ISSN 2170-0796

المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي (الباطن)

الاستاذة : المير سميرة استاذة مساعدة قسم أ جامعة الإخوة منتوري قسنطينة

الملخص:

يعد المقاول الفرعي ، من أبرز الأشخاص الذين يمكن أن يستعين بهم المقاول لمساعدته في تنفيذ أعمال المقاولة ، و الذي يعد أيضا من أبرز صور البدلاء الذين يمكن أن يستعين بهم المدين لتنفيذ إلتزامه العقدي ، إذ يقوم المقاول الفرعي بإنجاز العمل الذي أوكل إليه بموجب عقد المقاولة الفرعية ، و أي إخلال من هذا الأخير ، فإن المقاول الأصلي هو من يتحمل تبعة ذلك ، و هذا ما يؤدي بالضرورة إلى قيام المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي اتجاه رب العمل .

وهذا ما هو إلا تطبيق للمسؤولية العقدية عن فعل الغير.

المقدمة :

إن التطورات التي شهدتها المجتمعات المعاصرة ، لاسيما في مجال إنشاءات المباني أوجدت نوعا من التقسيم في العمل و التخصص فيه ، كالمهندس المعماري و المهندس الكهربائي و كذا الحال في مجال المقاولتية ، فظهر مفهوم المقاول الفرعي (الباطن) بجانب المقاول الاصلي نتيجة ظهور مبدأ التخصص الفني في الاعمال ,

إن المقاولة من الباطن تعتبر إحدى وسائل التعاون بين المشروعات في مجال الإنشاءات المعمارية و الصناعية ،فقد يكون الباعث من اللجوء إلى المقاولة الفرعية هو غاية المقاول الاصلي في الربح المالي و تجنب مخاطر الاعمال التي إلتزم بتنفيدها عندما تكون محفوفة بالمخاطر .

و إزاء انتشار المقاولات الفرعية و تعدد صورها مع تنوع أعمالها بالإضافة إلى نقص تنظيمها التشريعي فإن الأمر يتطلب منا تباحثين قانونين الغوص في تبيين بعض جوانبها المهمة .

و تأسيسا على ماتقدم ، فإن خطة هذه الدراسة تكون مقسمة كالآتي :

المبحث الأول :مفهوم المسؤولية ال عقدية للمقاول عن فعل الغير:

المطلب الأول : مفهوم المسؤولية العقدية المعمارية عن فعل الغير

المطلب الثاني: نطاق المسؤولية العقدية للمقاول عن فعل الغير.

المبحث الثاني :مسؤولية المقاول العقدية عن أخطاء المقاولين الفرعيين (الباطن) :

المطلب الاول :مفهوم عقد المقاولة من الباطن ومدى مسؤولية المقاول الأصلي عن افعال المقاول من الباطن

المطلب الثاني : مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي من مسؤولية المقاول الفرعي :

المبحث الأول :مفهوم المسؤولية ال عقدية للمقاول عن فعل الغير:

تعتبر المسؤولية العقدية المعمارية للمقاول عن فعل الغير إحدى التطبيقات العملية على المسؤولية العقدية عن الغير بصفة عامة .

ISSN 2170-0796

المطلب الأول : مفهوم المسؤولية العقدية المعمارية عن فعل الغير

الفرع الأول :مفهوم المسؤولية العقدية عن فعل الغير بصفة عامة :

إن أغلب القوانين المدنية للدول المختلفة لم تتضمن نصوصا خاصة تحدد المقصود بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير أو الشروط الواجب توافرها لقيامها()، لهذا قد واجه جانبا من الفقه المدني الذي تصدى إلى دراسة هذه المسؤولية مشكلة وضع تعريف جامع لها، يمكن أن يتضمن الجوانب الرئيسية والمهمة التي تقوم عليها هذه المسؤولية.

