جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالب:
بالهادي محمد

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. لعبيدي لزهر	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	رئيسا
د. جراية الصادق	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	مشرفا ومقررا
أ.زرقيني راضية	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2018/2017

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء الواجب ووفقنا الى انجاز هذا العمل العلمي.

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان الى كل من ساعدنا من قريب او من بعيد على انجاز هذا العمل وفي تذليل ما وجهنا من صعوبات، ونخص بذكر الأستاذ المشرف جراية الصادق الذي لم يبخل علينا بتوجهاته ونصائحه القيمة

مـــقدمة

مقدمه:

في العصور الاولى للتاريخ يعتبر البناء الزاما لدى الافراد ،حيث انفرد به التقنيون. وتطور حسب الزمن الى ان اصبح عقد يربط بين بين شخصين او اكثر، حيث تضمن في محتوى الاخير ،الاجر و الضمان .اذ يعتبر عقد المقاولة عقد تراضي بين عنصرين، الشيء المطلوب صيغه او العمل المطلوب تأديته من المقاول والاجر الذي يقدمه صاحب العمل وهو المتعاقد الاخر. وقد قسما التنظيم الشرعي لعقد المقاولة النصوص المتعلقة الى قسمين، او القواعد العامة التي تنطبق على جميع المقاولات، وثانيها القواعد المتعلقة نوع خاصا، هو التزام المرافق العمامة .

ولهذا تعد المقالة احدى الوسائل التعاون بين المشروعات العاملة في مجال الانشاءات المعمارية والصناعية ، وبالتالي يمكن النظر إليها كوسيلة من وسائل التنمية الاقتصادية. وقد يكون مبعث اللجوء إلى المقاولة من الباطن هو رغبة المقاول الأصلي في تحقيق الربح المالي، ويتم ذلك بتنفيذ الأعمال محل العقد الأصلي بتكلفة أقل مما هو متفق عليه مع صاحب العمل.

وهكذا فرضت المقاولة من الباطن نفسها على ساحة العمل، وأصبحت حقيقة واقعية تحقق مصلحة ليست فقط للمقاول الأصلي، وإنما أيضا لصاحب العمل، وظهر من خلال تطبيقها مجموعة من المشكلات القانونية في علاقة المقاول من الباطن بالمقاول الأصلي ورب العمل.

ومن هنا نطرح الاشكالية الرئيسية فعاليات ونجاعة المسؤولية التي تتعلق في المقاولة الفرعية. وتكمن اسباب اختيار الموضوع الى اسباب ذاتيه واخرى موضوعيه ،تعود الاسباب الذاتية في رغبتنا في هذا الموضوع و دراسته، وكذا نقص دراسات الاكاديمية التي تناولته اما الاسباب الموضوعية، فتعود الى ان الموضوع يندرج ضمن قانون اعمال لان المقاولات هي عباره عن اعمال تجاريه، التي تدور حول المسؤوليات وذلك نظرا لما يكتسبه الموضوع من اهميه في جانبين النظري والعلمى . ورغم هذا لم تجد دراستى دراسات موسعة حول هذا الموضوع اذ انها كلها دراسات حول المفاهيم التعريفية. ولقد واجهت اثناء دراسته للموضوع، بعض الصعوبات منها قله المراجع والتي تكاد تكون منعدمه. حيث تدور إشكالية بحثنا ماهي الأثار القانونية المترتبة على الاخلال بالمقاول بمسؤوليته في المقاولة الفرعية؟

للإجابة على الاشكالية اعتمدت على عدد مناهج التحليل الذي وجده حظه الوافر في هذه الدراسة ، كل ذلك بهدف توخى التبسيط والدقة ليكون هذا البحث سهل الفهم لكل مطلع عليه ،ولتجسيد هذه الدراسة اعتمدت الى خطه مقسمه الى فصلين، وكل فصل قسمته الى مبحثين، وكل مبحثين الى مطلبين ،وذلك حتى تكون الخطة متوازية عموديا في الفصل الاول. جاء تحت عنوان المسؤولية العقدية ،على مسؤوليه المقاول في المقاولة الفردية وقد جاء في مبحثين والاثار وبعدها انتقلت بالدراسة الى الفصل الثاني، الذي عنوانه المسؤولية التقصيرية الناشئة عن مسؤوليه المقاول في المقاولة الفرعية .وقد جاء فيه أسي واركان والاثار الناجمة عن مسؤوليه المقاول في المقاولة الفرعية.

الفصل الأول

المسؤولية العقدية في المقاولة الفرعية

المبحث الأول:

العلاقة القانونية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ورب العمل

تنشأ العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن جراء العمل المتصل بينهما، والاتفاق الذي يتم بينهم من خلال شروط العقد، إذا يترتب الالتزام وتنشأ عليه أحكام وستذكر كل التزام على حدي بين العلاقتين.

المطلب الأول:

علاقة المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي

يلتزم المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي بصفته صاحب عمل في عقد المقاولة من الباطن بما يلتزم ب المقاول الأصلي في مواجهة صاحب العمل في عقد المقاولة الأصلي

الفرع الأول: <u>الالتزام بإنجاز عمل متفق عليه:</u>

الالتزام الرئيسي الذي يلتزم به المقاول من الباطن هو انجاز العمل المتفق عليه في العقد المقاولة من الباطن لا العمل المتفق عليه في عقد المقاولة الأصلية وبناء على ذلك فإن المقاول من الباطن ملزم بأن ينجز العمل بالطريقة المحدودة في عقد المقاولة عن الباطن وبالشروط الواردة فيه وهذا ما تؤكده الشريعة الإسلامية بالنسبة للأجير المشترك من الباطن[1].

كما تنص المادة 550<< يجوز للمقاولة أن يقتصر على التعهد عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام العمل بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً>>[2].

وإذا تأخر المقاول من الباطن في البدء في العمل أوفي ينجزه تأخرا لا يرجى معه مطلقا أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها، حاز المقاول الأصلي طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن دون انتظار لحلول ميعاد التسليم[3].

الفرع الثاني: الالتزام بتسليم العمل

يلتزم المقاول من الباطن بعد الانتهاء من العمل المطلوب منه أن يسلمه إلى المقاول الأصلي يتم بوضع العمل المنجز تحت تصرف الأجير. ولا يعد المقاول من الباطن منقذا

---

[1] غازي خالد ابو عرابي،. المقاولة من الباطن .دار وائل للنشر .الأ ردن .الطبعة الأولى 2009 ،ص73

[2] المادة 550 من الامر رقم 75-58المؤرخ في 26-09-1975المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[3] د، قداري عبد الفتاح الشهاوي، معقد المقاولة في التشريع المصري ،دار لنشر الاسكندرية ص242

لالتزامه ولو قام بتسليم العمل مباشرة إلى صاحب العمل في المقاولة الأصلية بوصفه أجنبيا عن عقد المقاولة من الباطن وان المقاول الأصلي هو الذي تعاقد معه، لذلك لا يكون التسليم منتجا لإثارة إلا إذا كان للمقاول الأصلي كما يتحمل المقاول الأصلي الخسارة وحده في حالة الهلاك، إذا كان المقاول من الباطن قد أخطاره بضرورة الحضور لاستلام الشيء المصنوع أو العمل المنج

الفرع الثالث: الالتزام بضمان سلامة العمل

سلفنا القول أن على المقاول من الباطن أن يقوم بعمله وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها، وطبقا لأصول الفن الذي يهم العمل المطلوب إنجازه، فإذا أنجزه بطريقة تخالف هذه الشروط والمقاييس كان مخلا التزامه ووجب ضمان العيوب التي لحقت لعمله [1]

يلتزم المقاول من الباطن بضمان عمل على ذلك إذا كان المقاول من الباطن هو مقدم المادة فإن يكون مسؤولا عن جودتها، وعليه ضمان العيوب الخفية فيها، وإذا كان مقدمها هو المقاول الأصلي أو رب العمل فإن المقاول من الباطن لا يكون ضامنا لعيوبها الخفية، ولكن عليه إذا اكتشف في أثناء عمله أو كان بمكنه أن يكتشف تبعا لمستواه الفني عيوب في المادة، وجب عليه أن يحظر المقاول الأصلي فورا بذلك وإلا كان مسؤولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج وسواء كان الذي قدم المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلي أورب العمل، فإن المقاول من الباطن يكون في جميع الأحوال ضامنا لأي عيب في الصيغة.[2]

أيضا يعتبر الاستشاري كمكتب دراسات متخصص يلجأ إليه المهندس المعماري أو المقاول فإن هذا العقد يقوم بين المقاول وبين من يكلفه بوضع تصميمات وعمل حسابات لأعمال خرسانية (هو عقد مقاولة من الباطن)

[1] غازي خالد ابو عرابي، المقاولة من الباطن، مرجع سبق ذكرة، ص78

[2] قداري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سبق ذكره ص243

وتكون مسؤولية هن بالنسبة الاستشاري كمقاول من الباطن يحكمها عقد المقاولة من الباطن وما يترتب عليها من الالتزام بضمان سلامة العمل [1]

المطلب الثاني:

التزام المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن:

نعتبر عقد المقاول من الباطن مت العقود التبادلية الملزم ولذلك ننشأ عليها التزامات تقع على كل طرف من طرفه وبمعنى حصر هذه لالتزامات بما يلي:

الفرع الأول: تمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل:

يجب على المقاول الأصلي بصيفه صاحب عمل للمقاول من الباطن القيام بما هو ضروري لكي ينفذ هذا الأخير التزامه بتنفيذ العمل ،الكلف به وبعتب ران تأخر رب العمل في عقد المقاولة ،في الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والمعنى في تنفيذه حتى يتم انجازه وهو إخلال بالتزامه التعاقدي.

ونلاحظ أن رأي فقهاء الشريعة الإسلامية لا يختلف عن رأي فقهاء القانون في ضرورة تمكين الأجير من أداء العمل.

الفرع الثاني: تسليم العمل بعد الانجاز

يلتزم المقاول من الباطن بعد انجازه للعمل المطلوب منه ،أن يقوم بتسليمه للمقاول الأصلي فتسليم والتسلم للعمل المنجز يعتبر الهدف النهائي .الذي يسعى اليه طرفي عقد المقاولة من الباطن، وهذا يعني أن التسلم يختلف عن التسليم لذا يجب يجب عدم الخلط بينهما[2].

---

[1] سمير عبد السميع الأودن مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الانشاءات، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع ص29

[2] غازي خالد ابو عرابي، المقاولة من الباطن، مرجع سبق ذكرة، ص96

فمتى أتم المقاول من الباطن العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلي وجب على هذا يبادر إلى معاينته في أقرب وقت مستطاع تبعا لمألوف في التعامل وأن يستلمه في مدة وجيزة[1].

الفرع الثالث: دفع الأجل (البدل)

يلزم المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة من الباطن يدفع الأجل أو البدل إلى المقاول من الباطن، الذي تعاقد معه مقابل قيام الأجير بالعمل المعهود به إليه ويعد الأجر عنصرا جوهريا في عقد المقاولة لا يتم العقد بدونه.

فإذا أنجز المقاول من الباطن العمل، محل المقاولة فإنه يستحق أجره وهذا الأجر هو المحدد في عقد المقاولة من الباطن لا عقد المقاولة الأصلي[2].

وإذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر واجب الرجوع في تمديد هذا المقدار إلى قيمة العمل الذي قام به المقاول من الباطن, والنفقات التي صرفها في انجازه وإذا اتفق على أجر بمقتضى المقايسة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري تنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة وجب على المقاول من الباطن أن يحظر في الحال المقاول الأصلي في ذلك .مبينا ما يتوقعه في الزيادة في الأجير، فإن لم يفعل سقط حقه ويكون الدفع في المكان المتفق عليه[3].

المطلب الثالث

علاقة المقاول الأصلي برب العمل

ينظم هذه العلاقة عقد المقاولة الأصلي، ولا شأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن فهذا العقد لا يكسب حقا ولا يرتب في ذمته التزاما، لأنه يعتبر بالنسبة إليه من العيار، فيا عدا ما نص عليه القانون من رجوع المقاول على رب العمل بالأجرة في حدود معين ستأتي يحثها

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر الإسكندرية ، الجزء الرابع ص199

[2] غازي أبو عرابي، مرجع سبق ذكره،ص111

[3] بجاوي المدني، مرجع سبق ذكره ص142

ومسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن ليست مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة، فإن المقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعا له، وإنما هي مسؤولية عقدية تنشأ عن العقد الأصل

المبحث الثاني

أركان المسؤولية العقدية تجاه مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية

تقوم المسؤولية العقدية بإتباع ضرر يلحق بالمقاول من الباطن الذي تعاقد مع المقاول الأصلي ،إذ تنتج أركان (تتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية) فلكل واحد منهم علاقة بينهم بالنسبة للمقاول الأصلي والمقاول الفرعي

المطلب الأول:

أركان المسؤولية العقدية

تشتمل المسؤولية العقدية على اركان حيث تتمثل اركانها في:

الفرع الأول:

خطأ المقاول في المقاولة الفرعية

1. تعريف الخطأ:

يتمثل الخطاء العقدي في مجرد عدم تنفيذ المدنيين لالتزاميه الناشئ عن العقد على الوجه الوارد فيه سواء كان عدم التنفيذ كليا وجزئيا أو معيبا أو متأخرا وبغض النظر عن الدوافع والبواعد والغايات والأسباب التي أحاطه بعدم التنفيذ مادام أنه لايرجع بسبب أجنبي. [1]

[1] شريف الطباخ ،التعويض في المسؤولية التقصرية والعقدية في ضوء الفقه والقضاء ،دار الفكر الجامعي، ص592

ويعرف الأستاذ (جوسران) إن الخطأ أو لهما إلى الدائن في دعوى التعويض أي إلى المطلب أو المضرور[1]

يكون المقاول مسؤولا عن خطأه إذا ثبت في جانبه الخطأ ، فتتحقق مسؤوليته،إذا ما هو خالف الشروطوالمواصفات المتفق عليها،أو إنحرف عن أصول الفن وتقاليد الصنعة ،أو أساء إختيار المادة التي قدمها من عنده ليستخدمها في العمل ،أونزل عن عناية الشخص المعتاد في المحافضة على المادة ،أو ثبت عدم كفايته وقصوره الفني .وبوجه عام إذا هوخالف واجبا من واجباته .فإذا ثبت خطأه على هذا النحو ،وكان هو الذي قدم المادة ، فضاعت أو تلفت بسبب خطئه تحمل هو الخسارة .

