عقد المقاولة من الباطن في القانونين
(الاماراتي والفرنسي)

La sous-traitance dans le droit émirati et le droit français

إعداد

د/ سنان الشطناوي
استاذ مساعد قانون خاص
جامعة الشارقة

د/ محمد العزام
استاذ مساعد قانون خاص
جامعة ابو ظبي

الملخص

مع تطور المجال الاقتصادي، اصبح عقد المقاولة من الباطن جزء لا يتجزأ من العقود المسماة الاكثر شيوعا ورواجا في العالم، والتي تعهد بها شركة إلى أخرى لتنفيذ المهام وفقا لما هو مقرر سلفا وبالمواصفات التي تم الاتفاق عليها لإنجاز كل أو جزء من العمل في الإنتاج أو الخدمة التي تحتفظ بالمسؤولية، وكما تبدو لنا اهميته كعقد عمل، استنادا إلى الاتفاق بين اطرافه والمحددة مع الالتزام بتحقيق نتيجة، واعتبارها كذلك اتفاقية شراكة مع شركة ترتبط بها علاقات عمل، فهي مهمة في عمليات الإنتاج وتعمل به الشركات ليعهد بوضائفها لموردين متخصصين وهي فعالة كي تؤدي في نهاية المطاف إلى شراكة في العمل. ويأتي استخدام عقد المقاولة من الباطن عندما تعتقد شركة أن ليس لديها الوقت الكافي أو الخبرة الفنية والمعدات اللازمة لإنجاز عمل معين، لتستعين بمقاول اخر. في هذه الحالة، غالبا ما يكون لها دور مباشر في مفهوم المنتج والعلاقات بين الشريكين يتم وضعها على مستوى التبعية ولكن بتحقيق المساواة والالتزامات المتبادلة. وغالبا ما تقوم به الشركات المتوسطة والكبيرة التي تستخدم التعاقد من الباطن. ومع ذلك، حدث تغير كبير في السنوات الأخيرة في دولة الامارات العربية المتحدة لتطورها العمراني خصوصا. حيث أصبح استخدام السوق لعقود المقاولة من الباطن على نحو متزايد، مما يؤدي بالنتيجة إلى اصدار تقنين قانوني ليكون اكثر ترابطا ووضوحا، من هنا جاءت دراستنا لهذا الموضوع مقارنة مع القانون الفرنسي الذي جعل له مواد خاصة ومنفردة، محاولين ايجاد الحلول للمنازعات القائمة بين الأطراف وصياغة قواعد قانونية جديدة تحكمه.

Abstract

With the economic development, the subcontract became an integral part of the most common labeled contracts in the world. Indeed, it is a referral of the work from the responsible firm to another to implement it based on the specifications that have been agreed on. Besides, the subcontract is as important as the employment contract. Based on the agreement between the two parties in the subcontract, a specified result should appear. This subcontract is also considered as a partnership agreement with a company linked to a business relationship. Therefore, using subcontract forms authorize companies to complete their obligations. In addition, it is an effective strategy that leads to a business relationship. For example, a company with an insufficient technical experience or limited time and equipment to complete a specific task might transmit its tasks to a subcontractor. In this case, the second party will play a direct role in the production and partnership due to the equality and mutual obligations.

Usually subcontract forms are adopted by medium and mature companies. However, massive development changes occurred in the United Arab Emirates during the last few years especially in the structural development. Furthermore, the usage of the subcontracting agreement has increased in the market since the last decade, and this may lead to an effective legislation. From this point, our study to this subject came compared with the French legislation which specifies clauses for this subject. In this study we try to find solutions for the current dispute and wording new legal roles to govern this subject.

المقدمة

أولا: التعريف بموضوع البحث:

يقوم عقد المقاولة عند توفر عدد من العمال يباشرون عملاً تحت اشراف الادارة على عنصرين اساسيين الأول وهو عمل لتنفيذه وثاني وهو سلطة ادارية. غالبا ما يدعى الطرف الأول بالمستفيد او صاحب العمل او رب العمل، بموجب هذا العقد يطلب انجاز عملا ليقوم به شخص اخر هو المقاول يقدم العمل كوحدة أو وحدات لسلعة أو خدمة أو خدمات.

ويعتبر هذا العقد ذات طابع اقتصادي بالأساس كالإنتاج والبيع وطابع اجتماعي بتقديمه خدمات معينة، وأنه عقد تبادلي ينتفع منه الطرفان. وعقد المقاولة يكون اما بصورة مباشرة أو أصلية بين المقاول والمستفيد، وهي الصورة المعروفة وغالبة الوقوع لإبرام العقد حيث يتم باتفاق مباشر بين المقاول المنفّذ، وبين المستفيد، حسب الاتفاق المبرم بينهما، بمقتضى عقد المقاولة، وطبقاً للشروط الواردة فيه. وقد وتكون أحكامها متطابقة مع شروط وأحكام عقد المقاولة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والتي نصت عليها المواد (٨٩٠-٨٩١) وهي المرجع الأول. وكذلك فان العلاقة بينهما تنظمها أحكام القانون المدني الفرنسي في المادة (١٧٩٢ فقره٤-٢) بداية ومن ثم قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥ الذي يحتوي على ١٥ مادة. وكذلك قانون العمل بالمادة (L.8211-1) . واخيرا المرسوم لقانون الاشغال أو الأعمال العامة في المواد (١١٢، ١١٣، ١١٤). وأيضا المادة ٣٢٤-٤ ر من قانون العمل وما يتعلق بالمواد ٥٢ و ٥٣ و ٥٤ و ٢٥٩ من قانون المشتريات؛ ووفقا للمادة L 124-8 ل من قانون العمل المؤقت. وقد يتم الرجوع إلى الفيديك سواء في القانون الاماراتي او القانون الفرنسي كمرجع لهما.

وغالبا لا تثير هذه الصورة إشكالات تتعارض مع طبيعة عقد المقاولة حيث يتعهد المقاول بتنفيذ العمل المطلوب منه بحسب المواصفات المقاييس التي يزوده بها صاحب العمل سواء قدم المواد مع العمل أو قام بالعمل فقط. ففي هذه الصورة يتفق المقاول مباشرة مع المستفيد ، وينفذ العمل بنفسه دون حاجة إلى التعاقد مع غيره لتنفيذ ما تم الاتفاق عليه في العقد. فالمقاول يقوم بالعمل المعهود به إليه بشكل مستقل، ولا يكون بتنفيذه عمله تحت رقابة وإشراف أو توجيه المستفيد اورب العمل، فالمقاول هو من يختار وسائل التنفيذ والوقت الذي ينفذ العمل متى كان مطابقاً للاتفاق في العقد ووفق ما تفرضه عليه الأصول الفنية لمهنته، ولكن تثور المشاكل عندما يقوم المقاول بالاستعانة بمقاول اخر لإنجازه العمل المتعاقد عليه مع صاحب العمل وهو ما يعرف بالمقاولة من الباطن. ولشيوع هذا العقد في التطبيق العملي ونظراً لما تشهده دولة الامارات العربية المتحدة من ثورة في قطاع المقاولات باختلاف انواعها وبشكل متزايد ولخلو التشريع الاماراتي إلى تشريع خاص يضبط عقد المقاولة من الباطن حيث يطبق عليه القواعد العامة ،لذلك كان لابد من الرجوع إلى التشريعات الفرنسية حيث ان المشرع الفرنسي كان له باع طويل فإفراد قانون للمقاول من الباطن واعتبره من العقود المسماة وعليه يوجد في فرنسا ثلاثة قوانين يمكن الاستفادة منها في هذا الصدد، بالإضافة إلى التطبيقات القضائية الفرنسية للإحاطة بعقد المقاولة من الباطن من حيث تعريفه وصوره والطبيعة القانونية له والتطبيقات العملية المتعلقة به.

ثانياً: مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في عدم تنظيم القانون الاماراتي لأحكام عقد المقاولة من الباطن في تشريع خاص وتركها للأحكام العامة مما يجعلنا نتلمس أحكامها من خلال أحكام القانون والقضاء والفقه الفرنسي .

ثالثاً: اهمية البحث

الإجابة عن التساؤل التالي هل استطاع القضاء الاماراتي في ظل غياب تشريع خاص بهذا العقد تطويع القواعد العامة لتحقيق التوازن بين طرفي العقد .

رابعا : منهج البحث:

إن البحث في عقد المقاولة من الباطن في إطار دراسة مقارنة بين القانونين الاماراتي والفرنسي يحتاج إلى جهد كبير، نظرا لتشعب هذا الموضوع، مع قلة الكتابات المتخصصة فيه، الأمر الذي اقتضى من الباحثين الرجوع إلى الأحكام القضائية لإثراء البحث، فيكون شاملا بين النظرية والتطبيق، فقام الباحثين بمقارنة النصوص التشريعية في كل من القانونين الإماراتي والفرنسي بالشرح والتحليل من أجل معرفة الجوانب الإيجابية والتركيز عليها، وأيضا معرفة الجوانب السلبية وتفاديها في كلا التشريعين، ودراسة آراء الفقهاء في كل جانب، وترجيح ما يمكن ترجيحه. واستخدم الباحثين في البحث المنهج الوصفي لرصد النصوص القانونية، واستعين بالمنهج التحليلي لشرح هذه النصوص، ثم اعتمد بعد ذلك المنهج المقارن ليكون الوسيلة التي من خلالها يسعى إلى ترجيح ما هو ملائم للحاجة العملية من جهة، ومحققا للعدالة من جهة أخرى.

خامسا : خطة البحث: يتكون هذا البحث من ثلاثة مباحث وخاتمة على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية عقد المقاولة الثاني وانواعه.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للعقد المقاولة من الباطن.

المبحث الثالث: الإجراءات المتبعة للقيام بأعمال المقاولة.

المبحث الرابع: علاقات عقد المقاولة من الباطن.

