راجع: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ نفس الصفحات السابقة.

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٧١ ــ حيث يقرر سيادته أن الفقه ــ قد كشف ــ ولم ينشأ ــ عن وجود روابط عقدية، بين رب العمل والمقاول من الباطن، حيث إنهما طرفان فى أسرة عقدية واحدة. وقد كان أستاذنا الدكتور ــ فيصل زكى عبد الواحد أول من كشف عن وجود هذه الأسرة فى الأنظمة القانونية والعربية وخاصة البيئة القانونية المصرية.

(٢) فما زال القضاء المصرى حتى الآن، ينظر إلى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار، ولا توجد روابط عقدية بينهما، ولا يجوز لأيهما الرجوع على الآخر، إلا من خلال نص المادة ٦٦٢ مدنى مصرى الذى يقرر الدعوى المباشرة بينهما. أما ما عدا ذلك فإن الرجوع المباشر بينهما ــ من وجهة نظرهم ــ يفتقر إلى سند تشريعى.

(٣) راجع فى عرض فكرة السداد المباشر تفصيلا: د. وليد فاروق جمعة ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٧، وما بعدها د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٨ وما بعدها، حيث يعرض كلاهما السداد المباشر من ناحية ماهيته وطبيعته ونطاقه وشروطه وإجراءاته.

يعد السداد المباشر من أهم الضمانات لحماية المقاول من الباطن، حيث يجعل هناك روابط مباشرة بينه وبين رب العمل[١]، وسوف نعرض بإيجاز لهذه الضمانة:

تقوم فكرة السداد المباشر أو الدفع المباشر[٢] على أساس تولى الجهة الإدارية ــ رب العمل ــ المتعاقدة، مهمة السداد المباشرة للمقاول من الباطن وكما يدل عليه اسمه، إجراء يسمح للمتعاقد من الباطن، بالاتصال بشكل مباشر، بصاحب العمل أو الإدارة بغية الحصول على المقابل المالى لما نفذه من التزام، بموجب اتفاق التعاقد من الباطن[٣].

والسداد المباشر، قد جاء النص عليه، لأول مرة فى فرنسا، بموجب المرسوم الصادر بتاريخ ١١ مايو سنة ١٩٥٣. إلا أنه كان مقصوراً على الحالات، التى يزيد فيها سقف التعاقد من الباطن، على ٣٠ ألف فرنك فرنسى، كما أنه كان ذا طبيعة اختيارية، وكان الأخذ به ذا طبيعة استثنائية. وتم تأكيد فكرة السداد المباشر بالمرسوم الصادر فى ١٤ مارس لسنة ١٩٧٣ تحت رقم ٣٢٩/٧٣. وقبل انتهاء العمل بهذا المرسوم، شعرت السلطات الإدارية فى فرنسا بضرورة تحسين الحالة المالية للمتعاقد من الباطن[٤]. وقد ساعد على تدعيم وجهة النظر هذه، أن التعاقد من الباطن من شأنه،أن يمكن المشاريع الحرفية من المساهمة من خلال التعاقد من الباطن فى تنفيذ العقود الإدارية. لذا فإنه، قد صدر القانون رقم

---

[٤] حيث إننا ما زلنا نناقش الرأى الذى يرى أن المقاول من الباطن، يعتبر من الغير بالنسبة لرب العمل.

[١] يتناول بعض الفقه، هذه العلاقة تحت مسمى الدفع المباشر، راجع فى ذلك: د. مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٦. د. وليد فاروق جمعة المرجع السابق، ص ١٣٩ وما بعدها. وبعض الفقه يدرس هذه الفكرة تحت مسمى، السداد المباشر، راجع فى ذلك د. نجم حمد الأحمد ــ مرجع سابق ص ٢٧٨ وما بعدها د. عادل عبد الرحمن خليل ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٨ ولا فرق بين المسميين من الناحية العملية.

وراجع أيضاً من الفقه الفرنسى:

Roussel (A) et callabborateurs: Op. Cit.,P. 3E8. Paris-1978,p.285
Taffo (R): Op. Cit., p.210.

[٢] راجع فى ذلك:

"Comme senheml;indique, le paiement direct est une procedure qui permmet au sous-traitant de s'adresser directement au maitre de l'ouvrage... pour obtenir le paiement de ce qui lui est d'u..." v Taffo-op. cit. p.287. De Gery (PHILIPPE) la sous –traitanc dans les marches, recherches Phtonsarbon, Universite de paris Sous Titre: "le sour-traitance de marchies de travaux et de services". Paris. 1979, p. 126.

[٣] د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٩.

(١٣٣٤/٧٥) بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١ وقد خول هذا القانون للمقاول من الباطن حق اللجوء مباشرة، إلى رب العمل، وذلك لمطالبته بحقوقه المالية، عن الأعمال التى قام بتنفيذها، بموجب عقد المقاولة من الباطن. وقد نصت على هذا الحق صراحة، المادة السادسة من القانون سالف الذكر.

وكان الهدف من هذا القانون، منع ما كان يتعرض له المقاول من الباطن، من مخاطر اقتصادية، وإجراءات طويلة مرهقة، وهو بصدد الحصول على المقابل المادى لما نفذه من التزامات. ويهدف أيضا هذا القانون إلى تدعيم الحالة المالية للمقاول من الباطن، ووقايته من خطر عدم الحصول على حقوقه المالية، خاصة فى حالة تعرض المقاول الأصلى للإفلاس أو توقعه عن ممارسة نشاطه لأى سبب من الأسباب حيث كان إفلاس المقاول الأصلى ينعكس بشكل تلقائى على المقاول من الباطن[١].

وبالتالى فإن هذا القانون قد تلافى السلبيات آنفة الذكر وعمل على تحسين الوضع المالى للمقاول من الباطن فى الحالات التى لا تتعلق فيها الحماية بالدعوى المباشرة[٢].

وإذا كان الفقه قد اتفق على أن السداد المباشر، يخلق رابطة مباشرة بين جهة الإدارة ــ رب العمل ــ والمقاول من الباطن، إلا أن الفقه اختلف، حول تحديد طبيعة هذه العلاقة المباشرة.

فذهب جانب منهم إلى أن السداد المباشر، يخلق رابطة قانونية مباشرة، بين رب العمل – الإدارة ــ والمقاول من الباطن، هذه الرابطة تولد بمتقضى صك خاص خارج نطاق اتفاق المقاولة من الباطن، وهذا الصك يتضمن الإشارة إلى حق السداد المباشر، وذلك من خلال قبول الإدارة للمقاول من الباطن واعتمادها لشروط السداد المباشر وفقاً لأحكام القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥[٣]. ويحاول أنصار هذا الرأى تدعيمه، وذلك بمقارنته بالدعوى المباشرة، فيرون أنه فى هذه الأخيرة، لا تنشأ مثل هذه الرابطة، لأن المقاول من الباطن سيكون مرتبطاً بشكل

---

[١] راجع فى عرض ذلك. د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٠.

[٢] راجع فى ذلك:

Taffo. Op Cit. P.287

[٣] راجع فى ذلك نص المادة السادسة من القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥ وراجع فى عرض هذا الرأى د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٣.

أساسى بالمقاول الأصلى. والعلاقة المباشرة فى هذه الحالة، ستكون بين الإدارة والمقاول الأصلى، لا بينها وبين المقاول من الباطن، ويرون أنه فى حالة الدعوى المباشرة، لا تكون هناك حاجة إلى صك خاص، يبرم خارج نطاق اتفاق المقاولة من الباطن، يتضمن الإشارة إلى الحق فى الدعوى المباشرة[١]. كما أن الدعوى المباشرة، تمارس للمطالبة بالمبالغ التى تكون فيها الإدارة مدينة بها للمقاول الأصلى، بالنسبة للالتزام المنفذ منه فى جملته، ويكون المقاول من الباطن فى نفس الوقت، دائناً للمقاول الأصلى بالمقابل المالى لما أداه من أعمال بمقتضى اتفاق المقاولة من الباطن[٢].

ويرى البعض أن السداد المباشر، وإن كان من شأنه خلق رابطة مباشرة، بين الإدارة والمقاول من الباطن، إلا أن هذا لا يعنى أن هذه الرابطة ترقى إلى مصاف الرابطة العقدية. وهذا الرأى هو أيضاً ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسى[٣].

وذهب جانب آخر من الفقه، إلى نقد المفهوم التقليدى للمقاولة من الباطن ذلك المفهوم الذى لا يقر بوجود روابط مباشرة بين رب العمل ــ الإدارة ــ والمقاول من الباطن استنادا لعدم وجود رابطة عقدية تجمعهما. وسبب النقد هو أن هذا المفهوم أصبح يتعارض مع تطور القانون الفرنسى، الذى بدأ يسير نحو الروابط المباشرة بين رب العمل ــ الإدارة ــ والمقاول من الباطن، ومن هذه الروابط المباشرة إقرار القانون الفرنسى، بحق المقاول من الباطن فى السداد المباشر والدعوى المباشرة[٤].

---

[١] راجع فى ذلك:
Son Fondement dans la volante du legislatur et non dans les contrats tambo. Op. cit. p.105

[٢] راجع فى ذلك:
Cass-ch, Mixte 18 Juin 1982, JCP, 1982 11, 19858 oncle sadan mote, G.F.

[٣] راجع فى ذلك:
"...Que la faculte ouvart aux sous-traitants de recevouir le reglement des travaux et fournitures executes ne constitute un lion contractual...." C.E. 6/3/1987 Petites AFFiches. 1987, No. 45, p.23, Note F. Modrne.

[٤] هذا وقد ذهبت محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى ١٩٧٩/١٢/٢٠ إلى أن الدعوى المباشرة تجد أساسها فى إرادة الشارع وليس فى العقود التى يكون من شأنها خلق رابطة عمل. وقد عبرت المحكمة عن ذلك بقولها:
" ....l action dircte trouve son fondement dans la volant du le jislatur et non dans les contrats Qui constituent un rapport de fait ...." Prec. Par tampo.p.107

وذهب جانب آخر من الفقه[١] إلى أن السداد المباشر، يخلق رابطة عقدية بين المقاول من الباطن ورب العمل ــ جهة الإدارة ــ حيث يرى أنصاره أنه وإن كان التعاقد من الباطن لا يخلق رابطة عقدية مباشرة، بين المقاول من الباطن وجهة الإدارة، لأن هذه الأخيرة تظل غريبة عن عقد المقاولة من الباطن، كما أن المقاول من الباطن، يعد غريباً عن ــ عقد المقاولة الأصلى ــ العقد الإدارى إلا أن السداد المباشر من شأنه خلق علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة و المقاول من الباطن. استنادا إلى أن المتفق عليه، وفقاً لأحكام القانون الخاص، أن تلاقى إرادتى طرفين على محل واحد، يؤدى إلى خلق رابطة عقدية. والسداد المباشر، وفقاً لأحكام قانون ١٩٧٥/١٢/٣١ يجسد هذا التلاقى فالمقاول من الباطن، يعلم أنه يستفيد من هذا الحق، والإدارة تعلم أنها ملزمة بالسداد، وتوافق الإدارة على المقاولة من الباطن، وتقر شروط السداد المباشر للمقاول من الباطن.

إلا أن هذا الرأى قد وجه إليه نقد، فقد أخذ عليه بعض الفقه، أن القانون عندما يمنح المقاول من الباطن حماية معينة، فإنه لا يقصد من ذلك إنشاء علاقة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن. فضلاً عن أن العقد وليد إرادة طرفيه الحرة، وليس وليد النصوص القانونية[٢]. كما أن التعاقد يجب أن ينطوى على اتفاق إرادتى الطرفين، على كافة الجزئيات وعموميات العقد، ولكن مجرد قبول الإدارة للمقاول من الباطن وإلمامها بشروط السداد ، لا يرقى إلى مصاف العقد[٣].

ويرى بعض الفقه[٤] تعليقاً على النقد السابق، عدم الأخذ بالمفهوم الضيق للعلاقة التعاقدية، وأن العلاقة التعاقدية يجب أن تشمل أشخاص آخرين، كالمقاولين من الباطن، الذين يساهمون فى تنفيذ العقد الإدارى، بالرغم من عدم مشاركتهم فى إبرام العقد الأصلى.

---

[٥] راجع فى ذلك: Roulet (voldo). Sous-traitance: Retour au classicisme No.124. 1988.
مشار إلية فى مرجع د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٥

[١] د. عزيزة الشريف ــ المرجع السابق.

[٢] د. أحمد فتح الله أبو سكينة ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٨.

[٣] د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٦ وسوف نناقش هذا الرأى تفصيلاً ــ الباب التالى من هذا البحث .

ويستنتج من هذا الرأى، أن السداد المباشر، يخلق رابطة عقدية بين المقاول من الباطن و ــ رب العمل ــ جهة الإدارة المتعاقدة. والسداد المباشرة بصورته هذه كما يرى البعض[١]، يحدث تغييراً فى شخص المدين. حيث إنه فى ظل القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥، يكون المدين بالمقابل المالى، لما قام المقاول من الباطن بتنفيذه من التزامات، إنما هى الجهة الإدارية المتعاقدة وليس المقاول الأصلى. أى أنه فى كل مرة، يبرم صك خاص، يتضمن شرطى القبول والاعتماد، نجد أن الإدارة تصبح هى المدينة فى مواجهة المقاول من الباطن، كما أنه يترتب على السداد المباشر نشوء حق حصرى للمقاول من الباطن، هذا الحق يتعلق بالجزء الذى قام المقاول من الباطن بتنفيذه، بمقتضىَ عقد المقاولة من الباطن. وذلك انطلاقاً من مبدأ العلانية والشفافية فى العلاقات بين أطراف رابطة التعاقد من الباطن، هذا المبدأ من أهم المبادئ التى أكد عليها القانون الفرنسى. وهذا يعنى أن المقاول من الباطن الذى يحظى بموافقة جهة الإدارة، وتنطبق عليه شروط السداد المباشر، يستطيع أن يتقاضى مقابل ما نفذه من أعمال، من ــ رب العمل ــ جهة الإدارة مباشرة، ودون أن يتزاحم مع دائنى المقاول الأصلى، سواء العاديون أو الممتازون.

ويلاحظ أن الفقه، قد اختلف بشأن الطبيعة القانونية للسداد المباشر، بالرغم من اتفاقه بأن السداد المباشر، من شأنه خلق علاقة مباشرة، بين رب العمل ــــ الإدارة ــ والمقاول من الباطن. إلا أنهم ينطلقون من نقطة واحدة، هى اعتبار المقاول من الباطن من الغير بالنسبة لجهة الإدارة، حيث إن هذه الأخيرة لم تكن طرفاً فى عقد المقاولة من الباطن، كما أن المقاول من الباطن لم يكن طرفاً فى عقد المقاولة الأصلى، وذلك تطبيقاً للمفهوم الضيق لمبدأ نسبية أثر العقود. ويلاحظ أيضاً أن بعض الفقه قد نادى بعدم الأخذ بالمفهوم الضيق لمبدأ نسبية أثر العقود، وأن يعتبر المقاول من الباطن طرفاً فى العقد الذى ساهم فى تنفيذه، أى أنه ينادى بأن تكون علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن، علاقة عقدية[٢]. والسداد المباشر، من شأنه أن يحل مدين محل آخر، كما أنه ينشئ للمقاول من الباطن حقًّا، غير متنازع فيه، على المبالغ المستحقة له، بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، ويستطيع أن يتقاضى هذا الحق من الإدارة مباشرة.

---

[٤] راجع فى ذلك: Tamba, Op. Cit. P.111

[١] وهذا الرأى سوف نبحثه بالتفصيل فى الباب الثانى من هذا البحث .

ويرتبط نطاق تطبيق السداد المباشر، منذ صدور القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥، بصفة رب العمل، فالسداد المباشر لا يطبق إلا إذا كان رب العمل، أحد الأشخاص الذين حددتهم المادة الرابعة من القانون سالف الذكر، وهم الدولة، الهيئات المحلية، والمؤسسات والمشاريع العامة[١]، فإذا لم يكن رب العمل يحمل أحد الصفات السابقة، فلا يطبق السداد المباشر.

وحتى يطبق السداد المباشر، يجب أن تتوافر بعض الشروط، وتتمثل هذه الشروط فى ضرورة موافقة الإدارة على المقاول من الباطن، واعتمادها لبنوده المتعلقة بالسداد المباشر ويجب أن يتجاوز سقف المقاولة من الباطن أربعة آلاف فرنك فرنسى. فضلاً عن وجوب مراعاة المقاول من الباطن، لبعض الإجراءات المحاسبية، وتنظيم فواتيره المبررة للسداد[٢].

والسداد المباشر متى توافرت شروطه، يعد إجباريا حتى ولو كان المقاول الأصلى فى حالة تصفية لأمواله، أو تسوية أو وقف لإجراءات المطالبة ضده. ولا يجوز التنازل عن حق السداد المباشر، فى عقد المقاولة من الباطن، ولو تم هذا التنازل يعد باطلاً ويعتبر كأن لم يكن[٣].

---

(١) وإذا كانت صفة رب العمل، هى الدولة أو الهيئات المحلية أو المؤسسات، فليس هناك مشكلة. إلا أن الأمر مختلف بالنسبة، لرب العمل الذى يحمل صفة المشروع العام. وسبب المشكلة هو اختلاف الفقه حول تحديد فكرة المشروع العام وسبب المشكلة هو اختلاف الفقه حول تحديد فكرة المشروع العام. راجع فى تحديد فكرة المشروع العام. د. مصطفى كمال وصفى "التكييف القانونى للمشروعات العامة" ــ مجلة العلوم الإدارية ــ السنة التاسعة ــ العدد الثالث ــ ديسمبر سنة ١٩٦٧ ص ١٠٩. د. أميرة صدقى ــ النظام القانونى للمشروع العام ودرجة أصالته ــ دراسة مقارنة ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة القاهرة، عام ١٩٧١، وراجع فى عرض أراء الفقه والقضاء بشأن تحديد فكرة المشروع العام. د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص٢٩٢ وما بعدها. ويجوز الأخذ بمبدأ السداد المباشر، فى عقود القانون الخاص، ففى بعض الأحيان وذلك إذا أراد رب العمل، رغبة منه فى تحقيق مصالحه، أن يسدد للمتعاقد من الباطن مستحقاته المالية مباشرة، ويحدث ذلك فى الحالة التى تكون فيها الحالة المالية للمقاول الأصلى غير مستقرة فيرغب رب العمل فى طمأنة المقاول من الباطن على مستحقاته المالية كى لا يتوقف عن عمله. ولكن الأخذ بنظام السداد المباشر، فى عقود القانون الخاص، يكون دائماً مرتبطاً برغبة رب العمل فى ذلك، فهو ليس ملزماً بذلك فى نصوص قانونية. راجع فى ذلك.
Tampo. Op. Cit. P 36.

(٢) راجع فى ذلك ــ د. نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٥١٣.

(٣) راجع فى ذلك : د. مصطفى الجارحى، المرجع السابق، ص ١٠٦.

الفصل الثانى
التطور التاريخى لمبدأ نسبية أثر العقود
وتحديد المفهوم الفنى للطرف

تمهيد وتقسيم:

لا شك أن الوقوف على طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن هل تعد علاقة تعاقدية أم أنها تدخل فى منطقة الأغيار يقتضى الوقوف على المفهوم الفنى والقانونى لمبدأ نسبية أثر العقد، وفقاً لما قصده المشرع بغض النظر عن الألفاظ والعبارات التى صيغ بها هذا المبدأ.

ولا شك أن تحديد مفهوم هذا المبدأ يقتضى التعرض لتطوره التاريخى، ولا مناص فى هذا الصدد من التطرق إلى دراسة الشكلية المفرطة عند الرومان، كما نتناول المذهب الشخصى، والمذهب المادى للالتزام، وأثر كل منهما على مفهوم الطرف. ويرتبط بذلك دور الإرادة فى التصرف القانونى. استهدافا للوقوف على المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر العقود، ثم نحاول تحديد الغير وفقاً لهذا المبدأ.

لذا سوف نتناول هذا الفصل فى ثلاثة مباحث، هى:

المبحث الأول: التطور التاريخى لمبدأ نسبية أثر العقود وتحديد المفهوم الفنى لهذا المبدأ

المبحث الثانى: المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى التصرف

المبحث الثالث: صور الطرف فى العقد

المبحث الأول

التطور التاريخى لمبدأ نسبية أثر العقود وتحديد المفهوم الفنى لهذا المبدأ

عرض وتقسيم:

كى نستطيع أن نصل إلى المفهوم الفنى والقانونى لمبدأ نسبية أثر العقود، يجب أن نتطرق للتطور التاريخى لهذا المبدأ؛ لأن ذلك له عظيم الأثر فى الفهم الصحيح لهذا الأخير، خاصة فيما يتعلق بتحديد مفهوم الطرف فى العقد، وهذا بدوره يسهل علينا الحكم على طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

ولتوضيح ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى ستة مطالب، هى على النحو التالى:

المطلب الأول: الشكلية الرومانية وأثرها على مبدأ نسبية أثر العقود ومفهوم الطرف.

المطلب الثانى: أثر المذهب الشخصى والمذهب المادى للالتزام على تحديد مفهوم الطرف.

المطلب الثالث: عجز النظرية التقليدية عن استيعاب الأنظمة القانونية الناتجة عن المذهب المادى وضرورة معالجتها وفقاً لنظرية التصرف القانونى.

المطلب الرابع: التصرف القانونى ودور الإرادة فيه.

المطلب الخامس: المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر العقود.

المطلب السادس: الغير وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود.

المطلب الأول

الشكلية الرومانية وأثرها على مبدأ نسبية أثر العقود ومفهوم الطرف

تمهيد وتقسيم:

نظراً لأثر الشكلية فى القانون الرومانى على تفسير الفقه لمبدأ نسبية أثر العقود، فقد كان لزاماً علينا أن نعرض لها حتى يتسنى لنا الوقوف على مدى أثرها فى اعتناق التفسير الضيق لمجال تطبيق مبدأ النسبية من حيث الاشخاص.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الشكلية فى القانون الرومانى.

الفرع الثانى: أثرها على مبدأ نسبية أثر العقود ومفهوم الطرف.

الفرع الأول
الشكلية فى القانون الرومانى

لم يذكر فقه القانون الموضوعى فكرة الشكلية إلا مقترنة بالقانون الرومانى ،تلك الفكرة التى حصرت قاعدة التصرف فيما رسم له من شكل، فإذا استكمل هذا الأخير صار التصرف صحيحاً دون الرجوع إلى الإرادة للبحث فيها عن عيوب تؤدى إلى بطلاله[١].

وإذا كان القانون الوضعى والسماوى، فى معظم مواضعهما إن لم يكن كلها يعتمد الإرادة كأساس لإنشاء الالتزامات دون حاجة إلى تطلب شكل معين، إلا فيما ندر. فالعقد – مثلاً – وفقاً للتعريف الفقهى هو توافق إرادتين على أثر يرتبه القانون، فهو وفقاً لهذا التعريف لا يعد أن يكون توافق إرادتين، أما على الجانب الأخر فإن القانون الرومانى لم يكن يعتد بالإرادة وحدها، حيث اعتبرها عاجزة بمفردها عن إنشاء الالتزام ما لم يجئ التعبير عنها فى شكل من الأشكال التى حددها القانون على سبيل الحصر[٢]. وهذا يعد تعبيراً عن القاعدة الرومانية القديمة التى كانت تقضى بأن الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقا أو التزاما ولا تحميه دعوى[٣]. وهذه القاعدة ظلت سائدة حتى چستنيان بالرغم مما أدخل عليها من الاستثناءات، فقد جاء فى مجموعة چوستنيان أنه لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أى دعوى وإنما ينشأ عنه دفع فقط[٤].

---

(١) راجع فى ذلك د ــ صوفى أبو طالب ــ الوجيز فى القانون الرومانى ــ طبعة ١٩٥٦ ــ ص ٢٩٠، د ــ شفيق شحاتة ــ الالتزامات فى القانون الرومانى ــ طبعة ١٩٦٣ ــ ص ١٢٨.

(٢) راجع فى ذلك د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢ ويشير سيادته، إلى الأشكال التى حددها القانون الرومانى للتصرفات المولدة للحقوق والالتزامات الشخصية فى ثلاثة، وهى كالآتى: ١- عقد الاستدانة، وكان يتم بالسبيكة والميزان، ٢- العقد الشفوى، ويتم بصيغة شفهية تتضمن سؤلاً موجهاً من الدائن إلى المدين عن قبوله التعهد، وجواباً موافقاً من هذا الأخير.٣- العقد الكتابى، ويتم بقيام المدين بقيمة الدين فى سجل الدائن.

(٣) راجع فى ذلك د ــ شفيق شحاتة ــ المرجع السابق ــ ص ٧٧، د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣.

(٤) راجع فى ذلك د ــ شفيق شحاتة ــ نفس المرجع السابق ــ نفس الصفحة.

ويرى بعض الفقه[١]، أن القول بأن الإرادة هى التى تنشئ التصرف فى القانون الرومانى إذا تم التعبير عنها فى الشكل الرسمى، فيه تجاوز ليس بقليل، حيث إن هذا يعنى أن الإرادة المجردة كان لها دورة فى إنشاء التصرف، أى أن الإرادة تكون أولاً ثم يتم التعبير عنها بالشكل الذى حدده القانون للتصرف فتتولد الحقوق وتنشأ الالتزامات. لكن الحقيقة أن الذى كان ينشئ التصرف فى ظل القانون الرومان هو إتباع طرفيه أحد الأشكال الرسمية حتى ولو كانت إرادتهما معيبة، وهذا يعنى أنه إذا تعهد – مثلاً – شخص بدين للآخر، وقام باتباع الشكل المحدد لمثل هذا التصرف فإن هذا الأخير ينشأ صحيحاً منتجا لآثاره، حيث يتولد به حق الدائن حتى إذا كان المدين هازلاً أو غير جاد فى تعهده، أو كانت إرادته معيبة أو كان السبب الذى دفعه إلى التعاقد معدوماً، أو حتى غير مشروع.

وهذا هو ما دفع بعض الفقه إلى القول "بأن المبدأ الذى كان يسود القانون الرومانى، لاسيما عهده القديم، ليس هو سلطان الإرادة، بل سلطان الشكل"[٢].

وفى مجال العقود، كان العقد اللفظى هو القالب العام الذى كان يصب فيه المتعاقدون مختلف تعاملاتهم، وعنه تنشأ مختلف أنواع الالتزامات، ويعد هذا هو العقد عند الرومان بوجه عام، وبالإضافة للعقد اللفظى كان هناك العقد الكتابى، وهو من عقود القانون الضيق أى المقصور على الرومان[٣].

وجدير بالذكر أن الشكيلة قد استندت بالصياغة الفنية الرومانية للعقد، لدرجة أن اختفى معه الدور الحقيقى للإرادة فى تكوينه، فوجود العقد وقوته الإلزامية لا يستندان إلى الإرادة (ولو كان معبراً عنها فى الشكل)، وإنما يستندان إلى الشكل مباشرة[٤].

وتوجد أدلة كثيرة على تقديس القانون الرومانى للشكلية فى مرحلة من مراحل تطوره، وسنعرض – على سبيل المثال – لإثنين، هما:

---

(١) راجع فى ذلك د – محمود أبو عافية – التصرف القانونى المجرد – رسالة دكتوراه – مقدمة لجامعة القاهرة – سنة ١٩٤٦ – د. عبد الرزاق السنهورى – المرجع السابق – بند ٤١ ص ١٢١.
د – عبد المنعم فرج الصده – المرجع السابق – بند ٣٤ ص ٤٨.

(٢) راجع فى ذلك د – عبد الفتاح عبد الباقى – المرجع السابق – ص ٤٢.

(٣) راجع فى ذلك د – شفيق شحاتة – المرجع السابق – ص ٧٧.

(٤) راجع فى ذلك د – صوفى أبو طالب – أبحاث فى مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الرومانى – ط ١٩٧٤ – ص ٧ ، الوجيز فى القانون الرومانى – ط ١٩٧٥ – ص ٩٠ وما بعدها.

الدليل الأول: أن القانون الرومانى لم يعرف نظرية عامه لعيوب الإرادة، وهذا أمر بديهى مرتبط بمدى تعويل هذا القانون على الإرادة لإنشاء العقد. فكما سبق أن أوضحنا لم يكن للإرادة المجردة دور فى إنشاء العقد، فلو أن طرفى العقد قد استكملا الشكل المحدد قانونا صار العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، بغض النظر عما إذا كانت إرادتهما ــ أو أحدهما – معيبة أم لا.

وقد ذهب البعض إلى أن القانون الرومانى عرف التدليس والإكراه. إلا أن ذلك يمكن الرد عليه بأن التدليس والإكراه قد عرفهما القانون الرومانى كجرائم وضع البرتيور لهما جزاء حيث منح المدلس عليه والمكره دعوى، كما منحهما دفعاً، وعن طريقهما يستطيع المتعاقد المجنى عليه أن يتخلص من حكم العقد، ولكنهما لم يكونا أبداً من عيوب الإرادة[١].

أما الدليل الثانى: أن القانون الرومانى لم يعرف فكرة النيابة بالمعنى الفنى، وما يترتب عليها من نتائج، أهمها انصراف أثر التصرف الذى يبرمه النائب إلى الأصيل مباشرة. فقد كان هذا القانون يستعصى على فكرة النيابة نظراً لإغراقه فى الشكلية. فلم يسلم بالنيابة إلا تدريجيًا فى حدود معينة، منها الاعتراف بنيابة الابن والعبد عن رب الأسرة، ولكن فى جعله دائناً لا مديناً، ثم اعترف بنيابتهما فى جعل رب الأسرة مديناً أيضاً ولكن فى حدود معينة، بالإضافة إلى النيابة الواقعية التى لا تتحقق شروطها إلا فى مجال التصرف الناقل للملكية فى مجال العقود. وفى غير هذه الحالات لم يكن لأحد أن ينوب عن غيره بحيث تنصرف آثار التصرف إلى المنيب[٢]؛ ذلك أن هذا الأخير لم يكن موجوداً على مسرح التعاقد لممارسة الشكليات التى فرضها القانون حتى يصبح العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، سواء حقًا، أو التزاما فى ذمته.

ويفسر جانب من الفقه، أن تغلغل الشكلية عند الرومان، واعتمادها كأساس لتكوين العقد فى القانون الرومانى القديم، يرجع إلى طبيعة المجتمع الرومانى.

---

(١) راجع فى ذلك د ــ شفيق شحاتة ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦٥، ٣٨٠. د ــ جميل الشرقاوى ــ الإثراء بلا سبب على حساب الغير ــ طبعة ١٩٧٢ ــ بدون ناشر ــ ص ١٨.

(٢) راجع فى ذلك د ــ شفيق شحاتة ــ نظرية النيابة فى القانون الرومانى ــ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة (١) ١٩٥٩ ــ ص ١١٣. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٧ هامش ١.

فالمجتمع الرومانى كان مكوناً من عدة قبائل، وكان لكل قبيلة ديانتها العامة، بل لكل أسرة ديانتها الخاصة. وكان أفراد الأسرة الواحدة يعيشون حياة مشتركة، يخضعون فيها لرب الأسرة وينتجون ما يحتاجون إليه. ويبادلون ما يفيض عن حاجاتهم ما يحتاجون إليه فى الأسواق بالمقايضة يداً بيد. أى أن هذا المجتمع كان بدائيًا زراعيًا مقفلاً[١].

ويرى جانب آخر من الفقه[٢]، أن إغراق القانون الرومانى فى الشكلية، خاصة فى العقود، وعدم الاعتداد بالإرادة أو الاعتراف لها بدور فيه، يرجع إلى أن الإرادة كظاهرة معنوية كانت بعيدة عن تناول الرومان، لذا وجب أن تكون التصرفات فى شكل مادى. حيث كان مجرد استيفائه يمنع التقهقر عكسيًا من الشكل إلى الإرادة لأن الشكل – كما أسلفنا – كان هو جوهر التصرف فإذا تخلف الشكل كان هذا يعنى أن التصرف لم يوجد أصلا فانعدام الشكل فى القانون الرومانى فى هذه المرحلة كان شأنه كشأن انعدام الإرادة فى القانون الحديث، لا يحتمل سوى جزاء واحد هو البطلان المطلق فلا يقبل التعديل.

وإذا كان هذا المنحى للشكلية فى القانون الرومانى، إلا أن هذا القانون لم يحتفظ بشكلياته المتشددة دائماً؛ لأن التمسك بهذه الشكلية إلى الحد المروع الذى وصلوا إليه، كان من شأنه أن يعرقل المعاملات، ويقف عقبة فى سبيل ازدهار التجارة[٣]. فتطور المجتمع الرومانى، وزيادة حجم المعاملات التجارية وكثرة

---

(١) راجع فى ذلك د ــ محمود السقا ــ فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ــ دار الفكر العربى ١٩٨٢ ــ ص ٣٢٠. د ــ عبد المنعم درويش ــ محاولة لتحليل فكر الالتزام التعاقدى ــ دراسة مقارنة ــ القانون الرومانى والفقه الإسلامى ــ الطبعة الأولى ــ عام ١٤١٧ هـ ــ ١٩٩٧م ــ ص ٧٠.

(٢) وإذا كانت الإرادة جوهر التصرف القانونى، إلا أنها تخضع للعديد من القيود الشكلية. وتعتبر الشكلية كقيد على الإرادة فى القوانين الحديثة، ولكنها لا تقدر إلا إذا كانت لها هدف محدد. فمنها ما هو للإثبات ومنها ما هو لانعقاد العقد. راجع فى ذلك: د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٥٢ وما بعدها. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٧ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٤٥ ــ ص ١٢٦.

ولما كانت الشكلية فى القوانين الحديثة محددة بهدف، فإن جزاء انعدامها متروك لتقدير المشرع، يحدده مستهدياً بالغرض العملى الذى يتوخاه من هذا الشكل. راجع فى ذلك: د ــ محمود أبو عافية ــ المرجع السابق ــ ص ٨٢. راجع أيضاً د ــ جميل الشرقاوى ــ نظرية بطلان التصرف القانونى ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٥٦ ــ ص ٢٧٤.

(٣) راجع فى ذلك د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣.

التبادل، ووجوب السرعة فى المعاملات وزيادة حضارة هذا المجتمع، قد اقترن بالتقدم فى التفكير القانونى، الذى أدى بدوره إلى التمييز بين الشكل والإرادة، وأعطى لهذه الأخيرة قسطاً – ولو كان ضئيلاً – من الأثر القانونى. لذا ظهرت إلى جانب العقود الرسمية (لفظية ومكتوبة)، أنماط أخرى للعقود منها العقود العينية، تلك التى لم تكن تنعقد إلا إذا تم تسليم الشىء، وفى القانون الرومانى منها عقد القرض، وعقد الائتمان والعارية والوديعة والرهن[١]. فهذه العقود يمكن منها تلمس الميل وإن كان ضئيلاً نحو الاعتراف بمكانة الإرادة، فقد كانت هذه العقود تظهر فيها الإرادة ولم تقف إلى حد الشكلية.

فضلاً عن ذلك، فإن الرومان قد اكتشفوا فى وقت من الأوقات، أن التراضى يستتر وراء العقود الشكلية والعينية، إلا أن ذلك لم يعتبر – لديهم – سبباً كافياً لأن ينعقد العقد إلا فى العقود الأربعة المسماة، وهى البيوع، الإجارة، الشركة، والوكالة. لذا فإن هذه العقود آنذاك كانت تعتبر استثناءً على القاعدة التى تقضى بأن الاتفاق المجرد لا يولد دعوى[٢]. كما أن البريتور قد أضاف إلى الطائفة السابقة مجموعة أخرى من الاتفاقات أو المشارطات أضفى عليها صفة الالتزام. وبالتالى خرجت عن الأصل العام الذى يقضى بأن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه حق أو التزام[٣].

وإذا كان صحيحاً أن القانون الرومانى، ظل يتغير بصورة منظمة ودائمة تحت تأثير العدالة، حيث إنه كلما ازداد المجتمع حضارة، وكلما كثرت المعاملات التجارية بما تقتضيه من سرعة فى إجراءات التعامل كان التمسك بالشكل يسبب حرجاً للمتعاملين مع الرومان. فالقواعد التى كانت تحقق العدالة فى بداية المجتمع الرومانى، حيث كان المجتمع زراعيًّا مقفلاً أصبحت لا تحقق العدالة فى ظل ازدهار التجارة وكثرة المعاملات.

---

(١) راجع فى ذلك: د – توفيق فرج – القانون الرومانى – طبعة ١٩٧٥ – ص ٤٠٩.
Girar-Op-Cit-P.538.

(٢) راجع فى ذلك: د – توفيق فرج – المرجع السابق – ص ٤١٠-٤١٦. د – شفيق شحاتة – المرجع السابق – ص ١٤٨، ص ١٧٢.

(٣) راجع فى عرض ما يتعلق بالمنشور البريتورى. د – عبد المنعم درويش – المرجع السابق – ص ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦. وكذا ما يشير إليه فى هامش ٣، ٤ ص ١٢٤.

ولما كانت هذه القواعد هى وسيلة تحقيق العدالة. فقد كان طبيعيًا أن يحاول دارسو القانون الرومانى تطوير قواعده، وألا ينظروا إليه بنفس التقديس الذى كان يسيطر على مشرعى الرومان؛ لذا فإنهم لم يقفوا عند التفسير الحرفى للنصوص، بل صاروا يبحثون عند القصد الحقيقى للمشرع وعن الحكمة من التشريع، وأصبحوا أيضاً يبحثون عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. وفى الجملة كان كل اهتمامهم يدور حول ما إذا كانت نتائج النصوص تتفق مع العدالة الطبيعية أم لا؟. وبالرغم من رفضهم للنصوص التى لا تتفق مع العدالة الطبيعية، وبالرغم من مهارتهم فى استخلاص علامات الإرادة ووسائل حد الشكل، كان تقدير الإرادة كمصدر معترف به للالتزام أمر غير ممكن طالما كان دارسو القانون يتحركون فى فلك النصوص الرومانية[١]. وفى ضوء ما تقدم فإننا ننحاز إلى جانب من الفقه ذهب إلى أن "مبدأ الرضائية لم يكن فى أى مرحلة من مراحل تطور القانون الرومانى من المبادئ التى تقوم عليها فكرة العقد. وإن كان قد ساد اعتقاد بذلك؛ لكثرة الاستثناءات التى دخلت على القاعدة التى تقضى بأن الاتفاق المجرد لا ينشئ دعوى فقد ظلت القاعدة أن التراضى غير كاف لإنشاء العقود"[٢].

الفرع الثانى
أثر الشكلية على مبدأ نسبية أثر العقود ومفهوم الطرف

بعد استعراض الشكلية فى القانون الرومانى والأسباب التى دعت إليها يمكن بسهوله تحديد مفهوم الطرف فى العقد وفقاً لمنطقهم. لكن قبل تحديد أثر هذه الشكلية على المقصود بالطرف فى العقد **(الغصن الثانى)** يجب أن نحدد المقصود بالشكلية فى القانون الرومانى، حتى لا نخلط هذه الأخيرة مع ما هية الطرف الشكلى **(الغصن الأول)**.

---

(١) راجع فى ذلك د ــ سليمان قلادة ــ التعبير عن الإرادة ــ ص ٣٠. د ــ محمد معروف الدواليبى ــ الوجيز فى الحقوق الرومانية ــ الطبعة الخامسة ــ عام ١٩٦٣، ط١ ــ ص ٢٥٨، ص ٢٥٩.

(٢) راجع فى ذلك د ــ عبد المنعم البدراوى ــ النظرية العامة للالتزام ــ عام ١٩٧١ ــ ص ٥٠. د ــ توفيق شحاتة ــ المرجع السابق ــ ص ٧٦، ص ١٤٧.

الفصل الأول

الشكلية والطرف بالمفهوم الشكلى

الشكلية فى القانون الرومانى ــ كما أسلفنا ــ تعنى أن التصرفات القانونية لا تنعقد إلا إذا اتبع أطراف التصرف الشكل الذى حدده القانون.

وفى مجال العقود فقد كان الشكل يحل محل العقد نفسه فإذا لم يصب المتعاقدان تعاملاتهم فى الشكل الذى حدده القانون للعقد فلا ينشأ العقد، فالعبرة كانت بالشكل وحده. وهذا كان يفسر تحصين العقد من وسائل الطعن المستمدة من الإرادة، فلم يكن يسمح بأن يطعن على العقد للغلط أو التدليس أو الإكراه.

والشكلية فى القانون الرومان، تختلف أيضاً عن الشكلية فى القوانين الحديثة إذ أن هذه الأخيرة لا تكفى وحدها لإنشاء العقد، بل يجب أن تقترن بإرادة المتعاقدين، فالإرادة هى التى يقع عليها الشكل، أما فى القانون الرومان ــ كما سبق أن وضحنا ــ فإن الشكلية وحدها تكفى لتكوين العقد وإنتاجه لآثاره [١].

أما المقصود بالمفهوم الشكلى[٢]، الشخص الذى باشر إجراءات التعاقد أى ظهر على مسرح التعاقد وقت تكوين العقد ومباشرته ما يتطلبه إبرام هذا الأخير من إجراءات ولكن دون أن تنصرف إليه ثماره.

تحديد مفهوم الطرف عند الرومان:

وإذا كانت الشكلية الرومانية تختلف عن المقصود بالطرف الشكلى، إلا أن الأولى كان لها تأثير بالغ على تحديد مفهوم الطرف فى العقد. ففى ظل الإغراق فى الشكلية، فقد كان من الطبيعى ألا تنصرف آثار العقد إلا إلى ذات الشخص الذى تولى ــ شخصيًا وبنفسه ــ الطقوس والأشكال التى حددها القانون ورسمها للعقد، ولم يكن متصورا أبدًا انصراف أى أثر للعقد إلى شخص لم يشارك فى الإجراءات الشكلية المطلوبة[٣].

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ صوفى أبو طالب ــ المرجع السابق ــ ص ٧، الوجيز فى القانون الرومانى ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٩٠ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط ــ جـ١ ــ ط١٩٨١ ص ١٩٠ ــ هامش ١.

(٢) راجع ما سوف نوضحه لاحقاً.

(٣) Girard-Manuel de Droit roman- 8 ed -1929- p.491.

وفى ضوء ذلك، فإن الطرف ــ فى العقد ــ فى القانون الرومانى هو ذلك الشخص الذى باشر الإجراءات التى رسمها القانون لإنشاء الرابطة العقدية. وبذلك لا يوجد حد فاصل بين الطرف بالمفهوم الشكلى والطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى.

ولعل أسباب انصراف آثار العقد إلى طرفيه اللذين شاركا ــ فقط ــ فى إنشاء الرابطة العقدية، كان له ما يبرره فى ذلك الوقت. فذلك ــ كما هو مستفاد من جماع ما تقدم ــ يرجع إلى بساطة الحياة وعدم تعقدها فى مجتمع روما الزراعى المقفل، الأمر الذى ترتب عليه بساطة العلاقات بشكل عام، والعلاقات التعاقدية بشكل خاص، فالعقود تنشأ بين طرفين عندما يباشران الإجراءات والطقوس التى رسمها القانون، فإذا استوفى طرفاها الشكل المطلوب، صار العقد منتجاً لآثاره فى ذمتهما، فيكون لكل منهما حقوق، ويتحمل بالالتزامات، ويقوم كل طرف غالباً بتنفيذ التزاماته بنفسه. فلم يكن العقد يحتاج ــ لبساطته ــ لتدخل طرف لم يشارك أصلاً فى إنشاء الرابطة العقدية حتى يضطلع بدورٍ فى تنفيذه. فمرحلة تنفيذ العقد لم يعن بها المشرع الرومانى ولم ينظمها لأنه لم يكن فى حاجة ــ نظراً لبساطة العلاقات ــ إليها، فضلاً عن تقديسه لفكرة الشكلية ووجوب استيفائها، واستيفاء الشكلية لا يكون إلا فى مرحلة تكوين العقد.

وجدير بالإشارة، أن مبدأ نسبية أثر العقود فى العصر الرومانى، وما يترتب عليه من عدم انصراف ما أنتجه العقد من آثار إلا إلى الأشخاص الذين شاركوا فى إنشائه وتكوينه، أو ــ بالأحرى ــ إلى الذين قاموا بمباشرة الطقوس وتلفظوا بالعبارات، واستوفى الشكل الذى رسمه القانون للعقد. هذا المبدأ يرتكز أساساً على شكلية العقد وليس على الإرادة[١]. فوجود العقد وما يترتب عليه من قوة ملزمة، لا يستندان إلى الإرادة، ولا حتى إلى الإرادة معبراً عنها فى الشكل، ولكن المعول عليه هو الشكل مباشرة. فالشكل – كما أسلفنا – يحل محل العقد نفسه وتكون العبرة به وحده دون الإرادة[٢].

---

(١) هذا بالطبع ــ كما سنوضح لاحقاً ــ بخلاف ما يرتكز عليه مبدأ سببية أثر العقود فى القوانين الحديثة، حيث يرتكز أساساً على مبدأ سلطان الإرادة.

(٢) إلا أننا نستنتج من قيام الشخص فى المجتمع الرومانى بإتباع الطقوس اللازمة لإبرام العقد، أن إرادته قد انصرفت نحو تشييد الرابطة العقدية.

إلا أن مساوئ التعلق بالشكلية، وما يترتب عليها من إسباغ المناعة على تصرفات متى استوفت الأشكال، لم يكن ملحوظاً فى البداية، وبسبب بساطة الحياة، وبساطة التعاملات. فضلاً عن اهتمام المجتمع الرومانى بمبدأ استقرار المعاملات. وكانت الشكلية لديهم تترجم هذه الحقائق، فضلاً عن أن مراسم الشكلية وإجراءاتها كانت تحول دون وقوع المتعاقد فى غلط أو إكراه أو تدليس[١].

وبالرغم من تأذى الرومان من جراء تمسكهم بالشكل، حيث كان المستقر لديهم أنه لم يكن يسمح إلا بعدد قليل من التصرفات القانونية ترتب حقوقاً والتزامات. وكانت الدعوى لديهم هى مصدر الحق، ولم يكن الحق هو محل الدعوى "فالحق الذى لا تحميه دعوى لا قيمة له"[٢]. إلا أنه ما لبث أن ساد المجتمع الرومانى التطور، متمثلاً فى احتراف التجارة وتحرج الرومان عند تعاملاتهم بسبب التمسك بالشكلية، والتى حصرت مصادر الالتزام فى عدد محدود من التصرفات. الأمر الذى أدى إلى ضرورة الخروج على هذا الفكر بغية مجاراة ما حدث من تطور فى هذا المجتمع، خاصة أن هذا التطور أوجد أنماطاً من العلاقات لم تكن موجودة فى ظل مجتمع زراعى، تختلف بطبيعة الحال عن تلك التى تسود فى مجتمع تجارى. فضلاً على ذلك فإن التجارة لم تقتصر على الشق الداخلى منها، وإنما نشأت علاقات تجارية بين روما وغيرها من البلدان الأمر الذى تطلب تطورًا آخر على جانب آخر. لتغطية هذه العلاقات – بين الرومان وغيرهم – وما تضمنه من أشكال جديدة من الالتزامات تعجز ما عرفه القانون الرومانى من وسائل عن تنظيمها فى ظل ما ساد القانون الرومانى من شكلية.

وإزاء هذا التطور – كما أسلفنا – فقد تطور الفكر القانونى الرومانى، حيث أصبح يميز بين الشكل والإرادة، وبدأ يعطى هذه الأخيرة قسطاً من الأثر القانونى وترتب على ذلك أن ظهرت إلى جانب العقود الرسمية عقوداً أخرى مثل

---

(١) راجع فى ذلك: د – عبد الودود يحيى – حوالة الدين – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى والقانون المصرى – رسالة دكتوراه – ١٩٦٠ – ص ٢٤. د – توفيق حسن فرج – المرجع السابق – ص ٣٩٧.

(٢) راجع فى ذلك: د – فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – الطبعة الأولى – سنة ١٩٧٤ – ص ٥٤ وما بعدها. د – صوفى أبو طالب – أبحاث فى مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الرومانى – مرجع سبق ذكره – ص ٦٤. ولعل ذلك هو الذى أدى إلى ظهور مصطلح صاحب الدعوى، وتفضيل الرومان لتعبير الدعاوى بدلاً من الرابطة القانونية.

العقود العينية، والعقود الرضائية. ثم ظهرت فى مرحلة لاحقة فكرة العقد غير المسمى، الذى كان يتم بمجرد اتفاق بين طرفيه وهو اتفاق مجرد من الشكل ملزماً للجانبين. ويمثل ظهور مثل هذا العقد اللبنة الأولى لتطور مصادر الالتزام فى القانون الرومانى، تلك المصادر التى حصرها القانون فى عقود محددة تتم وفقاً لشكلية معينة[١].

وبالرغم من ظهور فكرة الرضائية، إلا أنها كانت تعد استثناء على قاعدة الشكلية. فظهور هذه الفكرة كان سبب وجود اعتقاد سائد لدى البعض بأن مبدأ الرضائية كان من المبادئ التى يقوم عليها العقد الرومانى فى أحد مراحل تطوره.

ولكننا نذهب مع بعض الفقه إلى القول، بأنه على الرغم من التطور الذى حدث فى المجتمع الرومانى، وما تبعه من تطور فى الفكر القانونى لاستحداث أدوات قانونية يستطيع بها حل المشاكل التى ظهرت لدى تطور المجتمع، والتى عجزت الوسائل المتاحة لديه عن حلها. إلا أن القانون الرومانى لم يقر فى أى عصر من عصوره، مبدأ سلطان الإرادة[٢]. فى العقود بصفة عامة، بل ظلت الأوضاع الشكلية بعد تهذيبها هى التى تخلق التصرف بقدر يختلف قوة أو ضعفاً تبعاً لتطور أو اتساع نطاق المعاملات[٣]. ويؤيد ذلك أن فكرة الرضائية، لم تكن نابعة ــ أصلا ــ من المجتمع الرومانى حتى بعد تطوره، ولكن هذه الفكرة قد نقلت إليه نتيجة العلاقات التجارية التى نشأت بين الرومان وبين اليونان. ففكرة الرضائية هى فكرة يونانية الأصل[٤]. فقد ذهب بيدوس إلى أن التعهد يكون باطلاً حتى ولو نطق الأطراف بالألفاظ المعينة، طالما لم يكن هناك اتفاق بينهما. وبناء على ذلك، كان من المنطق ظهور فكرة العقد الرضائى فى القانون الرومانى. فقد انتقلت فكرة الرضائية إلى الرومان على متن سفن التجارة اليونانية، حيث انتشرت

---

(١) راجع الفكرة تفصيلاً: د ــ صوفى أبو طالب ــ المرجع السابق ــ ص٦٤ ومابعدها. د ــ شفيق شحاتة ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٥.

(٢) د ــ عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠. د ــ توفيق فرج ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣.

(٣) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ العلاقات الثلاثية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٢٧.

(٤) يرى البعض أن فكرة الرضائية فكرة رومانية الأصل. إلا أنها فكرة يونانية الأصل، مهدها الفلسفة اليونانية. راجع فى ذلك ــ د ــ محمود السقا ــ مبدأ حسن النية الأساس الفلسفىّ لفكرة الرضائية ــ وأثر الفلسفة فى الفقه والقانون الرومانى ــ مجلة القانون والاقتصاد، س ٤٢.

هذه الفكرة بين التجار وكانت هذه الفكرة أصلاً تقوم على مبدأ حسن النية سواء فى إبرام العقود أو تنفيذها[١]. لذا فإن الرومان لم يتخذوا فكرة الرضائية أساساً لتعاملاتهم، بل كانوا يأخذون بها على سبيل الاستثناء، أى بالقدر الذى يعينهم على حل المشاكل التى تعجز وسائلهم الخاصة عن حلها، نظراً لارتباطها بالشكلية.

الفصل الثانى
أثر الشكلية الرومانية على تحديد مفهوم الطرف فى العقد

من ذلك يتضح أن مبدأ نسبية أثر العقود، وفقاً للفكر القانونى الرومانى لم يرتكز ولم يتخذ مبدأ الرضائية أساساً له وذلك فى أى عصر من عصوره، سواء فى بدايته، حيث بساطة التعاملات وعدم تعقدها مروراً بمراحل تطوره حتى نهاية العصر الرومانى.

فهذا المبدأ دائماً كان يرتكز على الشكلية، وفى ضوء ذلك يتحدد الطرف فى العقد بمن يباشر الشكل الذى رسمه القانون لإنشاء وتكوين العقد، أما من لم يظهر على مسرح التعاقد وقت إبرام العقد، ولم يمارس الشكل المطلوب، فيعتبر من الغير ولا تنصرف إليه آثار العقد سواء حقوقاً أو التزاماً، حتى ولو كان قد أراد الالتزام به. فلا عبرة للإرادة عند الرومان إلا بعد إفراغها فى الشكل الذى حدده القانون.

فالطرف فى العقد وفقاً للمفهوم السابق، كل من باشر الشكل المرسوم للعقد كما حدده المشرع الرومانى، وليس من يريد التعاقد، فلم يكن لإرادة المتعاقد دور مستقل بدليل مناعة العقد ضد الطعن عليه بعيوب الإرادة. ولم يعرف الرومان فكرة النيابة فى التعاقد بالشكل الذى نعرفه الآن، كما أن الرومان لم يكونوا ينظرون إلى ما بعد العقد، أى إلى مرحلة التنفيذ ومركز الشخص الذى يضطلع بدور فى التنفيذ، وهل الشخص يعد طرفاً فى العقد أم يعد من الغير؟. فهذه الفكرة لم تطرأ بذهن الفكر القانونى الرومانى حتى نهاية عصره، نظراً لتمسكه بالشكلية المروعة.

---

[١] وقد أصبغ البريتو على مثل هذه العقود حمايته بدعاوى حسن النية.

ونرى أن تحديد مفهوم الطرف فى العقد عند الرومان على هـذا النحـو، وتمسك الرومان بالشكلية كأساس ترتكز عليها العلاقات التعاقدية كان له ما يبرره، فالنظام القانونى ــ أصلا ــ وليد الظروف والضرورات الاجتماعية والاقتصـادية فهذه الظروف هى التى تخلق النظم القانونية، تلك النظم التى تنشأ وتتطور من أجل تحقيق هذه الضرورات. لذا فإنه لبساطة المجتمع الرومانى وعدم تعقد العلاقـات، فكانت النظم القانونية القائمة آنذاك، بما تغلغل فيها من شكلية تتناسب تمامـاً مـع ظروف هذا المجتمع. بدليل أنه مع تطور المجتمع تطور معـه الفكـر القـانونى، وظهرت أنظمة قانونية أخرى غير تلك التى كانت محددة بالقـانون علـى سـبيل الحصر. كما أن الرومان مع تطور علاقاتهم بالدول الأخرى، ونقل بعض الثقافات إليهم، أخذوا منها أيضاً ما يتناسب مع ظروفهم الاجتماعية والاقتصادية.

وقد كان من شأن بساطة العلاقات أن من يباشر الشكليات اللازمة لإنشـاء العقد، هو نفس الشخص الذى تنصرف إليه آثاره، وهو أيضاً الشخص الذى يقـوم بتنفيذ العقد.

لذا فإن تصور الفكر الرومانى لم يكن يصل إلى حد تنظيم المركز القانونى لأشخاص آخرين لم يباشروا التعاقد، فلم يكن يعرف النيابة فى التعاقـد بـالمفهوم الذى عرفته النظم الحديثة أو فكرة التعاقد من الباطن سواء الإيجار من البـاطن أو المقاولة من الباطن أو الوكالة من الباطن، ربما لأنه لم تخلـق ظـروف المجتمـع الرومانى البسيط ضرورة ملحة لتنظيمها، أو ربما هذه الأنظمة تحتاج إلى عقليـة قانونية على مستوى معين من الإدراك لم يكن الرومان قد بلغوها[1]؛ لـذا، فإننـا نعتقد أن الرومان بفهمهم الطرف فى العقد على النحو المتقدم كانوا منطقيـين مـع أنفسهم؛ لأنهم لم يحتاجوا لأكثر من ذلك، حيث إنه لم تكن هناك ضرورة للفصـل بين الطرف بالمفهوم الشكلى والطرف بالمفهوم الموضوعى فقـد كانـت العدالـة تتحقق بما كان لديهم من وسائل ونظم، وقد كانت هذه الوسائل والنظم تتطور كلمـا عجزت عن تحقيق العدالة. وبالتالى، استطاع الرومان أن يحافظوا على القانون من حيث الشكل، باستخدامهم الوسائل والأنظمة المعروفة لديهم، والتى تتفق مع طبيعة مجتمعهم، وعقليتهم وتمكنوا عن طريقها من ابتغاء النتـائج ذاتهـا التـى تبتغيهـا القوانين الحديثة ولكن بما لديهم من إمكانات محدودة[2].

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠.

(٢) راجع أيضاً : د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ نفس الصفحة.

المطلب الثانى
أثر المذهب الشخصى والمذهب المادى للالتزام
على مفهوم الطرف فى العقد

تمهيد وتقسيم:

لا شك أن المذهب الشخصى وكذا المذهب المادى للالتزام، لهما تأثير بالغ على الوقوف على المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى العقد.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: المذهب الشخصى للالتزام وأثره على تحديد مفهوم الطرف.

الفرع الثانى: المذهب المادى للالتزام وأثره على تحديد مفهوم الطرف.

الفرع الأول
المذهب الشخصى للالتزام وأثره على تحديد
مفهوم الطرف

عرض وتقسيم:

لا شك أن المذهب الشخصى للالتزام قد نشأ فى أحضان القانون الرومانى، وكان لهذا المذهب أثر كبير على الرابطة العقدية.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين، هما:

الغصن الأول : نشأة المذهب الشخصى للالتزام فى أحضان القانون الرومانى.

الغصن الثانى : أثر المذهب الشخصى للالتزام على تحديد مفهوم الطرف فى العقد.

الغصن الأول
نشأة المذهب الشخصى للالتزام فى أحضان القانون الرومانى
ومدى تأثيره على نظرية العقد

تقسيم:

لتوضيح ذلك سنتناول فى هذا الغصن نشأة المذهب الشخصى لالتزام وتأثيره على الرابطة العقدية (أولاً)، ومدى تأثيره على نظرية العقد (ثانياً).

أولاً: نشأة المذهب الشخصى للالتزام فى أحضان القانون الرومانى:

من المسلم به أن فكرة الالتزام نشأت أولا فى أحضان القانون الرومانى، إلا أن الفقه قد اختلف بشأن تحديد معنى هذه الفكرة، ذلك لأن لفظ (Reus) كان يستعمل فى العصور القديمة بمعنى المدين أو الجانى، ولعل هذا ما دفع كثير من الشراح إلى اعتبار الجريمة المصدر الأول لالتزام[١].

وقد كان مضمون فكرة الالتزام آنذاك، يتمثل فى إمكانية إجبار الدائن للمدين على القيام بأداء معين، و كان لهذه المكنة انعكاسا على المصطلح الدال على الالتزام. فمصطلح Obligatic الدال على الالتزام يتكون من شقين: كلمة Ligo التى تعنى الربط أو القيد حول الجسد. فالمدين ملزم Obligatus أى مقيد Lie وخاضع للدائن[٢]. وقد كان تنفيذ الالتزام ــ أداء الدين ــ تنفيذاً جسديًا، فالمدين الذى لم يف بما عليه، كان مصيره الانسياق إلى السجن الخاص بدائنه، فالالتزام كان رابطة جسدية، وليس قانونية. فجسد المدين كان تحت السيطرة المادية للدائن، فكان للدائن على المدين ما للمالك على ما يملكه، ومجمل القول أن سلطة الدائن على شخص مدينه كانت "أشبه بالحق العينى"[٣].

ويرى البعض أن فكرة الالتزام نشأت فى صورة حالات فردية لا تنظمها فكرة واحدة، ويعد أهم هذه الحالات ما يسمى (nexus) ويبدو أنها الصورة الأولى للالتزام الشخصى[٤].

وخلاف الفقه فى أصل فكرة الالتزام لا يعنينا هنا، وإن ما يعنينا هو ما أجمع عليه الفقه، من أن الالتزام فى ذاته، كان فى بادئ الأمر يعنى أنه سلطة تعطى للدائن على جسم المدين لا على ماله، فحق الدائن لم يكن يصيب إلا الشخص المدين وليس ذمته المالية، بحيث كان التنفيذ الجبرى لهذا الدين يعنى ملاحقة شخص المدين، وبالتالى فقد كانت العلاقة بين الدائن والمدين فى المراحل

---

(١) راجع فى ذلك :. د ــ توفيق فرج ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٠.

(٢) ويلاحظ أن المدين الذى قام بأداء ما عليه كان يطلق عليه Sdutus وهو اصطلاح يفيد أنه حلاً من قيده أو فك الرباط.

(٣) راجع فى عرض ذلك: د ــ عبد المنعم درويش ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٧، ١٤٨ هامش ٢. راجع أيضاً د ــ محمد عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٧٣.

(٤) د ــ شفيق شحاتة ــ المرجع السابق ــ ص ٦٢-٦٧. راجع أيضاً فى هذا المعنى د ــ صوفى أبو طالب ــ المرجع السابق ــ ص ١٢.

الأولى للالتزام نوع من العبودية، حيث تضع المدين تحت تصرف الدائن، وتمنح هذا الأخير على الأول سلطات شخصية كثيرة[١]. ولهذا ظل الالتزام فى روما مدة طويلة متعلقاً بشخص المدين ينقضى بوفاته، ولا يرتبط به ورثته؛ وذلك لأنهم لم يتصوروا استمرار الذمة المالية بعد وفاة صاحبها، مما يترتب عليه انقضاء الرابطة بمجرد وفاة أحد أطرافها، كما كان لا يحق للدائن أن يتصرف فى حقه بتحويله لآخر[٢].

ومع تطور المجتمع الرومانى وتنوع المعاملات والأفكار، حدث تطور فى المبادئ القانونية، حيث نشأت ما يسمى بالتعهدات التعاقدية بجانب الالتزامات القانونية والجنائية، وتدرج الرومان إلى تقرير ما يسمى بالحقوق الشخصية[٣] باعتبارها قيود على إرادة المدين، بدلاً من اعتبارها ملكية تنال من حريته وشخصه، فحلت ذمة المدين المالية محل شخصه، ولكن ليس على أساس أنها محل غير مباشر، أو وسيلة للتنفيذ يرجع إليها الدائن عند عدم تنفيذ المدين للالتزام، ولكن على أساس تنفيذ المدين للإلتزام، فالمحل المباشر للالتزام هو ما يتعين على المدين أداؤه لمصلحة الدائن[٤]، وأصبح الالتزام رابطة قانونية[٥] بين الدائن

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ توفيق فرج ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨١. د ــ عمر ممدوح ــ المرجع السابق ــ ص ٤١٠. د ــ شفيق شحاتة ــ المرجع السابق ــ ص ٦٦. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ١٥، ١٦.

(٢) د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢، ٣٣.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن اصطلاح الحق الشخصى لم يذكره الرومان، ولكنهم ذكروا الدعوى الشخصية، وهى الدعوى التى يرفعها الدائن للحصول على حقه وعلى مر الزمن حل لفظ الحق محل الدعوى، على اعتبار أن الدعوى وظيفتها حماية الحق، فالرومان لم يتكلموا عن الحق شخصياً على وإنما تكلموا عن امتيازات مستمدة من الرابطة القانونية ويحميها القانون، راجع فى ذلك د ــ شفيق شحاتة ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥.

(٤) راجع فى ذلك د ــ توفيق فرج ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٢.

(٥) نود أن نشير أن هناك تعريفين للالتزام عند الرومان، التعريف الأول: جاء بنظم جوستنيان وهو كالآتى: "الالتزام رابطة قانونية نكون بمقتضاها ملتزمين بالضرورة بأداء شىء معين وفقاً للقانون السائد (القانون المدنى). أما التعريف الثانى: فهو للفقيه بولس، ويعرفه "ليس العمل اكتساب ملكية شىء أو السعى إلى تقرير حق ارتفاق، ولكنه يكمن فى فكرة الإجبار، أى إجبار المدين على القيام بعمل لصالح الدائن. راجع فى عرض هذين التعريفين: د ــ عبد المنعم درويش ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٤، ١٤٥. وراجع أيضاً د ــ عبد المنعم البدراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦٩.

والمدين، يستطيع الأول أن يجبر الأخير على نقل شيء ما، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل. فأصبح الالتزام رابطة قانونية، بعد أن كان قيداً ماديًّا، ولكن هذه الرابطة يعد طرفاها (الدائن والمدين) عنصرين مكونين لها، ولكى تبقى، يجب الاحتفاظ بأطرافها أنفسهم.

ويترتب على ذلك، أن إدخال دائن أو مدين جديد فى الرابطة، يؤدى إلى فضها، أى أن تغير أحد الطرفين يؤدى إلى انقضاء الالتزام، فالقانون الرومانى لم يسمح بهذا التغيير ولم يقره إلا ببطء وصعوبة، وكانت تستخدم فيه حيل متعددة، فانتقال الحق عن طريق الحوالة أو الميراث[١]. لم يسمح القانون الرومانى بهما إلا تحت تأثير الضرورات والظروف العملية المتجددة.

وبالرغم ما حدث من تطور، وحتى عندما صار التنفيذ على مال المدين هو الجزاء الوحيد الذى يطبق على المدين، إذا لم ينفذ التزامه، إلا أنه ظلت القاعدة الرومانية تجعل مضمون العلاقة، هى خضوع شخص المدين للدائن، أو ما نسميه بالنظرة الشخصية للالتزام[٢].

والاستعراض الموجز للنظرية الشخصية لالتزام، ليس مجرد سياحة فكرية، بل أن عرض نشأة هذه النظرية وظروف نشأتها له عظيم الأثر فى القوانين الحديثة خاصة القوانين ذات النزعة اللاتينية، مثل القانون الفرنسى، والقانون المصرى حيث تأثرت هذه القوانين بالنظرة الشخصية للالتزام تأثراً كبيراً ويظهر ذلك فيما يلى:

ثانياً: مدى تأثير المذهب الشخصى للالتزام على نظرية العقد:

وقد كان للنظرة الشخصية للالتزام عظيم الأثر على العقد، وقد بلغ هذا الأثر حد القول بأن الاتفاق المنشئ، ونطاق الالتزام المترتب عليه منطبقان، ولم يكن من الممكن إلى حد بعيد الفصل بينهما. وقد كانت النظرة الشخصية للالتزام

---

(١) راجع فى عرض ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤ ــ هامش ٩. وراجع أيضاً ما أشارت إليه سيادتها من مراجع فى نفس الهامش.

(٢) راجع د ــ توفيق فرج ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٠.

واحدة من أهم الأسباب[١]، التى حالت دون أخذ الرومان بكثير من الأفكار القانونية كالخلافة الخاصة[٢] على الالتزام، كما كان لها أثر أيضاً فى تأخر الرومان فى إقرار بعض الأنظمة كالنيابة فى التعاقد، أو التعاقد من الباطن، والاشتراط لمصلحة الغير.

و ساعد على ذلك أن العقد كان ــ تقريباً ــ المصدر الأوحد للالتزامات، حيث أن أثر العقد كان يقتصر على ترتيب التزامات على عاتق طرفيه، أما بالنسبة للحقوق العينية فتنشأ بإجراء لاحق منصوص عليه فى القانون.

وقد كان من شأن الخلط بين المذهب الشخصى للالتزام، ونظرية العقد، أن يقدم مبرراً عملياً كافياً لجعل تنظم الاتفاقات تابعاً لتنظيم الالتزامات، وتطرق ذلك بصورة واضحة إلى المجموعة الفرنسية، وكذا المجموعة المصرية التى اقتفت أثرها[٣].

كما كان لهذه التبعية أثرها على تحديد فقه العقد للنطاق الفنى لنظرية الالتزام، حيث رأى فقه العقد ــ المتأثر بالمذهب ــ أن الإرادة بذاتها عاجزة على أن تحدث أثراً ما لم تنضم إليها إرادة أخرى، حيث كانوا يرون أن الأمر الجوهرى فى العقد، هو التقاء الإرادتين وليس الإرادة ذاتها، وقد كان هذا متفقاً مع الطبيعة الشخصية للالتزام ودور الإرادة فيه[٤].

---

[١] حيث إن هناك أسباب أخرى قد ساهمت فى تأخر الرومان فى إقرار كثير من الأفكار القانونية، من هذه الأسباب الشكلية، والصياغة الفنية للقانون الرومانى، حيث إن هذه الصياغة كانت تهدف إلى حماية المواطن الرومانى. راجع فى ذلك: د ــ جمال مرسى بدر ــ النيابة فى التصرفات القانونية ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة ١٩٦٨ ــ ص ١٣. د ــ وليم سليمان قلادة ــ التعبير عن الإرادة فى القانون المدنى المصرى ــ رسالة دكتوراه ــ المطبعة التجارية الحديثة ــ عام ١٩٥٥. ــ ص ٣٧٥.

[٢] هذا بخلاف العقد فى القوانين الحديثة، حيث تنتقل الملكية فى المنقولات بمجرد العقد، أما فى العقارات فلا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى الشهر العقارى. راجع فى ذلك: د ــ شفيق شحاتة ــ المرجع السابق ــ ص ٤١٤.

[٣] وقد انتقد هذا المسلك كثير من الفقه. راجع فى ذلك على سبيل المثال : د ــ سليمان قلادة ــ المرجع السابق ــ ص ٤١٠. فنجد مثلاً نصوص القانون المدنى المصرى الحالى تنظم محل الالتزام وسبب الالتزام، فى المواد من ١٣١ وما بعدها، بالرغم من أن عناوين المجموعة المدنية تعتبرها من أركان العقد.

[٤] راجع فى عرض ذلك وتفصيله، د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧، ٩٣.

وقد كان ــ أيضاً ــ من شأن الخلط بين نظرية الالتزام وفقاً للمذهب الشخصى ونظرية العقد إلى حد التطابق بين نطاق كل منهما، أن أدى إلى "أن اكتمل المجال الفنى الذى تستقر، وتؤسس عليه نظرية التصرف القانونى فى المجموعتين المصرية والفرنسية ــ الالتزامات والعقد ــ بل إن كل من المجموعتين آثرت أن تورد الأحكام الخاصة بالتصرف القانونى بمناسبة الكلام عن أحد مصادر الالتزام وهو العقد، ولم يكن هذا التوحيد قاصر على الصياغة الفنية فقط، بل شمل الجوهر والأحكام الموضوعية، كما أدى الربط بين التصرف القانونى، والالتزام إلى خلع كثير من صفات الأخير على الأول، وجمع الاثنين طابع واحد هو الصبغة الشخصية" (١).

مما تقدم يتضح أن من أهم نتائج تأثير المذهب الشخصى على نظرية العقد، وتأثير هذه الأخيرة على نظرية الالتزام ما يلى:

١- فى ظل هذه النظرية، لا يمكن أن تنشأ التزامات بالإرادة المنفردة، حيث إن النظرة الشخصية للالتزام وتأثرها بنظرية العقد، وتأثر الأخيرة بالأولى، كانت تقضى ألا ينشأ التزام، إلا بين طرفين معينين وقت نشوئه. وبالتالى فإن الوعد بالجائزة وفقاً للمادة ١٦٢ مدنى مصرى لم يكن مفسراً تفسير منطقيًّا فى ظل هذه النظرة.

٢- عدم قيام الالتزام دون تحديد طرفاه وقت نشوئه، وبالتالى لا يمكن أن ينتقل الالتزام إلى شخص آخر، سواء بحوالة الدين، أو بحوالة الحق.

الفصل الثانى

أثر المذهب الشخصى للالتزام على تحديد مفهوم الطرف

كان من شأن، الربط بين مبدأ شخصية الالتزام، والعقد كتصرف قانونى، على النحو السابق بيانه، تأثيره الواضح على وصف الطرف. فالطرف وفقاً لمبدأ النسبية أصبح قاصر على من يقوم بإبرامه فقط، أى أن آثار العقد، تقتصر فقط على المتعاقدين والخلف فى الحدود التى نص عليها القانون، وبهذا جرت أقلام الفقه والتشريع(٢).

---

(١) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧.

(٢) راجع فى عرض ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٥١. راجع أيضاً نص المادة ١١٢٢ مدنى فرنسى، والذى أخذ عنه المشرع حكم المادة ١٤٥ من التقنين المدنى الجديد، والتى جرى نصها

صحيح أن جمهور الفقه قد عنى بالعاقد بالمعنى الواسع، وقرروا التوسع فى فهم هذه الكلمة[١]، وحاولوا بذلك التوفيق بين الصياغة التقليدية لمبدأ نسبية أثر العقود، وبين الأنظمة التى يتميز فيها الطرف بمفهومه الشكلى أى ذلك الذى يباشر التعاقد دون أن ينصرف إليه آثاره، والمركز القانونى للشخص الذى تنصرف إليه آثار العقد، أى الطرف بمعناه الموضوعى، ومن صور هذه الأنظمة، حوالة الحق وحوالة الدين، والاشتراط لمصلحة الغير، والتعهد عن الغير، فضلاً عن المقاولة من الباطن، والتى لا يظهر فيها المقاول من الباطن حيث أنه لم يشارك فى إبرام عقد المقاولة الأصلى، إلا أنه يتأثر بالأثر الملزم لهذا العقد، ونفس القول ينطبق على رب العمل، حيث لم يشارك فى بناء عقد المقاولة من الباطن، ولكنه تنصرف إليه آثار هذا العقد.

إلا أن محاولة الفقه هذه، ظل معها المعنى الواسع للاصطلاح قاصر عن تحقيق التوفيق المنشود بالنسبة للمركز القانونى للمدين فى حوالة الحق، والدائن فى حوالة الدين، والمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير، وكذا رب العمل بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، والمقاول من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى، ويؤكد ذلك قول بعض الفقه "فمن المتعذر وفقاً للمنطق التقليدى لمبدأ شخصية الرابطة العقدية اعتبار أى من هؤلاء عاقداً أو فى حكم العاقد بالمعنى الواسع للاصطلاح، لذا كانت محاولة التوفيق بين هذه الأوضاع وبين الصياغة التقليدية للمبدأ، محاولة قاصرة لأن هذه الصياغة التقليدية ستعجز حتى عن استيعاب هذه الصور، وهذا ما حدث بالفعل فلم تفلح الضرورات والحاجات العملية والاجتماعية التى أدت إلى نشوء هذه الأنظمة أو تطورها فى تغيير وجهة نظر الفقه فى قواعده الموروثة وإنما لجأ فى تكييف ومعالجة المراكز القانونية التى تنشأ عن هذه الأنظمة، والتى تنتج عن شخصية الرابطة العقدية إلى استخدام الوسائل الفنية المختلفة التى تتلاءم مع هذه النظرة رغم عدم كفايتها ورغم عدم اتفاقه بشأنها"[٢].

=على النحو التالى: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

(١) راجع فى ذلك على سبيل المثال: د ــ جمال مرسى بدر ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢، ٢٣، ٢٤. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ــ جـ ١ ــ طبعة ١٩٥٨ ــ ص ١٣٤.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٥١.

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أنه رغم اعتراف بعض الفقه[١] بتأثير الاعتبارات التاريخية على مسألة تحديد المقصود بالطرف فى مفهوم مبدأ النسبية، إلا أنهم يلتزمون عند تحديدهم لدائرة الأطراف بالصياغة الرومانية لهذا المبدأ، بالرغم من أن هذه الصياغة تعد أسيرة لاعتبارات نشوئها.

الفرع الثانى
أثر المذهب المادى للالتزام على مفهوم الطرف

أدت الضرورات العملية، إلى الحاجة لنظم قانونية لحل المشاكل القانونية الناشئة عن كثرة المعاملات وتعقدها وازدهار التجارة، والتطورات الاقتصادية. وأهم هذه النظم، حوالة الحق، وحوالة الدين، والاشتراط لمصلحة الغير، والمقاولة من الباطن، وغيرها من النظم، إلا أن هذه النظم لم تكن تتلاءم مع النظرة الشخصية للالتزام. لذا كانت الحاجة لظهور المذهب المادى للالتزام.

وقد ظهر هذا المذهب ــ أول ما ظهر ــ فى ألمانيا، حيث قام كثير من الفقهاء[٢] الألمان يهاجمون ما ذهب إليه سافينى[٣] ــ زعيم المذهب الشخصى

---

(١) راجع من الفقه: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ نظرية العقد ــ الطبعة الأولى ــ مطبعة دار الكتاب بالقاهرة ــ عام ١٩٣٤ ــ ص ٨٦٤ ــ هامش ١. راجع أيضاً: د ــ حلمى بهجت بدوى ــ أصول ــ ص ٢٥٤. د ــ عبد الحى حجازى ــ النظرية العامة للالتزام ــ جـ ١ ــ مصادر ــ ط ١٩٦٦ ــ ص ٨٣٧. حيث يقول سيادته إن الفكرة الرومانية التى كانت تقصر فاعلية العقود على أشخاص عاقديها قد ذهبت إلى غير رجعة.

(٢) من أهم الفقهاء الألمان الذى كان له فضل التبشير بالمذهب المادى للالتزام جيبرك Geirke.

(٣) وكان سافينى من أهم الفقهاء المؤيدين للنظرية الشخصية للالتزام فى ألمانيا، وكان له تصور خاص لهذه النظرية، أقام هذا التصور على نظرية السيادة. فرأى أن الالتزام عبارة عن سيادة الدائن على المدين، أو خضوع المدين للدائن. وأن هذه السيادة كانت ترد على عناصر الطبيعة كاملة فتكون ملكية، وقد تستغرق حرية شخص آخر فيصبح رقاً، وقد تقيد حرية هذه الحرية جزء من نشاط المدين فتكون التزاما. ويظهر من تصور سافينى أن نظريته لا تقتصر فقط على الالتزام، بل قد تشمل جميع الحقوق. وواضح من تصور سافينى لنظرية الالتزام أنها مطبوعة بطابع القانون الرومانى؛ لأنه بمقتضى هذه النظرية يكون الالتزام رابطة شخصية وثيقة، فهى رابطة خضوع أقل من درجة الرق. ويلاحظ أن تصور سافينى لنظرية الالتزام، كانت تخالف النظريات ذات الأصل الجرمانى من ناحية، ومن ناحية كانت هناك حاجة فرضتها الضرورات العملية إلى نظم قانونية جديدة تتناسب مع حجم المعاملات وتداول الأموال فى ألمانيا، لم تستطع النظرية الشخصية للالتزام استيعابها ــ ولهذه الأسباب وغيرها ــ تعرض سافينى ونظريته عن الالتزام لهجوم شديد من الفقه الألمانى. وظهر المذهب المادى

للالتزام فى ألمانيا ــ بغية التخلص من النظريات المطبوعة بالطابع الرومانى. وأيدوا النظريات ذات الأصل الجرمانى[١]، ومن أهمها النظرية المادية للالتزام.

والمذهب المادى للالتزام، يقوم على تغليب موضوعه على طرفيه، فهذا المذهب ينظر إلى موضوع الالتزام، على اعتبار أنه الأمر الجوهرى فيه، حيث يصبح الالتزام قيمة مالية أكثر من علاقة شخصية، الأمر الذى يجعل من الالتزام

=للالتزام. راجع فى عرض ذلك د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ١٦. د ــ سليمان مرقس ــ نظرية العقد ــ دار النشر للجامعات الحديثة ــ ١٩٥٦ = ص ١٥، ص ١٦. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٢ وما بعدها. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠ هامش ٢.

(١) ونود أن نشير، إلى أهم النظريات ــ ذات الأصل الجرمانى ــ التى استعان بها الفقه الألمانى، لتأييد النظرية المادية للالتزام. نذكر منها ١- نظرية الحق على شىء، وهذه النظرية تعنى، تحلل الحق الشخصى فتعتبره حقا على شىء Jus ad rem فتقر بذلك من الحق العينى الذى هو حق فى شىء Jus In rem، والحال أن الحق الشخصى يظل كذلك حق إذا نفذه المدين، فيصير حقًا عينيًا للدائن على ما حصل عليه من المدين من دين. وهذا يعنى أن العنصر الغالب للحق الشخصى هو موضوعه، كما هو الشأن فى الحق العينى. أى أن الحق الشخصى ــ وفقاً لمنطق هذه النظرية ــ ما هو إلا خطوة نحو الحق العينى. راجع فى ذلك: د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٧. ٢- **نظرية المديونية والمسئولية:** فهذه النظرية تحلل الالتزام إلى عنصرين الأول: عنصر المديونية، وهو واجب قانونى على المدين، بمقتضاه يكون على المدين واجب القيام بأداء معين للدائن، أى أن هذا العنصر يبين أن الالتزام رابطة شخصية بين الدائن والمدين، أى يمثل العنصر الشخصى فى الالتزام، وتنقضى المديونية بالوفاء الاختيارى ــ وعنصر المديونية لا يتضمن عامل الإجبار على أداء الالتزام. أما العنصر الثانى: فهو عنصر المسئولية، ومؤداه أن يكون للدائن أن يجبر المدين على الوفاء بالدين إذا لم يقم بأدائه اختياره، وهذه المسئولية تقع على المدين إما فى ماله أو فى شخصه، مثل الكفيل بالنفس فى الفقه الإسلامى، والكفيل الشخصى فى الفقه المدنى. وإما تنحصر المسئولية فى المال فيصبح المال دون الشخص فى هذه الحالة هو المسئول (ويقترب مع الكفيل العينى أو حائز العقار المرهون) ويستنتج من ذلك أن المسئولية نوعان: (١) مسئولية شخصية تقع على شخص المسئول أو على ماله عن طريق شخصه. (٢) أو مسئولية عينية تقع على المال وحده دون النظر إلى الشخص. ومن هذا يتضح أن المسئولية العينية وهى إحدى عنصرى الالتزام تقع على المال مباشرة، فتصبغ الالتزام بالصبغة المادية. راجع فى ذلك نفس المراجع السابق الإشارة إليها فضلاً عن عرض د ــ نبيلة رسلان ــ لهذه النظريات.٣- **أما النظرية الثالثة:** فهى نظرية الذمة المالية، حيث يقيم الألمان هذه النظرية على فكرة التخصيص، فينظر إلى الذمة المالية على أنها مجموعة من المال يتكون من عناصر إيجابية وأخرى سلبية مخصصة لغرض معين، وهذا سواء استندت لشخص معين أو لم تستند. فالذى يميز الذمة المالية هو تخصيصها لغرض معين وليس استنادها إلى شخص. وهذا أيضا طابع مادى يصدق على الالتزام الذى يعتبر من عناصر الذمة ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨ هامش (١٠).

قيمة مالية وليس رابطة شخصية يمكن أن تنفصل عن شخص الدائن وشخص المدين، وترد عليها سائر التصرفات التى يمكن أن ترد على الحق العينى[١].

وليس المذهب المادى للالتزام مجرد مذهب نظرى، بل أنه خصب فى نتائجه العملية، وتتمثل أهم هذه النتائج فيما يلى[٢]:

١- الاعتداد بمحل الالتزام دون أشخاصه، جعل من السهل تصور تغيير أشخاص الالتزام، حيث يمكن تغيير شخص الدائن، كما هو الحال فى حوالة الحق، وهذا ما يسلم به التقنين الفرنسى ذاته، والقانون المدنى القديم، مع أخذهما بالمذهب الشخصى الذى لا يتفق منطقه مع مثل هذا التغيير. وأيضاً يمكن تغيير شخص المدين، وذلك عن طريق حوالة الدين، وهذا ما اعترفت به القوانين التى تشبعت بالمذهب المادى، كالقانون الألمانى والقانون السويسرى، وسار على نفس النهج التقنين المدنى الحالى، حيث نظم حوالة الدين إلى جانب حوالة الحق.

٢- إذا كانت الرابطة الشخصية ليست بالأمر الجوهرى فى الالتزام، وأن محل الالتزام هو المرجح، فإنه من الممكن تصور وجود التزام دون وجود دائن وقت نشوئه، أى قبل أن يتحدد شخص الدائن، ويكفى أن يوجد الدائن عند التنفيذ وهذا المنطق قد ساعد على تفسير أوضاع قانونية كثيرة فى الحياة العلمية كان لا يمكن تفسيرها وفقاً للمذهب الشخصى للالتزام.

---

(١) وإذا كان المذهب المادى للالتزام قد ظهر فى ألمانيا، على يد جيرك إلا أنه نقل من المدرسة الألمانية إلى المدرسة الفرنسية على يد الفقيه سالى حيث تزعم هذا المذهب فى فرنسا، بالرغم من أن هذا المذهب لم يسد لدى الفقه الفرنسى. راجع فى ذلك: وفى ماهية المذهب المراجع الآتية: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٢١. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١. راجع أيضاً من كتابات الفقه الألمانى فى هذا الصدد:

Rie Gile Role de la volonté dans formation de l'acte juridque les doctrines allemandes, Arch. De phil. Dul droit, nouvelle serie, 1951, p.125.

مشار إليه فى مرجع: د ــ نبيلة رسلان ــ الرسالة ــ ص ٣٩ هامش ١١

(٢) راجع فى عرض هذه النتائج: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٤، ٩٥. د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ــ ص ١٨، ص ١٩.

من هذه الأوضاع، الالتزام بالإرادة المنفردة قبل تحديد شخص الدائن، والاشتراط لمصلحة الغير، والسند لحامله حيث يلتزم من يوقع السند لدائن غير معروف وهو حامل السند. ففى جميع هذه الأحوال وغيرها يمكن أن ينشأ الالتزام دون دائن، وهذا لا يمكن تفسيره إلا وفقاً للمذهب المادى[1].

المطلب الثالث

عجز النظرية التقليدية عن استيعاب الأنظمة القانونية الناتجة عن المذهب المادى وضرورة معالجتها وفقاً لنظرية التصرف القانونى.

تمهيد وتقسيم:

قبل أن نعرض لعجز النظرية التقليدية للإلتزام عن استيعاب الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى وضرورة معالجتها وفقا لنظرية التصرف القانونى. سنعرض أولاً – بإيجاز – لتقدير المذهب الشخصى والمذهب المادى للإلتزام ومحاولات الفقه للتوفيق بينهما، ومدى أخذ القانون المدنى الجديد بأيهما.

لذا سنقسم دراستنا لهذا المطلب إلى ثلاثة فروع، هى:

الفرع الأول: تقدير المذهب الشخصى والمذهب المادى للإلتزام ومحاولات التوفيق بينهما.

الفرع الثانى: مدى أخذ القانون المدنى المصرى (الحالى) بكل من المذهبين.

الفرع الثالث: عجز النظرية التقليدية للإلتزام عن استيعاب الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى وضرورة معالجتها وفقا لنظرية التصرف القانونى

---

[1] ويشير أستاذنا الدكتور – عبد الفتاح عبد الباقى إلى أن وجهة نظر الفقه الإسلامى تسوده نزعة مادية للالتزام لا تقل عن تلك التى تسود فى القانون الألمانى. فالعبرة عند فقهاء المسلمين هى بموضوع الدين لا بأشخاصه، ويترتب على ذلك إمكان انتقال عبء الدين من المدين الأصلى إلى غيره عن طريق حوالة الدين. راجع فى ذلك مرجعه – السابق الإشارة إليه – ص ٢١، ص ٢٢. وكذا المراجع التى أشار إليها هامش ١، ٢ – ص ٢٢.

الفرع الأول

تقدير المذهب الشخصى والمذهب المادى للإلتزام ومحاولات التوفيق بينهما

لا شك أن المذهب المادى للإلتزام ، من شأنه أن يؤدى إلى نتائج عملية خطيرة سبق أن أوضحناها[١]. وغنى عن البيان أن هذا المذهب يتمشى مع النظم القانونية القائمة فى الوقت الحاضر، ومع سرعة تداول المال، وتيسير سبل المعاملات وتنفيذ الإلتزامات[٢].

إلا أنه لا يمكن إغفال المذهب الشخصى فالإلتزام مازال رابطة بين شخصين، مازالت لشخصية المدين والدائن أثرهما الكبير فى تكوين الإلتزام وتنفيذه. فالمدين يجب أن يكون موجوداً عند التنفيذ على الأقل، وأنهما معاً لهما أثرهما عند نشوء الإلتزام حيث يكون لنية الطرفين أثرها فى وجود الإلتزام صحيحاً، وهذا ما يعترف به أنصار المذهب المادى للإلتزام. بالإضافة إلى ذلك هناك صور للحق الشخصى تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار فى التعاقد بحيث يستمد محل الحق قيمته المالية من شخصية المدين[٣].

