في كل يوم نزداد يقينا من خلال الوقائع الصناعية والاقتصادية على دور وضرورة المناولة والتي صارت أهم وأبرز الاستراتيجيات الحديثة المعتمدة وأكثرها قدرة على تحقيق التطور والنمو الاقتصادي لدى جميع الشعوب والأمم.

ولقد أصبح عقد المناولة من أهم وأبرز العقود أو الأساليب التي جعلت كثيرا الدول تسعى إلى تعميمه وانتشاره لإيجاد أرضية كأساس قاعدي واسع و عريض من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المكملة للصناعات الكبرى، لذا كان لزاما على فقهاء القانون تحديد وتوضيح مفهوم عقد المناولة وتحديد طبيعته القانونية و أهم الآثار المترتبة عنه والذي سنتطرق له من خلال المباحث الآتية :

وعليه تناولنا هذا البحث في فصلين جاء الفصل الأول منه مبرزا مفهوم عقد المناولة أما الفصل الثاني تطرقنا فيه إلى مجالات إعمال هذه العقود بالنسبة للجزائر حيث تناولت في بداية الفصل الأول التعريف بعقد المناولة، فواجهتنا صعوبة في قلة المراجع المتناولة لهذا المفهوم والمنحصرة على ما جاء في الفقه الفرنسي، فحاولنا قدر المستطاع إعطاء فكرة عن مفهومه، وتفريقه عن بقية العقود المشابهة له.

وفي نقطة أخرى قمنا بتحديد وتوضيح الطبيعة القانونية لعقد المناولة فهو يكون تعاقد من الباطن في صورة المقاولة الفرعية خاصة في مجالي البناء و الصناعة كالصناعات الضخمة (صناعة السيارات)، حيث لا يمكن للمناولين المباشرين تلبية كافة متطلبات مصنعي السيارات من كافة المكونات والقطع الضرورية لهذه الصناعة، وهنا يتوجه المناولة من الدرجة الأولى إلى التعاقد من الباطن أو الفرعي لمجابهة كل ما تحتاجه المؤسسات المقدمة للأعمال.

وفي النقطة الثالثة أثرنا أهم آثار عقد المناولة وما يرتبه من التزامات في ذمة كل طرف من أطرافه و ما ينتج عن الإخلال بها.

المبحث الأول :تعريف عقد المناولة والتفريق بينه وبين العقود الأخرى

إن لعقود المناولة دورا مهما في تحقيق التكامل والتعاون الصناعي بين المؤسسات الكبرى والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهذا كاستراتيجية معتمدة من قبل الدول في عصرنا الحالي، ومنه سنبرز من خلال هذا المبحث إلى أهم المفاهيم الرئيسة لعقد المناولة وتمييزه عن بقية العقود الأخرى.

المطلب الأول ـ تعريف عقد المناولة

من المواضيع شديد الأهمية بمكان موضوع المناولة والذي أولت له الدول عناية خاصة لما له من مزايا في المجال التنموي، خاصة في ظل الأحوال الاقتصادية والتنافسية الراهنة التي تعيشها كل الدول، علما بأن له تأثيرا واضحا وجليا في أسلوب توزيع الأعمال والموارد و شدة ونوعية المنافسة الطاغية في وسط معين ومن هنا كان حتما من الضرورة التطرق و التعرف على هذا الموضوع.

ففي القطاع الاقتصادي يستعمل عادة لفظ "المناولة" أو "المقاولة من الباطن" فيقال "مقاول يعمل بطريق المناولة" أو أنه "يقاول من الباطن" عندما يكون زبائنه ليسوا هم المستهلكين النهائيين، لكنهم مؤسسة أو عدة مؤسسات يلجأ إليها لإنجاز بعض الأعمال، أو لتصنيع أجزاء أو جزء واحد يستعمل في تكوين المنتوج الأخير.

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

وطبقا للتعريف الاقتصادي للمناولة يتجلى ما يأتى :

* المناولة هي انابة الغير في تنفيذ الاعمال ، مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة في ذللك ،تتم بواسطة عقد بي مؤسستين المؤسسة الآمرة بالأعمال والمؤسسة المناولة ،والذى بموجبه تعهد الاولى بجزء من نشاطها الإنتاجي للثانية ،نظرا لما تتمتع به هذه الأخيرة من مهارات فنية وتقنية وإمكانيات تجعلها قادرة على توفير سلع ذات جودة وبشروط اقتصادية ميسرة[2]

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

---

[1] Alain Benabent ,le droit de construction ,dalloz , edition , 2000 p:1465

[2] Georges valentin , les contrats de sous –traitance,mantpellier,paris1979.p:02

[3]Alain Benadent, Louage d'ouvrage et d'industrie, sous-traitance,Juris-classeur,civil Article178,Fasc.20,1990

* أن العقد بين المؤسسة المقاولة الرئيسية ومقاوليها الفرعيين قد يكون سابقا للعقد النهائي المبرمة بين المؤسسة الرئيسية والمستهلك ،كما هو الحال في صناعة السيارات حيث تقوم الشركة المصنعة أولا بإبرام عقود مع عدد شركات تللك المخصصة في صناعة هياكل السيارات، أو في صناعة المحركات، ثم تقوم بتجميع هذه العناصر وتركيبها لتشكل في النهاية سيارة للاستعمال وتبيعها للمستهلك[1]

* وفي بعض الأحيان قد يكون عقد المناولة لا حقا للعقد القائم بين المؤسسة المقاولة الرئيسية والمستفيد يليه اتفاق بين له ثم (villa)من العمل المنجز، مثل اتفاق أحد الأفراد مع مقاول على بناء سكن كبير هذا الأخير أو عدة مقاولين آخرين لتنفيذ الأشغال الأخرى كإيصال الغاز و الكهرباء أو ربط السكن بقنوات الصرف الصحي أو تصميم ديكور للمترل ....الخ

يبدو أن المناولة طبقا للرؤية الاقتصادية ليست دائما لها معنى التعاقد من الباطن إلا في حالات معينة، مثل ما هي في الصناعيات الكبيرة حيث ليس بإمكان المناولون الفرعيون المباشرون انجاز الأشغال بمفردهم، فيوكلون بعض الأشغال الى مقاولين آخرين بواسطة الاتفاق أو التعاقد معهم من الباطن .

مع العلم أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الاقتصادي للمناولة في كثير من النصوص القانونية المتعلقة بالقطاع الصناعي ، كالقانون التوجيهي 01-18 الصادر في 12 جانفي 2001 والمتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وهذا ضمن الفصل الثالث من الباب الثاني المخصص لتدابير مساعدة ودعم ترقية المؤسسات

[1] **jean Nèret, Le sous-contrat,L.G.D.J,paris1979,N°22,P.24**

الصغيرة والمتوسطة حيث ركز على ضرورة الاهتمام بالمؤسسات المناولة ،باعتبارها أحسن وسيلة لتكثيف النسيج الصناعي[1].

أما من الجانب القانوني فيحدد مفهوم المناولة في فكرة التعاقد من الباطن لتعتبر المناولة صورة تطبيقية للعقد من الباطن .

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

ويرى غالبية فقهاء القانون على أن وصف المقاولة الفرعية لا يثبت إلاّ ضمن مجموعة عقدية تضم عقدين اثنين وثلاثة أطراف مرتبطين مثنى مثنى، العقد الأول قائم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والعقد الثاني قائم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي .

وعلى هذا الأساس إذا تعاقد المقاول الفرعي الأول مع مقاول آخر من الباطن، أصبح عقد المقاولة الفرعية الأول عقدا أصليا، فيستعمل عبارة " رب العمل الحقيقي " للدلالة على رب العمل الأول، ولفظ المقاول الأول "للدلالة على كل مقاول أول متعاقد بشكل مباشر مع رب العمل الأول، أما لفظ "المقاول الأصلي " فيراد به كل مقاول آخر تعاقد من الباطن، ويطلق عليه أيضا مصطلح "رب عمل عرضي"

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

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

إن المشرع الجزائري قد تبنى على غرار الكثير من تشريعات الدول العربية بالمفهوم القانوني للمقاولة الفرعية، أي باعتباره تعاقد من الباطن في القانون المدني، وقانون الصفقات العمومية .