ولعلّ أهم المحاولات التي قيلت لتحديد المقصود بهذه المسؤولية في الفقه الفرسي هو تعريف الأستاذ "سيجور" عن فكرة الخطأ العقدي في القانون المدني الفرسي هي "يسأل المدين مسؤولية عقدية عن فعل إتباعه الذين عهد إليهم تنفيذ التزامه العقدي"()، كذلك عرّفها الأستاذ عباس الصراف في رسالته عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وذلك "مسؤولية المدين في التزام عقدي عن فعل شخص آخر غيره ممن يقومون مقامه في تنفيذ هذا الالتزام أو ممن يساعدون في تنفيذه أو عن فعل الأشخاص الذين يمارسون بالاشتراك مع المدين حقا اكتسبه هذا الأخير بوساطة العقد.... وأدى سلوك واحد من هؤلاء إلى الإخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد على المدين"().

أما المشرع الجزائري فقد نص على مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير في المادة 178 ق.م.ج بقولها : "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

فجواز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن خطأ أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، يعني أن المدين مسؤول عن خطأ هؤلاء الأشخاص.

الفرع الثاني : مفهوم مسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري عن فعل الغير :

إن عقد المقاولة من أبرز العقود الواردة على العمل، إذ يكون محل التزام للمقاول والمهندس المعماري، هو القيام بالعمل المتفق عليه لحساب رب العمل مقابل أجر. والأصل في هذا النوع من العقود، أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار عند رب العمل، ويترتب على عدم الاعتداد بشخصية المقاول في عقد المقاولة نتائج هامة، أهمها إمكانية قيام المقاول بالاستعانة بالغير لتنفيذ العمل محل العقد، سواء أكانت هذه الاستعانة على شكل إيكال العمل في جزء منه للغير (كما هو الحال في عقود المقاولة من الباطن)، أم كانت على شكل السماح للغير لمساعدة المقاول ومعاونته أثناء قيامه بالتنفيذ (كما في حالة المستخدمين والعمال).

غير أن حق المقاول في الاستعانة بالغير في تنفيذ التزامه العقدي مقيد بقيدين :

الأول : هو ثبوت عدم وجود شرط في العقد يمنع المقاول من الاستعانة بالغير وهو ما يعرف بالشرط المانع.

والثاني : هو أن لا يكون طبيعة العمل في العقد مما يقصد معها الرنون إلى الكفاية الشخصية للمقاول

ISSN 2170-0796

الفرع الثالث : - طبيعة مسؤولية المقاول و المهندس المعماري عن فعل الغير :

من المتعارف عليه في القواعد العامة، قيام مسؤولية المقاول من قبل رب العمل إذا ما صدر عنه إخلال بأحد التزاماته العقدية الناشئة بموجب عقد المقاولة، فتكون مسؤوليته عقدية قائمة على أساس الخطأ الشخصي الصادر منه، لكن السؤال الذي يثور هنا، في ما إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي كان صادرا من الأشخاص الذين استعان بهم لمساعدته في تنفيذ العمل. فهل يكون في هذه الحالة مسؤولا عنهم ؟ وإذا كان مسؤولا فما هي طبيعة هذه المسؤولية ؟

لقد أجازت المادة 564 ق.م.ج() الاستعانة بالغير (المقاول الفرعي)، لغرض تنفيذ أعمال المقاولة فإن الفقرة الثانية 564/2 ق.م.ج نصت على "ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل"، بمعنى أنها قضت بمسؤولية المقاول نحو رب العمل عن الأشخاص الذين يوكل إليهم تنفيذ أعمال المقاولة الفرعية .

كذلك نجد المادة 178/2 ق.م تنص كذلك المسؤولية العقدية عن فعل الغير يقولها ".... يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

رغم أن المادة 564/2 ق.م.ج، قد أقرت بمسؤولية المقاول عن فعل الإخلال الصادر عن المقاول الفرعي الذي أحله المقاول الأصلي محله في تنفيذ المقاولة كلها أو في جزء منها، إلا أننا نعتقد أن حكمها غير قاصر على هذه الحالة فقط، بل يشمل جميع الحالات التي يستعين بها المقاول بالغير سواء كان هذا الغير **مقاولا فرعيا**، أم **عاملا**، أم **مساعدا** أو حتى **ممثلا للمقاول الأصلي**.

