# عقد المقاولة من الباطن في التشريع الأردني

الباحث/ مصطفى وليد مصطفى أبو دلو

(ISSN: 2537 - 0758)

# عقد المقاولة من الباطن في التشريع الأردني

**الباحث/ مصطفى وليد مصطفى أبو دلو**

**ملخص**:

ازدادت أهمية المشاريع الإنشائية وأصبح لها دور رئيس في الأنشطة الاقتصادية، وأعمال المقاولات تأخذ اهتمامًا بالغًا في العصر الحديث، لأهمية المنشآت وأهمية العمل على تنفيذها، وتأثيرها في واقع التقدم الإنساني، نظرًا للدور الكبير الذي أصبحت تلعبه نحو دفع النشاط الاقتصادي سواء في البلدان المتقدمة، أو في البلدان ذات الاقتصاديات الناشئة؛ ونظرًا لضخامة حجم المشاريع الإنشائية أصبح من الصعب تعامل مقاول بمفرده في كافة الإنشاءات، من أجل ذلك يلجأ المقاول غالبًا إلى الاستعانة بمقاول من الباطن للقيام ببعض أعمال المقاولة، ومن هنا ازداد الاهتمام بدراسة الوضع القانوني للمقاول من الباطن ما له من حقوق وما عليه من التزامات. فعقد المقاولة من الباطن ما هو إلا تنفيذ لأجزاء من محل المقاولة الأصلية.

**Summary:**

The importance of construction projects has increased and has become a major role in economic activities, and contracting works take great interest in the modern era, due to the importance of facilities and the importance of working on their implementation, and their impact on the reality of human progress, due to the great role they have played towards promoting economic activity, whether in developed countries, or in countries with emerging economies; Due to the large size of the construction projects, it has become difficult for a single contractor to deal with all constructions. For this reason, the contractor often resorts to the assistance of a subcontractor to carry out some of the contracting work. Hence, the interest in studying the legal status of the subcontractor has increased, with its rights and obligations. The subcontracting contract is nothing but the implementation of parts of the original contracting shop.

## مقدمة

### أولًا: موضوع البحث:

أسفر التطور الذي تشهده المجتمعات الحديثة خاصة في مجال التشييد والبناء، عن إيجاد نوع من تقسيم العمل والتخصص فيه، فنجد إلى جانب المقاول الأصلي يوجد

مقاول من الباطن للقيام ببعض الأعمال، فقد أصبح اللجوء إلى المقاول من والباطن ضرورة تحتمها بعض الأعمال وبصفة خاصة عمليات البناء بسبب تنوعها وتعددها، كما يحتمها أيضًا حجم هذا العمل. فالذي يقوم بالعمل من الناحية الفعلية هو المقاول من الباطن ولا يعد ظهور المقاول الأصلي، إلا من ناحية تجسيد المسئولية أمام رب العمل.

فقد أصبح اللجوء إلى عقود المقاولة من الباطن ضرورة عملية تحتمها طبيعة بعض الأعمال الإنشائية وغيرها والتي تتميز بضخامتها، وتنوع التخصصات الفنية المطلوبة لإنجازها، وحاجتها إلى عدد كبير من العمال والفنيين المتخصصين في مجالات متنوعة ومختلفة. فقد أسفر التطور الذي تشهده المجتمعات المعاصرة، وبصفة خاصة في المجال التجاري والصناعي عن أهمية تقسيم العمل والتخصص فيه؛ حيث أصبحت المهنة الواحدة تضم أكثر من متخصص في العمل الواحد.

**ثانيا: أهمية البحث:**

إن دراسة موضوع المقاولة من الباطن ضرورية، حيث يقع على عاتقه التزامات عديدة لذلك أصبح دور المقاول من الباطن معترفًا به، بل ومنظمًا ليس على مستوى التشريعات الوضعية فحسب، بل وأيضًا من خلال شروط وعقود نموذجية دولية.

**ثالثا: إشكالية البحث:**

يشير هذا البحث إلى العديد من التساؤلات، سنحاول الإجابة عليها. من هذه التساؤلات: ما هو مفهوم المقاولة من الباطن، وهل يعد المقاول من الباطن طرف في عقد المقاولة الأصلي، وما الفرق بين المقاولة من الباطن والتنازل عن الصفقة، وما هي العلاقة التي تربط المقاول من الباطن بالمقاول الأصلي ورب العمل.

**رابعا: المنهج المتبع:**

نعتمد في بحث هذا الموضوع على المنهج التحليلي المقارن، حيث سأتتبع بالتحليل نصوص القوانين الأردنية ذات العلاقة، ومقارنتها بالقوانين المصرية، مسترشدًا في ذلك بما استقر عليه القضاء والاهتداء بما وصل إليه الفقه.

**خامسا: خطة البحث:**

المبحث الأول: مفهوم المقاولة من الباطن.
المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة من الباطن.
المطلب الثاني: تمييز عقد المقاولة من الباطن عن التنازل عن الصفقة.
المبحث الثاني: أطراف عقد المقاولة من الباطن.
المطلب الأول: مفهوم الطرف في العقد.
المطلب الثاني: أطراف عقد المقاولة من الباطن.

(ISSN: 2537 - 0758)

# المبحث الأول
# مفهوم المقاولة من الباطن

**تمهيد وتقسيم**:

المقاولة من الباطن تعد الصورة الثانية من الصور التي يتم بها عقد المقاولة إذ أن الصورة الأولى تكون بين المقاول الأصلي ورب العمل والصورة الثانية هي المقاولة من الباطن والتي تكون بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

فالمقاولة من الباطن عقد يكل بمقتضاه المقاول، تنفيذ كل أو جزء من العمل المسند إليه من رب العمل، إلى مقاول من الباطن في مقابل أجر، دون أن يخضع هذا الأخير لإشراف أو إدارة المقاول الأصلي[١].

وأصبح دور المقاول من الباطن معترفًا به ومنظمًا ليس فقط على مستوى التشريعات الوضعية المحلية فحسب، بل وأيضًا من خلال شروط وعقود نموذجية دولية[٢]. نظرًا لضخامة حجم المشروعات الإنشائية التي يكون عمل المقاول من الباطن جزء منها.

وللبحث عن مفهوم المقاولة من الباطن نقسم هذا المبحث لمطلبين كالآتي: المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة من الباطن. المطلب الثاني: تمييز عقد المقاولة من الباطن عن التنازل عن الصفقة.

## المطلب الأول
## تعريف عقد المقاولة من الباطن

المقاولة من الباطن ما هي إلا عقد وأصل العُقد الالتزام به، والعقد من الفعل عقَدَ، ومنه عقد العهد يعقده عقدًا بمعني أكد الالتزام به، بمعني أوكد الالتزام به، والعقد أكد من العهد يقال عهدت إلي فلان بكذا أي ألزمته بذلك[٣].

**أولًا: مفهوم العقد اصطلاحًا:**

عرف العقد اصطلاحًا على أنه توافق إرادتين علي إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو إنهائه[٤].

---

[١] د. عبد الحميد عثمان، المسئولية المدنية للمقاول من الباطن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد٣٢، ٢٠٠٢، ص٧.

[٢] من ذلك شروط عقد الفيديك، فهي عبارة عن شروط وضعتها منظمات وجمعيات دولية، تتعلق بعقود مقاولات أعمال الهندسة المدنية.

[٣] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط ٤، دار الفكر دمشق، سوريا.٢٠١١ م،ص ٩٥؛ المعجم الوسيط (١٩٩٩) مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الثالثة، ص ١٧١.

**ثانيًا مفهوم عقد المقاولة:**

كلمة (مقاولة) ترجمة عربية للمصطلح الفرنسي (ENTREPRISE) الذي له عدة معانٍ؛ منها: مشروع، منشأه، مؤسسة[٥]، وقد اعتمد مجمع اللغة العربية في مصر مصطلح (مقاولة). عرف عقد المقاولة بأنه: "اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينه"[٦].

عقد المقاولة لم يكن معروفًا في القوانين القديمة؛ كالقانون الروماني، والقانون المدني الفرنسي لسنة١٨٠٤م، والقانون المدني المصري القديم، فكانت أعمال المقاولات تندرج تحت عقد إجارة الأشخاص، حتي جاء القانون المدني المصري الجديد لسنة١٩٤٨م ففصل عقد المقاولة عن عقدين آخرين، هما: عقد الإيجار، وعقد العمل، وتأثرت القوانين العربية المتحدة تستعمل اصطلاح (عقد المقاولة)، وكذلك القانون المدني العراقي، مع تعديل التسمية إلي (عقد المقاولة والاستصناع)، أما القوانين المدنية التي تأثرت بالقانون الفرنسي، فلم تستعمل كلمة (مقاولة) مثل قانون الموجبات والعقود اللبناني فيعرف عقد المقاولة ب(إجارة الصناعة)، رغم أن مجلة الأحكام العدلية أطلق تلفظ[٧]. وقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة (١٧١٠) من القانون المدني الفرنسي[٨].

جاء عقد المقاولة في القانون المدني الأردني في نص المادة (٧٨٠) منه بأنه: "عقد يتعهد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئًا أو يؤدي عملًا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد للمتعاقد الآخر"[٩].

---

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط، مصادر الالتزام، المجلد ١، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص ١٣٨؛ د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقًا للقانون الكويتي دراسة مقارنه، جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص ٣٥ وما بعدها.

[٥] د. يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية د. ت، ص ٣٩٩.

[٦] د. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، بإشراف مجمع اللغة العربية، القاهرة: ١٩٥٧، ٧٧٣/٢.

[٧] المادة (١٢٤) من مجلة الأحكام العدلية: "الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئًا؛ فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع.

[8] Article.1710: Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à fair quelque chose pour l’ autre, moyennant un prix convenu entre elles.

[٩] القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦، عدد الجريدة الرسمية ٢٦٤٥، بتاريخ ١٩٧٧/١/١.

(ISSN: 2537 - 0758)

وعرف القانون المصري عقد المقاولة من خلال نص المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري[١٠] بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

وبنحو ذلك جاء تعريف عقد المقاولة في القوانين المدنية للدول العربية؛ ففي قانون الموجبات والعقود اللبناني عرفت إجارة الصناعة بأنها: "عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل[١١]، ويبدو أن القانون المدني الأردني فضل استخدام كلمة (بدل) عن كلمة (أجر) الواردة في نص مصري.

كما عرفه البعض بأنه: "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآجر"[١٢].

يجب لانعقاد المقاولة أن يتطابق الإيجاب والقبول علي عنصرها، فيتم التراضي بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد والعمل الذي يؤديه المقاول لرب العمل والأجر.

نجد أن المشرع الأردني نظم عقد المقاولة في المواد (٧٩٤-٩٤٣) من القانون المدني، حيث أورد في هذه المواد المفاهيم العامة التي تعالج جميع عقود مقاولات البناء والمنشآت الأخرى (الثابتة وغير الثابتة)، وهي العقود المتضمنة كافة أعمال الهندسة المدنية سواء أنشئت فوق سطح الأرض أو في مستواها أو تحتها[١٣].

---

[١٠] القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني، الوقائع المصرية- عدد رقم ١٠٨ مكرر (أ) صادر في ١٩٤٨/٧/٢٩م. تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٨٦٣ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة لمراجعة حور تحويرًا لفظيًا طفيفًا فأصبح مطابقًا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٦٧٤ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٣، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم (٦٤٦) (مجموعة الأعمال $٦ ويقابل النص في التقنين المدني القديم م٤٨٩/٤٠١: إيجار الأشخاص يكون لخدمة معينة مستمرة في المدة المحدودة في عقد الإيجار أو لعمل معين). وهذا التعريف يمل عقد المقاولة مستمرة في المدة المحدودة في عقد الإيجار أو لعمل معين. (وهذا التعريف يشمل عقد المقاولة وعقد العمل، وفيما يخص عقد المقاولة يتفق مع تعريف التقنين المدني الجديد).

[١١] المادة (٦٢٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر بتاريخ ١٩٣٢/٣/٩.

[١٢] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(٧) المجلد الأول العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص١٣٤/ بند ٦٢.

[١٣] د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، الأوامر التغييرية في عقد المقاولة "دراسة مقارنة في كل من القانون الأردني والقانون المصري وشروط عقد المقاولة فيدك، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ٢٠٠٤م، ص ٥٠-٥٢.

وقد اعتمدت شروط عقود الفيديك في الأردن، وأصبح دفتر عقد المقاولة الموحد والمستمد من عقود الفيديك مُلزمًا لجميع أعمال العطاءات الحكومية وقد سبقتها المؤسسات الخاصة بذلك[١٤].