المبحث الأول

ماهية عقد المقاولة من الباطن وانواعه ومزاياه

نبحث ماهية هذا العقد من خلال المطلب الأول اما المطلب الثاني فيتصدى لأنواع عقد المقاولة من الباطن والمطلب الثالث سوف يتصدى لمزايا هذا العقد وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

ماهية عقد المقاولة من الباطن

لقد خلا قانون المعاملات الاماراتي من تعريف محدد للمقاول من الباطن ولم يحدد أن الشخص الذي يقوم بالعمل هو صاحب العمل في عقد المقاولة ، وعرف عقد المقاولة بأنه :" عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الأخر"[١]. والذي يبين لنا المقصود برب العمل، بأنه الطرف الذي يؤدي العمل لصالحه مقابل دفعه أجرا عن العمل المطلوب لشخص المقاول وأيضا عرفته المادة(١٣١٥) من القانون المدني الفرنسي: "كل من يدعي أداء واجب أو عمل يجب أن يثبته. على العكس، يجب على المرء أن يصدر تبريرا بدفع أو حقيقة أن المنتج من هذا العمل ومن التزاماته ". [٢] ، وكما ورد باعتباره عقد استصناع في الفقه

(١) انظر المادة (٨٧٢) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي الاماراتي رقم٥ لسنة ١٩٨٥.

(2)Article 1315 du code civil: « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement، celui qui se prétend libéré =

الاسلامي مبينا: (فالإستصناع هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع)[١].

اما بالنسبة للمتعاقد الثاني هو عبارة عن عقد من الباطن (عقد فرعي) يعطى لشخص طبيعي أو اعتباري بناءً على عقد رئيسي تم إبرامه مع جهة ما تسمى "صاحبة الشغل "[٢] بتكليف شركة أو جهة أخرى تسمى (المتعاقد من الباطن)، بتنفيذ جزء من هذا العقد أو كله. للمقاول أن يوكل بالعمل كله أو جزء منه إلى مقاول ثاني إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الإعتماد على كفائته الشخصية ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الثاني تجاه رب العمل بمعنى أنّ للمقاول الأول أن يُقاول الثاني في كُل العمل أو في جزء منه ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك[٣].

ومصطلح "العقد الفرعي أو المسمى التعاقد من الباطن أو العقد الباطن" كما يظهر في القانون الفرنسي[٤]، وحدده حيث يمكن أن تقدم خدمات بشكل عام وأن يكون

=

doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

(١) تحفة الفقهاء. المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ). الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان. الطبعة: الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م. ج ٢. ص ٣٦٢.

(٢) د. طه نوري الملا حويش، التزامات المقاول في عقد المقاولة، مجلة العلوم القانونية، العدد، (٤) الجزء الثاني، السنة ١٩٩٤، ص٢٠٧.

(٣) الشرط هنا إمّا أن يكون صريحا" أو ضمنيا" يجوز استخلاصه ضمنيا" من الظروف نفسها كأن تكون طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية. فإذا قام الشك في أنّ هناك شرطا" مانعا" ضمنيا" فُسر الشك في معنى المنع فيحرم على المُقاول المقاولة من الباطن إلاّ إذا أذن له رب العمل في ذلك والمقاول من الباطن يعمل مُستقلا" عن المقاول الأصلي ويختلف في ذلك عن العامل الذي يعمل بتوجيه المقاول الأصلي وتحت إشرافه.

(٤) في القانون المدني الفرنسي عقد المقاولة، المسمى بعقد من عقود العمل في المواد ١٧٧٩-١٧٩٩، وهذا هو العقد الذي يتطلب العمل بدون تبعية، بحيث لا يعطي للعامل المقاول راتبا ولكن في الحصول على مقابل على شكل سعر.

=

بعمل صناعي منتجات أو خدمات صناعية[١]. وعليه فإنه يجوز للمقاول أن يتفق مع مقاول آخر على تنفيذ بعض الأعمال ضمن العقد الأساسي وهذا يسمى بالمقاولة من الباطن بشرط أن لا يكون هناك نص في العقد يمنع ذلك فإذا شرط صاحب العمل على المقاول أن ينفذ العمل بنفسه فلا يجوز للمقاول أن يتعاقد مع آخر لتنفيذ العمل كله أو بعضه وأما إذا لم يكن هذا الشرط موجوداً فحينئذ يجوز للمقاول أن يتعاقد مع آخر وقد يشترط أن يكون هنالك انفصال تام بين العقدين[٢].

المطلب الثاني

انواع عقد المقاولة من الباطن

هناك عدة أنواع للمقاولة من الباطن، بحسب نية المتعاملين وهي ما يتم اصلا بالاستعانة بمصادر خارجية وتكون على عدة مسميات. فماذا تعني بالمصادر الخارجية او عقد المقاولة من الباطن؟

=

Dans le code civil، le contrat d'entreprise est nommé « contrat de louage d'ouvrage » dans les articles 1779 à 1799. C'est un contrat qui oblige à un travail non subordonné، donc qui ne donne pas droit à un salaire mais à une rémunération qui prend la forme d'un prix.

(١) التعاقد من الباطن يحددها القانون المدني الفرنسي رقم ٧٥-١٣٣٤ في ٣١ ديسمبر عام ١٩٧٥،

La sous-traitance est régie par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 (J.O. du 3 janvier 1976). modifiée à plusieurs reprises.

(٢) فتاوى الإستصناع والمقاولات ص٦٥

الفرع الأول: قد تتم هذه العقود من الباطن تسمى "الشكلية de formalité ": وهي شركة ليس لديها الدراية اللازمة لتصنيع المنتج أو أداء أمر ما، تبرمه وتتولاه شركة أخرى عنها لتقوم بالعمل كمقاول اخر.

الفرع الثاني: وقد تكون هذه العقود من الباطن تسمى "القدرة decapacité": وهي الشركة غير قادرة على الوفاء، أو إنتاج أو أمر ما لشركة اخرى؛ في فرنسا، يمكن الاستعانة (مقاول اخر) اطلق عليها المقاول من الباطن بموجب القانون رقم ٧٥-١٣٣٤ في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥٢، الذي يحدد بأنها "العملية التي تعهد بين المقاول الأول مع المقاول الثاني يتعهد به الاخير للعمل عن الأول، وتحت مسؤوليته، إلى شخص آخر يكون هو من الباطن لأداء كل أو جزء من العمل لصاحب المشروع "

الفرع الثالث: وقد تكون من نوع اخر يدعى ب "استراتيجي stratégique" وذلك كما لو ارادت شركة تريد اختبار السوق قبل بدئها أو تقييم شركة قبل الشراء[1].

(1) Typologie de la sous-traitance :Il existe plusieurs types de sous-traitance1 en regard de l'intention poursuivie par le donneur d'ordre :sous-traitance dite « de formalité » : une entreprise ne disposant pas du savoir-faire nécessaire pour fabriquer un produit ou le réaliser, en passe commande à une autre entreprise؛ sous-traitance dite « de capacité » : une entreprise est dans l'incapacité de répondre, à un moment donné, à produire des commandes supplémentaires؛ sous-traitance dite « stratégique » : une entreprise désire tester un marché avant de s'y lancer ou évaluer une entreprise avant de la racheter ؛ou en regard des modalités d'exécution du contrat de sous traitance, ainsi par exemple: La sous-traitance « dans le cadre d'un marché » : une entreprise confie à une autre entreprise l'exécution d'un marché qu'elle =

الفرع الرابع: كما يمكن ان يكون التعاقد من الباطن في البناء وهذا ما وضحه المشرع الاماراتي على اعتبار ان المقاولة ترد على الهندسة والبناء، وهو ما يعرف بالعقد من الباطن لما له من أهمية كبيرة في الأشغال العامة والبناء. وقد ورد ذلك أيضا لدى المشرع الفرنسي قانون رقم ٧٥-١٣٣٤ في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ بشأن عقد المقاولة من الباطن وهي نسخة معتمدة من ١٠ أغسطس ٢٠١٤[١]. كما وتسري أحكام هذا القانون بعمليات النقل، والمقاول الأولي المتعاقد مع العميل، هو المقاول الأول الا ان هناك مقاول من الباطن (الثاني) الذي ينفذ عمليات النقل كما لو كان المقاول الرئيسي. وأيضا ينطبق هذا العقد في اعمال المقاولة إلى العقود الممنوحة من قبل الدولة والحكومات المحلية والمؤسسات والشركات[٢].

ومن الملاحظ ان تأجير المعدات لا يعتبر من عقود المقاولة. وهذا ما كرسته المحكمة العليا الفرنسية بقرارها التي أعلنت أنه لا يعتبر مقبولا في اعتبار ذلك عقد مقاولة بتأجير العمل من أجل دفع ضد صاحب العمل من قبل الشركة المسؤولة عن العمل مثاله السقالات من المبنى. في هذه الحالة قد لاحظت المحكمة أن الوثائق التعاقدية التي وضعت من قبل الشركة المعنية فقط تعاقدت على العمل باستئجار معدات

=

a conclu avec un maître d'ouvrage. Cela met donc en relation le maître d'ouvrage, l'entreprise commanditaire, et le sous-traitant.

(1) Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ، Version consolidée au 04 juillet 2016

(٢) لاحظ عقود الفيديك المعروف لدي الاتحاد الدولي للاستشارات الهندسية بالفرنسية والإنجليزية حقيقة أن المنظمة تدعى بالفرنسية (Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils) يجمل شهادة على تأسيسها في عام ١٩١٣ من قبل ثلاثة بلدان ناطقة بالفرنسية كليا أو جزئيا. الدول الأعضاء المؤسسين لفيديك كانت بلجيكا، فرنسا وسويسرا. وكذلك دولة الامارات العربية المتحدة تعمل بها ، نجد في حكومة ابو ظبي مثلا (مساندة) تعنى كثيرا في المقاولات وكمرجع اول بعد قانون المعاملات المدنية الاماراتي يرجع إلى احكام الفيديك.