ولكن هل مسؤولية المقاول عن هؤلاء الأشخاص هي مسؤولية عقدية، أم هي مسؤولية تقصيرية بوصفها تمثل أحد تطبيقات مسؤولية المتبوع عن عمل التابع ؟

لقد اعتبر جانب من الفقه أن مسؤولية المقاول عن فعل الإخلال الصادر عن الأشخاص الذين يستعين بهم لتنفيذ التزامه العقدي (**فيما يتعلق بالأعوان والمساعدين**) مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير، وليست عقدية عن فعل الغير، إذ يعد هؤلاء الأشخاص تابعين للمقاول، وبالتالي يكون مسؤولا عنهم وفقا للقواعد الخاصة بمسؤولية المتبوع عن التابع المنصوص عنها بموجب المادة 136 ق.م.ج(). إلا أن هذا الرأي لا يمكن القبول به، لاسيما إذا علمنا أنه لكي تقوم المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير طبقا لنص المادة 136 ق.م.ج، لابد من توافر جملة من الشروط(). وهذه الشروط غير متحققة في هذه الحالة، كذلك من جهة أخرى، فإن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير لا تثار إلا في الحالات التي يصدر فيها **فعل ضار** عن التابع يلحق الضرر بالغير، وأن يتعلق هذا الفعل بالإخلال بالواجب العام المتمثل بعدم الإضرار بالغير، ومن ناحية ثانية، نجد أن من شروط تطبيق أحكام المتبوع عن عمل التابع قيام العلاقة التبعية ما بين المتبوع والتابع، أي لابد من أن يكون التابع خاضعا لإشراف المتبوع المباشر وتوجيهه أثناء قيامه بأداء عمله، وصدر عنه فعل ضار أثناء قيامه بذلك. فهذا الشرط وإن تحقق في بعض المواضع في حالة إذا استعان المقاول **بالعمال والمساعدين**، فيكونون خاضعين لإشرافه وتوجيهاته بصفة مباشرة، غير أنها لا تنطبق في جميع الصور، كما هو الحال حالة المقاولة الفرعية، فالمقاول الفرعي لا يكون خاضعا لتوجيهات وإشراف المقاول الأصلي، وإنما يكون ملتزم بتوجيهات المقاول الأصلي في حدود عقد المقاولة المبرم بينهما فقط.

ISSN 2170-0796

المطلب الثاني: نطاق المسؤولية العقدية للمقاول عن فعل الغير.

سوف نتطرق إلى ثلاث نقاط الأولى، مدى حق المقاول في الاستعانة بالأعوان والثانية، تمييز أعوان المقاول عن المقاول الفرعي، والثالثة، طبيعة مسؤولية المقاول عن فعل الأعوان.

الفرع الاول: مدى حق المقاول في الاستعانة بالأعوان

يقصد **بالأعوان** في نطاق عقد المقاولة، **الأشخاص الذين يستعين بهم المقاول لغرض مساعدته ومعاونته في تنفيذ التزاماته العقدية الناجمة عن عقد المقاولة، من خلال قيامه بإنجاز بعض الأعمال المادية أو القانونية التي من شأنها أن تساهم في مساعدة المقاول في إنجاز الأعمال التي يكون (المقاول) مكلفا بها بموجب عقد المقاولة كاستعانة المقاول بمجموعة من العمال الذين يقومون بمساعدته في بناء منزل()**.

إن حق المقاول في الاستعانة بالأعوان ثابت له على الرغم من عدم إيراد القانون المدني الجزائري نصا صريحا يقضي بحق المقا ول في الاستعانة بالأعوان أو المساعدين، إذ يمكن استخلاصه ضمنيا من خلال النصوص الآتية :

1) نص المادة 552/2 ق.م.ج : "وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من الآلات وأدوات إضافية ويكون ذلك على نفقته، هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك"، يرى بعض الشرّاح ضرورة تفسير عبارة (الأدوات والآلات) الواردة في هذه الفقرة تفسيرا واسعا لا تفسيرا ضيقا، وذلك بعدم قصر معناها على مجرد الأدوات أو المهمات المتعارف عليها، بل يشمل ذلك قيام المقاول بتوفير كل ما هو ضروري لإنجاز العمل، بحيث يشمل استعانته بالأعوان أو المساعدين.