أما آذا حدث الضياع أو تلف بعد أن أعذر المقاول رب العمل لتسلم العمل ،فإن مسؤولية المقاول تنتفي.

وإذا استعان المقاول بشخص يساعده في إنجاز العمل أو استخدمه فيّ ذلك يكون مسؤولية المتبوع عن التابع، ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تقصيرية بل هي مسؤولية عقدية.[2]

أولا: الخطأ العقدي في مسئولية المدين عن عمله الشخصي:

إن أول ما نبدأ الحديث فيه، بالنسبة لهذه المسألة، هو تعريف الخطأ العقدي، والخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين للالتزام المترتب عن العقد والذي نشأ في ذمته باعتباره طرفا من أطراف العقد ، ولقد ذكرنا أن القانون يجبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته، ونصوص القانون التي تفيد هذا المعنى كثيرة ومتعددة، منها المادة (106)[3] من القانون المدني الجزائر والتي تقضي بأن (العقد شريعة المتعاقدين) والمادة (107 والتي تقضي أنه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية)، والمادة 164 والتي تقضي بأن (يجبر

[1] د، حسن الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني الخطأ، كلية الحقوق، البحرين، ص145

3-المادة 106- من الامر رقم 75-58المؤرخ في 26-09-1975المتضمن القانون المدني

[2] د.عبد الرزاق السنهورى. مرجع سبق ذكره 81

المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180، 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا).[1]

وعلى ذلك، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه العقدي، فإن الركن الأول للمسئولية العقدية يكون قد تواف، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى إهمال المدين أو فعله العمدي، بل إن الخطأ العقدي يتوافر في الحالة التي يكون عدم التنفيذ راجعا إلى القوة القاهرة، أي لابد للمدين فيه، إلا أنه في الحالة الأخيرة هذه لا يكون المدين مسئولا عن عدم التنفيذ رغم توافر الخطأ العقدي، ويرجع ذلك إلى انتفاء علاقة السببية والتي تؤدي إلى انعدام المسئولية ركن من أركانها كما سنرى،[2] وبهذا تقضي المادة (307) من القانون المدني الجزائري أنه (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته).[3]

والالتزامات على نوعين: التزام بتحقيق نتيجة، والتزام ببذل عناية، ففي حالة ما يكون الالتزام، بتحقيق نتيجة، فإن تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام، فالالتزام بنقل حق عيني – أيا كان محل الحق، حق ملكية أو حق ارتفاق

أو حق انتفاع أو استعمال... إلخ – والالتزام بعمل معين كتسليم عين أو إقامة مبنى، والالتزام بالامتناع عن عمل معين، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق نتيجة معينة فإذا لم يقم المتعاقد بتحقيق النتيجة المقصود بها من قيام هذه الالتزامات يكون المتعاقد مخلا بتنفيذ التزامه العقدي وذلك بعدم تنفيذه.

أما الالتزام ببذل عناية، وهو ما يعني، الالتزام ببذل الجهد وذلك للوصول إلى الغرض المقصود، ويستوي أن يتحقق هذا الغرض أم لا، فهو التزام بعملهم ولكنه عمل غير مضمون النتيجة، إذ المهم في هذا النوع من الالتزامات هو مقدار العناية الواجب بذلها من جانب المدين، وهي في العادة عناية الرجل العادي، وفي هذا النوع من الالتزامات، إذا ما أثبت

[1] المادة 164من الامر رقم 75-58المؤرخ في 26-09-1975المتضمن القانون المدني

[2] د.خليل احمد حسن قدادة .الوجيز فى شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص145

[3] المادة 307من الامر رقم 75-58المؤرخ في 26-09-1975المتضمن القانون المدني

المدين بأنه بذل عناية الرجل العادي في تنفيذ الالتزام، يكون قد نفذ التزامه، حتى ولو لم يحقق النتيجة المطلوبة من الالتزام، وفي الحقيقة، أن مقدار العناية المطلوبة وبعبارة أخرى، مقدار الجهد الذي يجب أن يبذلها لمدين في تنفيذ مثل هذا الالتزام يزيد أو ينقص تبعا لما ينص عليه القانون أو الاتفاق.

فالمستأجر عليه أن يبذل من العناية في المحافظة على العين المؤجرة وفي استعمالها ما يبذله الشخص المعتاد المادة ، وعلى المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على أمواله دون أن تنزل عن مستوى العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، وإذا كانت الوديعة بغير أجر كان على المودع عنده أن يبذل في المحافظة على الشيء المودع عنده العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله، أما إذا كانت الوديعة بأجر، فيجب عليه في كل الحالات أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد المادة من القانون المدني الجزائري, وفي عقد الوكالة، يجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي. [1]

والالتزام ببذل عناية قررته بصفة عامة المادة (162) من القانون المدني الجزائري على أنه (في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، وهذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك)[2].

من هذا كله يتبين لنا، أن الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة معينة يتحقق إذا ما تحققت فعلا هذه الغاية أو النتيجة المقصودة من الالتزام وإلا تحقق الخطأ العقدي، وذلك بعدم تحقيق هذه النتيجة، ويتحقق الخطأ في الالتزام ببذل عناية في حالة ما لم يبذل المدين العناية المطلوبة سواء وفقا لنص القانون أم طبيعة الالتزام.

---

[1] د. خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص146

[2] المادة 162من الامر رقم 75-58المؤرخ في 26-09-1975المتضمن القانون المدني

لكن كيف يمكن إثبات الخطأ العقدي ؟.

يقع على الدائن إثبات الخطأ العقدي، ففي نطاق التنفيذ العيني للالتزام، وعلى وجه الخصوص، إذا كان الدائن يطالب المدين بالتنفيذ العيني ففي هذه الحالة، لا يكون على الدائن إلا عبء إثبات مصدر الالتزام (العقد... إلخ) فإذا ادعى المدين بأنه نفذ التزامه تنفيذا عينيا فعليه يقع عبء إثبات ذلك وإلا حكم عليه بالتنفيذ العيني.

لكن يختلف الأمر، لو كنا في مجال التنفيذ بمقابل، حيث يطالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي، وهذا يعني أن الدائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه. فإذا أقام الدليل على ما يدعيه، يعتبر هذا بمثابة إثبات للخطأ العقدي الذي يمثل الركن الأول من المسئولية، والأمر لا يقتصر على إثبات الخطأ، وإنما عليه أن يقيم الدليل على الضرر وعلاقة السببية، فإذا قام الدائن بهذا، استحق التعويض ما لم يقم المدين الدليل على أن عدم تنفيذ الالتزام يرجع إلى القوة القاهرة.[1]

وإذا طبقنا أحكام إثبات الخطأ العقدي على الالتزام بنتيجة والالتزام بغاية، فنجد في الالتزام بغاية أو بنتيجة، فيما يتعلق بالالتزام بنقل ملكية أحد الأشياء، فإن الدائن (المشتري) عليه يقع عبء إثبات عقد البيع وأن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه، فإذا نجح الدائن في إثبات ذلك، ثبت الخطأ العقدي من جانب البائع والذي لا يستطيع أن يتخلص من مسئوليته عن عدم التنفيذ أن يثبت أنه بذل عناية الرجل العادي في تنفيذ التزامه، لأن الالتزام بنقل ملكية أحد الأشياء هو التزام بتحقيق غاية، وإنما عليه أن يثبت أن سبب عدم التنفيذ يرجع للقوة القاهرة. وفي الالتزام بعناية، كالتزام الطبيب بعلاج المريض فعلى المريض أن يقيم الدليل على أن الطبيب التزم بعلاجه، ويثبت كذلك أن الطبيب لم يبذل في علاجه العناية المطلوبة

وقد ذهب كثير من الفقهاء ان عقد المقاولة يستنفذ كل اثاره بمجرد تقبل الاعمال[2].

[1] خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص148

[2] حسن على الذنون . الخطأ .المبسوط في شرح القانون المدني . دار وائل للنشر الاردن ص566

-ثانيا – المسئولية عن الغير أو الأشياء:

في الواقع لم يرد في نصوص القانون المدني الجزائري نص قانوني صريح يتناول مثل هذا النوع من المسئولية، إلا بطريقة غير مباشرة، في الفقرة الثانية من المادة (178) من القانون المدني الجزائري، والتي تنص بأنه (يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسئولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه).[1]

من نص الفقرة الثانية من المادة (178) يتضح بما معناه، أن المدين في حالة استخدامه أشخاصا يوكل لهم أمر تنفيذ التزامه العقدي، يجوز له أن يتفق مع الدائن على إعفائه من المسئولية التي قد تنجم عن غشهم أو خطئهم الجسيم أثناء تنفيذ الالتزام، وهذا يعني أن المدين يجوز له أن يستخدم بعض الأشخاص في تنفيذ التزامه العقدي في مواجهة الدائن، وإذا وقع من هؤلاء الأشخاص أثناء التنفيذ غش أو خطأ جسيم، يكون المدين كقاعدة عامة مسئولا مسئولية عقدية في مواجهة الدائن، وهذا ما نقصده بالمسئولية عن الغير، وهذا ما لم يتناوله القانون بصراحة النص وإنما جاء من مفهوم الفقرة الثانية من المادة (178) من القانون المدني الجزائري[2]

ويقتضي هذا النوع من المسئولية العقدية لتوافرها، أن يوجد بين المدين والدائن المضرور عقد صحيح، وأن يكون الغير مكلفا من قبل المدين بتنفيذ التزامه العقدي قبل الدائن، وهذا يعني، أنه يوجد ثلاثة أطراف في هذه المسئولية، المدين المسئول، والدائن المضرور، والغير الذي استخدمه المدين والذي يسأل عن أخطائهم أثناء تنفيذ الالتزام بشرط أن يكون المدين قد استخدمهم في هذه المهمة.

[1] المادة 178من الامر رقم 75-58المؤرخ في 26-09-1975المتضمن القانون المدني.

[2] د. خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص148

ومثل هذا النوع من المسئولية يتوافر في عقود الإيجار من الباطن حيث يقوم بين المستأجر (وهو المدين) والمؤجر عقد إيجار صحيح، أما الغير الذي يستخدمه المستأجر في تنفيذ التزامه في مواجهة المؤجر فهو المستأجر من الباطن وكذلك الناقل عندما يسأل عن أخطاء عماله المستخدمين في تنفيذ التزامه في مواجهة المرسل أو المرسل إليه.

وكذلك المقاول الذي يسأل مسئولية عقدية عن أخطاء المقاول من الباطن والقاصر أو المحجور عليه هما كذلك يسألان مسئولية عقدية عن أعمال الولي أو الوصي أو القيم.

أما إذا لم تربط المدين بالغير الذي ارتكب الخطأ صلة استخدام أو تكليف فإن خطأ الغير يعتبر من قبيل السبب الأجنبي (القوة القاهرة) التي تنفي وجود علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه المدين، والضرر الذي أصاب الدائن كما لو أودع شخص مالا عند أحد الأشخاص فيسرق هذا المال من قبل الغير، مع الملاحظة، أن هذا الأخير لا تربطه بالمدين أي صلة تكليف أو استخدام.[1]

ولشروطها يستلزم وجود عقد صحيح بين المدين والمضرور.

-ان يتدخل الغير في تنفيذ العقد اما باتفاق او بنص القانون[2]

أما مسئولية المدين العقدية عن الأشياء، فهي الحالة التي يسأل فيها المدين مسئولية عقدية في حالة عدم تنفيذه للالتزام، لسبب لا يرجع إلى فعله الشخصي بل إلى فعل الشيء، أي إلى تدخل إيجابي من شيء أفلت من حراسته.

ويتحقق ذلك في الفروض الآتية:

أولا: في الحالة التي يسلم فيها البائع (المدين) الشيء المبيع إلى المشتري (الدائن) فينفجر هذا الشيء في يد المشتري، فيكون البائع في هذا الفرض مسئولا مسئولية عقدية، وذلك بمقتضى التزامه العقدي، بضمان العيوب الخفية، وهنا يلاحظ، أن مسئولية البائع لا ترجع إلى فعله الشخصي، وإنما ترجع إلى فعل الشيء.

[1] د. خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص149

[2] د. غازي خالد ابو عرابى. المقاولة من الباطن .دار وائل للنشر .الاردن ص131

ثانيا: في الحالة التي يلتزم فيها المدين برد الشيء محل العقد (كالتزام المستأجر برد العين المؤجرة إلى المؤجر) فيتدخل شيء آخر يوجد في حراسة المستأجر كمواد متفجرة في حريق العين المؤجرة قبل التسليم فهنا تقوم مسئولية المستأجر عن عدم تنفيذ التزامه الذي لا يرجع إلى فعله الشخصي ولكن إلى فعل الشيء.

