التزامات المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن
في عقد مقاولة البناء من الباطن
دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة

اعداد

الباحث / سعود فيصل محمد ال علي

مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة دمياط

العدد الثالث يناير -2023

المقدمة

ترتب على التغيرات والتحولات الكبيرة في مجال التطور العمراني، واستحداث تخصصات فنية جديدة ودقيقة في مجالات البناء، أنه لم يعد في كثير من الاحوال باستطاعة المقاول الرئيسي تنفيذ الالتزامات العقدية بمفرده، لذلك كان عليه الاستعانة بمقاولين آخرين من ذوي التخصصات الفنية الدقيقة لكي يستطيع أن ينفذ العقد على اكمل وجه، من أمثلة ذلك الاستعانة بمقاول السباكة وآخر للحدادة والخدمات الصحية وغيرها مما يتطلبه المشروع، وقد أدى ذلك إلى ظهور المقاول من الباطن، وقد أطلق المشرع الفرنسي والمصري على هذا النوع من المقاولين مصطلح المقاول من الباطن، أما المشرع الإماراتي فقد استخدم مصطلح المقاول الثاني.

إن المقاولة من الباطن قد أضحت حقيقة قانونية واقعية تحقق مصلحة المقاول الرئيسي في إنجاز عمله وتنفيذ عقده دون تأخير، وذلك بنقل جزء من العمل أو كله إلى مقاولين من الباطن لكي يعملوا كفريق واحد لتنفيذ عقد المقاولة الرئيسي، وذلك من خلال عقد المقاولة من الباطن، والمبرم بين كل من المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن، حيث أصبح المقاول من الباطن هو المنفذ الفعلي

لهذه العقود وأصبح المقاول الرئيسي هو مجرد الطرف المسؤول أمام رب العمل.[1]

لقد فرضت التطورات التي شهدتها المجتمعات المعاصرة وبصفة خاصة في مجال إنشاءات المباني نوعا من التخصص في العمل وأدت إلى تقسيمه، حيث إن المهنة الواحدة أصبحت تضم أكثر من تخصص في العمل الواحد ولهذا نجد في الواقع العملي المهندس الإلكتروني بجانب المهندس الاستشاري و كذلك الحال بالنسبة للمقاولين نجد مقاول للحفر وآخر للنجارة وآخر للأعمال الصحية وآخر لأعمال الخرسانة وغيرها . فالمقاولة من الباطن فرضت نفسها في الواقع العملي وظهرت تبعا لذلك مشكلات قانونية في علاقة المقاول من الباطن بالمقاول الرئيسي ورب العمل. كما أن التوسع الهائل في أعمال المقاولة من الباطن وارتباطه بالاقتصاد الوطني للدولة وخاصة في مجالات البناء، أدى الى أن تصبح هذه الاعمال من أهم مجالات استثمار البنوك والتي تمثل عصب الاقتصاد الوطني، ولذلك فإن عدم و جود أحكام خاصة تنظم علاقة المقاولين من الباطن بالمقاول الرئيسي ورب العمل، تؤدي إلى ضرر جسيم لاقتصاديات البنوك وخاصة إذا ارتكبت حالات غش في عمليات المقاولة، وهو ما سيكون له الأثر السلبي على اقتصاد الدولة ويضربه.

(1) د. أسامه محمد طه، النظرية العامة لعقود الباطن، رسالة الدكتوراه، جامعة القاهرة، ط 2008، ص. 11-12

وقد أثارت العلاقة بين رب العمل والمقاولين من الباطن مشكلة قانونية نظرا لانتفاء الرابطة العقدية المباشرة، بينما أثارت تساؤلات قانونية منها: هل يجوز رجوع أي منهما على الاخر؟ وماهي الوسيلة التي يمكن من خلالها حصول كل طرف على حقوقه؟ وماهي الآثار المترتبة على ذلك؟

وكما أثارت العلاقة بين المقاول الرئيسي والمقاولين من الباطن عدة تساؤلات، وبالذات تلك المتعلقة فيما إذا كان المقاول الرئيسي أوكل جميع اعمال المشروع إلى مقاولين من الباطن وأصبح مشرفا عليهم ومن التساؤلات: هل يقع على عاتق المقاولين من الباطن الضمان العشري في حالة أن المقاول الرئيسي أوكل جميع اعمال المشروع الى مقاولين من الباطن وكان مشرفا على المشروع، والمقاولين من الباطن هم المنفذين الفعليين للمشروع؟

إن الهدف من هذه الدراسة تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن حيث يقع على عاتق المقاول من الباطن ، فمن المتفق عليه أن التزامات المقاول الأصلي لا تقتصر على التي حددها القانون أو الالتزامات المنصوص عليها في عقد المقاولة من الباطن بل هناك التزامات تفرضها حسن النية في تنفيذ العقد ويتمثل ذلك في تمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل وتركه يعمل بهدوء ويسر على أتم وجه، والأصل أن المقاول الأصلي يهييء للمقاول من الباطن كل السبل التي تساعده في إنجاز عمله على أكمل وجه ولا يأتي بأي تصرف يؤخره أو يعيقه عن تنفيذ عمله، وأيضا على المقاول الأصلي

بعد إنجاز العمل من المقاول من الباطن أن يتسلم العمل المنجز وهذا التسليم يضع البناء تحت تصرفه ويستطيع من حيازته الانتفاع به دون عائق، وأخيراً ، فإن على المقاول من الأصلي أن يدفع للمقاول من الباطن الأجر المتفق عليه .

