The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law
مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية
https://utq.edu.iq/thiqar UTjlaw@utq.edu.iq

المقاول الثانوي ودوره في العقد

م.م. فيصل جابر فرحان
جامعة ذي قار / كلية القانون - ماجستير في القانون الخاص
lawp1e241@utq.edu.iq
07811153655

مستخلص البحث:
نتطرق لبحثنا للمقاول الثانوي وما يلعبه من دور في انجاز المشاريع الناتج من المقاولة من الباطن بالرغم من وجود تعاقد سابق لانجاز المشروع، هي المقاولة الاصلية الرابطة القانونية بين رب العمل والمقاول الاصلي، ومع العلم ان المقاول الثانوي الذي يتعاقد مع المقاول الاصلي لا يظهر الا بناء على موافقة رب العمل، وبناء على ذلك ينتج علاقات قانونية بين أطراف العقدين هم رب العمل والمقاول الاصلي والمقاول الثانوي، انتقال حقوق والتزامات التي تترتب على عاتق المقاول الاصلي الى المقاول الثانوي بالمقابل انتقال حقوق والتزامات رب العمل الى المقاول الاصلي بالمقاولة الثانوية .
الكلمات المفتاحية : عقد المقاولة، عقد المقاولة من الباطن ، رب العمل ، المقاول الاصلى ، المقاول الثانوي .

المقدمة:

اولاً /التعريف بالموضوع وأهميته :

عقد المقاولة الثانوي من العقود المعاوضه ،ويعتبر حاله حال العقود التي يرتب على عاتق الطرفين حقوق والتزامات ، وطرفي العقد هما المقاول الاصلي والمقاول الثانوي ، وان نشأت المقاول الثانوي من عقد المقاولة من الباطن او الثانوي ، لان كلا التسميتن تؤدي الى انتاج المقاول الثانوي، علما ان المقاولة من الباطن ناتج من المقاولة الاصلية التي يكون طرفي العقد هم رب العمل والمقاول الاصلي ، لذا يقع على عاتق الاخير التزام هو انجاز العمل المتفق عليه في المقاولة الاصلية ، لكن ينتقل هذا الالتزام الى المقاول الثانوي بناءاً على عقد المقاولة من الباطن ، لذا نرى الدور والاهمية التى يلعبها المقاول الثانوي في انجاز العمل في المقاولة الاصلية كون العمل الذي ينجزه جزء لا يتجزء من المقاولة من الباطن الذي ينجزه المقاول الثانوي ، يلعب المقاول الثانوي الدور الكبير في انجاز العمل.

ثانياً / موضوع البحث :

تكمن مشكلة البحث بأن القانون لم يتطرق بصورة واسعة للمقاول الثانوي والمسوؤلية القانونية التي يتحملها الاخير، جراء التعاقد الحاصل من المقاولة من الباطن ، والقانون المدني العراقي حصر بعض المواد بالمقاول الثانوي وهي المادتين (882،883) ،اضافة الى اضاعت العديد من حقوق المقاول الثانوي اذا باشر بالعمل والتعاقد دون موافقة رب العمل على التعاقد كشرط للمقاولة من الباطن .

ثالثاً / نطاق البحث :

يتمثل نطاق البحث في تسليط الضوء على العلاقة التي التي تربط المقاول الثانوي مع المقاول الاصلي من جهة ، ومع العلاقة رب العمل من جهة اخرى ، اضافة الى الدور الذي يلعبه المقاول الثانوي في أنجاز العمل .

رابعاً/ خطة البحث :

لقد تناولنا البحث بصورة ثلاثة مباحث ، المبحث الاول مقسم الى ثلاثة مطالب ،الاول يتضمن مفهوم المقاول الثانوي، والثاني مفهوم عقد المقاولة من الباطن والثالث خصائص عقد المقاولة من الباطن ، المبحث الثاني مقسم الى مطلبين الاول العلاقة الثلاثية المشتركة بين (رب العمل ، المقاول الاصلي ، المقاول الثانوي)، المطلب الثاني العمل الذي ينجزه المقاول الثانوي وأجرة المقاول الثانوي ، المبحث الثالث مقسم الى مطلبين الاول انتهاء عقد المقاولة من الباطن ، الثاني الاثار المترتبة من عقد المقاولة الثانوي .

المبحث الاول

تعريف المقاول الثانوي فقهيا و قانونيا وعقد المقاولة في الباطن

عند رجوعنا الى أغلب القوانين المدنية العربية ،وجدنا اختلاف من حيث تسمية المقاول الثانوي ،فبعض المصادر يسميه بالمقاول المقاول [1] واخر يسميه المقاول الثاني [2] وتسمية اخرى له المقاول الثانوي [3] واخرى يسمية بالمقاول من الباطن [4].

المطلب الاول

تعريف المقاول الثانوي فقهيا وقانونيا

عرف من جانب الفقه المقاول من الباطن بأنه " من يعهد اليه المقاول الاصلي تنفيذ كل او جزء من العمل الذي تعاقد بأنجازه المقاول الاصلي مع رب العمل بمقتضى عقد المقاولة من الباطن " .[5]

عرف المقاول الثانوي قانونيا بأنه "اي شخص أو مؤسسة او شركة غير المقاول مسمى في المقاولة لتنفيذ اي جزء من الاعمال او اي شخص يتم التعاقد معه من الباطن لتنفيذ أي جزء من المقاولة وبموافقة المهندس التحريرية ".[6] وعرف ايضا المقاول الثانوي " المقاول او الاحصائي او التاجر او الحرفي الذي يقوم بتنفيذ عمل او توريد لوزام او مواد و تقديم خدمة رصد لاى منهم مبالغ محددة في بنود المبالغ الاحتياطية في العقد ممكن يكون قد عينهم أو رشحهم او وافق عليهم صاحب العمل او المهندس " .[7] اما بالنسبة للقانون العراقي عرف المقاول الثانوي " يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او جزء منه الى مقاول أخر اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية " [8]. عرف القانون القطري المقاول الثانوي " يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او جزء منه الى مقاول من الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم يكن من شأنه طبيعة العمل ان تكون شخصية المقاول محل اعتبار " [9]. عرفه كتاب عقود التشييد المقاول من الباطن " الاشخاص او الشركات التي يستعاض بهم المقاول لتنفيذ جزء من الاعمال على ضوء موافقة تحريرية من قبل المهندس المشرف على العمل على ان لايحق للمقاول التعاقد على جميع الاعمال وفي بعض العقود نجد ملزم بنسبة(20%) من قيمة العقد الاصلي " [10]. مادام تتطرقنا الى المقاول الثانوي يجب ان نعرف الطريق التى نشأ به المقاول الثانوي وهي المقاولة من الباطن لذا سنعرف المقاولة من الباطن .

المطلب الثاني
تعريف المقاولة من الباطن

لم ينشأ عقد المقاولة من الباطن بحد ذاته لعمل ما بل هو وليد لعقد اصلي له الاسبقة ،ويظهر ذلك عند حاجة المقاول الاصلي ،يرجع لعدة اسباب منها : لقلة النفقات المالية وضعف الامكانيات المتوفرة للمقاول الاصلي فيطرا الاخير للتعاقد من الباطن للاستعانه بمقاولين اخرين ،لغرض انجاز العمل والطريق الوحيد لذلك هو التعاقد من الباطن نتطرق اولا الى تعريف عقد المقاولة الاصلي من بعد ذلك سنتطرق الى تعريف المقاولة من الباطن فقهيا وقانونيا.

اولا : عقد المقاولة "عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر" (11)

ثانيا : تعريف عقد المقاولة من الباطن فقهيا وقانونيا

- عرف فقهيا :- " العقد الذي يكل بمقتضاة المقاول تنفيذ كل او جزء من العمل المسند اليه من رب العمل الى مقاول اخر فما مقابل أجر دون أن يخضع المقاول الاخر الى الاشراف او ادارة المقاول الاصلي " (12).