الفرع الثاني:

الضرر

1.تعريف الضرر:

لا يكفي مجرد توافر خطأ في جانب التعاقد بتنفيذ التزاماته لتنشأ على عاتقه مسؤولية عن التعويض بل يجب أن يترتب على عدم العقدية كالمسؤولية المدنية لصفة عامة مضمونها التزام المسؤول بتعويض ما نتج عن خطئه بين ضرر

والضرر المتوقع الذي تقتصر مسؤولية التعاقد على تعويضه و الضرر الذي سببه، ويتوقع أيضا مقدار المألوف في نوع المعاملة التي تتم بالإتقان[1]

عن ميعاد التسليم المتفق عليه، فإن ذلك من شأنه تفويت الفرصة على رب العمل فما الإقامة في السكن أوفي التأجير ويعد عنصر من عناصر الضرر.[2]

وإذا كان المقاول من الباطن هو مقدم المادة فإنه يكون مسؤولا عن جودتها وعليه ضمان العيوب الخفية فيها، وإذا كان مقدمها هو المقاول الأصلي أو رب العمل فإن المقاول من الباطن لا يكون ضامنا لعيوبها الخفية.[3]

ويتواتر قضاء المحكمة النقض على أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقد يعتبر في ذاته خطأ برتب مسؤوليته التي لا يدرأها عنها إلا إذا ثبت قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به.[4]

---

[1] شريف الطباخ، مرجع سبق ذكره ص626

[2] غازي أبو عرابي، مرجع سبق ذكره،ص152-153

[3] قديري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سبق ذكره، ص242

[4] إبرهيم السيد أحمد، العقود الواردة على العمل، ص86

الفرع الثالث:

العلاقة السببية

يقع عاتق إثبات علاقة السببية على عاتق المضرور وتستقل المحكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض بتقرير ثبوت الواقع التي من شأنها قيام علاقة السببية، إ ذا تعددت العوامل فإنه لا يكفي اعتبار عامل منها سببا في حدوث الضرر القول ولا وجود لما وقع الضرر.[1]

المبحث الثاني:

أثار المسؤولية العقدية:

تؤدى المسؤولية العقدية اثارا، توجب من خلالها كلا من المتعاقدين الى ابراز الدور الذى يلزم الاطراف الى تحمل ما ينتج من تبعات وستتطرق الى ما يلى

المطلب الأول:

دعوى الضمان

وضع القانون أحكاما خاصة في ضمان المهندس المعماري والمقاول للمنشآت الثابتة التي يقومان بتشييدها، لما ذلك من أهمية خاصة، ستعرض الضمان وستقوم بتحليل

الفرع الأول:

ضمان المقاول للمادة التي يقدمها

تنص المادة 551 إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل .[2]

والمقاول في هذه الحالة يضمن ما فيها من عيوب ضمان للعيوب الخفية مسؤولية المقاول عن المادة التي يقدمها رب العمل، أما إذا كان رب العمل هو الذي قادم المادة

[1] شريف الطباخ، مرجع سبق ذكره، ص642

[2] مادة551 من الامر رقم 75-58المؤرخ في 26-09-1975المتضمن القانون المدني

فبديهي أن المقاول لا يكون ضامنا لعيوبها, ضمان البائع للعيوب الخفية لأنه لم يبيعها لرب العمل بل رب العمل هو الذي قدامها وهو المالك لها منذ البداية, لضمان المقاول للعيب في الصنعة، تركن سواء قدمها المقاول أو قدمها رب العمل وافترضنا العمل الذي قام به المقاول فهل يكون هذا الأخير ضامنا لجودة العمل والى متى، لاشك أن المقاول يكون مسؤولا عن جودة العمل فيكون المقاول مسؤولا عن كل عيب في الصنعة. تقضي أصول الحرفة بأن يكون مسؤولا عنه فإذا وقع عيب من ذلك وكشفه رب العمل قبل أن يتسلم الشيء، أو يتقبل العمل أنه يطلب التنفيذ العيني أي إصلاح العيب أو أن يطلب الفسخ[1].

الفرع الثاني:

القوة القاهرة

قام المشرع المصري بأنه يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر. إذا تبين من الظروف التي أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة قاهرة كما لو يصل خلل في استقرار الأرض التي أقيم عليها البناء ،إذا كان هذا الخلل قد نشأ لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجية. لم يكن في الإمكان توقعها وقت البناء[2]والقوة القاهرة هي الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه، فإن عدم إمكان توجه الحادث واستحالة دفعه هما الشرطان الواجب توافرهما لإعفاء المدين من المسؤولية ومن مظاهر القوة القاهرة الحروب والظواهر الطبيعية كالأعاصير القوية الزلازل الأمور تعفى من المسؤولية من حيث أنها كانت من العنف لما لا يمكن دفعه وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية إن إصابة محركات الباخرة الناقلة للبضاعة موضوع العطاء مما اضطر أصحابها إلى قطرها إلى ميناء المصدر واضطر الحال عليه إلى نقلها على باخرة أخرى هو من قبيل الحادث المفاجئ ونؤكد هنا إن القوة القاهرة لا تؤدي إلى مسؤولية

[1] عبد الرزاق أحمد السنهورى مرجع سبق ذكره ص92

[2] عبد الرزاق أحمد السهورى مرجع سبق ذكره ص127

المدعي عليه (المقاول من الباطن)إلا إذ اكانت هي السبب الوحيد فإن ساهم معها خطأ المدعي عليه وجب لعميل الأخير بالضمان كاملا[1]

المطلب الثاني:

التعويض

إن اختيار رب العمل طلب تنفيذ العقد أو فسخه فإنه يكون له فضلا عن ذلك أن يطلب بتعويض الضرر الذي أصاب من جرا إخلال المقاول بالتزامه بالتسليم كذلك يكون له إن يطلب التعويض إذ اكان المقاول رغم قيامه بالتسليم إلا أنه قد تأخر فيه تأخرا ضارّاً برب العمل

فإذا كان التعويض مطلوب عن عدم التسليم أصلا فإن القرار الذي أصاب رب العمل يقدر على أساسا لفرق بين الأجر المتفق عليه للمقاول وما يجب عليه دفعه لإجراء العمل المطلوب بواسطة مقاول آخر مع مراعاة الزمن الذي ستغرقه هذا المقاول في العمل قد يصيب رب العمل من جراء هذا التأخر

ويقتضى الامران يلزم القاضي المسؤول بتنفيذ الالتزام الذى امتنع عن تنفيذه[2]

- **مدى أجل التنفيذ:**

وما قد تطرأ يعد إبرام العقد ظروف وعوامل تستدعي مد أجل التنفيذ المتفق عليه وفي هذه الحالات يستحق المقاول مدا لأجل المحدد له التنفيذ الأعمال المكلف بها وعادة يتم الاتفاق بين المقاول وصاحب العمل على المدة التي يمتد لها أجل التنفيذ

- **غرامة التأخير أو الشرط الجزائي:**

إذا تأخر المقاول في إنجاز العمل المكلف به ولم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي عنه فإنه يكون مسؤولا عن تعويض صاحب العمل عن الأضرار التي أصابته نتيجة هذا التأخر ويجوز للمقاول ورب العمل مقدما قيمة التعويض المستحق لرب العمل في حالة

[1] غازي أبو عرابي، مرجع سبق ذكره،ص156-157

[2] حسن على الذنون . الضرر. المبسوط في شرح القانون المدني . دار وائل للنشر الاردن ص366

التأخير في إنجاز العمل بالنص عليها في العقد أو في أتفاق لاحق يحصل أي تأخير رسمي هذا الاتفاق بصفة عامة بالشرط الجزائي

- **التعويض في حالة عدم اشتراط غرامة تأخير**

إذا كان التعويض مطلوبات عن التأخر في تسليم في الموعد المحدد لذلك فإذا تم الأعذار ثبت إن المقاول لم يسلم العمل في الموعد الواجب التسيلم فيه فإنه يكون مسؤلاً عن هذا التأخر[1]

عموما فإن مسؤولية المقاول عن سلامة البناء لا يقوم أثناء تنفيذ عقد المقاولة وإما تمتد إلى ما بعد تسليم البناء وذلك في حالة ما إذا كانت العيوب به خفية لا يستطيع صاحب العمل كشفها أثناء التنفيذ وهي مسؤولية عقدية تحقق إذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها في عقد المقاولة وإذا ما كان العيب في البناء قد بلغ حدا من جسامة ما كان يقبل رب العمل لو علم به قبل التنفيذ فيكون له الخيار طلب بين أو إبقاء البناء مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض أما إذا لم يصل العيب إلى هذه الدرجة فلا يكون له إلا طلب التعويض.[2]

لم يبين المشرع في عقد المقاولة ما يترتب لرب العمل من حقوق في حالة قيام الضمان من هنا فإنه يلزم الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة واستنادا إلى القواعد العامة فإنه يحق لرب العمل إن يطالب بالتنفيذ العيني مع التعويض أو أي يطالب بفسخ العقد مع التعويض.

فيجوز لرب العمل الطلب من المحكمة المختصة إلزام كل من المقاول أو المهندس بالتنفيذ العيني وذلك بقيام المقاول أو المهندس بإعادة البناء الذي تهدم أو بإصلاح العيوب التي ظهرت فيه ومتى توافرت شروط وقوع التنفيذ العيني الجبري ، فإن لم تتوفر تحول التنفيذ العيني إلى تنفيذ بمقابل، وإذا كان التنفيذ العيني مستحيلا أو كان فيه إرهاق للمقاول

[1] محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد المقاولة، دار الناشر المعارف الإسكندرية ، ص136-137

[2] إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل ،دار النشر المعارف الاسكندرية.ص75

والمهندس كأن يكلف بإعادة البناء نفقات جسمية فليس لرب العمل إلا طلب التعويض عن ذلك وللقاضي الخيار الحكم بالتنفيذ العيني أو الحكم بالتعويض.[1]

خلاصة الفصل الأول

من خلال الملاحظة للقواعد القانونية أنها ليست تجريدا ذهنيا جامداً .بل هي وسيلة لإحقاق الحق، مما يمكن القاضي تكييف مضمونها مع متطلبات العدالة ضمن الإطار القانوني القائم .والهدف من إقامة الدعوى ضدّ المقاول الفرعي هي الوصول إلى إصلاح الأضرار أو التعويض عنها أو إزالة الصرر المتمادي.

[1] قداري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سبق ذكره ص 248

الفصل الثانـي

المسؤولية التقصيرية للمقاول في المقاولة الفرعية

المبحث الأول

علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

الأصل لا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن إذا لا يربطهما أي تعاقد، فالتعاقد إنما يربط رب العمل بالمقاول الأصلي ويربط المقاول من الباطن وإنما تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة، إذ يتوسطهما المقاول الأصلي فلا يطالب رب

العمل المقاول من الباطن مباشرة بإلتزامه وإنما يطالب بهذه الالتزامات المقاول الأصلي .

-عقد المقاول من الباطن هو العقد الذي بمقتضاه يتعامل المقاول الذي عهد إليه بتنفيذ عمل، مع مقاول آخر، من اجل تنفيذ هذا العمل كله أو جزء منه ، فالمقاول لا تكون له صفة المقاول إلا مع رب العمل، مختلفة فالمقاول الذي يقبل المقاول يتفق مع المقالين من الباطن للقيام بتنفيذ الجزاء المتعدد المتعلق بحرف مختلفة ويحتفظ بالإشراف وتنسيق الأعمال

المطلب الاول: العلاقة بين رب العمل و المقاول من الباطن علاقه غير مباشره

تقدمنا ان العلاقة بين رب العمل ،والمقاولين الاصلي يحكمها عقد المقاولة يحكمها عقد المقاولة الاصلي من الباطن .وترتب على ذلك ان الاصل لا تقوم علاقه مباشره بين ربو والمقاول من الباطن .اذ لا تربطهما اي تعاقد التعاقد انما يربط رب العمل بالمقاول الاصلي. ويربط قول الاصلي المقاول من الباطن و انما تكون العلاقة بين رب العمل و المقاول من الباطن علاقه غير مباشره .اذ يتوسطهما المقاول الاصلي طالب رب العمل المقاول من الباطن رب العمل مباشره بالتزاماته ،وانما يطالب بهذه الالتزامات المقاول الأصلي.

المطلب الثاني :لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشره بالتزاماته

والتزامات المقاول من الباطن الثلاثة يطالب بها مباشره المقاول الاصلي لرب العمل الالتزام ،في انجاز العمل. يطالب به المقاول الاصلي المقاول المقاول من الباطن بموجب عقد

المقاولة من الباطن كما قدمنا ولا يستطيع رب العمل ان يطالب مباشره ،المقاول من الباطن بهذا الالتزام لا بموجب عقد المقاولة الأصلي لان من الباطن ولا بموجب عقد المقاولة من الباطن لان رب العمل ليس طرفا فيه، وانما يستطيع رب العمل ان يطالب المقاول من الباطن، بهذا الاتجاه بدعوه غير مباشره يرفعها باسم مدينه المقاول الاصلي. ولا يستطيع كذلك رب العمل ان يطالب المقاول من الباطن مباشره بتسليم العمل. وانما يستطيع ذلك بدعوه غير مباشره يستعمل فيها يستعمل فيها حق مدينه المقاول الاصلي قبل مدينه المقاول من الباطن. ولا يجوز اخيرا لرب العمل قالب المقاول من الباطن مباشره ولكن يستطيع غير المباشرة ،تستعمل حق المقاول الاصلي الضمان قبل مدين مدينه المقاول من الباطن.

المطلب الثالث : لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشره بالتزاماته

والمقاول من الباطن لا يستطيع كذلك ان يطالب رب العمل مباشره بالتزاماته .والذي يطالب بها مباشره من هو المقاول الاصلي الالتزام بتمكين المقاول من انجاز العمل وانما يستطيع ان يستعمل حق مدينه المقاول الاصلي، رجوع على رب العمل بطريق الدعوة غير المباشرة والالتزام بالدفع الاجر لا يستطيع في الاصل المقاول من الباطن الرجوع مباشره على رب العمل، ولكن يجوز ان يستعمل حق المقاول الاصلي في اجره قبل رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة، ولكن القانون اوراد هنا استثناء ننتقل الان اليه .