لتركيب ونقل المواد، ولكن تثبت أن الشركة شاركت مباشرة في عملية البناء التي كانت فقط تعمل على استئجار المعدات لذا كان حكم المحكمة بان استئجار المعدات لا يعتبر من قبيل عقود العمل او المقاولة من الباطن.(١)

المطلب الثالث

مزايا وعيوب عقد المقاولة من الباطن

قد يكون عقد المقاولة من الباطن على اعتباره عملا ايجابيا ويهيئ الفرصة للكثير من انجاز العمل او تقديم المنافسة، وقد يعتبره الاخر عملا سلبيا يغير من اتقان العمل ويؤدي إلى تعدد الايدي والمسؤوليات بين اكثر من مقاول، لذا كان لنا رأي بمزاياه وعيوبه ندرسها في الفرعين التاليين.

---

(1)La location de matériel ne constitue pas un contrat de sous-traitance. La 3ème Chambre civile de la Cour de Cassation a jugé le 23 janvier 2002 (BICC n°553 du 1er avril 2001 n°307) qu'était légalement justifiée la décision qui déclarait irrecevable l'action en paiement dirigée contre le maître de l'ouvrage par la société chargée par un locateur d'ouvrage de l'échafaudage d'un bâtiment. Dans cette affaire le juge du fonds avait relevé que les documents contractuels établis par cette société portaient uniquement sur la location de matériel avec main-d'œuvre pour la pose, la dépose et le transport, mais qu'aucun document n'établissait que cette société ait participé directement à l'acte de construire qui était l'objet du marché principal, notamment par apport de conception, d'industrie ou de matière. Sa participation se bornait à mettre à la disposition du locateur d'ouvrage le matériel adapté dont il avait besoin pour mener à bien sa tâche. Les caractères de la sous-traitance ne se trouvaient pas réunis.

الفرع الأول :مزايا عقد المقاولة من الباطن

من اهم مزايا هذا العقد أنه قد يتم الاستعانة بعقد المقاولة من الباطن في العقود الصناعية حيث يسمح للشركة الحصول على البضائع الأولية أو الطلب لشيء غير موجود في حد ذاته، وهو امر كاف من إنتاج أو توفير ما يحتاجه العميل. كما يمكن أن يساعد أيضا على تقديم أسرع وخفض التكاليف كما يوفر عمل أفضل عندما يعهد لهم المتخصصين والحد من مشاكل العمالة في كثير من الأحيان ومن مخاطر الاختناق بسبب نمو الأعمال التجارية.

كما أن من إيجابيات المقاولة من الباطن أنها تشارك المقاول في تصنيع أو تنفيذ المنتجات التي تتعلق في مجال التكنولوجيات المتقدمة أو الخبرات الخاصة وتكون أكثر سهولة وبظروف افضل في العطاءات وبسعر أفضل.

الفرع الثاني :عيوب عقد المقاولة من الباطن

هناك عيوب ومساوئ ومخاطر تظهر بوجود عقد المقاولة من الباطن تتمثل في أن المتعاقد من الباطن قد لا يؤدي العمل كما هو متفق عليه. وأيضا تجنب العمل الرئيسي وتحد من بعض القيود التي تسبب تجميد مواد خاصة وترفع من تكاليف التخزين.

وقد يتوافر خطر في عدم حصولهم على رواتبهم عن العمل المنجز لقلة الضمانات، وهي واردة على جميع الالتزامات بين اي طرفين ابرما عقدا. لذا نرى أنه من الواجب ايجاد تشريع يعطي الضمانات الكافية سواء للمقاول من الباطن أو للعمال. إلا أنه من ناحية اخرى فان المقاول من الباطن مع اختصاصاته المحددة أو المعترف بها قد تكون قادرة على التفاوض على الأسعار مع المقاول الاصيل.

المبحث الثاني

حكمة مشروعية عقد المقاولة من الباطن والطبيعة القانونية له

بعد أن عرفنا المزايا والعيوب لعقد المقاولة من الباطن اردنا أن نوضح حكمة مشروعيته، وهل وجد من لم يجز هذا العقد ام ورد تحريمه صراحة، بالإضافة إلى دراسة طبيعته القائمة على التراضي والمحل والسبب، دون اي عيب من عيوب الارادة وباتفاق بين الأطراف دون ادنى شك، من هنا سنوضح هذا المبحث بالمطلبين التاليين.

المطلب الأول

حكمة مشروعية عقد المقاولة من الباطن

عرف عقد المقاولة بمجلة الأحكام العدلية بأنه: (مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً)[١]. وقد سمي بالاستصناع[٢] وهذا العمل إما أن يكون غير متصل بشيء معين، كنقل الأشخاص والطبع والنشر، او أن يكون متصلاً بشيء معين سواء كان

(١) محمد الزحيلي. قضاء المظالم في الفقه الإسلامي، ج ٧ صفحة ٥٣.

(٢) عقد الإستصناع، وهو: شراء ما يصنع وقفا للطلب، وهو تعاقد على معدوم وقت العقد، والأصل: منع بيع المعدوم، كما قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لحكيم بن حزام: ((لا تبع ما ليس عندك)) [حديث صحيح أخرجه أصحاب السنن]، وفي صحيفة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ((لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك)) [حديث حسن صحيح أخرجه أصحاب السنن] تيسيرُ علم أصول الفقه المؤلف: عبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب الجديع العنزي الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع عدد الأجزاء: ١، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ص ١٩٤.
في إيضاح الكرماني من باب الإستصناع: والإجارة عندنا تتوقف على الإجازة فإن أجازها المالك قبل استيفاء المعقود عليه فالأجرة له، وإن كان بعده فلا، وإن كان بعد قبض البعض فالكل للمالك عند أبي يوسف رحمه الله.

موجوداً وقت العقد أو غير موجود، وهذا الشيء لا يملكه المقاول، بل يقدمه الطرف الأخر للعقد، بل يكفي أن يكون هذا العقد قد أبرم باسمه، ولحسابه الخاص. ولا يشترط أن يكون عن طريق وكيل عنه، سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية وهو يمارس المقاول العمل عليه فقط[١].

ويمكن لنا ان نبحث مشروعيته من الناحيتين القانونية والشرعية في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول :من الناحية القانونية:

بداية لا بد لنا من السؤال عن مدى جواز توكل المقاول بالعمل كله أو جزء منه إلى مقاول ثاني في حال لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية؟ الاجابة؛ نعم يجوز ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الثاني تجاه رب العمل بمعنى أنّ للمقاول أن يُقاول الثاني في كُل العمل أو في جزء منه ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك.

والشرط إمّا أن يكون صريحا أو ضمنيا ويمكن استخلاصه ضمنيا من الظروف نفسها كأن تكون طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية.

وإذا قام الشك في أنّ هناك شرطا مانعا ضمنيا فُسر الشك في معنى المنع فيحرم على المُقاول المقاولة من الباطن إلاّ إذا أذن له رب العمل في ذلك والمقاول من الباطن يعمل مُستقلا عن المقاول الأصلي ويختلف في ذلك عن العامل الذي يعمل بتوجيه المقاول الأصلي وتحت إشرافه.

---

(١) عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٨٧، ص ٥٧٣.

وهذا الحكم نجده أيضا ورد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي بموضوع عقود العمل وتحديدا في عقد المقاولة في الفرع الثالث من الفصل الأول عن المقاول الثاني في المادتين (891 - 890) حيث نصت المادة رقم (٨٩٠) على أنه :"١. يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر اذا لم يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه. ٢- وتبقى مسئولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل." اما المادة رقم (٨٩١) فإنها بينت أنه:" لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا اذا أحاله على صاحب العمل"

الفرع الثاني :من الناحية الشرعية:

استنادا إلى أحكام عقد بيع الاستصناع في الفقه الاسلامي فإننا نستطيع من خلال أحكام عقد المقاولة يمكن التوصل إلى حكم المقاول من الباطن. فالأحناف بينوا أن بيع الاستصناع وهو ما عرف لاحقا باسم عقد المقاولة: أنه يصح استحساناً، واستندوا في ذلك على الإجماع[١]؛ وقد أجمعت الأمم على أن هذا البيع صحيح. وأيضا المجمع الفقهي في السعودية أفتى بحل الاستصناع[٢]. فالغرض المقصود أن الأحناف يقولون: بأن الاستصناع يصح استحساناً، فلو قلنا: إن الاستحسان باطل شرعاً، فإننا سنبطل الاستصناع، ولو قلنا: إن الاستحسان مستند للإجماع، فليس بصحيح، فإن جمهور أهل العلم يرون أنه سلم ناقص الشروط. والأحناف اشترطوا شروطاً في الاستصناع حتى يصح، فقالوا: أن البيع غير ملزم[٣]، فالذين أفتوا بحل الاستصناع لم

(١) محمد بن الحسن الشيباني . الجامع الصغير . ج:١ ، صفحة : ٣٢٥ .

(٢) مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧-١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢ م

(٣) علاء الدين الكاساني . بدائع الصنائع . ج : ٥ ، صفحة : ٣ .

يأخذوا بشرط الأحناف وقولهم، والذين قالوا بالحرمة لم يوافقوا شرط الأحناف، فالذين قالوا: بأن بيع الاستصناع صحيح فيعملوا بشروط أبي حنيفة وهي: الشرط الأول: أن البيع غير ملزم. الشرط الثاني: أنه غير مؤقت، فلا تستطيع أن تلزمه بإنجازه في مدة معينة، كشهر مثلاً.

المطلب الثاني

طبيعة عقد المقاولة من الباطن

يكون عقد المقاولة عملا تجاريا لحرفة تجارية ما لدى شخص ما، أو أنها وحدة انتاجية تتولى الدولة عملها وذات راس مال لإنتاج عام ملكا للدولة. وهو التصرف الذي يبين بواسطته رب العمل بالأعمال ويقر كذلك أن المقاول قد نفذ التزامه[١].