2) نص المادة 178/2 ق.م.ج بقولها : ".... يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"، حيث تقرر هذه الفقرة حق المدين من أجل تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عن العلاقات العقدية في الاستعانة بالمستخدمين الذين يمارسون دورا مهما في تمكين المدين من تنفيذ الالتزامات، من خلال تقديم العون أو المساعدة الضرورية له.

3) نص المادة 564 ق.م.ج السالفة الذكر "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية" فلما كان مضمون هذه الفقرة يقضي بإجازة قيام المقاول إيكال أحمال المقاولة كلها أو في جزء منها إلى الغير (المقاول الفرعي) الذي يقوم بإنجاز العمل بصورة مستقلة عن المقاول الأصلي فإنه ومن باب أولى، أن يكون من حق المقاول الاستعانة بالأعوان المساعدين الذين يخضعون في أثناء مساعدتهم لإشراف المقاول وتوجيهه المباشر().

الفرع الثاني: تمييز أعوان المقاول عن المقاول الفرعي :

إن أعوان المقاول والمقاول الفرعي يختلفان في عدة نقاط أهمها :

ISSN 2170-0796

1- من حيث مدى حق المقاول في الاستعانة بهم :

المقاول يمتنع عن الاستعانة بالمقاول الثانوي إذا ما وجد اتفاق ينص على ذلك أو كانت طبيعة العمل طبقا لنص المادة 564 ق.م.ج "أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار، غير أنه إذا تعلق الأمر بالمساعدة أو العون، فإن المقاول يستطيع اللجوء إليهم بغض النظر على العقد فيما إذا كان يتضمن شرط المنع السابق ذكره أم لا.

2- من حيث الخضوع لإشراف المقاول :

إن المقاول الفرعي يعمل بصورة مستقلة عن المقاول الأصلي، بينما المساعد أو العون، فيكون خاضعا لتوجيه ورقابة المقاول، طبقا لرابطة التبعية.

3- من حيث طبيعة العقد الذي يربطهم بالمقاول :

قد يلجأ المقاول لأشخاص للقيام بتنفيذ أحد الأعمال، حيث لا يستطيع القيام بها لوحده، أو أن يعهد إلى شخص القيام بكل العمل الذي التزم بإنجازه، كما لو عهد المقاول الملتزم ببناء عمارة سكنية، إكمال أساس هذه العمارة إلى مقاول فرعي، وتشييد هيكل العمارة إلى مقاول آخر وهكذا...، إذ يكون المقاول الذي تعاقد مع صاحب العمل هو المقاول الأصلي، والمقاول الذي عهد إليه إنجاز العمل بالمقاول الثانوي، حيث يكون العقد المبرم بينهما هو عقد "المقاولة الفرعية"، في حين يكون ما يربط بين مستخدمي المقاول الأصلي من عمال وفنيين ومهندسين الذين يستعملهم لمساعدته في تنفيذ عمله وما بينه، هو عقد عمل وليس مقاولة.

الفرع الثالث : طبيعة مسؤولية المقاول عن فعل الأعوان أو المساعدين

لأعوان المقاول ومساعديه دور في المساهمة في تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عن عقد المقاولة، ودورهم هذا قد تحقق بإرادة المقاول نفسه الذي قام بإدخالهم وإشراكهم في تنفيذ التزامه العقدي، ومن ثم فإن فعل الإخلال الصادر عنهم والذي يكون من شأنه عدم تنفيذ المقاول لالتزاماته العقدية يمثل سببا يوجب مساءلة المقاول من قبل رب العمل().