وعلى ذلك تتحدد خطة البحث على النحو التالي .

المطلب الأول: الالتزام بتمكين المقاول من الباطن بإنجاز العمل

المطلب الثاني : الالتزام بالتسلم من المقاول من الباطن

المطلب الثاني: الالتزام بدفع الأجر.

المطلب الأول

التزام المقاول الاصلي بتمكين المقاول من الباطن بإنجاز العمل

لم يرد في القانونين المصري والإماراتي نص خاص يلزم فيه رب العمل بالتعاون مع المقاول من الباطن مع أن هذا التعاون ضروري لإنجاز العمل وإنما تركه للقواعد العامة والعرف وما يقتضيه من حسن النية في تنفيذ العقود. وعلى ذلك فيجب على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل تسهيل عمل المقاول من الباطن وتمكينه من إنجاز عمله وذلك بأن يقوم بكل الأعمال المفروضة عليه لكي يستطيع المقاول من الباطن بإنجاز العمل دون تأخير. إن المقاول الأصلي ملتزم أن يقدم كل تصرف من شأنه أن يسهل للمقاول من الباطن مباشرة عمله، وذلك بتقديم كل ما يتطلبه العمل وفقا لبنود عقد المقاولة من الباطن من مواد بناء في حالة نص العقد بذلك، أما إذا كان التوريد في العقد على المقاول من الباطن وبالتالي فإن المقاول الأصلي غير ملتزم بتوريد مواد البناء ولكن هناك التزام يقع على عاتقه وهو توفير الرسومات المعمارية والإنشائية ورخصة البناء وغيرها وإذا قام المقاول الأصلي بالتزامه باعتباره رب العمل فإن على المقاول من الباطن مباشرة العمل في الموعد المحدد وحتى لا يتأخر في إنجاز العمل وإن لم يقدم المقاول الأصلي التراخيص فإنه قد أخل بتنفيذ التزاماته، وبالتالي فإن المقاول من الباطن لا يستطيع العمل دون المواد والعدد التي تستخدم في العمل إذا كان الاتفاق بأن يقوم المقاول الاصلي بتقديمها، وبالتالي يجب على المقاول الأصلي أن يقوم

بتنفيذ كل ما تعهد به وذلك في الوقت المناسب حتى يتمكن المقاول من الباطن بتنفيذ العمل. وفي حالة أنهما اتفقا أيضا على أن يتم العمل وفقا للرسومات والمخططات وبالتالي فإن على المقاول الأصلي تسليم الرسومات والمخططات إلى المقاول من الباطن وذلك في الوقت المناسب لكي يتمكن المقاول من الباطن العمل وفقا للرسومات والمخططات حيث إن المقاول من الباطن لا يستطيع العمل بدونها وذلك لأن أعمال البناء تتطلب وجودها وفي حالة أنه قام بأعمال البناء بدونها يعتبر مخالفا للقانون ويتم محاسبته، لذلك فإن على المقاول الأصلي توفير تلك المخططات والرسومات للمقاول من الباطن لكي يستطيع إنجاز العمل.[1]

وفي حالة إخلال المقاول الأصلي بتنفيذ التزاماته في توريد المواد والآلات اللازمة جاز للمقاول من الباطن التنفيذ العيني كأن يورد المواد على نفقته ومن ثم يطالب به المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول من الباطن، وله الحق أيضا في طلب فسخ العقد وذلك لأن عقد المقاولة من الباطن من العقود التبادلية، وحيث أن امتناع أحد طرفي العقد عن القيام بتعهداته فللطرف الثاني الخيار اما بطلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد بعد انذار الطرف الآخر.[2]

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 222، د. اسامة محمد طه، المرجع السابق، ص. 250، د. ايلي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنازع الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2015، ص. 112.

(2) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 223، د. عبد الرزاق حسين يس، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987، ص. 445.

إذا كان العمل إيجابي الذي يقوم به المقاول الأصلي في التزامه بالقيام بأعمال تساعد في تنفيذ محل العقد فإن الالتزام بالامتناع عن القيام بأي عمل شأنه أن يحول دون تنفيذ العقد أو يعوقه يعد وجها سلبيا من أوجه الالتزام المقاول الأصلي. وان التزامات المقاول الأصلي باعتباره رب العمل لا تقتصر على التي حددها القانون أو التي وردت في العقد، وإنما تشمل أيضا التزامات فرضها العرف وحسن النية في تنفيذ العقود، والأصل أن يمتنع المقاول الأصلي من أي تصرف يؤدي في تأخير مباشرة العمل أو يعوق تنفيذه.