ويتضح مما سبق، أن الإلتزام رابطة بين شخصين، إلا أن ذلك لا يحول دون أن نأخذ بما فى المذهب المادى من مرونة كان لها الفضل فى الوصول إلى نتائج عملية تقتضيها التطورات الإقتصادية الحديثة.

---

(١) راجع ما أسلفناه فى هذا البحث ص ٥٥١ وما بعدها .

(٢) راجع فى ذلك د- عبدالرازق السنهورى. الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الأول - نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام- مرجع سبق ذكره - ص ٩٥. د- عبدالمنعم فرج الصده- مصادر الإلتزام- مرجع سبق ذكره - ص ٢٠.

(٣) راجع فى ذلك. د- عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ٩٥، د- عبدالمنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ١٩.

الفرع الثانى
مدى أخذ القانون المدنى المصرى (الحالى) بكل من المذهبين

لذا فقد تأثر المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد - وكذا الفرنسى - بالمذهب المادى للإلتزام، حيث أعتنق أهم نتائجه[١]، ولم يهجر مع ذلك النزعة الشخصية للإلتزام[٢] إلا أن هذه النزعة لم تعد مطلقة، سواء فى الفقه المصرى أو الفرنسى، فقد قام هذا الفقه بإدخال التحفظات والتعديلات التى تحد من التصوير الشخصى بإضافة بعض العناصر الموضوعية، ولكن دون أن يصل ذلك إلى حد اعتباره قيمة موضوعية بحتة، بل حدث تزاوج أو توفيق بين المذهبين[٣].

---

(١) فالتقنين المدنى المصرى الجديد، من ناحية قد أبقى المشرع التطبيقات القديمة للمذهب المادى وأهمها حوالة الحق (المواد من ٣٠٣ - ٣١٤)، وأقر ما وصل إليه الفقه والقضاء من جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل لم يعين وقت العقد متى كان تعيينه ممكن وقت أن ينتج العقد أثره (المادة ١٥٦). ومن ناحية أخرى فقد سجل أقصى ما وصلت إليه التقنينات اللاتينية عند أخذها بالمذهب المادى للالتزام، فنظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين (المواد من ٣١٥ - ٣٢٢)، ونص صراحة على أن من وجه للجمهور وعد بجائزة يعطيها من عمل عمل معين، التزام بإعطاء الجائزة لمن قام بالعمل، حتى ولو قام به دون نظر للوعد أو دون علم بالجائزة (م ١٦٢)

(٢) فلم يخرج المشرع عن النظرة الشخصية للإلتزام خروجا لا تبرره المصلحة، فلا يزال الإلتزام رابطة بين شخصين، ولا يزال الإلتزام الإرادى يقوم على الإرادة المشتركة بين طرفيه. راجع فى ذلك د. عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ٧٣. د- عبدالمنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٢٠. د- حسام الدين كامل الأهوانى- الجزء الأول - مصادر الإلتزام- مرجع سبق ذكره- ص ٢٢. د- طلبة وهبة خطاب - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام- مرجع سبق ذكره - ٢٠٠٠- ٢٠٠١- ص ٩، ١٠. وهامش ١، ص ١٠.

(٣) فى هذا المعنى راجع فى ذلك من الفقه المصرى. د- عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ٩٥.د- عبدالمنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٢٠. د- سليمان مرقس - المرجع السابق- بند ١٤- ص ١٧. د- أحمد حشمت أبو ستيت- نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى- الطبعة الثانية - ١٩٥٤- ص ٤٥. د. مصطفى محمد الجمال - القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى - مصادر الإلتزام- مرجع سبق ذكره - بند١٠- ص ٢٣ وما بعدها حيث يقول سيادته"والواقع أن ما هية الحق الشخصى أو الإلتزام لا تتحدد إلا بالعنصرين الشخصى والموضوعى معا". وراجع من الفقه الفرنسى فى نفس المعنى

MARTY et RAYNARD–Op–Cit – p-595 et s.

حيث يقرر أن الطبيعة المزدوجة للإلتزام أى أن الإلتزام رابطة شخصية بين طرفيه وعنصر موضوعى فى الذمة.

"on peut en effet. Considerer l'obligation álafois comme un droit et comme un bien, comme un mapport personnel et comme un êlélmement du patrumoine".

وراجع أيضا من الفقه الذى أعد دراسة متخصصة فى "محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الالتزام"- د- نزيه صادق المهدى- مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٤٩ -ع١ - ع٢.

ومن الفقه الفرنسى.

HAMSAP. (J): objectivisme et subjectivims dans l'acte juridique- thése- 1971. n°5-P 115.

الفرع الثالث

عجز النظرية التقليدية للإلتزام عن استيعاب الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى وضرورة معالجتها وفقا لنظرية التصرف القانونى

وإذا كنا قد أنتهينا إلى أن المشرع المصرى قد أخذ بالمذهبين الشخصى والموضوعى للإلتزام ، وذلك عن طريق التوفيق بينهما- كما سبق أن أوضحنا-، إلا أن المشكلة تظهر عند محاولة تغليب أحد المذهبين على الآخر، عند معالجة أحد الأنظمة أو العلاقات القانونية التى تنتمى إلى أحد المذهبين[١]. ذلك أن تغليب أحد المذهبين له أهمية كبيرة، خاصة فى تحديد دور الإرادة فى إبرام تصرف ما، وكذا ترتيب آثار هذا التصرف، وبحث مدى إختلاف ذلك وفقا للمذهب الذى سيتم ترجيحه[٢]. وهذا ما حدث بالفعل عند معالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن[٣]، وما يترتب عليه من علاقات، خاصة طبيعة العلاقة القانونية بين رب العمل والمقاول من الباطن . فالمقاولة من الباطن من نتاج المذهب المادى للإلتزام[٤]، ومن ثم فإنه لا يمكن تكييف وتحديد دور الإرادة فيها وترتيب آثارها خارج نطاق تصورات هذا المذهب.

---

(١) راجع فى ذلك. د- نبيلة رسلان – المرجع السابق – ص ٤١. ونود أن ننوه أن ليست صعوبة تغليب أحد المذهبين على الآخر عند معالجة أحد الأنظمة فقط، ولكن هذه الصعوبة تمتد بداية إلى تعريف الإلتزام" وفى الحق فإن تعريف الإلتزام إنما يتوقف على أعتناق مذهب ضمن أثنين فى هذا الصدد، الأول المذهب الفردى، والثانى المذهب المادى" راجع فى ذلك د- طلبه وهبه خطاب – أحكام الإلتزام بين الشريعة والقانون – عام ١٩٨٣- حيث. راجع (أيضاً) د- أنور سلطان – مصادر الإلتزام فى القانون المدنى الأردنى – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى – عمان – عام ١٩٨٧ – بند ٤- ص ٦

(٢) د- نبيلة رسلان- المرجع السابق- ص ٤١.

(٣) ليست المقاولة من الباطن النظام القانونى الوحيد، بل هناك أنظمة قانونية أخرى كانت نتاج المذهب المادى للالتزام، وتمت معالجتها وفقاً لمنطق المذهب الشخصى للإلتزام، من ذلك مثلا الإشتراط لمصلحة الغير، والتعهد عن الغير، وحوالة الحق وحوالة الدين. راجع فى ذلك د- نبيلة رسلان – المرجع السابق – ص ٤١- ٤٢

(٤) راجع أيضاً فى هذا د- فيصل زكى عبدالواحد- المرجع السابق – ص ١٣٠ وما بعدها . حيث عرض سيادته إلى الأضرار التى تنجم عن معالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن عن طريق النظرة الشخصية للالتزام، وعرض أيضاً لضرورة معالجة هذا النظام، والمراكز القانونية التى تنشأ عنه عن طريق المذهب المادى للالتزام، مما يؤكد أن المقاولة من الباطن من نتاج المذهب المادى للالتزام، ومما يزيدنا تأكيداً، انتشارها فى الواقع، وتنظيم المشرع لها، وجعلها مشروعة من حيث الأصل، وكذا المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن، ووجود ثلاث أشخاص على الأقل هما، والتى لا يتحقق وجودها إلا

لذا كان من الضرورى معالجة نظام المقاولة من الباطن، وكذا الأوضـــاع والمراكز القانونية المترتبة عليه من خلال النطاق الفنى للمذهب المادى للإلتزام . إلا أن الفقه قد عالجه من خلال المذهب الشخصى للإلتـــزام والنظـــرة الشخصـــية للرابطة العقدية،برغم الصعوبات التى قابلت الفقه فى هذا الصدد.

فغنى عن البيان، أن النظرية التقليدية وما تتضمنه من إعتنـــاق للمـــذهب الشخصى للإلتزام ، ليست قادرة على استيعاب المراكز القانونية التى تنشـــأ عـــن الأنظمة القانونية الناتجة عن المذهب المادى. فلا يزال هناك خلاف حول الطبيعـــة القانونية لمركز المقاول من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى، وخاصة علاقتـــه برب العمل [1] وكذا علاقة هذا الأخير بعقد المقاولة من الباطن، وهل يعد طرفاً من الناحية الموضوعية فى هذا العقد أم لا؟

وإذا كان المشرع المصرى- كما سبق أن أوضحنا- قـــد أبقـــى الرابطـــة الشخصية للإلتزام ، إلا أنه قد أعتنق أهم نتائج المذهب المادى. فلـــم يعـــد الحـــق الشخصى مجرد رابطة تربط شخصى الدائن والمدين، ولكنه هو أيضاً قيمة ماليـــة يتعين النظر إليها كعنصر من عناصر الذمة المالية لكل من الدائن والمدين، صحيح أن هذه النظرة لم تتضح بجلاء إلا فى مجال انتقال الحقوق والديون. " ولكن وحدة

=بوجود ــ على الأقل ــ، ووجود ثلاثة أشخاص على الأقل، هم رب العمل والمقاول الأصلى والمقاول من الباطن، يربط بين الأول والثانى عقد المقاولة الأصلى، ثم يكل الثانى تنفيذ العمل الـــذى التـــزم بـــه محل عقد المقاولة الأصلى- أو جزء منه إلى مقاول من الباطن، وذلك عن طريق عقد المقاولـــة مـــن الباطن، فيصبح الثالث هو المنفذ الفعلى للعمل أو لجزء منه، ويكون الأول هو المتلقى الحقيقى للخدمـــة، ولم يرتبط رب العمل بالمقاول من الباطن بعقد وفقا للمذهب الشخصى للالتزام، إلا أنهما يرتبطا برابطة عقدية موضوعية أى وفقا للمذهب المادى للالتزام.

راجع أيضاً فى هذا المعنى M-Bacache – Gibeil – op- cit P 104 et s.

H- Roland . L . Poyer – obligation, 2- contrat. 5 êd. Litec. 1995- no1810 et s – P 748 et s. ph Remy – Group de contrats S. R – T – De . 1988 - P 107 ets. Ass. Plên-7féwr. 1986. zarrêts. D- 1986- 293 note – A Benabent. Cass- cive- 1- B – 3- 1988 – Bull – 198 – I – no – 69 civ – I – 21-6-1988- Rev – Tri – Dr- civ – 1988 – P 762 – obs – P – Jopurdain.

(1) ونفس الحديث يثار بشأن، المركز القانونى للدائن فى حوالة الدين، المدين فى حوالة الحـــق، والمتعهـــد عنه فى التعهد عن الغير، والمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير، فهذه الأنظمة جميعا نتـــاج المـــذهب المادى للالتزام.

المنطق القانونى تقتضى أن تفرض هذه النظرة نتائجها فى مجال الحماية"[١]. فإذا كانت النسبية تعنى حظر إمتداد الأثر الملزم للعقد للغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرتض الغير بذلك[٢]، فإن منطق الحماية ينتفى لو أن هذا الغير قد أرتضى أن يمس العقد ذمته المالية سواء إيجاباً أو سلباً، أى أن إرادة الشخص وما تتجه إليه، هى وحدها التى تحدد إلتزام هذا الشخص بالأثر من عدمه، ومن ثم تحديد ما إذا كان هذا الأخير يشغل مركز الطرف أم لا.

وبالرغم من أن هذا هو حال المشرع لمصرى، إلا أن مازال هناك خلاف حول المراكز القانونية الناشئة عن الأنظمة التى نشأت فى ظل المذهب المادى للإلتزام، وتمت معالجتها وقت إنتاجها لأثارها وفقا للمذهب الشخصى للإلتزام. ونرجع مع بعض الفقه السبب فى ذلك إلى مسألتين.

الأولى: خاصة بمنهج التفسير، الذى أتبعه الفقه عند تناوله الطبيعة القانونية للمركز التى نشأت عن الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى، خاصة المركز القانونى للمقاول من الباطن فى علاقته بعقد المقاولة الأصلى، وكذا المركز القانونى لرب العمل فى علاقته بعقد المقاولة من الباطن. فكثير من النظريات التى ظهرت لتفسير تلك الطبيعة، كانت متأثرة تاثيراً بالغاً بالمذهب الشخصى للإلتزام ، وشخصية الرابطة العقدية، وتأثير هذه الأخيرة على التفكير القانونى قديماً وحديثاً [٣] وتأكيداً لذلك نجد أستاذنا الدكتور/ السنهورى، يقول فى معرض حديثه عن تفسير القواعد القانونية فى التقنين المدنى الجديد، بالنسبة للقواعد التى استيقت من القضاء المصرى والتقنين المدنى القديم " يجب أن تفسر فى ضوء القضاء والفقه اللذين نشئا فى مصر فى ظل التقنين القديم، وبذلك يتصل الحاضر بالماضى

---

[١] راجع فى ذلك د- لبيب شنب – دروس فى نظرية الإلتزام ــ مصادر ــ طبعة عام ١٩٧٧- ص ٦ حيث يرى سيادته أن جوهر الإلتزام فى محله أى الأداء، فهذا الأداء هو الذى يحدد القيمة الاقتصادية للالتزام. وفى نفس الاتجاه يرى استاذنا الدكتور عبدالودود يحيى أن الرابطة الشخصية لم تعد هى العنصر الوحيد فى الإلتزامات بل يجب أن يفسح مكاناً بجواره للعنصر المادى ــ الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات الجزء الأول – مصادر – طبعة ١٩٨٢- ص ٧ .

[٢] د- نبيلة رسلان – المرجع السابق – ص ٤٢.

[٣] راجع فى ذلك د- نبيلة رسلان – المرجع السابق – ص ٤٣ . وفى هذا المعنى د- فيصل زكى عبدالواحد – المرجع السابق ــ ص ١٢٥ وما بعدها.

ولا تنقطع سلسلة التطور[١] وأيضاً يقول فى تفسير النصوص التى استيقت من التقنيات الحديثة" وإنما يجب الرجوع فى تفسير النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصرى سابق ومن فقه مصرى تقليدى ومن نصوص تشريعية قديمة. هذه هى المصادر الأولى التى يجب أن يرجع إليها فى التفسير"[٢] ولا يغيب عن البال تأثر تفكير الفقه والقضاء التقليديين بشخصية الرابطة العقدية، عند تفسيرهم النصوص القانونية التى تخص الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى، وذلك نتيجة رجوعهم فى التفسير إلى نصوص التقنين المدنى القديم والفقه والقضاء اللذين نشئا فى ظله، وليس أدل على ذلك من قول أستاذنا الدكتور/ السنهورى... "فنحن إذا كنا نقرر أن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير، فإنما نفعل ذلك مجازاً لما يقرره الفقهاء فى هذا الشأن، وإحتراماً لتقاليد عتيقة آن لها أن تنهدم، وقد تهدمت بالفعل"، ولعله واضح مما قاله سيادته، مدى تأثير التفكير القانونى للفقه والقضاء بمبدأ شخصية الرابطة العقدية كما ورثها من القانون الرومانى، حتى عند تفسير النصوص التى تتضمن أنظمة ناتجة عن المذهب المادى للإلتزام [٣] بالرغم من أننا فى حاجة إلى تفسير النصوص بشكل مرن يتلائم مع الأنظمة القانونية- سواء كان النظام نتاج مذهب شخصى أم مذهب مادى - التى تتضمنها، وبحيث يتناغم هذا التفسير مع روح العصر بهدف سد الحاجات الناقصة،[٤] كما يجب ربط النص

---

[١] راجع فى ذلك د- عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - ص ٣٨.

[٢] الهامش السابق - ص ٥٠. راجع فى هذا المعنى أيضاً د- عبدالمنعم البدوى - أصول القانون المدنى المقارن - الطبعة الثانية - تاريخ نشر بدون- ص ٦٩ وما بعدها.

[٣] راجع فى ذلك د. عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد - الطبعة الأولى - مطبعة دار الكتب بالقاهرة - عام ١٩٣٤- مرجع سبق ذكره ــ ص ٨٦٤.

[٤] فى هذا المعنى راجع د. محمود محمود مصطفى- مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية- دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه- سنة ١٩٣٨ - ص ٧٨ حيث يقول سيادته" إن تفسير القانون مسألة اجتماعية وعلينا أن نفسره وفقا لروح كل مكان وحتى نصل بكل تفسير إلى الحاجات الناقصة".
راجع أيضاً د- توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - القسم الأول ــ النظرية العامة للقانون - الدار الجامعية - سنة ١٩٩٣ - ص ٤٠٥ - ويقول سيادته "يمكن القول فى مصر إن التفسير ينبغى أن يتم فى حدود ألفاظ النص أو فحواه، أى ينبغى أن يكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة على أن تراعى المصادر التاريخية والأعمال التحضيرية. وهذا ما يعيننا على الوقوف على حقيقة قصد المشرع عند وضع النص، وعلى أن يراعى من جهة أخرى أثر الظروف الاجتماعية فى تحديد نطاق النص ومراميه".

المراد تفسيره بالنصوص التشريعية الأخرى ذات الصلة، حتى يمكن إزالة الغموض الذى يكتنفه، وحتى لا تدفعنا الحاجة إلى سد الحاجات الناقصة إلى تفسير النص تفسيراً يتعارض مع غيره من النصوص التى تتناول نفس المبادئ، وبالتالى يمكننا الوصول إلى الفكرة التى كانت تسيطر على المشرع وقت وضعه لنصوص المجموعة المدنية[١].

أما الثانية: أن المشرع المصرى رغم تأثره بالمذهب المادى للإلتزام، إلا أنه قد صاغ تصوره للأنظمة القانونية التى هى نتاج هذا المذهب فى نطاق المذهب الشخصى للإلتزام[٢] ودليل ذلك ــ على سبيل المثال ــ أن المشرع قد ضمن المجموعة المدنية نصوصاً تقرر صوراً للدعوى المباشرة[٣]، وذلك خلال تنظيمه

=وراجع أيضاً د- حسام الأهوانى ود- حمدى عبدالرحمن - أصول القانون - طبعة سنة ١٩٩٦ - ص ٢٨٢ وقد أوردا "ولا أخص أننى من انصار أنفصال النص عن شخصية واضعه بمجرد صدوره حيث يسير له كياناً ذاتياً. كما أن التفسير لا يكون بالبحث عن النية عند صدور النص، حتى إذا أمكن التعرف عليها، وإنما بمواءمة النص مع ظروف المجتمع كما تذهب المدارس التاريخية. فيجب أن يترك النص يتفاعل مع الحياة الإجتماعية ويكون تفسيره طبقاً لهذه الظروف بدلا من البحث عن نية وهمية يستخلصها المفسر من عبارات عرضية وردت فى الأعمال التحضيرية".

وراجع بصفة عامة فى عرض قواعد التفسير: د- جاسم على الشامسى ــ المرجع السابق ــ ص ١٥١ وما بعدها.

وراجع أيضاً د- عبد المنعم فرج الصده و د- محمد رمزى الشاعر ود- محمد رفعت الصباحى، ود- نزيه الصادق المهدى والأستاذ فتحى غنيم ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٢ وما بعدها.

[١] راجع فى ذلك - د- فيصل زكى عبدالواحد - المرجع السابق - ص ١٢٥ وما بعدها، حيث يعرض سيادته لتفسير مبدأ نسبية أثر العقود، والنتائج الخطيرة المترتبة على تفسيره وفقاً لمبدأ شخصية الرابطة العقدية، نظراً لعدم ربط هذا النص بالنصوص التشريعية الأخرى، خاصة التى تقرر مبدأ القوة الملزمة للعقد (١٤٧ مدنى)، وتلك التى تنظم قواعد المسئولية المدنية. أما إذا تم تفسير هذا النص بالنصوص التشريعية الأخرى ذات الصلة لتحتم القول بأن المشرع قد أخذ بمضمون النظرية الموضوعية التى تقرر بشأن تحديد فكرة الطرف بأن يتعين الأخذ فى الاعتبار ليس فقط مرحلة تكون العقد بل أيضاً مرحلة تنفيذه وفى ذلك يقول سيادته" وعلى ذلك إذا كانت الألفاظ التى صيغ منها النص الذى يقرر مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، تفيد بأن المشرع قد جنح إلى النظرية الشخصية، إلا أن حقيقة الأمر تبدو عكس ذلك. لأن هذه النظرية تحاكى مفردات العقد من منظور ضيق، دون أخذها فى الاعتبار المعطيات التى تحيط بظروف التعاقد، وملابسات تنفيذه". راجع ص ١٣٠ وما بعدها.

[٢] راجع فى ذلك د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٤٣

[٣] راجع موقفنا من الدعاوى المباشرة فى هذا البحث ص ٢٤٣ وما بعدها. راجع أيضاً نصوص التقنين المدنى المصرى المنظمة لحوالة الدين والمركز القانونى للدائن (المواد من ٣١٥ إلى ٣٢٢ مدنى) ومركز المدين بالنسبة لحوالة الحق (المواد من ٣٠٣ إلى ٣١٤ مدنى) والمتعهد فى التعهد عن الغير

لأنظمة قانونية ناتجة عن المذهب المادى للإلتزام ، من ذلك مثلاً، دعوى المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلى أو المقاول من الباطن قبل رب العمل (المادة ٦٦٢ / ١ مدنى)، ودعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن (م ١/٥٩٦ مدنى)، ودعوى كل من الموكل ونائب الوكيل قبل الآخر. مما جعل بعض الفقه يتساءل عن جدوى هذه النصوص، إذا كان المشرع قد تبنى مضمون النظرية الموضوعية. ذلك أن هذه النصوص قد خلقت منطقة ضبابية فوق مجال تطبيق مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية[١]، دفعت كثير من الفقه على الاعتقاد بأن المشرع قد تبنى منطق النظرية الشخصية للإلتزام ، لذا كان تصور وتحديد معالجة هذا الفقه لهذه العلاقات يدور حول التصوير الشخصى للإلتزام [٢].

ولعله يبين مما تقدم، كيف أن الفقه والقضاء، قد تأثر تفكيره القانونى بشخصية الرابطة العقدية[٣]، وذلك لدى معالجتهما للأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى للإلتزام ، ولم يتوقف عن هذا الحد، بل أنه جعل من هذه النظرية " المحور الذى تدور حوله وتستمد منه كل المبادئ القانونية" [٤] وقد ساعد الفقه على ذلك، صياغة المشرع تصوره للأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى فى نطاق المذهب الشخصى.

(المادة ١٥٣ مدنى، =والمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير (المواد من ١٥٤ إلى ١٥٦ مدنى) . وما حدث من خلاف حول طبيعة مركز كل من هؤلاء فى العلاقة التى يدخل فيها، نظراً لمعالجة هذه الأنظمة من حيث الآثار وفقاً لمنطق النظرية الشخصية للالتزام.

(١) راجع فى ذلك د- فيصل زكى عبدالواحد – المرجع السابق – ص ١٣٣ وما بعدها ويقر سيادته بعدم توفيق المشرع عند صياغته لهذه النصوص، ولكنه لا يرجع ذلك إلى تبنى المشرع للنظرية الشخصية للالتزام، فهذه النظرية لا تتواءم مع قدسية العلاقة التعاقدية ومنهج تصنيف المسئولية وفكرة المراكز القانونية. وإنما يرجع ذلك إلى أن إعداد التقنين المدنى وصياغته لم يستغرق سوى تسع سنوات وهو وقت لم يكن كافياً لإلمام المشرع بكافة المسائل ووضع حلول مناسبة لها. لمزيد من التفاصيل راجع ص ١٣٤ وما بعدها من نفس المرجع

(٢) راجع فى ذلك د- نبيلة رسلان – المرجع السابق – ص ٤٣

(٣) راجع فى هذا المعنى Jourdiain- art – OP- cit –P565. Mestre- obs – á- R – T. D. – civ – 1987-100-et-1989- 47- á-76-Vinex-la responsabilite des fabricants et distributeur- P- 69. kull Mann. OP- cit – Neret – Op- cit- N375. teyssie – th – Op – cit N°564. B- starckt – H- Roland- L-Boyer- Droit civil les obligations – 2 contrat- 6 ed – litec. 1999- P 502

راجع فى مناقشة رأى هذا الفقه د- فيصل زكى عبدالواحد – المرجع السابق – ص ١١٥ وما بعدها.

(٤) راجع فى ذلك – د- نبيلة رسلان – المرجع السابق – ص ٤٣.

وقد أدى ذلك إلى نتيجتين فى غاية الأهمية، الأولى : تدور حول عدم استطاعة الفقه والقضاء إدراك حقيقة وطبيعة هذه الأنظمة ودور الإرادة فيها، أى أنها أدت – على حد قول بعض الفقه – إلى " حجب الرؤية الصحيحة عن طبيعة هذه الأنظمة ودور الإرادة فيها"[١]. أما النتيجة الثانية: أن الفقه والقضاء قد نسى الخط الحقيقى الذى كان يجب عليه أن يسلكه عند دراسته لهذه الأنظمة. وهذه تعد المشكلة الحقيقية والأساسية . ذلك أن الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى، ليست سوى علاقات إرادية، تقوم على لزوم الإرادة لترتيب الأثر، ولكن جوهرها يكمن فى محلها. لذا كان من الأوفق، بل من اللازم، أن يكون أساس دراسة هذه العلاقات فى نطاق الإرادة ودورها فى التصرف[٢]. أما دراسة هذه الأنظمة،فى إطار النظرة الشخصية للإلتزام وشخصية الرابطة العقدية، قد أثار العديد من المشكلات[٣]،

---

[١] نفس المرجع السابق

[٢] راجع فى ذلك – د- نبيلة رسلان – المرجع السابق – ص ٤٣

[٣] راجع فى ذلك د- فيصل زكى عبدالواحد – المرجع اسابق – ص ١٣٠ وما بعدها . ويعرض سيادته لبعض المشاكل، خاصة فى مجال المقاولة من الباطن، ففى عقد المقاولة من الباطن، لا شك من أن المقاول الأصلى يعد طرفاً فيه، وأن رب العمل يعتبر – بدوره – طرفا فى عقد المقاولة الأصلى، فلو أن المقاول من الباطن أخل بأحد إلتزاماته، التى يلتزم بها، فإن ذلك يؤثر على إلتزام المقاول الأصلى تجاه رب العمل، مما يلحق أضرار بهذا الأخير، تخوله الحق فى طلب التعويض عنها، وذلك عن طريق رجوعه على المقاول الأصلى، وهذا الأخير يرجع- بدوره – على المقاول من الباطن. وفى الحالتين يتعين تأسيس دعوى الرجوع على قواعد المسئولية العقدية، وهذا ما يقربه أنصار النظرية الشخصية، حيث أن رب العمل لم يشارك فى تكوين عقد المقاولة من الباطن، فإنه – وفقاً لمنطق النظرية الشخصية – يكون من الغير فى علاقته بالمقاول من الباطن، وبالتالى فإنه لا يمكنه الرجوع على هذا الأخير إلا بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية. وهذا الحل سوف يكون فى مصلحة رب العمل إذا كانت واقعة إخلال المقاول من الباطن بإلتزامه التعاقدى تتطابق فى نفس الوقت مع الإخلال بالواجب العام المفروض على الكافة، أو مخالفة القوانين واللوائح المعمول بها. ففى هذه الحالة يفضل الرجوع على هذا الأخير بمقتضى قواعد المسئولية، فهذا الرجوع سوف يخلصه من القاعدة التى تقصر التعويض فى إطار العلاقات التعاقدية على الضرر المباشر المتوقع فقط، هذا من ناحية. ومن ناحية =أخرى سوف يتخلص من بند الإعفاء أو التخفيف من المسئولية، الذى قد يتضمنه عقد المقاولة الأصلى، فضلاً عن ذلك فإن مسايرة منطق هذه النظرية، يعنى تخويل رب العمل الحق فى الخيرة بين صفتى الطرف أو الغير حسب مصلحته.

وهذا الوضع يخلق مشكلات عديدة نذكر منها: (أ) مشكلة عدم تواءم هذا الحل مع قواعد تصنيف المسئولية المدنية، (ب) وإهدار فكرة المراكز القانونية، (ج) إهدار مبدأ القوة الملزمة للعقد، (د) وإهداره لقواعد الاختصاص القضائى، وكذا القواعد القانونية الخاصة بالتقادم . راجع نفس المرجع ص ٣٩ وما بعدها.

والتى كان يمكن تلافيها، إذا تمت معالجةهذه الأنظمة- بما يتناسب معهـا - وفقـاً لمنطق التصرف القانونى[١].

وإذا كنا نرى مع بعض الفقه [٢]، معالجة النظام القانونى فى المقاولة مـن الباطن وفقاً لمنطق التصرف القانونى، مثله فى ذلك مثل باقى الأنظمـة القانونيـة نتاج المذهب المادى، فإننا نزداد قناعة بذلك لما يلى.

أولاً: أن التصرف القانونى، يعد المصدر الحقيقى للأثر المترتب فى ذمة الطرف.

فهذا المصدر لم ينكره الفقه وتمنى أن يقيم عليه نظرياته العلمية[٣]، وفى ذلك يقوله بعض الفقه " لذلك فقد كان خليقاً والتصرف القانونى ينظم كل ما تتجه إليـه،

=وراجع فى هذا البحث ما أسلفناه بشأن المشكلات الناشئة عن اعتبار علاقة رب العمل بالمقاول مـن الباطن علاقة أغيار فى الباب الأول من هذا البحث.

راجع فـى ذلـك أيضـاً M-Bacache – Gibeili – OP – cit – n°182. et . s. P 156 et s. Néret- Op- cit – No 311 – et – P 227- et s. Teyssie (B)- th – op – cit – P 283 no 565 eys. Conte (Ph). Hote. Bertrand- L' opposabilité des contrats- th- paris – II- 1979- P 408 ets. Benabent. Note. Sous- ass – plen- 7-2-1986-D. 86- 293. Hhet (J)- res ponsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle essai de delimation entre les dues. Th – 1978-T- II- P611- et – P 729. .

[١] راجع فى ذلك د- نبيلة رسلان – المرجع السابق – ص ٤٣ وما بعدها. وفى هذا المعنى راجع أيضـاً د- فيصل زكى عبدالواحد – المرجع السابق ــ ص ١٢٥ وما بعدها.

M.Bacashe- Gibeili – Op- cit – P104. ets . Marty et Raynoud- les obligation- teme II. Le régime 2'ecl – 1988 n°4.

[٢] راجع من هذا الفقه، نفس الهامش السابق.

[٣] راجع فى ذلك د- حسام الدين كامل الأهوانى – النظرية العامة للإلتزام – الجزء الأول – مرجع سـبق ذكره – ص ٣٠- وفى هذا الصدد يقول سيادته "إذا كان المشرع قد إقتصر على تعداد مصادر الإلتزام فإن الفقه لا يقنع بذلك ويسعى وراء رد هذه المصادر المختلفة إلى تقسيم علمى... فهناك من المصـادر ترد إلى التصرف القانونى، وهناك ما يرد إلى الواقعة القانونية". راجع فـى هـذا المعنـى أيضـاً د- عبدالحى حجازى – النظرية العامة للإلتزام – الجـزء الأول ــ مصـادر الالتـزام-١- المصـادر الإرادية – ١٩٦٠ – المطبعة العالمية – ص ٢٢ وما بعدها. د- عبـدالرزاق السـنهورى – المرجـع السابق -ص ١١١ وما بعدها حيث يرى سيادته أن =التقنيات الحديثة، قد جعلـت مصـادر الإلتـزام خمسة: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، واثراء بلا سبب، والقانون، ويرى سـيادته أن هذا الترتيب تغلب فيه الناحية العملية، وينقصه الأساس العلمى الذى يرتكز عليه فلا يكفى أن نقـول أن هذه مصادر الالتزام، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى أصول علمية منطقية....". راجـع أيضـاً د- أحمد سلامة – المرجع السابق – ص ٤٤ وما بعدها – د- عبدالمنعم فرج الصده – المرجع السـابق – ص ٤٢ وما بعدها. د- عبدالفتاح عبدالباقى – المرجع السابق – ص ٣٠ وما بعدها. (ب) د- حلمـى بهجت- المرجـع السـابق- ص ٥٠- . د- محمـود أبـو عافيـه- المرجـع السـابق- ص ٣٦.

الإرادة من أثر- إنشاء، نقل، تعديل، إنهاء - أن ننزل على حكم المنطق وتعالج هذه الأنظمة فى نطاق نظرية التصرف القانونى لولا أن عرف القوانين اللاتينية قد جرت على تناولها بمناسبة العقد بحسبانه الوضع الغالب والأعم للتصرف القانونى، بالرغم مما اثاره هذه التصور من مشكلات" [١]

ثانياً: يقضى المنطق القانونى بعدم الإبقاء على العلاقات الإرادية خاصة نتاج المذهب المادى للإلتزام. ومنها المقاولة من الباطن فى نطاق نظرية الإلتزام، ويقضى هذا المنطق[٢] بمعالجتها فى نطاق نظرية التصرف القانونى[٣] والإرادة. ذلك أن معالجة مثل هذه الأنظمة فى نطاق نظرية الإلتزام تنطوى على تناقض، وخروج على المنطق القانونى، ذلك أنها نظرية ناقصة لا تغطى من الآثار القانونية سوى الإلتزامات، ولا تعتد بالتصرف القانونى والواقعة القانونية إلا باعتبارهما مصدرين للإلتزام، بالرغم من صلاحيتهما فى نطاق نظرية الإلتزام- نفسها - لنقل

=د- حسن كيره- المدخل إلى القانون - الطبعة الخامسة - عام ١٩٧٤ - ص ٧٣٧. د- جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٨. د- سليمان مرقس - الوافى فى شرح القانون المدنى - ٢- فى الإلتزامات - المجلد الأول. نظرية العقد - ط٤- ١٩٨٧ - مرجع سبق ذكره - بند ٢٠ - ص ٣٧ وما بعدها.

راجع فى هذا المعنى من الفقه الفرنسى (ج) مارتى ورنيو - القانون المدنى - الإلتزامات - حـ١ - المصادر - الطبعة الثانية - سيرى باريس- عام ١٩٨٨ - رقم ٢٠ - ص ١٩. فلور وأوبير - القانون المدنى - الإلتزامات - التصرف القانونى - رقم ٦٠ - ص ٤٠ - كاربونيه - القانون المدنى - جـ٤ - الإلتزامات - الطبعة ١٦ - باريس - سنة ١٩٩٢ - رقم ٥ - ص ٣٠.

[١] راجع فى ذلك -د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٤٤.

[٢] ويلاحظ أن المنطق القانونى له دور فى تفسير القواعد القانونية، كما أنه يعد سنداً للمشرع عند صياغته للنصوص حتى يصل بالصياغة للأسلوب الأمثل. غير ان الخطأ قد يتبع نتيجة التمسك بالموروث التقليدى وما يقضى به المنطق القانونى. راجع فى ذلك د- نبيلة رسلان- المرجع السابق - ص ٤٤ - هامش ١ - د- إسماعيل غانم- النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام- طبعة عام ١٩٦٨- هامش ص ٢٥٦ حيث يقول سيادته " بأن الصياغة القانونية والمنطق القانونى ليس لهما قيمة فى ذواتهما بل هى أدوات فنية لتحقيق أهداف معينة

[٣] وهذا ما يؤكد الفقه راجع فى ذلك- د- جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٨ وما عبدها.د- حلمى بهجت - المرجع السابق - ص ٧٣ .د- فيصل زكى عبدالواحد المرجع السابق - ص ١٢٥ ما بعدها. د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٤٣ وما بعدها.

M-Bacache. Gibeili- Op- cit P104- ets.

الإلتزام، أو تعديل، أو إنهائه، وهما إذ يرتبان أثاراً قانونيـــة، فإنهمـــا لا يعمـــلان باعتبار أنهما مصدرين للإلتزام، ولكن باعتبار كل منهما تصرفاً قانونياً يرتب عليه القانون أثر معين[١]

أما معالجة المقاولة من الباطن وغيرها من الأنظمة نتاج المـــذهب المـــادى للإلتزام ، فى نطاق مصدرها الحقيقى، وهو التصرف القـــانونى، ذلـــك لأن هـــذا المصدر، هو القادر على استيعاب مختلف صور الأثر القانونى من إنشاء، وإنهاء، ونقل، وتعديل، وهو الذى ينظم كل ما تتجه إليه الإرادة من أثـــر، فإنتـــاج الآثـــار يتوقف على الإرادة، أى التصرف القانونى، هذا من ناحية، ومن ناحيـــة أخـــرى، سوف تلافى المشكلات التى نتجت عن معالجة هذه الأنظمة فى نطـــاق النظريـــة الشخصية للإلتزام[٢].

وتجدر الإشارة، إلى أنه، إذا كان الفقه الغالب، لم يعالج هذه الأنظمة القانونية نتاج المذهب وفقاً لنظرية التصرف القانونى، تلك النظريـــة التـــى ود لوإنتهجهـــا، وتمنى أن يقيم عليها نظريته العلمية. فذلك لتأثره- كما ذكرنا - بالشكلية وشخصية الرابطة العقدية، واتخاذه العقد كوحدة فى الإلتزامات الإرادية بدلاً مـــن التصـــرف القانونى، محاولين المحافظة على النظرية التقليدية وعدم طمس معالمها[٣].

وإذا كنا فضلنا- للأسباب التى عرضنا لها- معالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن. فى نطاق نظرية التصرف القانونى، فأننا سوف نقوم فيما يلى بمحاولة إلقاء الضوء على هذه النظرية ودور الإرادة فيها، حتى نستطيع الوقـــوف مفهـــوم مبدأ نسبية أثر العقود، وتحديد فكرتى الغير والطرف وفقاً لهذا المبدأ، وتطبيق ذلك على المقاولة من الباطن، حتى نتمكن من تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

---

[١] راجع فى ذلك د- جميل الشرقاوى- المرجع السابق - ص ٢٠. د- وليم ســـليم قـــلادة- التعبيـــر عـــن الإرادة فى القانون المدنى المصرى- رسالة دكتوراه - المطبعة التجارية الحديثة بالقاهرة عام ١٩٥٥- ص ٣٩٦. د- حلمى بهجت بدوى- المرجع السابق - ص ٧٢ - د. محمود أبو عافية- المرجع السابق - خاتمة الرسالة وراجع فى عرض ذلك د- نبيلة رسلان المرجع السابق - ص ٤٥.

[٢] راجع فى ذلك د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٤٥. وراجع فى هذا البحث مـــا ســـوف نقـــوم بتوضيحه بشأن التصرف القانونى. ص وما بعدها

[٣] راجع فى ذلك د- نبيلة رسلان- المرجع السابق - ص ٤٦. وفى هذا المعنى راجـــع -د- عبـــدالرزاق السنهورى- نظرية العقد - عام ١٩٥٦ ـــ مرجع سبق ذكره - ص ٨٦٤ هامش ص ٨٦٤ .

المطلب الرابع
التصرف القانونى ودور الإرادة فيه

تمهيد وتقسيم:

قبل أن نتناول فكرة الطرف فى العقد يجب أن نحدد أولاً المفاهيم الآتيـــة: ماهية التصرف القانونى **(الفرع الأول)**، والإرادة ودورها فى التصرف القـــانونى **(الفرع الثانى)**.

الفرع الأول
ماهية التصرف القانونى

إذا كانت فكرة التصرف القانونى، يعرفها الفقه المصرى[١]، كما كانت معروفة منذ القانون الرومانى[٢]، إلا أن هذه الفكرة لم تكن محلاً لدراسات متخصصة ومتعمقة، إلا ما ندر[٣]. وترتب على ذلك، عدم وجود نظرية عامة للتصرف القانونى فى القانون المصرى، إنما كانت فكرة التصرف القانونى تعالج فى نطاق نظرية الالتزامات، و"القواعد العامة للتصرف ليست إلا قواعد للعقد، وأحكام التصرف باعتباره تعبيراً عن الإرادة مستمدة من أحكام المصدر الأول ـــ

---

(١) راجع فى ذلك المراجع الخاصة بنظرية الالتزام ونظرية الحق، فقد أشار جميع من كتبوا فيها إلى التصرف القانونى. والحال كذلك أيضاً فى فرنسا، حيث يتناول الفقه هناك التصرف القانونى لدى تناوله للنظرية العامة للالتزامات، ونظرية الحق.

(٢) راجع فى ذلك : د ـــ جميل الشرقاوى ـــ المرجع السابق ـــ ص ١٨.

(٣) ذلك أن هناك بعض المؤلفات، التى تناولت التصرف القانونى بتعمق، وإن كانت قليلة. وأهم هذه المؤلفات. د ـــ عبد العزيز المرسى ـــ نظرية إنقاص التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى ـــ دراسة تأصيلية مقارنة ـــ دار النهضة العربية ـــ عام ٢٠٠٦. فقد تناول سيادته فى هذا المرجع نظرية إنقاص التصرف كأحد أهم جوانب التصرف القانونى. راجع أيضاً: دـــ عبد الرزاق السنهورى ـــ دروس فى التصرف القانونى والواقعة القانونية ـــ طبعة ١٩٥٤، د ـــ جميل الشرقاوى ـــ المرجع السابق ـــ ص ١٨ وما بعدها. راجع أيضاً: د ـــ فتحى والى ـــ نظرية البطلان فى قانون المرافعات ـــ رسالة دكتوراه ـــ ص ٧٩ وما بعدها. حيث عرض سيادته للآراء والنظريات التى قيلت بشأن تحديد طبيعة التصرف القانونى ومعيار التفرقة بينه وبين العمل القانونى بالمعنى الضيق. د- محمود أبو عافية ـــ رسالته فى التصرف المجرد.

العقد ــ وليس العكس، كما أن الإرادة وعنصرها المعنوى، وهو التعبير عنها لم يرد فيه ما يشمل العلاقات الإرادية، حيث يضع التقنين المدنى التعبير عن الإرادة فى نطاق عناصر العقد"[١].

وإذا كان الفقه قد اختلف بشأن تحديد طبيعة التصرف القانونى، فإنه يمكن رد هذا الاختلاف إلى اتجاهين سنعرض لهما فى إيجاز.

أولا: الاتجاه الأول: الاتجاه التقليدى:

وقد حاول هذا الاتجاه تعريف التصرف بالنظر إلى تكوينه الداخلى، وأن أهم تعريفات التصرف القانونى[٢]، وفقاً لهذا الاتجاه هو "إظهار إرادة شخص تتجه إلى غاية عملية يحميها النظام القانونى" أو "تعبير إرادى عن النية التى يرتب عليها القانون الآثار القانونية التى يرى أنها لازمة لتحقيق هذه النية على خير وجه وفى صورة قانونية"[٣]. وقد وصف بعض الفقه هذه التعريفات السابقة بأنها الأفضل فى ظل النظرية التقليدية[٤]. إلا أن هذا التعريف لا يخلو من مآخذ أهمها، أنه تنقصه الدقة فى الفصل بين التصرف القانونى والعمل القانونى. ففى الأخير قد يقوم الشخص بإعلان إرادته، متجهاً إلى غاية محددة، دون قيام تصرف قانونى[٥].

وهذا الاتجاه الشخصى فى تعريف التصرف القانونى، يرتكن فى الحقيقة على تحليل جوهر التصرف بحسبانه الإرادة ذاتها.

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٨٦.

(٢) راجع فى عرض تعريفات الاتجاه التقليدى للتصرف القانونى، ونقد هذه التعريفات. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٨٧-٨٩.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٤.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ وجدى راغب ــ نظرية العمل القضائى ــ طبعة ١٩٧٤ ــ ص ٣٦٤. د ــ أحمد سلامة ــ المدخل لدراسة القانون ــ الكتاب الثانى ــ نظرية الحق ــ الطبعة الخامسة ــ سنة ١٩٨٣ ــ ص ٢٩١. د ــ فتحى والى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٤.

(٥) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٨٩.

ثانياً: الاتجاه الثانى:

وهو يعرف التصرف القانونى بالنظر إلى دور الإرادة فيه، فيحدد الفقه الحديث التصرف القانونى بأنه "إظهار إرادة إستعمالاً لسلطة شرعية بنية إحداث أثر قانونى"[١].

خلاصة القول:

بعد استعراض تعريفات التصرف القانونى فى الفقه التقليدى، نجد أنه لا يتعارض مع تعريف الفقه الحديث له، بل يلاحظ أن كلا التعريفين متكاملين، ذلك أن الإرادة ــ عندهما ــ هى جوهر التصرف القانونى، وعنصر لا يمكن تجاهله فى التعريف، وهى ذات أهمية قصوى فى نطاقه القانونى، غير أن الاتجاه الثانى قد يحدد دور الإرادة فى التصرف القانونى، ويكشف بذلك عن الفكرة المهيمنة على نظامه القانونى، ويستبعد بالتالى الأعمال التى لا يخضع لها هذا النظام[٢].

ومن جانبنا، فإننا إذا أردنا أن نختار تعريفاً للتصرف القانونى من التعريفات السابقة، فإننا نرى مع بعض الفقه[٣] تعريفه بأنه "تعبير إرادى عن النية يرتب عليها القانون الآثار القانونية التى يراها لازمة لتحقيق هذه النية على خير وجه وفى صورة قانونية"، وأننا إذ نختار هذا التعريف فلأنه يُظهر أمرين: الأول: الاعتراف بحرية معينة للشخص فى مجاله القانونى، والأمر الآخر: يفسر النظام القانونى للتصرف ذاته.

---

(١) راجع فى ذلك: Jeze (G) Les principles generalux, T1, p.25-27. مشار إليه فى مرجع د ــ فتحى والى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٠. إلا أن تعريفات الفقه الحديث لم تسلم أيضاً من النقد ــ راجع فى عرض ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٨٩-٩٠.

(٢) راجع فى ذلك : د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٠.

(٣) من الفقه الذى عرف التصرف القانونى على هذا النحو: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٠، ص ٩١. وفى هذا الاتجاه أيضاً قضت محكمة النقض، فى طعن عرض أمامها فى جلسة ١٩٩٩/٤/١٨ "أن التصرف القانونى ينصرف إلى كل تعبير عن الإرادة بقصد ترتيب أثر قانونى. وإما أن يكون مصدره العقد أو الإرادة المنفردة". مشار إليه لدى مرجع د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ١٦ هامش ٢.

ومما تقدم يتضح، أن الفقه سواء التقليدى أو الحديث لا يستجيب إلا إلى تصور التصرف القانونى على أساس أنه إرادة واحدة، وهذا مستفاد من تعريف البعض للتصرف القانونى بأنه "عمل الإرادة سواء كان تصرفاً منفرداً أو تصرفاً ثنائياً، أو جماعيًا، فجميعهم يجمعهم ذات الشرط وذات القيود"[١].

وهذا يعنى، أن الإرادة، أو اتجاه الإرادة، هو التعريف الصالح للدلالة على جوهر التصرف. ويؤدى هذا الفهم، وهو ما يسلم به الفقه[٢]، إلى أن التصرف القانونى، على اعتبار أنه اتجاه الإرادة، أو إظهارها يجب أن يفهم أنه إرادة واحدة، وأن تكون هذه الأخيرة هى مصدر الآثار القانونية فى جميع الأحوال[٣].

وإذا كان الفقه يسلم بما سبق، إلا أنه عند معالجته للعلاقات التى تنشأ عن الإرادة، فإنه يتجه نظره نحو العقد، فالعقد لدى الفقه هو التصرف القانونى بالمعنى الصحيح، بل هو التصرف الوحيد لديهم، فتعريف الفقه له بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. ويعتبر العقد عند الفقه هو التصرف القانونى الأصل[٤].

وقد رتب هذا الفقه على هذا التصور نتيجة هامة هى أن مصدر الآثار فى العقد ليس كل إرادة على حدة، بل مصدر الآثار هو ارتباط الإرادتين. وخلاصة ما انتهى إليه هذا الفقه هو جعلهم قوة الإلزام بالتصرف القانونى هو ارتباط الإرادتين لا فى الإرادة ذاتها[٥].

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ جميل الشرقاوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٨. وفى ذلك ذهب بعض الفقه إلى أن "العقد والإرادة ليسا سوى مصدر واحد هو التصرف القانونى، ويتحدان فى الجوهر وفى شروط الصحة، ولا يفترقان إلا فى اللحظة التى يعتبر فيها التصرف باتاً بالنسبة لصاحبه". راجع من هذا الفقه. د ــ محمود أبو عافية ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠٤.

(٢) حيث يبدأ الفقه، من مقدمة مسلمة، هى أن الإرادة هى جوهر التصرف القانونى، فإذا استوفت شروطها، فإن ما ابتغته من أثر قانونى يتحقق، سواء كان هذا الأثر إنشاء حق أم تعديله أم إنهائه. راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣.

(٣) د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣.

(٤) د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣.

(٥) راجع فى ذلك : د ــ جميل الشرقاوى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠.

ولكن تصور الفقه للتصرف القانونى، والربط بينه وبين العقد، على النحو الذى أسلفناه، كان محلاً للنقد[١]. نلخصه فيما يلى:

(أ) لماذا أقيم هذا الذى يسمى "بالعقد" وسيطاً بين الواقعة المنشئة وهى الإرادة، وبين النتيجة أو الأثر؟، ولما لم نقل أن الإرادة هى مصدر الالتزام؟. ذلك أن منشأ الالتزام، ليس العقد بل إرادة المتعاقد وحدها، خاصة فى ظل القوانين الحديثة التى ترعى سلطان الإرادة، وتقيم قواعدها على أساس الرضائية[٢]. خاصة فى الفقه التقليدى الذى يدافع عن هذه المبادئ "فطالما سلمنا بقدرة الإرادة على أن تكون سبباً منشئاً للأثر القانونى، متى استوفت شرائطها القانونية، فإنها ولا بد فى كل الأحوال أن تكون مصدر هذا الأثر والمرجع لتحديد مداه، سواء ظهرت هذه الإرادة فى مراحل التكوين أو بعد ذلك"[٣].

(ب) القول بأن الجوهرى فى العقد هو توافق إرادتين، ينطوى على خطأ منطقى، ذلك أن مصدر التزام كل متعاقد ليس مرجعه للإرادتين سويًا وإنما إلى إرادته وحدها. والقول بعكس ذلك مؤداه، أن إرادة المتعاقد لا تكفى وحدها كمصدر لالتزامه.

(ج) "وإذا كان الفقه يسلم بأن العقد يتكون من إرادتين، فإنه يجب أن يسلم أيضاً بأن العقد لا يكون صحيحاً إلا إذا كانت هاتين الإرادتين صحيحتين ويترتب على ذلك أن العقد إذا كان غير صحيح لعدم صحة إرادة أحد طرفيه دون الأخرى لن يتولد عنه أثر قانونى حتى بالنسبة للطرف الذى كانت إرادته صحيحة.

---

(١) راجع هذا النقد بالتفصيل: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٣ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك : العميد جينى ــ طرق التقصير ومصادر القانون ــ جـ ٢ ــ فقرة ١٧٢ وما بعدها ــ مشار إليه فى مرجع ــ د. نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٤ ــ هامش ٥ حيث يقول سيادته إنه لا يمكن أن يتفق إنكار قوة الإرادة الواحدة، مع البقاء فى نطاق الرضائية، واحترام ذاتية الإرادة. وفى هذا المعنى: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ١٨٥ ــ ص ١٩١.

(٣) د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص٩٤.

ويرى الباحث، أن الاعتراضات السابقة، ليس اعتراضا على فكرة العقد فى ذاتها، فالعقد لا شك فى أهميته، كأداة للتعامل ووسيلة للتبادل الاقتصادى، وستظل الحاجة العملية إليه قائمة وتجعل له مكان الصدارة، فى ميدان التعامل. ولكن الاعتراض هو أن نأخذ العقد بمفهومه المتوارث، والذى يترتب عليه صعوبات كثيرة[١] هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعارضه مع طبيعة الإرادة والدور الذى تلعبه فى البنيان القانونى للعقد. لذا فإن الاعتراض يتركز فى أمرين، أولهما، اعتبار العقد هو الصورة الأصلية للتصرف القانونى، وثانيهما، هو أن القوة الملزمة للعقد مرجعها إلى توافق إرادتين وليس إلى الإرادة ذاتها.

فإذا كنا سلمنا فيما سبق، بقدرة الإرادة على إنتاج الأثر القانونى، فلن يكون الجوهرى فى العقد هو تبادل الإرادات، بل كل واحدة من هذه الإرادات منظور إليها على حدة، فلكل إرادة أثرها الخاص وهى تكفى لإلزام من أصدرها[٢]. وهذا يعنى أن مصدر التصرف القانونى هو الإرادة وحدها، حتى ولو تدخلت هذه الإرادة مع إرادة أخرى لإقامة بناء قانونى مثل العقد، أو غيره من الاتفاقات، التى تتوافق فيها الإرادات وترتبط "فهى عندئذ تتكون من تصرفات قانونية متعددة، وكل تصرف من هذه التصرفات يظل حافظاً لكيانه رغم دخوله فى البناء الجديد، الذى يمكن اعتباره مركب من التصرفات القانونية[٣].

وتأكيد لذلك يذهب أستاذنا الدكتور جميل الشرقاوى ــ وبحق ــ إلى أنه لا يستوجب لكى تنتج الإرادة آثاراً قانونية أن تتدخل الإرادة المقابلة إيجابيًّا أو سلبيًّا، فهذا الاتجاه ينكر على الإرادة بذاتها مُكنة إحداث الأثر القانونى بدون استصحاب الإرادة أو إرادات أخرى مقابلة، يغفل تماماً وجود الإرادات كمصدر للتصرف الإرادى، فالتصرف القانونى هو المصدر المنشئ للعلاقات الإرادية والمعدل

---

(١) أبرز هذه الصعوبات، تلك التى نشأت عن التسوية بين التصرف القانونى بالمعنى الفنى له، وبين العقد باعتباره الصورة الأصلية للتصرف، والمساواة بينهما فى الطبيعة، مما تترتب عليه إخضاعهما لنفس القواعد. وأهم هذه المشاكل هو ما يتعلق بطبيعة المحل والسبب والبطلان. راجع فى ذلك: د ــ جميل الشرقاوى ــ طبيعة المحل والسبب فى التصرف القانونى ــ مجلة القانون والاقتصاد ــ سنة ٣٤ ــ عدد ١ ــ عام ١٩٦٤.

(٢) راجع فى ذلك :

Savatier (R) – Les metamorphoses economiques et socials du droit civil d'au jourd hui. 3ed – 1946, n.20, p. 28.

(٣) راجع فى ذلك : د ــ جميل الشرقاوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٥.

لمضمونها، وإن كان لزوم هذه الآثار يتوقف على ارتباطه بتصرف آخر فى الحالات العامة، ويكون هذا الارتباط عن طريق النموذج القانونى الذى ارتضاه الفقه والتشريع ويشبع حاجة التعامل وهو العقد[١].

وإذا كنا قد انتهينا، إلى أن التصرف القانونى هو الإرادة الواحدة، وأنها سبب أو مصدر التزام الطرف ومحدد لنطاقه، حتى ولو أن هذه الإرادة "التصرف القانونى"، قد ارتبط بإرادة أخرى فى العقد. فإن ما انتهينا إليه سوف يساعد كثير فى دراسة العلاقة محل الدراسة، أى العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ذلك أن فى هذه العلاقة يوجد ــ على الأقل ــ عقدان، عقد المقاولة الأصلى، وهذا العقد ينظم العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلى، ولم يشارك المقاول من الباطن فى إبرامه، ولكنه ارتبط بإرادته بعقد آخر ينحدر من العقد الأصلى والتزم بتنفيذ أداءات هى فى الحقيقة محل العقد الأصلى. فهل يعد المقاول من الباطن، بتصرفه هذا طرف فى عقد المقاولة الأصلى؟، خاصة وأن المقاول من الباطن يتلقى أثر التصرف الذى أجراه المتعاقدان بسبب تعبيره الإرادى[٢]. ويلتزم به من وقت تعبيره عن الإرادة بإبرامه عقد المقاولة من الباطن، وليس من وقت إبرام عقد المقاولة الأصلى.

الفرع الثانى
الإرادة ودورها فى التصرف القانونى

تقسيم:

لإبراز دور الإرادة فى إبرام التصرفات القانونية وتنفيذها وأثرها، سنقسم هذا الفرع إلى غصون ثلاثة هى:

الغصن الأول: الإرادة بمفهومها الفردى (مبدأ سلطان الإرادة).

الغصن الثانى: الإرادة بمفهومها الاجتماعى.

الغصن الثالث: الدور الحقيقى الذى تلعبه الإرادة فى التصرف القانونى.

---

(١) د ــ جميل الشرقاوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦.

(٢) وهذا يصدق أيضاً بالطرف الثالث فى الأنظمة القانونية الأخرى، مثل الاشتراط لمصلحة الغير، والتعهد عن الغير، وحوالة الحق وحوالة الدين. راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٦. ويبدو أننا نتحفظ على مصطلح الطرف الثالث، ذلك أنه رغم تقديرنا للفقه الذى قال به إلا أننا نرى أن الطرف له مفهوم فنى وقانونى محدد لا يجوز الخروج عنه.

الفصل الأول
الإرادة بمفهومها الفردى (مبدأ سلطان الإرادة)

تبدأ من مسلمة بديهية، وهى حرية الأفراد فليس هناك من حيث المبدأ إنسان مدين لإنسان آخر، ولضمان حرية كل فرد، يجب ألا تقوم علاقة الالتزام إلا إذا أرادها الأطراف بالفعل[١]. ويرى كَانْت أن سلطان الإرادة، هو المبدأ الوحيد لكل القوانين الأخلاقية، وكل الواجبات التى تمليها هذه القوانين[٢]. ويرى ــ أيضاً ــ أنصار هذا الاتجاه، أنه ليس هناك قاعدة أفضل من تلك التى تنشأ من الاتفاق الذى يبرمه طواعية واختيار أشخاص يتمتعون بالحرية فى تصرفاتهم، بحيث يكون اتفاقهم بمثابة قانون خاص بهم، ويضيف أنصار هذا الاتجاه، أن ذلك من شأنه تحقيق العدالة، كما أنها تعد أفضل وسيلة لحماية المال العام على المستوى الاقتصادى[٣].

ويعنى هذا، وفقاً لما يراه أنصار هذا الاتجاه، أن إرادة الإنسان هى مصدر التزاماته، فالإنسان يكون ملزماً فقط بما أراد أن يلتزم به، وهو حر فى التصرف القانونى ــ كقاعدة ــ ولا يجوز أن يخضع لالتزامات لم يردها، كما أن القوة الملزمة لتصرفه، لا يكون لها ــ وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ــ سند سوى سلطان الإرادة[٤].

---

(١) صحيح أنه توجد بعض الالتزامات، التى تفترض على الأشخاص بقصد الحفاظ على ترابط المجتمع، إلا أن هذه الالتزامات يجب أن تكون استثنائية. راجع فى ذلك:
STARCK (BORIS): Droit Civil Obligation -2-2é édition par ROLAND et BOYER. Litec, Paris,.1986, no.6, p.4
وتجدر الإشارة، أن مبدأ سلطان الإرادة لم يعرفه القانون الرومانى كاملاً فى أى عصر من العصور ــ كما سبق أن بيّنا ــ ولكنه بدأ يظهر فى القرون الوسطى، وذلك بفضل تضافر عوامل كثيرة، منها عوامل دينية وأخرى اقتصادية، وساد هذا المبدأ فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر. راجع فى ذلك بالتفصيل د ــ سليمان مرقس ــ الوافى فى شرح القانون المدنى ــ جـ ٢، فى الالتزامات ــ المجلد الأول ــ نظرية العقد مرجع سبق ذكره ــ ص ١٤٣ وما بعدها. د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ ضوابط وحدود المظهر الجديد للرابطة العقدية فى القانون المدنى الكويتى ــ مجلة المحامى ــ السنة التاسعة عشر ــ يناير/فبراير/مارس ١٩٩٦ ــ ص ٦ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك:
GONOT (E) le principle de l'sutonomie de la volonte en deroit prive contribution a le etude critique de l'individual isme thése Dijon, 1912-p.77-75.
مشار إلى هذا المرجع لدى مرجع د ــ أيمن إبراهيم العشماوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠ هــامش ١، وأشارت إلى نفس المرجع د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص٦٩ ومابعدها.

(٣) GHESTIN (JACQUES): L'utile et le juste dans les contrats, D 1982, Chr, p.1

(٤) راجع فى ذلك : د ــ توفيق فرج ــ النظرية العامة للالتزام ــ مصادر وأحكام عام ١٩٧٨ ــ ص ٣٣، د ــ منصور مصطفى، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨.

وهذا يعنى أن الفرد يجب عليه أن يحترم وينفذ جميع الالتزامات التى قبلها برضاه واختياره[١].

وقد كان لمبدأ سلطان الإرادة، أثر بالغ على العقد، حيث أصبح العقد مصدراً بالغ الأهمية للقانون، وطالما أن العقد يستمد قوته الملزمة من تلاقى إرادتين، فإن الإرادة يمكنها أن تصنع بنفسها قانونها الخاص[٢].

وإذا كان أنصار هذا الاتجاه، قد انتهوا إلى ما سبق أن بيناه، فإن المبدأ عندهم هو حرية التعاقد، وينبنى على ذلك، أنه لا يمكن جبر شخص على إبرام عقد لا يريد إبرامه[٣]، فالأشخاص أحرار فى أن يتعاقدوا أو لا يتعاقدوا، وإذا رغبا طرفا العقد فى التعاقد، فإن إرادتهما حرة فى تحديد شروط تعاقداتهما، ما دام ذلك فى حدود النظام العام والآداب وطالما أن العقد يستمد قوته الملزمة من إرادة طرفيه، فإن هذه الإرادة وحدها تكون كافية لإنشاء العقد، كما أن للأشخاص أن ينشئوا عقوداً أخرى إلى جانب العقود التى ينظمها القانون، والتى اصطلح على تسميتها بالعقود المسماة، وحتى بالنسبة لهذه الأخيرة ــ أى العقود المسماة ــ فإن لإرادة ذوى الشأن أن تعدل آثارها إما اتساعا أو ضيقاً بالتشديد وبالتخفيف.

و من ناحية أخرى، فإن عند تفسير العقد لتحديد مضمونه يجب البحث عن حقيقة ما أراد الطرفان. كما أن الطرفان يلتزمان بما انصرفت إليه إرادتهما، ولا يجوز ــ وفقاً لمنطق هذا المبدأ ــ للقاضى أن يغير ما انصرفت إليه الإرادة ولا يملك ذلك المشرع أيضاً، وبالتالى إذا صدر قانون يعدل أحكام العقد، بعد إبرامه، فإنه لا يكون واجب التطبيق وذلك لأن العقد لا يستمد قوته من القانون[٤]، بل من

---

(١) راجع فى ذلك:
TERRE (Francois), Simler (Philippe) et Lequette (yves) Droit Civil, Les obligations, 6e edition Dalloz, 1996, no20, p.23

(٢) راجع فى ذلك: د ــ أيمن إبراهيم العشماوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٥.

(٣) راجع فى تفصيل ذلك: د ــ أيمن إبراهيم العشماوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧-٤٨. راجع أيضاً د ــ توفيق فرج ــ المرجع السابق ــ ص ٥٢. د ــ منصور مصطفى، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ نفس الصفحة. راجع فى تفصيل ذلك: د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٨-٤٩. د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال محمد إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨. د ــ طلبه خطاب ــ النظرية العامة للالتزام ــ مصادر الالتزام ــ المصادر الإرادية ــ ٢٠٠٠/٢٠٠١ ــ ص ٢٧.

(٤) ويرى بعض الفقه، تعليقاً على ذلك، أن القانون الموضوعى ذاته، يستمد سلطانه من مجموع إرادات الأفراد، باعتباره تعبيراً عن إرادة كل منهم. راجع فى ذلك: د ــ سمير تناغو ــ مصادر الالتزام ــ

إرادة طرفيه، أما دور القانون فيقتصر على ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدى عن طريق فرض جزاء على المخالف، أى أنه "دور سلبى ينحصر فى منع الفرد من تجاوز حريته حماية لغيره"[١].

وإذا كان لنظرية سلطان الإرادة، الفضل الكبير فى إبراز الدور الأساسى الذى تؤديه الإرادة فى تكوين الالتزامات والحقوق وإنهائها أو تعديلها[٢]. فقد استطاع أنصاره أن يتغلبوا على ما وجه إليه نقد، بعد أن خلصوه من المبالغة والتجاوز، وأعادوا صياغته إلى الحدود المعقولة، ليبقى سلطان الإرادة أساس للقوة الملزمة للعقد أو التصرف كمبدأ عام مهيمن فى هذا الشأن[٣].

الفصل الثانى

الإرادة بمفهومها الاجتماعى[٤]

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن دور الإرادة بالنسبة للتصرف القانونى ينحصر فى إنشاء التصرف، ثم يأتى بعد ذلك القانون، فيحدد آثار هذه التصرفات

=طبعة ١٩٧٦ ــ ص ١٨. د ــ محمود جمال الدين زكى ــ دروس فى النظرية العامة للالتزامات ــ دار مطابع الشعب ــ ١٩٦٤ - ١٩٦٥ ــ فقرة ١٢ ص ٣٧. د ــ مصطفى الجمال ــ مناط الإلزام بالأحكام المدنية ــ مجلة الحقوق ــ س ١٦ ع ٢ ــ عام ١٩٧٤.

(١) د ــ محمود جمال الدين زكى ــ نفس المرجع ــ الهامش السابق ــ نفس الموضع.

(٢) راجع فى ردود الفعل، وكذا الانتقادات التى وجهت لهذا المبدأ بالتفصيل المراجع الآتية: د ــ السنهورى ــ الوسيط فى شرح أحكام القانون المدنى ــ نظرية الالتزام بوجه عام ــ مصادر الالتزام ــ الجزء الأول ــ عام ٢٠٠٣ ــ مرجع سبق ذكره ــ بند ٤٤ ــ ص ١٢٤. د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ــ بند ٣٤ ــ ص ٤٨-٥١. د ــ توفيق فرج ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣. راجع أيضاً بالتفصيل: د ــ أيمن العشماوى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨، ص ٧٨.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ جميل الشرقاوى ــ مصادر الالتزام ــ طبعة ١٩٨٢ ــ بدون ناشر ــ ص ٤٨. ويرى سيادته "أن هذا المبدأ إذا فهم بالمعنى المعتدل الذى يسمح للإرادة بإنشاء الالتزام فى حدود القيود الموضوعية، فليس من شك أنه مازال المبدأ الأصلى فى تنظيم العقود فى القوانين الحديثة". كما يرى د ــ أحمد سلامة، أن أنصار مبدأ سلطان الإرادة "تجاوزوا وبالغوا بل واستخفوا بالعقول، فحاولوا أن يرجعوا كل الظواهر القانونية إلى الإرادة "ثم يقول سيادته "غير أن هذا المبدأ قد اجتاز الأزمة وظهر من جديد بعد أن خلصه أنصاره من المبالغة والتجاوز وأعادوا صياغته فى حدود المعقول"، راجع مؤلفه ــ مذكرات فى نظرية الالتزام ــ الكتاب الأول ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ بند٢١ ــ ص ٥٣.

(٤) راجع فى ذلك بالتفصيل: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٠.

ويُلزم الطرفين بتنفيذها[١]، وأن ما يترتب على التصرفات من آثار ليس وليد الإرادة وحدها، وإنما منشئه ترتيب القانون الوضعى لنتائج معينة على هذا التصرف، فالإرادة ــ عند أنصار هذا الاتجاه ــ لا تستمد قوتها من ذاتها، وإنما تستمد قوتها من القانون، فالعقد ــ وهو يقوم على توافق إرادتين ــ لا يكون ملزماً إلا إذا قرر القانون له ذلك. أما أنصار مبدأ سلطان الإرادة فكانوا يبالغون ــ كما سبق أن رأينا ــ بشكل كبير فى قوة الإرادة ودورها، وينكرون أن الحياة داخل المجتمع لها متطلبات وضرورات لا يمكن الاستغناء عنها[٢].

وهذا يعنى، أن قوة العقد الملزمة، والحرية العقدية، لا تعنى أن الإرادة مستقلة، فالقوة الملزمة للعقد لا توجد إذا لم يعترف بها القانون ويحميها، وذلك بما تملكه الدولة من سلطة لإجبار المواطنين على تنفيذ التزاماتهم. كما أن الحرية العقدية، لا تعنى أن الإرادة مستقلة، فقيمة الالتزام التعاقدى تأتى من القانون الذى يضع الإطار ويرسم الحدود التى تنشأ بداخلها العقود[٣].

فدور الإرادة عند أنصار هذا الاتجاه، دور متواضع، صحيح أنها تنظم العلاقات التى تربط أفراد المجتمع، إلا أنها لا تستطيع ذلك إلا فى النطاق وداخل الحدود التى يسمح بها القانون. فالقانون ــ لدى أنصار هذا الاتجاه ــ هو صاحب المقام الأول والكلمة الأولى فى هذا الصدد. فالإرادة دائما فى حاجة لمساندة، ذلك لأن الإنسان ــ كما يقول ديجى[٤] ــ لا يستطيع بإرادته وحدها سوى أن يتحكم فى حركات جسمه،وأن السبب المنشئ لذلك الأثر فهو أحكام القانون الوضعى ذاته،

---

(١) راجع فى ذلك د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ إسماعيل غانم ــ فى النظرية العامة للالتزام ــ الجزء الأول ــ مصادر الالتزام ــ العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار ــ مكتبة عبد الله وهبه ــ بدون تاريخ نشر ــ بند ٢٩ ــ ص ٥١. ويقول سيادته "والقانون لا يرتب على العقد آثاره الملزمة لمجرد أن يحقق لإرادة العاقد متعة تأكيد سيطرتها، بل لأن مصلحة المجتمع تقتضى ذلك. فضرورات الإنتاج والتوزيع تقتضى إبرام العقود، وضرورة الاستقرار فى المعاملات وما يولده التعاقد من ثقة فى نفوس المتعاقدين تقتضى أن يلتزم العاقد بتعاقده. هذا فضلاً عن الاعتبارات الخلقية التى توجب الوفاء بالعهد المقطوع، وهى اعتبارات لا يسع القانون أن يتجاهلها، فالأخلاق من الأسس التى يقوم عليه القانون". راجع فى هذا المعنى أيضاً د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠-٣١.

(٣) STARCK (Boris)-Op.Cit. n°.19-p.8.

(٤) DUGUIT-Traite de droit contritutionel, 2 ed t. 1, Paris 1927, p.12.

مشار إليه لدى د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٠.

فالقانون وحده هو الذى يعين آثار التصرفات القانونية، ويقتصر دور الإرادة على مجرد أعمال أحكام القانون أو مجرد تحريك القاعدة القانونية لترتيب الأثر.

وتجدر الإشارة، إلى أن هذه الآراء[١]، التى قيلت بشأن الإرادة بمفهومها الاجتماعى، وخاصة ما يتعلق بدورها المحدود فى التصرف القانونى. ليست بجديدة، وإنما قد تناولها الفقة الإسلامى، فمن هؤلاء، من يذهب إلى أن آثار العقود من عمل الشارع، وأن إرادة العاقد تنشئ العقد فقط، ولكن أحكامه وآثاره تكون من الشارع، وأن موضع الاختيار والرضا هو فى إيقاع الأسباب بإنشاء العقود، أما أحكامها وآثارها فبترتيب الشارع لا بالإرادة.

ونرى مع بعض الفقه[٢]، أن الرأى السابق، يخلط بين المصدر والأساس[٣]، ذلك أن التصرف القانونى وقوامه الإرادة يعد المصدر الخلاق لما يترتب عليه من آثار، ولكن هذه الآثار يجب أن تتفق مع النظام القانونى الذى تتبعه، ويعد هذا النظام أساس وجودها ومصدرها غير المباشر. وهذا القول، يؤكده واقع الحياة، فقواعد القانون ــ مثلاً ــ ترتكز على أساس من حقائق الحياة الاجتماعية، وموجبات العدالة والمثالية، والحياة الاجتماعية عبارة مصالح وحاجات[٤]، وبالتالى فإن "النظام القانونى المرتكز عليها يعتبر أساس وجودها وما يترتب عليها من آثار، وليس مصدرها المباشر، فالمصدر المباشر للآثار القانونية، أو ينبوعها الحقيقى هو الإرادة ذاتها والتى يعبر صاحبها عنها بالتصرف القانونى، فالأخير هو الينبوع الذى تأتى منه آثاره، مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا الينبوع لا

---

[١] راجع فى عرض هذه الآراء فضيلة الأستاذ محمد أبو زهره ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ طبعة ١٩٧٦ ــ ص ٢٥٠ وما بعدها.

[٢] راجع فى عرض تفصيل ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٠-٧١.

[٣] إن كلمة أساس لها فى اللغة معانى متعددة، فهى تعنى أصل البناء، وقاعدته، أى ما اتصل بالأرض وأصل كل شىء، وهى تعنى أيضا الحوض وأصل كل شىء. راجع فى ذلك قاموس "محيط المحيط" قاموس مطول للغة العربية مادة أس طبعة ١٩٧٤. أما كلمة مصدر فتعنى فى اللغة "المنبع" ولكنها اصطلاحا تعنى السبب المنشئ. راجع فى ذلك: د ــ سمير تناغو ــ النظرية العامة للقانون ــ طبعة ١٩٧٤ ــ ص ٢٣٦. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٣ ــ بند ٢١ حيث يعرف سيادته مصادر الالتزام، بأن المقصود بها هو السبب القانونى المنشئ لها، وراجع أيضاً فى هذا المعنى المراجع التى أشارت إليها: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ نفس الصفحة ــ هامش ١١.

[٤] راجع فى ذلك: د ــ حسن كيره ــ المدخل إلى القانون ــ طبعة ١٩٧٤ ــ بدون ناشر ــ ص ٩٤.

يتكون فقط من مادة مستقاة من المصدر ــ الإرادة ــ إنما يدخل فى تكوينه عنصر جوهرى آخر هو الإلزام"[١].

وتأييداً لهذه النظرة، فإن بعض الفقه[٢] يرى، أن الدور الذى يلعبه القانون الوضعى بالنسبة للتصرف القانونى، لا يتعدى إقرار مضمون الإرادة والتصديق عليها، ذلك لأن فى إقراره يضفى على التصرف حمايته وصفة الإلزام. ولكن هذا لا يتعارض مع كون القانون فى آخر الأمر يعد المصدر البعيد أو غير المباشر لكافة الآثار القانونية فى كافة الميادين، وليس فى مجال التصرف القانونى فقط.

نخلص من ذلك، أن الخطأ الذى وقع فيه أنصار الإرادة بمفهومها الاجتماعى هو وقوفهم عن هذا المصدر ــ القانون ــ البعيد والذى يعد الأساس، وتجاهلهم وجود المصدر ــ الإرادة ــ المباشر.

الفصل الثالث

مدى الدور الذى تقوم به الإرادة فى التصرف القانونى

بعد عرض الاتجاهين السابقين ــ الفردى والاجتماعى ــ يتبين أنه لا يمكن الأخذ بأحدهما على إطلاقه، ويظهر ذلك فيما يلى:

(أ) بالنسبة للمذهب الفردى:

فيدعو أنصاره ــ نتيجة تأثرهم بالفلسفة الفردية ــ إلى أن الإرادة، هى أساس لجميع الحقوق والنظم القانونية، وأن الفرد سيد نفسه، وأنه يضع القانون الذى يخضع له، وكان من شأن ذلك أن انحرف أنصاره بمدلول الإرادة المكونة للتصرف وحملها على معنى الرغبة أو المشيئة، مما أدى إلى نشوء العديد من المشاكل، التى آثارها هذا المعنى[٣]. وقد تعرضت هذه النظرية لنقد شديد، فمن ناحية يرى بعض الفقه، أن هذه النظرية تجد مصدرها فى أفكار الكتاب الأخلاقيين وبعض الفلاسفة، وليس فى مفاهيم رجال القانون، ودليلهم على ذلك، هو عدم

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧١.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ توفيق فرج ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٩. قرب من ذلك د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣.

(٣) راجع فى ذلك د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢١.
Villey (Michel), Preface au T.X. [I] des Archives de Philosophie du Droit, 1968, p.1

وجود جذور لها، فى القانون الرومانى، أو فى قانون العرف، أو العادة[١]. فضلاً عن ذلك فإن العوامل الاقتصادية، والسياسية، التى كانت سبباً فى ازدهار هذا المبدأ، قد أخذت فى الانكماش تدريجيًا، لتفسح الطريق أمام عوامل اقتصادية وسياسية أخرى، دعت إلى مهاجمة المبدأ. أما بالنسبة للمساواة التى نادى بها أنصار هذا المبدأ، لم تعد سوى مجرد مساواة شكلية، ذلك نتيجة التفاوت فى المراكز الاقتصادية والاجتماعية[٢]. كما أنه ليس صحيحاً القول، بأن كل ما هو عقدى يكون بالضرورة عادلاً، فإن القول لا يصح إلا إذا كان كل من المتعاقدين على قدم المساواة، "ومن الناحية الواقعية فإنه غالبا ما لا يتوافر التساوى بين الأطراف إما فى الذكاء أو فى الإرادة أو القوة الاقتصادية أو فى المراكز الاجتماعية، بحيث ينتهى الأمر فى الواقع إلى أن الأكثر ذكاء والأقوى هو الذى يفرض إرادته أو قانونه على الطرف الضعيف"[٣].

ويظهر ذلك بوضوح فى عقود الإذعان، وبصفة عامة فى العقود التى تتصف بالتبعية الاقتصادية من أحد الطرفين للآخر[٤]. وكان العقد والحال هكذا هو "الوسيلة التى يستطيع بها أصحاب المصانع أن يستخدموا العمال فى تشغيل مصانعهم بأقل الأجور، وأشد الشروط من حيث طول ساعات العمل وانتفاء الحماية من أى نوع"[٥]. وهذا يؤكد أن فكرة المساواة بين الأفراد، والتى يرتكز عليها مبدأ سلطان الإرادة، أصبحت وهمية تماماً، وإلا "كيف يمكن للعامل أن يقف، عند التعاقد، على قدم المساواة مع رب العمل؟، وهل يستطيع أن يمتنع طويلاً عن العمل

---

(١) د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠.

(٢) راجع فى ذلك:

Carbonnier-Op. Cit. P. 121; Ghestin (G): Traité de droit civil, les Obligations T. 1 le contract Paris 1980, p.80.

وحاول سيادته أن يعالج التفاوت فى المراكز الاقتصادية والاجتماعية، عن طريق فكرة النظام العام الاقتصادى والاجتماعى، الذى يتفرع إلى نظام عام جماعى، الأول: يهدف إلى تنظيم دور التصرف وآثاره بالنسبة للاقتصاد القومى. والثانى: هدفه حماية سلامة الإرادة والدفاع عن الطرف الضعيف.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ حسام الأهوانى ــ النظرية العامة للالتزام ــ الجزء الأول ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٨. راجع فى هذا المعنى أيضاً د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤. د ــ عبد المنعم الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٤٩ وما بعدها.

(٤) راجع فى ذلك:

Weill (Alex) et TERRE (Francois)-Droit Civil-Les obligation le edition, Dalloz-1986, No.60-p.58.

(٥) راجع فى ذلك: د ــ سمير عبد السيد تناغو ــ المرجع السابق ــ بند ٥٩ ــ ص ١٦٤.

لديه ليحقق توازناً فى العلاقة العقدية معه؟، وكيف يمكن للمستهلك أن يقف، عند التعاقد، على قدم المساواة مع شركة النور، أو المياه، أو النقل، أو التأمين؟، وهل يستطيع أن يمتنع عن التعاقد مع أيها إذا وجد بنود العقد معها غير متكافئة؟"[١]. فضلاً عن ذلك فإن العدالة، التى يدافع عنها أنصار مبدأ سلطان الإرادة، ليست قيمة مجردة عن الإنسان وظروفه الشخصية والاجتماعية، وإنما هى قيمة كامنة يجب تصورها فى إطار هذه الظروف، ومن هنا لا يسوغ للإنسان أن يستقل بمطلق إرادته فى تنظيم شئونه، ولكن لا يفهم من ذلك أن يستقل المشرع وحده بسلطة تنظيم هذه الشئون، فالفرد ينظم شئونه بنفسه، ولكن تحت رقابة ما، بحيث يمكن أن يتحقق من خلال هذه الرقابة ضرب من ضروب التوازن بين الصالح الفردى والصالح الاجتماعى، فتتوافر بذلك الإرادة السليمة العادلة[٢].

---

(١) د ــ محمود جمال الدين زكى ــ المرجع السابق ــ بند ١٢ ــ ص ٣٩.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٢. والرقابة التى تحقق التوازن، قد تكون عن طريق القضاء أو المشرع، ومن أمثلة الأولى الحالات التى يمنح فيها القاضى لاعتبارات معينة، الحق فى تعديل العقد، واستكمال لبنود العقد التى لم يتفق عليها الطرفان، وسلطة تعديل الشرط الجزائى (م ٢٢٤ مدنى مصرى)، نظرة الميسرة (م ٢٤٦ مدنى مصرى)، تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩ مدنى مصرى)، وكذا تعديل البنود التعسفية التى ترد فى عقود الإذعان، أو إعفاء الطرف المذعن منها. هذا بالنسبة لأمثلة الرقابة التى يقوم بها القاضى. أما رقابة المشرع، لتحقيق التوازن، فأمثلتها ــ أيضا ــ كثيرة، منها، تدخل المشرع فى تنظيم عقد العمل وعقد الإيجار للأماكن والأراضى الزراعية، وتدخله أيضاً بفرضه شكل معين للعقد فى بعض الأحيان، ويقتصر دور الإرادة فى بعض الأحيان على مجرد كونها أداة لتحريك نظام قانونى لا تملك شيئاً فى مضمونه. راجع فى عرض تدخل المشرع والقاضى لتحقيق التوازن، حماية للصالح العام، د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ بند ٢٨ ــ ص ٤٧ وما بعدها. د ــ محمود جمال الدين زكى ــ المرجع السابق ــ بند ١٢ ــ ص ٤٠-٤١ ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ــ بند ٣٦ ــ ص ٥٢ وما بعدها. ومن الفقه الفرنسى

Weill (Alex) et TERRE (Francais) Op. Cit. no. 66, p.63-64.

Malinvaud (P) – La protection des consommateurs, D. 1981-Chron.

Josserand (Louis), Le contrat force et le contrat legal-D.H. 1940, Chron, p.1.

ويتحدث سيادته، عن أن الأفراد قد يجبروا على التعاقد فى حالات كثيرة، منها مثلاً، قد يوجب القانون على بعض الأفراد إبرام عقد تأمين، كالتأمين الإجبارى على السيارات لصالح الغير. وقد تجدر الإشارة فى هذا الصدد، إلى أن الإرادة بمفهومها الفردى، كما كان يدعو إليه أنصارها، كانت عائقاً يحول دون الأخذ بمسئولية المجنون والطفل والمسئولية المادية. كما أنها كانت عائقاً ــ أيضاً ــ دون الأخذ بالغبن سبباً لإبطال العقود بين الراشدين. راجع فى ذلك د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٣٣ ــ ص ١٢٤.

(ب) بالنسبة للإرادة بمفهومها الاجتماعى:

إن التبريرات التى يذهب إليها أنصار هذا المذهب، لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها؛ ذلك لأنه أيًا ما كان دور المشرع، فى تحديد آثار التصرفات القانونية، وأيًا ما كان تأثير التيارات الاجتماعية[١]، فى هذا الصدد وتضييقها من قدرة الإرادة إلى حد لا يمكن تجاهله. إلا أن هذا ليس معناه، القضاء على دور الإرادة فى التصرف القانونى، ففى ذلك القضاء على نظرية التصرف القانونى ذاتها، والدليل على ذلك أنه حتى فى العقود التى اصطلح على تسميتها بالعقود الجبرية فإن للإرادة دورها الذى لا يمكن الاستغناء عنه فى إبرام هذه العقود، إذ يستطيع الشخص أن يتحمل الجزاء الذى يقرره القانون لعدم التزامه[٢].

حتى فى ظل النظريات الناتجة عن المذهب الاجتماعى، مثل نظرية الإرادة الظاهرة أو نظرية الإعلان والثقة، نجد نفوذ مذهب الإرادة واضحاً، فالبرغم من أن أنصار هذه النظرية يرون أن الإرادة فى مظهرها الاجتماعى، هى التى يجب الاعتداد بها، وبالرغم من أنهم يرون أن الإرادة بمفهومها الفردى ــ الباطنة "لا يجوز أن يكون لها أثر فى القانون. فهى شىء كامن فى النفس لا يصلح الارتكاز عليه فى دائرة العلاقات التعاقدية، وانتهوا إلى أن الإرادة التى تنتج أثراً قانونيًا، هى التى ترتدى ثوباً اجتماعيًا"[٣]، إلا أنهم يشترطون أن يكون وراء هذا التعبير إرادة تسند إليه، لأنه إذا احترم التعبير الخارجى بينما تخلفت الإرادة أو كانت معيبة أو بلا سبب فإن التصرف سوف يصيبه نفس العيب، وهى النتيجة التى

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠-٣١. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ بند ٢٨ ــ ص ٤٧ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٤٥ ــ ص ١٢٥ وما بعدها. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٣. وراجع بصفة خاصة، فى التيارات الاجتماعية المختلفة. د ــ نزيه صادق المهدى ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٨-٢١٨.

(٢) راجع فى ذلك : د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٣. وراجع أيضاً ما أشارت إليه سيادتها من مراجع بنفس الصفحة ــ هامش٢٢.

(٣) راجع فى عرض ذلك بالتفصيل د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٤ وما بعدها.

كان القانون الرومانى يجهلها[١]، وأن أبسط دليل على ذلك، أن القانون الألمانى الذى تأثر بنظرية ــ الإرادة الظاهرة ــ الإعلان، قد قضى فى المادة ١٢٣ مدنى بأنه يجب البحث عن الإرادة الحقيقية دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، واعتد كذلك بنقص الأهلية وعيوب الإرادة، كمانع من صحة نشأة الالتزام التعاقدى[٢]. كما أن الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة بالتطبيق الصارم لها، سوف يترتب عليه اقتراب العقد من الواقعة القانونية، وابتعاده عن التصرف القانونى[٣].

نخلص من ذلك، أنه لا يمكن مسايرة المفهوم الاجتماعى للإرادة على إطلاقه، وإلا فكيف يمكننا تجنب الافتعال والتناقض الذى وقع فيه، "فكيف يقال أن المجتمع أو المشرع هو الذى فرض سلطانه، وأن الفرد لم يرد وإنما المجتمع هو الذى أراد عن طريقه، بينما يباشر الفرد التصرف بمطلق حريته واختياره"[٤].

