بحث بعنوان

نحو نظرية عامة للفصل بين المقاولة من الباطن والتنازل عن الصفة العقدية

إعداد

حمـــدى حسب النبى محمد الشورى

عضو هيئة التدريس بقسم القانون المدني

كليـــة الشـــرطـة

مقـدمة :

لقد مرت فكرة الطرف في العقد بمرحلتين هما : -

المرحلة الأولي نشأت في ظل القانون الروماني . حيث كان المجتمع الروماني في بداية الامر بسيط جداً وكان شيخ القبيلة وكذا رب الاسرة هو المسيطر الوحيد علي جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية . حيث كان يتولي ابرام العقد بنفسه ويباشر – أيضاً – تنفيذه بنفسه . ومن ثم لم يكن في ظل هذه المرحلة فصل بين الطرف بالمفهوم الشكلي [١] ، والطرف بالمفهوم الموضوعي[٢] .

ولكن حينما تطورت الزراعة لدي القبائل الرومانية، وبدأ يدخلون في تعاملات مع القبائل الإغريقية. بدأ رب الأسرة يتخلى عن سلطته في ابرام العقد .

حيث كان يعهد لأحد أبنائة إبرام العقد ولكن ثماره تنصرف في ذمته ومن هنا برزت – من حيث المبدأ – مسألة الفصل بين الطرف بالمفهوم الشكلي والطرف بالمفهوم الموضوعي ، ولكن كانت العلاقة التعاقدية فى هذه المرحلة بسيطة وكانت تنفذ بمنتهي البساطة .

---

(١) ويقصد به الشخص الذي يساهم بإرادته في تكوين العقد .

(٢) ويقصد به الشخص الذي تنصرف في ذمته ثمار العقد .

المرحلة الثانية. وقد بدأت فى ظل الثورة الصناعية في جميع المجالات حيث أفرز الواقع العملى فكرة التعاقد من الباطن والتنازل عن الصفة العقدية .

ولاشك أن التعاقد من الباطن يعتبر عقد كسائر العقود ومن ثم لابد وأن تتوافر بشأنه أركان العقد إلا أن التبعية هي أهم ما يميز التعاقد من الباطن عن غيره من العقود. حيث أن وجود العقد من الباطن رهن بوجود العقد الأصلي[١] كذلك الاستقلالية حيث يتعين على المتعاقد ليكتسب صفه المقاول من الباطن ان يمارس عمله مستقلاً عن المقاول الأصلي، كما يشترط كذلك عدم وجود علاقة – موضوعية – عقدية مباشرة بين المقاول من الباطن وجهة الإدارة حيث أن جهة الإدارة تُعد من الغير – من حيث الشكل – بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن .

وفى ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بشأن أحد الطعون الذي طرح أمامها بأن "عقد المقاولة من الباطن هو عقد لا يعد رب العمل طرفاً فيه ،وذلك لأن تدخله في إبرامه يحوله الى عقد مقاولة أصلي [٢] .

- نبيل ابراهيم سعد – التنازل عن العقد ، دار الجامعة الجديدة ، عام ٢٠٠٤ صـ ١٨ وما بعدها .

(١) Panayo Tio (G) : Le Contrat International de Construction : Paris, GLN , Jolyed .١٩٩٣,p٢٨٣,van Mieghem (j):the conter far mathematical studies in ecenomic sand management science,capalty investment under demand uncertainly , the option vale or subcontracting , discussion paper on ١٢٠٨ , londan ١٩٩٨,p.١٤.united Nations industrial development organization :subcontracting for moderniging economis , Vienna , ١٩٧٤ .

(٢) cass civ.٢١ avril ١٩٨٨ . cuv .III no.١٠٢.

ويتعين على المقاول من الباطن الالتزام بتنفيذ الالتزامات محل عقد المقاولة من الباطن والتى قد تشمل جميع الالتزامات التى كانت تثقل كاهل المقاول الأصلى أو جزء منها، ولكن إذا إقتصر محل العقد على القيام بأعمال التوريد أو الإقراض أو البيع فقط فلا يُعد هنا مقاول من الباطن ولكن ذلك لا يحول دون أن يكون هذا الأخير طرف فى عقد البيع كأن يقوم المقاول من الباطن الذى أسندت إليه عملية تركيب الكهرباء ، شراء الأدوات الكهربائية.

وعلى ذلك يجوز للمقاول أن يكلف العمل في جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية".

ولكن يظل المقاول الأصلى موجودا علي مسرح التعاقد الي حين انجاز العمل ومن ثم يكون مسئولا تجاه رب العمل[١] ، وعلي النقيض من ذلك تماما

(١) تاريخ النص :- ورد هذا النص في المادة ٨٦٨ من المشروع التمهيدي علي وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولي كانت المشروع التمهيدي تجري علي الوجه الاتي : " إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد ولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد علي كفايته الشخصية "، أقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٦٩٠ في المشروع النهائي.ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت (أو) التحييزية (بواو) العطف في الفقرة الأولي قبل عبارة " لم تكن طبيعة العمل " لأن ذلك يكشف عن حقيقة المقصود من حكم النص وذلك لأن أحد الشرطين يكفي " الواو " تفيد ضرورة اجتماع الشرطين ، وأصبح رقم ٦٦١.وأقرها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية – ٥ ص٤٩ – ص٥١) ويقابل هذا النص في التقنيين المدني القديم (م ٤١٣ / ٥٠٥) : يجوز للمقاول أن يقاول غيره علي عمله كله أو بعضه إذا لم يوجد في عقد المقاولة ، ما يمنع من ذلك ولكنه يبقي مسئولاً عن عمل المقاول الثاني .(وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد).

بشأن التنازل عن الصفة العقدية ، حيث ان المتنازل اليه يحل محل المتنازل في جميع حقوقه والتزاماته ، ويخرج هذا الاخير من دائرة التعاقد ، وتنشأ العلاقة مباشرة بين المتنازل اليه والمتعاقد مع المتنازل فمثلاً في عقد الايجار، حينما يتنازل المستأجر الأصلي عن صفة العقدية من لمستأجر أخر .

فهذا الاخير تنشأ علاقة بينه وبين المؤجر ويخرج المستأجر الأصلي من دائرة التعاقد ، ومن هنا يتعين الوقوف علي معيار حاسم يتم من خلاله الفصل بين التنازل عن الصفة العقدية ، والتعاقد من الباطن .

وعلى ذلك سوف نقوم بعرض دراسة توضح المركز القانوني للمقاول من الباطن في مواجهة الإدارة لتحديد الطبيعة القانونية لهذه العلاقة ونظراً لوجود العديد من الانماط المتنوعة التي قد تختلط بالمقاول من الباطن لذا لزم إلقاء الضوء على بعض هذه الأنماط ومنها التنازل عن الصفة العقدية .

ولعرض ذلك سوف نتناول موضوع البحث من خلال خمسة مباحث علي النحو التالي:-

المبحث الاول : التمييز بين المقاول من الباطن والمتنازل إليه عن الصفة العقدية.

المبحث الثاني : التمييز بين المركز القانوني للمقاول من الباطن والبائع.

المبحث الثالث : التمييز بين المقاول من الباطن والوكيل.

المبحث الرابع : التمييز بين المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي.

المبحث الخامس : صور المقاولة من الباطن.

المبحث الأول

التمييز بين المقاول من الباطن والمتنازل إليه عن الصفة العقدية

تمهيد :

التنازل عن عقد المقاولة يعد احدى صور التنازل عن الصفة العقد[١] كما ان المقاولة من الباطن تعد احدى الآليات القانونية التى يتم استخدامها فى تنفيذ بعض العقود، لذا سوف نعرض فيما يلي و نلقي الضوء لبيان التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن عقد المقاولة.

ونجد أن عقد المقاولة قد يكون بالاتفاق بين المقاول والمتنازل اليه [٢] ، وهو ما يسمى بالتنازل الاتفاقي ،وقد يفرضه المشرع وهو ما يسمى بالتنازل القانوني وهذا الأخير لا يدخل في إطار هذا البحث ، ولكننا سوف نعرض من حيث المبدأ لمسألة التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد ومن ثمَّ التمييز أيضاً بين المقاول من الباطن والمتنازل اليه .

---

(١) يأخذ التنازل عن الصفة العقدية صور كثيره ، منها الاتفاقي ومنها القانوني ومن امثله التنازل الاتفاقي التنازل عن عقد الايجار او الوكالة او التنازل عن عقد المقاولة ، ومن امثله التنازل القانوني ، ما تضمنه القانون رقم ٤٩ لسنه ١٩٧٧ الصادر بشأن تأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر . اذ تنص المادة (٣٠) منه على ان استثناءً من حكم المادة ٦٠٤ من القانون المدني تسري عقود الايجار القائمة على المالك الجديد للعقار ولو لم يكن لسند الايجار تاريخ ثابت بوجه رسمي سابق علي تاريخ انتقال الملكية .
لمزيد من حالات التنازل الاتفاقي والقانوني ، انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ص١٨ وما بعدها .

(٢) اذا تم التنازل عن الصفة العقدية يصبح المتنازل اليه مقاولاً اصلياً ، وهو يختلف عن المقاول من الباطن.

ولاشك إن الاحكام التي تطبق على كلا العقدين في كل من النظامين تختلف عن بعضها البعض ومن ثمٌ تؤدي إلى إختلاف المركز القانوني لطرفي كل عقد .ولذا سوف نقوم ببيان ذلك من خلال تحديد المفهوم الفني والقانوني للتنازل عن الصفة العقدية في ضوء أحكام الفقه والقضاء والقواعد العامة .

وكذا بحث مشروعية التنازل عن الصفة العقدية وضوابط هذا التنازل وتوضيح الفرق بين التنازل عن الصفة العقدية لعقد المقاولة وبين المقاولة من الباطن، وذلك كل في مطلب مستقل علي النحو التالي :

المطلب الاول : مفهوم التنازل عن الصفة العقدية وطبيعته القانونية .

المطلب الثاني : مشروعية التنازل عن الصفة التعاقدية.

المطلب الثالث : ضوابط التنازل عن العقد .

المطلب الرابع : الفرق بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة .

المطلب الخامس : أهميه التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة .

المطلب الأول

مفهوم التنازل عن الصفة العقدية

وطبيعته القانونية

يُعد التنازل عن الصفة العقدية من الاتفاقيات الملزمة للطرفين، حيث أن العقد محل التنازل يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه ويمكن تعريف التنازل عن الصفة العقدية بأنه "التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير، ويكون من شأنه إحلال الغير محله في أداء التزاماته واكتسابه حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة [١] .

فالتنازل عن الصفة العقدية يترتب عليه حلول المتنازل إليه محل المتنازل في العقد المتنازل عنه، فبمقتضي هذا العقد يتنازل المقاول عن صفته او مركزه التعاقدي بكل ماله من حقوق وما عليه من التزامات وأيضاً كل اثاره القانونية إلى شخص المتنازل اليه. حيث يصبح هذا الأخير هو المدين بالالتزامات التي كان المقاول الأصلي مدينا بها أمام جهة الإدارة كما يصبح المتنازل إليه هو الدائن لجهة الإدارة بكافة الحقوق التي كانت للمقاول الأصلي – المتنازل – قبلها ويترتب على ذلك إختفاء المقاول الأصلي من الرابطة

(١) د. محمد سعيد امين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها ، دراسة مقارنه ، دار الثقافة الجامعية سنه ١٩٩٥ صفحه ١٥٨.

العقدية لعقد المقاولة ولا يُعد له شأن بها[١] ، والتنازل عن الصفة العقدية قد يكون كلياً أو جزئياً ، وقد ثار خلافاً بين الفقهاء حيث يذهب الفقه التقليدي إلى أن التنازل لا يعدو أن يكون سوى حوالة حق وحوالة دين في نفس الوقت اما الاتجاه الحديث فيري أن التنازل أكثر من مجرد حوالة حق و حوالة دين اذ يتضمن نقلاً أو حلولاً في الصفة العقدية ذاتها بما تتضمنه من حقوق والتزامات فهو نقل للرابطة العقدية باعتبارها وحدة واحدة، أو هو تنازل عن المركز العقدي في العلاقة العقدية القائمة، بما يترتب عليه من اكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات المرتبطة بهذا المركز او بهذه الصفة العقدية[٢] .

وقد وجد الاتجاه الحديث قبولا واسعاً وشاملاً وذلك لأن مفهوم التنازل عن المقاولة لا يعتبر مجرد حوالة حق و حوالة دين فقط ،ولكن عقد يبرم بين المقاول الاصلي (المتنازل) والغير (المتنازل إليه) بقصد أن يحل الأخير محل الأول في صفته التعاقدية حيث يؤول المركز التعاقدي في عقد المقاولة بكل مشتملاته – حقوقاً والتزامات – إلي المتنازل إليه وينتج عن ذلك علاقه قانونية مباشرة بين المتنازل إليه وجهه الإدارة – إذا قبلت التنازل – ويخرج المقاول الأصلي من الرابطة العقدية ويصبح من الغير بالنسبة لها وتبرأ ذمته قبل جهة

(١) د .اشرف عبد العظيم عبد القادر ، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ، رساله دكتوراه ، جامعه عين شمس ، عام ٢٠٠٧ صفحه ٦٨ وما بعدها .

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد ، التنازل عن العقد ، دار الجامعة الجديدة عام ٢٠٠٤ صـ ٧٨

الإدارة وقد يكون هذا التنازل عن العقد كلياً . كما يمكن ان يكون جزئيا[١]، إذا كان محل العقد يقبل القسمة ، ونحن نؤيد هذا الاتجاه الأخير لأن المشرع حينما وضع أحكام القانون المدني ، وضع احكاماً تنظم حوالة الدين ، وحوالة الحق ، وكذلك الحلول الاتفاقي ، والتنازل عن الصفة العقدية والمقاولة من الباطن، ومعني ذلك انصراف إرادة المشرع نحو وجود نطاق محدد لكل نظام لا يجوز – بحال من الأحوال – تعدية أو التعدي عليه من سائر الانظمة الأخرى .

المطلب الثاني

مشروعية التنازل عن الصفة التعاقدية

نظرا لعدم وجود نص في القانون المدني المصري أو الفرنسي ينظم موضوع التنازل عن العقد أو حتى يحظر التنازل عن العقد لذا ذهب معظم فقهاء القانون الخاص[٢] إلى القول بجواز التنازل عن العقد مستندين في ذلك الى الاتي :

---

(١) رأفت محمد حماد ، المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٥ صـ٢٠ ، د . مصطفي عبد السيد الجارحي ، عقد المقاولة من الباطن ، دراسة مقارنة ، في القانون المصري والفرنسي ، الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية عام ١٩٨٨ صـ ٣٧ .

(٢) تنص المادة (١٤٥) من القانون المدني علي أن : (ينصرف أثر العقد إلي المتعاقدين والخلف العام ، دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالإرث ، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة – التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلي الخلف العام) كما جاء نص المادة (١٤٦)علي أنه : (إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلي خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلي هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء .

١- الاستناد الى مبدأ الحرية التعاقدية كذلك الاستناد إلى النظرية العامة للعقود، حيث إن العقود لا تنحصر في العقود المسماة فقط ، بل هناك عقود غير مسماة ، وعلي ذلك فالتنازل عن العقد من عداد العقود غير المسماة[١]، حيث اقتصر المشرع علي اجازه التنازل عن الصفة العقدية في عقد الإيجار فقد نصت المادة ٥٩٣ من القانون المدني المصري علي الآتي (في حالة التنازل عن الايجار يبقي المستأجر ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته) ، كما وضع بعض الاحكام التي تخص مسالة التنازل عن الصفة العقدية في عقد الايجار حيث نصت المادة ٥٩٥ من القانون المدني علي الآتي (للمستأجر حق التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك).

٢- نظم القانون المدني المصري حوالة الحق وحوالة الدين.

٣- أقر القانون المدني المصري انتقال العقد ككل إلى الخلف العام[٢] أو الخلف الخاص[٣]، وبالرغم من ان هذا الانتقال جاء بحكم القانون ، وليس تصرفاً قانونياً، فإن ذلك يتم عن روح التشريع في عدم معارضته لمبدأ التنازل عن العقد ، كما أن القانون قد نظم التنازل عن عقد الايجار.

ولكن الأمر يختلف تماماً في القانون العام المصري حيث تضمنت لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنه ١٩٥٧ الملغاة .

حيث نصت المادة رقم ٨٣ على أنه " لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها إلا بعد أخذ

(١) ما لم ينص المشرع على أحكام خاصة بنوع معين من المقاولة من الباطن . حيث يعتبر هذا العقد من طائفة العقود المسماة.