فخصص لها في القسم الثالث من الفصل الأول المتعلق بالمقاولة وهذا ضمن الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل، مفردا لها مادتين فقط (564و 565) من القانون المدني 05-10، حيث تعتبر الأولى الأساس القانوني لجواز إبرام عقد المقاولة من الباطن من جهة، ومن جهة ثانية حالة تطبيقية لمفهوم المسؤولية العقدية عن الغير بعدما قررت بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن الأعمال المقاول الفرعي اتجاه رب العمل.[1]

وقد عرّف المناولة العديد من المنظمات الدولية نذكر منها على سبيل المثال :

* الدليل التعاقدي لعلاقات المناولة للمركز الوطني للمناولة بفرنسا CENAST:

" المناولة هي العملية التي يتم من خلالها صنع منتج أو بعض مكوناته بصفة عامة ،وذللك لفائدة الآمر بالأعمال وطبقا للخصائص الفنية وطرق الاستلام الذي يحددها في آخر المطاف وعلى أساس الهدف الصناعي الذي يرمي إليه هذا الأخير ."[2]

[1] أ :الأمر رقم 75 _58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2007 جريدة رسمية العدد 44، بتاريخ 23 يوليو 2005 .

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

* تعريف حسب الجمعية الفرنسية للتقييس AFNOR:

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

أضاف هذا التعريف شرحا وتوضيحا آخر وهو أن العلاقة القائمة بين الطرفين تقوم على أساس عقد وهو محدد سلفا من قبل المؤسسة التي تعطي الأوامر .

* تعريف المنظمة العربية للتنمية الصناعية والتعدين :

" جميع العلاقات التعاونية التكاملية التي تنشأ بين مؤسستين أو أكثر خلال مراحل العلمية الإنتاجية ،بموجبها تقوم منشأة مقدمة العمال بتكليف منشأة أخرى أو أكثر تسمى منفذة الأعمال المناولة متخصصة لا نجاز مرحلة أو أكثر من علميات الإنتاج ،طبقا لقعد محدد مسبقا وملزم للطرفين[2].

* تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ONUDI:

"فإن ا لمناولة هي اتفاق من خلاله رب العمل بتكليف مؤسسة أو عدة مؤسسات بعليمة إنتاج أجزاء أو مكونات أو مجموعات فرعية أو توفير بعض الخدمات الصناعية المكلمة التي تعد ضرورية لإتمام المنتج النهائي للمؤسسة الآمرة وهذا يقود المناولين الصناعين للقيام بالأنشطة المبنية بموجب شروط المؤسسة الأمرة بما يسمح لهم (المناولين) بعد ذللك للوصول إلى مستويات تخصص أعلى في مجالات وقطاعات محددة [3] .

ومما سبق يمكن استنتاج مجموعة من النقاط المشتركة من هذه التعاريف :

- أن المناولة عبارة عن علاقة عمودية مباشرة بين الأطراف المتعاقدة يكون فيها المناول تابعا للمؤسسة الآمرة وفق الغايات الصناعية التي تسعى إلى تحقيقها.
- أن المناولة هي العملية أو مجموعة العمليات الخاصة بفترة ما من فترات الإنتاج كالدراسات، التصميم، التصنيع، التشغيل، أو الصيانة لمنتج ما .

[1] مريم بن داود /انصاف كبدي، اثر المناولة على الشركات البترولية دراسة حالة الشركة الوطنية للمحروقات ، مذكرة ليسانس ،جامعة قاصدي مرباح /ورقلة ،2012 /2013، ص02

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

[3] علوى فاطمة الزهراء، المناولة الصناعية خيار استراتيجي الصغيرة والمتوسطة – مع دراسة تطبيقية في قطاع المحروقات – رسالة ماجستير، الجزائر، سنة 2010، ص 48.

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

المطلب الثاني :الفرق بين عقد المناولة والعقود الأخرى

لا يعتبر التعاقد من الباطن العملية الوحيدة التي تحتاج تعددا في العقود تتم بوجـــود ثلاثة أطـــراف أو أكثر، لذا يجب تميز العقد من الباطن عن بقية النظم القانونية الأخرى المقاربة له والمتمثلة في التنازل عن العقد و العقد المشترك هذا ما سنبرزه من خلال مايلي :

الفرع الأول :عقد المناولة والتنازل عن العقد

التنازل عن العقد لم يتطرق له القانون المدني الجزائري أو المصري أو الفرنسي بتنظيم متميز ومستقل، على الرغم من تطرقه لبعض صوره كالتنازل عن الإيجار في المادتين 505و506 من القانون المدني ،وكذا إقراره لجواز حوالة الحق وحوالة الالتزام وتنظيم أحكامها واللتان تعتبران وسيلتين كافيتين لتحقيق التنازل عن العقد الملزم لجانب واحد[1] .

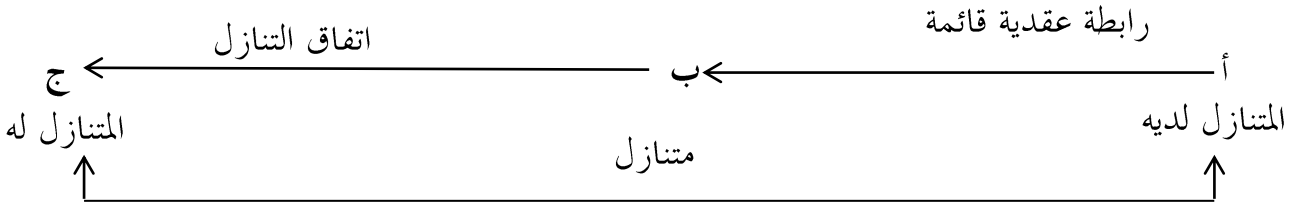
كما أقر الفقه التنازل عن العقد استنادا إلى مبدأ حرية التعاقد وكذا نظريه المادية للالتزام باعتباره رابطة بين ذمتين ماليتين مما يجيز تغير شخص المدين وشخص الدائن[2]

وتتحقق عملية التنازل عن العقد من خلال عقدين متتاليين، العقد المبرم أساسا لإنشاء التزام بعمل أو إعطاء شيء والعقد اللاحق له وهو عقد التنازل والذي يكون محله التنازل عن العقد الأول لفائدة الأول لفائدة شخص ثالث يسمى المتنازل له ليحل محل متعاقد المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ناشئة عن الرابطة العقدية الأولى [3] .

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

[2] د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2003، ص9 .

[3] أ.نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، نطاقه – أحكامه، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية ،سنة 200، ص 85 .



علاقة مباشرة

يتبين جليا من تعريف عملية التنازل عن العقد أن محل العقد الأول هو الـــتزام بعمل أو إعطاء شيء أما محل اتفاق التنازل هو التنازل في العقد الأول.

وبالتالي فإن هناك اختلافا في المحل بين الرابطة العقدية الأولى والعقد اللاحق لها، كما أن التنازل على العقد يمكن المتنازل من الخروج نهائيا من دائرة التعاقد لتنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل لديه والتنازل له فيصبح هذا الأخير إما دائنا بالالتزام أو مدينا به بحسب مركز المتنازل له في العقد الأول[1].

لهذا فإن كل من المتعاقد من الباطن والمتنازل عن العقد يسمحان بإحلال الغير محل أحد طرفي العقد، كما يشترك هذين النظامين في وجوب أن يتما أثناء تنفيذ العقد الأول وليس بعد انتهاء تنفيذه ،لهذا فهما يخصان العقود المستمرة فقط [2].

إضافة إلى ذلك فإنه يمكن أن يرد كل من التنازل عن العقد والعقد من الباطن على جزء من محل العقد الأول أو كله، كأن يتنازل المقاول على الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق أو يتنازل عن كل عقد المقاولة بما يشتمل من حقوق والتزامات .

كما يمكن للمقاول أن يعهد بكل ما هو موكل له بموجب عقد المقاولة الأصلية إلى مقاول آخر(فرعي) أو جزء من هذه الأعمال فقط إذ لم يمنع من ذلك، ويحق كذلك للمستأجر أن يتنازل إلى الغير عن حق الإيجار كله أو بعضه ويتنازل عن العين المؤجرة أو جزء منها وبالنسبة عن كل مدة الإيجار أو لفترة زمنية أقل ويجوز أن يكون هذا التنازل بمقابل أو دونه .

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

[2] أ.نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 86 .

كما يمكن أن يكون حضر التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن في عقد ذاته أو في عقد ذاته أوفي حق لا حق، ويكون حضرا مطلقا أو مقيدا بموافقه المتعاقد الأصلي الأول [1].

وإن كان التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد يشتركان في بعض الجوانب فالاختلاف بينهما كبير من حيث هدف كل منهما أو من حيث النتائج أو الآثار المترتبة عنه.

والحقيقة أن التمييز بين هذين التصرفين حدثية نسبيا، أملّها التعيقد المتزايد للعلاقات داخل المجتمعات الحديثة، حيث أصبح من الضروري التفرقة بين الإيجاز الفرعي والمقاولة الفرعية والوكالة من الباطن من جهة ، وبين التنازل عن الإيجاز والتنازل عن المقاولة والتنازل عن الوكالة من جهة ثانية [2].