- عرف قانونيا :- ورد في القانون المدني المصري "يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول من الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية " .(13)

- عرفه القانون الاردني " يجوز للمقاول تنفيذ العمل كله أو بعضه الى مقاول لأخر أذا لم يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه وتبقى مسئولية المقاول الاول قائمة قبل صاحب العمل " .(14)

- عرف كذلك عقد المقاولة من الباطن " بانها عقد يعهد بمقتضاة شخص يسمى المقاول الاصلي الى شخص أخر يسمى المقاول من الباطن بكل او جزء من محل عقد المقاولة الذي أبرمه المقاول الاصلي مع رب العمل مالم يمنع من ذلك " .(15)

- عرف المقاولة من الباطن بأنه ذلك العقد الذي يعهد فيه المقاول الى شخص أجنبي عن عقد المقاولة يسمى المقاول من الباطن بتنفيذ كل او بعض الاعمال الموكولة اليه . (16)

مما تقدم ، نجد ان التسميات المقاول الثانوي بجميعها مختلفة ، لكن تصب بمعنى واحد وهي تعود للحاجه الماسة التى طرت على المقاول الاصلي في العقد الاصلي ، يمكن ان نستنتج ذلك بأن اعطى للمقاول الاصلي ان يتعاقد مع الغير (المقاول من الباطن او المقاول الثانوي او المقاول الثاني اومقاول المقاول) على جميع العمل الملتزم به او جزء منه ،على ان لا يكون هناك شرط ظاهري او باطني في العقد الاول ، يمنعه من التعاقد من الباطن ويمكن ان يظهر ذلك من مضمون العقد ، كأن يكون العقد الاصلي يعتمد على مهارات المقاول الاصلي الفنية التي لايمكن الاستعاضة بها فهذا يُعَد شرطاً ظاهرياً ولايحق التعاقد على خلاف ذلك ، لكن اذا سمح للمقاول الاصلي بالتعاقد مع الغير بناءآ على احد فقرات في العقد الاصلي تسمح له بالتعاقد من الباطن او في حالة سكوت رب العمل من التعاقد من الباطن ،بالرغم عدم ذكره في العقد .

المطلب الثالث
خصائص عقد المقاولة من الباطن

بعد ان تناولنا تعريف المقاول الثانوي وعقد المقاولة من الباطن يجب معرفة خصائص عقد المقاولة من الباطن ، لمعرفة هذا العقد ومدى تشابه مع بقية عقود المقاولات الاخرى لمعرفة مدى دور المقاول الثانوي في انجاز العقد وستناول هذه الخصائص كالاتي :-

1- العقد الرضائي :

العقود الرضائية هي من العقود التي تنعقد بمجرد تطابق الاراء ،كما هو في عقد المقاولة من الباطن بمجرد صدور الايجاب من احد طرفي العقد . صدور القبول من الطرف الاخر ، نرى تطابق الايجاب والقبول واستنادا الى المادة (1/77) من القانون المدني العراقي ((الايجاب والقبول لفظين مستعملين عرفا لانشاء العقد واي لفظ صدر فهو ايجاب والثاني قبول)) . ولم يشترط لإنعقاد العقد صيغة وشكلا محدداً [17] ولكن عقد المقاولة من الباطن يحتاج الى الكتابة كوسيلة من وسائل الاثبات عندما تكون الحاجة الى اثبات. كما نعلم ان الصيغة الرضائية ليس من النظام العام ،على ضوء ذلك تكون هناك مفاوضات ومساومات بين طرفي العقد للاتفاق على صيغة العمل ومستواه ومضمونه وبأمكان المتعاقدين الأتفاق على الاجرة مقابل العمل المنجز ولايمكن انعقادة على شرط موقوف ، معنى ان تكون هناك ارادتين متوافتين على الشروط التى تم الاتفاق عليها . عقد المقاولة هوليس من عقود الاذعان ، عقد من العقود الرضائية نكون امام طرفي العقد الاول هو المقاول الاصلي (رب العمل) والطرف الثاني المقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن . وبناءً على ذلك اذا تم الاتفاق بين طرفي العقد على شكل معين ،فلا ينعقد الا اذا افرغ في الشكل الذي حددها الطرفان هما المتعاقدان ،اذا حدث نزاع بين طرفي العقد بالامكان الرجوع الى الكتابة كوسيلة لاثبات حقوق والالتزامات التي تقع على عاتق بين طرفي العقد، وينعقد عقد المقاولة من الباطن وفقا للقواعد العامة للعقود الرضائية ويجب ان يكون الرضا خالي من العيوب .

2- العقد التبادلي:

كما نعلم لايحق للمقاول الاصلي التعاقد من الباطن في حالة عدم اخذ موافقة رب العمل ، لوجود شرط يمنع للمقاول الاصلي للتعاقد من الباطن ،لكن اذا اخذت موافقة رب العمل (صراحة) أو في حالة عدم وجود شرط مانعا يمنع المقاول الاصلي من التعاقد من الباطن (ضمنيا) ، بالمقابل يحق له التعاقد .

وبناءاً على ذلك يترتب على عاتق طرفي العقد الالتزام ،أعتبار ان عقد المقاولة من العقود المتبادلة الالتزامات ، ونشير الى المادة (864) من القانون المدني العراقي ((المقاولة عقد يتعهد به احد الطرفين ان يصنع شئيا او يودي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر)) . في حالة عدم قدرة احد طرفي تنفيذ الالتزام الواقع عليه ، يحق للطرف الاخر توجيه اخطار او انذار لتنفيذ التزامه، واذا تبين عدم التنفيذ يرجع الى سبب تكون خارج عن ارادة كالقوة القاهره يحق للطرف الاول فسخ العقد. يقع على عاتق المقاول الثانوي ، تنفيذ الالتزامات المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن، ومن الالتزامات التي تقع على المقاول الثانوي هو انجاز العمل وخلال المدة المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن بالمقابل يقع على عاتق المقاول الاصلي تهية الظروف الملائمة للمقاول الثانوي لانجاز عمله، ومن أهم الالتزمات التي تقع على عاتق المقاول الاصلي (رب العمل) هو دفع الاجر للمقاول الثانوي عند انجاز العمل،على ضوء ذلك اعتبر عقد المقاولة من الباطن من العقود التبادلي بمعنى الالتزمات التي تقع على عاتق طرفي العقد .

3- العقد المعاوضة

عقد المقاولة من الباطن من العقود المعاوضة لان كلا طرفي العقد يتلقى شي مقابل لما يقدمه ،كما هو معروف يقوم المقاول الثانوي بأنجاز العمل المتفق عليه بالمقابل يتسلم اجرة على عمله ، المقاول الاصلي يدفع الاجر مقابل تلقيه العمل المنجز ،[18] ولكن في حالة عدم تحديد الاجر يذهب الى تحديد الاجرة وفق القانون والعرف المتبع ،لكن في حالت عدم تقبل الاجرة عتبر العقد من عقود التبرع .

ولا يعد عقد المقاولة من الباطن من عقود الإذعان ، وذلك لانه لايوجد توافق كون هناك توافق اذا ان عقد الإذعان يتم اعداده من قبل طرف واحد وينتظر فقط موافقة الطرف الاخر .