فالمقاول أو مزود الخدمة للعمل في مصلحة المستفيد يتوجب عليه القيام بالمهام الموكولة إليه مع توخي الحذر والحرص[٢]. فالعمل المطلوب ينفذ تبعا لطبيعة الإتفاق والعمل الذي يتعين أداؤه أو الذي سيقدم الخدمات. بناء على العقد وفقا للممارسات المعمول من اتفاق على الإنجاز للعمل أو للخدمة المنصوص عليها في العقد. [٣]

(1) PHILIPPE MALINVAUX، PHILIPPE JESTAZ، Droit de la promotion immobilière، 5e édition، Précis Dalloz، édition Dalloz، Paris، 1991، n°74، p66.

(٢) د. محمد لبيب شنب. شرح احكام عقد المقاولة. الكتب القانونية. منشأة المعارف بالاسكندرية. ٢٠٠٨. ص ١٦٢.

(٣) د. وهبة الزحيلي. عقد المقاولة. بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشرة ٢٠٠٣م.

كما يعتبر النظام القانوني للتعاقد من الباطن خاضعا للقواعد القانونية لعقد الشركة بدلا من عقد البيع، وتتميز حقيقة أن المقاول يقوم بأداء الخدمات وفقا للمواصفات المطلوبة من قبل العملاء لتلبية احتياجاتها الخاصة. ولكنه مستعينا بأخر يقوم مقامه وعلى مسؤوليته. لذلك تغدو صياغة العقد بين المقاول الأول والمقاول الثاني هو القانون الذي يبين ويوضح للطرفين ما تم الاتفاق عليه وهو أمر ضروري لابد منه.(١) وكثيرا ما يتم هذا العقد في مقاولات كبيرة إذ تتعدد الأعمال، مما يستوجب قيام المقاول الأول عن مهامه في التنفيذ إلى مقاول ثان.

والأصل أن يقوم المقاول بالعمل بنفسه إلا أنه من الممكن أن يوكل العمل إلى مقاول آخر. أما إذا اشترط رب العمل على المقاول أن يقوم به بنفسه فلا يحق له أن يوكل ما اسند اليه إلى غيره، مع بقاء المقاول الأول مسئولا أمام صاحب العمل، ولا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على صاحب العمل لأنه يعتبر جزء من عمل المقاول الأول أي يعمل عنه.(٢) ويمكن اعتبار عقد المقاولة في حالات عديدة من العقود النموذجية(٣) وهي العقود التي تنظم مقدما تبعا للعادات التي استقرت في مهنة معينة.

---

(١) ومثاله عقود الفيديك التي يتمحور مجالها في الشروط المعيارية لعقد البناء من تخطيط وتصميم ، وكذك التصميمات والمشروعات المجهزة بناء وتشغيلها.

(2) LOI n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance، JO 03-01-1976 p. 148-149.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ١٩٤٦، ص: ٣٢، ٤٢.

المبحث الثالث

الإجراءات المتبعة للقيام بأعمال المقاولة من الباطن

يسبق مرحلة التعاقد بين المقاول ورب العمل التفاوض وتليها مرحلة التعاقد والتوقيع بين الطرفين لتنفيذ العقد[١]. وبطبيعة الحال كل ذلك يكون بناءً على دراسة جدوى اقتصادية دقيقة لكل مشروع بحسب الاهمية والتكلفة من حيث التصميم الأولي أو الافكار، ومن ثم التعاقد، ومرحلة لاحقة للتنفيذ، واخيرا مرحلة التسليم.

بالنسبة لمرحلة التعاقد فهي المرحلة الاهم، حيث تبدا مرحلة التعاقد بتوجه النية لذلك ولقصد انتاجية عمل ما، بالبحث عن المقاول المناسب لتنفيذ العمل المتطلع إليه من قبل المالك (رب العمل) بتخطيط جيد وتفكير محدد ومنصب على عمل مرغوب، مع المقاول الذي سيتم اختياره سواء بشكل مباشر أو عن طريق المناقصات التي تعطى عادة للمقاولين لدراسة المشروع، إذا كان المشروع كبيرا ويحتاج إلى رأس مال كبير أو تكلفة عالية اي تقديم العطاء للمالك (رب العمل) تمهيدا لاختيار المقاول المناسب الذي سوف يقوم بتنفيذ المشروع[٢]. على اعتبار أن بغية رب العمل من العقد تحقيق

---

(1) Circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics. JO 07-11-1976 p. 6472-6477.

(٢) للقيام بالدخول في المناقصات يتوجب على رب العمل المستفيد أو المالك والمقاول من جهة أخرى اعداد وتحضير المتطلبات التالية من كل منهم-: أولاً .متطلبات وشروط المالك -:وهو عبارة عن دعوة من مالك المشروع إلى المقاولين لدخول المناقصة يوضح فيه (1) -:اسم المناقصة ورقمها وعنوانها والتبويب المدرج في الموازنة (2)وصف موجز وواضح للمشروع أو العقد المطلوب تنفيذه مع بيان الخدمات والسلع المطلوبة (3).مدة إعلان المناقصة أو الدعوة المباشرة (4) بيان موعد ومكان تقديم العطاءات وفترة النفاذ المطلوبة لها ومكان وموعد بيع مستندات المناقصة (5)بيان مقدار التأمينات الأولية المطلوبة من مقدمي العطاءات (6) موعد غلق المناقصة.

=

احسن جودة لمشروعه وأن تكون التكلفة هي الاقل وأن ينجز المشروع في وقت قليل مع تجنب تحمل المخاطر في حالة حدوثها قدر الامكان والاحتفاظ بأخذ قرار اي تغييرات فنية قد تطرا على المشروع أثناء مرحلة التنفيذ. فهي ما يطمح إليه رب العمل أثناء التعاقد مع المقاول ولكن من جهة أخرى نجد المقاول يسعى من وراء العقد والتعاقد مع رب العمل الوصول إلى اتفاق مع المالك على تحديد زمن تنفيذ المشروع. وتحقيق اعلى عائد مادي من خلال تنفيذ المشروع. مع تجنب حدوث المخاطر داخل الموقع قدر الامكان مع تجنب في المقابل من الوقوع في الشروط الجزائية مثل غرامات التأخير أثناء تنفيذ المشروع.

وبعد ذلك؛ بعد الاتفاق على كل التزامات الأطراف على مضمون العقد يتم التوقيع عليه لأنه هو الاتفاق الرسمي النهائي بين المالك والمقاول، وهو ملزم للطرفين من الناحية القانونية على محتويات العقد من التزامات المتعاقدين بما يشمل موافقة المقاول على تنفيذ الأعمال مقابل مبلغ مالي يدفعه المالك[١]، وبالشروط المتفق عليها عند التعاقد.

=

ثانيا.عطاء المقاول-:هو ذلك الخطاب الموجه من المقاول إلى المالك يفيد فيه موافقة الأول على دخول المناقصة بالشروط المذكورة في دعوة المالك، وانه قد تم دراسة بنود المناقصة المختلفة.

ثالثا .شكل العقد -:يعرف العقد بانه عبارة عن وثيقة اتفاق رسمية نهائية ومكتوبة بين طرفي التعاقد لتنفيذ مشروع هندسي معين وهما صاحب العمل (جهة التعاقد) ويرمز له عادة في العقود الهندسية بالطرف الأول والشركة المنفذة (المقاول) ويرمز له عادة في العقود الهندسية بالطرف الثاني (7) ثمن مستندات المناقصة غير قابل للرد (8) .الموقع الالكتروني لجهة التعاقد، وعنوان البريد الالكتروني للتشكيل الاداري المسؤول عن المناقصات فيه.

(١) هنا لا بد من توضيح حقوق والتزامات كل طرف تجاه الاخر وعلى ان يحتوي العقد على (1)-: اسم كل منهما وبياناته كاملة (2)اسم الشهود على العقد وعادة ما تكون جهة رسمية ملمة بالنواحي القانونية (3) .اسم المشروع المزمع تنفيذه مع اعطاء نبذة عن محتوياته الاساسية. (4) مدة تنفيذ المشروع، وتكلفته الكلية (5) .اسلوب التعامل المادي بين المالك والمقاول (اسلوب =

المطلب الأول

إبرام عقد المقاولة من الباطن

عقد المقاولة من الباطن يربط بين المقاول الرئيسي والمقاول الثاني. هذا العقد هو في الواقع عقد عمل تبعي بين الأطراف المتعاقدة استنادا إلى عقد رئيسي سابق بين العميل (رب العمل) والمقاول الاصيل. فان لم يكن العقد قد نص صراحة على حظر المقاول الرئيسي من التعاقد من الباطن مع شخص اخر وهو التزام مؤكد لا يجوز الخروج عنه لأن ذلك جزءا من التزاماته[١]. كما أن طبيعة العلاقة بين المقاول الأصلي القائم بأعمال المقاولة مع المقاول من الباطن علاقة عقدية وليست علاقة تبعية اي متبوع عن تابعه[٢]، لأن المقاول من الباطن يقوم بالعمل بشكل مستقل عن المقاول الأصلي وهنا يطرح التساؤل فيما إذا كان ذلك مكتوبا ام لا؟ الواقع مع أن المشرع الاماراتي لم يبين ذلك في نصوص خاصة الا ان الالتزامات التعاقدية تكون موجودة ومكتوبة في العقد ومشروط فيها وان لم تكن مكتوبة يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات[٣]. ولكن من الضروري لترسيخ ممارسة عقد المقاولة من الباطن وهو ان يكون العقد مكتوبا بين طرفيه اي المقاول الأصلي والمقاول الثاني. ويجب تحديد العمل الثانوي وتحديد الالتزامات المتبادلة بين الطرفين، وكذلك شروط الدفع. ويجب أن

=

صرف السلف الشهرية والمستحقات). (6)محتويات العقد من رسومات هندسية وشروط فنية وخطابات ضمان وتأمينات وغرامات (7)اية شروط خاصة مطلوبة من رب العمل.