لكن الخلاف تركز في كيفية التميز أي المعيار الواجب اعتماده للتفريق بين التعاقد من الباطن و التنازل عن العقد تركزت في نطاق الإيجاز بسبب كثرة حدوثه في الحياة العملية من جهة ومن جهة أخرى كثرة الدراسات الفقهية المتناولة لهذا العقد، بالإضافة إلى تعرض المشرع لتنازل عن الإيجار والإيجار الفرعي الحال لعقد المقاولة إذ تناول المقاولة الفرعية دون التنازل عن المقاولة نظرا لقلة حدوثها حسب رأي البعض، وحتى وإن وقعت فيكفي تطبيق القواعد المتعلقة بحوالة الحق وحوالة الدين [3]

هناك جانب آخر من الفقه اقترح معايير عامة وشاملة للتفرقة بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد تنطبق على كل صوره التطبيقية المتوقعة.

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

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

---

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

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

[3] د.عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص207 .

لكن إذا فضل التخلي نهائيا عن صفته التعاقدية لصالح شخص آخر و الخروج كلية من دائرة التعاقد اعتبر متنازلا عن العقد الذي يربطه بالمتعاقد الأول[1].

إن طبيعة العملية القانونية هي المعيار الأول المقترح، ومفادها أن تنازل المتعاقد عن مركزه العقدي في الرابطة العقدية يؤدي الى انهاء هذه الرابطة وإنشاء علاقة مباشرة ومتبادلة بين المتنازل لديه و المتنازل له، فان وقع تنازل عن العقد المقاولة بجميع ما اشتمل عليه من حقوق والتزام له، فان وقع تنازل عن عقد المقاولة بجمع ما اشتمل عليه من حقوق والتزامات بين المقاول المتنازل و المقاول المتنازل له وأقره رب العمل، أصبح المقاول المتنازل مدين بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل ودائنا بجميع حقوق المقاول المتنازل، ليفتي هذا الخير ولا يعود مسؤولا عن المقاول المتنازل له ولا ضامنا له[2] .

غير أن أن تعاقد أحد طرفي العقد الأصلي من الباطن مع الغير يؤدي إلى تكوين علاقة قانونية حديثة موازنة للعلاقة القانونية السالفة دون أن تختلط معها أو تدمج فيها تجمع بين المتعاقد الوسيط والغير أي المتعاقد من الباطن .

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

[1] جاك غستان، المرجع السابق، ص 845 .

[2] د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع سابق، ص 208 .

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

الفرع الثاني : عقد المناولة والعقد المشترك :

يفرق الفقهاء الفرنسيون بين العقد من الباطن وما يعرف بالعقد المشترك ويثبت العقد المشترك بموجب اتفاق بين فرد أو عدة أفراد في آن واحد لا نجاز أشغال معينة، حيث يقوم إبرام عقود مستقلة مع كل واحد منهم .

فيكون كل متعاقد مرتبط بالطرف الأول بواسطة رابطة عقدية تبيح لكل منهما بالعودة مباشرة على الآخر.

وقد يرد اتفاق على أن يكون هؤلاء الأفراد مدينين متضامنين اتجاه المتعاقد معهم ، أو يكون كل واحد منهم مسؤولا بصفة شخصية عن العمل الموكل إليه.

ومن أمثلة العقود المشتركة العقود التي تجمع بين المريض من جهة والفريق الطبي الكلف بإجراء عملية جراحية له من جهة ثانية إذا ما اختار كل فرد من الأفراد المشكلين لهذا الفريق من طبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدين والممرضين ، وكذلك عقود التأمين على خطر واحد لدى عدد من المؤمنين.

أما إذا لم يتعاقد المريض سوى مع الطبيب الجراح و الذي يقوم بدوره بالاختيار الفريق المساعد له، كنا بصدد عقد أصلي مبرم بين المريض و الطبيب الجراح و عقد من الباطن بين الطبيب الجراح و كل عضو من أعضاء فريقه[3]

إن لهذه التفرقة أهمية كبيرة خاصة عند تطبيق أحكام المسؤولية، فإذا ما لحق المريض ضرر بسبب طبيب التخدير مثلا حق للمريض في الحالة الأولى مساءلة طبيب التخدير مباشرة.

و على أساس المسؤولية العقدية، أما في الحالة الثانية فلا يمكن للمريض مساءلة طبيب التخدير بصفة مباشرة و له أن يقيم دعواه ضد الطبيب الجراح الذي تعاقد معه.

كما أن هذا النوع من العقود يوجد في مجال مقاولات البناء و التي يقتضي انجاز الأشغال بها تعاون كثير من المقاولين و من تخصصات عدة لتعرف باسم عقود المقاولة المشتركة تقوم إلى جانب عقود المقاولة الفرعية، مما قد يحدث لبسا بينهما خاصة إذا ما عين المقاول المكلف بالأشغال الرئيسة كوكيل عن باقي

1أ .نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 82 .

[2]Ph. Malaurie et L.Aynes ,op .cit ;N698 p :409

3 -Jean Néret, op. cit. , N° 65 p : 58.

المقاولين ، فيكون بذلك مسؤولا عن الانجاز الجيد لأغلب الأشغال اتجاه رب العمل، الأمر الذي يقربه من وضعية المقاول الأصلي الذي تعاقد بصفة منفردة مع رب العمل و المسؤول نحوه عن الأشغال المنجزة من المقاولين الفرعيين الذين استعانة بهم.

و الملاحظ أن التشابه بين العقود المشتركة و المجموعة العقدية المؤلفة من العقد الأصلي والعقد من الباطن يكمن أولا في تعدد الأفراد و العقود في كلتا المجموعتين، وفي الوجود المشترك بالإضافة إلى اشتراكهما في الهدف و هي تحقيق غاية واحدة co-existence . للعقود أي لكن يبقى الاختلاف بينهما أساسي و عميق، ففي العقود المشتركة ينفذ المتعاقدون سوية وعلى قدم المساواة العمل المسند لكل واحد منهم، و لا يسأل الواحد منهم إلا عن إخلاله بالتزامه ولا يتأثر مركزه بموقف باقي الشركاء إلا إذا كانوا متضامنين أو كان الالتزام غير قابل للانقسام[1] .

بالإضافة إلى أن العقود المشتركة تأخذ شكلا أفقيا كونها عقود مستقلة وقائمة في نفس المستوى و زوال إحداها لا يؤدي إلى زوال باقي العقود.

غير أنه عكس المجموعة المكونة من العقد الأصلي و العقد من الباطن، فهي تأخذ شكلا عموديا حيث يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي في الوجود و المصير.

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

مع كون أن هاتين المجموعتين متميزتان، إلا أنه قد يحدث تداخل بينهما عندما يقدم أحد طرفي العقد الأصلي على إبرام عدة عقود من الباطن تهدف كلها إلى تحقيق غاية واحدة و مشتركة بينهما، كأن يتفق رب العمل مع المقاول على تنفيذ مشروع ضخم كبناء مجمع سكني أو مركب سياحي، مما يحتم على المقاول التعاقد مع مجموعة من المقاولين من الباطن للقيام بمختلف الأعمال كالطلاء والنجارة والكهرباء...

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

1 -Daniel vaux, contrat et obligations, effets des conventions a l'égard des tiers,juris-classeur civil; art:1165 fasc,10.1996. P : 8.

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

المبحث الثاني : النطاق القانوني لعقد المناولة

يتفق فقهاء القانون على اعتبار المناولة بمعناها الموجود في القانون المدني صورة تطبيقية لمفهوم العقد من الباطن، وبذلك يكون وجود هذا العقد مرتبط بشكل أساسي بوجود عقد مقاولة سابق له ليتبعه من عدة جوانب نظرا لاشتراكهما في محل واحد .

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

وهذا ما سوف يتجلى أكثر من خلال المطلبين التاليين، حيث نتطرق في المطلب الأول إلى عقد المناولة باعتباره عقدا من الباطن، في حين نتطرق في المطلب الثاني إلى شروط التعاقد من الباطن .

المطلب الأول :عقد المناولة من العقود التبعية (الباطنية)

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

الفرع الأول: تعريف العقد الباطني

تطرقت بعض الدراسات المعاصرة وإن كانت نادرة للعقد من الباطن عكس الفقه القديم الذي لم يول له اهتمام رغم أنه مفهوم ليس بالحديث، مما يستوجب تناول العقد من الباطن من وجهة نظرة الطرفين.

أولا : العقد من الباطن وفقا للفقه التقليدي

لم يعرف الفقه التقليدي تعريفا للعقد من الباطن و لم يصنفوه ضمن تقسيمات العقود، واكتفوا بتقسيم العقود إلى عقود أصلية وأخرى تبعية، مقدمين لها تعاريف متنوعة لكنها تصب في نفس السياق .