وبالطبع واذا تأخر رب العمل في الدفع ،فان الاجر يبقى في ذمته

4المطلب الرابع : جواز مطالبه المقاول من الباطن و عماله وعمال المقاول الاصلي لرب العمل بالأجرة مباشرة .

يكون للمقاولين من الباطن و العمال الذين يستغلون الحساب المقاول في تنفيذ العمل حق المطالبة رب العمل المباشر، بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينه المقاول الاصلي من وقت رفع الدعوى .ويكون لعمال المقاول من الباطن .مثل هذا الحق قبل المقاول الاصلي ورب العمل ،ولهم في حاله توقيع الحيض من احدهم تحديد رب العمل او المقاول الاصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلي ،او المقاول من الباطن وقت توقيع الحجز

ويكون الامتياز لكل منهم بنسبه حقه يجوز اداء هذه المبالغ اليه مباشره حقوق المقاولين من الباطن والعمال قول عن دينه قبل رب العمل .وقد راينا ان المقاول من الباطن يستطيع ان يرجع على رب العمل في خصوص الاجر المستحق قنه قبل المقاول الاصلي وذلك بطريقه الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم المقاول الاصلي وذلك بطريقه الدعوى غير المباشرة .يرفعها باسم المقاول الاصلي و يطالب فيها بما هو مستحق في ذمه رب العمل للمقاول الاصلي ولكن هذه الدعوة غير المباشرة .تسمح المقاول الاصلي ان يزاحم المقاول من الباطن فلا يستجاب ما نستخلصه من رب العمل بلقاسم في سائر المقاول الاصلي مقاسمه الغرباء.

يجوز للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل ،حق مطالبة رب العمل مباشرة، بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى .

ومن اجل هذا جائز سالف الذكر. يحمي المقاول من الباطن من مزاحمة دائني المقاولة اصلي ومد حمايته الاعمال المقاول الاصلي و عمال المقاول من الباطن ان هؤلاء العمال ،لا يقلون في الحاجه الى الرعاية عن المقاول من الباطن فأعطى هؤلاء جميعا محمد دائني المقاولة الاصلي, ونبحث في صدد هذه المطالب التي يقرر النص التوجيهي الى رب العمل المسالتين الاتيتين من يكون طرفا في المطالبة اثنان ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز.

من يكون طرفا في المطالبة يقرر النص طرف الذكر ان الدائنين في المطالبة هم المقاولون من الباطن و عمال المقاول وعمال المقاول من الباطن المقاول من الباطن يكون طرفا في المقاولة وهو يتم في حدود الاجر المستحق له في ذمه المقاول الاصلي .وما يتبع الاجر من نفقات وثمن مهمات وادوات وفوائد والطرف الاخر في هذه المطالبة اي الطرف المدين هو رب العمل ولا يطالبه المقاول من الباطن الا بالقدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الاصلي، بموجب عقد المقاولة الاصلي وقت رفع الدعوى المباشرة من المقاول من الباطن

،المقاول من الباطن دائن. المقاول الاصلي بأربعمائة المقاول الاصلي درب العمل ب 5 ماذا فان المقاول من الباطن يطالب بموجب الدعوة المباشرة ارب العمل ب 40 المقاول الاصلي دائما لرب العمل ب 300000 .ان المقاول من الباطن لا يطالب رب العمل الا بثلاث مئة و العامل الذي يعمل عند المقاول مرتبط بعقد عمل يكون طرفا في مطالبه سواء قام المقاول بالعمل كله بنفسه، او قال على بعضه من الباطن في جميع الاحوال يستطيع عامل المقاول ان يرجع في حدود الاجر المستحق له.

ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز .

قبل رفع هذه الدعوى المباشرة وقبل انذار رب العمل بالوفاء، يجوز للمقاول الأصلي ان يتصرف في حقه المترتب في ذمة رب العمل بجميع انواع التصرفات، ويكون هذا التصرف ساريا في حق المقاول من الباطن او العامل.

.ونفرض ان المقاول من الباطن او عاملا للمقاولين يريد الرجوع بالدعوة المباشرة على رب العمل وقد قدمنا انه يرجع بما هو مستحق في ذمتي رب العمل للمقاول او اصلي وقت رفع الدعوى المباشرة, قبل رفع هذه الدعوة وقبل انذار رب العمل بالوفاء يجوز المقاول الاصلي ،يتصرف في حقي المترتب في ذمه رب العمل بجميع انواع التصرفات. ويكون هذا التصرف ساريا في حق المقاول من الباطن او العامل. يستطيع المقاول الاصلي ان توفي هذا الحق من رب العمل كله او بعضه ويكون هذا الوفاء في حق المقاول من الباطن او العامل. ولو كانت المخالصة غير الثابتة التاريخ ولا تقل تقع المقاصة بين ما للمقاول الاصلي في ذمتي رب العمل، وما عليه له اذا كان ذلك سابقا على تاريخ الانذار بالوفاء ويستطيع المقاول الاصلي كذلك ان يبرز متر بالعمل مادام الإبرة قبل الانذار بالوفاء

والواضح من ذلك ان العبرة في تقدير الدين الذى في ذمة لرب العمل او المقاول الأصلي بوقت رفع الدعوى ،ولا يحتاج حتى يمكنه رفع هذه الدعوة, ان يرجع اولا على المقاول الاصلي و ليس من الضروري ان يكون المقاول الاصلي، مع سرا فقد يكون مصدرا ومع ذلك يتركه المقاول من الباطن او العامل ويرفع الدعوى المباشرة على رب العمل. ومن وقت

الانذار بالوفاء يمتنع على المقاول الاصلي ان يتصرف في حقه ويكون هذا التصرف غير سار في حقي المقاول من الباطن .هو العامل فاذا وفرق العمل المقاول الاصلي، حق كله او بعضه فان هذا الوفاء الايسر في حق المقاول من الباطن او العمل بل ان هذا الاخير يتقاضى من رب العمل الحق كله في حدود ماله في ذمه المقاول الاصلي. ويرجع رب العمل على المقاول الاصلي بماذا فعل المقاولة من الباطن او العامل كذلك لا يجوز المقاصة بين حق المقاول ، في ذمه رب العمل وهي في ذمته له من وقت رفع الدعوى المباشرة ومن ذلك الوقت ايضا لا يجوز للمقاول الاصلي ابرار بالعمل. ويخلص من ذلك ان المقاول من الباطن او العمل ما ترفع الدعوى المباشرة على رب العمل امكانه ان يحصل من طريق هذه الدعوة علي جميع ما هو مستحق في ذمتي رب العمل المقاول الاصل، وقت الانذار بالوفاء وذلك في حدود ما هو مستحق له في ذمه المقاول الاصلي. فيتوقف بذلك مزاحمة سائر داني المقاول الاصلي لهذه في المزيه الكبرى، للدعوة المباشرة ويستطيع ايضا ان يحصل على هذه المزيه.

المبحث الثاني:

أركان المسؤولية التقصيرية و العلاقة القانونية

قد يرتكب المقاول من الباطن خطأ ليس له صلة بعقد المقاولة من الباطن، عندئذ يسأل بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية في مواجهة الغير المضرور من هذا الخطأ،[1] وقد تطرقنا في موضوعنا إلى تحليل هذه الأركان وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: العلاقة القانونية بين رب العمل والمقاول من الباطن

المطلب الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية

[1] مصطفى ابو بكر ،المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر ،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية. ص72

المطلب الأول:

أركان المسؤولية التقصيرية

الفرع الأول:

الخطأ

1-تعريف الخطأ:

هو إخلال بواجب قانوني عام وله عنصرا أولهما مادي والثاني معنوي أو نفسي وهو التمييز والإدراك وله تعدده إهمالا أو عمدا [1] وسوف نلقى في تحليلنا علاقته بالمقاول.

2-الخطأ في المسؤولية التقصيرية:

يقتصر الخطأ في المسؤولية العقدية على الإخلال بالتزام عقدي وعلى هذا النطاق فأن المسؤولية التقصيرية تطبق على عند الإخلال بأي التزام آخر غير عقدي، وحيث أن القانون الأردني يقيم المسؤولية عن الفعل الضار على أساس الضرر لا الخطأ، ويترتب على ذلك أن كل الأضرار يلحق بالمقاول الأصلي خارج إطار عقد المقاول من الباطن يسأل عه المقاول من الباطن ويؤكد القضاء على انه متى ما ثبت أن المقاول من الباطن قد أدى العمل للمقاول الأصلي بالمجان، فان الخطأ الذي يصدر منه في تنفيذه للعمل لا يعد خطأ عقديا، فلا يوجد بينه وبين المقاول الأصلي عقد، ومن ثم فان هذا الخطأ يعد خطأ تقصيرياً يترتب على عاتق مرتكبه مسؤولية تقصيرية.[2]

والواقع أن جسامة الخطأ لا تقبل التقييم المادي استقلالا عن العناصر الأخرى للتعويض ولكن وسيلة القضاء لاعيان وظيفة الردع بمناسبة الخطأ للموصوف هي التعويض الكامل فذلك هو مناط مشروعية الردع، إذا أن تقييم جسامة الخطأ وحدها قد تؤدي إلى تجاوز التعويض لمدى الضرر، كما انه يتنافى مع القاعدة الأخلاقية أن يتقاضى المضرور من المسؤول ثمن جسامة الخطأ استقلال عن الضرر.[3]

---

[1] شريف الطباخ، مرجع سبق ذكره، ص9.

[2] غازي خالد أبو عرابي، ص163.

[3] محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر، ص459.

الفرع الثاني:

الضرر

ويعتبر الضرر من المسؤوليات التي يتعلق بها المرء نتيجة الخطأ الذي ارتكبه ويقومه عليه الذمّة .

وسنتفرع إلى:

1-تعريف الضرر:

هو إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية شرط أن يكون هذا الإخلال محقق، ولا يكفي أن يكون محتملا.[1]

والضرر هو الذى يصيب الجسم كالجرح.[2]

2- أنواع الضرر:

يعتبر الضرر الركن الثاني في المسئولية التقصيرية، فلا يكفي لقيام المسئولية أن يقع خطأ، وإنما يجب أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب أحد الأشخاص في جسمه أو في ماله وهذا ما يقال عنه الضرر المادي، أما إذا وقع الضرر على شعور الشخص أو عاطفته أو كرامته أو شرفه، كان هذا الضرر أدبيا، فالضرر نوعان ضرر مادي وضرر أدبي

أولا: الضرر المادي:

الضرر المادي عبارة عن إخلال محقق بمصلحة أحد الأشخاص ذات قيمة مالية، من هذا التعريف نرى أن الضرر المادي له شرطان: الأول يتمثل في وقوع إخلال بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور، والثاني أن يكون الإخلال بالمصلحة محققا وليس محتملا.

أ- **الشرط الأول:** الإخلال بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور, وقد تتمثل هذه المصلحة بحق للمضرور، وقد تتمثل بمجرد مصلحة مالية له، فعندما يقع تعد على حياة أحد الأشخاص يكون هناك إخلال بحق للمضرور، هذا الحق هو حق السلامة، سلامة الشخص

[1] شريف الطباخ، مرجع سبق ذكره، ص92.

[2] حسن على الذنون . االضرر فى. المبسوط في شرح القانون المدنى . دار وائل للنشر الاردن ص279.

في حياته، وسلامته في جسمه، فيعتبر ضررا إذا ما أصيب الإنسان من جراء فعل شخص آخر، بتلف في أحد أعضائه، أو بإصابته بأحد الجروح، أو إصابة عقله بأي أذى، وكذلك يعتبر ضررا بحق المضرور في أملاكه إذا الحقها تلف، كأن يحرق أحد الأشخاص لشخص آخر منزلا، أو أن يقلع زراعته، أو إذا خرب أرضه أو يحرق سيارته وقد يقع الضرر في مجرد مصلحة مالية لأحد الأشخاص لا يحق له، كأن يصاب عامل فيستحق معاشا عند رب العمل، فيكون المسئول عن إصابة العمل قد أصاب رب العمل في مصلحة مالية له إذ جعله مسئولا عن معاش العامل اقل، ويراعى في ذلك، أن تكون المصلحة مشروعة، ومثال المصلحة غير المشروعة، أن تطالب الخليلة بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها، فالعلاقة هنا علاقة غير مشروعة.[1]

ويجوز للمحكمة ان تلزم المدين بالتنفيذ فورا او تنضره الى اجل مسمى ولها ان تقضى بالتعويض في كل حال ان كان له مقتضى.[2]

ب – الشرط الثاني: أن يكون الإخلال بالمصلحة محققة وليس محتملا, والضرر يجب أن يكون قد وقع فعلا أو أنه سيقع على وجه التأكيد، ولا يكفي أن يكون محتمل الوقوع، لأنه ضرر غير محقق، فقد يقع وقد لا يقع، ومن ثم لا يكون التعويض عن الضرر الاحتمالي إلا في حالة وقوعه، كأن يحدث أحد الأشخاص تلفا في أحد الدور، فلصاحب الدار أن يطالب بالتعويض عن التلف الذي أصاب الدار، ولكنه لا يجوز له مطالبة الشخص المسئول الذي وقع منه الضرر بإعادة بناء الدار إذا لم يكن من المحقق أن التلف الذي وقع سيؤدي إلى هدم الدار، وللمضرور أن ينظر، فإذا انهدمت الدار بسبب التلف الذي وقع بها، فله أن يطلب من المسئول التعويض، والضرر الاحتمالي يختلف عن الضرر الذي يقع على وجه التأكيد في المستقبل، كأن يصاب عامل فيعجز عن العمل، فيعوض ليس فحسب عن

[1] خليل احمد حسن ، قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ص249

[2] غازي خالد أبو عرابي، ص182.