(١) د. محمد لبيب شنب. شرح احكام عقد المقاولة. الكتب القانونية. ٢٠٠٨. ص ١١٣.

(٢) د. سنان خليل الشطناوي ود. محمد العزام. العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقاولة. مكتبة دار الفلاح. ط ١. سنة ٢٠١٦. ص٢٦٤ وما بعدها.

(٣) رجوعا إلى القانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ الفرنسي فان المشرع لم يتطلب الشكل الكتابي. وانظر، د. سنان الشطناوي ود. محمد العزام. المرجع السابق. ص ٢٤٦.

يوافق المقاول من الباطن وشروط الدفع من قبلهما. علما بأن المشرع الاماراتي لم يفرد الا مادتين في المقاول من الباطن وهو ما أسماه المشرع بالمقاول الثاني وهما: (المادة ٨٩٠: ١- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه. ٢- وتبقى مسئولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل. والمادة ٨٩١: لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على وعليه فان العبرة بالعلاقة بين المقاول الثاني والمقاول الأول. ولابد من أن يحتوي العقد على الموافقة والتوقيع مع بيان شروط الدفع والعمل من قبل المتعاقدين وتغطيته. ويبدو لنا في العقد الرئيسي والمعروف حقا أن المقاول يضع في ختام العقد أو بمذكرة منفصلة موجهة إلى المالك أنه تعاقد مع مقاول ثاني وهي طريقة للإعلام يعلم بها رب العمل. قد تكون الموافقة صريحة إذ يجب أن تنتج عن أي عمل يعبر بشكل لا لبس فيه لرغبات الأطراف المتعاقدة على قبول المقاول الثاني. وطالما أن الموافقة حاصلة فلا ضير في ذلك اما إذا كان هناك شرط تعاقدي يحظر اللجوء إلى التعاقد الفرعي، ومع ذلك، وفي الغالب فإنه لا ترفض هذه الموافقة. وبطبيعة الحال، لا شيء يمنع أن تكون هناك علاقة من رب العمل ومع المقاول من جهة ومن المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن.

في ختام هذا العقد، عندما يتعلق الأمر بمبلغ ما فان المقاول الرئيسي يجب أن يضمن العمل وينجزه كما تم الاتفاق عليه، على أن يلتقي المقاول الثاني أو من الباطن الالتزامات تحت طائلة مسؤولة بالتكافل والتضامن لإنجاز العمل لصالح رب العمل أو المستهلك.

اما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي، فقد جعل تحقيقا لهذه الغاية، الزامية تسليم بعض الوثائق: بموجب المادة ٣٢٤-٤ ر من قانون العمل من توفير البيانات الاجتماعية المنبثقة عن وكالة الرعاية المسؤولة عن جمع المساهمات الاجتماعية

بسبب الطرف الآخر لسنة سبقت؛ مع ملاحظة التقييم ذات الصلة بضريبة العمل للسنة السابقة؛ وكذلك عند الاقتضاء، بيانات من الطرف الآخر الذي يبرر صحة موقفه فيما يتعلق بالمواد ٥٢ و ٥٣ و ٥٤ و ٢٥٩ من قانون المشتريات؛ وتقديم الدليل على الضمان المالي وفقا للمادة L 124-8 ل من قانون العمل المؤقت. وتسجيل المقاول في الصفقات فان اسمه يجب أن يكون في السجل ولديه بطاقة سجل الأعمال ؛ ووثيقة الإعلان المهنية، مع ذكر اسم الشركة أو الاسم والعنوان الكامل ورقم التسجيل. [1].

المطلب الثاني

التزامات المقاول من الباطن

يجب على المقاول الثاني، أن يقوم بالأعمال الموكولة إليه والتي تعهد القيام بها بكل حرص وجد واتقان، وفي المدة المحددة بينه وبين المقاول الأصلي. متقيدا بالشروط والبنود المحددة في العقد. مع توفير كل ما يلزم من العمالة والمواد والتجهيزات والآليات والمعدات وغيرها من الأشياء الضرورية التي تم تحديدها في عقد المقاولة الفرعي أو الثانوي بحيث يتبع بذلك ما تم الاتفاق عليه، فان كان على عاتق احدهما تكفل به أو كلاهما عملا به فالاتفاق هو الذي يحكم العلاقة بينهما وهو عقد المقاولة من الباطن. وان المقاول الثاني يتحمل أي خطأ أو عيب أو أي شيء يغاير المواصفات المتعاقد عليها في عقد المقاولة من الباطن ولا علاقة له بما يوجد من مواصفات في العقد الأساسي قد تم بخطأ من المقاول الأصلي كوضع شروط على المقاول الثاني تتعارض مع ما ورد في العقد الأصلي فان الذي يتحمل تلك المسؤولية

(١) المادة ٣٢٤-٤ ر من قانون العمل وما يتعلق بالمواد ٥٢ و ٥٣ و ٥٤ و ٢٥٩ من قانون المشتريات؛ ووفقا للمادة L 124-8 ل من قانون العمل المؤقت.

هو المقاول الأصلي ولا علاقة للمقاول الثاني مع رب العمل لأن علاقتهما غير مباشرة والعلاقة المباشرة هي بين المقاول الأصلي مع رب العمل من جهة والمقاول الأصلي مع المقاول من الباطن من جهة أخرى. مع تقديم كفالة إذا تطلبت اتفاقية المقاولة من الباطن أن يقدم المقاول الثاني كفالة لتنفيذ عقد المقاولة بحسب الاتفاق، ويتحمل المقاول الثاني كافة الالتزامات المنعقدة والمتفق عليها بتقديم برنامج عمل زمني لتنفيذ الأعمال المتفق عليها بالشكل والتفاصيل التي يحددها المقاول الأصلي. وفي حال أن المقاول الثاني لم ينجز عمله أو تحسب لعدم إنجاز عمله في الوقت المحدد فلا يحق له أن يتنازل عن أشغال المقاولة من الباطن لأي شخص اخر، بل لابد من موافقة مسبقة من المقاول الرئيسي وبدونها لا يحق للمقاول الثاني أن يتعهد غيره بالعمل لصالحه(١). ومع ذلك فان الموافقة تلزم المقاول الثاني بالتزاماته وأي فعل مغاير أو إخلال يتحمل مسؤوليته كاملة.

---

(١) قضية نظرتها محكمة النقض فرنسية L'arrêt rendu le 10 décembre 2014, en matière de sous-traitance, par la 3e chambre civile de la Cour de cassation impose de nouvelles obligations au maître d'oeuvre (Civ. 3e, 10 décembre 2014, Syndicat des copropriétaires de l'immeuble « Les Deux Avenues » c/ Secob, n°13-24892). القصة هي عادية. وتقول ان نقابة للمالكين اقامت عطاء بإصلاح أماكن وقوف السيارات وحركة المرور لأحد المقاولين، الذين قاموا بانتداب لمقاولا من الباطن. وبعدها قام المقاول من الباطن بالمطالبة المباشرة من النقابة. الا ان النقابة قامت برفع دعوى على المقاول الرئيسي على أساس المادة ١٤-١ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ (التي تتطلب من المقاول اخذ موافقة رب العمل على وجود مقاول من الباطن في الموقع، أن تأمر المقاول الرئيسي لإجباره على تقديم طلب للحصول على الموافقة وقبول شروط الدفع الخاصة بهم، ولتتطلب من المقاول الرئيسي لتبريرا بتوفير الضمانات).

حيث كان القرار: أن أكدت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف الذي يبين ان المقاول لم يلتزم بتقديم الاستشارة وجها لوجه مع العميل، ثم تولى "مهمة إدارة ومراقبة البناء " والتي تطلب منه إبلاغها من العميل من وجود مقاول من الباطن في موقع البناء،" لتقديم المشورة له لما يقدمه، واستحقاق القبول وتحديد شروط التسوية لهذه الحالات "

المطلب الثالث

التزامات المتعاقد من الباطن

يجب على المتعاقدين التزاما أن يحقق كل منهما النتيجة المطلوبة من العمل الرئيسي، فهي التزام في البداية من المقاول الأول تجاه رب العمل وثانيا هي التزام من المقاول الثاني تجاه الأول علما أن موافقة رب العمل هي مصدر وجود الالتزام بين المقاولين فهو مقاول مستقل[١]. فاذا رفض رب العمل وجود عقد مقاولة من الباطن فإنه حتما لا يجوز للمقاول أن يتخذ آخرا. ولعدم التقبل أو عدم الموافقة كشرط من صاحب العمل تعرض المقاول للمسألة القانونية. إلا أنه وفي الواقع يندر الرفض من رب العمل لأنه يسعى إلى نتيجة متفق عليها لا تخالف الشروط المكتوبة في العقد فهو ضامن للعيوب[٢]. وإذا كان العمل من الباطن ليس مرضيا أو تم تسليمها في وقت متأخر فإن المقاول الأول أي الرئيسي هو المسؤول المباشر امام رب العمل. وبهذه الحالة يجوز للمقاول الرئيسي خصم المبالغ المستحقة للمقاول الأول جراء الخطأ الذي وقع به وحال دون اتقان العمل او اتمامه في الوقت المحدد لإنجاز العمل[٣].

ويكون المقاول الثاني كجزء موجود لحظة إبرام العقد، ويتعهد المقاولون تنفيذ الأعمال المختلفة المذكورة في وثيقة العقد. مع الأخذ في الحسبان، بأن المقاول الأول

---

(1) Conférence internationale du travail. Le travail en sous-traitance, Volume 2, Partie 1. P 35.

(٢) أدانت محكمة الاستئناف في إيكس أون بروفانس الحرفي لتحديد وضمان المقاول على أساس أن المقاول من الباطن مطلوب منه بناء بنية خالية من العيوب وفي حالة انتهاكها فان المسؤول هو االمقاول الرئيسي.

Cass. 3e civ., 20 janvier 2015, n°13-24.283

(٣) د. سنان خليل الشطناوي ود. محمد العزام. العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقاولة. مكتبة دار الفلاح. ط ١. سنة ٢٠١٦. ص ٢٦٣.