الخلاصة، مما سبق يتضح، أن الإرادة ما زال لها الغلبة والسيطرة بالرغم مما وجه إليها من انتقادات[٥]، أى أن قدرة الإرادة وحرية الأفراد فى إنشاء التصرف القانونى ما زالت هى القاعدة[٦]. "فقد أثبتت التجربة أن إهمال الإرادة

---

(١) ذلك لأن "هذه الظاهرة لم تكن مألوفة فى القانون الرومانى، ويرجع ذلك إلى أن هذا الأخير كان يعول على الشكليات، وقد كان لذلك تأثير بالغ على المادة الخام التى تستخدم فى التعبير عن القصد" راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٤ ــ هامش ٥. راجع أيضاً د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ وما أشارت إليه سيادتها من مراجع ــ ص ٧٣ ــ هامش ٢١.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ نفس الصفحة. وراجع أيضاً ما أشارت إليه سيادتها من مراجع هامش ٢٢. راجع أيضاً د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٧٧.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ حلمى بهجت بدوى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٩.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤. وهذا القول ليس بجديد، حيث نجده فى الشريعة الإسلامية الغراء، حيث يذهب الإمام أبو زهرة إلى أنه يجب أن تكون لإرادة العاقدين سلطان فى تكوين آثاره، لأنه لا خطر من جعل هذا السلطان للإرادة، ما دام ذلك لم يخالف أمراً مقرراً فى الشريعة الإسلامية ثبت بالقياس أو الأثر المشهور أو النص القطعى، إذ الأصل فى الأمور الحل حتى يقوم الدليل على الحرمة، ولا شك أن الإرادة فى أمور المعاملات لها الشأن الأول بمقتضى الإذن العام فى جعل الرضا أساس لنقل الحقوق وإسقاطها. د ــ محمد أبو زهرة ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥٨.

(٥) راجع فى عرض ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤، وراجع ما أشارت إليه سيادتها من مراجع هامش ٢٩ نفس الصفحة.

(٦) د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥.

والإسراف فى سياسة التدخل والتوجيه أدى إلى الإخلال بـالتوازن العقـدى، ممـا انعكس سلباً على العلاقات الاجتماعية، وعلى التطور والتقدم"[١].

وغنى عن البيان ــ كما سبق أن أوضـحنا ــ أن نفـوذ مـذهب الإرادة واضح، حتى فى ظل نظريات المذهب الاجتماعى؛ ذلك لأن مذهب الإرادة يتضمن قدراً أكبر من الصحة، هذا القدر يعد الحقيقة الأولية فى جميع التشريعات، ويقضى بأن القوة الملزمة للتصرف القانونى مردها إلى الإرادة، وهذه الحقيقة مـا هـى إلا نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة[٢]. والدليل على ذلك أن المشرع المصرى فـى ظل التقنين المدنى القديم لم ير حاجة للنص علـى أن القـوة الملزمـة للعقـد أو التصرف القانونى مردها إلى إرادة المتعاقد، واحترم الفقه والقضاء هـذه القاعـدة الأزلية وطبقها، فما تنعقد عليه الإرادة يعد بالنسـبة لهـا بمثابـة قـانون واجـب الاحترام. أما التقنين المدنى الجديد فقد "كان فى غنى أيضاً عن تقنين المبدأ ــ الذى يقضى بقدرة الإرادة على إنشاء التصرف وترتيب آثاره وعـدم جـواز نقضـه أو تعديله إلا باتفاق إرادى آخر ــ فى نص تشريعى هو نص المادة ١٤٧ مدنى، لولا أنه أراد بتقنينه أن يجعله مقدمة لما سيرد من استثناءات"[٣].

لذا، فإننا نرى مع الفقه[٤]، أنه لا يمكن أن نتجاهل دور الإرادة فى مجـال إبرام التصرفات القانونية وترتيب آثارها، أى أن قدرة الإرادة أو حرية الأفراد فى إنشاء التصرفات القانونية وترتيب آثارها هى القاعدة، ولكن يجـب عـدم الأخـذ بالإرادة بالمفهوم الذى أسبغه عليها أنصار مذهب الإرادة بصفتها صاحبة سلطان لا تلتزم إلا بمشيئتها، بل فى ضوء الإرادة الحقيقية، التى تعتد بوجود قصـد حقيقـى

---

(١) راجع فى ذلك د ــ حسام الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ٤١.

(٢) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ نفس الصفحة.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥. وراجع أيضاً ما أشارت إليه سـيادتها من مراجع هامس ٣٠، ٣١ نفس الصفحة.

(٤) يكاد يجمع الفقه على هذا الرأى، من ذلك وعلى سبيل المثال، د ــ نبيلة رسلان ــ المرجـع السـابق ــ ص ٧٥. د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤. د ــ عبد الرزاق السـنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٦. وفى هذا المعنى أيضاً د ــ حسام الأهوانى ــ المرجـع السـابق ــ ص ٥٤. د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٨ وما بعدها.

للشخص مع الاستهداء فى استخلاص هذا القصد من عباراته[١]. وذلك استهداءً بالمعايير المستمدة من العرف وطبيعة التعامل، والثقة المفروضة بين المتعاقدين، واستقرار المعاملات[٢].

المطلب الخامس
المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر العقود

لا جدال فى أن نص المادة ١٤٥ من القانون المدنى المصرى، الذى يتضمن مبدأ نسبية أثر العقود، يكتنفه نوع من الغموض[٣]. لذا يجب تحديده بدقة. ذلك أن "الألفاظ والعبارات التى صيغ بها هذا النص، وكذا النصوص التشريعية، التى تقرر صوراً للدعوى المباشرة، (م ٥٩٦، ٦٦٢، ٧٠٨ من القانون المدنى المصرى)، وفكرة الخلافة الخاصة (م ١٤٦) تفيد بأن المشرع قد تبنى ــ وقت وضعه لهذا النص ــ النظرية الشخصية للالتزام، التى تقضى بشأن تحديد مدلول الطرف بالمفهوم المادى فى إطار العلاقات التعاقدية، وجوب الأخذ فى الاعتبار ــ فقط ــ مرحلة تكوين التصرف القانونى"[٤].

وقد سبق أن انتهينا، إلى أن الإرادة هى قوام التصرف القانونى، فهى التى تنشئه، وهى التى تحدد ــ فى حدود القانون ــ الآثار الناتجة عنه دون المساس بسلطة المشرع، فى أن يخضع الإرادة لما يشاؤه من قيود، وينظم ما قد يقع من

---

(١) راجع فى ذلك:

Rieg – Le role de la nolonte dans la formation de l'acte juridique d' après les doctrines allemandes Ar. De phi du droit. Le role de la volorte dans le droit sirey, 1957. 133.

د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ بند ٧٦ ــ ص ٩٧ وما بعدها. د ــ حسام الأهوانى ــ المرجع السابق ــ بند ٨٣، ص ٦٨ وما بعدها.

(٢) راجع فى مسألة اختلاف محتوى القصد عن التعبير، د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠ وما بعدها

(٣) د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥.

(٤) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ نفس الهامش السابق ــ نفس الصفحة.

خلاف بين الإرادة المعلنة والإرادة الحقيقية[١]. ولما كان ذلك فإن مبدأ نسبية أثر العقود يضحى وطيد الصلة بمبدأ سلطان الإرادة، فالشخص الذى يبرم تعاقدًا إنما يبرمه على النحو الذى يرتضيه، وهذا هو مبدأ سلطان الإرادة؛ ولأن الشخص هو الذى تعاقد، فهو نفسه الذى يلتزم بالأثر الملزم للعقد، أى أن العقد يلزم من ارتضى إثاره، أما الغير الذى لم يعبر عن إرادة الالتزام فلا مبرر لإلزامه بهذه الآثار[٢].

وتوضح ذلك أستاذتنا الدكتورة نبيلة رسلان، بقولها: فالنسبية الدقيقة هى المبدأ الرئيسى الذى يهيمن على الموقف، فلا يمكن لشخص أن يستفيد أو يضار من عقد لم تتجه إليه إرادته، فإرادة الالتزام بالأثر هى وحدها مناط اعتبار الشخص طرفاً فى هذا الأثر أو أجنبيًا عنه، ولأن الأثر الملزم ليس فى الواقع إلا المضمون الداخلى للإرادة التى أنشأت التصرف، فمن لم ترتض إرادته انصراف الأثر إليه يظل بمنأى عن هذا الأخير، فلا يصبح بموجبه دائناً أو مديناً، وعليه يظل الأثر الملزم وليد الإرادة مقصوراً على طرفيه، يؤثر فى ذممهم سلباً أو إيجاباً وبموجبه يصبحا دائنين أو مدينين أو الأمرين معاً[٣].

وهذا يعنى أن مبدأ نسبية أثر العقود، مؤداه، حظر امتداد أثر قانونى معين لشخص تقضى المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه. ذلك أن المبادئ العامة تقضى بحظر امتداد أية آثار قانونية إلى شخص دون إرادته[٤].

---

(١) ذلك أن هذه القيوْد جميعاً، تهدف إلى تنسيق الإرادة الخاصة مع المصلحة الاجتماعية، راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٦. د ــ توفيق حسن فرج ــ المدخل للعلوم القانونية ــ طبعة ١٩٧٦ ــ ص ٤٤١. د ــ جميل الشرقاوى ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٤. د ــ نعمان جمعة ــ دروس فى المدخل للعلوم القانونية ــ طبعة ١٩٧٩ ــ ص ٢٨٤.

(٢) راجع فى توضيح ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠ حيث يربط سيادته بين مبدأ نسبية أثر العقود، ومبدأ سلطان الإرادة.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٦ وتضيف سيادتها أن هذا هو مبدأ نسبية أثر العقود أو ما يجب أن يكون عليه هذا المبدأ لكى نخرج منه بمفهم فنى قائم بذاته وغير متداخل مع أى مفهوم آخر يعيد متوارث وتقصد سيادتها مبدأ النسبية، كما عرفه القانون الرومانى.

(٤) فلا يجوز أن يلتزم شخص بآثار قانونية لم يرتضيها، إلا فى أحوال معينة، مقررة بحكم القانون، تجد مبررها فى اعتبارات معينة تختلف باختلاف الأحوال، وقد تتمثل هذه الاعتبارات فى العدالة، أو استقرار المعاملات، أو حسن النية، أو حماية الوضع الظاهر، وغير ذلك من الاعتبارات. راجع فى ذلك: د ــ إسماعيل غانم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠٨. د ــ أحمد حشمت أبو ستيت ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٠. د ــ عبد الباسط جميعى ــ الوكالة الظاهرة = مجلة العلوم القانونية والاقتصادية

وتستطرد أستاذتنا الدكتورة نبيلة رسلان، قائلة: "إن المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر الاتفاقات لا يعنى أكثر من حظر إمتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرتض الغير ذلك. وهذه النتيجة التى انتهينا إليها والتى لا شك فى أهميتها من الناحية الفنية كان من الممكن أن يستخلص منها الأساس السليم، أو المبدأ الذى تؤسس عليه مختلف أشكال العلاقات الإرادية فى مجال الأثر الملزم، وذلك بالتركيز على العنصر الإرادى، فعن طريقه نحدد "الطرف" فى التصرف، وعن طريق الاستبعاد نصل إلى تحديد الغير"(١).

ويتضح مما تقدم، أن حماية المصلحة الخاصة للغير، هى التى تكمن وراء حظر امتداد الأثر الملزم للعقد إليه، على النحو الذى يمس ذمته المالية ما لم يرتض الغير ذلك(٢). ذلك أن مبدأ نسبية أثر العقود، ليس مقصوداً لذاته، بل أنه شرع لتحقيق هدف محدد مؤداه، حماية مصلحة الغير من أن يمتد إليه أثر عقد لم يرتضيه.

ومن ثم، ومن جماع ما تقدم، يمكن استنتاج القاعدة التى يجب أن يكون عليها هذا المبدأ(٣).

والغير: بالنسبة لهذا المبدأ، هو من ليس طرفاً فى التصرف أو بعبارة أكثر تحديداً، هو كل من لم ترتض إرادته الالتزام بالأثر.

وترتيباً على ذلك "فإن ما يبقى على نظام معين فى نطاق مبدأ نسبية الاتفاقات، وما يخرج آخر إلى دائرة الاستثناء، هو توافر العنصر الإرادى من جانب المتصرف أو عدم توافره، فحيث يتوافر هذا العنصر يبقى الوضع فى نطاق مبدأ نسبية العقود، وحيث لا يتوافر هذا العنصر يخرج الوضع إلى دائرة الاستثناء"(٤).

= س ٥ ــ ع٢ ــ ص ٢٧٣، راجع فى ذلك بالتفصيل د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦، ص ٥٧.

(١) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٧٨.

(٢) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٨٢.

(٣) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٨٢.

(٤) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ نفس الهامش السابق.

خلاصة القول، إن التحرر من القيود التى فرضتها الأوضاع القديمة، خاصة التأثر بالصياغة الرومانية للمبدأ، سوف يؤدى إلى نتيجة محددة، هى أن مبدأ نسبية أثر العقود ــ وخلافاً للتصور التقليدى ــ لا يعنى قصر آثار العقد على من قام بإبرامه دون عداهم. وأن غاية ما يعنيه هذا المبدأ، أن أثر العقد يمكن أن ينصرف إلى كل شخص ارتضى أو ارتضى المتعاقدان إمتداد هذا الأثر إليه. بل إن حماية هذا الشخص والتى كفلها له مبدأ نسبية أثر العقود، تصبح بلا فائدة، إذا لم نقر بانصراف الأثر الملزم إليه[1]. والدليل على ذلك، أن هناك من الأنظمة، كانت غريبة على مبدأ نسبية أثر العقود بصياغته الرومانية، مثل الاشتراط لمصلحة الغير، وحوالة الدين، والمقاولة من الباطن، فى حين أصبحت هذه الأنظمة الآن لا تبدو غريبة، وذلك إذا تحررنا من الصياغة الرومانية لهذا المبدأ.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه النتيجة، ليست جديدة، فقد ضمنها أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى، مؤلفه نظرية العقد منذ عام ١٩٣٤، فقد قال سيادته "والواقع من الأمر أن القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير قاعدة عتيقة بالية، ورثناها عن القانون الرومانى، ونحن نستبقيها الآن اسما لا فعلاً، وإلا فنحن نخرج عليها كلما اقتضى تقدم المعاملات ذلك، وكثيراً ما يقتضيه. والقانون الرومانى نفسه إذا كان قد أقر القاعدة بمقتضيات ترجع إلى صياغته الفنية، ومع ذلك فقد اضطر إلى أن يخرج عليها فى كثير من الاستثناءات. فنحن إذا كنا ما نزال نقرر أن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير، فإنما نفعل ذلك مجازاً لما يقرره الفقهاء فى هذا الشأن، واحتراما لتقاليد عتيقة آن لها أن تنهدم، وقد تهدمت بالفعل".

ويرى سيادته أيضاً أنه "ليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن يتفق شخصان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليد التزام فى ذمته، وليس هذا معناه، أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو المدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك، فقبوله ضرورى فى الحالتين حتى لا يكون دائناً أو مديناً بالرغم من إرادته، ولكنه إذا قبل يعتبر الحق الذى كسبه أو الالتزام الذى يتعلق فى ذمته قد نشأ من نفس

---

[1] راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٨٣. د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥ وما بعدها.

العقد الذى لم يكن طرفاً فيه"[١]. وهذا يعنى أنه ليس فى جوهر المبدأ، ما يحول دون أن ينصرف أثر العقد إلى شخص لم يباشر عملية التعاقد، ولم يقم بالمشاركة فى تكوين العقد.

وإذا كان الباحث ينحاز إلى ما تقدم، إلا أنه لا يمكن أن يتجاهل أن هذا المبدأ قد حمل باستثناءات، تم الخروج بها على هذا المبدأ. وهذه الاستثناءات إما قررها المشرع، فنجده فيها يمد آثار التصرف إلى الغير، ومن أمثلتها عقد العمل الجماعى، وكذلك وجود علاقة بين المرسل إليه والناقل (مادة ٢٢٠ من قانون التجارة الجديد)، وقد تكون هذه الاستثناءات من خلق القضاء أو الفقه، ومن أمثلتها، آثار التصرف الذى أجرى تحت تأثير المظهر الخادع[٢]. إلا أن هذه الاستثناءات، لا يمكن أن تقضى على جوهر المبدأ، فالاستثناءات قائمة إلى جانب المبدأ، وإبراز الاستثناءات، دليل قاطع على وجود المبدأ.

وإذا كنا قد انتهينا إلى تحديد المفهوم المفنى لمبدأ نسبية أثر العقود على النحو الذى أسلفناه، منتهيين إلى أن: الطرف وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود، هو كل من ارتضى أو ارتضى المتعاقدان انصراف الأثر الملزم إليه. والغير: هو من ليس طرفاً فى التصرف، حيث لم ترتض إرادته الالتزام بالأثر الملزم للعقد. وإذا كان مبدأ النسبية قد قرر حماية للغير، تختلف عن الحماية المقررة لمن يشغل المركز القانونى للطرف، فإنه يجب علينا أن نحاول تحديد الغير من ناحية، وتحديد الطرف من ناحية أخرى.

---

(١) راجع فى ذلك د ـ عبد الرزاق السنهورى ـ نظرية العقد ـ الطبعة الأولى ـ مرجع سبق ذكره ـ ص ٨٦٤ هامش ١. راجع فى هذا المعنى أيضاً د ـ حلمى بهجت بدوى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥٤. ود ـ عبد الحى حجازى ـ الإشتراط لمصلحة الغير ـ العلوم القانونية والاقتصادية ـ مرجع سبق ذكره. راجع أيضاً د ـ فيصل زكى عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص . د ـ محيى الدين إبراهيم سليم ـ نطاق مبدأ نسبية أثر العقود فى القانون الإنجليزى والمصرى (دراسة مقارنة) - مرجع سبق ذكره ـ ص ٢٢. راجع فى عرض ذلك وتحليله: د ـ محمد محيى الدين إبراهيم ـ المرجع السابق ـ ص ٥٣-٦١. راجع أيضاً د ـ حسام الأهوانى ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول ـ مرجع سبق ذكره ـ ص ٢٣٠. راجع أيضاً:
Roland (Henri) et Boyer (Loutrant) Obligations, 11, Contrat Paris-1993, N1275, P.527.

(٢) راجع فى عرض ذلك: د ـ نبيلة رسلان ـ المرجع السابق ـ ص ٨٢ هامش ١٣. راجع أيضاً: د ـ مصطفى الجمال ـ القانون المدنى فى توجه الإسلامى ـ مصادر الالتزام ـ مرجع سبق ذكره ـ ص ٣٧٩ وما بعدها.

المطلب السادس
الغير وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود

فكرة الغير، لا يمكن تحديدها بطريقة الحصر، إلا أن تحديدها يكون ممكناً إذا لجأنا لطريقة الاستبعاد[١]، فنقول إن الغير هو كل من ليس طرفاً فى التصرف وهو على وجه التحديد ــ وكما أسلفنا ــ ما لم ترض إرادته انصراف الأثر الملزم إليه واصطلاح الغير ليس له مدلول واحد، فهذا الاصطلاح يختلف تحديده تبعاً للأوضاع المختلفة.

فالغير ــ مثلاً ــ فى حجية الورقة العرفية له تحديد معين، وله مدلول آخر فى التاريخ الثابت، وله مفهوم مختلف أيضاً فيما يتعلق بحجية الشيء المقضى به، وفى الصورة، وفى التسجيل وغير ذلك من المفاهيم، إلا أن كل مفهوم لمصطلح الغير يتلاءم مع المجال الذى وضع فيه. إلا أنه فى جميع الأحوال فإن هناك فكرة مشتركة، تجمع بين هذه المفاهيم السابقة جميعاً، هو أن هناك شخصا ــ الغير ــ تقضى المبادئ العامة للقانون حمايته من أن يمتد إليه أثر ملزم ما لم ترضيه إرادته[٢].

وفى العقود، يكتفى الفقه بتحديد الغير تحديداً سلبيًّا، حيث يقرر أن الغير: هو كل ما لم يرتض صراحة أو ضمناً أن يصبح دائناً أو مديناً بمقتضى الاتفاق، ويصبح من الغير فى مجال الأثر الملزم ذا مفهوم سلبى بحت[٣].

---

(١) وتحديد الغير عن طريق الاستبعاد،هى الطريقة التى تبنتها غالبية الفقه، منهم د ــ عبد الحى حجازى المرجع السابق ــ ص ٣٠١. د ــ إسماعيل غانم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٥. وراجع فى موضوع الغير بصفة عامة. د ــ عاطف محمد كامل فخرى ــ الغير فى القانون المدنى المصرى ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة ١٩٧٦ ــ ص ٢٠٨.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص . وراجع أيضاً د ــ سليمان مرقس ــ حجية المحددات العرفية فى الإثبات ــ مجلة الاقتصاد والقانون ــ السنة الرابعة عشر ــ ص ٢٦٣. د ــ أحمد مرزوق ــ نظرية الصورية فى التشريع المصرى ــ سنة ١٩٥٨ ــ رسالة دكتوراه ــ ص . د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٤ بند ٣٢٧.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص . د ــ عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠١. راجع أيضاً: د ــ عاطف فخرى ــ المرجع السابق ــ خاتمة الرسالة.

لذا فإن دائرة الغير تتسع بحيث لا يمكن حصره، فكلمة الغير أيضاً، تتسع لتشمل الأجنبى البعيد الذى لا تربطه صلة بأحد الأطراف؛ لأن هذا الأجنبى، لا يعنيه من أمر تصرفات غيره شيئاً، كما أنه "لا توجد مصلحة عامة أو خاصة تقضى بالتزامه بشىء قبل طرف فى التصرف".

كما أن كلمة الغير، تشمل الأجنبى الذى تربطه صلة بأحد المتعاقدين مثال ذلك الخلف العام، حيث يعتبر غيرا بالنسبة لتصرفات مورثه المضافة إلى ما بعد الموت، وذلك بالنسبة للوصية إذا تجاوزت القدر الجائز الإيصاء به، وذلك باستثناء أن الوارث يعتبر فى حكم الطرف[١].

ويعد الخلف الخاص أيضاً من الغير بالنسبة لعقود سلفه[٢]، وذلك فى حالة عدم توافر أحد شروط تطبيق المادة ١٤٦ من القانون المدنى المصرى، والتى جاء نصها على النحو التالى: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه".

والدائن ــ أيضاً ــ يعد غيراً فى مجال الأثر الملزم للعقد؛ لأنه لا يخلف مدينه فى شىء، فلا يكتسب حقوق مدينه ولا يلتزم التزامه، وإن كان يتأثر بتصرفات مدينه فيعالج هذا التأثر فى إطار الضمان العام فحسب[٣].

ونخلص مما تقدم، أن الغير فى مجال الأثر الملزم للعقد، بالرغم من عدم إمكانية حصر حالاته، إلا أنه يمكن اعتباره واحد من اثنين، "أجنبى بعيد وأجنبى

---

(١) راجع فى ذلك حكم محكمة النقض المصرية فى أحد الطعون الذى طرح أمامها بجلسة ١٩٩٨/١٢/١٣. مجموعة أحكام النقض ــ بين ١٤ ص ١٨٣٣. وراجع فى ذلك أيضاً: د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٧. د ــ أحمد مرزوق ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٢. وراجع ما سوف نوضحه لاحقاً، فى توضيح كيف أن الوارث يعتبر فى حكم الطرف، وليس طرفاً.

(٢) راجع فى ذلك حكم نقض مدنى ــ جلسة ١٩٧٩/٢/٢١ ــ الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ قضائية.

(٣) وكان هناك رأى فى الفقه التقليدى فى فرنسا، يرى أن الدائن خلفاً عاماً، ولكن هذا الرأى قد انتقد، لأنه يخلط بين الأثر الملزم للعقد والاحتجاج به. راجع فى ذلك: د ــ إسماعيل غانم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٧ وما بعده.

تربطه صلة بأحد المتعاقدين"[١]. وهذا التحديد يجد أساسه فى أن الضرر فى مجال نسبية أثر العقود هو تحميل ذمة الغير بالتزامات لم يكن هذا الغير راغباً فيها، ومن ثم تقضى المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه، فحماية المصلحة الخاصة للغير هى التى يسعى إليها مبدأ نسبية أثر الاتفاقات، بل المصلحة فى ذاتها غاية يسعى المشرع إلى تحقيقها لحماية المصلحة الخاصة للغير فى مجال نسبية أثر العقود"[٢]. وإذا كنا وصلنا فى محاولتنا الخاصة لتحديد المقصود بالغير، فى مجال نسبية أثر العقود، فإن التساؤل يثور حول طرفى العلاقة محل البحث، أى رب العمل والمقاول من الباطن، وهل يعتبر كل منهما من الغير بالنسبة للآخر؟. وسوف نجيب على هذا السؤال، بعد تحديدنا لمفهوم الطرف فى العقد، حيث إنه بتحديدنا له سوف نستطيع الإجابة عن هذا السؤال بسهولة.

المبحث الثالث

المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى التصرف

تمهيد وتقسيم:

لا شك، أن حسم طبيعة العلاقة ــ محل الدراسة ــ بين رب العمل والمقاول من الباطن، يتوقف بشكل أساسى على تحديد المفهوم الفنى والقانونى للطرف. فتحديد المركز القانونى للطرف، ومن تتوافر فيه شروط شغل هذا المركز وشروط ممارسته، سوف تسهل علينا حسم ما إذا كان رب العمل والمقاول من الباطن من الأغيار، أم تربطهما علاقة عقدية موضوعية.

وتحديد المركز القانونى للطرف فى العقد ليس بالأمر السهل، فالطرف فى العقد كلمة شائعة ورغم ذلك يكتنفها الكثير من الغموض[٣]. لذا فإن تحديده كان

---

(١) د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٨١.

(٢) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ نفس الهامش السابق.

(٣) راجع فى ذلك من الفقه المصرى: د ــ أحمد سلامة ــ محاضرات فى نظرية الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٦٣. وفى نفس المعنى. راجع د ــ طلبة خطاب ــ النظرية العامة للإلتزام ومصادر الإلتزام ــ المصادر الإرادية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٦٣ وما بعدها. د ــ حسام الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٠ وما بعدها. د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢١ وما بعدها. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٩ وما بعدها. د ــ محمد محى الدين إبراهيم سليم ت نطاق مبدأ نسبية ــ أثر العقود فى القانونين الانجليزى والمصرى ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٢٠ وما بعدها.

محلاً لخلاف فى الفقه[١]، والقضاء[٢]. ودون الدخول فى تفصيلات هذا الخلاف، سوف نعرض لخلاصة ما انتهى إليه، محاولين فى النهاية تحديد المركز القانونى للطرف، خاصة ما يتعلق بمن يجوز له شغل هذا المركز، وشروط شغله، وأيضاً شروط ممارسته، والضوابط والمعايير التى يجب توافرها فى الشخص كى يعد طرفاً فى التصرف، وقبل ذلك سوف نحاول تمييز المصطلح القانونى للطرف عما يشتبه به من مصطلحات أخرى.

لذا، سوف نتناول هذا المبحث فى خمسة مطالب، هى:

المطلب الأول: تمييز المصطلح القانونى للطرف عما يشتبه به من مصطلحات.

المطلب الثانى: الآراء التى قيلت بشأن تحديد المفهوم الفنى للطرف.

المطلب الثالث: أهلية أكتساب المركز القانونى للطرف وشروط ممارسته.

المطلب الرابع: المعايير والضوابط التى يجب توافرها فى الطرف فى التصرف.

المطلب الخامس: المتعاقد، والطرف الشكلى والطرف الموضوعى.

= د ــ عبد الحكم فودة ــ النسبية والغيرية فى القانون المدنى ــ دراسة تحليلية عملية فى ضوء الفقه وقضاء النقض ــ دار الفكر الجامعى ــ سوتير ــ عام ١٩٩٦ ــ ص٥ وما بعدها.

ومن الفقه الفرنسى راجع:

J-Ghestin-M-Biviau, Traite De Droit Civil "Les obligations" Lees effects du contrat-L-G-D-J-Paris 1992. Jean-Luc AUBERT-Apropos d'un distinction renoeleo des parties et des tiers-Rev-Tri-Dr-Civ-1993-p.263 et s. Catherine Guelfuccdi-Thibierge-De l'etergissemet de la nation de partie au contrat a l'elarginement de la ported u principe de l'effect, relative. Rev. Tri-Dr-Civ-1994,p.275. B-Starcket-H-Roland, L-Boyer, Droit Civil Les Obligations Contrat, 6ed, Litec, 1999, h1449 et S p.502 et s. M. Bacache, Op. Cit.

(١) راجع فى عرض الخلاف الفقى حول مفهوم الطرف فى العقد، والتمييز بينه وبين الغير نفس المراجع بالهامش السابق.

(٢) من أحكام القضاء المصرى ــ نقض مدنى ١٩٦٤/١١/١٢ ــ م نقض ــ م ــ السنة ١٥ق ــ رقم ١٥٢ ص ١٠٢٢ نقض مدنى مصرى ت جلسة ١٩٧٩/٣/١٤ ــ المجموعة السنة ٣٠ ــ ص ٣٨٦. نقض مدنى فى ١٩٨٩/١/١٦ ــ الطعن رقم ٢١٦١ لسنة ١٩٥٢ ــ المجموعة ١ ــ لسنة ٤٠ ــ جـ ١ ــ ص ١٥٧ ت رقم ٣٤ ــ نقض مدنى وجلسة ١٩٨١/٢/٢٠ ــ المكتب الفنى ــ السنة ٣٢ ص ٥٦٩ وراجع أيضاً الأحكام إلى أشار إليها وعرض لها د ــ عبد الحكم فودة ــ المرجع السابق ــ ص ١٢ وما بعدها ومن أحكام النقض الفرنسى راجع:

Ass. Plen-7-Fever-1986-J.C.1986-II-2061-note P-Malinvaud. Cass-Civ.B-Mars-1988-Bull-Civ-1988-I-no-69.Civ-1-21-6-1988-Bull-no-202-p.141.

ومن الأحكام التى أوقفت التوسع فى مفهوم الطرف:

Ass. Plen-12, Juillet 1991, D, 1991, Juris, P.549, note-Jacupues GHE Stim.

المطلب الأول
تمييز المصطلح القانونى للطرف
عما يشتبه به من مصطلحات

تمهيد وتقسيم:

توجد بعض المصطلحات[١] التى تسبق من حيث فاعليتها ودلالاتها مصطلح الطرف، وهذه المصطلحات هى "الإنسان ــ الشخص ــ العاقد"، وشيوع استخدامها أدى إلى الخلط بينها وبين مصطلح الطرف، بالرغم من أن كل منها يختلف عن الآخر من ناحية، وهم جميعاً يختلفون عن مصطلح الطرف من ناحية أخرى.

ففى لغة القانون لا يجوز الخلط بين "الإنسان" و"الشخص" فهما غير مترادفين[٢]. وكذا فإن فكرة الشخص تختلف عن العاقد وعن الطرف.

وإذا كانت أهم وظائف الفن القانونى، هو وضع الإصطلاح، الذى يكون قاطع الدلالة على ذاته وبذاته على معناه القانونى، حتى لا تضطرب الفكرة أو تتسع بعض جوانبها[٣]. ونظراً لأن هذه المصطلحات رغم إختلافها تسبق مصطلح الطرف وذات صلة به. فإننا بحكم الضرورة والمنطق، سوف نعرض بإيجاز للفرق بين مصطلحى "الإنسان" و"الشخص"، وكذا الفرق بينهما وبين مصطلح "العاقد". ولكننا سوف نحاول إبراز الفرق بين مصطلحى العاقد والطرف بشئ من التفصيل، وذلك لشيوع الخلط بينهما، حتى يمكننا فى النهاية تحديد المركز القانونى للطرف.

---

(١) ويلاحظ أن هذه المصطلحات قد تفاعلت مع الظروف الحياتية، بل وتدرجت معها للتواءم مع ما هو سائد من فكر وفلسفة، فى زمان ما وفى بلد ما.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ أحمد شرف الدين ــ مقدمة القانون المدنى ــ نظرية الحق ــ عــام ١٩٨٧ ــ ص ٣١ وما بعدها، ص ٢٠٢ وما بعدها.

راجع فى ذلك: د ــ مصطفى عبد الحميد عدوى ــ مبادئ القانون ــ نظرية الحق ــ عــام ١٩٩٨ ــ مطبعة حمادة بقويسنا ــ ص ٢٤٥ وما بعدها. د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ رمزى الشاعر ــ محمد رفعت الصباحى ــ نزيه صادق المهدى ــ أ . فتحى غنيم ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٠. د ــ أحمد عبد الحميد عشوش ــ مبادئ القانون ــ الجزء الأول ــ نظرية القانون ونظرية الحق ــ طبعة ١٩٦٥ ــ ص ٩٨. د ــ حسن كيره ــ المرجع السابق ــ ص ٥١٣.

Laland-Vocabulaire technique et critique de la philosphie-1962 No. Personne P.759.

مشار إليه لدى د./ نبيلة رسلان ــ الرسالة ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٩٩ هامش ١.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٩.

لذا سوف نقسم دراستنا لهذا المطلب إلى ثلاثة فروع، هى:

الفرع الأول: التمييز بين مصطلحى "الإنسان" و"الشخص"

الفرع الثانى: التمييز بين مصطلحى "الشخص" و"العاقد"

الفرع الثالث: التمييز بين مصطلحى "العاقد" و"الطرف"

الفرع الأول

التمييز بين مصطلحى "الإنسان" و"الشخص"

يمكن تلمس الفارق بين المقصود بلفظ الإنسان من جانب، والمقصود بمصطلح الشخص من جانب آخر، كما يمكن أيضاً تلمس أثر التطورات على كل منهما. ففى الماضى وفى ظل قوانين الحضارات القديمة لم يكن جميع الآدميين صالحين لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات. فالقانون الرومانى ــ مثلاً ــ لم يتوسع فى فكرة الشخصية القانونية، فلم يكن كل ــ إنسان ــ الآدميين أشخاصاً فى نظره[١]. على حين تعترف القوانين الحديثة بالشخصية القانونية لسائر الناس. ولكن هذا ليس معناه أن أصبح لفظ إنسان مرادفاً لمصطلح الشخص. ذلك أن الإنسان ــ الشخص الطبيعى ــ لم يعد الشخص الوحيد فى لغة القانون. بل وجد إلى جانبه أشخاص آخرون حيث تعترف القانونين الحديثة لكائنات جماعية متميزة، كالشركات أو المؤسسات، بالشخصية القانونية وتسمى بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية[٢]. والفارق الأساسى بين الإنسان وغيره من الأشخاص الأخرى، أن

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ توفيق حسن فرج ــ القانون الرومانى ــ طبعة ١٩٧٥ ــ ص ١٣٧. د ــ عمر ممدوح مصطفى ــ القانون الرومانى ــ الطبعة الثالثة ــ عام ١٩٥٩ ــ ص ١٤٨، د ــ مسعد قطب، د ــ سليمان هاشم ــ تاريخ القانون المصرى ــ النظم القانونية فى مصر فى العصرين الرومانى والإسلامى ــ عام ١٩٩٤/١٩٩٥ ــ مؤسسة طابا للطباعة والنشر ــ ص ٩٣ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ يحيى أحمد موافى ــ الشخص المعنوى ومسئولياته قانوناً ــ سنة ١٩٨٧ ــ ص ١٣. د ــ مصطفى عبد الحميد عدوى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤٣ وما بعدها. د ــ عبد المنعم فرج الصده، رمزى الشاعر، محمد رفعت الصباحى ــ نزيه صادق المهدى، أ./ فتحى غنيم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٦ وما بعدها. د ــ أحمد عبد الحميد عشوش ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٣ وما بعدها. د ــ أحمد شرف الدين ــ مقدمة القانون المدنى ــ نظرية الحق ــ عام ١٩٨٧ م ــ ص ٢٠٢ وما بعدها. وتجدر الإشارة إلى أن الرومان كانوا يعتبرون الشخصية المعنوية مجرد فرض قانونى لا حقيقة واقعية. راجع فى ذلك: د ــ عمر ممدوح مصطفى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦٤. أما فقه الشريعة الإسلامية، فلم يعرف الشخصية المعنوية كنظرية عامة، ولكنه تضمن أحكاماً فرعية كثيرة لجماعات من الأشخاص أو الأموال، تفيد صلاحيتها لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات، أى

الشخصية القانونية تضفى على الأول بطبيعة الأمور لكونه إنساناً[١]، أما الأخيرة فلا تكون لها الشخصية القانونية ــ بطبيعتها ــ بل تستمدها من القانون[٢].

وعلى أى حال فإن الشخص فى نظر القانون، سواء كان إنسان أو شخص من صنع القانون (شخص طبيعى ــ شخص معنوى)، هو كائن صالح لإيجاب الحقوق والتحمل بالإلتزامات.

ويتضح مما تقدم، أنه فى مجال القانون، لا ترادف بين مدلول "الشخص ــ الإنسان"، فليس بلازم أن يكون الشخص إنساناً[٣]، والعكس صحيح.

الفرع الثانى

التميز بين مصطلحى "الشخص .العاقد"[٤]

فليس ثمة ترادف بين مصطلحى الشخص والعاقد، فالشخص ــ كما سبق أن أوضحنا ــ فى نظر القانون من تثبت له الشخصية القانونية، وهذه الأخيرة هى تعبير عن وصف مجرد وتعنى الصلاحية لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات[٥]. فالشخص فى نظر القانون هو من تثبت له صلاحية إكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات.

=اعترف لها بالشخصية القانونية، دون أن يطلق ذات التسمية. راجع فى ذلك د ــ محمود حلمى ــ = مذكرات فى القانون الإدارى مقارناً بالنظم الإسلامية ــ دبلوم السياسة الشرعية الأزهر ــ عام ١٩٧٧ ــ ص ٨٣.

(١) راجع فى ذلك: د ــ أحمد شرف الدين ــ المرجع السابق ــ ص ٣١ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٠.

(٣) نفس الهامش السابق.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٠ وما بعدها.

(٥) تجدر الإشارة، إلى أن بعض الفقه يرى أن أهلية الوجوب هى الشخص منظور إليه من الناحية القانونية. وبالتالى فإنهم إذ يدرسون الشخصية القانونية لا يرون بعد ذلك محلاً لدراسة أهلية الوجوب. ومن أصحاب هذا الرأى د ــ عماد الشربينى ــ المدخل للعلوم القانونية ــ طبعة عام ١٩٨٢ ــ ص ٢٣٦. وفى هذا المعنى راجع د ــ مصطفى عبد الحميد عدوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٧ وما بعدها. ويرى جانب آخر من الفقه عكس هذا، حيث يرى أن كل من المصطلحين له معنى قانونى خاص به ومتميز عن الآخر. راجع فى ذلك د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ أصول القانون ــ طبعة عام ١٩٦٥ ــ ص ٣٣٨. د ــ محمد على عمران ــ مبادئ العلوم القانونية ــ طبعة ١٩٨١ ــ ص ٢١٨. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٠ هامش ٤. راجع فى هذا المعنى أيضا ــ د ــ أحمد شرف الدين ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢ وما بعدها.

أما "العاقد" فهو من يباشر الإيجاب أو القبول فى العقد، أو من تصدر عنه الصيغة إيجاباً أو قبولاً سواء أبرم العقد بنفسه أو عن طريق نائب، وسواء إنصرفت آثار العقد وإلتزاماته إليه أو إلى ــ من يكون العاقد نائب عنه ــ غيره[١]. ومن هذا المنطلق يشترط فى العاقد أن يكون مميزاً وذلك بالنسبة لجميع العقود بلا إستثناء، وفى ذلك تنص المادة ١١٠ من القانون المدنى المصرى على أنه "ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة" والبطلان هنا بطلان مطلق، يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولا تصح هذه التصرفات بالإجازة الاحقة سواء من الصغير بعد بلوغه، أو من وليه أو الوصى أو المحكمة.

كما أن من الأشخاص ــ برغم كونه مميزاً ــ من يكونَ أهلاً للتعاقد والإلتزام والإرتباط، ومنهم من لا يكون كذلك فلا يصح تعاقده، ومن هؤلاء من حددهم المشرع فى المواد من (١١٣-١١٨) من القانون المدنى المصرى[٢]، حيث تنص المادة ١١٣ بأن" المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع عنهم الحجر. وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون"، وتناول باقى أحكام من لا يصح تعاقد المواد من (١١٤ حتى ١١٨) مدنى مصرى، وتحدد هذه المواد نطاق الصحة والبطلان.

ومن الأشخاص ــ أيضاً ــ من يصح ويعتبر كلامه وفعله فى بعض التصرفات دون البعض الآخر[٣].

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ أحمد إبراهيم ــ المعاملات الشرعية المالية ــ طبعة ١٩٣٦ ــ ص ٧٨. د ــ محمد أبو زهرة ــ المكية ونظرية العقد ــ ص ٢٠٢، ٣٧٩. مشار إلى هذه المراجع لدى د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠١.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ مصطفى عبد الحميد عدوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩٤ وما بعدها، د ــ أحمد عبد الحميد عشوش ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٨ وما بعدها د ــ أحمد إبراهيم ــ الأهلية وعوارضها ــ القانون والاقتصاد ــ السنة الأولى ــ ص ٣٦١. د ــ عبد الناصر العطار ــ المدخل لدراسة القانون ــ طبعة ١٩٧٩ ــ ص ٧٠ وما بعدها. د ــ أحمد شرف الدين ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك بصفة عامة د ــ محمد السعيد رشدى ــ أعمال الإدارة وأعمال التصرف ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة ١٩٨٣. د ــ محسن شفيق ــ أهلية القاصر البالغ ١٨ سنة فى إحتراف التجارة ــ مجلة الحقوق ــ س١ ــ ع١ ــ ص ٢٦٥.

مما تقدم يتضح أن هناك فارق بين فكرتى الشخص والعاقد، وفى هذا الصدد يمكن القول بأن الشخصية، هى صلاحية مجردة لثبوت الحقوق والتحمل بالإلتزامات. أما العاقد فيعنى به صلاحية شخص معين لمباشرة الإيجاب والقبول لصالح نفسه أو نيابة عن غيره[1].

الفرع الثالث
التمييز بين مصطلحى العاقد والطرف

لا تطابق بين مصطلحى العاقد والطرف، فهذا الأخير قد ورد فى المبدأ القائل بأن العقود لا تتعدى آثارها إلى غير أطرافها، وشاع إنتشاره منذ القدم، وتناولته أقلام الفقه وأحكام القضاء، وبرغم ذلك ظل هذا المصطلح بعيداً عن تحديد دلالته الفنية، التى كانت ــ وما زالت ــ محلاً لخلاف، مما أدى إلى إختلاط هذا المصطلح بإصطلاح العاقد. على الرغم من الإختلاف الجوهرى بينهما، فالشخص قد يسهم فى تكوين العقد، أى يكون عاقداً إلا أنه فى ذات الوقت لا يكون طرفاً فيه، ومثال ذلك النائب حيث يسهم فى تكوين العقد ورغم ذلك لا يكون طرفاً فيه، فالنائب وإن كان طرفاً فى إبرام العقد إلا أنه لا يكون طرفاً فى الآثار.

ولا شك أن عدم التطابق بين المدلول الفنى والقانونى لمصطلحى "الطرف ــ العاقد"، يظهر بوضوح فى كثير من الأنظمة القانونية ــ نتاج المذهب المادى ــ التى يتصل عملها بآثار التصرفات القانونية. خاصة النظام القانونى للمقاولة من الباطن، حيث لا يتسع المدلول الفنى والقانونى للعاقد، لتحديد المركز القانونى لكل من رب العمل والمقاول من الباطن بالنسبة للعلاقة القانونية التى ترتب لهما آثار قانونية. فرب العمل لم يقم بالمشاركة فى إبرام عقد المقاولة من الباطن، أى لا يعد عاقداً، ورغم ذلك فإن هذا العقد يرتب آثار له أو عليه. وكذا المقاول من الباطن لا يعد عاقد ــ لم يشارك فى تكوين ــ فى عقد المقاولة الأصلى، رغم أن هذا العقد يرتب آثاراً له.

---

[1] راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠١.

ومصطلح العاقد لا يتسع ــ كما بينا ــ لتحديد المركز القانونى لكل من ب العمل والمقاول من الباطن فى حين لا يحدث ذلك حسب المدلول الفنى القانونى للطرف كما وضحه بعض الفقه، فهذا المدلول سيمكننا من القول بأن كل نهما طرف فى العقد الذى رتب له الحقوق والالتزامات وليسوا من الغير لنسبة له.

لذا فإننا سوف نحاول إلقاء الضوء على ما إنتهى إليه الفقه فى تحديده مركز القانونى للطرف، محاولين إظهار العناصر الضرورية التى يلزم توافرها ى الشخص ليكون صالحاً لوصف الطرف.

المطلب الثانى

الآراء التى قيلت بشأن تحديد المفهوم الفنى للطرف

مهيد وتقسيم:

قد قيل بشأن تحديد مفهوم الطرف فى العقد آراء كثيرة. سوف نحاول عرض بعضها بإيجاز، دون مناقشة وتفنيد، محاولين إلقاء الضوء على الخلاف لفقهى والقضائى حوله[1].

لذا سنقسم دراستنا إلى ثلاثة فروع، هى:

لفرع الأول: الإتجاه القائل بتحديد الطرف فى العقد لحظة إبرامه

لفرع الثانى: الإتجاه القائل بتحديد الطرف فى العقد لحظة إبرامه وفى مرحلة تنفيذه.

لفرع الثالث: تعليق الباحث والتعريف المختار.

---

(١) راجع فى عرض الخلاف الفقهى حول الطرف. د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٣ وما بعدها. د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦٣ وما بعدها ــ د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٢. د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرج السابق ــ ص ١٢٣ وما بعدها. د ــ محمد محى الدين إبراهيم سليم - المرجع السابق ــ ص ٢١ وما بعدها. د ــ حسام كامل الأهوانى ــ المرجع السابق ت ص ٢٣٠ وما بعدها.

الفرع الأول
الإتجاه القائل بتحديد الطرف في العقد لحظة إبرامه

رأى البعض أن الطرف فى العقد، هو من يظهر فى التصرف بإعتباره صاحباً له[١]. وإذا كان لهذا القول حق فى جانب منه إلا أن كلمة صاحبه "ليست أكثر وضوحاً من كلمة طرف"[٢]. وبالتالى فإنه لا يصح بناء تعريف على أساس أمر يحتاج إلى إيضاح، وحاول أنصار هذا الرأى إيضاح كلمة صاحبه، بالقول أنها تعنى الشخص الذى أسهم فى تكوين العقد، برض صحيح فى وجوده وإرادة صدر عنه التعبير عنها وفقا للقانون[٣]. وإذا كان هذا الإيضاح ينطوى على قدر من الصحة لا يمكن إنكاره، ذلك أن الشخص الذى يساهم فى تكوين العقد يكون طرفا فيه، لكن ما لا يمكن السكوت عنه إنكاراً، أن ذلك ولئن كان يستقيم فى حالات، فإنه لا يستقيم فى حالات أخرى، لا يكتسب فيها الشخص وصف الطرف فى العقد، على الرغم من أنه قد ساهم فى إبرامه"[٤]. ومثله التعاقد عن طريق النيابة[٥]. فضلاً عن ذلك، قد يقوم شخص بدور هام فى عملية إبرام العقد، وبرغم ذلك لا يعد طرفاً فيه، من ذلك من يقوم بأداء وظيفة عامة، ومثال ذلك موثق العقود[٦].

---

(١) راجع فى ذلك:
Demogue-Traite des obligations T-Lu sources des obligations. 1924, Paris, p.631.
مشار إليه لدى مرجع: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق - ص ١٠٢ هامش ١١. د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ رقم ١١١ ــ ص ١٦٣.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٣ ــ رقم ١١١.

(٣) راجع فى ذلك فيل وتيريه ــ مبدأ نسبية أثر العقود ــ رقم ٥٥ ص ٥٤ رقم ٥٠٣، ص ٥٢٦، رقم ٥٠٥ ص ٥٢٨. مشار إليه لدى د ــ طلبه وهبه خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦٤.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦٤.

(٥) راجع فى ذلك من الفقه الفرنسى:
Marty et Raynaud-Droit civil. T-2 Les obligations-ed Parise-1962, p.216, B. Starckt, H. Roland L. Boyer-Droit Civil Les obligations and contrat 6ed, Litec, 1999, p.502, no.1449. J. Ghestin-M. Biviou-Traite D Droit civil les obligations Les effects Du Contrat L.G.D.J., Paris 1992, p.60 ets no.510 ets.
راجع أيضاً من الفقه العربى. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٣ وما بعدها. د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٥ وما بعدها. راجع أيضاً فى هذا البحث ما سوف نوضحه لاحقا ص ٦٤٤ .

(٦) Civ. 3e-28 Oct-1992, RTD Civ-P123-Ob. J. Mestre.

وهناك من يرى أن الطرف هو من أسهم فى تكوين التصرف[١]. وإذا كان هذا الرأى ينطوى على جانب من الصحة، خاصة فى الحالة التى يكون من شارك فى تكوين التصرف هو نفسه من تتصرف إليه آثار هذا التصرف. ولكن يعيب هذا الرأى، أن الشخص قد يساهم فى إبرام العقد ولا يعد طرفاً فيه. فهذا الرأى إذا يخلط بني مصطلحى الطرف والعاقد. ويأخذ عليه أيضاً تأثيره الشديد عند تفسيره النص الذى يقرر مبدأ النسبية بالنظرة الشخصية للإلتزام[٢]، والتى تقصر فكرة الطرف، فى إطار العلاقات التعاقدية، على الأشخاص الذين ساهموا فى تكوين التصرف القانونى، دون الأخذ فى الاعتبار الوجود الجسدى، أو التنفيذ المادى لهذا التصرف"[٣]. فضلاً عن ذلك فإن فكرة الطرف كما يراها أنصار هذا الرأى، لا يمكن أن تستوعب الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى للإلتزام، ومنها نظام المقاولة من الباطن [٤]، والاشتراط لمصلحة الغير وغيرها من الأنظمة.

وإذا قيل أن الطرف هو من أبرم العقد سواء بنفسه أو عن طريق نائب، فإن هذا الرأى، وأن كان قد جعل من الأصيل، الذى لم يساهم فى إبرام العقد بنفسه طرفاً فى التصرف، وتلافى بذلك أحد أوجه النقد السابق توجيهها إلى الرأى السابق إلا أن هذا الرأى ــ محل المناقشة ــ لم يسلم من أوجه النقد الأخرى[٥].

---

(١) راجع فى عرض هذا الرأى: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١١٥ وما بعدها. وراجع ما أشار اليه سيادته من مراجع هامش ١٧٠ ص ١١٦. وراجع أيضا:

G. Marty et P. Raynaud, Obligations

الجزء الأول ، الطبعة الثانية ــ ١٩٨٨ ــ رقم ٢٦٢. ففى رأيهما أن الأطراف "هم الأشخاص الذين أبرموا العقد، أى الذين أبدوا هم أنفسهم رضاهم، أو كانوا ممثلين لا لإبرامة" أى من شارك فى تكوين العقد فقط، سواء انصرف الأثر الملزم للعقد لنفسه أو لغيره. راجع أيضا: Obligations, J. Flour et J. Aubert، المجلد الأول ــ الطبعة الخامسة ــ رقم ٤٣٣، وفى عرضهما للأطراف "الأطراف هم الأشخاص الذين أبرموا العقد".

راجع أيضاً فى هذا البحث، ما سبق أن أوضحناه بشأن التفسير الضيق لمبدأ نسبية أثر العقود، ص ١٦٨ وما بعدها وراجع أيضاً ما أشرنا إليه من مراجع فى هامش الصفحات المشار إليها.

(٢) ويرى أنصار هذا الرأى أن المشرع استقى النص الذى يقرر مبدأ النسبية من القانون الرومانى.

(٣) راجع فى ذلك ــ د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥ وما بعدها ــ د ت نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦ وما بعدها.

(٤) حيث ترتب على ذلك إعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار. راجع فى هذا البحث ص١٥٨ وما بعدها (حجج وأسانيد الرأى القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار).

(٥) راجع أوجه النقد الموجهة إلى الرأى السابق.

أما تعريف الطرف بأنه من تتأثر ذمته بالتصرف، نجده قولاً صحيحاً فى جانب منه، ولكن إذا كان كل طرف يتأثر بالتصرف[١]، إلا أنه "ليس معنى تأثر الشخص بعلاقة تعاقدية معينة، هو خروجه من منطقة الغيرية، ودخوله منطقة التعاقد"[٢].

ويرى الباحث، أن الجامع بين الآراء السابقة، إرتكازها فى تحديدها لمفهوم الطرف على وقت تكوين التصرف القانونى، دون الأخذ فى الإعتبار مرحلة تنفيذه، وإذا كان تحديد الطرف وقت إبرام التصرف يقدم فائدة مؤداها أن "كل طرف سيعول على ذلك مما يجعله يتعرف على من سيلتزم فى مواجهته فيرتب أوضاعه التعاقدية على هذا الأساس". وهذه الفائدة لم ينكرها أحداً من الفقه، إلا أن هذه الآراء جميعاً قد وجه إليها نقد أساسى، لقصرها مفهوم الطرف على من شارك فى إبرام العقد فقط دون غيرهم، هذا فضلاً عما وجه إلى كل رأى من انتقادات قد عرضناها. وسوف نعرض فيما يلى لآراء فقه آخر، يأخذ فى الإعتبار عند تحديده لمفهوم الطرف مرحلة تنفيذ العقد، فضلاً عن مرحلة تكوينه.

الفرع الثانى
الإتجاه القائل بتحديد الطرف فى العقد لحظة إبرامه وفى مرحلة تنفيذه

من المسلم به أن الأصيل ــ فى النيابة فى التعاقد ــ يعد طرفاً فى العقد دون أن يكون قد شارك فى إبرامه. ذلك أنه هو من يتحمل الآثار الناشئة عن العقد[٣].

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٢.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٨ وما بعدها حيث بيَّن سيادته فى هذه الصفحات ضوابط مبدأ نسبية آثار التصرفات.

(٣) راجع فى ذلك من الفقه: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٦ وما بعدها ــ ص ٢٦٧ وما بعدها. د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٦٢ . د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق - ص ٩٢ وما بعدها. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥٢ وما بعدها.

راجع أيضاً ــ جاك جستان وكريستوف جامان ومارك بيو ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤٦.

G. Marty et P-Raynaud-Op.Cit-n°262.

إنطلاقاً من هذه المسلّمة، بدأ الفقه يتساءل عما إذا كان يمكن اسناد صفة الطرف فى العقد إلى الأشخاص الذين يعتبرون دائنين أو مدينين بالنسبة للعقد، أى الأشخاص الملزمين بالأثر النسبى للعقد[١]، إلى جانب الأشخاص الذين شاركوا فى تكوين العقد، أى الأشخاص الذين أعلنوا رضائهم صراحة بشأن إنشاء العقد.

ويرى هذا الفقه، أن فكرة الطرف يجب أن تتضمن ــ بصورة عامة ــ الأطراف المرتبطين، بمعنى الأشخاص الذين برغم كونهم لم يشاركوا فى إبرام العقد بإرادتهم، إلا أنهم أصحاب حق فى أصول أو خصوم الآثار الملزمة التى يخلفها العقد[٢]. أى أن الأطراف هم أولئك الذين يلتزمون بالآثار الملزمة للعقد، حتى ولو لم يكن ممن شارك فى إبرامه.

وبالتالى فإن هذا الفقه إذ يحدد الطرف، التحديد السابق بيانه، يكون قد هجر التفسير الضيق لمبدأ نسبية أثر العقود، ذلك التفسير المتأثر بمبدأ شخصية الإلتزام، شخصية الرابطة العقدية[٣]، والذى يقصر فكرة الطرف على الأشخاص الذين، شاركوا فى تكوين العلاقة التعاقدية فقط[٤].

وارتكاز تحديد المركز القانونى للطرف، على الإرتباط، بالأثر الملزم للعقد، آثار تساؤل حول الوقت الذى يتم فيه تحديد الطرف، هل يكون وقت إبرام العقد فقط ، أم أنه يجب أن يأخذ فى الحسبان وقت تنفيذه؟.

---

(١) راجع فى ذلك:
J. Ghestin-M. Biviau. Traite De Droit civil "Les obligations", Les effects Du contrat L.G.D.J. Paris, 1992, no 571-p.561, V. ensens, G. FARJAT, DROIT PRIVE DE L'ECONOMIE. Iii. Theorie des obligations. 1975, p.75. C.F. M. Storck, Essai Sur le mecanisme de la representation dans les actes juridiques, these stratourg, L.G.D.J. 1982, Preface D. HUET-Weiller-n° 48.

(٢) راجع فى ذلك من الفقه الفرنسى: المراجع التى أشرنا إليها بالهامش السابق. وراجع أيضاً:
Chappelle: L'arbitrage et le tiers-Le droit des personnes morales (group de societe intervention d'etat) revue de l'arbitrage-nIII, 1988, p.484. Roland (Henri et Boyer (Lourant) Obligations II Contrat N-1975, p.597. Letec-Paris-1993.
راجع من الفقه العربى: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥ وما بعدها. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٧ وما بعدها. د ــ حسام الدين كامل الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٠، د ــ محمد محى الدين إبراهيم سليم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣ وما بعدها.

(٣) راجع فى هذا البحث، ص٥١٥ وما بعدها (تأثير الفهم الرمانى لمبدأ نسبية أثر العقود على فكرة الطرف فى العقد).

(٤) فأصبح هناك إقتناعاً بأن الشخص قد يكون طرفاً فى العقد، بالرغم من أنه لم يشارك فى إبرامه.

ويجيب غالبية الفقه ــ وبحق ــ على هذا التساؤل، بأنه متى كان الطرف يتحدد بالأشخاص الذين يلتزمون بالآثار الملزمة للعقد، فإن وقت تحديد صفة الطرف، يجب أن يكون هو الوقت الذى يكون فيه تقدير هذه الصفة مفيداً، وهذا الوقت ليس هو وقت تكوين العقد فحسب، بل أيضاً لحظة تنفيذ العقد[١].

---

[١] راجع فى ذلك من الفقه الفرنسى:

G. Marty et P-Raynaud-Op.-Cit-no 262

ويلاحظان سيادتهما أن "حلقة الأطراف ليست محددة نهائياً فى آونة تكوين العقد". راجع أيضاً Ph-Malaurie et L-Aynes-Op.-Cit-no 431 ets. وقد لاحظا أنه لتحديد صفة الطرف لا يكفى الوقوف عند وقت تكوين العقد فحسب، ذلك "أن البعض من الغير يتحولون منذ إبرام ــ العقد ــ الإتفاقية، أو خلال تنفيذ العقد إلى أطراف يلتزمون بالآثار الملزمة للعقد. ففئة الغير إذن متغيرة، لذا فإن فئة الأطراف لا يتم تحديدها بصفة نهائية خلال إبرام العقد". وحددا سيادتهما فئات متنوعة من الغير، مع ملاحظتهما أن البعض منهم يصبحون أطراف خلال تنفيذ العقد راجع فى ذلك 433 no ويرى نفس الفقيهان أن دائرة الأطراف لا يتم تحديدها بشكل نهائى لحظة إنشاء العقد، بل يجب ــ أيضاً ــ تحديدها فى اللحظة التى يرتب فيها العقد آثاره الملزمة وهى لحظة تنفيذ العقد.

راجع أيضاً J Ghestin-M. Billiau-Traite De Droit Civil Les obligations les effects Du contrat-Op-Cit-no 510 ets, p. 560 ets.

وراجع أيضا لنفس الفقيه ــ المطول فى القانون المدنى ــ مفاعيل العقد وآثاره ــ ترجمة منصور القاضى ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٦٤ وما بعدها ــ رقم ٣٦٣ .

B. Starck, H. Roland-L-Boyer-Drot Civil les obligations 2 contrat-6 ed Litec 1999-no1459, p.506. Chappelle-Op-Cit-no III, P.484, Roland (Henri) et Boyer (Lourant), Op. Cit-no1275, p.527, M-Bacache-Gibeili-Op-Cit-109 ets. P.99 ets. L arroumet, Droit Civil, T.3, Les obligations – Le contrat, 2e ed. 1990, no 741 ets et 775 ets; Ph-Malauric et L-Aynes, Droit civil, les obligations, 3ed 1992, no 658 ets

وقد سبق ان أشرنا إلى الطبعة الثانية من مؤلفهما فى نفس هذا الهامش، ولم يخرجا فى هذه الطبعة ــ الثالثة ــ عما قالاه فى نفس الموضوع فى الطبعة الثانية.

راجع أيضا:

Mazeaud et F. Chabas, Lec, ons de droit civil T.2, Vol. I, obligations-Theorie generale, 8e ed 1991, no 745 ets. V. J. Flour et J.L. Aubert, Les obligation Vol. ler, L'acte Juridique 6e ed. 1992, no 447 ets.

ونود أن ننوه أن سيادتهما قد قالا فى الطبعة الرابعة من هذا المؤلف "أن الأطراف هم الأشخاص الذين أبرموا العقد، فقرة رقم ٤٣٣، وهذا يعنى أنهما كانا يحددان أطراف العقد وقت ــ تكوينه ــ إبرامه". ولكنهما عدلا عن هذا التصور فى الطبعة السادسة لهذا المؤلف، ففى تحديدهما للأطراف والغير قالا أن "التعارض البات بين الأطراف والغير، فى زمن تكوين العقد، يجب إعادة النظر فيه على صعيد تنفيذ العقد".

وفى ذات المعنى راجع فى هذا البحث، الذى سبق أن أشرنا إليه من مراجع للفقه الذى ينادى بفكرة الأسرة العقدية، وذلك فى هامش٢ ص٣٤٥ وما بعدها.

ويتفق الباحث مع هذا الرأى، ذلك أن وقت تنفيذ العقد هو الوقت الذى يتعين فيه معرفة الأشخاص الملتزمة بالآثار الملزمة للعلاقة التعاقدية[١]، ففى هذه المرحلة يبدأ كل طرف فى أداء الإلتزامات التى تثقل كاهله، ويجب عليه أدائها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية والأمانة والتعاون[٢].

=ومن الفقه العربى راجع: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٢٥ وما بعدها. وراجع لسيادته فى هذا المعنى ــ أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١١ وما بعدها، ومؤلفه ــ المفهوم القانونى للمستفيد من التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية عن حوادث المركبات الآلية "وفقاً للقانون الكويتى والمصرى ــ مطبوعات جامعة الكويت ــ ١٩٩٤ ــ ص ٢٢ وما بعدها. د ــ حسام الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٠. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٧ وما بعدها. د ــ نجم حمد الأحمد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥١٨ ــ د ــ هناء خيرى أحمد خليفه ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٢ وما بعدها. راجع أيضاً: د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٠ وما بعدها. وراجع فى ذات المعنى من الفقه الفرنسى:
J-Ghestin-L'utile et le juste dans les contrats-Arch-philo-Droit, TXXVI-1981-P.35 ets. Trigeaud (J-M) Justice et Fidelite dans les contrats-Arch-Phillo-Droit-TXXVIII-1983-p.707 ETS Hassler (T), L'interet commun.Rev. Trim-d--com-1984, p.630..

(١) نظراً لأهمية مرحلة تنفيذ الإلتزامات العقدية فقد أولاها المشرعون اهتماماً.

(٢) راجع من ذلك نص المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى المصرى، حيث جاء بها "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، وراجع أيضاً نص المادة ٣/١١٣٤ مدنى فرنسى، حيث تقضى بوجوب تنفيذ الإتفاقات بحسن نية.
ولم يكن المشرع فقط من اهتم بمرحلة تنفيذ الإلتزامات بل فعل ذلك الفقه أيضا وذلك فى المؤلفات التى تتناول مصادر الالتزام أو نظرية العقد، وهذه المراجع كثيرة نذكر منها من الفقه العربى.: د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٩ وما بعدها ويرى سيادته أن مبدأ حسن النية يصح النظر اليه من زاويتين: الأولى: "يقضى هذا المبدأ على المتعاقد تنفيذ العقد بإتباع الطرق التى تفرضها الأمانة" ثم شرح سيادته هذه الزاوية ص ٤٤٠ وما بعدها. أما الزاوية الثانية: "يقضى هذا المبدأ بأن يتعاون الطرفان فى تنفيذ العقد وهو ما يطلق عليه الفقه الفرنسى واجب التعاون ثم أوضح سيادته أيضاً المقصود بذلك ص ٤٤٢ وما بعدها. راجع فى ذلك أيضا د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠٥ وما بعدها. د ــ أيمن إبراهيم العشماوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٦ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء الأول ــ نظرية الالتزام بوجه عام ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥١١ وما بعدها.
Ghestin (J): L'utile et le juste les contrats, Arch. Philo. Droit, T.XXXVI, 1988, p.35 ets. Rigeaud (J.M) Justice et fidelite dans les contrats. Arch. Philo. Droit, T. XXVIII, 1983, p. 207 ets, Hassler (T): L'interet commun, Rev. Trim. Dr. Com. 1984, p. 630.
جميع المراجع السابقة ــ وغيرها ــ تشير إلى أهمية مرحلة تنفيذ العقد، وأن هذه المرحلة هى التى يجب فيها تحديد الشخص الملتزم بأثار العقد، ذلك أن هذا الشخص هو من يجب أن ينفذ الإلتزامات التى رتبها العقد على عاتقه، ويلتزم بما يوجبه التنفيذ من حسن نية وتعاون وأمانة. فإذا لم ينفذها طواعية، تحركت المسئولية العقدية ضده، وجاز إجباره على التنفيذ.

فضلاً عن ذلك، إن المسئولية العقدية لا تتحرك إلا لحظة دخول العقد مرحلة التنفيذ، فلا تقوم هذه المسئولية بمجرد إبرام العقد، بل يشترط لقيامها، عدم قيام الملتزم بآثار العقد بتنفيذ إلتزاماته، أو إخلاله بتنفيذها[١]. وترتب على ذلك الإضرار بالطرف الآخر.

تعريف الفقه للطرف وفقاً للإعتبارات السابقة:

اتضح فيما سبق، أنه لا يوجد أحد من الفقه الآن يعارض فى إمتداد آثار العقد الملزمة إلى غير من أبرموه[٢]، وأن الطرف هو من يرتبط بإرادته بآثار العقد الملزمة، سواء شارك فى إبرام العقد أم لا، أما الغير فهو من يلتزم بمراعاة الأثر الملزم للعقد، دون أن يكون فاعلاً أو منفعلاً به[٣].

---

(١) راجع فى ذلك، المراجع التى تناولت شروط تطبيق قواعد المسئولية العقدية، وذلك بالمؤلفات الخاصة بمصادر الإلتزام أو نظرية العقد، وهى كثيرة ومتنوعة نذكر منها: د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠٩ حيث يقول سيادته " أن بحث المسئولية العقدية بتحديد مجالها، إنما يرتبط بعدم إمكانية التنفيذ العينى للإلتزام"، راجع أيضاً ص ٥١٢ وما بعدها. د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٤ ــ رقم ١٢٦، حيث يقول سيادته "ينعقد العقد لكى ينفذ والطبيعى أن يتم هذا التنفيذ طواعية وفى الموعد المتفق عليه فينتهى الأمر عند هذا الحد .. .. غير أن هذا التنفيذ الاختيارى والذى يتم فى الموعد المحدد قد لا يتحقق. فقد لا يكون هناك تنفيذ إطلاقاً او قد يكون هناك تنفيذ ولكن ليس بالشكل المتفق عليه سواء من حيث الكم أو النوع أو الموعد أو أى وصف آخر متفق عليه. وحينئذ يحرك الدائن الجزاء المقرر أو يستثير القوة الملزمة للعقد لكى يرغم المدين على تنفيذ التزامه بالشكل المتفق عليه ....". د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٣٤ وما بعدها ــ رقم ٤٢٤ ــ وما بعدها، د ــ محمود جمال الدين زكى ــ مشكلات المسئولية المدنية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٢١٧ وما بعدها ــ رقم ٤١ وما بعدها، ويقول سيادته "لا يكفى، لقيام المسئولية العقدية، وجود عقد بين المسئول عن الضرر ومن كان ضحيته، بل يجب، كذلك رجوع الضرر إلى الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عنه" د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٠ وما بعدها ــ بند ٣٣٠ وما بعده. د ــ محمد الشحات الجندى ــ ضمان العقد أو المسئولية العقدية ــ فى الشريعة الإسلامية مقارناً بالقانون المدنى ــ ١٩٩٠ ــ دار النهضة العربية ــ ص ١٤٠ وما بعدها. وراجع أيضاً من الفقه الفرنسى، ما أشار إليه أستاذنا الدكتور ــ طلبة وهبة خطاب ــ نفس المرجع السابق ــ ص ٥١٢ هامش ١.

(٢) راجع فى ذلك: جاك جستان ــ بالتعاون مع كريستوف جامان وماك بيو ــ مفاعيل العقد أو آثاره ــ مرجع سبق ــ ص ٤٤٧ وراجع أيضاً ما أشار إليه سيادته من مراجع هامش (١) نفس الصفحة وراجع فى هذا البحث ص ٥٧٩ وما بعدها.

(٣) راجع نفس المراجع المشار إليها بالهامش السابق.

وبدءاً من هنا، ظهرت محاولات عديدة من الفقه لتحديد مفهوم الطـرف، ونحن فى هذا الموضع لن نقوم بسرد كافة التعريفات التى قال بها الفقـه، ولكننـا سنحاول بإيجاز عرض أهم ما انتهى إليه فى هذا الصدد.

لعل أهم هذه التعريفات وأبرزها، ما قاله جستان[١]، حيث عرف سـيادته أطراف العقد، وقد جاء فى تعريفه "أنهم كل الأشخاص الذين قبلوا أن يبقـوا، أو أن يصبحوا دائنين أو مدينين بالأثر الملزم للعقد"[٢]. وبعبارة أخرى ــ أكثر وضـوحاً ــ تنسب له "ينطبق وصف الطرف على كافة الأشـخاص الـذين ارتبطـوا مـع رضائهم الفعلى، أياً كان الشكل أو التوقيت، بالآثار الملزمة للعقد"[٣].

وعرض سيادته للحالات ــ والفقه المتفق معه ــ التى ينطبق عليها وصف الطرف، مميزاً بين مرحلتى إبرام العقد وتنفيذه.

ففى مرحلة إبرام العقد، يعد طرفاً، الأشخاص الذين ساهموا فـى تكـوين العقد بالتعبير بأنفسهم عن إرادة الإرتباط به [٤]، وكـذا الأشـخاص الممثلـون ــ

---

(١) راجع فى ذلك:

J. Ghestin, M. Billiau, Traite De Droit Civil "Les obligations les effects Du Contrat, L.G.D.J., Paris, 1992, no 566 ets, p.554 ets.

وقد عرض سيادته لرؤيته بخصوص التمييز بين الأطراف، والغير بالنسبة للعقد، وذلـك فـى فصـل كامل، هو الفصل الثانى من مطوله الخاص بالعقد. وعندما نشر هذا الفصل فـى المجلـة الأسـبوعية القانونية كان محل اهتمام كثير من الفقه نذكر منهم على سبيل المثال.

J. L. Auberi, B. Starck, H. Roland, L. Boyer

ونظراً لأهمية هذا الموضوع ــ التمييز بين الطرف فى العقد والغير ــ فإن بعض من الفقه قـد انتقـد جستان فى هذاالصدد، والبعض الآخر قد وافقه. الأمر الذى جعل جستان وبحق، يحلل هذه الإنتقـادات خاصة البناء منها، وقام بتعديل مفهوم الطرف فى العقد، آخذاً فى الإعتبار ما تعـرض إليـه تعريفـه السابق لنقد. وذلك فى مطولة لقانون المدنى ــ مفاعيل العقد أو آثاره ــ عام ٢٠٠٠ ــ ص ٤٤٦ ومـا بعدها ــ رقم ٣٣٥ وما بعدها، واشترك فى تأليفه كريستوف جامان ومارك بيـو وترجمـة منصـور القاضى ــ مراجعة د ــ فيصل كلثوم.

(٢) راجع فى ذلك:

J. Ghestin, M. Billiau, Traite De Droit Op.Cit. P. 577, Ets. No 593.

(٣) J. Ghestin, M. Billiau, Op. Cit. p.563

(٤) وهذه الحالة أجمع عليها الفقه، طالما عبر الشخص عن إرادة الإلتزام بالأثر الملزم للعقد، راجع فى ذلك من الفقه وعلى سبيل المثال د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجـع السـابق ــ ص ٤٦٤. د ــ سـليمان مرقس ــ نظرية العقد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٦٠ وما بعدها ــ د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٩١ وما بعدها. د ــ أحمد سلامة ــ مذكرات فى نظرية الالتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٦٣ وما بعدها. د ــ حسام الأهوانى ــ النظرية العامة للإلتـزام ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٣٠ وما بعدها. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ نظرية

الموكلون ــ الذين ساهمت إرادتهم بصورة غير مباشرة فى تكوين العقد [١]، وكذا الاشخاص الممثلون الذين ليسوا أطراف فى العقد إلا بواسطة إرادة ممثل يعمل بمقتضى القانون[٢].

أما فى مرحلة تنفيذ العقد، فيعد طرفاً، الأشخاص الذين أعطوا رضائهم قبل إبرام العقد[٣]، والأشخاص الذين أعطوا رضائهم عقب إبرام العقد، كالمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير[٤]، والخلف العام، والخلف صاحب حق معين على التركة (الموصى له) [٥]، ويعد طرفاً أيضاً المحال إليه فى حوالة الدين أو حوالة

=العقد والإرادة المنفردة ــ =مرجع سبق ذكره ــ ص ٥٧٠ وما بعدها. د ــ فيصل زكى عبد الواحد المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١١٥ وما بعدها.

وراجع من الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

J. Ghestin, M. Billiau, Op. Cit. P. 564 ets – n 515 ets B. Starckt, H. Roland, L. Boyer, Op. Cit-p.506 ets no 1460 ets, J.L. Aubert, Op. Cit 261 ets.

(١) راجع نفس المراجع بالهامش السابق.

(٢) راجع فى ذلك على سبيل المثال:

Geffucci-Thibierge: De L'elargissement de la notion de partie ou contrat ... a l'elagissement de la portee de principe de l'effet.

المجلة الفصلية للقانون المدنى ــ ١٩٩٤ ــ ص ٢٧٥ وما بعدها. راجع فى هذا المقال بصفة خاصة رقم ٦ وما بعدها، رقم ١١ وما بعدها. راجع أيضاً جستان ــ المطول فى القانون المدنى ــ مفاعيل العقد وآثاره ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٦٣ وما بعدها رقم ٣٤٩.

(٣) ومثاله المتبوع الذى رخص لشخص آخر بموجب عقد تكليف، وهو التابع، بإبرام عقد باسم ولحساب المتبوع. ففى هذه الحالة، يكون هذا الأخير قد قبل وبصورة مسبقة أن يكون دائن أو مدين، وفقاً للعقد المبرم بطريق آخر ولكن لحسابه. فإذا أعطى المتبوع رضائه بصورة مسبقة فإنه قد اكتسب بذلك صفة الطرف. راجع فى تفصيل ذلك:

J. Ghestin, M.Billiau, Op. Cit. P. 567 ets no 582.

ويرى سيادته أنه يدخل فى هذه الفئة المفوض، الذى فوض آخر إبرام عقد باسمه ولحساب الأول.

(٤) راجع فى ذلك:

J. Ghestin, M. Billiau, Op. Cit, p.568 ets no 584, B. Starkt, H. Roland, L. Boyer, Op. Cit., p. 506, no 1460.

وراجع بالتفصيل من الفقه العربى. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٥ وما بعدها

(٥) فبرغم أن واقعة الوفاة، هى التى أدت إلى إنتقال التركة، إلى الخلف العام وكذا الموصى له. إلا أنه لا يمكن إعتبار أيهما طرفاً فى العقد الذى أبرمه سلفة، إلا إذا قبل الأول التركة، وقبل الثانى الحصة الموصى بها له. فيكون كلاهما قد عبر بإرادته ــ سواء صراحة أو ضمناً ــ عن الالتزام بالأثر الملزم للعقد ــ وبالتالى تنحصر صفة الطرف عن الخلف العام، أو الموصى له بحصته من التركة، إذا لم يقبل الأول الأرث، أو لم يقبل الثانى الحصة الموصى بها.

الحق[١]. ويعد طرفاً أيضاً المنضم إلى إتفاقية جماعية أو إلى شخص معنوى[٢].

هذا وقد تعرض تعريف جستان ــ والذى تبناه كثير من الفقه ــ لنوعين من النقد، أولهما من السيد Jean-Luc Aubert [٣]، وثانيهما: من السيدة Gelfucci-Thibierge [٤].

ويبدو أن نوعى النقد، قد وجها إلى الحالات التطبيقية التى عرضها جستان، والأسس التى بنيت عليها الحالات المتشابه، ومدى التجانس بينها. فحاول صاحب النوع الأول من النقد التضييق من هذه الحالات، بينما صاحبة النوع الثانى فقد حاولت إضافة حالات أخرى. وإذا كانا نوعا النقد هذان متناقضين من حيث الظاهر، إلا أنه بدراستهما وتحليلهما نجد أنهما متكاملين وبناءين أيضاً.

وإذا كان الموضع لا يتسع لعرض وتحليل نوعى النقد هذين فإننا سوف نقوم بإيجاز بعرض بعض ما اقترحته Gelfucci-Thibierge. فقد إقترحت

=راجع فى ذلك: المراجع التى أشرنا إليها فى هامش ٦، حيث تناول الفقه، أثر العقد بالنسبة للخلف العام، حيث بين الفقه الحالات التى ينصرف فيها أثر تصرف السلف إلى الخلف والحالات التى لا ينصرف فيها أثر العقد إليها.

(١) راجع فى ذلك من الفقه:

J. Ghestin, Milliau, Op. Cit. p.570, ets, no 586.

راجع بصفة خاصة من الفقه العربى: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٥ وما بعدها.

(٢) ذلك أن إتفاقيات العمل الجماعية قد تكون عقود مفتوحة تسمح بالإنضمام إليها، ويصبح من ينضم إليها طرفاً فيها، ويلتزم بآثارها الملزمة سواء إيجابا أم سلباً. كذلك من ينضم إلى شخص معنوى، كما لو اكتسب شخص جانب من أسهم ــ شخص معنوى ــ شركة، فيصبح طرفاً فى العقد الذى كون هذه ــ الشخص المعنوى ــ الشركة.

راجع فى ذلك بالتفصيل: جستان ــ المطول فى القانون المدنى ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٦٥.

B-Starckt, H. Roland, L. Boyer, Op. Cit-p.506.

(٣) حيث عبر سيادته عن هذه الانتقادات فى مقاله فى المجلة الفصلية للقانون المدنى عام ١٩٩٣، وهذه المقالة كان لها فضل كبير فى تحديد مفهوم الطرف فى العقد. فدراستها المتأنيه ــ خاصة فى تحليلها لما قاله جستان ــ قد إفادتنا كثير فى هذا الموضع من البحث، خاصة فيما يتعلق بالأسس التى يجب أن يبنى عليها تحديد مفهوم الطرف، ومن ثم تحديد الفئات التى تعد طرفاً فى العقد من عدمه.

وإذا كان هذا الموضع يضيق لعرض وتحليل ما جاء فى هذا المقال، فإننا سوف نكتفى بالإحالة إليه.

وإشارة هذا المقال:

J. L-Aubert: Apropos d'une distinction ren ouvelee des tarties et des tiers, RTD Civ (2), Ovr. Jun., 1993, p.63 ets.

(٤) راجع فى ذلك:

Gelfucci-Thibierge: De l'elargissement de la nostion de partie ou contrat ... a l'elagissement de la portée du principle de l'effet relative, RTD Civ. 1994, p. 275 ets.

سيادتها، أن يضاف إلى تحديد مفهوم الطرف على أساس الزمن ــ مرحلتى إبــرام العقد وتنفيذه ــ تحديد هذا المفهوم على أساس مصدر صفة الطرف، وترى سيادتها "أن مفهوم الطرف لا يمكن أن ينتج عن الإرادة وحدها، وإنما ينــتج أيضــاً عــن القانون" وتضيف إلى ذلك أنه "فى حين أن المقبول عموماً" اليوم أن القانون ينشــئ قوة العقد الملزمة، وأنه يساهم فى تحديد محتوى العقد حتى فى تعديله، فــلا شــئ يمنع من قبول إمكانية القانون ــ أيضاً ــ فى نسبة صفة الطرف فى العقــد إلــى شخص يوافق عليه عندما تفرض الأوامر الأسمى من إرادته ذلك". وتنتهى سيادتها إلى أنه "بإمكان الأطراف إذا أن يعتبروا أنفسهم أشخاصاً خاضعين للأثــر الملــزم للعقد بفعل إرادتهم أو بفعل القانون" وأنه "لا يمكن إعتبار الشخص طرفاً فى العقــد بفعل إرادة الغير وحدها"[١].

وقد أخذ جستان ما وجه إليه من نقد فى الإعتبار، وحاول تلافى بعضــه، وذلك بإعادة توزيع وتصنيف الطرف والغير، فعرف سيادته الطرف علــى النحــو التالى: "إن الأشخاص جميعاً الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بمفعول التمثيل الاتفاقى أو القانونى، أو انضموا إليه عندما يجيز القانون ذلك، أو الذين استبدلوا بــالأطراف المتعاقدين، بنقل وضعهم العقدى الذى يسمح به القــانون أو يفرضــه، ويكونــون مرتبطين، إيجاباً أو سلباً بآثاره الملزمة ويمتلكون الإمتيازات الخاصة بهذه الصفة، أى إمكانية تعديل العقد أو انهائه بإجراء عقدى، أى بتوافق الإرادات، هم أطــراف فى العقد"[٢].

الفرع الثالث
وجهة نظر الباحث والتعريف المختار

وبرغم من أن هذا التعريف يعد نقلة كبيرة فى اتجاه توسيع مفهوم الطرف فى العقد. ومع تقديرنا الشديد له، إلا أننا نلاحظ عليه، أنه من ناحيــة: قــد عــدد

---

[١] راجع ذلك: Ibid, no 24

ثم شرحت سيادتها وجهة نظرها. راجع Ibid no 25 ets

[٢] راجع فى ذلك: جستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو ــ المطول ــ مفاعيل العقد أو آثــاره ــ مرجع سق ذكر ــ ص ٤٦٨. وقد تبنى تعريف جستان للطرف جانب كبير من الفقه الفرنسى نذكر منهم وعلى سبيل المثال.

B-Starck, H. Roland, L. Boyer, Op. Cit, p.506, C. Guelfuci-Thibierge-Op. Cit. 275 ets.

الحالات التى يعد فيها الشخص طرفاً، بشكل يوحى بالحصر، فى حين أن تطور واقع الحياة، قد يسفر عن وجود حالات أخرى، منها مثلاً المتعاقد من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى، ورب العمل بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، وكذا المستأجر من الباطن بالنسبة لعقد الإيجار الأصلى، وغيرها من الأسر العقدية الأخرى[١]. فخالف بذلك إتجاه فقهى وقضائهى قوى ــ سبق أن عرضنا له ــ يرى أن الأطراف المتباعدة فى هذه الأسر العقدية يرتبطون ببعضهم برابطة عقدية موضوعية.

لذا كان من الأولى أن يحدد ــ فقط ــ معايير إعتبار الشخص طرفاً فى العقد، دون أن يحصر حالاته، حتى يفتح الباب أمام حالات أخرى، يمكن وصفها بالطرف، متى توافرت فيها هذه المعايير.

ومن ناحية أخرى، لا يمكن استنتاج معيار الطرف، من تمتع الشخص بسلطة طلب إبطال العقد، لا سيما لعيب فى الرضا، بحجة أن توافق إرادات الأطراف هو الذى كون العقد. ذلك أن إبطال العقد يمكن أن يطلب من الغير، على الأقل عندما يتعلق الأمر بالبطلان المطلق[٢]، مما يجعل هذا المعيار غير فعال. خاصة إذا أخذنا فى الإعتبار صعوبة إعمال هذا المعيار فيمن يوصف بالطرف فى مرحلة تنفيذ العقد[٣].

كما أنه لا يمكن استنتاج معيار صفة الطرف، من إمكانية طلب الفسخ القضائى للعقد. ذلك أن للغير فى حالات معينة، إمكانية طلب فسخ العقد، منها ــ مثلاً ــ المقترض الذى يستطيع فى حالة البيع فى صورة إيجار، بشرط أن يكون مستهلكاً، إقامة دعوى مباشرة لفسخ عقد البيع المبرم بين ومؤسسة للبيع فى صورة

---

(١) راجع فى هذا البحث ما عرضناه فى شأن الأسرة العقدية، ص ٣٤٩ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك من الفقه: د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦١ وما بعدها. د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٦ وما بعدها، د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٢ وما بعدها. د ــ سليمان مرقس ــ نظرية العقد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٢٨٤ وما بعدها. توضح هذه المراجع، وغيرها الخاصة بمصادر الالتزام أو نظرية العقد ــ حالات البطلان سواء المطلق أو النسبى ومن له حق طلب كل منهما، وخاصة أن للغير صاحب المصلحة الحق فى طلب إبطال العقد فى حالة البطلان المطلق.

(٣) راجع فى ذلك: Gelfucci-Thibierge-Op.-Cit. no39 ets.

صورة إيجار وكذا الكفيل الذى يمكنه أن يواجه الدائن الذى قاضاه بفسخ العقد الذى أبرمه هذا الدائن مع المدين الأصلى[١].

لذا فإن إمكانية طلب الفسخ القضائى للعقد لا يمكن أن تشكل معياراً كافياً لصفة الطرف.

وإذا كان ما سبق أن أوضحناه، يمثل رأى جانب كبير من الفقه فى الوقت الحالى، فى تحديده لمفهوم الطرف فى العقد، بإعتباره أهم التصرفات القانونية وأكثرها شيوعاً، إلا أن هذ الفقه لم يتعرض لتعريف الطرف فى التصرف بوجه عام.

هذا وقد تصدى بعض الفقه لتعريف الطرف فى التصرف، آخذا فى الإعتبار المآخذ التى قيلت بشأن التعريف السابق فجاء تعريفهم للطرف بأنه "من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية قانونية ومباشرة فيتأثر بأحكامه"[٢].

والباحث إذ يتبنى هذا التعريف ذلك أن هذا الأخير يضع معايير وضوابط عامة للطرف فى أى علاقة إرادية تتمثل فى معيارين[٣]:

الأول: ترتكز على فكرة الإرادة، فيجب أن تكون إرادة الشخص نفسه وتعبيره[٤]. وهذا يعنى أنه يلزم لكى يوصف شخص بوصف الطرف، أن يكون هو المعبر عن إرادته، وأن تكون إرادته هى المعتبره فى العلاقة بما لازمه من ظهوره فيها بشخصه، وأن تكون له جميع السلطات والمكنات التى يخولها الاتفاق لأطراف العلاقة. هذا ما نطلق عليه وصف الطرف المتعاقد.

الثانى: يستند إلى فكرة المصلحة أو الأثر[٥]، فيجب أن يتلقى من عبر عن إرادته ثمرة ونتاج هذا التعبير.

---

(١) راجع فى ذلك: Ibid, no. 40 ets

(٢) راجع فى ذلك من الفقه: د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٣ رقم ١١١ ويوضح سيادته ذلك بالقول "وتتضح صحة هذا التعريف إذا تذكرنا أن العقد يهدف دائما إلى إيجاد توازن وتوافق بين مصالح قانونية متعارضة .. .. ". راجع أيضاً: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٣.

(٣) راجع فى عرض ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٣.

(٤) وهو ما عبر عنه الفقه بضرورة أن لا يلتزم الشخص إلا بإرادته، فلا ينصرف أثر التصرف لمن لم يرتضيه. راجع فى هذا البحث ما أسلفناه بشأن آراء الفقه فى تحديد مفهوم الطرف ص ٥٧٩ وما بعدها وكذا المراجع التى أشرنا إليها بهذه الصفحات.

(٥) وقد بيّن أنصار الأسرة العقدية معيار المصلحة وضرورة توافره لإعتبار الشخص طرفاً. وراجع فى هذا البحث ص ٣٥٦ وما بعد ها، وما أشرنا إليه من مراجع وأحكام قضائية.

فإذا اجتمعا هذان المعياران فى شخص، كان صالحاً بذاته لأن يكون طرفاً فى علاقة قانونية إرادية، سواء كانت هذه العلاقة عقداً أم غيرها من التصرفات القانونية وذلك أن "إجتماع المصلحة مع القدرة الإرادية هو مناط اعتبار الشخص طرفاً، لأن المصلحة هى الهدف والتعبير عن الإرادة هو الأداة"[1].