(٢) بشروط معينة راجع نص المادة (١٤٥) من القانون المدنى.

(٣) بشروط معينة راجع نص المادة (١٤٦) من القانون المدنى.

موافقة الجهة المختصة كتابة ويجب ان يكون مصدقاُ على التوقيعات الواردة فيه من مكتب التوثيق المختص ، ويبقى العقد ولا يحول قبول نزوله عن المبالغ المستحقة له بما يكون المصلحة قبله من حقوق ".

وإذا كان النص السابق أجاز التنازل عن الصفة العقدية إذا وافقت جهة الإدارة المختصة على ذلك التنازل الا ان النصوص التالية في قوانين المناقصات والمزايدات قد حظرت صراحه التنازل عن تلك الصفة إلا في الأحوال الخاصة وذلك على النحو التالي :

نصت المادة (٣٧) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنه ١٩٨٣ الملغى على أنه " يجوز للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر ، كما يجوز عند الاقتضاء ، لأي من الجهات أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معينة ، وفقاً للقواعد المعمول بها في الجهة طالبة التعاقد ، ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التي تتم فيما بينها ".

أما المادة (٧٥) من اللائحة التنفيذية لذات القانون الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنه ١٩٨٣ الملغية نصت على أنه " لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ، ومع ذلك يجوز ان يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ، ويكتفى بتصديق البنك ، ويبقى المتعهد أو المقاول مسئولاً عن تنفيذ العقد ولا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون لجهة الإدارة قبله من حقوق".

وقد صدر قانون المناقصات والمزايدات الحالي رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ وردت المادة (٣٨) منه ذات الاحكام التي وردت بالمادة (٣٧) من القانون ٩ لسنه ١٩٨٣ (الملغي) كما صدرت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ المشار إليه بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنه ١٩٩٨ ، وتضمنت المادة (٧٦) منها ذات الأحكام التي تضمنتها المادة (٧٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنه ١٩٨٣ المشار اليه.

ومما تقدم نجد أن التنازل عن الصفة العقدية في العقد الاداري أمر محظور من حيث المبدأ، ما لم يتم هذا التنازل بين الجهات العامة التي يسري عليها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، كما أن التنازل عن المبالغ المستحقة للمتعاقد محظور كذلك ، إلا إذا تم هذا التنازل لأحد البنوك [١].

ونجد أن حظر التنازل عن العقد الاداري يعتريه كثير من التشدد ، فإن كان التنازل عن تلك الصفة في العقد الاداري يقضي على مبدأ الاعتبار الشخصي إلا أن الاعتبار الشخصي ليس هدفاً في ذاته وانما هو مقرر لمصلحه جهة الإدارة و تحقيق النفع العام . فإذا تحقق النفع العام بإبدال أو بإحلال غير المدين محله فهذا يتفق مع الهدف من الاعتبار الشخصي .

كما أنه قد تحدث تغيرات في ظروف المتعاقد الأصلي بعد إبرام العقد الإداري تجعله غير قادر على تنفيذ التزاماته مع جهة الإدارة فيقدم علي التنازل عن صفنه العقدية لأحد الأفراد أو الشركات يُعد حلاً لذلك .

وهذا الحل من جانب المتعاقد مع الإدارة يضمن عدم تعرضه لجزاءات لعدم مقدرته على القيام بالتنفيذ كما يضمن أيضاً لجهة الإدارة تنفيذ مشروعاتها للصالح العام وسداً لاحتياجات المرافق العامة وضمانا لسيرها بانتظام وإطراد.

في حين انه إذا استمر المتعاقد الأصلي ولم يستطيع أداء التزاماته أدي ذلك إلى توقيع الجزاءات عليه والتي قد تصل الى فسخ العقد واضاعه الكثير من الوقت والجهد حيث ان ذلك يستتبع من جهة الإدارة طرح العملية من جديد في مناقصة عامة وتتحمل مصاريف إضافية بالتبعية يؤدي ذلك إلى التأخر في إتمام المشروعات .

(١) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنه ٣٦ ق . ع ، جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ .

لذا نجد أن المشرع كان جدير به أن يبقى على جواز التنازل عن الصفة العقدية ولكن بشرط موافقه جهة الإدارة مسبقاً على ذلك ومع وضع ضوابط لتلك الموافقة حتى لا يحدث تلاعب وعبث بالصالح العام ، كأن يتضمن النص موافقه الوزير شخصياً على التنازل او غير ذلك من الاجراءات الضابطة لهذه الموافقة ، أما حظر التنازل عن الصفة العقدية في العقد الاداري الا فيما بين الجهات العامة فقط علي النحو المتقدم فهو امر مستغرب خاصه ان المشرع قد ترك للإدارة في المادة (٧٧) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ سابق الإشارة اليه سلطه السماح لورثه المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد الاداري المبرم مع مورثهم ، وذلك إذا رأت جهة الإدارة أن تنفيذ العقد ما زال ممكناً رغم وفاه المتعاقد مع الإدارة ، ولكن بشرط ان يقوم الورثة بتعيين وكيلاً عنهم بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ، وتوافق عليه السلطة المختصة [١].

كما أن المشرع في ذات المادة أردف القول بأنه " إذا كان العقد مبرماً مع أكثر من شخص وتوفي أحدهم ، فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد ورد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في التنفيذ .

كما ان هناك بعض الأحوال الخاصة للتنازل عن العقد الاداري وذلك كما في حاله الاستحالة المطلقة للتنفيذ من جانب المتعاقد مع الإدارة اذا كان المتنازل اليه يتوافر لديه ذات الشروط الخاصة – الكفاءة المالية والمقدرة الفنية وحسن السمعة – التي كانت تتوافر في المتعاقد مع الإدارة – المتنازل – نرى انه يتحد في ذات العلة مع الحالات التي وردت في المادة (٧٧) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المشار إليه ، وهو ترك الخيار لجهة

(١) د/ محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص١٦١.

د/ أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٣، ص١٢.

الإدارة في الموافقة أو عدم الموافقة على التنازل ، خاصة كذلك في ظل التطور في النظريات الفقهية ، حول طبيعة الالتزام والعقد ، سواء في الفقه المصري أو الفرنسي .

حيث ان القانونين المصري وكذا الفرنسي لم يلتزمان بنتائج النظرية الشخصية للالتزام او الطابع الشخصي للعقد حيث يرى الفقه أن الالتزام له قيمة مالية ، وأن العقد مال [١] وعلى ذلك يمكن انتقاله.

المطلب الثالث

ضوابط التنازل عن العقد

تقسيم:

التنازل عن الصفة العقدية له أهمية بالغة لما يترتب عليه من آثار خطيرة سواء من الناحية القانونية أو العملية ولذلك سوف نعرض لآراء الفقه وأحكام القضاء فيما يتعلق بضوابط التنازل عن العقد ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب الي أربعة فروع:

الفرع الأول : أن يكون عقد المقاولة قابل للتنازل .

الفرع الثاني : وجود محل يرد عليه التنازل .

الفرع الثالث : إنتفاء الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة .

الفرع الرابع : قبول جهة الادارة للتنازل .

الفرع الأول

أن يكون عقد المقاولة قابلاً للتنازل

(١)Gabrial Marty et pierre Raynaud : droit civiltome ١١.١ volume les obigations sirey ١٩٦٢ / villar . op . Cit .page ١٩٧

مشار إليه فيه د. مصطفي عبد السيد الجارحي مرجع سابق ، صـ ٢٦

وهذا الشرط بديهي حيث أنه إذا كان عقد المقاولة الأصلي غير قابل للتنازل ، فلا يمكن الحديث عن التنازل عن الصفة العقدية و قد ترجع عدم قابليه عقد المقاولة الاصلي للتنازل إما لنص في القانون أو لبند في العقد يمنع المتعاقد من التنازل أو أن طبيعة العمل – محل المقاولة – نفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول الأصلي ولكن وجود هذا الشرط بهدف حماية مصلحة خاصة. ومن ثم يجوز لصاحب تلك المصلحة التنازل عنها صراحة أو ضمناً.

الفرع الثاني

وجود محل يرد عليه التنازل

التنازل يعني حلول المتنازل إليه محل المتنازل – المقاول الأصلي – في عقد المقاولة الأصلي فيما يكون له من حقوق وما عليه من التزامات ، ذلك يعني وجود عقدين ولم يتم تنفيذه بعد ، وبناء عليه اذا تم تنفيذ عقد المقاولة الأصلي فذلك بدوره يعني انقضاء العلاقة التعاقدية انقضاء طبيعياً ولا يكون هناك محل يرد عليه التنازل[1] . هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية لا يجوز إبرام عقد المقاولة من الباطن قبل إبرام عقد المقاولة الأصلى، فإذا تم ذلك فالمقاولة من الباطن يشوبها العوار القانونى المتمثل فى المحل الذى ترد عليه.

الفرع الثالث

انتفاء الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة

إذا كان الالتزام وفقا للنظرية المادية ، أصبح مالاً ومن ثمٌ يمكن انتقاله ، إلا أنه لا يجب اغفال النظرة الشخصية للالتزام ، لأن الالتزام يعبر عن علاقه بين شخصين هما الدائن والمدين ، لذلك إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في نظر المتعاقدين أو فيه نظر أحدهما ، فانه والحال هكذا يكون العقد

(١) د. نبيل إبراهيم سعد المرجع السابق ، صـ١١٠ وما بعدها

غير قابل للتنازل عنه ، فالاعتبار الشخصي في التعاقد يكون مانعاً من موانع التنازل ، لذلك يشترط لصحه التنازل في هذه الحالة ، موافقه المتعاقد مع المتنازل لديه [١] ، وجدير بالذكر ان الاعتبار الشخصي يحمي مصلحة خاصة . ومن ثم يجوز لصاحب المصلحة التنازل عن هذا الاعتبار ، واذا كانت عقود المقاولات التي تبرم من الجهة الادارية تبني علي الاعتبار الشخصي فلا يجوز لهذه الجهة التنازل عن ذلك .

الفرع الربع

قبول جهة الإدارة للتنازل

ولقد عرضنا فيما سبق أن التنازل عن عقد المقاولة هو اتفاق بين المتنازل – والمقاول الاصلي – والمتنازل اليه –الغير – حيث يحل الثاني محل الأول فيما له من حقوق وما عليه من التزامات وقد يكون هذا التنازل نظير مقابل مادي أو بدون ، ولكن يجب ان يتم التنازل عن الصفة العقدية بعد توافرها ، وبناء عليه لا يجوز للمقاول التنازل عن صفته العقدية إلا بعد ابرام عقد المقاولة .

ولكن هناك طرق أصيل في هذه العلاقة وهو المتنازل لديه – جهة الإدارة – لأن العلاقة النهائية بعد التنازل سوف تنشأ العلاقة بين المتنازل اليه وجهه الإدارة وهنا نتعرض لموقف جهة الإدارة تجاه هذا التنازل في صورتين الأولى: التنازل عن الصفة العقدية بموافقه الإدارة .

والثانية: التنازل عن الصفة العقدية بدون موافقة جهة الإدارة. وسوف نتناول ذلك على النحو التالى:

---

(١) Laurent Aynes cassion de contract : nouvelles precision sur le role De code , Q, ١٩٩٨ mch ,٢٥

Mare Billiau et Chris to phejamin op , Cit .p ٥٨٩

مشار إليه لدي د . حسن حسين البراوي ، التعاقد من الباطن ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ صـ.٣٩

الصورة الأولى: التنازل عن الصفة العقدية بموافقه الإدارة :

إذا لزم على المتعاقد تنفيذ العقد بنفسه ولا يحل غير مكانه وكانت التزاماته مع جهة الإدارة التزامات شخصيه ، ولكن قد تتغير ظروف ذلك المتعاقد كأن يتعرض لمشاكل مادية تؤثر على مقدرته على التنفيذ مما يجعل تنازله عن العقد لشخص آخر تتوافر فيه الكفاءة المالية والفنية اللازمة لتنفيذ العقد ضرورة .

وقد تجد الجهة الإدارية في ذلك ما يحقق الصالح العام في هذه الحالة ولا يوجد ما يمنع جهة الإدارة من الموافقة على هذا التنازل وهناك ثلاث نقاط مهمه في حاله التنازل عن العقد على النحو السابق ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة غصون:

الغصن الأول : السلطة المختصة بالموافقة علي التنازل .

الغصن الثاني : الاجراءات اللازمة للموافقة علي التنازل .

الغصن الثالث : مدى سلطه الإدارة في الموافقة على التنازل عن الصفة العقدية في الحالات التي يجوز فيها ذلك.

الغصن الأول

السلطة المختصة بالموافقة علي التنازل

السلطة التي قامت بإبرام العقد الاصلي هي السلطة المختصة بالموافقة علي التنازل عن العقد الا اذا حدد المشرع جهة أخري تختص بالموافقة في هذه الحالة تكون هذه الجهة المختصة بالموافقة علي التنازل عن العقد دون غيرها[١] . وقد أكدت محكمة القضاء الإدارى مبدأ شخصية

(١) د. سليمان الطماوي ،الاسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنه ، مطبعه جامعه عين شمس عام ١٩٩١ صفحه ٤٠٢ مرجع سابق ، د. عزيزه الشريف، دراسات في نظريه العقد الاداري ، دار النهضة العربية ،

التزامات المتعاقد مع الإدارة حيث استطردت قائلة (... فلا يجوز له أن يحل غيره فيها ... إلا بموافقة الإدارة ، فإذا حصل التنازل عن العقد الإدارى بدون موافقة الإدارة ، فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاً يتعلق بالنظام العام ، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها فى العقد أو إلغاؤه باعتبار أن الخطأ المذكور خطأ جسيم ، كما أكدت هذه المبادئ المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر فى ١٩٨٥/٦/٢٥ لسنة ٢٩ ق ، ويعد ما سبق تطبيقاً لنظرية وحدة التنازل والتى ترى أن التنازل عن العقد ليس فقط حوالة حق وحوالة دين ، وإنما هو شيء أكبر من ذلك، إذ أنه يعنى التنازل عن الصفة العقدية ذاتها ، وترى أن رضاء المتنازل لديه ليس مجرد شرط لنفاذ التنازل فى مواجهته ، وإنما هو شرط ضرورى لإنعقاد التنازل بمعنى أنه عند رفض المتنازل لديه للتنازل يصبح هذا الاتفاق عديم القيمة من الناحية القانونية ويفسر الفقه ذلك بأنه يتفق وقصد المتعاقدين ، وبالارتباط بين الحقوق والديون ، فالمتنازل لم يقبل على التنازل عن حقوقه إلا أنه سوف تبرأ ذمته من ديونه ، مما يستلزم رضاء المتنازل لديه ، وقد ظهرت هذه النظرية فى التقنين الإيطالى ثم فى التقنين البرتغالى ، ويؤيدها غالبية الفقهاء فى فرنسا(١).

الغصن الثاني

إجراءات التنازل عن العقد

التنازل يلزم المتعاقد مع الإدارة تقديم طلب لجهة الإدارة موضحاً به البيانات الخاصة بشخص المتنازل اليه حتى يتسنى لجهة الإدارة بحث مدى توافر الاعتبارات الشخصية محل الاعتبار لديها وتقييم مدى كفاءه المتنازل اليه في القيام بالتزامات العقد وعند اعلان موافقتها على التنازل عن العقد تتحرر من الشكليات ومن ثم يمكنها اعلام موافقتها في الشكل الذي تراه مناسبا

الطبعة الاولى ، ١٩٨١ صفحه ١٣٧ ،د. ابراهيم محمد علي ، اثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية, ٢٠٠٣ ص٣٥٢.

(١) نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق، ص٧٧ وما بعدها. د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص٧٩ هامش ١٦١. د. سليمان الطماوى، مرجع سابق، ص٤٠٠. د. عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ، ص١٢٩.

، وقد تكون هذه الموافقة صريحه كما انها قد تكون ضمنيه[١] تُستفاد من الظروف والملابسات ، كأن يقوم المقاول الأصلى بإسناد جزء من محل التعاقد إلى أحد المقاولين من الباطن دون أن تعترض جهة الإدارة.

كما أن محكمه القضاء الاداري بمصر قد قضت في حكمها الصادر في ٢١ نوفمبر سنه ١٩٦٥ بانه " التنازل عن عقد المقاولة تكفي في الموافقة الضمنية ، وأن جريان المكاتبات بين الإدارة والمتنازل اليه يعتبر قبولا ضمنياً للتنازل ، فشرط الحصول على القبول الكتابي وانما الشرعي لمصلحه الإدارة المتعاقدة وليس للمقاول ، فإن هي تنازلت عنه فلا جناح عليها في ذلك [٢] .