وعرفت المادة (١/١/١/١) من دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية ٢٠١٠ والمعدل ٢٠١٣م بأنه: "يعني اتفاقية العقد، وكتاب القبول، وكتاب عرض المناقصة، وهذه الشروط والمواصفات والمخططات، والجداول، وأية وثائق أخري (إن وجدت) مدرجة في اتفاقية العقد أو في كتاب القبول"[١٥].

فنظرًا لأهمية العقود النموذجية ودورها الهام في الواقع العملي فقد تعارف المشرع المصري بأهمية هذه العقود في المادة السادسة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م حيث تنص على أنه إذا اتفق طرفا التحكيم علي إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخري وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم.

ونجد قانون تنظيم البناء المصري رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ قد وحد شروط التشييد والبناء بالنص علي أنه لا يجوز إنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسعات أو تعليتها أو تعديلها أو ترميمها أو إجراء تشطيبات خارجية إلا بعد الحصول علي ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشؤن التنظيم.

كما نجد نص المادة الخامسة من قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم الأعمال المصري[١٦]. وفقًا لنص هذه المادة يجب أن يقوم بوضع تصميم مهندس نقابي متخصص وليس المقاول كما هو وارد بنص المادة السابعة الفقرة الثانية من عقود الفيديك لأعمال الهندسة المدنية، حيث جاء نص المادة الخامسة من قانون ١٠٦ لسنة

---

[١٤] د. ماجد أحمد الحياري، الآثار الناجمة عن إبرام عقد المقاولة الإنشائية– فيديك ١٩٩٩ وطرق تسوية المنازعات الناشئة عنها "دراسة مقارنة" بين القانونين الأردني والمصري"، المرجع السابق، ص٣٢.

[١٥] وزارة الأشغال العامة والإسكان، دائرة العطاءات الحكومية، دفتر عقد المقاولات الموحد للمشاريع الإنشائية ٢٠١٠، طبعة ٢٠١٣ المعدلة.

[١٦] المادة الخامسة من قانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦م المصري. بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦م بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء والقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦م بإنشاء صندوق تمويل مشروعات الإسكان الاقتصادي

(ISSN: 2537 - 0758)

١٩٧٦م يؤكد علي ضرورة تقديم طلب الحصول علي ترخيص من المالك أو من يمثله قانونًا إلي الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم مرفقًا به المستندات والإقرارات والنماذج التي تحددها اللائحة التنفيذية ويجب أن تكون الرسومات أو أي تعديلات فيها موقعًا عليها من مهندس نقابي متخصص وفقًا للقواعد التي تحددها اللائحة التنفيذية.

ويعد عقد الإنشاءات نوع من أنواع عقد المقاولة الخاضع للقانون الخاص، فعقود مقاولات البناء والإنشاءات من العقود الاستهلاكية التي يغلب عليها أن تجمع مهني المقاول بصاحب العمل، والإعداد لها وتنفيذها يتطلب تدخل عدة مهنيين من أهمهم المهندسين. بذلك يجب علي كل من المقاول والمهندس الالتزام العام بالإعلام الذي أوجده الفقه والقضاء فهو التزام قائم علي مبدأ حسن النية، يقع علي المتعاقد المهني ويلزمه بتزويد المتعاقد الأخر بكافة المعلومات المتعلقة بالعقد، وذلك لمحاولة الحد من فجوة المعرفة الفنية بين المهني والمستهلك، ومن ثم توسيع تطبيق الالتزام ليشمل العقود الاستهلاكية وغيرها[١٧].

ونرى أن العقد الموحد هو اتفاق بين إرادتين أو أكثر على التزام محدد البنود ووفقًا للقانون.

إن الهدف من إعداد هذا النموذج هو إخراج وثيقة مرنة وشفافة تحتوي علي جميع الأحكام التعاقدية الضرورية، والتي يمكن استخدامها في جميع أشغال المباني أو الأشغال الهندسية تحت ظروف إدارية متنوعة وبمعطيات هذا النموذج يقوم المقاول بتنفيذ الأشغال وفقاً لتصاميم المعدة من قبل صحاب العمل أو من يمثله، مع انه من الممكن أيضاً أن يكون هذا النموذج مناسبًا للعقود التي تشمل مقاولات يتم إعداد تصاميمها من قبل المقاول سواء للأعمال المدينة أو الكهرو ميكانيكية.

وتم استقاء هذه الشروط التعاقدية من العقد الموجز الذي أعد من قبل الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (فيديك) وقد قامت لجنة متخصصة بإدخال تعديلات بحث تتلاءم مع الأنظمة والقوانين السائدة في الأردن ويوصى باستخدامها لمشاريع المباني والمشاريع الهندسية ذات القيمة الصغرى نسبياً واعتماداً علي نوع العمل والظروف المحيطة به، ويمكن استخدامها أيضاً لمشاريع بقيمة أكبر.

---

[١٧] د. أحمد إبراهيم الحياري، " نطاق التزام المقاول والمهندس بالإعلام في دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (٤) العدد ١، ٢٠١٢م، ص٥٤١.

وتنظم عقود الفيديك حقوق والتزامات أطراف عقد المقاولة، والتوزيع العادل للمخاطر وأوامر التغير للأعمال البناء، حيث تحتاج مشروعات البناء والتشييد إلي فترة زمنية طويلة لتنفيذها، قد تتغير فيها الظروف التي تحيط بالعقد وقت إبرامه عن الظروف التي تستجد أثناء تنفيذه، مما يتطلب أوامر التغير– بناءً علي مبادرة من المهندس أو طلب صاحب العمل أو اقتراح من المقاول– حتي تتواءم مع طور الظروف والمستجدات، لاسيما وأن المشروعات الإنشائية قد تتغير ظروف إنشائها في لحظة.

**ثالثًا: مفهوم المقاولة من الباطن:**

أغلب المقاولات في الوقت الراهن تكون من الضخامة وتشعب الاختصاصات التي تستوجب تعاون عدة تخصصات فنية لغرض تنفيذها وإتمام العمل المراد إنجازه في الوقت المحدد للتنفيذ، لذلك يجوز للمقاول أن يكل بكل أو بعض الأعمال لمقاول من الباطن وهو ما نص عليه المشرع الأردني من خلال نص المادة (١/٧٩٨) من القانون المدني الأردني على أنه: "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل وتقتضي أن يقوم به بنفسه".

يتضح من خلال نص المادة هذه أن المشرع الأردني أعطى الحق للمقاول الأصلي أن يكل بجزء من الأعمال للمقاول من الباطن بشرط عدم وجود مانع من ذلك، والمنع من المقاولة من الباطن قد يكون ضمني وسواء أكان هذا المنع صريح أم ضمني وسواء أكان هذا المنع صريح أو ضمني فإنه لا يعني منع المقاول من الاستعانة بأشخاص آخرين سواء كانوا فنيين أو غير فنيين لإنجاز العمل مادام هؤلاء ليسوا مقاولين من الباطن ومتى ما وجد هذا المنع وجب على المقاول الالتزام به وإلا كان معرضًا للجزاء الذي تفرضه القواعد العامة[١٨].

أيضًا نصت المادة (٦٦١) من القانون المدني المصري علي المقاولة من الباطن حيث ورد بأنه يجوز للمقاول أن "١– يكل تنفيذ العمل في جمله أو في جزء منه إلي مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية. ٢– ولكنه يبقي في هذه الحالة مسئولًا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل".

---

[١٨] د. نسرين مصطفى محمد العساف، العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن في القانون الأردني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الأول، ٢٠٢٠م، جامعة عمار ثليجي الأغواط، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص ٣٣٧.

(ISSN: 2537 - 0758)

وعرفه جانب من الفقه عقد المقاولة من الباطن بأنه: "ذلك العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول الذي عهد إليه بتنفيذ العمل مع مقاول أخر من أجل تنفيذ العمل كله أو جزء منه[١٩].

يتضح من مفهوم عقد المقاولة من الباطن أنه عقد يتم بين طرفين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن لتنفيذ بعض أو كل أعمال عقد المقاولة الأصلي وبالبناء على ذلك فصاحب العمل ليس طرفًا في عقد المقاولة من الباطن وذلك وفقًا للمفهوم الشكلي للطرف الذي يعتمد على أطراف العلاقة العقدية الذين تم إنشاء العقد بينهم؛ وذلك على الرغم من أن أثار عقد المقاولة من الباطن تنصرف إليه نتائجه.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "المقاول الأصلي. له أن يقاول من الباطن في كل العمل أو جزء منه. شرطه. عدم وجود مانع في العقد. عقد المقاولة تنظيمه للعلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن باعتبار الأول رب العمل. أثره. التزامه بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن. عدم الاتفاق على مقدار الأجر. تقديره. الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقاته. إبرام عقد المقاولة بأجر على أساس تصميم اتفق عليه رب العمل. مؤداه. عدم جواز المطالبة بأي زيادة في الأجر. الاستثناء. أن يكون مأذونًا به منه أو رجوع الخطأ إلى رب العمل. تقدير توفرهما وأثره في المطالبة بالزيادة. من سلطة محكمة الموضوع. المواد ٦٥٨، ٦٥٩ و٦٦١ مدني"[٢٠].

---

[١٩] د. غازي خالد أبو عرابي، المقاولة من الباطن، في ضوء أحكام القضاء والتشريع "دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ١٨.

[٢٠] إن النص في الفقرة الأولى من المادة (٦٥٨) والمادة (٦٦١) من القانون المدني مفادهما أن للمقاول أن يقاول من الباطن في كل العمل أو جزء منه، ما لم يوجد شرط في العقد يمنعه من ذلك، وأن العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن هي علاقة رب عمل بمقاول، ينظمها عقد المقاولة من الباطن فيكون المقاول الأصلي بالنسبة إلى المقاول من الباطن رب عمل، عليه جميع التزامات رب العمل، ويكون المقاول من الباطن بالنسبة للمقاول الأصلي مقاولا، عليه جميع التزامات المقاول، وأن المقاول الأصلي يلتزم بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن وفقا للاتفاق فيما بينها، فإن لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر، وجب الرجوع في تحديد هذا المقدار إلى قيمة العمل الذي قام به المقاول من الباطن والنفقات التي صرفها في إنجازه وفقا للمادة ٦٥٩ من القانون المدني، وأنه إذا أبرم عقد المقاولة، سواء بين رب العمل والمقاول الأصلي، أو بين هذا الأخير والمقاول من الباطن، بأجر على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول الأصلي أو المقاول من الباطن أن يطالب بأية زيادة في الأجر، ولو حصل في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ رب العمل، أو يكون مأذونا به، منه، واتفق مع المقاول على أجره، وتقدير توفر كل من خطأ رب العمل وإذنه بالتعديل

## المطلب الثاني
## تمييز عقد المقاولة من الباطن عن التنازل عن الصفقة

عقد المقاولة من الباطن أصبح في يومنا هذا من أبرز العقود التي تنعقد بهدف تنفيذ أعمال المقاولة، حيث يقوم المقاول الأساسي بالاستعانة بمقاولين من الباطن من أجل تنفيذ أعمال المقاولة الأصلية، فينفذ المقاول من الباطن هذه الأعمال على نحو مستقل بعيدًا عن إشراف وتوجيه المقاول الأساسي[٢١].

ومن المميزات الأساسية لعقد المقاولة هي امتلاك المقاول عدة طرق لتنفيذ التزاماته، فيتعاقد هذا الأخير مع شخص آخر من الباطن، وهو المقاول من الباطن، من أجل تنفيذ كل الالتزامات الملقاة على عاتقه أو بعضها في إطار عقد في عقد المقاولة من الباطن.

لذلك قد يختلط عقد المقاولة من الباطن ببعض التصرفات التي قد تتشابه معه في بعض المزايا، كالتنازل عن عقد المقاولة (التنازل عن الصفة).

**أولًا: مفهوم التنازل عن الصفقة:**

التنازل عن الصفقة التعاقدية هو اتفاق بموجبه يتنازل المتنازل للمتنازل له عن مركزه التعاقدي بكل ما يترتب عن ذلك من حقوق والتزامات وكافة الآثار القانونية. وإذا كان عقد المقاولة من الباطن عبارة عن تصرف منشئ فإن التنازل عن الصفقة العقدية تصرف ناقل، لأنه يؤدي إلى نشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له والطرف الأخر في العقد المتنازل عنه ويسمى المتنازل لديه (رب العمل)[٢٢].