يجب على المقاول الأصلي أن يلتزم بترك المقاول من الباطن العمل بهدوء ويسر فلا يقيم أمامه العقبات ويسبب له مشاكل أو صعوبات إلا بسبب مشروع. فإن القواعد العامة للعقود الملزمة للجانبين تقتضي بأن العقد شريطة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب قررها القانون.[1]

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 224، د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 7، الإيجار والعارية، طبعة نقابة المحامين، تحديث المستشار أحمد مدحت المراغي، 2006، ص. 158، د. اسامه محمد طه، المرجع السابق، ص. 251.

المطلب الثاني

التزام المقاول الاصلي بالتسلم من المقاول من الباطن

في عقد المقاولة من الباطن إن التزام المقاول من الباطن بتسليم الشيء المصنوع إلى المقاول الأصلي وهو التزام تسلم أوجبه المشرع على المقاول الأصلي تسلم الشيء المصنوع ونقل حيازته من المقاول من الباطن إليه والانتفاع به باعتبار التسليم والتسلم هو الهدف النهائي الذي سعى أطراف العقد لإنجازه، وحيث أن الفقه المصري عرفَّ التسليم بأنه تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه وهذا التعريف هو فعلا ما يقوم به المقاول الاصلي باعتباره رب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن، ويقوم بالفحص والمعاينة قبل تسلم العمل ومدى مطابقته لشروط العقد وبنوده والموافقة عليه يعني تقبل للعمل وهذا يختلف في عقد البيع وعقد الإيجار، وذلك هو مجرد الاستيلاء المادي على العمل بوضع اليد عليه فعلا أوحكما.[1]

إن محل التسليم هو العمل المطلوب إنجازه في عقد المقاولة من الباطن والتسليم والتسلم هما وجهان لعملة واحدة وذلك أن التسليم يقع على الشيء المراد تسليمه والملزم بالتسليم هو المقاول من الباطن وهو الذي يقوم بتسليم ما أنجزه من عمل

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 228.

طبقا لشروط عقد المقاولة من الباطن ويقدم هذا الشيء إلى المقاول الأصلي وعليه أن يتسلمه.[1]

وأما طرفي التسليم فهما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وحيث نصت المادة 655 مدني مصري على أنه" متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف، رب العمل وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات."

ويتضح من النص أنه على عاتق المقاول الأصلي والذي هو رب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن أن يتسلم العمل بنفسة أو بواسطة معاونيه من أهل الخبرة وذلك لكي يتمكن من فحص ومعاينة مع التأكد من إتمام التنفيذ ومطابقته لكافة شروط العقد، وتقضي به قواعد وأصول المهنة.[2]

إن المقاول الأصلي هو الملتزم بالتسلم أو من ينوب عنه وعند التسلم وبالتوقيع على المحضر تبرأ ذمه المقاول من الباطن من التزامه ويعتبر التسلم مخالصة تعطى من المقاول من الباطن إلى هذا الأخير عن تنفيذه عمله تجاه المقاول الأصلي فإذا لم يتسلم العمل أو تقاعس من الاستلام وبعد أن أعذر من المقاول من الباطن. ومن ثم للمقاول من الباطن الحق بالرجوع على المقاول الأصلي طبقا

(1) د. عبدالحميد عثمان، المرجع السابق، ص. 32، د .مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 236.

(2) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 233، د. ايلي مسعود، المرجع السابق، ص. 113.

للقواعد العامة والمطالبة بالتعويض. بخصوص الطرف الثاني وهو المقاول من الباطن باعتباره الطرف الذي توضع أعماله للفحص والمراجعة، وهو الطرف الدائن في عملية التسلم. وإذ إن التسلم دائما يكون لمصلحته لأنه سوف تبرأ ذمته في كافة الالتزامات المترتبة عليه في عقد المقاولة من الباطن وحيث إن المقاول من الباطن قد يكون شخصا أو عدداً من المقاولين، إذا كان شخصا واحدا فإن التسليم يكون منه، أما إذا كان عدة مقاولين فهنا نكون بصدد عقود مقاولة وعدد من المقاولين من الباطن.[1]

إن المقاول من الباطن هو الملتزم بتسليم العمل للمقاول الأصلي وهو أساس هذه العملية، وهناك صورا للتسليم منها:

1- التسلم الصريح هو أن يتم التسليم بتراض بين الطرفين وحيث لا تثور أي مشاكل بين أطرافه إذا ما تم في حضورهم سواء كان التسليم شفاهه أو كتابة وغالبا ما يكون كتابيا لتسهيل مهمة الإثبات.[2]

2- التسلم الضمني هو اتخاذ موقف معين يصدر عن إرادة واعية في تسليم العمل محل التعاقد وتقبله وذلك بأن يقوم المقاول الأصلي بوضع يده على

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 238.

(2) د. رأفت محمد احمد حماد، المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص. 83-84، د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 244.