ولما كان يجب لكى يوصف الشخص بالطرف، يجب أن يتوافر فيه المعيارين السابقين، القدرة الإرادية والمصلحة. فإننا إكتمالاً للفائدة ونظراً لأهميتها سوف نحاول إلقاء الضوء بإيجاز على كل منهما حتى يتسنى لنا الحكم على طبيعة العلاقة ــ محل البحث ــ بين رب العمل والمقاول من الباطن.

ولما كان الطرف مركزاً قانونياً، فإننا قبل أن نتعرض لبيان معياريه، سوف نلقى الضوء فى عجاله على أهلية إكتساب هذا المركز وشروط ممارسته.

المطلب الثالث
أهلية إكتساب المركز القانونى للطرف وشروط ممارسته

تمهيد وتقسيم

إنطلاقاً من أن الطرف يعد مركزاً قانونياً، هذا المركز ينطوى على حقوق وإلتزامات، رأينا أنه لزاماً علينا قبل أن ندلف إلى المعايير التى يجب توافرها فى الشخص كى يعد طرفاً، أن نلقى الضوء ــ بإيجاز كى تتم الفائدة ــ على أهلية إكتساب هذا المركز وكذا أهلية ممارسته، ذلك رغم أنهما ليسا من العناصر المكونة للمركز القانونى للطرف، إلا أنهما مفترض ضرورى فى شخصه.

لذا سوف نقسم دراستنا لهذا المطلب إلى فرعين، هما:

الفرع الأول: أهلية إكتساب المركز القانونى للطرف.

الفرع الثانى: أهلية ممارسة المركز القانونى للطرف.

---

[1] راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ نفس الإشارة السابقة.

الفرع الأول
أهلية إكتساب المركز القانونى للطرف

لاشك أن الطرف مركز قانونى، هذا المركز يحتوى على مجموعة من الحقوق والإلتزامات. وإبتداءاً من ذلك، نستطيع القول بأن من يملك الصلاحية لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات، يملك فى ذات الوقت الصلاحية لإكتساب المركز القانونى للطرف.

وإذا كانت صلاحية إكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات، تثبت لمن يتمتع بالشخصية القانونية. فإن المنطق القانونى يقضى بأن كل من يتمتع بهذه الأخيرة يكون أهلاً لإكتساب المركز القانونى للطرف.

وبالتالى لما كانت الشخصية القانونية تثبت لكل إنسان[1]، فإن هذا الأخير يمكن أن يكتسب صلاحية شغل المركز القانونى للطرف، وذلك بصرف النظر عن بلوغه أو عدم بلوغه سن التمييز، وبصرف النظر أيضاً عن وجود أو إنتفاء عوارض الأهلية.

كما يعترف بالصلاحية لإكتساب مركز الطرف، لكل كائن معنوى هادف ومنظم وله قيمة إجتماعية، متى اعترف له القانون بالشخصية القانونية[2].

وإذا كان كل شخص يكون أهلاً لإكتساب المركز القانونى للطرف، بمقتضى صلاحيته لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات. إلا أنه يرجع فى تحديد نطاق هذه الصلاحية إلى أهلية الوجوب، فهذه الأخيرة وإن كانت تتسع من حيث

---

(١) راجع فى هذا البحث ص٥٧٢ وما بعدها.

(٢) ونود أن نشير، إلى أنه إذا كانت الشخصية القانونية تثبت لغير الإنسان من الكائنات الإجتماعية ذات النشاط الهادف المنظم، إلا أنها لا تثبت للحيوان لفقده مناط ثبوتها، وهى إما الصفة الإنسانية وإما النشاط الهادف. فهذه الكائنات ــ ومثالها الحيوان ــ وإن كانت تتمتع بحماية القانون، إلا أن ذلك ليس معناه صلاحيتها لإكتساب الحقوق أو التحمل بالإلتزامات، وإنما تعد محلاً لحق يثبت لصاحبه وهو الإنسان أو الشخص فى لغة القانون، فهذه الحماية ليست مقصودة لذاتها بل أنها تتجه بطريقة غير مباشرة لحماية حق صاحبها عليها. فى هذا المعنى. راجع د. عبد المنعم فرج الصده ــ أصول القانون ــ طبعة ١٩٦٥ ــ ص ٣١٩. د ــ مصطفى الجمال ــ مناط الإلزام بالأحكام المدنية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٤٩. د ــ حسن كيره ــ المدخل إلى القانون ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥١٥. راجع فى هذا المعنى أيضاً د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١١٤ هامش ٣٢٨.

المبدأ لكافة الحقوق والإلتزامات، إلا أن المشرع قد ينص على الحد منها أو انتقاصها[١].

يتضح لنا مع أحد الفقه[٢]، "أن أهلية إكتساب مركز الطرف تتصل بالشخصية لا بالإرادة، بحيث يفترض صلاحية كائن قانونى معين لشغل مركز الطرف فى علاقة قانونية وذلك لتمتعه بالشخصية القانونية، ولهذا لا تعد أهلية إكتساب هذا المركز ــ التى هى إحدى المكنات التى تتضمنها أهلية الوجوب ــ من العناصر المكونة لمضمونه بالمعنى الدقيق، كما أنها بالتالى ليست نتيجة من نتائج إعتبار الشخص طرفاً، ولكنها فى الوقت نفسه مفترض ضرورى لهذا المركز وملازمة له ملازمة لا فكاك منها، بحيث لا يتصور طرفاً فى علاقة ما دون أن يتمتع بأهلية وجوب، وبالتالى أهلية إكتساب هذا المركز بإعتباره أحد المراكز التى يتمتع بها الشخص القانونى بصفته هذه، والتى تعتمد فى صحتها على موافقتها للقاعدة القانونية التى تقضى بأن كل شخص قانونى يتمتع بالأهلية من حيث المبدأ م ٤٨ مدنى"[٣].

وهذا يعنى أن أهلية إكتساب مركز الطرف، بما يتضمنه هذا المركز من حقوق وإلتزامات قانونية، مفترض ضرورى فى شخص التصرف، ولكنها رغم ذلك ليست من مكونات مركز الطرف[٤].

ولكن هل معنى صلاحية الشخص لإكتساب مركز الطرف، أنه يستطيع ممارسة هذا المركز؟. سوف نجيب عن هذا السؤال بإلقاء الضوء على شروط ممارسة مركز الطرف.

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١١٤ وما بعدها. وفى هذا المعنى. راجع د ــ أحمد عبد الحميد عشوش ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٨ وما بعدها. أحمد شرف الدين ــ مقدمة القانون المدنى ــ نظرية الحق ــ مرجع سبق ذكر ــ ص ٣٢ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥.

(٣) راجع فى ذلك المادة ٤٨ من القانون المدنى المصرى حيث جاء بها "ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها". راجع أيضاً نص المادة ١١٢٣ مدنى فرنسى حيث جاء بها:
"Toute personne peut contracter si elle n'en est pas declare incapaple par la loi ..."

(٤) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥.

الفرع الثانى
شروط ممارسة المركز القانونى للطرف

إذا كان توافر أهلية الوجوب ــ كما ذكرنا ــ تكفى لإكتساب الشخص المركز القانونى للطرف، وإذا كانت أهلية الوجوب ترتبط بالشخصية القانونية، وتدور معها وجوداً وعدماً. فإن أهلية ممارسة مركز الطرف تأتى بعد ذلك، ولا تمس هذا الوجود. ودليل ذلك أن القاصر ــ مثلاً ــ برغم كونه شخصاً قانونياً أهلاً لشغل مركز الطرف، إلا أنه ــ كقاعدة ــ ليس أهلاً لمباشرته[١].

لذا فإن أهلية وجود مركز الطرف تختلف عن أهلية ممارسته، فهذه الأخيرة تعد تعبيراً عن صلاحية الشخص لإستعمال الحق أو المركز لتحقيق مصلحة ذاتية ومباشرة فيتأثر بأحكامه[٢].

وهذا يعنى أن أهلية ممارسة المركز القانونى للطرف تتعلق بالشخص من حيث كونه قادر على أن يدرك ويمارس هذا الإدراك عن طريق التعبير عن إرادته المدركة، تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية، بما لازمه هذا الإدراك من أن يكون مميزاً. ذلك أن إعتداد القانون بإرادة الشخص وكونها تتجه لإحداث أثر قانونى، يتوقف على درجة التمييز، والأخير وحده هو الذى يمكن من إرتباط التصرف بأثره[٣].

ولكن لا يكفى لمباشرة مركز الطرف توافر التمييز فى الشخص، وإنما يجب إكتمال أهليته وبلوغه سن الرشد، دون أن يعتريه أحد عوارض الأهلية،

---

(١) إلا أن هناك حالات استثنائية يعد فيها القاصر كامل الأهلية، ومن ثم يستطيع مباشرة مركز الطرف. راجع فى عرض هذه الحالات وعلى سبيل المثال ــ د ــ مصطفى عبد الحميد عدوى ــ مبادئ القانون ــ نظرية الحق ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٢٩٩ وما بعدها. د ــ أحمد شرف الدين ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٥ وما بعدها ــ د ــ أحمد عبد الحميد عشوش ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠١ وما بعدها د ــ عبد المنعم فرج الصدة، د ــ رمزى طه الشاعر، د ــ نزيه المهدى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٢ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦. ونود أن نشير أن البعض يطلق على أهلية ممارسة مركز الطرف، أهلية التكليف. راجع فى ذلك د ــ إسماعيل غانم ــ محاضرات فى النظرية العامة للحق ــ طبعة ١٩٦٦ ــ ص ١٩٦. د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٨ ويرى سيادته أن فكرة الصلاحية للتكليف لا تعبر عن فكرة الشخصية وإنما تعبر عن فكرة أخرى هى فكرة أهلية التكليف.

(٣) راجع فى هذا لمعنى من الفقه على سبيل المثال: د ــ مصطفى عبد الحميد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩٦ وما بعدها. د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥١ ويرى سيادته أن عبارة عديم التمييز غير ملزمة، ليس فقط لكونها لا تعد تصرفاً قانونياً، وإنما لتخلف مناط الإلزام.

تلك التى تؤثر على قدرته على المقارنة بين النافع والضار، أو تحد من قدرته على التقدير[١].

لذا يتفق الباحث مع الرأى القائل بأن "مناط أهلية ممارسة مركز الطرف قدرة الشخص على التعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية فى حق نفسه، أى قدرة الشخص على إعمال إرادته إعمالاً يحقق له مصلحة ذاتية ومباشرة"[٢]. ونزداد قناعة بذلك، عندما نجد بعض التصرفات التى يجريها الشخص معبراً بها عن إرادته، ولكنه لا يكون صالحاً لوصفه الطرف فى التصرف[٣]، لأنه يفعل ذلك ليس تحقيقاً لمصلحته الذاتية المباشرة، بل لمصلحة شخص آخر.

ومما تقدم يتضح، أن أهلية ممارسة مركز الطرف، تعنى مباشرة شخص التصرف للمكنات التى يتضمنها المركز لتحقيق مصلحته الذاتية، ولا يقصد من المباشرة فى هذا الشأن مجرد صلاحية الشخص لمباشرة حقه، إذا قصد بلفظ المباشرة مجرد الإستعمال[٤]. كما أن صلاحية الشخص لمباشرة هذا المركز، تختلف عن صلاحيته لأن يترتب على أفعاله أعمال قانونية، ذلك أن الشخص قد يقوم بأعمال مادية، فيترتب عليها آثار قانونية بمجرد قيامه بها، دون أن تتجه إرادته إلى إحداث هذه الآثار. فأهلية مباشرة مركز الطرف "ليست مجرد إمكانية واقعية، بل هى إمكانية قانونية لأن ما يترتب على هذه المباشرة ليست مجرد نتائج عملية مفيدة أو ضارة بالطرف، بل ترتب آثار قانونية بالنسبة له، ولا شك فى أن هذه الآثار تكون جانباً آخر لوصفه كطرف" شخص المصلحة أو الأثر"[٥].

---

(١) فى عرض حالات عوارض الأهلية، سواء حالات إنعدامها كالجنون أو العته أو حالات نقصها كالسفه والغفلة، ومدى تأثيرها على القدرة على التقدير. راجع من الفقه على سبيل المثال: د ـ عبد الحميد عدوى ـ المرجع السابق ـ ص ٣٠٣ وما بعدها. راجع أيضاً د ـ أحمد شرف الدين ـ المرجع السابق ـ ص ١١٥ وما بعدها. وراجع بصفة خاصة د ـ حسين النواوى ـ عوارض الأهلية فى الشريعة الإسلامية ـ طبعة ١٩٥٣ ـ ص ٩٣ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك : د ـ نبيلة رسلان ـ المرجع السابق ـ ص ١١٧ .

(٣) ومثال ذلك النائب فى النظام القانونى للنيابة فى التعاقد، لمزيد من التفاصيل راجع فى هذا البحث ص٦١٨ ومابعدها، وراجع أيضاً د ـ نبيلة رسلان ـ المرجع السابق ص ٢٤٣ وما بعدها. د ـ عبد المنعم فرج الصده ـ مصادر الإلتزام ـ مرجع سبق ذكره ـ ص ١٥٢ وما بعدها.

(٤) ذلك أن المجنون ـ مثلاً ـ يمكنه إستعمال حقه فى الملكية بسكنى المنزل المملوك له، بالرغم من إنعدام ـ بلا شك ـ أهليته. راجع فى ذلك: د ـ أحمد شرف الدين ـ المرجع السابق ـ ص ١١٦ وما بعدها. د ـ محمد على عمران ـ مبادئ العلوم القانونية ـ طبعة ١٩٨١ ـ ص ١٩٥ وما بعدها.

(٥) راجع فى ذلك: د ـ نبيلة رسلان ـ المرجع السابق ـ ص ١١٩.

المطلب الرابع
المعايير والضوابط التى يجب توافرها فى الطرف فى التصرف.

تمهيد وتقسيم:

بعد تناولنا للأراء التى قيلت بشأن تحديد من يشغل المركز القانونى للطرف، وبعد عرض المعايير والضوابط التى قد وضعها الفقه،والتى يجب أن تتوافر فى الشخص، كى يعد طرفاً فى التصرف القانونى، تبين لنا أن هذه المعايير والضوابط يمكن أن تترجم إلى معياريين الأول: يرتكز على فكرة الإرادة، والثانى: يستند إلى فكرة المصلحة أو الأثر.

وإذا كان الشخص لايعد طرفاً إلا إذا توافر فيه المعياران السابقان، فإننا سنحاول ــ إكتمالاً للفائده ــ إلقاء الضوء بإيجاز عليهما. لذا سنقسم دراستنا لهذا المطلب إلى فرعين، هما:

الفرع الأول: الإرادة

الفرع الثانى: المصلحة أو الأثر

الفرع الأول
الإرادة

تمهيد وتقسيم:

الإرادة هى المعيار الأول ــ والأساسى من وجهة نظرنا ــ الذى يمكن أن نرتكز علية فى تحديد الشخص الذى يشغل المركز القانونى للطرف فى التصرف. فالإرادة هى العنصر المنشئ ــ أو مصدره ــ للتصرف القانونى وأنه لايمكن أن نلزم الشخص بشئ لم يرده. لذا فإننا سوف نتناول هذا الموضوع بشيئ من التفصيل.

و نقسم دراستنا له إلى غصون ثلاثة، هى:

الغصن الأول: ضرورة وجود الإرادة

الغصن الثانى: الإرادة الواجب توافرها فى الطرف فى التصرف

الغصن الثالث: وجوب التعبير عن الإرادة وصحته ومضمونه

الفصل الأول

ضرورة وجود الإرادة

إن توافر الإرادة لدى الطرف فى التصرف، من الأمور التى عنى المشرع[١] بهـا، وأجمع عليها الفقه[٢]، والقضاء[٣]. ذلك أن الإرادة "هى أساس العقـد والتصـرف القانونى بوجه أعم"[٤]، وأن الإلتزام بالتصرف هو إلتزام الشخص بإرادته[٥]، فـلا تقوم علاقة إلتزام ــ كقاعدة عامة[٦] ــ إلا إذا أرادها الشخص، فإن أرادها وجـب

---

(١) راجع فى ذلك على سبيل المثال، نص المادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى، حيث جاء بها "يتم العقـد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلـك مـن أوضاع معينة لإنعقاد العقد".

(٢) راجع فى ذلك كتب الفقه العامة، التى تناولت بالشرح مصادر الإلتزام ونظريـة العقـد، وهـى كثيـرة ومتنوعة. ونذكر منها على سبيل المثال، د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الإلتـزام ــ مرجـع سبق ذكره ــ ص ٨٦ وما بعدها. د ــ أحمد سلامة ــ مذكرات فى نظرية الإلتزام ــ مرجـع سـبق ذكره ــ ص ٧٤ وما بعدها. د ــ سليمان مرقس ــ نظرية العقد - مكتبة القاهرة الحديثة ــ دار النشر للجامعات المصرية ــ عام ١٩٥٦ ــ ص ٩٣ وما بعدها. د ــ حسام الأهـوانى ــ النظريـة العامـة للإلتزام ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥٧ د. طلبة خطاب ــ النظرية العامة للإلتزام ــ مصادر الإلتزام ــ المصادر الإرادية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٨ وما بعدها. د ــ حسين عامر ــ المرجع السابق ــ فقرة ١٢ وما بعدها ــ ص ١٤ وما بعدها.

راجع أيضاً من الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

Starck (Boris), Droit Civil. Obligations, 2, 2e edition, par Roland et Boyer, Litec, Paris, 1986, no 6 ets, p.4 ets. Rousseau (Jean-Jacquse), Du Contrat social. 1994, Liv. I. Chap. IV.

(٣) راجع من أحكام القضاء على سبيل المثال: نقض مدنى مصرى ــ جلسة ١٩٥٤/١٢/٩ ــ الطعن ٣١٣ ــ لسنة ٢١ قضائية ــ مجموعة النقض ــ س ٦ ــ ص ٢٥٧ قاعدة ٣٣ ــ حكـم محكمـة الـنقض المصرية ــ جلسة ١٩٨٦/٥/٨. الجزء الأول ــ المجلد الأول ــ ص ١٣٨ ــ رقـم ٤٢٢ ــ نقـض مدنى مصرى ــ جلسة ١٩٩٩/٤/١١ ــ طعن رقم ــ ١٧٩٢ لسنة ٥٨ ق. الدسوقى ــ الجزء الثـانى ــ المجلد الأول ــ ص ١٤٧ ــ رقم ٤٥٤. ومن أحكام محكمة النقض الفرنسية ــ راجع على سـبيل المثال: نقض مدنى فرنسى ــ جلسة ١٩٨٧/٦/١٩ ــ المجلة الفصلية للقانون المدنى ــ عام ١٩٨٨ ــ ص ١٢٦ وما بعدها. نقض مدنى فرنسى ــ جلسة ١٩٨٧/١/٦ ــ المجلة الفصلية للقانون المـدنى ــ عام ١٩٨٨ ــ ص ١٢٦ وما بعدها.

(٤) راجع فى ذلك د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ نظرية العقد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٨٩. وراجع فـى هذا المعنى ــ د ــ عبد العزيز المرسى ــ نظرية إنقاص التصرف القـانونى فـى القـانون المـدنى المصرى ــ دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٨١.

(٥) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٥. د ــ أيمـن العشـماوى ــ المرجـع السابق ــ ص ١٥ وما بعدها.

(٦) راجع فى ذلك:

Starck (Boris), Op-Cit-1986. n° 6. p.4

Terré-Fornacclari (D)-L'autonomie de la volonté Rev-SC-Morales et politiques-1995-P-255 ets. SP-P.264 ets.

عليه إحترامها[١]. وبعبارة أخرى، فإن الشخص لا يمكن أن يخضع لأى إلتزام لم يرده، فإذا أراده فإنه يجب عليه إحترامه. "فالإرادة بالنسبة للتصرف هى العنصر المنشئ له أو مصدره المسبب، وبالنسبة لشخصه ركنه الأساسى"[٢].

فالإرادة إذاً، هى العنصر المنشئ ــ أو مصدر ــ للتصرف القانونى، وأنها الركن الأساسى لشخص هذا الأخير.

لذا فإنه لا يتصور قيام تصرف قانونى، إذ انعدمت إرادة من يبرمه وقت إبرامه[٣]، بصرف النظر عن سبب إنعدام الإرادة، وسواء كان هذا الإنعدام دائماً أو مؤقتاً، ما دام قد لحق الشخص عند إبرامه التصرف القانونى.

الغصن الثانى

الإرادة الواجب توافرها فى الطرف فى التصرف

هى الإرادة التى تتجه إلى إحداث أثر قانونى[٤]. لذا يجب التمييز بينها وبين مجرد إرادية العمل، التى لا تعنى سوى مجرد وقوع العمل بإرادة الشخص دون أن تهدف

---

(١) راجع فى ذلك:

Terré (François), Simler (Philippe) et Lequette (Yves)-Droit Civil, Les obligations, 6e edition-Daloz, 1996 n° 20, p.23.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٥.

(٣) راجع فى ذلك على سبيل المثال ــ د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٠. د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥ وما بعدها. د ــ حسام الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٦ وما بعدها.

(٤) راجع فى توضيح ذلك من الفقه د ــ عبد الرزاق ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء الأول ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٤٤ ــ د . عبد الفتاح عبد الباقى ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٩١ وما بعدها ــ د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٨٨ ــ بند ٦٨ ــ د ــ أحمد سلامة ــ مذكرات فى نظرية الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٧٤ وما بعدها ــ بند ٤٠، د ــ طلبة وهبة خطاب ــ النظرية العامة للإلتزام ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٦ ويرى هذا الفقه ــ وبحق ــ أنه لا عبرة بالإرادة التى تصدر خلواً من نية إحداث الأثر القانونى، كما هو الحال فى المجاملات الإجتماعية، وذلك مثل النقل بالمجان، راجع فى ذلك د ــ طلبة وهبة ــ المرجع السابق ــ ومؤلف سيادته ــ مسئولية ناقل الأشخاص بالمجان ــ القاهرة ــ عام ١٩٧٤ ــ وقارن فى ذلك د ــ محمود جمال الدين زكى ــ مشكلات المسئولية المدنية ــ مرجع سبق ذكر ــ ص ١٠٥ وما بعدها ــ بند ٢٧. وكذا ما أشار إليه سيادته من مراجع وأحكام فى الصفحات المشار إليها. وأيضاً قارن فى ذلك د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المفهوم القانونى للمستفيد من التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية من حوادث المركبات الآلية ــ وفقاً للقانونين الكويتى والمصرى ــ مطبوعات جامعة الكويت ــ عام ١٩٩٤ ــ ص ٣٢ وما بعدها. وفى هذا المعنى راجع من الفقه الفرنسى:

من وراء هذا العمل إلى إحداث أثر قانونى معين. فالنية[١] لا الإرادية هى التى تتميز بأنها إتجاه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية. لذا فإن الطرف فى التصرف يتميز بأنه من يعبر بالتصرف تعبيراً إرادياً عن النية، فيرتب عليه القانون الآثار القانونية، التى يراها لازمة لتحقيق هذه النية على خير وجه وبصورة قانونية[٢].

لذا فإن الطرف فى التصرف، يتميز بأنه من يعبر بالتصرف تعبيراً إرادياً عن النية.

=J.L. Aubert, A propos d'une distinction renouvetec des torties et des tiers, RTD-civ 2, Over Juin 1993, P.265 ets; J. Ghestin, M. Billian, Traité, De Droit Civil "Les obligations" les effects Du contrat. L.G.D.J., Paris, 1992, p. 554 ets.

(١) راجع فى ذلك د ــ حسن كيره ــ المرجع السابق ــ ص ٧٢٧، د ــ عبد الحى حجازى ــ النظرية العامة للإلتزام ــ الجزء الاول ــ مصادر طبعة عام ١٩٦٢ ــ ص ١٦٧. د ــ فتحى والى ــ نظرية البطلان فى قانون المرافعات ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٥٨ ــ ص ٧٦ ــ د ــ اسماعيل غانم ــ محاضرات فى النظرية العامة للحق ــ طبعة ١٩٦٦ ــ ص ١٢٧.

(٢) راجع فى عرض ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٦ وما بعدها. وتجدر الإشارة أنه يجب التمييز بين الطرف فى التصرف، وشخص الإلتزام، ذلك أن هذا الأخير هو من يسلك مسلكاً إرادياً معيناً يرتب القانون عليه آثار لمجرد كونه إرادياً، وسواء اتخذ هذا المسلك مظهر إيجابياً أو سلبياً، ومثال الأول أن يفعل الشخص شيئاً كان يريد فعله ويرمى إليه بالذات وبصفة مباشرة، أى إرادية هذا المسلك، وذلك كما فى الفضالة. راجع المواد ١٨٨ وما بعدها من القانون المدنى المصرى، وأيضاً كما فى حالة الإستيلاء الإرادى م ٨٧٠-٨٧٢ من نفس القانون، الحيازة والتقادم م ٩٤٩، م ٩٨٤ التى تنظم الحيازة فى العقار والمنقول. ويلاحظ فى هذا الصدد أن إستلزام النية فى تملك المنقول بالحيازة أو العقار بالتقادم لا تعنى أن الأثر يترتب على هذه النية أى على الإرادة، بل أن سبب نشأة الحق هو الفعل المادى، أى وضع اليد، فما النية إلا عمل ثانوى لتحديد آثار الفعل. راجع فى ذلك: د ــ جميل الشرقاوى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٥٢. د ــ عبد الحى حجازى ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٠، د ــ نعمان جمعه ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٤. وفى هذا المعنى راجع أيضاً ــ د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦٤ وما بعدها. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٤٩٥ وما بعدها، د ــ سليمان مرقس ــ بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ــ عام ١٩٨٨ ــ دار الكتب القانونية شتات مصر ــ المنشورات الحقوقية ــ صادر ــ بيروت ــ لبنان ــ ص ٦ وما بعدها. ومثال ــ إتخاذ المسلك الإرادى مظهراً سلبياً ــ ثان، هو حالة الخطأ وذلك لأن نسبة واقعة الخطأ للشخص معناها إرادية تلك الواقعة أو أن سمة إرادة عند هذا الشخص غاية ما هناك أن الإرادة فى الخطأ قد لا تتخذ مظهراً إيجابياً، فليست هى إرادة الواقعة مباشرة وبصورة إيجابية، وإنما تتحصل هذه الإرادة فى اتباع مسلك كان من الواجب ومن الممكن اتباعه تلافياً لتلك الواقعة. راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٦. راجع فى هذا المعنى أيضاً د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ نفس الصفحات. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٩٣ وما بعدها.

والإرادة التى نقصد توافرها فى الطرف فى التصرف، ليست الإرادة بمعنى المشيئة[١]، صحيح أن الإرادة التى هى جوهر التصرف القانونى، هى مشيئة الشخص، ولكن يجب أن تصدر هذه الإرادة عن شخص يتصف بحالة معينة تجعله حر وقادر على توجيه إرادته، أى يجب أن تكون إرادته واعية مختارة، وهى لا تكون كذلك إلا إذا صدرت عن ذى أهلية[٢].

ويرى بعض الفقه[٣] ــ وبحق ــ أنه يجب أن يأخذ فى الإعتبار أنّ:

١ ــ برغم وجود الإرادة وقيام التصرف، ألا أنه قد لا يكون هناك إلزام به، وذلك عندما يتخلف مناط الإلزام. ومناط الإلزام سواء كان أدبياً أو قانونياً هو الوعى والإدراك. فالشخص لا يلتزم إلا إذا كان مدرك لماهية التصرف الذى يجريه، والحقوق والإلتزامات التى تترتب له أو عليه وأنه يقصد ذلك كله[٤]. وإذا كان إلزام الشخص لا يكون إلا بما يستطيع أن يحسه ويستبينه. فإن مناط الإلزام بهذا المعنى مناط ذاتى[٥]، والإستدلال على وقوعه يتحدد على أساس الغاية منه[٦].

---

(١) راجع فى التمييز بين الإرادة بمعنى المشيئة والإرادة بمعنى المسئولية. د ــ عبد الرحمن عياد ــ أساس الإلتزام التعاقدى ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة عام ١٩٧٢ ــ ص ١٧٥، وراجع فى نقد هذا التمييز د ــ مصطفى الجمال ــ مناط الإلزام بالأحكام المدنية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٢٣٥ وقارن فى ذلك د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٩١ وما بعدها. د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ــ ص ٨٨.

(٢) راجع فى ذلك جورلا: دور الإرادة فى التعهد كتصرف قانونى ــ الحقوق س ٦ص ١٣ ريج دور الإرادة ــ المقال السابق ــ ص ١٦ وما بعدها ــ مشار إلى هذين المرجعين لدى د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٧ هامش ١٠.

(٣) راجع فى ذلك على سبيل المثال د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٧.

(٤) راجع فى عرض ذلك من الفقه: د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥ وما بعدها ــ د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٩ وما بعدها. د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦ وما بعدها ــ د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ص ١٤٤. ويجمع الفقه فى هذا الصدد على أن الإرادة لا تلزم صاحبها، إذا صدرت من شخص غير مميز أو مجنون، أو من فقد الوعى لسكر أو مرض، أو من انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء وغير ذلك. راجع فى ذلك أيضاً نقض مدنى ــ ٨ مارس ــ سنة ١٩٣٤ ــ مجموعة عمر ــ رقم ١٦٩ ــ ص ٣٢٩، وقد جاء فى الحكم أن المقصود بالرضاء الصحيح فى المتصرف هو أن يكون مميزاً، يعقل معنى التصرف ويقصده. والغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية هذا العقد والتزاماته فيه. أما كونه يقصده، فالغرض منه بيان أنه لابد من إرادة حقه منه، لقيام الإلتزام الذى يتحمل به. كما يجمع الفقه أيضاً على ضرورة أن تكون الإرادة جادة غير هازلة، حقيقة وليست صورية. راجع فى ذلك على سبيل المثال، ذات المراجع التى ذكرناه فى هذا الهامش، ونفس الصفحات.

(٥) راجع فى ذلك د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٦، د ــ عبد المنعم الصده ــ المرجع السباق ــ ص ٤٩٥ وما بعدها ــ فقرة ٤٣٤ وما بعدها.

(٦) فمن المعروف، أن الفضيلة هى غاية الإلزام الأدبى، وأن العدل هو غاية الإلزام القانونى، وليس المقصود هنا معنى معين من معان العدل، وإنما نقصد أى معنى من معانيه، تبادلياً كان أو توزيعياً،

٢ ــ وجود الإرادة وقيام التصرف، لا يعنى بالضرورة، أن من صدرت منه الإرادة، هو ذاته من يلتزم بالأثر الملزم المترتب عليها[١].

الفصل الثالث

وجوب التعبير عن الإرادة وصحته ومضمونه

من المسلم به، أن الإرادة فى حد ذاتها ظاهرة غير قانونية، لا تنتج أثرها ولا يعتد بها القانون، طالما بقيت كامنة فى نفس صاحبها، لم تنفصل عنه ولا تدخل هذه الإرادة فى نطاق القانون إلا إذا ظهرت، وظهورها يكون بالتعبير عنها. فالتعبير عن الإرادة هو الذى يجعل لها قيمة قانونية[٢].

=عاما كان أم خاصاً، فرديا كان أم اجتماعياً. راجع فى ذلك د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٠. د ــ محمد الشقنقيرى ــ محاضرات فى فلسفة القانون ــ دبلوم القانون الخاص ــ عام ٢٠٠٠ ــ مكتبة الدراسات العليا ــ ص ٧٧ وما بعدها.

(١) وذلك كما فى النيابة فى التعاقد، راجع فى هذا البحث ص ٦١٨ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك من الفقه وعلى سبيل المثال د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ ضوابط وحدود المظهر الجديد للرابطة العقدية فى القانون المدنى الكويتى ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣ وما بعدها. د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦، د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ص ٩٣، د ــ حسام الدين كامل الأهوانى ــ النظرية العامة للإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥٩ د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥. هذا وقد جرت أقلام الفقه القانونى على أن ارادة التعاقد بالمعنى الفنى تتكون من عنصرين أحدهما معنوى وهو القصد نحو إنشاء الإلتزام، وثانيهما مادى وهو التعبير باستخدام أحد الوسائل المختلفة. راجع فى ذلك: د ــ وليم سليم قلادة ــ المرجع السابق ــ ص ٣ وما بعدها. د ــ حلمى بهجت بدوى ــ المرجع السابق ــ ص ٨١، ٨٢، ٨٧. د ــ منصور مصطفى منصور ــ دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى. خلاصة دروس ــ لطلبة دبلوم الدراسات العليا فى القانون الخاص ــ كلية الحقوق ــ جامعة عين شمس ــ عام ١٩٩٢ ــ ص ٤ وما بعدها. وفى نفس الإتجاه، وتأكيداً لأهمية التعبير عن الإرادة، يعبر عن ذلك بعض الفقه بقوله "فالتعبير هو جسم الإرادة، كما أن جسم الإنسان ليس مجرد إثبات لوجوده بل هو جزء من شخصيته، كذلك الحال بالنسبة للتعبير عن الإرادة، فالإرادة تكون عديمة القيمة من الناحية القانونية طالما ظلت حقيقة نفسية مكنونة، ويعتد بها فقط عندما تظهر بتعبير خارجى، كما وأن شكل هذه الإرادة لا يقتصر على وسيلة التعبير فحسب، بل يشمل كل ما يبذل من أجلها من حركة خارجية،أى يمتد أيضاً إلى ما يبذل من نشاط خارجى لتكوين الإرادة، فتكون الإرادة ثم التعبير عنها حلقات متتابعة فى سلسلة واحدة الإخراج إرادة شخص التصرف إلى العالم الخارجى". راجع فى ذلك. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٨. وفى هذا المعنى راجع د ــ عبد الفتاح عبد =الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٤ هامش ٣. د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٥ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٥ هامش ١، ص ١٤٦ هامش١.

لذ يجب كى يعتبر الشخص طرفاً فى التصرف، أن يعبر عن إرادته، حتى تنتقل هذه الإرادة "من أعماق النفس إلى الخارج وتصبح ــ بعد أن كانت كامنة فى النفس ــ ظاهرة إجتماعية يترتب عليها آثار أو نتائج قانونية"[١].

أما بالنسبة لشكل التعبير عن الإرادة[٢]، فالأصل أنه متروك لحرية الأفراد، ومن ثم يجوز للطرف فى التصرف أن يعبر عن إرادته صراحة أو ضمناً، بل أن سكوته قد يكفى للتعبير عن إرادته فى بعض الأحوال. ولكن المشرع وفى أحوال إستثنائية قد يفرض شكل معين للتعبير عن الإرادة، فيجب على الطرف فى التصرف أن يتخذه، حتى لا يتعرض للجزاء المترتب على تخلف هذا الشكل، ذلك الجزاء الذى يختلف بإختلاف الغاية من هذا الأخير[٣].

وإذ يجب على الطرف فى التصرف ــ كما بينا ــ أن يعبر عن إرادته، حتى يعتد قانوناً بما يترتب عليها من آثار، فإنه يفترض أن يكون التعبير مطابقاً للإرادة الحقيقة[٤]. وهذا ما يحدث فى الغالب، فالتعبير الذى يساهم فى بناء تصرف قانونى بالمفهوم الفنى، هو الذى يصدر مطابقاً لقصد صاحبه[٥]، ويتصل بعلم من وجه إليه على هذا النحو. ولكن هذا الغالب ليس مطلقاً، فقد يحدث أن يكون التعبير غير مطابق للإرادة

---

(١) راجع فى ذلك د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨.

(٢) وقد تناول بالشرح طرق التعبير عن الإرادة، كتب الفقه الخاصة بعرض مصادر الإلتزام أو نظرية العقد، وهى كثيرة ومتنوعة، هذا راجع منها على سبيل المثال د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨ وما بعدها، د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ص ٨٨ وما بعدها ــ د ــ حسام الدين كامل الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٩ وما بعدها. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٤ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٦ وما بعدها.

(٣) فبالرغم من أن الإرادة هى جوهر التصرف فى القوانين الحديثة، إلا أنها تخضع فيه للعديد من القيود الشكلية، ولكن المشرع إذ يفرض هذه الأخيرة فإنه يفعل ذلك تحقيقاً لغرض معين. راجع فى ذلك من الفقه، د ــ جميل الشرقاوى ــ مصادر الإلتزام ــ طبعة ١٩٨٢ ــ ص ٥٢. د. محمد على عمران ــ دروس فى مصادر الإلزام ــ طبعة ١٩٨٢ ــ ص ٥٢ ــ د ــ محمد لبيب شنب ــ دروس فى نظرية الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٨، ص ٤٥.

Starckt (B)-Droit civil les obligations Paris – 1972, p.345.

(٤) راجع فى ذلك من الفقه د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢١. د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٧٠ وما بعدها. د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥ وما بعدها. د ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ المرجع السابق ــ ص ٨٨ وما بعدها. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٩.

(٥) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢١.

الحقيقية[١]. وفى هذه الحالة يكون لصاحب المصلحة، وفقاً للقوانين التى تكفل سلامة الإرادة وجديتها (عيوب الرضا ــ الصورية) ومشروعيتها وعدم مشروعيتها، أن يثبت عدم مطابقة التعبير للإرادة الحقيقية[٢]، وفى هذه الحالة يكون الإعتداد بالإرادة الحقيقية[٣].

وإذا تم التعبير على نحو ما سبق، فإن هذا التعبير يجب ألا يكون خالياً من المضمون، بل يجب أن يتضمن كل ما حددته وقصدته الإرادة المعبر عنها، ووفقاً للقانون المصرى والفرنسى فإن هذا المضمون يتمثل فى المحل والسبب[٤]، وهذا يعنى وجوب أن يكون مضمون الإرادة مشروعاً وممكناً. فيجب إذاً أن تنصب الإرادة على محل، فلا يتصور وجود إرادة دون تعلقها بمحل، ومتجهة إلى غاية معينة هى سببه. لذا كان السبب والمحل من عناصر الإرادة، أو بعبارة أدق من عناصر التصرف القانونى بإعتباره إرادة متجهة إلى إحداث أثر قانونى[٥].

وبعد عرض ما تقدم، نخلص إلى أن الإرادة هى الركن الأساسى فى التصرف القانونى، فهى التى تستهدف خلق هذا الأخير، وترتب عليه آثار قانونية. وهذه الإرادة

---

(١) فقد يحدث أن يعبر الشخص عن إرادته صراحة دون أن يتضمن هذا التعبير بعض المسائل الجوهرية التى انصرفت إليها إرادته، وقد يكون ذلك عن عمد أو إهمال. راجع فى ذلك بالتفصيل د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢، ص ٣٣ ــ هامش ٥٦. وقد يحدث عدم تطابق بين الإرادة الحقيقية والتعبير عنها، عندما يكون هناك شخص مكلف بنقل التعبير أو كتابته وسقطت منه سواء عن عمد أو إهمال بعض العبارات فيأتى التعبير غير متواءم مع محتوى القصد، بالغرم من صدور التعبير عن صاحبه مطابق لحقيقة إرادته ــ راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال ــ د./ إبراهيم الدسوقى أبو الليل ــ نظرية الإلتزام ــ جـ١ ــ مصادر الإلتزام الإرادية ــ العقد والإرادة المنفردة ــ مطبوعات الكويت ــ عام ١٩٩٥ ــ ص ١٠٧، ص ١٠٨.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٩.

(٣) راجع فى ذلك على سبيل المثال د ــ عبد المنعم فرج الصدة والمرجع السابق ص ٩٧ وما بعدها. د ــ عبد الحى حجازى ــ مصادر ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٢٠٢. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٢ وما بعدها ــ وقارن فى ذلك د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٧٧. د ــ حسام الدين كامل الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ٦٨ وما بعدها. د ــ طلبة وهبة خطاب ــ المرجع السابق ــ ص ٧٣ وما بعدها..د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال محمد إبراهيم ــ الوجيز فى مصادر الإلزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥٠ وما بعدها.

(٤) راجع فى هذا المعنى وعلى سبيل المثال. د ــ جميل الشرقاوى ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٦٧، وللمؤلف ذاته نظرية بطلان التصرف ــ رسالة دكتوراه ــ مرجع سبق ذكره ــ رقم ٩٧. راجع أيضاً مقال سيادته ــ طبيعة المحل والسبب فى التصرف القانونى ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٠١. راجع فى هذا المعنى أيضاً د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢١ وما بعدها.

(٥) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٩.

يجب أن تستند إلى شخص قانونى، أى يجب أن تصدر عن شخص متصف بالشخصية القانونية. مع الأخذ فى الإعتبار أنه ليس كل من يتصف بالشخصية القانونية يصلح أن يكون طرفاً فى التصرف، بل يشترط ليكون تعبيره منتجاً لآثار قانونية أن يتمتع بالأهلية. وبالرغم من أن الأهلية ليست عنصراً فى التصرف القانونى ذاته، إلا أنها تعد شرطاً فى شخصه ــ أى الطرف ــ أو شرط فى العاقد[١].

الفرع الثانى
المصلحة أو الأثر

تمهيد وتقسيم:

وإذا كنا قد عرضنا فيما سبق، المعيار الأول لتحديد الطرف فى التصرف، وهو الإرادة، ورأينا أنها يجب أن تكون إرادة الشخص وتعبيره، وذلك على النحو الذى بيناه. فإننا فى هذا الموضع من البحث سنحاول إلقاء الضوء على المعيار الثانى لتحديد وصف الطرف، وهو معيار المصلحة، أو الأثر الناتج عن هذا التصرف. إذ يجب أن تعود ثمرة ونتاج الإرادة إلى صاحبها[٢].

وهذا يعنى أنه يجب على المتصرف أن يبتغى من وراء تصرفه الحصول على أثر مفيد، أى الحصول على مصلحة معينة. فبدون وجود غرض جدى يستهدفه الشخص من وراء التصرف، فلا يكون لهذا التصرف معنى. "فعن طريق المصلحة وبها يحقق التصرف غايته ويكتمل لشخصه التحديد القانونى لوصف الطرف، لأن أى تصرف لابد وأن يكون له غاية محددة حتى يكون مشروعاً ومنتجاً لآثاره، وبنسبة هذا الأثر إلى المتصرف يكتمل له وصف الطرف فى علاقة قانونية إرادية"[٣]. وقد أكد على هذا المعنى بعض الفقه عند تعريفهم للطرف، فمنهم قال "أن وصف الطرف فى العقد ينطبق على كافة الأشخاص الذين ارتبطوا مع رضائهم الفعلى، أياً كان الشكل، أو التوقيت بالآثار الملزمة للعقد[٤]، ويقصد بالآثار

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١١١.

(٢) راجع فى ذلك. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٩.

(٣) نفس الهامش السابق ــ ص ١٢٧.

(٤) راجع فى ذلك من الفقه:

B. Strackt, H. Roland L. Boyer: Droit civil les obligations, 2 contrat. 6ed., Litec, 1999-p. 506.

وفى نفس المعنى راجع من الفقه:

J. L. Aubert:, Op. Cit .p.262; J. Ghestin-M. Billiau, Op. Cit. p. 564- ets n°. 575-ets;

الملزمة ثمار ونتاج التصرف أو المصلحة التى يبتغيها المتصرف وقد عبّر البعض الآخر عن المعنى ذاته بتعبير أكثر وضوحاً حيث جاء فيه "من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية قانونية ومباشرة فيتأثر بأحكامه"[١].

والفقه إذ يؤكد على ضرورة أن يكون للشخص مصلحة من وراء تصرفه، فذلك لأن المصلحة هى الغاية التى من أجلها أعتُرِف للأفراد بسلطانهم وسلطتهم فى إبرام التصرفات، فهى التى تحدد الموضوع الرئيسى للحقوق والإلتزامات، التى تتحقق عن طريق التصرفات والأعمال. فالمصلحة بالنسبة لشخص التصرف، هى ثمرة ونتاج إرادته التى تعود عليه، كما أن المصلحة تعد المصدر الفعلى لإرادة المتصرف، فتعبير هذا الأخير عن إرادته يقوم على عوامل كثيرة يمكن أن تكون أساساً لقراره منها الفائدة أو المنفعة أو إشباع الحاجة[٢]. وليست المصلحة هى السبب الدافع للتصرف ممثلاً فى جوهره وهى الإرادة، بل هى ذاتها تعد قرينة على قيام هذه الإرادة[٣].

=وراجع أيضاً لجستان مؤلفه بالاشتراك مع كريستوف جامان ومارك بيو ــ مفاعيل العقد وآثاره ــ ترجمة د. فيصل كلثوم ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٤٩ وما بعدها.

قارن فى ذلك:

Gelfucci-Thibierge –Op. Cit. p.275-ets.

راجع بصفة خاصة من أنصار الأسرة العقدية

M. Bacache-Gibeili-Op. Cit. p159 ets. I. Huet, These Op. Cit. no 684-ets, P.650 ets Veny (G)-Op-Cit-p.407-ets-Teyssie, Op.Cit.no-567. Neret-Le sous contrat-Op-Cit no155-ets-p.125-ets. X. Hunry-Op-Cit-no953-ets-P1090-ets.

د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٧ وما بعدها ــ د. أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٣ وما بعدها ــ د. حسام الدين كامل الأهوانى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣ وما بعدها.

راجع أيضاً:

Chapplee: L.arbitrage et le tiers. Le Droit des personnes morale (group de Societe intervention d'etal) rewic de l'arbitrage. No. III. 1988. P.484. Poland (Henri) et Boyer (Lourant) obligations II. Contrat N. 1275, P. 527 LiTEC. Paris 1993.

(١) راجع فى ذلك: د./ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٣ ونفس التعبير قالته د. نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٣.

(٢) راجع فى ذلك من الفقه: د ــ ثروت أنيس الأسيوطى ــ المنهج القانونى بين الرأسمالية والإشتراكية ــ مصر المعاصرة ــ عام ١٩٦٠ ــ ص ١٦٠. د ــ نعمان خليل جمعة ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٤.

(٣) وهناك أمثلة عديدة على ذلك، من أوضحها، ما نراه فى دلالة السكوت، واعتباره قرينة على قيام الرضا، فقد اهتدى الفقه عن طريق المصلحة الى الطرف الذى يمكن أن يؤيد اعتبار السكوت قبولا، فهذا الطرف يجد محله فى فكرة المصلحة. راجع فى ذلك من الفقه. د ــ عبد الحى حجازى ــ النظرية

وإذا كان للإرادة أن تفعل ما تشاء فى سبيل تحقيق مصالحها، فإن ذلك يجب أن يكون فى إطار النظام القانونى الذى تتبعه[١]. وإذا كان للمصلحة هذه الأهمية فى تحديد الطرف فى التصرف، فقد رأينا أن نحاول بإيجاز إلقاء الضوء على بعض جوانبها.

لذا، سنقسم دراستنا لهذا المطلب إلى ثلاثة غصون، هى:

الغصن الأول: المفهوم القانونى للمصلحة

الغصن الثانى: مضمون فكرة المصلحة

الغصن الثالث: ضوابط المصلحة

الغصن الأول

المفهوم القانونى للمصلحة

برغم اتفاق الفقه على معيار المصلحة، كمعيار يضاف إلى معيار الإرادة عند تحديد شخص الطرف، إلا أنهم لم يستطيعوا دون عناء ومشقة تحديد مفهومها القانونى[٢]. ذلك أن فكرة "المصلحة قد شابها كثير من الغموض والإبهام[٣].

=العامة للإلتزام ــ الجزء الأول ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٧٢. د ــ إسماعيل غانم ــ النظرية العامة للإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٨٦.

Rieg-La rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil francais et allemand- thése paris – 1961-47.

وتجدر الإشارة أن بعض الفقه، يرى فضلاً عن قيام المصلحة قرينة على وجود الإرادة، أن المصلحة من الممكن أن تحل محل الإرادة، ومثال ذلك فى العقد الطبى، فقد ذهب بعض الفقه إلى إجازة الكذب والخداع فى هذا العقد طالما كان يحقق مصلحة المريض، فالعلاقة بين المريض والطبيب تكون صحيحة حتى مع تخلف إرادة المريض، والتى كل محلها المصلحة. وراجع فى ذلك د ــ حسن زكى الإبراشى ــ مسئولية الأطباء والجراحين فى التشريع المصرى ــ طبعة ١٩٥١. د ــ حسام كامل الأهوانى ــ المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ــ مجلة العلوم القانونية ــ س ١٧-ع١ ــ عام ١٩٧٥ ــ ص ٨٧ وما بعدها.

(١) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٩.

(٢) راجع فى ذلك من الفقه: د ــ عبد الحى حجازى ــ نظرية الحق ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٥١/١٩٥٢ ــ ص ١٦. ويقول سيادته "فالمصلحة إذن فكرة نفسانية وبالتالى ذاتية ونسبية تختلف بإختلاف الأشخاص وبهذا تكون فكرة المصلحة من السعة بحيث تشمل كل ميول الإنسان سواء كانت مادية أم أدبية أم دينية". راجع أيضاً فى تفصيل ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٨ وما بعدها. د ــ سعد سالم عبد الكريم العسيلى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠٦ وما بعدها.

(٣) وقد قيل فى هذا الشأن أن فكرة المصلحة فكرة غير قابلة للتحديد، ذلك أنها تحمل فى طياتها العديد من المعان، بل أنها داخل العلم الواحد تتضمن أكثر من معنى. ففى مجال القانون ــ مثلاً ــ شاع استخدامها من جانب المشرع والفقه والقضاء، فالمشرع يستخدمها بإعتبارها أساساً للتشريع، فهدف كل تشريع عادل تحقيق المصلحة. وقد يتخذها ــ المشرع ــ أداة فنية للوصول إلى المصلحة ذاتها. وقد تؤخذ فى الإعتبار صراحة أو ضمناً لتأييد فكرة أخرى. راجع فى ذلك:

إذ تتضمن تفسيرات مطاطة للغاية[١]. ويرجع ذلك إلى عدم وجود تعريف تشريعى لها[٢]، واختلاف المقصود بها فى مجال العرف وفى نطاق الشرع[٣]. ولعل ذلك ما دفع الفقه فى محاولاته لتحديد المقصود بالمصلحة إلى الإستعانة بالمرادفات[٤].

فالمصلحة فى ذاتها هى المنفعة، فالعلم والربح واللذة والراحة والمتعة والصحة ونحوها كلها منافع، أو مصالح فى ذاتها بأى طريق حصلت[٥]. والمصلحة والمفسدة ضدان، والمصلحة في اللاتينية[٦]، وهى تخص الفعل تعنى بصفة عامة المزية المالية أو الأدبية التى يحصل عليها الشخص عند إستعمال حق أو أداء عمل.

=R. Vanard-La theorie de l'interet dans l'assurance-R.G.A.T. 1970-P.699.

وراجع فى صعوبة تحديد المقصود بالمصلحة

Willam R. vance-Hand Book of the Law of Insurance-3ed-1951-p.161

راجع فى هذا العنى أيضا:

Be Quart-les mots a sens multiples dans la code civil-these-lille-1928-p.27. Danal du super la psychologie de intrerets-1964.

مشار إليها لدى د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٨ ــ هامش ٢٦، ٢٧.

والمصلحة كمقصد من مقاصد الشارع الاسلامى، فقد أوضح لها القرآن مجالاً لتحقيقه بقصر نصوصه التشريعية على الأصول العامة وترك التفريعات للبيئات المختلفة فى العصور المتعاقبة، أو باقتران الحكم بحكمته. وسارت على نفس نهج السنة النبوية لأنها تبيان له، وقد قام الإجماع والقياس لتحقيق هذا المقصد، فرعاية المصلحة وراء كل دليل من أدلة الحكم. راجع فيما يتعلق بالمصلحة فى الفقه الإسلامى بصفة عامة د ــ مصطفى زيد ــ المصلحة فى التشريع الإسلامى، ونجم الدين الطوخى ــ الطبعة الثانية ــ عام ١٩٦٤. د ــ سعد محمد الشناوى ــ مدى الحاجة إلى الأخذ بنظرية المصالح المرسلة ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة عام ١٩٧٧.

(١) راجع فى ذلك: د ــ محمد عبد السلام مخلص ــ نظرية المصلحة فى دعوى الإلغاء ــ سالة دكتوراه ــ سنة ١٩٨١ ــ ص ١٧ حيث يقول سيادته "إذ المصلحة فكرة غير محددة أو حائرة أو فكرة متعددة".

(٢) راجع فى ذلك: د ــ عاشور مبروك ــ الوسيط فى القانون الخاص ــ مكتبة الجلاء ــ الكتاب الأول ــ سنة ١٩٩٦ ــ ص ٥٠.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ حسين حامد حسان ــ نظرية المصلحة ــ رسالة دكتوراه ــ المطبعة العالمية ــ القاهرة ــ سنة ١٩٧١ ــ ص ٦. د ــ فتحى السيد لاشين ــ عقد التأمين فى الفقه الإسلامى ــ دراسة مقارنة لتنظيم أحكامه وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية ــ بدون تاريخ ــ ص ١٥١.

(٤) كأن يقال أن المصلحة هى العائد أو المكسب أو الميزة.

راجع فى ذلك:

Henri Mazeaud-La Lesion d'un legitime juridiquement protégé condition de la responsabilitié civil R.D. 1954-p.41 "Avantage" Ineret sont ici expressions synohymes". ميزة مصلحة كلاهما تعبيران مترادفان.

(٥) راجع فى ذلك: القاموس المحيط ــ الجزء الأول ــ الطبعة الثانية ــ سنة ١٩٣٣ ــ ص ٢٣٥ ــ راجع أيضاً ــ مختار الصحاح ــ الطبعة السابعة ــ سنة ١٩٥٣ ــ ص ٣٦٧.

(٦) راجع فى ذلك: Capitant-Vocadeulaire Juridique Paris, 1930

مشار إليه لدى مرجع د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٠ ــ هامش ٣١.

وفى الشريعة الإسلامية حاول علماء الأصول وضع تعريف للمصلحة، ويبدو أنهم لم يتفقوا على تعريف جامع لها، فقد كانت تعريفاتهم تقترب أحياناً، وفى جميع الأحوال كانت تدور حول جلب المنافع ودفع المضار فى إطار المبادئ العامة للشريعة الإسلامية[١]، وتتوافق مع البعد الواسع للنظام العام والآداب لهذه الأخيرة، وبالتالى بعدت عن الأهداف الشخصية والميول النفسية المقترنة بالهوى والرغبة[٢].

أما فقهاء القانون، رغم أنهم لم يخرجوا من حيث الجوهر عما قاله علماء الأصول. إلا أنهم اختلفوا حول تعريف مصطلح المصلحة، فقد ورد هذا المصطلح فى كثير من الدراسات القانونية، بشكل جعل الفقه يتحير[٣]، فى وضع تعريف محدد ومنضبط لها.

ويتضح ذلك جلياً عند ما نتعرض بإيجاز لمحاولات بعض الفقه لتحديد معنى المصلحة، وذلك فى مثالين للتصرفات القانونية، من خلال نظامين من الأنظمة القانونية التى ظهر فيها مصطلح المصلحة بشكل واضح، هما مجال قانون المرافعات المدنية والتجارية ومجال التأمين[٤].

---

(١) راجع فى ذلك من الفقه الشيخ محمد أبو زهرة ــ المصالح المرسلة أو مذهب المنفعة فى الفقه الإسلامى ــ مجلة القانون والإقتصاد ــ العدد الاول ــ السنة السابعة عشر ــ مارس ١٩٤٧ ــ ص ٢٠٥. د ــ هشام عبد المقصود ــ نظرية حرية العقود والشروط فى الفقه الإسلامى مقارناً بالتشريع الوضعى ــ رسالة دكتوراه ــ بدون تاريخ ــ القاهرة ــ ص ١٠٣ حث يقول سيادته " إذ المصلحة فى الإصطلاح الشرعى هى الأمر الذى يقوم عليه جلب المنافع ودفع الأضرار والمفاسد تحقيقا لمقاصد الشارع". د ــ فتحى السيد لاشين ــ المرجع السابق ــ ص ١٥١.

راجع أيضاً: المستصفى للإمام الغزالى الشافعى ــ الجزء الأول ــ الطبعة الأولى ــ ١٣٢٢ هـ ــ ص ٢٨٦ حيث يقول فضيلته أن المصلحة هى المحافظة على مقصود المشرع والمنحصر فى الضرورات الخمسة التى هى الدين والنفس والعقل والمال والنسل، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة مصلحة، وكل ما يفوتها مفسدة.

(٢) راجع فى ذلك د ــ محمد سلام مدكور ــ المصالح المرسلة ــ مجلة مصر المعاصرة ــ سنة ١٩٦٨ ــ ص ٦٢٨. د ــ سعد محمد الشناوى ــ مدى الأخذ بنظرية المصالح المرسلة فى الفقه الإسلامى ــ رسالة دكتوراه ــ القاهرة ــ سنة ١٩٧٧.

(٣) راجع فى ذلك د ــ محمد عبد السلام مخلص ــ المرجع السابق ــ ص ١٠.

(٤) وتجدر الإشارة الى أنه ليس هذان النظامان هما من وردت فيهما مصطلح المصلحة فحسب، بل ورد هذا المصطلح فى كثير من الأنظمة القانونية، منها على سبيل المثال المصلحة فى التعاقد والمصلحة فى إطار الإشتراط لمصلحة الغير والمصلحة المحمية فى إطار القوانين الإدارية وغيرها. وهكذا فإن المصلحة كلفظ ظهرت فى العديد من الأنظمة القانونية. راجع فى ذلك د ــ حسين يوسف غنايم ــ المصلحة فى التأمين البحرى ــ رسالة دكتوراه ــ القاهرة سنة ١٩٧٩ ــ ص ٩١ وما بعدها.

أولاً: مفهوم المصلحة فى مجال الإجراءات المدنية والتجارية:

ففى هذا المجال تلعب المصلحة دوراً فعالاً، فهى أول ما ينظر إليه عند قبول الدعوى، فلا دعوى بلا مصلحة[١]، وفى ذلك تنزيه القضاء من الإنشغال بدعاوى وطلبات لا فائدة منها، وسداً لباب الدعاوى الكيدية[٢] وإنعكست أهمية المصلحة فى مجال قانون المرافعات، على فقهاء هذا القانون عند تعريفهم للمصلحة فى هذا المجال فعرفوها بأنها "الفائدة العملية التى تعود على رافع الدعوى فى الحكم له بطلبه، فحيث لا تعود من رفع الدعوى فائدة على رافعها فلا تقبل دعواه"[٣].

---

(١) راجع فى ذلك، نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣ لسنة ١٩٦٨، بعد تعديلها بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ حيث جاء به "لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع إستناداً لاحكام هذا القانون أو أى قانون آخر لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون .. " وراجع فى ذلك من الفقه : د ـ محمود محمد هاشم ـ قانون القضاء المدنى ـ الجزء الثانى ـ عام ١٩٨٩ ـ بدون دار نشر ـ ص ٥٦ وما بعدها. د ـ عبد المنعم الشرقاوى ـ نظرية المصلحة فى الدعوى ـ رسالة دكتوراه ـ الطبعة الاولى ـ القاهرة ـ ١٩٤٧ ـ ص ٥٣. د ـ أحمد ماهر زغلول، د ـ يوسف يوسف أبو زيد ـ أصول وقواعد المرافعات ـ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المكملة لها والمرتبطة بها ـ عام ٢٠٠١ ـ دار أبو المجد للطباعة ـ وحدة توزيع الكتاب الجامعى ـ ص ١١٠٣. المستشار عز الدين الدناصورى، الأستاذ حامد عكاز ـ المرجع السابق ـ ص ١١ وما بعدها. المستشار أحمد المليجى ـ التعليق على قانون المرافعات ـ الجزء الأول ـ بدون سنة طبع ـ ص ١٥٠.

وراجع فى أحكام النقض على سبيل المثال ـ نقض مصرى ـ جلسة ١٩٩٢/٢/٢١ ـ الطعنان رقما ١٩٢، ٢٤٦ لسنة ٥٤ ق . وراجع من الفقه الفرنسى:

Henri Mazenud-Op-Cit-p.39.

(٢) راجع فى ذلك نفس المرجع بالهامش السابق. وراجع أيضا نقض مصرى ـ جلسة ١٩٨٩/٢/٥ ـ س ٤٠ ق العدد الأول ـ ص ٣٩٥ ـ سعيد شعلة ـ قضاء النقض فى المصلحة - سنة ١٩٩٥ ـ ص ٥٣.

(٣) راجع فى ذلك من الفقه على سبيل المثال ـ د ـ محمود محمد هاشم ـ المرجع السابق ـ ص ٥٦ وما بعدها. ويعرض سيادته للخلاف فى تعريف المصلحة. د ـ رمزى سيف ـ الوجيز فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ـ الطبعة الأولى ـ مكتبة النهضة العربية ـ سنة ١٩٥٧ ـ ص ٩٦ ـ د ـ أحمد أبو الوفاء ـ التعليق على نصوص قانون المرافعات ـ منشأة المعارف ـ الإسكندرية ـ الجزء الأول ـ الطبعة الثانية ـ ١٩٧٥ ـ ص ٨٤. د ـ أحمد ماهر زغلول، د ـ يوسف يوسف أبو زيد ـ المرجع السابق ـ ص ١١٠٤.

ثانياً: تعريف المصلحة فى مجال التأمين:

برغم اشتراط المشرع المصلحة فى مجال التأمين، إلا أنه لم يقم بتعريفها، وحسناً فعل، فالتعريف هى مهمة الفقه، لذا نجد العديد من الفقه قد قام بوضع تعريف ــ فى مجال التأمين ــ لها، فمنهم من عرفها بأنها "صلة بين المؤمن له والكارثة بموجبها يتحمل المؤمن له خسارة الكارثة المؤمن منها"[١]. ومنهم من عرفها بأنها "علاقة بين شخص ومال أو مجموعة أموال تمثل قيمة إقتصادية ولكن معرضة للخطر"[٢]. وعرفها البعض "بأنها الفائدة التى ستعود على المؤمن له أو المستفيد من عدم تحقق التبعة[٣]، ونجد تعريف لها بأنها "أن المصلحة فى التأمين من الأضرار، هى القيمة المالية للشئ المؤمن عليه، وهى القيمة المعرضة للضياع إذا تحققت الكارثة المؤمن عليها[٤].

ودون الدخول فى مناقشة هذه التعريفات، نود أن نسجل فقط، أنه فى مجال واحد ــ مجال التأمين ــ نجد أكثر من تعريف لتحديد مفهوم المصلحة، صحيح أن هذه التعريفات جميعاً تدور فى فلك واحد هو العلاقة بين الشخص والمال، إلا أن كثرة التعريفات وعدم الإتفاق على تعريف واحد فى مجال واحد، لدليل على ما سبق أن قلناه بأن فكرة المصلحة فكرة مطاطة يشوبها الغموض والإبهام.

ولعلنا لاحظنا مما تقدم، أن الإبهام والغموض، الذى شاب فكرة المصلحة، قد خلق لدى الباحثين توجساً وخيفة من مظنة الوقوع فى الخلط عند تعريفها. ذلك أن النظر إلى المصلحة من إحدى الزوايا[٥]، لا يشير إلا إلى ما تكشف عنه هذه

---

(١) راجع فى ذلك ــ د ــ كامل عباس الحلوانى ــ الخطر والتأمين ــ دار المعارف بمصر ــ سنة ١٩٦٥ ــ ص ٤٧.

(٢) راجع فى ذلك:

R. Vanard – La theorie de l'interet – Op. – Cit – 699.

(٣) راجع فى ذلك:

Picard et Besson – Les assurance terrestres tome I Le contrat d'assurance – 5 édition – Paris – 1982 – p – 34.

(٤) راجع فى عرض: د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السابع ــ المجلد الثانى ــ عقود الغرر ــ الطبعة الثانية ــ دار النهضة العربية ــ ١٩٩٠ ــ ص ١٩١٦.

(٥) راجع فى ذلك ــ د ــ نبيل إسماعيل عمر ــ قانون المرافعات المدنية والتجارية ــ دار الجامعة الجديدة للنشر ــ سنة ١٩٩٤ ــ ص ٢٧٨، حيث يرى سيادته، أنه فى المجال الإجرائى لاشك أن فكرة

الزاوية من مرام الفقهاء، وأن النظر إلى كل الزوايا ـ فى وقت واحد ـ سوف يؤدى إلى زيادة الخلط ومضاعفة الغموض[١]، ففى الحقيقة أن المصلحة أمر تحس به ويكاد ينطق، ولكن ليس من السهل إيضاحه، ففى وضوحه صعوبة فى بيانه فكأنه السهل الممتنع[٢].

ونرى مع بعض الفقه[٣]، إزاء صعوبة تحديد معنى المصلحة أن التعرض لمعنى هذا المصطلح يكون رهين الحالة المعروضة، والتى فى الغالب ما يكشف عرضها عن بيان موضع المصلحة فيها بالحس قبل الإدراك المادى. فهذا المصطلح قد ورد فى الكثير من المجالات القانونية بمفاهيم تكاد لا تلتقى إلا فى حدود اللفظ لا المعنى، ليس هذا فحسب، بل أنها ترد فى إطار الإجراء الواحد وتختلف بإختلاف مكان تواجدها.

ولعل صعوبة تحديد معنى المصلحة، لم تمنع الفقه من محاولة تحديد معناها، حيث حاول الفقه ـ كما سبق القول ـ أن يستعين بالألفاظ المقاربة[٤]، بغية الكشف عن معنى المصلحة، كأن يقال أن المصلحة هى المنفعة أو المزية أو المكسب أو العائد.

ويرى بعض الفقه أن المصلحة هى القيمة التى تؤخذ كوسيلة لإشباع حاجتنا متى أردنا، فيقال حيث لا منفعة لا مصلحة، والمنفعة هى مناط المصلحة.

ويرى البعض الآخر، أن المصلحة تعنى المزية المالية أو الادبية التى يحصل عليها الشخص عند استعمال الحق أو عند أداء العمل، أو بمعنى أعم هى التعبير عن حاجة البشر وحاجة الحياة[٥].

=المصلحة تتلون بلون المنظومة الإجرائية التى توجد فيها ومن الممكن أن نأخذ معنى يختلف عن المعنى الآخر.

(١) راجع فى ذلك د ـ سعد سالم عبد الكريم العسيلى ـ المرجع السابق ـ ص ٣٠٧.

(٢) نفس الهامش السابق ـ ص ٣١٨.

(٣) راجع فى ذلك نفس الهامش السابق.

(٤) راجع فى استعانة الفقه بالألفاظ المقاربة أو المرادفة. د ـ مصطفى كيره ـ النقض المدنى ـ مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ـ سنة ١٩٩٢ ـ ص ١٨٤.

(٥) راجع فى ذلك د ـ مصطفى زيد ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢. د ـ عبد الهادى العطافى ـ ماهية الحق فى القانون الخاص ـ مجلة القانون والإقتصاد ـ العدد الرابع ـ السنة ٣٣ ـ ديسمبر ١٩٦٣ م ص ٤٥٨.

مما تقدم يتضح أن هناك صعوبة فى تحديد معنى عام للمصلحة ينطبق على كل موضع أتى فيه هذا المصطلح فى الأنظمة القانونية المختلفة، لذا فإن تعريف هذا المصطلح يكون ــ كما ذكرنا ــ رهين الحالة التى ورد بها. وهذه الصعوبة لم تمنع الفقه من بذل محاولات ــ عرضنا لبعضها ــ لتعريف المصلحة. وبإستقراء هذه التعريفات سواء قام بها الفقه الإسلامى أو الفقه القانونى، نجد أنه مهما بلغت درجة الخلاف فإنهم لم يخلطوا بين المصلحة وبين المفسدة، كما أن هذه التعريفات جميعاً تتفق وتجتمع على أن المصلحة بصفة عامة هى جلب المنافع ودرء المفاسد، وهذا القدر وحده يكفى أساساً للحديث عن المصلحة دون محاولة وضع حد لها[١].

الفصل الثانى

مضمون فكرة المصلحة

إن فكرة المصلحة سواء منظور إليها من جانبها الشخصى أو الموضوعى، يجب أن يكون لها مضموناً، يتوقف تحديده على عوامل وعناصر مختلفة. ولكن النظر إلى المصلحة من زاوية أنها هى المنفعة أو المزية أو الفائدة أو المكسب الذى تحصل بواسطة شخص التصرف، يجعل مضمون المصلحة يستدعى إلى الذهن الصلة الوثيقة بينها وبين الحق[٢]. مما دفع بعض الفقه من خلال هذه الصلة لمحاولة تحديد مضمون المصلحة. وسوف نعرض بإيجاز لأهم هذه الآراء.

الرأى الأول:

وهو للعلامة أهرنج، فقد إستعان سيادته منذ زمن بالمصلحة فى نطاق الحق، مشيراً إلى الصلة الوثيقة بينهما. ويظهر ذلك بوضوح فى قول سيادته أن المصلحة جوهر الحق[٣].

---

(١) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٤١.

(٢) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٢.

(٣) راجع فى عرض ذلك د ــ حسن كيره ــ اصول القانون ــ دار المعارف بمصر ــ سنة ١٩٥٩ /١٩٦٠ ــ ص ٥٥٥. د ــ سليمان مرقس ــ المدخل للعلوم القانونية ــ الطبعة الثانية ــ دار النشر للجامعات المصرية ــ سنة ١٩٥٢ ــ ص٣٠٠. د ــ جلال العدوى ود ــ رمضان أبو السعود ود ــ محمد حسن قاسم ــ الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ــ منشأة المعارف بالاسكندرية ــ سنة ١٩٩٦ ــ ص ٢٤.

وأن الحقوق مصالح يحميها القانون[١]، فالمصلحة هى العنصر الجوهرى فى الحق، وهى غايته[٢].

ورغم أن أهرنج يرى أن المصلحة هى جوهر الحق، إلا أنه لا يعتبرها كذلك إذا كانت مجردة، لا تتوافر لها الحماية القانونية، فيجب أن تكون المصلحة فى إطار المصالح المعتبرة قانوناً، فلا أهمية لمصلحة لا يحميها القانون بدعوى، فالأخيرة تعد (الجراب) الذى يصون الحق[٣].

فالحق عند اهرنج يمثل مصلحة لصاحبه سواء كانت هذه المصلحة مادية أم معنوية[٤].

أما الرأى الثانى: كان للعلامة دابان [٥]، فقد استعان هو الآخر بالحق عند تعريفه ــ أيضاً ــ لفكرة المصلحة، ويرى سيادته أن المصلحة تشير إلى أن للحق محل هو قيمة معينة ترتبط بصاحب الحق وتعيينه، وأن أساس الحق ليس الإرادة، وإنما المصلحة، فهذه الأخيرة تقيم لمادة الحق رابطة مع صاحب الحق. وفى هذا يتفق دابان مع أهرنج، إلا أنه يختلف مع هذا الأخير لأنه أعطى للمصلحة معنى وجيز وحدده بالمنفعة[٦].

الرأى الثالث:

ويرى أن المصلحة لا تكون محمية إلا عندما تكون حقاً[٧]، وينتهى هذا الرأى، إلى أن القانون إذا أقر مصلحة معينة لشخص ما منحه سلطة القيام بالأعمال

---

(١) راجع فى ذلك د ــ محمد شكرى سرور ــ النظرية العامة للحق ــ الطبعة الأولى ــ سنة ١٩٧٩ ــ دار الفكر العربى ــ ص ١٨. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ نظرية الحق ــ القاهرة ــ مطبعة المعهد العالى الفرنسى للآثار الشرقية ت سنة ١٩٥٧ ــ ص ٧.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ حمدى عبد الرحمن ــ فكرة الحق ــ دار الفكر العربى ــ سنة ١٩٧٩ ــ ص ١٢.

(٣) راجع فى ذلك : د ــ حمدى عبد الرحمن ود ــ حسن أبو النجا ــ النظرية العامة للحق ــ عام ١٩٩٧/١٩٩٨ ــ بدون دار نشر ــ ص ١٣.

(٤) راجع فى ذلك ــ د ــ حسن كيره ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥٦.

(٥) راجع فى ذلك:
Dabin J. Droit subjectif et subjetivisine juridique arc de hidu droit – 1964 p/B

(٦) Dabin J – Op – Cit – p.86

(٧) راجع فى ذلك:
Geny-Methode d'interpretation et sources en droit prive positif T. 2-2ed-1932-p.167
مشار اليه لدى د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٣.

التى تحقق مصالحه فى حدود معينة، ومنع غيره من المساس بها، وهذه السلطات المخولة لأصحابها هى المصالح التى يحميها القانون.

وهناك من الفقه من يرى أن المصلحة شرط لتنفيذ الحقوق الفردية[١]، ففى جميع الأحوال التى تترك فيها القاعدة القانونية للأفراد حرية ممارسة حقوقهم عن طريق التصرفات القانونية، فإن هذه الحرية يجب أن تنظم عن طريق المصلحة، بحيث لا يجوز استعمال هذه الحقوق دون مصلحة. وهذا الرأى يبرز دور المصلحة فى استعمال التصرف بحسبانها فكرة غائية أى تمثل غاية التصرف، فتعد أحياناً شرط لاستخدام التصرف وأحياناً لتقييد استخدام الحق.

وقد يضع القانون إطار للحدود التى يجب أن يبغيها المتصرف، إلا أنه فى كثير من الأحيان يجد صعوبة فى ذلك. لذا يترك للأشخاص تقديرها تبعاً للأحوال.

الفصل الثالث

ضوابط المصلحة

إذا كنا قد إنتهينا إلى أن فكرة المصلحة فكرة غائية، أى أنها غاية التصرف، وبها تتحدد حدوده، بحيث يعد الخروج على مقتضاها خروج عن الحدود المشروعة للتصرف. فإنه يجب أن يؤخذ فى الإعتبار، أنه لا يكفى أن يحقق المتصرف من وراء تصرفه مصلحة حتى يكون تصرفه صحيحاً منتجاً لآثاره، بل يجب أن تخضع هذه المصلحة لضوابط معينة، تتمثل فى جديتها ومشروعيتها.

وسوف نحاول بإيجاز إلقاء الضوء على هاتين الصفتين:

أولاً: جدية المصلحة:

وتعنى وجوب أن يبتغ المتصرف من وراء تصرفه مصلحة جادة، أى مصلحة هامة حقيقية[٢]. ومناط جدية المصلحة هو الموازنة بينها وبين المصالح المتعارضة. فإذا تبين أن المصلحة التى ابتغى المتصرف تحقيقها مصلحة تافهه[٣]،

---

(١) راجع فى ذلك:

Carbonnier (J), Droit Civil-T.I. Introduction.

(٢) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٨، راجع أيضاً :

Solus, HENRY et ROGER Droit judiciaire prive Paris, 1961-p.225.

(٣) راجع فى ذلك نص المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى، حيث نصت على ــ تفاهة المصلحة ــ عدم جدية المصلحة، من خلال وضع ضوابط لمشروعية الحق المراد استعماله، فنصت على أن يكون استعمال الحق غير المشروع فى الأحوال الآتية:

بالمقارنة بجسامة الضرر الذى لحق بالغير، أى بالنظر إلى أهمية مصالح هذا الأخير التى أصابها الضرر، وصفت المصلحة بأنها غير جدية.

والحقيقة أن الجدية فى المصلحة من الصفات التى يصعب مراقبتها، ذلك أن كل شخص يستطيع أن يدعى أن هناك مصلحة قد تحققت من وراء تصرفه. إلا أننا نرى مع بعض الفقه أنه يمكن أن نتبين عدم جدية المصلحة التى يبتغيها الشخص بعدة طرق، منها كون الباعث على التصرف ضد المجتمع[١]، أو أن استعمال التصرف قد حقق غرضاً آخر يخالف الغرض الإجتماعى أو الإقتصادى للتصرف[٢].

وإذا كان المشرع لم يحدد متى تكون المصلحة جدية أو غير جدية، فحسناً فعل. ذلك أن هذا المسلك يحقق مرونة كبيرة بالنسبة لهذه الصفة، ويعطى للقاضى سلطة تقدير واسعة فى إجراء الموازنة بين المصالح وترجيح إحداها. والقاضى إذ يفعل ذلك فإنه يستعين بروح التشريع وغايته[٣]، ويهتدى فى ذلك بما قاله الفقه فى هذا الشأن، خاصة الفقه الإسلامى حيث قسم المصالح وحدد مراتبها وأهميتها[٤].

=أ ــ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير

ب ــ إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج ــ إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

(١) انظر فى ذلك: Demogue-Traite des obligations

مشار اليه لدى د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ص ١٤٩.

(٢) انظر فى ذلك:

Geny-Methode d'intierpretation et sours en droit prive positif, T. 2 edit, Paris-1932-p.178.

ويرى البعض أن إنعدام المصلحة، أو تفاهتها، يثبت أن المتصرف يقصد الإضرار بالغير. راجع فى ذلك د ــ حسين عامر ــ التعسف فى استعمال الحق وإلغاء العقود ــ طبعة عام ١٩٦٠ ــ ص ٦١٥. وراجع بصفة عامة د ــ محمد شوقى السيد ــ معيار التعسف فى إستعمال الحق ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة ١٩٧٨. حيث يشير سيادته إلى هذا المعنى فى أكثر من موضع بالرسالة.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٩.

(٤) وقد قسم الفقه الإسلامى المصلحة تقسيمات عديدة، تختلف كل منها بإختلاف إعتباره. ومن أهم هذه التقسيمات، هو تقسيمها من حيث أهميتها وحاجيتها بالنظر إلى غيرها ــ من المصالح ــ حيث قسمت إلى ثلاث مراتب (أ) المصالح الضرورية (ب) المصالح الحاجية، (جـ) المصالح التحسينية وأهمية هذا التقسيم تبدو عند الترجيح بين المصالح المتعارضة، إذ قد يكون التصرف مناط مصلحتين فيجب ترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى، فالمصلحة الضرورية تقدم على المصلحة الحاجية، وهذه الأخيرة تقدم على المصلحة التحسينية. راجع فى ذلك د ــ حسين حامد حسان ــ نظرية المصلحة فى

ورقابة جدية المصلحة على هذا النحو، ينأى بالإرادة وقدرتها على إحداث آثار قانونية عن الإطلاق ويقيدها بغاياتها، "كما يبعد بها من جانب آخر عن شبهة كونها مجرد سلطان فردى ومجردة من المصالح والمنافع، وترتباً عليه يضع التصرف الإرادى فى مكانه الصحيح ويؤكد قدرته كأداة فنية تحقق به المصالح الفردية والإجتماعية على السواء"[١].

ثانياً: مشروعية المصلحة:

وهذه الصفة لا تحتاج كثير بيان، فالقواعد العامة[٢] تستلزم توافر المشروعية فى الأشياء حتى تحتمى بالغطاء القانونى، فالمصلَحة غير المشروعة أو اللا أخلاقية، لا يمكن أن تكون محلاً لتصرف إرادى قانونى[٣]. ومن ثم فإن جدية المصلحة لا تكفى القول بأن مضمون التعبير الإرادى لشخص التصرف قد وقع مشروعاً منتجاً لآثاره، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة، ذلك لأن الحقوق والإلتزامات ليست قيمة فى ذاتها بل بإعتبارها وسائل لتحقيق منفعة مشروعة لأصحابها، فالمصلحة المترتبة على التعبير الإرادى لشخص التصرف لا تضاف إلى ذمته، ولا تتمتع بحماية القانون إلا إذا كانت مصلحة مشروعة"[٤].

=الفقه الإسلامى ــ طبعة ١٩٧١ ــ ص ١٥. د ــ محمد شوقى السيد ــ معيار التعسف فى إستعمال الحق ــ رسالة دكتوراه ــ القاهرة ــ طبعة ١٩٧٨، ص ٢١١.

(١) راجع د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٠.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ حسين يوسف غنايم ــ المصلحة فى التأمين ــ رسالة دكتوراه ــ القاهرة ــ مطابع أخبار اليوم ــ عام ١٩٦٨ ــ ص ١٣٩.

(٣) راجع فى هذا المعنى:

R. Vanard: La theorie de l'interet, op. cit. p.703

راجع أيضاً: د ــ محمد حسين منصور ــ مبادئ التأمين ــ دار النشر للجامعات ــ بدون تاريخ ــ ص ٧٤.

(٤) راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٠، ص ١٥١. وراجع فى هذا المعنى د ــ سعد سالم عبد الكريم العسيلى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٩ وما بعدها. وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول نصت فى قوانينها على ضرورة توافر المشروعية فى المصلحة، نذكر منها على سبيل المثال، نص المادة (١٦٦) من القانون المدنى الأردنى، حيث جاء فيها أنه "لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه ما لم يقم الدليل على غير ذلك"، إلا أن غالبية الدول لم تشر إلى ذلك باعتبار أن مشروعية المصلحة تنظمها القواعد العامة. راجع فى ذلك على سبيل المثال قانون التأمين الفرنسى، حيث لم تشر المادة الثانية والثلاثون منه على هذه الخاصية.

والمشرع لم يعن بتحديد متى تكون المصلحة مشروعة، ومتى تكون غير مشروعة، كما أنه لم يضع ضوابط للمشروعية، ولم يصنفها تصنيفاً قانونياً معيناً، بل ترك ذلك للفقه والقضاء، وهذا مسلك محمود للمشرع، ذلك أن المشروعية لا تحمل معنى معين، بل تعد تطبيقاً لمعنى متغير، يختلف تبعاً لإختلاف الزمان والمكان[١].

وينتهى الفقه ــ دون الدخول فى تفصيلات ــ إلى أن المصلحة تكون غير مشروعة فى حالتين: الأولى: حالة مخالفتها للقانون[٢]، ويحدث ذلك إذا كانت المنفعة أو المصلحة المبتغاه من وراء التصرف تخالف نص قانونى، أو تخالف غاية التصرف كما حددها المشرع.

أما الحالة الثانية: إذا كانت المصلحة التى تعود على المتصرف، تخالف النظام العام والآداب[٣].

وسار القضاء[٤] فى نفس الإتجاه، حيث تطلب ــ منذ زمن بعيد ــ ضرورة مشروعية المصلحة، أى ضرورة إتفاق المصلحة التى يبغيها المتصرف

---

(١) راجع فى ذلك د ــ عبد الهادى يونس العطاقى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٩٨.

(٢) ونشير فى ذلك على سبيل المثال إلى المصلحة فى رفع الدعوى، وضرورة أن تكون مصلحة قانونية ــ راجع فى ذلك من الفقه د ــ رمزى سيف ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٩٩. د ــ أحمد ماهر زغلول، د ــ يوسف يوسف أبو زيد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١١٠٥ وما بعدها. د ــ محمود محمد هاشم ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠ وما بعدها. د ــ نبيل عمر ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٧. د ــ وجدى راغب ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦.

H. Mazeaud, Op. Cit. p. 43 et 44.

(٣) راجع فى ذلك من الفقه: د ــ حمدى عبد الرحمن ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٢٨ ، حيث يقول سيادته "تعد فكرة النظام العام من مستطردات النظام القانونى الثابتة فهى الحاجز الذى يحول دون إختراق المفاهيم الحضارية والإجتماعية بواسطة أفكار أو قيم مناقضة". وراجع أيضاً لسيادته مؤلفه ــ محاضرات فى عقد التأمين ــ عين شمس ــ ١٩٧٠/١٩٧١ ــ ص ٢١، ص ٢٣. ولكن الفقه قد إختلف فى تحديد فكرة النظام العام راجع فى ذلك د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٢، وتشير سيادتها إلى أن الفقه لم يختلف فى أمر كإختلافه فى تحديد فكرة النظام العام وخير ما يقال فى شأنه أن قوامه فكرة المصلحة العامة، سياسية كانت أو إجتماعية أو أدبية، وأنها فكرة نسبية، ونفس ما يقال على النظام العام ينطبق على الآداب العامة. راجع فى ذلك هامش ٧١، ٧٢ من نفس الصفحة.

(٤) راجع فى ذلك من أحكام القضاء على سبيل المثال: نقض مصرى ــ جلسة ١٩٩٣/٢/٢١ ــ الطعنان أرقام ١٩٢-٢٨٦ ــ السنة ٢٤ قضائية ــ نقض مصرى ــ جلسة ١٩٨١/٢/٢٧ ــ طعن رقم ٨ لسنة ٥٠ قضائية ــ ص ١٢٦-١٢٧.

مع القانون والنظام العام. ويمكن للقاضى تقدير هذه المشروعية بالبحث فيها إذا كان التصرف ــ فى القضية المعروضة عليه ــ فى ثمرته ونتائجه مخالفاً للقانون أو النظام العام والآداب أم لا، ويكون استهدائه فى ذلك بنتائج العمل أو المنفعة[1].

المطلب الخامس

المتعاقد، والطرف الشكلى والطرف الموضوعى

تمهيد وتقسيم:

الأصل أن يشارك الشخص بنفسه فى إبرام ــ التصرف القانونى ــ العقد، ويعبر فى نفس الوقت عن إرادته بالإلتزام بالآثار الناتجة، وهذا الشخص يعد طرفاً فى العقد بإجماع الفقه والقضاء دون خلاف، حيث يجمع بين الطرف بالمفهوم الشكلى والطرف بالمفهوم الموضوعى، ويسمى هذا الشخص "متعاقداً". وإذا كانت الحالة السابقة هى الأصل، إلا أنه فى كثيرٍ من الأحيان يقوم الشخص بالظهور على مسرح التعاقد ويشارك فى إبرام ــ التصرف ــ العقد دون أن تنصرف إليه أثاره وهذا الشخص يعد طرفاً بالمفهوم الشكلى.

=Civ.-7 Avr. 1967. D. 1967, P. 496.
H. Mazeaud-Op. Cit. – p. 43
فقد إعتبر القضاء مصلحة الخليلة فى التعويض عن مقتل خليلها غير مشروعة، ورفضت دعواها تأسيساً على تعارض المصلحة فيها مع مصلحة عامة. كذلك فإن الحقوق الشخصية قد تتعارض المصلحة فيها مع قاعدة أعلى هى تنظيم الحياة الإجتماعية .. وهكذا ترتبط القاعدة بالنظام العام السائد فى المجتمع.

[1] وتجدر الإشارة إلى أن خاصية المشروعية، فى مجال الشريعة الإسلامية تكون أرحب وأوسع منها فى مجال القوانين الوضعية، راجع فى ذلك: د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ دار النهضة العربية ــ مطبعة جامعة القاهرة ــ الجزء الأول ــ سنة ١٩٩٠ ــ ص ٩٨. د ــ حمدى عبد الرحمن ــ الأحوال الشخصية لغير المسلمين ــ جامعة عين شمس ــ سنة ١٩٩٧/١٩٩٨م ــ ص ١٤٥ حيث قال سيادته "والثابت" أن النظام العام الإسلامى ليس مرادفاً للنظام العام الوضعى، قد تكون بينهما منطقة مشتركة، ولكن يكون لكل منهما تصوره المختلف عن الآخر فى بعض المسائل". ذلك أن الروابط التى تقوم الشريعة الإسلامية تنظيمها أوسع وأشمل من تلك التى تنظمها القوانين الوضعية.راجع فى ذلك من الفقه د ــ فتحى السيد لاشين ــ عقد التأمين فى الفقه الإسلامى ــ دراسة مقارنة لتنظيم أحكامه وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية ــ بدون تاريخ ــ ص ١٧٦.

فضلاً عن ذلك قد يوجد شخص لم يشارك فى بناء الرابطة العقدية، أى لم يباشر الإيجاب أوالقبول ــ وبالتالى لايعد طرفاً بالمفهوم الشكلى ــ عند تكوين العقد، ولكنه عبر عن إرادته بالإلتزام بالأثار الملزمه الناتجة عن هذا الأخير وإرتضى إنصرافها إليه، وهذا الشخص يعد طرفاً بالمفهوم الموضوعى.

وإذا كانت ــ الحالة الأولى ــ حالة المتعاقد لاتثير أى مشكله سواء فى الفقه أو القضاء وبالتالى فإنها لاتحتاج إلى إيضاح أكثر من ذلك. فإن ما يحتاج إلى إيضاح هو حالتى الطرف بالمفهوم الشكلى والطرف بالمفهوم الموضوعى.