الغصن الثالث

مدى سلطه الإدارة في الموافقة على التنازل عن الصفة العقدية في الحالات التي يجوز فيها ذلك

في هذه الجزئية نتعرض لمدى سلطه الإدارة في قبول أو رفض التنازل عن العقد ففي حاله القبول لا يوجد ادني مشكله وتسري كافه الاجراءات السابق ذكرها ولكن هل لجهة الإدارة سلطه الرفض والى اي مدى ؟ [٣]

ومع تتبع احكام مجلس الدولة الفرنسي نجد صدور احكام كثيره تتعلق بعقد الامتياز ، وهو العقد الذي تتجلي فيه الصفة الشخصية لالتزامات المتعاقد مع الإدارة ، ويتضح من هذه الاحكام ما يلي:

(١) د. ابراهيم محمد علي المرجع السابق ، ص٣٥٠ ،٣٥١ .

(٢) حكم محكمة القضاء الأداري الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦٥ ، القضية رقم ٧٨ لسنة ١٣ قضائية .

(٣) ابراهيم محمد علي – مرجع سابق ص٣٥١ وما بعدها .

١- الملتزم اذا تقدم بطلب الى جهة الإدارة للموافقة علي التنازل عن صفته العقدية فانه يجب على الإدارة ان ترد عليه في ميعاد مناسب ، فلا يجديها نفعاً ان تلتزم جانب الصمت والا عرضت نفسها للمسئولية .

٢ – لا تستطيع الإدارة ان ترفض الموافقة لمجرد الرفض ، بلي يجب ان تستند في رفضها الى اسباب معقوله تتصل بالصالح العام .

فإذا كانت الاسباب التي تذرعت بها الإدارة غير وجيهة ، فان المتعاقد يستطيع ان يحصل من قاض العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة أي ان يطالب فسخ العقد خطأ الإدارة ، او الحكم بتعويض الاضرار التي تلحقه من جراء هذا الرفض .

واذا كانت أحكام مجلس الدولة ليست بهذه الكثرة وذلك الوضوح فيما يتعلق بالعقود الإدارية الاخرى ، فمما لا شك فيه ان المبادئ السابقة تسري عليها من باب اولى ؟

حيث ان الصفة الشخصية لالتزامات المتعاقد في هذه العقود أقل منها في عقد الامتياز ، وسلطه الإدارة في رفض التنازل الكلى او الجزئي عن العقد، تتدرج في سلطتها التقديرية ، والسلطة التقديرية مقيدة باستهداف الصالح العام، وشروطه بحسن استعمالها(١).

الصورة الثانية : التنازل عن الصفة العقدية بدون موافقه جهة الإدارة:

حيث ان تنازل المتعاقد – المتنازل – الى المتنازل اليه يؤدي الى حدوث علاقة مباشره بين المتنازل اليه وجهه الإدارة ولذا لزم موافقة جهة

(١) د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، صـ ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، حيث ذكر سيادته العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي صدرت في هذا الشأن .

الإدارة علي هذا التنازل ولكن اذا حدث هذا التنازل بالرغم من عدم موافقه جهة الإدارة فهنا يثور التساؤل حول الاثار القانونية التي تترتب على ذلك ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يتعين التفرقة بين حالتين هما :

(**الاولى**): اذا تم التنازل بالرغم من وجود نص آمر يحظر التنازل عن العقد دون موافقه جهة الإدارة ، فإن التنازل يقع باطلاً [١].

ومن ثم لا تنشأ بين جهة الإدارة والمتنازل اليه اية علاقه ، ويظل المتنازل – المتعاقد الاصلي –علي مسرح التعاقد ومن ثم يكون مسئولاً امام جهة الإدارة عن تنفيذ العقد ، كما لو ان التنازل غير قائم [٢] ؟

كما إن التنازل على النحو السابق يعد بذاته خطأ عقديا من جانب المقاول الاصلي يرتب مسئوليته عن الاضرار الناجمة عنه كما يبرر توقيع اقصى الجزاءات عليه اي فسخ العقد (الاصلي) على مسئوليه المتعاقد ، وذلك سواء نص على هذا الجزاء في العقد ام لم ينص ، باعتبار أن حق جهة الإدارة في

---

(١) راجع حكم محكمه القضاء الاداري الصادر في ٢٧ يناير سنه ١٩٥٧ ، إذ بعد ان أكدت المحكمة مبدأ شخصيه التزامات المتعاقد مع الإدارة استطردت قائلة "... فلا يجوز له ان يحل غيره فيها ... الا بموافقه الإدارة ، فإذا حصل التنازل عن العقد الاداري بدون موافقه الإدارة ، فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد او الغاءه باعتبار ان الخطأ المذكور خطأ جسيم ، كما اكدت هذه المبادئ المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر في ١٩٦٣/١٢/٢٨ ، القضية رقم ١١٠٩ لسنه ٨ ق ، وكذا حكمها الصادر في الطعن رقم ١٠٩٤ ، بجلسه١٩٨٥/٦/٢٥ لسنه ٢٩ ق ، ويُعد ما سبق تطبيقاً لنظرية وحدة التنازل ، التي ترى ان التنازل عن العقد ليس فقط حوالة حق وحوالة دين ، وانما هو شيء اكبر من ذلك ، اذ انه يعني التنازل عن الصفة العقدية ذاتها، وترى ان رضاء المتنازل لدية ليس مجرد شرط لنفاذ التنازل في مواجهته وانما هو شرط ضروري لانعقاد التنازل ، بمعنى انه عند رفض المتنازل لديه يصبح هذا الاتفاق عديم القيمة من الناحية القانونية ، ويفسر الفقه ذلك بانه يتفق وقصد المتعاقدين : وبالارتباط بين الحقوق والديون ، فالمتنازل لم يقبل على التنازل عن حقوقه إلا لأنه وسوف تبرأ ذمته من ديونه ، مما يستلزم رضاء المتنازل لديه ، وقد ظهرت هذه النظرية في التقنيين الايطالي ، ثم في التقنيين البرتغالي ، ويؤيدها غالبيه الفقهاء في فرنسا ، ولمزيد من التفاصيل انظر د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، صفحه ٧٧ الى صفحه ٨٠

(٢) P.Duez, G.debeyre : traite de droit administratif ,paris ١٩٦٢,P.٩٢٢

مشار إليه لدي د . عبد العليم عبد المجيد مشرف ، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، عام ٢٠٠٣ صـ٧٩ ، وأنظر كذلك د. سليمان الطماوي المرجع السابق ، صـ٤٠٠.

فسخ العقد في هذه الحالة ، ينتج من طبيعة العقد الاداري ذاته ، ولاستبعاد جزاء فسخ العقد يجب النص عليه صراحه في العقد [١] .

(الثانية) : اذا لم يوجد نص آمر يحظر التنازل عن العقد :

اذا لم يشتمل العقد على نص يحظر التنازل عن العقد[٢] ، فالأصل ان التنازل يقع صحيحاً بين طرفيه المتنازل – المقاول الاصلي – والمتنازل اليه – الغير – اذا كان ذلك إلا انه يلزم موافقه جهة الإدارة على هنا التنازل ، لكي يسري هذا التنازل في مواجهتها ويحتج به عليها ، وينتج آثاره بان يصبح المتنازل اليه طرفاً في عقد المقاولة فإذا رفضت جهة الإدارة هذا التنازل فلا يحتج به عليها ولا تنشأ بينهما وبين المتنازل اليه اي علاقه ويظل المتنازل – المتعاقد الاصلي – هو المسؤول عن تنفيذ العقد امام جهة الإدارة ولا يستطيع المتنازل اليه الاحتجاج قبل جهة الإدارة بأية حقوق متولده عن عقد المقاولة كما لا يستطيع ان يحتج على جهة الإدارة بالعقد المبرم بينه وبين المتنازل ، كما ان عدم موافقه جهة الإدارة على التنازل عن العقد يجعل التنازل في ذاته خطأ عقدياً ويلقي المسؤولية كاملة على عاتق المتنازل – المتعاقد الاصلي – كما يعرضه لأقصى الجزاءات من قبل جهة الإدارة والتي قد تصل في بعض الاحيان الى فسخ العقد.

٥ – الاثار القانونية المترتبة على الموافقة على التنازل:

(١) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف :المرجع السابق ، صـ٨١ ، د. عبد المجيد فياض : العقد الإداري في مجال التطبيق سنة ١٩٨٣، صـ ١٢٩ ، د. إبراهيم محمد علي المرجع السابق ، صـ ٣٥٦ ، ٣٥٧ .

(٢) د. سليمان المطاوي ، المرجع السابق ، صـ٤٠١ .حيث ذكر العديد من احكام مجلس الدولة الفرنسي التي تقرر ذلك

عند موافقه جهة الإدارة على التنازل عن الصفة العقدية[١] يصبح هذا التنازل صحيحاً ونافذاً في مواجهتها ، ويترتب عليه آثاره قانونية مهمه سواء في علاقتها مع المتنازل أو المتنازل إليه .

أ- **علاقه الإدارة بالمتنازل اليه** : بمجرد موافقه جهة الإدارة يحل المتنازل اليه محل المتنازل في الرابطة العقدية ويصبح المتنازل اليه هو المسؤول امام جهة الإدارة عن تنفيذ العقد ويخرج المتنازل من الرابطة العقدية وتبرأ ذمته امام جهة الإدارة من الالتزام بتنفيذ العقد .

ويصبح المتنازل اليه هو المنوط بكل الالتزامات والحقوق المترتبة على تلك الرابطة العقدية الجديدة وذلك ما لم ينص عقد التنازل على بقاء المتنازل مسئولاً بجانب المتنازل اليه [٢] ، ويكون في هذه الحالة بصفته ضامناً وليس طرفًا في العقد وتنعقد مسئوليته وفقاً لأحكام التضامن.

ب – علاقه الإدارة بالمتنازل :

بمجرد موافقه جهة الإدارة على التنازل عن عقد المقاولة يخرج المقاول الاصلي من العلاقة التعاقدية مع جهة الإدارة وتبرأ ذمته من كافه الالتزامات التي كانت مسئولة منه أمام جهة الإدارة ولا تستطيع جهة الإدارة مطالبته بالاستمرار في تنفيذ العقد كما تلتزم جهة الإدارة برد مبلغ التأمين إلى المتنازل – المتعاقد الأصلي ، ولكن ذلك مقرون بأن ينصب التنازل عن جميع الحقوق والالتزامات.

---

(١) بالنسبة لمحل عقد المقاولة الأصلى أو جزء منه فقط.

(٢) G. jeze:les principes generaux du droit adminstatif , t.١,op.cit .p ١٩٤ .

د. عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الأداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية الطبعة الأولي، ١٩٧٥ ، صـ ١٣٠ ، د. ابراهيم الشهاوي ، عقد أمتياز المرفق العام BOT دراسة مقارنة – بدون ناشر سنة ٢٠٠٣ ، صـ ١٩٣ : ١٩٥ .

ونجد في فرنسا أن معظم العقود الإدارية تحرص جهة الإدارة على بقاء المتعاقد الأصلي ضامناً للمتنازل إليه في تنفيذ العقد [١].

المطلب الرابع

الفرق بين المقاول من الباطن والتنازل عن المقاولة

التنازل عن الصفة العقدية والتعاقد من الباطن ظهرا في المجتمعات الحديثة نظراً للتعدد المتزايد في العلاقات والتعقيد في الأنظمة القانونية ذات الصيغة الفنية الدقيقة والتي تتميز بها القوانين الحديثة كما هو الحال بالنسبة للنقل حيث يتم فى الوقت الحالى إبرام العديد من عقود النقل من الباطن ولذا لزم التفرقة الدقيقة بينهما وهذه التفرقة حديثة ولم تعد محل خلاف بين الفقهاء وانما الخلاف ينحصر في تحديد معيار التفرقة بينهما[٢] .

وللتفرقة بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة يذهب الفقه الحديث الي تحليل مضمون كلا النظامين ، حقوقاً والتزاماً واثاراً ، كما يحدد أيضاً العلاقات التي تنشأ بين طرفي كل نظام منهما ، وبناءاً على ذلك فأوجه التفرقة تنحصر فيما يلي :

١- التنازل عن المقاومة يترتب عليها خروج المقاول الاصلي ويحل محله غيره وهذا يؤدي الى إهدار مبدأ الاعتبار الشخصي وعلي ذلك فالتنازل عن المقاولة كأصل عام غير جائز أما في المقاولة من الباطن فيظل المقاول الاصلي وبقاءه يجعله مسئولاً امام جهة الإدارة عن تنفيذ العقد .

---

(١) يلاحظ أن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الملغي) ، كانت تنص في المادة (٧٥) منها علي أن " لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفي في هذة الحالة بتصديق البنك ، ويبقي المتعهد أو المقاول مسئولاً عن تنفيذ العقد ، ولا يجل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون لجهة الأدارة قبله من حقوق ".وبنفس هذه الأحكام جاء نص المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ومع أن هذة النصوص تتحدث عن التنازل الجزئي (التنازل عن المبلغ) فإنها أقرت بقاء المقاول أو المتعهد مسئولاً عن تنفيذ العقد .

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، صـ ٨٦ ، ٤٨٧ ، د. أشرف عبد العظيم عبد القادر ، مرجع سابق، ص١١٢ .

فالقاعدة ان التنازل عن العقد غير جائز ، اما بالنسبة للمقاولة من الباطن فانه جائز كقاعدة عامة ما لم يوجد بند في العقد يمنعه ، أو كانت طبيعة العمل تعتمد على الكفاية الشخصية للمقاول (١).

٢- في التنازل عن الصفة العقدية في عقد المقاولة تنشأ علاقه مباشره بين المتنازل إليه وجهه الإدارة ، اما في المقاولة من الباطن فلا تنشأ اي علاقه مباشره – من الناحية الشكلية – بين المقاول من الباطن وجهه الإدارة (٢)(٣)

فالتنازل عن المقاولة يخرج المقاول الاصلي – المتنازل – من العملية العقدية ، ولا يكون له شأن في تنفيذ العقد ، وتنتفي مسئوليته عن التنفيذ وتبرأ ذمته تجاه جهة الإدارة ، وتنشأ علاقه مباشرة بين جهة والمتنازل اليه ، ويصبح هذا الأخير هو المسئول عن تنفيذ العقد امام جهة الإدارة كما تئول إليه كافه الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة.

اما في المقاولة من الباطن ، فيبقى المقاول الاصلي في العلاقة العقدية الي حين تنفيذ المقاول من الباطن لالتزاماته و من ثم يظل المسئول امام جهة

---

(١) يراجع نص المادة ١/٦٦١ من القانون المدني المصري حيث تنص علي أن : " يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو جزء منه إلي مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد علي كفايتة الشخصية

(٢) P – H : Antonmattei et j . raynaud ,Droit civil , contract Speciaux aux ٢٠٠٢,Litec n ١٠ Anlyese les contrats Speciaux , ٢٠٠١ /٢٠٠٢ , no . ٦٩ etts . Ph .Malaureet.٣١١ . I .

_ مشار إليه لدي د . حسن حسين البراوي : المرجع السابق ص ٤٤ ونشير أنة في الفقة الفقة الحديث بدأ يسير نحو الكشف عن وجود علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن ، د. نجم حمد الأحمد ، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الأدارية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه ، جامعة عين شس عام ٢٠٠١ صـ ٤٨

(٣) وذلك فيما عدا الحالة التي تنص عليها المشرع في المادة ٦٦٢ من القانون المني المصري حيث نصت تلك المادة من القانون المدني المصري علي أن " أولاً : يكون للمقاولين من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول وفي تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوي ، ويكون العمال المقاولون من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل " ، وهذا النص لا يعمل به في مجال القانون الأداري ، فلا يستفيد المشار اليهم سابقا بهذة المادة من الدعوي المباشرة في مجال العقود الأدارية .

الإدارة عن تنفيذ العقد و تنشأ علاقة عقدية موضوعية – وليست شكلية – بين المقاول من الباطن وبين جهة الإدارة .

٣- التنازل عن الصفة العقدية فى عقد المقاولة نكون بصدد عقد يتم إبرامه بين المقاول الاصلي – المتنازل والغير – المتنازل اليه – وبموجبه يحل الثاني محل الاول في عقد المقاولة وفي هذه الحالة يوجد عقدان وهما عقد المقاولة الاصلي وهو الذى تم بين جهة الإدارة والمقاول الاصلي والثاني وهو عقد التنازل والذي يتم ابرامه بين المقاول الاصلي – المتنازل – والغير المتنازل اليه ومحل عقد التنازل نقل الصفة العقدية من الاول للأخير.