العمل وتصرف به والانتفاع أو التأجير فهنا يعتبر تسليم العمل ضمنيا واعتباره بقبول العمل إذا كان العمل قد اكتمل.[1]

وحيث إن طريقة التسلم تختلف بطبيعة العمل أو الشيء المصنوع وذلك أن المشاريع الكبيرة يتم التسليم بمحضر يوقع طرفا التعاقد على هذا المحضر فإذا كان محل المقاولة هو إصلاح شيء موجود كسباك يصلح مواسير المياه، فإن صاحب العمل يفترض تسلم العمل بعد انتهاء المقاولة منه ويقوم صاحب العمل بتجربته والرضاء عنه، أما التسليم في العقار فيكون بعد تخلي المقاول له واستيلاء صاحب العمل عليه وممارسة حقوقه التى يستمدها من الملكية وغيرها من الحقوق.[2]

ويترتب على تسلم المقاول العقار إعفاء المقاول من الباطن من العيوب الظاهرة وبموجبه ينتقل عبء حراسة العمل من المقاول من الباطن إلى المقاول الأصلي.[3]

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 247، د. رأفت محمد احمد حماد، المرجع السابق، ص. 89.

(2) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 254، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص. 54، د. رافت حماد، المرجع السابق، ص. 102.

(3) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 258.

المطلب الثالث

الالتزام بدفع الأجر

تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وذلك أن المقاول الأصلي قد تعاقد مع مقاول من الباطن في عقد مقاولة بأن يدفع الأجر مقابل العمل من المقاول من الباطن، وحيث أن المقاول من الباطن سلم العمل إلى المقاول الأصلي بعد الانتهاء منه طبقا للعقد، وبالتالي فإن على المقاول الأصلي أن يلتزم بتنفيذ التزامه بدفع الأجر المتفق عليه في عقد المقاولة من الباطن، والتزام المقاول الأصلي بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن هو التزام عقدي لأن عقد المقاولة من الباطن من عقود المعاوضة حيث يقدم المقاول عمله أو عمله والمادة مقابل أن يقدم المقاول الأصلي الأجر. وحيث يعتبر الأجر عنصرا جوهريا في عقد المقاولة لا يتم العقد بدونه، وذلك أن الأجر في عقد المقاول من الباطن ركنا من أركانه لأنه من عقود المعاوضة إلا إذا كان عقدا من عقود التبرع، وهذا ما أكدته نص المادة 646 مدني مصري على أن" المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". فإذا أنجز المقاول من الباطن عمله المتفق عليه بعقد المقاولة من الباطن يستحق مقابله أجراً، وبالتالي فإن المقاول الأصلي يدفع الأجر للمقاول من الباطن وفقا

لعقد المقاولة من الباطن وليس لعقد المقاولة الأصلي، وذلك أن المقاول من الباطن ليس طرفا في عقد المقاولة الأصلي.

إن عقد المقاولة الأصلي يختلف عن عقد المقاولة من الباطن، وذلك أن اتفاق المقاول الأصلي مع رب العمل على أجر معين مقابل العمل الذي سوف يسلمه إياه، يختلف عن الأجر في عقد المقاولة من الباطن حيث إن الأجر في عقد المقاولة من الباطن أقل من الأجر في العقد الأصلي لكي يحقق المقاول الأصلي ربحا بمقدار فرق الأجر بين العقدين الأصلي ومن الباطن ويجب أن يكون الأجر جديا بحيث تتجه إرادة المتعاقدين على تنفيذه، وذلك أن تتجه ارادة رب العمل بدفع الأجر، وأن تتجه إرادة المقاول باستيفائه وإلا كان الأجر صوريا، وبالتالي فإن العقد لا يكون عقد مقاولة وإنما عقد غير مسمى.[1]

ويجب أن يكون الأجر بقدر العمل، ولا يكون الأجر تافها بحيث لا يقبله العقل مقابل العمل الذي سوف يقوم به المقاول.

وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين:-

الفرع الأول: مفهوم الأجر وتعيينه وتعديله.

الفرع الثاني: جزاء بالالتزام بدفع الأجر.

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 269، د. حسين كيرة، دروس في القانون العمل اللبناني، بيروت، مكتبة الكاتب، ص. 200، د. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، ط1977، ص. 232.

الفرع الأول

مفهوم الأجر وتعيينه وتعديله

أولا- مفهوم الأجر:

للأجر أهمية بالغة في عقد المقاولة من الباطن لأنه ركن من أركانه، ويجب بيان مفهومه وجنسه فالأجر في عقد المقاولة من الباطن هو المال الذي يدفعه المقاول الأصلي مقابل العمل الذي يؤدية المقاول من الباطن ولذا يشترط في الأجر أن يكون متقوما وحيث إن الأجرين وهو ما يدخل ذمة المقاول من الباطن مقابل العمل الذي يؤديه لصالح المقاول الاصلي تنفيذا لعقد المقاولة من الباطن فالأجر بغض النظر عن الاسم الذي يطلق عليه أو الطريقة التي سيحتسب بمقتضاها وهو المقابل القانوني للعمل. حيث يصح الأجر أن يكون نقداَ أو سلعا أو عملا أو خدمة أو غيرها مما يشكل قيمة مادية في التعامل، فإن للأجر توابع يجب أن تضاف إليه بحيث يلزم المقاول الأصلي بها، ومثال ذلك: نفقات دفع الأجرة في حالة وجود نفقات خاصة مثل: الحوالة البديلة أو بطريقة التحويل على مصرف أو عن طريق الصراف أو غيرها من نفقات.