غير أن الخلاف قد حصل حول طبيعة مسؤولية المقاول عن فعل أعوانه ومساعديه فيما إذا كانت هذه المسؤولية مسؤولية عقدية عن فعل الغير، أم مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير ؟

لقد اعتبر بعض الشرّاح أن مسؤولية المقاول عن أفعال مساعديه ومعاونيه لا تعدو أن تكون إلا مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير، وحجتهم في ذلك أن المساعدين يخضعون لإشراف المقاول مباشرة وتوجيهه، أي أنه توجد علاقة تبعية تربط بين الأعوان أو المساعدين وما بين المقاول()، وفي الواقع أن الأمر غير ذلك، صحيح أنه يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير قيام العلاقة التبعية ما بين المسؤول ومحدث الضرر، إلا أن ذلك لا يكون إلا في حالة ما إذا كان الفعل الضار قد لحق شخصا لا توجد فيما بينه وبين المسؤول عن فعل الغير علاقة عقدية مسبقة، أما إذا انصب الفعل الضار الصادر عن تابع المدين على أحد الالتزامات العقدية المترتبة في ذمة المدين لصالح دائنه الذي لحقه الضرر، فإن رجوع المضرور في هذه الحالة (الدائن) على المسؤول سيكون طبقا لأحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وليس طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، حتى وإن كانت العلاقة التبعية قائمة ما بين شخص المسؤول والغير محدث الضرر().

ISSN 2170-0796

فما يميز المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير، هو أن المسؤولية الأخيرة تثار إذا ما انصب فعل الإخلال على أحد الالتزامات المدين العقدية، في حين تقوم المسؤولية الأولى إذا ما وقع الإخلال خارج نطاق الالتزامات()، ولتوضيح ذلك نضرب المثالين التاليين :

المثال الأول : قام المقاول بالاستعانة بأحد الأشخاص لمساعدته في تنفيذ التزامه العقدي، فأرسل مساعده لجلب المواد اللازمة لإنجاز العمل، وفي الطريق وبسبب قيادته المتهورة للسيارة، اصطدم بسيارة رب العمل وألحق بها ضررا، هنا يكون المقاول الأصلي مسؤول أمام رب العمل طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، أي "مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع"، إذا ما توافرت بقية شروطها، لأن الإخلال الصادر من المساعد لا يتعلق بأحد الالتزامات العقدية الناشئة عن العقد الذي يربط ما بين المقاول ورب العمل.

المثال الثاني : قام مقاول بالاستعانة بأحد المساعدين بمساعدته في صبغ الجدار محل عقد المقاولة، وبسبب عدم خبرة المساعد قام بصبغ الجدار بشكل مخالف لما تم الاتفاق عليه مع رب العمل، مما ألحق الضرر برب العمل، في هذه الحالة يكون المقاول مسؤولا عن عمل مساعده هذا، ومسؤوليته في هذه الحالة مسؤولية عقدية، عن فعل الغير، وليست مسؤولية تقصيرية، عن فعل الغير، ذلك لأن فعل المساعد إخلالا بالالتزام المقاول الناشئ عن عقد المقاولة

المبحث الثاني :مسؤولية المقاول العقدية عن أخطاء المقاولين الفرعيين (الباطن) :

المطلب الاول :مفهوم عقد المقاولة من الباطن ومدى مسؤولية المقاول الأصلي عن افعال المقاول من الباطن :

الفرع الأول :تنظيم عقد المقاولة الفرعية في القانون

تفترض المقاولة من الباطن وجود عقدين متتابعين contrat successif لهما طبيعة قانونية واحدة وهي المقاولة، وثلاثة أطراف العقد الأولى هو العقد الأصلي يبرم بين طرفين هما : صاحب العمل والمقاول الأصلي الذي يسمى بالمتعاقد المشترك لأنه يشترك في العقدين معا.

والعقد الثاني وهو الذي يبرم بين المقاول الأصلي وبين أجنبي عن العقد الأصلي هو المقاول من الباطن (الفرعي).

وبالرجوع لنصوص القانون المدني الجزائري المنظم لعقد المقاولة يتضح أنها لم تورد تعريفا خاصا لعقد المقاولة من الباطن على غرار التعريف التشريعي لعقد المقاولة() ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن المشرع الجزائري لم يضع نظرية عامة للتعاقد من الباطن وإنما أورد تطبيقات خاصة، ووضع حلولا عملية لكل حالة على حدة.

وأمام عدم وجود تعريف تشريعي فقد تصدى الفقه لتعريف عقد المقاولة من الباطن فعرفها بأنه "ذلك العقد الذي يعهد فيه المقاول إلى شخص أجنبي عن عقد المقاولة يسمى المقاول من الباطن بتنفيذ كل أو بعض الأعمال المونولة إليه"().