ونجد أن العقدين مختلفان تماماً وبالتالي تختلف الآثار والالتزامات المترتبة على كل عقد منهما(١)

وفي المقاولة من الباطن يوجد هناك ايضاً عقدان الأول هو عقد المقاولة الاصلي وهو يبرم بين المقاول الاصلي وجهه الإدارة و محله الالتزام بالقيام بعمل او بإعطاء ، والعقد الثاني وهو عقد المقاولة من الباطن وهو يبرم بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن وبموجبه يكل المقاول الاصلي للمقاول من الباطن بتنفيذ جزء من محل عقد المقاولة الأصلي ، ولذا فإن عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن يجمعهما وحده المحل .

٤- لو كان التنازل قد انطبق علي عقد المقاولة – بهدف حلول المتنازل اليه محل المتنازل (المقاول الاصلي) إحلالاً كاملاً – ففي هذه الحالة – تتحول العلاقة المباشرة بين المتنازل اليه – الغير – وجهه الإدارة يصبح المتنازل اليه هو المسئول الوحيد تجاه جهة الإدارة ويكون هو الدائن او المدين

(١) د. مصطفي عبد السيد الجارحي بالمرجع السابق ص٢٥ ، د. أشرف عبد العظيم عبد القادر والمرجع السابق ص١١٤ .

ويخرج المقاول الأصلي نهائياً من العلاقة مع الإدارة و يصبح هدف طرفي تنفيذ عقد المقاولة الاصلي وان اختلفت مبررات اللجوء اليه [١].

٥- إذا كان عقد المقاولة من الباطن يحدد الحقوق والالتزامات في عقد المقاولة من الباطن ، بشرط ألا تجاوز حدود عقد المقاولة الاصلي ، فإن في التنازل عن المقاولة لا يملك طرفاه تحديد الحقوق والالتزامات حيث انها محدده سلفاً في عقد المقاولة محل التنازل، ولا يجوز تغييرها او تعديلها ، ويرى بعض الفقه انه في التنازل يوجد عقد واحد تغير أحد طرفيه وهو المقاول الاصلي بينهما تظل بنود العقود دون تغيير [٢].

٦- اذا كان عقد المقاولة يحتوي على بند يحيز التنازل عن العقد فيلزم موافقه جهة الإدارة لصحه هذا التنازل ، اما المقاولة من الباطن متى نشأت صحيحة فأنها تنفذ وتنتج اثارها في مواجهة جهة الإدارة دون الحاجة الى موافقتها حال عدم وجود بند بالعقد او نص في القانون يمنع ذلك.

مما تقدم نجد ان التفرقة بين التنازل عن عقد المقاولة والمقاولة من الباطن تتسم بالسهولة والوضوح ولا تحدث خلافاً فقهياً بشأنها . ولكن الخلاف الفقي ثار حول التمييز بينهما وهو ما سوف نعرضه فيما يلي.

المطلب الخامس

أهميه التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة

(١) د. احمد عبد العال قرين : الأحكام العامة لعقد المقاولة : الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢/٢٠٠٣ صـ ١١ ، د . أشرف عبد العظيم عبد القادر ، المرجع السابق ، صـ ١١٤

(٢) د. احمد عبد العال قرين المرجع السابق صـ ٤٠ .

لا شك أن التمييز بين عقد المقاولة من الباطن والتنازل عن الصفة العقدية في عقد المقاولة له أهميه كبيرة وتزداد تلك الأهمية حيث أننا بصدد بحث الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل – جهة الإدارة – والمقاول من الباطن ، وتظهر هذه الأهمية في الاثار التي تترتب على كل من عقد التنازل عن المقاولة و المقاولة من الباطن ، حيث ان التنازل عن عقد المقاولة ينتج عنه اثأرا من اهمها علاقة قانونية مباشرة بين رب العمل – جهة الإدارة – والمتنازل اليه[١] .

وبموجبها يكون لرب العمل – جهة الإدارة – ان يطالب المتنازل اليه بجميع التزامات المقاول الاصلي – المتنازل – محل عقد المقاولة الاصلي ، ويكون للمتنازل اليه كذلك ان يطالب رب العمل – جهة الإدارة – بجميع حقوق المقاول الاصلي – المتنازل – الناشئة عن عقد المقاولة الاصلي المتنازل عنه ، ويخرج المقاول الاصلي من العملية العقدية ، ويكون للمتنازل اليه التمسك قبل رب العمل بكافه الحقوق التي كان للمقاول الاصلي التمسك بها كما يكون كذلك لرب العمل – جهة الإدارة – التمسك قبل المتنازل اليه بكافه الالتزامات والواجبات التي كان يتمسك بها قبل المقاول الاصلي – المتنازل – ويكون لكل منهما دعوى مباشرة في مواجهه الاخر.

اما المقاولة من الباطن فقد اختلف الفقه [٢] حول طبيعة العلاقة بين جهة الإدارة – رب العمل – والمقاول من الباطن ، فالفقه التقليدي لا يرى ثمة علاقه مباشره بين رب العمل – جهة الإدارة – والمقاول من الباطن ويري أن كلا منهما من الغير بالنسبة للأخر ولا يستطيع احدهما ان يرجع على الاخر

(١) إذا كان الفقه يتفق علي وجود هذة العلاقة ، الا أنة قد أختلف حول اساس هذة الرابطة المباشرة هذا الأختلاف يرجع سببة إلي الخلاف حول طبيعة التنازل عن العقد .

(٢) في تفصيل ذلك أنظر ، د. فيصل زكي عبد الواحد ، المسئولية المدنية في إطار الأسرة العقدية ، دار الثقافة الجامعية ، ١٩٩١ / ١٩٩٢ ، صـ ٧١ وما بعدها .

الا بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية او الدعوي غير المباشرة ، باستثناء الدعوى المباشرة التي قررها القانون المدني المصري في المادة ٦٦٢ منه .

اما في الفقه الحديث فيذهب الي القول بوجود علاقة عقدية بين كل من المقاول من الباطن وجهة الإدارة [١].

وطبيعة اختلاف العلاقة بين رب العمل – الإدارة –والمقاول من الباطن عن العلاقة بين رب العمل – الإدارة –والمتنازل اليه – تأثير كبير في التمييز بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن ، فكل منهما يخضع لأحكام قانونية تختلف عن الاخر .

فالتنازل عن الصفة العقدية بعد تمامه ينتج مقاولاً اصلياً له كافه حقوق المقاول الاصلي – المتنازل – وعليه ايضاً كافه الالتزامات ، وهذا المركز لا يختلط بمركز المقاول من الباطن ، ويتضح ذلك جلياً اذا قام المقاول الاصلي بالتنازل عن العقد للمقاول من الباطن فبهذا التنازل يتغير المركز القانوني للمقاول من الباطن ويصبح مقاولاً اصلياً ، وتنشأ بينه وبين رب العمل – جهة الإدارة – علاقه عقديه مباشره سندها عقد المقاولة الاصلي الذي تم التنازل عنه والذي حل فيه المقاول من الباطن – المتنازل اليه – محل المقاول الاصلي – المتنازل – في كل ما له من حقوق قبل رب العمل – الإدارة – وما عليه من التزامات وواجبات قبل رب العمل[٢].

---

(١) د. أشرف عبد العظيم عبد القادر ، المرجع السابق ، صـ ٦٥١ وما بعدها ، ومن الفقه الفرنسي علي سبيل المثال :

G . Jeze :Les principes generaux du droit administratif ,٣eme edition ١ eme partie paris ١٩٣٤ .M. Gtard : ٣eme partie , paris ١٩٣٦ , L.G.D.J.P.٢٠٦ .

Bena bent (A) note sous civ . ١.٢٩m ٥et civ . ٣ . ١١٩.٦. ١٩٨٤.D.٨٥,٢١٣ et sous civ ٣.٧.٥.١٩٨٦.D.٨٧ .

(٢) د/ محمد لبيب شنب – شرح أحكام المقاولة – صـ ٢٤

د/ السيد عيد نايل – قانون العمل صـ ٧٢

د/ محمد حسين منصور – قانون العمل – صـ ٥١

المبحث الثاني

التمييز بين المركز القانوني للمقاول

من الباطن والبائع

نصت المادة ٤١٨ من القانون المدني المصري على "أن البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكيه شيء أو حقاً مالياً آخر مقابل ثمن نقدي" فعقد البيع هو نقل ملكيه شيء .....في مقابل ثمن نقدي .

كما نصت المادة ٦٦١ / ١ من ذات القانون على انه "يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته أو جزء منه الى مقاول من الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية" .

فموضوع عقد المقاولة من الباطن هو القيام بعمل ، سواء تمثل هذا العمل في صنع شيء او كان عملاً آخر.

وبناءاً على ما تقدم ذكره يظهر الاختلاف بين البيع من الباطن و بالتبعية يختلف المركز القانوني للبيع عن المركز القانوني للمقاول من الباطن[١]، الا ان هناك حالات يدق فيها التفرقة بين المقاولة من الباطن والبيع ولقد نظم المشرع المصري[٢] وكذا الفرنسي[٣] ، صورتين للمقاولة تنطبق على المقاولة من الباطن وهما الآتي :

---

(١) د / محمد لبيب شنب – شرح أحكام المقاولة ص١٢٤
د / السيد عيد نايل – أحكام المقاولة ص٧٢.

(٢) نص المشرع في المادة ٦٤٧ من القانون المدني المصري علي أن : " ١- يجوز أن يقتصر المقاول علي التعهد بتقديم عمله ، علي أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله . ٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً وتنطبق هذه المادة علي المقاولة من الباطن حيث أن عقد المقاولة من الباطن هو عقد مقاولة .

(٣) يراجع نص المادة ١٧٨٧ من القانون الفرنسي ، وللتمييز بين عقد المقاولة وعقد البيع أنظر

١- في الصورة الأولى يقتصر عمل المقاول من الباطن على تقديم ما انجزه للمقاول الأصلي ، سواء كان ذلك العمل صنع شيء ، او غيره من الاعمال التي تصلح كمحل لعقد المقاولة .

٢- اما الصورة الثانية ، يلتزم المقاول من الباطن بصنع شيء على ان تكون المواد اللازمة للصنع من عنده.

ونجد ان الصورة الاولى من صور المقاولة الباطن تختلف عن البيع ، الا أن التفرقة بين المقاولة من الباطن والبيع تدق في الصورة الثانية للمقاولة من الباطن .

وذلك لان العمل المطلوب تنفيذه من المقاول من الباطن هو مثلاً تشييد بناء مع تقديمه للمواد اللازمة للتشييد من عنده ، او إنشاء سفينه مع تقديمة للأدوات اللازمة للإنشاء من عنده ، ويتضح ان هذه الصورة من صور المقاولة يترتب عليها امران [١]هما :

١- قيام المقاول من الباطن بصنع الشيء بمواد من عنده.

٢- انتقال الشيء المصنوع بمقتضى العقد الى المقاول الأصلي .

والعقد في صورته السابقة يسمى "عقد الاستصناع"[٢]. ونحن بصدد عقد الاستصناع ومن هنا يثور التساؤل حول الصفة القانونية للعقد وهل يعتبر عقد مقاوله من الباطن محله صنع شيء أم عقد بيع لشيء سوف تتم صناعته في المستقبل ؟

J . Ghestin , Contart devent le contart .D., entreprise en matiere de sous traitance ,RTDcom .١٩٨١.١

(١) د. محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، دار النهضة العربية : الطبعة الاولي ، ١٩٦٢ ، بند ١٠ – صـ ٦ .

(٢) عرف الفقه الاسلامي عقد الاستصناع ، عده تعريفات منهم من عرفه بأنه عقد بيع في الذمة ، فهو عقد بيع موصوف في الذمة ، مادته من الصانع ، وصورته عندهم أن يتفق شخص مع نجار علي أن يصنع دولاب بمواصفات معينة ، نظير أجر معين ، علي ان يكون الخشب من عند الصانع ، كما عرفه البعض بأنة عقد بيع في الذمة وشرط فيه العمل ، أنظر عقد الأستصناع في القة الأسلامي علي المذهب الحنفي ، بدائع الصنائع للكساني ، جزءه ، صـ ٢ ، وما بعدها .

وقد اختلف الفقه والقضاء حول الإجابة عن هذا التساؤل والذى يتعلق بتكييف هذا العقد حيث ذهب فريق منهم[١] إلى انه عقد مختلط يختلط فيه كل من البيع والمقاولة من الباطن ولا يمكن اعتباره بيع فقط او عقد مقاولة من الباطن فقط فهو يشمل العقدين معاً فهو يرد على العمل وهو موضوع عقد المقاولة من الباطن ، كما يرد على نقل ملكيه الشيء المصنوع ، وهو موضوع عقد البيع ، كما أن الاحكام التي تنظم كل عقد على انفراد لا تكفي لمواجهه المسائل التي يثيرها هذا العقد[٢] .

وهذا رأي منتقد وذلك لأنه يطبق احكام كل من العقدين مما يعد نوعا من سد النقص الذي قد يترتب على تطبيق احكام احد العقدين منفرده ، إلا أنه تثير صعوبات عديده فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها احكام المقاولة من الباطن مع البيع وأهمها ما يتعلق بأنهاء العقد بالإرادة المنفردة وطبيعة العوض[٣] .

وتحديده ، فأحكام كل من العقدين تختلف عن بعضهما البعض لذا فأنه يجب المفاضلة بين العقدين ، مما يؤدي الى التحكم في الكثير من الاحيان ، كما يؤخذ على هذا الرأي تعارضه مع

---

(١) عرضت هذه الأراء للتمييز بين عقد المقاولة وعقد البيع ، ويمكن تطبيق هذة الأراء علي التمييز بين المقاولة من الباطن باعتبار ان العقد المقاولة من الباطن هو عقد مقاولة بصفة عامة وبين عقد البيع ، أنظر في عرض هذه الأراء المراجع الاتية : د/ لبيب شنب شرح أحكام عقد المقاولة ، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٤ بند ١١ ص١٦ ، د/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، المجلد الأول للعقود الواردة علي العمل ، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة تنفتح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشاة المعارف بالأسكندرية عام ٢٠٠٤ بند ٦ ص٢٤ وما بعدها – د/ عبدالرزاق ياسين –المسئولة الخاصة للمهندس المعماري ومقاولي البناء .رسالة دكتوراه . سنة ١٩٨٧ صـ ١٠٩ وما بعدها .

(٢) د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني العقود المسماه لعقد البيع وعقد المقايضة منشأة المعارف ، الأسكندرية ٢٠٠٥ بند ٥٧٣ صـ ٥٧٣ ، صـ ٤٧٩ : ج ٦ بند ١١ ، صـ ٢٩ .

(٣) د. محمد لبيب شنب : المرجع السابق (بند ١١ ص١٧ ، وعبد الرزاق ياسين : المرجع السابق ص١١ .

صريح نص المادة ٦٤٧ من القانون المدني المصري المادة ١٧٨٧ من القانون المدني الفرنسي ، اللتين تجيزان ان يقدم المقاول العمل والمادة معا(١).

وذهب فريق ثانٍ إلى أن عقد الاستصناع الذي يتم بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن هو عقد مقاولة ابتداء وبيع انتهاء ، فهو يعد مقاوله من الباطن مادام العمل قائماً واذا انتهى العمل وتم الصنع تحول العقد وصار عقد بيع للشيء المصنوع حيث يتم نقل من ملكيته للمشتري (٢).

ويؤخذ على هذا الراي انه لا يختلف كثيرا السابق لأنه يتم تطبيق احكام كل من عقد البيع وعقد المقاولة من الباطن ولكن الفارق بينهما هو ان الرأي الثاني قد حدد نظام نطاق زمني لتطبيق كلا من العقدين اي انه تطبيق احكام كل من العقدين يكون بالتتابع وليس بالتعاصر .

كما اخذ ايضاً على هذا الرأي تغيير التكييف القانوني للعقد والحال ان التكييف القانوني للعقد يكون وقت انعقاده ولا يجوز تغيير هذا الوصف ، اذا تم تنفيذ العقد هذا فضلاً عن ان المقاول من الباطن يضمن عمله مده طويلة بعد صنع الشيء محل العقد فالمقاولة من الباطن لا تنتهي بمجرد اتمام الصنع (٣).

وذهب فريق ثالث إلى أن الاستصناع هو عقد بيع ، محله شيء سيتم صنعه في المستقبل وسندهم في ذلك ان المقاول الاصلي ومن تعاقد معه – المقاول من الباطن – قد قصدا من هذا التعاقد حصول الاول على شيء معين من المتعاقد الاخر ولم يكن موجودا وقت ابرام العقد ، وحيث يقوم المتعاقد الاخر بصنعه فيما بعد ، لذا كان العقد

(١) د أنور سلطان ، جلال العدوي، العقود المسماه ، عقد البيع ، دار المعارف بمصر ، طبعة ١٩٦٦ ، ص٥٨.