الضرر الذي وقع فعلا من جراء عجزه عن العمل في الحال، بل وعن الضرر الذي سيقع حتما من جراء عجزه عن العمل في المستقبل.

وكذلك قد يكون الضرر مجرد تفويت فرصة لأحد الأشخاص، كأن يهمل كاتب الضبط في إعلان الحكم للمحكوم ضده مما يفوت عليه فرصة استئناف الحكم حتى ولو لم يكن المحكوم ضده على يقين بأنه سيكسب الاستئناف حتما، وبالتالي يكون للمضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بتفويت فرصة الاستئناف عليه ويقع على القاضي في كل الحالات تقدير التعويض المستحق عن الضرر الذي وقع للشخص المضرور.[1]

وقد اعتبر ان رب العمل اذا لاحظ ان المقاول وهو بصدد تشييد البناء قد اخل .اضر. ببغض الشروط والمواصفات المتفق غليها .اذ يترتب عليها عدم استحالة الاصلاح فتلزم عليه عمله المنافي لشروطه[2]

ثانيا: الضرر الأدبي:

والضرر الأدبي، هو الذي يقع بمصلحة غير مالية لأحد الأشخاص، ويترتب عما يصيب الشخص في شرفه وسمعته من قذف وسب وهتك للعرض وإيذاء السمعة بالتقولات والاعتداء على كرامة الإنسان وكذلك ما يصيب الشخص في عاطفته وشعوره، فاختطاف طفل من أمه أو من أبيه، والاعتداء على الأولاد والأم أو الزوج من شأن ذلك أن يصيب الإنسان بالغم والأسى والحزن، ويلحق بذلك كل عمل يصيب الإنسان في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي ، ويترتب الضرر الأدبي من مجرد الاعتداء على حق ثابت للشخص، فإذا دخل شخص أرضا مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك، جاز لهذا أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء.

[1] خليل احمد حسن ، قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ص249

[2] قدرى عبد الفتاح الشهاوى ،غقد المقاولة في التشريع المصرى ،دار لنشر الاسكندرية .114

الاختلاف حول قابلية الضرر الأدبي للتعويض:

القانون الروماني قد أقر أحوالا كثيرة يعوض فيها الشخص عما لحقه من أضرار أدبية، وقد اتبع ذلك القانون الفرنسي القديم حيث أجاز التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية على أساس أن القانون الروماني كان يأخذ بمثل هذا الحكم على الرغم من أن القانون الروماني لم يفرق بين المسئوليتين.

أما القانون الفرنسي الحديث، فبالإمكان القول إن عموم النصوص فيه وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي كذلك منذ وقت طويل وهذا ما أخذ به جمهور الفقهاء في فرنسا وذلك خروجا على بعض الفقهاء الذين يرون أن طبيعة الضرر الأدبي لا تقبل التعويض، وإذا كان قابلا للتعويض فليس من السهل تقديره.

أما الحكم في القانون المدني الجزائري، فلم يرد فيه ما يدل بصراحة أنه يجيز التعويض عن الضرر الأدبي الذي يلحق بالإنسان، كما هو الحال في القانون المدني المصري، وإن كنا نقول إن القواعد العامة في القانون المدني الجزائري لا تمنع من ذلك، وفي الإمكان الاعتماد على عبارات النصوص التي وردت في شأن الضرر والتعويض عنه، بأنها عبارات عامة مطلقة يمكن تطبيقها على الضرر المادي والأدبي معا.[1]

وقضت محكمة مصرية بانه اذا تعهد مقاول لوزارة الاوقاف بإصلاح دورات مياه مسجد تابع لها وتأخر في ذلك ،ثم لم يقم الا ببعضها فان الضرر يعتبر متوفرا لان الوزارة مسؤولة عن اقامة الشعائر والتامين الذى اخذته من المتعهد يصبح حقا مكتسبا لها كما شرط فى التعهد[2]

[1] خليل احمد حسن ، قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ص250

[2] حسن على الذنون . الخطأ .المبسوط في شرح القانون المدني ،دار وائل للنشر الاردن ص585

الفرع الثالث:

العلاقة السببية المتعلقة بمسؤولية المقاول

قد ينتج عن الخطأ أضرار تعود على المقاول من الباطن من أضرار معتبرة وتتمثل في مواد ... وعليه فإذا كانت هناك مواد مملوكة للمقاول الأصلي وموجودة بالقرب من موقع العمل ولكن هذه المواد لا تكون داخلة في نطاق العقد المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وبالتالي لم تسلم لهذا الأخير كجزء من العم، فإذا حدث وأصيبت هذه المواد بضرر بسبب أفعال قام بها المقاول من الباطن أو احد تابعيه فانه يسأل عن هذا الضرر تقصيريا وهذا ما تؤكد عيه أحكام القضاء الفرنسي من ذلك ما قضت له محكمة النقض الفرنسية حيث قررت بأنه لما كان المقاول من الباطن غير مسؤول عقديا عن المواد المجاورة لموقع العمل ولما كان المولد الكهربائي يشكل جزاء من موقع العمل لكونه لم يسلم للمقاول من الباطن لتنفيذ العمل لذا يسأل هذا الأخير عن الأضرار التي لحقت بالمولد الكهربائي.

أما في مواجهة رب العمل فان العلاقة مع المقاول من الباطن لا يلتزم مباشرة بإحكام العقد الأصلي للمقاولة بحسبان انه ليس طرفا فيه، كما انه لا يقع تحت طائلة المسؤولية العشرية وإنما يعتبر كأي شخص عليه واجب باحترام حقوق رب العمل ويسال مسؤولية تقصيرية عن الإخلال بذلك الواجب فإذا ما أصاب رب العمل ضرر أثناء تنفيذ عقد المقاولة نتج عن تدخل المقاول من الباطن في هذه الحالة بحق رب العمل الجوع على المقاول الأصلي بدعوى المسؤولية العقدية أو الرجوع على المقاول من الباطن بدعوى المسؤولية التقصيرية،[1]

والحق الممتاز هو للمقاول من الباطن في ذمة المقاول الأصلي [2]

[1] غازي خالد ابو عرابي مرجع سبق دكره ص

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوى ،عقد المقاولة في التشريع المصري .دار لنشر الاسكندرية .252

المطلب الثاني:

العلاقة السببية في المسؤولية التقصيرية

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يقع فعل ضار من جانب شخص وان يلحق آخر ضررا بل يتعين أن يكون هذا الضرر نتيجة مباشرة لذلك الفعل، أي لابد من توافر رابطة السببية بين الفعل والضرر، لذلك فلا تقوم المسؤولية بين الفعل الضار والضرر غير المباشر، أي ذلك الضرر الذي لا يعد نتيجة طبيعية للفعل.

والفقه الاسلامي عرف جميع القواعد الفقهية التي بنيت عليها النظريات التي عالجت موضوع السببية، ولكن قبل كل ذلك فإن (السببية في الفقه الاسلامي يجب ان لا نتوقع أن نجد لها معيارا جامدا)، كما أن الفقه الاسلامي ميز بين المفهوم الفقهي للسببية وبين المفهوم الفلسفي ودعا إلى عدم الخلط بين المفهومين في الوصول الى اقامة المسؤولية، حيث أن السببية في التفكير الفقهي هي اقامة المسؤولية وتحديد مداها ودرجتها، أما السببية في المفهوم الفلسفي فالهدف منها هو تفسير الظواهر والكشف عن العوامل المؤثرة فيها وتفسير الوجود نفسه.

وقد عبر عن السببية بالإفضاء لو كان سببا مفضيه إلى تلف مال او نقصان قيمته يكون ضامنا، ولا ضمان لدى الفقه الاسلامي في غير المباشرة والتسبب، وفي الفعل الضار مباشرة تظهر بوضوح سببية الفعل للضرر أي أن علاقة السببية واضحة بين الفعل الضار والضرر، على عكس الحال في التسبب فان تلك العلاقة تكون غير واضحة وضعيفة، لذلك اشترط التعدي لضمان المتسبب لتقوية ربط الفعل بالضرر عكس الحال في المباشرة والذي تظهر فيه بوضوح تلك الرابطة، ولا يشترط في الفعل الاتصال المادي بينه وبين الضرر لإقامة المسؤولية فلو (طلب سلطان من ذكرت بسوء فأجهضت ضمن الجنين)[1].

[1] صالح احمد محمد اللهيبي ، المباشر و المتسبب في المسؤولية التقصيرية . دار الثقافة لنشر و التوزيع . الاردن . ص 68

ومثال ذألك فاذا لم يقم رب العمل بالتزامه ، و امكن المقاول ان يطلب التنفيذ عينا كان يحضر على نفقة رب العمل المواد و الآلات و المهمات الازمة لترخيص من القضاء ، كان له ذلك و اذا كان تدخل رب العمل الشخصي ضرورية ، جاز ان يلجئ المقاول التهديد المالي و للمقاول في جميع الاحوال ان يطلب التعويض عن الضرر الذي اصابه من جراء تأخره في القيام به [1]

وكما ذكرنا فان الفقه الاسلامي عرف القواعد التي عالجت مسألة السببية، فعلى سبيل المثال جاء في مجمع الضمانات (لو جاء رجل إلى حمار مشدود في سكة فحله فغاب الحمار لا يضمن وعن محمد انه يضمن)، لذا هناك رأي لدى الشراح يذهب الى القول (في الفقه الحنفي يذهب ابو حنيفة إلى ضرورة التفريق بين السبب والعلة، وان الحكم يضاف الى العلة الا اذا كانت العلة ذاتها متولدة عن السبب، مما يعني في مفهوم الفقه الغربي الأخذ بنظرية السبب الأقرب، اما تلميذه محمد بن الحسن فانه يحكم بإضافة النتيجة إلى السبب اذا كانت تنسب اليه وفق الجري العادي للأمور، مما يعني الاخذ بنظرية السبب المنتج او الفعال).

اما رأي المالكية بشأن علاقة السببية فهو يتفق مع ما وصل اليه محمد بن الحسن الحنفي (رحمه الله) فكل شخص مسؤول عندهم عما ترتب على فعله من نتائج تولدت عنه وفق المجرى العادي للأمور، ومن تطبيقاتهم حول موضوع السببية، انهم أوجبوا الضمان على من فتح قفص طائر فضاع ذلك الطائر، بناء على أن فتح القفص هو السبب المألوف لضياع الطائر.

أما الحنابلة فلا يشترط عندهم في الفعل الضار مباشرة او تسببا ان يكون سببا لحدوث الضرر في العادة وانما يكفي ان يلائم السبب النتيجة، فمن (ربط أو أوقف دابة بطريق ولو واسع او ضيقا ورفست ضاربها، او ترك بها طينا او خشبة او عمودا او حجر او كيس دراهم او نحو قشر بطيخ ... ضمن ما تلف بذلك)، فهذا الكلام يوافق ما يسميه الفقه

[1] عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 145.

القانوني بنظرية السبب الملائم، أي يكفي ملاءمة النتيجة للفعل وان خالفت النتيجة التي نصل اليها في نظرية السبب المنتج.

اما الشافعية فيشترطون للضمان في الفعل الضار مباشرة او تسببا آن يفضي ذلك الفعل إلى الضرر في العادة، وبذلك فانهم لا يتفقون مع الحنابلة في مسألة ملاءمة النتيجة للفعل ولكنهم يتفقون مع الحنابلة في مسألة تعدد الاسباب الى وجوب الاخذ بأقوى هذه الأسباب في احداث الضرر[1].

والاصل ان خطئ رب العمل ينفي علاقة السببية، فلا يلتزم المقاول بالضمان[2]

مما تقدم يتضح لنا أن الفقه الاسلامي قد عرف القواعد المختلفة التي علت مسألة السببية وتعدد الاسباب وسبق الفقه القانوني اليها لاسيما نظرية السبب القريب ونظرية السبب الملائم ونظرية السبب المنتج، اما نظرية تعادل الاسباب فالأصل أن الشريعة الاسلامية لم تدع اليها لقوله تعالى في محكم كتابه المبين (... ولا تزر وازرة وزر أخرى...))، وقوله تعالى (.. لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ..)، الا أن الفقه الحنفي دعا الى الاخذ بجميع الاسباب التي ادت الى الضرر قلت ام كثرت استحسانا، وهذا ما يقابل نظرية تعادل الاسباب لدى الفقه القانوني.

الا ان الرأي الراجح لدى الفقهاء المحدثين يرى أن الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه اخذ عند تعدد الاسباب بأقوى الأسباب أي ما يقابل في الفقه القانوني نظرية السبب المنتج.

اما الفقه القانوني فهو الآخر لم يخرج عن ذلك واشترط لقيام المسؤولية من توافر الرابطة السببية، سواء بين الخطأ والضرر او بين الفعل الضار والضرر، وتوجد في الفقه القانوني ثلاث نظريات رئيسة عالجت مسألة السببية، اولها نظرية تعدد الأسباب، وتدعو هذه النظرية إلى الأخذ بجميع العوامل التي ادت الى الضرر والاعتداد بها على قدم المساواة دون

[1] صالح محمد احمد اللهيبي ، مرجع سابق ، ص 80

[2] عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 129

التمييز بين ما هو عرضي او مؤثر في الوصول إلى النتيجة وليس ثمة ما يدعو إلى تفضيل بعضها على بعض ، وقال انصار هذه النظرية أن الضرر ليس نتيجة سبب واحد وانما هو نتيجة لمجموعة من الاسباب وانه اذا الغي احد هذه الاسباب فان الضرر لا يقع وبالتالي يجب الاعتداد بها جميعا.