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه : "ذلك العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول الذي عهد إليه بتنفيذ العمل مع مقاول آخر من أجل تنفيذ العمل كلا أو جزء منه()".

وفي هذا الصدد نشير إلى أنه رغم تسمية المقاول الثاني بالمقاول من الباطن وهي الأكثر شيوعا في القوانين المدنية وفي

ISSN 2170-0796

الفقه، كونه المصطلح المألوف والمتعارف عليه بين الأفراد في الحياة العملية، إلا أن المشرع الجزائري أسماه بالمقاولة الفرعية() في نص المادة 564 ق.م.ج.

الفرع الثاني : مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن أعمال المقاول الفرعي :

إن التطورات الحديثة في مجال المقاولات وخاصة في مجال إنشاءات المباني الضخمة، جعلت من قيام المقاول الأصلي بمفرده بتنفيذ التزامه إن لم يكن مستحيلا فهو صعب المنال، لذلك لا مناص من أن يلجأ إلى عدد من المقاولين الفرعيين للاستعانة بهم في تنفيذ التزامه التعاقدي مع رب العمل()، ويقتضي هذا الاعتراف بمسؤولية المقاول الأصلي عن الأخطاء التي يرتكبها من يستخدمهم في تنفيذ عقد المقاولة، لأنه لو لم يسأل المقاول الأصلي لترتب على ذلك نتيجة في غاية الخطورة ألا وهي أنه لن يكون مطلوبا من المقاول الأصلي (المدين) الذي يرغب في التنصل من التزاماته سوى أن يعهد بها للغير (المقاول الفرعي) ولا يسأل عنه وفي ذلك خطورة على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، ووجوب احترمه من قبل أطرافه().

وإذا كان مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير مقررا كمبدأ في كل العقود فإنه يجب أن يقرر أيضا في نطاق المجموعات العقدية، وبما أن عقد المقاولة الفرعية يشكل مع عقد المقاولة الأصلي مجموعة عقدية، تتكون من عقدين فإنه يتعين الاعتراف بهذه المسؤولية في نطاق عقد المقاولة من الباطن (الفرعية)() ، حيث أن الأخير ما وجد إلا لتنفيذ عقد المقاولة الأصلي، والمسؤولية العقدية عن فعل الغير ما تقوم إلا لتغطي أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم المدين (المقاول الأصلي) في تنفيذ العقد().

فإقرار مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير في نطاق المجموعة العقدية التي تتكون من عقد أصلي وعقد من الباطن معترف بها من قبل المشرع في عقد المقاولة، فقد نصت المادة565 ق.م.ج : "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية ولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".

فهذا النص صريح في أن المقاول الأصلي مسؤولا عن أفعال المقاول من الباطن (الفرعي) في مواجهة رب العمل، ولهذا يرى الفقه أن مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن في مواجهة مسؤولية عقدية()، حيث يسأل المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل عن أخطاء المقاول من الباطن (الفرعي) كما لو أنه هو القائم بالتنفيذ().

ويكفي لقيام هذه المسؤولية وقوع إخلال بالالتزام الناشئ عن العقد ينسب إلى أي نوع من هؤلاء الأشخاص، ولو لم ينسب للمقاول الأصلي أي خطأ . أخيرا، نشير أن موقف الشريعة الإسلامية لا يختلف عن موقف القانون المدني في هذا الصدد حيث يبقى الأجير المشترك الأول (المقاول الأصلي) مسؤولا أمام صاحب العمل عن عمل الأجير المشترك الثاني بالإضافة إلى مسؤوليته عن تنفيذ العقد().