لذا، سوف نقسم دراستنا لهذا المطلب فى فرعين، هما:

الفرع الأول: الطرف بالمفهوم الشكلى

الفرع الثانى: الطرف بالمفهوم الموضوعى

الفرع الأول
الطرف بالمفهوم الشكلى

سبق أن أوضحنا، أن الأصل أن يباشر عملية التعاقد نفس الشخص الذى تنصرف إليه آثاره فى محيطه القانونى، معنى ذلك أن الأصل أن تتحد صفة الطرف بمفهومه الشكلى، بصفة الطرف بمفهومه الموضوعى (الشخص صاحب المصلحة فى شخص واحد)[1].

إلا أنه قد تحول الظروف دون قيام الشخص بإبرام بعض التصرفات القانونية بنفسه، فيحل شخص آخر محله فى إبرام هذه العقود نيابة عنه، وقد يحول ظرف مؤقت كالمرض أو السفر بين الشخص، وأن يبرم عقد من العقود، فيوكل عنه آخر فى إبرامه نيابة عنه، وقد لا يكون للشخص الأهلية اللازمة للتعاقد بصفة عامة أو لإبرامه عقد معين، كأن كان صغيراً غير مميز أو يكون مجنوناً، فيقوم نائبه القانونى بإبرام العقد نيابة عنه.

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ مرجع سبق ذكره ــ بند ١٠٢ ــ ص ٢١٦. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٥٢. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٣. د ــ مصطفى الجمال ــ مصادر الإلتزام ــ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ ص ٢٣٢ ــ ص ٣٣٤.

وتعد الصور السابقة، صوراً للنيابة فى التعاقد، تلك النيابة التى يعرفها الفقه[١] بأنها "قيام شخص يسمى النائب بإبرام تصرف قانونى باسم شخص آخر ولحسابه يسمى الأصيل، بحيث ينتج التصرف آثاره مباشرة فى ذمة هذا الأخير".

وللنيابة فى التعاقد أهمية بالغة فى دنيا القانون، وترجع هذه الأهمية إلى شيوع الالتجاء إليه، فى واقع الحياة، بل إنه فى كثير من الأحيان، تمثل النيابة فى التعاقد أمراً ضروريًا لا غنى عنه، ويحدث ذلك، خاصة بالنسبة لعديمى الأهلية أو ناقصيها. فالقانون لا يجيز لهؤلاء إبرام التصرفات كلها أو بعضها بذات أنفسهم. ولكنه يقدر مع ذلك أن مصلحتهم قد تقتضى إبرامها. وهنا تبرز النيابة كضرورة لإمكان إجراء تلك التصرفات عن طريقها، وحتى "فى الأحوال التى لا تمثل فيها النيابة أمراً ضروريًا. كثيراً ما تظهر كنظام جليل الفائدة للناس، حيث يسهل عليهم أمور حياتهم، إذ يمكنهم من إجراء تصرفات قد يتعذر عليهم إبرامها بأنفسهم، لغيابهم عن مكان عقدها، أو لعدم إلمامهم بها، أو لكثرة مشاغلهم عنها، أو لأى سبب آخر"[٢]. ومؤدى ذلك: أن النيابة فى التعاقد، من الأنظمة التى تطلبتها مقتضيات الحياة العملية، ومقتضيات التعامل فى الوقت الحاضر، ودفعت المشرع للتدخل لإقرارها وتنظيمها[٣].

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ بند ١١٢ ــ ص ١٥٢. د مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ بند ٢٣٢ ــ ص ٣٣٤. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٧. د ــ أحمد سلامة ــ مذكرات فى نظرية الالتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٨٨. د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٩ ــ راجع أيضاً بصفة عامة ــ د. جمال مرسى بدر ــ المرجع السابق. د ــ محمد محيى الدين إبراهيم سليم ــ أحكام مساءلة المتبوع عن خطأ التابع ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥٦ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك : د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ بند ١٠٢ ــ ص ٢١٦. وفى هذا المعنى راجع أيضاً د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ بند ١١٢، ص ١٥٢.

(٣) راجع فى ذلك : د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٨. ونود أن ننوه أن النيابة صورة حديثة نسبياً من صور الفن القانونى، فكما أسلفنا فإن القانون الرومانى حتى فى آخر مراحله لم يصل إلى حد إقرار فكرة النيابة كنظام عامل شامل، وإنما الضرورات العملية هى التى أدت إلى اصطناع وسائل مختلفة للوصول فى حالات معينة إلى نتائج قريبة مماثلة، ومن هذه الحالات، ما كان متعلقاً بنيابة الأشخاص الخاضعين لسلطة رب الأسرة كالابن والرقيق فى جعل رب الأسرة دائناً بإطلاق ومديناً فى حالات خاصة وبحدود معينة، أما من لم يكن خاضعاً من أفراد الأسرة لسلطة غيره فلم يكن قيامه بالتصرف لحساب هذا الغير منتجاً لأى أثر مباشر بالنسبة لهذا الأخير. راجع فى ذلك: د ــ شفيق شحاتة ــ نظرية النيابة فى القانون الرومانى

والنيابة بالنظر إلى المصدر الذى يحدد سلطة النائب، قد تكون قانونية، وفى هذه الحالة لا تقوم على إرادة من جانب الأصيل، بل إنها تقوم فقط على إرادة المشرع، فالقانون هو الذى يحدد سلطة النائب، كما أن آثار التصرف تنصرف إلى الأصيل، سواء ارتضاها هذا الأخير أم لم يرتضها. وأهم صور هذا النوع من النيابة، نيابة الولى، أو الوصى أو القيم، ونيابة السنديك والحارس القضائى، فجميع هؤلاء يستمدون سلطاتهم من القانون مباشرة، ودون تدخل لإرادة الأصيل. ومن صور النيابة القانونية أيضاً نيابة الدائن عن مدينه فى الدعوى غير المباشرة[١]. ولكن يجب عدم الخلط بين النيابة بالمفهوم السابق، وبين ما يعرف بالنيابة التبادلية[٢]، أو ما درج المشرع على تسميته بالإنابة فى الوفاء[٣].

والنوع الثانى من النيابة، هى النيابة الإرادية[٤]، ففى هذه النيابة يقيم الشخص (الأصيل) من غيره نائباً عنه، ويحدد الأصيل بإرادته سلطات النائب،

=والشريعة الإسلامية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٧، وراجع أيضاً لنفس المؤلف ــ مفهوم النيابة فى القانون الرومانى ــ القانون والاقتصاد ــ س ١٥ ــ ص ١٤٤. وراجع فى هذا المعنى أيضاً: د ــ جمال مرسى بدر ــ المرجع السابق ــ ص ١١ وما بعدها. راجع أيضاً:
Girad-Manuel élémentaire de droit Rominze edit, Paris 1924, p.678.
د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٤.

(١) راجع فى ذلك : فى هذا البحث الباب الأول ــ ص ١٧٥.

(٢) وذلك كما فى حالة التضامن السلبى، وتعنى النيابة التبادلية، أن كل مدين متضامن يعتبر نائباً عن سائر المدينين المتضامين فيهما ينفعهم فقط. هذا ولم يرد نص صريح فى التشريع المصرى عن النيابة التبادلية، إنما أورد المشرع تطبيقات لها كما فى المواد ٢٩٢، ٢٩٦ مدنى مصرى.

(٣) والإنابة فى الوفاء، تفترض أن شخصاً هو المناب، وقد تعهد لشخص آخر هو المنيب بأن يوفى دينا للمناب لديه وهو شخص ثالث، الأصل أن هذا التعهد لا يبرئ ذمة المنيب بل يبقى المنيب مدينا للمناب لديه إلى جانب المناب حتى حصول الوفاء، وتسمى الإنابة فى هذه الحالة، بالإنابة الناقصة. راجع فى ذلك: د ــ توفيق فرج ــ النظرية العامة للالتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٢٣٣. د ــ عبد الودود يحيى ــ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ــ الجزء الثانى ــ أحكام الالتزام ــ طبعة ١٩٨٤ ــ ص ٦٠٤.

(٤) والنيابة الإرادية قد درج على تسميتها بالنيابة الاتفاقية، والاصطلاح الأول هو الأدق، ذلك أنه يدل مباشرة على أن النائب يستمد سلطته من إرادة الأصيل نفسها، بينما يدل مصطلح الاتفاقية على أن النائب يستمد سلطته من الاتفاق. راجع فى عرض ذلك: د ــ إسماعيل غانم ــ النظرية العامة للالتزام ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٥٠ ــ هامش ١. د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٦ ــ هامش ٢.

وبهذا يكون قد ارتضت إرادته أن تنصرف إليه آثار العقد الذى يبرمه مع النائب[١]، كما أن النائب والغير (الذى تعاقد معه) قد ارتضيا ذلك.

والحالة الغالبة للنيابة الإرادية، تأخذ صورة الوكالة، إن لم تكن هى الصورة الوحيدة[٢]، فالوكيل نائب إرادى عن الموكل؛ لأنه يستمد نيابته عنه من عقد الوكالة، وفى الحدود التى يرسمها عقد الوكالة، ويعتبر أيضاً "نائب اتفاقى مدير الشركة أو الجمعية إذا استمد نيابته عنها بمقتضى عقد تأسيسها، أو بمقتضى قرار تصدره"[٣].

والتعاقد بطريق النيابة، جائز فى كل التصرفات، كالبيع، أو الإيجار أو الهبة، أو الشركة، أو المقاولة، إلى غير ذلك من التصرفات. ولكن يستثنى من هذه القاعدة، الحالات التى يستلزم القانون فيها أن يبرم الشخص التصرف بنفسه، وهى حالات نادرة جداً[٤].

وفى صور النيابة، ينعقد العقد ليس بإرادة المتعاقد صاحب المصلحة والذى يسمى بالأصيل، إنما بإرادة شخص آخر هو النائب عنه. فالنيابة تقدم لنا وضعاً يقوم فيه شخص بالمشاركة فى إبرام وبناء العلاقة التعاقدية ولا تنصرف إليه (النائب) آثار العقد، ولكنها تنصرف إلى شخص آخر (الأصيل)، يكون هو المدين بما ينشأ عن العقد من التزامات وله ما ينشأ عنه من حقوق، هذا كله بالرغم من أنه لم يشارك فى بناء العلاقة التعاقدية التى انصرفت إليه آثارها.

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٦ ــ هامش ١.

(٢) راجع فى ذلك : د ــ مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ بند ٢٣٣ ــ ص ٣٣٦. د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ بند ١٠٤ ــ ص ٢١٨. راجع أيضاً بصفة عامة د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق.

(٣) راجع فى ذلك : د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٨.

(٤) كما فى حالة إبرام الزواج فى القانون الفرنسى، حيث أنه لا تجوز النيابة فيه سواء كانت قانونية أم اتفاقية. راجع فى ذلك: د ــ عبد الفتاح عبد الباقى ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٩، هامش ٢ بنفس الصفحة.

الطبيعة القانونية للنيابة وعجز الاتجاه التقليدى فى تفسير مبدأ النسبية عن تفسير من يعد طرفاً فى العقد

قديماً كانت تُفسر فكرة النيابة على أنها تقوم على ضرب من الافتراض القانونى والمجاز، فالأصيل عندئذ يصبح دائناً أو مديناً بمقتضى العقد؛ لأنه يفترض أنه هو الذى أبرمه. إلا أن ذلك كان محلاً للنقد لاسيما فى النيابة القانونية التى يكون فيها الأصيل معدوم الإرادة أو ناقصها. كما أنه فى النيابة الإرادية يتوافر للنائب قسط من الحرية[١].

أما الفقه الحديث فقد ذهب إلى أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته محل إرادة من ينوب عنه، فالتعبير الذى يصدر عن النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل، فلإرادة النائب دور أساسى فى إبرام العقد، وإن اختلف تحديده[٢].

وإذا كان المُسلم به، أن فى التعاقد عن طريق النيابة يقوم شخص ببناء العلاقة التعاقدية مع الغير (المتعاقد معه)، ولا تنصرف إليه آثار هذا العقد، بل تنصرف إلى شخص آخر هو الأصيل، بالرغم من أنه لم يشارك فى بناء العلاقة التعاقدية. فإن مبدأ نسبية أثر العقود بمفهومه التقليدى، والذى يقصر مفهوم الطرف على الشخص الذى شارك فى بناء العلاقة التعاقدية فقط، سوف يعجز عن تفسير انصراف أثر العقد إلى شخص لم يشارك فى بناء العلاقة التعاقدية. وهذا هو السبب الذى من أجله لم يقر القانون الرومانى النيابة بمعناها الفنى. وهو أيضاً السبب وراء ــ رغم إقرار النيابة إقراراً صريحاً فى القوانين الحديثة ــ ظهور العديد من

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ بند ١١٤ ــ ص ٣٥٤.

(٢) راجع فى ذلك : د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٨٣ ــ ص ١٥٨. راجع أيضاً: د ــ جمال مرسى بدر ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤-٧٠. ونود أن ننوه بأن ما يميز النائب عن الرسول، أن هذا الأخير لا دخل لإرادته فى إبرام العقد، وإنما هو مجرد ناقل لتعبير أحد طرفى العقد إلى الطرف الآخر، فهو يقوم بعمل مادى وليس تصرف قانونى كالنائب، ويترتب على ذلك نتائج قانونية، أهمها أن العقد المبرم عن طريق الرسول العبرة فيه بإرادة المرسل وحده، فتكون إرادته هى المعتبر فيما يتعلق بعيوب الإرادة، كما أنه يعتبر العقد المبرم بالرسول كأنه أبرم بين غائبين فى جميع الأحوال. من التفاصيل: راجع د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ المرجع السابق ــ بند ٨٥ ــ ص ١٦٠. د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ المرجع السابق ــ ص ١١٧ ــ ص ١٥٦ وما بعدها. د ــ أحمد حشمت أبو ستيت ــ المرجع السابق ــ ص ١٢١.

النظريات[١] التى تفسر فكرة النيابة إزاء ما يبدو فيها من مخالفة لمبدأ نسبية أثر العقود.

تفسير النيابة وفقاً للاتجاه الحديث فى تفسير مبدأ نسبية أثر العقود:

وإذا كنا قد حددنا مفهوم مبدأ نسبية أثر العقود، وتجاوزنا به المفهوم التقليدى، فإن فيه تفسير لفكرة النيابة.

فقد سبق أن عرضنا للمفهوم الفنى لمبدأ النسبية، بأنه يعنى حظر امتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرتض الغير ذلك. ولما كانت إرادة الأصيل قد انصرفت نحو الالتزام بالأثر الملزم للعقد، وظهرت هذه الإرادة فى تخويله النائب سلطة النيابة، وأن تنصرف إليه آثار العقد الذى يجريه نيابة عنه. كما أن النائب والمتعاقد معه قد ارتضيا ذلك ما دام التعاقد قد تم باسم الأصيل. ومن هنا، يظهر أنه فى التعاقد عن طريق النيابة، يجب التمييز بين الأثر الملزم للعقد من ناحية، والوسيلة التى تحققه من ناحية أخرى، حيث إن الأثر الملزم للعقد يلتزم به الأصيل، وقد عبر هذا الأخير عن ارتضائه بالالتزام بالأثر عن طريق الإنابة[٢] والوسيلة قد تمت بالتعبير الإرادى الصادر عن النائب[٣].

---

(١) راجع فى ذلك : نفس المراجع بهامش ٢ فى الصفحة السابقة.

(٢) راجع فى ذلك : د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٧.

(٣) وتجدر الإشارة إلى اختلاف فكرة العضو فى الشخص المعنوى، عن فكرة النائب، وإن كانت الأولى تستغرق الأخيرة، فالأعضاء فى الشخص المعنوى ليسو نائبون عنه، وإنما هم أعضاء مكونين له، لذا فالعقد المبرم عن طريق عضو الشخص المعنوى يعتبر معقود بالأصالة لأن العضو دائماً حاملاً لإرادة الشخص المعنوى، أما العقد المبرم بطريق نائب فيعتبر معقوداً عن طريق النيابة، لأن النائب يعبر عن إرادته هو، وتكون إرادته منفصلة عن إرادة الأصيل (الشخص المعنوى)، إلا أنه يمكن فى حياة الشخص المعنوى أن يكون له بجانب العضو نائب. لذا فإن بعض الفقه ــ وبحق ــ يرى أن نص المادة ٣/٥٣ التى تقضى بأن الشخص المعنوى يكون له نائب يعبر عنه هو، نص غير دقيق، لأن النائب يعبر عن إرادته هو لا إرادة الأصيل، أما العضو فهو يعبر عن إرادة الشخص المعنوى (الأصيل). لذا فيجب أن يستبدل بكلمة (نائب) كلمة (عضو). راجع فى ذلك: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٧-٢٤٨ ــ هامش ١٠. راجع أيضاً: د ــ أبو زيد رضوان ــ مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال ــ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ــ السنة الثانية عشرة ــ العدد الأول ــ عام ١٩٧٠ ــ ص ١٩٣. د ــ فتحى عبد الصبور ــ الشخصية المعنوية للمشروع العام ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة ١٩٧٣ ــ ص ٥٦٨ وما بعدها.

النائب طرف بالمفهوم الشكلى:

سبق أن أوضحنا[١]، أن العاقد هو طرف بمعناه الشكلى، فهو الذى يباشر الإيجاب والقبول فى العقد دون أن تنصرف إليه آثار التصرف. وأن مصطلح العاقد (الطرف الشكلى) يختلف فى دلالته الفنية عن مصطلح الطرف. ذلك أن هناك أهمية قصوى لاستيعاب فكرة الطرف فى العلاقة محل الدراسة، فرب العمل هو من تنصرف إليه آثار وثمار العقد من الباطن، ولكنه لم يشارك فى إبرامه، كما أن المقاول من الباطن ينفذ عين محل عقد المقاولة الأصلى أو جزءا منه، ويتحمل نتيجة عدم تنفيذه أو التنفيذ المعيب، دون أن يشارك فى تكوين عقد المقاولة الأصلى.

لذا فإن اصطلاح العاقد (الطرف بمعناه الشكلى) سوف يعجز عن تفسير واقع النيابة فى التعاقد، فضلاً عن ذلك فإن التمييز بين مصطلح العاقد والطرف، سوف يزداد وضوحاً وأهمية فى مجال النيابة فى التعاقد، ونود أن نذكر، بأننا قد تناولنا تحليل مفهوم الطرف إلى معيارين، الأول يتعلق بالإرادة وضرورة أن تكون إرادة الشخص وتعبيره، أو ما أطلقنا عليه (الطرف بمعناه الشكلى)، أما المعيار الثانى هو أن يضاف الأثر الملزم إلى ذمة من عبر عن إرادته (الطرف الموضوعى)، "فاجتماع المصلحة مع القدرة الإرادية هى مناط اعتبار الشخص طرفاً لأن المصلحة هى الهدف والتعبير عن الإرادة هى الأداة، واجتماعهما يعنى اكتمال وصف الطرف، أى صلاحية الكائن القانونى لأن يكون طرفاً"[٢].

وفى النيابة فى التعاقد، هناك ثلاث أشخاص هم:

المتعاقد مع النائب:

وهذا الشخص يُعد طرفاً بالمدلول الفنى لكلمة طرف، والتى سبق أن أوضحناها، فإذا قمنا بتطبيق معيارى الطرف بشأنه، وجدناه يعبر بالتصرف (أى بإرادته) عن رغبته فى إبرام التعاقد على نحو ما، مع النائب. كما أن أثر هذا التصرف الإرادى أو المصلحة المرتبة على تعبير الإرادى تضاف إلى ذمته فيعد شخص المصلحة أو الأثر. أى أن هذا الشخص قد اجتمعت فيه عناصر الطرف بالمعنى الشكلى وكذا الطرف بالمعنى الموضوعى.

---

(١) راجع فى ذلك ما سبق أن أوضحنا بشأن التمييز بين مصطلح العاقد، ومصطلح الطرف.

(٢) د ــ تبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥١.

النائب:

قبل تحديد مركز النائب القانونى، نود أن نذكر أن نظام النيابة فى التعاقد، من وسائل الفن التعاقدى الذى ينفصل فيها الأثر الملزم عن الأداة، فالأثر الملزم ينسب إلى شخص الأصيل، أما الأداة فيقوم بها شخص آخر وهو النائب. وبالتالى يحدث انفصال بين معيارى الطرف، أى بين شخص التصرف، وشخص المصلحة. فالنائب يعد طرفاً بالمفهوم الشكلى ذلك لأنه هو الذى يباشر عملية التعبير عن الإرادة، ويظهر وقت تكوين العقد ويشارك فى إبرامه؛ ونظراً لأن العقد ينعقد بإرادة النائب، فإن إرادته هى التى تكون محل اعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة وفيما يتصل بها من علم أو جهل أو بظروف ذات شأن فى عملية التعاقد(١).

والنائب وإذا كان شخص تصرف، أو أن تعبيره عن إرادته هو ينعقد به العقد، إلا أن هذا العقد لن ينتج آثاره فى حق النائب، أى لن تنصرف إليه آثاره الملزمة، وبمعنى آخر "يقوم بإبرام تصرف قانونى ذا مضمون خاص من وجه أن آثاره لا ينصرف إلى من أبرمه، بل إلى شخص آخر عقد التصرف باسمه"(٢). لذا فإن النائب إذ إنه هو من يباشر الإيجاب والقبول فى العقد، دون أن تنصرف إليه آثاره، فإنه يعتبر طرفاً شكليًا (أى عاقداً)، فاصطلاح الطرف الشكلى هو الاصطلاح الأدق بالنسبة للنائب(٣).

الأصيـــل:

والأصيل فى النيابة فى التعاقد لم يباشر الإيجاب والقبول فى العقد؛ لذا فإنه لا يعد طرفاً شكليًا، إلا أن آثار العقد الذى يبرمه النائب، تنصرف حقوقاً

---

(١) راجع فى ذلك نص المادة ١٠٤ من القانون المدنى المصرى، حيث جاء بها "إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الإعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً" إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة فقد جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة على النحو التالى. "ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان المفروض حتماً أن يعلمها".

(٢) راجع فى ذلك : د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥٢.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٦ وما بعدها.

والتزاما إلى ذمة الأصيل، ويحدث ذلك دون حاجة إلى أى إجراء آخر. وبالتالى فإن الأصيل يعد طرفاً فى الأثر الملزم[١]، وبالتالى يعد طرفاً موضوعيًا.

ويستند انصراف الأثر الملزم للعقد، الذى أبرمه النائب إلى ذمة الأصيل، إلى إرادة هذا الأخير الموجودة فى الإنابة، والتى قصد بها الإستئثار بالنتائج القانونية المترتبة على مصلحته.

والخلاصة:

أن الشخص قد يظهر على مسرح التعاقد، ويباشر عملية الإيجاب والقبول، ويشارك بإرادته فى إبرام العقد، ولكن لا تنصرف إليه آثار العقد، فهذا الشخص يعد طرفاً بالمفهوم الشكلى (أى عاقد)، ولا يعد طرفاً بالمعنى الموضوعى، ذلك أن دوره يقتصر على إبرام التصرف؛ لذلك لا يكتسب النائب حقوقاً من العقد ولا يتحمل بالتزامات، ولما كان النائب لا يكتسب حقاً من العقد الذى أبرمه أو يتحمل بالتزام ناشئ عنه، فإنه لا يعد طرفاً فيه.

الفرع الثانى
الطرف بالمفهوم الموضوعى

وإذا كنا قد عرضنا للطرف بالمفهوم الشكلى، فإننا فى هذا الموضع من البحث، سوف نحاول تحديد المفهوم الفنى والقانونى للطرف الموضوعى، فتحديده يمثل ــ بالنسبة لنا ــ الأساس الذى يبنى عليه الحكم على الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

وإننا إذ نعرض لتحديد الطرف بالمفهوم الموضوعى، فإننا لن نقوم بسرد حالاته وحصرها، ولكننا سوف نقوم بتحديد المبادئ التى إذا توافرت فى شخص كانت له صفة الطرف بالمفهوم الموضوعى. وهذه المبادئ أمكن إستخلاصها مما سبق أن أوضحناه بشأن التطور التاريخى[٢] لمبدأ نسبية أثر العقود وتحديد المفهوم الفنى لهذا المبدأ[٣]، وعرض الآراء التى قيلت بشأن تحديد المفهوم الفنى والقانونى

---

(١) راجع فى ذلك : د ــ نبيلة رسلان ــ ص ٢٥٢.

(٢) راجع فى هذا البحث، ص ٥٢٩ وما بعدها.

(٣) راجع فى هذا البحث، ص ٥٨٣ وما بعدها.

للطرف[١]، وأهلية إكتساب هذا المركز القانونى وأهلية ممارسته[٢]، وكذا المعـايير التى يجب توافرها فى الشخص حتى يكون طرفاً فى التصرف[٣] بشكل عام.

ونرى مع بعض الفقه[٤] أن المبادئ التى يجب توافرها فى الشخص حتـى يعد طرفاً فى علاقة قانونية إرادية، يمكن حصرها فيما يلى:

الأول: حتى يكون الشخص طرفاً موضوعياً أو طرفاً فى الأثر، يجـب أن يكـون طرفاً فى التصرف المنشئ أو الناقل لهذا الأثر، ويجـب أن يكـون لهـذا التصرف مضمون يجب أن تتضمنه الإرادة التى تنشئه أو تنقله، أو الإرادة التى تكسبه.

الثانى: يجب عند تحديد الطرف الموضوعى (شخص المصلحة). فإنه يجب تطبيق المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر العقود، والهدف منه، والذى يكمن فى حماية الغير من أن يمتد أثر العقد إليه دون رضاه، فإذا ارتضى هذا الغير امتـداد الأثر الملزم للعقد إليه انتقلت الحماية التى يكفلها له هذا المبـدأ. فالأسـاس فى تحديد الطرف الموضوعى هو الإرادة التى تكتسب الأثر أو تلتزم به.

ثالثاً: فإذا تخلفت الإرادة فلا يعد الشخص طرفاً ــ موضوعياً ــ فى التصرف، أما آثار التصرف فتظهر كوقائع تضاف إلى غيرهـا مـن الوقـائع السـابقة واللاحقة مؤثرة فيها ومتأثرة بها، ويجرى هذا كله خارج نطاق التصـرف القانونى إلى نطاق الوقائع القانونية.

---

(١) راجع فى هذا البحث، ص ٥٩٧ وما بعدها.

(٢) راجع فى هذا البحث، ص ٦١١ وما بعدها.

(٣) راجع فى هذا البحث، ص٦١٦ وما بعدها.

(٤) وهذه المبادئ مستخلصة مما انتهى اليه الفقه بشأن تحديده لمفهوم الطرف. راجع من هذا الفقه ــ علـى سبيل المثال ــ: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ مرجـع سبق ذكره ــ ص ١١٤ وما بعدها، ص ١٦٨ وما بعدها. د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٧ وما بعدها، ص ١٥٥ وما بعدها. وراجع من الفقه الفرنسى وعلى سبيل المثال J. Ghestin M. Billiau, Traite De Droit. Op. Cit. P.577. ets. B. Starck, H. Rouland, L. Boyer, Op. Cit. P.506 ets; C. Guelfucci-Thibierge. Op. Cit. 275 ets.

وراجع أيضاً فى هذا البحث من ص ٥٧٩ إلى ص٥٩٤. وراجع ما أشرنا إليه من مراجع فى هـامش هذه الصفحات.

رابعاً: وحتى فى نطاق الوقائع القانونية يجب أن تستند الواقعة إلى تصرف قانونى حتى يمكن أن تكون مؤثرة فى الغير. ذلك أن هذا الأخير لم يرتض إنصراف أثر التصرف ــ العقد مثلاً ــ إليه وبالتالى يعد التصرف بالنسبة له لا يعدو أن يكون واقعة قانونية.

وهكذا يتضح أن الطرف فى التصرف مركزاً قانونياً، يتكون من مجموعة مبادئ تنطوى هذه المبادئ على مجموعة من الحقوق والمكنات والواجبات التى إذا اجتمعت فى شخص عد طرفاً فى التصرف.

وينبنى على ذلك أن المركز القانونى للطرف فى علاقة إرادية قانونية (تصرف قانونى) لا يخرج عن إحدى صورتين:

الأولى: المتعاقد، وهو ذلك الشخص الذى يباشر عملية التعاقد بمشاركته فى إبرام العقد بنفسه، وتعبيره عن إرادة إنصراف أثر هذا العقد إليه. وهذه الصورة ليست محل خلاف فى الفقة أو القضاء ذلك أن هذه الصورة يجمع فيها الشخص بين الطرف بالمفهوم الشكلى والطرف بالمفهوم الموضوعى.

الثانية: الطرف بالمفهوم الموضوعى، وهو ذلك الشخص الذى لم يشارك فى إبرام ــ التصرف القانونى ــ العقد، أى لم يباشر الإيجاب أو القبول. وبالتالى لا يعد طرفاً شكلياً ــ عند تكوين العقد ــ إلا أنه عبر عن إرادته فى اكتساب الأثر الملزم لهذا التصرف ــ العقد ــ أى فى إنصراف أثر العقد إليه حقوقاً وإلتزاماً.

فالعبره إذن فى تحديد من يشغل المركز القانونى للطرف الموضوعى هو بالإراده التى تكتسب الأثر أو تلتزم به.

والطرف الموضوعى ــ على النحو السابق ــ لا يظهر إلا فى مرحلة تنفيذ العقد. ذلك أن الشخص الذى يحمل هذه الصفة، قد يعبر عن رضائه الإلتزام بالأثر الملزم للعقد، إما قبل إبرامه أو بعد إبرامه. والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها: المتبوع الذى رخص لشخص آخر وهو التابع، بإبرام عقد باسم ولحساب المتبوع، ففى هذه الحالة يكون هذا الأخير قد قبل وبصورة مسبقة أن يكون دائناً أو مديناً وفقاً للعقد المبرم بطريق التابع ولكن لحسابه. وكذا المنضم إلى إتفاقية جماعية أو إلى شخص معنوى، أو المحال إليه فى حوالة الدين أو المستفيد فى الإشتراط لمصلحة الغير، أو الأشخاص الذين يساهمون فى تكوين تصرفات قانونية

متعاقبة على مال واحد أو مترابطة بقصد تحقيق هدف واحد متى توافرت فيهم الشروط والضوابط التى وضعها الفقه والقضاء أنصار الأسرة العقدية.

وفى الحقيقة، أنه بتدقيق النظر فى الصورتين السابقتين، نجد أنهما صورة واحدة. فلو تأملنا فى الصورة الأولى وجدنا الآتى: بفرض أن الشخص لم يقم بالتدخل بإرادته لتكوين العقد، فلن يؤثر ذلك على كونه ــ بفرض إبرام العقد صحيحاً ــ طرفاً فيه إذا عبر عن إرادة الإلتزام بالأثر الملزم لهذا العقد. أما إذا شارك الشخص فى إبرام العقد دون أن يعبر عن رضائه بالإلتزام بالأثر الملزم للعقد، فإن هذا الشخص لا يعد طرفاً فى العقد ولا يمكن تحريك المسئولية العقدية عن إخلاله بالإلتزامات الناشئة عن هذا العقد، برغم توافر صفة الطرف بمفهومه الشكلى فيه.

لذا فإننا لا نجد خلافاً بين الصورتين إلا فى التوقيت الذى يعبر فيه الشخص عن إرادته ورضاءه بإنصراف الأثر الملزم للعقد إليه، ففى الصورة الأولى يكون هذا التعبير وقت إبرام العقد، بينما فى الصورة الثانية يكون التعبير قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه.

لذا فإننا نرى مع بعض الفقه[١]، والقضاء[٢]، أن المقصود بالطرف ــ فى التصرف ــ فى العقد هو الطرف الموضوعى، وأن الأساس فى تحديد هذا الأخير هو الإرادة التى تكتسب أوتلتزم بالأثر الملزم، فإذا عبر الشخص عن إرادة الإلتزام ــ فعلاً ــ بهذا الأثر كان طرفاً فى العقد أياً كان الشكل أو التوقيت الذى تم فيه التعبير عن الإرادة، أى سواء كان التعبير عن إرادة الإلتزام بالأثر الناتج عن العقد أثناء أو قبل أو بعد إبرام هذا العقد.

---

(١) راجع فى هذا المعنى من الفقه وعلى سبيل المثال: د ــ نبيلة رسلان ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٧ وما بعدها، ص ١٥٥ وما بعدها. د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٤ وما بعدها، ص ١٦٨ وما بعدها. وراجع من الفقه الفرنسى ــ جستان بالتعاون مع كرستوف جامان ومارك بيو ــ المقول ــ مفاعيل العقد وآثاره ــ مرجع سبق ذكره ــ ص .

راجع أيضاً :

B. Strack, H. Roland, L. Boyer, Op. Cit., P. 506 ets.

(٢) راجع من أحكام القضاء على سبيل المثال:

Ass. Plen. 7 Fev 1986; Civ. 8 Mars, 1988; Civ.1, 21 Juin, 198.

وراجع تعليقات الفقه الفرنسى على هذه الأحكام. راجع ما أشرنا إليه من هذا الفقه من خلال عرضنا للتطبيقات القضائية للأسرة العقدية فى هذا البحث هامش ص ٣٦٣ وما بعدها. خاصة هامش ص ٣٦٨ وما بعدها. هامش ص ٣٦٩ وما بعدها.

الفصل الثالث
مدى إعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة عقدية وأثر ذلك

تمهيد وتقسيم:

بعد أن عرضنا المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر التصرفات والهدف منه، وصلته الوثيقة بمبدأ سلطان الإرادة، وبعد تحررنا من القيود الشكلية التى فرضتها الأوضاع القديمة- خاصة الصياغة الرومانية له - لدى تفسير مبدأ نسبية أثر التصرفات، ، قمنا بتحديد نطاقه من حيث الأشخاص. وبناء عليه قمنا بتحديد المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى التصرف، وبعد إستعراضنا لآراء الفقه والقضاء فى تحديد الطرف، حددنا المبادئ التى يجب توافرها فى الشخص كى يعد طرفاً فى التصرف القانونى.

وفى هذا الموضع من البحث نحاول تطبيق ما سبق على رب العمل لبحث مدى إعتباره طرفاً موضوعياً بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، وتطبيقه أيضاً على المقاول من الباطن لبحث مدى إعتباره طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة الأصلى.

لذا سوف نقسم دراستنا لهذا الفصل إلى مباحث ثلاثة، هى:

المبحث الأول: مدى إعتبار كل من رب العمل والمقاول من الباطن طرفاً بالمعنى الموضوعى.

المبحث الثانى: أثر إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن على تحقيق الحماية لمصالحيهما و للصالح العام.

المبحث الثالث: شروط وضوابط دعوى المسئولية العقدية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن

المبحث الأول

مدى إعتبار كل من رب العمل والمقاول من الباطن طرفاً بالمعنى الموضوعى.

تمهيد وتقسيم:

قبل أن نعرض لتطبيق المعايير التى يجب توافرها فى الشخص كى يعتبر طرفاً فى العقد على كل من رب العمل بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، والمقاول من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى، سوف نعرض لبعض الاعتبارات التى رأينا أهمية التذكير بها فى هذا الموضع.

لذا، سنقسم دراستنا لهذا المبحث إلى مطلبين، هما:

المطلب الأول: الإعتبارات التى يجب مراعاتها قبل الحكم على طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن

المطلب الثانى: مدى إرتباط كل من رب العمل والمقاول من الباطن برابطة عقدية موضوعية

المطلب الأول

الإعتبارات التى يجب مراعاتها قبل الحكم على طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن

تقسيم:

سوف نقسم دراستنا فى هذا المطلب إلى أربعة فروع، هى:

الفرع الأول: الاعتبار الأول، ويتعلق بالمفهوم الفنى والقانونى للمقاولة من الباطن

الفرع الثانى: الإعتبار الثانى، ويتعلق بضرورة معالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن فى إطار المذهب المادى للإلتزام

الفرع الثالث: الإعتبار الثالث، ويتعلق بمجال تطبيق مبدأ نسبية أثر العقود من حيث الأشخاص

الفرع الرابع: الإعتبار الرابع، ويتعلق بالمفهوم الفنى والقانونى للطرف فى التصرف

الفرع الأول
الإعتبار الأول، ويتعلق بالمفهوم الفنى والقانونى للمقاولة من الباطن

ويتعلق بالمفهوم الفنى والقانونى للمقاولة من الباطن، وتشعب العلاقات التى تنتج عنها، وإن أهم ما يأخذ فى الإعتبار ما يلى:

١- أن المقاولة من الباطن هى أحد أساليب الفن التعاقدى، ويهدف إلى تحقيق غاية محددة هى تنفيذ عقد المقاولة الأصلى.

٢- تفترض المقاولة من الباطن وجود عقدين ــ على الأقل ــ هما عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن، وبرغم إستقلال كل من هذين العقدين من ناحية تكوينهما، إلا أنهما يرتبطان بروابط إقتصادية مادية، حيث يشتركان فى محل واحد ولهما ذات الطبيعة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، يجب أن يأخذ فى الإعتبار تأثير عقد المقاولة الأصلى على عقد المقاولة من الباطن، وتبعية الثانى للأول، وأوجه الربط وصور التعبية بين العقدين. حيث الأول هو سبب وجود الثانى، وأن هذا الأخير يدور مع الأول وجوداً وعدماً.

٣- تفترض المقاولة من الباطن ــ أيضاً ــ وجود ثلاثة أشخاص على الأقل، هم رب العمل وهو الدائن الأصلى بالأداء محل التقاول من الباطن، المقاول الأصلى وهو المدين الأصلى بالأداء محل التقاول من الباطن، ثم المقاول من الباطن وهو المنفذ الفعلى ــ المدين الحقيقى ــ والحقيقى للأداء محل المقاولة من الباطن.

٤- وكما بينا أن المقاولة من الباطن مشروعة من حيث الأصل، إلا أن رب العمل يمكنه من خلال بند فى العقد أن يمنع المقاول الأصلى من التقاول من الباطن. كما أن المقاول الأصلى لا يجوز له التقاول من الباطن برغم عدم وجود بند فى العقد يمنعه، وذلك فى الحالة التى تقتضى فيها طبيعة العمل الإعتماد على كفاءة المقاولة الأصلى الشخصية.

٥- ومما لا شك فيه، أن رب العمل هو المتلقى الحقيقى والفعلى للأداءات محل المقاولة من الباطن، وأن المقاول من الباطن هو المنفذ الحقيقى والفعلى لهذه الأداءات. لذا فإن إخلال هذا الأخير بإلتزاماته التعاقدية،

يترتب عليه إصابة رب العمل بأضرار. والسبب فى ذلك هو وجود رابطة سببية بين إخلال المقاول من الباطن بإلتزامه التعاقدى، وبين الضرر الذى أصاب رب العمل. فالضرر الذى أصاب هذا الأخير، هو ضرر عقدى مطابق للضرر الذى لحق بالمقاول الأصلى، وأن عدم التنفيذ المادى للإلتزام الناشئ عن عقد رب العمل، يطابق عدم تنفيذ الإلتزام الناتج عن عقد المقاولة من الباطن. فالإلتزام ــ العقدى ــ الدائن به رب العمل المضرور، يطابق بالضرورة إلتزام ــ العقدى ــ المدين المقصر، ذلك أن عدم تنفيذها يفضى إلى ضررين عقديين متطابقين.

٦- وأخيراً فإن المقاول من الباطن لم يشارك فى إبرام عقد المقاولة الأصلى، إلا أنه بإبرامه عقد المقاولة من الباطن يكون قد أبدى رغبته فى الإلتزام بتنفيذ جزء أو كل الإلتزامات محل عقد المقاول الأصلى. كما أن رب العمل بعدم منعه المقاول الأصلى من التقاول من الباطن يكون قد ارتضى أن ينفذ المقاول الأصلى المقاولة بنفسه أو يتعاقد مع مقاول من الباطن بشأن تنفيذها كلها أو جزء منها.

الفرع الثانى

الإعتبار الثانى، ويتعلق بالضرورة الفنية والعملية لمعالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن فى إطار المذهب المادى للإلتزام

إذا كنا رأينا أن نتخذ فكرة الإرادة كفكرة ضرورية لترتيب الأثر، وأوضحنا الأساسان اللذين يؤيدا هذه الفكرة، ويؤكدا ضرورتها لترتيب الأثار القانونية، هذان الأساسان هما:

الأول: هو مبدأ نسبية أثر العقود ، ذلك الأصل الثابت من أصول القانون، فحاولنا تحديد مفهومه الفنى دون أن يتداخل مع أى مفهوم بعيد متوارث، حيث أن هذا المبدأ يعنى أنه فى جميع الأحوال يحذر إمتداد الأثر الملزم للغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرض الغير ذلك.

والأساس الثانى: كان التصرف القانونى، فمنطق التصرف القانونى قادر على إستيعاب كافة الأنظمة القانونية الإرادية أكثر من نظرية الإلتزام، ذلك أن الإلتزام رابطة قانونية بين شخصين من الصعب تصورها، إلا بين منشأيها، أما

التصرف القانونى بوصفه وسيلة يتخذها الأشخاص لتحقيق غاياتهم العملية فلا يوجد مانع من تحقق تلك الغاية لشخص إرتضت إرادته هذا الأثر، متى أراد أصحاب الشأن ذلك، وسمح به القانون. فمعالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن وفقاً لمنطق التصرف القانونى يُمكِّننا من تحديد مضمون هذا النظام، لأن الحقوق والإلتزامات المترتبة عليها هى نتائج الإرادة، أى التصرف القانونى لكل من أطرافها ــ رب العمل، المقاول الأصلى، والمقاول من الباطن ــ وبالتالى، يمكن بسهولة تحديد المركز القانونى لكل من رب العمل والمقاول من الباطن، والطبيعة القانونية لعلاقتيهما.

وإذا أخذنا هذه الإعتبارات فى الحسبان، نستطيع بسهولة الحكم على طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، هل هى طبيعة عقدية، أم يعتبر كل منهما من الغير بالنسبة للآخر.

الفرع الثالث

الإعتبار الثالث، ويتعلق بمجال تطبيق مبدأ نسبية أثر العقود من حيث الأشخاص

ويتعلق بمبدأ نسبية أثر العقود خاصة ما يتعلق بمجال تطبيقه من حيث الأشخاص. ورأينا صلة هذا المبدأ الوثيقة بمبدأ سلطان الإرادة. وبعد تحررنا من القيود الشكلية التى فرضتها الأوضاع القديمة خاصة التأثر بالصياغة الرومانية ــ التى عرضناها ــ لهذا المبدأ وإنتهينا فى ذلك إلى أن هذا المبدأ مؤداه حظر إمتداد أثر قانونى معين لشخص تقضى المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه، أى أن المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر العقود لا يعنى أكثر من حظر إمتداد الأثر الملزم إلى الغير ما لم يرتض هذا الغير ذلك. فمبدأ نسبية أثر العقود ليس مقصود لذاته، بل إنه شرع لتحقيق هدف محدد مؤداه حماية مصلحة الغير من أن يمتد إليه أثر عقد لم يرتضه. ومن هنا كان تعريف الفقه للغير بالنسبة للعقد، بأنه كل من لم ترتض إرادته الإلتزام بالأثر الملزم لهذا الأخير.

ومن ثم فإن الطرف فى العقد، هو كل شخص إرتضى أو إرتضى المتعاقدان إنصراف أثر العقد إليه. وبالتالى فإن مبدأ نسبية أثر العقود لا يعنى قصر آثار العقد على من قام بإبرامه دون عداهم. بل إن أثر العقد ينصرف إلى كل شخص إرتضى إنصراف هذا الأثر إليه، حتى ولو لم يشارك فى إبرام هذا العقد.

الفرع الرابع
الاعتبار الرابع، ويتعلق بالمفهوم الفنى والقانونى للطرف فى التصرف

ويتعلق بمفهوم الطرف فى التصرف، وقد عرضنا له التفصيل. ورأينا أن من يشغل المركز القانونى للطرف، يجب أن تتوافر فيه أهلية إكتساب هذا المركز وأهلية ممارسته له. وإذا كانت أهلية إكتساب مركز الطرف وأهلية ممارسته ليست من مكونات مركز الطرف وإنما تعد من المفترضات الضرورية فيمن يشغل هذا المركز.

وبإستعراض أهم التعريفات التى قيلت بشأن تحديد الطرف فى التصرف القانونى، والتى عرضنا لها، نود فى هذا الموضع أن نذكر بها. فقد قال البعض "أن الطرف وفقاً لمبدأ نسبية أثر التصرفات ــ القائم على النظرية الموضوعية ــ لا يقتصر على الأشخاص الذين يساهمون فى بناء التصرف القانونى فحسب، بل أنها تشمل كل شخص على مسرح الوجود أثناء تنفيذ هذا التصرف، دون أن يكون له دور فى تكوينه"، وأضاف هذا الفقه ــ وهم أنصار فكرة الأسرة العقدية ــ أن "لا يقصد بالغير فى إطار السلسلة العقدية الشخص الذى يكون أجنبياً عن أحد العقود التى تتكون منها هذه الأخيرة، ولكن يقصد به الشخص الذى لم يساهم فى تكوين كافة العقود التى تتكون منها السلسلة".

وقد عرفه البعض الآخر "إن الأشخاص جميعاً الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بمفعول التمثيل الإتفاقى أو القانونى، أو إنضموا إليه عندما يجيز القانون ذلك، أو الذين استبدلوا بالأطراف المتعاقدين، بنقل وضعهم العقدى الذى يسمح به القانون أو يفرضه، ويكونون مرتبطين، إيجاباً أو سلباً بآثاره الملزمة ويمتلكون الإمتيازات الخاصة بهذه الصفة، أى إمكانية تعديل العقد أو إنهائه بإجراء عقدى، أى بتوافق الإرادات، هم أطراف فى العقد".

وأخيراً قد عرف البعض الطرف فى التصرف على أنه من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية و قانونية ومباشرة فيتأثر بأحكامه.

وبعد التحليل الذى عرضنا له بشأن هذه التعريفات تبين الآتى:

١- أن جميع هذه التعريفات تتفق فى تحديدها لمفهوم الطرف مع مبدأ نسبية أثر العقود.

٢- أن الطرف فى العقد لا يمكن أن يتحدد على وجه الدقة وقت إبرام هذا العقد، ذلك أن الشخص قد يكون طرفاً فى العقد وقت إبرامه، إلا أنه يفقد هذه الصفة عند تنفيذ العقد، وعلى العكس من ذلك فقد يعد الشخص من الغير وقت إبرام العقد، ثم يصبح طرفاً وقت تنفيذه.

٣- وأن اللحظة التى يجب فيها تحديد الطرف فى العقد، هى اللحظة التى يكون تحديده فيها مفيداً، وهذه اللحظة هى لحظة تنفيذ العقد، ذلك أن فى هذه اللحظة بالذات يجب معرفة من الملتزم بالآثار الملزمة للعقد، ومن يكون له الحق ــ فقط ــ بالإحتجاج بالعقد كوقعة مادية.

٤- قد ميز الفقه فى تحديده لمفهوم الطرف بين مرحلتين: الأولى: مرحلة تكوين العقد، وتشمل الأشخاص الذين ساهموا فى إبرام العقد بتعبيرهم بأنفسهم عن إرادتهم فى الإرتباط بالآثار الملزمة للعقد. الثانية: هى مرحلة تنفيذ العقد، وتشمل الأشخاص الذين أعطوا رضائهم قبل إبرام العقد، والأشخاص الذين أعطوا رضائهم عقب إبرام العقد.

٥- لذا فإننا نرى مع بعض الفقه، عدم الربط دائماً بين إبرام العقد كإجراء نوعى يتم بتوافق إرادتين، والذى بموجبه يكون العقد مُعد لإنتاج آثار قانونية، وبين الطرف فى العقد، ذلك أنه قد يقوم شخصان بالتعبير عن إرادتهما فى إنشاء الرابطة العقية، دون أن يكون أحدهما أو كلاهما طرفاً فى العقد، ومثال الأولى أن يكون أحدهما وكيلاً ــ نائباً ــ عن شخص آخر ــ الموكل ــ سوف تنصرف إليه آثار العقد الملزمة، وهو من يصدق عليه وصف الطرف فى العقد، أما مثال الثانية، عندما يبرم العقد بين وكيلين ولا يظهر من تنصرف إليهما آثار العقد إلا وقت تنفيذه.

٦- فالأساس فى تحديد مفهوم الطرف ــ الموضوعى ــ هو الإرادة التى تكتسب وتلتزم بالأثر الملزم، فإذا عبر الشخص عن إرادة الإلتزام ــ فعلاً ــ بهذا الأثر كان طرفاً فى العقد أياً كان الشكل أو التوقيت الذى تم فيه التعبير عن الإرادة. أى سواء كان التعبير عن إرادة الإلتزام بالأثر الملزم للعقد قبل أو بعد إبرام هذا العقد.

وإننا إذ نورد هذه الملاحظات، فإن ذلك لأهميتها للحكم على الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، والتى يمكن حسمها من خلال

الإجابة عن السؤال الآتى، هل يعد المقاول من الباطن طرفاً فى عقد المقاولة الأصلى، رغم ــ لم يشارك فى تكوينه ــ أنه ظهر بعد إبرام هذا العقد ووقت تنفيذه؟، وهل يعد رب العمل طرفاً فى عقد المقاولة من الباطن رغم أنه لم يشارك فى تكوينه، ولم يمنع المقاول الأصلى من التقاول من الباطن؟. هذا ما سوف نوضحه لاحقاً.

المطلب الثانى

مدى إرتباط رب العمل والمقاول من الباطن بعلاقة عقدية موضوعية

تمهيد وتقسيم:

سنحاول فى هذا المطلب تطبيق ما سبق أن أوضحناه بشأن مايجب توافره فى الشخص كى يعد طرفاً فى العقد،وذلك على كل من رب العمل بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، والمقاول من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى، حتى يتسنى لنا الوقوف على مدى إرتباط كل منهما بعلاقة عقدية موضوعية.

لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، هما:

الفرع الأول: مدى إعتبار رب العمل طرف موضوعى فى عقد المقاولة من الباطن.

الفرع الثانى: مدى إعتبار المقاول من الباطن طرف موضوعى فىعقد المقاولة الأصلى.

الفرع الأول

مدى إعتبار رب العمل طرف موضوعى فى عقد المقاولة من الباطن

إذا كنا قد إنتهينا إلى أن الطرف فى التصرف هو من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية مباشرة، فيتأثر بأحكامه. وإذا قمنا بتطبيق المبادئ التى يجب توافرها فى الشخص كى يعد طرفاً موضوعياً على رب العمل، بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن. سوف نستنتج بسهولة أن رب العمل طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة من الباطن. ذلك لتعبيره عن إرادته بالإلتزام بالأثار الملزمة الناتجة عن هذا العقد الأخير، وأن هذا لايتعارض مع مبدأ نسبية أثر التصرفات ويتضح ذلك فى الأتى:

أولاً: بالنسبة لوجود الإرادة والتعبير عنها فإن ذلك يمكن إستنتاجه فيما يلى:

(أ) تعبير رب العمل عن إرادة الإلتزام بالآثار الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن تظهر بوضوح فى حالات عديدة نذكر منها:

(١) إبرام رب العمل عقد المقاولة الأصلى دون أن يمنع[١] المقاول الأصلى من التقاول من الباطن يكون بتصرفه هذا قد ارتضى أن ينفذ المقاول الأصلى المقاولة بنفسه أو يتعاقد مع مقاول من الباطن بشأن تنفيذها[٢] كلها أو جزء منها، أى أن رب العمل يكون بذلك قد عبر عن إرادته[٣] فى الإلتزام بالآثار الناتجة عن عقود المقاولة من الباطن، التى سوف يبرمها المقاول الأصلى، لتنفيذ إلتزاماته محل عقد المقاولة الأصلى المدين بها لرب العمل.

---

(١) هذا بطبيعة الحال، إذا لم تكن طبيعة العمل ــ محل عقد المقاولة الأصلى ــ تقتضى الاعتماد على كفاءة المقاول الأصلى الشخصية، لأنه فى هذه الحالة يمتنع على هذا الأخير التقاول من الباطن، كذلك يجب أن لا تكون المقاولة من الباطن محظورة بنص القانون أو بسبب طبيعة العقد. راجع فى هذا البحث ما يتعلق بمشروعية المقاولة من الباطن ــ ص ٥٥ وما بعدها. راجع أيضاً: د ــ حسن حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣ وما بعدها.

(٢) ذلك أن المقاولة من الباطن حق للمقاول الأصلى قرره له القانون، فهى مشروعة من حيث الأصل، واجاز القانون أيضاً لرب العمل إذا أراد أن ينفذ المقاول الأصلى المقاولة بنفسه أن يضمن العقد بنداً يقضى بذلك عن عدم رضائه بالتقاول من الباطن ،فإذا لم يفعل يكون بذلك قد عبر عن رضائه بأن يستخدم المقاول الأصلى ما قرره له القانون من حق فى التقاول من الباطن، ويكون أيضاً قد عبر عن رضائه بأنه ينفذ المقاول الأصلى العقد بنفسه أو ينفذ مقاول من الباطن تعاقد معه هذا الأخير. لمزيد من التوضيح راجع فى هذا البحث ص ٥٥ وما بعدها. راجع أيضاً: د ــ مصطفى كامل عصيمى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥ وما بعدها. د ــ مصطفى الجارحى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣ وما بعدها.

(٣) ويظهر ذلك من خلال تعبير رب العمل عن إرادته المدمجة فى عقد المقاولة الأصلى فالعقد يعتبر ــ بحسب مقولة الفقيه هوريو ــ المحاولة الأكثر تجسيداً لتحقيق سيادة الإرادة الإنسانية على الوقائع، وذلك من خلال دمجها مسبقاً فى العقد.

Hauriou, Principes de droit puplic, 1er éd., P. 206.

مشار إلى هذا المرجع لدى

H. Capitant. F. terré, Y. Lequette; Op. Cit. P. 170.

(٢) وتظهر إرادة رب العمل بوضوح فى حالات التقاول من الباطن الإجبارى أو المفروض[١] من قبل رب العمل ، وذلك من خلال بند يضمنه هـذا الأخيـر عقد المقاولة الأصلى، ولهذا النوع من التصرفات القانونية صـور متعـددة نذكر منها، أن يفرض رب العمل على المقاول الأصلى أن يتعاقد مع مقـاول من الباطن بعينه ــ بالذات ــ بحيث لا يجوز للمقاول الأصلى أن يتعاقد مـع غيره، ومنها أيضاً أن يشترط رب العمل على المقاول الأصلى أن يعـرض اسم من يتعاقد معه من الباطن ويكون للأول حق القبول أو الرفض ، كـذلك أن يذكر اسم المقاول من الباطن فى عقد المقاولة الأصلى ويقـوم المقـاول الأصلى بالتوقيع عليه وتسمى هذه الحالة بالتقاول من الباطن المسمى. كما أن لرب العمل أن يفرض على المقاول الأصلى ــ ببند فى العقد ــ أن يتقـاول من الباطن فى جزء معين من الإلتزامات وقد يفرض عليـه المقـاول مـن الباطن الذى يجب أن يتعاقد معه لتنفيذ هذا الجزء، بحيـث لا تكـون هـذه الإلتزامات مقبولة إذا نفذها المقاول الأصلى بنفسه. ورب العمل إذ يفـرض ببند فى العقد على المقاول الأصلى المقاولين من الباطن الذى يجب أن يتعاقد معهم هذا الأخير، فإن ذلك يكون إنطلاقاً مـن أن رب العمـل هـو الـدائن الأساسى للعمل محل عقد المقاولة من الباطن، وأنه هو من سـيتلقى الآثـار الناتجة عن هذا العقد، لذا فإن إختياره للمقاول من الباطن قد يكون لكفاءة هذا الأخير وإجادته هذا النوع من الأعمال، أو لعدم إجادة المقاول الأصلى لجزء من الأعمال فيفرض عليه رب العمل أن يسند هذا الجزء إلى مقـاول مـن الباطن يثق ــ رب العمل ــ فى كفاءته الفنية[٢]، وقـد يرجـع لإعتبـارات شخصية أو لغير ذلك من الأسباب.

---

(١) راجع فى هذه الحالات هذا البحث ص ٤٦ وما بعدها. راجع أيضاً فى تفصيل هذه الحالات د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٦١ وما بعدها.

(٢) قد يتساءل البعض لما لم يتعاقد رب العمل مباشرة مع المقاولين الذين قد يتعاقد معهم المقاول الأصلى، أو مع من يفرضهم من مقاولين من الباطن، ونرى مع البعض رداً على ذلـك أن رب العمل ربما يريد أن يكون هناك مقاول أصلى يثق به يكون مسئولاً عن كل الأعمال محل عقد المقاولة الأصلى، ويكون مسئولاً عن أعمال المقاولين من الباطن بجانب مسئوليتهم عمـا ينفذونه من أعمال، خاصة أنه فى حالات التقاول من الباطن المفروض لا تتـأثر مسـئولية المقاول الأصلى عن أعمالهم.

(٣) وتظهر أيضاً إرادة رب العمل فى الإلتزام بالآثار الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن، فى حالة نزوله عن بند الحظر الذى سبق وأن ضمنه عقد المقاولة الأصلى، فنزوله[١] الصريح أو الضمنى يعد تصرفاً قانونياً[٢]، يعبر فيه رب العمل عن رضائه بقبوله الآثار الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن، والمتمثلة فى الأعمال التى يقوم بتنفيذها المقاول من الباطن.

(ب) وإرادة رب العمل هى الأساس والمحور فى ترتيب الآثار ــ الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن ــ التى يرغب أن يلتزم بها، وتحدد ضوابط هذا الإلتزام، ويبين ذلك فى:

(١) فإن إرادته هى التى تحدد الآثار الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن ، التى يريد أن يلتزم بها ويتضح ذلك فى حالات عديدة نذكر منها:

الحالة الأولى: عدم تضمينه عقد المقاولة الأصلى بنداً يحظر المقاولة من الباطن، فإنه بذلك تكون إرادته قد اتجهت إلى قبوله تنفيذ المقاول الأصلى للعقد بنفسه أو عن طريق مقاول من الباطن، وأنه ترك بإرادته للمقاول الأصلى حرية التقاول من الباطن فى كل العقد أو فى جزء منه، وكذلك حرية اختيار المقاول من الباطن. أى أنه رب العمل ــ بإرادته ــ ترك تحديد مقدار الإلتزامات الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن ــ التى يريد الإلتزام بها ــ لحرية المقاول الأصلى.

الحالة الثانية: فى التقاول من الباطن الاجبارى، نجد أن إرادة رب العمل من خلال بند فى العقد هى التى تحدد الأعمال التى يجوز للمقاول الأصلى التقاول بشأنها، بل أن إرادته تحدد له أيضاً المقاولين الذين يجب على رب العمل التعاقد معهم، وبالتالى لا يلتزم بالآثار الملزمة الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن إلا بالقدر الذى حدده.

---

(١) ويكون النزول صريحاً فى حالة سماح رب العمل للمقاول الأصلى بالتقاول من الباطن، بخطاب موجه إلى هذا الأخير. أما النزول الضمنى فيكون بإتخاذ رب العمل موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى = دلالته على قصد التنازل حسبما تقضى به المادة ٩٠ من القانون المدنى ومثاله، قيامه رب العمل بصرف مستحقات المقاول من الباطن مباشرة من حساب المقاول الاصلى. راجع فى تفصيل ذلك فى هذا البحث ص ٦٤.

(٢) لذا يجب أن تتوافر فيه شروط صحة التصرف القانونى، خاصة إكتمال الأهلية، وخلو الإرادة من العيوب. ذلك أن رب العمل بعد نزوله عن البند المانع يكون قد أفرغ إرادته بالرضا، ولا يجوز له الرجوع عنه، متى وصل إلى علم الطرف الآخر وقبله، راجع فى هذا البحث ص ٦٤.

الحالة الثالثة: نزوله عن بند الحظر الذى يكون قد سبق وأن ضمنه عقد المقاولة الأصلى، سواء كان النزول صريحاً أو ضمنياً، فإن هذا النزول يعد تصرفاً قانونياً يعبر به عن رضائه قبول جميع الآثار الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن.

(٢) وتحدد إرادة رب العمل ــ أيضاً ــ ضوابط هذا الإلتزام ذلك أنه يستطيع ببند فى عقد المقاولة الأصلى[١]، أن يحدد مدى مسئوليته عما يثقل كاهله من إلتزامات، خاصة المتعلقة بتمكين المقاول من أداء عمله أو تسلم العمل بعد إنجازه وتقبله ، أو الإلتزام بتقديم المواد ــ إذا كان قد تعهد بتقديمها ــ التى سوف تستخدم أو يستعان بها فى القيام بالعمل، حيث يستطيع رب العمل من خلال بند فى العقد ــ بالتفاوض مع المقاول الأصلى ــ التشديد أو الإعفاء أو التخفيف من مسئوليته عن هذه الإلتزامات. كما أن رب العمل يستطيع أن يضمن عقد المقاولة الأصلى بندا يقضى بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الذى شارك فى تكوينه، ويمكنه أيضاً تحديد المحكمة المختصة، أو اللجوء إلى التحكيم لحسم ما قد ينشأ من نزاعات.

وإذا كان تحديد رب العمل ــ بإرادته ــ لضوابط مسئوليته يكون بمقتضى بنود يضمنها عقد المقاولة الأصلى، ذلك العقد الذى شارك فى تكوينه، إلا أن تحديد المسئولية على هذا النحو له عظيم الأثر على ما أراد أن يلتزم به من إلتزامات ناشئة عن عقد المقاولة من الباطن. ذلك أننا نقر مع جميع من أقر بالطبيعة العقدية للعلاقة القانونية بين رب العمل والمقاول من الباطن بضوابط الرجوع المتبادل بينهما، وأهمها، عدم جواز رجوع المقاول من الباطن على رب العمل بمقتضى قواعد المسئولية العقدية إلا بما أراد هذا الأخير الإلتزام به وفقاً للعقد الذى شارك فى تكوينه، ويحق لرب العمل أن يتمسك فى مواجهة المقاول من الباطن بكل الدفوع التى يمكن أن يتمسك بها فى مواجهة المقاول الأصلى، كما يجوز له التمسك بتعريف وطبيعة العلاقة التعاقدية التى شارك فى تكوينها، وكذا البنود الواردة فيها.

---

[١] وذلك بطبيعة الحال بالإتفاق مع المقاول الأصلى الطرف الثانى لهذا العقد، وهذه الإمكانية متاحة لرب العمل تطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، المنبثق عن مبدأ سلطان الإرادة.

ثانياً: أما بالنسبة لمبدأ نسبية أثر العقود:

فإن رب العمل بإعلانه عن إرادته الإلتزام بالآثار الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن ــ كما بيَّنا ــ الذى سوف يبرمه المقاول الأصلى ، أو الذى أبرمه فى حالة نزول رب العمل عن بند الحظر ، فإنه يعد طرفاً موضوعياً فى هذا العقد وفقاً لمبدأ نسبية أثر التصرفات[1]، والهدف منه . لأنه بذلك يكون قد إرتضى إنصراف هذه الآثار إليه ومن ثم ينتفى عنه مبرر الحماية التى يكفلها له هذا المبدأ، فهذا الأخير يقضى بحظر إمتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير على نحو يمس ذمته المالية دون رضاه.

ويتضح مما تقدم أن رب العمل يعد طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة من الباطن، الذى شارك المقاول من الباطن فى تكوينه، ومن ثم فإنه توجد رابطة عقدية موضوعية بينه وبين هذا الأخير، مما يجعلنا نقر بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

وسوف يزداد الأمر وضوحاً، عندما نعرض فيما يلى لمدى إعتبار المقاول من الباطن طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة الأصلى.

الفرع الثانى
مدى اعتبار المقاول من الباطن طرفاً موضوعياً
فى عقد المقاولة الأصلى

وإذا قمنا ــ أيضاً ــ بتطبيق ذات المبادئ ــ التى سبق تطبيقها على رب العمل ــ التى يجب توافرها فى الشخص كى يعد طرفاً موضوعياً على المقاول من الباطن، بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى. سوف نستنتج بسهولة أن المقاول من الباطن طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة الأصلى. ويتضح ذلك فيما يلى:

بالنسبة للإرادة: فإنه بإبرام المقاول من الباطن مع المقاول الأصلى عقد المقاولة من الباطن، وتعهده فيه بتنفيذ كل أو جزء من الإلتزام الملقى على عاتق هذا الأخير بمقتضى عقد المقاولة الأصلى، يكون قد أعلن عن رغبته فى الإفادة من عقد المقاولة الأصلى وإلتزامه بكل أو بعض الأثار الناتجة عن هذا العقد، وهذا التعبير

---

[1] راجع فى هذا البحث ما عرضناه بشأن المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر العقود ــ ص ٥٨٣ وما بعدها.

عن الإرادة[١] قد أعلنه المقاول من الباطن إلى المقاول الأصلى من خلال تصرفه القانونى بإبرامه عقد المقاولة من الباطن[٢].

وإرادة المقاول من الباطن هى المحور الذى يدور حوله ترتيب الآثار والإلتزام بها. ودليل ذلك أن إرادة المقاول من الباطن، هى التى تحدد الآثار التى يريد هذا الأخير الإلتزام بها، وضوابط هذا الإلتزام. فبإرادته ــ بالتفاوض مع المقاول الأصلى ــ يمكنه الإلتزام بأداء كل العمل محل عقد المقاولة الأصلى، أو يلتزم فقد بأداء جزء منه. كما أنه يستطيع تحديد مدى مسئوليته، وذلك بتضمينه بنداً فى عقد المقاولة من الباطن، يشدد مسئوليته أو يخفف أو يعفيه منها. كما أنه يمكنه من خلال بند فى نفس العقد أن يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، ويمكنه أيضاً تحديد المحكمة المختصة أو اللجوء للتحكيم لحل ما قد ينشأ من نزاعات.

كما أن جميع من أقر بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، يضع ضوابط للرجوع المتبادل بينهما، أهمها: عدم جواز رجوع رب العمل على المقاول من الباطن إلا بما أراد هذا الأخير الإلتزام به وفقاً للعقد الذى شارك فى بنائه.

أما بالنسبة لمبدأ نسبية أثر العقود: فالمقاول من الباطن يعد طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة الأصلى وفقاً لهذا المبدأ. ذلك أن إعلانه عن رغبته ــ إرادته ــ فى الإلتزام بالآثار الملزمة لهذا العقد الأخير، يكون قد إرتضى إنصراف هذه الآثار إليه، ومن ثم ينتفى مبرر الحماية التى يكفلها له مبدأ نسبية أثر العقود. ذلك أن هذا المبدأ ــ وقاعدته ــ يقضى بحظر إمتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرض الغير ذلك.

مما تقدم يتضح أن المقاول من الباطن يعد طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة الأصلى، الذى شارك رب العمل فى بنائه، ومن ثم فإنه توجد رابطة عقدية موضوعية بينه وبين هذا الأخير، الأمر الذى يجعلنا نقر دون تردد بأن الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية.

---

[١] ولا شك أن هذه الإرادة تتجه نحو إحداث أثر قانونى، وأن صاحب هذه الإرادة ــ المقاول من الباطن ــ قد عبر عنها حتى تكون لها قيمة قانونية.

[٢] ويكون المقاول من الباطن بذلك قد عبر عن إرادته وقت تنفيذ عقد المقاولة الأصلى وبعد إبرام هذا العقد.

المطلب الثالث
ما يؤكد ما إنتهى إليه الباحث

تمهيد وتقسيم:

وإننا إذ إنتهينا إلى أن رب العمل طرف فى عقد المقاولة من الباطن،المبرم بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، وهذا الأخير طرف فى عقد المقاولة الأصلى، ومن ثم فإن العلاقة بينهما من طبيعة عقدية. فإن ما يؤكد قناعتنا بما انتهينا إليه، وجود من يؤيده فى الفقه وتطبيقات القضاء ونصوص القانون.

لذا سوف نقسم دراستنا لهذا المطلب إلى ثلاثة فروع، هى:

الفرع الأول: الفقه

الفرع الثانى: تطبيقات القضاء

الفرع الثالث: المشرع

الفرع الأول
الفقه

وقد أيد كثير من الفقه الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وسنوضح ذلك فيما يلى:

أولاً: الحجج التى إستند إليها أنصار الأسرة العقدية من الفقه[١]، فقد سبق أن أنصار هذه الفكرة، يرون ــ وبحق ــ أن عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن يكونان مجموعة عقدية واحدة، ويعد رب العمل والمقاول من الباطن طرفان فى أسرة عقدية واحدة، وأن رجوع أحدهما على الآخر لا يكون إلا بدعوى المسئولية العقدية، أى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية، حيث يعد رب العمل طرف فى عقد المقاولة من الباطن، وأن المقاول من الباطن طرف فى عقد المقاولة الأصلى. واستندوا فى ذلك إلى:

(أ) فكرة الطرف فى العقد[٢]، والتى تقضى بأنه يجب ألاّ ينحصر المفهوم الفنى للطرف فى العقد فيمن يشارك ــ فقط ــ فى إبرامه، بل يجب أن يشمل أيضاً

---

(١) راجع فى هذا البحث ص ٣٦٣ وما بعدها، وراجع ما أشرنا إليه من مراجع فى هامش هذه الصفحات.

(٢) راجع فى هذا البحث ص ٦٠٠ وما بعدها. وأشرنا إليه من مراجع فى هامش هذه الصفحات.

المشاركين فى تنفيذ هذا العقد. وهذا المفهوم هو تعبير عن نفس المفهوم الذى عرضنا له.

وإذا كان المقاول من الباطن لم يساهم فى إبرام عقد المقاولة الأصلى، إلا أنه شارك بإرادته فى تنفيذ هذا العقد، وقد عبر عن هذه الإرادة بتصرفه القانونى خلال إبرامه عقد المقاولة من الباطن. لذا فإنه يعد طرف موضوعي فى عقد المقاولة الأصلى.

(ب) فكرة المصلحة[1]، حيث تسمح هذه الفكرة بوجود علاقة بين المقاول من الباطن (المنفذ الفعلى للخدمة أو لجزء منها)، وبين رب العمل (المتلقى النهائى للخدمة). ذلك أن المقاول من الباطن يقوم بتنفيذ إلتزام مطابق لإلتزام المقاول الأصلى تجاه رب العمل، وأنه يقوم بتنفيذ هذا الإلتزام بإستقلال ودون تبعية للمقاول الأصلى. وأن رب العمل هو المتلقى الفعلى لهذا الإلتزام. ومن ثم يكون المقاول من الباطن هو المدين الفعلى للخدمة والمؤدى لها، وتكون له مصلحة فى إقتضاء أجر ــ ثمن ــ ما أداه من خدمة لرب العمل. كما أن هذا الأخير له مصلحة حقيقية فى أن يتم تنفيذ إلتزاماته على النحو الذى اتفق عليه مع المقاول الأصلى، ويكون له مصلحة فى إقامة دعوى ــ عقدية ــ مباشرة ضد المقاول من الباطن بصفته المنفذ الفعلى للخدمة.

ثانياً: ليس الفقه أنصار الأسرة العقدية فقط من نادى ــ وأثبت ــ بضوررة الإقرار بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن. بل ينادى بها ــ أيضاً ــ غالبية الفقه الذى تناول العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن بالدراسة والتحليل. نذكر ــ على سبيل المثال ــ جانباً منهم يرى ضرورة إقرار دعوى المسئولية العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن[2]. ويستطرد أحدهم منتقداً الرأى القائل بأن العلاقة بينهما علاقة أغيار فيقول "أولاً: إذا كان رب العمل يعتبر من الغير حيال المقاول من الباطن، فبأى

---

(١) راجع فى هذا البحث ص ٦٢٤ وكذا المراجع التى أشرنا إليها فى هامش هذه الصفحات.

(٢) راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال:

J. Huet, Traité de droit civil. L.G..D.J. 1996. no 32325 P. 1286; (H). Capitan. F. Terré, Y. lequette, les grandes arrét de la Jurisprudence civile, II éd, Dalloz 2000. P. 172 ets P. Jourdain Rev. Trim dr Civ. 1991. p.752 ets Larroumet. Op. Cit. 3357; pH RémyOp. Cit. p. 108 ets.

صفة يمكنه أن يطلب منه هذا الأخير مقابل التنفيذ السليم للإلتزام الذى لم يطلبه منه. ثانياً: من غير المفهوم أن مسئولية المقاول من الباطن لا تجد معيارها فى العقد الذى أبرمه (عقد المقاولة من الباطن). ثالثاً: من الصعب التسليم بإلزام رب العمل بأداء ثمن الإلتزام بعمل، بين أيدى شخص المقاول من الباطن، بينما يعتبر من الغير حيال هذا الإلتزام، خاصة إذا تعلق الأمر بنقد جودة الإلتزام بعمل، مما يعطى لرب العمل الحق فى هذا الدفع"[١].

ثالثاً: ليس فقه القانون الخاص فقط، بل أيضاً نجد من فقه القانون العام، من نادى بضرورة إقرار الطبيعة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، وذلك عند تعرضه لهذه العلاقة بالدراسة والتحليل، وننقل عن أحدهم قوله أنه يجب "العمل على توسيع نطاق المسئولية العقدية فى نطاق العقود الإدارية، لتشمل كل من أسهم فى تنفيذ العقد الأصلى، ذلك أن إعتبار كل من لم يساهم فى إبرام العقد الأصلى من "الغير" فيه تضييق لنطاق المسئولية العقدية. صحيح أن المتعاقد من الباطن لم يشارك فى إبرام العقد الإدارى، إلا أنه طرف فى المجموعة المتولدة عن ظاهرة التعاقد من الباطن. كما أنه إذا لم يكن قد ساهم فى إبرام العقد الإدارى، إلا أنه يسهم فى تنفيذ هذا العقد. بل أننا قد نجد المتعاقد من الباطن فى مرحلتى الإبرام والتنفيذ معاً، وهذا ينطبق على حالة التعاقد من الباطن المفروض، أو المتعاقد من الباطن المشارك فى التوقيع على العقد الإدارى، وقد يصاب المتعاقد من الباطن بضرر، نتيجة لعدم تنفيذ المتعاقد الأصلى للإلتزامات المنوطة به بموجب العقد الإدارى، فإن أخذنا بالمفهوم الضيق للمسئولية العقدية، فإن ذلك قصور فى تحقيق الحماية المطلوبة للمتعاقد من الباطن. لذا فإننا نرى أن يكون "الغير" هو من لم يساهم فى مرحلة الإبرام أو التنفيذ، أما من يشارك فى هاتين المرحلتين أو أحدهما، فإنه يأخذ حكم المتعاقد، وهو ما يعنى أن المسئولية العقدية لن تكون قاصرة على الطرفين اللذين توليا عملية الإبرام فقط، وإنما تمتد لتشمل كل من ساهم فى تنفيذ العقد الأصلى، كالمتعاقد من الباطن"[٢].

---

[١] راجع فى ذلك:
J. Huet, Op. Cit, n° 32325. p. 1286.

[٢] راجع فى ذلك: د ــ نجم حمد الأحمد ــ المرجع السابق ــ ص ٥١٨. وما تم ذكره هو أحد المقترحات التى خلص إليها بعد دراسته المستفيضة وتحليله لظاهرة التعاقد من الباطن ــ المقاولة من الباطن ــ فى العقود الإدارية. وراجع أيضاً فى نفس المرجع ــ ص ٢٨٦.

الفرع الثانى
تطبيقات القضاء

ويؤكد ما إنتهينا إليه أيضاً، التطبيقات القضائية التى صدرت من المحاكم الفرنسية، تلك الأحكام التى أكدت على الإعتراف بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وذلك عندما إعترفت بدعوى مباشرة من طبيعة عقدية، لكل من رب العمل والمقاول من الباطن يرجع بها كل منهما على الآخر، ليس هذا فحسب بل حددت ضوابط الرجوع، بأن المضرور منهما لا يجوز له الرجوع على المسئول إلا بما أراد أن يكون له من حقوق، ولا يلتزم المسئول إلا فى حدود ما أراد أن يلتزم به فى العقد الذى شارك إبرامه.

ونذكر من هذه الأحكام ــ على سبيل المثال ــ حكم الدوائر مجتمعة بمحكمة النقض الصادر ١٩٨٦/٢/٧[١]، فقد قضت فى أحد الطعون الذى طرح أمامها، بأن رب العمل يتمتع شأنه فى ذلك شأن المتملك، بكافة الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشئ، والتى كانت مقررة لسلفة، وبالتالى يمكنه الرجوع بدعوى المسئولية العقدية، على الشركة المنتجة للمواد التى أشتراها المقاول لإستخدامها فى البناء.

ومن هذه الأحكام ــ أيضاً ــ حكم الدائرة المدنية الأولى الصادر فى ١٩٨٨/٣/٨[٢]، فقد قضت هذه الدائرة فى أحد الطعون الذى طرح أمامها بأنه "فى كل حالة يعهد فيها المدين بإلتزامات عقدية إلى شخص آخر للقيام بتنفيذ هذه الإلتزامات، فإن الدائن بهذه الإلتزامات يرجع على هذا الشخص المنفذ، بدعوى هى

=راجع فى هذا المعنى أيضاً من فقه القانون العام وعلى سبيل المثال:
Tamba (R.M. La protection du sous-traitant dans la cardo des marchés publics. Thése Lyon. 1987, p.106. V. Roulet, Sous-traitance: Retour ou classicisme, Les petites affiches, 14 Oct. 1988, no 124, p.14 ets.

(١) Ass, Plen 1 Fevr. 1986, JCP, 1986, II, 20616, note P. Malinvaud
وراجع فى عرض هذا الحكم فى هذا البحث ص٣٦٦ وما بعدها. وراجع ما أشرنا إليه من أحكام أخرى ومراجع فقهية فى هامش الصفحات المشار إليها.

(٢) Cass. Civ. 8 Mars 1988, Bull, Civ. 1988, 1 n° 69
وراجع فى عرض هذا الحكم فى هذا البحث ص٣٦٨ وما بعدها وراجع تعليقات بعض الفقه على هذا الحكم فى هامش الصفحات المشار إليها.

من طبيعة عقدية، وإنتهى إلى أن رب العمل (الدائن الفعلى بالإلتزامات) يستطيع الرجوع على المقاول من الباطن (المنفذ الفعلى للإلتزامات) بدعوى هى من طبيعة عقدية.

وقد أكدت ذلك صراحة نفس الدائرة فى حكمها الصادر فى ٢١ يونيو ١٩٨٨[١] فى أحد الطعون الذى طرح أمامها، حيث جاء فيه "بما أنه فى مجموعات العقود، تحكم المسئولية العقدية بالضرورة طلب تعويض أولئك الذين لحق بهم ضرر لكونهم كانوا على صلة بالعقد الأساسى" وقد كان الحكم قد صدر بشأن مجموعة عقدية تضم عقدى مقاولة أصلى ومقاولة من الباطن.

وإذا كان قد صدر حكم عن الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٩٩١/٧/١٢[٢]، أوقف تقدم القضاء نحو تطبيق المسئولية العقدية ، داخل مجموعات العقود، وكان قد صدر فى طعن طرح أمامها بشأن مجموعة عقدية مكونة من عقدى مقاولة ومقاولة من الباطن. إلا أن الثابت أن القضاء قد فرق بين نوعى من مجموعات عقود المقاولات.

- **النوع الأول:** خاص بمجموعات عقود ــ المتسلسلة ــ المقاولات التى تتعلق بإكتساب الملكية، ومثالها مجموعة العقود المكونة من عقد مقاولة أصلى وعقد مقاولة من الباطن وعقد بيع، أو مجموعة عقود مكونة من عقدى مقاولة ومقاولة من الباطن، ويقوم المقاول من الباطن بصنع الشئ ــ محل المقاولة من الباطن ــ الملتزم بصنعه بمواد من عنده. فهذا النوع من مجموعات عقود المقاولة مازالت ــ إلى الآن ــ المحاكم الفرنسية تطبق فيها قواعد المسئولية العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، عند رجوع أيهما على الآخر، إستناداً إلى نظرية المستلزمات أو الملحقات[٣].

---

(١) Cass. Civ. 21 Juin 1988, Rev Tri Dr Civ 1988, p. 762, Obs. P. Gourdain
وراجع فى عرض هذا الحكم فى هذا البحث ص٣٦٩ وما بعدها وراجع أيضاً تعليقات بعض الفقه على هذا الحكم فى هامش الصفحات المشار إليها.

(٢) Ass. Plen 12, Juillet 1991, D. 1991, Juris P. 549 note Jacques Ghestin
راجع فى عرض هذا الحكم هذا البحث ص ٣٨٥ وما بعدها، ص ٤٤٨ وما بعدها . وراجع أيضاً تعليقات بعض الفقه عليه فى هامش الصفحات المشار إليها.

(٣) راجع فى ذلك:
H. Capitan, F. Terre Lequette, Op. Cit. P.172 ets.
وراجع من هذه الأحكام والتعليقات عليها:

- **أما النوع الثانى:** فيتعلق بمجموعات عقود المقاولة ــ المتسلسلة ــ والتى لا تتعلق بإكتساب الملكية، ومثالها، مجموعة عقود مقاولة المكونة من عقدى مقاولة ومقاولة من الباطن، ويقوم المقاول من الباطن بصنع الشيئ ــ محل عقد المقاولة من الباطن ــ الملتزم به فقط دون أن يقدم مواد الصنع. وهذا النوع أوقفت بشأنه تطبيق قواعد المسئولية العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن[١].

وبعد تحليلنا لموقف القضاء الفرنسى[٢]، وجدنا أنه من ناحية، ليس من النادر وفقاً للقانون المدنى المصرى أن يقوم المقاول من الباطن بصنع الشيئ محل المقاولة من الباطن بمواد من عنده، حينئذ يُعترف بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن. ومن ناحية ثانية، فإننا لم نجد علة مقنعة ــ مع تقديرنا للقضاء الفرنسى ــ لعدم الإعتراف بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، عندما يقدم رب العمل مواد الصنع، فطبيعة الروابط بين عقدى المقاولة والمقاولة من الباطن واحدة، فى الحالتين. وأن المقاول من الباطن فى الحالتين، يلتزم بإلتزام مطابق لإلتزام المقاول الأصلى ــ فى حدود المقاولة من الباطن ــ تجاه رب العمل، وأن المقاول من الباطن إذا أخل بإلتزامه فإن ذلك من شأنه إخلال المقاول الأصلى بإلتزامه تجاه رب العمل، مما يصيب هذا الأخير بأضرار. وأيضاً فى الحالتين المقاول من الباطن هو المدين الفعلى بالخدمة، وأن رب العمل هو المتلقى الحقيقى للخدمة. فكيف بعد ذلك نعترف بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن فى حالة دون الأخرى؟.

=Civ. Ire 28 Oct. 1991 et Civ.3 30 Oct. 1991, Contracts, Conc. Consom. 1992, no 25, Obs. Leveneur, Civ.3 26 Mai 1992, JCP 1992. IV 2156, JCP 1993. I. 3625, no 14, Obs Vieny; Civ. Ire 26 Mai 1999, Contrats, Conc. Consom. 1999, 153, note leveneur, 22 Fevr 2000, Contrats, Conc. Consom, 2000, no 21, note leveneur.

(١) راجع فى ذلك:

Cass. Civ., 23 Juin 1992, Bull. Civ., 1992, NO, 195; Cass, 3e Civ 28 nov. 2001, JCP, 2002, Jurisprudence, 10037, note Daniel Mainguy.

(٢) راجع هذا البحث ص ٤٤٨ وما بعدها. وراجع أيضا نص المادة (٦٤٧) مدنى مصرى حيث تنص على (١) يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله. (٢) كما يجوز أن يتعهد بتقديم العمل والمادة معا .

الفرع الثالث
المشـــــوع

أقر المشرع فى مصر[١]، بمقتضى المـادة ٦٦٢ مـن القـانون المـدنى المصرى، بحق المقاول من الباطن فى الرجوع مباشرة على رب العمل، لمطالبتـه بما يستحق له قبل المقاول الأصلى مقابل ما نفذه الأول من أعمال، وذلك فى حدود القدر الذى يكون لهذا الأخير لدى رب العمل وقت رفع الدعوى.

كما أعطى المشرع الفرنسى[٢] نفس الحق للمقاول مـن البـاطن، وذلـك بمقتضى المادة ١٢ من القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) الصادر بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١، والمعدلة بالقانون رقم (٤٧٥/٩٤) بتاريخ ١٩٩٤/٦/١٠.

وسبق أن عرضنا لإختلاف الفقه حول الطبيعة القانونية[٣] لهذه الـدعوى، وأن هناك جانب من الفقه ــ نؤيده ــ يرى أن الدعوى المباشـرة ــ المـذكورة ــ من طبيعة عقدية، حيث أنها تعد أهم التطبيقات الناتجة عن الطبيعة العقدية للعلاقـة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وأن نص المشرع على هذه الدعوى ــ بالذات ــ لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة، لأنها تعتبر أهم التطبيقـات، ولحـرص المشرع على حماية المقاول من الباطن، أكد بهذه الدعوى على إمكانيـة حصـوله على مقابل ما نفذه من أعمال من رب العمل مباشرة.

ومع ذلك فإننا نرى مع بعض الفقه[٤]، أنه متى تم الإعتـراف بالطبيعـة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، فإننا لن نكـون بحاجـة إلـى النص على هذه الدعوى، ذلك أن إقرار الطبيعة العقدية بينهما، سوف يوفر للمقاول من الباطن ــ ولرب العمل أيضاً ــ الحماية التى من أجلها وضعت هذه النصوص.

---

(١) راجع فى عرضنا لهذه الدعوى هذا البحث ص٢٣٣ وما بعدها. هامش ٧،٨.

(٢) راجع هذا البحث ص ٢٤٥ .

(٣) راجع فى هذا البحث ص ٢٥٠ .

(٤) راجع فى تفصيل ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسـرة العقديـة ــ مرجع سبق ذكر ــ ص ١٣٣ وما بعدها.

فضلاً عن ذلك فقد أقر المشرع المصرى، وجود علاقة عقدية مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن وذلك فى المادتين ٥٩٦، ٥٩٧ مدنى مصرى[١]. وكذا بين الموكل ونائب الوكيل وذلك بمقتضى المادة ٧٠٨ من نفس القانون.

وإذا كانت المقاولة من الباطن، تمثل مع الإيجار من الباطن، والوكالة من الباطن، النماذج الأساسية للتعاقد من الباطن، بما يستتبعه ذلك من خضوعهم لقواعد عامة واحدة، وخصائص عامة واحدة[٢]، كما أنهم جميعاً يكونون صوراً للأسرة العقدية[٣]. الأمر الذى ثار بشأنه التساؤل حول العلة التى من أجلها لم يقر المشرع علاقة عقدية مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن ؟! ونعتقد عدم وجود علة مقنعة تبرر ذلك.

ولكن بادر جانب من الفقه ــ نؤيده ــ مجيباً على التساؤل بأن الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن موجودة أصلاً[٤]، ولا تحتاج إلى نصوص تشريعية تقررها.

ولم يكن المشرع حريص على إقرار علاقات مباشرة، من طبيعة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن فى عقود القانون الخاص فحسب، بل فعل ذلك أيضاً فى إطار العقود الإدارية، وذلك عند إقرار المشرع الفرنسى لفكرة السداد المباشر[٥] سنة ١٩٥٣، وتم تأكيدها فى مرسوم فى ١٤ مارس ١٩٧٣، كما أخذ بها القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) الصادر بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١.

فقد سمح المشرع الفرنسى، للمقاول من الباطن بالإتصال مباشرة بجهة الإدارة المتعاقدة، للمطالبة بسداد المقابل المالى لما نفذه من إلتزامات بمقتضى عقد المقاولة من الباطن. وهكذا فإن السداد المباشر قد خلق رابطة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن. ويرى جانب من الفقه أن هذه الرابطة من طبيعة عقدية.

---

(١) فى عرض ذلك وتفصيله راجع هذا البحث ص٤٧٩ وما بعدها.

(٢) راجع فى هذا البحث ص٤٩٧ وما بعدها. راجع أيضاً: د ــ حسين البراوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٨ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٢ وما بعدها.