المبحث الثاني
موضوع عقد المقاولة من الباطن

المطلب الاول:

العلاقات القانونية الثلاثية المشتركة (رب العمل والمقاول الاصلي والمقاول الثانوي)

بعد ان اطلعنا على عقد المقاولة من الباطن ،الذي توفرت فيه جميع شروط العقد الصحيح الذي بني على عقد المقاولة الاصلي ، مع العلم يبقي كلا العقدين مستقلين بحد ذاتهما على الرغم من ذلك توجد علاقة قانونية بين الاطراف المتعاقد ،هي علاقة المقاول الاصلي والمقاول من الباطن من جهة ،العلاقة الثانية علاقة المقاول الاصلي ورب العمل من جهة ،علاقة المقاول الثانوني ورب العمل من جهة اخرى ، نكون امام ثلاثة اشخاص في العملية التعاقدية المشتركة هم : رب العمل (الجهة المستفيدة) والمقاول الاصلي (رب العمل بالتعاقد من الباطن) والمقاول من الباطن (المقاول الثانوي او المقاول الاصلي في عقد المقاولة من الباطن) وهذا الاخير ينفذ كل العمل او جزء منه ، يرجع السبب الرئيسي في امر التعاقد من الباطن لوجود مشاريع تحتاج الى مهارات فنية (انشائية او كهربائية او ميكانيكية و غيرها ..) ، المقاول الاصلي يلجاء للمقاول الثانوي وعلى أثرها تنشأ علاقات قانونية متشابكة بين اطراف كلا العقدين التي سوف نتحدث عنهما . هناك علاقة تربط بين رب العمل والمقاول الاصلي بناء على العقد المقاولة الاصلي ، كما يرتبط المقاول الاصلي مع المقاول من الباطن على اساس عقد المقاولة من الباطن ، فيكون المقاول الثانوي مسؤولا تجاه المقاول الاصلي على اساس المسؤولية التقصرية بسبب اخلاله العلاقة التعاقدية و على اساس المسؤولية التقصرية اتجاه صاحب المشروع لأنعدام أية رابطة تعاقدية بينهم سندا لمبدا نسبية العقود .[19]

الفرع الاول

علاقة المقاول الاصلي (رب العمل بالتعاقد من الباطن) والمقاول من الباطن

العقد الاصلي يعد سببا لوجود عقد المقاولة من الباطن ، على المقاول الثانوي تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق المقاول الاصلي بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، ان عقد المقاولة من الباطن يستعير محله عقد المقاولة الاصلي، هذه التطابق بين العقدين قد يؤدي بان يؤكل كل العمل الى المقاول الثانوي بموجب العقد المقاولة من الباطن او يؤكل جزء من العمل ، تكون متطابق معا العقد الاصلي من حيث العمل الموكل الى المقاول الاصلي. العلاقة التى تربطة المقاول الثانوي والمقاول الاصلي هي علاقة تعاقدية ،على ضوء ذلك تتغير صفة المقاول الاصلي ، نكون هنا امام رب عمل وليس امام مقاول اصلي على ضوء العلاقة التعاقدية الذي نتجة مابين المقاول من الباطن والمقاول الاصلي ، ما تنظمه المقاولة من الباطن ويتحمل المقاول الاصلي كافة الالتزامات التي تقع على عاتق رب العمل بمعنى اصبح بمكانة رب العمل .

وبناءً على العلاقة التعاقدية نجد ان المقاولة الاصلية ، تنظم العلاقة بين رب العمل والمقاول الاصلي، اما المقاولة من الباطن تنظم العلاقة بين المقاول الاصلي والمقاول الثانوي ، بناءاً على ذلك لانتوقع ان تكون هناك تطابق من حيث الالتزامات على كلا العقدين ، نرى بخصوص الالتزام المالي ان عقد المقاولة من الباطن تكون الاجور المالية اقل من مما موجود في العقد الاصلي ،يرجع السبب قي ذلك ان المقاول الاصلي غايته في بعض الاحيان المضاربه وهو تحقيق الربح المالي ، ولذا يجب تفسير اية كلمة مقاول اصلي او ثانوي الذي وردت في المواد القانونية بدون تمييز على انها تشمل المقاولة الاصلية و المقاولة الثانوية . [20] لذا سوف ندرج الالتزامات التي تكون على عاتق المقاول الاصلي (رب العمل) من جانب (المقاول الثانوي) :

1- تمكين المقاول الثانوي من تنفيذ اعماله حسب ما ورد في عقد المقاولة من الباطن وعدم وضع عراقيل في تنفيذ عمله .

2- تزويد المقاول الثانوي بجميع المخططات والمرتسمات التي تعتبر جزء لا يتجزء من العقد ، اذا وردت ضمن بنود العقد .

3- تزويد المقاول الثانوي بالادوات والمواد التي يحتاجها في تنفيذ عمله ، يلزم رب العمل (المقاول الاصلي) اذا تعهد بذلك .

4- يجب ان ينسق مابين المقاولين الثانويين والعمال التابعين له بحيث لايعرقل اي منهما عمل الاخر .

5- ان يدفع الى المقاوايين الثانويين كافة المبالغ المالية المتفق عليها وفق الشروط المحددة في العقد

6- ان يستلم من المقاول الثانوي الاعمال المنجزه خلال المدة المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن التي تكون اقل من المدة المتفق عليا في العقد الاصلي . [21]

الفرع الثاني

العلاقة بين المقاول الثانوي (المقاول الاصلي) والمقاول الاصلي (رب العمل) في عقد المقاولة الثانوي

نجد ان الارتباط التي يكون بين المقاول الثانوي والمقاول الاصلي (رب العمل في المقاولة من الباطن) هو العقد المقاولة الثانوي ، نكون امام علاقة تعاقدية بين طرفي العقد الطرف الاول ايجابي والطرف الثاني القبول ،وتحدثنا سابقا بان نكون امام عقد مستقل بحد ذاته ،معنى يكون المقاول الثانوي هو المقاول الاصلي، رب العمل يكون المقاول الاصلي في عقد المقاولة الاصلي ،لكلا الطرفين له حقوق وعليه التزامات ، تترتب على المقاول الثانوي حقوق والتزامات هي نفسها التي ترتبت على المقاول الاصلي في العقد المقاولة الاصلي ويصبح بالتالي المقاول الاصلي ، كما ان حقوق والالتزامات المقاول الاصلي قبل المقاول الثانوي هي نفسها حقوق والالتزامات رب العمل قبل المقاول الاصلي وهذا طبعا يتوقف عل طبيعة العقد المقاولة الثانوي باعتبار العقد الاخير لايكون بصورة اوسع من عقد المقاولة الاصلي . ان الشروط الهندسية لمقاولات الاعمال الهندسية نصت " ..... لايجوز لصاحب العمل او المهندس ان يلزم المقاول الاصلي باستخدام المقاول الثانوي الذي رفض الارتباط عن الباطن بمقاولة ثانوية مع المقاول ". [22] وعند الرجوع الى نص المادة اعلاه وجدنا الاتي :

1- ان يتعهد المقاول الثانوي فيما يخص العمل موضوع المقاولة الثانوي من الباطن بأن يتحمل بنفس الالتزامات والمسؤوليات على عاتق المقاول تجاه صاحب العمل عن الالتزامات والمسؤوليات عن جميع مطالبات التعويض ونفقات الدعاوي والاضرار والتكاليف .

2- ان يتعهد المقاول الثانوي تعويض المقاول عن أهمال يقع من مستخدمي وكلائه .