خص المشرع الفرنسي التعاقد من الباطن بنص تشريعي خاص ومستقل، جمع بمقتضاه بين التعاقد الفرعي في العقود الخاصة والصفات العمومية[٢٣]. وقد أباح المشرع

---

أو الإضافة في التصميم، وأثر ذلك في المطالبة بالزيادة في الأجر المتفق عليه، يخضع لسلطة محكمة الموضوع، دون رقابة عليها في ذلك.حكم محكمة النقض المصرية، جلسة ٢٠١٤/٣/١٧م، الطعنان رقم ١٤٢٤٣و ١٤٠٢٤، لسنة ٨٢ق، مكتب فني ٦٥ق٦٩، ص ٤١١.

[٢١] د. محمد حنون جعفر، مسئولية المقاول العقدية عن فعل الغير (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١م، ص١٥٥.

[٢٢] د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، منشاة المعارف، الإسكندرية، ص٦٦.

[23] Art. 1er, L. n° 75-1334, modifié par L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JORF du 12 décembre 2001, p. 19703 et par ord. n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports la parti e législative du code des transports fait l'objet d'une publication spéciale annexée au journal officiel de ce jour, JORF du 3 novembre 2010, p. 19645: «Au sens de la

(ISSN: 2537 - 0758)

الفرنسي للمقاول الأصلي التنازل عن الصفقة كاملة في العقود الخاصة أما في مجال الصفقات العمومية حدد مجال التعاقد الفرعي في الصفقة العامة بجزء منها فقط.

**ثانيًا: شروط التنازل عن الصفقة:**

بما أن التنازل عن العقد عبارة عن اتفاق على نشوء عقد جديد، فيشترط لصحته ما يشترط لصحة أي عقد، وهي الشروط العامة التي يجب توافرها في أي تصرف قانوني حتى ينعقد صحيحًا، إضافة إلى ذلك توجد شروط خاصة يجب توافرها للتنازل عن الصفقة العقدية تتمثل فيما يلي:

**الشرط الأول: أن لا يكون العقد المتنازل عنه من عقود الاعتبار الشخصي:**

الاعتبار الشخصي في التعاقد يقصد به: "أن تكون شخصية المتعاقد المراد التعاقد معه محل اعتبار في العقد، بمعنى أن شخصية المتعاقد المراد التعاقد معه الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد المقابل إلى التعاقد"[٢٤].

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن عمومًا تحديد بعض العقود التي يتحقق فيها الاعتبار الشخصي كما في عقود التبرع والعقود الواردة على العمل، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون شخصية المتعاقد وهويته محل اعتبار في غير ذلك من العقود متى ما أفصح المتعاقد وقت إبرام العقد عن اعتداده بالاعتبار الشخصي[٢٥].

لذلك لا يجوز للمقاول الأصلي التنازل عن عقد المقاولة إلى أخر لتنفيذه إذا كانت شخصيته محل اعتبار، لأنه لو كانت كذلك لما صح التنازل عن العقد إلا بموافقة رب العمل[٢٦].

ولا يعني جواز لجوء المقاول الأصلي إلى المقاول من الباطن، تنازل عن الصفقة العقدية، بل حتى مع عدم وجود شرط مانع للتعاقد من الباطن وعدم تعلق طبيعة العمل

---

présente loi, la soustraitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous - traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage».

[٢٤] د. هيلان عدنان أحمد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، الجامعة العراقية، كلية القانون، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٣٩، ٢٠١٩م، ص٦٣.

[٢٥] د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٢م، ص١٢١.

[٢٦] د. غازي خالد أبو عرابي، المقاولة من الباطن، المرجع السابق، ص٢٨.

بشخصية المقاول الأصلي، فإن المقاول الأصلي يلجأ إلى التعاقد من الباطن لما يتمتع به المقاول من الباطن من كفاءات مهنية وشخصية، لأن المقاول الأصلي يبقى دائمًا مسئولًا عن إنجاز المقاول من الباطن تجاه رب العمل. وبذلك ينتقل الاعتبار الشخصي من عقد المقاولة الأصلي إلى عقد المقاولة من الباطن، تطبيقًا لقاعدة الفرع يتبع الأصل في خصوصيته. فلا يحق للمقاول من الباطن التعاقد من مقاول من الباطن أخر، إلا إذا أجاز ذلك المقاول الأصلي، لتعلق هذا التعاقد بالاعتبار الشخصي للمقاول من الباطن[٢٧].

**الشرط الثاني: أن لا يكون العقد قد تم تنفيذه:**

التنازل عن صفقة العقد يهدف إلى تنفيذه بواسطة شخص أخر، فإذا كانت هذه الغاية قد تحققت بواسطة المقاول الأصلي، عندئذ يصبح الحلول غير ذي معنى[٢٨].

إذ يتعين أن تكون العلاقة القانونية بين أطراف التعاقد المتنازل عنه لا تزال قائمة حتى يحل المتنازل له محل المقاول المتنازل في تنفيذ المشروع[٢٩].

**ثالثًا: أهمية التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن الصفقة العقدية:**

لأجل التمييز بين التنازل عن الصفقة العقدية والمقاولة من الباطن، يقتضي الأمر توضيح المقصود من التصرفين المذكورين. فقد سبق القول أن عقد المقاولة من الباطن لا يؤدي إلى إلغاء عقد المقاولة الأصلي، بل تبقى العلاقة التعاقدية قائمة بين المقاول الأصلي ورب العمل، أما التنازل عن الصفقة العقدية، يؤدي إلى إلغاء عقد المقاولة الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، فتبقى العلاقة بين هاذين الطرفين وتحل محلها علاقة جديدة تربط المقاول المتنازل له برب العمل، متى أبلغ هذا الأخير بالتنازل وأقره، فتصبح علاقة المقاول من الباطن ورب العمل علاقة مباشرة، خلافًا لعلاقة رب العمل بالمقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن التي تبقى غير مباشرة[٣٠].

---

(27) J.-P. KARILA, Les responsabilités des constructeurs, Delmas, 2ème éd., 1991, p. 69.

[٢٨] د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٠.

[٢٩] د. سامي محمد، الأسس القانونية لعقود الإيجار، عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن، دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٩، ص ٥٦ وما يليها.

[٣٠] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص٢٠٧؛ د. عبد الرحمن بن عابد، عقد المقاولة، الإدارة العامة للثقافة والنشر، الرياض، ٢٠٠٤م، ٢٥١.

(ISSN: 2537 - 0758)

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "لما كانت المادة (١/٧٩٨) من القانون المدني، تجيز للمقاول أن يحيل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه، وبحسب المادة (٧٩٩) من القانون ذاته فإنه لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل، وأن ما يحكم علاقة المقاول من الباطن بصاحب العمل المادتين (٧٩٨و٧٩٩) من القانون المدني، حيث يستفاد من المادة (٧٩٩) من القانون المدني أنه يجوز للمقاول الأصلي أن يحيل المقاول الفرعي على صاحب العمل باستحقاقاته كلها أو بعضها حوالة دين تبرأ فيه ذمة المحيل من دين المقاول الفرعي عملًا بأحكام المادة (١٠٠٢) مدني، وإذا تمت حوالة الحق بين المحيل والمحال عليه والمحال له، فقد انعقدت الحوالة صحيحة وهي ملزمة لأطرافها ولا يحق للمحيل إذا أحال دين المحال له على المحال عليه الرجوع عن عقد الحوالة عملًا بأحكام المواد (٩٩٣و٩٩٤و٩٩٦/١و١١٠٢) من القانون المدني، ولا يجوز للمحال عليه أن يمتنع عن وفاء الدين للمحال له وفقًا لأحكام المادة (١٠٠٨) من القانون المدني"[٣١].

يتحدد المعيار الفاصل والفرق الجوهري بين التعاقد من الباطن في المقاولة والتنازل عن الصفقة العقدية، في أن هذا الأخير ينقل كافة حقوق والتزامات المقاول الأصلي بصفته المتنازل إلى مقاول آخر بصفته المتنازل له، أي يحول المقاول المتنازل حقوقه والتزاماته إلى المقاول المتنازل له، فيحل محله في علاقته التعاقدية مع رب العمل. وتنتهي الرابطة العقدية بين بين رب العمل والمقاول الأصلي ويحل محلها رابطة عقدية جديدة بين المقاول المتنازل له ورب العمل[٣٢]. وبالمقابل، فإن التعاقد من الباطن، لا يؤدي إلى نقل حقوق والتزامات المقاول الأصلي إلى المقاول من الباطن، ويبقى كل

---

[٣١] حكم محكمة التمييز الأردنية، جلسة ٢٠٢٠/١٢/٣١م، رقم ٥٢٨٥ لسنة ٢٠٢٠م، بصفتها الحقوقية، منشورات عدالة.

[32] En ce sens, J.-P. KARILA, Sous-traitance, Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, Qualification et modalités de la sous-traitance, La protection du sous - traitant, Jurais-cl. Constr. urb. 2008, fasc. 206, n° 42, p. 11: «le critère décisif de distinction réside dans le fait qu'alors que la cession de contrat réalise incontestablement une substitution des droits et obligations d'une partie à une autre, la sous-traitance réalise une juxtaposition de relations contractuelles différentes, se caractérisant par leur totale indépendance d' un point de vue juridique».

طرف ملتزمًا بما ينجم عن عقده[٣٣]. وبالنسبة لضمان إنجاز العمل، فإن المقاول من الباطن لا يلتزم بالضمان العشري الخاص بعقد المقاولة، في حين لا خلاف في خضوع المقاول المتنازل له عن صفقة العقد لأحكام هذا الضمان. كما لا يعد المقاول المتنازل مسئولًا عن المقاول المتنازل له تجاه رب العمل، خلافًا لما هو مقرر في المقاولة من الباطن، أي يبقى المقاول الأصلي مسئولًا تجاه رب العمل في عقد المقاولة من الباطن عن أعمال المقاول من الباطن[٣٤].

ويبقى أهم معيار يستخدمه الفقه للتمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن صفقة العقد، معيار قصد إرادة الأطراف. فإذا كانت إرادة المقاول الأصلي تتجه نحو الخروج من العلاقة التعاقدية ليحل محله مقاول آخر في تنفيذ العمل، فيعد التصرف تنازلًا عن المقاولة، أما إذا اتجهت إرادة المقاول الأصلي إلى الحفاظ على علاقته التعاقدية برب العمل ويظل متواجدًا في موقع العمل مع احتفاظه بسلطته في الرقابة والإشراف على التنفيذ، فيكون تعاقده في هذه الحالة تعاقدًا فرعيًا.

الحقوق والالتزامات في المقاولة من الباطن يحددها أطراف العقد وهما، المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، بشرط ألا يتجاوز حدود عقد المقاولة الأصلي، بينما في حالة التنازل عن صفقة العقد فالحقوق والالتزامات محددة في العقد المتنازل عنه.

**رابعًا: صور التنازل عن الصفقة العقدية:**

**١- التنازل عن جزء من صفقة العقدية:**

تتمثل هذه الصورة في تنازل المقاول الأصلي عن الأجرة بصفته دائنًا إلى شخص أخر، عن طريق حوالة الحق.

حوالة الحق هي: "اتفاق أو عقد بين الدائن وشخص أجنبي عن علاقته بالمدين، على أن يحول الدائن حقه الذي في ذمة المدين له، فيحل الأجنبي (المحال له) محل الدائن (المحيل) في هذا الحق بجميع مقوماته وخصائصه"[٣٥]. وتعرف حوالة الحق

---

[٣٣] د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، المرجع السابق، ص ٨٤.

[٣٤] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، بند.٢٠٧. ص، ١١٧.

[٣٥] د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الحديثة، ج ٢، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٥، ص ٢٢٦.