(الرئيسي) يكون في موقف المستأجر للمسؤولية التعاقدية أي أن تطلب الشركة المتعاقدة معه احترام الشروط بإنهاء العقد وهو المسؤول عن العمل ليس المقاول من الباطن[1]، ومن الممكن وضع شرط جزائي يلزم المقاول من الباطن التعويض في حال لم ينجز. من ناحية أخرى، إذا وجد المقاول الرئيسي عمل المقاول الثاني غير مرغوب به ولم يرق إلى المطلوب جاز له اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للتعويض أو دفع الغرامات المتأخرة أو اعادة العمل او فسخه أو غير ذلك.

المطلب الرابع

التزامات المقاول الرئيسي (الأول أو الاصيل)

فالمقاول الرئيسي هو المتعاقد مع المقاول من الباطن (الثاني) وهو الموكول بدفع المبالغ المقررة بموجب العقد من الباطن. ويمكن إعطاء هذا المبلغ على دفعة واحدة أو على أكثر من مرة بحسب المتفق عليه والطريقة التي وضعتها الأطراف المعنية. وفي حالة عدم الدفع، فالمقاول الثاني له الحق بعدم تسليم المنتج أو الخدمة موضوع العقد. وهذا ما يسمى حق الاحتباس. ويمكن أيضا للمقاول من الباطن أن يتقدم بالإجراءات القانونية أمام المحكمة لإجبار المقاول الرئيسي تنفيذ التزامه بالدفع. علما أن عقد المقاولة من الباطن مع المقاول الثاني لا يقلل من مسؤولية المقاول الرئيسي في تنفيذ العقد إلى صاحب العمل.

(1) Maurice-André Flamme, Philippe Flamme. Le contrat d'entreprise: 10 ans de jurisprudence (1966-1975). Maison LARCIER, 1991, P 79

المطلب الخامس

تنفيذ عقد المقاولة

الأصل أن ارتباط المتعاقدين يتكون من علاقة بين المقاول الأصلي ورب العمل وهي العلاقة الأولى التعاقدية التي تتم بينهما، ومن ثم علاقة بين المقاول الثاني و المقاول الأصلي (وتسمى بالتعاقد من الباطن) ؛ فهذه العلاقات التعاقدية ترتب التزامات عليهم، فالالتزامات المترتبة على المقاول تكون بتوافق المتعاقدين على تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد الفرعي إلى المقاول الأصلي. ومن الممكن تماما أن تدمج بعض أحكام العقد الرئيسي في عقد المقاولة الفرعي وهذا يجري في بعض الأحيان بناء على طلب المالك؛ في هذه الحالة إذا تم خرق العقد من قبل المقاول الثاني يصبح المقاول الرئيسي مسؤولا تعاقديا. ومن الممكن أيضا تطبيق احد الشروط المدرجة في العقد بإنهائه في التعاقد الفرعي مع وجود بند الشرط الجزائي في حال التخلف عن السداد، أو من خلال إثبات وجود العيوب، إذا اضطر إلى دفع غرامات التأخير إلى المالك بموجب العقد الرئيسي، فإنه يمكن مقاضاة المقاول الثاني ويحكم القاضي بتسديد هذه المبالغ المنصوص عليها في الباطن وان لم تكن موجودة في العقد الرئيسي. وهي طريقة قد يتبعها المقاول الأصلي لتحلله من المسؤولية عن طريق إدراج شروطه في القعد من الباطن ويكون المقاول من الباطن أو الثاني هو المسؤول. ولا تتوفرعلاقة تبعية بين المقاول والمستفيد[١].

من هنا نجد أن واجبات المقاول الأصلي تجاه المقاول الثاني أن يدفع الأجر. ويجوز أن يدفع هذا الأجر دفعة واحدة بعد الانتهاء أو يدفع على أقساط. ومن واجباته

(١) د. محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤، ص ٣٤.

أيضا (المقاول الأصلي) أن يقوم بإعطاء المشورة القانونية إلى المقاول الثاني. اي يجب عليه إبلاغ أي توصيات من المالك ولو كانت لاحقة على العقد لوجود اتفاق على ذلك. وعلاوة على ذلك، من الواجب أن يتم الحصول على كفالة مصرفية كضمان لسداد المبالغ المستحقة للمقاول الثاني وهذا ما جرى عليه العرف التجاري والمدني في شركات التعهدات مع العلم أن القانون الاماراتي لم يحدد ذلك. خلاف ذلك، فإنه قد لا تكون المطالبات الناشئة عن العقد الرئيسي ملزمة للمقاول الثاني الا إذا تم الاتفاق على ذلك. ولا بد من توافر عنصر الأمن الذي يسمح للمقاول الثاني بإكمال عمله وإنجازه كما اتفقا وان لم يتوافر ذلك جاز له فسخه.

وأما بالنسبة للإخلال بالمدة المتفق عليها في عقد المقاولة فإن الأصل أن يلتزم المسلم بما قبله من شروط لما سبق في الحديث (المسلمون عند شروطهم) وفي الغالب يكون هنالك في عقود المقاولة شرط جزائي لضبط التزام المقاول بتسليم العمل في مدة معينة فإذا أخل المقاول بهذا الشرط فإنه يتحمل نتيجة ذلك[١].

هذا إذا كانت الظروف والأوضاع طبيعية وأما إذا وقع الخلل بسبب أمور خارجة عن إرادة المقاول كظروف فرض نظام حظر التجول مثلاً فنرى أن لا يطبق عليه الشرط الجزائي لأنه لم يقصر من تلقاء نفسه بل فرضت عليه ظروف قاهرة وخارجة عن إرادته ولا بد من التراحم بين المتعاقدين وأن تقدر تلك الظروف القاهرة بتقدير صحيح فالشرط الجزائي شرط صحيح معتبر شرعاً ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له شرعاً ولا شك أن الظروف التي ذكرها السائل تعتبر عذراً شرعياً لإخلاله بالمدة المشروطة في العقد[٢].

---

(١) د. سنان خليل الشطناوي ود. محمد العزام، العقود المسماة، المرجع السابق. ص٢٦٧.

(٢) فتاوى د حسام عفانة. المؤلف: حسام الدين بن موسى محمد بن عفانة. أرشيف للفتاوى المطروحة على موقع الشيخ، حتى ذو القعدة ١٤٣١ هـ = فبراير ٢٠١٠ م) انظر: http://yasaloonak.net

المبحث الرابع

علاقات عقد المقاولة من الباطن

ان العلاقة بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن علاقة وطيدة حيث يستخدم المقاول الثاني على نطاق واسع في مجال البناء والصناعة. وأنها تسمح لمصنعي المعدات الأصلية من الاستفادة من الخبرات لدى المقاولين من الباطن للوصول إلى الأسواق التي لا يمكن قهرها. فهي لا تخلو من المخاطر. إلا أنه ولحسن الحظ، حدد القانون ضمانات لهذه العلاقة. لأنه يوفر مجموعة متنوعة من الصناعات، ولكن هذه الصناعة والبناء ويكثر استخدامها بين أطراف العقد، وتبعيات هي أكثر أو أقل وثيقة وقواعد تختلف تبعا للحالة. مثل شركة نقل إلى شركة أخرى بأداء العمل، أو الصناعة التحويلية والخدمات إلى العملاء.

- التعاقد من الباطن الصناعي يجمع المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن، حيث يطلب الأول من الثاني لصنع شيء من شأنه أن يزيد من العملاء.
- عقد المقاولة من الباطن (في قطاع البناء والأشغال العامة) يجمع بين ثلاثة أشخاص: المالك أو صاحب العمل، المقاول الأول أو الرئيسي واخيرا المقاول من الباطن أو الثاني. حيث يتبع المقاول لأوامر رب العمل في العمل الرئيسي، الذي يعهد به إلى المقاول من الباطن بأداء كل أو جزء من العمل، كل ذلك في إطار عقود مع شركات منفصلة تقوم على اساس مبدأ المقاولات مترابطة بعلاقات عقدية بعضها ببعض. ومع ذلك، فالعلاقات بين أصحاب المصلحة في عقد المقاولة من الباطن ليست متوازنة دائما: كما في قانون السوق من العرض والطلب يعني أن المقاولين من الباطن يواجهون منافسة حادة (على وجه الخصوص في قطاع

البناء والتشييد) مما يدفع البعض إلى تقديم أسعار منخفضة وتقليل مفرط في السعر، والذي من الممكن بعد ذلك أن يعرضهم للخطر في إدارة أعمالهم.

ووجد عقد المقاولة من الباطن من قبل في قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ والذي عرفه بأنه "العملية التي يعهد بها من قبل المقاول الثاني (من الباطن)، وتحت مسؤوليته، إلى شخص آخر يسمى الباطن، وتنفيذ كل أو جزء من العقد .... ". كما ينطبق التعاقد من الباطن مع اثنين أو ثلاثة أشخاص معنيون:

المطلب الأول

سلسلة المقاولين من الباطن

وقد يتواجد اكثر من مقاول من الباطن او سلسلة في التعاقد من الباطن - فالمقاول له الحق من التعاقد من الباطن لجزء من العمل إلى الشركة ثانية، والتي هي نفسها قامت من الباطن باعطاء جزء من واجباتها لشركة ثالثة. فهنا وفي حال وقوع الخطأ في انجاز العمل او لوجود نزاع بين الأطراف فان المسؤولية تقع على من وقع منه الخطأ إلا أنه وبحسب محكمة الاستئناف الفرنسية في روان[1] بعد أن تم وضع مقاول من الدرجة الأولى، في التصفية، لم تدفع للمقاول من الباطن بالدرجة الثانية. فقام المقاول من الدرجة الثانية برفع دعوى قضائية ضد رجل الأعمال لقيامه بالكثير من الهدم وما رافقه من الأضرار. وقد كسب الدعوى المقاول من الباطن من الدرجة الأولى القضية أمام محكمة الاستئناف في روان على أساس أن المقاول قام بالهدم

(1) Cass. 3e civ., 21 janvier 2015 n°13-18.316 .Sous-traitance en chaîne – Modalités de présentation du sous-traitant de second rang.