وبناء على ما جاء اعلاه يحق للمقاول الاصلي ان يرفض الارتباط مع المقاول الثانوي، حالت رفض المقاول الاصلي الشروط اعلاه ، اعطي الحق للمقاول الاصلي ان يتنازل على التعهدات اعلاه ، مادام توقف عقد المقاولة الثانوي على موافقة المقاول الاصلي، الا ان هذا الاعفاء لا يمكن ان يؤدي الى أعفاء المقاول الثانوي من التزامات المقاولة الرئسية التي هي (انجاز العمل وتسليمة الى رب العمل والتزامه بالضمان الخاص التي سوف نتناولها ، على العلم عند قيام المقاول الثانوي بالموافقة على عقد المقاولة الثانوي على ضوء ذلك يصبح مقاول اصليا ، يلتزم بالالتزامات الموثقة في عقد المقاولة الثانوي ، لايجوز للمقاول الثانوي ان يشترط اعفائه من الالتزامات اعلاه ،لان سوف يتعارض مع مقتضى عقد المقاولة ،على ضوء هذا العقد ترتبت التزامات عليه ،اذا أشترط خلاف ذلك يؤدي الى فرغ العقد من محتواه ، ونصت المادة (131) من القانون المدني العراق "يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة " بمعنى عدم جواز اشتراط شرط في العقد يتعارض مع مقتضاه او لايلائم او لم يجر به العرف او العادة [23] ،اذا اشترط المقاول الثانوي ذلك اعتبر الشرط ملغيا مالم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد والشرط معا . واذا كان هناك تطابق بين عقد المقاولة الاصلي وعقد المقاولة من الباطن، ان هذا التطابق لايصل الى ان رب العمل الحقيقي هو الذي يتم العمل لحسابه فعلا والمقاول الاصلي لايكتسب هذه الصفة اذا انه ليس الشخص الذي يتم العمل لحسابه [24] ونذكر بعض التزامات التي تقع على عاتق المقاول الثانوي :

1- الالتزام الاول / انجاز العمل:

نرجع ونأكد الالتزام الذي يلتزم به المقاول من الباطن في مقابل المقاول الاصلي هو انجاز العمل ، الذي كلف به على ضوء عقد المقاولة من الباطن سواء كان انجاز كله او جزء من العمل ،على ان يكون خلال المدة المتفق عليها في العقد الاخير ،اذا لم تحدد المدة في العقد يتم انجاز العمل حسب العرف السائد بالنسبة للعمل وما تقتضية العمل من دقة وعناية في انجازه .[25]

وفي ضوء ذلك يقوم المقاول الاصلي بصفة جهة رقابية او مشرفه على عمل المقاول الثانوي ،يحق للمقاول الاصلي فسخ العقد او احالة العمل الى مقاول اخر ،اذا وجد ان المقاول الثانوي يقوم بالعمل على شكل معيب او مخالف للشروط المتفق عليها بالعقد ، لكن لايتخذ المقاول الاصلي هذا القرر الا بعد ان يقوم بأجراء قانوني هو انذار المقاول الثانوي بتصحيح الاخطاء التي طرت على العمل المكلف به ،لذا بالامكان للمقاول الثانوي الخروج من هذه المسوؤلية ، اذا اثبت ان السبب لايعود عليه بل يرجع الى سبب اجنبي كأن يكون السبب هو قوة قاهرة او فعل الغير او خطا يرجع بسبب رب العمل او المقاول الاصلي، هو السبب الذي يعود في عدم انجاز العمل خلال المدة المتفق عليها او المدة المعقولة عرفا، لكن اذا ثبت بأن السبب يعود للمدة المتفق عليها بمعنى لم تكن كافية في انجاز العمل على ضوء ذلك تترتب مسوؤلية المقاول الثانوي لانه يعتبر مذنبا، لايعتبر سبب اجنبيا لقبوله الالتزام بأنجاز العمل خلال المدة غير كافية وهويتحمل نتيجة هذا الخطأ .[26] الانذار الذي يوجه الى المقاول الثانوي القصد منه هو تصحيح الاخطاء الذي يقع بها الاخير، لغرض تصحيح مساره من الاخطاء الذي وقع بها لكن اذا لم يصحح اخطاءه يحق للمقاول اتخاذ الاجراءات القانونية ، فسخ العقد وأحالة العمل الى مقاول أخر لاكمال العمل وتصحيحه ،اما اذا العيب جسيما بحيث لا يمكن أصلاحه فأنه يجوز للمقاول الاصلي قسخ العقد في الحال دون الحاجه الى اعطى مدة اضافية [27]. اما في حالة العيب غير جسيم لذا بالامكان اعطاء مهلة للمقاول الثانوي لتصحيح العيب.

2- الالتزام الثاني / العمل مع المواد و المعدات اللازمة لانجاز العمل :

أ – يلتزم بالعمل مع المواد

الحالة الاولى :

هو ان يلتزم المقاول الثانوي بالعمل فقط ، بمعنى ان يستخدم المواد العائدة الى المقاول الاصلي او رب العمل ، لذا يكون مسؤولا عن كل نقص او تلف المواد ، يلتزم بأن يدفع قيمة المواد اذا تسبب المقاول الثانوي ذلك التلف نتيجة خطأ او تقصير منه [28] ، يلتزم المقاول الثانوي تعويض العيني بمعنى احضار نفس المواد من حيث الصنف والجودة ، العكس ذلك يلزم المقاول بالتعوض المالي عن المواد المتضرره طبعا ان المقاول الثانوي لايتحمل مسؤوليته فقط ،انما يتحمل مسؤولية تابعية الذي يستخدمه في المقاولة من الباطن وفقا لقواعد مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعية (219،220) مدني [29].

الحالة الثانية :

واذا جهزت المواد من قبل رب العمل والمقاول الاصلي ففي هذه الحالة يتحمل المسؤولية رب العمل والمقاول الاصلي ، اذا جهزت هذه المواد وهي تالفة بالاصل بمعنى لا يتحمل المقاول الثانوي جراء التلف الحاصل وعليه اخبار الطرف الاخر بتلف المواد .

ب- الالأت والادوات اللازمة لأنجاز العمل

الاصل بأن يتحمل المقاول احضار الالات والمعدات اللازمة لانجاز العمل ، تختلف عن المواد التي يلتزم بها رب العمل بأحضار المواد وذلك استنادا من التزامات المقاول المادة (2/867) نصت" وعليه ان يتدارك ما يحتاج اليه في انجاز العمل من ادوات ومهمات أضافية ، ويكون ذلك على نفقته ، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك " [30] . يعد نفس الحكم اعلاه يسرى على العلاقة التي بين المقاول الاصلي والمقاول الثانوي في عقد المقاولة من الباطن يفرض على الاخير الادوات والمعدات اللازمة في انجاز العمل، ألا اذا وجد اتفاق في العقد يفرض على المقاول الاصلي تجهيز من قبل المقاول اذا ورد بند في العقد .

3– تسليم العمل المنجز

نعلم بعد تمام العمل والالتزامات المكلف بها المقاول الثانوي بناء على عقد المقاولة من الباطن ، يقع على عاتقه ان يسلم العمل الى الشخص الذي تعاقد معه ، هل يكتفي التسليم الى رب العمل في المقاولة الثانوية ؟ لايصح التسليم للاخير لان المقاول الثانوي تعاقد مع المقاول الاصلي وليس مع رب العمل، لكن يصح التسليم الى وكيل المقاول الاصلي لان الوكيل كالاصيل. على المقاول الثانوي ان يسلم العمل المتفق عليه في العقد الى المقاول الاصلي في الموعد والمكان المتفق عليهما، اما موعد التسليم العمل بالنسبة للمقاول الثانوي يجب ان يكون قبل انتهاء فترة العقد الاصلي ،لان يحدث تعارض عند تسليم بعد المدة المتفق عليها مع المقاول الاصلي ورب العمل في المقاولة الاصلية ،في حالة عدم ذكرميعادة التسليم في العقد وجب اخذ العرف في الحاله المذكورة اعلاه ، ولايمكن للمقاول الثانوي ان يعفي من المسؤولية الواقع عليه لعدم التسليم للعمل المكلف به الا في حالة اثبات بأن السبب لايعود على المقاول الثانوي وانما لاسباب الظروف القاهرة.