(ISSN: 2537 - 0758)

أيضًا بأنها عبارة عن: "اتفاق موضوعه نقل الحق المحال به إلى شخص أخر فهي علاقة ثنائية بين طرفين المحيل والمحال له، ولكن هذه العلاقة متعلقة بحق المحيل في مواجهة طرف ثالث، خارج عن هذه العلاقة وهو المدين، الذي ارتبط مع المحيل بعلاقة أخرى، وهذه العلاقة تؤثر تأثيرًا مباشرًا في العلاقة بين المحيل والمحال له، حيث تساهم في نقل الحق إلى شخص جديد"[٣٦] ووفقًا لهذه التعريفات لحوالة الحق فهي تنعقد بين المحيل والمحال له وهي تنعقد أيضا دون حاجة إلى رضاء "المدين" ذلك أن نص المادة (٣٠٣) مدني مصري ولم يورد المشرع الأردني نصًا عالج به حوالة الحق إلا أنه ومع ذلك نص المشرع الأردني من خلال المادة (٥٦٠) مدني أردني على ما لا ينطبق إلا على حوالة الحق، حيث جاء النص على النحو التالي:" تصبح هبة الدين للمدين وتعتبر إبراء، وتصح لغير المدين وتنفذ إذا دفع المدين الدين إليه". يتضح من خلال هذا النص أن هبة الدين لغير المدين تعد بمثابة حوالة للحق الذي في ذمة المدين، ويعد تعليق المشرع الأردني نفاذها على قيام المدين بالدفع للمحال له، إلا تطبيقًا للقاعدة العامة في هبة المنقول وهي التي توجب تسليمه للمحال له[٣٧]. ويفهم من خلال نص المادة (٥٦٠) مدني أردني أنه يطبق على حوالة الحق، ولكن كل ذلك لا يعني أن المشرع الأردني قد أخذ بحوالة الحق، فالنص هذا أُخذ قياسًا، وتطبيقات حوالة الحق كثيرة ومتعددة ومنها نص المادة محل التعليق، لذا فإن هذا النص وإن انطبق على حوالة الحق فذلك لا يعني أن المشرع الأردني أخذ بحوالة الحق وذلك لأن المشرع الأردني لم يورد نصًا صريحًا من خلال نصوص القانون المدني الأردني عن حوالة الحق.

ووفقًا لما نص عليه المشرع المصري في المادة (٣٠٣) من القانون المدني المصري يصح التنازل باتفاق بين المقاول المتنازل ومقاول آخر متنازل له دون الحاجة لرضى صاحب المشروع وله قبوله بصفته مدينًا بالأجرة. وهذا طبقًا لقواعد حوالة الحق. وبذلك يحق لرب العمل التمسك قبل المقاول المتنازل له بجميع الدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المقاول المتنازل. ويلجأ المقاول عادة إلى حوالة الأجرة إذا احتاج لتمويل في إنجاز مشروع المقاولة، وغالبًا ما يكون ذلك على سبيل الرهن.

---

[٣٦] د. حسام الدين كامل الأهواني،، النظرية العامة للالتزامات، ج ٢، أحكام الالتزام، بدون ط، بدون دار نشر، ١٩٩٦ ص ٣١١.

[٣٧] د. أمين دواس، الحوالة في مشروع القانون المدني– الفلسطيني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة النجاح الوطنية للأبحاث، المجلد ١٩، عدد ٢، سنة ٢٠٠٢، ص ٦٥٦.

**٢- التنازل عن كل صفقة العقد:**

تتحقق هذه الصورة في حال تنازل المقاول الأصلي للمقاول من الباطن عن جميع عقد المقاولة بما يشمل عليه من الحقوق والالتزامات الناجمة عن عقد المقاولة، فيحل المقاول المتنازل له مكان المقاول المتنازل في عقد المقاولة، باتفاق بين المقاول المتنازل والمقاول المتنازل له، فيصبح هو المسئول تجاه رب العمل.

وبخصوص تحويل الالتزامات، فلا يكون نافذًا في حق رب العمل بصفته دائنًا، إلا إذا وافق على التنازل، لأن إبلاغه به غير كاف في نقل الالتزامات وفقًا للقواعد المقررة في حوالة الدين، فإن انتقال دين المدين مشروط بموافقة الدائن حيث ينقل الالتزام بجميع خصائصه ومقوماته مدين أصلي إلى مدين آخر جديد[٣٨].

في حال يقبل رب العمل عقد المقاولة من الباطن، صراحتًا أو ضمنًا، فيحل بذلك محل المقاول الأصلي في حقوقه والتزاماته تجاه المقاول من الباطن، وعندئذ نواجه حوالة لعقد المقاولة الأصلي ليصبح بين رب العمل والمقاول من الباطن، الذي يصبح مقاولاً أصلياً بعد أن كان العقد بين رب العمل والمقاول الأصلي، الذي يختفي من عملية المقاولة كلية. وعلى الرغم من تناول المشرع المدني الأردني والمصري لمبدأ الحوالة إلا أن المشرع الأردني وبخصوص التنازل عن الصفقة العقدية للمقاول من الباطن ذكرت المادة (٤/٤) من عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية الأردني على أن يتعين على المقاول استخدام مقاولين محليين كمقاولين فرعين.

فلم يسمح المشرع الأردني بإيكال العمل كله للمقاول الفرعي، ففي تعريفه للمقاول الفرعي من خلال البند ٨/٢/١/١ من عقد المقاولة الموحد بأن: "المقاول الفرعي يعني أي شخص يسمى في العقد كمقاول فرعي، أو أي شخص يتم تعيينه كمقاول فرعي لتنفيذ جزء ما من الأشغال، والخلفاء القانونيين لأي من هؤلاء". فقد ذكر المشرع الأردني لفظ (جزء من الأشغال) وليس كل الأشغال.

فقد جاء النص في المادة (٤/٤) من عقد المقاولة الموحد الأردني على أن: "لا يحق للمقاول أن يلّزم الأشغال بكاملها إلى مقاولين فرعيين: ويعتبر المقاول مسئولًا عن أفعال وأخطاء أي مقاول فرعي أو وكيله أو مستخدميه، كما كانت تلك الأفعال والأخطاء صادرة عن المقاول نفسه...".

---

[٣٨] د. إلياس أبو عيد، قانون الموجبات والعقود، الجزء الرابع، ٢٠١٨م، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ص ٤٠٤.

(ISSN: 2537 - 0758)

ولكن نص البند (٤/٥) من عقد المقاولة الموحد الأردني نص على جواز التنازل عن الصفقة العقدية كالآتي: "في حالة استمرار التزامات المقاول الفرعي إلى ما بعد انقضاء "فترة الإشعار بالعيوب"، وقيام المهندس (قبل هذا التاريخ) بالطلب إلى المقاول، أن يقوم بالتنازل عن هذه المقاولة الفرعية إلى صاحب العمل، فإنه يتعين على المقاول أن يقوم بذلك. وفي مثل هذه الحالة لا يعتبر المقاول مسئولاً أمام صاحب العمل عن أي عمل يؤديه المقاول الفرعي بعد أن تصبح عملية التنازل نافذة، ما لم ينص على غير ذلك في كتاب التنازل". فوفًا لهذا لبند فتنازل المقاول الأصلي للمقاول من الباطن على الصفقة العقدية يتم بناء على طلب يقدم من المهندس إلى المقاول الأصلي بناء على رغبة رب العمل، وبحدوث التنازل تنتفي مسئولية المقاول الأصلي عن الأعمال التي يؤديها المقاول من الباطن.

ومن خلال ذلك نجد أنه لا يمنع المشرع الأردني التنازل عن الصفقة العقدية. وبالبناء على هذا التنازل نجد علاقة تعاقدية تجمع المقاول المتنازل له ورب العمل ولكن بشرط موافقة الأخير على هذا التنازل. وبعد البحث من خلال هذا الجزء من البحث في مفهوم عقد المقاولة من الباطن وتمييزها عن التنازل عن الصفقة العقدية، نبحث من خلال المبحث الآتي في أطراف عقد المقاولة من الباطن.

## المبحث الثاني
## أطراف عقد المقاولة من الباطن

**تمهيد وتقسيم**:

عقد المقاولة هو وثيقة اتفاق مكتوبة بين طرفي التعاقد لتنفيذ مشروع هندسي معين وهما صحاب العمل (جهة التعاقد) ويرمز له عادة في العقود الهندسية بالطرف الأول، والشركة المنفذة (المقاول) وهو الطرف الثاني في عقد المقاولة.

فتُبرم العقود الهندسية بين فريقين يتم التعاقد بينهما رضائيًا بأن يتعهد أحدهما بأن يقوم لآخر بعمل معين بأجر محدود في مدة معينة، وتتم إدارة هذا العقد من خلال جهة يتم تفويضها من صاحب العمل تسمي المهندس الذي يقوم بالوجبات المحددة له بالعقد، ويمارس الصلاحيات المنوطة به. والمهندس هنا هو المكتب الاستشاري أو المكتب الهندسي أو المهندس الفرد أو أي جهاز فني يفوضه صاحب العمل خطيًا من وقت لأخر للقيام بمهام المهندس أو أي جزء منها بموجب شروط هذا العقد أن يبلغ المقاول بذلك خطيًا[٣٩].

[٣٩] د. نزار عز الدين البكري ممارسة المهندس والصلاحيات المنوطة به في دفتر عقد المقاولة للمشاريع الإنشائية بتجرد"، عمان، الأردن. ١٩٩٦م، ص ٢٠.

وينظم القانون المدني حقوق والتزامات أطراف عقد المقاولة، كما تنظم عقود الفيديك حقوق والتزامات أطراف عقد المقاولة، والتوزيع العادل للمخاطر وأوامر التغير للأعمال البناء، حيث تحتاج مشروعات البناء والتشييد إلي فترة زمنية طويلة لتنفيذها، قد تتغير فيها الظروف التي تحيط بالعقد وقت إبرامه عن الظروف التي تستجد أثناء تنفيذه، مما يتطلب أوامر التغيير– بناءً علي مبادرة من المهندس أو طلب صاحب العمل أو اقتراح من المقاول– حتي تتواءم مع تطور الظروف والمستجدات، لاسيما وأن المشروعات الإنشائية قد تتغير ظروف إنشائها في لحظة نتيجة للتطور التي تحدث في الدولة من تقلب أسعار وتغيير سعر الصرف وغيره من العوامل المؤثرة على مواد البناء.

قد يلزم المقاول بالتعاقد مع مقاولين من الباطن من أجل إتمام الأعمال الموكلة إليه عن طريق عقد المقاولة سواء كان ذلك لتسريع التنفيذ خاصة في المشروعات الضخمة أو لداعي التخصص نتيجة تشعب المشروع ليكون العمل ذا جودة، فيلجأ إليهم فيساعدوه في ذلك بتكليفهم للقيام بأعمال من مشروع قد تتعلق بعملية التشييد في حد ذاتها في إطار عقود المقاولة من الباطن.

**نتطرق للبحث عن أطراف عقد المقاولة من الباطن وكذلك حقوق والتزامات كل طرف من خلال تقسيم هذا المبحث كالآتي:**

**المطلب الأول:** مفهوم الطرف في العقد.

**المطلب الثاني:** أطراف عقد المقاولة من الباطن.

## المطلب الأول

## مفهوم الطرف في العقد

تنشأ عن عقد المقاولة من الباطن ثلاثة أنواع من العلاقة القانونية، وهذه العلاقات هي: العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، والعلاقة بين المقاول الأصلي ورب العمل، كذلك العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

**أولًا: تعريف الطرف في العقد:**

تتفق بعض القوانين الوضعية أن الغير لا يمكن أن يصبح مدينًا بموجب العقد إلا في حالات استثنائية، كما أن العقد قد يوجب للغير حقًا يجعله دائنًا، وتأكيدًا لذلك فقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٩٩) علي أنه: "لا يُنشئ العقد التزامات إلا بين أطرافه، ولا يجوز للغير أن يطلب تنفيذه، كما لا يجوز أن يُجبر علي تنفيذه"[٤٠].

(40) Article 1199 Version en vigueur depuis le 01 octobre 2016

(ISSN: 2537 - 0758)

واستنادًا إلي مبدأ نسبية العقد فإن آثار عقد المقاولة من الباطن لا تنصرف إلا إلي المتعاقدين وهذا ما أكدته المادة (١١٠) من القانون المدني الأردني بقولها: "من باشر عقدًا من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من أحكام".

كما نصت المادة (١٤٥) من القانون المدني المصري على أن: "ينصرف آثر العقد إلي المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلي الخلف العام".

إن مبدأ نسبية آثر العقد، أو ما يُعرف في القانون الإنجليزي بأسم مبدأ خصوصية العقد[٤١]. يعني انصراف آثاره إلي طرفيه فقط، لن تتعدهما كقاعدة عامة إلي الغير ولا تسري بحقه[٤٢]. ذلك أن العقد نشأ بإرادة الطرفين فتحققت بهما صفة الدائن والمدين من خلال ذلك العقد، ومتي استجمع العقد أركانه وتوافرت الشروط المطلوبة في تلك الأركان صار العقد صحيحًا ونافذًا بحق طرفيه وخلفهم العام والخاص فقط. ولذلك فإن الالتزامات الناشئة عن العقد لا تترتب إلا علي المتعاقدين وكذلك فإن الحقوق الناجمة عنه لا تنصرف إلا إلي المتعاقدين[٤٣]. بمعني أخر أن العقد لا يُنشئ للغير أي حقوق ولا يرتّب عليه أي التزامات وبالتالي لا يمكن للمتعاقدين إلزام الغير بعقد لم يكن طرفًا فيه تطبيقًا للقاعدة العامة والتي تقضي أنه لا ينتفع من العقد ولا يضار به إلا عاقداه.

مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص يعني عدم التزام الشخص بعقد لم يشترك فيه[٤٤]. ومفهوم الطرف في العقد في إطار العقود بشكل عام يعد من المواضيع المهمة

---

Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 .

[٤١] د. يونس صلاح الدين علي، مبدأ خصوصية العقد في القانون الإنجليزي، دراسة تحليلية مقارنة بمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في القانون العراقي، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد ٥، العدد ٢٠، ٢٠١٧م، ص٣٠.

[٤٢] د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن)، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، ٢٠٠٢م، ص٧٢.

[٤٣] د. جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، مطبعة الجامعة، القاهرة، ط ٣، ١٩٧٨، ص٢٠٣ –٢٠٤.

[44]A. WEILL, La relativité des conventions en doit privé français, thèse doc., Strasbourg, 1938, et même ouvrage Dalloz 1939, p. 34 et s. & J.- L. GOUTAL,

التي اهتم بها الفقه القانوني والتي دار بشأنها جدل فقهي حاد، وكان اهتمامه مبنيًا على عدة أسباب، لعل من أهمها هو سكوت التشريعات المدنية عن بيان المقصود بمفهوم الطرف في العقد، على الرغم من استخدامها في مجالات متعددة لا تقتصر على تحديد أطراف العقد وآثاره.

**ثانيًا: مفهوم الطرف عند الرومان:**

نشأت مسألة العقد في ظل القانون الروماني الذي يعد من أوائل التشريعات التي نظمت العقد من حيث التكوين، ومن حيث التنفيذ؛ ونظرًا لأنه كان يعول على الشكليات، فقد أثر ذلك على مفهوم الطرف في العقد، حيث كانت ثمار العقد تنصرف في ذمة من يساهم بإرادته في تكوينه[٤٥].

واستقر الوضع مدة طويلة على اعتبار القوة الملزمة للعقد لا تلزم إلا المتعاقدين، أي الأطراف التي تبادلت الرضا والقبول بالعقد مباشرة أو بواسطة، مع أنه من الممكن إلحاق البعض بأطراف العقد ولو أنهم لم يشاركوا في إبرامه، فذلك يعني أن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد وهي أساس مبدأ نسبية أثر العقد، ونتيجة لذلك فإن صفة الطرف في العقد لا تثبت إلا للأشخاص الذين عبروا عن إرادتهم في إنشاء تصرف قانوني، فمن يساهم في إبرام التصرف القانوني بإرادته يعتبر "طرفًا" ومن لم يساهم في ذلك يعد من "الغير" عن ذلك التصرف[٤٦].

فالمقصود بالمفهوم الشكلي للطرف هو الشخص الذي باشر إجراءات التعاقد أي ظهر على مسرح التعاقد وقت تكوين العقد ومباشرة ما يتطلبه إبرام هذا الأخير من إجراءات ولكن دون أن تنصرف إليه ثماره.

---

Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, LGDJ 1981 & M. BACACHE, La relativité des conventions et les groupes de contrats, LGDJ, 1996, n° 13 et s. & pour le jurisprudence, v. uniquement, Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 où la Cour décide: «L'effet relatif du contrat est un principe en vertu duquel les contrats ne peuvent produire d'effets qu'entre les parties, tant à l'actif qu'au passif».

[٤٥] محمد عبد الفتاح، نظرات حول مفهوم الطرف في العقد، مجلة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، السنة الثامنة والأربعون، العدد الواحد والسبعون (يناير ٢٠٢٢م)، ص ٩٧.

[٤٦] على كحلون، النظرية العامة للالتزامات، "مصادر الالتزامات– أحكام الالتزامات"، (ط. ١)؛ مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٤، ص ٣٢٥.

(ISSN: 2537 - 0758)

إلا أنه قد تحدث ظروف تحول دون قيام الشخص بإبرام بعض التصرفات القانونية بنفسه فيحل محله شخص أخر في إبرام هذه العقود نيابة عنه[٤٧].

وما لبث أن ساد المجتمع الروماني التطور، متمثلًا في احتراف التجارة وتحرج الرومان عند تعاملاتهم بسبب التمسك بالشكلية، والتي حصرت مصادر الالتزام في عدد محدود من التصرفات. الأمر الذي أدي إلي ضرورة الخروج على هذا الفكر بغية مجاراة ما حدث من تطور في هذا المجتمع، فقد نشأت علاقات تجارية بين روما وغيرها من البلدان الأمر الذي تطلب تطورًا أخر على جانب آخر. لتغطية هذه العلاقات بين الرومان وغيرهم وما تضمنه من ظهور أشكال جديدة من الالتزامات عجز القانون الروماني عن تنظيمها في ظل ما ساد القانون الروماني من شكلية وإزاء هذا التطور كما أسلفنا فقد تطور الفكر القانوني الروماني حيث أصبح يميز بين الشكل والإرادة، وبدأ يعطي هذه الأخيرة قسطًا من الأثر القانوني وترتب على ذلك أن ظهرت إلي جانب العقود الرسمية عقودًا أخري مثل العقود العينية، والعقود الرضائية. ثم ظهرت في مرحلة لاحقة فكرة العقد غير المسمى، الذي كان يتم بمجرد اتفاق بين طرفيه وهو اتفاق مجرد من الشكل ملزمًا للجانبين. ويمثل ظهور مثل هذا العقد اللبنة الأولي لتطور مصادر الالتزام في القانون الروماني، تلك المصادر التي حصرها القانون في عقود محددة تتم وفقا الشكلية معينة[٤٨].

فالأصل أن يشارك الشخص في إبرام– التصرف القانوني– العقد، ويعبر في نفس الوقت عن إرادته بالالتزام بالآثار الناتجة، وهذا الشخص يُعد طرفًا في العقد بإجماع الفقه والقضاء دون خلاف، حيث يجمع بين الطرف بالمفهوم الشكلي والطرف بالمفهوم الموضوعي، ويسمى هذا الشخص "متعاقدًا"، وإذا كانت الحالة السابقة هي الأصل، إلا إنه في كثيرٍ من الأحيان يقوم الشخص بالظهور على مسرح التعاقد ويشارك في إبرام– التصرف– العقد دون أن تنصرف إليه آثاره وهذا الشخص يعد طرفًا بالمفهوم الشكلي[٤٩].

---

[٤٧] د. فيصل زكي عبد الواحد، أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد وفقًا للقانونين الكويتي والمصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص١٣.

[٤٨] د. شفيق شحاتة" نظرية النيابة في القانون الروماني "مجلة العلوم القانونية والاقتصادية"، كلية الحقوق– جامعة عين شمس، ١٩٥٩م، مجلد ١، العدد١، ص١١٣.

[٤٩] د. حسن محمود محمد حسن، مفهوم الطرف في العقد الإداري، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد الثامن والأربعون، ٢٠١٩م، ص ٤٤٠.

ويطلق على هذا التصرف النيابة في التعاقد وهي قيام شخص يسمى النائب بإبرام تصرف قانوني معين بأسم شخص ولحسابه يسمى الأصلي، بحيث تنصرف أثار هذا التصرف في ذمة الأصيل[٥٠].

ونتيجة للتقدم الملموس الذي حققته الثورة الصناعية حيث نتج عنها مجموعة من التعاقدات المتعاقبة؛ ففي مجال عمليات البناء بدأت تنشأ شركات تتولى إقامة المنشآت الضخمة سواء بنفسها أو عن طريق تعاقدها مع شركات أخري تسند لها القيام بهذا العمل أو جزء منه. وهنا نشأت فكرة المقاولة من الباطن[٥١].

وفي نطاق التصرفات القانونية الناقلة للملكية اتسعت دائرة هذه التصرفات، بحيث أصبحت تشمل المقاولات ذات القيمة المالية المرتفعة: كالسفن والطائرات والسيارات والأجهزة الكهربائية، حيث أن الشركات التي تتولي إنتاج هذه المنقولات تعهد بتوزيعها إلى شركات أخري عن طريق إبرامها لعقود توريد. ثم تقوم هذه الشركات بالتصرف فيها إلى الأشخاص المستهلكين، ومن هنا نشأت فكرة عدم التجانس بين التصرفات[٥٢].

ومن هنا تدخل المشرع لمواجهة التطور الذي أثر على فكرة العقد من ناحية الأثار المترتبة على وجودها من خلال وضع قواعد لتنظيم العلاقة التعاقدية سواء من ناحية تكوينها أو إنتاجها لثمارها أو انقضائها. حيث قرر مبدأ القوة الملزمة للعلاقة التعاقدية، ومبدأ حسن النية في تنفيذ العلاقة التعاقدية، ومبدأ نسبية آثار العلاقات القانونية.

**ثالثًا: المفهوم الشكلي للطرف في عقد المقاولة من الباطن:**

فكرة التعاقد من الباطن في ذاتها سواء أكانت في القانونين الخاص أم العام، هي مساهمة الغير في تنفيذ كل أو بعض العقد المبرم بين الطرفين، بحيث تنشأ بين طرفين

---

[٥٠] د. عبد المنعم فرج الصدة "مصادر الالتزام"، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م، بند ١١٢، ص١٥٢؛ د. مصطفي الجمال، "مصادر الالتزام– القانون المدني في ثوبه الإسلامي"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨م، بند ٢٣٢. ص٣٣٦؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، "نظرية العقد والإرادة المنفردة"، دون دار نشر، ١٩٨٤م، ص٢١٧؛ د. أحمد سلامه" مذكرات في نظرية الالتزام "مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر"، ١٩٧٥م، ص ٨٨.

[٥١] د. فيصل ذكي عبد الواحد "طبيعة وأحكام المسئولية المدنية في إطار الأسرة العقدية"، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص٧.

[٥٢] د. فيصل ذكي عبد الواحد "طبيعة وأحكام المسئولية المدنية في إطار الأسرة العقدية"، المرجع السابق، ص ٨.

(ISSN: 2537 - 0758)

جديدين هما المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، رابطة عقدية جديدة هي رابطة التعاقد من الباطن، على أن يبقى المتعاقد الأصلي من حيث المبدأ مسئولًا عن تنفيذ العقد بأكمله[٥٣].

يتضح من مفهوم عقد المقاولة من الباطن أنه عقد يتم بين طرفين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن لتنفيذ بعض أو كل أعمال عقد المقاولة الأصلي وبالبناء على ذلك فصاحب العمل ليس طرفًا في عقد المقاولة من الباطن وذلك وفقًا للمفهوم الشكلي للطرف الذي يعتمد على أطراف العلاقة العقدية الذين تم إنشاء العقد بينهم؛ وذلك على الرغم من أن أثار عقد المقاولة من الباطن تنصرف إليه نتائجه.

فالتزام المقاول من الباطن يتعلق بحدود ونطاق عقد المقاولة من الباطن، فلا يسري عقد المقاولة الأصلي في حكم العلاقة العقدية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، بل إن عقد المقاولة من الباطن هو العقد الذي يحكم هذه العلاقة.

وأما طبيعة التزام المقاول من الباطن، فإنها قد تكون التزام غاية أو بذل عناية، وهذا مستقل تمامًا عن التزام المقاول الأصلي تجاه رب العمل، فقد يكون التزام المقاول الأصلي هو التزام ببذل عناية، بينما يلتزم المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي بتحقيق غاية في العمل الموكول إليه[٥٤].

**رابعًا: المفهوم الموضوعي للطرف:**

يحدث في الواقع العملي أن الشخص يساهم بإرادته في تكوين العقد ويتعهد بتنفيذه ولكن أثناء عملية التنفيذ يسند جزء من هذه العملية إلى شخص آخر من خلال تعاقده معه كما هو الحال بالنسبة للمقاول الأصلي وتعاقده مع المقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن بإسناد بعض أو كل أعمال المقاولة الأصلية للمقاول من الباطن.

وتحديد المفهوم الفني والقانوني للطرف الموضوعي يمثل الأساس الذي يبنى عليه الحكم على الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن[٥٥].

---

[٥٣] د. أسامة محمد إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، طبعة ٢٠٠٨م، ص ٣٩.

[٥٤] د. محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسئولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ج١، ص٣٧٩

[٥٥] د. حسن محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص ٤٦٨.