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

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

ويعرض على سبيل المثال عقدي البيع و الإيجار على أنهما عقود أصلية قائمة بذاتها، بينما تعتبر التأمينات الشخصية و العينية كالكفالة والرهن عقود تبعية.

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

ثانيا :العقد من الباطن وفقا للفقه الحديث

اهتم الفقهاء المعاصرون اهتماما كبيرا بمفهوم العقد من الباطن انطلاقا من انتقاداته لبعض الأفكار المكرسة من الفقه القديم و المقدمة على أنها مبادئ مستقر عليها، خصوصا تمسكه بالنظرة الفردية للعقود، إذ يرى أنه إلى جانب العقود المنفردة الواردة في القانون المدني هناك ما يطلقون عليه اسم "**مجموعات العقود**[3] " و من الأوائل الذين تبنوا هذا المفهوم المؤلف الفرنسي " **تيسي" سنة 1975** نتيجة لاستقرائه لواقع اقتصادي متسم بالتعقيد .

ومن خلال رأيه لم يعد استعمال العقود المنفردة حاليا كاف لتلبية راغبات الأفراد المتزايدة والمتنوعة، الأمر الذي أوجب على هؤلاء مضاعفة العمليات القانونية، فتزايد حركة تنقل الأموال أدى إلى إبرام عدة اتفاقيات

[1] د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 143 .

[2] د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: – مصادر الحقوق الشخصية– ، المجلد الأول :نظرية العقد– القسم الأول– انعقاد العقد، الطبقة الأولى، دار وائل للنشر والطباعة، عمان، سنة2002 ص 162.

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

حول محل واحد، كما أن تعقيد العمليات الاقتصادية وتخصص المتعاملين الاقتصاديين اقتضى إبرام عدة عقود لتنفيذ هذه العمليات، و من هنا ظهر ما سماه بمجموعات العقود.[1]

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

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

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

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

غير أن المفهوم الذي أتى به "**نيري**" للعقد من الباطن أكثر شمولية، لأنه لا يتوقف فقط عند تحديد العلاقة بين العقد من الباطن والعقد الأصلي الذي يستند عليه، وإنما يزيد على ذلك بإظهار الوظيفة المضاعفة للعقد من الباطن والتي على أساسها يصنفه إلى قسمين:

---

[1] Bernard teyssie, les groupes de contrats. L.G.D.J. paris, 1975 n° 15 p : 8 et suite.

[2] Remy Cabrillac, droit des obligations, 4 éme édition, Dalloz, 2000 p :100 .

[3] Ph. Malaurie et L.aynes, op.cit, N° 690,p:403.

[4] Jean Néret,Le sous-contrat, L.G.D.J, 1979, N°05, P : 09.

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

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

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

الفرع الثاني: مجال العقد الباطني

اتضح مما سلف ذكره أن التعاقد من الباطن أداة تمكن المتعاقد من إنابة غيره في تنفيذ التزاماته أو الانتفاع بالحقوق المستمدة من العقد الأصلي، لذلك لا يستوجب طبيعة كل العقود أن يرد عليها هذا النوع من التعاقد، إنما ينصب الأمر فقط على تلك التي تولد حقوقا والتزامات تقبل إنابة الغير في ممارستها أو تنفيذها. و مما لا يدعو للشك فيه أن هذا الشرط يتحقق في حالات و ينتفي في أخرى، هذا ما يتضح مما يلي:

أولا :العقود القابلة للتعاقد من الباطن

يقتضي التعاقد من الباطن وجوب قبول الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي لإنابة الغير في ممارستها أو تنفيذها، ولا يتحقق هذا الشرط إلا بالنسبة للعقود التي تفرض التزاما بعمل و الذي يكون محلا للعقد من الباطن، حيث يكل المتعاقد الوسيط إلى المتعاقد الفرعي تنفيذ التزام بالعمل المتولد عن العقد الأصلي بدلا عنه، أو يجعل المتعاقد الفرعي يستفيد من الشيء الذي قدمه المتعاقد الأصلي الأول، مثل الناقل الذي ينيب غيره في تنفيذ عقد النقل أو المستأجر الذي يؤجر العين المؤجرة كلها أو جزء منها مستأجر ثان[2]

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

[2] د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص10 .

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يولد التزام بعمل هو من العق–ود المستمرة أي العقود التي يتطلب تنفيذها فترة من الزمن، فيكون لعنصر الزمن دور مهم و مزدوج فهو من جهة يعتبر عنصرا جوهريا في المحل إذ تقاس به التزامات المدين و حقوق الدائن، كما هو الحال في عقد الإيجار أين تتحدد مقدار المنفعة بالعين المؤجرة بمدة زمنية معينة، و من جهة ثانية يكون الزمن وسيلة للتنفيذ و مثاله عقد المقاولة فحتى يتمكن المقاول من تنفيذ التزاماته يحتاج إلى وقت ليس بالقصير، لهذا السبب تستبعد من نطاق التعاقد من الباطن العقود الفورية[1].

ثانيا: العقود المستبعدة من نطاق التعاقد من الباطن

لا تأخذ بعين الاعتبار العقود التي يكون محل الالتزام فيها امتناع عن عمل أو منح شيء من نطاق التعاقد من الباطن، لأن الغاية من الالتزام في الأولى هي جعل شخص معين بذاته يمتنع عن فعل معين، وبالتالي لا مجال لأن يحل غيره في ذلك، و يستثنى من ذلك طبعا إذا كان الالتزام بالامتناع التزاما ثانويا كالالتزام المستأجر بعدم إحداث تغيرات على العين المؤجرة، فإنه يكون في مواجهة المستأجر الأصلي و المستأجر الفرعي على حد سواء[2].

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

كما أن العقد اللاحق حتى و لو كان مبنيا على العقد الأول إلا أنه ليس تعاقد من الباطن، إنما هو إعادة لنقل الحق بسبب أن الحق العيني يخول لصاحبه سلطة مباشرة ولا يمكن أن تكون هذه الأخيرة لمالكين أحدهما أصلي و الآخر فرعي، لذلك يجوز أن يرد على المحل بيع ثان لكن لا وجود لبيع من الباطن[3] .

كما يخرج من دائرة التعاقد من الباطن العقود التي لا يعمل فيها المدين مستقلا، أي العقود التي يكون المدين خاضعا لإشراف المتعاقد الأخر، كالتابع الذي يعمل تحت إشراف و رقابة المتبوع فلا يمكنه أن يحل غيره في تنفيذ العمل المسند إليه، لهذا لا يجوز أن يرد تعاقد من الباطن على عقد العمل[4]

---

[1] د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قانون البلاد العربية، دار النهضة العربية، سنة 1946، ص84.

[2] –Jean Néret, op. cit., N° : 41,47 P : 37et Suite.

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

[4] د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص11 .

المطلب الثاني :شروط إبرام العقود من الباطن

غير أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال تحديد طبيعة العقد من الباطن من خلال تحليل الالتزامات المترتبة عنه، إنما يتم ذلك عند توفر شروط معينة، يوضح كل واحد منها على حدى:

الفرع الأول : أن يتبع العقد من الباطن عقدا أصليا سابقا له

تستوجب التبعية إلزاما توفر العقد المتبوع أولا و بصفة أساسية ليلحق به العقد التابع و هو الأمر ذاته في العقد من الباطن و الذي يبرز كما يلي:

أولا: وجود عقد أصلي سابق

يجب أن يستكمل العقد من الباطن كل الشروط القانونية الواجب توافرها فيه والتي تفرضها القواعد العامة بشأن إبرام العقود من وجود إرادة حرة خالية من كل العيوب و محل وسبب مشروعين، بيد أن هذه الإرادة غير قادرة بمفردها على إيجاد عقد من الباطن، إنما يشترط إضافة إلى ذلك توفر عقد أصلي، فلا وجود لعقد من الباطن في غياب عقد أصلي لأن هذا الأخير يشكل سببا منشأ له، و من ثمة لا وجود لإيجار من الباطن في غياب إيجار أصلي و لا لمقاولة فرعية في غياب عقد مقاولة أصلي.

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

إضافة إلى شرط الوجود يجب أن يبرم العقد الأصلي أولا ليتبعه العقد المتصف بأنه من الباطن، أي أن الأولوية في الانعقاد تكون إلزاما للعقد الأصلي، غير أنه لا يشترط أن تكون له الأولوية في التنفيذ، فيمكن أن يشرع في تنفيذ العقد الأصلي قبل إبرام العقد من الباطن، شرط أن لا يكون التنفيذ قد تم فإن إبرام العقد التابع بعد إنهاء تنفيذ العقد الأول كنا بصدد عقد أصلي ثان و ليس عقدا من الباطن، فحتى يعتبر إيجار فرعي يجب أن يكون مسبوقا بعقد إيجار أصلي، و إلا كان عقدا أصليا واردا على ملك الغير.