وتمتاز هذه النظرية بسهولة تطبيقها وحماية المضرورين طالما كان امامهم اكثر من ذمة مالية لمطالبتها، وقد اخذ القضاء المصري والفرنسي بهذه النظرية ردح طويلا من الزمن، فقضى القضاء المصري في ضوء هذه النظرية (يجب في تعيين ما يعتبر سببا حقيقيا للضرر بحث كل من العوامل المتعددة على حلة، فالعامل الذي يثبت انه لولاه ما وقع ضرر معين يعتبر سبب في حدوث الضرر).[1]

أي ان الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقاولة ام ان يكون التزام لتحقيق غاية و ام ان يكون التزام ببذل عناية ، فاذا كان التزاما بتحقيق غاية كإقامة بناء او ترميمه او تعديله فلا يبرئ المقاول من التزامه الا اذا تحققت الغاية ، فمادام العمل لم يتم انجازه فان المقاول يكون مسؤولا و لا تنتهي مسؤوليته الا اذا اثبت السبب الاجنبي[2]

وقد وجهت إلى هذه النظرية الكثير من الانتقادات، ولعل أوجه هذه الانتقادات هو انها تؤدي إلى التسوية بين جميع الأفعال التي تدخلت في حدوث الضرر دون اعتبار لدورها واهميتها، لذا هجرها الفقه متجها إلى نظرية السبب القريب.

ومضمون نظرية السبب القريب هو النظر الى الفترة الزمنية، فمتى كان الفارق الزمني الذي يفصل بين الفعل والنتيجة كبيرة فانه يتوجب علينا أن نعرض عنه، وعلى العكس من ذلك متى كانت الفترة الزمنية بين ذلك الفعل والنتيجة قصيرة اعتد به واعتبر هو المسؤول، وقد كان للفقه الانجلوسكسوني دورا مهما في عرض هذه النظرية، كما تستبعد هذه النظرية

[1] صالح محمد احمد اللهيبي ، مرجع سابق ، ص 82

[2] زغدانة منيرة ، المقاولة في القانون التجاري ، مذكرة تخرج شهادة ماستر تخصص قانون اعمال ، ص 38

الاسباب التي يكون الضرر الناشئ عنها غير متوقع حدوثه نتيجة لها، وتعتد فقط بالأسباب التي يكون الضرر نتيجة طبيعية لها وفي هذا تختلف هذه النظرية من نظرية السبب المنتج.

وهذه النظرية مطابقة لما دعا اليه الفقيه ابو حنيفة (رحمه الله) في ضرورة التفريق بين السبب والعلة واضافة الحكم الى العلة، الا اذا كانت متولدة عن السبب.

وقد انتقدت هذه النظرية، نظرا لكونها تعتد بالفترة الزمنية، دون تمييز بين أهمية الافعال اذ قد يكون الفعل البعيد نسبيا هو الأهم والأكثر تأثيرا في الوصول الى النتيجة الضارة من الافعال القريبة.

لذا اتجه الفقه القانوني اخيرا الى نظرية السبب المنتج، يرى انصار هذه النظرية انه ينظر إلى الفعل، فمتى ما كان ملائم ملاءمة موضوعية في وقوع الضرر وفق المجرى العادي للأمور اعتد به، وينظر الى ذات الفعل لمعرفة مدى ملاءمته دون النظر إلى توقع الفاعل لحدوث النتيجة الضارة، كما يمكن أن يجتمع اكثر من سبب واحد وتكون كلها منتجة، أي أنه يؤدي إلى النتيجة الضارة وفق المجرى العادي للأمور.[1]

اما موقف القانون المدني العراقي، فنجده ،قد اتجه نحو نظرية السبب المنتج اذ جاء تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما الحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، فبالرغم من أن هذه المادة قد وردت لمعالجة الضرر وما يتعلق به من شروط وبضمنها (كونه مباشرة) الا انه يمكن الاستفادة منها في الوصول إلى النظرية التي يتبناها المشرع العراقي والتي كانت تدور في مخيلته عند وضع القانون المدني العراقي.

فهذه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ومعنى ذلك ضرورة توافر العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر بان يكون الثاني نتيجة طبيعية للأول، الا أن القانون المدني العراقي لم يبين ما المقصود بكون الضرر (نتيجة طبيعية) ومتى يكون كذلك؟

[1] ،صالح محمد احمد اللهيبي ، مرجع سابق ، ص 83

ولكن التشريع المصرى في شقها الأخير أجاب عن ذلك اذ جاء فيها (ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول)، أي أن يكون الفعل غير المشروع مؤديا إلى النتيجة وفق المجرى العادي للأمور وهذا ما يوافق نظرية السبب المنتج.

وبالتالي يمكن لتوضيح ما اوضحه المشرع العراقي في بقوله (نتيجة طبيعية)، وتسترشد الحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية، والقانون المدني المصري من القوانين التي تتقارب مع القانون المدني العراقي.[1]

كما يجب على المقاول في استخدامه للمادة ان يعمل الاصول الفنية و العرف الجاري في شأنه فيستعمل منها القدر الازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان او زيادة [2]. اذن نجد ان القانون المدني العراقي يأخذ بنظرية السبب المنتج قبل أن نلجأ إلى القضاء للتعرف على الموقف من هذه المسألة، كما أن القضاء العراقي يأخذ بهذه النظرية فلو أن شخص ضرب آخر على وجهه ضربة غير مميتة وكان ذلك الشخص مصاب بمرض في القلب أدى إلى فقدانه الوعي ثم الى وفاته في الحال، فان الشخص الذي ضربه لا يكون مسؤولا عن الوفاة وانما يسأل بقدر فعله فقط، اذن مباشر الضرب في هذا القرار لم يسأل عن الوفاة وانما سئل بقدر مباشرته تلك.

واذا اهمل رب العمل بترك المواد القابلة للاشتعال في ساحة العمل دون أي احتياطات تذكر مما يجعل احتمال تعرضها للحريق سهلا فانه يسأل عن الضرر الذي يصيب العمل بغض النظر عن سبب الاشتعال، في هذا القرار نجد أن فعل المتسبب من اهمال وتقصير كان من شأنه أن يؤدي إلى الضرر، وذلك الضرر كان نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، وهذا ما يتفق مع نظرية السبب المنتج، (وتسأل المؤسسة العامة للسياحة عن وفاة الأشخاص

[1] صالح محمد احمد اللهيبي ، مرجع سابق ، ص 84

[2] زغدانة منيرة ، المقاولة في القانون التجاري ، مذكرة تخرج شهادة ماستر تخصص قانون اعمال ، ص 41

الذي يستأجرون دورها في المدينة السياحية، اذا كان تسممهم بالغاز المتسرب من صمام الحمام او الطباخ كان نتيجة خلل في التأسيسات)، واذا اشترك شخصان في احداث النتيجة الضارة وكان فعلهما يمثل سببا منتجا يعدان مسؤولين عن ذلك الا انه (لا يجوز الحكم عليهما بالتضامن اذا لم يطلب المدعي ذلك ولو كان المدعى عليهما متضامنين قانونا لأن الدعوى تحدد بعرضيتها).

وهذه النظرية هي المعول عليها أيضا لدى القضاء الأردني، فقد جاء في احدى القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الاردنية (ان الردم والهدم اللاحق بالآبار والمغارة العائلة للمميز ضده كان نتيجة لإعمال فتح وتجريف الطريق التي هي من اعمال وزارة الاشغال العامة فلا يؤثر على هذه النتيجة كون مخططات التنظيم هي من اعمال المجلس القروي او غيره او ان الضرر وقع قبل تشكيل المجلس القروي او بعد تشكيله لان مسؤولية الضمان عن الفعل الضار تقع على من أوقع الضرر بصرف النظر عن مخططات التنظيم، نجد في هذا القرار آن وضع المخططات لم يكن سببا منتجا للنتيجة الضارة وهي ردم البئر والمغارة، وانما السبب المنتج هو اعمال وزارة الأشغال وبالتالي وجب عليها الضمان وفقا لنظرية السبب المنتج.[1]

واعتبارا لذلك ،اذا جاء الهلاك على المقاول طالما كان خطاه هو الذى سبب الهلاك فذلك لا يأخذ اجرا على عمله ولا يسترد نفقا ته[2]

[1] صالح محمد احمد اللهيبي ، مرجع سابق ، ص 76

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوى .عقد المقاولة في التشريع المصري .دار لنشر الاسكندرية .148

المبحث الثالث :

آثار المسؤولية التقصيرية الناشئة عن مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية

ترتب المقاولة التزامات متقابلة كل من المقاول الباطن ورب العمل والمسؤولية نحو الغير[1] و سنعرض إلى تحليل لهذه الآثار المتضمنة الدعوى والتعويض

المطلب الاول:

دعوى المسئولية التقصيرية

تنشأ المقاولة وفق ارتباطات التزاميه بين اطرافها وتتضمن مسؤوليات جراء ارتباطاتها ولذلك سنحلل عملنا الى:

الفرع الأول: أطراف دعوى المسئولية

1- المدعي:

وهو في دعوى المسئولية، هو الشخص الذي وقع به الضرر، وبعبارة أخرى، أن المدعي هو الشخص المضرور والذي يثبت له الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ولا يشترط أن من أصابه الضرر هو الذي يطالبه بالتعويض، فبالإمكان رفع الدعوى من نائب المضرور، كأن يكون المضرور شخصا قاصرا، أو مجنونا، فيكون للوالي أو الوصي أو القيم أن يرفع دعوى المسئولية.[2]

فالمقاولون من الباطن والعمال فلو تعدد هؤلاء ورفعوا جميعا الدعوة ولم يكن ما في ذمة رب العمل للمقاول لأصلى يفي بجميع حقوقهم.

[1] زغدانة منيرة، المقاولة في القانون التجاري الجزائري، مذكرة تخرج ماستر قانون أعمال كلية الحقوق قسم العلوم القانونية 2015-2016 ص33.

[2] خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص259

2-المدعي عليه:

هو الشخص المسئولية، عن الضرر الذي وقع بالشخص المضرور، وهو الذي رفع عليه الدعوى لدفع التعويضات عن الأضرار التي كانت نتيجة مباشرة عن الخطأ الذي وقع منه[1].

فمثلا ان يكون المقاول قد اخفى غشى العيب في الصنعة .فلم يستطع رب العمل ان يكشفه وفق تسلم الشيء وفى هده الحالة يكون مسؤولا عن غشه .وبمجرد ان يكشف رب العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان أي بإصلاح العيب مع التعويض او الفسخ مع التعويض خلال ثلاث سنوات من كشف العيب .لان المقاول يكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية[2] ويجوز أن ترفع الدعوى على نائب المسئول، وعلى وجه الخصوص إذا كان المدعي عليه قاصرا أو مجنونا، فإن الدعوى ترفع على الوصي أو الولي أو القيم.

وفي حالة وفات المدعي عليه، يحل محله الورثة (خلف العام) وقد يكون الخلف الخاص (المحال عليه – حوالة الدين).

وإذا تعدد المدعي عليه من كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، بمعنى أنه يجوز للمدعي أن يرجع على أحدهم بالتعويض المستحق كله بدلا من الرجوع على كل واحد منهم بالجزء الذي يتحمله من المسئولية والمسئولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض، وبهذا تقضي المادة (126) من القانون المدني الجزائري بأنه(إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض).

وقيام التضامن بين المسئولين المتعددين عن الضرر يفترض وجود الشروط الآتية:

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوى .عقد المقاولة في التشريع المصري .دار لنشر الاسكندرية .254

[2] زغدانة منيرة، المقاولة في القانون التجاري الجزائري، مذكرة تخرج ماستر قانون أعمال كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية 2015-2016 ص44.45

1. أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ، ومن ثم فإن الورثة لأحد المسئولين يلتزمون إلا في حدود الجزء الذي كان يسأل عنه مورثهم فقط، لأنهم لا يعتبرون متضامنين كمورثهم.

2. أن يكون الخطأ الذي وقع من كل واحد منهم سببا في أحداث الضرر، فإذ أطلق جماعة من الصيادين خطأ بنادقهم وقت واحد، فأصيب احد العابرة برصاصة من أحدهم، فإن الباقي لا يكونون مسئولين معه بالتضامن لأن الأخطاء التي وقعت منهم لم تكن سببا في أحدث الضرر، بل لا يكونون مسئولين أصل لأنهم لم يحدثوا ضرر ما.

3. أن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون، أي أن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد.[1]

وجيز القول ان مباشرة المقاول من الباطن الدعوى مباشرة على رب العمل يضحى كلاهما بموجبه [2]

المطلب الثاني:

التعويض

يعتبر التعويض فعالا في المقاولة والمقاولة من الباطن

الفرع الاول :

مفهوم التعويض

1-تعريف التعويض:

تتضمن المادة (132) من القانون المدني الجزائري بأنه(يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصبح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيراداً مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.

[1] خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص260

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوى .عقد المقاولة في التشريع المصري .دار لنشر الاسكندرية .254

ويقدر التعويض بالنقد، على أن يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب الضرورة، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل العمل غير المشروع).[1]

يتضح لنا هذه المادة أن التعويض، هو جزاء المسئولية التقصيرية وغالبا ما يكون تعويضا نقديا، وإن كان يجوز أن يتخذ شكل التعويض العيني أو التعويض غير النقدي، ولبيان ذلك سندرس الأنواع الثلاثة للتعويض تباعا.

2- انواع التعويض:

أ- التعويض النقدي:

يعتبر التعويض النقدي كجزاء للمسئولية التقصيرية، هو الأصل في الأنواع الثلاثة للتعويض، والتعويض النقدي في الأصل عبارة عن مبلغ من النقود معين يعطى دفعة واحدة، ولكن إذا اقتضت الظروف غير ذلك، فللقاضي أن يحكم بتعويض نقدي مقسط، أي يعطى على الشكل أقساط للشخص المضرور، كما له أن يقرره على أساس إيراد مرتب لمدى حياة الشخص المضرور، ويحكم القاضي بالتعويض النقدي المقسط إذا كان المدعي قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيقضي له بتعويض مقسط حتى يشفي من إصابته ، ويحكم القاضي بالتعويض على أساس إيراد مرتب لمدى الحياة، إذا أصاب المدى عجز كلي أو جزئي دائم، فيقضي القاضي للمضرور بإيراد يتقاضاه مادام حيا تعويضا له عما أصابه الضرر من الضرر بسبب هذا العجز الكلى أو الجزئي..[2]

ويترتب عليه ان القاضي لا يستطيع الحكم بالتعويض النقدي ادا طالب المالك التنفيذ العينى[3]

[1] -المادة 132االامررقم 75-58المؤرخ فى20رمضانعام 1395-الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني

[2] - خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص262

[3] - غازي خالد ابو عرابي، المقاولة من الباطن، مرجع سبق ذكرة، ص154

ب- التعويض العيني.