فالعقد وفقًا لمبدأ نسبية أثر العقد يُعد نسبي من حيث الأشخاص الملزمين بأحكامه، فالأصل أن العقد لا يلتزم بأثره إلا من كان طرفًا فيه، إلا أن تحديد من هو الطرف في العقد من عدمه لازالت مسألة لم يتم القطع بها برأي حاسم، فالمفهوم التقليدي للطرف لازال مفهومًا يعتريه الغموض، من حيث تحديد فئة الأشخاص الذين يمكن منحهم صفة الطرف، وما زاد مفهوم الطرف التباساً وتعقيداً، ظهور نظرية المجموعة العقدية، التي بدلاً من أن تجلي الغموض الذي اعترى مفهوم الطرف، قامت بتوسيع مفهوم الطرف إلى حد أرتدى صفة الطرف بموجبها أشخاص كان الفقه ومازال مستقرًا على اعتبارهم من الأغيار عن العقد، ولم يستقم الحال حتى وضع الفقه الحديث مفهومًا جديدًا للطرف، تمثل في أنه كل شخص له مركز قانوني مماثل لأطراف العقد أو الذين يحلون محلهم، على أن يكون له ذات الصلاحيات التي يتمتع بها الطرف المتعاقد بالنسبة العقد[٥٦].

أستقر الفقه والقضاء على أن العقد بالنسبة للغير يعتبر واقعة مادية فإذا ترتب على تنفيذه أضرار بالغير فالمسئولية تكون تقصيرية وهذا لا يمكن القول به بالنسبة لرب العمل في علاقته بالمقاول من الباطن حيث أن اعتبار الأول من الغير في علاقته بالثاني تقتضي تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية وهذا يؤدي إلى هدم مبدئي الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية، فالضرر الذي يلحق برب العمل ناتجًا عن إخلال المقاول الأصلي بالتزامه يستوجب تطبيق أحكام المسئولية العقدية التي يحكمها بنود عقد المقاولة الأصلي وأحكام المسئولية ومن بينها قصر التعويض على الضرر المتوقع فقط وفي هذا قد يفضل رب العمل الرجوع على المقاول من الباطن استنادًا إلى قواعد المسئولية التقصيرية وبالتالي يحصل على تعويض عن ضرر متوقع وغير متوقع[٥٧].

وبناء على ما تقدم فإن الطرف بمفهومه الموضوعي لا يقتصر على الشخص الذي يساهم في إبرام العقد بإرادته بل يشمل كل من تأثر ذمته بأثر هذا العقد.

**خامسًا: العلاقة بين المقاول من الباطن ورب العمل في إطار المجموعة العقدية:**

يعد التطور الذي شهدته الحياة الاقتصادية من أهم العوامل التي أدت إلى التداخل فيما بين مصالح الأشخاص المختلفة، وذلك في سعيها للوصول إلى غايات اقتصادية

---

[٥٦] د. جليل حسن الساعدي ود. محمد عبد الوهاب، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٣٢، العدد ٥، ص ٢.

[٥٧] محمد عبد الفتاح عبد العظيم، نظرات حول مفهوم الطرف في العقد، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(ISSN: 2537 - 0758)

كبيرة، من الصعب تحقيقها من خلال علاقة تعاقدية بسيطة تربط بين طرفين، ومن دون أن يكون هنالك عقدان أو أكثر، يساهم في تحقيق تلك الغاية لذلك فان فكرة المجموعة العقدية أصبحت ضرورة يفرضها الواقع العملي[٥٨]. إذا قام المقاول بالتعاقد مع مقاول من الباطن لتنفيذ العمل كلًا أو جزءًا، ولم يكن هناك ما يمنع المقاولة من الباطن صراحة أو ضمنًا، كانت المقاولة من الباطن صحيحة وترتب عليه قيام ثلاث علاقات قانونية ألا وهي: علاقة رب العمل بالمقاول الأصلي ويحكمها عقد المقاولة الأصلي، وعلاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن ويحكمها عقد المقاولة من الباطن، وعلاقة رب العمل بالمقاول من الباطن ولا يوجد أية علاقة مباشرة بينهما فالمقاولة من الباطن، وإن كانت تفرض بالضرورة توافر عقدين أولهما عقد المقاولة الأصلي الذي يربط رب العمل بالمقاول الأصلي، ومع هذا يكون المقاول من الباطن غيرًا، أي أجنبيًا عنه، فلا يكسب حقًا من حقوقه، ولا يتحمل أيًا من التزاماته والعقد الثاني هو عقد المقاولة من الباطن الذي يربط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، صراحةً أو ضمنًا. لئن بدا مفهوم الطرف في العقد مفهومًا شبه مستقر وفق للمفهوم الشكلي، يكون الطرف– باعتماد معيار الإرادة بالمفهوم الشكلي– هو ذلك الشخص الذي أبرم العقد، والغير هو كل من لم يبرم هذا العقد، لقد وجه النقد لهذا المفهوم على أساس أنه ليس صحيحًا أن يرتبط تعريف الأطراف بمرحلة تكوين العقد، حيث يجوز أن يعرف طرف العقد على مستوى تنفيذ العقد. كما أن الإرادة لا تكون دومًا هي الأساس في تعريف الطرف، بل إن القاعدة القانونية يمكن أن تلحق بعض الأشخاص بدائرة الأطراف دون أن تكون لهم أية علاقة بالعقد. ومساهمة الشخص بإرادته لا تكفي لأن يوصف بالطرف، فالنائب مثلا يساهم بإرادته في إبرام العقد دون أن يصبح طرفًا فيه؛ لأن دوره يقتصر على إبرامه دون أثاره[٥٩]. وظهور المجموعة العقدية[٦٠] قد أثر بشكل أو أخر على هذا المفهوم ولعل من

---

[٥٨] د. محمود عبد الحي عبد الله بيصار، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية أثر العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٩، ص٢٠٩؛ د. محمد علي محمد الشافعي، النطاق الشخصي للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، ٢٠١١، ص ١٢٨.

[٥٩]على كحلون، النظرية العامة للالتزامات، "مصادر الالتزامات– أحكام الالتزامات"، (ط. ١)؛ مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٤، ص ٣٢٥.

[٦٠] انظر في تفصيل ذلك، د. محمد حسين الحاج علي تقديم القاضي ود. مروان كركبي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود، بيروت، ٢٠١١، ص١٩٣؛ ود. محمد حسين عبد العال، مسئولية المتعاقد تجاه الغير في اطار المجموعة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٣٧.

أهم الأفكار القانونية التي جاء بها الفقيه تيسي "Teyssie" عند تأسيسه لهذه النظرية، هي فكرة "توحيد النظام القانوني للمسؤولية المدنية" بل أن هذه الفكرة تمثل الدور الوظيفي لهذه النظرية إذ جاءت لتكرس تطبيق أحكام المسئولية التعاقدية بين أشخاص المجموعة العقدية. على الرغم من عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة تربط كل من المسؤول عن الإخلال بالتزامه التعاقدي والأخر المتضرر. ولعل من أهم المناصرين النظرية المجموعة العقدية ومؤيديها هو الأستاذ نيريه "neret" الذي ساند الفقيه تيسي "Teyssie" في وضع هذه النظرية موضع التطبيق، من خلال إضفاء الصفة القانونية عليها كفكرة قانونية من الضروري تطبيقها.، ولعل من أهم المناصرين النظرية المجموعة العقدية ومؤيديها هو الأستاذ نيريه "neret" الذي ساند الفقيه تيسي "Teyssie" في وضع هذه النظرية موضع التطبيق، من خلال إضفاء الصفة القانونية عليها كفكرة قانونية من الضروري تطبيقها. إذ يرى الفقيه نيريه "neret" في دراسته "العقد من الباطن" ( le sous contrat) ان في هذه العقود يستطيع المتعاقد الأصلي الرجوع مباشرة على المتعاقد من الباطن بدعوى عقدية، لان كل منهما هو طرفا في مجموعة عقدية واحدة، إذ ينبغي إن يعبر القانون عن الواقع ويتفاعل معه ولا ينحصر دوره بمجرد الحفاظ على عدم تعدي الإرادات التعاقدية على المصلحة العامة، وتحقيق التوازن بين الالتزامات التعاقدية، وإنما ينبغي إن تكون للحاجات المستجدة قانون جديد يقابلها"، ومن ثم ينبغي إن تترتب آثار قانونية على فكرة المجموعة العقدية كما ظهرت في الواقع العملي. إذ تتمثل هذه الآثار في تغيير الروابط التعاقدية القائمة من جهة وإنشاء روابط عقدية جديدة من جهة أخرى، وهذه التغيرات قد تحصل في مرحلة تكوين العقد أو حتى في مرحلة تنفيذه. مثال ذلك أثر بطلان أحد العقود التي تتكون منها المجموعة على صحة العقود الأخرى المرتبطة معه داخل المجموعة الواحدة. إما بالنسبة لإنشاء علاقات تعاقدية مباشرة بين أشخاص المجموعة العقدية فهذا الأثر يمثل روح وجوهر النظرية، لعلاقته بقاعدة مهمة من القواعد التي تحكم العقود إلا وهي قاعدة نسبية الأثر الملزم للعقد.

## المطلب الثاني
## أطراف عقد المقاولة من الباطن

الأصل أنه لا تقوم أي علاقة مباشرة بين رب العمل وبين المقاول من الباطن وإنما التعاقد يربط رب العمل بالمقاول الأصلي بعقد المقاولة الأصلي، أما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن فيربطهما عقد المقاولة من الباطن.

وعن أطراف عقد المقاولة من الباطن فهم:

(ISSN: 2537 - 0758)

**أولًا: صاحب العمل (المقاول الأصلي):**

المقاول هو الشخص الذي تم تسلمه كتاب عرض المناقصة بعد موافقة صاحب العنل عليه، وهو تصميم البناء أو إدارة المشروع، في حين أن المقاول يحترف أعمالًا ذا طابع مادي يتمثل في تنفيذ البناء، ويكون للمقاول بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات التي يرتبها عقده المبرم مع صاحب العمل.

وهو الطرف الثاني في العقد وقد عرفه الفيديك في المادة (١/١/٢/٣ من عقد الفيديك الأحمر) بأنه الشخص (الأشخاص) المسمى أو المسمون– مقاول– في كتاب العطاء المقبول من صاحب العمل والخلفاء القانونيون لهذا الشخص أو الأشخاص[٦١].

كما عرفت المادة (١/١/٢/٣) من دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية ٢٠١٠ والمعدل ٢٠١٣ بأنه: "يعني الشخص (الأشخاص) المسمى بالمقاول في كتاب عرض المناقصة الذي وافق عليه صاحب العمل، ويشمل كذلك خلفاءه القانونيين"[٦٢].

ويعد المقاول الأصلي هو صاحب العمل بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن وعن تعريف صاحب العمل فهو: " صاحب العمل بوصفه صاحب المصلحة في البناء وقد يكون شخصًا طبيعيًا أو اعتباريًا، وكثيرا ما يثير البعض مسألة كون رب العمل شخص اعتباري عام بوصفها سمة مميزة لعقود الإنشاءات، إلا إن البعض[٦٣] ونحن نتفق معهم لا نرى الذهاب نحو هذا التحليل إذ يستوى كون رب العمل شخصًا طبيعيًا أو اعتباريًا عامًا كان أم خاص في أهلية إبرام العقود.

ولا يوجد ثمة اختلاف في الآثار المترتبة علي العقد فيما يخص اختلاف الشكل القانوني لرب العمل غير في بعض أشكال عقود البنية الأساسية (عقود–BOOT) BOT

فإن وجود الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة يعد ضرورة تمليها طبيعة هذه الأشكال التعاقدية.

---

(61) Fidic Red Book, Clause:1.1.2.3 “Contractor” means the person(s) named as contractor in the Letter of Tender accepted by the Employer and the legal successors in title to this person(s). p.2.

[٦٢] وزارة الأشغال العامة والإسكان، دائرة العطاءات الحكومية، دفتر عقد المقاولات الموحد للمشاريع الإنشائية ٢٠١٠، طبعة ٢٠١٣ المعدلة.

[٦٣] د. محمد محسن إبراهيم النجار، عقود الإنشاءات الدولية (FIDIC) دراسة الروابط العقدية– آليات فض المنازعات، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٥م، ص ١٢.

ولم يحدد القانون المدني المصري المقصود بصاحب العمل، ويعد صاحب العمل أهم الأطراف في عقد الفيديك؛ إذ أنه الطرف الذي تؤول إليه كافة آثار العقد من حقوق والتزامات. ومن ثم فإن صاحب العمل هو مالك العقد الذي يعلن عن رغبته في التعاقد مع المقاول لإتمام أعمال البناء والتشييد في المنشأة.