ثانيا: أن يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي

ليتم التعاقد من الباطن يجب أن يكون العقد من الباطن تابعا للعقد الأصلي، والتبعية تكون من جهة واحدة، أي أن العقد من الباطن يتبع العقد الأصلي وليس العكس.

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

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

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

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

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

زيادة على ذلك فإن طبيعة الالتزامات في العقد من الباطن تتحد مبدئيا تبعا لطبيعة الالتزامات في العقد الأصلي، فإن كان التزام المتعاقد الوسيط في العقد الأصلي بتحقيق نتيجة تبعه التزام المتعاقد الفرعي اتجاه المتعاقد الوسيط و كان التزاما بتحقيق نتيجة أيضا.

و من النتائج المترتبة عن التبعية أيضا أنه لا يمكن للطرف المشترك أن يعترف للمتعاقد الفرعي حقوقا أكثر مما له في العقد الأصلي، ولا أن يلتزم في العقد من الباطن بالتزامات لا يستطيع تنفيذها لتعارضها مع أحكام العقد الأصلي، مثلا لا يحق للمستأجر إذا أبرم عقدا من الباطن أن يرخص للمتعاقد معه بتغيير الغرض الذي أعدت له الأماكن المستأجرة، و لا أن يزيد في مدة الإيجار من الباطن عن مدة الإيجار الأصلي، كما لا يمكن

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

أن يلتزم المستأجر الأصلي في عقد الإيجار الفرعي بالقيام بإصلاحات الرئيسية كونها من الالتزامات الملقاة على عاتق المؤجر المالك.

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

الفرع الثاني: قبول المتعامل المتعاقد الأول بالعقد من الباطن

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

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

أولا: القبول في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي

سبق أن قلنا أن العقد الأصلي ينشئ التزاما بعمل و تنفيذه يحتاج مدة زمنية معينة، لهذا السبب غالبا ما يكون من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي.

و العقود القائمة على الاعتبار الشخصي هي عقود يعتد فيها بشخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته، فتكون شخصيته أو صفته عنصرا جوهريا في العقد ومحل اعتبار وقت انعقاد العقد وعند تنفيذه، ولا يقبل التنفيذ أو الوفاء إلا من هذا المتعاقد شخصيا[3] .

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

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

---

[1] د. مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع السابق، ص09 .

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

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

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

فبالنسبة للعقود المتضمنة بطبيعتها لعنصر الاعتبار الشخصي مثل عقد العلاج الطبي لا يمكن للطبيب أن ينيب طبيب غيره لمعالجة المريض دون القبول الصريح لهذا لأخير نظرا للطابع الشخصي لالتزامه[1] .

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

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

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

أما و إن تعلق الأمر بنص آمر فإن الإذن بالتعاقد من الباطن يقع باطلا، و من باب أولى يقع باطلا التعاقد من الباطن بدون إذن سابق، حتى أن الموافقة الصريحة للمتعاقد الأصلي لا تجعل من التعاقد من الباطن حائزا [2].

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

إن لجوء المتعاقد الوسيط إلى إبرام عقد من الباطن رغم منعه من ذلك يشكل انتهاك للعقد الأصلي و مخالفة للالتزام بالامتناع الوارد فيه، و بالتالي يحق للمتعاقد الأصلي مبدئيا طلب فسخ العقد الأصلي طبقا للقواعد العامة[3] .

---

[1] Jean Néret, op.cit. , N° 85; p : 65 et 76

[2] د. مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع السابق، ص14.

[3] Jean Néret, Loc.cit.

ثانيا: القبول في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي

تعرف العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار الشخصي بأنها العقود التي لا تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته محل اعتبار عند المتعاقد الآخر وقت إبرام العقد، وبالتالي لا تشكل شخصيته أو صفته سوى عناصر ثانوية، فالتعاقد في هذه الحالة يتم بصورة أساسية لأهداف اقتصادية ومالية و دون أن يتأثر بشخصية المتعاقد، كما لو تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لغيره أن يصنعه بنفس الطريقة و الجودة أو تعهد ناقل بنقل أشخاص

أو أشياء يمكن لغيره أن يقوم بتنفيذ ذات الالتزام[1] .

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

المبحث الثالث : النتائج المترتبة على عقد المناولة

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

المطلب الأول: الالتزامات المترتبة على المقاول الفرعي

تضمنت المواد من **550** إلى **554** من القانون المدني الالتزامات الأساسية للمقاول، وهي نفسها تلك التي تقع على عاتق المقاول الفرعي و المتمثلة في انجاز العمل المتفق عليه وتسليم هذا العمل بعد انجازه وضمان خلو هذا العمل من العيوب، و التي سوف يتم شرحها في ما يلي:

الفرع الأول: تمكين الأصلي المقاول الفرعي بالقيام العمل

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يدرج نصا صريحا ضمن تشريعاته لالتزام المقاول بإنجاز العمل، خلافا لكثير من التشريعات العربية، إلا أنه يبقى أهم التزام يرتبه عقد المقاولة سواء كان عقدا أصليا أو فرعيا على عاتق المقاول، و يظهر للوهلة الأولى أن هذا الالتزام بسيط و واضح، إلا أن دراسته تستلزم التطرق لعدة من المسائل كطريقة التنفيذ و وسائله والعناية الواجب بذلها ما سيتم توضيحه في الآتي:

أولا :طريقة تنفيذ العمل

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

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

لكن ماذا لو لم يتفق الطرفان على طريقة معينة للتنفيذ في عقد المناولة ؟ يرى الأستاذ السنهوري أنه " **في هذه الحالة وجب إتباع العرف و بخاصة أصول ".الصناعة تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن**[1]

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

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

و إذا بدا للمقاول الأصلي أن المقاول الفرعي يقوم العمل المعهود إليه بطريقة معيبة أو مخالفة لشروط العقد، حق له بصفته رب العمل حسب نص المادة **553** من القانون المدني أن ينبهه للمخالفات المرتكبة، و ينذره إذا ما رأى أن إصلاح العيوب ممكنة بوجوب تصحيح طريقة التنفيذ خلال أجل محدد ومعقول[2] .

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

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص217 .

[2] – يعتبر القضاء الجزائري أن الأجل شرط لصحة الإنذار، لأن بانتهائه تتخذ باقي الإجراءات، حيث جاء بأحد قرارات المحكمة العليا ما يلي " :بالرجوع إلى القرار المطعون فيه و السندات المرفقة به، يتبن أن الطاعن لم يقم بالإجراءات المنصوص عليها في المادة 553 من قانون المدني ، و اكتفى بتوجيه رسالتين للمطعون ضده يطلب ضمنها من هذا الأخير استئناف الأشغال الموقوفة، تلك الرسالتان لا تعتبران في حد ذاتهما وسيلتي إثبات إذ أنه لا يجوز صنع الأدلة بنفسه لنفسه .... و من كان كذلك استوجب رفض الطعن " قرار رقم 51553 صادر في:11 /11/ 1987 في قضية خ.ع ضد و.م.م – المجلة القضائية العدد 3 سنة 1992 ص23 .

إن هذه الأحكام ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة المدرجة في المادة170 من القانون المدني، التي تجيز للدائن إذا ما كان التنفيذ ممكنا و لم يقم به المدين طلب ترخيص من القاضي بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، و مع ذلك حرص المشرع على إدراجها في نص خاص، كما دأب القضاء على تطبيقه[1] .

و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد استدرك الحالة التي يكون فيها العيب أو المخالفة من الجسامة بحيث لا يمكن إصلاحه، فأضافه في تعديله للقانون المدني سنة **2005** فقرة ثانية للمادة **553** ليجيز من خلالها للمقاول الأصلي اللجوء على القضاء مباشرة دون الحاجة إلى إنذار المقاول الفرعي و تحديد أجل له و يطلب فسخ العقد[2].

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

و رغم خلو المادة **553** من هذه الحالة، فللقضاء كامل السلطة في تقدير وقائع النزاع، و هو ما يتجلى من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/06/13، والذي ورد فيه أنه "**لما كان الثابت في قضية الحال أن أحد طرفي عقد المقاولة قصر في تنفيذ التزاماته، و من ثم فإن القضاة عندما أمروا بإلغاء العقد المبرم بين الطرفين بدلا من أن يحكموا على الطرف المخل بإتمام التزاماته، يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[3] "** .