الفرع الثالث

العلاقة بين المقاول الاصلي ورب العمل

نرى ان العلاقة التي تربط بين رب العمل والمقاول الاصلي ،هو عقد المقاولة الاصلي التي على ضوئها نشأ عقد المقاولة من الباطن، بمعنى ان التعاقد الاصلي هو الذي يحكم العلاقة بين رب العمل والمقاول الاصلي ، بالمقابل فليس لرب العمل اي شأن بالتعاقد الثانوي من جهة أخرى ان الالتزامات والحقوق التي تترتب على المقاول الاصلي في المقاولة من الباطن لا تلغي الالتزامات والحقوق المترتبة عليه في مقابل رب العمل ، والاخير لا يترتب عليه اية حقوق والتزامات في عقد المقاولة من الباطن .

ان عقد المقاولة الاصلي هو الرابطة بين رب العمل والمقاول الاصلي ويقع على عاتق رب العمل التزامات اتجاه المقاول الاصلي، يلتزم بتسليم موقع العمل خالي من الشواغل وازلة جميع المعوقات ان كانت موجود على ارض المشروع وتسليم المرتسمات والخرائط والتصاميم المتفق عليها ، مع العلم عند انتهاء العمل يتم تسليم المشروع من قبل المقاول الاصلي وليس من قبل المقاول الثانوي ،هذا فيما يخص الالتزمات التي تقع على عاتق المقاول الاصلي اتجاه رب العمل.[31]

المقاولة من الباطن لاتعفي المقاول الاصلي من التزاماته في عقد المقاولة الاصلي تظل باقيا ولاتتغير بظهور عقد المقاولة من الباطن ، ان الغاية من التعاقد من الباطن لتخفيف الكاهل الواقع على المقاول الاصلي ، تكون الغاية من العقد الثانوي هو مردود ايجابي بمعنى اخر تحقيق مالي يعود للمقاول الاصلي، تحدثنا سابقا بأن يلتزم بتسليم العمل المنجز الى رب العمل ولكن الاعمال المنجزة من قبل المقاول الثانوي يستلمها المقاول الاصلي ومن بعدها تسلم الى رب العمل (الجهة المستفيدة) .

يعداً المقاول من الباطن هو من الغير بالنسبة للعلاقة بين المقاول الاصلي ورب العمل ،الا ان الاخلال الحاصل من قبل المقاول الثانوي ، لعدم قيام تنفيذ العمل المتعاقد عليه او التنفيذ الجزئي او التنفيذ الغير مقبول التي تعتبر مطابقة لتزامات التي تقع على عاتق المقاول الاصلي ،التي تكون رابطة في اخلال الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول الاصلي الناشئة من عقد المقاولة الاصلي تجاه رب العمل ، ماتسمى بتطابق الروابط التعاقدية بين العقدين ، لما كان رب العمل لا يعرف فقط المقاول الاصلي وعليه يكون الاخير مسؤول عن الاخطاء الصادرة عن المقاول الثانوي مسؤولية تعاقدية عن فعل الغير .[32]

يرى القانون المدني العراقي ((المقاول الاصلي يبقي في هذه الحالة مسؤول عن المقاول الثانوي امام رب العمل عن المقاول الثانوي)) .[33] ان رب العمل يبقي ملتزم امام المقاول الاصلي ،حتى ولو يلجاء الاخير الى عقد المقاولة من الباطن ، معنى انه لا يتنازل عن جميع الالتزمات المترتبة بذمة رب العمل ، من الالتزامات التي تقع على عاتق رب العمل هو دفع الاجرة الى المقاول الاصلي .

الفرع الرابع

العلاقة الرابطة بين المقاول الثانوي ورب العمل

ان الاصل لا يحق لرب العمل بأن يلزم المقاول الثانوي بأنجاز العمل و تسليم العمل ،لعدم وجود علاقة تعاقدية بينهما ، انما يحق له الرجوع بذلك على المقاول الاصلي بناء على العقد الاصلي ، على الرغم ان المقاولة من الباطن لم تتم الا بموافقة رب العمل ،مع ذلك لاتظهر اية علاقة بين رب العمل والمقاول الثانوي ،لان رب العمل ليس طرفا بالمقاولة من الباطن وهذا الاصل . كما هو معروف كل اصل فيه استثناء وهو يحق لرب العمل الرجوع على المقاول الثانوي مباشرة والعكس صحيح .

الحالة الاولى :-

يحق لرب العمل الرجوع على المقاول الثانوي ، ذلك اذا اشترط المقاول الاصلي في عقد المقاولة من الباطن بأن يذكر في احد فقرات العقد ان يقوم المقاول الثانوي بالعمل لمصلحة رب العمل ،بمعنى اشتراط لمصلحة الغير (رب العمل)، وعلى ضوء الاشتراط يحق لرب العمل الرجوع على المقاول بدعوى مباشرة بالمطالبة تنفيذ الالتزامات التى تقع على عاتق المقاول الثانوي ، استنادا للمادة (152) من القانون المدني العراقي ، لذا يكون لرب العمل حقين هو الرجوع على المقاول الاصلي بالدعوى المباشرة على ضوء العقد الاصلي والحق الثاني هو الاشتراط لمصلحة الغير في عقد المقاولة من الباطن ، بناء على ذلك يرجع على المقاول الثانوي بدعوى وحسب قواعد الاشتراط لمصلحة الغير .

الحالة الثانية :

هو تنازل المقاول الاصلي عن حقوقه والالتزامات الى المقاول الثانوي بعد موافقة رب العمل [34]، لذا نكون امام مطالبة المقاول الثانوي بكل الالتزامات عن طريق الدعوى المباشرة ، بهذه يصبح المقاول الثانوي بمثابة المقاول الاصلي مقابل رب العمل. اما بخصوص المقاول الثانوي يحق له الرجوع على رب العمل في حالة عدم التزام الاخير في تنفيذ الالتزامات الملقاة عليه .

المطلب الثاني

الفرع الاول

العمل الذي ينجزه المقاول الثانوي

ان المقاول الاصلي عند قيامه بأحالة العمل على المقاول الثانوي ، كانت متوقفة على موافقة رب العمل ، ففي هذا الاثناء يكون العمل المحال كليا او جزئيا ، ذلك استنادا الى المادة (882) من القانون المدني العراقي ((يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل قي جملته او في جزء منه الى مقاول أخر اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد ...)) ، العمل المحال الى المقاول الثانوي بموجب عقد المقاولة من الباطن ويجب ان يكون العمل من الناحية القانونية محدداً وذكر اوصافه باعتباره عقد من العقود ذكر اوصافها وان يكون العمل معينا او قابلا للتعيين ولا يكون مخالفا للنظام العام والاداب ، استنادا للمادة (132) من القانون المدني العراقي ، ولابد ان يكون ممكنا وليس مستحيل واذا كان الاخير مخالفا للنظام العام والاداب بمعنى باطل وليس صحيحا .

الفرع الثاني

أجرة المقاول الثانوي

كما نعلم يقع على عاتق المقاول الاصلي هو تسديد الاجر الى المقاول الثانوي بناء على عقد المقاولة من الباطن ، دفع الاجر المتفق عليه بالمقابل على المقاول الثانوي تنفيذ التزامه بأنجاز العمل ، ان عقد المقاولة من الباطن من العقود بمقابل ، اذا كان غير ذلك بدون مقابل اعتبر عقد من العقود التبرع .[35]

مما يؤكد ان عقد المقاولة من الباطن من العقود المعاوضة المادة (864)) من القانون المدني العراقي نصت ((المقاولة عقد يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الاخر)) وبما ان عقد المقاولة من الباطن من عقود المقاولة ، يكون بمقابل اجر لقاء عمل منجز من قبل المقاول الثانوي ، وبما ان المقاول الاصلي يسعى بعض الاحيان الى تحقيق الربح من وراء المقاولة من الباطن ، ان يكون هناك فارق بالسعر مابين المقاولة الاصلي والمقاولة من الباطن ، واذا لم يحدد العقد اجرة المقاول الثانوي او لم يكن هناك اتفاق بالعقد تحديد مقدار الاجرة وجب على ضوء ذلك الرجوع الى (م

880 من القانون المدني العراقي) التى تحدد مقدار الاجر الى قيمة العمل الذي قام به المقاول الثانوي والنفقات التي صرفها قي انجازه .[36]

المبحث الثالث

المطلب الاول

انتهاء عقد المقاولة من الباطن

وانتهاء عقد المقاولة يكون في عدة صور:

1- انجاز العمل

انتهاء اي عقد يتم بانجاز العمل المتفق عليه بالعقد ، ان عقد المقاولة يعامل معاملة بقية العقود الاخر هو بأنتهائه بأنجاز العمل الذي تم الاتفاق عليه واستنادا الى المادة (881) من القانون المدني العراقي ((تنتهي المقاولة بأتمام المقاول العمل المعقود عليه وتسليمه....)) .