ISSN 2170-0796

المطلب الثاني : مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي من مسؤولية المقاول الفرعي : إذا توافرت جميع أركان مسؤولية المقاول الأصلي العقدية، عن فعل المقاول الفرعي نحو رب العمل، تقوم المسؤولية بلا شك، غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد، حول ما مدى إمكانية الإعفاء من هذه المسؤولية والآثار المترتبة عنها في حالة ثبوتها ؟

الفرع الأول: مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي من المسؤولية عن فعل المقاول الفرعي :

إن المشرع الجزائري، لم ينص في أحكام تعديل المسؤولية العقدية عن فعل الغير سوى حالة الإعفاء، حيث أجازت المادة 178/2 ق.م.ج، ذلك أن **يعفي المدين من تحمل مسؤولية الخطأ الجسيم والخطأ العمدي الذي يصدر من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته**، في حين أن الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي لا يشمل سوى الخطأ التافه واليسير بمعنى إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى غش المدين أو خطئه الجسيم كان شرط الإعفاء باطلا.

إن القضاء الفرسي لا يسمح للمدين أن يشترط إعفاءه من مسؤوليته العقدية متى كان السبب وراء ذلك (عدم التنفيذ) راجعا إلى خطأ جسيم أو غش سواء صدر من المدين نفسه أو من أحد مساعديه، وسندهم في ذلك أن غش مساعد المدين أو خطئه الجسيم يعامل وكأنه صادر عن المدين شخصيا، حتى يمنع المدين من التهرب من مسؤوليته عن طريق اللجوء إلى الغير لتنفيذ التزاماته، وبذلك يكون المدين ملزم بتحمل أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه مهما كانت درجة الخطأ الذي ارتكبوه، ولا يمكنه الادعاء أن فعلهم لم يكن متوقعا منه أو لا يمكن دفعه مما يشكل قوة قاهرة معفية من مسألته().

هذه المبادئ التي رأيناها هي في القواعد العامة، أما إسقاطاتها (الشرط، الإعفاء) في مجال المسؤولية المعمارية.. فيرى بعض الفقهاء أن بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن أعمال المقاول الفرعي هو من الأحكام الرئيسية للمقاولة الفرعية ولا يجوز استبعاده، وحجتهم في ذلك هي أن المشرع كان حريصا على تأكيد هذه المسؤولية إذ خصّها بنص واضح وصريح، ضف إلى ذلك أن المقاول الفرعي يعمل بصفة مستقلة فهو ليس كبقية الأشخاص الذين يستخدمهم المقاول الأصلي في تنفيذ التزاماته.

كما يضيف المتمسكون بهذا الرأي أن اشتراط المقاول الأصلي ذلك في عقد المقاولة الأصلي لا يبطل الشروط ولا العقد، إنما نكون بصدد تنازل عن العقد لتختفي المجموعة العقدية ويصبح عقد المقاولة الفرعية عقدا أصليا، وم ثم يمكن لرب العمل مساءلة المقاول الفرعي على أساس المسؤولية العقدية().

إن اشتراط إعفاء المقاول الأصلي من المسؤولية عن أعمال المقاول الفرعي يؤدي إلى نتائج لا يرتضيها الأطراف، فرب العمل لا يمكنه مسألة المقاول الأصلي إعمالا لشرط الإعفاء، كما أنه لا يمكنه مساءلة المقاول الفرعي إلا على أساس المسؤولية التقصيرية.

ومن أجل تفادي هذه النتائج التي لا تخدم رب العمل بالدرجة الأولى والتي يجب اتباع قواعد لحمايته، يجب استبعاد شرط الإعفاء وإبقاء المقاول الأصلي مسؤولا اتجاه رب العمل عن الأعمال الصادرة من المقاول الفرعي وهذا ما سلكه المشرع الجزائري في نص المادة 564/2 ق.م.ج.

الفرع الثاني : دعوى رجوع المقاول الأصلي على المقاول الفرعي كأثر لهذه المسؤولية :

ISSN 2170-0796

إن مبدأ نسبية العقد المنصوص عنها في المادة 113 ق.م.ج تنص "**لا يترتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا**"، تعني أن آثار العقد تقتصر على المتعاقدين وخلفهما الخاص والعام دون أن تمتد مبدئيا إلى الغير، فالعقد لا يكسب الغير حقوقا ولا يحمله التزاما، إذ لا يجوز إلزام الغير بعقد لم يكن طرفا فيه، لكن للعقد مفعول نسبي ينحصر فيما بين طرفيه أو الذين نالوا حقوق هؤلاء بوجه عام.