(٢) أو بري ورأسمان ، جزء ٥ طبعة ٦ ، بند ٣٧٤ ، ص٤٠٠ ، هامش ٢ ، مشار إليه لدي د. السنهوري ، المرجع السابقق ، ج ٧ ، بند ٦ ، ص٢٦ هامش٣.

(٣) د. محمد لبيب شنب : المرجع السابق ، بند ١٢ ، ص ١٧ ، د. جلال العدوي وأنور سلطان العقود المسماه، عقد البيع ، دار المعارف بمصر ، طبعة ١٩٦٦ ص٧٦

بيعاً لشيء مستقبل ، اما العمل الذي سيقوم به المتعاقد الاخر – في عمليه صنع هذا الشيء – فقد جاء بيعاً للالتزام الاول ليس اصلا بحيث يعد وسيله لتنفيذ الشيء المطلوب صنعه [١]

وهذا الرأي يتوافق مع ما ذهب اليه بعض فقهاء الحنفية في الفقه الاسلامي حيث عرف بعضهم عقد الاستصناع بانه عقد بيع ، شرط فيه العمل [٢]

وهذا هو الراي الراجح فى القانون الروماني [٣] والراجح لدي فقه القانون التجاري[٤].

ويؤخذ على هذا الراي النظر فقط الى اثر واحد من الاثار المترتبة على العقد وهو نقل ملكية الشيء المصنوع ، واغفل النظر الى العمل الذي يقوم به الصانع للشيء – محل الصنع – وان هذا العمل يعد المقصد الأساسي في عقد الاستصناع بل وركنه الاعظم ، والا لما كانت هناك الحاجه الي عقد الاستصناع ولا اغنا نا عقد البيع فالعمل الذي يقوم به المتعاقد ، وهو صنع الشيء على الوجه المطلوب ، هو ركن من اركان عقد الاستصناع [٥] والدليل على ذلك ان الصانع اذا جاء بنفس الشيء ولكن من صنع غيره او كان قد صنعه هو ولكن قبل ابرام العقد ورضي به المستصنع ، فإن هذا الشيء

---

(١) د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق بند ١٣ ص١٧ ، د . منصور مصطفي منصور ، مذكرات القانون المدني ، العقود المسماه ، البيع والمقايضة والأيجار عام ١٩٥٧ بند ١٢ & ٢٤.

(٢) انظر في ذلك ، بدائع الصنائع الكساني ، جزء ٥ ، ص ٢

(٣) انظر في ذلك مدونة جوستنيان في الفقة الروماني ، ص٢٣٠ ، ترجمة عبد العزيز فهمي عام ١٩٤٦ حيث جاء فيها " إذا اتفق تينوس مع أحد الصاغة ، علي ان يأتي الصائغ بذهب من عنده يصنع منه خواتم ، بوزن مخصوص ، وبشكل معيد ، وان يكون للصائغ في نظير هذا المبلغ عشرة دنانير مثلاً فقد جري التساول عن هذا الاتفاق بيع هو أ/م إيجارة . وقد ارتأي كاسيوي انه يتضمن عقدين ، بيعاً للذهب و إيجاره للعمل ولكن المفتي أنه بيع فقط

(٤) د .علي حسن يونس : أصول القانون البحري ، بدون دار نشر طبعة سنة ١٩٦١ ، بند ١٥٧ ، ص ١٠٧ وما بعدها

(٥) د. محمد لبيب شنب المرجع السابق بند ١٨ ص ١٨ .

ستنتقل ملكيته الى هذا المتعاقد الاخر ، ولكن ليس بمقتضى عقد الاستصناع ولكن بموجب عقد اخر انعقد بتراضيهم على هذا الشيء ، هذا بالإضافة الى ان العمل باعتباره ركناً من اركان عقد الاستصناع يستفاد من المدلول اللغوي للاسم ذاته فالاستصناع لغة يعني طلب الصنعة ومن ثم يشترط فيه طلب العمل.

وذهب فريق رابع إلى انه لمعرفه ما اذا كان عقد الاستصناع بيعاً أم مقاوله من الباطن ، فانه يجب اتباع القاعدة الأصولية والتي تقضي بان الفرع يتبع الاصل ، وتطبيقاً لها ، فان عقد الاستصناع قد يكون عقد مقاولة او عقد بيع بحسب الأحوال ، وذلك تبعاً لتقدير كل من قيمه العمل والمادة في العقد(١)، فاذا كانت قيمه العمل اكبر من قيمه المادة ، فكانت المادة تابعه للعمل ، وكان للعقد مقاولة ، اما اذا كانت قيمه المادة اكبر من قيمه العمل ، كان العقد بيعاً وذلك تطبيقاً لما سبق(٢).

وهناك امثلة عديدة أوردها الفقه في هذا الشأن ومثالاً لذلك حاله الخياط الذي يقدم القماش الي جانب العمل ، فهو بائع .

اما اذا اقتصر دوره على تقديم العمل فقط فهو مقاول ، رغم قيامه في الحالة الأخيرة بتقديم الخيط والازرار والأبر وخلافه مما يلزم الخياطة(٣)

---

(١) يسمي هذا المعيار بالمعيار الاقتصادي أو معيار محكمة النفض الفرنسية مشار إليه ، د. عبد الرزاق ياسين: المرجع السابق صـ ١١٥ ، هامش ٢٨ .

(٢) هذا الرأي هو الغالب في الفقة المصري ، راجع في لك . د. السنهورى ، المرجع السابق بند ٦ ص ٢٦ وما بعدها ، د. منصور مصطفي منصور ، المرجع السابق ص ٢٤ د . عبد الودود يحيي ، دروس في العقود المسماه ، البيع والتأمين ، طبعة ١٩٧٨ ، ص ١٦ د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ١٩٧٩ ، بند ٢٥ ص٤٥ ، د/ محمد ناجي ياقوت عقد المقاولة النسر الذهبي للطباعة : عام ١٩٩٧، ص٨ ، ومن تطبيقات القضاء الأداري المصري لهذا المعيار حكم محكمة المنصورة ، ٣ يونيو ١٩٦١ ، المحاماه ، ص ٤٣ ، ق ٦٥ ، ص ١٠٨٢ حيث قرر " أن العقد يكون بيعاً أذا كانت قيمة الخامات أكبر من قيمة العمل " مشارا إليه لدي د. أشرف عبد العظيم عبد القادر ، المرجع السابق ص١٢٨ هامش ٣

(٣) د . أنور سلطان ، المرجع السابق ، بند ٢١ ، ص ٣١ .

ولكن قد يصعب ترجيح قيمه المادة على العمل او العكس لتقاربهما في تلك الحالة يصبح العقد مزيجا بين البيع والمقاولة، وتطبق عليه احكام البيع فيما يتعلق بالمادة واحكام المقاولة من الباطن فيما يتعلق بالعمل[١].

وقد اخذ على الراي السابق بعض المأخذ تتلخص فيما يلي :

١- لم يحدد هذا الراي الاساس الذي يستند عليه[٢] ، فتحديد العنصر الاساسي في العقد ليس بالشيء الهين ، فتحديد ما اذا كان العمل او المادة المستخدمة هي العنصر الاساسي لا يخلو من الصعوبة ، وازاء ذلك فانه قد يؤدي الى نتائج غير منطقية ، ويسوق انصار هذا النقد فروضاً عديدة نذكر منها :

اذا عهد الى مثال لكي يصنع تمثال ، فالذي يقال في هذه الحالة ان هذا العمل هو عقد مقاوله ، وذلك لان العمل الأصلي الذي يقوم به هذا المثال هو عمل فني قيمته اكبر من قيمه المواد التي يقدمها مثل الشمع والحجارة وغيرها من الخامات التي تستخدم في صناعه هذا التمثال .

ولكن اذا صنع هذا التمثال من الذهب الخالص والبلاتين حيث تفوق قيمه الذهب المقدم من المثال ، قيمة الأجر الذي يتقاضاه المثال عن عمله .

٢- وهذا الرأي هو ترديد للراي الاول والذي يرى ان عقد الاستصناع عقد مختلط بين البيع والمقاولة.

٣- وهذا الراي جعل التكييف العمل غير ثابت يختلف من وقت لأخر ومن مكان لأخر وذلك اذا تغيرت الظروف كارتفاع اسعار المواد أو اجور العمال او المقاولين فان

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، بند ٦ ، ص ٢٧ ، وقد طبق القضاء المصري هذا المعيار ، أنظر حكم محكمة المنصورة في ٣ من يونيو ١٩٦١ ، الحكم المشار إليه سابقاً ص ١٠٨٢ حيث قرر " وعند تقارب القيمتين يكون العقد مزيجاً بين البيع والمقاولة " .

(٢) د . لبيب شنب ، المرجع السابق ، بند ١٤ . ص ٢٠ ، د. انور سلطان وجلال العدوي ، المرجع السابق . بند ٧٩ ، ص ٦٠.

العقد قد يتعذر تكييفه كما لو كانت قيمه العمل في عقد الاستصناع اكبر من قيمه المادة الخام فان العقد في هذه الحالة يعد عقد مقاولة فإذا تغيرت الظروف وارتفعت اسعار المادة حتي اصبحت اكبر بكثير من قيمه العمل ، في هذه الحالة يصبح العقد بيعاً وحيث ان هذا الراي قد شابه العديد من الانتقادات فذهب بعض الفقه لمعالجة تلك الانتقادات باستبدال اساسه بأساس اخر – اكثر انضباطاً – في نظرهم– ولا يقوم هذا الاساس على مقارنه قيمه المادة بقيمه العمل بل يقوم على معيارين اخرين وهما:

الاول : الاعتبار الشخصي في العقد ، فاذا كانت شخصيه المتعاقد محل اعتبار في العقد فان العقد يقول مقاولة ، اما اذا لم تكن كذلك فان العقد يكون بيعاً.

الثاني : معيار الخصوصية عند الصنع ، فاذا كان القائم بصنع شيء يقوم بصناعته خصيصاً لحساب الطرف الاخر ، ففي هذه الحالة يكون العقد مقاولة ، اما اذا كان الصانع يقوم بشيء ليس خصيصا لحساب الطرف الاخر ، ولكن يصنع لحسابه ثم يقوم بعد ذلك بعرضه للبيع ، فالعقد والحال كذلك يعتبر بيعاً لشيء مستقبل[١]

ونجد ان الاساس في التمييز بين العقدين تحول من المعيار الاقتصادي الى المعيار الشخصي الذي يقوم على اساس مدى تدخل طرفي العملية بالإيجاب او السلب .

وهذا هو ما جعل بعض الفقه [٢] يقول بان تقدير اي العنصرين – العمل أم المادة – أهم ، اي ما يسبغه المتعاقدان من اهميه على كل عنصر وليس بالنظر الى الأهمية الموضوعية او المالية للعنصر ، فالعبرة ليست بالقيمة

(١) د. أنور سلطان وجلال العدوي ، المرجع السابق ، ص ٦٠

(٢) د. محمد ناجي ياقوت ، عقد المقاولة ، النسر الذهبي للطباعة عام ١٩٩٧ ص ٨

المالية للمادة المستخدمة في الصنع بالنسبة للعمل وانما العبرة بأهمية العنصر في نظر المتعاقدين ، فاذا كانت قيمه العمل المبذول في العملية اكبر من وجهه نظر المتعاقدين كانت العقد مقاولة ، مهما كبرت قيمه المواد المستخدمة في الصنع.

اما اذا كانت قيمه المادة المستخدمة في الصنع اكبر من قيمه العمل وذلك في نظر المتعاقدين ، حتى ولو كانت قيمه العمل من الناحية المالية والاقتصادية اكبر فان العقد يكون بيعا.

ولكن هذا الراي قد تعرض ايضا للنقض وذلك لانه يخضع لأكثر من تكييف بحسب توجه نظر المتعاقدين .

نحو تغليب قيمه احد العنصرين – العمل والمادة – على الاخر وقد يتدخل عنصر المصلحة لاحد الطرفين فيقوم بإسباغ الوصف الذي يحقق مصلحته بغض النظر عما يستحقه العمل او المادة من تقييم لذا فان العقد هنا يختلف تكييفه باختلاف الاشخاص .

وهذا يتنافى مع وجوب ان يكون للعقد وصف واحد لا يتغير بتغيير الاشخاص او يحكمه المصلحة لاحد الطرفين دون الاخر ولم يقدم هذا الراي الحل في حاله اختلاف طرفي العقد في اسباغ الأهمية على العمل او المادة ، وما هو المرجح لرأي احدهما ؟

٥- يرى انصار هذا الرأي[١] ، ان عقد الأستصناع هو عقد مقاولة لا يختلط بغيره من العقود فهو مقاولة ليس فيها بيع لشيء مستقبلاً ، وكذلك لا تختلط بالبيع كما يرى انصار الآراء السابقة .

---

(١) د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، صـ ٨.

د. أنور سلطان وجلال العدوى، مرجع سابق، ص٦١ وما بعدها. د. أشرف عبد العظيم عبدالقادر، مرجع سابق، ص١٢٨ وما بعدها.

فالتزام التعاقد هو القيام بعمل معين ، ولا يكون المقاول قد اوفي بما التزم به الا اذا انجز العمل ، واذا كان يترتب على صنع الشيء أن يتملكه المتعاقد الاخر ، فهذا ليس معناه ان العقد ورد من البداية على الملكية ، فتملك المتعاقد الاخر للشيء المصنوع ، ليس الا تنتجه لكونه المتعهد بعمل لحساب المتعاقد الاخر.

فالبيع ليس هو العقد الوحيد الذي يرد على الملكية ولكن هناك عقود اخرى ، منها عقد الشركة ، وعقد القرض وعقد الصلح ، وايضا عقد المقاولة ، واذا اتخذت صورة الاستصناع .

وقد استند هذا الاتجاه [١] الي الاعتبارات الاتية :

- الاعتبار الأول : وقد اتفق هذا الراي مع التقنين المصري حيث انه قد عرف عقد المقاولة في المادة ٦٤٦ منه على انه " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين أن يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به المتعهد الاخر " ، و يستخلص من هذا التعريف ان المشرع قد واجه صراحه الحالة التي لا يقتصر التزام المقاول على مجرد القيام بعمل فحسب بل قد يتعهد عمل هو صنع شيء لم يكن موجوداً من قبل ، كما ان المشرع تحدث عن التزامات المقاول بالمادة ٦٤٧ الفقرة الثانية بالنص على انه " كما يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً" ، وقد واجه المشرع مباشره الصورة الثانية لعقد المقاولة وهي صوره عقد الاستصناع ولا يختلف التقنيين الحالي عن التقنيين الملغي .
- الاعتبار الثاني : كما أورد التقنين المدني والفرنسي في المادة ١٧١١ على ان العقد يكون مقاولة اذا قدم رب العمل المادة ،

(١) راجع في ذلك بالتفصيل د. محمد لبيب شنب المرجع السابق بند ١٦ ، صـ ٢٢ وما بعدها .

فاستخلص بعض الفقه الفرنسي منها بمفهوم المخالفة انه اذا قدم المقاول – الصانع – المادة والعمل فان العقد يكون بيعاً [١] .

ولم يرد في التقنيين المصري نصف مقابلا لتلك المادة.

- الاعتبار الثالث : كما ان المشرع قد نظم مسؤوليه المقاول عن ماده العمل التي قدمها ، فقرر مسؤوليته عن جودتها ، وضمانها لرب العمل[٢] ومفاد ذلك ان المشرع لو اراد ان يكون العقد بيعاً لا كتفي بأحكام الضمان الواردة بشان البيع .
- الاعتبار الرابع : اجاز المشرع لرب العمل [٣] ان يتحلل من العقد ، ويوقف تنفيذه في اي وقت يشاء قبل اتمامه ، ولم يفرق المشرع في هذا بين ما اذا كانت ماده العمل مقدمة من رب العمل ، ام من المقاول، اي ان المشرع أخضع الحالتين لحكم واحد ورد بانقضاء عقد المقاولة ، كما الترخيص في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة من الخصائص التي تتميز بها المقاولة والتي لا يجوز استعمالها في البيع .

وبناء على ما تقدم نجد ان المقاول الاصلي اذا ابرم عقداً مع شخص اخر – الغير – يتعهد بمقتضاه – هذا الأخير – علي ان يقدم المادة اللازمة للصنع من عنده – صوره عقد الاستصناع – فان هذا الاتفاق يتم تكييفه على أنه عقد مقاولة من الباطن خالصة لا تختلط بالبيع ، ولا تلتبس فيه المقاولة

---

(١) د. محمد ليبب شنب : المرجع السابق ، بند ١٦ ، ص ٢٣ .