2- فسخ العقد (من طرف واحد الارادة المنفردة)

يحق لرب العمل فسخ العقد من طرف واحد يسمى (الارادة المنفردة) ، اعطائه الحق القانون استنادا للمادة (1/885) من القانون المدني ((لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في اي وقت قبل تمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما انفقة من مصروفات وما أنجزء من الاعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل)) ، اعطي هذا الحق الى رب العمل فانه يعطى هذا الحق الى المقاول الاصلي ، لانه يعامل كرب العمل قي المقاولة من الباطن .

شروط فسخ العقد بأن المقاول الثانوي لم ينجز موضوع المقاولة، وعلى ضوء ذلك يحق للمقاول الثانوي الرجوع على المقاول الاصلي والمطالبة بجميع المصروفات التي صرفها الى حد تاريخ التبليغ بفسخ العقد من قبل المقاول الاصلي ،اما المصروفات التي صرفت من قبل المقاول الثانوي والتي تكون من بعد تاريخ التبليغ يحق المطالبة بها على ان تكون ضرورية صرفها ، والمقاول الثانوي ، احق المطالبة بالربح الذي سوف يرجع اليه من المقاولة عند انجازها لكن اعطي للمحكمة تخفيض نسبة التعويض استنادا للمادة (2/885) من القانون اعلاه ((على انه يجوز للمحكمة ان تخفض التعويض المستحق عما فاته من كسب ، اذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين بوجه خاص ان تنقص منه ما يكون للمقاول قد اقتصده من جراء فسخ العقد ، وما يكون قد كسبه بأستخدام وقته في امر اخر)). هل يحق للمقاول الاصلي استعمال هذا الحق؟ نعم يحق له استعمال هذا الحق لكن اذا حصل ضرر او كان الحق تعسفي بحق المقاول الثانوي ،كأن تسي الى سمعته او ضرر يصيب المقاول الثانوي وجب التعويض للاخير استنادا الى المادة (7) من القانون اعلاه .

3- سحب العمل:

استنادا للمادة (869) من القانون المدني العراقي ((1- اذا ظهر لرب العمل اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب او مناف للعقد ، فله ان ينذره بأن يعدل الى الطريقة الصحيحة خلال اجل مناسب يحدده له فاذا انقضى الاجل دون ان يرجع المقاول الى طريقة الصحيحة، جاز لرب العمل اي يطلب اما فسخ العقد واما ان يعهد بالعمل الى مقاول اخر على نفقة المقاول الاول ، متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك ، يجوز فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيل 1 – على ان العيب في طريقة التنفيذ اذا لم يكن من شأنه ان يقلل الى حد كبير من قيمة العمل او من صلاحيته للاستعمال المقصود منه فلا يجوز فسخ العقد)). يعداً المقاول الاصلي هو رب العمل في المقاولة الثانوية ،وعليه يطبق احكام المادة اعلاه على المقاولة الثانوية ، اعطي حق للمقاول الاصلي بان ينذر المقاول الثانوي في حالة انحراف الاخير عن العمل وفق ما متفق عليه من خطة جدول عمل ، اذا

لم يعدل المقاول الثانوي خلال فترة الاخطار فيكون طريقين يا ان يفسخ العقد او ان يعهد المقاولة الى مقاول اخر، لينفيذ المقاولة على حساب المقاول الثانوي الاول ،عند الرجوع الى الشروط الهندسية بفريعها الاول والثاني الاعمال المدنية بالمادة (65) ، نجد اعطاء حق لرب العمل بان ينذر او اشعار المقاول بكتاب رسمي ، يضع يد رب العمل على مواقع العمل و فسخ العقد وهي مطابقة للمادة اعلاه من القانون المدني العراقي .

4 – فسخ المقاولة الثانوية:

استادا الى المادة (1/177) من القانون المدني ((في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى، على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل كما يجوز لها ان ترفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته)). يحق لكلا طرفي العقد في المقاولة الثانوية ، المقاول الاصلي والمقاول الثانوي فسخ عقد المقاولة في اي وقت ، لكن عند تخلف احد طرفي العقد من الالتزامات المكلف بها التي تقع عليهم وطبعا يخضع طالب فسخ العقد لسطة القضاء ،لاترى هل طالب الفسخ محق بطلبه بمعنى يكون للقضاء سلطة تقديرية طلب الفسخ، اذا رات المحكمة ان الالتزامات التى قام بها المقاول اقل من الالتزامات المطالب بها، وللمحكمة اذا قبلت الفسخ على ضوء ذلك تحكم بالتعويض عن الضرر الذي اصاب طالب الفسخ المقاول الاصلي (رب العمل) نتيجة لاخلال المقاول الثانوي بالتزامه بالمقابل يعوض المقاول عن الاعمال المنجزة قبل الفسخ .

5 – استحالة التنفيذ العمل:

استنادا الى ما ورد في المادة (886)من القانون المدني العراقي ((1- تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه 2- واذا كان التنفيذ قد استحال بسبب قهري فلا يعوض المقاول الا بقدر ما انتفع به رب العمل على على النحو المبين في المادة 889 اما اذا استحال بخطا المقاول فانه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسؤولا عن خطأه ، واذا كانت الاستحالة راجعة رب العمل فان احكام المادة السابقة هي التي تسري)).

أ – أستحالة يعود لسبب اجنبي:

كما نعرف تقع على عاتق المقاول الثانوي اثبات استحالة تنفيذ التزامه في العمل المعقود عليه ، لسبب اجنبي وبناء على ذلك ينقضي التزامه و التزام الطرف الاخر وينفسخ العقد ولا يحق للمقاول الاصلي المطالبة بالتعويض ، يتعين على المقاول الاصلي دفع النفقات التي تم انجازها ، فيحق المقاول الثانوي بالمخططات التي انجزت واسترجاع المواد المتبقية من المقاولة المجهزه من قبل المقاول الاصلي .