(٤) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥ وما بعدها.

(٥) راجع فى هذا البحث ص٥٠٠ وما بعدها.

المبحث الثانى

أثر إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن على تحقيق الحماية لمصالحيهما وللصالح العام

تمهيد وتقسيم:

إن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن تحقق حماية وفاعلية لمصالحيهما، سواء كان أيهما يشغل المركز القانونى للمسئول، أو المركز القانونى للمضرور، ليس هذا فحسب بل أنها تحقق أيضاً حماية للصالح العام.

لذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، هما:

المطلب الأول: إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وأثرها على حماية مصالحهما.

المطلب الثانى: إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن و أثرها على حماية الصالح العام.

المطلب الأول

إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن و أثرها على حماية مصالحيهما.

تقسيم:

سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، هما:

الفرع الأول: إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وأثرها على حماية مصالحيهما متى كان أيهما مسئولاً.

الفرع الثانى: إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وأثرها على حماية مصالحيهما متى كان أيهما مضروراً.

الفرع الأول

إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وأثرها على حماية مصالحيهما متى كان أيهما مسئولاً

تمهيد وتقسيم:

إن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من شأنها تحقيق وتفعيل مصالح كل منهما عندما يشغل المركز القانونى للمسئول، ذلك أن الطبيعة العقدية لعلاقتيهما من شأنها إحترام توقعات هذا الأخير، ولا تجيز مساءلته إلا فى إطار التصرف القانونى الذى شارك فى إبرامه، كما أنها تعمل على تخفيض ما يتكبده من نفقات.

لذا، سوف نقسم دراستنا لهذا الفرع إلى ثلاثة غصون، هى:

الغصن الأول: إحترام تقديرات وتوقعات رب العمل والمقاول من الباطن، أيهما كان مسئولاً.

الغصن الثانى: عدم مساءلة رب العمل أو المقاول من الباطن إلا فى إطار التصرف القانونى الذى شارك فى إبرامه.

الغصن الثالث: تخفيض نفقات المسئول ــ سواء كان رب العمل، المقاول من الباطن ــ وتوحيد مسئوليته.

الغصن الأول

إحترام تقديرات وتوقعات رب العمل والمقاول من الباطن، أيهما كان مسئولاً

عندما يبرم رب العمل ــ المقاولة من الباطن ــ عقد المقاولة الأصلى، فإنه يعبر عن إرادته بشأن الإرتباط به، ويكون هذا التعبير بعد الموازنة بين الأداءات التى سيحصل عليها، وبين تلك التى سيلتزم بها. وهو إذ يفعل ذلك فإنه يقدر ويتوقع أنه سيخضع للنظام القانونى الذى يحكم العقد، أى نظام المسئولية العقدية، وذلك إذا أخل بإلتزاماته العقدية.

ونفس القول يصدق على المقاول من الباطن، حيث يقدر ويتوقع خضوعه لأحكام المسئولية العقدية، عند إخلاله بأحد إلتزاماته العقدية الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن.

ولا شك أن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل، والمقاول من الباطن، من شأنه إحترام تقدير وتوقعات كل منهما[١]، خاصة عندما يكون مسئولاً. ذلك أن الإعتراف بالطبيعة العقدية لعلاقتهما، يحتم عدم جواز رجوع أيهما على الآخر إلا بمقتضى قواعد المسئولية العقدية. وفى هذا تأكيد على إحترام لما إتجهت إليه إرادة كل منهما من توقع وتقدير عند إبرامه للتصرف الذى شارك فى تكوينه، هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، إن إقرار الدعوى العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، وما ينتج عنها من إحترام التوقعات وتقديرات كل منهما، يؤكد عدم جواز مساءلة أيهما تجاه الآخر إلا فى إطار التصرف الذى شارك فى تكوينه[٢]. ليس هذا فحسب، بل إن الدائن منهما لا يجوز له أن يحصل على حقوق أكثر مما يكون له من حقوق ناشئة من التصرف القانونى الذى شارك فى تكوينه، ذلك أن هذه الحقوق هى التى قدرها وتوقعها وارتضاها عند إبرامه هذا الأخير[٣].

---

(١) راجع فى ذلك على سبيل المثال:

H. Copitant. F. Terre, Le quette. Op. Cit. p.170, Jerome Kullmann note Civ. 3, 13 dec. 1989: Civ.3e, 28 Mars 1990, D. 1991, p.29, n° 20.

وراجع فى تفصيل هذا الرأى:

M. Bacache. Gibeili, Op. Cit. n° 181 ets p.155 ets

وراجع أيضاً:

P. Jourdin, Responsabilite contractual et Delectuelle, Op. Cit. P.762, J. Huet, responsabilite delictuelle et responsabilite contractuelle essai de delimation entre dens, these Paris II, 1978, n° 684.

راجع فى ذلك من الفقه العربى: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٩ وما بعدها. د ــ هناء خيرى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢١ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك:

M. Bacach. Gibeili, Op-Cit-n° 190 ets, p.160 ets P. Jourdain, Op. Cit, P 764 ets.

راجع أيضاً: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٠.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٠.

وتجدر الإشارة فى هذا الشأن إلى أن تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية فى رجوع رب العمل والمقاول من الباطن كل منهما على الآخر يخل تماماً بتوقعاتهما، فضلاً عن ذلك فإن خضوع الخطأ العقدى لقواعد المسئولية التقصيرية يمس بالتوازن العقدى للمدين منهما. فمثلاً إذا أخل المقاول من الباطن بإلتزام تعاقدى فسبب ضرراً لرب العمل، ورجع هذا الأخير عليه بمقتضى قواعد المسئولية

الفصل الثانى

عدم مساءلة رب العمل أو المقاول من الباطن إلا فى إطار التصرف القانونى الذى شارك فى إبرامه.

إن الإقرار بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، يحتم عدم مساءلة أيهما تجاه الآخر، إلا بمقتضى التصرف القانونى الذى شارك المسئول منهما فى تكوينه، ووفقاً للأحكام القانونية التى تحكم هذه العلاقة[١].

وبناء عليه، إذا أبرم رب العمل عقد مقاولة مع مقاول أصلى، وقام الأخير بإبرام عقد مقاولة من الباطن مع مقاول من الباطن، أوكل فيه إلى هذا الأخير تنفيذ كل أو جزء من الإلتزامات محل المقاولة الأصلية. فإذا أخل المقاول من الباطن بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية، مما سبب ضرراً لرب العمل، فعند رجوع هذا الأخير عليه، فإن هذا الرجوع لا يكون إلا فى إطار ــ العقد الذى شارك فى تكوينه ــ عقد المقاولة من الباطن، ووفقاً للأحكام القانونية التى تحكم هذا العقد.

ويترتب على ذلك أن، إذا كان عقد المقاولة من الباطن ذا طبيعة تجارية، فإنه يجوز للمقاول من الباطن ــ حيث أنه هو المسئول ــ التمسك فى مواجهة رب العمل، بتعريف وطبيعة هذا العقد، والتى تستلزم وجوب تطبيق الأحكام التى قررها المشرع بشأن العلاقات التجارية، وخاصة من ناحية الإختصاص القضائى أو مدة التقادم الخمسى[٢].

=التقصيْرية، فإن ذلك سيجعله يلتزم بتعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، بالرغم من أنه كان يتوقع حال إبرام عقد المقاولة من الباطن أن يسأل عن الأضرار المباشرة المتوقعة فقط.

راجع فى ذلك: M. Bacach. Gibeili, Op. Cit. P160

راجع أضاً: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥ وما بعدها.

[١] راجع فى ذلك من الفقه على سبيل المثال:

Ph. Remy, Groupe de contrats, R.T.D. e, 1988, p.108. H. Copitant, F. Terre, Lequette: Op. Cit, p.170 ets.
P. Jourdin, Op. Cit. P.765, H. Roland, L. Boyer: Op. Cit. no 1823, p. 751.

وفى عرض ذلك بالتفصيل راجع: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٨ وما بعدها، ص ١٦٩ وما بعدها. د ــ عبد الناصر توفيق ــ شرح أحكام الإيجار ــ عام ١٩٩٠ ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٦٨. د ــ منصور مصطفى منصور ــ عقد الإيجار ــ سنة ١٩٧٠ ــ ص ٢٨٢.

[٢] راجع فى ذلك:

Benabent, note, Sous ass. Plen 7.2.1986, D86; Jourdin (P) obs, Sous, Civ.1.8.3.1988, J.C.P. 88, 11, 21070; et Obs, a. R.T.D. Civ., 1988, p.765, Civ. 3.9.1.1991, B. Civ III, n° 10.

كذلك إذا كان إلتزام المقاول من الباطن، مضمونه بذل عناية، فإنه يمكنه التمسك بذلك فى مواجهة رب العمل، وبالتالى يلزم لكى تنعقد مسئولية الأول تجاه الثانى، أن يثبت هذا الأخير عدم بذل الأول للعناية الواجبة[١].

وأيضاً إذا كان عقد المقاولة من الباطن، يتضمن بنداً يقضى بتحديد القانون الواجب التطبيق فى حالة وجود نزاع، أو يحدد المحكمة المختصة بنظر هذا الأخير، أو يقضى بوجوب اللجوء إلى التحكيم، فإنه يجوز للمقاول من الباطن التمسك بهذا البند فى مواجهة رب العمل[٢].

كذلك إذا تضمن عقد المقاولة من الباطن، بنداً يقضى بالإعفاء أو التخفيف من مسئولية المقاول من الباطن فإنه يجوز لهذا الأخير التمسك بذلك البند فى مواجهة رب العمل[٣]. وذلك إذا توافر فى هذا البند شروط صلاحيته وإنتاجه لآثاره[٤].

ونفس ما قيل بشأن المقاول من الباطن ــ فى هذا المثال ــ عندما يكون مسئولاً، يطبق أيضاً بشأن رب العمل عندما يكون مسئولاً وتم الرجوع عليه من قبل المقاول من الباطن، حيث يستطيع رب العمل التمسك فى مواجهة هذا الأخير بالأحكام القانونية التى تحكم التصرف القانونى ــ عقد المقاولة الأصلى ــ الذى شارك فى تكوينه.

---

(١) راجع فى ذلك:
Benabent, note, Op. Cit., P.293.

(٢) راجع فى ذلك من الفقه:
J. Ourdin, Art, Prec, P.569, M. Bacach, Gibeili, Op. Cit. P.159 ets. Benabent (A) note, Prec.

راجع أيضاً: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٢ .

(٣) راجع فى ذلك من الفقه:
=Remy, Obs, A.R.T.D. Civ. 1989, P. 110; Jourdaine (P), Art, Prec, p.569, Strack (B), Droit Civil, les obligations, 1989, 3ed, p.713; Hassan (a), La Clause d'exoneration de responsabilite contractuelle these, Nantes, 1991, p.137 ets.

(٤) راجع فى عرض الأحكام الخاصة ببند الإعفاء والتخفيف بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٣ وما بعدها.

وراجع فى توضيح ذلك من الفقه الفرنسى:
Hassan (A), Op. Cit. p.223 ets.

الفصل الثالث

تخفيض نفقات المسئول ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ وتوحيد مسئوليته.

إن من شأن إقرار الطبيعة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، تخفيض النفقات الخاصة بمصاريف الدعاوى وأتعاب المحاماة[١]، ذلك أن رجوع كل منهما على الآخر بدعوى عقدية مباشرة سيكون من شأنه تجنب دعاوى الرجوع المتعاقبة[٢]، ومن ثم فإن الطرف المسئول ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ سيتحاشى جزء كبير من نفقات هذه الدعاوى وأتعاب المحاماة.

كما أنها تعمل على توحيد مدى مسئولية رب العمل أو المقاول من الباطن أيهما كان مسئولاً، بغض النظر عما إذا كان الرجوع قد تم من أيهما على الآخر، أم من قبل ــ المتعاقد معهما ــ المقاول الأصلى، فالرجوع سواء كان من هذا أو ذاك يكون بمقتضى قواعد المسئولية العقدية. "مما يترتب على ذلك إستقرار المعاملات، والمحافظة على فكرة المراكز القانونية، وإسباغ جو من الثقة والأمان فى إطار العلاقات التعاقدية"[٣].

---

(١) راجع فى ذلك:
Viney, L'action en responsapilite a une chaine de contrats, Holleaux, 1990, p.407 ets.

راجع أيضاً: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٩.

(٢) ذلك أن عدم إقرار دعوى المسئولية العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن ينتج عنه رجوع رب العمل أولاً على المقاول الأصلى بالدعوى العقدية، ثم يرجع هذا الأخير على المقاول من الباطن بنفس الدعوى، وبالتالى يكون هناك دعاوى رجوع متعاقبة مما يؤدى إلى زيادة فى النفقات التى يتحملها فى النهاية المسئول.

وفى هذا الإتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية فى أحد الطعون الذى طرح أمامها بأن "إذا كان الطرف المتضرر قد فضل الرجوع على المتعاقد معه مباشرة فإن هذا الأخير يحتفظ بحق الرجوع على الطرف المسئول".

راجع من أحكام محكمة النقض الفرنسية:
Civ. 3.21 3.1979, J.C.P. 79, IV, 184, B. Civ. III, no 733, 20.4.1982, B. Civ. III. n° 95, p.66.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٩.

الفرع الثانى

إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وأثرها على حماية مصالحيهما متى كان أيهما مضروراً.

تمهيد وتقسيم:

إن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنها حماية وتفعيل مصلحة كل منهما، عندما يشغل المركز القانونى ــ للــدائن ــ للمضرور، ولعل أهم مظاهر هذه الحماية تتمثل فى تحاشى كل منها إفلاس المقاول الأصلى، وما قد يطرأ عليه من عوارض الأهلية، وتجنبه مشقة إثبات ركن الخطأ، وزيادة فرص حصوله على حقه بتمكينه من رجوعه على المتعاقد معــه مباشــرة وعلى المسئول ــ منهما ــ وذلك على سبيل التضامم، وتحاشى وجوده فى مركــز قانونى معطل.

ولتوضيح ذلك سوف نقسم هذا الفرع إلى خمسة غصون:

الغصن الأول: تحاشى المضرور منهما إعسار أو إفلاس المقاول الأصلى أو إصابته بأحد عوارض الأهلية.

الغصن الثانى: تجنب المضرور منهما مشقة إثبات ركن الخطأ.

الغصن الثالث: زيادة فرص حصول المضرور منهما على حقه.

الغصن الرابع: تحاشى وجود المضرور منهما فى مركز قانونى معطل.

الغصن الخامس: تمكين المضرور منهما من الرجوع على شركة التــأمين التــى تعاقــد معها المسئول.

الغصن الأول

تحاشي المضرور منهما إعسار أو إفلاس المقاول الأصلي أو إصابته بأحد عوارض الأهلية

إن الإقرار بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنه أن تجنب المضرور منهما حالة إعسار أو إفلاس ــ المتعاقد معه مباشرة ــ المقاول الأصلي، وتجنبه أيضاً مخاطر إصابة هذا الأخير بأحد عوارض الأهلية.

فقد سبق أن أوضحنا[1]، أن إنكار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وكانت واقعة الإخلال بالإلتزام التعاقدى لا تشكل خطأ تقصيريا، فإن رجوع المضرور منهما على الآخر يكون بالدعوى غير المباشرة مستخدماً حق المقاول الأصلي نيابة عنه، لكن هذا الأخير قد يكون فى حالة إعسار أو إفلاس، وفى الحالة الثانية يمتنع على رب العمل أو المقاول من الباطن، أيهما كان مضروراً، أن يستخدم هذه الدعوى، وذلك تطبيقاً للمبدأ الذى يقضى بمنع ووقف كافة الإجراءات والدعاوى الإنفرادية ضد المدين المفلس، حيث لا يجوز ذلك لأحد إلا لممثل ــ السنديك ــ جماعة الدائنين.

وكذلك يمتنع على رب العمل أو المقاول من الباطن، أيهما كان مضروراً أن يرجع أحدهما على الآخر مستخدماً الدعوى غير المباشرة، فى حالة إصابة المقاول الأصلي بأحد عوارض الأهلية، حيث يكون هذا الأخير غير قادر على التصرف فى أمواله بنفسه، ومن باب أولى لا يستطيع التصرف فيها عن طريق نائب.

ومن ثم فإن إنكار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنه إهدار مصلحة المضرور منهما[2].

---

(١) راجع فى توضيح ذلك هذا البحث ص١٦٥وما بعدها. وكذا المراجع التى أشرنا إليها فى هذه الصفحات.

(٢) راجع فى تفصيل ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦ وما بعدها.
راجع أيضاً فى توضيح ذلك ما أسلفناه فى هذا البحث ص ١٩١وما بعدها، ص٢٢٥وما بعدها،ص٣٢٦ومابعدها.
وراجع أيضاً:
Starck (B), droit civil, les obligations, 1989, 3ed, P.716; Viney (G), Op. Cit. p.407 ets.

أما الإعتراف بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنه تمكين المضرور منهما بالرجوع مباشرة على الآخر، وبالتالى يتجنب مخاطر إعسار أو إفلاس المقاول الأصلى أو إصابته بأحد عوارض الأهلية، ويتحاشى أيضاً مزحمة دائنيه. وبالتالى تحقق وتحافظ على مصلحة من يشغل المركز القانونى للمضرور منهما[١].

الغصن الثانى

تجنب المضرور منهما مشقة إثبات ركن الخطأ

إن إنكار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، سوف يؤدى ــ كما سبق أن أوضحنا ــ إلى صعوبة إثبات المضرور منهما لركن الخطأ حتى يمكنه الرجوع على الآخر بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية، خاصة إذا كان هذا الأخير قد إرتكب خطأ عقدياً محضاً[٢].

فمثلاً إذا أخل المقاول من الباطن بأحد إلتزاماته الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن، فإن ذلك يؤثر على إلتزام المقاول الأصلى تجاه رب العمل، مما يلحق أضراراً بهذا الأخير تخوله حق طلب التعويض، فيمكنه أن يرجع على المقاول الأصلى بمقتضى قواعد المسئولية العقدية. ولكن قد يكون هذا الأخير فى حالة إعسار أو إفلاس. مما يترتب عليه عدم حصول رب العمل على تعويض. ولا يكون أمامه فى هذه الحالة إلا الرجوع على المقاول من الباطن، بقواعد المسئولية التقصيرية، وذلك وفقاً لما قرره منكرى الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن. ولكن هذا الرجوع قد يكون عديم الفائدة، وذلك إذا كان إخلال المقاول من الباطن بإلتزامه لا يشكل خطأ تقصيرياً، أى لا يتطابق مع مخالفة الواجب العام المفروض على الكافة والذى يقضى بعدم الإضرار بالغير، أو مخالفة

---

(١) راجع فى عرض ذلك بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٠ وما بعدها.

راجع أيضاً:

Viney (G), Op. Cit. P.399 et 423; Teyssie (B), Thése, Op. Cit. p.242, n° 483; ESPAGNON(M), droit a reparation, art J.C. Sous 1165 Fasc 16-2, p. 8, n° 24.

(٢) راجع فى توضيح ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦ وما بعدها. وراجع فى توضيح ذلك: ص ٢٤٠ من هذا البحث.

راجع أيضاً:

Larroumet (C), note, sous Civ. 21.6.1988, D.89, n° 5; Counu, Obs. A R.T.D. Civ. 1968, p.389.

القوانين واللوائح المعمول بها، وبالتالى لا يمكن لـرب العمـل تحريـك دعـوى المسئولية التقصيرية ضد المقاول من الباطن لتخلف أحد أركانها[١].

أما إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين ب العمل والمقاول من الباطن، ومـا تتيحه من رجوع أيهما على الآخر مباشرة بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، ومـا يترتب على ذلك من تخويل المضرور منهما التمسك بمضمون التصرف القـانونى الذى شارك المسئول فى تكوينه[٢]. وبالتالى إذا أخل المسئول بإلتزام مضـمونه ـ مثلاً ـ تحقيق نتيجة، فلا يكلف المضرور إلا بإثبات عدم تحقق النتيجة المطلوبـة، فإن فعل إنعقدت مسئولية الطرف الآخر، ما لم يثبت هذا الأخير أن عـدم تنفيـذه لإلتزامه يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه.

الغصن الثالث

زيادة فرص حصول المضرور ـ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ـ على حقه

مما لا شك فيه، أن إخلال المقاول من الباطن بأحد الإلتزامات التى تثقـل كاهله، يترتب عليه عدم تنفيذ المقاول الأصلى لهذا الإلتزام فى مواجهة رب العمل، مما يسبب أضراراً لهذا الأخير.

وإن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول مـن البـاطن، من شأنه تمكين رب العمل ـ فى المثال السابق ـ من الرجوع مباشـرة علـى ـ المسئول ـ المقاول من الباطن، أو الرجوع على المتعاقد معه[٣]، أو الرجوع على الإثنين معاً على سبيل التضامم[٤].

---

(١) راجع فى ذلك: د ـ فيصل زكى عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص ٤٧.
راجع أيضاً:
Jourdain (P), note sous Com. 17.2.1987. D87, P.543

(٢) راجع فى ذلك:
Starck (B), Op. Cit. P. 712 n° 1745.
راجع أيضاً: د ـ فيصل زكى عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص ٩٥ وما بعدها.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن ذلك يظهر الفرق بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن، ففـى التنـازل عن المقاولة، يخرج ـ المتنازل ـ المقاول الأصلى من التعاقد تماماً ويعد أجنبياً عنه، ولا يستطيع رب العمل الرجوع عليه بصفته متعاقداً. أما فى المقاولة من الباطن فيظل المقـاول الأصـلى موجـوداً أو مسئولاً قبل رب العمل. لمزيد من التوضيح راجع فى هذا البحث التمييز بين المركز القانونى للمقـاول من الباطن والمركز القانونى للمتنازل إليه. ص ١١٢ .

(٤) راجع فى توضيح ذلك: د ـ فيصل زكى عبد الواحد ـ المرجع السابق ـ ص ٩٦.

وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن المقاول الأصلى يظل مسئولاً تجاه رب العمل رغم أن الأعمال التى عهد بها هذا الأخير للأول يتم تنفيذها عن طريق مقاول من الباطن[١]. كما قضى ــ أيضاً ــ بأن قبول رب العمل لعقد المقاولة من الباطن لا يغير من مسئولية المقاول الأصلى عن الأضرار الناتجة عن إخلال المقاول من الباطن بإلتزامه والتى لحقت برب العمل.

وما قيل بشأن رجوع رب العمل، ينطبق أيضاً على المقاول من الباطن عندما يكون مضروراً، بسبب إخلال رب العمل بأحد إلتزاماته العقدية.

ولا شك أن تمكين المضرور ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ من الرجوع على المسئول ــ منهما ــ مباشرة، أو على المقاول الأصلى، أو عليهما معاً على سبيل التضامم، من شأنه تحقيق مصلحة المضرور والحفاظ عليها، ذلك أنها تزيد من فرص حصوله على حقه[٢].

الغصن الرابع

تحاشى وجود المضرور منهما فى مركز قانونى معطل

ويظهر ذلك بوضوح، إذا أخل المقاول من الباطن بإلتزام تعاقدى، مما ترتب عليه إخلال المقاول الأصلى بإلتزامات تجاه رب العمل، فأصيب الأخير بأضرار. فإن إنكار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، سوف يترتب عليها، عدم تمكين رب العمل من الرجوع على المقاول من الباطن إلا بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها، وفى هذه إذا كان إخلال الأخير بإلتزامه التعاقدى لا يشكل خطأ تقصيرى، وبالتالى لا يمكنه سلوك هذا الطريق. ومن ثم فلن يكون أمام رب العمل ــ والحال هكذا ــ سوى الرجوع

=راجع فى تحديد المفهوم الفنى للإلتزام التضاممى وشرح أحكامه. د ــ محمد جاد محمد جاد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٧ وما بعدها.

وراجع أيضاً:

Viney, Op. Cit. p.416.

[١] راجع فى ذلك:

Com. 4.11.1976, B. Civ. IV. n°.276.

مشار إليه لدى د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٦ هامش ١٤٧.

[٢] راجع فى ذلك:

Com. 7.11.1960, B. Civ. III, n°.349

مشار إليه لدى: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٦ هامش ١٤٨.

على المقاول من الباطن، مستخدماً حقوق المقاول الأصلى نيابة عنه، بمقتضى الدعوى غير المباشرة، و فى هذه الحالة قد يكون المقاول الأصلى فى حالة إفلاس أو أصيب بعارض من عوارض الأهلية أو توفى ولم يكن له خلفاً عاماً، وبالتالى سوف يمتنع عليه إستخدام الدعوى غير المباشرة.

وإذا فضل رب العمل الرجوع على المقاول الأصلى مباشرة، بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، فإنه سيلاقى نفس المصير، إذا كان المقاول الأصلى فى حالة إعسار أو إفلاس أو توفى ولم يكن له خلف عام.

ويترتب على ما سبق وجود رب العمل ــ المضرور ــ فى مركز قانونى معطل[١].

ولا شك أن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنه تحاشى هذا الوضع[٢]، ذلك أنها تخول للطرف المضرور ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ الحق فى الرجوع مباشرة على المسئول منهما، بغض النظر عن إفلاس المقاول الأصلى أو إصابته بأحد عوارض الأهلية أو وفاته دون أن يكون له خلفاً عاماً.

الغصن الخامس

تمكين المضرور منهما من الرجوع على شركة التأمين التى تعاقد معها المسئول

إن إنكار الرابطة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنه أن يؤدى إلى حرمان المضرور منهما من الرجوع على شركة التأمين التى يكون المسئول منهما قد تعاقد معها، من أجل تغطية الأخطار الناتجة عن قيام مسئوليته[٣]. ذلك أن شركات التأمين غالباً ما تضمن وثيقة التأمين بنداً يقضى بعدم

---

(١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠ وما بعدها.
راجع أيضاً:
Espagnon (M), art, Prec, P.6, n°.18.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٧.

(٣) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠.
راجع أيضاً:
Benabent (A), note sous, ass, Plen, 7.2.1986, D.86, p.293, Mousseron (J.M), Technique contractuelle, 1988, 364.
وتطبيقاً لذلك راجع:
Civ. 1.3.3. 1990, R.G.A.T., 90,P.372, note, Bout

تغطية الأخطار الناجمة عن الأعمال غير المشروعة، وذلك يشكل عقبة أمام الرجوع عليها من جانب الطرف المضرور بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية.

وهذا يعنى حرمان المضرور من الحصول على تعويض عن الأضرار التى أصابته، خاصة إذا كان ــ المقاول الأصلى ــ المتعاقد معه فى حالة إفلاس أو إعسار. وهذا من شأنه أن يهدر الحماية التى قررها المشرع له.

وبالعكس من ذلك تماماً، فإن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنه تحاشى المضرور منهما، حالة إفلاس أو إعسار المدين، بغض النظر عما إذا كان هذا الأخير هو المقاول الأصلى أو الطرف المسئول منهما. حيث تخوله الرجوع مباشرة على شركة التأمين[1] لمطالبتها بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به من جراء إخلال المؤمن له بأحد الإلتزامات التعاقدية التى تقع على عاتقه بمقتضى العلاقة التعاقدية التى ساهم فى تكوينها.

المطلب الثانى

إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وأثرها على حماية الصالح العام

تمهيد وتقسيم:

إن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، لا تحقق حماية وفاعلية لمصلحتيهما فحسب، بل إنها تحقق أيضاً مصالح عامة يجب الحفاظ عليها. وتتمثل هذه المصالح فى حماية القواعد القانونية، وضمان تطبيقها وعدم إهدارها أو تفريغها من مضمونها.

فتخويل الطرف المضرور سواء كان رب العمل أوالمقاول من الباطن الحق فى الرجوع على المسئول منهما، من شأنه الحفاظ على القواعد القانونية التى تقرر مبدأ القوة الملزمة للعقد، والحفاظ على النصوص القانونية التى تنظم القواعد الخاصة بالتعويض، خاصة ما يتعلق بالتقادم ومدى التعويض والإختصاص القائى،

---

(1) راجع فى ذلك بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٤، ٩٥.

راجع أيضاً:

Benabent, note sous, Ass, plen 1.2. D.86, D. P.293; Mousseron (J.M), Op. Cit., p.364.

والقانونى الواجب التطبيق، وأخيراً تحافظ على أحد المبادئ المهمة الذى يقوم على الإرادة الضمنية للمشرع وهو مبدأ عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسئولين.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة هى:

الفرع الأول: تفعيل إحترام مبدأ القوة الملزمة للعقد والحفاظ عليها

الفرع الثانى: الحفاظ على القواعد التى تنظم التعويض عن الأضرار وتفعيلها.

الفرع الثالث: الحفاظ على مبدأ عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين.

الفرع الأول

تفعيل إحترام مبدأ القوة الملزمة للعقد[1] والحفاظ عليه

لا شك أن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، يترتب عليها نتائج أهمها، الحفاظ على إحترام مبدأ القوة الملزمة للعقد. ذلك أن الطرف المسئول فى هذه العلاقة، متى أخل بأحد إلتزاماته العقدية، فإن مسئوليته لا تنعقد إلا فى ــ كقاعدة عامة ــ إطار العلاقة التعاقدية التى ساهم فى بنائها، وبالتالى يمكنه الإحتجاج فى مواجهة الطرف المضرور ــ فيها ــ بالبنود الواردة فى هذه العلاقة[2].

وعلى ذلك، فإذا كان التصرف الذى شارك الطرف المسئول ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ فى تكوينه يتضمن بنداً يقضى بإعفائه من المسئولية أو التخفيف منها، أو يقضى بوجوب اللجوء إلى التحكيم لحل ما قد ينشأ من نزاع، أو يحدد القانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختصة، فإنه يمكنه التمسك بهذا البند فى مواجهة الطرف ــ منهما ــ المضرور.

---

(١) راجع فى هذا البحث ص٢١٦ وما بعدها، ففى هذا الموضع قد أوضحنا كيف أن إنكار الطبيعة العقدية، للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، قد أدت إلى إهدار مبدأ القوة الملزمة للعقد. وراجع ما أشرنا إليه من مراجع فى هامش الصفحات المشار إليها، فهذه المراجع قد تناولت بالشرح مفهوم هذا المبدأ.

(٢) راجع فى توضيح ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠١. د ــ هناء خيرى أحمد خليفة ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦٦ وما بعدها.

وراجع فى هذا المعنى:

Viney, Op. Cit. p.87, No38, Espagnon art, Prec, p.4 n°.9, Larroumet, note Sous Civ.21,6, 1988, D. 89,5; Jourdain (P), Obs Sous Civ. I. 12.6.1988 J.C.P. 88, II 12125.

فضلاً عن ذلك، ونظراً لأن الطرف المضرور لا يجوز أن يكون له من الحقوق إلا التى أرادها، وفقاً لما هو مقرر فى التصرف الذى شارك فى تكوينه، فإن الطرف المسئول، له أن يتمسك بالبنود الواردة فى التصرف القانونى الذى ساهم الطرف المتضرر فى بنائه[1].

فمثلاً، إذا أبرم رب العمل عقد مقاولة مع المقاول الأصلى، يلتزم هذا الأخير بمقتضاه ببناء مستشفى. ثم قام المقاول بإبرام عقد مقاولة من الباطن أسند بمقتضاه تنفيذ جزء من إلتزاماته لمقاول من الباطن. وأثناء قيام هذا الأخير بالتنفيذ أخل بأحد الإلتزامات التعاقدية التى تثقل كاهله، مما أدى إلى إصابة رب العمل بأضرار. ففى هذه الحالة يكون لهذا الأخير الحق فى الرجوع على المقاول الأصلى بدعوى المسئولية العقدية.

إلا أن رب العمل قد يفضل الرجوع على المقاول من الباطن، وفى هذه الحالة فإن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بينهما يحتم رجوع الأول على الثانى بمقتضى قواعد المسئولية العقدية.

وإذا كان للمقاول الأصلى الحق فى التمسك بالبنود الواردة فى عقد المقاولة الاصلى فى مواجهة رب العمل، كما أن للمقاول من الباطن الحق فى التمسك بالبنود الواردة فى عقد المقاولة من الباطن فى مواجهة المقاول الأصلى. فإن مسئولية المقاول من الباطن لا يجوز أن تنعقد إلا فى إطار البنود الواردة فى عقد ــ الذى شارك فى تكوينه ــ المقاولة من الباطن، كما أن رب العمل لا يجوز له مطالبة المقاول من الباطن إلا فى إطار ما له من حقوق تضمنها عقد المقاولة الأصلى.

فضلاً عن ذلك، فإذا كان المقاول الأصلى قد توفى وليس له خلفاً عاماً، فإن ذلك لن يحول دون رجوع رب العمل على المقاول من الباطن، بدعوى المسئولية العقدية المباشرة، وبالتالى لا تتاح فرصة لهذا الأخير للتخلص من مسئوليته، فى حالة وفاة المقاول الأصلى دون أن يكون له خلفاً عاماً[2].

وهكذا يظهر ــ بوضوح ــ من المثال السابق، أن من أهم نتائج إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، أن هذا الأخير لا يلتزم

---

(١) راجع نفس المراجع بالهامش السابق.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٢ وما بعدها.

بأكثر مما انصرفت إليه إرادته، ولا يكون لرب العمل أن يطالبه بأكثر مما أراد أن يكون له من حقوق، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نغلق الباب أمام رب العمل، بشأن محاولة التخلص من بنود العلاقة التعاقدية التى ساهم فى بنائها، خاصة تلك التى تقضى بالإعفاء أو التخفيف من المسئولية.

ولا شك أن هذا كله، لا يعدو أن يكون تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وحماية وتفعيل هذا المبدأ وإحترامه. وهذا من شأنه تحقيق مصلحة عامة، تتمثل فى حماية تطبيق القواعد القانونية، وعدم إهدارها.

الفرع الثانى
المحافظة على وحدة القواعد التى تنظم التعويض

عرض وتقسيم:

إن من شأن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، خضوع التعويض لقواعد واحدة، سواء كان الرجوع على الطرف المسئول منهما قد تم من الطرف الآخر، أم من ــ المتعاقد معه ــ المقاول الأصلى.

فمثلاً إذا كان المقاول من الباطن هو المسئول، فإن التعويض الملتزم به سوف يخضع لقواعد واحدة، سواء كان الرجوع عليه قد تم من قبل رب العمل أو المقاول الأصلى.

وخضوع التعويض لقواعد واحدة يظهر من عدة نواحى، هى تقادم دعوى المسئولية، ومدى التعويض المستحق، والمحكمة المختصة بنظر النزاع، وأخيراً القانون الواجب التطبيق.

ولتوضيح ذلك نقس هذا الفرع إلى أربعة غصون:

الغصن الأول: وحدة القواعد القانونية الخاصة بالتقادم

الغصن الثانى: القواعد المتعلقة بالإختصاص القضائى

الغصن الثالث: مدى التعويض

الغصن الرابع: القانون الواجب التطبيق على المقاولة من الباطن ذات الطابع الدولى

الفصل الأول

وحدة القواعد القانونية الخاصة بالتقادم[١]

إن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وما يستتبع ذلك من رجوع كل منهما على الآخر بدعوى المسئولية العقدية المباشرة، من شأنه توحيد القواعد الخاصة بتقادم دعوى المسئولية، سواء من ناحية المدة أو تاريخ بدء سريانها، وذلك بالنسبة للمسئول منهما[٢].

فمثلاً إذا أبرم رب عمل عقد مقاولة، ثم قام ــ المتعاقد معه ــ المقاول الأصلى بإبرام عقد مقاولة من الباطن، لتنفيذ جزء ــ أو كل ــ إلتزاماته الواردة فى عقد المقاولة الأصلى. وأثناء التنفيذ أخل المقاول من الباطن بأحد إلتزاماته، وكان المقاول من الباطن تاجراً. فإن تقادم دعوى المسئولية تكون واحدة بغض النظر عما إذا كان الرجوع عليه قد تم من جانب المقاول الأصلى أو رب العمل. أما إذا اتفق رب العمل مع المقاول الأصلى، ببند فى عقدهما، على إطالة مدة تقادم مسئولية هذا الأخير، ولم يرد مثل هذا البند فى عقد المقاولة من الباطن. فلا يستفيد رب العمل من هذا البند إذا فضل الرجوع مباشرة على المقاول من الباطن.

وإذا كنا قد إنتهينا، إلى أن هناك علاقة عقدية موضوعية بين رب العمل والمقاول من الباطن، مما ينبغى معه خضوع هذا الأخير للضمان العشرى[٣]، الذى

---

(١) راجع فى توضيح ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٥ وما بعدها. وراجع ما سبق أن أوضحناه بشأن أثر إنكار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن على القواعد الخاصة بالتقادم ــ انظر هذا البحث ص٢٢٥ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك:

Benabent, Note, sous, ass, plen. 7.2.1986, D86-293; Viney, L'action en responsabilite entre Participants a une chain de contrats, art, prec. P.421.

راجع أيضاً:

Civ. 1.12.6.1988 D. note Kullmann (J), 895

حيث تقول محكمة النقض الفرنسية فى هذا الحكم أن "المدين فى إطار المجموعة العقدية يستفيد من النتائج القانونية المترتبة على إخلاله بإلتزاماته وذلك بمقتضى قواعد المسئولية العقدية الواجبة التطبيق"، ولا شك أن من أهم هذه النتائج هى خضوعه لقواعد التقادم التى تحكم تقادم دعوى المسئولية العقدية. وإذا كان الحكم قد صدر بشأن الأسر العقدية، فلا شك لدينا من تطبيقه على العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، حيث أنهما طرفان فى أسرة عقدية واحدة، تتضمن عقدين هما عقد المقاول الأصلى وعقد المقاولة من الباطن.

(٣) فقد كان إنكار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وما يستتبعه من عدم وجود علاقة عقدية بينهما، هو السبب الرئيسى فى عدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى. لتوضيح ذلك. انظر فى هذا البحث ص٢٦٦ ومابعدها.

يقع على عاتق كل من المقاول الأصلى والمهندس المعمارى، والخاصة بسلامة البناء من العيوب. وحيث أن تقادم دعوى المسئولية العشرية تبدأ من تاريخ تسلم رب العمل للبناء، فإذا باعه هذا الأخير، وتوافرت شروط ممارسة دعوى هذا الضمان، وتم الرجوع به على المقاول من الباطن، فإنه يتعين ممارسة هذه الدعوى خلال عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلم رب العمل للمبنى، بغض النظر عما إذا كان الرجوع قد تم من قبل رب العمل أو المتملك النهائى، وبغض النظر ــ أيضاً ــ عن تاريخ تسلم هذا الأخير للشئ محل التعاقد[١].

الفصل الثانى

القواعد المتعلقة بالإختصاص القضائى

مما يحمد للمشرع لجوئه ــ فى بعض الدول ــ إلى فكرة التخصص[٢] فى مجال العمل القضائى، وإقراره إنشاء دوائر تختص بالمنازعات التجارية، وأخرى بالمسائل المدنية، وثالثة تختص بالمنازعات البحرية. فهذه الفكر من شأنها، العمل على سرعة الفصل فى المنازعات، وسرعة حصول كل طرف فى علاقة تعاقدية معينة على حقه.

كما نظم المشرع ــ أيضاً ــ الإختصاص المحلى بالنسبة للمنازعات المدنية[٣]، بوضعه قاعدة عامة تقضى ــ كأصل عام ــ بأن المحكمة المختصة بالنزاع هى التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة التى تم الإتفاق على عقد الإختصاص لها. أما بالنسبة للمنازعات التجارية. فقد قرر بشأنها، أن المحكمة المختصة هى التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أو التى نفذ الإتفاق ــ كله أو جزء منه ــ فى دائرتها، أو التى تم الإتفاق على عقد الإختصاص لها.

---

(١) راجع فى توضيح ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٦.
وراجع أيضاً:
Georges et Gross. La reparation des dommages causes aux construction par les vices des materiaux. J.C.P.1914, 1 DOC. n° 21.

(٢) راجع فى فكرة الإختصاص القضائى من الفقه على سبيل المثال: د ــ أحمد ماهر زغلول، د ــ يوسف يوسف أبو زيد ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤١ وما بعدها. المستشار ــ عز الدين الدناصورى، الأستاذ ــ حامد عكاز ــ المرجع السابق ــ ص ١١٠ وما بعدها.
راجع أيضا:
Viney, L'action en responsibilite entre participants a une chaine de contrats, p.407.

(٣) راجع فى توضيح ذلك من الفقه: د ــ أحمد ماهر زغلول، د ــ يوسف يوسف أبو زيد ــ المرجع السابق ــ ص ٧٠٥ وما بعدها. د ــ أحمد السيد الصاوى ــ شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ــ عام ١٩٩١ ــ ص ٣٠٤ وما بعدها.

ولا شك أن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنها توحيد قواعد الإختصاص القضائى، سواء الإختصاص النوعى ــ الوظيفى ــ أو المحلى، عند رجوع أحدهما على الآخر[١]. فلو أن المقاول من الباطن قد أخل بإلتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن، فسبب ضرراً لرب العمل، فإذا أراد الأخير الرجوع عليه، فإن الإختصاص ينعقد للمحكمة المختصة نوعياً بالنزاع. أما بالنسبة للإختصاص المحلى، فلو أن المقاول من الباطن ــ المسئول ــ أورد بنداً فى العقد الذى ساهم فى تكوينه، يقضى بتغيير الإختصاص المحلى، أو اللجوء إلى التحكيم، فيجب مراعاة هذا البند. أما إذا لم يرد مثل هذا البند انعقد الاختصاص المحلى وفقاً للقواعد العامة.

إما إنكار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وما يستتبع ذلك من رجوع المضرور منهما على المسئول بقواعد المسئولية التقصيرية، من شأنه هدم تنظيم قواعد الاختصاص[٢] السابق بيانه. ذلك أن اللجوء إلى قواعد المسئولية التقصيرية، يعنى وجوب رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه، بغض النظر عن طبيعة النزاع، وهل يعد من قبيل المسائل المدنية أو التجارية، و بغض النظر عما إذا كان المسئول ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ قد اتفق مع ــ المقاول الأصلى ــ المتعاقد معه على تغيير الإختصاص المحلى أو إستبعاد الاختصاص القضائى، واللجوء إلى التحكيم من عدمه. ويعلق أستاذنا الدكتور فيصل زكى على هذه النتيجة ــ وبحق ــ بقوله "وهذه نتيجة فيها نوع من العجب ! إذا كيف نسمح بتخويل الطرف المتضرر جلب جزء من الإختصاص القضائى التجارى أو البحرى، إلى الإختصاص القضائى المدنى؟ كيف تغلب إرادة الفرد على إرادة المشرع؟ لماذا نحاول إنكار فكرة التخصص، التى لجأ إليها المشرع ــ فى بعض الدول ــ فى مجال العمل القضائى؟[٣].

---

[١] راجع فى تفصيل ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١١٠ وما بعدها.

[٢] راجع فى ذلك:

Jourdain (P), obs sous Civ. 1 21.6.1988, Op. Cit. 88, II, 21125; Geroge et gross, Op. Cit. n° 21; Conte, (Ph) note sous cour d'appel d'agen, 7.12.1988 & G.P. 69, II, 15980.

[٣] د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ٦٦.

الفصل الثالث

مـــــدى التعويـــــض

فقد سبق أن أوضحنا[١]، أن إنكار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنه تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية عند رجوع المتضرر منها على الآخر، ومن ثم يسأل ــ المسئول منهما ــ عن التعويض عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة.

ولكننا متى إنتهينا إلى أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية، فإن ذلك يستتبع عدم مسئولية الطرف المسئول إلا فى إطار العلاقة التعاقدية التى ساهم فى بنائها، ووفقاً للأحكام التى تنظم هذه العلاقة.

ومن ثم فإن المقاول من الباطن الذى يخل بإلتزامه التعاقدى، لا يلتزم إلا فى إطار عقد المقاولة من الباطن. وبالتالى فإنه من ناحية، لا يلتزم إلا بالتعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة فقط، سواء كان الرجوع عليه كان من جانب رب العمل أو المقاول الأصلى[٢]. ومن ناحية أخرى، فإذا كان عقد المقاولة من الباطن، يتضمن بنداً يقضى بإعفاء المقاول من الباطن من المسئولية، أو التخفيف من هذه الأخيرة، فإنه يجوز له التمسك بهذا البند، متى توافرت شروط بعثه للوجود وإنتاجه لآثاره.

وإلتزام المقاول من الباطن بالتعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة فقط ــ كأصل عام ــ يكون ما لم يكن إخلاله ناتجاً عن غش أو خطأ جسيم، فإذا كان إخلاله ناتجاً عن غش أو خطأ جسيم، فإنه يلتزم بتعويض كافة الأضرار المباشرة بغض النظر عما إذا كانت متوقعة أو غير متوقعة[٣].

وهكذا يظهر مما سبق، أن الإقرار بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنه المحافظة على مصلحة المسئول منهما، فلا يختلف مدى التعويض الذى يلتزم به هذا الأخير، بحسب ما إذا كان الرجوع عليه قد تم

---

(١) راجع فى هذا البحث ص٢٣٤ وما بعدها.

(٢) راجع فى توضيح ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٧.

(٣) راجع فى ذلك:

Benalent, note, Sous, Ass Plen, 7.2.1986, D.86, P.293; Dubois, note , Sous, chambray, 18.1.1988, D.88 , 380, Delebecque, note, Sous, Civ, 1.21.6.1988, J.C.P. 88, 11, 15294.

من جانب رب العمل أو المقاول الأصلى[١]، **هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى**، المحافظة على جوهر النصوص الخاصة بالتعويض فى إطار العلاقة التعاقدية عن طريق منع التعدى عليها من جانب النصوص التى تنظم التعويض عن العمل غير المشروع[٢].

الفصل الرابع

القانون الواجب التطبيق على المقاولة من الباطن ذات الطابع الدولى[٣]

ليس من النادر أن تأخذ المقاولة من الباطن طابعاً دولياً[٤]، ويتحقق ذلك متى كان أطراف عقدى المقاولة والمقاولة من الباطن، لا يحملون جنسية دولة واحدة. كما لو كان رب العمل يحمل الجنسية المصرية، وكان المقاول الأصلى يحمل الجنسية الفرنسية، والمقاول من الباطن كويتى الجنسية، وقد يكون هناك مقاول من الباطن من الدرجة الثانية يحمل الجنسية الألمانية.

فإذا حدث نزاع فى مثل هذه الحالة، تثور مسالة تنازع القوانين. وهنا تظهر مدى أهمية إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، ذلك أن إقرار هذه الطبيعة يترتب عليه توحيد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

---

(١) راجع فى ذلك:
Teyssie, Th, Op. Cit, p.247; Delebecque, note, Pec; Jourdain (P) Obs a R.T.D. Civ 1988, 763.

(٢) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٨.

(٣) نظراً لأن مضمون قوانين الدولة يختلف من دولة إلى أخرى. هذا وقرر المشرع المصرى نصوصاً خاصة بقواعد الإسناد منها ما جاء بنص المادة ٢١ مدنى مصرى بأنه "يسرى على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام" جاء فى المادة ١/١٩ بأنه "يسرى على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا. فإن إختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانون آخر يراد تطبيقه".

(٤) راجع فى ذلك: Teyssie, Th, prec, p225, et.s.
راجع فى عرض ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ت ص ٦٨ وما بعدها، وراجع فى هذا المعنى: د ــ جابر محجوب على ــ المسئولية عن فعل الغير فى إطار المجموعات العقدية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣ وما بعدها.

ففى الحالة المعروضة، إذا أخل المقاول من الباطن من الدرجة الثانية — مثلاً — بالإلتزامات التى تثقل كاهله، وتم الرجوع عليه، فإن القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة، هو القانون الواجب التطبيق على العقد الذى ساهم — المقاول من الباطن من الدرجة الثانية — فى بنائه، وهو قد يكون القانون الألمانى أو الكويتى أو أى قانون آخر تم الإفاق عليه[١]. ويطبق هذا القانون سواء كان الرجوع على المقاول من الباطن من الدرجة الثانية قد تم من قبل رب العمل أو المقاول الأصلى أو المقاول من الباطن الأول.

أما إنكار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، يترتب عليه خضوع النزاع — فى المثال السابق — لقانون الدولة التى وقع فيها الفعل الضار، وهذا من شأنه تخويل المضرور منهما الحق فى إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وذلك وفقاً لمصلحته[٢]، وهذه نتيجة لم يقصد المشرع تحقيقها. وبالتالى فإن ما يذهب إليه أنصار هذا الإتجاه، يترتب عليه إهدار قيمة النصوص التشريعية وعدم إستقرار المعاملات، سواء على الصعيد الداخلى أو الخارجى[٣].

الفرع الثالث

إحترام مبدأ عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين

من المعروف أن المشرع لم يقتصر على وضع قواعد عامة تنظم دعوى التعويض عن الأضرار، بل إنه إتبع منهج تصنيف المسئولية إلى عقدية وتقصيرية وموضوعية[٤]. وبذلك يكون عدم تزاحم المسئوليات تقوم على الإرادة الضمنية للمشرع[٥].

---

(١) راجع راجع فى ذلك: د — فيصل زكى عبد الواحد — المرجع السابق — ص ١١٠ وما بعدها. د — هناء خيرى أحمد خليفه — المرجع السابق — ص ٢٧٩.

(٢) ذلك أن المضرور — إذا كان رب العمل مثلاً — وفقا لمصلحته، إذا اراد تطبيق قانون الدولة التى وقع فيها الفعل الضار على النزاع، يرجع على المقاول من الباطن إما إذا أراد تطبيق القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد الذى ساهم فى إبرامه، فإنه يرجع على المتعاقد معه — المقاول الأصلى — مباشرة.

(٣) راجع فى ذلك: د — فيصل زكى عبد الواحد — المرجع السابق — ص ٦٨.

(٤) راجع فى ذلك: د — فيصل زكى عبد الواحد — أضرار البيئة فى محيط الجوار والمسئولية المدنية عنها — عام ١٩٨٨/١٩٨٩ — رسالة دكتوراه — مكتبة سيد عبد الله وهبة — ص ٣٣٩ وما بعدها.

(٥) راجع فى توضيح ذلك: د — فيصل زكى عبد الواحد — المرجع السابق — ص ٥٢٠ وما بعدها. وراجع أيضا:

وإنطلاقاً من هنا فقد استقر الفقه[١] والقضاء[٢] على عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، إذا اجتمعت شروطهما فى فعل واحد، فلا يجوز للدائن أن يجمع بينهما بأى حال من الأحوال.

وبالتالى لا يجوز للدائن أن يجمع بينهما ــ مثلاً ــ ليجمع بين تعويضين، أحدهما على أساس المسئولية العقدية والآخر على أساس المسئولية التقصيرية، ذلك أن الضرر الواحد لا يصح التعويض عنه مرتين.

كما لا يجوز للدائن أن يجمع بين مزايا كلتيهما. وأيضاً لا يجوز له إذا رفع دعوى على أساس أحدهما وخسرها، أن يرفع دعوى على أساس الأخرى.

=Viney, L'action en responsabilite entre participants a une chain de contrats, p.418.

(١) راجع فى ذلك من الفقه وعلى سبيل المثال:

B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Obligations, 2 contrat, 5ed, 1995, no 1831. p.760; pH Malaurie et L' Aynes, droit civil, les obligation, 8ed. 1998, no 883, p.522 ets; Mazeaud (H, L) et tune (A.), lecons de droit civil, I, II, 1er volume obligations, theorie generale, 8e ed, par F. Chabas, no 1290; Caballero, Essai sur la motion juridique de nuisance, 1981, p.241, no 190.

راجع أيضاً: د ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الإلتزام ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٤٧٧ وما بعدها. د ــ منصور مصطفى منصور، د ــ جلال إبراهيم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٠ وما بعدها. د ــ محمد شتا أبو سعد ــ قانون المعاملات المدنية فى القانون الإسلامى السودانى ــ الكتاب الأول ــ تاريخ المسئولية التقصيرية فى السودان ــ دار نشر بدون ــ عام ١٩٨٤ ــ ص ٣٦ وما بعدها. د ــ سليمان مرقس ــ بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥٠ وما بعدها. د ــ عبد الرزاق السنهورى ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء الأول ــ نظرية الإلتزام بوجه عام ــ مرجع سبق ذكره ــ بند ٥١٤، ٥١٥ ــ ص ٦٢٥ وما بعدها. د ــ نزيه محمد الصادق المهدى ــ النظرية العامة للإلتزام ــ الجزء الأول ــ مصادر الإلتزام ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠١ ــ ص ٣٠٣ وما بعدها. د ــ عبد الرشيد مأمون ــ الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات ــ الكتاب الأول ــ مصادر الإلتزامات ــ دار النهضة العربية ــ بدون تاريخ ــ بند ٢٣٣، ص ٢٩٣ وما بعدها.

(٢) راجع من أحكام القضاء وعلى سبيل المثال:

Civ. 11 Janu. 1922, 5.1924, 1 p.105, note Demogue.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الحكم صراحة أن "المضرور لا يمكنه، فى حالة توافر شروط المسئولية العقدية، نتيجة قيام علاقة عقدية، أن يلجأ إلى قواعد المسئولية التقصيرية، ولو كانت له مصلحة فى ذلك" حيث جاء فى حكمها.

"Lorsque sont reunites les conditions qui donnent a la responabilite une nature contractuelle et que sont par consequent en cause des repports entre contractants, la victime ne peut pas, quand meme elle yaurait, invouquer les regles de la responsabilite delictuelles"

وفى هذا المعنى راجع أيضاً:

Civ. 1re, mars 1970, Bull Civ. 1, no 87, RTD Civ.1971, p.139 et 143.

ويرى غالبية الفقه[١] عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين، فإذا كانت هناك علاقة عقدية، وكان الضرر ناتج عن الإخلال بإلتزام تعاقدى، فإنه لا يجوز للدائن سوى أن يرفع دعوى المسئولية العقدية.

ودون شك أن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنه إحترام مبدأ عدم جواز الخيرة أو الجمع بين المسئوليتين[٢]، فمن ناحية فإن الطرف المسئول ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ لا تنعقد مسئوليته إلا وفقاً للنظام القانونى الذى تخضع له العلاقة التعاقدية التى ساهم فى تكوينها، سواء كان الرجوع عليه من ــ رب العمل ــ الطرف الآخر، أم من ــ المقاول الأصلى ــ المتعاقد معه مباشرة. وبذلك يستقر وضع المسئول، ذلك أنه سوف يقتصر ما يؤديه من تعويض على التعويض عن الأضرار المباشرة فقط، متى كان إخلاله بإلتزام تعاقدى، ولم يكن هذا الإخلال نتيجة غش أو خطأ جسيم. ومن ناحية أخرى ليس للدائن ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ أن يجمع ــ على نحو ما أوضحنا ــ بين المسئوليتين عند مطالبة المسئول ــ منهما ــ ولا يجوز له أن يرجع على هذا الأخير إلا بمقتضى قواعد المسئولية العقدية.

---

(١) راجع فى ذلك من الفقه نفس المراجع التى ذكرناها فى هامش ٣ وراجع أيضاً: د ــ سمير عبد السيد تناغو ــ مصادر الإلتزام ــ بدون دار نشر ــ ١٩٩٩/٢٠٠٠ ــ بند ١٦٢ ــ ص ٢٢٠ وما بعدها. د ــ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٤ وما بعدها. وعكس ذلك راجع: د ــ محمود جمال الدين زكى ــ مشكلات المسئولية المدنية ــ الجزء الأول ــ فى إزدواج أو وحدة المسئولية ــ ومسألة الخيرة ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٥١٧ وما بعدها ــ بند ٧٤.

(٢) راجع فى توضيح ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١١٢.

المبحث الثالث

شروط وضوابط دعوى المسئولية العقدية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن [1]

تمهيد وتقسيم:

إنطلاقاً من أنه، ليس معنى إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، إخضاع كافة الروابط بينها لقواعد المسئولية العقدية، ولكن هناك شروط يجب توافرها لممارسة الدعوى العقدية المباشرة بينهما، يترتب على تخلف أحد هذه الشروط، عدم إمكانية رجوع المضرور منهما على المسئول بمقتضى هذه الدعوى .

فإذا توافرت شروط ممارسة الدعوى العقدية المباشرة بين كل من رب العمل والمقاول من الباطن، فإن هناك ضوابط لرجوع أيهما ــ المضرور منهما ــ على الأخر ــ المسئول ــ يجب الإلتزام بها.

لذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، هما:

المطلب الأول: شروط تطبيق دعوى المسئولية العقدية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن

المطلب الثاني: ضوابط دعوى المسئولية العقدية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن

المطلب الأول

شروط تطبيق دعوى المسئولية العقدية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن

عرض وإحالة:

إن الفقه والقضاء الذى أقرا بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، لم يقفا عند حد هذا الإقرار، بل وضعا شروطاً يجب توافرها لممارسة الدعوى العقدية المباشرة عند رجوع أيهما على الآخر، ويترتب على

---

[1] راجع بالتفصيل فى عرض ضوابط الدعوى المباشرة بين الأطراف المتباعدة فى الأسرة العقدية الواحدة د ــ فيصل زكى عبدالواحد – المرجع السابق – ص ١٦٧ وما بعدها.

تخلف أحد هذه الشروط عدم إمكانية رجوع المضرور ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ على المسئول ــ منهما ــ بقواعد المسئولية العقدية، بل تكون المسئولية التقصيرية أو المسئولية الموضوعية هى واجبة التطبيق، وذلك عند توافر شروط هذه أو تلك.

ولما كنا قد سلمنا بأن عقد المقاولة الأصلى مع عقد المقاولة من الباطن، يمثلان مجموعة عقدية واحدة، وأن رب العمل والمقاول من الباطن طرفان فى هذه الأسرة العقدية. وأن أنصار فكرة الأسرة العقدية قد اشترطوا للرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن بمقتضى قواعد المسئولية العقدية ضرورة توافر شروط تطبيق المسئولية العقدية بصفة عامة، فضلاً عن وجوب توافر بعض الشروط الخاصة. فإننا نتفق مع أنصار الأسرة العقدية على ضرورة توافر نفس ما عرضوه من شروط.

لذا فإننا منعاً للتكرار نحيل فى تفصيل هذه الشروط إلى ما قد سبق وأن عرضناه ــ بالتفصيل ــ بشأن شروط تطبيق المسئولية العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن فى ضوء الأسرة العقدية[1].

المطلب الثانى

ضوابط دعوى المسئولية العقدية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول ضوابط الرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن، ولتوضيح هذه الضوابط نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: ضوابط رجوع رب العمل على المقاول من الباطن.

الفرع الثانى: ضوابط رجوع المقاول من الباطن على رب العمل.

---

[1] راجع فى تفصيل ذلك هذا البحث، ص٣٨٩ ومابعدها.

الفرع الأول

ضوابط رجوع رب العمل على المقاول من الباطن

فى هذه الحالة يكون المقاول من الباطن مسئولاً، ويكون رب العمل مضـــروراً، وتحدد ضوابط رجوع الثانى على الأول بدعوى المسئولية العقدية المباشرة مـــن خـــلال قيدين هما:

- **القيد الأول:** عدم جواز مطالبة المقاول من الباطن، إلا بما أراد أن يلتزم به فى عقد المقاولة الذى شارك فى بنائه. أى لا يجوز مساءلته إلا فى إطار العلاقة التعاقدية التى شارك فى تكوينها، ووفقاً للأحكام القانونية التى تحكم هذه العلاقة[١].

وينبنى على ذلك، أنه إذا كان الالتزام، الذى لم يقم المقاول من الباطن بتنفيذه أو نفذه تنفيذه معيباً ناشئاً عن علاقة تعاقدية ذات طبيعة تجارية، كان للمقاول من البـــاطن أن يتمسك فى مواجهة رب العمل (المضرور)، بتعريف وطبيعة هذه العلاقة، وما يستتبع ذلك من وجوب تطبيق الأحكام التى وضعها المشرع لتنظيم العلاقات التجارية، خاصة المتعلقة بالاختصاص القضائى، ووحدة التقادم الخمسى[٢].

وللمقاول من الباطن ــ أيضاً ــ أن يتمسك بمفهوم الالتزام الذى يثقل كاهله كما ورد فى العلاقة التعاقدية التى شارك فى بنائها. فإذا كان مضمون التزامه هو بذل عناية، فيحق له أن يتمسك فى مواجهة رب العمل بمضمون هذا الالتزام، وبالتالى يكون على هذا الأخير إثبات عدم بذل المقاول من الباطن للعناية الواجبة[٣].

---

(١) راجع فى ذلك:

Op. Cit. p 765, ets. Ph. Remy. Op. Cit. p109, ets . M. cozian L'action dinect. L. G. D. J. 1969 nos 321 ets. j- Nèret. Op. Cit. n° 393, ets. LARR ouMET (c). note – sous Civ. 1. 21. 6. 1988.

راجع أيضاً فى هذا المعنى: د- عبد الناصر توفيق- المرجع الســـابق – ص ٦٨. د- عبـــد الـــرزاق السنهورى- المرجع السابق ــ ص ٧٤.

(٢) راجع فى توضيح هذا المبدأ: د ــ فيصل زكى عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٥٨ وما بعدها.

راجع أيضاً: BÉNABENT, note. Sous ass plén 7. 2. 1. 1986. D 86 293.

Jordain, Op. Cit. 765. et nobs. Sous Civ. 1.8.3 1988, J. C. P 1988 II 21070.

J Nèret Op. Cit. n° 393 et s.

وفى هذا المعنى راجع أيضاً: Larroumet Chron Préc n° 13.

وفى ذلك قررت محكمة النقض، بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها، أن الشركة المدعى عليهـــا، يجـــوز لهـــا التمسك فى مواجهة رب العمل المتضرر من جراء إخلالها بالالتزامات المطابقة بجميع الدفوع التى يحق التمسك بها فى مواجهة المقاول، وخاصة مدة التقادم، التى تخضع لها العلاقات التجارية.

راجع فى ذلك:

Civ. 3. 9. 1 1991, B. Civ. III, n°10.

(٣) راجع فى ذلك:

P.Jourdain, Op. Cit. p. 765. H. Roland, L . Boyer. Obligations, 2-contrat, 5 êd lictec 1995, n° 1825, p 763.

كذلك إذا كان العقد الذى شارك المقاول من الباطن فى بنائه، يتضمن بنداً يحـــدد المحكمة المختصة، أو اللجوء للتحكيم فى حالة وجود نزاع، أو القانون الواجب التطبيـــق على هذا النزاع، أو كان هذا البند يقضى بإعفائه من المسئولية أو التخفيف منها، فإنه يحق للمقاول من الباطن التمسك بهذا البند فى مواجهة رب العمل[١].

والجدير بالذكر أن هذا القيد يحمى مصلحة خاصة، وهى مصلحة المقاول مـــن الباطن، وبالتالى يجوز له النزول عنها صراحة أو ضمناً.

- **القيد الثانى:** يجوز للمقاول من الباطن التمسك بمدى ما يكون لرب العمل من حقوق منبثقة من العلاقة التعاقدية التى ساهم هذا الأخير فى تكوينها، مع المقاول الأصلى متى وجد مصلحته فى ذلك [٢].

وهذا يعنى أنه عندما يرجع رب العمل على المقاول من الباطن، فإن هذا الأخير يحق له أن يوازن بين العلاقة التعاقدية التى ساهم فى تكوينها، وبين العلاقة التعاقدية التى شارك الأول فى بنائها. وللمقاول من الباطن أن يتمسك بتلك التى تتواءم مـــع مصـــلحته، سواء من ناحية الطبيعة القانونية، أو من ناحية مضمونها وما يستتبع ذلك مـــن وجـــوب تطبيق أحكام قانونية خاصة [٣].

وينبنى على ذلك، أنه إذا كان عقد المقاولة الأصلى الذى شارك رب العمل فـــى إبرامه ذا طبيعة تجارية، فإن المقاول من الباطن يجوز له التمســـك بـــذلك، مـــن أجـــل الاستفادة من الأحكام القانونية التى تنظم العلاقات التجارية، خاصة التى تتعلـــق بوســـائل الإثبات، أو الاختصاص القضائى، أو مدة التقادم[٤].

---

[١] راجع فى ذلك:
Jourdain Art. Préc, p. 569. LA my droit Economique, 1991, p. 1430, n° 1546.
REMY. Obs á R .T.D Civ. 1989, p. 110.
VENEY, L' action en responsabilité entre pomticipants á une chaîne de contrats- p. 422 . Bénabemt, Op. Cit. 293.

[٢] راجع فى ذلك:
Jourdain, Responsobilité contractual et D"electulle. Peu. Truim. Dr Civ 1988, p.765 et Art, Préc. P.569.
Ph, Remy Op Cit p.110. LARROUM ET (c), Hote Sous Civ. 1.21.6. 1988, D. 89. 5. Kullmann (J) note Préc. Obs, Sous Civ. 3.15.2 1989. Resp. Civ. et Ass.
Viney (G), Op. Cit., p. 422.
راجع فى تفصيل ذلك أيضا – د. فيصل زكى عبدالواحد – المرجع السابق ص ١٨٠ وما بعدها.

[٣] راجع فى ذلك:
J. Néret. Op., Cit., n° 393 et s. NINEY, Art préc p .422

[٤] راجع فى ذلك:
Jourdain, Ob s â R. T.D Civ., 1988. p. 765

وأيضاً يكون للمقاول من الباطن التمسك فى مواجهة رب العمل بكافة البنود التى وردت فى التصرف القانونى، الذى ساهم هذا الأخير فى تكوينه، خاصة تلك المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق، أو المحكمة المختصة، أو وجوب اللجوء إلى التحكيم، أو بالإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها[١].

ومضمون هذا القيد، أنه لا يجوز لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بمقتضى قواعد المسئولية العقدية المباشرة، إلا بقدر ماله من حقوق قبل المقاول الأصلى، وفى إطار ما تضمنه عقد المقاولة الأصلى من بنود. ذلك أنه لا يجوز أن يكون لرب العمل من حقوق تجاه المقاول من الباطن أكثر مما يكون له تجاه المقاول الأصلى. ومن ثم فإن المقاول من الباطن يستفيد من إعفاء المقاول الأصلى من التزاماته، أو البنود التى تخفف منها. وتبرير ذلك يكمن فى أن رجوع رب العمل على المقاول من الباطن، هو رجوع دائن على مدين مدينه، لذلك إذا انقضى التزام المقاول الأصلى تجاه رب العمل ، فإن هذا الأخير لا يملك بعد ذلك الرجوع على المقاول من الباطن، كذلك لهذا الأخير التمسك فى مواجهة رب العمل ببنود التخفيف، أو الإعفاء من المسئولية التى اشترطها المقاول الأصلى فى عقد المقاولة الأصلى، ذلك أن لا يجوز أن تكون مسئولية المقاول من الباطن تجاه رب العمل، أشد من مسئولية المقاول الأصلى تجاه هذا الأخير[٢].

والجدير بالذكر أن هذا القيد يحمى مصلحة خاصة للمقاول من الباطن، وبالتالى يجوز له النزول عنها صراحة أو ضمناً. ومعنى ذلك أنه لا يجوز للقاضى التصدى لهذا القيد إلا إذا تم التمسك به.

=راجع فى عرض ذلك: د- فيصل زكى عبد الواحد - المرجع السابق . ص ١٨١ وما بعدها .
د- حسن حسين البراوى - المرجع السابق - ص ٢٠٨ وما بعدها.

[١] راجع فى ذلك:
Jourdain (P), Obs á R.T.D, Civ., 1988, p. 765.

[٢] راجع فى ذلك:
J. Néret. Op. Cit. n° 396, ets Dubois, note Sous Cour De'appel de Chambray 1.8.1.1988, D 88, 380 et Obs sous Com 17. 2.1987. J.C.P, 88 II 20892. JOURDAIN (p), Obs á R.T.D- Civ. 1988, p. 765

الفرع الثانى
ضوابط رجوع المقاول من الباطن على رب العمل

وفى هذه الحالة يكون المقاول من الباطن هـو المضـرور، ويكـون رب العمل هو المسئول، وتحدد ضوابط رجوع الأول على الثانى بـدعوى المسـئولية العقدية المباشرة، فى إطار نفس القيدين السابق توضيحهما. ومنعاً للتكـرار، فإننـا سوف نعرض بإيجاز شديد لهذين القيدين، ونحيل فى شأن التفصيل لمـا سـبق أن عرضنا فى حالة رجوع رب العمل على المقاول من الباطن.

القيد الأول: إنه لا يجوز الرجوع على رب العمل، إلا بما يكون ملتزمـاً به فى إطار العلاقة التعاقدية التى شارك فى تكوينها. أى أنه لا تصح مسـاءلة رب العمل إلا بما أراد أن يلتزم به فى عقده مع المقاول الأصلى.[١] ويحق لرب العمـل أن يتمسك فى مواجهة المقاول من الباطن بكل الدفوع التى يمكن أن يتمسك بها فى مواجهة المقاول الأصلى. كما يجوز له التمسك بتعريف وطبيعة العلاقة التعاقديـة التى شارك فى تكوينها، وكذا البنود الواردة فيها، والتى قد تقضـى بإعفائـه مـن المسئولية والتخفيف منها، أو تلك التى تتعلق بالمحكمة المختصة، أو اللجوء للتحكيم فى حالة وجود نزاع، والقانون الواجب تطبيقه على هذا النزاع، وهذا القيد يحمـى مصلحة خاصة لرب العمل، بالتالى يجوز له النزول عنه صراحة أو ضمناً.

القيد الثانى: أن المقاول من الباطن لا يجوز له مساءلة رب العمل، إلا فى حدود ما يكون ــ المقاول من الباطن ــ دائناً به للمقاول الأصلى، وفقـاً لعقـد المقاولة من الباطن[٢].

ويرى بعض الفقه[٣] أن أساس هذين القيدين يكمن فى أن فكـرة الأسـرة العقدية تقوم على توحيد طبيعة ومدى مسئولية المدين (سـواء كـان رب العمـل،

---

(١) راجع فى هذا البحث ما أسلفناه بشأن القيد الأول فى حالة رجوع رب العمل على المقاول من البـاطن، حيث أن نفس التفصيلات تنطبق على حالة رجوع المقاول من الباطن على رب العمل، مع الأخذ فـى الاعتبار أن رب العمل فى هذه الحالة هو المسئول، أمـا المضـرور فهـو المقـاول مـن البـاطن، ص ٦٩٩ وما بعدها، وراجع نفس المراجع المشار إليها فى هذه الصفحات.

(٢) راجع فى هذا البحث تفصيل هذا القيد ص ٧٠٠ وما بعدها، وراجع أيضاً المراجع المشار إليها فى هذه الصفحات مع الأخذ فى الإعتبار أن المقاول من الباطن هو المضرور، أما رب العمل فهو المسئول.

(٣) راجع فى ذلك على سبيل المثال: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق، ص ١٦٩ .
راجع أيضاً:

أو المقاول من الباطن)، بغض النظر عما إذا كان الرجوع عليه قد تم من جانب المقاول الأصلى المتعاقد مع المسئول مباشرة، أم كان الرجوع من المتضرر. فضلاً عن ذلك، فإن الأضرار التى يعانى منها الطرف المتضرر ناتجة من حيث الأصل عن الإخلال بالتزام تعاقدى؛ "لذا يكون من الطبيعى تخويل الطرف المسئول عن الإخلال حق التمسك بعدم مساءلته، إلا فى إطار ما انصرفت إليه إرادته ووفقاً للأحكام القانونية التى تنظم العلاقة التعاقدية التى شارك فى تكوينها"(١).

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد، إلى أن مدى الرجوع، المباشر بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن المنتميين لأسرة عقدية واحدة، وما تضمناه من عدم جواز مساءلة المسئول ــ منهما ــ إلا فى إطار ما أراد أن يلتزم به وفقاً للعلاقة التعاقدية التى شارك فى بنائها، وفى حدود ما أراده المضرور من حقوق وفقاً للعلاقة التعاقدية التى ساهم هذا الأخير فى تكوينها، لتبرز ــ بما لا يدع مجال للشك ــ أن أنصار الأسرة العقدية يحافظون على الدور الذى تلعبه الإرادة خاصة فيما يتعلق بالتحمل بالالتزامات، وما ينتج عن ذلك من حظر إلزام أى شخص بإلتزامات لم يرتضها، وهذه النتيجة هى عينها الهدف من مبدأ نسبية أثر العقود، الأمر الذى يدعونا إلى القول بأن فكرة الأسرة العقدية وما ينتج عنها من رجوع متبادل بمقتضى قواعد المسئولية العقدية المباشرة، بين الأطراف المتباعدة فيها، لا يصطدم ومبدأ نسبية أثر العقود، بل العكس من ذلك، ففكرة الأسرة العقدية تتواءم وتتوافق مع مبدأ نسبية أثر العقود(٢)، وتحافظ على جوهره.

=Aubry et Rau, Op. Cit, p.210, N° 93; Remy, obs á R.T.D. Civ. 1986, 605.

(١) راجع فى ذلك: د ــ فيصل زكى عبد الواحد ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٤.

راجع أيضاً:

Jourdain (p) Art., Prec. P. 565 et Obs a RTD, Civ., 1989, 555. Civ 18.3. 1988, H. Roland L Boyer, Op. Cit., p. 751, et s.

(٢) راجع فى ذلك بالتفصيل: د ــ فيصل زكى عبد الواحد-المرجع السابق- ص ١١٥ وما بعدها.

خاتمـــــــــة

بعد أن إنتهينا بحمد الله تعالى من إستعراض جوانب البحث، وبعد الدراسة السابقة للطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، نورد فيما يلى أهم نتائج البحث وما نراه من مقترحات:

(أولا) ــ نتائج البحث:

١- المقاولة من الباطن هى أحد أساليب الفن التعاقدى، تهدف إلى غاية محددة هى المساهمة فى تنفيذ عقد المقاولة الأصلى. وتفترض المقاولة من الباطن وجود عقدين ــ على الأقل ــ عقد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن، وهذا الأخير لاحق بالضرورة على الأول. وعلى الرغم من إستقلال كل من العقدين عن الآخر إلا أنهما يرتبطان بروابط موضوعية، حيث أنهما يشتركان فى محل عقد المقاولة الأصلى وموضوعه.

وتقتضى المقاولة من الباطن إشتراك المقاول من الباطن فى تنفيذ عقد المقاولة الأصلى سواء كله أو جزء منه. وتفترض ــ أيضاً ــ تدخل ثلاثة أطراف على الأقل، هم رب العمل وهو الدائن الأصلى للإلتزام محل المقاولة من الباطن، والمقاول الأصلى وهو المدين الأصلى بالأداء محل المقاولة من الباطن، والمقاول من الباطن وهو المنفذ المادى ــ الفعلى ــ للأداء محل المقاولة من الباطن.

٢ ــ وقد وردت تعريفات كثيرة للمقاولة من الباطن، ونرى أن نعرفها مع بعض الفقه على النحو التالى "مساهمة المقاول من الباطن فى تنفيذ كل أو بعض العقد المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلى، بحيث تنشأ بين طرفين جديدين هما المقاول الأصلى والمقاول من الباطن رابطة عقدية جديدة، مستقلة تماماً من حيث تكوينها عن عقد المقاولة الأصلى إلا أنها ترتبط بهذا الأخير برابطة موضوعية ، على أن يبقى المقاول الأصلى من حيث المبدأ مسئولاً عن تنفيذ العقد بأكمله فى مواجهة رب العمل".

٣ ــ عقد المقاولة من الباطن، يجب أن تتوافر فيه جميع الأركان التى يجب توافرها فى العقد ــ الرضا والمحل والسبب ــ بصفة عامة، ويجب فضلاً عن ذلك

أن تتوافر فيه الخصائص التى يجب توافرها فى عقد المقاولة، والتى من أهمها: الرضا، فالمقاولة من الباطن عقد رضائى، لم يشترط فيه المشرع شكلاً معيناً، إنما يكفى التراضى لإبرامه، أما الكتابة فهى للإثبات، إذا كانت ضرورية لذلك. ونرى أن خاصية الرضا تكون موجودة حتى فى التعاقد من الباطن المفروض، وذلك عندما يتفاوض المقاول الأصلى مع المقاول من الباطن على بنود العقد، أو عندما يترك للمقاول الأصلى حرية إختيار المقاول من الباطن من بين عدد من المقاولين من الباطن، أو يكون له حق الإعتراض على المقاول من الباطن المفروض من قِبل رب العمل.

كما أن التبعية والإستقلال من الأمور التى تختص بها ــ التعاقد من الباطن عموماً ــ المقاولة من الباطن فعقد المقاولة من الباطن رهن بوجود عقد المقاولة الأصلى. وفى نفس الوقت، فإن العقد الأول يعد مستقلاً عن العقد الثانى من حيث التنفيذ. ورغم إستقلال عقد المقاولة من الباطن عن عقد المقاولة الأصلى، من حيث الإبرام والأشخاص، إلا أنهما يشتركان معاً من حيث المحل والموضوع، على أساس القيام بعمل لصالح رب العمل، هذا العمل هو ذلك الذى يقوم المقاول من الباطن بتنفيذه، كله أو جزء منه. فضلاً عن ذلك فإن عقد المقاولة من الباطن، عقد ملزم للجانبين، حيث يترتب عليه بمجرد إنعقاده إلتزامات تقع على عاتق طرفيه. كما أن هذا العقد عقد معاوضة، ويرد على العمل المادى. ثم أوضحنا مدى إرتباط وتبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلى والنتائج المترتبة على ذلك.

٣ ــ إنتفاء صفة الطرف بمعناها الشكلى بين كل من رب العمل والمقاول من الباطن.

٤ ــ وللمقاولة من الباطن صور عديدة أهمها: المقاولة من الباطن التكاملية، والتى فيها يلجأ المقاول الأصلى إلى مقاول من الباطن متخصص فى بعض أجزاء ما أوكل إلى المقاول الأصلى بتنفيذه فيقوم المقاول من الباطن بتزويده بهذه الأجزاء، أو يقدم له خبرته ومعرفته حتى يتسنى للمقاول الأصلى إنجاز عمله. وهناك صورة ثانية تسمى المقاولة من الباطن الظرفية، فيها يعهد المقاول الأصلى إلى مقاول من الباطن يمارس نفس تخصصه، بتنفيذ جزء من العقد، وذلك بسبب تزاحم العمل لديه، وعدم مقدرته على تنفيذ العمل بمفرده. وتوجد صورة ثالثة تسمى المقاولة من

الباطن على درجة واحدة، وتكون عندما يعهد المقاول الأصلى إلى مقاول من الباطن بتنفيذ العمل أو جزء منه، فيقوم هذا الأخير بالتنفيذ بنفسه، أما إذا قام هذا الأخير ــ بدوره ــ بالتعاقد من الباطن وعهد إلى مقاول ثان من الباطن بتنفيذ العمل، نكون أمام المقاولة من الباطن المتسلسلة أو على درجات. كما توجد أيضاً صورة المقاولة من الباطن ذو الطبيعة الشفافة، والذى يحيل عادة الإلتزامات والحقوق التعاقدية إلى عقد المقاولة الأصلى، ومقابل لهذه الصورة توجد صورة المقاولة من الباطن المبهمة، أو غير الشفافة. كما توجد أخيراً صورة المقاولة من الباطن المفروضة، والتى لا يكون فيها للمقاول الأصلى دوراً جوهرياً فى إختيار المقاول من الباطن، وبالمقابل توجد صورة المقاولة من الباطن الإختيارية، والتى يترك فيها الحرية للمقاول الأصلى فى إختيار المقاول من الباطن.

٥ ــ والأصل هو إباحة المقاولة من الباطن فى نطاق عقود القانون الخاص، وبالتالى فلا يحتاج المقاول الأصلى عند إبرامه للمقاولة من الباطن إلى إقرار أو إذن سابق، أو إعلان صاحب العمل، طالما أنه لا يوجد بند فى العقد ــ سواء صريح أو ضمنى ــ يحظر المقاولة من الباطن، أو كانت طبيعة العمل تقتضى الإعتماد على كفاية المقاول الأصلى الشخصية. وتتفق أحكام القانون مع أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد. كما أن المقاولة من الباطن فى العقود الدولية للإنشاءات الأصل فيها الإباحة، إلا إذا ورد بند فى العقد يحظرها. فالمقاولة من الباطن، حق مقرر للمقاول الأصلى.

أما فى نطاق العقود الإدارية، ففى فرنسا تعرض المشرع لهذه المشكلة ويمكن القول بأنه كرس مبدأ حرية المقاولة من الباطن، ولكن تحت تحفظ قبول الإدارة للمقاول من الباطن، وإعتماد شروط السداد المباشر. فكان الأصل هو حظر المقاولة من الباطن، إلا إذا إقترنت بموافقة جهة الإدارة. ثم بدأ المشرع الفرنسى بعد صدور مرسوم ١٤ مارس ١٩٧٣ يسير نحو إيجاد روابط مباشرة بين جهة الإدارة والمقاول من الباطن، ويرجع ذلك إلى ضخامة المشروعات التى تبغى جهة الإدارة تنفيذها. ولكن هذا المسلك من المشرع لا يعنى أنه أصبح الأصل هو جواز المقاولة من الباطن، بل تظل هذه الأخيرة محظورة من حيث المبدأ، إلا أن

الإعتبارات التى من أجلها صدر المرسوم السابق، أصبح الموقف من الحذر يسير فى الإتجاه الأقل تشدداً.

أما فى مصر فلم يتعرض المشرع لمدى مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية سواء بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، أو بالقانون الذى يسبقه، ونظراً لعدم تنظيم المشرع لهذه المسألة بنصوص خاصة، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة فى هذا الصدد خاصة تلك التى تقضى بأن الأصل فى الأشياء الإباحة ومبدأ حرية التعاقد.

أما موقف القضاء المصرى، فإنه يسير نحو إعتبار المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية محظورة من حيث المبدأ، إلا إذا إقترنت بموافقة جهة الإدارة.

أما موقف الفقه، فالبعض يساير موقف مجلس الدولة المصرى، والبعض الآخر يرى أن الأصل هو إباحة التعاقد من الباطن فى العقود الإدارية والإستثناء هو الحظر. وهذا الرأى الأخير هو ما إنتهينا إليه بعد تحليل وتفنيد موقف مجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد، وموقف الفقه الذى يسايره.

٦ ــ رب العمل المقصود فى العلاقة ــ محل الدراسة ــ هو الشخص الذى يتم العمل لحسابه، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً خاصاً كان أو عاماً، وسواء أبرم عقد المقاولة الأصلى بنفسه أو عن طريق وكيل، وسواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية. ولا يختلط المركز القانونى لرب العمل مع المركز القانونى للمقاول الأصلى عندما يبرم مقاولة من الباطن، حيث أن بعض الفقه يرى أن المقاول الأصلى يعد بمثابة رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن، فإن وجد بعض التشابه إلا أن هناك إختلافات جوهرية، أهمها أن المقاول الأصلى يلتزم بالضمان العشرى تجاه رب العمل الحقيقى، أما رب العمل المقصود فى هذه الدراسة لا يلتزم تجاه أحد بهذا الإلتزام ، فضلاً عن ذلك، فإن رب العمل هو الشخص الذى يتم العمل ــ فى الحقيقة ــ لحسابه.

٧ ــ أما الطرف الآخر للعلاقة ــ محل الدراسة ــ هو المقاول من الباطن، ذلك الشخص الذى يعهد إليه المقاول الأصلى بتنفيذ جزء ــ أو كل ــ الإلتزامات محل عقد المقاولة الأصلى. وإذا كان المقاول الأصلى إذ ينفذ الأعمال محل المقاولة

الأصلية، قد يستعين بمقاول من الباطن، أو يتنازل عن الصفة العقدية لمقاول آخر، أو يستعين بوكيل أو عمال، وأحياناً يشتبه مركزه القانونى بالمركز القانونى للبائع. لذا رأينا أن نميز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن، وبين ــ أهم من وجهة نظرنا ــ ما قد يشتبه به من مراكز قانونية أخرى، ذلك لإختلاف الأحكام التى تنطبق على كل مركز، وحتى يكون مركز المقاول من الباطن القانونى واضحاً لا لبساً فيه.

لذا فقد عرضنا لأوجه الشبه والإختلاف بين المركز القانونى للمقاول من الباطن، والمتنازل إليه، فالأخير يحل محل المقاول الأصلى فى تنفيذ عقد المقاولة الأصلى، ويصبح مقاولاً أصلياً، وتصبح علاقته مباشرة مع رب العمل، أما فى المقاولة من الباطن، فيظل المقاول الأصلى ــ رغم تعاقده من الباطن ــ موجوداً فى العملية العقدية لا يخرج منها. كما أن التنازل عن عقد المقاولة لا يرتب سوى تغيير أطراف العلاقة العقدية بين رب العمل والمقاول الأصلى، دون حدوث تغيير فى الإلتزامات الناشئة عن العقد، أما فى المقاولة من الباطن، فيعد عقد جديد يضاف إلى عقد المقاولة الأصلى.

ويختلف أيضاً المركز القانونى للمقاول من الباطن، عن المركز القانونى للعامل الذى قد يستعين به المقاول الأصلى، ولعل نقطة الإختلاف الجوهرية تكمن فى أن العامل يرتبط مع هذا الأخير بعقد عمل ويكون تابعاً له تبعية قانونية بمقتضاها يكون للمقاول الأصلى الحق فى مباشرة العامل فيما يؤديه له من خدمات، بحيث يقوم العامل بأداء عمله تحت إشراف وإدارة و رقابة المقاول الأصلى وتابعاً لهذا الأخير. أما المقاول من الباطن فيؤدى عمله بإستقلال سواء من الناحية الفنية أو القانونية عن المقاول الأصلى.

كما بينا أيضاً أوجه الشبه والإختلاف بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والمركز القانونى للبائع، وعرضنا لإختلاف الفقه بشأن الحالة التى يقوم فيها المقاول من الباطن بصنع الشئ بمواد من عنده، ثم إنتقال ملكية هذا الشئ إلى المقاول الأصلى، وهو ما يسمى بعقد الإستصناع. فقد أثير التساؤل حول ما إذا كان هذا العقد عقد بيع، أم عقد مقاولة؟. وقد عرضنا لآراء الفقه فى هذا الصدد وناقشنا هذه الآراء، وإنتهينا مع بعض الفقه إلى أن هذا العقد عقد مقاولة من الباطن، وليس

هناك ما يمنع أن يكون هذا العقد من العقود الناقلة للملكية، وأن من يعهد إليه المقاول الأصلى بصنع شئ بمواد من عنده يعد مقاولاً من الباطن وليس بائعاً.

وأخيراً قمنا بالتمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن، والمركز القانونى للوكيل، الذى قد يستعين به المقاول الأصلى فى تنفيذ عمله، وقد عرضنا فى هذا الصدد لأوجه الشبه والإختلاف بينهما، وإنتهينا إلى أن العقد الذى يبرمه المقاول الأصلى مع الغير ويكون الأداء المطلوب فيه عملاً قانونياً، بحيث يقوم بها هذا الأخير، بصفته وكيلاً عن الأول، فإن هذا الشخص يكون وكيلاً. أما إذا كان الأداء المطلوب من الغير عمل مادى يؤديه هذا الشخص بإستقلال عن المقاول الأصلى، فإن هذا الشخص يعد مقاولاً من الباطن. أما إذا كلف المقاول الأصلى شخصاً بمقتضى عقد واحد بأعمال بعضها مادى، والبعض الآخر قانونى، فإننا نرى مع الفقه، أن هذا الشخص يعد مقاولاً من الباطن، فيما يتعلق بما يؤديه من أعمال مادية، ووكيلاً فيما يتعلق بالأعمال القانونية، هذا إذا أمكن فصل هذه الأعمال عن بعضها، أما إذا تعذر الفصل، فإننا نرى مع غالبية الفقه، وجوب تكييف هذا العقد وفقاً للصفة الغالبة للأداءات المطلوبة فيه. فيعتبر عقد مقاولة من الباطن، إذا كانت الصفة الغالبة هى الأعمال المادية، ويعد العقد وكالة، إذا كانت الصفة الغالبة هى الأعمال القانونية. ثم عرضنا بعد ذلك لطبيعة بعض العقود التى يبرمها المقاول الأصلى أثناء تنفيذه للمقاولة، خاصة تلك التى يبرمها مع أصحاب المهن الحرة، مثل المحامى والمهندس. وبحثنا تكييف هذه العقود من ناحية كونها مقاولة من الباطن أم وكالة.