(٢) راجع نص المادة ٦٤٨ من التقنيين المدني المصري ، إذا تنص علي أنه " إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها ٦٦٣ أو بعضها ، وكان مسئولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل "

(٣) راجع نص المادة ٦٦٣ /١ من التقنيين المدني المصري اذ تنص علي أن " لرب العمل ان يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه علي أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبة لو انه أتم العمل "

من الباطن مع البيع ، والشخص الذي تعاقد مع المقاول الاصلي ، هو المقاول من الباطن ، وليس البائع .

وقد أيد بعض الفقه الحديث[١] هذا الرأي نظرا لقوه حُججه حيث ان العقد الذي يكل فيه المتعاقد الاصلي الى الطرف الاخر صنع شيء – محل عقد المقاولة الاصلي – على ان يقدم هذا الطرف الاخر ماده الصنع من عنده ، هو عقد مقاوله من الباطن خالصة ، وليس عقد لبيع شيء مستقبل ، او عقد يختلط فيه البيع بالمقاولة ، وان الطرف الاخر المتعاقد مع المقاول الاصلي هو مقاول من الباطن وليس بائعاً . وهذا ما نؤيده أيضاً .

واتفاقاً مع ما سبق ذكره قد خلص الاستاذ الدكتور محمد لبيب شنب – ان عقد الاستصناع هو ذلك العقد الذي لا يقتصر المقاول فيه على تقديم عمل فقط ، بل ان العقد الذي يقدم فيه ايضا المواد اللازمة لصنع الشيء ، الذي تعهد بصنعه يعتبر عقد مقاولة ، اي احد العقود التي ترد على العمل ، ولكنه ايضا عقد منشئ للملكية او يترتب على تنفيذه انتقال ملكيه الشيء المصنوع لرب العمل[٢].

وتأييدا لما سبق ايضا نورد الاتي :

١- نظم المشرع الفرنسي وكذا المصري ، عقد الاستصناع ، ضمن الفصل الخاص بعقد المقاولة ، وما ذلك الا لكي تطبق عليه احكام عقد المقاولة ، وحيث ان المقاولة من الباطن ما هي الا عقد مقاوله فان هذه الاحكام تنطبق على حاله عقد الاستصناع الذى يبرمه المقاول الاصلي مع المقاول من الباطن .

(١) د. أشرف عبد العظيم عبد القادر المرجع السابق صـ ١٣٥ وما بعدها .

(٢) د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .

٢- نص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ من التقنين المدني على ان: " يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً " وكما هو واضح من النص فان المشرع اطلق لفظ (المقاول)على من يقدم العمل والمادة معاً ، والمقاول هو من يكون طرفاً في عقد مقاولة ، وليست طرفا في عقد البيع ، كما ان هذا اعتراف صريح من المشرع ، في ان العقد الذى يبرمه الشخص ويتعهد بمقتضاه ان يصنع شيء على ان يقدم ماده الصنع من عنده هو عقد مقاولة .

ومما تقدم سابقا ان هذا الراي الاخير له ميزات عديده وايده العديد من الفقه الحديث ولكن لم يسلم هذا الراي ايضا من الانتقادات نورد فيما يلي اهمها و الرد عليها

١- وجه الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري – النقض الى الرأي السابق بقوله " إن القول بان المقاولة تنقل ملكيه الشيء المصنوع الى رب العمل[١] مع بقائها مقاولة يجعل للمقاولة طبيعة اخرى تختلف تماما عن طبيعتها باعتبارها عقد ابرم على العمل ، لم يقل احد قبل ذلك ان المقاولة قد ترد علي الملكية فتنقلها ، وهي اذا وردت على الملكية فنقلتها فذلك انما يكون ام لا نها اندمجت في عقد اخر أو اختلطت بعقد اخر وهذا العقد الاخر الذي نقل الملكية في نظير مقابل لا يمكن الا ان يكون بيعا اذا كان المقابل نقودا ،او ان يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود ، واذا كان صحيحا ان المشرع في نصوص متفرقه قد اجاز أن يتعهد المقاول بصنع شيء يقدم فيه العمل و المادة (م ٦٤٧ / ٢ مدني) ، وانه في هذه الحالة يكون مسئولا [٢] ، عن جوده المادة وعليه ضمانها لرب العمل (م٦٤٨

(١) د . عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق بند ١٣ صـ ٢٤ وما بعدها .

(٢) د. أنور سلطان جلال العدوي ، المرجع السابق بند ٧٨ ، صـ ٥٩ .

مدني) ، فليس معنى ذلك ان المقاولة تبقى مقاوله فحسب في هذه الظروف ولا يوجد ما يمنع من ان تختلط المقاولة بعقد اخر ، ويكون للمقاول بذلك دوران ، دور البائع الذي قدم المادة و دور المقاول الذي قدم العمل [١]

٢- كما وجه بعض الفقه نقدا ايضا لهذا الراي يتمثل في التعاقد على صنع الشيء قد لا يكون هو العنصر الجوهري في التعاقد ، الذي قد ينصب اساساً على نقل ملكيه الشيء.

وذلك مثلا كما في حاله التعاقد مع شركه لصناعة التليفزيون على حجز جهاز من الأجهزة التي تقوم بصناعها . اما الرد على هذين النقدين السابقة ذكرهما :

١- الرد على الاستاذ الدكتور السنهوري حيث أورد في وسيطه ، انكاراً لإمكانيه انتقال الملكية عن طريق عقد المقاولة ، وقد قصر نقل الملكية علي عقدي البيع و المقايضة فقط ، ويمكننا الرد على ذلك بما جاء في الوسيط ايضا من ان : "الصانع إذا اخذ المادة التي يستخدمها وادمج فيها ماده من عنده ، فاصبحاً شيئا واحدا ملك رب العمل وهذا الشيء عقد مقاوله بالالتصاق[٢] .

وما سبق يعني ان عقد المقاولة يمكن ان يكون من عداد العقود المكسبة للملكية في راي الدكتور السنهوري رحمه الله خاصه ما أوردناه للرد على النقد قد ورد في الجزء التاسع ، لاحقا الجزء السابع الذي ورد فيه النقد مما جعل بعض الفقه [٣] القول بانه رحمه الله تراجع عن رايه.

---

(١) د. عبد الرزاق لسنهوري ، المرجع السابق ، بند ٢٣ ، ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء ٩ – في أسباب كسب الملكية . طبعة ١٩٦٨ ، بند ٨٩ ، ص ٢٤٤ .

(٣) د. عبد الرزاق ياسين ، المرجع السابق صـ ١٢٨ .

الرد على النقد الثاني والذي يرى بان التعاقد لم ينصب على صنع شيء وإنما أنصب على نقل ملكيته ، كما هو الحال عند التعاقد مع شركه لصناعة التليفزيون ، على حجز جهاز من الأجهزة التي تقوم بصنعها ويمكن الرد على ذلك بان النقد السابق لا ينطبق على الحالة محل المثال ، حيث ان قيام المتعاقد بصنع الشيء هو جوهر التعاقد ان انتقال ملكيه الشيء جاء تبعاً لقيام المقاول بصنع شيء لحسابه ، فالعمل في هذا العقد هو جوهره و المتعاقد مع الشركة لم يتعاقد معها الا لا نها تعمل على صنع التليفزيون بتقنيه معينه ، ويظهر لديها جلياً ان السبب في الاختلاف حول عقد الاستصناع علي النحو السابق يرجع الى انكار امكانيه نقل الملكية عن طريق عقد المقاولة ، وقصر هذا العقد على عنصر العمل فقط المتمثل في صنع الشيء ، فلو اقرا الفقه والقضاء لعقد المقاولة امكانيه نقله للملكية ، لما ثار بشأنه الخلاف على النحو المتقدم .

أهميه التمييز بين البائع والمقاول من الباطن :

لا شك أن التمييز بين المركز القانونى للبائع وكذا المقاول من الباطن اهميه كبيره نبرزها فيما يلي:

١- يجوز للمقاول الاصلي باعتباره – رب العمل – في عقد المقاولة من الباطن ، ان يتحلل من هذا العقد بالإرادة المنفردة [١] ، بشرط أن يعوض المقاول من الباطن[٢] ، اما بالنسبة لعقد البيع، فلا يستطيع اي من طرفيه – البائع والمقاول الاصلي – التحلل منه بالإرادة المنفردة سواء بنقضه او تعديله – حيث ان البيع يحكمه قاعده ان العقد شريعة المتعاقدين – الا اذا أتفقا على ذلك ، او ورد نص بذلك من القانون[٣].

٢- في المقاولة من الباطن لا يستحق المقاول من الباطن فوائد عن الاجر المستحق له الا من يوم المطالبة القضائية ، طبقاً للقواعد العامة ، أما في عقد البيع ، فتري الفوائد عن الثمن

---

(١) راجع في ها النص مادة ٦٦٣ مدني مصري .

(٢) من التطبيقات القضائية التي تقضي بوجوب تعويض المقاول إذا تحلل رب العمل في العقد أو أوقف تنفيذة قبل أتمامة ، راجع الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦ س ٨ ص ١٠٠٥

(٣) راجع في ذلك نص المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري إذا تنص علي ان " العقد شريعة المتعاقدين ، فلايجوز نقده أو تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون "

المستحق للبائع من يوم اعذار المشتري بدفعه ، او من يوم تسليم المبيع للمشتري اذا كان المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات وايرادات اخرى [١].

٣- للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولا ضماناً لاستيفاء الثمن ، اما المقاول من الباطن فلا امتياز له الا اذا كان العمل الذي قام به هو تشييد بناء او صيانته او ترميمه [٢] .

٤- في البيع لابد ان يتفق طرفي العقد على الثمن فاذا لم يتم الاتفاق على الثمن او على تحديد الاسس التي تصنع بتحديده في المستقبل في عقد البيع يقع باطلا اما في عقد المقاولة لا يشترط تحديد الاجر .

عند التعاقد [٣] او حتى ذكر العناصر التي تسمح بتحديده[٤] ولا يترتب على ذلك بطلان العقد بالضرورة [٥].

(١) راجع في ذلك نص المادة (٤٥٨) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولي أذ تنص علي أن : " لا حق للبائع في الفوائد القانونية علي الثمن ، الا أعذر المشتري ، أو سلم الشي المبيع ، وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخري وهذا الشيء المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

(٢) راجع في ذلك نص المادة (١١٤٨) مدني مصري حيث تنص علي أن : " المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخري أو في تشييد أو في ترميمها أو في صيانتها يكون لها امتياز علي هذه المنشأة ، بقدر ما يكون زائداً هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه "

(٣) راجع في ذلك نص المادة ٩-٦ مدني مصري حيث نصت علي : " اذ لم يحدد الاجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده الي قيمة العمل ونفقات المقاول "

(٤) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ١٥ : هامش ١

(٥) راجع في ذلك نص المادة ٦٠٩ مدني مصري حيث نصت علي : "إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلي قيمة العمل ونفقات المقاول "

المبحث الثالث

التمييز بين المقاول من الباطن والوكيل

لا شك أن التفرقة بين المقاولة من الباطن والوكيل لها اهميه كبيره . حيث ان الوكيل ينتهي دوره بمجرد تكوين الرابطة العقدية[١]، في حين ان المقاول الاصلي يظل دوره في الرابطة العقدية حتى تنفيذ العقد .

كما ان هناك اختلاف في الفقه والقضاء حول مدى اعتبار المقاول من الباطن طرفًا – من الناحية الموضوعية – بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى ، كما انه يوجد اجماعاً في الفقه والقضاء على ان الوكيل ليس طرفًا[٢] في الرابطة العقدية ، وبناء على ما تقدم نجد ان المركز القانوني للوكيل يختلف عن المركز القانوني للمقاول من الباطن .

كما انه في بعض الاحيان هناك حالات يدق فيها التفرقة بين الوكيل والمقاول من الباطن.

وهناك اوجه الشبه بين المقاول من الباطن والوكيل سوف نعرضها فيما يلي :

كما اننا سوف نقوم ايضا بعرض لمعيار التمييز بينهما كما اننا سوف نطرح لكم بعض العقود التي يبرمها المقاول الاصلي في سبيل تنفيذه لعقد المقاولة وما اذا كانت عقود وكاله او تعاقدا من الباطن .

يقع التشابه بين عقد الوكالة وعقد المقاولة من الباطن – اللذان يبرمهما المقاول الاصلي مع شخص اخر – ان كلا منهما يرد على العمل – فمحل الالتزام هو القيام بعمل – وهذا العمل يقوم به المقاول من الباطن او الوكيل

(١) ما لم يتفق فى عقد الوكالة على خلاف ذلك ، أو ينص القانون على تنفيذ التعاقد من خلال النائب كالولى ، أو الوصى.

(٢) من الناحية الموضوعية . ولكنه طرف من الناحية الشكلية حيث أن العقد يتم من خلال إرادته ، وليس إرادة الأصيل حتى ولو كان هذا الأخير قد حدد للنائب تعليمات معينة.

لمصلحه الغير – المقاول الأصلي – لذا فالتشابه يكمن في أن كلا من المقاول من الباطن والوكيل محلها هو الالتزام بقيام عمل نجد ان الفقه والقضاء[١] قد أجمع على وجود معيارين للتميز:

المعيار الاول : هو مع محل الالتزام العقدي فاذا كان العمل المطلوب اداءه لصالح المقاول الاصلي عملا مادياً كان العقد مقاوله من الباطن والقائم به مقاولاً من الباطن اما اذا كان عملا قانونياً [٢]كان العقد وكاله والقائم به وكيلاً .

المعيار الثاني : يتعلق بفكره النيابة ، اي قيام الصفة التمثيلية في عقد الوكالة وتخلفها في عقد المقاولة من الباطن ، فالوكيل يمثل المقاول الاصلي عند القيام بالعمل محل عقد الوكالة ، اما المقاول من الباطن فلا يمثل المقاول الاصلي عند قيامه بالعمل محل عقد المقاولة ، ويشترك المقاول من الباطن والوكيل في ان كلاهما يقوم بالعمل لحساب المقاول الاصلي الا أن المقاول من الباطن يقوم بالعمل لحساب المقاول الاصلي ولكن ليس باسمه ، كما ان المقاول من الباطن يكون مسؤول مسئوليه شخصيه عما يبرمه من تصرفات مع الغير ، اما الوكيل فانه يقوم بالعمل المتفق عليه لحساب المقاول الاصلي – الموكل – وباسمه في الغالب من الاحوال[٣] ، وتنصرف اثار العمل الى المقاول الاصلي ويختفي الوكيل.

---

(١) راجع من الفقه الذي يميز بين عقد الوكالة والمقاولة ، د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع ، المجلد الأول ، العقود الواردة علي العمل طبعة ٢٠٠٤ بند ٩ ص ١٦ ، د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، صـ ٣٢ .

د. محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد المقاولة الطبعة الثانية ٢٠٠٤ ، مرجع سابق صـ ٣٩ وما بعدها ، د. الرزاق ياسين المرجع السابق صـ ٩٨ .

(٢) انظر نص المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري حيث تنص علي ان : الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل " .

(٣) في بعض أنواع الوكالة يجوز أن يتعاقد الوكيل باسمة الشخصى: ففي الوكالة بالعمولة أو التعاقد باسم مستعار أو النيابة بالتسخير وسواء كان الوكيل قد تعامل مع الغير باسمه الشخصي أو باسم الموكل ففي الحالتين تنصرف أثار التصرف مباشرة الي ذمة الموكل ، راجع ي عرض ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد ،

ومما تقدم عرضه نجد ان الوكيل يعرض طرفا في التصرف الذي ابرمه بالمفهوم الشكلي وليس الموضوعي في حين ان المقاول من الباطن يعد طرفا بالمفهوم الموضوعي.

وبناء علي ما تقدم فإن العقد الذى يبرمه المقاول الاصلي مع الغير بقصد تنفيذ عقد المقاول الاصلي ويكون محل الأداء الوارد فيه القيام بعمل قانوني فان هذا العقد وهو عقد وكاله والقائم به يعد وكيلا ، كما ان العقد الذي يبرمه المقاول الاصلي مع الغير بقصد تنفيذ عقد المقاولة الاصلي ويكون محل الاداء الوارد فيه القيام بعمل مادي هو عقد مقاوله من الباطن ، والقائم به يعد مقاولا من الباطل وليس وكيلا كما ان المقاول الاصلي اذا قام بتكليف شخص معين للقيام بأعمال قانونيه واعمال ماديه بمقتضى عقد واحد فيري الفقه هنا انه امكن تمييز الاعمال المادية عن الاعمال القانونية ، فان الشخص يعتبر في قيامه بالأعمال المادية مقاولا من الباطن و في قيامه بالأعمال القانونية وكيلا [١].