ب – استحالة التنفيذ يعود لسبب المقاول الاصلي:

اذا كان الخطا يعود السبب على المقاول الاصلي ، الذي ادى استحالة تنفيذ العمل يؤدي الى تعويض المقاول الثانوي عن جميع الاعمال المنجزة وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل

المطلب الثاني
الاثار المترتبة على عقد المقاولة الثانوي
الفرع الاول

الدعوى المباشرة والغير مباشرة:

كما تحدثنا سلفا بأن المقاول الثانوي ورب العمل لا توجد اية علاقة تربطهما ولا يمكن لرب العمل الرجوع على المقاول الثانوي ،لا يحق لرب العمل المطالبة من المقاول الثانوي بأنجاز العمل او تسليم العمل المنفذ او المطالبة بالالتزام بالضمان ،جميع الالتزامات ترجع على المقاول الاصلي لان الاخير هو المتعاقد مع رب العمل [37] ، وبالرغم من ذلك لا يحق لرب العمل الرجوع على المقاول الثانوي ، يعتبر رب العمل شخص اجنبيا لكن نشير الى المادة (261) من القانون المدني العراقي " يجوز لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ان يستعمل باسم مدينة حقوق هذا المدين الا ما اتصل منها بشخصة خاصة او كان منها غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان اهماله في ذلك من شأنه ان يسبب اعسارة ام ان يزيد في هذا الاعسار ولا يشترط اعذار المدين ولكن يجب ادخاله في الدعوى " بمعنى يحق لرب العمل الرجوع على المقاول الثانوي بالدعوى الغير مباشرة ، حق مطالبة المقاول الثانوي بتنفيذ الالتزامات الواقعة على المقاول الاصلي ، يقيمها باسم مدينه هو المقاول الاصلي بموجب عقد المقاولة الثانوي. استنادا الى المادة (262) من القانون المدني العراقي " يعتبر الدائن في استعماله لحقوق مدينه نائبا عن هذا المدين وكل فائدة تنتج من استعماله هذه الحقوق تدخل في اموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه " كما هو معلوم يجب الدعوى تتوفر فيها شروط القبول الدعوى منها الاهلية والخصومة والمصلحة المتوفرة في اقامة الدعوى ، بناء على ماجاء بالمادتين اعلاه على رب العمل ان يثبت بأن مدينه (المقاول الاصلي) لم يستعمل حقوقه ضد المقاول الثانوي ، عدم استعمال لهذه الحقوق يؤدي الى اعساره وعلى ضوء ذلك يقيم الدعوى باسم ولحساب المقاول الاصلي، كما ذكرنا سابقا لايحق لرب العمل الرجوع على المقاول الثانوي ، لكن بمكانه الرجوع في الحالات التالية:-

الحالة الاولى :

الاشتراط لمصلحة لرب العمل في العقد الثانوي ،بمعنى اذا وضع شرط في عقد المقاولة الثانوي الاشتراط لمصلحة الغير والغير هو رب العمل ،والاشتراط ينتج حق لرب العمل بان يقيم دعوى مباشرة على المقاول الثانوي ولايحتاج دعوى غير مباشر وذلك استنادا الى المادة (2/1/152) من القانون المدني العراقي)

1- يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه الخاص على ان الالتزمات يشترطها لمصلحة الغير ، اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او ادبية

(2) ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد يستطيع ان يطالبة بوفائه مالم يتفق على خلاف ذلك وللمتعهد ان يتمسك قبل الغير بالدفوع التي تنشأ عن العقد))على ضوء ذلك يحق لرب العمل الرجوع على المقاول الثانوي حسب قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، ويحتفظ بحقه بأقامة دعوى على المقاول الاصلي.

الحالة الثانية:

تنازل المقاول الاصلي عن المقاولة لرب العمل ،عند موافقة رب العمل بان يحل محل المقاول الاصلي في المقاولة الثانوية ،بهذا يصبح عندنا استبدال فى مواقع الاطراف في عقد المقاولة الثانوي بأن

يصبح المقاول الثانوي المقاول الاصلي وان يحل رب العمل محل المقاول الاصلي يصبح رب عمل في المقاولة الثانوية ، لذا بالامكان رب العمل الرجوع على المقاول الثانوي بدعوى مباشرة ، بالمقابل يحق للمقاول الثانوي الرجوع على رب العمل بدعوى مباشرة في حالة عدم الوفاء رب العمل بالتزاماته المتفق عليها بالمقاولة الثانوية ،لايعتبر هذا الاجراء استثناء وانما هو تطبيق لهذه القاعدة العامة ، لان رب العمل عندما يرجع على المقاول الثانوي ليس بأعتباره مقاولا ثانويا بل اعتبر مقاولا اصليا بناء على التنازل الحاصل من قبل المقاول الاصلي .

الفرع الثاني

رجوع مستخدمي (عمال) المقاول الثانوي على رب العمال والمقاول الاصلي

كما نعلم ان العلاقة التي ترتبط بين المقاول الثانوي ومستخدمية بعقد مستقل عن المقاولة الاصلية والثانوية ،على ضوء هذا العقد تنشأ العلاقة التعاقدية لذا يحق كل الطرفين الرجوع على الاخر بدعوى مباشرة ، يستطيع المستخدمين من خلالها الرجوع على المقاول الثانوي بالمطالبة بمبالغ الاجور المترتبة عن العمل الذي وقع على عاتقهم ،بالمقابل يحق للمقاول الثانوي الرجوع على المستخدمين والمطالبة بتنفيذ الالتزاماتهم التي تقع على عاتقهم بناء على العقد المبرم بين الطرفين ، الا انه لا يحق الرجوع على رب العمل والمقاول الاصلي لانهما ليس طرفا بالعقد المذكور انفا المبرم بين المقاول الثانوي ومستخدمية ، بعنى لايحق للاخير الرجوع على رب العمل والمقاول الاصلي عند تخلف المقاول الثانوي عن تنفيذ الالتزاماته هذا ما نعرفة بالشروط التعاقدية ، الا ان القانون المدني العراقي في المادة (883) خرجت عن هذا المنطوق الذي اشارت ((يكون للمقاول الثانوي والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول ، بشرط ان لا يتجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاول الثانوي مثل هذا الحق قبل المقاول الاصلي ورب العمل)). اعطي حق لعمال المقاول الثانوي ومستخدمية الرجوع على المقاول الاصلي ورب العمل بدعوى مباشرة المطالبة بحقوقهم ، التي لم تنفذ من قبل المقاول الثانوي، بشرط ان تكون المطالبة بحدود ما تحقق بذمة المقاول الثانوي ،لايتجاوز القدر الذي تحقق في ذمة رب العمل او المقاول الاصلي [38] وقت الدعوى ،ان الغاية من اقرار هذه المادة لصالح عمال المقاول الثانوي هو حمايتهم ،لان الرجوع على رب العمل والمقاول الاصلي بالدعوى الغير مباشرة تكون هناك مزاحمة بين دائني رب العمل والمقاول الاصلي لان الدعوى المباشرة تجنبهم من هذه المزاحمة.

الخاتمة:

في ختام بحثنا الموسوم ب (المقاول الثانوي ودوره في العقد) توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات ، نوردها حسب مايلي :-

اولا- النتائج : -

1- للمقاول الثانوي دور كبير في عملية انجاز المشاريع المحاله الى الشركات (المقاول الاصلي) في عقد المقاولة الاصلي المبرم مع رب العمل والمقاول الاصلي عن طريق التعاقد بين الاخير والمقاول الثانوي عن طريق المقاولة من الباطن وبالاخص من ذوي الاختصاصات التي لاتوجد لدا المقاول الاصلي

2- اثبت بأن لاتوجد علاقة فقط بين المقاول الاصلي والمقاول الثانوي بل تربط علاقة بين الاخير ورب العمل وسببها الموافقة علية بالترابط مع المقاول الاصلي عن طريق المقاولة من الباطن .

3- ان العقد الثاني الذي بين (المقاول الثانوي والمقاول الاصلي) هو مكمل للقعد الاول بين رب العمل (الجهة المستفيدة من المشروع) والمقاول الاصلي لان العمل المنجز من المقاول الثانوي هو جزء لا يتجزء من عقد المقاولة الاصلي .

4- اعطي حق قانونيا للمقاول الثانوي ومستخدمية بالرجوع على رب العمل في حالة عدم دفع استحقاقاتهم المالية من قبل المقاول الاصلي استناداً الى المادة (883) من القانون المدني العراقي .

5- ان المقاول الاصلي لايعفى من الالتزامات بمجرد ابرامه عقد المقاولة من الباطن بمعنى تبقى الالتزامه اتجاه رب العمل استنادا الموضوعً الى المادة (882) من القانون المدني العراقي .

ثانيا- التوصيات :

1- ندعو المشرع بأن يشرع قوانين تخص المقاول الثانوي ومستخدمية لمدى أهمية الموضوع من اجل لا يبخس بحقوق الطرفين بأعتبارهم الجانب الضعيف .