واعتمادا على مبدأ نسبية العقود تنعدم كل علاقة بين رب العمل والمقاول الفرعي، ومن غير الجائز مساءلة المقاول الفرعي على أساس المسؤولية العقدية، أي لا يجوز مطالبة رب العمل المقاول الفرعي مباشرة تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة الفرعية كما لا تثبت علاقة مباشرة بين المقاول الفرعي ورب العمل باستثناء ما جاءت به المادة 564 ق.م.ج.

وبالمقابل تنشأ بين رب العمل والمقاول الفرعي علاقة غير مباشرة أساسها علاقة كل منهما بالمقاول الأصلي. فطبقا لهذه العلاقة الغير مباشرة يحق لكل منهما إقامة دعوى غير مباشرة ضد الآخر باسم مدينه أي المقاول الأصلي لمطالبته بحقوق هذا الأخير.

فمن خلال هذه الدعوى يحق لرب العمل مطالبة المقاول الفرعي بإنجاز العمل وتسليمه وبالضمان، وأيضا يكون للمقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل بتمكينه على العمل وتسلمه وتقبله مستعملا في ذلك حق مدينه().

وإذا ما أراد رب العمل الرجوع على المقاول الفرعي (الباطن) مباشرة بسبب عدم تنفيذ عقد المقاولة من الباطن، فلا يمكنه ذلك إلا من خلال دعوى المسؤولية التقصيرية والتي يكون فيها ملزما بإثبات الخطأ التقصيري الذي ارتكبه المقاول الفرعي والضرر والعلاقة السببية طبقا لأركان المسؤولية التقصيرية.

أما من جهة المقاول من الباطن في علاقته مع رب العمل، فالحكم السابق يطبق كذلك على المقاول الفرعي أي عليه بإثبات أركان الخطأ التقصيري والضرر اللاحق وذلك العلاقة السببية، ما عدا ما أقرته المادة 564 ق.م.ج

الهوامش :

1 ـ د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب، ، لبنان ، سنة 2011، ص60.

2 ـ د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص61.

3 ـ د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص63.

4 ـ د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص113.

5ـ تنص المادة 564 ق.م.ج : "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفائته الشخصية.

ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجار رب العمل".

6ـ تنص المادة 136 ق.م.ج على أنه : "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفة أو بسببها أو بمناسبتها وتتحقق علاقة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

7 ـ د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص168.

8 ـ د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص169.

9ـ د.محمد جعفر ،المرجع السابق،ص174 نقلا عن سعيدعبد السلام، المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطاء مساعديه، سنة 1995.ص31.

10ـ د. محمد جعفر، المرجع السابق، ص176.

ISSN 2170-0796

11_ د .حسن الدنون،، المبسوط في شرح القانون المدني ، المسؤلية عن فعل الغير،دار وائل للنشر ،سنة 2006،عمان،78.
12_ د.حسن الدنون، المرجع السابق،78.
13_ د. عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني،العقود المسماة،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،سنة2001،عمان،ص94.
14_ تعريف المادة 549 ق.م.ج "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين...".
15_ د. عبد الرزاق السنهوري، الجزء السابع، ص262 وما بعدها
16_ د. محمد مرسي، العقود المسماة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى ، دار النشر الجامعات المصرية ، سنة 1953، ، ص529.
17_ أطلق عليه في القانون المدني الأردني في المادة 799 "بالمقاول الثاني" بينما في القانون العراقي عبارتي "مقاول المقاول" و"المقاول الثاني" وفي القانون السوري "المقاول الثانوي" في حين سماه القانون المصري "المقاول من الباطن".
18_ د. غازي أبو عرابي، المقاولة من الباطن، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص132.
19_ د. محمود زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، سنة 1978، ص376.
20_ د. غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص133.
21_ د. غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص133.
22_ د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص279.
23 _ د. شكري سرور، المرجع السابق، ص127.
24_ د. غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص134.
25_ د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص179.
26_ د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1988، ص83.
27_ د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج7، ص224.