اما اذا اختلطت الاعمال محل العقد ، وتعذر الفصل بين الاعمال القانونية والاعمال المادية ، فيري الفقه تكييف هذه الاعمال تكييفا واحدا بحسب الصفة الغالبة على النشاط ، فيصبح العقد مقاولة اذا غلب عليه القيام بالأعمال المادية او يصبح وكالة اذا غلب عليه القيام بالأعمال القانونية .

وهنا يجب الوقوف على طبيعة بعض العقود التي يقوم المقاول الاصلي بإبرامها أثناء تنفيذه لعقد المقاولة الاصلي كالتي يبرمها مع اصحاب المهن الحرة كالمهندس المعماري مثلاً الذى يستعين به المقاول الأصلى فى تشييد

أثر اعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد وفقاً للقانونين الكويتي والمصري الرسالة الدولية للطباعة عام ٢٠٠١/٢٠٠٢ ص١١٤ وما بعدها ، د. السنهوري المرجع السابق بند ٢٠٨ ، ص٣٤١.

(١) راجع ذلك ، د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق بند ٢٤ ،٤٠، ٤١. د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، بند ٥ ، صـ ١٩/١٨ .

مبنى أو ترميمه أو إدخال تعديلات بشأنه أو وضع رسومات أو تصميمات لإنجاز هذه الأعمال ، أو يكلف بالإشراف على تنفيذ هذه الاعمال، وهنا يثور التساؤل حول ما هي الطبيعة القانونية لهذا العقد؟ وقد حدث خلاف في الفقه والقضاء بصدد الإجابة على هذا التساؤل.

فذهب رأي[١] الي انه يعد عقد وكالة، بينما ذهب فريق اخر [٢] الى ان هذا العقد يعتبر عقد مقاوله والقائم به – المهندس المعماري – يعد مقاولاً من الباطن وليس وكيلاً.

(١) يعتنق هذا الراي الغالب في القضاء الفرنسي ويويده بعض القة الفرنسي ، وراجع في عرض ذلك: د. محمد لبيب شنب ، المرجه السابق ص ٤١ وما بعدها أشار سيادته الي المراجع والأحكام الفرنسية.

(٢) انظر في ذلك ، د. عبد الرزاق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ وما بعدها ، د. مصطفي كامل مرسي ، العقود المسماة ، ج ٤ ، بند ٥٧١ ، ص ٤٧٦ وما بعدها ، د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق بند ٢٦ ص٤٢ ، د. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص١٩ ، د. ناجي ياقوت المرجع السابق ، ص١٣ وما بعدها .

المبحث الرابع

التمييز بين المقاول من الباطن

وعمال المقاول الاصلي

قد يستعين المقاول الاصلي لتنفيذ عقد المقاولة بعمال يرتبط معهم بعقد عمل كما قد يستخدم مقاولين من الباطن يكل اليهم تنفيذ العمل ويرتبط معهم بعقد مقاولة من الباطن.

يؤدي عقد المقاولة من الباطن الى مركز قانوني للمقاول من الباطن يختلف عن المركز القانوني الذي يرتبه عقد العمل للعامل واذا كان الاختلاف بين طبيعة العقدين واضح الا انه توجد مظاهر للتشابه بينهما وهذا ما سوف نعرضه:

اعطي المشرع بالمادة ٦٦٢ من القانون المدني [١] لكل من المقاول من الباطن والعمال الذي يتعاقدون مع المقاول الاصلي ، الحق في مطالبة رب العمل مباشره ، بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الاصلي ، وكذا احق امتياز على ما يتم الحجز عليه تحت يد رب العمل ، كما جعل حقوق العمال و المقاولين من الباطن مقدمه على حقوق من ينزل له المقاول الأصلي عن دينه قبل رب العمل ويتعين قبل الفصل في أي نزاع أن يقوم القاضي بتكييف العقد المطروح أمامه لتحديد ما إذا كان عقد مقاولة من

(١) تنص المادة (٦٦٢) من القانون المدني المصري على ان (١) يكون للمقاولين من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبه رب العمل مباشره بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوي (٢) ولهم في حاله توقيع الحجز تحت يد رب العمل او الاول الاصلي امتياز على المبالغ المستحقه من المقاول الاصلي او المقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ويكون الامتياز لكل منهم بنسبه حقه و يجوز أداء هذه المبالغ اليهم مباشره (٣) وحقوق المقاولين والعمال المقرر بمقتضى هذه الماده مقدمه على حقوق من يترك له المقاوله عن دين قبل رب العمل.

الباطن أم عقد عمل ، ولهذا التكييف أهمية كبيرة حيث يترتب عليه نتائج قانونية هامة.

ولقد نصت المادة ٦٤٦ من النقديين المدني المصري على " ان المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الأخر".

كما نصت الماده ٦٧٤ من التقنين المدني المصري بأن " عقد العمل هو الذي يتعهد به احد المتعاقدين بان يعمل في خدمه المتعاقد الاخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الاخر " .

كما عرفت المادة ٣٠ من قانون العمل الجديد الصادر بالقانون ١٢ لسنه ٢٠٠٣ عقد العمل بانه " العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل ان يعمل لدي صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه لقاء اجر ، كما عرف قانون العمل العامل في المادة الاولى منه فقرة (أ) بانه " كل شخص يعمل لقاء اجر لدي صاحب العمل وتحت ادارته واشرافه " .

ومما تقدم عرضه نجد ان المقاول الأصلي إذا ابرم عقداً وكان الطرف الاخر تابعاً له تبعية قانونيه بمفهومها السابق بيانه و بأحد مظاهرها المختلفة.

فان العقد يعتبر عقد عمل والطرف الاخر يكون عاملاً ، أما اذا كان العقد الذى أبرمه المقاول الاصلي قد أوكل بمقتضاها الى الطرف الاخر تنفيذ العمل الاصلي و يكون الطرف الاخر في قيامه بتنفيذ هذا الالتزام ، مستقلاً عن المقاول الاصلي ، ولا يمارس المقاول الاصلي بشأنه الرقابة القانونية ، فأن هذا العقد يعتبر عقد مقاوله من الباطن والشخص القائم بهذا الالتزام مقاولاً من الباطن.

وللتمييز بين عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل أهمية كبيرة حيث يخضع المقاول من الباطن لأحكام تختلف عن تلك التي يخضع لها العامل ويبدو ذلك في ما يلي[١].

(١) تعرض معظم الفقه لا براز فوائد وأهمية التمييز بين عقدي المقاولة والعمل ، وينطبق هذا علي فوائد التمييز بين عقدي المقاولة من الباطن والعمل وذلك في الحدود التي لا تؤثر علي ما قد يكون للمقاولة من الباطن من أحكام خاصة يراجع في ذلك .

١- يترتب على تبعية عقد المقاولة الأصلي ، انه اذا انتهى عقد المقاولة الاصلي بالفسخ او البطلان بطل عقد المقاولة من الباطن ، حيث انه عقد المقاولة الاصلي ليس شرطاً لوجود عقد المقاولة من الباطن فقط بل هو شرط لبقائه [١] ، في حين انه ليس لبطلان أو فسخ عقد المقاولة الاصلي تأثير على عقد العمل المبرم مع المقاول الاصلي.

٢- يجوز للمقاول من الباطن في سبيل تنفيذ عقده ، ان يبرم هو الاخر عقد مقاولة من الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد ، او لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية [٢] ، وبالتالي يجوز له ان يحل غيره محله في تنفيذ العقد .

اما في عقد العمل فلا يجوز للعامل ان يحل غيره محله في تنفيذ العقد[٣] فلا يوجد ما يسمى بعقد العمل من الباطن. لأن عقد العمل يبنى على الاعتبار الشخصى فى التعاقد[٤].

٣- تختلف قواعد انهاء العقد بالإرادة المنفردة من الباطن عنها في عقد العمل.

د. محمد لبيب شنب المرجع السابق ص٢٥ وما بعدها ٢ هامش ٢ ، د. نبيلة رسلان عقد المقاولة بدون دار نشر ١٩٩٧ ص٢٦ وما بعدها ، د. أحمد عبد العال ابو قرين ، الاحكام العامة لعقد المقاولة الطبعة الأولي، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ / ٢٠٠٣ ص ١٧ وما بعدها ، د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص١١ وما بعدها .

(١) د. حسن حسين البراوي ، التعاقد من الباطن دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ص ٩٦.

(٢) حيث تنص المادة (٦٦١) من القانون المدني علي ان يجوز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل في جملتة أو جزء منه الي مقاول من الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن في جملتية العمل تفترض الاعتماد علي كفايتة الشخصية.

(٣) حيث تنص المادة (٦٨٥) من القانون المدني المصري علي أن يجب علي العامل أ أن يودي العمل بنفسه أن يبذل في تأديته من العناية ما يبذلة الشخص المعتاد.

(٤) ويجوز لصاحب التنازل عن هذا الاعتبار عن طريق موافقته على قيام أحد الأشخاص بتنفيذ عمل معين تم إسناده إلى أحد العمال.

٤- يتمتع العامل بالمزايا والرعاية المقررة في القوانين والقرارات الخاصة بالتأمينات الاجتماعية ، والمتعلقة بوضع حد أدني للأجور والمتعلقة بتنظيم العمل والإجازات واوقات الراحة وغيرها من القواعد التي تحمي العمال في حين لا يتمتع المقاول من الباطن بشيء من ذلك.

٥- يفسخ عقد العمل بقوه القانون بوفاة العامل[١] . اما في عقد المقاولة من الباطن فينقضي بوفاة المقاول من الباطن الا اذا كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد.

٦- تسقط الدعاوى الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن ، وخاصه المتعلقة بالمطالبة بالأجر بمضي ١٥ سنه [٢] وفقا للقواعد العامة واذا كان المقاول من الباطن من اصحاب المهن الحرة كالمحامي والطبيب والصيدلي فتتقادم حقوقهم بمضي خمس سنوات اما الدعاوى الناشئة عن عقد العمل فتسقط بانقضاء سنه من وقت انتهاء العقد ، كما تسقط حقوق العمال في الاجر بمضي سنه على استحقاقه اذا كان العقد لا يزال قائماً.

٧- اذا كان العمل متعلقا بشيء وهلك هذا الشيء بسبب اجنبي قبل تسليم الشيء للمقاول الاصلي ففي عقد المقاولة من الباطن ، لا يستطيع المقاول من الباطن مطالبه المقاول الاصلي لا باجره ولا برد نفقاته أما في عقد العمل فيستطيع العامل مطالبه المقاول الاصلي . بأجره بالرغم من هلاك[٣].

---

(١) حيث تنص المادة (٦٩٧) من القانون المدني المصري علي أن : (لا ينفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل ما لم تكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد ولكن ينفسخ العقد بوفاة العامل) .

(٢) راجع نص المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري حيث نصت علي : (يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا حالات الاستثناءات ....)

(٣) د. محمد لبيب شنب المرجع السابق ، ص ٢٥ هامش ٢ .

٨- لما كان العامل يؤدي عمله تابعاً المقاول الاصلي - باعتبار الاخير بمثابه رب العمل .

فإن المقاول الاصلي يلتزم بتحمل الاضرار التي يحدثها العامل للغير بفعله غير المشروع ، تطبيقاً لأعمال قاعده مسئوليه المتبوع عن اعمال تابعيه[١]، وذلك شريطه ان يقع هذا الفعل حال تأدية وظيفته او بسببها ، اما بالنسبة للمقاول من الباطن وحيث يعمل مستقلا عن المقاول الاصلي ، فيكون هو وحده المسئول عن افعاله الضارة ، على ان عدم مسئوليه المقاول الاصلي عن الافعال الضارة التي يرتكبها المقاول من الباطن ، لا ينفي مسئوليه الاول تجاه رب العمل عن تنفيذ المقاول من الباطن للعمل ، محل عقد المقاولة من الباطن ، ولكن هذه المسؤولية تخضع في اساسها ليس لقاعده مسئولية المتبوع عن اعمال التابع ولكنها تخضع للعقد ، فهي مسئوليه عقدية - عن فعل الغير[٢] .

(١) تنص المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري على ان يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعل غير المشروع متى كان واقعهاً منه حاله تأدية وظيفته او بسببها.

(٢) د. مصطفي عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص ٧٧ .

المبحث الخامس

صور المقاولة من الباطن

تمهيد وتقسيم :

للمقاول من الباطن صور[١] مختلفة فاذا قسمناها من حيث وضع المتعاقد الاصلي و ما يتمتع به من اختيار فنجد انها تنقسم الى مقاوله من الباطن مفروضة ومقاولة من الباطن اختيارية وإذا قسمناها من حيث وحده او تعدد المقاولة من الباطن فنجد انها تنقسم الى مقاوله من الباطن على درجه واحده ومقاوله من الباطن على درجات كما يمكن تقسيمها ايضا الى مقاوله من الباطن ذات طبيعة شفافة و مقاوله من الباطن ذات طبيعة غير شفافة او مبهمة ،وأخيرا مقاوله من الباطن ذات طبيعة تكامليه و مقاوله من الباطن ذات طبيعة ظرفية ، ويمكن تقسيم هذا المبحث الى أربعة مطالب عن النحو التالي :

المطلب الاول : المقاولة من الباطن المفروضة والمقاول من الباطن الاختيارية.

المطلب الثاني : المقاولة من الباطن على درجه واحده والمقاول من الباطن على درجات او المقاولة المتسلسلة من الباطن .

المطلب الثالث : المقاولة من الباطن الشفافة والمقاولة من الباطن الغير شفافة.

المطلب الرابع : المقاولة من الباطن التكاملية والمقاولة من الباطن الظرفية .

---

(١) د. نجم محمد الاحمد التعاقد من الباطن في نطاق العقود الاداريه دراسه مقارنه رساله دكتوراه جامعه عين شمس ٢٠٠١ صفحه ٦٠ الدكتور وليد فاروق جمعه حمايه المقاول من الباطن في اطار عقد الاشغال العامه رساله دكتوراه جامعه عين شمس سنه ٢٠٠٠ صفحه ٩٠ عبد العظيم عبد القادر المرجع سابق صفحه ٥١ .

المطلب الاول

المقاولة من الباطن المفروضة والمقاولة من الباطن الاختيارية

ان المتعاقد الاصلي قد يقوم بتنفيذ العقد نفسه أو قد يقرر التعاقد مع شخص من الباطن لتنفيذ العقد الاصلي فله الحرية في اختيار شخص المتعاقد معه من الباطن إعمالاً لمبدا حريه التعاقد المتولد عن مبدأ سلطان الإرادة [١] ولكن قد تتدخل جهة الإدارة في اختيار المتعاقد من الباطن.

وذلك لاعتبارات معينه – فقد تفرض على المتعاقد التعاقد من الباطن مع شخص بعينه ، او قد يتم هذا التعاقد اما بترشيح من جهة الإدارة او قد يتم الترشيح من جانب المتعاقد نفسه مع الإدارة على ان تقبله جهة الإدارة و هذا هو المتعارف عليه في العقود الإدارية .

وهكذا يكون التعاقد من الباطن مفروضاً سواء تم ترشيح هذا التعاقد من الباطن من قبل جهة الإدارة او من قبل المتعاقد الاصلي معها ، كما انه قد يرد اسم المتعاقد من الباطن في العقد الاصلي وهذا يلزم المتعاقد الاصلي بأسناد جزء من التنفيذ الى المتعاقد من الباطن المسمى بالعقد الاصلي تعبير "Le Sous Traitant Principal Nomme" أي المتعاقد من الباطن المسمى اصلاً .

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام دار النهضة العربية عام ١٩٩٢ صوت ٤٨ وما بعدها ، يراجع في ذلك د. طلبة وهبة خطاب ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، والمصادر الادارية ، العقد والارادة المفردة عام ٢٠٠١/٢٠٠ ، صـ ٦٩ وما بعدها .

كما يجب على المتعاقد من الباطن تقديم الشروط والاسعار التي سوف ينفذ بها ما عهد اليه وخاصه ان عمليه الترشيح تفترض الاطلاع على الشروط والاسعار التي سينفذ بها المتعاقد من الباطن ما يعهد إلية به [١].

كما جرى العمل على ان يضاف مبلغ معين او نسبه معينه الى المبلغ الاجمالي المستحق للمتعاقد الاصلي نظير تنفيذ العقد وهذا المبلغ الاضافي يكون نظير تحمل المتعاقد الاصلي للمسؤولية عن المتعاقد من الباطن المفروض امام الجهة الإدارية ولكن في حاله اذا تم الاتفاق علي مسئوليه المتعاقد المفروض مباشره امام جهة الإدارة فلا يكون هناك حاجه لأضافه هذا المبلغ او هذه النسبة .