ولرب العمل موظفين لهم علاقة بتنفيذ العقد من مهندس ومساعديه من المهندسين والمراقبين وحاسبي كميات (الفقرة ٦/٢/١/١ من عقد الفيديك الأحمر).

**ثانيًا: المقاول من الباطن:**

بدايةً نوضح أن المقاول من الباطن ليس طرفًا في عقد المقاولة الأصلي، فهو مقاول فرعي وطرف في عقد المقاولة من الباطن الذي ينشأ بين المقاول الأصلي ويعد في عقد المقاولة من الباطن بالنسبة للمقاول من الباطن (صاحب العمل) والمقاول من الباطن، وتترتب الحقوق والالتزامات بين طرفي عقد المقاولة من الباطن في حدود الأعمال الموكولة للمقاول من الباطن وليس للمقاول من الباطن شأن بالمقاولة الأصلية.

فقد لا يملك المقاول الأصلي القدرات اللازمة لتنفيذ المشروع، أو قد لا يتمتع بكافة المهارات الفنية أو التقنيات المناسبة مما يسمح له بتنفيذ العقد كاملًا بنفسه، لذلك من النادر جدًا أن تتوافر في نفس المتعاقد المقدرة لتنفيذ كامل العقد بنفسه، فلا يكون له سبيل سوى اللجوء إلي التعاقد من الباطن خارج عن العلاقة التعاقدية ومن ذوي الاختصاص لتنفيذ العقد.

فاتفاق المقاول مع مقاولين من الباطن لتنفيذ بعض أو كامل عقد المقاولة واردًا عمليًا وقانونيًا، طالما لم يرد مانع من قبل صاحب المشروع[٦٤].

والحقيقة أن نشاط المقاولة من الباطن لم يعد يقتصر علي قطاع التشييد والبناء بل إنه يمتد إلي قطاعات كثيرة من النشاط الاقتصادي، كنشاط التصدير وكذلك في مجال التصنيع، والتسويق... إلخ، وتتضمن القوانين الوطنية في العديد من الدول تنظيما للعلاقات الناشئة عن عقود المقاولة من الباطن، مثال ذلك ما تنص عليه نصوص القانون المدني الأردني وكذلك المادة (٦٦١) من التقنين المدني المصري.

نصت المادة (٧٩٨) من القانون المدني الأردني على أن: "١- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلي مقاول أخر لم يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به نفسه.

---

[٦٤] د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، الجزء الأول، عام ٢٠٠١، ص ٣١٣.

(ISSN: 2537 - 0758)

٢- وتبقي مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل".

كما نصت المادة (٦٦١) من القانون المدني الأردني على أنه: "لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله علي رب العمل".

وقد خصص المشرع الفرنسي، خلاف المشرع الأردني التعاقد من الباطن بتشريع خاص مستقل تناول بمقتضاه التعاقد من الباطن في عقد المقاولة وذلك في القانون رقم ١٣٣٤/٧٢ الصادر في ٣١ الأول ١٩٧٥م والمتعلق بالتعاقد من الباطن[٦٥].

نستنتج مما سبق أن المقاول من الباطن هو "كل من يوكل إليه المقاول الأصلي تنفيذ العمل الذي التزم به في عقد المقاولة في جملته أو في جزء منه، ويتم الإيكال عن طريق إبرام عقد ما بين المقاول الأصلي والمقاول الثانوي يعرف بعقد المقاولة الثانوي أو من الباطن يتضمن إلزام المقاول الثانوي بتنفيذ العمل الذي التزم به المقاول الأصلي في مواجهة صاحب العمل".

**ثالثًا: حقوق والتزامات أطراف عقد المقاولة من الباطن**

**١- الالتزامات الملقاة علي عاتق صاحب العمل:**

- مع صياغة عقد الفيديك الأحمر ١٩٩٩م، تمت إضافة عدة التزامات منوط بصاحب العمل القيام بها في بنوده لم يتم التطرق لها في عقد الفيديك الأحمر ١٩٨٧ وفق ما يلي:

* علي صاحب العمل أن يعطي المقاول حق الدخول إلي جميع أجزاء الموقع وتمكينه من حيازتها في الوقت أو الأوقات المحددة في ملحق عرض المناقصة.

---

(65) art. 1: voir article L. 2193-2 du code de la commande publique.
Modifié par Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 - art. 7
Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.

art. 1: voir article L. 2193-2 du code de la commande publique.
Modifié par Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 - art. 7
Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.

* علي صاحب العمل أن يوفر للمقاول– عند الطلب– نسخة من قوانين الدولة المتعلقة بالعقد وتقديم المساعدة المعقولة في استخراج التراخيص المتعلقة بأعمال التشييد والبناء، بجانب أن يقدم دليلًا معقولًا خلال (٢٨) يومًا من بعد تلقيه أي طلب من المقاول بالاستفسار عن دليل معقول يثبت أنه قد قام بعمل الترتيبات المالية اللازمة لتوفير دفع قيمة العقد[٦٦].

ويقوم صاحب العمل بالوفاء بالالتزامات المالية بحيث يدفع إلي المقاول دفعة مقدمة، كقرض بدون فائدة لأغراض التجهيز عندما يقدم المقاول الكفالة المطلوبة منه[٦٧]، أما فيما يختص بباقي الدفعات المرحلية والدفعة الختامية يتعين علي المقاول أن يقدم إلي المهندس بعد نهاية كل شهر كشف المطالبة بالدفع بحيث يكون الكشف معدًا علي النموذج المعتمد من قبل المهندس، ومبنيًا فيه تفاصيل المبالغ التي يعتبر المقاول أنها تستحق له، ومرفقا به الوثائق المؤيدة، بما في ذلك التقرير الشهري عن تقدم العمل[٦٨].

وهي ذات الالتزامات الواردة في دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية ٢٠١٠ والمعدل ٢٠١٣م الخاصة برب العمل.

كما تناول القانون المدني الأردني التزامات رب العمل من خلال نصوص المواد (٧٩٢-٧٩٣) كالآتي:

المادة (٧٩٢) يلتزم صاحب العمل بتسلم ما تم من العمل متي انجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلي ذلك وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تعديه أو تقصيره فلا ضمان عليه.

---

(66)(the Red book 1999): Article 1/1/2/2 Employer: "means the person named as Employer in the Appendix to tender and the Legal Successors in tittle to this person."
(the Red book 1987): Article 1/1/a/i Employer: "means the person named as such in Part II of these Conditions and the legal successors in title to such person, but not (except with the consent of the Contractor) any assignee of such person."

(67) Advance Payment: Article (14/2): "the Employer shall make in advance payment as an interest-free loan for mobilisation when the contract submit guarantee.

(68) Application for Interim Payment Certificate: Article (14/3): "the Contractor shall make submit a statement in six copies to the Engineer after the end of each month in a form approved by the Engineer showing in details the amounts to which the Contractor considers".

(ISSN: 2537 - 0758)

المادة (٧٩٣) يلتزم صاحب العمل بدفع الأجر عند تسلم المعقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك.

أما عن المشرع المصري: طبقًا للقانون المدني المصري المتمثل في مواده (٦٥٥-٦٦٠)، فإن التزامات رب العمل هي:

* التزام بتمكين المقاول من الموقع، ويتحقق ذلك فيما يلي:

توفير ترخيص البناء.

توفير تراخيص المرافق اللازمة للإنشاء.

تسليم الموقع تسليمًا مستمرًا وثابتًا وظاهرًا.

توريد المواد المكلف بتوريدها في الوقت المُتفق عليه.

ترك المقاول ينجز العمل، فلا يقيم أمامه عقبات في سبيل ذلك.

**٢- التزامات المقاول من الباطن:**

أرى أن الالتزامات المقاول من الباطن تجد مصدرها في التزامات المقاول الأصلي، أي أن الالتزامات الملقاة على عاتق المقاول من الباطن هي نفس التزامات المقاول الأصلي ولكن في حدود ما طُلب في عقد المقاولة من الباطن، فالمقاول من الباطن هو المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن وهو الذي يوكل إليه تنفيذ بعض أو كل أعمال المقاولة.

وقد أوضحتها المادة (١/٤) من كتاب الفيديك الأحمر عام١٩٩٩م، وهي: أن يقوم بتصميم الأعمال والمعدات وتنفيذها وفقًا للعقد المبرم بينهما، ويقدم برنامج التنفيذ، والقيام بالتجهيزات، وتقديم الأفراد والمعدات والمواد والآلات، وتقديم الخدمات التي يحتاجها التنفيذ، مع الالتزام بالمواصفات والرسومات، وعليه أن يلتزم بتعليمات المهندس، وأن ينفق علي أعماله وتنفيذه من ماله حتى إتمام الأداء السليم وتسليم المشروع منفذًا كما في المادة (٢/٤) وعلي المقاول أن يعين ممثلًا له كما في المادة (٣/٤) ويجعل له كافة الصلاحيات ليتصرف نيابة عن المقاول بموجب العقد، ويكون ممثلًا له، ويجوز أن يسند تنفيذ المشروع لمقاول من الباطن، ويتحمل المقاول الأصيل كل ما يقوم به المقاول من الباطن، ويجب علي المقاول التعاون مع العاملين أو أفراد ومقاولي صاحب العمل، زإن تطلب الأمر تقديم ضمان التنفيذ، كما يلتزم المقاول تنفيذ تعليمات المهندس الاستشاري كما بالمادة (١٠) خلال ٢٨ يومًا في المادة (١/١١)، والالتزام بتسديد مستحقات غيره، وتسليم الموقع.

قد تطلبت هذه العقود جميعها أنه لابد علي المقاول أن يستصدر (علي حسابه) كفالة مصرفية أو أي ضمان لحسن الأداء– التنفيذ– وإنجاز الأشغال، وذلك بالقيمة ونوع العملة المحددين في ملحق عرض المناقصة، ومن المتوجب أن يقدم ضمان الأداء إلي صاحب العمل خلال عدة أيام بينها كل عقد علي حدة من تاريخ تسلمه " كتاب القبول"، وأن يرسل نسخة منه إلي المهندس شريطة أن يظل ضمان الأداء ساري المفعول إلي أن ينفذ المقاول الأشغال وينجزها ويصلح أية عيوب فيها[٦٩].

تضمن القانون المدني الأردني التزامات المقاول من خلال نصوص المواد (٧٨٣ إلي ٧٨٦) من القانون المدني الأردني[٧٠].

---

[69] the Red book (1999) Article (4/2):Performance Security:
The Contractor shall Obtain (at his cost) a Performance Security for proper Performance in the amount and currencies stated in the Appendix to Tender if an amount is not stated in the Appendix to Tender this Sub– Clause shall not apply.
The Contractor shall deliver the Performance Security to the Employer within 28 days after receiving the Letter of Acceptance and shall send a copy to the Engineer.
The Contractor shall ensure that the Performance Security is valid and enforceable until The Contractor has executed and completed the works and remedied any defects.

[٧٠] المادة (٧٨٣): "١– إذا اشتُرط علي المقاول تقديم مادة العمل كلها أو بعضها وجب عليه تقديمها طبقًا لشروط العقد.

٢–وإذا كان صاحب العمل هو الذي قدم مادة العمل وجب علي المقاول أن يحرص عليها وأن يراعي في عمله الأصول الفنية وأن يرد لصاحبها ما بقى منها فإن وقع خلاف ذلك فتلفت أو تعيبت أو فقدت فعليه ضمانها".

المادة (٧٨٤)– علي المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من الآلات وأدوات إضافية علي نفقته ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره.

المادة (٧٨٥)– يجب علي المقاول إنجاز العمل وفقا لشروط العقد، فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به علي وجه معيب أو مناف للشروط فيجوز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح العمل غير ممكن وأما إذا كان الإصلاح ممكنًا جاز لصاحب العمل أن يطلب من المقاول أن يلتزم بشروط العقد ويصحح العمل ضمن مدة معقولة، فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد أو الترخيص له في أن يعهد إلي مقاول آخر بإتمام العمل علي نفقة المقاول الأول.