وبالقيام بأشغال كبرى قد ارتكب خطأ بقبول المقاول من الباطن التابع دون قبول العميل. إلا أنه ألغت المحكمة العليا حكم الاستئناف على أساس المادة ٢ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ على أن المقاول من الباطن الوحيد المسؤول، وتعتبر أنه كالمقاول الرئيسي طالما وافق عليه رب العمل. بهذا الحكم، قضت محكمة النقض بذكرها وتفسيرها الصارم بالرجوع إلى المادة ٢ من القانون المذكور على أن "المقاول من الباطن يعتبر كالمقاول الرئيسي بالنظر إلى اعماله من الباطن"

وبقضية اخرى، تتعلق بسلسلة المقاول من الباطن وقعت الحادثة في مدينة مونبلييه على العمل على تحويل عيادات قديمة إلى شقق ومحال تجارية، وكان الكثير من المشترين مشكلة من جمعية الأراضي في المناطق الحضرية (AFUL). وكانت الجمعية قد عهدت إلى أعمال إعادة التأهيل في الشركة التي تمت بمقاول من الباطن والتي نقوم بالعمل عن شركة أخرى. المقاول من الباطن ابلغ المقاول الرئيسي بفسخ عقد المقاولة من الباطن في لخرقه المادة ١٤ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ وأن رب العمل عليه دفع مبالغ مختلفة. حكمت محكمة الاستئناف في مونبلييه[1] على أن طلب المقاول من الباطن يدين المقاول الرئيسي والعميل في دفع تعويضات تعادل تكلفة العمل. وكذلك أيدت المحكمة العليا الحكم في الاستئناف على أساس أن العميل قد ارتكبت خطأ في المسؤولية التقصيرية التي لا تلزم المقاول الرئيسي للتبرير له على توفيره مقاولا من الباطن، مع الأذن والموافقة عليه، وبوديعة ضمان لسداد جميع المبالغ المستحقة بموجب العقد.

(1) Cass. 3e civ., 18 février 2015, n°14-10.604 et 14-10.632. Sous-traitance en chaîne – Modalités de présentation du sous-traitant de second rang.

المطلب الثاني

الدفع للمقاول من الباطن

ان قيام المقاول بالعمل لصالح شركات أخرى بأداء خدمات معينة، قد لا يمكنه أن يقوم به بنفسه، فعادة ما يلجأ عن طريق الشركات المتخصصة والعامة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى استخدام مقاول واحد أو أكثر من الباطن ويتم الاتفاق بينهم على تفصيلات العقد ومن بينها طريقة الدفع. وقد حدد القانون رقم ٧٥-١٣٣٤ ل ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بصيغته المعدلة[١]، على التعاقد من الباطن وتفصيلا في المواد ١١٢-١١٧ من القانون.[٢] نذكر منها:

- عقد المقاولة من الباطن لا يمكن أن يستخدم إلا لعقود الأشغال وعقود الخدمة والأسواق الصناعية، وهذا ما ورد في المادة (١١٢) [٣]؛

(1) Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

(2) Annexe au décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics (CMP 2006 2016).

(3)Article 112 [Sous-traitance, Conditions de sous-traitance] .Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

Un marché industriel est un marché ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes conçus et réalisés spécialement pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur. Voir aussi ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004 / Article 25 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (Sous-traitance)

- أيضا ان اختيار المقاول من الباطن يمكن أن تكون معمولة من قبل المالك في وقت عرض الايجاب عى المقاولين، او أن تكون اثناء أو بعد إبرام العقد (المادة ١١٢).

- التعاقد من الباطن قد يكون على كل العمل المطلوب (المواد ١١٢ و ١١٣.)[1]؛

- القبول في عقد المقاولة من الباطن والموافقة على شروطها من كيفية الدفع يجب أن تكون واضحة قبل تنفيذ العمل (المادة ١١٤) ؛ وعلى حسب ما ورد في المادة (١١٤) من نفس القانون فان المقاولة من الباطن، تعني قبول وموافقة على شروطه الدفع.

اذ يلزم القبول والموافقة على شروط الدفع فيما يلي:

١. في حال تم طلب مقاول من الباطن لعمل من اعمال المقاولة يقدم المقاول من الباطن في وقت تقديم العرض أو الاقتراح، يقدم الطلب إلى السلطة المتعاقدة، بيانا يحدد فيه:

أ) طبيعة الخدمات من المقاول من الباطن.

ب) اسم المقاول من الباطن والسبب أو الاسم الاجتماعي وعنوانه؛

ج) المبالغ القصوى التي يجب أن تدفع للمقاول من الباطن.

د) شروط الدفع بموجب مشروع اتفاق المقاول من الباطن مع المقاول، وتاريخ الاستحقاقات، وكذلك اعتبارات التغير في الأسعار.

ه) القدرات التقنية والمهنية والمالية من المقاول من الباطن.

(1) Article 113 [Sous-traitance, responsabilité] En cas de sous-traitance, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché.

كما يقدم شهادة تشير إلى أنه لا يقع ضمن نطاق الحظر اي له الحق بممارسة اعمال المقاولة العامة.

وفي حال كان المقاول الرئيسي قد ابطل تعاقده مع رب العمل لسبب خلاف بينهما وحكمت المحكمة ببطلان العقد فتلقائيا العقد من الباطن ينتهي، ولضمان دفع جميع المبالغ المستحقة للمقاول من الباطن عن طريق الحصول صالحه لكفالة مشتركة ومتعددة من مؤسسة مؤهلة قد توفر على نحو صحيح، إما تلقائيا أو بعد إخطار صاحب المشروع، طالما أن المقاول لم تظهر استعدادها لاستدعاء عقوبة المنصوص عليها في المادة (١٤) قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥.[1]

- ليس هناك علاقة تعاقدية بين العميل والمقاول من الباطن. فقط المقاول هو المعني بالالتزام التعاقدي: وهو مسؤول عن جميع الخدمات المؤداة بموجب العقد بنفسه والمقاولين من الباطن (المادة ١١٣). وما يعني أن الأعمال الخاصة من عقد المقاولة من الباطن ليس بالضرورة أن يشار إليها في العقد من الباطن، وهي بالنتيجة تتعلق بالقانون الخاص بين المقاول ومقاوله من الباطن.

- وعادة ما يقوم المقاول من الباطن بالاتفاق مع المقاول الأول على طريقة الدفع المباشر، بمجرد استوفيت الشروط وأن مقدار الدين هو ٦٠٠ يورو على الأقل (المادة ١١٥ إلى ١١٧.).

وأي تنازل عن الدفع من قبل المقاول من الباطن يجب أن يكون مكتوبا. وإلا يعتبر التنازل لاغيا وباطلا، مهما كانت الشروط والترتيبات التي من شأنها أن تخالف أحكام القانون (في المادتين ٧ و ١٥ من القانون المشار إليه أعلاه رقم ٧٥-١٣٣٤).

(1) Cour de cassation - Troisième chambre civile - Arrêt n° 206 du 18 février 2015 (14-10.604 ; 14-10.632) - ECLI:FR:CCASS:2015:C300206.

فيمكن الدفع للمقاول من الباطن بطريقة سريعة من خلال تبسيط عملية الدفع. والمقاول من الباطن يجب عليه أن يوجه طلبه بالدفع للمقاول وأيضا للسلطة المتعاقدة أو الشخص المعين من قبله في اتمام كافة الاجراءات.

كما يبين القانون الفرنسي أن القانون اعطى للمالك او رب العمل مدة خمسة عشر يوما لمنح موافقته أو بالرفض من المقاول الباطن، ويكون الدفع للمقاول، خلال المدة المنصوص عليها في المادة (٩٨). وهذا غير متواجد في القانون الاماراتي بحيث نرى ان المشرع الفرنسي وفق في تحديد زمن او مهلة للحصول على موافقة رب العمل. فهذه المدة القصيرة للحصول على موافقة صاحب العمل هي مهلة ١٥ يوما، يؤخذ بها فيما إذا كان المقاول لم يقم بالإخطار ولم يكن هناك موافقة أو رفض من المعني.[١]

المطلب الثالث

إنشاء اتفاق بالتفويض للدفع

لحماية المقول من الباطن وهو المقصود بالمركز الثاني في العملية التعاقدية، فإن المادة ٦ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بصيغته المعدلة نصت على: "المقاول الأول يعهد لآخر من الباطن بأداء جزء من العمل الذي يعتبر مسؤولا عنه وبالتالي فيصدر تفويضا بالدفع وفقا للشروط المحددة في المادة ١٤"[٢] . التفويض بالدفع

(1) Article 3 du CCAG-FCS 2009 - Obligations générales des parties - Sous-traitance Code des marchés publics 2006-2016.

(2) l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 modifiée dispose : « Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du =

يقوم بدوره لإعطاء المزيد من الضمانات للدفع إلى المقاول من الباطن. اذ أنها تسمح بالدفع للمقاول من الباطن من قبل العميل والابتعاد عن المقاول الرئيسي لتحمل تكاليف الضمانه.

وهذا هو في الواقع تقنية حديثة جدا للدفع المباشر حيث تقوم على أساس اتفاق تعاقدي وليس مباشرة بنص القانون. لذلك نرى أن يتم أن يتم توقيع اتفاق وفد من قبل الأطراف الثلاثة: المتعاقد من المقاول المباشر، والباطن وصاحب العمل.

المطلب الرابع

حل المنازعات الواردة في تنفيذ عقد المقاولة من الباطن

في حالة وجود النزاع بين الطرفين، فمن حيث المبدأ فإن المحكمة هي التي من شأنها أن تنظر القضية. ومع ذلك فإن العملاء غالبا ما يفضلون حل القضية على خلاف ذلك. وقد يظهر في عقد المقاولة من الباطن نزاعات لا تحتاج أو تحتاج إلى وقت طويل لحلها لذلك قد يرون أن هنالك فرصة اخرى وبعيدا عن القضاء تتيح للطرفين الاتفاق على تسوية النزاع عن طريق المحاكم أو عن طريق التحكيم أو الوساطة.