والملاحظ أن المشرع أراد من خلال المادة السالفة الذكر أن يمنح للمقاول الأصلي في عقد المقاولة الفرعية حق الإشراف على العمل و التدخل في الوقت المناسب لإيقاف العمل المعيب، و في ذلك مما لا شك فيه ربح للجهد و الوقت و المال، فإصلاح العيب عند اكتشافه أحسن من الاستمرار فيه حتى آخر العمل و رفض المقاول الأصلي له، ومن ثمة تتحقق مصلحة الطرفين بما فيها المقاول الأصلي لأن سكوته على التنفيذ

---

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

و يستوجب الرفض . "المجلة القضائية العدد 1 سنة 1998 ص109 .

[2]– جاء في الفقرة الثانية من المادة 553 من القانون المدني بعد تعديله بموجب الأمر قانون05 – 10المؤرخ في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 23 يوليو:" غير أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون الحاجة إلى تعيين أجل إذا كان في طريقة التنفيذ من عيب مستحيل"

[3] – القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13 /1990/06 في الملف 61.489 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1991 العدد 4 ص 65.

المعيب للعمل يكون مسؤولا عنه أمام رب العمل، ولا يعطيه سوى الحق في رفض العمل المعيب و فسخ العقد، دون الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان يمكن تجنبها لو أنه نبه المقاول الفرعي إليها[1] .

ثانيا :وسائل التنفيذ

إن تنفيذ المقاول الفرعي للعمل المسند إليه يتطلب في كثير من الأحيان توفير بعض الآلات والمعدات و المواد، الأمر الذي يثير تساؤلا من المتعاقدين ملزم بإحضارها ؟

ومن خلال المادتين **550** و **552** من القانون المدني أن المشرع يفرق بين الآلات و الأدوات التي يستخدمها المقاول في انجاز العمل و بين المادة التي يستعملها أو يستعين بها في ذلك، فبالنسبة للأولى المادة **550**تقضي صراحة أن الأصل أن يأتي المقاول و حالة المقاولة الفرعية المقاول الفرعي بما يحتاجه من الآلات و أدوات إضافية، و يتحمل كل النفقات الناتجة عن ذلك لوحده.

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

و الملاحظ أن نص المادة **552** أشار فقط على الآلات و الأدوات الإضافية، عكس الحال بالنسبة لبعض التشريعات الأخرى التي أوردت عبارات أشمل، و مع ذلك يطبق الحكم نفسه على اليد العاملة و المساعدين الذين يستخدمهم المقاول الفرعي، فيلزم هذا الأخير بإحضارهم و على نفقته ما لم يقض اتفاق أو العرف بخلاف ذلك[2].

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

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

---

[1] د .عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة والوكالة و الكفالة، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، سنة 2001 ، ص35 .

[2] د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 122 ص217 .

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

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

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

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

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

وفي ما يخص المادة التي يقدمها رب العمل أو المقاول الأصلي، فيلزم المقاول الفرعي بالمحافظة عليها و أن يراعي أصول الفن في استعمالها و يقدم حسابا للمقاول الأصلي عن كمية المادة التي استخدمها و يرد ما بقي منها.

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

ثالثا :العناية المطلوبة في إنجاز العمل و مدته

إن التزام المقاول الفرعي بإنجاز العمل قد يكون التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق غاية، فلا وجود لقاعدة عامة تحكم جميع عقود المقاولات، فالمقاول المتعهد بتشييد بناء أو هدمه ملزم بتحقيق نتيجة إذ يتوجب عليه تنفيذ عمله و تحقيق الغاية المحددة له، أما لو عهد إلى المقاول الفرعي بترميم بعض الأبنية الأثرية، ففي

[1] أ. مصطفى عبد السيد الجارحي، ا لمرجع السابق، ص49 .

[2] د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 122 ص217 .

هذه الحالة لا يلزم بتحقيق نتيجة إنما يتوجب عليه بذل العناية اللازمة لإتمام العمل و جعله مشابها قدر المستطاع لما كان عليه في السابق[1]

وعليه فالمطلوب من المقاول الفرعي أن يبذل عناية الشخص العادي، وحينئذ يكون قد وفى بالتزامه عند بذل هذه العناية و لو لم يتحقق الهدف المنشود .

وخلافا لذلك فإن الالتزام بتحقيق غاية لا تبرأ ذمة المقاول الفرعي إلا إذا تحققت الغاية المرجوة و أنجز العمل المطلوب.

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

رابعا :جزاء الإخلال بالالتزام بالتنفيذ

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

أ - حالة التأخر في التنفيذ

اتضح مما تم ذكره أن المقاول الفرعي ملزم بإنجاز العمل في المدة المحددة والمتفق عليها أو المدة المعقولة حسب العرف، و التزامه هذا هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناية، أي أنه لا يكفي أن يدعي أنه بذل العناية اللازمة لإنجاز العمل في الوقت المحدد و أنه لم يستطع إنهائه، و حتى يبعد المسؤولية عنه بل يجب عليه أن يثبت أن التأخر في الإنجاز راجع لسبب خارج عن إرادته كوجود قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الغير.

كما يمكنه دفع هذه المسؤولية إذا أثبت أن التأخر في الانجاز حدث بسبب المقاول الأصلي أو رب العمل اللذان تأخرا في تقديم المادة، أو أن التأخر بسبب عدم دفع أقساط الأجرة المستحقة في الآجال المتفق عليها[3]

---

[1] أ. نعيم مغبغب، عقود البناء و الأشغال الخاصة و الأشغال العامة، دون ذكر دار النشر، سنة 1997 ، ص 46.

[2] د. عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق ، ص38 .

[3] أ. عزت عبد القادر، عقد المقاولة، دار الألفي ، سنة 2001 ص130 .

ب- حالة التنفيذ المعيب

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

الفرع الثاني : تعهد تسليم المقاول الأصلي العمل للمقاول الفرعي

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

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

أولا :طريقة التسليم و نفقاته

لم يتطرق المشرع إلى التزام المقاول بتسليم العمل المنجز، تاركا التسليم في عقد المقاولة يخضع لنفس أحكام التسليم في عقد البيع.

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

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

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

و قد يكون **التسليم حكميا** إذا ما وجه المقاول الفرعي إنذارا إلى المقاول الأصلي بوجوب تسلم العمل خلال مدة زمنية معينة و إلا اعتبر متسلما له عند انقضائها[3] .

ويوجب التسليم في بعض الأحيان أن نفقات الأصل أن يتحملها المدين به حسبما تضمنته القواعد العامة، و من ثمة يلزم المقاول الفرعي بالتكفل بهذه النفقات إلا إذا وجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك،

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص218 .

[2] أ. نعيم مغبغب ، المرجع السابق ، ص47 .

[3] أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص130.

كأن يتفق الطرفان على تحمل المقاول الأصلي هذه النفقات أو يتفقا على تقاسمها، فعندئذ يقدم هذا الاتفاق على ما تضمنته المادة **283** من القانون المدني.

ثانيا :زمان التسليم و مكانه

لم يتعرض المشرع لمسألتي زمان و مكان التسليم مكتفيا بما قد يتفق عليه المتعاقدين أوما جاءت به القواعد العامة، بالنسبة لزمان التسليم، الأصل أن الأولوية في تحديده تكون لما اتفق عليه، والغالب أن يكون التسليم بعد انجاز العمل في المهلة المحددة له في عقد المناولة، إلا إذا اتفق الطرفين على تاريخ أخر للتسليم يلي تاريخ الإنجاز، أما إذا سكت المتعاقدان عن تحديد مدة الإنجاز، يجب على المقاول الفرعي أن ينجزه في مدة معقولة وفقا لطبيعة العمل و عرف الحرفة، فعند انقضاء هذه المدة يكون من المفروض أن المقاول الفرعي قد انتهى من انجاز العمل، فيلزم عندئذ بتسليمه فورا.

لكن ليس هناك ما يمنع من لجوء المقاول الفرعي إلى القضاء قصد المطالبة بمنحه أجل للتسليم إذا ما وجدت ظروف أعاقته عن ذلك، و يمكن للقاضي الاستجابة لطلبه إذا لم يكن في التأجيل ما يضر بمصلحة المقاول الأصلي إضرارا جسيما[1].

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

الأصل أن زمن التسليم مقرر لمصلحة المدين به أي المقاول الفرعي، و وعليه يحق له أن يسلم العمل المنجز قبل حلول الموعد المحدد له، حتى أنه قد يكافئ أحيانا على هذا التسليم المبكر.

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

وبخصوص لمكان التسليم فيكون مبدئيا في المكان المتفق عليه، فإن تخلف هذا الاتفاق سلم العمل المنجز في المكان الذي يعينه عُرف الحرفة، فإن لم يكن هناك عرف تم التسليم في موقع العقار إذا ما انصب عمل المقاول الفرعي على عقار، فإن تعلق الأمر بمنقول معين بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، أما إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالنوع فالتسليم يكون في موطن المقاول الفرعي أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله.