ويقال عنه التنفيذ العيني، وهو الوفاء بالالتزام عينا، وهذا النوع من التعويض يكثر من نطاق الالتزامات العقدية أما في المسئولية التقصيرية فهو نادر الوقوع، ولكنه في الإمكان تصوره، كأن الإخلال بالالتزام القانوني وهو عدم الإضرار بالغير دون حق، يأخذ صورة القيام بعمل يمكن إزالته ومحواه أثره: كما إذا بنى شخص حائطا ملكه لسيد على جاره الضوء والهواء تعسفا منه، ففي هذه هي الحالة يكون الباني مسئولا مسئولية تقصيرية نحو الجار بتعويض ما أصابه من ضرر، والتعويض هناك يكون عينيا، أي بهدم الحائط على حساب الباني، وهذا ما قصدته المادة(132) من القانون المدني الجزائري في قولها(على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه)[1]

.ومما لاشك فيه ان التعويض العينى هو الاصل لأنه الاصلح للمضرور ولهدا يلجا اليه القاضي كلما كان ممكنا فضلا عن دالك له المطالبة بتعويض الاضرار التي لا يتم ازالتها بهذا التعويض[2]

ج:التعويض غير النقدي:

كأن يحكم القاضي في جرائم السب والقذف، بنشر حكم إدانة المدعى عليه في الصحف، ويعتبر هذا النشر تعويضا غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى، وهذا قصده المشروع في قوله بالمادة (132) من القانون المدني الجزائري(أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير مشروع).[3]

3-تقدير التعويض:

تنص المادة (131) من القانون المدني الجزائري أنه (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة (182) مع مراعاة الظروف الملابس، فإن

---

[1] خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص145

[2] غازي خالد ابو عرابي، المقاولة من الباطن، مرجع سبق ذكرة، ص154

[3] المادة 132االامررقم 75-58المؤرخ فى20رمضانعام 1395-الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني

لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير)

أما المادة (182) من القانون المدن الجزائري فتنص على أنه (إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين، الذي لم يرتكب غشا جسيما، إلا بتعويض الضرر إلي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد).[1]

تبين لنا هذه المادة أن التعويض مقياسه الضرر المباشر، سوى كان متوقعا أم غير متوقع، وسوى كان حالا أم مستقبلا مادام محققا.

والضرر المباشر كما يتضح من المادة(182) يشتمل على عنصرين، هما الخسارة التي لحقت المضرور، والكسب الذي فاته، فإذا اشترى شخص سيارة بمبلغ 80,000 دينار جزائري، وحصل على وعد من شخص أخر بأن يشترى منه السيارة ب90,000 دينار جزائري، فلو أتلفت السيارة، فإن الخسارة التي تكون قد لحقت الشخص المضرور 80,000 دينار بينما الكسب الذي فاته هو مبلغ 10,000 دينار.

ويدخل في تحديد الضرر الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور فأساس التعويض يقوم على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، فيكون محلا للاعتبار، حالة المضرور الجسمية والصحية، [2]

عندما يرفع الدعوة صاحب العمل ،فان المقاول من الباطن يستطيع ان يتمسك في مواجهته بكل الدفوع التي يكون له التمسك بها في مواجهة المقاول الأصلي كالمقاصة

[1] 2المادة 128من الامر رقم 75-58المؤرخ فى20رمضانعام 1395-الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني

[2] خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص267

لكن يلاحظ أن جسامة الخطأ لا تدخل في تحديد التعويض وإنما جسامة الضرر فقط التي يكون لها الاعتبار في تحديد التعويض، وكذلك الظروف الشخصية المحيطة بالمسئول عن الضرر، وإذا كان الضرر متغيرا من وقت لآخر، كأن تصطدم سيارة بأحد الأشخاص بخطأ سائقها، فيصاب الشخص المضرور بكسر في يده، وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور، فأصبح أشد خطورة مما كان، وعند صدور، الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة، فلاشك في أن القاضي يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة ،أما لو خف الضرر فعلى القاضي أن يراعي مكان عليه الكسر من خطر ثم ما طرأ عليه من تحسن. [1]

وفى حالة تأخر المقاول يكن ملزما بان يدفع للمالك تعويضا يحدد وبصفة مقدما و نهائيا [2]

الفرع الثاني:

التعويض في مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية

يلتزم رب العمل بتعويض المقاول عن الأضرار والمطالبات الناتجة عن الاستثناءات وهي استخدام رب العمل للأرض أو شغلها خلال مدة حيازة المقاول لها إذ أن استخدام رب العمل لهذه الأرض قد يلحق الضرر بالمعدات أو الآلات مواد المقاول فيجب على رب العمل تعويض المقاول عن هذه الأضرار كما يلتزم رب العمل تجاه الغير بتعويضهم عن الأضرار الناجمة عن قيامه بتنفيذ الأعمال و جزء منها وقد يكون هذا الضرر قد لحق بالغير في ممتلكاتهم أو في أشخاصهم بالإصابة أو بالوفاة وفي هذه الحالة يتسع التزام رب العمل يشمل تغطية الأخطاء التي يقوم بها التابعين له والعاملين معه وتحت امراته ويتسع مفهوم التغطية للتعويض عن الأضرار بحيث يمتد ليشمل الضرر الذي يلحق بالمقاول هي شخصه أو الأشخاص التابعين التابعين له و العاملين معه والمقاولين من الباطن .ومن الملاحظ هنا

[1] خليل احمد حسن قدادة .المرجع نفسه، ص268

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوى .عقد المقاولة في التشريع المصري .دار لنشر الاسكندرية .318

أن أساس دعوى المسؤولية قد يكون هو العقد المبرم بين المقاول ورب العمل وفقا لهذا البلد ويمكن أن تكون المسؤولية على (أساس المسؤولية التقصيرية) عن الفعل الذي ارتكبه رب العمل وتابعه أي أنها تقوم على كف الخطأ وما يتطلبه من إثبات عنصر الضرر ورابطته السببية.[1]

فإذا ما أخفى المقاول من الباطن بطريق الغش عيوب الصنعة ولم يستطع المقاول كشفها وقد تسلم الشيء أو تقبل العمل ويبقى المقاول من الباطن مسؤولا عن غشه، وبمجرد اكتشاف هذه العيوب للمقاول الأصلي الحق في الرجوع على المقاول من الباطن بالضمان أي بإصلاح العيب مع التعويض خلال ثلاث سنوات من اكتشاف العيب، لان المقاول من الباطن يكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية.[2]

ويلزم أيضا بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وتعويضه عما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل وكذلك بتخفيض التعويض المستحق للمقاول عما فاته من كسب.[3]

ومن حيث البديهي أن التعويض عن الصرر الذي يقع على عاتق المسؤول يلزم هذا الأخير بتعويضه تماما،

***التزام المثري برد قيمة ما اثرى به:**

المثري يلتزم برد قيمة المال الذي اكتسبه بلا سبب، وهو ما يعادل قيمة ما افتقر به المفتقر. لان ما اثرى به المدين (المثري) ليس له سبب يبرر احتفاظه به.

والاثراء يعد حاصلا على حساب الدائن (المفتقر) في حدود قيمة ما افتقربه, وما جاوز ذلك فهو اثراء بلا سبب ولكنه ليس على حساب الدائن (المفتقر)، وعليه فلا يستحق عنه شيئا. فالضمان في هذه الحالة، ليس بقدر ما لحق المضرور من ضررة ما فاته من كسب. وهو ما رأيناه في حالة الفعل الضار. انما يكون الالتزام بالضمان في حدود قيمة المال الذي اثرى به

[1] عصام احمد البهجي، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديد الاسكندريةص332،333.

[2] غازي خالد أبو عرابي، مرجع سبق ذكره، ص124.

[3] غراب مباركة، مذكرة تخرج إخلال عقد المقاولة طبقا لأحكام القانون المدني، قسم العلوم القانونية ،ص63.

المدين والعلة في ذلك هي أن المدين (المتري) يحاسب على ما ناله من اثراء فعلا. وان التزام المثري مصدره الاثراء الذي حدث للمدين (المثري) على حساب غيره دون سبب لذلك يؤثر بعض الشراح اعتبار التزام المثري التزاما برد ما اثرى به على حساب الغير، وليس التزاما بتعويض الضرر الذي حل بالدائن (المفتقر)، كي يكون له الاستقلال في الأحكام من حيث تقدير المحل، فلا يتأثر تقديره بقواعد تقدير التعويض عن الفعل الضار.

***مقدار الضمان (التعويض):**

يكون الضمان بأقل قيمتي الافتقار والاثراء، تطبيقا للقاعدة التي تقضي بأنه، لا يجوز الزام المثري بالرد بأكثر مما اثرى به، ولا يجوز للمفتقر المطالبة بأكثر مما افتقربه. فاذا رمم شخص دارة تعود لجاره، وكان ما انفقه هو خمسمائة دينار، ولكن قيمة الدار ارتفعت بمقدار سبعمائة دينار، فصاحب الدار يدفع خمسمائة دينار فقط. أما لو كان الشخص قد انفق سبعمائة دينار لتعمير تلك الدار، ولكن قيمتها انخفضت بمقدار خمسمائة دينار، فإن صاحب الدار لا يلزم الا بدفع خمسمائة دينار فقط. وتعليل ذلك أن المثري قد أثري على حساب المفتقر بقدر افتقار الأخير[1].

وادا كان الاثراء عبارة عن منفعة كما لو سكن احد الا شخاص منزلا دون عقد الايجار فان هده المنفعة تمثل الاثراء, و بالتالي يقدر بقدرها في حالة الانتفاع بالمنزل ويكون وفقا للسعر المحدد.

إن التزام المثري برد قيمة الاثراء الذي ناله على حساب الغير (المفتقر)، يعبر عنه بالالتزام بأقل القيمتين قيمة الاثراء وقيمة الافتقار. ويستوي في ذلك أن يكون المثري حسن النية او سيء النية.[2]

[1] خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص145

[2] شريف الطباخ ،التعويض في المسؤولية التقصيرية والعقدية في ضوء الفقه والقضاء ،دار الفكر الجامعي، ص962

كيفية تقدير الاثراء والافتقار:

نعرض فيما يلي لتقدير الاثراء وتقدير الافتقار كلا على حدة:

1)- تقدير الاثراء:

- يجب ان يقدر الاثراء بقيمته وقت تحققه، اي في الوقت الذي تم فيه، وليس بقيمته عند رفع الدعوى، او وقت صدور الحكم، والسبب في اعتماد هذا الوقت هو الاستغناء عن شرط بقاء الاثراء كله او بعضه الى حين رفع الدعوى، واستبداله بوقت حدوث الاثراء في ذاته.[1]

والاثراء قد يكون مبلغا من النقود يدخل في ذمة المدين (المثري)، فيقدر بعدد النقود دون فوائد المبلغ، سواء كانت قد ارتفعت قيمة النقد او هبطت. واما اذا كان الاثراء يتعلق بتحسينات واضافات استحدثها المفتقر في مال المثري، فيقدر الاثراء بقيمة ما زاد في مال المثري بسبب استحداثها وقت الاثراء انتفاعا بشيء س اجرة المثل. يملكه المفتقر، فالأثراء يقدر على اسا القيام بها. واما اذا كان

اما اذا كان الاثراء خدمة او عملا اداهما المفتقر للمثري كالميكانيكي الذي يقوم بتصليح السيارة للغير دون سابق عقد بينهما، والمهندس الذي يضع تصميم هندسيا ينتفع به رب العمل، فيقدر الاثراء بقدر ما عاد من فائدة على المثري بسبب العمل الذي قام به الدائن(المفتقر).

وأخيرا قد يكون الاثراء سلبية، كما لو قام شخص بدفع دين على اخر، او اتلف شخص متاعه يعود له لينقذ منزل جاره من الحريق، ففي هذه الحالة يقدر الاثراء بقدر ما نقص من التزامات المثري او ما وفي من ديونه، او بقدر ما تفادي هو من خسارة كانت ستحل به لولا قيام المفتقر ببذل ما بذله لتفاديها. [2]

[1] ياسين محمد الجبورى–الوجيز في شرح القانون المدني الأردني .دار الثقافة للنشر والتوزيع .الاردن ص705

[2] ياسين محمد الجبورى–الوجيز في شرح القانون المدني الأردني .دار الثقافة للنشر والتوزيع .الاردن ص706

ويعتبر الاثراء سلبيا ودالك عن طريق انقاص من ديون المدين. كان يقوم المستأجر بترميم الدار التي يسكنها على الرغم من ان هدا الترميم واجب على المؤجر[1]

-الاثراء بالالتصاق:

قد يحدث أن يثري شخص على حساب غيره بأن يلتصق ملكه بملك شخص آخر، كما اذا بلعت دجاجة لؤلؤة تعود لشخص اخر. فإذا كان الملك لا يقبل الفصل دون ضرر، فإن صاحب الملك الأكثر قيمة يتملك الملك الاقل قيمة، وعليه دفع قيمته الى صاحبه، [2]

وجيز القول اذا أنفق رب العمل مع المقاول على ان يكون للمقاول الحق فلى الحق بأعمال لم يتضمنها التصميم [3]

-اثراء غير المميز:

- لم يتعرض المشرع الاردني الحكم غير المميز اذا اثري على حساب غيره دون سبب مشروع، على خلاف بعض التشريعات المدنية،. ويمكننا القول هنا بأن المشرع الاردني قد ساوى في القانون المدني بين المميز وغير المميز في الحكم، وذلك بالقياس الى حالة غير المميز في للغير بفعله. المسؤولية عن الفعل الضار حيث الزمت غير المميز بالتعويض عما سببه للغير بفعله.