٨ ــ ونود أن نشير إلى أنه لم يكن من الممكن أن نتناول الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن قبل أن نتعرف على المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن، والعلاقة بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، وحقيقة الروابط بين هذين العقدين. فقد كان لذلك عظيم الأثر فى فهمنا لحقيقة وطبيعة ــ الروابط ــ العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن. وتعرفنا أيضاً على أشخاص هذه العلاقة وميزنا بينها وبين ما يشتبه بها من مراكز قانونية أخرى.

٩ ــ وتناولنا الإتجاه القائل، بأن الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، علاقة أغيار، وعرضنا لحجج هذا الإتجاه والتى تتلخص فى: أن المركز القانونى للطرف ــ من وجهة نظرهم ــ فى العقد، وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود يقتصر على من شارك فقط فى تكوين العقد، سواء بنفسه أو عن طريق نائب، وبالتالى ــ وفقاً لهذا الإتجاه ــ فإن الشخص الذى لم يشارك فى تكوين العقد يعد من الغير، حتى ولو كان هذا الشخص قد شارك فى تكوين علاقة تعاقدية متعاقبة ومرتبطة بهذا العقد بقصد تحقيق هدف واحد. وإتضح لنا كيف أن هذا الإتجاه قد تأثر بالنظرية الشخصية للإلتزام، التى نشأت فى ظل القانون الرومانى، فهذا الإتجاه ينتهى إلى وجوب الأخذ فى الإعتبار الإرادة الملزمة وقت تكوين العقد، ولا يعتد بمرحلة تنفيذ العقد، ولا بطبيعة الأضرار الناتجة عن الاخلال بأحد الإلتزامات العقدية المنبثقة منه.

ونظراً لأن المقاول من الباطن لم يشارك فى تكوين عقد المقاولة الأصلى، الذى يربط بين المقاول الأصلى ورب العمل، وأن هذا الأخير لم يشارك فى تكوين عقد المقاولة من الباطن، ذلك العقد الذى يربط بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن. فإن كل منهما يعد من الغير بالنسبة للآخر، وأن الطبيعة القانونية للعلاقة بينهما غير تعاقدية.

وترتب على وجهة نظر هذا الإتجاه، أنه لا يجوز لرب العمل أو المقاول من الباطن أن يرجع أحدهما على الآخر إلا بمقتضى ما تقرره القواعد العامة من وسائل رجوع، وهما الدعوى غير المباشرة، والمسئولية التقصيرية، أو بمقتضى الدعوى المباشرة التى قررها المشرع للمقاول من الباطن، يرجع بها مباشرة على رب العمل بالضوابط التى قررها المشرع فى هذا الصدد.

١٠ ــ وكان لزاماً علينا أن نحاول بحث وسائل الرجوع السابقة للوقوف على مدى إنسجامها مع حقيقة وطبيعة الروابط بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، وما تضفيه هذه الروابط من علاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وبحث مدى ما تحققه هذه الوسائل من حماية لمصالح طرفى العلاقة محل البحث. وذلك إنطلاقاً من أن تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة محل البحث ليس مقصودا

لذاته، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ، أن غالبية أنصار هذا الرأى كانت تعتقد فى كفاية هذه الوسائل لتحقيق مصالح طرفى العلاقة محل البحث .

١١ ــ بدأنا بدراسة الدعوى غير المباشرة، وبعد عرضنا لهذه الدعوى قمنا بتقييمها للتحقق من مدى حمايتها لمصالح رب العمل والمقاول من الباطن، **فتناولنا الدعوى غير المباشرة** من حيث مفهومها وشروط مباشرتها وأثرها وذلك بالتطبيق المباشر على العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وبينا كيف أن هذه الدعوى لا تحقق مصالح أى من رب العمل أو المقاول من الباطن إلا فى أحوال نادرة محدودة، وبينا أوجه قصور هذه الدعوى، خاصة ما يرجع منها إلى فكرة النيابة كوسيلة فنية استخدمها المشرع لمن يستعمل هذه الدعوى، فرب العمل أو المقاول من الباطن عند رجوع أيهما على الآخر بمقتضى هذه الدعوى فهو يستعملها نيابة عن ــ المدين ــ المقاول الأصلى، وبالتالى فلن يستطع أيهما إستعمالها فى حالة وفاة المقاول الأصلى أو إذا طرأ عليه أحد عوارض الأهلية وتم الحجز عليه أو إذا تم إشهار إفلاسه سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى أو أثناء سيرها، وبينا سبب ذلك. ومن أهم أوجه قصور هذه الدعوى هو أنها لا تغل يد المقاول الاصلى فى التصرف فى الحق موضوع الدعوى بكافة أنواع التصرف سواء بالبيع أو التنازل أو غير ذلك من التصرفات طالما أنه لم يصدر حكم فى الدعوى .. وبينا أيضاً أوجه قصور هذه الدعوى حتى بعد صدور حكم فيها.

لذا فإننا لهذه الأسباب ــ وغيرها ــ ننحاز إلى جانب من الفقه يرى أن الدعوى غير المباشرة "تكاد لا تخول رافعها فائدة تذكر ، وأنها فى وضعها الراهن لم تعد تحقق الغرض الذى قصد من تشريعها، وقد كان قصورها أكثر ظهوراً فى حالات بدا فيها أن العدالة تقتضى تخويل الدائن حماية أنجع من ذلك، بل منحه إختصاصاً بدين مدينه لدى الغير .. وكذلك المقاول من الباطن جدير بأن يختص بما قد يكون مستحقاً للمقاول الأصلى طرف رب العمل"[١].

---

[١] راجع فى ذلك: د ــ سليمان مرقس ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠٣.

وإضافة إلى ذلك فإن الباحث يرى وجوب أن يكـون لـرب العمـل ذات الحق فهو جدير أيضاً بأن يختص بما قد يكون مستحقاً للمقـاول الأصـلى، لـدى المقاول من الباطن.

١٢ ـ وقد تناولنا بالتحليل فكرة المسئولية التقصيرية، كوسيلة لرجوع رب العمـل والمقاول من الباطن كل منهما على الآخر، لنلمس مدى ما تحققه هذه الوسيلة مـن حماية لكل منهما. وكان تناولنا لهذه الوسيلة فى الفروض التى يمكن فيهـا لأيهمـا بصفته دائناً الرجوع على الآخر بصفته مديناً. لذا فقد تناولنا هذه المسـئولية فـى فرض عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن، وكذا عدم تنفيذ عقد المقاولة الأصلى، ثم أردفنا بدراسة المسئولية عن الأضرار المستقلة عن تنفيذ العقدين السابقين، خاصـة مسئولية كل من رب العمل والمقاول من الباطن عن أعمال الشخصية، وإلتزام كل منهما بتعويض الضرر الناتج عن أعماله من يتبعهمـا. ثـم تطرقنـا لمسـئولية أيهما أمام الآخر بصفته حارساً للأشياء، أو بصفته مسئول عن الأشياء المسـتخدمة فى تنفيذ العقد.

وقد تبين لنا أن تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية على العلاقة بـين رب العمل والمقاول من الباطن، قد أدى إلى إهدار الحماية القانونية لكل منهما، والتـى تقررت لهما لكون كل منهما طرف فى علاقة تعاقدية، صحيح أن كل منهما طرف فى علاقة تعاقدية نشأت مستقلة عن الأخرى، إلا أن بين العقدين ترابط موضوعى، وأن الإلتفات عن هذا الترابط كان من شأنه إهدار الحماية القانونية لهما، وقد بـان لنا ذلك من خلال عرضنا لنتائج تطبيق قواعد هذه المسئولية عند رجوع رب العمل والمقاول من الباطن أيهما على الآخر، ومن أهم هذه النتائج:

- إهدار القوة الملزمة للعقد.
- إهدار القواعد القانونية التى تنظم التعويض عن الأضرار.
- إهدار القواعد القانونية الخاصة بالتقادم.

وقد تناولنا بالتحليل هذه الحالات وما نتج عنها من إهدار الحماية القانونية لكل من رب العمل والمقاول من الباطن عند رجوع أيهما على الآخر سواء كـان أيهما مسئولاً أم مضروراً.

فضلاً عن ذلك فقد بينا الصعوبات التى تكتنف رجوع كل من رب العمل والمقاول من الباطن بقواعد المسئولية التقصيرية، خاصة ما يتعلق بإثبات ركن الخطأ. ذلك أنه يجب على المضرور منهما أن يثبت الصفة التقصيرية فى خطأ المسئول، خاصة فى حالة إرتباطه بالخطأ العقدى. ذلك أن الخطأ التقصيرى قد ينتج عن الخطأ العقدى إلا أنه ليس هناك تلازم ضرورى بينهما.

ولا جدال فى أن هذا الأمر لا يخلو من صعوبة ، خاصة فى إثبات الخطأ التقصيرى، فلا يكفى أن يستند المضرور– سواء كان رب العمل أوالمقاول من الباطن – على مجرد مخالفة المسئول – منهما– لأحد إلتزاماته العقدية، وإنما يلزم أن يكون مسلك المسئول "موجهاً فى ذاته وبمعزل عن أى مفهوم عقدى مسلكاً خاطئاً"، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، لا يمكن تجاهل فرض – كثير الوقوع فى الحياة العملية – يتمثل فى حدوث الخطأ العقدى دون أن تتوافر فيه مقومات الخطأ التقصيرى. وليس خافياً أنه فى هذه الحالة يمتنع على المضرور سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن الرجوع على الآخر وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية.

وبعد تناولنا لآليات رجوع رب العمل والمقاول من الباطن كل منهما على الآخر، والتى تستند إلى القواعد العامة (الدعوى غير المباشرة والمسئولية التقصيرية)، إنتهينا إلى عدم توفيرهما الحماية لطرفى العلاقة محل الدراسة إلا فى أحوال نادرة.

١٣– ثم تناولنا الدعوى المباشرة، تلك الدعوى التى قررها المشرع للمقاول من الباطن – وعماله وعمال المقاول الأصلى – وذلك بمقتضى المادة ٦٦٢ من القانون المدنى، بمقتضاها يحق للمقاول من الباطن الرجوع مباشرة على رب العمل لمطالبته بمقابل ما نفذه من أعمال بما لا يجاوز ما يكون للمقاول الأصلى لدى رب العمل وقت رفع الدعوى.

فإذا كانت هذه الدعوى تمثل ضمانة للمقاول من الباطن، مقررة بمقتضى القانون، وتتعلق بالنظام العام .. إلا أنه بدراسة هذه الدعوى خاصة ما يتعلق بالنظرة التى ينظر إليها هذا الإتجاه لهذه الدعوى، حيث ينظر إليها – هذا الإتجاه – على أنها دعوى إستثنائية. وقد ترتب على هذه النظرة آثار خطيرة ألقت

بظلالها على هذه الدعوى بداية من تحديد ماهيتها وتحديد طبيعتها القانونية، مروراً بتحديد المستفيدين منها وضوابط ممارسة هذه الدعوى وإنتهاءً بآثارها. وقد اثر ذلك بشكل مباشر على ماتحققه هذه الدعوى من حماية لمصالح كل من رب العمل والمقاول من الباطن.

فقد تبين لنا من دراسة هذه الدعوى أنها تهدر الحماية القانونية لرب العمل، كما أنها لا تتعلق إلا بالحقوق المالية فقط فلا يجوز للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل بإلتزاماته الأخرى، كذلك ربط المشرع بين الحق فى إستعمالها، وبين تنفيذ المقاول من الباطن لإلتزاماته تنفيذ غير معيب، برغم من أن سبب الإخلال فى التنفيذ أو التنفيذ المعيب قد يرجع إلى إخلال المقاول الأصلى أو حتى رب العمل بإلتزاماته. ويؤخذ على هذه الدعوى أنها من الدعاوى الغير كاملة. وقد بينا كل حالة من الحالات التى قد لا يحصل فيها المقاول من الباطن على شئ رغم قيامه برفع الدعوى. والحالات التى قد لا يستأثر فيها المقاول من الباطن بثمرة الدعوى بعد الحكم فيها. وبينا أيضاً أن هذه الدعوى لا تحمى المقاولين من الباطن فى نطاق العقود الإدارية.

١٤ ــ وبعد تناولنا ــ وبمنتهى الحياد ــ بالدراسة والتحليل للإتجاه القائل بأن الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، علاقة أغيار، اتضح لنا بوضوح أن سبب هذا الرأى إنما يرجع إلى تفسير ــ أنصار هذا الإتجاه ــ مبدأ نسبية أثر العقود تفسيراً ضيقاً، خاصة فى نطاق إعمال هذا المبدأ من حيث الأشخاص. وتبين لنا أن وسائل الرجوع الثلاثة ــ السابق عرضها ــ بين رب العمل والمقاول من الباطن، عجزت عن تحقيق الحماية الكاملة للطرفين كل فى مواجهة الآخر. فإننا قد تناولنا أيضاً الإتجاه القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية.

١٥ ــ وقد كان الإتجاه الذى يناصر فكرة الأسرة العقدية من أقوى الإتجاهات التى أفرد لها الفقه مساحة غير قليلة، وسايره فى ذلك القضاء حيث يرى أنصار هذا الرأى أن عقدى المقاولة الأصلى، والمقاولة من الباطن يكونان مجموعة عقدية واحدة، حيث يجمعهما وحدة المحل والهدف المشترك، وأن أطراف هذه العقود هم أطراف فى أسرة عقدية، وأن الرجوع المتبادل بين الأطراف المتباعدة ــ رب

العمل والمقاول من الباطن ــ يكون بمقتضى قواعد المسئولية العقدية. وبعد أن عرضنا لمفهوم الأسرة العقدية وصورها فى الفقه، توقفنا عند ما قاله هذا الأخير من حجج وأسانيد، منها ما يدور حول فكرة الطرف فى العقد، حيث يرى أنصار الأسرة العقدية أنه يجب ألا ينحصر المفهوم الفنى للطرف فى التصرف القانونى فيمن يشارك ــ فقط ــ فى إبرام العقد، بل يجب أيضاً أن يشمل المشاركين فى تنفيذه. ومن هذه الأسانيد ما يدور حول مبدأ المصلحة، ذلك الذى يسمح بوجود علاقة مباشرة بين رب العمل (المتلقى النهائى للخدمة)، وبين المقاول من الباطن (المنفذ الحقيقى للخدمة)، فإذا كان هذا الأخير هو المنفذ الفعلى للإلتزام، وينفذه بإستقلال ودون تبعية للمقاول الأصلى، وأن رب العمل هو المتلقى ــ النهائى ــ الحقيقى لهذه العلاقة، فإن ذلك يعنى **من ناحية** أن المقاول من الباطن، هو المدين الفعلى لرب العمل، **ومن ناحية ثانية**، فإن هذا الأخير له مصلحة حقيقية فى أن يتم التنفيذ على نحو ما إتفق عليه مع المقاول الأصلى. ويستشهد أنصار هذا الإتجاه، بأن المشرع المصرى أجاز الرجوع المباشر بين أطراف عقود تكون أسرة عقدية، منها الرجوع المباشر ــ المتبادل ــ بين الموكل ونائب الوكيل، والرجوع المباشر بين المؤجر والمستأجر من الباطن. وأخيراً يستند أنصار الأسرة العقدية إلى العلاقة بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن، حيث يتحدا من حيث المحل والطبيعة، كما أن الأول سبب وجود الثانى، ويحدد نطاقه، وبصفة عامة يوجه نظامه. ويرى أنصار الأسرة العقدية أنه من غير المنطقى إخضاع المقاول من الباطن للمسئولية التقصيرية فى علاقته مع رب العمل، بينما يخضع المقاول الأصلى للمسئولية العقدية فى علاقته بهذا الأخير، لأن هذا من شأنه أن يشدد من مسئولية المقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل، عنه بالنسبة لمسئولية المقاول الأصلى الملتزم الأساسى حيال هذا الأخير.

١٦ ــ وقد عرضنا أيضاً لموقف القضاء المؤيد لفكرة الأسرة العقدية، وعرضنا بالتحليل لبعض أحكامه التى إعترفت بالفعل بدعوى مباشرة من طبيعة عقدية لكل من رب العمل والمقاول من الباطن، يمكن أن يرجع بها كل منهما على الآخر.

وإذا كان صدر حكم عن الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية أوقف به تقدم القضاء نحو تطبيق المسئولية العقدية المباشرة بين أطراف الأسرة العقدية،

وكان هذا الحكم قد صدر بشأن مجموعة عقدية مكونة من عقدى مقاولة أصلى ومقاولة من الباطن، إلا أنه بعد دراسة وتحليل هذا الحكم تبين أن القضاء قد فرق بين نوعين من الأسر العقدية التى تتكون من عقود مقاولة أصلى ومقاولة من الباطن. **النوع الأول:** الأسر العقدية المكونة من عقد مقاولة أصلى وعقد ــ أوعقودــ مقاولة من الباطن، والتى تتعلق بإكتساب الملكية وهذا النوع مايزال حتى الآن يطبق قواعد المسئولية العقدية بين الأطراف المتباعدة فيها، إستناداً إلى نظرية المستلزمات. أما النوع الثانى: ويخص الأسر العقدية المكونة من عقد مقاولة أصلى وعقد ــ أوعقودــ مقاولة من الباطن، ولا تتعلق بإكتساب الملكية، وهذا النوع هو الذى أوقف القضاء بشأنه تطبيق قواعد المسئولية العقدية عند الرجوع المتبادل بين أطرافها المتباعدة. الأمر الذى جعلنا نتساءل عن العلة التى من أجلها فرق القضاء بين النوعين، فكل منهما مقاولة.

١٧ ــ وبعد دراستنا لما قال به الفقه والقضاء أنصار الأسرة العقدية، وبعد تحليل الحجج والأسانيد التى ساقها لتبرير الإعتراف بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن. نود أن نسجل أننا قد استفدنا كثيراً بما قال به أنصار هذا الإتجاه، نظراً لقوة حججه وأسانيده، وسلامة ما بنى عليها من منطق فقد سهل علينا كثير من الصعوبات التى واجهتنا فى هذ البحث، لاسيما أن هذا الإتجاه لم يقف عند حد إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، مما يستتبع رجوع كل منهما على الآخر بمقتضى قواعد المسئولية العقدية، بل إنه بيَّن شروط الرجوع بقواعد هذه الأخيرة، وضوابط هذا الرجوع. فضلاً عن ذلك فقد بيَّن لنا أنصار هذا الإتجاه المفهوم الفنى والقانونى لفكرة الطرف فى التصرف.

وتناولنا أيضاً ما تعرضت له فكرة الأسرة العقدية من إنتقادات أمكن حصرها فى نقدين، أولهما: يتعلق بتعارضها مع مبدأ نسبية أثر العقود، وثانيهما: يتعلق بعدم وجود معيار محدد للعقود التى تتكون منها هذه الأسر، ومدى قوة الروابط بين هذه العقود. وقمنا بعرض رد أنصار الأسرة العقدية على هذه الإنتقادات، وبدراستنا لهذا الرد وجدناه ينطوى على منطق سليم مما جعلنا نقتنع به.ثم قمنا بتقدير هذا الأتجاه أوضحنا من خلاله بعض جوانب الأسرة العقدية، وكذا قمنا بالتعليق على حكم الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية الصادر

فى١٢يوليو١٩٩١، وذلك للوقوف على دوافع صدوره ، وتحديد نطاقه، خاصة أنه صدر فى شأن أسرة عقدية تتكون من عقود ــ متسلسلة ــ مقاولة، وبالذات فى العلاقة ــ موضوع الرسالة ــ بين رب العمل والمقاول من الباطن.

١٨ ــ ولدى تناولنا لفكرة الضمان العشرى، ومدى إمكانية خضوع المقاول من الباطن لهذا الضمان، وبعد مناقشتنا للحجج التى إحتج بها البعض لمنع خضوع المقاول من الباطن لهذا الضمان، وجدنا أن غالبية الفقه ــ إن لم يكن جميعهم ــ يرى ضرورة خضوع المقاول من الباطن لهذا الضمان، إلا أن تردد بعض هذا الفقه يرجع إلى عدم وجود علاقة عقدية ــ من وجهة نظر بعضهم ــ بين رب العمل والمقاول من الباطن ، و برغم إنكارهم للطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن فإن ذلك لم يمنعهم من المطالبة بخضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، مما يمكن رب العمل من الرجوع المباشر عليه إذا تحققت شروطه. أما الفقه الذى يعترف بالطبيعة العقدية للعلاقة بينهما، فإنه لا يجد سبب لعدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى وقد رأينا بعد تناولنا لهذا الموضوع أنه لايوجد مايمنع من خضوع المقاول من الباطن للضمان العشرى، وقد بينا سبب ذلك، لاسيما أن خضوع المقاول من الباطن لهذا الضمان له فوائد عظيمة ــ ذكرناها ــ سواء لرب العمل أو المقاول الأصلى أو للصالح العام. كما أن إنكار البعض للرابطة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن ، منع هذا الأخير ــ فى رأى الفقه فى فرنسا، وبعض الفقه فى مصر ــ من الخضوع لأحكام التأمين الإجبارى لكل من المقاول والمهندس.

١٩ ــ وقد تناولنا أيضاً العلاقة العقدية ــ فى رأى غالبية الفقه ــ المباشرة، التى أقرها المشرع بين كل من الموكل ونائب الوكيل، وكذا المستأجر من الباطن، والمؤجر. وبيَّنا إنتفاء العلة التى من أجلها لم يقر المشرع مثل هذه العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، برغم نداءات الفقه بذلك، إستناداً إلى أن الوكالة من الباطن، والإيجار من الباطن، والمقاولة من الباطن تخضع جميعاً لقواعد عامة واحدة، وخصائص عامة واحدة، فهم يمثلون النماذج الأساسية للتعاقد من الباطن، كما أنهم يمثلون أسر عقدية فى أوضح صورها.

٢٠ ــ بعد إستعراضنا الإتجاه الذى ينكر الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وكذا الإتجاه الذى يقر لهذه العلاقة بالطبيعة العقدية ، وأيضا من ينادى من الفقه بإقرارها. وعرضنا لحجج وأسانيد كل منهما، تبين لنا بوضوح أن جوهر الإختلاف بينهما، يكمن فى الإختلاف حول تفسيرهم لمبدأ نسبية أثر العقود، ومن ثم تحديد المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى التصرف. ونظراً لأهمية هذا الموضوع بإعتباره المحور الأساسى لموضوع الرسالة، فكان يجب علينا دراسته بإستفاضة .

٢١ ــ لذا تطرقنا إلى دراسة التطور التاريخى لمبدأ نسبية أثر العقود، ولما كان الإتجاه الذى ينكر الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، قد تأثر ــ إزاء تفسيره لمبدأ النسبية ــ بالنظرية الشخصية للإلتزام التى نشأت فى أحضان القانون الرومانى. لذا تعرضنا بالدراسة والتحليل للشكلية عند الرومان وأثرها على مبدأ النسبية ومفهوم الطرف فى التصرف. وقد تبين لنا، أن تحديد مفهوم الطرف فى العقد عند الرومان، وتمسكهم بالشكلية ــ على النحو الذى بيناه ــ كأساس ترتكز عليها العلاقات التعاقدية كان له ما يبرره، فالنظام القانونى ــ أصلاً ــ وليد الظروف والضرورات الإجتماعية والإقتصادية، وأنه يتطور من أجل تحقيق هذه الضرورات ونظراً لأن الحياه فى المجتمع الرومانى كانت بسيطة خالية من تعقد العلاقات وتشابكها فكانت النظم القانونية ــ آنذاك ــ بما تغلغل فيه من شكلية يتناسب تماماً مع ظروف هذا المجتمع

لذا، فإننا نعتقد أن الرومان بفهمهم الطرف فى العقد على النحو المتقدم كانوا منطقيين مع أنفسهم؛ لأنهم لم يحتاجوا لأكثر من ذلك، حيث إنه لم تكن هناك ضرورة للفصل بين الطرف بالمفهوم الشكلى والطرف بالمفهوم الموضوعى فقد كانت العدالة تتحقق بما كان لديهم من وسائل ونظم، وقد كانت هذه الوسائل والنظم تتطور كلما عجزت عن تحقيق العدالة. وبالتالى، استطاع الرومان أن يحافظوا على القانون من حيث الشكل، باستخدامهم الوسائل والأنظمة المعروفة لديهم، والتى تتفق مع طبيعة مجتمعهم، وعقليتهم وتمكنوا عن طريقها من ابتغاء النتائج ذاتها التى تبتغيها القوانين الحديثة ولكن بما لديهم من إمكانات محدودة.

٢٢ ــ وتعرضنا أيضاً إلى المذهب الشخصى للإلتزام ونشأته فى ظل القانون الرومانى، وأثر هذا المذهب على تحديد مفهوم الطرف فى العقد، وتبين لنا، وفقاً لهذا المذهب، أنه لايجوز أن تنشأ إلتزامات بالإرادة المنفردة، كما أنه لايجوز أن ينشأ الإلتزام دون تحديد طرفاه وقت نشوء، وكان لذلك أثره على تحديد مفهوم الطرف فى العقد وقصره على من يشارك فقط فى إبرامه. وبينا كيف أن بعض الفقه الحديث عند تحديده لمفهوم الطرف فى العقد، قد أعترف بتأثره بالإعتبارات التاريخية خاصة بالصياغة الرومانية لمبدأ نسبية أثر التصرفات، رغم أن هذه الصياغة تعد أسيره لإعتبارات نشوءها.

٢٣ ــ وتناولنا أيضاً المذهب المادى للإلتزام، والضرورات التى أدت إلى نشأته، وبينا نتائجه العملية والتى تتمثل فى الإعتداد بمحل الإلتزام دون أشخاصه عند نشوئه، وقد ساعد هذا المذهب على تفسير أوضاع قانونية كثير فى الحياة العملية، كان لايمكن تفسيرها وفقاً للمذهب الشخصى للإلتزام، منها الإلتزام بالإرادة المنفردة والسند لحامله، وغيرها من الأنظمة.

٢٤ ــ وبينا بعد ذلك أسباب عجز النظرية التقليدية وما تتضمنه من إعتناق للمذهب الشخصى للإلتزام، عن إستيعاب المراكز القانونية التى تنشأ عن الأنظمة القانونية الناتجة عن المذهب المادى للإلتزام، تلك الأنظمة التى ينتمى إليها النظام القانونى للمقاولة من الباطن.

٢٥ ــ كما بينا ضرورة معالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن فى إطار المذهب المادى للإلتزام، سواء من حيث منشأ العلاقات المكونة للمقاولة من الباطن،أوالأثار الناتجة عنه خاصة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن. ذلك أن تأثر تفكير بعض الفقه والقضاء، بشخصية الرابطة العقدية لدى معالجتة للنظام القانونى للمقاولة من الباطن خاصة الآثار الناتجة عنه، قد أدى إلى نتيجتين فى غاية الأهمية هما:

الأولى: فلم يستطع الفقه والقضاء ــ التقليديين ــ إدراك حقيقة وطبيعة النظام القانونى للمقاولة من الباطن ودور الإرادة فيه.

الثانية: أن الفقه والقضاء قد نسى الخط الحقيقى الذى كان يجب أن يسلكه عند دراسته لهذا النظام. ذلك أن الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى للإلتزام ليست سوى علاقات إرادية تقوم على لزوم الإرادة لترتيب الأثر، ولكن جوهرها يكمن فى محلها.

٢٦ ــ وبيناً أيضاً ضرورة معالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن، كغيره من الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى للإلتزام وفقاً لمنطق التصرف القانونى، فمنطق التصرف القانونى قادر على إستيعاب كافة الأنظمة القانونية الإرادية أكثر من نظرية الإلتزام، ذلك أن الإلتزام رابطة قانونية بين شخصين من الصعب تصورها، إلا بين منشأيها، أما التصرف القانونى بوصفه وسيلة يتخذها الأشخاص لتحقيق غاياتهم العملية فلا يوجد مانع من تحقق تلك الغاية لشخص إرتضت إرادته هذا الأثر، متى أراد أصحاب الشأن ذلك، وسمح به القانون. فمعالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن وفقاً لمنطق التصرف القانونى يُمكننا من تحديد مضمون هذا النظام، لأن الحقوق والإلتزامات المترتبة عليها هى نتائج الإرادة، أى التصرف القانونى لكل من أطرافها ــ رب العمل، المقاول الأصلى، والمقاول من الباطن ــ وبالتالى، يمكن بسهولة تحديد المركز القانونى لكل من رب العمل والمقاول من الباطن، والطبيعة القانونية لعلاقتيهما.

٢٧ ــ ولما كان منطق التصرف القانونى هو الأصلح لمعالجة المراكز القانونية الناشئة عن النظام القانونى للمقاولة من الباطن، خاصة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، فقد تناولنا ماهية التصرف القانونى ودور الإرادة فيه، ولما كانت هذه الأخير هى جوهر التصرف القانونى، فقد حاولنا تناولها بشئ من التفصيل. وقد بان لنا قدرة الإرادة ــ وحدها ــ على إنتاج الأثر القانونى، وأن الجوهر فى العقد ليس بتبادل الإرادات، بل بكل واحدة من هذه الإرادات منظور إليها على حده، فلكل إرادة أثرها الخاص وهى تكفى لإلزام من أصدرها[1]. وهذا يعنى أن مصدر التصرف القانونى هو الإرادة وحدها، حتى ولو تدخلت هذه الإرادة مع إرادة أخرى لإقامة بناء قانونى مثل العقد، أو غيره من الاتفاقات، التى تتوافق

---

[1] راجع فى ذلك :

Savatier (R) – Les metamorphoses economiques et socials du droit civil d'au jourd hui. 3ed – 1946, n.20, p. 28.

فيها الإرادات وترتبط "فهى عندئذ تتكون من تصرفات قانونية متعددة، وكل تصرف من هذه التصرفات يظل حافظاً لكيانه رغم دخوله فى البناء الجديد، الذى يمكن اعتباره مركب من التصرفات القانونية"[١].

٢٨ ــ ثم تناولنا أيضاً دراسة مبدأ نسبية أثر العقود، خاصة ما يتعلق بمجال تطبيقه من حيث الأشخاص، وبينا صلة هذا المبدأ الوثيقة بمبدأ سلطان الإرادة ، وبعد تحررنا من القيود الشكلية التى فرضتها الأوضاع القديمة خاصة التأثر بالصياغة الرومانية ــ التى عرضناها ــ لهذا المبدأ، إنتهينا فى ذلك إلى أن هذا المبدأ مؤداه حظر إمتداد أثر قانونى معين لشخص تقضى المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه، أى أن المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر العقود لا يعنى أكثر من حظر إمتداد الأثر الملزم إلى الغير ما لم يرتض هذا الغير ذلك. فمبدأ نسبية أثر العقود ليس مقصود لذاته، بل إنه شرع لتحقيق هدف محدد مؤداه حماية مصلحة الغير من أن يمتد إليه أثر عقد لم يرتضه. ومن هنا كان تعريف الفقه للغير بالنسبة للعقد، بأنه كل من لم ترتض إرادته الإلتزام بالأثر الملزم لهذا الأخير.

٢٩ ــ وتناولنا بعد ذلك بالتفصيل المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى التصرف، ورأينا أن من يشغل هذا المركز القانونى، يجب أن تتوافر فيه أهلية إكتسابه وأهلية ممارسته، صحيح أنهما ليسا من مكونات هذا المركز، ولكن تعدا من المفترضات الضرورية فيمن يشغل هذا المركز.

وتناولنا أيضاً أهم التعريفات التى قيلت بشأن تحديد الطرف فى التصرف والتى من أهمها تعريف البعض له على النحو التالى "إن الأشخاص جميعاً الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بمفعول التمثيل الإتفاقى أو القانونى، أو إنضموا إليه عندما يجيز القانون ذلك، أو الذين استبدلوا بالأطراف المتعاقدين، بنقل وضعهم العقدى الذى يسمح به القانون أو يفرضه، ويكونون مرتبطين، إيجاباً أو سلباً بآثاره الملزمة ويمتلكون الإمتيازات الخاصة بهذه الصفة، أى إمكانية تعديل العقد أو إنهائه بإجراء عقدى، أى بتوافق الإرادات، هم أطراف فى العقد". ومن هذه التعريفات أيضاً ما

---

[١] راجع فى ذلك : د ــ جميل الشرقاوى ــ نظرية بطلان التصرف القانونى ــ رسالة دكتوراه ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ١٥.

قاله البعض من أن الطرف فى التصرف هو "من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية قانونية ومباشرة فيتأثر بأحكامه".

وبعد مناقشة هذيين التعريفين وغيرهما من التعريفات تبين لنا مايلى :

- أن جميع هذه التعريفات تتفق فى تحديدها لمفهوم الطرف مع مبدأ نسبية أثر العقود.
- أن الطرف فى العقد لا يمكن أن يتحدد على وجه الدقة وقت إبرام هذا العقد، ذلك أن الشخص قد يكون طرفاً فى العقد وقت إبرامه، إلا أنه قد يفقد هذه الصفة عند تنفيذ العقد، وعلى العكس من ذلك فقد يعد الشخص من الغير وقت إبرام العقد، ثم يصبح طرفاً وقت تنفيذه.
- وأن اللحظة التى يجب فيها تحديد الطرف فى العقد، هى اللحظة التى يكون تحديده فيها مفيداً، وهذه اللحظة هى لحظة تنفيذ العقد، ذلك أن فى هذه اللحظة بالذات يجب معرفة من الملتزم بالآثار الملزمة للعقد، ومن يكون له الحق ــ فقط ــ بالإحتجاج بالعقد كوقعة مادية.
- قد ميز الفقه فى تحديده لمفهوم الطرف بين مرحلتين: الأولى: مرحلة تكوين العقد، وتشمل الأشخاص الذين ساهموا فى إبرام العقد بتعبيرهم بأنفسهم عن إرادتهم فى الإرتباط بالآثار الملزمة للعقد. الثانية: هى مرحلة تنفيذ العقد، وتشمل الأشخاص الذين أعطوا رضائهم قبل إبرام العقد، والأشخاص الذين أعطوا رضائهم عقب إبرام العقد.
- لذا فإننا نرى مع بعض الفقه، عدم الربط دائماً بين إبرام العقد كإجراء نوعى يتم بتوافق إرادتين، والذى بموجبه يكون العقد مُعد لإنتاج آثار قانونية، وبين الطرف فى العقد، ذلك أنه قد يقوم شخصان بالتعبير عن إرادتهما فى إنشاء الرابطة العقدية، دون أن يكون أحدهما أو كلاهما طرفاً فى العقد، ومثال الأولى أن يكون أحدهما وكيلاً ــ نائباً ــ عن شخص آخر ــ الموكل ــ سوف تنصرف إليه آثار العقد الملزمة، وهو من يصدق عليه وصف الطرف فى العقد، أما مثال الثانية، عندما يبرم العقد بين وكيلين ولا يظهر من تنصرف إليهما آثار العقد إلا وقت تنفيذه.
- فالأساس فى تحديد مفهوم الطرف ــ الموضوعى ــ هو الإرادة التى تكتسب وتلتزم بالأثر الملزم، فإذا عبر الشخص عن إرادة الإلتزام ــ فعلاً ــ بهذا الأثر

كان طرفاً فى العقد أياً كان الشكل أو التوقيت الذى تم فيه التعبير عن الإرادة. أى سواء كان التعبير عن إرادة الإلتزام بالأثر الملزم للعقد قبل أو بعد إبرام هذا العقد.

٣٠ ــ ثم حاولنا بعد ذلك توضيح الفرق بين الطرف بالمفهوم الشكلى والطرف بالمفهوم الموضوعى.

٣١ ــ وبينّا كيف أن الطرف بالمفهوم الشكلى يظهر على مسرح التعاقد ويباشر عملية الإيجاب والقبول، ويشارك بإرادته فى إبرام العقد، ورغم ذلك لايعد طرفاً فيه، ذلك أن إرادته لم تنصرف إلى الرغبة فى الإلتزام بالآثار الملزمة للعقد، وبالتالى فإنه وفقاً للمفهوم الفنى والقانونى للطرف، وتطبيقاً لمبدأ نسبية أثر التصرفات لايمكن إعتباره طرفاً فى العقد.

٣٢ ــ كما بينّا المقصود بالطرف الموضوعى، وحددنا المبادئ التى يجب توافرها فى الشخص كى يعد طرفاً ، وأهمها وجوب أن يكون الشخص طرفاً فى التصرف المنشئ أو الناقل لهذا الأثر، ويجب أن يكون لهذا التصرف مضمون، يجب أن تتضمنه الإرادة التى تنشئة أو تنقله، أو الإرادة التى تكسبه. وكذلك عند تحديد الطرف الموضوعى يجب تطبيق المفهوم الفنى والقانونى لمبدأ نسبية أثر التصرفات، والهدف منه، والذى يكمن فى حماية الغير من أن يمتد أثر العقد إليه دون رضاه، فإذا إرتض إمتداد هذا الأثر إليه إنتفت الحماية التى يكفلها له هذا المبدأ. ذلك أن الأساس فى تحديد الطرف الموضوعى هو بالإرادة التى تكتسب الأثر أو تلتزم به.

وإنتهينا إلى أن العبرة فى تحديد الطرف فى ــ العقد ــ التصرف، يكون بمن يشغل المركز القانونى للطرف بالمفهوم الموضوعى.

٣٣ ــ وبعد أن حددنا المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى ــ العقد ــ التصرف وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود، فقد قمنا بتطبيق ذلك على العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن. حتى يمكننا الوقوف على مدى إعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة عقدية وتبين لنا ما يلى:

٣٤ ــ أن رب العمل يعد طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة من الباطن، صحيح أن رب العمل لم يشارك فى إبرام هذا العقد، ولكنه عبر عن إرادته بالإلتزام بالآثار الناتجة عنه، وقد أوضحنا دور إرادة رب العمل فى تحديد الإلتزامات الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن وضوابط إلتزامه بها. وبينا أيضاً أن رب العمل بإعلانه عن إرادته الإلتزام بالآثار الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن، الذى سوف يبرمه المقاول الأصلى مع مقاول من الباطن، فإنه يكون بذلك قد ارتضى إنصراف أثر هذا العقد إليه، ومن ثم ينتفى عنه مبرر الحماية التى يكفلها له هذا المبدأ.

٣٥- كذلك، بان لنا أن المقاول من الباطن يعد طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة الأصلى، وذلك لتعبيره عن إرادته تجاه ذلك، ورضائه إنصراف أثر هذا العقد إليه. وقد بينا ذلك بالتفصيل.

٣٦ ــ من جماع ما تقدم يتضح أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية.

٣٧ ــ وإذا كنا قد إنتهينا إلى الإقرار بالطبيعة العقدية للعلاقة القانونية بين رب العمل والمقاول من الباطن، فقد عرضنا لما يؤكد وجهة نظرنا من الفقه والقضاء والتشريع

٣٨ ــ وعرضنا أيضاً لما تحققه الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من حماية لهما عندما يكون أيهما مضروراً، فإقرار الطبيعة العقدية يكون من شأنه تحاشى المضرور منهما إعسار أو إفلاس المقاول الأصلى أو إصابته بأحد عوارض الأهلية، وتجنبه مشقة إثبات ركن الخطأ، وتزيد من فرص حصوله على حقه، فضلاً عن أنها تحاشى وجود المضرور منهما فى مركز قانونى معطل، وتمكنه من الرجوع على شركة التأمين التى تعاقد معها المسئول.

٣٩ــ ثم تناولنا بعد ذلك مدى ما تحققه الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من حماية لمصالحيهما وللصالح العام. فقد بان لنا أن الإعتراف بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن تحمى مصالحيهما متى كان أيهما مسئولاً، فهى تحترم تقديرات المسئول، ولا يجوز الرجوع على المسئول منهما إلا بما أراد أن يلتزم به ووفقاً للعقد الذى شارك فى

تكوينه، وتعمل ــ أيضا ــ على تقليل نفقاته وكذا توحيد مسئوليته سواء كان الرجوع عليه من قبل المضرور منهما أو من المتعاقد ــ المقاول الأصلى ــ معه مباشرة.

٤٠ ــ وتناولنا كيف أن إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن تحمى الصالح العام، ذلك أنه من شأنها تفعيل إحترام مبدأ القوة الملزمة للعقد، والحفاظ عليه، وكذا الحفاظ على القواعد التى تنظم التعويض عن الأضرار وتفعيلها، فضلاً عن أنها تحافظ على مبدأ عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين.

٤١ ــ وبينّا شروط ممارسة اندعوى العقدية المباشرة، بين كل من رب العمل والمقاول من الباطن وبينا أنها نفس الشروط التى حددها أنصار الأسرة العقدية.

٤٢ ــ كما حددنا أخيراً ضوابط الرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن بمقتضى قواعد المسئولية العقدية. وهذه الضوابط تتركز فى قيدين الأول: عدم جواز مطالبة المضرورمنهما إلا بما أراد أن يلتزم به وفقاً للعقد الذى شارك فى تكوينه، ووفقاً للأحكام القانونية التى تحكم هذا العقد. أما القيد الثانى: يجوز للمسئول منهما التمسك بمدى ما يكون للمضرور من حقوق منبثقة عن العلاقة التعاقدية التى شارك هذا الأخير فى تكوينها مع المقاول الأصلى، متى وجد مصلحته فى ذلك.

(ثانيا) :المقترحات

وبعد أن أنتهينا من عرض أهم النتائج المستخلصة من هذا البحث ، نورد فيما يلى أهم المقترحات التى تحوز إقتناعنا والتى كشفت عنها الدراسة السابقة . وهذه المقترحات نتوجه ببعضها للفقه والقضاء (أ)، خاصة من ينكر منهم الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، والبعض الأخر نتوجه به إلى المشرع (ب). والباحث إذ يورد هذه المقترحات فإنه يأمل أن تكون تحت بصر من توجه إليه.

(أ): يمكن إيجاز المقترحات التى نرى أن نتوجه بها إلى الفقه والقضـــاء[١] فيما يلى:

١ــ يجب قبل الحكم على الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقــاول مــن الباطن، دراسة وتحليل النظام القانونى للمقاولة من الباطن، وما ينشأ عنهــا مــن عقود، وما يتشعب عنها من علاقات، خاصة العلاقــة محــل الدراســة. ذلــك أن الروابط الموضوعية ــ والإقتصادية ــ بين العقود المكونة لها، قد أثــرت بشــكل واضح على العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وقد بان لنا ذلك فى أمور كثيرة أهمها:

أن المقاولة من الباطن تفترض وجود عقدين ــ على الأقل ــ همــا عقــد المقاولة الأصلى وعقد المقاولة من الباطن، وبرغم إستقلال كل من هذين العقــدين من ناحية تكوينهما، إلا أنهما يرتبطان بروابط إقتصادية مادية، حيث يشتركان فــى محل واحد ولهما نفس الطبيعة القانونية، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، يجــب أن يأخذ فى الإعتبار تأثير عقد المقاولة الأصلى على عقد المقاولة مــن البــاطن، وتبعية الثانى للأول، وأوجه الربط وصور التعبية بين العقدين. حيــث الأول هــو سبب وجود الثانى، وأن هذا الأخير يدور مع الأول وجوداً وعدماً.

---

[١] **و نرى أن نتوجه أيضا بذات المقترحات للفقه والقضاء الإداريين** ، ذلك أنه فى إطار القانون الإدارى لا يوجد نص قانونى أولائحى يحدد الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، و بالتالى فإن المعول عليه فى هذا الشأن، هوالقانون المدنى، باعتبار أن الأحكــام التــى وردت به تعد الشريعة العامة ، وتكون واجبة التطبيق فيما لم يرد بشأنه حكم خاص، متى كانــت نصوصه لا تتعارض مع طبيعة روابط القانون العام، التى تتسم بها القانون الإدارى ،هــذا مــن ناحية.ومن ناحية أخــرى، أن القضاء الإدارى قضاء إنشائى، ويقع على عاتقه ابتــداع الحلول الملائمة والمناسبة، التى تواكب مختلف التطورات السياســية والاجتماعيــة والاقتصادية، فالمقاولة من الباطن لها من الأهمية العملية، بحيث يستعصى إنكــار دورها فى تنفيذ المشروعات والعقود التى تتعاقد بشأنها الدولة؛ لــذا فــإن مجلــس الدولة المصرى، يجب عليه أن ينظر إلى المقاولة من الباطن علــى أنهــا حقيقــة عملية لازمة لا بد من التعامل معها بشكل مباشر ومنظم .

وقد أثر ذلك بشكل واضح على الألتزامات المتبادلة التى تثقل كاهل كل من رب العمل والمقاول من الباطن . فمما لا شك فيه، أن رب العمل هو المتلقى الحقيقى والفعلى للأداءات محل المقاولة من الباطن، وأن المقاول من الباطن هو المنفذ الحقيقى والفعلى لهذه الأداءات. لذا فإن إخلال هذا الأخير بإلتزاماته التعاقدية، يترتب عليه إصابة رب العمل بأضرار. والسبب فى ذلك هو وجود رابطة سببية بين إخلال المقاول من الباطن بإلتزامه التعاقدى، وبين الضرر الذى أصاب رب العمل. فالضرر الذى أصاب هذا الأخير، هو ضرر عقدى مطابق للضرر الذى لحق بالمقاول الأصلى، وأن عدم التنفيذ المادى للإلتزام الناشئ عن عقد رب العمل، يطابق عدم تنفيذ الإلتزام الناتج عن عقد المقاولة من الباطن. فالإلتزام الدائن به رب العمل المضرور، يطابق بالضرورة إلتزام المدين المقصر، ذلك أن عدم تنفيذها يفضى إلى ضررين عقديين متطابقين.

وكان هذا ــ وغيره من الأسباب ــ هو ما جعلنا لا يمكن أن نساوى بين المركز القانونى للمقاول من الباطن فى علاقته برب العمل، وبين المركز القانونى للغير الذى لم يشترك فى بناء أى من العقود المكونة للمقاولة من الباطن، وليست له أى علاقة بهم. وبالتالى لا يمكن أن نسلم بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار، لمجرد أن الأول لم يشترك فى إبرام عقد مع الأخير، أى لمجرد إنتفاء صفة الطرف بالمفهوم الشكلى بينهما ، خاصة إذا أخذنا فى الإعتبار النتائج الخطيرة التى ترتبت على إعتبار العلاقة بينهما علاقة أغيار، والتى من أهمها أن وسائل الرجوع المتبادل بينهما، سواء المقررة بمقتضى القواعد العامة أو التى قررها القانون لم تحقق حماية فعالة لمصالحهما إلا فيما ندر.

وهذا ما دفعنا إلى محاولة معالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن بما يتناسب مع طبيعة الروابط بين عقودها وأثرها على العلاقة محل البحث هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى البحث عن حقيقة المركز القانونى للطرف بما لا يتعارض مع مبدأ نسبية أثر العقود.

٢ ــ ضرورة أن لا يتأثر التفكير القانونى بشخصية الرابطة العقدية، لدى معالجته للنظام القانونى للمقاولة من الباطن، ذلك أن المقاولة من الباطن من الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى للإلتزام، ويقضى المنطق أن تعالج المقاولة من

الباطن بمقتضى أحكام هذا المذهب من حيث نشأة هذا النظام ومن حيث الآثار الناتجة عنه. ولا يخفى أن من نتائج المذهب المادى للإلتزام الإعتداد بمحل الإلتزام دون أشخاصه،لذا فإنه من الممكن تصور وجود إلتزام دون وجود دائن أو مدين وقت نشوئه، بل يكفى أن يوجد وقت التنفيذ، وهذا ما يساعدنا على تفسير المركز القانونى للمقاول من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى.

٣ــ ضرورة معالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن وغيرها من الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى للإلتزام، وفقاً لمصدرها الحقيقى، وهو التصرف القانونى، فهذا المصدر، هو القادر على إستيعاب مختلف صور الأثر القانونى من إنشاء وإنهاء ونقل وتعديل، وهو الذى ينظم كل ما تتجه إليه الإرادة من أثر، فإنتاج الآثار والإلتزام بها يتوقف على الإرادة، أى التصرف القانونى، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، سوف تلافى المشكلات التى نتجت عن معالجة هذه الأنظمة فى نطاق النظرية الشخصية للإلتزام، ذلك أن هذه الأخيرة ليست قادرة على إستيعاب الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى للإلتزام وما ينشأ عنها من علاقات وآثار.

٤ــ ضرورة إزالة الغموض الذى يكتنف النص الذى يقرر مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، ذلك الغموض الذى تسببت فيه الألفاظ التى صيغ بها هذا النص، وكذا وجود بعض النصوص التى تقرر صوراً للدعوى المباشرة. لذا يتعين إزالة هذا الغموض خاصة الذى يكتنف مجال تطبيق هذا المبدأ من حيث الأشخاص، وذلك لا يتأتى إلا بتفسير النص الذى يقرر مبدأ النسبية تفسيراً صحيحاً. وذلك يستلزم، التحرر من القيود التى فرضتها الأوضاع القديمة، خاصة الصياغة الرومانية لهذا المبدأ، وربط هذا النص بالنصوص التشريعية الأخرى ذات الصلة، خاصة النص الذى يقرر مبدأ القوة الملزمة للعقد، والنصوص التى تنظم صور المسئولية المدنية وغيرها من النصوص ذات الصلة، ويجب أيضاً الوقوف على المفهوم الفنى لهذا المبدأ فى ضوء صلته الوثيقة بمبدأ سلطان الإرادة، والحكمة من وراء وضع النص الذى يقرر هذا المبدأ إنطلاقاً من أن هذا المبدأ ليس مقصوداً لذاته بل من أجل تقرير غطاء قانونى معين.

فإذا إلتزمنا بما سبق فى تفسير النص الذى يقرر مبدأ النسبية، يتضح جلياً أن المفهوم الفنى لهذا المبدأ لا يعنى أكثر من حظر إمتداد الأثر الملزم للعقد إلى

الغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرتض هذا الغير ذلك، فهذا المبدأ يهدف إلى حماية مصلحة الغير من أن يمتد إليه أثر عقد لم يرتضيه.

وهذه النتيجة لا شك فى أهميتها من الناحية الفنية، وكان يمكن أن يستخلص منها الأساس السليم الذى تؤسس عليه مختلف أشكال العلاقات الإرادية فى مجال الأثر الملزم. وذلك بالتركيز على العنصر الإرادى، فإذا توافر العنصر الإرادى فى جانب المتصرف عُدَّ طرفاً فى التصرف وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود، وأن لم يتوافر هذا العنصر كان الشخص من الغير بالنسبة لهذا التصرف.

ويستخلص من ذلك، أن هذا المبدأ لا يعنى قصر آثار العقد على من قام بإبرامه دون عداهم، بل أنه يمكن أن يمتد إلى كل شخص أراد إنصراف هذا الأثر إليه. بل أن حماية هذا الشخص والتى كفلها له مبدأ نسبية أثر العقود تكون بلا فائدة إذا لم نقر بإمتداد الأثر الملزم إليه.

٥ــ ضرورة مراعاة مايلى عند تحديد الطرف فى التصرف :

- ضرورة التمييز بين مصطلح الطرف وما يشتبه به من المصطلحات (الشخص ــ العاقد) وضرورة التحقق من توافر أهلية إكتساب مركز الطرف، وأهلية ممارسته لهذا المركز.

- ضرورة أن تكون العبرة بالطرف الموضوعى عند تحديد من يشغل المركز القانونى للطرف فى التصرف ، ذلك ــ الطرف الموضوعى ــ الذى يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية قانونية و مباشرة فيتأثر بأحكامه. ويرتكز تعريف الطرف على النحو المتقدم على معيارين الأول الإرادة، والثانى: المصلحة أو الأثر، أى وجوب أن يتلقى من عبر عن إرادته ثمرة ونتاج هذا التعبير، فإذا إجتمعا هذان المعياران فى شخص كان صالحاً بذاته لأن يكون طرفاً فى علاقة قانونية إرادية، سواء كان عقد أو تصرف قانونى آخر، ذلك أن إجتماع المصلحة (فى إبرام التصرف وإكتساب الأثر الملزم) مع القدرة الإرادية هى مناط إعتبار الشخص طرفاً، لأن المصلحة هى الهدف والتعبير عن الإرادة هو الأداة.

- ضرورة أن لا يتم تحديد من يشغل المركز القانونى للطرف وقت إبرام العقد ، ذلك أن الشخص قد يكون طرفاً وقت إبرام العقد ثم يصبح من الغير وقت تنفيذه،

وقد يكون من الغير وقت إبرام العقد ثم يصبح طرفاً وقت التنفيذ، فضلاً عن ذلك فقد يظهر الشخص على مسرح التعاقد ويباشر عملية الإيجاب والقبول ويشارك بإرادته فى إبرام العقد دون أن تنصرف إليه آثار العقد، فهذا الشخص لا يعد طرفاً فى العقد لا وقت إبرامه ولا وقت تنفيذه فهو ليس إلا طرفاً بالمفهوم الشكلى.

• ضرورة أن يتم تحديد من يشغل المركز القانونى للطرف، فى اللحظة التى يكون فيها تحديده مفيداً، وهذه اللحظة هى لحظة تنفيذ العقد. ذلك أن وقت تنفيذ العقد هو الوقت الذى يتعين فيه معرفة الأشخاص الملتزمة بالآثار الملزمة للعقد، فضلاً عن أن المسئولية العقدية لا تتحرك إلا لحظة دخول العقد حيز التنفيذ، فهذه المسئولية لا تقوم بمجرد إبرام العقد، ولكن يشترط لقيامها، عدم قيام الملتزم بآثار العقد بتنفيذ إلتزاماته أو إخلاله بتنفيذها.

٦ ــ ضرورة إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة القانونية بين رب العمل والمقاول من الباطن: فبتطبيق ما أسلفناه بشأن ضرورة معالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن وفقاً لمنطق التصرف القانونى، وكذا إزالة الغموض الذى يكتنف تفسير مبدأ نسبية أثر العقود وتحديد المفهوم الفنى له، وأيضاً تحديدنا للمفهوم الفنى والقانونى للطرف فى العقد، سوف يتضح أن رب العمل يعد طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة من الباطن الذى شارك المقاول من الباطن فى تكوينه، وأن هذا الأخير يعد طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة الأصلى الذى شارك رب العمل فى بنائه، ويتضح ذلك فيما يلى:

• رب العمل طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة من الباطن[1]: فإبرام رب العمل عقد المقاولة الأصلى، دون أن يمنع المقاول الأصلى ببند فى العقد من التقاول من الباطن، يكون بتصرفه هذا قد إرتضى أن ينفذ المقاول الأصلى المقاولة بنفسه أو يتعاقد مع مقاول من الباطن بشأن تنفيذه كله أو جزء منه، وفى نفس الوقت يكون رب العمل قد أعلن عن رغبته فى الإفادة مما يبرمه المقاول الأصلى من عقود من الباطن، وعبر عن إرادته بالإلتزام بالآثار الناتجة عن هذه العقود لأنه فى النهاية هو من سوف يتلقى ما نفذه المقاولون من الباطن من إلتزامات.

---

[1] راجع فى هذا البحث ص ٦٥٨ وما بعدها .

ويظهر بوضوح تعبير رب العمل عن إرادته بالإلتزام بالآثار الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن، فى حالات التعاقد من الباطن المفروض من قبل رب العمل، وأيضاً فى حالة نزول ــ صراحة أو ضمناً ــ هذا الأخير عن بند الحظر الذى قد سبق وأن ضمنه عقد المقاولة الأصلى.

هذا وتحدد إرادة رب العمل حدود وضوابط الإلتزامات الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن التى يريد هذا الأخير الإلتزام بها.

أما بالنسبة لمبدأ نسبية أثر العقود، فإن رب العمل بإعلانه عن إرادته الإلتزام بالآثار الناتجة عن عقد المقاولة من الباطن، فإنه يعد طرفاً موضوعياً فى هذا العقد وفقاً لمبدأ نسبية أثر التصرفات، لأنه بذلك يكون قد ارتضى إنصراف هذه الآثار إليه ومن ثم ينتفى عنه مبرر الحماية التى يكفلها له هذا المبدأ.

- المقاول من الباطن يعد طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة الأصلى[1]. ذلك أن بإبرام المقاول من الباطن عقد المقاولة من الباطن مع المقاول الأصلى، وتعهده فيه بتنفيذ كل أو جزء من الإلتزام الملقى على عاتق هذا الأخير، بمقتضى عقد المقاولة، يكون قد أعلن عن رغبته فى الإفادة من هذا العقد الأخير، وعبر عن إرادته بالإلتزام بكل أو بعض الآثار الناتجة عن هذا العقد. وهذه الإرادة قد عبر عنها المقاول من الباطن من خلال تصرفه القانونى المندمج فى عقد المقاولة من الباطن الذى أبرمه.

وتحدد إرادة المقاول من الباطن، الإلتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى التى يريد أن يلتزم بها، كما تحدد إرادته أيضاً ضوابط هذا الإلتزام.

أما بالنسبة لمبدأ نسبية أثر العقود: فإن المقاول من الباطن يعد طرفاً موضوعياً وفقاً لهذا المبدأ، ذلك أنه بتعبيره عن إرادته بالإلتزام بالآثار الملزمة لعقد المقاولة الأصلى، يكون قد ارتضى إنصراف آثار هذا العقد إليه، ومن ثم ينتفى عنه مبرر الحماية التى يكفلها له هذا المبدأ، الذى يقضى بحظر إمتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير على نحو يمس ذمته المالية دون رضاه.

---

[1] راجع فى هذا البحث ص ٦٦٣ ومابعدها .

٧ــ والرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن بمقتضى قواعد المسئولية العقدية ليس مطلقاً، ولكنه مرهون بتوافر شروط تطبيق هذه الأخيرة، والإلتزام بالضوابط التى حددها الاتجاه الذى يقر معنا بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، وهذه الضوابط تقتضى ــ أهمها ــ بعدم رجوع ــ المضرور ــ أيهما، سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن عندما يكون مضروراً على المسئول منهما، إلا بقدر ما أراد هذا الأخير أن يلتزم به وفقاً للعقد الذى شارك فى بنائه، وللمسئول ــ أيضاً ــ التمسك بمدى ما يكون للطرف المتضرر من حقوق منبثقة من العلاقة التعاقدية، التى ساهم فى تكوينها متى كانت له مصلحة فى ذلك.

(ب): أما المقترحات التى نرى أن نتوجه بها إلى المشرع فيمكن إيجازها فيما يلى :

١ــ ضرورة الكف عن الإسهاب فى وضع النصوص القانونية ، التى من شأنها خلق منطقة ضبابية فوق مجال تطبيق مبدأ نسبية أثر العقود ، فهذه النصوص تظهر أن المشرع رغم تأثره بالمذهب المادى للإلتزام، إلا أنه صاغ تصوره عن الأنظمة القانونية نتاج هذا المذهب فى نطاق المذهب الشخصى للإلتزام، الأمر الذى دفع كثير من الفقه على الإعتقاد بأن المشرع قد تبنى منطق النظرية الشخصية للإلتزام. ومن هذه النصوص تلك التى تقرر صوراً للدعوى المباشرة، ومنها نص المادة ٦٦٢ مدنى مصرى والذى يقرر دعوى مباشرة للمقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلى قبل رب العمل. فهذا النص قد جعل الفقه يتسائل عن مدى جدواه إذا لم يكن المشرع قد تبنى النظرية الشخصية وأدى ذلك إلى تبنى هذا الفقه منطق النظرية الأخيرة عند معالجتة الأثار الناشئة عن عملية المقاولة من الباطن، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فقد جعل كثير من الفقه لايبحث فى طبيعة الروابط بين عقود المقاولة من الباطن، وأثرها على حقوق وإلتزامات رب العمل والمقاول من الباطن كل منهما بالنسبة إلى الأخر، وأثر ذلك على الطبيعة القانونية للعلاقة بينهما

٢ــ ندعو المشرع إلى التدخل لإقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن: فبرغم قناعتنا بأن معايشة النصوص القانونية الحالية، تكاد تنطق بالطبيعة العقدية للعلاقة القانونية بينهما، إلا أن تدخل المشرع لإقرارها،من

شأنه أن يحسم الخلاف ويوحد كلمة الفقه والقضاء فى هذا الشأن، ولا بأس فى أن يضع ــ المشرع ــ ما يراه من ضوابط، مسترشداً فى ذلك بما يراه الفقه والقضاء الذى يقر بهذه الطبيعة. ولعل دافعى إلىتوجيه هذه الدعوى للمشرع مايلى :

- أن هذا النهج ليس غريباً على مشرعنا المصرى، فقد أقر العلاقة العقديةــ فى رأى غالبية الفقه ــ المباشرة بين كل من الموكل ونائب الوكيل، وكذا بين المؤجر والمستأجر من الباطن. خاصة إذا أخذنا فى الإعتبار أنه لاتوجد علة لعدم إقرار المشرع لمثل هذه العلاقه بين رب العمل والمقاول من الباطن، لاسيما وأن الإيجار من الباطن والوكاله من الباطن والمقاولة من الباطن، تخضع جميعاً لقواعد عامه واحدة، وخصائص عامة واحدة، ذلك أنهم يمثلون النماذج الأساسية للتعاقد من الباطن، كما أنهم يمثلون أسر عقدية فى أوضح صورها.

- أنه قد مضى على وضع التقنين المدنى ــ المصرى ــ الحالى أكثر من ٥٧ عاماً تقدمت فيه وسائل العلم والتكنولوجيا، وخطا فيه فن المعمار أميال وأميال، وكذا كافة أعمال المقاولات فى جميع المجالات الإقتصادية، وأصبحت المقاولة ــ كما بينا ــ ضرورة تحتمها كثير من الأعمال، سواء لإحتياجها لتخصصات مختلفة أو لضخامة أعمالها، أو تحقيقاً للصالح العام، حتى أصبحت المقاولة من الباطن جزء من النسيج الإقتصادى لمصر وغيرها من الدول[١].

ونحن إذ ننادى بإقرار الطبيعة إلعقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، بما يستتبع ذلك من تطبيق قواعد المسئولية العقدية عند رجوع أيهما على الآخر، فإنه قد بان لنا أن ذلك من شأنه تحقيق مصالح كل من رب العمل والمقاول من الباطن[٢] ، سواء كان أيهما مسئولاً أم مضروراً ، كما تحقق حماية للصالح العام وذلك بتفعيلها وإحترامها لمبدأ القوة الملزمة للعقد والحفاظ على القواعد التى تنظم التعويض عن الأضرار وكذا الحفاظ على مبدأ عدم جواز الجمع بين المسئوليتين.

---

[١] ربما كان ذلك هو الذى دفع المشرع الفرنسى إلى التدخل فى تعديل القواعد القانونية الخاصة بالمقاولة من الباطن أكثر من مرة منهما مرتان متتاليتان متقاربتان، إحداهما بالمرسوم ٣٢٩ الصادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٧٣، والثانى قانون ٧٥ ــ ١٣٣٤ الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥.

[٢] وبذلك يكون قد حاولنا تحقيق الهدف الثانى من الأهداف التى حددناها لهذا البحث، راجع فى هذا البحث ص ١٠.

• فضلاً عن ذلك، فإن الإقرار بوجود رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن، من شأنها أن تمكن الأول من الرجوع على الثانى بمقتضى قواعد الضمان العشرى[١] إذا توافرت شروطه الأخرى، ومن شأنها أيضاً خضوع المقاول من الباطن للتأمين الإجبارى[٢] فى مجال المنشآت والأبنية وذلك عند الفقه الذى يربط بين التأمين الاجبارى والضمان العشرى .

• وإقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ومايحققه من رعاية وتفعيل لمصالحهما، من شأنه أن يمكننا من تحقيق هدف أخر ، يكمن فى تشجيع عملية المقاولة [٣]ـ من خلال توفير الامان لأطرافها ـ من الباطن، والتى أصبحت فى الوقت الحاضر ضرورة حتمية وطريقاً عادياً لتنفيذ العقود لإرتباطها بالإقتصاد الوطنى خاصة فى مقاولات البناء التى أصبحت من أهم مجالات الإستثمار.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

والله ولى التوفيق

---

[١] راجع فى هذا البحث ص ٤٨٣وما بعدها وتجدرالأشارة إلى أن معظم الفقه الذى تناول بالدراسة والتحليل موضوع الضمان العشرى قد نادى بضرورة تطبيقه على المقاول من الباطن ، وقد كان إنكار الرابطة العقدية الموضوعية بين رب العمل والمقاول من الباطن ، تمثل عائقا يحول دون ذلك،لذا نادى بعضهم المشرع بضرورة التدخل لتعديل المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى والنص صراحة على خضوع المقاول من الباطن لهذا الضمان.راجع فى ذلك من الفقه على سبيل المثال د ـ عبد الرازق يس ـ المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ـ مرجع سبق ذكره ـ ص ١١٠٣ وقد جاء ت دعوته للمشرع ، بالتدخل للنص على إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشرى فى خاتمة رسالته للدكتوراه ضمن التوصيات .

د. رأفت محمد أحمد حماد ـ المرجع السابق ـ ص٢٤٢ وكانت دعوته للمشرع ، بالتدخل للنص على إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشرى فى خاتمة بحثه فى المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن فى القانون المدنى المصرى ضمن التوصيات .

د ـ مصطفى كامل عصيمى ـ المرجع السابق ـ ص٤٩٣ وقد جاء ت دعوته للمشرع ، بالتدخل للنص على إخضاع المقاول من الباطن للضمان العشرى فى خاتمة رسالته للدكتوراه ضمن التوصيات

[٢] راجع فى هذا البحث ص ٥٠١ وما بعدها .

[٣] وفى هذا تحقيق الهدف الثالث من الأهداف التى حددناها لهذا البحث، راجع فى هذا البحث ص ١٠.

المراجـــــــع

أولاً: باللغة العربية

مراجع الفقه الإسلامى

الفقه الحنفى:

١ ــ المبسوط ــ لشمس الأئمة ــ محمد أحمد بن سهل السرخسى ــ المتوفى سنة ٤٨٣ هـ ــ طبعة دار السعادة بمصر سنة ١٣٢٤ هـ.

٢ ــ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ــ للعلامة الفقيه علاء الدين أبو بكر مسعود الكسانى الحنفى ــ الطبعة الأولى ــ الجزء الأول ــ مطبعة الجمالية بمصر الجديدة ــ سنة ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م.

الفقه المالكى:

١ ــ الشرح الكبير ــ للعلامة الشيخ ــ أبى البركات سيدى أحمد محمد الدردير العدوى الشهير بمالك الصغير ــ المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ــ على مختصر الشيخ خليل ــ مطبوع بهامش حاشية الدسوقى ــ الجزء السادس ــ طبع ونشر دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلى وشركاه بمصر.

٢ ــ حاشية العلامة الشيخ شمس الدين محمد عرفه الدسوقى ــ على الشرح الكبير للشيخ الدردير العدوى الجزء الرابع ــ طبع ونشر دار إحياء الكتب العربية عيسى الباب الحلبى وشركاه بمصر.

الفقه الحنبلى:

١ ــ المغنى للأمام الأجل ــ أبو محمد عبد الله أحمد محمد بن قدامه ــ الجزء الخامس ــ المتوفى سنة ٦٣٠ هـ ــ على مختصر الإمام أبى القاسم عمر حسن بن عبد الله بن أحمد الخرقى ــ مطبعة العاصمة ــ شارع الفلكى بالقاهرة.

المراجع العامة والخاصة

١- **د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل** ــ نظرية الإلتزام ــ جـ١ ــ مصادر الإلتزام الإرادية ــ العقد والإرادة المنفردة ــ مطبوعات الكويت ــ عام١٩٩٥.

٢- **د. إبراهيم محمد على** ــ آثار العقود الإدارية ــ جامعة المنوفية ــ دار نشر بدون ــ عام ١٩٩٧.

٣- **د. أحمد أبو الوفاء** ــ التعليق على نصوص قانون المرافعات ــ منشأة المعارف ــ الإسكندرية ــ الجزء الأول ــ الطبعة الثانية ــ عام ١٩٧٥.

٤- **د ــ أحمد السيد الصاوى** ــ شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ــ عام ١٩٩١.

٥- **د. أحمد المليجى** ــ التعليق على قانون المرافعات ــ الجزء الأول ــ بدون عام طبع.

٦- **أحمد حسان الغندور** ــ التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٨.

٧- **د . أحمد حسن البرعى** ــ نظرية الإلتزام فى القانون المغربى ــ نظرية العقد ــ عام ١٩٨٠ .

٨- **د ــ أحمد حشمت أبو ستيت** ــ نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى ــ الطبعة الثانية ــ دار نشر بدون ــ عام ١٩٥٤.

٩- **د. أحمد سلامة** ــ المدخل لدراسة القانون ــ الكتاب الثانى ــ نظرية الحق ــ الطبعة الخامسة ــ عام ١٩٨٣.

١٠- **د. أحمد سلامة** ــ مذكرات فى نظرية الالتزام ــ الكتاب الأول ــ مصادر الالتزام ــ دار نشر بدون ــ ١٩٩٦ .

١١- **د. أحمد شرف الدين** – نظرية الالتزام – أحكام الالتزام – بدون تاريخ نشر– بدون دار النشر.

١٢- **د. أحمد شرف الدين**–أحكام التأمين –الطبعة الثالثة– طبعة نادى القضاة ــ عام ١٩٩١.

١٣- **د. أحمد شوقى عبد الرحمن** ــ النظرية العامة للالتزام ــ العقد والإرادة المنفردة ــ فى الفقه وقضاء النقض المصرى والفرنسى ــ منشأة المعارف بالاسكندرية ــ عام ٢٠٠٤.

١٤- **د. أحمد عبد العال أبو قرين** ــ المركز القانونى للمتدخلين فى تنفيذ عقود المقاولات ــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الأولى عام ٢٠٠١.

١٥- **د. أحمد عبد العال أبو قرين** ــ الأحكام العامة لعقد المقاولة ــ الطبعة الاولى ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠٢/٢٠٠٣ .

١٦- **د. أحمد ماهر زغلول و د ــ يوسف يوسف أبو زيد** ــ أصول وقواعد المرافعات ــ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المكملة لها والمرتبطة بها ــ دار أبو المجد للطباعة ــ وحدة توزيع الكتاب الجامعى ــ عام ٢٠٠١.

١٧- **د. أحمد محمد سعيد** ــ شرح أحكام إيجار الأماكن فى القانون المصرى واليمنى ــ عام ١٩٨٩.

١٨- **د. إسماعيل غانم** ــ فى النظرية العامة للإلتزام ــ أحكام الإلتزام ــ مطبعة النصر بشبرا ــ عام ١٩٥٦ .

١٩- **د. إسماعيل غانم** ــ محاضرات فى النظرية العامة للحق ــ الطبعة الثالثة ــ مكتبة سيد عبد الله وهبه ــ عام ١٩٦٦ .

٢٠- **د. إسماعيل غانم** ــ النظرية العامة للإلتزام ــ مصادر الإلتزام ــ دار نشر بدون ــ طبعة ١٩٦٨.

٢١- **د. إسماعيل غانم** ــ عقد العمل ــ مكتبة سيد عبد الله وهبه ــ عام ١٩٦٩/١٩٧٠.

٢٢- **د. إسماعيل غانم** ــ فى قانون العمل ــ دار نشر بدون ــ عام ١٩٩١.

٢٣- **د. أشرف جابر سيد** ــ المسئولية عن فعل الأشياء المستخدمة فى تنفيذ العقد ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠٢.

٢٤- **د. السيد عيد نايل** ــ المصادر غير الإدارية للإلتزام ــــ المسئولية التقصيرية ــ الإثراء بلا سبب ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠٠/٢٠٠١.

٢٥- **د. أكثم أمين الخولى** ــ الصلح والهبة والوكالة ــ عام ١٩٥٧.

٢٦- **د. أنور سلطان** ــ النظرية العامة للإلتزام ــ الجزء الثانى ــ أحكام الإلتزام ــ دار المعارف ــ بدون تاريخ.

٢٧- **د. أنور سلطان و د ــ جلال العدوى** ــ العقود المسماه ــ عقد البيع ــ دار المعارف بمصر ــ طبعة ١٩٦٦.

٢٨- **د. أنور سلطان و د ــ جلال العدوى** - رابطة الإلتزام ــ عام ١٩٦٨ .

٢٩- **د. أنور طلبه** ــ التعليق على نصوص القانون المدنى ــ الجزء الثانى ــ دار المطبوعات الجامعية ــ عام ١٩٧٦.

٣٠- **المستشار/ أنور طلبة** ــ نماذج العقود والتصرفات القانونية ــ المكتب الجامعى الحديث ــ عام ٢٠٠١.

٣١- **د. أيمن إبراهيم العشماوى** ــ مفهوم العقد وتطوره ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠٢.

٣٢- **د. إيهاب حسن إسماعيل** ــ قانون العمل ــ ج١ ــ مكتبة القاهرة الحديثة ــ بدون تاريخ.

٣٣- **د ــ برهام محمد عطا الله** ــ إيجار الأماكن ــ عام ١٩٨٥.

٣٤- **د. توفيق حسن فرج** ــ القانون الرومانى ــ طبعة ١٩٧٥.

٣٥- **د. توفيق حسن فرج** ــ المدخل للعلوم القانونية ــ طبعة ١٩٧٦.

٣٦- **د. توفيق حسن فرج** ــ النظرية العامة للالتزام ــ مصادر وأحكام ــ عام ١٩٧٨.

٣٧- **د. توفيق حسن فرج** ــ عقد البيع والمقايضة ــ مؤسسة الثقافة الجامعية ــ طبعة ١٩٧٩.

٣٨- **د. توفيق حسن فرج** ــ المدخل للعلوم القانونية ــ القسم الأول ــ النظرية العامة للقانون ــ الدار الجامعية ــ عام ١٩٩٣.

٣٩- **د. توفيق حسن فرج**- أحكام التأمين-الجزء الأول-مؤسسة الثقافة الجامعية-الإسكندرية-عام ١٩٩٦.

٤٠- **د. ثروت أنيس الأسيوطى** ــ المنهج القانونى بين الرأسمالية والإشتراكية ــ مصر المعاصرة ــ عام ١٩٦٠.

٤١- **د. جلال إبراهيم** - الوجيز فى مصادر الالتزام ــ دار نشر بدون ــ عام ٢٠٠٠ /٢٠٠١.

٤٢- **د. جلال العدوى** - مبادئ الالتزامات ــ الجزء الثانى ــ دار نشر بدون - طبعة ١٩٧٣.

٤٣- **د. جلال العدوى ود ــ رمضان أبو السعود ود ــ محمد حسن قاسم** ــ الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ــ منشأة المعارف بالاسكندرية ــ عام ١٩٩٦.

٤٤- **د. جميل الشرقاوى** ــ الإثراء بلا سبب على حساب الغير ــ طبعة ١٩٧٢.

٤٥- **د. جميل الشرقاوى** ــ مصادر الإلتزام ــ دار نشر بدون ــ طبعة ١٩٨٢ .

٤٦- **د. جميل الشرقاوى** ــ مذكرات فى نظرية الالتزام ــ الكتاب الأول. مصادر الالتزام ــ عام ١٩٩٦.

٤٧- **د. حسام الدين كامل الأهوانى** ــ مصادر الإلتــزام ــ الجــزء الأول ــ دار الثقافة الجامعية ــ الطبعة الثانية ــ عام ١٩٩٥ .

٤٨- **د. حسام الدين كامل الأهوانى و حمدى عبد الرحمن** ــ أصول القــانون ــ دار نشر بدون ــ عام ١٩٩٦.

٤٩- **د. حسن حسين البراوى** ــ التعاقد من الباطن ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠٢ .

٥٠- **د. حسن زكى الإبراشى** ــ مسئولية الأطبــاء والجــراحين فــى التشــريع المصرى ــ دار نشر بدون ــ طبعة ١٩٥١.

٥١- **د. حسن كيره** ــ أصول القانون ــ دار المعارف بمصــر ــ عــام ١٩٥٩ /١٩٦٠.

٥٢- **د. حسن كيره** ــ المدخل إلى القانون ــ الطبعة الخامسة ــ دار نشر بــدون ــ عام ١٩٧٤.

٥٣- **د. حسن كيــره** ــ أصــول قــانون العمــل ــ ط ٣ ــ منشــأة المعــارف بالاسكندرية ــ عام ١٩٧٩.

٥٤- **د. حسين النواوى** ــ عوارض الأهلية فى الشريعة الإسلامية ــ دار نشــر بدون ــ طبعة عام١٩٥٣ .

٥٥- **د. حسين عامر** ــ القوة الملزمة للعقد ــ ــ دار نشر بدون ــ الطبعة الأولى ــ القاهرة ــ عام ١٩٤٩.

٥٦- **د. حلمى بهجت بدوى** ــ أصول الإلتزامات ــ الكتاب الأول ــ نظرية العقد ــ مطبعة نورى بالقاهرة ــ عام ١٩٤٣.

٥٧- **د. حمدى عبد الرحمن** ــ قانون العمل ــ ــ دار نشر بدون ــ عام ١٩٧٦ .

٥٨- **د. حمدى عبد الرحمن** ــ فكرة الحق ــ دار الفكر العربى ــ سنة ١٩٧٩.

٥٩- **د. حمدى عبد الرحمن** ــ شرح قوانين إيجار الأمــاكن ــ ــ دار النهضــة العربية ــ عام ١٩٨٢.

٦٠- **د. حمدى عبد الرحمن** ــ حق الامتيازو الحق فــى الحــبس فــى القــانون المصرى ــ دار الحقوق للطبع و النشر ــ عام ١٩٨٨.

٦١- **د. حمدى عبد الرحمن ود ــ حسن أبو النجا** ــ النظرية العامة للحق ــ عام ١٩٩٨/١٩٩٧.

٦٢- **د. حمدى عبد الرحمن** ــ الوسيط فى النظرية العامة للإلتزامات ــ الكتــاب الاول ــ المصادر الإرادية للإلتزام ــ العقد والإرادة المنفردة ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٩.

٦٣- **د. رأفت محمد أحمد حماد** ــ المسئولية المدنية لمقاولى البناء من الباطن فى القانون المدنى ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٥.

٦٤- **د. رمزى سيف** ــ الوجيز فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ــ الطبعة الأولى ــ مكتبة النهضة العربية ــ عام ١٩٥٧.

٦٤ــ **د ــ رمزى سيف** – قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية – الطبعة الثامنة – القاهرة – عام ١٩٦٩ .

٦٥- **رمضان أبو السعود** ــ أحكام الإلتزام ــ دار المطبوعات الجامعية ــ عــام ١٩٩٨ .

٦٦- **د. سعد عبد السلام حبيب المحامى** ــ شرح عقد العمل فى القانون الموحــد ــ مكتبة دار النهضة المصريةــ طبعة ١٩٥٩ .

٦٧- **د. سعيد جبر** ــ أحكام الإلتزام ــ دار نشر بدون ــ عام ١٩٩٧.

٦٨- **د. سعيد سعد عبد السلام** ــ الوجيز فى العقود المدنية المســماة ــ مقاولــة وبيع ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٩.

٦٩- **د. سعيد سعد عبد السلام** ــ الوجيز فى أحكام الإلتــزام ــ مطــابع الــولاء الحديثة ــ عام ٢٠٠٥.

٧٠- **د. سليمان الطماوى** ــ الأسس العامة للعقود الإدارية ــ دراسة مقارنــة ــ مطبعة جامعة عين شمس ــ عام ١٩٩١ .

٧١- **د. سليمان مرقس** ــ حق الامتياز و الحق فى الحبس وفقا للتقنــين المــدنى الجديد ــ المطبعة العالمية ــ عام ١٩٥٢.

٧٢- **د. سليمان مرقس** ــ المدخل للعلوم القانونية ــ الطبعة الثانية ــ دار النشــر للجامعات المصرية ــ عام ١٩٥٢ .

٧٣- **د. سليمان مرقس** ــ نظرية العقد ــ دار النشــر للجامعــات المصــرية ــ ١٩٥٦.

٧٤- **د. سليمان مرقس** ــ الوافى فى شرح القانون المدنى ــ ٢ ــ فى الإلتزامات ــ المجلد الأول ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ الطبعة الرابعة ــ طبعة ١٩٨٧.

٧٥- **د. سليمان مرقس** ــ بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنيــة ــ دار الكتب القانونية شتات مصر ــ المنشورات الحقوقية ــ صادربيروت ــ لبنان ــ عام ١٩٨٨.

٧٦- **د. سليمان مرقس** ــ فى الإلتزامات ــ فى الفعل الضار والمسئولية المدنيــة ــ المسئوليات المفترضة ــ الطبعة الخامسة ــ دار الكتب شتات مصــر ــ تنقيح د ــ حبيب إبراهيم الخليلى ــ عام ١٩٨٩.

٧٧- **د. سليمان مرقس** ــ الوافى فى شرح القانون المدنى ــ (٢) فى الإلتزامات ــ المجلد الرابع ــ أحكام الإلتزام ــ دار الكتب القانونية شــتات مصــر ــ الطبعة الثانية ــ تنقيح د ــ حبيب إبراهيم الخليلى ــ عام١٩٩٢.

٧٨- **د ــ سليمان مرقس** ــ الوافى فى شرح القانون المدنى ــ ٣ ــ فى العقــود المسماة ــ المجلد الثانى ــ عقد الإيجار ــ ١٩٩٣.

٧٩- **د. سمير عبد السيد تناغو ود ــ محمد حسين منصور** ــ القانون والإلتــزام ــ الجزء الأول ــ مصادر الإلتزام ــ دار المعــارف الجامعيــة للطباعــة والنشر ــ الإسكندرية ــ تاريخ نشر بدون.

٨٠- **د. سمير عبد السيد تناغو** ــ النظرية العامة للقانون ــ طبعة ١٩٧٤.

٨١- **د. سمير عبد السيد تناغو** ــ مصادر الالتزام ــ طبعة ١٩٧٦.

٨٢- **د. سمير عبد السيد تناغو** ــ عقد الإيجار ــ منشأة المعارف بالإســكندرية عام ١٩٩٧/١٩٩٨.

٨٣- **د. سمير عبد السيد تنــاغو** ــ مصــادر الإلتــزام ــ بــدون دار نشــر ــ ١٩٩٩/٢٠٠٠.

٨٤- **د. شفيق شحاتة** ــ الالتزامات فى القانون الرومانى ــ طبعة ١٩٦٣.

٨٥- **د. صوفى أبو طالب** ــ أبحاث فى مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الرومــانى ــ طبعة ١٩٧٤.

٨٦- **د. صوفى أبو طالب** ــ الوجيز فى القانون الرومانى ــ طبعة ١٩٧٥.

٨٧- **د. طلبة وهبة خطاب** ــ المسئولية المدنية لناقل الاشخاص بالمجــان ــ دار الفكر العربى ــ بدون تاريخ.

٨٨- **د. طلبه وهبه خطاب** ــ أحكام الإلتزام بين الشريعة الإسلامية والقــانون ــ دراسة مقارنة ــ الطبعة الأولى ــ دار الفكر العربى ــ عام ١٩٨٣.

٨٩- **د. طلبه وهبه خطاب** ــ المسئولية المدنية للمحامى ــ مكتبة ســيد عبــد الله وهبه ــ عام ١٩٨٦.

٩٠- **د. طلبه وهبه خطاب** ــ النظرية العامة للإلتــزام ــ مصــادر الإلتــزام ــ المصادر الإدارية ــ دار أبو المجد للطباعة بالهرم ــ عام ٢٠٠٠/٢٠٠١.

٩١- **د. عادل عبد الرحمن خليل** ــ النظام الإدارى السعودى ــ دراسة مقارنــة ومدعمة بقرارات وأحكام ديوان المظــالم ــ الطبعــةالأولى ــ دار حــافظ للطباعة والنشر ــ جدة ــ عام ١٩٩٣.

٩٢- **د. عادل عبد الرحمن خليل** ــ آثار العقود الإدارية ــ وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية ــ مطبعة الإيمــان ــ بدون عام نشر.

٩٣- **د. عادل عبد الرحمن خليل** ــ العقود الإدارية آثارها وتنفيذها - دار الثقافــة الجامعية ــ عام ١٩٩٩.

٩٤- **د. عاشور مبروك** ــ الوسيط فى القانون الخاص ــ مكتبة الجلاء ــ الكتاب الأول ــ عام١٩٩٦.

٩٥- **د. عاطف النقيب** ــ النظرية العامة الناشئة عن الفعل الشخصى ــ بيــروت ــ الطبعة الأولى ــ عام ١٩٨٣.

٩٦- **د. عبد الحكم فودة** ــ الخطأ فى المسئولية التقصيرية ودراسة تحليلية عملية فى ضوء الفقه وقضاء النقض ــ دار الفكر الجامعى ــ عام ١٩٩٦ .

٩٧- **د. عبد الحميد عثمان الحفنى** ــ المسئولية المدنية للمقاول من الباطن ــ دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى والكويتى ــ الطبعة الأولى ــ عام ١٩٩٩.

٩٨- **د. عبد الحى حجازى** ــ نظرية الحق ــ الطبعة الثانية ــ عام ١٩٥١/١٩٥٢ .

٩٩- **د. عبد الحى حجازى** ــ النظرية العامة للإلتزام ــ الجزء الأول ــ مصادر الإلتزام ــ المطبعة العالمية ــ طبعة ١٩٦٠ .

١٠٠- **د. عبد الحى حجازى** ــ النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتى ــ الجزء الأول ــ المجلد الثانى ــ مطبوعات ــ جامعة الكويت ــ عام ١٩٨٢.

١٠١- **د. عبد الرزاق السنهورى** ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السادس ــ المجلد الأول ــ العقود الواردة على الانتفاع بالشىء ــ الإيجار والعارية ــ دار القلم ــ بدون تاريخ نشر.

١٠٢- **د. عبد الرزاق السنهورى**ــ النظرية العامة للالتزامات ــ الجزء الأول ــ نظرية العقد ــ مطبعة دار الكتب بالقاهرة ــ طبعة ١٩٣٤.

١٠٣- **د. عبد الرزاق السنهورى** ــ دروس فى التصرف القانونى والواقعة القانونية ــ طبعة ١٩٥٤.

١٠٤- **د. عبد الرزاق السنهورى** ــ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ــ الجزءالأول ــ طبعة عام ١٩٥٨ ــ دار نشر بدون.

١٠٥- **د. عبد الرزاق السنهورى** ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السابع ــ المجلد الثانى ــ عقود الغرر ــ الطبعة الثانية ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٠.

١٠٦- **د. عبد الرزاق السنهورى** ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء التاسع ــ المجلد الاول ــ فى أسباب كسب الملكية ــ تنقيح المستشار / مصطفى الفقى ــ الطبعة الثانية ــ عام ١٩٩٢.

١٠٧- **د. عبد الرزاق السنهورى** – الوسيط فى شرح القانون المدنى – الجزء الأول ــ نظرية الإلتزام بوجه عام ــ مصادر الإلتزام ــ تنقيح المستشار / أحمد مدحت المراغى ــ منشأة المعارف بالإسكندرية ــ عام ٢٠٠٣.

١٠٨- **د. عبد الرزاق السنهورى** ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء السابع ــ المجلد الاول ــ العقود الواردة على العمل ــ المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ــ تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغى ــ منشأة المعارف بالأسكندرية ــ عام ٢٠٠٤.

١٠٩- **د ــ عبد الرشيد مأمون** ــ الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات ــ الكتاب الأول ــ مصادر الإلتزامات ــ دار النهضة العربية ــ بدون تاريخ.

١١٠- **د. عبد الرشيد مأمون** ــ المسئولية العقدية عن فعل الغير ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٨٦.

١١١- **د. عبد الظاهر حسين** ــ المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٣ .

١١٢- **د. عبد العزيز المرسى** ــ التعاقد باسم مستعار ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٩ .