(ISSN: 2537 - 0758)

**وتتلخص التزامات المقاول من وفقا للقانون المصري علي البنود (٦٤٧-٦٥٠ مدني) وهي كالآتي:**

* إنجاز العمل وفقا للعقد والمواصفات المُلحقة (التزام بتحقيق نتيجة)، وفي حالة عدم وجود مواصفات، يكون التزام المقاول بما يؤدي الغرض من المبنى.
* المحافظة علي سلامة المواد والأشياء المُسلمة إليه في الموقع.
* إذا ثبت أثناء العمل أن المقاول يقوم به علي وجه معيب، أو مناف للعقد جاز لرب العمل أن ينذره من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضي الأجل دون أن يرجع المقاول إلي الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد بالعمل إلي مقاول آخر وعلي نفقة المقاول الأول.
* تسليم العمل: وقد يكون صراحةً أو ضمنيًا، وهو يعنى بإتمام وإنجاز المقاول للأعمال وانتقال تبعة المبنى إلي المالك.

من خلال النصوص السابقة نجد أن التزامات المقاول من الباطن هي نفس التزامات المقاول الأصلي ولكن في حدود ما طلب منه في عقد المقاولة من الباطن، في كل من القانون المدني المصري والأردني تكاد تكون متطابقة من حيث الالتزامات الملقاة علي عاتق المقاول.

ولكن تبقى مسئولية المقاول الأصلي قائمة قبل صاحب العمل وعلى ذلك نصت المادة (٧٩٩) من القانون المدني الأردني على أنه: "لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل".

أيضًا نصت المادة (٦٦١) من القانون المدني المصري على المقاولة من الباطن حيث ورد بأنه يجوز للمقاول أن "١- يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية. ٢- ولكنه يبقى في هذه الحالة مسئولًا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل".

فالمقاول الأصلي يلتزم بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن، وفقاً للاتفاق فيما بينهما، فإن لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر، وجب الرجوع في تحديد هذا المقدار إلى قيمة العمل، الذى قام به المقاول من الباطن والنفقات التي صرفها.

---

المادة (٧٨٦)- يضمن المقاول ما يتولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه.

## الخاتمة

نظرًا لأن أغلب المقاولات الحديثة لا يمكن للمقاول الأصلي القيام بها إلا بواسطة الاستعانة بمقاول من الباطن قمنا بتوضيح مفهوم المقاولة من الباطن وأطرافها وكذلك حدود الالتزامات الملقاة على عاتق طرفي عقد المقاولة من الباطن.

وفرضت المقاولة من الباطن نفسها على ساحة العمل، وأصبحت حقيقة واقعية، وظهر ذلك من خلال تحقيق مصلحة ليست فقط للمقاول الأصلي، وإنما أيضًا لصاحب العمل. والتعاقد من الباطن صورة من صور التعاقد التي أجازها القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي

ولا يعتبر التعاقد مع مقاولين من الباطن بمثابة تنازل عن المقاولة، إذ يختلف هذا النوع من التعاقد عن التنازل عن صفقة العقد.

لكن لم يعد المفهوم التقليدي للعقد قائمًا كما سبق، حيث تنحصر أثاره بين أطرافه ولا يمكن للغير الاستفادة منه ما لم يكن طرفًا فيها وذلك استنادًا لقاعدة نسبية العقود، بل تطور هذا المفهوم وبدأ يكتسب صفات الأداة الاقتصادية والمالية الموظفة في مشاريع كبرى بحيث أصبح بالإمكان تحويل عقد بكامله من شخص لأخر وهو ما يعرف بالتنازل عن الصفقة العقدية.

**وقد خلصنا في نهاية هذا البحث إلى بعض النتائج والتوصيات كالآتي:**

**١- النتائج**:

- عقد المقاولة من الباطن هو اتفاق بين طرفين هما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وليس صاحب العمل طرفًا فيه.
- عقد المقاولة من الباطن عقد ملزم للجانبين، أي من العقود التي تنشأ التزامات متقابلة بين طرفيه حيث يلتزم المقاول من الباطن بأداء العمل المتفق عليه. وبالمقابل يلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن بإنجاز العمل ودفع الأجرة المتفق عليه.
- ينشأ عقد المقاولة من الباطن عن عقد المقاولة الأصلي. يصبح المقاول الأصلي بمثابة صاحب العمل، والمقاول من الباطن في مركز المقاول الأصلي– المقاول من الباطن يرتبط بالمقاول الأصلي بعقد مقاولة فرعية، فإنه مسئول تجاهه مسئولية عقدية. والمقاول الأصلي مسئول مسئولية عقدية تجاه صاحب العمل عن الأخطاء المرتكبة من قبل المقاولين من الباطن.

(ISSN: 2537 - 0758)

**٢- التوصيات**:

- نتمنى على المشرع الأردني بأن يعدل على القانون المدني الأردني بإضافة نص يضع أحكامًا للدعوى المباشرة، وأن ينص على حق رب العمل برفع دعوى مباشرة ضد المقاول من الباطن لمطالبته بإنجاز الأعمال التي يقتضي أن يقوم بها وأن يطالبه كذلك بتسليم الأعمال المنجزة إذا امتنع عن تسليمها والأهم إعطاءه حق رفع دعوى مباشرة للمطالبة بالضمان عن التنفيذ المعيب لأعمال البناء أو المقاولة، بحيث يستطيع الرجوع مباشرة على المقاول من الباطن لأنه صاحب المصلحة في ذلك وعقد المقاولة من الباطن ما هو إلا تنفيذ لجزء من محل المقاولة الأصلية.
- كذلك إعطاء المقاول من الباطن حق رفع الدعوى المباشرة على صاحب العمل لأنه الشخص الذي يعود إليه كل أثار التعاقد.
- ضرورة إيراد نص لحوالة الحق في القانون المدني الأردني على غرار ما نص عليه المشرع المصري بالمادة (٣٠٣) من القانون المدني المصري.
- انتفاء علاقة تعاقدية تربط المقاول من الباطن بصاحب العمل، لا يعني بالضرورة انعدام أية علاقة تجمع بين عقد العقدين الأصلي والمقاولة من الباطن، بل الهدف واحد وهو تنفيذ الأشغال، لذا نوجه بضرورة تطبيق أحكام نظرية المجموعة العقدية على عقد المقاولة من الباطن.
- أصبح من الضروري تدخل المشرع لحسم العلاقات التي تنشاء عن عقد المقاولة من الباطن وأهمها علاقة المقاول من الباطن بصاحب العمل بسبب انتفاء علاقة تعاقدية بينهما.

## قائمة المراجع

**أولًا: المراجع العربية**:

**١ – الكتب:**


- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، بإشراف مجمع اللغة العربية، القاهرة، ١٩٥٧.
- أحمد سلامه" مذكرات في نظرية الالتزام " مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر، ١٩٧٥م.
- أسامة محمد إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، طبعة ٢٠٠٨م.

- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية البيع والإيجار والمقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٧م.
- جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، مطبعة الجامعة، القاهرة، ط ٣، ١٩٧٨.
- حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن)، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، ٢٠٠٢.
- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، ٢٠٠١م.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقًا للقانون الكويتي دراسة مقارنه، جامعة الكويت، ١٩٨٢م.
- عبد الرزاق السنهوري الوسيط، مصادر الالتزام، المجلد ١، دار إحياء التراث، لبنان.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (٧) المجلد الأول العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار النهضة العربية.
- عبد الفتاح عبد الباقي "نظرية العقد والإرادة المنفردة"، دون دار نشر، ١٩٨٤م.
- عبد المنعم فرج الصدة "مصادر الالتزام"، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.
- على كحلون، النظرية العامة للالتزامات، "مصادر الالتزامات– أحكام الالتزامات"، (ط. ١)؛ مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٤.
- غازي خالد أبو عرابي، المقاولة من الباطن، في ضوء أحكام القضاء والتشريع "دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩م.
- فيصل ذكي عبد الواحد "طبيعة وأحكام المسئولية المدنية في إطار الأسرة العقدية"، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٢م.
- فيصل زكي عبد الواحد، أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد وفقًا للقانونين الكويتي والمصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م.
- ماجد رشاد محمد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٨م.
- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، "العقد"، (ط.٢)، (د.د.ن)، تونس، ١٩٩٧م.

(ISSN: 2537 - 0758)

- محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسئولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ج١، ١٩٧٨.
- محمد حسين الحاج علي تقديم القاضي ود. مروان كركبي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود، بيروت، ٢٠١١م.
- محمد حسين عبد العال، مسئولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- محمد حنون جعفر، مسئولية المقاول العقدية عن فعل الغير، دراسة مقارنة–، لبنان، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى،٢٠١١ م.
- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة: ١٩٦٣م.
- محمد محسن إبراهيم النجار، عقود الإنشاءات الدولية (FIDIC) دراسة الروابط العقدية، آليات فض المنازعات، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٥م.
- محمود عبد الرحيم الديب، مدى إلزام الغير بما لم يلتزم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- مصطفي الجمال "مصادر الالتزام– القانون المدني في ثوبه الإسلامي" منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨م.
- نزار عز الدين البكري ممارسة المهندس والصلاحيات المنوطة به في دفتر عقد المقاولة للمشاريع الإنشائية بتجرد"، عمان، الأردن، ١٩٩٦.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط ٤، دار الفكر دمشق، سوريا،٢٠١١م.
- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج. ١، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات)، دراسة موازنة، ط ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١.
- يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية د. ت.

**٢– الرسائل:**

- محمد علي محمد الشافعي، النطاق الشخصي للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، ٢٠١١.
- محمود عبد الحي عبد الله بيصار، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية أثر العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٩م.

- ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، الأوامر التغييرية في عقد المقاولة "دراسة مقارنة في كل من القانون الأردني والقانون المصري وشروط عقد المقاولة فيدك، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ٢٠٠٤م.
- نسير رفيق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، ٢٠١٤.
- هديل سعد احمد العبادي، عقد المقاولة من الباطن في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، رسالة ماجستير، كلية القانون الجامعة المستنصرية،٢٠٠٧م.

**٣- المجلدات:**

- أحمد إبراهيم الحياري، "نطاق التزام المقاول والمهندس بالإعلام في دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (٤) العدد١، ٢٠١٢م.
- جليل حسن الساعدي ود. محمد عبد الوهاب، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٣٢، العدد ٥.
- حسن محمود محمد حسن، مفهوم الطرف في العقد الإداري، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد الثامن والأربعون، ٢٠١٩م.
- روبرت إي لوكانس جوتيور، الثورة الصناعية الماضي والمستقبل، التقرير السنوي لعام ٢٠٠٣، منشورات البنك الاحتياطي الفيدرالي، متاح على الموقع الالكتروني.
- شفيق شحاتة "نظرية النيابة في القانون الروماني" مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق– جامعة عين شمس، ١٩٥٩م، مجلد ١، العدد١.
- محمد عبد الفتاح، نظرات حول مفهوم الطرف في العقد، مجلة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، السنة الثامنة والأربعون، العدد الواحد والسبعون (يناير ٢٠٢٢م).
- محمد عرفه، قواعد قانونية لتنظيم عقود الباطن، مقال منشور بالمجلة الاقتصادية بتاريخ ٢٠٠٩/٢/١٢م، على الموقع الالكتروني:
- محمد محمد سادات، آلية تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الفيديك، دراسة في ضوء قواعد الاتحاد الدولي للمهندسين ٤٤ الاستشاريين، المؤتمر الثامن عشر، عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١١م.

(ISSN: 2537 - 0758)

- محي الدين إبراهيم سليم، نطاق نسبية أثر العقود في القانون الإنجليزي والمصري (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد ٧، العدد ١٤، ١٩٩٨م.
- نسرين مصطفى محمد العساف، العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن في القانون الأردني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الأول، ٢٠٢٠م، جامعة عمار ثليجي الأغواط، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
- يونس صلاح الدين علي، مبدأ خصوصية العقد في القانون الإنجليزي، دراسة تحليلية مقارنة بمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في القانون العراقي، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد ٥، العدد ٢٠، ٢٠١٧م.

## ثانياً: المراجع الأجنبية:

**١- المراجع الإنجليزية:**

- Ewan mckendrick, contract law, 6th edition, Palgrave Macmillan, 2005.
- Paul Richards, law of contract, fourth edition, financial times, pitman publishing, 1999.
- Treitel, The law of contract, Sweet and Maxwell, 2010.

**٢- المراجع الفرنسية:**

- L. GOUTAL, Essai sur le principe de l’effet relatif du contrat, LGDJ 1981.
- M. BACACHE, La relativité des conventions et les groupes de contrats, LGDJ, 1996.
- WEILL, La relativité des conventions en doit privé français, thèse doc, Strasbourg, 1938, et même ouvrage, Dalloz, 1939.
- pour le jurisprudence, v. uniquement, Cass. ass. plén., 6 oct. 2006.