ويستوي أن يكون الأجر نقدا أو عينا، وفي غالب الأحيان يكون نقودا تدفع من المقاول الأصلي إلى المقاول من الباطن، وقد يكون مقسما على دفعات حسب إنجاز العمل أو يدفع دفعة واحدة بعد الانتهاء من العمل نهائيا حسب الاتفاق في

عقد المقاولة من الباطن فيجوز أن يكون الأجر منقولا أو عقارا، ومثالاً على ذلك: أن يقوم المقاول من الباطن بالعمل بالمقابل نقل ملكيات له أو منزل أو أرض.[1]

ثانيا– تعيين الأجر:

إن عقد المقاولة من الباطن هو المرجع في تحديد الأجر، وعلى المقاول الأصلي أن يفي به أي أن يتفق في عقد المقاولة من الباطن على الطريقة التي يحسب الأجر بمقتضاها، فالمقاول الأصلي يلزم بأداء الأجر للمقاول من الباطن باعتبار عقد المقاولة من الباطن من عقود المعاوضة، حيث يعتبر الأجر محل التزام المقاول الأصلي، ولذلك يجب أن يكون البدل معيناً أو قابلاً للتعين والأصل أن التراضي عن الأجر يتطلب أن يكون معينا في العقد، عندما يتفق المتعاقدان على تحديده في العقد ولهم الحرية في تحديد مقدار الأجر لما كان الأجر ضروريا في عقد المقاولة، فإن ليس بالضرورة بتعين مقداره ولكن في حالة أنه لم يتفق على مقدار الأجر لعدم الاتفاق عليه بعد أن تعرض له فإن عقد المقاولة من الباطن يكون باطلا لانتفاء أحد أركانه، وإذا كان المتعاقدان لم يتعرضا للأجر وسكتا عنه وهنا تكون المقاولة صحيحة وبالتالي يتكفل القانون بتحديد الأجر المفروض على المقاول الأصلي دفعَهُ حيث يتم تحديد الأجر بإحدى الطريقتين:[2]

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 270، د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام المقاولة، ط1،مطبعة أوفست الوسام 1976، ص. 42.

(2) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 271، د. مصطفى الجالرحي، المرجع السابق، ص.72.

1- تحديد الأجر باتفاق المتعاقدين

الأصل في عقد المقاولة أن يتم الاتفاق على طريقة احتساب وتحديد الأجر، وحيث يكون الأجر محددا عند اتفاق كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في العقد حيث إن المتعاقدين أحرار في تعين مقداره، وتختلف طريقة تحديد دفع الأجر في عقد المقاولة من الباطن عن عقد المقاولة الأصلي وقد يكون حدد الأجر في عقد المقاولة الأصلي، أما في عقد المقاولة من الباطن لم يتطرق إلى مقدار الأجر وبالتالي فالقانون يتكفل بتحديده.

وقد لا يكون مقدار الأجر في عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن متساويا وغالبا ما يكون الأجر في عقد المقاولة من الباطن أقل من عقد المقاولة الأصلي، وقد لا يكون الأجر بنفس الطريقة لأن كل عقد منفصل عن الآخر وقد يتحدد الاجر بصورة واضحة بحيث يعلم مقداره من وقت إبرام العقد وقد يتحدد بصورة ضمنية، ومن صور التحديد الضمني أن يتبين من طرفي التعاقد أن المتعاقدين نويا اعتماد الأجر المتداول في الحرفة أو المهنة أو الأجر الذي جرى التعامل بينهما إذا سبق أن أنجز المقاول أعمالا في نفس النوع محل العقد لرب العمل (المقاول الأصلي). [1]

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 272، د. محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س 2، ص. 66.

2- تحديد الأجر بواسطة القانون:

طريقة تحديد الأجر بواسطة القانون لا يجوز الرجوع إليها إلا في حال عدم الاتفاق بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي على تحديد الأجر(ضمناً) ومما لا شك فيه أن المتعاقدين الذين لم يحددا الأجر عند إبرام العقد يستطيعا تحديد الأجر بعد ذلك بالاتفاق بينهما، وفي هذه الحالة يلتزم المقاول الأصلي بدفع هذا الأجر كما لو كان اتفقا عليه وقت التعاقد، أما إذا لم يتفق الطرفان المتعاقدان على مقدار الأجر قبل إنجاز العمل ولا حتى بعد إنجازه واختلفا على مقدار الأجر، وبالتالي يحدد الأجر بواسطة القانون وهذا ما نصت عليه المادة 659 مدني مصري" وإن لم يحدد الأجر سلفا وجب في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول" وكذلك نص المادة 660 فقرة 2 مدني مصري" فإن لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقا للعرف الجاري".

فالمشرع المصري هنا اعتمد تحديد العمل والنفقات التي انفقت في سبيل إنجازه، وعلى القاضي في تقديره لقيمة الأجر يجب أن يراعي الآتي:-

1- العرف الجاري في كل صنعة ومهنة.
2- طبيعة العمل، فقد يكون العمل معقدا ويحتاج لمهارة كبيرة، وقد يتضمن تبعات جسام أو مسؤولية يتعرض لها المقاول.
3- كمية العمل المنجز، فالأجر والمقاول يختلف باختلاف العمل المنجز فلا يحق للمقاول أن يأخذ أجره إلا بما يناسب العمل الذي أتمه.