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

---

[1] د. عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص48 .

[2] د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، بند 122، ص218 .

و نشير في الأخير أن التزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، لذلك فمجرد عدم تحققه يعد خطأ من جانب المقاول الفرعي يستوجب مسألته، إلا إذا أثبت أن عدم التسليم أو التأخر فيه ناتج عن سبب أجنبي[2] .

ثالثا :تبعة الهلاك قبل التسليم

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

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

ولذلك يرجع أغلب فقهاء القانون أن تحديد أحكام تبعة الهلاك في عقد المقاولة إلى تلك المنصوص عليها في عقود مقاربة لهذا العقد و بالأخص لعقد البيع.

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

وفي ما يخص المادة فهلاكها على من قام بتوريدها من الطرفين، لأن القاعدة العامة أن الشيء يهلك على مالكه.

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

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

---

[1] د. عدنان إبراهيم سرحان ، المرجع السابق، ص48 .

[2] د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص56 .

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

الفرع الثالث: تعهد دفع الأجر من قبل المقاول الأصلي

تبعا لما تم ذكره أنفا أن هناك اتفاقا فقهيا على اعتبار المناولة عقد مقاولة تحكمه كقاعدة عامة النصوص المقررة لهذا النوع من العقود إلا إذا استثني من ذلك بموجب نص قانوني صريح.

و بناء على ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة **554** من القانون المدني التي تنص بأن: **"هذه المادة لا تسري على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين "** ، فإن المقاول الفرعي في علاقته مع المقاول الأصلي ملزم بضمان العمل الذي تولى القيام به بوجه عام، أما الضمان الخاص الواقع على عاتق المقاول و المهندس المعماري عن أي تهدم كلي أو جزئي يحدث للمباني أو المنشآت الثابتة فلا يشمل المقاول الفرعي الذي هو ملزم بإنجاز العمل وفقا للشروط و المواصفات المتفق عليها و أصول الصنعة، فإن جاء عمله مخالفا لهذه المقاييس اعتبر مخلا بالتزامه و أجبر على ضمان العيوب التي لحقت عمله و ضمان خلو العمل يقتضي سلامة المواد المستخدمة في انجازه، فإن قدم المقاول الفرعي مواد الصنع اعتبر بمثابة بائع لها و وجب عليه ضمان سلامتها و صلاحيتها للغرض الذي أعدت له، فإن ثبت تضرر العمل بسبب عيوب في المواد المستخدمة تحمل المقاول الفرعي مسؤولية ذلك[2] .

و لا يمكن للمقاول الفرعي دفع هذه المسؤولية بإثبات أنه بذل عناية الرجل العادي في التأكد من سلامتها و جودتها، إنما يجوز له ذلك متى أثبت أن العيوب اللاحقة بالمواد مردها لسبب أجنبي عنه، أو قبول المقاول الأصلي بها و إجازته استخدام هذه المواد المعيبة، ففي هذه الحالة يكون خطأ المقاول الأصلي أشد جسامة من خطأ المقاول الفرعي و يستغرقه.

وفي حالة أذا ما تم تقديم المواد من المقاول الأصلي أو رب العمل، فلا يكون المقاول الفرعي ضامنا لما فيها من عيوب، لكن إذا ظهر للمقاول الفرعي وجود عيب أثناء تنفيذ العمل وجب عليه إعلام المقاول الأصلي به، كما يمكنه رفض استخدام المواد المعيبة خاصة و أنه ملزم بتنفيذ العقد بحسن نية، فإن أصر المقاول الأصلي على استخدامها تحمل مسؤولية ذلك.

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

---

[1] أ. نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص49 .

[2] أ.عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص131 .

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

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

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

و يشمل **العيب الظاهر** العيب الذي علم به المقاول الأصلي عند استلامه للعمل والعيب الذي لم يكتشفه مع أنه كان بإمكانه ذلك لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي من نفس طائفته[2] فإن قبل المقاول الأصلي العمل و تسلمه رغم ما وجد به من عيوب، اعتبر متنازلا عن حقه في الرجوع على المقاول الفرعي بطلب إصلاح هذه العيوب، وليس بوسعه حتى مطالبته بنفقات الإصلاح التي صرفها، لأن موقفه هذا يفسر إما بأنه إقرار منه أن هذه العيوب بسيطة لا تنقص من قيمة العمل و لا تحيد به عن الغاية المرجوة منه، أو أنه تنازل منه عن حقه في الضمان.

غير أنه إذا لم يستطع المقاول الأصلي اكتشاف العيب رغم سهولة ذلك لو أنه فحص العمل بعناية الرجل العادي، اعتبر مهملا و وجب عليه تحمل نتيجة إهماله، فيحرم عندئذ من إمكانية الرجوع على المقاول الفرعي بالضمان و يبقى مسؤولا عن هذا العيب أمام رب العمل [3]

لكن في حالة ما إذا أقدم المقاول الفرعي على إخفاء العيب باللجوء إلى الغش أو الخداع فتعذر على المقاول الأصلي اكتشافه وقت التسليم، حق للمقاول الأصلي الرجوع بالضمان عليه اعتبارا من تاريخ اكتشاف العيب[4].

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

---

[1] ورد بالمادة 379 القانون المدني : "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور يعقد البيع ، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب و لو لم يكن عالما بوجودها.

غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب و أنه أخفاها غشا عنه. "

[2] د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 57 .

[3] د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 213.

[4] أ. مغبغب نعيم ، المرجع السابق، ص115 .

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

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

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

المطلب الثاني: التزامات المقاول الأصلي

حسب ما تقدم يلتزم المقاول الأصلي تجاه المقاول الفرعي بكل الالتزامات التي تنتج عن عقد المقاولة في ذمة رب العمل، ابتداء من تمكين المقاول الفرعي من انجاز العمل، ثم تسلمه منه بعد الانجاز، إلى غاية دفع الأجر ، هذا ما سوف نبينه بشيء من التفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: تعهد المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من تنفيذ العمل

إن المقاول الأصلي في علاقته مع المقاول الفرعي يأخذ مركز رب العمل في عقد المقاولة، فيكون الشخص الوحيد المطلع على متطلبات و شروط التنفيذ المتفق عليها في عقد المقاولة الأصلية، لهذا يلزم بتمكين المقاول الفرعي من انجاز الأعمال المقاول بشأنها من الباطن.

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

و إن كان المقاول الأصلي غير ملزم مبدئيا بتسليم المقاول الفرعي بنسخة من عقد المقاولة الأصلية، إلا أنه مجبر على إعطاءه كل ما هو ضروري لتنفيذ العمل المتفق[2].

---

[1] د.عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 52.

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

فإن التزم المقاول الأصلي بمنح المواد و الأدوات للمقاول الفرعي، كان مجبرا بتسليمها له و في الوقت المناسب، كذلك الحال عندما يستوجب التنفيذ اتباع رسوم و نماذج حيث يلزم بتقديمها للمقاول الفرعي حتى يسهل عليه الوفاء بالتزامه.

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

و يترتب على إخلال المقاول الأصلي بهذا الالتزام حق المقاول الفرعي في مطالبته بالتنفيذ العيني و لو عن طريق التهديد المالي فيما يستوجب تدخل المقاول الأصلي، أو طلب فسخ عقد المناولة مع التعويض الحالتين إذا كان له مقتض وفقا لم تقضي به القواعد العامة[1].

الفرع الثاني: تعهد المقاول الأصلي بتسلم العمل

تنص المادة **558** من القانون المدني " عندما يتم المقاول العمل و يضعه تحت تصرف رب العمل وجب على الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه **و يتحمل كل ما يترتب على ذلك من أثار**" .

تسري هذه المادة على العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، فيلتزم المقاول الأصلي بتسلم العمل بعد انجازه من المقاول الفرعي مقابل التزام هذا الأخير بتسليم العمل أو الشيء الذي تولى صنعه، لهذا لا يمكن أن يتم التسليم دون تسلم الأمر الذي يجعل العمليتين متكاملتين[2].

وعليه تبيان و توضيح فحوى هذا الالتزام و النتائج المترتبة عنه فيما يلي:

أولا :مقتضيات التعهد بالتسلم

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

و يتم التسلم باستيلاء المقاول الأصلي على الشيء دون أي عائق، و يتحدد ذلك بحسب طبيعة العمل أو الشيء المصنوع ، فيكون تسلم العقار بإخلائه و تسليم مفاتيحه للمقاول الأصلي، أما تسلم المنقول فيتم بقبضه و حيازته و يكون ذلك عادة بالمناولة اليدوية[3].