وهذا النوع من التعاقد من الباطن يتميز بان المتعاقد من الباطن يظهر في التوقيع على العقد الاصلي بصفته مشاركاً فيه ، وعلى ذلك فانه يقوم متضامناً مع المقاول الاصلي في تنفيذ الجزء الذي تم التعاقد بشأنه من الباطن امام جهة الإدارة .

كما ان المقاول المفروض من الباطن قد يفرض على المقاول الاصلي بنص قانوني او لا ئحي وذلك اما لاعتبارات وطنيه او اقتصاديه او لكليهما معاً ومثالاً لذلك في المملكة العربية السعودية صدر قرار رئيس مجلس الوزراء السعودي رقم ١٢٤ لسنه ١٤٠١ هجرية. بالزام جهة الإدارة عندما تتعاقد مع شخص اجنبي ان تشترط في العقد المبرم معه ان يتنازل عن نسبه لا تقل عن ٣٠ % من أجمالي العقد لمقاول سعودي وذلك اذا كان العقد من عقود الاشغال العامة [٢].

---

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك مسؤوليه المقاول الثانوي وفقا لاحكام القانون المدني والشروط العامه للمقاولات اعمال الهندسه المدنيه، منشورات دار الحكمه للطباعه والنشر، بغداد ، ١٩٩٠ ص ١٦ . د. نجم حمد الاحمد، المرجع السابق، ص٦٣.

(٢) انظر في تفصيل ذلك دكتور عبد الرحمن خليل النظام الاداري السعودي دراسة مقارنه مدعمه بقرارات واحكام ديوان المظالم دار الحافظ للطباعة والنشر جدة سنه ١٩٩٣ صفحه ١٦٠

وقد تكون المقاولة من الباطن المفروضة مفيدة للمقاول الأصلي وذلك فيما يتعلق بحدود مسئوليته وخاصه في احوال التأخير عن تنفيذ الالتزامات الناجحة عن العقد في الموعد المحدد .

اذ يترتب على هذه الصورة من صور المقاولة من الباطن تخفيف المسئولية العقدية عن المقاول الاصلي وزياده المسؤولية الملقاة على عاتق الجهة الإدارية ، اذا استطاع المقاول الاصلي ان يثبت ان التأخير يرجع الى المقاول من الباطن المفروض عليه من جهة الإدارة ، حيث لم يف بالتزاماته في الموعد المحدد .

المطلب الثاني

المقاولة من الباطن على درجه واحده والمقاولة من الباطن على درجات أو المقاولة المتسلسلة من الباطن

المقاولة من الباطن على درجه واحده تعني انه في حاله ان يعهد المقاول الاصلي لمقاول من الباطن بتنفيذ جزء من العقد الاصلي الذي ابرمه مع جهة الإدارة فاذا قام هذا المتعاقد من الباطن بتنفيذ الجزء الذي كلف به في عقد المقاولة من الباطن بنفسه صار مقاوله من الباطن على درجه واحده .

اما اذا قام هذا المتعاقد من الباطن بالتعاقد من الباطن مع مقاول اخر من الباطن لتنفيذ جزء أو كل العقد الذي ابرمه مع المتعاقد الأصلي هنا تكون المقاولة من الباطن على درجات او متسلسلة [١] .

وفي المقاولة من الباطن على درجات بان المقاول الأصلي يصبح رب عمل بالنسبة للمقاول الاول من الباطن في حين يصبح الأخير مقاولاً اصلياً بالنسبة للمقاول من الباطن الثاني [٢].

---

(١) د. نجم حمد الاحمد المرجع السابق صفحه ٧٠ د. اشرف عبد العظيم، المرجع السابق، ص٥٣.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع المجلد الاول العقود الوارده على العمل المقاوله والوكاله والوديعه والحراسه منشاه المعارف الاسكندريه عند سنه ٢٠٠٤ صفحه ١٩٨ ، د.مصطفي

ونجد ان المشرع المصري في مجال القانون الاداري لم يتعرض لتنظيم عمليه المقاولة من الباطن سواء على درجه واحده او على درجات في حين ان المشرع الفرنسي قد نظم التعاقد المتسلسل من الباطن في المادة الثانية من قانون ١٢/٣١ /١٩٧٥ إذ تنص على أن " يعتبر المتعاقد من الباطن متعاقداً اصلياً تجاه من تعاقد معه من الباطن ".

لكن المنشور الوزاري الصادر في ١٠/٧ /١٩٧٦ لم يعترف بميزه السداد المباشر في نطاق العقود الخاصة الا للمتعاقد الاول من الباطن ،أما اصحاب الدرجات الاخرى من التعاقد فلا يستفيدون في نطاق العقود الخاصة من ميزه السداد المباشر التي اوجدها قانون ٣١ /١٢ /١٩٧٥ ولكنهم يستفيدون من الدعوى المباشرة فقط.

اما العقود التي يتم ابرامها بواسطه الدولة او اجهزه الإدارة المحلية أو المؤسسات العامة او العقود التي تبرم بشأن المشروعات العامة ، فان المتعاقد آياً كانت درجته يستفيد من مزية السداد المباشر.

ومن الممارسات الإدارية بفرنسا قد أظهرت ان الاتجاه يسير نحو استثناء المتعاقد من الباطن في غير الدرجة الاولى من امكانيه الاستفادة من السداد المباشر ، وفي احياناً اخرى حتى من امكانية الدعوي المباشرة.

المطلب الثالث

المقاولة من الباطن الشفافة والمقاولة من الباطن الغير الشفاف

كامل العصيمي ، عقد المقاولة من الباطن ، في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٢ ، ص١٣٢ ، د . أشرف عبد العظيم ، المرجع السابق ص٥٤ .

اذا تم الاتفاق بين كل من المقاول الاصلي والمقاول من الباطن على نقل شروط العقد الاصلي الى شروط العقد من الباطن فأننا نكون بصدد المقاولة من الباطن ذات الطبيعة الشفافة[١].

اما اذا لم يتم الاتفاق بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على نقل شروط العقد الاصلي الى العقد من الباطن . فإننا نكون بصدد المقاولة من الباطن ذات الطبيعة غير الشفافة.

والحقيقة ان التفرقة بين المقاولة من الباطن الشفافة وغير الشفافة تفرقة غير واضحة ، حيث ان العقد من الباطن يظل مرتبطاً بالعقد الاصلي ولا يمكن لهذا الارتباط ان يزول ، ولذا ذهب بعض الفقه[٢] ، الى القول انه لا يوجد عقد شفاف وآخر غير شفاف بشكل مطلق وإنما توجد درجات من الشفافية وعدم الشفافية.

ويبدو ان هذا التقسيم تقسيم نظري وعديم الفائدة من الناحية العملية .

المطلب الرابع

المقاولة من الباطن التكاملية والمقاولة من الباطن الظرفية

الحالة التي تسند فيها جهة الإدارة إلي المقاول الأصلي القيام تنفيذ مشروع معين يتضمن العديد من التخصصات التي يتقنها جميعاً المقاول الاصلي بنفس الدرجة يُطلق عليها المقاولة من الباطن ذات الطبيعة التكاملية وفيها يلجأ المقاول الاصلي الى مقاول من الباطن لتنفيذ بعض من محل العقد الاصلي ، والتي يكون المقاول من الباطن اكثر تخصصاً وخبرة ، فيها من المقاول الاصلي ، فالمقاول الاصلي والمقاول من الباطن

(١) أشرف عبد العظيم عبد القادر، المرجع السابق ، ص١٥٢. د. مصطفى كامل العصيمى، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٢)P . Glavinis : Le contrat International de construction , paris . GLN . Joly edition , ١٩٩٣ , p .٣٢٠ .

يتولى كل منهما تنفيذ جزء او مرحله من مراحل العمل يكون متخصصاً فيه أكثر من الاخر[١].

وهذه الطريقة تتميز بانها تزود الإدارة بخدمات جيدة لم يكن لها الحصول عليها من المقاول الاصلي وحده ، مما يؤدي الى زياده جوده المنتج النهائي .

فعمل المقاولة من الباطن يمتد ليشمل عملا من اعمال عقد المقاولة الاصلي بكاملة ، وذلك بالنسبة لتخصص معين ، فعمل كل منهما يعمل عمل الاخر. فهنا يكمل عمل المقاولة من الباطن عمل المقاول الاصلي ولذا تسمى هذه الصورة من صور المقاولة من الباطن بالتكاملية.

اما بالنسبة للمقاومة من الباطن ذات الطبيعة الظرفية وهي تلك الحالة التي تعهد فيها جهة الإدارة الى المقاول الاصلي بتنفيذ مشروع معين يدخل تنفيذه برمته في تخصصه ، إلا انه نظراً لظروف العمل لدي المقاول الاصلي فإنه يلجأ الي المقاول من الباطن لتنفيذ هذا المشروع او جزء منه ، وسميت هذه الطريقة من طرق المقاولة من الباطن بالظرفية ، وذلك لأن ظروف العمل لدي المقاول الاصلي هي التي دفعته التعاقد من الباطن بالرغم من تخصصه فيما تعاقد فيه من الباطن .

(١) د. نجم حمد الأحمد ، المرجع السابق ، ص٧٧ ، د. أشرف عبد العظيم عبد القادر ، المرجع السابق٥٢

الخـــاتمـــــــة

بعد أن انتهينا من بحث نحو نظرية عامة للفصل بين المقاولة من الباطن والتنازل عن الصفة العقدية نعرض فيما يلي أهم النتائج وما نراه من توصيات .

أولاً : النتائج :

١- في عقد المقاولة انتفاء صفة الطرف (العاقد) بمعناها الشكلي بين كل من الادارة والمقاول من الباطن .

٢- للمقاولة من الباطن صور عديدة أهمها :

- المقاولة من الباطن المفروضة والمقاولة من الباطن الاختيارية.
- المقاولة من الباطن على درجة واحدة والمقاولة من الباطن على درجات .
- المقاولة من الباطن الشفافة والمقاولة من الباطن الغير شفافة.
- المقاولة من الباطن التكاملية أو الظرفية.

٣- التمييز بين المركز القانوني للمقاول من الباطن وبين ما قد يشتبه به من مراكز قانونية أخري وذلك حتي يكون المركز القانوني للمقاول من الباطن واضحاً لا لبس فيه.

٤- التعرض للمذهب الشخصي للإلتزام ونشأته في ظل القانون الروماني وأثر هذا المذهب علي تحديد مفهوم الطرف في العقد .

٥- أن الطرف في العقد لا يتحدد علي وجه الدقة وقت إبرام العقد ذلك أن الشخص قد يكون طرفاً في العقد وقت إبرامه إلا انه يفقد هذه الصفة عند تنفيذه ، وعلي العكس من ذلك فقد يعد الشخص من الغير وقت إبرام العقد ثم يصبح طرفاً وقت تنفيذه.

٦- اختلاف البيع عن عقد المقاولة من الباطن ويختلف تبعاً لذلك المركز القانوني للبائع عن المركز القانوني للمقاول من الباطن .

٧ – يعد التنازل عن الصفة العقدية علي درجة كبيرة من الأهمية نظراً لما يترتب عليه من آثار خطيرة من الناحية القانونية والعملية .

ثانياً : التوصيات :

- ألا نساوي بين المركز القانوني للمقاول من الباطن في علاقته بالإدارة وبين المركز القانوني للغير الذي لم يشترك في بناء أي من العقود المكونة للمقاولة من الباطن .
- التدخل لإصدار قانون يؤكد وجود العلاقة العقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن فمن شأن ذلك أن يحسم الخلاف ويوحد كلمة الفقه والقضاء في هذا الشأن .
- وضع معيار للتفرقة بين التنازل عن الصفة العقدية لعقد المقاولة وبين المقاولة من الباطن من خلال تحديد مفهوم التنازل عن الصفة العقدية وطبيعته القانونية وضوابط هذا التنازل .

قائمة المراجع

أولاً : باللغة العربية :

١- د.محمد سعيد أمين : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية وتطبيقاتها ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة الجامعية سنة ١٩٩٥ .

٢- د. نبيل إبراهيم سعد : التنازل عن العقد دار الجامعة الجديدة عام ٢٠٠٤.

٣- د. رأفت محمد حماد : المسئولية المدينة لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥ .

٤- د. مصطفي عبد السيد الجارحي ، عند المقاولة من الباطن ، دراسة مقارنة ، في القانون المصري والفرنسي ، الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية ١٩٨٨.

٥- د.حسن حسين البراوي ، التعاقد من الباطن ، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.

٦- د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٩١.

٧- د. عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الاداري ، دار النهضة العربية الطبعة الاولي، ١٩٨١.

٨-د.إبراهيم محمد علي ، آثار العقود الادارية وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣.

٩- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية عام ٢٠٠٣ .

١٠- د. عبد المجيد فياض(أ) العقد الاداري في مجال التطبيق سنة ١٩٨٣ (ب)نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية الطبعة الأولي سنة ١٩٧٥.

١١- د. إبراهيم الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام دراسة مقارنة بدون ناشر ، ٢٠٠٣.

١٢- احمد عبد العال قرين ، الأحكام العامة لعقد المقاولة الطبعة الأولي دار النهضة العربية ٢٠٠٣/٢٠٠٢ .

١٣- د. محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة ، دار النهضة العربية الطبعة الأولي ١٩٦٢.
١٤- د. السيد عيد نايل قانون العمل.
١٥- د. عبد الرزاق السنهوري (أ) الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع ، المجلد الاول للعقود الواردة علي العمل ،المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ، مستشار أحمد مدحت المراغي : منشأه المعارف بالأسكندرية عام ٢٠٠٤، (ب) الوسيط في شرح القانون المدني الجزء التاسع – في أسباب كسب الملكية ١٩٦٨ .
١٦- د. محمد حسين منصور، مذكرات القانون المدني، العقود المسماة ، البيع والمقايضة والايجار ، ١٩٥٧.
١٧- محمد كامل مرسي : شرح القانون المدنيي العقود المسماة لعقد البيع وعقد المقايضة منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠٠٥ .
١٨- د. أنور سلطان ، د. جلال العدوي ، العقود المسماة عقد البيع دار المعارف بمصر ، ١٩٦٦.
١٩- د. علي حسن يونس : أصول القانون البحري ، بدون دار نشر ، ١٩٦١.
٢٠- د. عبد الودود يحيى : دروس في العقود المسماة ، البيع والتأمين ، ١٩٧٨.
٢١- توفيق حسن فرج : عقد البيع والمقايضة ، ١٩٧٩.
٢٢- د. محمد ناجي ياقوت : عقد المقاولة ، النسر الذهبي للطباعة ،١٩٩٧.
٢٣- د. فيصل زكي عبد الواحد : أثر اعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد وفقاً للقانونين الكويتي والمصري الرسالة الدولية للطباعة عام ٢٠٠٢/٢٠٠١ .
٢٤- د. عبد المنعم فرج : مصادر الالتزام دار النهضة العربية، ١٩٩٢ .
٢٥- د. طلبة وهبة خطاب ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام والمصادر الادارية ، العقد والادارة المنفردة عام ٢٠٠١/٢٠٠٠ .
٢٦- د. سعيد عبد الكريم مبارك : مسئولية المقاول الثانوي وفقاً لأحكام القانون المدني والشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدينة منشورات دار الحكمة والنشر ١٩٩٠.

رسائل الدكتوراه :

١- د. أشرف عبد العظيم عبد القادر : الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس عام ٢٠٠٧ .
٢- د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية رسالة دكتوراه جامعة عيد شمس، ١٩٧٣.
٣- د. نجم حمد الأحمد ، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.
٤- د. عبد الرزاق ياسين : المسئولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاولة البناء ، رسالة دكتوراه ، ١٩٨٧.
٥- د. وليد فاروق جمعة : حماية المقاول من الباطن في أطار عقد الأشغال العامة رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، ٢٠٠٠.
٦- د. مصطفي كامل العصيمي : عقد المقاولة من الباطن في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه جامعة أسيوط ، ٢٠٠٢.

ثانياً : باللغة الأجنبية:

- Gabrial Marty et Pierre Raynaud: droit civiltome ١١.١ volume les obligations sirey ١٩٦٢.
- Laurent Aynes Cassion de contract: nouvelles precision sur le rôle de code, D.١٩٩٨.MCH MARE BILLIOU ET CHRIS TO PHEJAMIN.
- G. jege : les principes generaux de droit adminstatif .
- J. Ghestin, contrat devent le conrat .D entreprise en matiere de sous traitonce RTD com ١٩٨١.