١١٣- **د. عبد العزيز المرسى** ــ نظرية انقاص التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى ــ دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠٦.

١١٤- **د. عبد العليم عبد المجيد مشرف** ــ فكرة الإعتبار الشخصى فى مجال العقود الإدارية ــ دراسة مقارنة ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠٣.

١١٥- **د. عبد الفتاح عبد الباقى** ــ نظرية الحق ــ مطبعة المعهد العالى الفرنسى للآثار الشرقية ــ القاهرة ــ عام ١٩٥٧.

١١٦- **د. عبد الفتاح عبد الباقى** ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ نادى هيئة قضايا الدولة ــ عام ١٩٨٤.

١١٧- **د. عبد الفضيل محمد أحمد** ــ الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية ــ مكتبة الجلاء بالمنصورة ــ عام ١٩٩١.

١١٨- **د. عبد المنعم البدراوى** – أصول القانون المدنى المقارن ــ الطبعة الثانية ــ بدون تاريخ.

١١٩- **د. عبد المنعم البدراوى** ــ النظرية العامة للالتزام ــ عام ١٩٧١.

١٢٠- **د.عبد المنعم البدراوى** – مصادر الإلتزام ــ دار نشر بدون ــ عام ١٩٧٥.

١٢١- **د. عبد المنعم درويش** ــ محاولة لتحليل فكر الالتزام التعاقدى ــ دراسة مقارنة ــ القانون الرومانى والفقه الإسلامى ــ الطبعة الأولى ــ عام ١٤١٧ هـ ــ ١٩٩٧م.

١٢٢- **د. عبد المنعم فرج الصده** ــ نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ــ جزء ١ ــ طبعة ١٩٥٨.

١٢٣- **د. عبد المنعم فرج الصده** ــ أصول القانون ــ دار نشر بدون ــ طبعة ١٩٦٥.

١٢٤- **د. عبد المنعم فرج الصده** ــ مصادر الإلتزام ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٢.

١٢٥- **د. عبد المنعم فرج الصده، و د. رمزى طه الشاعر، ود. محمد رفعت الصباحى، د. نزيه صادق المهدى، وأ ــ فتحى غنيم** ــ المبادئ العامة للقانون ــ مكتبة عين شمس ــ بدون سنة نشر.

١٢٦- **د. عبد الناصر توفيق العطار** ــ تشريعات تنظيم المبانى ومسئولية المهندس والمقاول ــ مطبعة السعادة ــ عام ١٩٧٢.

١٢٧- **د. عبد الناصر توفيق العطار** ــ شرح أحكام الإيجار ــ الطبعة الثالثة ــ عام ١٩٩٠.

١٢٨- **د. عبد الودود يحيى**-التأمين على الحياة- الطبعة الأولى- عام ١٩٦٣.

١٢٩- **د. عبد الودود يحيى** ــ نظرية الغلط فى القانون الألمانى ــ طبعة ١٩٦١ .

١٣٠- **د. عبد الودود يحيى** ــ دروس فى العقود المسماه ــ البيع والتأمين ــ طبعة ١٩٧٨.

١٣١- **د. عبد الودود يحيى** ــ الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات ــ الجزء الأول ــ مصادر ــ طبعة ١٩٨٢.

١٣٢- **د. عبد الودود يحيى** ــ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ــ الجزء الثانى ــ أحكام الالتزام ــ طبعة ١٩٨٤.

١٣٣- **المستشار/ عز الدين الدناصورى، والمستشار/ حامد عكاز** ــ التعليق على قانون المرافعات ــ الطبعة الثانية ــ نادى القضاة ــ عام ١٩٨٢.

١٣٤- **د. عزيزة الشريف** ــ دراسات فى نظرية العقد الإدارى ــ دار النهضة العربية ــ مطبعة جامعة القاهرة ــ الطبعة الأولى ــ عام ١٩٨١.

١٣٥- **الشيخ/ على الخفيف** ــ أحكام المعاملات الإسلامية ــ الطبعة الثالثة ــ عام ١٩٤٧.

١٣٦- **الشيخ/ على الخفيف** ــ الملكية فى الشــريعة الإســلامية مــع مقارنتهــا بالقوانين العربية ــ طبعة عام ١٩٦٩.

١٣٧- **د. على جمال الدين عوض** ــ القانون البحرى ــ دار النهضة العربيــة ــ عام ١٩٦٩.

١٣٨- **د. على حسن يونس** ــ فى أصول القانون البحرى ــ دار نشر بــدون ــ طبعة عام ١٩٦١.

١٣٩- **د ــ عماد الشربينى** ــ المدخل للعلوم القانونية ــ طبعة عام ١٩٨٢.

١٤٠- **د ــ عمر ممدوح مصطفى** ــ القانون الرومانى ــ الطبعة الثالثة ــ عــام ١٩٥٩.

١٤١- **د. فتحى عبد الرحيم** ــ شرح النظرية العامة للإلتزام ــ الكتــاب الأول ــ مصادر الإلتزام ــ منشأة المعارف بالإسكندرية ــ عام ٢٠٠١ .

١٤٢- **د. فتحى غيث** ــ قانون المهندس ــ دار المعرفة ــ طبعة ١٩٦٠.

١٤٣- **د. فتحى والى** ــ مبادئ قانون القضاء المدنى ــ الطبعة الأولى ــ عام ١٩٧٤.

١٤٤- **د. فتحى والى** ــ الوسيط فى قانون القضاء المدنى ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٨٦ .

١٤٥- **المستشار/ فتيحة قرة** ــ أحكام عقد المقاولة ــ منشأة المعارف بالإسكندرية ــ عام ١٩٩٢ .

١٤٦- **د. فيصل زكى عبد الواحد** – المسئولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية ــ دار الثقافة الجامعية ــ عام ١٩٩١ / ١٩٩٢.

١٤٧- **د. فيصل زكى عبد الواحد** ــ المفهوم القــانونى للمســتفيد مــن التــأمين الإجبارى من المسئولية المدنية من حــوادث المركبــات الآليــة ــ وفقــاً للقانونين الكويتى والمصرى ــ مطبوعات جامعة الكويت ــ عام ١٩٩٤.

١٤٨- **د. فيصل زكى عبد الواحد** ــ أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد ــ وفقاً للقانونين الكويتى والمصرى ــ الرسالة الدولية للطباعة ــ عام ٢٠٠١/٢٠٠٢ .

١٤٩- **د. قدرى عبد الفتاح الشهاوى** ــ عقد المقاولة فى التشريع المصرى المقارن ــ منشأة المعارف بالإسكندرية ــ عام ٢٠٠٢.

١٥٠- **د. كامل عباس الحلـــوانى** ــ الخطر والتأمين ــ دار المعارف بمصـــر ــ عام ١٩٦٥.

١٥١- **د. محسن شفيق** ــ عقد تسليم المفتاح ــ نموذج من عقود التنميـــة ــ دار النهضة العربية ــ بدون تاريخ نشر.

١٥٢- **د. محسن شفيق** ــ مسئولية المنتج ــ "دراسة فى قانون التجارة الدوليـــة" ــ محاضرات على الآلة الكاتبة ــ ألقاها على طلبة الدراسات العليا (دبلوم القانون الخاص) ــ جامعة القاهرة ــ عام ١٩٧٦/١٩٧٧.

١٥٣- **د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه** ــ مشـــكلتان متعلقتـــان بـــالقبول ــ السكوت والإذعان ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٨٥ .

١٥٤- **د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه** ــ النظرية العامة للإلتزام ــ مصادر الإلتزام ــ الجزء الأول ــ المصادر الإرادية ــ مكتبة الجلاء بالمنصـــورة ــ عام ١٩٩٣ .

١٥٥- **د. محمد إبراهيم** ــ النظرية العامة للإلتزام ــ القسم الثانى ــ أحكام الإلتزام ــ عام ٢٠٠١/٢٠٠٢ .

١٥٦- **د. محمد السعيد أمين** ــ المبادئ العامـــة فـــى تنفيـــذ العقـــود الإداريـــة وتطبيقاتها ــ دراسة مقارنة ــ دار الثقافة الجامعية ــ عام ١٩٩٥.

١٥٧- **د ــ محمد المرسى زهرة** ــ المبانى تحت الإنشاء ــ عام ١٩٧٨.

١٥٨- **د. محمد جاد محمد جاد** ــ أحكام الالتزام التضـــاممى ــ فـــى القـــانونين المصرى و الفرنسى ــ بدون دار نشر ــ عام ٢٠٠٣.

١٥٩- **د. محمد حسام محمود لطفى** ــ المسئولية المدنية فى مرحلة التفاوض ــ دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى ــ بدون دار نشر ــ عـــام ١٩٩٥.

١٦٠- **د. محمد حسين منصور** ــ المســـؤلية المعماريـــة ــ منشـــأة المعـــارف بالأسكندرية ــ عام ١٩٨٤.

١٦١- **د. محمد رفعت الصباحى** ــ المسئولية المدنية للمقاول مـــن البـــاطن فـــى أعمال التشييد والبناء ــ مكتبة عين شمس ــ عام ١٩٩٥.

١٦٢- **د. محمد رمزى الشاعر و د. محمد رفعت الصباحى و د. نزيه الصادق المهدى و أ. فتحى غنيم** ــ المبادئ العامة فى القانون ــ مكتبة عين شمس ــ عام ١٩٩٣.

١٦٣- **د. محمد شكرى سرور** ــ النظرية العامة للحق ــ الطبعة الأولى ــ دار الفكر العربى ــ عام ١٩٧٩.

١٦٤- **د. محمد شكرى سرور** ــ مسئولية مهندس ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ــ دار الفكر العربى ــ عام ١٩٨٥ .

١٦٥- **د. محمد شكرى سرور** ــ موجز الأحكام العامة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٥ .

١٦٦- **أ. محمد عبد الرحيم عنبر** ــ الوجيز فى عقد المقاولة والتوكيلات التجارية ــ الطبعة الثالثة ــ عام ١٩٨٨.

١٦٧- **د. محمد عبد الظاهر حسين** ــ المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٣ .

١٦٨- **د. محمد على عرفه** ــ أهم العقود المدينة ــ الكتاب الأول ــ فى العقود الصغيرة ــ مكتبة عبد الله وهبه ــ عام ١٩٤٥.

١٦٩- **د. محمد على عرفه** ــ مبادئ العلوم القانونية ــ الطبعة الثالثة ــ مكتبة دار النهضة المصرية ــ عام١٩٥١.

١٧٠- **د. محمد على عمران** ــ عقد الإيجار ــ بدون دار نشر ــ عام ١٩٧٨.

١٧١- **د. محمد عمران** ــ الوسيط فى شرح أحكام قانون العمل ــ مطبعة عين شمس ــ عام ١٩٧٩ /١٩٨٠.

١٧٢- **د. محمد على عمران** ــ مبادئ العلوم القانونية ــ بدون دار نشر ــ طبعة ١٩٨١.

١٧٣- **د.محمد على عمران** ــ دروس فى مصادر الإلتزام ــ الجزء الأول ــ بدون دار نشر ــ طبعة ١٩٨٢.

١٧٤- **د. محمد كامل مرسى** ــ شرح القانون المدنى الجديد ــ العقود المسماة ــ المطبعة العالمية ــ عام ١٩٤٩.

١٧٥- **د. محمد لبيب شنب** ــ شرح أحكام عقد المقاولة ــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الأولى ــ عام ١٩٦٢.

١٧٦- **د. محمد لبيب شنب** ــ شرح أحكام الإيجار ــ وفقاً للمجموعة المدنية والتشريعات الخاصة ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٦٤.

١٧٧- **د. محمد لبيب شنب** ــ مصادر الإلتزام ــ عام ١٩٨٧.

١٧٨- **د.محمد لبيب شنب** ــ الوجيز فى شرح أحكام الإيجار ــ عام ١٩٩٦.

١٧٩- **د. محمد لبيب شنب** ــ شرح أحكام عقد المقاولة ــ فى ضوء الفقه والقضاء ــ منشأة المعارف بالأسكندرية ــ الطبعة الثانية ــ عام ٢٠٠٤ .

١٨٠- **د ــ محمد ماجد محمود** ــ دور القواعد الحديثة فى المناقصات والمزايدات فى الدول النامية ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٧.

١٨١- **د. محمد محسوب** ــ أزمة العدالة العقدية فى القانون الرومانى ــ دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانونى الحديث ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠٠.

١٨٢- **د ــ محمد محمد أبو زيد** ــ المفاوضات فى الإطار التعاقدى (صورها ــ وأحكامها) ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٥.

١٨٣- **د ــ محمد محمد أبو زيد** ــ نحو بعد جديد فى سلطة القاضى عند معالجة أثر الظرف الطارئ ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٥.

١٨٤- **د. محمد محمد أبو زيد** ــ بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة (الإيدز) ــ مطبوعات جامعة الكويت ــ عام ١٩٩٦.

١٨٥- **د ــ محمد محمد أبو زيد** ــ عقد التأمين فى القانون الكويتى ــ مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ــ الطبعة الأولى ــ عام ١٩٩٦.

١٨٦- **د. محمد معروف الدواليبى** ــ الوجيز فى الحقوق الرومانية ــ الطبعة الخامسة ــ عام ١٩٦٣.

١٨٧- **د. محمد ناجى ياقوت** ــ مسئولية المعماريين ــ بدون دار نشر ــ عام ١٩٨٤ .

١٨٨- **د. محمد ناجى ياقوت** ــ عقد المقاولة ــ النسر الذهبى للطباعة ــ عام ١٩٩٧.

١٨٩- **د. محمود السقا** ــ فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ــ دار الفكر العربى ــ عام ١٩٨٢.

١٩٠- **د. محمود جمال الدين زكى** ــ دروس فى النظرية العامة للالتزامات ــ دار مطابع الشعب ــ عام ١٩٦٤/١٩٦٥.

١٩١- **د. محمود جمال الدين زكى** ــ مشكلات المسئولية المدنية ــ الجزء الأول ــ فى ازدواج أو وحدة المسئولية ومسألة الخيرة ــ مطبعة جامعة القاهرة ــ عام ١٩٧٨ .

١٩٢- **د. محمود عبد الرحمن محمد** ــ الوسيط فى شرح أحكام عقد الإيجار ــ الجزء الأول ــ الأحكام العامة ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٩٨.

١٩٣- **د. محمود عبد الرحمن محمد** ــ النظرية العامة للإلتزام ــ الجزء الثانى ــ أحكام الإلتزام ــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الأولى ــ عام ١٩٩٩.

١٩٤- **د. محمود محمد هاشم** ــ قانون القضاء المدنى ــ الجزء الثانى ــ بدون دار نشر ــ عام ١٩٨٩.

١٩٥- **المستشار/ أنور طلبة** ــ نماذج العقود والتصرفات القانونية ــ المكتب الجامعى الحديث ــ عام ٢٠٠١. .

١٩٦- **د ــ مسعد قطب، د ــ سليمان هاشم** ــ تاريخ القانون المصرى ــ النظم القانونية فى مصر فى العصرين الرومانى والإسلامى ــ مؤسسة طابا للطباعة والنشر ــ عام ١٩٩٤/١٩٩٥.

١٩٧- **د. مصطفى الجارحى** ــ عقد المقاولة من الباطن ــ دراسة مقارنة ــ فى القانونين المصرى والفرنسى ــ الطبعة الأولى ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٨٨. ..

١٩٨- **د. مصطفى الجمال** ــ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ مصادر الالتزام ــ الطبعة الأولى ــ بدون سنة نشر ــ بدون ناشر.

١٩٩- **د. مصطفى الجمال** ــ أحكام الإلتزام ــ الفتح للطباعة والنشر ــ عام ٢٠٠٠.

٢٠٠- **د. مصطفى الجمال** ــ الموجز فى أحكام الإيجار ــ الطبعة الأولى ــ الفتح للطباعة والنشر ــ عام ٢٠٠٢ .

٢٠١- **د. مصطفى زيد ونجم الدين الطوخى** ــ المصلحة فى التشريع الإسلامى ــ بدون دار نشر ــ الطبعة الثانية ــ عام ١٩٦٤.

٢٠٢- **د. مصطفى عبد الحميد عدوى** ــ الوجيز فى عقد الوكالة فى القانون المصرى والأمريكى ــ عام ١٩٩٧.

٢٠٣- **د. مصطفى كيره** ــ النقض المدنى ــ مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ــ عام١٩٩٢.

٢٠٤- **د. مصطفى محمد الجمال ود- عكاشة محمد عبد العال** ــ التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ــ منشورات الحلبى الحقوقية ببيروت ــ عام ١٩٩٨ .

٢٠٥- **د. منصور مصطفى منصور** ــ عقد الإيجار ــ بدون دار نشر ــ عام ١٩٧٠.

٢٠٦- **د. منصور مصطفى منصور و د ــ جلال إبراهيم** ــ الوجيز فى مصادر الإلتزام ــ النسر الذهبى للطباعة ــ عام ٢٠٠٠/٢٠٠١ .

٢٠٧- **د ــ ناجى عبد المؤمن** – الإفلاس والصلح الواقى منه فى قانون التجارة الجديد ــ الجزء الأول ــ شروط الإفلاس وآثاره ــ سنة ٢٠٠٥.

٢٠٨- **د. نبيل إسماعيل عمر** ــ قانون المرافعات المدنية والتجارية ــ دار الجامعة الجديدة للنشر ــ عام ١٩٩٤.

٢٠٩- **د . نبيلة رسلان** ــ آثار عقد الإيجار ــ عام ١٩٨٩.

٢١٠- **د. نبيلة رسلان** ــ عقد المقاولة ــ بدون دار نشر ــ عام ١٩٩٧.

٢١١- **د. نبيلة رسلان** ــ عقد الإيجار فى ضوء أحكام القانون المدنى وقوانين إيجار الأماكن رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ ــ بدون دار نشر ــ عام ١٩٩٨/١٩٩٩.

٢١٢- **د. نزيه الصادق المهدى** ــ دراسة انتقادية لنطاق التأمين الإجبارى ــ من المسئولية المدنية للمهندس المعمارى والمقاول ــ ١٩٨٢.

٢١٣- **د. نزيه الصادق المهدى** ــ الإلتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد ــ دار النهضة العربية ــ عام ١٩٨٢.

٢١٤- **د. نزيه الصادق المهدى وأ/ فتحى غنيم** ــ المبادئ العامة فى القانون ــ مكتبة عين شمس ــ عام ١٩٩٥.

٢١٥- **د ــ نزيه محمد الصادق المهدى** ــ النظرية العامة للإلتزام ــ الجزء الأول ــ مصادر الإلتزام ــ دار النهضة العربية ــ عام ٢٠٠١.

٢١٦- **د. نعمان خليل جمعه** ــ دروس فى المدخل للعلوم القانونية ــ بدون دار نشر ــ طبعة ١٩٧٩.

٢١٧- **د. وجدى راغب** ــ نظرية العمل القضائى ــ طبعة ١٩٧٤.

٢١٨- **د. ياسين محمد سليمان** ــ النظرية العامة للإلتزام ــ عام ١٩٨٦ .

٢١٩- **د. يسر أنور على** ــ شرح قانون العقوبات ــ النظرية العامة ــ دار الثقافة الجامعية ــ عام ١٩٩٥.

الرسائل:

١- **د. أحمد فتح الله أبو سكينة** ــ النظرية العامة للإثراء بلا سبب فى القانون الإدارى ــ دراسة مقارنة ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة عين شمس ــ عام ١٩٩٥ .

٢- **د. أحمد مرزوق** ــ نظرية الصورية فى التشريع المصرى ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٥٨.

٣- **د. أميرة صدقى** ــ النظام القانونى للمشروع العام ودرجة أصالته ــ دراسة مقارنة ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة القاهرة ــ عام ١٩٧١.

٤- **د.أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوى** ــ تطور فكرة الخطأ كأساس للمسئولية ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة عين شمس ــ عام ١٩٩٨.

٥- **د. جمال مرسى بدر** ــ النيابة فى التصرفات القانونية ــ طبيعتها ــ أحكامها ــ رسالة دكتوراه ــ مطابع البصير بالإسكندرية ــ عام ١٩٥٤.

٦- **د. جميل الشرقاوى** ــ نظرية بطلان التصرف القانونى ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة القاهرة ــ عام ١٩٥٦.

٧- **د. حسين حامد حسان** ــ نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى ــ رسالة دكتوراه ــ المطبعة العالمية ــ طبعة ١٩٧١.

٨- **د. حسين يوسف غنايم** ــ المصلحة فى التأمين البحرى ــ رسالة دكتوراه ــ القاهرة ــ عام ١٩٧٩ .

٩- **د. رمضان أبو السعود** ــ الدعوى المباشرة ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٧٤.

١٠- **د. سعد سالم عبد الكريم العسيلى** ــ التأمين فى نطاق المسئولية الطبية فى القانون المقارن ــ رسالة دكتوراه .

١١- **د.سعد محمد الشناوى** ــ مدى الحاجة إلى الأخذ بنظرية المصالح المرسلة فى الفقه الإسلامى ــ رسالة دكتوراه ــ القاهرة ــ طبعة ١٩٧٧.

١٢- **د. سعد واصف** ــ التأمين من المسئولية ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٥٨.

١٣- **د ــ سمير إسماعيل** ــ الإعتبار الشخصى للإلتزام ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة الإسكندرية ــ عام ١٩٧٥.

١٤- **د . عاطف محمد كامل فخرى** ــ الغير فى القانون المدنى المصرى ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة ١٩٧٦.

١٥- **د. عبد الرازق حسين يس** ــ المسئولية الخاصة للمهندس المعمارى ومقاولى البناء ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة ١٩٨٧.

١٦- **د. عبد الرحمن عياد** ــ أساس الإلتزام التعاقدى ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة ١٩٧٢.

١٧- **د.عبد القادر الفار** ــ أساس مسئولية حادث الأشياء ــ دراسة مقارنة بين الأنظمة الثلاث (اللاتينى ــ الانجلو الأمريكى ــ الإسلامى) ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة القاهرة ــ عام ١٩٨٩.

١٨- **د.عبد المجيد فياض** ــ نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى ــ دراسة مقارنة ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة عين شمس ــ عام ١٩٧٥.

١٩- **د.عبد المنعم الشرقاوى** ــ نظرية المصلحة فى الدعوى ــ رسالة دكتوراه ــ الطبعة الاولى ــ القاهرة ــ عام ١٩٤٧.

٢٠- **د.عبد الودود يحيى** ــ حوالة الدين ــ دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى والقانون المصرى ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٦٠.

٢١- **د.عبس الحسن** ــ التزامات وحقوق المتعاقدين فى تنفيذ عقد الأشغال العامة ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة القاهرة ــ عام ١٩٩٧.

٢٢- **د. فتحى عبد الصبور** ــ الشخصية المعنوية للمشروع العام ــ رسالة دكتوراه ــ طبعة ١٩٧٣.

٢٣- **د. فتحى والى** ــ نظرية البطلان فى قانون المرافعات ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٥٨ .

٢٤- **د. فيصل زكى عبد الواحد** ــ أضرار البيئة فى محيط الجوار ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٨٨/١٩٨٩.

٢٥- **د ــ محسن شفيق** ــ أهلية القاصر البالغ ١٨ سنة فى إحتراف التجــارة ــ مجلة الحقوق ــ س١ ــ ع١.

٢٦- **د.محمد سعيد أمين** ــ الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد الإدارى ــرسالة دكتوراه ــ دراسة مقارنة ــ جامعة عــين شمس ــ عام ١٩٨٣.

٢٧- **د.محمد عبد السلام مخلص** ــ نظرية المصلحة فى دعوى الإلغاء ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٨١.

٢٨- **د.محمد لبيب شنب** ــ المسئولية عن الأشياء غير الحية ــ دراسة فى القانون المصرى مقارناً بالقانون الفرنسى ــ رسالة دكتوراه ــ جامعــة القــاهرة ــ عام ١٩٥٧.

٢٩- **د. محمود أبو عافية** ــ التصرف القانونى المجرد ــ رسالة دكتوراه ــ مقدمة لجامعة القاهرة ــ عام ١٩٤٦.

٣٠- **د. مصطفى كامل عصيمى** ــ عقد المقاولة من الباطن ــ القانون الوضــعى والشريعة الإسلامية ــ رسالة دكتوراه ــ كلية الحقوق ــ جامعة أســيوط ــ عام ٢٠٠٢.

٣١- **أ. ناصر محمد عبد الله سلطان** ــ المسئولية عن فعل الأشياء التــى تتطلــب عناية خاصة والآلات الميكانيكية ــ رسالة ماجستير ــ جامعة القــاهرة ــ عام ٢٠٠٤.

٣٢- **د.نبيلة رسلان** ــ النظرية العامة للعلاقات الثلاثيــة فــى القــانون المــدنى المصرى ــ رسالة دكتوراه ــ عام ١٩٨٧.

٣٣- **د. نجم حمد الأحمد** ــ التعاقد من الباطن فى نطاق العقود الإدارية ــ رسالة دكتوراه ــ عام ٢٠٠١.

٣٤- **د. هشام عبد المقصود** ــ نظرية حرية العقود والشروط فى الفقه الإســلامى مقارناً بالتشريع الوضعى ــ رسالة دكتوراه ــ القاهرة ــ بدون تاريخ.

٣٥- **د.هناء خيرى أحمد خليفة** ــ المسئولية المدنية فى نطاق الأسرة العقديــة ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة عين شمس ــ عام ٢٠٠٢.

٣٦- **د.وليد فاروق جمعة**ــ حماية المقاول من الباطن فى إطــار عقــد الأشــغال العامة ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة عين شمس ــ عام ٢٠٠٠ .

٣٧- **د.وليم سليم قلادة** ــ التعبير عن الإرادة فى القانون المدنى المصرى ــ رسالة دكتوراه ــ المطبعة التجارية الحديثة ــ عام ١٩٥٥.

البحوث والتعليقات والمقالات:

١- **د.إبراهيم الدسوقى أبو الليل** – علاقة المقاول من الباطن برب العمل – مجلة المحامى الكويتية – السنة الرابعة والعشرين ــ يناير – فبراير – مارس عام ٢٠٠٠.

٢- **د. أبو زيد رضوان** ــ مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال ــ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ــ السنة الثانية عشرة ــ العدد الأول ــ عام ١٩٧٠.

٣- **د. أحمد السعيد الزقرد** ــ دعوى المشترى بالضمان الخاص للمبانى والإنشاءات فى مواجهة المقاول أو المهندس ــ مجلة الحقوق الكويتية ــ عدد خاص ــ السنة الثانية والعشرون ــ العدد الثانى ــ يونيو عام ١٩٩٨.

٤- **المستشار / أحمد وهبه** ــ موسوعة مبادئ النقض فى المسئولية المدنية ــ الطبعة الأولى ــ مصادر المسئولية وأركانها ــ الجزءالأول ــ عام ١٩٩١.

٥- **د. حامد زكى** ــ تعليقات على الأحكام المدنية ــ مجلة القانون والإقتصاد ــ السنة الثامنة.

٦- **د.جابر محجوب على** ــ المسئولية العقدية عن الغير فى إطار المجموعات العقدية ــ دراسة مقارنة ــ مجلة المحامى الكويتية ــ السنة ٢٣ ــ أبريل /مايو/ يونيو عام ١٩٩٩.

٧- **د.جاسم على سالم الشامى** ــ تفسير قانون المعاملات المدنية وتأويله ــ مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ــ العدد الأول ــ السنة الواحد والأربعون ــ يناير عام ١٩٩٩.

٨- **د.جميل الشرقاوى** ــ طبيعة المحل والسبب فى التصرف القانونى ــ مجلة القانون والإقتصاد ــ س ٣٤-ع١-عام ١٩٦٤ .

٩- **د.حامد زكى** ــ تعليقات على الأحكام المدنية ــ مجلة القانون والإقتصاد ــ السنة الثانية.

١٠- **د.حسام الدين كامل الأهوانى** ــ المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ــ مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ــ س ١٧-ع١ ــ عام ١٩٧٥.

١١- **د.حسام الدين كامل الأهوانى** ــ المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولى ــ مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ــ العدد الثانى ــ السنة الثامنة والثلاثون ــ يوليو عام ١٩٩٦.

١٢- **د. سليمان مرقس** ــ حجية المحددات العرفية فى الإثبات ــ مجلة الاقتصاد والقانون ــ السنة الرابعة عشر.

١٣- **د.سليمان مرقس** ــ محاضرة ألقيت فى مساء يوم الإثنين ١٩٧٠/٥/١٢ ــ قاعة الكتب بمدينة حلب فى افتتاح موسم المحاضرات التى نظمته لسنة ١٩٧٠، مشار إليها بمرجع المؤلف ــ بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ــ دار الكتب القانونية شتات ــ عام ١٩٩٨.

١٤- **د. شفيق شحاتة** ــ مفهوم النيابة فى القانون الرومانى ــ مجلة القانون والاقتصاد ــ س ١٥.

١٥- **د. شفيق شحاتة** ــ نظرية النيابة فى القانون الرومانى ــ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية.

١٦- **د. شفيق شحاتة** ــ نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية ــ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ــ السنة (١) ١٩٥٩.

١٧- **الشيخ/ محمد أبو زهرة** ــ المصالح المرسلة أو مذهب المنفعة فى الفقه الإسلامى ــ مجلة القانون والإقتصاد ــ العدد الأول ــ السنة السابعة عشر ــ مارس عام ١٩٤٧.

١٨- **د. عبد الباسط جميعى** ــ الوكالة الظاهرة ــ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ــ س ٥ ــ ع٢.

١٩- **د. عبد الحى حجازى** ــ الاشتراط لمصلحة الغير ــ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ــ السنة الخامسة ــ العدد الأول والثانى ــ عام ١٩٦٤.

٢٠- **د.عبد الهادى العطافى** ــ ماهية الحق فى القانون الخاص ــ مجلة القانون والإقتصاد ــ س ٣٤.

٢١- **د. عبد الودود يحيى** ــ مسئولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها ــ مقال ــ مجلة مصر المعاصرة ــ السنة السبعون ــ العدد ٣٧٦ ــ أبريل ١٩٧٩.

٢٢- **د.فايز عبد الله الكندرى** ــ مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة للغير ــ مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ــ جامعة عين شمس ــ العدد الثانى ــ السنة ٤٢ ــ يوليو عام .

٢٣- **د.فيصل زكى عبد الواحد** ــ ضوابط وحدود المظهر الجديد للرابطة العقدية فى القانون المدنى الكويتى ــ جمعية المحاميين الكويتية ــ المحامى ــ السنة التاسعة عشر ــ يناير / فبراير / مارس ــ عام ١٩٩٦.

٢٤- **د.محمد الشقنقيرى** ــ محاضرات فى فلسفة القانون ــ دبلوم القانون الخاص ــ مكتبة الدراسات العليا ــ عام ٢٠٠٠.

٢٥- **د.محمد سلام مدكور** ــ المصالح المرسلة ــ مجلة مصر المعاصرة ــ عام ١٩٦٨.

٢٦- **د ــ محمد محيى الدين إبراهيم سليم** ــ الظروف الخاصة بالجار المضرور ومدى تأثيرها على مبدأ المسئولية أو مقدار التعويض ــ دراسة مقارنة فى إطار نظرية مضار الجوار غير المألوفة ــ مجلة البحوث القانونية والإقتصادية التى تصدر عن كلية الحقوق ــ جامعة المنوفية ــ العدد الصادر فى أبريل ــ عام ١٩٩٤.

٢٧- **د ــ محمد محيى الدين إبراهيم سليم** ــ أحكام مسألة المتبوع عن خطأ التابع ــ دراسة مقارنة ــ مجلة البحوث القانونية والإقتصادية التى تصدر عن كلية الحقوق جامعة المنوفية ــ العدد التاسع ــ أبريل ــ عام ١٩٩٦.

٢٨- **د. محمد محيى الدين إبراهيم** ــ نطاق مبدأ نسبية أثر العقود فى القانون الإنجليزى والمصرى (دراسة مقارنة) - مجلة البحوث القانونية والإقتصادية ــ كلية الحقوق ــ جامعة المنوفية ــ العدد الرابع ــ السنة السابعة ــ أكتوبر ١٩٩٨.

٢٩- **د ــ محمود السقا** ــ مبدأ حسن النية الأساس الفلسفى لفكرة الرضائية، وأثر الفلسفة فى الفقه والقانون الرومانى ــ مجلة القانون والاقتصاد، س٤٢.

٣٠- **د.محمود كامل** ــ عقد الوكالة وعقد العمل أهم صور التفرقة والجمع بينهما فى القانون المصرى ــ مجلة المحاماه ــ السنة٣٨ ــ العدد العاشر.

٣١- **المستشار/ عز الدين الدناصورى و الأستاذ/ حامد عكاز** ــ التعليق على قانون المرافعات ــ الطبعة الثانية ــ مجلة القضاه ــ عام ١٩٨٢.

٣٢- **د. مصطفى أبو علم** ــ مقال (المسئولية عن تهدم البناء) ــ مجلة إدارة قضايا الحكومة ــ س٢ ــ العدد الرابع ــ عام ١٩٥٨.

٣٣- **د.مصطفى الجمال** ــ مناط الإلزام بالأحكام المدنية ــ مجلة الحقوق ــ س ١٦ ــ ٢٤ ــ عام ١٩٧٤.

٣٤- **د. مصطفى كمال وصفى** ــ "التكييف القانونى للمشروعات العامة" ــ مجلة العلوم الإدارية ــ السنة التاسعة ــ العدد الثالث ــ ديسمبر سنة ١٩٦٧.

٣٥- **د.منصور مصطفى منصور** ــ دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى ــ خلاصة دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا فى القانون الخاص ــ كلية الحقوق ــ جامعة عين شمس ــ عام ١٩٩٢.

٣٦- **د.موريس المنقباوى** ــ أتعاب المحاماه ــ مجلة المحاماه ــ السنة ٤٨ ــ ع٥.

٣٧- **د.نزيه صادق المهدى** ــ محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى ــ مجلة القانون والاقتصاد ــ بند ٤٩ ــ ع ١ و ع٢.

المراجع المترجمة

١- مدونة جوستينان فى الفقة الرومانى ــ ترجمة عبدالعزيز فهمى ــ عام ١٩٤٦.

٢- جاك جستان، كريستوف جامان ومارك بيو ــ مفاعيل العقد أو آثاره ــ ترجمة منصور القاضى ــ مراجعة د. فيصل كلثوم ــ مج المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ــ بيروت ــ عام ٢٠٠٠.

الوثائق والتقارير

١- نشرة الوقائع المصرى ــ العدد ١٠٨ ــ الصادرة فى ٩ يوليو ١٩٤٨

٢- مشروع مدونة العقود الإدارية الفرنسية، أودع الجمعية الوطنية الفرنسية منذ عام ١٩٩٢

٣- الدليل القانونى، للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، بشأن صياغة العقود الدولية للتشييد SER.9.Cn.B2.

٤- قرار مجلس الوزراء السعودى رقم ١٢٤ لسنة ١٤٠١ هـ

٥- قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١.

٦- الجريدة الرسمية للعدد ٢٢ مكرر بتاريخ ١٩٩٢/١/١.

٧- الجريدة الرسمية العدد ١٦٢ بتاريخ ١٩٦٢.

٨- الجريدة الرسمية بفرنسا الصادر بتاريخ ٣ يناير ١٩٧٦.

٩- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الجديد ــ الجزء الخامس ــ تقرير لجنة الشئون التشريعية.

مجموعات تشريعية

١- القانون المدنى المصرى الصادر رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٢- القانون المدنى الفرنسى وتعديلاته.

٣- التقنين المدنى الكويتى.

٤- قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وكذا القانون الذى يسبقه رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحتة التنفيذية

٥- القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر

٦- القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ قانون العمل

٧- قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاتة

٨- قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

١٠- القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ الصادر فى شأن توجية وتنظيم البناء

مجموعات قضائية

١- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، إصدار المكتب الفنى لتبويب الأحكام بمحكمة النقض.

٢- المستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض دائرة الإيجارات من ١٩٩٩/١/١ حتى ٢٠٠٠/٩/٣٠.

٣- مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى خمسة عشر عاماً من أول أكتوبر ١٩٥٥ حتى أخر ديسمبر ١٩٧٠.

٤- مجموعة أحكام محكمة النقض ــ المجموعة الذهبية.

٥- مجموعة الأحكام للمحكمة الإتحادية العليا ــ إصدار المكتب الفنى ــ أبو ظبى الإمارات العربية.

٦- مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية التى قررتها محكمة تمييز دبى ــ إصدار المكتب الفنى ــ دبى الإمارات العربية.

٧- مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز الكويتية، المكتب الفنى لمحكمة الإستئناف العليا بالكويت.

٨- المستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض الدوائر المدنية من أول أكتوبر ١٩٩٤ حتى ١٩٩٥/٩/٣٠ ــ المستشار فتحى العقيلى طبعة ١٩٩٥.

٩- مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عام ــ من سنة ١٩٣١ حتى ١٩٨١/١٢/٣٠ ــ إصدار المكتب الفنى لتبويب الأحكام.

١٠- مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض والإبرام المصرية، مجموعة عمر، إصدار المكتب الفنى لتبويب الأحكام بمحكمة النقض.

١١- مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، الموسوعة الحديثة لمحكمة النقض، د. عزت الدسوقى.

الدوريات:

١- مجلة مصر المعاصرة: تصدرها الجمعية المصرية للإقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع.

٢- مجلة المحاماة: تصدرها نقابة المحامين بمصر.

٣- مجلة القانون والاقتصاد: يصدرها أساتذة كلية الحقوق ــ جامعة القاهرة.

٤- مجلة الحقوق: يصدرها أساتذة كلية الحقوق ــ جامعة الاسكندرية.

٥- مجلة إدارة قضايا الحكومة: تصدرها إدارة قضايا الحكومة بمصر. (هيئة قضاء الدولة حالياً).

٦- مجلة العلوم الإدارية: تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولى للعلوم الإدارية.

٧- مجلة العلوم القانونية والإقتصادية: يصدرها أساتذة كلية الحقوق ــ جامعة عين شمس.

٨- مجلة الدراسات القانونية: يصدرها أساتذة كلية الحقوق ــ جامعة أسيوط.

٩- مجلة المحامى الكويتية: تصدر عن جمعية المحاميين الكويتية.

١٠- مجلة القضاة: تصدر عن نادى القضاه فى مصر.

١١- مجلة القضاء والقانون: تصدر عن المكتب الفنى لمحكمة التمييز بدولة الكويت.

ثانياً: باللغة الفرنسية

Ouvragges Généraux et spéciaux:

1- **Aynés (T):** La cession de contrate et les opérations juridiques â trios personnes 1985.

2- **Bacache-Gibeili (M):** La Relativitité De Conventions et les groupes contrats, L.G.D.J, 1998.

3- **Barom (M):** Les obligations, 5e édition, 1986.

4- **BERTRAND:** L'opposalilite des contrats aux tiersith, Paris, II, 1979.

5- **Beudant et Lerebours (P):** Course de droit circuit Français, 19 Vol. 2e Edition 1948.

6- **Bigot (J):** La réforme de l'assurance construction ed l'arhus Paris-1980.

7- **Bigot:** Le mais l'assure par la unctine exercant l'action direte contes l'asswer. Jecp . 1966.1.1970

8- **Boubli (B):** La delegation de creance – Essi d'une theorie generale de la delegation en droit des obligation, L.G.D.J. 1989.

9- **Boubli (B):** soliloque sur la transmission de l'action en garanite, J.C.P. 1974.

10- **Boubli (B):** Transport de propriete et responsabilite dans les groupes de contrats, 1992.

11- **Boubli (B):** Contrat d, enterprise Repertoir droit civil 1994.

12- **Boyer (Y):** La garantie des vices caches dans le credit-bail mobilier R.J. Com.1981.

13- **Caston (A):** La responsabilité des constructeure, 2e edition, Moniteur, 1979

14- **Collart Dutilleul Francois et Delebecque Philippe:** Centrats Civils et commerciaux 3 ed, Dalloz, 1996.

15- **Collart Dutilleul Francois et Delebecque Philippe:** Centrats Civils et commerciaux 4 ed, Dalloz, 1998.

16- **Delebecque:** la notion de groupe de contrats, quells critéres, J.C.P., éd E, N special, 1989.

17- **Demolombe (CH):** Traite des contrats ou des obligations on general. V.11, 2e edition.

18- **Dominique (RAMBURE):** L'action direct contre le Maître d' ouvrage, L.G.D. J, 1990.

19- **Durry (G):** Cours professe a l'Uninversite Mc Gill de Montreal en 1986.

20- **Durry (G):** La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilite délictuelle, universite M.C.CILL. 1986.

21- **El Attar (FOUAD):** Le marché du travaux publics. TMP, Université du Caire, 1959.

22- **Esmsin (P) :** Cession de Bail et sous-location, Rev. Tri. Dr. Civ, 1924.

23- **ESPAGNON (M):** Droit a repuration art J.C. Sous art 1165, Fasc 16 – 2-p.7, n°.21.

24- **Espagnon (M):** La regle du mon-cunul des responsabilite delictuelle et responsabilite conractuelle essai de delimation entre les deux th-Paris I 1980.

25- **Gavalda (C) et Parléani (G):** Droit Communautaire des affaires, Litec,1988.

26- **Ghestin (J) et Billiau (M)**: Traite De Droit Civil "Les obligations, Les effects Dus contrat, L.G.D.J, Paris, 1992.

27- **Ghestin (J), Jamin (CH) et Billiou (M):** Traité de droit, civil. L.G.D.J. 1980

28- **Glavinis (P):** Le contrat international de construction, Paris. GLN, Joly edition, 1993.

29- **Gueffucci-Thibierge Catherine:** De L'elargissement de la notion de partie au contrat: A l'elargissement de la portee du principle de l'effet relatif Rev. Tri/. Dr. Civ. 1994.

30- **Henri (ROLAND) et Laurent (BOYER):** Droit Civil. Obligation contrat litect.-1989-et les groupes de contrats-L.D.G.J, 1998.

31- **Henri (ROLAND) et Laurent (BOYER):** Obligation and Contrat Litec-1995.

32- **Houin (B) et Berlioz (G):** Le Droit des contrets face a l'evalution economique, etudes, Affortes á Houin, 1985.

33- **Jamin (CH):** La notion D' action Directe, L.G.D.J., 1991.

34- **Jamin (CH):** Une restauration de l'effet relative du contrat, D-1991, Chron-257.

35- **Jean (LUC) et Aubert:** A propos d'un Distinction renovelée des parties et des tiers, Rev. Tri Dr Civ. 1993.

36- **Jourdain (P):** La nature de la responsabilite civile dans les chaines de contrats après l'arret de l'Assemblee pleniere du 12 juillet 1991, D-1992.

37- **Karila (JP):** La reconnaissance de responsabilité constructeurs, conditions de existence de effects "G.P." 1978.

38- **Karila (JP):** Garantie legales et responsabilite contractuelle de droit commun de locateurs d'ouvrages immobliers après la receptions de l'ouvrages ch-D-1990.

39- **Lamy:** droit Economique, 1991, p. 1430, n° 1546.

40- **Larroumet (CH):** L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels, J.C.P. 1988. et, éd E.1989.

41- **Laubedére (A):** Traité contrats administratif. Tome 2 L.G.D.J. 1984.

42- **M. Billau:** La delegation de creance-Essi d'une theorie generale de la delegation en droit des obligation, L.G.D.J. 1989

43- Malaurie (P) et Aynès (L): Les contrats spéciaux, 3e éd., 1989

44- **Malaurie et Aynés:** Droit Civil Obligations, 1985.

45- **Marc (J):** Mausseron Technique Contractuelle éd Juridiques lefebrere.

46- **Marty (G), Raynaud (P) et Destoz (PH):** Droite civil les obligations" edition 1989.

47- **Marty (GABRIEL) et Raynaud (PIERRE):** Droit Civil Tome 1, Volume Les Obligations Sirey 1962.

48- **Marty (GABRIEL) et Raynaud (PIERRE):** Droit Civil, Les Obligations, Tome 1, 2e édition, Sirey, Paris, 1988.

49- Marty et Raynaud (P): Droit Civil T1 re ed, 1962.

50- Maurice (PICARD): L'auttomomie de l'action direct R.T.D.C. Tome 4.

51- **Mazaud (H):** la responsabilité civile du vendeur. Fabricant, R.T.D. Civ. 1955-1965.

52- **Mazeaud et Jestaz:** "Traite the orque de la responsabilite dellctuelle et contractuelle III 1970.

53- **Mazeaud:** Contrat d'entreperise Enecycl-D-1979,T,3,n°1.

54- **Malaurie (PH) et Ayhés (L):** Cours de droit civil, les obligations, Tome, V1, éd. Cujas, 1996.

55- **Mestre (J):** Les principles de l'effect relative et de sa relativite R.T.D., Civ. 1988.

56- **MODERNE (F):** Les rapports entre responsibilité controctuelle et responsabilitié décennale et respoensabilité extracontractuelle.D.1971.

57- **Moderne (FRANK):** La sous-traitance des marches publics. D. 1995.

58- **Piacard (M) et Besson (A):** Les assurances terrestres, tome. 1, le contrat dassurance, 5ed édition. Paris 1982.

59- **Ponsard (A) et Jamin (CHR):** La Nation de L'action directe L.G.D.J- 1991

60- Rémy (PH) : Groupe de Contrats, R.T.D.C. 1988.

61- **Roland (H) et Boyer (L):** Obligations, 11, Contrat Paris-1993.

62- **Roussel (A) et Colloborteurs:** Responsibilité et Assurances des constructeurs "Guide pratique et Theorique" Paris 1978.

63- **Starckt (B), Roland (H) et Boyer (L):** Les Obligations, 2-Contrat, 5 éd, Liter. 1995.

64- **Saint-Alary:** " Droit de la construction", 1ere ed. Paris, 1977.

65- **Saint – Alary**" Droit de la construction" 1977.

66- **Starckt (B):** Essi sur le mecanisme de la repress sentation dans les actes Juridiques L.G.D. J. 1982.

67- **Starckt (B), Roland (H) et Boyer (L):** Droit Civil les obligations, 2-contrat, 6 éd, Litec. 1999.

68- **TERRE (Francois), Simler (Philippe) et Lequette (yves):** Droit Civil, Les obligations, 6e edition Dalloz, 1996.

69- **Veaux (D)**: Effects des conveitions á l'egard de tiers, J.C.P. Fasc 37-1 et 31-2-p7.

70- **Viney (G):** L'action en responsabilité entre participants â une chaine de contrats. Mélange, Holleaux, Litec. 1990.

71- **Viney (G):** sous traitance et responsabilité civile in la sous traitance de travaux et de service economica, 1978.

72- **Weill :** La relativité des contrats en droit privé Francais, th, Strasbourg, 1938.

73- **Weill (Alex) et Terre (Francois):** Droit Civil-Les obligation, 1er edition, Dalloz-1986.

Théses:

1- **Bertrand (F):** L'opposabilité du contrast aux tiers thése Paris II 1979.

2- **Chedeville (D):** La liaison entre contrats, Thése Paris, II, 1977.

3- **Cozian:** L'action directe, Thèse. Dijon. 1967.

4- **Espagnon (M):** la regle du non-cumul des responsabilite delictuelle et responsabilite contractuelle, essai de delimation entre les deux, th, paris, I, 1980.

5- **Gross (B):** La nation d'obligation de garantie dans le droit des contrats NANCY, 1963.

6- **Goutal (JL):** Essai sur le principe de l'éffet relative ducntrat, th, Paris, 1981.

7- **Huet (J):** Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Essai de delimetation entre les deux , Thése Paris-II 1978. .

8- **L. Aynes:** La cassin de contrat et les operations juridique a trios personnes thése 1984.

9- **Neguida (ALI):** L.obligation d'assuurance technique d'intérêt social de protection des victims, thèse, Lyon-III-1977.

10- **Neret (J):** Le sous contrat, Th, L.G. E.J, 1979.

11- **Rabut (ABERT):** De la nation de laute en droit prive, thése, Paris, 1948.

12- **Taffo (RENE)**: Les raports entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal et le maitre de l'ouvrage dans les relations internationals. Thèse. Université de Paris X-Nanterr. MAI.1981.

13- **Teyssie (B)**: Les groupes de contrats, Th.monpeilier, 1975.

Articles, Note et observations

1- **Bénabent (A)**: note sous Civ. 1. 29, 5 et civ. 3. - 19.6. 1984. D. 85.

2- **Bénabent (A)**: note sous, ass. Plén. 7.2. 1986. D. 86.

3- **Bénabent (A)**: Obs Cass Comm. 12 Mars 1991, Dalloz 1992.

4- **Bénabent** : 7.5. 1986, B. Civ. III., N° 62; D.87, 257.

5- **Bigot (J)**: note civ. 1re sect. 27 Dec, 1960, D.1961.

6- **Boizard (M)**: Sous-Traitance, Rec. no. contrat d'entre prise Marche's public Jur Ci. Civ. 1er Janvier 1991.

7- **Boubli** : note Civ 3e , 18 Nov 1992, Gaz Pal, 1993, 2-432.

8- **Carbonnier (JEAN)**: Droit, Civil, 4, Les, Obligations, 14e édition, P.U.F. Paris, 1990.

9- **Christan (SCAPEL)**: Obs com-15- 7- 1987- R-D-M-F-88- 34.

10- **Commette (J)**: Ass. Nat. Deuxinique Séance de 5 Dec, 1975.

11- **Conte (PH)**: note sous cour d'appel d'agen. 7.12 1988. G.P. 89, 11, 899.

12- **Cornu**: Obs. â R.T.D.Civ. 1968, 398, 1973. 141 et 582.

13- **Cozian (M)**: L'action directe, L.G.D.J, 1969.

14- **Dafau**: Marchés des travaux publics. JCP. 1987.

15- **Daniel Mainguy**: note cass. 3e Civ. 28 nov. 2001, JCP, 2002, Jurisprudence, 100037.

16- **Delebecque (PH)**: Defrenois : 1997, Art, 35895.

17- **Delebecque:** Obs sous civ. 1-21-6-1988. J.C.P, 88-11-15294-Civ.-3-29-4-1987, B-Civ.. 111 No 90 Civ. 1. 21, 6 1988 J C P 88 11. 15294. Civ. 1.2.11.1988.

18- **Delebecque:** Obs. Civ. 1re, 16 Fevr. 1994; Civ.1, n° 72; Defrénois 1994.

19- **Dubois:** note Sous Cour De'appel de Chambray 1.8.1.1988, D 88, 380

20- **Dubois:** Obs sous Com 17. 2. 1987. J.C.P, 88 II 20892. note P. Jourdain

21- **Durry:** Obs. Rev. Trim dr Civ. 1969. et. Obs. á. R.T. D. Civ. 1981.

22- **Esmein:** note cass Cin. 7-2, 1962, 1962, 933.

23- **Esmein:** note Civ. 7/4/1962 J.C. P. 1963-1987.

24- **Espagnon (M):** Art, Préc, p. 4, No.9.

25- **Espagnon:** note Sous Civ 2-8-6-1979, d.80 p.563.

26- **Georgess (S) et Gross (P):** art, Préc Berly, Obs, â .RR.T.D. civ. 1986, p. 364.

27- **Ghestin (J):** Note Ass. Plen. 12, Juillet 1991, D, 1991, Juris, P.549.

28- **Groutil (H):** note sous, Com. 30 oct. 1989, Resp. Civ. Et assur. 1989, n° 402.

29- **Huet (J):** Obs cass. Ass. Plen. 7 Fev. 1986, R. T. D 1986 364.

30- **Ibrahim Najjar.:** note Civ. 1re, 13 Nov. 2003, D. 2004.

31- **Jacques :** note cass. Ass. Plen. 12, Juillet 1991.

32- **Jamin (CH):** Obs Civ.16 Janvier 1989, B.III no 43, Supra no25 et S notamment Civ. 16 Fevreier 1999, J.C.P. 1999.

33- **Jestaz (PH): note** cass-Civ-23/3/1968-D-1970. P.663.

34- **Jourdain (P):** Obs sous civ 1-8-3-1988 J.C.P.88-11-21070, note sous com 17-2-1987-D-87-543.

35- **Jourdain (p):** Obs á RTD, Civ., 1989, 552.

36- **Jourdain (P):** Dr Civ. 1990, 290.

37- **Jourdain (P):** La responsobilité contractual et Délectulle. Peu. Truim. Dr Civ 1988, p.765 et Art, Préc. P.569.

38- **Jourdain (P):** note au JCP 1988. II. 21070, n°4.

39- **Jourdain (P):** Rev. Trim. Dr. Civ. 1991, 752.

40- **Jourdain:** Obs â R.T.D Civ., 1988. p. 765

41- **Jourdan :** note cass. Civ. 1re, 17 Janviere 1995, Cass Civ. 1, no. 43, D. 1995.

42- **Kullmann (J):** note Civ. 3, 13 Dec., 1989 et Civ. 28 Mars 1990, D 1991, p.26.

43- **Larroumet:** Note sous Civ. 1.21.6.1988 D 1989 5.

44- **Larroumet:** Notes Sous Civ.1.21.6.1988, D. 89.

45- **Larroumet:** Obs. Civ. 1.27.6.1978, D. 78., I.R, 409.

46- **Larroumet:** Obs. Civ. 2.8.6.1979, D.80, I.R., 33.

47- **Leveneur:** Obs Civ. 3e, 11 Oct. 1995, Contrats Conc Consom, 1996.

48- **Lueaux :** note civ. 9/10/1962 D 1963 – I – P – 1.

49- **Mainguy (DANIEL):** Note cass. 3e Civ. 28 Nov. 2001, J-C-P, 2002-Jurisprudence, 10037.

50- **Malinvaud (PH) et Jestaz (PH):** La loi du 4 Janvier 1978, relative a La responsabilité et a l'assurance dans le domaine de la construction J.C.P. 1978.

51- **Malinvaud (PH):** note. Ass. Plen. 1. fevr. 1986. Jcp. 1986.11.20616.

52- **Malinvaud :** Obs.3 Avr 2002: RD Imm 2002, 242.

53- **Malinvaud:** Civ. 17.11.1973, B. civ. 1, N° 298, p.265;

54- **Malinvaud:** Civ. 3.19.3.1984, B. Civ. III, N° 120, P.95, J.C.P. 85, 11, 20387.

55- **Malinvaud:** Com. 27.2.1973, D. 1978, 138.

56- **Marec (BILLAU) et Christophe (JAMIS):** note Cass. Com., Mai 1997 D. 1997.

57- **Mazeaud (J):** note civ-3°-5-dec-1972-D-1973-401.

58- **Mestre (J):** Obs a R-T-D-Civ-1987-101 et 1989-74 a 76.

59- **Mestre:** Obs. T.Civ.988.51.bs.Remx.741.

60- **Normand:** Obs. 21.1.1987. B. Civ., 87, 390.

61- **Plancqueel:** note Civ. 3e,, 1re mars 1983: Gas. Pal. 1984.1.119.

62- **Rémy (PH)** : Obs. Civ. 3e, 28 Févr. 1984, Bull. Civ. III. n° 51. D. 1984, I.R. 257, Rev. Trim. Dr. Civ. 1984.

63- **Rémy (PH):** Groupe de contrat R.T.D.E, 1988.

64- **Rémy:** Obs á R .T.D Civ. 1989, p. 110.

65- **Soinne :** note civ Juillet 1968, J.C.P. 1969.

66- **Viney (G):** Obs. Civ. Essur, 1995, Comm. P. 123 et chion H. Groutel, no 13, dcp 1995, 1, 3853, no. 9.

بيان بأهم المختصرات المستخدمة في البحث

A.J.P.I.	*: Actualité juridique de la propriété immobilière*
ART	*: Article*
B. civ	*: Bulletin civil de la cour de cassation*
B. trans	*: Bulletin des transports*
Civ.	*: Cour de cassation chamber civile*
Ch.	*: Chronique*
Com	*: Cour de Cassation chambre commerciale*
C.E	*: Conseil d'etat*
D	*: Dalloz*
D.H	*: Dalloz hebdomadaire*
Doc	*: Doctrine*
Ed.	*: Edition*
E.	*: Especial*
Esp	*: Espèce*
Fasc	*: Fascuil*
G.P.	*: Gazett du palais*
ibid	*: même réferénce*
I.R	*: Informations rapaides*
J.C.P.	*: Juris-classeur périodique (semaine Juridique)*
J.C	*: Juris classeur Civil*
No	*: Numéro*
Obs	*: Observations*

Op.Cit	*: Ouvrage cité*
P	*: Page*
Pan	*: Panorama*
Préc	*: Précité*
R	*: Revue*
R.D.imob.	*: Revue de droit immobilier*
R.D.M.F.	*: Revue de droit Maritime français*
R.G.A.T.	*: Reuve générale de assuranees terrestres*
R.J copm	*: Revue jurisprudence commercial*
R.N. def.	*: Revue notaise defernois*
Req	*: Cour de cassation chambre des requêtes*
Res. Civ. Et ass	*: Responsabilité civile et assurance*
R.T.D. civ	*: Revue trimestriell de droit civil*
R.T.D. com	*: Revue trimes triell de droit civil*
Som	*: Sommaire*
S.	*: Sirey*
T.	*: Tom*
th	*: thêse*

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٣
باب تمهيدى	
المقاول من الباطن والمقاولة من الباطن	١٥
الفصل الأول: المفهوم الفنى والقانونى للمقاولة من الباطن	١٥
المبحث الأول: المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن، تعريفها، خصائصها وصورها	١٦
المطلب الأول: المفهوم الفنى للمقاولة من الباطن	١٦
المطلب الثانى: تعريف المقاولة من الباطن	٢٠
الفرع الأول: التعريفات التشريعية للمقاولة من الباطن	٢٠
الغصن الأول: تعريف المشرع المصرى.	٢١
الغصن الثانى: تعريف المشرع الفرنسى.	٢١
الغصن الثالث: تعريف المؤسسات الدولية.	٢٢
الفرع الثانى: التعريفات الفقهية للمقاولة من الباطن	٢٣
الغصن الأول: تعريف فقه القانون الخاص.	٢٣
الغصن الثانى: تعريف فقه القانون العام.	٢٥
الفرع الثالث: تعريفات الفقه الإسلامى لعقد المقاولة من الباطن	٢٨
الفرع الرابع: التعريف المختار لعقد المقاولة من الباطن	٢٨
المطلب الثالث: خصائص عقد المقاولة من الباطن	٣٠
الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد المقاولة من الباطن	٣١
الغصن الأول: عقد المقاولة من الباطن عقد رضائى.	٣١
الغصن الثانى: عقد ملزم للجانبين (تبادلى).	٣٤
الغصن الثالث: المعاوضة.	٣٤
الغصن الرابع: عقد المقاولة من الباطن يرد على العمل المادى.	٣٥
الغصن الخامس: استقلال المقاول من الباطن فى تنفيذ العقد.	٣٧
الفرع الثانى: العناصر الخاصة بعقد المقاولة من الباطن	٣٨

الغصن الأول: يجب أن يكون عقد المقاولة من الباطن مسبوقاً بعقد مقاولة أصلى. ٣٨
الغصن الثانى: انتفاء صفة الطرف بالمفهوم الشكلى بين رب العمل والمقاول من الباطن. ٤١
الغصن الثالث: يجب أن يكون عقد المقاولة من الباطن وسيلة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلى. ٤٢
الفرع الثالث: إرتباط وتبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة والنتائج المترتبة على ذلك. ٤٣
الغصن الأول: وحدة المحل بين عقد المقاولة الاصلى وعقد المقاولة من الباطن ٤٣
الغصن الثانى: أوجه الربط وصور التبعية بين عقدى المقاولة الأصلى والمقاولة من الباطن ٤٥
الغصن الثالث: النتائج التى تترتب على إرتباط وتبعية عقد المقاولة ا لأصلى بعقد المقاولة من الباطن ٥٠
المطلب الرابع: صور المقاولة من الباطن ٥١
الفرع الأول: المقاولة من الباطن التكاملية والظرفية. ٥٢
الغصن الأول: المقاولة من الباطن التكاملية. ٥٢
الغصن الثانى: المقاولة من الباطن الظرفية. ٥٣
الفرع الثانى: المقاولة من الباطن على درجة واحدة والمقاولة من الباطن على درجات أو المتسلسلة. ٥٣
الفرع الثالث: التعاقد من الباطن المفروض والاختيارى. ٥٤
الفرع الرابع: التعاقد من الباطن الشفاف وغير الشفاف. ٥٧
المبحث الثانى: مشروعية المقاولة من الباطن ٥٨
المطلب الأول: مشروعية المقاولة من الباطن فى القانون الخاص ٥٩
الفرع الأول: الحجج المستمدة من القواعد العامة ٥٩
الفرع الثانى: الأساس القانونى المباشر لجواز المقاولة من الباطن ٦٢
الفرع الثالث: حالات حظر المقاولة من الباطن ٦٣
الغصن الأول: الحظر بنص القانون. ٦٣
الغصن الثانى: الحظر بسبب طبيعة العقد. ٦٥
الغصن الثالث: البنود العقدية التى تحظر المقاولة من الباطن ٦٧

المطلب الثانى: مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الدولية للإنشاءات ٧٦
المطلب الثالث: مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية ٧٨
الفرع الأول: مدى مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية فى فرنسا ٧٨
الغصن الأول: موقف المشرع الفرنسى ٧٨
الغصن الثانى: موقف الفقه والقضاء ٧٩
الفرع الثانى: الموقف فى مصر من مدى مشروعية المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية ٨١
الغصن الأول: موقف المشرع. ٨١
الغصن الثانى: موقف القضاء المصرى. ٨١
الغصن الثالث: موقف الفقه فى مصر. ٨٢
الغصن الرابع: وجهة نظر الباحث. ٨٤
المطلب الرابع: مشروعية المقاولة من الباطن فى الشريعة الإسلامية ٩١
الفصل الثانى: المقاول من الباطن ٩٤
المبحث الأول: المركز القانونى لرب العمل ٩٥
المبحث الثانى: التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن وغيره من المراكز التى تختلط به ٩٨
المطلب الأول: التمييز بين مركز المقاول من الباطن والمتنازل له عن العقد ٩٩
الفرع الأول: المفهوم الفنى والقانونى للتنازل من خلال أحكام القضاء وآراء الفقه وذلك فى ضوء حكم القواعد العامة ١٠٠
الفرع الثانى: مشروعية التنازل عن العقد ١٠٥
الفرع الثالث: ضوابط التنازل عن العقد ١٠٧
الغصن الأول: أن يكون عقد المقاولة قابلا للتنازل ١٠٧
الغصن الثانى: أن يكون هناك محل يرد عليه التنازل ١٠٨
الغصن الثالث: يشترط ألا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصى ١٠٨
الغصن الرابع: مدى اشتراط موافقة رب العمل لنفاذ عقد التنازل ١٠٩
الفرع الرابع: الفرق بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن ١١٢
الفرع الخامس: معيار التفرقة بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن ١١٥

الفرع السادس: أهمية التمييز بين التنازل عن المقاولة والمقاولة من الباطن ١٢٠
المطلب الثانى: التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والبائع ١٢٢
المطلب الثالث: التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والمركز القانونى للعامل ١٤١
الفرع الأول: أوجه الشبه ١٤١
الفرع الثانى: معايير التفرقة بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والمركز القانونى للعامل ١٤٢
الفرع الثالث: أهمية التمييز بين عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل ١٤٨
المطلب الرابع: التمييز بين المركز القانونى للمقاول من الباطن والوكيل ١٥٢
الفرع الأول: أوجه الشبه ١٥٣
الفرع الثانى: معيار التمييز ١٥٣
الغصن الأول: المعيار الموضوعى ١٥٤
الغصن الثانى: المعيار الشخصى ١٥٤

الباب الأول

العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ١٦٧

علاقة أغيار (غير تعاقدية)

الفصل الأول: حجج وأسانيد أنصار الإتجاه القائل بأن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيار ١٦٨

الفصل الثانى: آليات الرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن وفقاً للقواعد العامة ١٧٥

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة ١٧٥
المطلب الأول: مفهوم الدعوى غير المباشرة وطبيعتها والهدف منها ١٧٦
الفرع الأول: تعريف الدعوى غير المباشرة ١٧٦
الفرع الثانى: طبيعة الدعوى غير المباشرة ١٧٩
الفرع الثالث: الهدف من الدعوى غير المباشرة ١٨١
المطلب الثانى: شروط الدعوى غير المباشرة وآثارها ١٨٢
الفرع الأول: شروط الدعوى غير المباشرة ١٨٢
الفرع الثانى: آثار الدعوى غير المباشرة ١٨٣

الغصن الأول: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى (المدين) ١٨٤
الغصن الثانى: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لمدين المقاول الأصلى (مدين المدين) ١٨٧
الغصن الثالث: آثار الدعوى المباشرة بالنسبة للدائن ـ رافع الدعوى ـ سواء كان رب العمل، المقاول من الباطن، أو غيرهما ١٩٠
المطلب الثالث: تقييم الدعوى غير المباشرة ١٩١
الفرع الأول: مظاهر ضعف الدعوى غير المباشرة ١٩١
الغصن الأول: وفاة المقاول الأصلى (المدين) ١٩٢
الغصن الثانى: عدم قبول الدعوى غير المباشرة ـ أحياناً ـ من رافعها سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ١٩٥
الغصن الثالث: حالة إصابة المقاول الاصلى بعارض من عوارض الأهلية أو إفلاسه ١٩٦
الغصن الرابع: عجز هذه الدعوى عن تغطية كافة صور المقاولة من الباطن ١٩٨
الفرع الثانى: جدوى الدعوى غير المباشرة فى مرحلة سير الدعوى ٢٠٠
الفرع الثالث: القيمة العملية للدعوى غير المباشرة بالنسبة لرافعها، سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن بعد صدور حكم فيها ٢٠٢
المبحث الثانى: المسئولية التقصيرية ٢٠٥
المطلب الأول: المسئولية عن عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن ٢٠٧
المطلب الثانى: المسئولية عن عدم تنفيذ عقد المقاولة الأصلى ٢١٠
المطلب الثالث: المسئولية عن الأضرار المستقلة عن عدم تنفيذ عقود عملية المقاولة من الباطن ٢١٢
الفرع الأول: المسئولية عن الأعمال الشخصية ٢١٢
الفرع الثانى: التزام المقاول من الباطن ورب العمل بتعويض الضرر الناتج عن أعمال من يتبعهما ٢١٥
الفرع الثالث: مسئولية رب العمل أو المقاول من الباطن عن الأشياء التى تقع تحت حراسته ٢١٧

الغصن الأول: مسئولية رب العمل أو المقاول من الباطن بصفته حارساً للأشياء ٢١٨
الغصن الثانى: مسئولية رب العمل أو المقاول من الباطن عن حراسة البناء ٢٢٢
المطلب الرابع: عجز المسئولية التقصيرية كوسيلة لحماية رب العمل والمقاول من الباطن ٢٢٥
الفرع الأول: إهدار القوى الملزمة للعقد ٢٢٦
الفرع الثانى: إهدار القواعد القانونية التى تنظم التعويض عن الأضرار ٢٣٤
الفرع الثالث: إهدار القواعد القانونية الخاصة بالتقادم ٢٣٥
الفرع الرابع: عجز فكرة الخطأ التقصيرى عن مواجهة بعض الحالات ٢٤٠
الفصل الثالث: آلية الرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن استنادا إلى النصوص القانونية التى تقرر الدعوى المباشرة ٢٤٣
المبحث الأول: ماهية الدعوى المباشرة وطبيعتها القانونية ٢٤٤
المطلب الأول: ماهية الدعوى المباشرة ٢٤٥
الفرع الأول: ماهية الدعوى المباشرة فى مصر ٢٤٥
الفرع الثانى: ماهية الدعوى المباشرة فى القانون الفرنسى ٢٤٧
المطلب الثانى: تحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة ٢٥٠
الفرع الأول: رد الدعوى المباشرة إلى نظام الاشتراط لمصلحة الغير ٢٥١
الفرع الثانى: حق الامتياز كأساس للدعوى المباشرة ٢٥٣
الفرع الثالث: حجز ما للمدين لدى الغير كأساس للدعوى المباشرة ٢٥٥
الفرع الرابع: الوكالة العادية كأساس للدعوى المباشرة ٢٥٨
الفرع الخامس: الحوالة القانونية كأساس للدعوى المباشرة ٢٦١
الفرع السادس: نظرية الحلول كأساس للدعوى المباشرة ٢٦٣
الفرع السابع: الإثراء بلا سبب كأساس للدعوى المباشرة ٢٦٦
الفرع الثامن: الالتزام البدلى كأساس للدعوى المباشرة ٢٦٩
الفرع التاسع: الالتزام التضاممى كأساس للدعوى المباشرة ٢٧٠
الفرع العاشر: مبادئ العدالة كأساس للدعوى المباشرة ٢٧٥
الفرع الحادى عشر: الأسرة العقدية كأساس للدعوى المباشرة ٢٧٦
المبحث الثانى: المستفيدون من الدعوى المباشرة وضوابط وكيفية ممارستها ٢٧٧

المطلب الأول: المستفيدون من الدعوى المباشرة ٢٧٧
الفرع الأول: المقاول من الباطن ٢٧٧
الفرع الثانى: عمال المقاول الأصلى ٢٨٠
الفرع الثالث: عمال المقاول من الباطن ٢٨٢
المطلب الثانى: ضوابط ممارسة الدعوى المباشرة ٢٨٤
الفرع الأول: الضوابط التى تتعلق بالمقاول من الباطن ٢٨٤
الغصن الأول: يجب أن يكون المقاول من الباطن دائناً للمقاول الأصلى ٢٨٥
الغصن الثانى: الضوابط الواجب توافرها فى دين المقاول من الباطن ٢٨٥
الفرع الثانى: الضوابط المتعلقة بالمقاول الأصلى ٢٨٩
الفرع الثالث: الضوابط التى تتعلق برب العمل ٢٩١
الفرع الرابع: كيفية مباشرة المقاول من الباطن للدعوى المباشرة ٢٩٣
المبحث الثالث: آثار الدعوى المباشرة ٣٠٠
المطلب الأول: آثار رفع الدعوى المباشرة ٣٠٠
الفرع الأول: آثار رفع الدعوى المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى ٣٠٣
الفرع الثانى: آثار رفع الدعوى المباشرة المتعلقة برب العمل ٣٠٧
الفرع الثالث: آثار رفع الدعوى المباشرة بالنسبة لدائنى المقاول الأصلى الآخرين ٣١١
المطلب الثانى: آثار الحكم الصادر فى الدعوى المباشرة ٣١٧
الفرع الأول: آثار الحكم الصادر فى الدعوى المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلى ٣١٨
الفرع الثانى: آثار الحكم فى الدعوى المباشرة التى تخص رب العمل ٣١٩
الفرع الثالث: آثار الحكم فى الدعوى المباشرة التى تتصل بحقوق الدائنين الآخرين ٣٢٠
المبحث الرابع: تقييم الدعوى المباشرة كوسيلة للرجوع المتبادل بين رب العمل والمقاول من الباطن ٣٢٣
المطلب الأول: مزايا الدعوى المباشرة كوسيلة لتحقيق الحماية ٣٢٣
المطلب الثانى: سلبيات الدعوى المباشرة ٣٢٦
الفرع الأول: ما يجب أخذه فى الاعتبار عند تقييم الدعوى المباشرة ٣٢٦

الفرع الثانى: عدم قبول الدعوى المباشرة فى بعض الأحوال ٣٣٠
الفرع الثالث: الدفوع التى تنشأ بعد ممارسة الدعوى المباشرة، ويجوز لرب العمل الاحتجاج بها ٣٣٢
الفرع الرابع: عدم حصول المقاول من الباطن على شىء، بالرغم من توافر شروط الدعوى ورفعها من قبله فى بعض الفروض ٣٣٤
الفرع الخامس: فى حالات معينة لا جدوى من رفع المقاول من الباطن للدعوى المباشرة ٣٣٥
الفرع السادس: قد لا يستأثر المقاول من الباطن بثمرة الدعوى المباشرة ٣٣٥
الفرع السابع: عدم جواز لجوء المقاول من الباطن للدعوى المباشرة فى نطاق العقود الإدارية ٣٣٦
الفرع الثامن: إهدار الحماية القانونية لرب العمل ٣٣٩

الباب الثانى

الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ٣٤٥

الفصل الأول: الاتجاه القائل بوجود رابطة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن ٣٤٨

المبحث الأول: أنصار الأسرة العقدية والطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ٣٤٩
المطلب الأول: الأسرة العقدية ومفهومها وصورها فى الفقه ٣٥٠
الفرع الأول: ظهور الأسرة العقدية فى الواقع العملى والقانونى ٣٥٠
الفرع الثانى: كشف الفقه لفكرة الأسرة العقدية ٣٥٣
الفرع الثالث: صور الأسرة العقدية ٣٥٦
الغصن الأول: العقود المتسلسلة وفكرة الأسرة العقدية ٣٥٦
الغصن الثانى: العقود غير المتسلسلة وفكرة الأسرة العقدية ٣٥٩
الفرع الرابع: حجج الاتجاه القائل بالعلاقة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن ٣٦٢
الغصن الأول: المقاولة من الباطن والأسرة العقدية ٣٦٢

الغصن الثانى: الاتجاه القائل بالعلاقة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن ٣٦٣
المطلب الثانى: موقف القضاء من فكرة الأسرة العقدية ٣٧١
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسى ٣٧١
الغصن الأول: مرحلة تطبيق المسئولية التقصيرية فى نطاق الأسرة العقدية: ٣٧٢
الغصن الثانى: مرحلة تطبيق المسئولية العقدية داخل الأسرة العقدية ٣٧٤
الغصن الثالث: العودة إلى تطبيق المسئولية التقصيرية بين الأطراف المتباعدة داخل الأسرة العقدية الواحدة. ٣٨٤
الفرع الثانى: موقف القضاء المصرى ٣٨٧
المطلب الثالث: شروط تطبيق المسئولية العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن فى ضوء الأسرة العقدية ٣٨٨
الفرع الأول: الشروط العامة ٣٨٩
الغصن الأول: وجود رابطة عقدية بين الأطراف ــ رب العمل والمقاول من الباطن ــ المنتمية لأسرة عقدية ٣٨٩
الغصن الثانى: إخلال المسئول (سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن) داخل الأسرة العقدية بالتزام تعاقدى ٣٩٣
الغصن الثالث: وجود ضرر ناتج عن الإخلال بالالتزام التعاقدى ٣٩٤
الفرع الثانى: الشروط الخاصة لممارسة دعوى المسئولية العقدية ٣٩٦
الغصن الأول: الشروط الخاصة لممارسة رب العمل لدعوى المسئولية العقدية المباشرة فى مواجهة المقاول من الباطن ٣٩٦
الغصن الثانى: الشروط الخاصة الواجب توافرها ليمارس المقاول من الباطن دعوى عقدية فى مواجهة رب العمل ٤٠١

المطلب الرابع: نقد فكرة الأسرة العقدية ومحاولة الرد عليه ٤٠٢
الفرع الأول: النقد الخاص بتعارض الأسرة العقدية مع مبدأ نسبية أثر العقود وتقديره ٤٠٣
الغصن الأول: تعارض الأسرة العقدية مع مبدأ نسبية أثر العقود ٤٠٣
الغصن الثانى: الرد على النقد الخاص بتعارض فكرة الأسرة العقدية مع مبدأ نسبية أثر العقود ٤٠٤
الفرع الثانى: النقد الخاص بعدم وجود معيار محدد لفكرة الأسرة العقدية والرد على هذا النقد ٤١٠
الغصن الأول: النقد القائل بعدم وجود معيار محدد لفكرة الأسرة العقدية ٤١٠
الغصن الثانى: الرد على النقد القائل بعدم وجود معيار محدد لفكرة الأسرة العقدية ٤١١
المطلب الخامس: تقدير فكرة الأسرة العقدية وأثرها على طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ٤٤٠
الفرع الأول: إيضاح بعض جوانب الأسرة العقدية. ٤٤٢
الفرع الثانى: التعليق على حكم الدوائر الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩١ فى شأن المقاولة من الباطن ٤٤٧
الغصن الاول : الأسرة العقدية فى مجال المقاولة فى القضاء الفرنسى قبل صدور حكم ١٢ يوليو ١٩٩١. ٤٤٧
الغصن الثانى: تعليق الباحث على حكم الدوائر مجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩١. ٤٤٨
المبحث الثانى: إتجاهات فقهية أخرى تنادى بالطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ٤٦٠
المطلب الأول: المقاول من الباطن والضمان العشرى ٤٦٠
الفرع الأول: أطراف الضمان العشرى وطبيعته القانونية ٤٦٠
الغصن الأول: أطراف الضمان العشرى ٤٦١
الغصن الثانى: الطبيعة القانونية للضمان العشرى ٤٧٠
الفرع الثانى: حجج الإتجاه الرافض بتطبيق الضمان العشرى على المقاول من الباطن ٤٧٧
الغصن الأول: الإعتبارات الفنية ومدى صحتها ٤٧٨

الغصن الثانى: الإعتبارات المالية ٤٧٩
الغصن الثالث: الإعتبارات القانونية ٤٧٩
الفرع الثالث: مناقشة وتحليل الإعتبارات والحجج والأسانيد القانونية ٤٨٣
الغصن الأول: مناقشة وتحليل الإعتبارات الفنية والرد عليها ٤٨٤
الغصن الثانى: مدى صحة الإعتبارات المالية ٤٩٠
الغصن الثالث: مدى صحة الأسانيد والحجج القانونية ٤٩٢
المطلب الثانى: التأمين الإجبارى لكل من المقاول والمهندس وموقف المقاول من الباطن منه ٥٠١
الفرع الأول: التأمين الإجبارى على المقاول والمهندس (النصوص القانونية وبواعث التأمين) ٥٠١
الفرع الثانى: مدى خضوع المقاول من الباطن لأحكام التأمين الإجبارى ٥٠٤
المبحث الثالث: إقرار المشرع للطبيعة العقدية بين طرفى يجمعهما عقد واحد ٥٠٧
المطلب الأول: طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن بالمقارنة بالوكالة من الباطن والإيجار من الباطن ٥٠٧
المطلب الثانى: السداد المباشر ٥٢١
الفصل الثانى: التطور التاريخى لمبدأ نسبية أثر العقود وتحديد المفهوم الفنى للطرف ٥٢٨
المبحث الأول: التطور التاريخى لمبدأ نسبية أثر العقود وتحديد المفهوم الفنى لهذا المبدأ ٥٢٩
المطلب الأول: الشكلية الرومانية وأثرها على مبدأ نسبية أثر العقود ومفهوم الطرف ٥٢٩
الفرع الأول: الشكلية فى القانون الرومانى ٥٣٠
الفرع الثانى: أثر الشكلية على مبدأ نسبية أثر العقود ومفهوم الطرف ٥٣٥
الغصن الأول: الشكلية والطرف بالمفهوم الشكلى ٥٣٦
الغصن الثانى: أثر الشكلية الرومانية على تحديد مفهوم الطرف فى العقد ٥٤٠

المطلب الثانى: أثر المذهب الشخصى والمذهب المادى للإلتزام على مفهوم الطرف فى العقد ٥٤٢
الفرع الأول: المذهب الشخصى للإلتزام واثره على تحديد مفهوم الطرف ٥٤٢
الغصن الأول: نشأة المذهب الشخصى للإلتزام فى أحضان القانون الرومانى ومدى تأثيره على نظرية العقد ٥٤٢
الغصن الثانى: أثر المذهب الشخصى للإلتزام على تحديد مفهوم الطرف ٥٤٧
الفرع الثانى: أثر المذهب المادى للإلتزام على مفهوم الطرف ٥٤٩
المطلب الثالث: عجز النظرية التقليدية عن إستيعاب الأنظمة القانونية الناتجة عن المذهب المادى وضرورة معالجتها وفقاً لنظرية التصرف القانونى ٥٥٢
الفرع الأول : تقدير المذهب الشخصى والمذهب المادى للإلتزام ومحاولات التوفيق بينهما ٥٥٣
الفرع الثانى: مدى أخذ القانون المدنى المصرى (الحالى) بكل من المذهبين ٥٥٤
الفرع الثالث: عجز النظرية التقليدية للإلتزام عن إستيعاب الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادى وضرورة معالجتها وفقاً لنظرية التصرف القانونى ٥٥٥
المطلب الرابع: التصرف القانونى ودور الإرادة فيه ٥٦٥
الفرع الأول: ماهية التصرف القانونى ٥٦٥
الفرع الثانى: الإرادة ودورها فى التصرف القانونى ٥٧١
الغصن الأول: الإرادة بمفهومها الفردى (مبدأ سلطان الإرادة) ٥٧٢
الغصن الثانى: الإرادة بمفهومها الإجتماعى ٥٧٤
الغصن الثالث: مدى الدور التى تقوم به الإرادة فى التصرف القانونى ٥٧٧
المطلب الخامس: المفهوم الفنى لمبدأ نسبية أثر العقود ٥٨٣
المطلب السادس: الغير وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود ٥٨٨
المبحث الثالث: المفهوم الفنى والقانونى للطرف فى التصرف ٥٩٠
المطلب الأول: تمييز المصطلح القانونى للطرف عما يشتبه به من مصطلحات ٥٩٢

الفرع الأول: التمييز بين مصطلحى "الإنسان" "والشخص" ٥٩٣
الفرع الثانى: التمييز بين مصطلحى الشخص" و"العاقد" ٥٩٤
الفرع الثالث: التمييز بين مصطلحى "العاقد" و"الطرف" ٥٩٦
المطلب الثانى: الآراء التى قيلت بشأن تحديد المفهوم الفنى للطرف ٥٩٧
الفرع الأول: الاتجاه القائل بتحديد الطرف فى العقد لحظة إبرامه ٥٩٨
الفرع الثانى: الاتجاه القائل بتحديد الطرف فى العقد لحظة إبرامه وفى مرحلة تنفيذه ٦٠٠
الفرع الثالث: وجهة نظر الباحث والتعريف المختار ٦٠٨
المطلب الثالث: أهلية اكتساب المركز القانونى للطرف وشروط ممارسته ٦١١
الفرع الأول: أهلية اكتساب المركز القانونى للطرف ٦١٢
الفرع الثانى: أهلية ممارسة المركز القانونى للطرف ٦١٤
المطلب الرابع: المعايير والضوابط التى يجب توافرها فى الطرف فى التصرف ٦١٦
الفرع الأول : الإرادة ٦١٦
الغصن الأول : ضرورة وجود الإرادة ٦١٧
الغصن الثانى: الإرادة الواجب توافرها فى الطرف فى التصرف ٦١٨
الغصن الثالث: وجوب التعبير عن الإرادة وصحته ومضمونه ٦٢١
الفرع الثانى: المصلحة أو الأثر ٦٢٤
الغصن الأول: المفهوم القانونى للمصلحة ٦٢٦
الغصن الثانى: مضمون فكرة المصلحة ٦٣٢
الغصن الثالث: ضوابط المصلحة ٦٣٤
المطلب الخامس: المتعاقد والطرف الشكلى والطرف الموضوعى ٦٣٨
الفرع الأول: الطرف بالمفهوم الشكلى ٦٣٩
الفرع الثانى: الطرف بالمفهوم الموضوعى ٦٤٧
الفصل الثالث : مدى اعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة عقدية وأثر ذلك ٦٥١
المبحث الأول: مدى إعتبار كل من رب العمل والمقاول من الباطن طرفاً بالمعنى الموضوعى ٦٥٢

المطلب الأول: الاعتبارات التى يجب مراعاتها قبل الحكم على طبيعة العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ٦٥٢
الفرع الأول: الاعتبار الأول، ويتعلق بالمفهوم الفنى والقانونى للمقاولة من الباطن ٦٥٣
الفرع الثانى: الاعتبار الثانى، ويتعلق بالضرورة الفنية والعملية لمعالجة النظام القانونى للمقاولة من الباطن فى إطار المذهب المادى للإلتزام ٦٥٤
الفرع الثالث: الاعتبار الثالث، ويتعلق بمجال تطبيق مبدأ نسبية أثر العقود من حيث الأشخاص ٦٥٥
الفرع الرابع: الاعتبار الرابع، ويتعلق بالمفهوم ا لفنى والقانونى للطرف فى التصرف ٦٥٦
المطلب الثانى: مدى ارتباط رب العمل والمقاول من الباطن بعلاقة عقدية موضوعية ٦٥٨
الفرع الأول: مدى إعتبار رب العمل طرف موضوعى فى عقد المقاولة من الباطن ٦٥٨
الفرع الثانى: مدى اعتبار المقاول من الباطن طرفاً موضوعياً فى عقد المقاولة الأصلى ٦٦٣
المطلب الثالث: ما يؤكد ما إنتهى إليه الباحث ٦٦٥
الفرع الأول: الفقه ٦٦٥
الفرع الثانى: تطبيقات القضاء ٦٦٨
الفرع الثالث: المشرع ٦٧١
المبحث الثانى: مدى ما تحققه الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من حماية لمصالحيهما وللصالح العام ٦٧٣
المطلب الأول: مدى ما يحققه اقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن من حماية لمصالحيهما. ٦٧٣
الفرع الأول: مدى ما يحققه اقرار الطبيعة العقدية بين رب العمل والمقاول لمصالحيهما متى كان أيهما مسئولاً ٦٧٤
الغصن الأول : إحترام تقديرات وتوقعات رب العمل والمقاول من الباطن أيهما كان مسئولاً. ٦٧٤

الغصن الثانى: عدم مساءلة رب العمل أو المقاول من الباطن إلا فى إطار التصرف القانونى الذى شارك فى إبرامه ٦٧٦
الغصن الثالث: تخفيض نفقات المسئول ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ وتوحيد مسئوليته ٦٧٨
الفرع الثانى: إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وأثرها على حماية مصالحيهما متى كان أيهما مضروراً ٦٧٩
الغصن الأول: تحاشى المضرور منهما إعصار أو إفلاس المقاول الأصلى أو إصابته بأحد عوارض الأهلية ٦٨٠
الغصن الثانى: تجنب المضرور منهما مشقة إثبات ركن الخطأ ٦٨١
الغصن الثالث: زيادة فرص حصول المضرور ــ سواء كان رب العمل أو المقاول من الباطن ــ على حقه ٦٨٢
الغصن الرابع: تحاشى وجود المضرور منهما فى مركز قانونى معطل ٦٨٣
الغصن الخامس: تمكين المضرور منهما من الرجوع على شركة التأمين التى تعاقد معها المسئول ٦٨٤
المطلب الثانى: إقرار الطبيعة العقدية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وأثرها على حماية للصالح العام ٦٨٥
الفرع الأول: تفعيل إحترام مبدأ القوى الملزمة للعقد والحفاظ عليه ٦٨٦
الفرع الثانى: المحافظة على وحدة القواعد التى تنظم التعويض ٦٨٨
الغصن الأول: وحدة القواعد القانونية الخاصة بالتقادم ٦٨٩
الغصن الثانى: القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائى ٦٩٠
الغصن الثالث: مدى التعويض ٦٩٢
الغصن الرابع: القانون الواجب التطبيق على المقاولة من الباطن ذات الطابع الدولى ٦٩٣

الفرع الثالث: إحترام مبدأ عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين ٦٩٤
المبحث الثالث: شروط وضوابط دعوى المسئولية العقدية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن ٦٩٧
المطلب الأول: شروط تطبيق دعوى المسئولية العقدية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن ٦٩٧
المطلب الثانى: ضوابط دعوى المسئولية العقدية المتبادلة بين رب العمل والمقاول من الباطن ٦٩٨
الفرع الأول: ضوابط رجوع رب العمل على المقاول من الباطن ٦٩٩
الفرع الثانى: ضوابط رجوع المقاول من الباطن على رب العمل ٧٠٢
الخاتمة ٧٠٥
المراجع ٧٣٧
أولا: باللغة العربية ٧٣٧
ثانياً: باللغة الفرنسية ٧٦٣
بيان بأهم المختصرات المستخدمة فى البحث ٧٧٢
فهرس الموضوعات ٧٧٤