4- والوقت الذي استغرقه العمل.

5- النفقات التي تكبدها المقاول بما فيها أثمان الموارد المقدمة منه وأجور العمال.[1]

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بالتزام بدفع الأجر

الأصل أن الأجر لا يدفع كاملاً إلا بعد إنهاء العمل المتفق عليه وهذا ما نصت عليه المادة 656 مدني مصري أنه" يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل، إلا إذا قضي العرف أو الاتفاق بغير ذلك."[2] وعلى المقاول الأصلي أن يلتزم بدفع الأجر الى المقاول من الباطن وذلك حسب الشروط المتفق عليها أو حسب العرف، ولكي يستحق المقاول من الباطن الأجر يشترط عليه أن يكون أوفى بجميع التزاماته المرتبطة بدفع الأجر.[3]

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 273- 274.

(2) تقابلها المادة 885 من قانون المعاملات المدني الاماراتي حيث نصت بأنه" يلتزم صاحب العمل بدفع البدل عند تسليم المعقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك." ولقد استعمل المشرع الاماراتي كلمة البدل عوضا عن كلمة الاجر وذلك لان كلمة البدل تشمل الاجر والثمن.

(3) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص .280.

ويرى بعض الكتاب بأنه :"إذا كان المقاول لم يقم بتنفيذ التزام من التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة، كان لرب العمل أن يمتنع عن دفع الأجر إليه وأن يحبسه في يده، ولا يعتبر في هذه الحالة مخلا بالتزامه لأن امتناعه كان مشروعا."[1]

وهذا ما قضت به محكمة نقض أبوظبي في الطعن رقه 552 لسنة 2009 تجاري" على أنه وفقا لنص المادة 247 من قانون المعاملات المدنية يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ بما التزم به من غير حاجه إلى تنبيه أو حكم بفسخ العقد."[2]

وأما بخصوص اخلال المقاول الأصلي بالتزامه للمقاول من الباطن ذلك بامتناعه عن دفع الأجر في وقت استحقاقه دون سبب مشروع، أو أراد دفعه في غير المكان المتفق عليه لدفع الأجر، أو أن ميعاد الدفع قد حل ولكن المقاول الأصلي تأخر في الدفع عن ذلك الموعد، فإن في هذه الحالة يحق للمقاول من الباطن أن يطالب بحقه طبقا للقواعد العامة وذلك بالقيام بالإجراءات التالية:-

1- رفع دعوى مباشرة في مواجهة رب العمل الأصلي لمطالبته بقدر المبلغ الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى وذلك استنادا للمادة 662 مدني مصري، أما القانون المعاملات المدني

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 280، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 156 ق 130.

(2) محكمة نقض أبوظبي، الطعن رقم 552 لسنة 2009 تجاري، جلسة 2009/08/19، ص. 1027.

الإماراتي اشترط الإحالة في نص المادة 891، لذلك إذا أراد المقاول من الباطن رفع دعوى على رب العمل الأصلي فعليه رفعها بالدعوى غير المباشرة أو يرفع دعوى مباشرة على المقاول الأصلي.

2- التنفيذ العيني على المقاول الأصلي، وذلك باستصدار حكم قضائي ينفذه على جميع أموال المقاول الأصلي بما فيه العمل الذي أنجزه المقاول من الباطن، كما أن للمقاول من الباطن في هذه الحالة له الحق بالمطالبة بالتعويض عن جميع ما أصابه من ضرر جراء اخلال المقاول الأصلي بالتزامه بدفع الأجر، وله أن يطالب بالفوائد عن الأجر منذ إنذار صاحب العمل بدفعها ولا يستحق الفوائد قبل الإنذار.[1]

3- المطالبة بفسخ عقد المقاولة من الباطن مع التعويض وحيث أن للمقاول من الباطن له الحق بالاختيار بين تنفيذ العقد أو فسخه وقد يختار المقاول من الباطن فسخ العقد نظرا لعدم التزام المقاول الأصلي به، وله الحق في حالة طلب فسخ العقد أن يطالب بالتعويض جراء ما أصابه نتيجة اخلال المقاول الأصلي بدفع الأجر وفقا للقواعد العامة، وذلك شرط فسخ العقد يعتبر مقدرا في العقود الملزمة للجانبين وذلك إذا امتنع أحد الطرفين عن القيام بتنفيذ العقد، وبالتالي للطرف الحق بالزام الآخر بتنفيذ العقد أو طلب فسخ العقد مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء عدم تنفيذ الأول

(1) د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 280- 281.