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

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 213.

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

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

رغم أن نص المادة **558** من القانون المدني لم يشر إلى ضرورة معاينة العمل قبل تسلمه إلا أن هذا أمر طبيعي و تقتضيه طبيعة عقد المقاولة، فهو يقع على عمل لم يكن موجودا وقت إبرام العقد فوجب على المقاول الأصلي فحصه و معاينته ليتأكد من مدى مطابقته للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة، باعتباره مسؤول عن ذلك أمام رب العمل بصفة شخصية و أساسية.

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

والاستلام يكون في مكان الذي تم فيه التسليم، فإن تراخى المقاول الأصلي عمدا أو بإهمال في الاستلام، أثبت المقاول الفرعي ذلك عن طريق توجيه له إنذار رسمي يدعوه فيه للاستلام.

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

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

ثانيا : نتائج التسلـــم

أضاف المشرع للمادة أعلاه بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب أمر05-10عبارة " **و يتحمل كل ما يترتب على ذلك من أثار**".

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

أ- خلو التسلم من العيوب الظاهرة

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

1د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 56 .

2د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص214 .

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

ب- الجهة التي تتحمل تبعة الهلاك

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

ج- تحول حراسة الشيء إلى المقاول الأصلي

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

د- وجوب أحقية المقاول الفرعي للأجر

وطبقا للمادة **559** من القانون المدني يستحق المقاول الفرعي أجره عند تسلم المقاول الأصلي للعمل هذا هو الأصل العام، الذي يستبعد تطبيقه إذا ما وجد عرف أو اتفاق يقرر ميعاد أخر لدفع الأجر، هذا ما سوف يتضح أكثر عند دراسة الالتزام الثاني الذي يرتبه عقد المناولة في ذمة المقاول الأصلي[2]

الفرع الثالث : تعهد المقاول الأصلي بدفع الأجر

من الصفات المميزة لعقد المناولة أنه من العقود المعاوضة التي يأخذ فيها كل طرف مقابل لما يقدمه، فالمقاول الفرعي الذي يقوم بعمل لحساب المقاول الأصلي مقابل الأجر الذي يلتزم به هذا الأخير بدفعه، و يثير هذا الالتزام كسابقه مسائل عديدة كدائن بالأجر و المدين به و مقداره و زمان و مكان دفعه، و التي سيم التطرق لها فيما يلي:

أولا :الدائن بالأجر و المدين به

إن الدائن بالأجر في عقد المناولة هو المقاول الفرعي و ورثته من بعده ذلك أن المقاولة عموما لا تنتهي بوفاة المقاول[3] .

كما يحل أيضا محل المقاول الفرعي في المطالبة بالأجر خلفه الخاص مثل ما هو الحال بالنسبة للمتنازل له عن المناولة أو عن الأجر فيها[4].

---

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

[2] د. عدنان ابراهيم سرحان، المرجع السابق، ص75 وما بعدها.

[3] د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص214.

[4] د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 71.

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

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

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

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

ثانيا : قيمة الأجر مع القدرة على تعديله

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

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

والأصل أنه متى اتفق الطرفان على أجر معين وجب التقيد بهذا الاتفاق، فلا يجوز للمقاول الأصلي أن يدفع أجرا أقل من الأجر المحدد، و لا أن يطالب المقاول الفرعي بأجر أكثر مما اتفق عليه، إذ لا يمكن لأي منهما الاستقلال بالتعديل استنادا إلى المبدأ العام "**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاقهما معا**"، و من ثمة فإن أي زيادة أو إنقاص في الأجر لا بد أن تتم باتفاق جديد بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي.

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

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

أ- تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة

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

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

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

- **الحالة الثانية**: أما إذا كان تجاوز المقايسة ضروريا لتنفيذ التصميم المتفق عليه وجسيما في آن واحد، خير المقاول الأصلي بين بقاءه مرتبط بعقد المناولة و القبول بالزيادة في النفقات و تحمل عندئذ الزيادة في الأجر بما

يتناسب مع الزيادة الجسيمة، أو التحلل من المناولة و دفع للمقاول الفرعي قيمة ما أنجزه من أعمال حسب المتفق عليه في العقد دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل[1]

و قد اشترط المشرع على رب العمل –و في حالتنا المقاول الأصلي– بأن يخطر المقاول الفرعي بخياره دون إبطاء و خلال مدة معقولة، فإن تأخر بإبلاغه بوقف الأعمال و تحلله من المقاولة، جاز للمقاول الفرعي مواصلة العمل على افتراض أن المقاول الأصلي اختار الإبقاء على المقاولة مع الزيادة في الأجر.

ب- تعديل الأجر المقدر جزافيا

و فقا للمادة **561** من القانون المدني، إذا أبرم عقد مقاولة على أساس تصميم متفق عليه مقابل أجر إجمالي جزافي، ثم تبين أن تنفيذ العمل حسب هذا التصميم يقتضي جهدا إضافيا أو نفقات إضافية كزيادة في المواد الأولية و أجور يد العاملة، فليس للمقاول الفرعي أن يطالب بأية زيادة في الأجر إلا إذا انهار التوازن بين التزامات الطرفين نتيجة حوادث استثنائية[2]

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

2 أ.أنور طلبة، العقود الصغيرة، الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، سنة 2004 ص 297 .

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

- **الحالة الأولى**: أن يكون التعديل في التصميم راجع إلى خطأ رب العمل و يسوى في نطاق مناولة أن يكون الخطأ في التصميم صادر عن رب العمل الحقيقي أو المقاول الأصلي، فيكون من حق المقاول الفرعي أن يطلب زيادة في الأجر دون قيد أو شرط.
- **الحالة الثانية:** أن يكون التعديل بإذن من المقاول الأصلي، فيستحق المقاول الفرعي الزيادة في الأجر بقدر ما وقع في التصميم من تعديل أو إضافة، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك مع المقاول الأصلي.

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

و الملفت أن هذه الفقرة يعتريها بعض الغموض، فهي لم تبين ما إذا كان الاتفاق يشمل التعديل أو الإضافة و مقدار الزيادة في الأجر أم أن الاتفاق مقصور على هذا الأخير فقط، و هل يسري هذا الحكم على الاتفاق الحاصل بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي؟

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

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

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

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

[2] أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص169 .

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

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

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

ثالثا :وقت دفع الأجر و مكانه

زمن دفع الأجر تناوله المشرع في نص خاص عكس الحال بالنسبة لمكان دفعه مكتفيا في هذا الشأن بما جاء في القواعد العامة، وقد يكون السبب في ذلك راجع للأهمية التي يكتسبها الأول.

أ- وقت دفع الأجر

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

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

إن حلول أجل دفع الأجر لا يمنع المقاول الأصلي من الدفع بعدم التنفيذ و حبس الأجر طبقا للأحكام المنصوص عليها بالمواد **123** و **200** من القانون المدني، متى تبين له أن العمل المنجز جاء مخالفا للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة، فيمتنع عن دفع الأجر كله أو الجزء الباقي منه إلى غاية إصلاح العيوب و المخالفات المسجلة[3].

1أ. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص73 .

[2]د. عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص77 .

[3] أ. أنور طلبة، المرجع السابق، ص 293 .

ب- مكان دفع الأجر

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

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

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

و تعتبر هذه الأحكام مكملة إذ تطبق في حالة سكوت الأطراف على الاتفاق على مكان دفع الأجر، فإن وجد هذا الاتفاق وجب تقديمه على حكم المادة أعلاه[1].

[1] د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، بند 122، ص218 .

وعليه تناولنا في الفصل الأول منه التعريف بعقد المناولة، فواجهتنا صعوبة في قلة المراجع المتناولة لهذا المفهوم
والمنحصرة على ما جاء في الفقه الفرنسي، فحاولنا قدر المستطاع إعطاء فكرة عن مفهومه، وتفريقه عن بقية العقود المشابهة له.

وفي نقطة أخرى قمنا بتحديد وتوضيح الطبيعة القانونية لعقد المناولة فهو يكون تعاقد من الباطن في صورة المقاولة الفرعية خاصة في مجالي البناء و الصناعة كالصناعات الضخمة (صناعة السيارات)، حيث لا يمكن للمناولين المباشرين تلبية كافة متطلبات مصنعي السيارات من كافة المكونات والقطع الضرورية لهذه الصناعة، وهنا يتوجه المناولة من الدرجة الأولى إلى التعاقد من الباطن أو الفرعي لمجابهة كل ما تحتاجه المؤسسات المقدمة للأعمال.

وفي النقطة الثالثة أثرنا أهم آثار عقد المناولة وما يرتبه من التزامات في ذمة كل طرف من أطرافه و ما ينتج عن الإخلال بها.