2- تقدير الافتقار:

يقدر الافتقار على النحو الذي رأيناه في تقدير الاثراء.

فإذا كان الافتقار نقدا، فإن قدره هو قدر الاثراء، لان ما دخل في ذمة المثري مساوى لما خرج من ذمة المفتقر. واذا كان الافتقار مصروفات انفقها المفتقر، فإن الافتقار يكون بقدر هذه المصروفات وقت انفاقها. واذا كان الافتقار منفعة استهلكت من قبل المثري، فغالبا ما يكون للافتقار والاثراء قيمة متساوية هي اجر تلك المنفعة. واذا كان الافتقار عملا اداه المفتقر او خدمة اسداها للمثري، فإن كان هذا العمل او تلك الخدمة مما يدخل في حرفة

[1] خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص203

[2] ياسين محمد الجبورى-الوجيز في شرح القانون المدنى الأردني .دار الثقافة للنشر والتوزيع .الاردن ص706

[3] قدري عبد الفتاح الشهاوى .عقد المقاولة في التشريع المصري .دار لنشر الاسكندرية .211

المفتقر كالمحامي، والسمسار، فيقدر افتقاره بالقيمة التجارية للعمل والخدمة، اما اذا لم يكن المفتقر محترفة فإن افتقاره يقدر بقدر ما بذله هو من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب أدائه تلك الخدمة.[1]

الوقت الذي يقدر فيه الافتقار:

تنوعت الآراء واختلفت في تحديد الوقت الذي يجب أن يقدر فيه الافتقار، فذهب البعض إلى القول بتقديره عند حدوثه، وحجة هؤلاء هي أن القانون لم يحدد الوقت الذي يتخذ أساسا لتقدير قيمة الاثراء والافتقار، لذا فإن المعول عليه هو وقت حدوث كل منهما.

وذهب البعض الاخر من الشراح الى القول بوقت صدور الحكم في الدعوى. * لان طبيعته لا تسمح بتحديده وتقديره بشكل نهائي إلا من وقت صدور الحكم به. وقيل في الرد على ذلك بانه خلط في التكييف بين الالتزام الذي يترتب على الاثراء والالتزام بالتعويض الناشئ عن الفعل الضار. (ويرى بعض الشراح، انه يجب التمييز بين الضرر الذي يتحمله المفتقر في جسمه وذلك الذي يتحمله في ذمته المالية. ففي الضرر من النوع الأول يجب أن يتم التقدير عند اصدار الحكم. أما في الضرر من النوع الثاني، فتقدير الافتقار يجب ان يكون في الوقت الذي تحقق فيه، وليس عند اصدار الحكم.

فعلم المقاول بماهية المقاولة. كل من يقدم عطاء يعتبر انه وقد عاين قطعة الارض التي ستشيد عليها العمارة عليها [2]

[1] ياسين محمد الجبورى–الوجيز في شرح القانون المدني الأردني .دار الثقافة للنشر والتوزيع .الاردن ص706

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوى .عقد المقاولة في التشريع المصري .دار لنشر الاسكندرية .318

الضمانات التي تقترن بالتعويض عن الافتقار:

1- ان التعويض المفروض للمفتقر يعتبر دينا شخصيا: عندما يتم تحديد مبلغ التعويض للمفتقر، فإنه يعتبر دينا في الذمة (ذمة المثري)، وهو دين عادي.[1]

ويقدر الافتقار وقت وقوعه اسوة بالإثراء[2]

2-الحق في الاحتباس: في بعض الأحوال يثبت للمفتقر الحق في حبس مال المثري حتى يستوفي دينه (حقه في التعويض).

مضي الزمان المانع من سماع دعوى الكسب دون سبب(التقادم)

«لا تسمع دعوى الاثراء بلا سبب في جميع الأحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع. وعلى كل حال لا تسمع الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع». دعوى الفعل النافع (الكسب دون سبب) لا يمكن سماعها عندما تمر فترة زمنية محددة، وهذه الفترة الزمنية هي اما ثلاث سنوات من تاريخ علم المفتقر (الدائن) بنشوء حقه في مواجهة من اثري على حسابه. واما بمضي خمس عشرة سنة من يوم حدوث واقعة الاثراء والافتقار.

وهذا الحكم يسرى على جميع صور الفعل النافع (الاثراء بلا سبب)، سواء منها قبض غير المستحق او الفضالة، او قضاء دين الغير[3]

[1] ياسين محمد الجبورى-الوجيز في شرح القانون المدني الأردني .دار الثقافة للنشر والتوزيع .الاردن ص708

[2] خليل احمد حسن قدادة .الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية ص208

[3] ياسين محمد الجبورى-الوجيز في شرح القانون المدني الأردني .دار الثقافة للنشر والتوزيع .الاردن ص708

خلاصة الفصل الثاني:

نرى أن قبول المتضرر بالمخاطرة لا يصلح كمانع كلي أو جزئي، لمسؤولية بسبب الضرر إلا إذا انطوى على خطأ قصدي أو غير قصدي، هذا يعني أن من يقدم على فعل يتضمن مخاطر يجب أن يكون مدركاً لهذه المخاطر، أو انه كان عليه انه كان عليه أن يدركها وأهمل ذلك فأقدم على فعله قابلا بها إذا حصلت، عدها يكون مخطئاً ويرتد خطأه على مسؤوليته.

خـــاتمة

خاتمة:

في ختام دراستنا توصلنا الى أن المسؤولية المقاولاتية تتضمن المسؤولية العقدية والتقصيرية

.وأن عقد المقاولة من الباطن متى نشأة صحيحا يستمد وجوده من عقد المقاولة الاصلي، وعقد المقاولة من الباطن هو عقد تابع للعقد الاصلي.

ومن شيم المقاول الاصلي ان له امتداد للغير(المقاول الفرعى) بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ويصبح متنازله هو المسؤول في مواجهه رب العمل. وقد أوضحت الدراسة أن المقاول من الباطن يخضع الى المسؤولية العقدية في مواجهه المقاول الاصلي والتقصيري تجاه رب العمل ومن خلال بحثنا توصلنا الى النتائج التالية:

– ان المشرع لم يضع نصوص عن تنظيم العلاقات بين المقاول ورب العمل، و المواد المتعلقة بالمسؤولية المقاولة العقدية والتقصيرية .

وعليه تقترح على المشرع الجزائري ،أن يضع نصوص قانونيه تملا الفراغ الموجود وذلك

–وضع تعريف المسؤولية التقصيرية والعقدية للمقاول

– تحديد العلاقة بين رب العمل و المقاول من الندوات المقاولاتية.

– إقامه دورات تكوينيه للمتعاملين في مجال المقاولة.

وفي الاخير لا اقول بان هذه المذكرة، قد أتمت مسؤوليه المقاول في المقاولة الفرعية ،وإنما هي عباره عن خطوه في مسلك طويل، في مجال المسؤولية وأتمنى أن تستثمر من خلال دراسات لاحقة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب:

1. ابراهيم السيد احمد،العقود الواردة على العمل ،دار النشر المعارف الاسكندرية. طبعة 2004

2. الأمر رقم 75-58المؤرخ في 20رمضان عام 1395-الموافق ل26سبتمبرسنة 1975المتضمن القانون المدني.

3. انور العمروسي، العقود الواردة على العمل ،دار النشر ،الاسكندرية،

4. بجاوى المدنى ،التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة ،دار النشر الاسكندرية .

5. بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد العمل ،دار النشر الاسكندرية .طبعة 2009

6. حسن على الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني الخطأ، كلية الحقوق، البحرين

7. حسن على الذ نون . الضرر فى. المبسوط في شرح القانون المدني . دار وائل للنشر الأردن

8. خليل احمد حسن قدادة .الوجيز فى شرح القانون المدني الجزائري .ديوان المطبوعات الجامعية

9. سمير عبد السميع الأودن، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الانشاءات، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع .الإسكندرية

10. شريف الطباخ ،التعويض في المسؤولية التقصرية والعقدية في ضوء الفقه والقضاء ،دار الفكر الجامعي.

11. صالح احمد محمد اللهيبي ، المباشر و المتسبب في المسؤولية التقصيرية . دار الثقافة لنشر و التوزيع . الاردن .

12. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر الإسكندرية ، الجزء الرابع. طبعة 2004

13. عز الدين المنصوري ود.عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية ، الناشر المعارف الإسكندرية،

14. عصام احمد البهجي، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديد ،الاسكندرية.

15. غازي خالد ابو عرابى. المقاولة من الباطن .دار وائل للنشر .الأ ردن .الطبعة الأولى 2009

16. قدري عبد الفتاح الشهاوى ،عقد المقاولة في التشريع المصري ،دار لنشر الاسكندرية .

17. محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر،

18. محمد لبيب شنب ،شرح أحكام عقد المقاولة، دار الناشر المعارف، الإسكندرية ،

19. مصطفى ابو بكر ،المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر ،دار الجا معة الجديدة،الإسكندرية.

20. ياسين محمد الجبورى–الوجيز في شرح القانون المدني الأردني .دار الثقافة للنشر والتوزيع .الاردن

المذكرات :

* زغدانة منيرة ، المقاولة في القانون التجاري ، مذكرة تخرج شهادة ماستر تخصص قانون اعمال ، قسم العلوم القانونية 2014–2015.

*غراب مباركة، مذكرة تخرج إخلال عقد المقاولة طبقا لأحكام القانون المدني، 2015–2016.

المحتويات

المحتويات

شكر وعرفان.....

مقدمه:.....أ

الفصل الأول

المسؤولية العقدية في المقاولة الفرعية

المبحث الأول:.....

العلاقة القانونية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ورب العمل.....3

المبحث الثاني.....

أركان المسؤولية العقدية تجاه مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية.....7

المطلب الأول:.....

أركان المسؤولية العقدية.....7

المبحث الثاني:.....

أثار المسؤولية العقدية:.....15

المطلب الأول:.....

دعوى الضمان.....15

المطلب الثاني:.....

التعويض.....17

خلاصة الفصل الأول.....19

الفصل الثاني

المسؤولية التقصيرية للمقاول في المقاولة الفرعية

المبحث الثاني:.....

أركان المسؤولية التقصيرية و العلاقة القانونية.....25

المطلب الأول:.....

أركان المسؤولية التقصيرية.....26

المطلب الثاني:.....

العلاقة السببية في المسؤولية التقصيرية.....32

المبحث الثالث :.....

آثار المسؤولية التقصيرية الناشئة عن مسؤولية المقاول في المقاولة الفرعية 39

المطلب الثاني:.....

التعويض 41

خلاصة الفصل الثاني:.....

خاتمة:.....54

قائمة المصادر والمراجع:.....56

المحتويات.....60

ملخص:

إن تطورات التي شهدتها المجتمعات المعاصرة لا سيمى في مجال انشاءات المباني أوجدت نوعا من تقسيم العمل المتخصص فيه، حيث أن المهنة الواحدة أصبحت تضم أكثر من متخصص في العمل الواحد والواقع العملي يؤكد ذلك .

وبموجب تقسيم الأعمال والتخصص فيها بهذه الطريقة أدى ذلك إلى انتشار المقاولات من الباطن بحيث أصبح المقاول الذي يعهد إليه تشييد بناء أو ترميمه أن يسند إلى مقاول آخر لكل العمل المسند إليه أو بجزء منه ، ومع انتشار المباني الضخمة والأبراج أصبح اللجوء إلى المقاول من الباطن ضرورة حتمية لحجم العمل.

وقد يكون مبعث اللجوء إلى المقاولة من الباطن هو رغبة المقاول الأصلي في تحقيق الربح المالي، ويتم ذلك بتنفيذ الأعمال محل العقد الأصلي بتكلفة أقل مما هو متفق عليه مع صاحب العمل.

وهكذا فرضت المقاولة من الباطن نفسها على ساحة العمل، وأصبحت حقيقة واقعية تحقق مصلحة ليست فقط للمقاول الأصلي، وإنما أيضا لصاحب العمل، وظهر من خلال تطبيقها مجموعة من المشكلات القانونية في علاقة المقاول من الباطن بالمقاول الأصلي ورب العمل.

Résumé:

Les développements dans les sociétés contemporaines Symi dans le domaine de la construction de bâtiments a créé une sorte de division du travail dans laquelle un spécialiste, comme la profession est devenue l'un des plus d'un spécialiste dans une action et la réalité pratique confirme.

Aux termes de la division des affaires et la spécialisation de cette manière a conduit à la propagation de contracter des sous-traitants pour devenir l'entrepreneur chargé de la construction du bâtiment ou de la restauration être affecté à un autre entrepreneur pour tout le travail qui lui est assigné ou une partie de celui-ci, et la diffusion de grands bâtiments et des tours est devenu le recours à la nécessité sous-traitant la charge de travail.

Il peut être une source de recours à la sous-traitance est le désir de l'entrepreneur initial de réaliser des bénéfices financiers et mettent en œuvre le lieu d'affaires du contrat initial à un coût inférieur à celui convenu avec l'employeur.

Ainsi, il se est imposé la sous-traitance des travaux de la cour, et est devenu une réalité vérifier l'intérêt est non seulement l'entrepreneur d'origine, mais aussi à l'employeur, et est apparu par l'application d'une série de problèmes juridiques dans les sous-traitants de la relation entrepreneur l'entrepreneur d'origine et l'employeur.