للعقد وعلى ما فات الآخر من كسب، فإذا طلب المقاول فسخ العقد، فالقاضي يقدر هذا الطلب فإما أن يجيبه بفسخ العقد مع تعويضه عن الأضرار الذي لحقت به، وقد يرى القاضي أنه لا يوجد مبرر لفسخ العقد وذلك إذا كان الأجر المتبقي قليل، وله الحق أن يمهل المقاول الأصلي للوفاء بالأجر.[1] وقضت محكمة نقض أبوظبي في الطعن رقم 293 لسنة 2009 على التالي" لما كان المشرع نص في المادة 272 في قانون المعاملات المدنية على أنه :

1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه. 2- ويجوز للقاضي أن يلزم المدين بالتنفيذ للحال أو ينظره إلى أجل مسمى وله أن يحكم بالفسخ وبالتعويض في كل حال أن كان له مقتضى." [2]

4- حق المقاول من الباطن حبس العمل لحين استيفاء الأجر:

حيث أن الحبس يعتبر من وسائل التنفيذ ولا يجوز للدائن استعماله إلا إذا كان حقه مستحق الاداء، فالأصل في عقود المعاوضات أن لكل من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه حتى يقبض أجره، فيكون الحق في

(1) د. السنهوري، المرجع السابق، ص. 203 ق 114، د. مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص. 280.

(2) محكمة نقض أبوظبي، الطعن رقم 293 لسنة 2009 تجاري، جلسة 2009/05/27،ج 2، ص. 685.

الحبس بوجود التزامين كل منهما يترتب على الأخر، ومرتبط به سواء كان ارتباط قانونيا كالعقد أو واقعة قانونية كالأثراء بلا سبب، ويعطي هذا الحق للدائن الذي يكون مدينا في الوقت ذاته الامتناع عن الوفاء بالتزامه حتى ينفذ المدين التزامه المترتب في ذمته للدائن وكان مرتبط به. [1]

يرجع حق الحبس الى اعتبارات العدالة و حسن النية التي يجب أن تسود المعاملات إذ مما يتنافى مع العدل لا يتقبله المنطق القانوني أن يطالب شخص بأداء ما عليه لآخر قبل أن يستوفي ماله قبل هذا الأخر. وإذا كان حق الحبس يعتبر وسيلة من وسائل التنفيذ لذلك يجوز للمقاول من الباطن أن يحبس العمل المكلف بإنجازه إلى أن يتولى المقاول الأصلي دفع ما بذمته من أجور مستحقه الدفع للمقاول من الباطن.

أما إذا كان عمل المقاول من الباطن ردم أو حفر في مكان تحت حيازة مالكه فليس للمقاول الحق في حبس هذا المكان حتى يستوفي أجر العمل الذي قام به، لأن المكان لم يخرج من حيازة مالكه حتى يمكن حبسه، ويجوز ممارسة حق الحبس بالنسبة الجزء المتبقي من الأجر على الأشياء التي تحت يد الصانع. وإذا تم الاتفاق بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن على أن يدفع المقاول الاصلي الاجر كلما انهى المقاول من

(1) د. عبد المجيد عبدالحكم، د. عبد الباقي البكر ،أحكام الالتزام 2، وزارة التعليم العالي – العراق، ط 1980، ص. 137، د. عبد الرزاق حسين يس، ، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،1987.، ص. 299.

الباطن جزء من العمل، فإن تسلم المقاول من الباطن الأجر مقابل جزء من العمل الذي قام به يمنع عليه من حبس الجزء المنجز من العمل، ولكن يحق للمقاول من الباطن في حبس الجزء المتبقي من العمل الذي قام به ولم يستلم اجره.[1]

وتنص المادة 419 من القانون المعاملات المدنية الاماراتي على أنه:

"1- ينقضي الحق في الاحتباس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه مالم ينص القانون على يد غير ذلك.

2- ومع ذلك يجوز لمن احتبس الشيء اذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته يطلب استرداده خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروجه من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه."[2] ويقابل هذا النص المادة 248 من القانون المدني المصري،[3] اذا سلم المقاول من الباطن محل العقد للمقاول الاصلي فإن حقه يسقط في

(1) د. مصطفى كامل عصيمي ، المرجع السابق، ص. 282- 283

(2) قانون المعاملات المدنية الاماراتي، المرجع السابق، ص. 81.

(3) تنص المادة 248 فقر 2 من القانون المدني المصري على ما يلي " ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد الحائز او محرزه".

الحبس، ويستطيع المقاول الاحتجاج بالحبس في مواجهة رب العمل وورثته وخلفه الخاص، و في مواجهة الدائنين العاديين والممتازين.[1]

- حيث أنه ينقضي حق المقاول من الباطن في الحبس إذا استلم أجره من المقاول الاصلي أو قدم الأخير تأمينا كافيا للمقاول من الباطن يضمن حقه على أجره، وبالتالي ليس له حق الحبس أو الامتناع عن التنفيذ لأن حكمة الحبس ضمان الحصول على الالتزام المقابل، فإن كان الوفاء مضمونا فليس للمقاول الحق فتمسك بالحبس.