2- ندعو المشرع لتحديث القوانين الخاصة بالمقاولة لوجود العديد من المدخلات والامور المتطور التي اصبحت متداخله في الوقت الحالي .

3- نرى ان المشرع قد توسع من حيث تشريعة في المقاولة الاصلية وشرع العديدة من القوانين والتعليمات لكنه اغفله من جانب المقاولة من الباطن واقتصر عليها بالقانون المدني العراقي بمادتين اواكثر .

الهوامش:

1- قانون المدني العراقي مادة (882)
2- قانون المدني الاردني مادة (799)
3- قانون المدني السوري مادة (628)
4- قانون المدني المصري مادة (661)
5- عبدالرزاق يسن ،المسؤولية المدنية ، المهندس المعماري ومقاول البناء ، اطروحة الدكتوراة ، كلية الفقهي الخقوق ، جامعة اسيوط (1978ص 423)
6- شروط العامة لمقاولات اعمال الهندسية المدنية الجزء الاول والثاني (المادة الاولى /ج)
7- دفتر عقد المقاولة للمشاريع الانشائية الصادر من وزارة الاشغال والاسكان في الاردن عام 1989/ح 1/ المادة (1/ 95)
8- القانون المدني العراقي ، عقد المقاولة ، مادة(864)
9- قانون المدني القطري مهدة (709)
10- عقود التشيد ، تقنية مدنية ، السعودية ، المؤسسة العامة للتعليم الفني والتدريب المهني ،ص 40
11- قانون المدني العراقي المادة (864)
12- عبد الحميد عثمان ، المسؤولية المدنية لمقاول من الباطن ،الطبعة الاولى 1999، بدون دار طباعة ، ص 9
13- قانون المدني المصري المادة (1/661)
14- قانون المدني الاردني المادة (798)
15- عقد المقاولة من الباطن حشاش حليمة ،العوادي حنان ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ،2016،ص 8

16- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ،الجزء السابع ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية ، 1989، ص262 وما بعدها
17- عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء السابع ، المجلد الاول ، ص79
18- مصطفى كامل عصيمي ، عقد المقاولة من الباطن في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية ، دكتوراة ، جامعة اسيوط ، كلية الحقوق ، سنة 2002 ، ص 134.
19- لارا مارون ونا ، المقاولة من الباطن ، رسالة الماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية ،2019،ص 66و67.
20- الشروط المقاولة لاعمال الهندسية المدنية بقسميها الاول والثاني الصادر من وزارة التخطيط / الدائرة القانونية / العراق / المادة (1/60)
21- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لاحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسية المدنية ، مطابع دار الحمكة للطباعة والنشر سنة 1990، بغداد ، ص 59
22- مصطفى كامل عصيمي ، عقد المقاولة من الباطن في القانون الوضعي والشرعية الاسلامية ، في الدكتوراة سنة 2002 جامعة اسيوط ، كلية الحقوق ،ص 134.
23- محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشأت الثابته الاخرى 1985 ،ص 29 و 32
24- محمد شيب ، احكام عقد المقاولة سنة 1962، ص 217
25- عدنان ابراهيم السرحان ، العقود المسماة المقاولة والوكالة والكفالة ، مكتبة دار الثقافة ، سنة 2001، ص 34 و 35
26- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج 7 ، المجلد الاول ، ص 217.
27- القانون المدني العراقي
28- القانون المدني العراقي
29- نعيم مغبغب ، مقاولات البناء الخاصة ، عقود البناء ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة 2009، ص 136.
30- محمد جعفر ، مسؤولية العقدية عن فعل الغير (دراسة مقارنة) سنة 2011، ص 129
31- قانون المدني العراقي مادة (882)
32- عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج7، ،المجلد الاول 1964، ص 223.
33- محمد عبدالرحيم عنبر ، الوجيز في المقاولة والتوكيلات التجارية ، طبعة الثالثة ،1988، ص232.
34- د.طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد المقاولة ، بغداد ، مكتبة السنهوري ، الطبعة الاولى سنة 2016، ص413.
35- محمد رحيم عنبر المرجع السابق ، ص 61.
36- رافت حماد ، المسؤولية المدنية لمقاول بناء من الباطن ، القاهره ، دار النهضة ، بدون سنة النشر ، 23.
37- عبدالرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،ج 7، المجلد الاول 1964،ص 222.
38- قرار محكمة التمييز المرقم 434/ م اولى / 1976في 1976/10/27مجموعة الاحكام العدلية ،ع4،س7، ص 77

المصادر

اولا /الكتب عامة :

1- عبد الحميد عثمان، المسؤولية المدنية لمقاول من الباطن ،بون دار طباعة ،الطبعة الاولى 1999.
2- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ،الجزء السابع ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية ، 1989
3- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لاحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسية المدنية ، مطابع دار الحمكة للطباعة ، بغداد ،والنشر سنة 1990
4- محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشأت الثابته الاخرى 1985
5- محمد شيب ، احكام عقد المقاولة ،لاتوجد دار نشر ، سنة 1962 .
6- عدنان ابراهيم السرحان ، العقود المسماة المقاولة والوكالة والكفالة ، مكتبة دار الثقافة ، سنة 2001
7- نعيم مغبغب ، مقاولات البناء الخاصة ، عقود البناء ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة 2009
8- محمد جعفر ، مسؤولية العقدية عن فعل الغير (دراسة مقارنة) سنة 2011
9- رافت حماد ، المسؤولية المدنية لمقاول بناء من الباطن ، القاهره ، دار النهضة ، بدون سنة النشر
10- د.طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد المقاولة ، بغداد ، مكتبة السنهوري ، الطبعة الاولى سنة 2016،

ثانيا /الرسائل :

1- عبدالرزاق يسن ،المسؤولية المدنية ، المهندس المعماري ومقاول البناء ، اطروحة الدكتوراة ، كلية الفقهي الخقوق ، جامعة اسيوط 1978/
2- حشاش حليمة ،العوادي حنان، عقد المقاولة من الباطن ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ،2016
3- لارا مارون ونا ، المقاولة من الباطن ، رسالة الماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية ،2019
4- مصطفى كامل عصيمي ، عقد المقاولة من الباطن في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية ، دكتوراة ، جامعة اسيوط ، كلية الحقوق ، سنة 2002

ثالثا /القوانين :

1- قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951
2- قانون المدني الاردني (43) لسنة 1976
3- قانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949
4- قانون المدنب المصري (131) لسنة 1948
5- قلنون المدني القطري (22) لسنة 2004

رابعاً/ الانظمة والقرارات الادارية :

1- الشروط المقاولة لاعمال الهندسية المدنية بقسميها الاول والثاني الصادر من وزارة التخطيط / الدائرة القانونية / العراق
2- دفتر عقد المقاولة للمشاريع الانشائية الصادر من وزارة الاشغال والاسكان في الاردن عام 1989
3- عقود التشيد ، تقنية مدنية ، السعودية ، المؤسسة العامة للتعليم الفني والتدريب المهني

خامساً/ قرارات قضائية :

- قرار محكمة التمييز المرقم 434/ م اولى / 1976في 1976/10/27مجموعة الاحكام العدلية .

The Subcontractor and its role in th contract

Faisal Jaber Farhan
University of Thi- Qar / College of Law
Master in private law

Abstract

In our research, we discuss the subcontractor and the role it plays in the completion of projects resulting from subcontracting, despite the existence of a previous contract to complete the project. The work, and accordingly, results in legal relations between the parties to the two contracts, who are the employer, the original contractor, and the subcontractor, transferring the rights and obligations of the original contractor to the subcontractor, in return, transferring the rights and obligations of the employer to the original contractor in the subcontracting.

Keywords: contracting contract, subcontracting contract, employer, original contractor, subcontractor.