إلا أنه ومن المعروف أن عيوب طرق حل النزاع عن طريق المحاكم قد يكون بطيئا واحيانا مكلفا وخصوصا في النزاعات المعقدة.

=

marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14. »

لذا فمن الحلول الملائمة أيضا أن يسعى الطرفين المقاولين باللجوء إلى التحكيم الذي يسمح بتطبيق القواعد القانونية نفسها المطبقة في المحاكم، مع الاستفادة من السرعة والمرونة.

أيضا، من الممكن أن يتكفل التحكيم للأطراق اختيار أفراد لديهم من الخبرات مما يساعد على ايجاد الحلول بشكل اسرع. ولا شك فإننا سوف نجد أن المقاول الرئيسي هو المستفيد بالدرجة الأولى لايجاد الحلول عن طريق التحكيم لأنه ملتزم بالعمل هو شخصيا مع صاحب العمل واي تأخير في الإنجاز يؤدي إلى دفع غرامات وتكثر المسألات القانونية عليه. وربما أيضا في الاستفادة من بعض السرية فيما يتعلق بالطابع العام للإجراءات أمام المحاكم.

أما بالنسبة للوساطة، أنه ينطوي على تعيين طرف ثالث يكون مسؤولا عن اقتراح طرق لحل النزاع فورا وسيكون مسؤولا عن المفاوضات بين الطرفين في الحفاظ على علاقاتهم الودية.

وفي حالة الفشل في الوساطة، يبقى للأطراف الحق باللجوء إلى المحكمة أو التحكيم، دون المساس بالعقد.

الخاتمة

نخلص في دراستنا هذه إلى استنتاج نقاط معينة لهذا الموضوع وكذلك نضع بعض التوصيات على أمل الفائدة والتطوير، سائلين المولى عز وجل أن يعلمنا وأن ينفعنا بما علمنا.

أولا : النتائج

١. وضع تعريف لمصطلح المقاول من الباطن بأنه (عقد يتم بين المقاول الاصيل ومقاول من الباطن لتقديم خدماته واعماله كعمل صناعي او انتاجي أو خدمي بشرط أن لا يكون هناك نص في العقد يمنع ذلك من صاحب العمل على المقاول الاصيل بأن ينفذ العمل بنفسه أو أن يشترط أن يكون هنالك انفصال تام بين العقدين وتكون المسؤولية على المقاول الاصيل فقط.

٢. توضيح الحالات التي يتم بها اجراء المقاولة من الباطن بالاستعانة الخارجية على النحو التالي:

أ. شركة ليس لديها الدراية اللازمة لتصنيع المنتج أو أداء أمر ما، تبرمه وتتولاه شركة أخرى عنها لتقوم بالعمل كمقاول من الباطن.

ب. شركة ليست قادرة على الوفاء بالخدمة أو إنتاج أو أمر ما لشركة اخرى؛ فلها حق الاستعانة (مقاول من الباطن وتحت مسؤوليته لأداء كل أو جزء من العمل لصاحب العمل.

ج. كما نأمل من المشرع الاماراتي وضع نصوص قانونية خاصة بموضوع التأمينات والضمانات التي تحفظ حق المقاول من الباطن كتسجيل العمل المكلف به في الجهة المختصة.

٣. أن عقد المقاولة من الباطن هو عقد جائز شرعا وقانونا، وأنه يمكن أن تكون الدولة به طرفا لاي عمل تريد توكيله لمقاول اخر أو لأي شخص اعتباري أو طبيعي.

٤. تجب الاشارة إلى أنه، يكون عقد المقاولة من الباطن من حيث طبيعته راجع إلى اعتباره من عقود العمل أو إلى عقد الشراكة أو إلى العقود النموذجية.

ثانياً : التوصيات

١. نقترح على المشرع وضع نصوص خاصة تحدد من ينطبق عليه عقد المقاولة وكذلك تطبيق قانون خاص يعنى بعقد المقاولة سواء مع الاصيل أو مع المقاول من الباطن. أي تحديد الاشخاص الذين ينطبق عليهم وصف مقاول، سواء كمقاول رئيس أو مقاول من الباطن.

٢. أن يحدد المشرع الإماراتي في نصوص خاصة بالمقاولة من الباطن التزامات كل من الطرفين تجاه بعضهما البعض. موضحا الحالات الطبيعية والظروف القاهرة للقدرة على انجاز العمل والتبعات التي تلحق المتعاقدين.

٣. بالإضافة إلى ذلك الجزاءات التي تفرض على الطرف المخل بالتزامه اخذين بعين الاعتبار الجزاء على حسب طبيعته، فمثلا اذا اخل بالالتزام بعدم مطابقة المواصفات له جزاء معين. ومثال أخر اذا تأخر في تنفيذ الالتزام أن يتوافر جدول يحدد نسب قيمة المقاولة وعلى ضوئه يحسب الجزاء، بما يعني أن لكل مدة تأخيريه نسبة من التعويض. مراعين بذلك اتفاق الطرفين وبنود العقد.

٤. وضع نص قانوني يؤيد ويؤكد ايجاد سلسلة من المقاولين أي أن يسمح القانون من وجود مقاول من الباطن كمقاول ثالث مع مقاول من الباطن كمقاول ثان، وهذا ما بينه المشرع الفرنسي سابقا.

٥. ايجاد سلطة مختصة تعنى بشؤون المقاولين سواء كان اصيلا او من الباطن.

٦. أن يتم تحديد وعرض طرق لفض المنازعات عن طريق الجهة المختصة بالتسجيل (والتي اقترحناها سابقا بدائرة معينة تتولى اعمال المقاولة) بإعلام الطرف المقاول بذلك كأن تكون مشروطة في العقد بينهم ومكتوبة لضمان حقوق جميع الأطراف سواء المقاول الأول او الثاني او الثالث.

٧. أن توضع امانات لدى الجهة المختصة تفيد جدية المقاول بشكل عام.

٨. ان تصدر الجهة المختصة شهادة تفيد بوجود كفاءة لدى المقاول في اعمال يتقنها من خلال سيرته الموثقة واعماله السابقة. ويصنف المقاولون على عدة فئات كدرجة اولى او ثانية او ثالثة.

المراجع

الكتب الفقهية

- د. علاء الدين الكاساني . بدائع الصنائع . ج : ٥ .
- د. محمد الزحيلي. قضاء المظالم في الفقه الإسلامي.
- د. محمد بن الحسن الشيباني . الجامع الصغير . ج:١ .
- فتاوى الإستصناع والمقاولات .
- مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧-١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢ م.
- محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي تحفة الفقهاء. الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان. الطبعة: الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م. ج ٢.

الكتب القانونية

- د. سنان خليل الشطناوي ود. محمد العزام. العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقاولة. مكتبة دار الفلاح. ط ١. سنة ٢٠١٦.
- د. طه نوري الملا حويش، التزامات المقاول في عقد المقاولة، مجلة العلوم القانونية، العدد، (٤) الجزء الثاني، السنة ١٩٩٤.
- د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٨٧.

- د. عبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب الجديع العنزي الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع عدد الأجزاء: ١، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ص ١٩٤.
- د. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ١٩٤٦.
- د. محمد لبيب شنب. شرح احكام عقد المقاولة. الكتب القانونية. منشأة المعارف بالاسكندرية. ٢٠٠٨.
- د. محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤.
- د. وهبة الزحيلي. عقد المقاولة. بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشرة ٢٠٠٣م.

- Maurice-André Flamme, Philippe Flamme. Le contrat d'entreprise: 10 ans de jurisprudence (1966-1975). Maison LARCIER, 1991, P 79
- PHILIPPE MALINVAUX، PHILIPPE JESTAZ، Droit de la promotion immobilière، 5e édition، Précis Dalloz، édition Dalloz، Paris، 1991، n°74، p66.

القوانين والمراسيم

- قانون المعاملات المدنية الاتحادي الاماراتي رقم٥ لسنة ١٩٨٥.
- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004.

- **Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004.**
- **Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics (CMP 2006 2016).**
- **Circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics. JO 07-11-1976 p. 6472-6477.**
- **Code des marchés publics 2006-2016.**
- **L'arrêt rendu le 10 décembre 2014, en matière de sous-traitance.**
- **Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ،JO 03-01-1976 p. 148-149.**
- **Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ،Version consolidée au 04 juillet 2016.**
- **Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 (J.O. du 3 janvier 1976). Modifiée à plusieurs reprises.**

احكام المحاكم والمؤتمرات

- **Cour de Cassation La 3ème Chambre civile a jugé le 23 janvier 2002 (BICC n°553 du 1er avril 2001 n°307)**
- **Cour de Cassation La 3ème Chambre civile a jugé le 20 janvier 2015, n°13-24.283**

- **Cour de Cassation La 3ème Chambre civile a jugé le 21 janvier 2015 n°13-18.316 .Sous-traitance en chaîne – Modalités de présentation du sous-traitant de second rang.**
- **Cour de cassation la 3e chambre civile, 10 décembre 2014.**
- **Cour de Cassation La 3ème Chambre civile a jugé le 18 février 2015, n°14-10.604 et 14-10.632. Sous-traitance en chaîne – Modalités de présentation du sous-traitant de second rang.**
- **Cour de Cassation - Troisième chambre civile - Arrêt n° 206 du 18 février 2015 (14-10.604 ; 14-10.632) :2015:C300206.**
- **Syndicat des copropriétaires de l'immeuble « Les Deux Avenues » c/ Secob, n°13-24892.**
- **Conférence internationale du travail. Le travail en sous-traitance, Volume 2, Partie 1. P 35.**

الموقع الالكتروني

- **:http://yasaloonak.net**