(1) د.عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات والاحكام ،دار النهضة العربية، س 1986، ص. 217-219، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 102، فقرة 82.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع التزامات المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن في عقد المقاولة نورد فيما يلى أهم النتائج التي توصلنا إليها :

1. يجب على المقاول الأصلي تسهيل عمل المقاول من الباطن وتمكينه من إنجاز عمله وذلك بأن يقوم بكل الأعمال المفروضة عليه لكي يستطيع المقاول من الباطن بإنجاز العمل دون تأخير. إن المقاول الأصلي ملتزم أن يقدم كل تصرف من شأنه أن يسهل للمقاول من الباطن مباشرة عمله.
2. يلتزم المقاول الأصلي أن يتسلم العمل بنفسة أو بواسطة معاونيه من أهل الخبرة وذلك لكي يتمكن من فحص ومعاينة مع التأكد من إتمام التنفيذ ومطابقته لكافة شروط العقد، وما تقضي به قواعد وأصول المهنة. ، والمقاول الأصلي هو الملتزم بالتسلم أو من ينوب عنه وعند التسلم وبالتوقيع على المحضر تبرأ ذمه المقاول من الباطن من التزامه ويعتبر التسلم مخالصة تعطى من المقاول من الباطن إلى هذا الأخير عن تنفيذه عمله تجاه المقاول الأصلي . وإذا لم يتسلم المقاول الأصلي العمل أو تقاعس من الاستلام وبعد أن أعذر من المقاول من الباطن. فإن للمقاول من الباطن الحق بالرجوع على المقاول الأصلي طبقا للقواعد العامة والمطالبة بالتعويض.

3. يلتزم المقاول الأصلي بأن يدفع للمقاول من الباطن الأجر مقابل العمل .والتزام المقاول الأصلي بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن هو التزام عقدي لأن عقد المقاولة من الباطن من عقود المعاوضة حيث يقدم المقاول عمله أو عمله والمادة مقابل أن يقدم المقاول الأصلي الأجر. ويجب أن يكون الأجر جديا بحيث تتجه إرادة المتعاقدين على تنفيذه، وذلك أن تتجه ارادة رب العمل بدفع الأجر، وأن تتجه إرادة المقاول باستيفائه وإلا كان الأجر صوريا، وبالتالي فإن العقد لا يكون عقد مقاولة وإنما عقد غير مسمى.
4. الأصل في عقد المقاولة أن يتم الاتفاق على طريقة احتساب وتحديد الأجر، وحيث يكون الأجر محددا عند اتفاق كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في العقد حيث إن المتعاقدين أحرار في تعيين مقداره، وتختلف طريقة تحديد دفع الأجر في عقد المقاولة من الباطن عن عقد المقاولة الأصلي وقد يكون حدد الأجر في عقد المقاولة الأصلي، أما في عقد المقاولة من الباطن لم يتطرق إلى مقدار الأجر وبالتالي فالقانون يتكفل بتحديده. أن الأجر في عقد المقاولة الأصلي يختلف عن نظيره في عقد المقاولة من الباطن، فالأجر في عقد المقاولة من الباطن أقل من الأجر في العقد الأصلي لكي يحقق المقاول الأصلي ربحا بمقدار فرق الأجر بين العقدين الأصلي ومن الباطن .

5. يصح أن يكون الأجر في عقد المقاولة من الباطن نقداً أو سلعا أو عملا أو خدمة أو غيرها مما يشكل قيمة مادية في التعامل، وللأجر للأجر توابع يجب أن تضاف إليه بحيث يلزم المقاول الأصلي بها، ومثال ذلك: نفقات دفع الأجرة في حالة وجود نفقات خاصة مثل: الحوالة البديلة أو بطريقة التحويل على مصرف أو عن طريق الصراف أو غيرها من نفقات. والغالب أن يكون الأجر نقدا يدفع من المقاول الأصلي إلى المقاول من الباطن، وقد يكون مقسما على دفعات حسب إنجاز العمل أو يدفع دفعة واحدة بعد الانتهاء من العمل نهائيا حسب الاتفاق في عقد المقاولة من الباطن ثانيا– تعيين الأجر

6. الأصل أن الأجر لا يدفع كاملاً إلا بعد إنهاء العمل المتفق عليه حيث يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل، إلا إذا قضي العرف أو الاتفاق بغير ذلك. وعلى المقاول الأصلي أن يلتزم بدفع الأجر الى المقاول من الباطن وذلك حسب الشروط المتفق عليها أو حسب العرف، ولكي يستحق المقاول من الباطن الأجر يشترط عليه أن يكون أوفى بجميع التزاماته المرتبطة بدفع الأجر. ويرى بعض الكتاب بأنه إذا كان المقاول لم يقم بتنفيذ التزام من التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة، كان لرب العمل أن يمتنع عن دفع الأجر إليه وأن يحبسه في يده، ولا يعتبر في هذه الحالة مخلا بالتزامه لأن امتناعه كان مشروعا.

7. إذا اخل المقاول الأصلي بالتزامه للمقاول من الباطن ذلك بامتناعه عن دفع الأجر في وقت استحقاقه دون سبب مشروع، أو أراد دفعه في غير المكان المتفق عليه لدفع الأجر، أو أن ميعاد الدفع قد حل ولكن المقاول الأصلي تأخر في الدفع عن ذلك الموعد، فإن في هذه الحالة يحق للمقاول من الباطن أن يطالب بحقه طبقاً للقواعد العامة .